

Dr. Tamara Voigt, Leverkusen / Alexandra Ziegler, Duisburg / Michael Ries, Hamburg

# Arbeitsrechtliche und steuerliche Aspekte der Digitalisierung in der betrieblichen Altersversorgung – vom Bärendienst zum Wunschportal

Die Digitalisierung beeinflusst auch zunehmend das Themenfeld betriebliche Altersversorgung, bietet aber nicht nur Chancen, sondern auch Risiken. Nicht nur in den Bereichen Datenschutz, IT-Recht und Cybersicherheit, sondern auch im Bereich der Informationspflichten und der Formvorschriften gab und gibt es Handlungsbedarf. Dieser Beitrag plädiert vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung für eine weitgehende Ersetzung des strengen Schriftformerfordernisses nach § 126 BGB in der betrieblichen Altersversorgung durch die Textform und soll Anregung für den Gesetzgeber sein, hier kurzfristig zu handeln. Dies auch und gerade in den steuerrechtlichen Vorschriften (§ 6a EStG und § 4d EStG), die in ihrer jetzigen Ausgestaltung Restrisiken für moderne Prozessgestaltungen insbesondere von Entgeltumwandlungszusagen bergen.

## I. Rechtliche Ausgangssituation: Digitalisierung und betriebliche Altersversorgung

In den letzten Jahren konnte man auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung zahlreiche Gesetzesvorhaben beobachten, in denen Regelungen zu Informationspflichten und Formerfordernissen angepasst wurden. Dabei war vor allem festzustellen, dass Informationspflichten ausgebaut und Formerfordernisse in Vorschriften an manchen Stellen von strenger Schriftform in Textform überführt oder von vornherein als Textform etabliert wurden.

Erst kürzlich wurden in Deutschland im Rahmen der Umsetzung der EbAV-II-Richtlinie<sup>1</sup> in deutsches Recht Neuregelungen von Informationspflichten eingeführt. Dazu zählen die im Rahmen des Umsetzungsgesetzes<sup>2</sup> vorgenommenen Änderungen im Versicherungsaufsichtsgesetz (§ 144, §§ 234k-p, § 235a VAG) sowie die konkretisierenden Rege-

lungen in der VAG-Informationspflichtenverordnung<sup>3</sup>. In weiter zurückliegender Vergangenheit sind z.B. auch Änderungen in §§ 6, 7 VVG i.V.m. der damals geltenden VVG-Informationspflichtenverordnung zu nennen. In dem seit Anfang 2018 geltenden § 4a Abs. 4 BetrAVG ist für Auskünfte ein Textformerfordernis eingearbeitet worden. Auch § 20 BetrAVG sieht für das Angebot im Rahmen von nach dem 31. Mai 2017 eingeführten Optionssystemen Textform vor. In diese Richtung weist auch Artikel 3 der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union vom 20. Juni 2019, die z.B. Änderungen im deutschen Nachweisgesetz<sup>4</sup> zur Folge haben wird. Zukünftig reicht danach aus, dass „der Arbeitgeber (...) jedem Arbeitnehmer die gemäß dieser Richtlinie erforderlichen Informationen schriftlich zur Verfügung“ stellt. Weiter heißt es: „Die Informationen sind 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“. Diese Richtlinie muss bis 22. August 2022 in deutsches Recht umgesetzt werden.

Auch das BGB wurde mit Wirkung zum 1. Oktober 2016 in § 309 Nr. 13 so abgeändert, dass für nach dem 30. September 2016 zu beurteilende Sachverhalte, auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine strengere Form als die Textform (nicht mehr wie zuvor: Schriftform) in anderen als kraft Gesetzes notariell zu beurkundenden Verträgen unwirksam ist. Eine denkbare Ursache für beide oben beschriebenen Entwicklungen (Zunahme von Informationspflichten und Abkehr vom strengen Schriftformerfordernis und Eröffnung der Möglichkeit der Textform) ist die zunehmende Digitalisierung. Auch das gerade verfolgte Projekt „säulenübergreifende Altersversorgungsinformation“ kann in diesem Kontext betrachtet werden<sup>5</sup>.

## II. Auf der Suche nach dem richtigen Maß

Begeben wir uns gemeinsam auf die Suche nach dem richtigen Maß zwischen Mangel und Überfluss – zwischen Anachronismus und Hypermodernität. Lassen Sie uns dabei mit einem Blick auf aktuell übliche Informationen aus dem Bereich der betrieblichen Altersversorgung beginnen, danach die widerstreitenden Interessen herausarbeiten und im Anschluss daran bestehende Formerfordernisse an dieser Interessenlage messen.

### 1. Ein kurzer Überblick

Insbesondere in den versicherungsförmigen Durchführungswegen können sich Anwarter, aber auch mit unverfallbaren Anwartschaften ausgeschiedene Personen und Rentner kaum über zu wenige Informationen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung beklagen. Vor bzw. zu Beginn eines Versorgungsverhältnisses erhalten sie (bei mittelbaren Versorgungszusagen) z.B. die Satzung sowie Allgemeine Versicherungsbedingungen der Versorgungseinrichtungen oder ähnliche Regularien und ggfs. Mitgliedsscheine, später jährliche Leistungs- und Renteninformationen (Anwartschaftsmittelun-

1 Richtlinie (EU) 2016/2341 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (EbAV).

2 Vgl. das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/2341 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (EbAV) vom 19.11.2018 (BGBl. I S. 2672).

3 Vgl. Verordnung über Informationspflichten in der betrieblichen Altersversorgung, die von Pensionsfonds, Pensionskassen und anderen Lebensversicherungsunternehmen durchgeführt wird, vom 17. Juni 2019 (BGBl. I S. 871).

4 Das Nachweisgesetz schließt heute noch den Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in elektronischer Form explizit aus und verlangt auch für die Mitteilung von Änderungen der wesentlichen Vertragsbedingungen Schriftform.

5 Vgl. hierzu den im Auftrag des BMAS erstellten Forschungsbericht 527 „Konzeptionelle Grundlagen für eine säulenübergreifende Altersvorsorgeinformation“, abrufbar unter [www.bmas.de](http://www.bmas.de).

gen) mit Hochrechnungen, sog. Riester-Bescheinigungen und im Falle von Austritten Mitteilungen über die Höhe unverfallbarer Anwartschaften sowie ggfs. Bescheinigungen über außerordentliche Mitgliedschaften. Rentner erhalten Briefe im Zusammenhang mit dem erstmaligen Rentenbezug und Rentenabrechnungen. Zusätzlich werden von Arbeitgebern häufig Broschüren, Intranet-Darstellungen und elektronische Rechner zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus wird im Zeitalter der Digitalisierung auch vermehrt auf Apps, Webcasts, Filme etc. gesetzt. Nach Arbeitgeberwechseln kommt es im Rahmen der neuen Versorgungssysteme zu weiteren Informationen, ggfs. auch bezüglich der Übertragungen von Versorgungsanwartschaften. Im Falle von Scheidungen gibt es ergänzende Mitteilungen im Zusammenhang mit dem Versorgungsausgleich. Dies alles neben den Informationen aus dem Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung, die für viele Anwärter einen sehr bedeutsamen Teil der künftigen Versorgung ausmacht. Die Frage, die sich vor diesem Hintergrund stellt, ist: Wird diese Kommunikation in ihrer – auch medialen – Vielfalt den Interessen der diversen Beteiligten gerecht? Und vor allem: Welches Formerfordernis berücksichtigt angesichts wachsender Informationsbedarfe und -pflichten am besten und angemessen die Interessenlage der Beteiligten? Bzw. ergänzend: Welche Formerfordernisse stehen diesem Interessengefüge in einer digitalisierten Welt im Bereich der betrieblichen Altersversorgung eher entgegen?

## 2. Die Interessenlage

Vieles deutet darauf hin, dass Arbeitnehmer ein Interesse an aktuellen, jederzeit einfach und zügig abrufbaren Informationen zu ihrer betrieblichen Altersversorgung haben. Genau wie Arbeitgeber und Versorgungseinrichtungen haben sie zudem ein Interesse an einer nachhaltigen und verlässlichen Dokumentation ihrer Versorgungsanwartschaften. Arbeitgeber und Versorgungseinrichtungen sind zudem an einer verwaltungswirtschaftlichen und praktikablen Umsetzung interessiert, die rechtlichen Anforderungen genügt; dieser Aspekt schlägt letztlich auch auf die Interessenlage von Anwärtern und Rentnern durch, da geringe Verwaltungskosten auch die Höhe der auszuzahlenden Versorgung positiv beeinflussen können.

Werfen wir zunächst einen Blick darauf, ob die bestehenden Formerfordernisse nach deutschem Recht den oben dargestellten Interessen entsprechen.

## 3. Bestehende Formerfordernisse nach deutschem Recht

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Schriftform in § 126 BGB geregelt. Diese Vorschrift lautet:

Abs. 1: *„Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.“*

Abs. 2: *„Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.“*

Die Vorschrift dient zum einen dem Übereilungsschutz, zum anderen hat die in der Vorschrift geregelte Schriftform klarstellende Funktion und erleichtert die Beweisführung. Die Unterzeichnung hat im Rahmen der Vorschrift durch einen individualisierbaren Schriftzug zu erfolgen. E-Mails, pdf-Dateien, elektronische Unterschriftspads, Telefaxe, Handzeichen, Paraphen und digitale oder mechanische Vervielfältigungen der Unterschrift genügen den Anforderungen der Vorschrift nicht – daher liegt auf der Hand, dass die

Schriftform der Interessenlage der Parteien im Zeitalter der Digitalisierung nur bedingt entspricht – nämlich dort, wo Übereilungsschutz geboten ist. Die Vorschrift (§ 126 BGB) gilt im gesamten Privatrecht und wohl auch im Geltungsbereich von Tarifverträgen (vgl. z.B. § 18 des Tarifvertrags über Einmalzahlungen und Altersvorsorge vom 18. September 2001 (TEA) in der chemischen Industrie). In § 18 Ziff. 2 S. 2 des TEA heißt es beispielsweise: *„Über die Entgeltumwandlung ist eine schriftliche Vereinbarung abzuschließen.“* Dies wird in Ziffer 4 um die Regelung *„Durch freiwillige Betriebsvereinbarung können das Verfahren und die Fristen näher – auch abweichend – geregelt werden“* ergänzt.

Interessant ist, dass „Schriftform“ nicht in jedem Fall Schriftform im Sinne von § 126 BGB bedeutet<sup>6</sup>. Bei Formanforderungen für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, z.B. nach § 99 Abs. 3 BetrVG oder § 15 Abs. 4 S. 1 AGG, für die die §§ 126 ff. BGB nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht unmittelbar gelten<sup>7</sup>, verlangt das Bundesarbeitsgericht aus rechtssystematischen Gründen in diversen entschiedenen Einzelfällen keine strenge Schriftform (da sich § 126 BGB innerhalb des BGB im Gesetzesabschnitt über „Rechtsgeschäfte“ und dort im Titel „Willenserklärung“ befindet)<sup>8</sup>. Letzteres gilt auch für die im Jahr 2001 neu in diesem Abschnitt des BGB hinzugekommenen Formerfordernisse wie z.B. das Textformerfordernis nach § 126b BGB. Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch in diversen Entscheidungen bei Vorliegen der Analogievoraussetzungen auf rechtsgeschäftliche Handlungen das Textformerfordernis angewendet<sup>9</sup>. Und sowohl bei (unmittelbar wie ein Gesetz geltenden) EU-Verordnungen als auch bei (vom Mitgliedstaat durch nationales Gesetz umzusetzenden) Richtlinien ist im Einzelfall nach Sinn und Zweck zu bestimmen, welches Formerfordernis im jeweiligen Rechtsakt gemeint ist<sup>10</sup>. Meinte der Richtliniengeber etwa mit der „Schriftform“, „Schriftlichkeit“ o.Ä. ebenfalls nur Textform (was der EuGH zu entscheiden hat) bzw. Papierform, kann hier § 126 BGB nicht unmittelbar greifen.

Im Jahr 2001 wurde § 126a (elektronische Form) in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen, der – soweit nicht wie z.B. in § 623 BGB für arbeitsrechtliche Kündigungen im Gesetz ausgeschlossen – einen Ersatz der gesetzlichen Schriftform auf elektronischem Wege ermöglichen sollte. Die Vorschrift regelt die Entsprechung zur herkömmlichen Unterschrift in der digitalen Welt.

Absatz 1 der Vorschrift lautet: *„Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung diesen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen.“*

Absatz 2 ergänzt dies um: *„Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.“*

Beim Lesen der Vorschrift wird unmittelbar deutlich, dass auch diese qualifizierte elektronische Form nicht dazu geeignet ist, eine schlanke Abarbeitung im Rahmen von Massenprozessen zu ermöglichen. Im Internetauftritt der Bundesnetzagentur heißt es zu diesem Thema beispielsweise:

*„Die qualifizierte elektronische Signatur ist mit Kosten verbunden. Hierzu zählen einerseits die einmaligen Kosten der anzu-*

<sup>6</sup> Einsele in: MüKo-BGB, 8. Auflage 2018, § 126b, Rn. 3.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu u.a. BAG, Urteil vom 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 –, NZA 2010 S. 1068 Rn. 91 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. beispielhaft BAG, Beschluss vom 9.12.2008 – 1 ABR 79/07 –, NZA 2009 S. 74.

<sup>9</sup> Z.B. BAG, a.a.O. (Fn. 6); Beschluss vom 10.3.2009 – 1 ABR 93/07 –, NZA 2009 S. 622 Rn. 29 ff.

<sup>10</sup> EuGH, Urteil vom 24.1.2002 – C-170/00 –, Slg. 2002 S. I-1007; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.9.1982 – VIII ZR 215/79 –, NJW 1983 S. 519.

*schaffenden Hard- und Software – also des PCs, des Kartenlesers sowie der Signatursoftware – sowie andererseits laufender Kosten für eine Internetverbindung und die verwendete Signaturkarte.“*

Der Gesetzgeber hat aber im Jahr 2001 noch eine weitere, aus Arbeitgebersicht besser handhabbare Formvorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen, und zwar den § 126b BGB, der die Textform regelt.

Wortlaut von Absatz 1 dieser Vorschrift ist: *„Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das*

*1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und*

*2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.“*

Der für die Schriftform wichtige Dokumentationszweck wird auch durch die Textform hinreichend erfüllt<sup>11</sup>. Hinzu kommt, dass sie gut in digitalen Systemen anwendbar ist, denn E-Mail, Speicherung auf Medien wie CD/DVD, USB-Stick o.Ä. sowie Ausdrücke genügen den Anforderungen der Vorschrift. Sie erscheint vor dem Hintergrund der eingangs geschilderten Interessenkonstellation gegenüber strengeren Formanforderungen vorzugswürdig, sofern kein Übereilungsschutz nötig ist.

Ergänzend soll im Zusammenhang mit den im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Formvorschriften auch noch auf die Regelung in § 127 BGB hingewiesen werden, die als Auslegungsregelung lediglich bei vereinbarter (nicht: gesetzlicher) Schriftform in Zweifelsfällen eine Befreiung vom Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift enthält.

Komplett lautet sie:

Absatz 1: *„Die Vorschriften des § 126, des § 126a oder des § 126b gelten im Zweifel auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte Form.“*

Absatz 2: *„Zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form genügt, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, die telekommunikative Übermittlung und bei einem Vertrag der Briefwechsel. Wird eine solche Form gewählt, so kann nachträglich eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden.“*

Umgekehrt heißt das, dass bei gesetzlich vorgegebenen Formvorschriften gerade keine Befreiung von der eigenhändigen Unterschrift zu erreichen ist. In solchen Situationen liegt von vornherein diesbezüglich auch gerade kein Zweifelsfall vor.

Dass der Gesetzgeber selbst auch im Anwendungsbereich des BGB (genauer im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das im Wesentlichen dem Verbraucherschutz dient) die Notwendigkeit gesehen hat, hergebrachte Schriftformerfordernisse in ein Textformerfordernis zu transferieren, zeigt die Entwicklung in § 309 Nr. 13 BGB (in Verbindung mit Art. 229 § 37 EGBGB). § 309 BGB enthält sogenannte Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit. Für nach dem 30. September 2016 begründete Schuldverhältnisse postuliert diese Vorschrift, dass – auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist – für Bestimmungen, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, eine strengere Form als

die Textform in anderen als durch Gesetz notariell zu beurkundenden Verträgen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist. Für vor dem 1. Oktober 2016 entstandene Schuldverhältnisse war und ist diesbezüglich die Schriftform anwendbar.

Wenn man die o.g. Formvorschriften auf Entgeltumwandlungszusagen aus dem Bereich der Direktzusage anwendet, ergibt sich das folgende Bild:

Pensionszusagen können grundsätzlich formfrei (auch mündlich) erteilt werden und sind dann auch zivilrechtlich verbindlich<sup>12</sup>. Besonderheiten können sich jedoch z.B. ergeben, wenn Vergütungsvereinbarungen im Rahmen der Entgeltumwandlung aufgrund von arbeitsvertraglich geregelten Schriftformerfordernissen nicht ohne Weiteres wirksam abgeschlossen werden können oder wenn tarifvertragliche Sonderregelungen existieren (siehe hierzu am Beispiel Entgeltumwandlung unten unter II.4).

Hiervon unabhängig ist das steuerliche Formerfordernis der Zusage zu betrachten, das an dieser Stelle für Direktzusagen näher dargestellt werden soll.

In § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG wird darauf abgestellt, dass eine Pensionsrückstellung nur gebildet werden darf, wenn und soweit (u.a.) „die Pensionszusage schriftlich erteilt ist“. Die Vorschrift fordert weiterhin, dass die Pensionszusage eindeutige Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten künftigen Leistungen enthält.

Konkretisiert wird dies durch R 6a Abs. 7 EStR mit dem folgenden Wortlaut:

*„Für die nach § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG vorgeschriebene Schriftform kommt jede schriftliche Festlegung in Betracht, aus der sich der Pensionsanspruch nach Art und Höhe ergibt, z.B. Einzelvertrag, Gesamtzusage (Pensionsordnung), Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag, Gerichtsurteil. Bei Gesamtzusagen ist eine schriftliche Bekanntmachung in geeigneter Form nachzuweisen, z.B. durch ein Protokoll über den Aushang im Betrieb. Die Schriftform muss am Bilanzstichtag vorliegen. Für Pensionsverpflichtungen, die auf betrieblicher Übung oder auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruhen, kann wegen der fehlenden Schriftform keine Rückstellung gebildet werden; dies gilt auch dann, wenn arbeitsrechtlich [...] eine unverfallbare Anwartschaft besteht, es sei denn, dem Arbeitnehmer ist beim Ausscheiden eine schriftliche Auskunft nach § 4a Betriebsrentengesetz erteilt worden. Pensionsrückstellungen müssen insoweit vorgenommen werden, als sich die Versorgungsleistungen aus der schriftlichen Festlegung dem Grunde und der Höhe nach ergeben. Zahlungsbelege allein stellen keine solche Festlegung dar.“*

Eine weitere Konkretisierung erfolgt durch: Hinweis 6a (7) zu EStG:

– *„Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung einer Pensionsrückstellung nach § 6a EStG ist u.a. eine schriftlich erteilte Pensionszusage. Die Vereinbarung muss neben dem Zusagezeitpunkt eindeutige und präzise Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten künftigen Leistungen enthalten. Sofern es zur eindeutigen Ermittlung der in Aussicht gestellten Leistungen erforderlich ist, sind auch Angaben für die versicherungsmathematische Ermittlung der Höhe der Versorgungsverpflichtung (z.B. anzuwendender Rechnungszinsfuß oder anzuwendende biometrische Ausscheidewahrscheinlichkeiten) schriftlich festzulegen. Sind diese Angaben nicht vorhanden, scheidet die Bildung einer Pensionsrückstellung jedenfalls in der Steuerbilanz aus (BMF vom 28.8.2001 – BStBl. I S. 594).“*

<sup>11</sup> Einsele, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 9.

<sup>12</sup> Höfer/Reinhard in: Höfer/de Groot/Küpper/Reich, Betriebsrentenrecht, Band I, Stand 24. EL März 2019, Kap. 4 Rn. 1.

- Eine schriftliche Pensionszusage liegt auch dann vor, wenn der Verpflichtete eine schriftliche Erklärung mit dem erforderlichen Inhalt abgibt und der Berechtigte die Zusage nach den Regeln des Zivilrechtes (z.B. durch mündliche Erklärung) annimmt (BFH vom 27.4.2005 – BStBl. II S. 702).

Am Bilanzstichtag bereits feststehende gewinnabhängige Pensionsleistungen sind bei der Bewertung einzubeziehen, wenn und soweit sie dem Grunde und der Höhe nach eindeutig bestimmt sind und die Erhöhung der Versorgungsleistungen schriftlich durch eine Ergänzung der Pensionszusage gem. § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG festgeschrieben werden. Unabhängig vom maßgebenden Gewinnentstehungsjahr können die zusätzlichen Versorgungsleistungen wegen des Schriftformerfordernisses erstmals an dem der schriftlichen Festschreibung folgenden Bilanzstichtag bei der Rückstellungsbewertung berücksichtigt werden (BMF vom 18.10.2013 – BStBl. I S. 1268).“

Leider ergibt sich aus diesen Vorschriften/Hinweisen für einzelvertraglich erteilte Zusagen und auch in einer Vielzahl von parallel laufenden und gleich ausgestalteten Fällen nicht unmittelbar die Auslegung der „Schriftlichkeit“ im Sinne von § 6a EStG, wie sie in Literatur und Rechtsprechung in den letzten Jahren gelebt wird (nämlich als unter Nutzung von Schriftzeichen erfolgende Fixierung zu Beweis Zwecken in dem Sinne, der in dem mit dem BMAS und der Staatsministerin für Digitalisierung abgestimmten Schreiben aus dem Hause des Bundesfinanzministeriums (BMF) an die BDA vom 11. Juli 2018 (IV C 6 – S 2176/11/10001) mit Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien und die Rechtsprechung dargestellt wird). In diesem Schreiben aus dem Hause des BMF – das leider nicht als offizielles BMF-Schreiben betrachtet werden kann und keinen verlässlichen Schutz vor abweichender Beurteilung in gerichtlichen Verfahren bietet – heißt es wörtlich:

„Die Schriftform dient in erster Linie der Beweissicherung über den Umfang der Pensionszusage (BT-Drucks. 7/1281, S. 38). Die Rechtsprechung leitet aus dem Gesetzeszweck ab, dass für die Einhaltung der Schriftlichkeit i.S. von § 6a EStG keine besondere Form beachtet werden muss, sondern jede schriftliche Fixierung ausreicht, in der der Pensionsanspruch nach Art und Höhe festgelegt wird. Erforderlich ist allein, dass sich der Inhalt der Zusage zweifelsfrei feststellen lässt, und zwar sowohl über Grund (Art, Form, Voraussetzungen, Zeitpunkt) als auch über Höhe der Zusage.“<sup>13</sup>

Für Einzelzusagen wird dieses Ergebnis dadurch gestützt, dass eine arbeitsvertragliche (also rechtsgeschäftliche und nicht durch das Gesetz selbst vorgesehene) Schriftformvereinbarung aufgrund von § 127 BGB grundsätzlich nicht der Schriftform im Sinne des § 126 BGB bedarf und dass allein aus der beispielhaften Aufzählung des Einzelvertrages in R 6a EStR nicht zu schließen ist, dass dieser dem strengen Schriftformgebot genügen muss. Dies gilt genauso wenig für die anderen genannten Zusagearten. Ein weiteres Argument für ein Verständnis, dass die Textform im Sinne von § 126b BGB für § 6a EStG bereits heute ausreicht, ist, dass § 6a EStG erstmalig im Jahre 1954 (also vor Einführung der Textform ins Bürgerliche Gesetzbuch) normiert wurde und dass deshalb im Zeitpunkt der Normierung des § 6a EStG (obwohl von vornherein ausweislich der Gesetzesbegründung lediglich schriftliche Verkörperung im Sinne der heutigen Textform, nicht aber Schriftform im Sinne von § 126 BGB gemeint gewesen war) nicht auf eine Textformvorschrift verwiesen werden konnte. Nach der Gesetzesbegründung kommt jede Fixierung in Betracht, in der der Pensionsanspruch nach Art und Höhe festgelegt ist<sup>14</sup>. Der Schwerpunktzweck der

von § 6a EStG geforderten Schriftlichkeit ist die Dokumentation; die übrigen von § 126 BGB verfolgten Zwecke (wie Warnfunktion, Echtheitsfunktion etc.) treten hiervor in den Hintergrund. Im juristischen Schrifttum werden für die Bejahung der Schriftlichkeit im Sinne von § 6a EStG auch eigenhändig unterzeichnete Schriftstücke<sup>15</sup> bzw. nicht unterzeichnete Schriftstücke, die sich der Arbeitgeber zurechnen lassen muss<sup>16</sup>, für ausreichend erachtet. Der Bundesfinanzhof hat zudem entschieden, dass auch keine schriftliche Annahmeerklärung des Mitarbeiters erforderlich ist<sup>17</sup>. Es bleibt aber ohne Änderung in § 6a EStG das Risiko bestehen, dass Finanzgerichte dies aufgrund der im Gesetz vorgesehenen Schriftlichkeit anders sehen.

Analog stellt sich die steuerliche Situation zum Betriebsausgabenabzug im Rahmen von § 4d EStG dar.

#### 4. Zum Sonderthema Entgeltumwandlung sei ein Exkurs erlaubt

Gerade eine Entgeltumwandlung im Rahmen einer beitragsorientierten Direktzusage eröffnet erhebliches Digitalisierungspotential. Hier besteht die Möglichkeit für den Mitarbeitenden, nicht nur jährlich, sondern auch monatlich flexibel die Entgeltumwandlung an die persönlichen Verhältnisse anzupassen. Dem steht derzeit ein ggfs. erforderliches Formerfordernis nach § 126 BGB, also eigenhändige Unterschrift von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und Rücksendung der Verbriefung der Versorgungszusage, entgegen. Ob diese Behauptung zutrifft, möchten wir im Folgenden kurz rechtlich einordnen:

Unter formalen Gesichtspunkten gibt es zum Thema Entgeltumwandlung mehrere Fallstricke.

Zunächst die Regelungen im Arbeitsvertrag über Änderungen in der Vergütung: Sofern diesbezüglich Schriftform vorgesehen ist, ist (je nach Ausgestaltung) darauf zu achten, dass die Entgeltumwandlung dieser Form entspricht. Ein solches arbeitsvertragliches Formerfordernis lässt nur eine eingeschränkte Digitalisierung der Entgeltumwandlung zu. Eine Nichtbeachtung des Formerfordernisses führt zur Nichtigkeit der Entgeltumwandlungszusage und damit verbunden das (rückwirkende) Wiederaufleben des Entgeltanspruchs sowie eine technische und tatsächliche Rückabwicklung. Alternativ kann das arbeitsvertragliche Schriftformerfordernis einvernehmlich, einzelvertraglich bezogen auf die Entgeltumwandlung geändert werden. Diese Abänderung der arbeitsvertraglichen Formvorschrift hilft, die im Einzelfall vereinbarte arbeitsvertragliche Hürde zu überwinden. Sie genügt zumindest ab der Umsetzung der vorgenannten EU-Richtlinie dem Nachweisgesetz. In der Übergangszeit führt das im Nachweisgesetz noch enthaltene Schriftformerfordernis – vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 NachwG – „lediglich“ zu Beweislastnachteilen und ggfs. Schadensersatzforderungen<sup>18</sup>. Den Autoren ist kein Fall bekannt, in dem dies bislang richterlich ausgeurteilt wurde.

Steuerlich verlangt § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG, dass die Entgeltumwandlungszusage schriftlich erteilt werden muss. Dies gilt nicht nur für die erstmalige Erteilung der Zusage, sondern auch für jedwede Änderung (Erhöhung bzw. Verminderung) der Entgeltumwandlungsvereinbarung und damit auch der daraus abgeleiteten Pensionszusage. Dies verdeutlicht das erhebliche Digitalisierungspotential bei einer nicht eigenhändig unterschriebenen Entgeltumwandlungszusage in Form einer Portallösung.

15 Höfer in: Höfer/Veit/Verhüven, Betriebsrentenrecht, Band II, Stand 19. EL Mai 2019, Kap. 2 Rn. 150 f.

16 Otto in: Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 7. Auflage 2018, Teil 4 Buchstabe A Rn. 427.

17 BFH, Urteil vom 27.4.2005 – I R 75/04 –, BetrAV 7/2005 S. 686.

18 Preis in: ErfK, 19. Auflage 2019, § 2 NachwG Rn. 36 ff.

13 Vgl. BetrAV 6/2018 S. 465 f.

14 BT-Drucks. 7/1281, S. 38.

Eine Definition zur Schriftform von Pensionszusagen findet sich im EStG nicht. Formal liegt es nahe, die Definition aus § 126 BGB heranzuziehen. Allerdings beurteilen die Finanzgerichte das Merkmal der Schriftlichkeit nicht formal, sondern im Kontext des Sinn und Zwecks der gesetzlichen Regelung. Dies vorausgeschickt stellt sich die Frage, ob auch eine Portallösung als „Schriftform im Sinne des § 126b BGB“ die Voraussetzungen der steuergesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit, also Nachprüfbarkeit und Beweissicherung, erfüllt.

Dafür spricht, neben den vorstehenden Ausführungen unter Ziffer 1.3, das vorstehend zitierte Schreiben aus dem Bundesfinanzministerium (in Abstimmung mit BMAS und der Staatsministerin für Digitalisierung) an die BDA vom 11. Juli 2018. Danach erfüllt eine Portallösung immer dann das steuerlich gebotene Schriftformerfordernis, wenn „*der Zweck des Schriftformerfordernisses gemäß § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG erreicht wird*“. Dies wird dahingehend konkretisiert, dass die Portallösung die Authentizität, die Unveränderbarkeit der zwingend notwendigen Daten und die zweifelsfreie Festlegung des Inhalts der Pensionszusage gewährleistet.

Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, erkennt das BMF „*eine portalbasierte und EDV-technisch dokumentierte und archivierte Entgeltumwandlung im Durchführungsweg der Direktzusage, die der Arbeitgeber unmittelbar für und gegen sich gelten lässt, als schriftliche Pensionszusage nach § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG*“ an. Einer gesetzlichen Änderung des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG bedarf es nach Auffassung des BMF nicht.

Vor diesem Hintergrund sind zunächst keine Hindernisse für eine Digitalisierung der Entgeltumwandlung bei einer beitragsorientierten Direktzusage erkennbar. Für die steuerliche Rückstellungsbildung wird daher keine Verbriefung der Pensionszusage mit eigenhändiger Unterschrift an den Mitarbeitenden als zwingend erforderlich gehalten.

Das Finanzministerium NRW teilt diese Rechtsauffassung und hat seine untergeordneten Behörden sowie Pensionsfachprüfer entsprechend informiert.

U.E. macht dieses Schreiben die entsprechende Umsetzung bereits unter Risikogesichtspunkten vertretbar sicher. Um das noch bestehende geringfügige Restrisiko im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung zu eliminieren, sollte das Schreiben als offizielles BMF-Schreiben veröffentlicht werden. Weiter wäre es hilfreich, wenn zusätzlich konsequenterweise auch noch eine gesetzliche Klarstellung in Form der Änderung von § 6a EStG im Sinne der Verwaltungsrechtsmeinung, welche die Textform nach § 126b BGB für das Schriftformerfordernis nach § 6a EStG ausreichen ließe, vorgenommen werden würde.

Entsprechendes gilt für § 4d EStG. Auch hier wäre eine Klarstellung („Textform reicht aus“) unmittelbar im Gesetz zur steuerlichen Risikominimierung wünschenswert, um den Anschein der Diskriminierung interner Durchführungswege nicht weiter fortbestehen zu lassen.

Eine weitere Rechtsfrage, die sich im Zusammenhang mit Entgeltumwandlungsvereinbarungen stellt, ist, ob bei ausschließlicher Verwendung von Telekommunikationsmitteln im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss der Versicherungsvertrag durch den Versicherungsnehmer oder die Entgeltumwandlungsvereinbarung durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber widerrufen werden können.

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 VVG kann der Versicherungsnehmer seine Vertragserklärung innerhalb von 14 Tagen widerrufen. Dies gilt aber gemäß § 8 Abs. 3 VVG u.a. nicht bei Versi-

cherungsverträgen bei Pensionskassen, die auf arbeitsvertraglichen Regelungen beruhen, es sei denn, es handelt sich um einen Fernabsatzvertrag im Sinne von § 312c BGB. Bei Direktversicherungen ist der Arbeitgeber Versicherungsnehmer. In Pensionskassen-Konstellationen ist zwar hinsichtlich der Entgeltumwandlung in einigen Fällen der Arbeitnehmer Versicherungsnehmer, die §§ 312 ff. BGB verfolgen jedoch den Zweck, Verbraucher vor Gefahren zu schützen, die mit dem Direktvertrieb verbunden sind.

Umstritten ist, ob dies für eine Entgeltumwandlungsvereinbarung über ein online-Portal gilt. Grundsätzlich werden arbeitsrechtliche Verträge üblicherweise am Arbeitsplatz abgeschlossen, sodass kein situationstypisches Überraschungsmoment vorliegt und die im Arbeitsrecht ohnehin geltenden diversen Fürsorge- und Hinweispflichten des Arbeitgebers ausreichend Schutz bieten. Andererseits zielt das Widerrufsrecht im Fernabsatz auf einen Schutz vor unzureichender Information bzw. Überrumpelung. Diesem Ziel muss aufgrund der besonderen Situation – Änderung der Vergütungsabrede – auch im Arbeitsverhältnis Rechnung getragen werden.

Im Ergebnis ist nicht sicher auszuschließen, dass für den Abschluss der Entgeltumwandlung bei einer beitragsorientierten Direktzusage über ein Online Portal als im Wege des Fernabsatzvertrages geschlossenen Verbrauchervertrag das Widerrufsrecht nach § 312c BGB besteht<sup>19</sup>. Aus diesem Grunde ist es u.E. unter Vorsichtsgesichtspunkten ggf. sinnvoll, auf das Widerrufsrecht im Portal hinzuweisen. Die Widerrufsfrist beträgt nach § 355 Abs. 2 BGB 14 Tage ab Vertragsschluss.

Einziges Nachbesserungserfordernis für den Gesetzgeber besteht daher u.E. in den steuerlichen Regelungen (§ 6a EStG und § 4d EStG).

## 5. Bestehende Informationspflichten<sup>20</sup> nach deutschem Recht

Viele der heute oder künftig geltenden Informationspflichten sehen bereits eine Information in Textform vor. So heißt es beispielsweise in § 4a Abs. 6 BetrAVG: „*Die Auskunft muss verständlich, in Textform und in angemessener Frist erteilt werden.*“ In § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BetrAVG, in dem Regelungen zu sogenannten Optionssystemen im Betriebsrentenrecht geregelt sind, wird geregelt, dass das Angebot des Arbeitgebers auf Entgeltumwandlung als vom Arbeitnehmer angenommen gilt, wenn er nicht widersprochen hat und das Angebot (u.a.) in Textform unterbreitet worden ist. Textform wird auch in § 6 und 7 VVG in Verbindung mit der VVG-Informationspflichtenverordnung gefordert, wenn es um Beratung und Information des Versicherungsnehmers geht.

§ 2 der am 18. Juni 2019 in Kraft getretenen VAG-Informationspflichtenverordnung sieht in Absatz 1 zudem vor, dass durchführende Einrichtungen Informationen, die nach den § 234l bis § 234p VAG und nach der Verordnung vorgeschrieben sind, den Versorgungsanwärtern und Versorgungsempfängern elektronisch oder in Papierform zur Verfügung gestellt werden. Im zweiten Absatz der Vorschrift ist zwar das Recht des Versorgungsanwärters geregelt, die Renteninformation nach § 234o Abs. 1 VAG in Papierform zu erhalten, Absatz 3 sieht jedoch vor, dass – falls keine Mitteilung in Textform erfolgt – durch die durchführende Einrichtung sichergestellt werden kann, dass die Informationen den Ver-

<sup>19</sup> Reinecke, RdA 2005 S. 129 (141). So auch für Arbeitsverträge und arbeitsrechtliche Beendigungsvereinbarungen BAG, Urteil vom 27.11.2003 – 2 AZR 135/02 –, NJW 2004 S. 2401. Anderer Auffassung aber wohl Mauersberg, VersR 2008 S. 169 (172).

<sup>20</sup> Inkl. Informationspflichten, die aus der vorangegangenen Wahrnehmung von Auskunftsrechten resultieren.

sorgungsanwärtern und Versorgungsempfängern dauerhaft (anders) auf einfache Weise zugänglich sind.

Bei Versicherungen mit Überschussbeteiligung hat der Versicherte den Versicherungsnehmer gemäß § 155 Abs. 1 S. 1 VVG jährlich in Textform über den aktuellen Stand seiner Ansprüche unter Einbeziehung der Überschussbeteiligung zu unterrichten. Auch § 166 Abs. 4 VVG sieht eine Information in Textform vor.

Für die Zukunft bleibt zu hoffen, dass der Trend hin zur geforderten Textform oder zu anderen leicht umsetzbaren elektronischen Informationen erhalten bleibt. Digitalisierung deckt sich in vielerlei Hinsicht mit Wünschen des Arbeitgebers. Sie eröffnet den Weg fort von der Papierakte; dies wiederum spart Lagerkosten, ermöglicht dezentrale „Aufbewahrung“ und damit Zugriff von unterschiedlichen Orten. Sie ermöglicht auch elektronische Antragstellung, Verschlinkung von administrativen Vorgängen und Prozessen und ein schnelleres Teilen von Informationen, z.B. durch Sharepoints. Sie gewährleistet auch eine schnellere Kommunikation mit dem Kunden, z.B. unter Nutzung von Apps und Portalen. Sowohl der Arbeitgeber bzw. die Einrichtung betrieblicher Altersversorgung als auch der Anwärter können schnell und einfach auf elektronisch abgelegte persönliche Informationen zugreifen. Sitzungen (wie Aufsichtsratssitzungen, Vertreterversammlungen und Mitgliederversammlungen) können durch Nutzung digitaler Tools einfacher und umweltfreundlich durchgeführt, vor- und nachbereitet werden. Digitale Datenräume vereinfachen die Bearbeitung bei M&A-Projekten und ersparen Reisekosten. Letztlich ermöglicht die Technik auch Projekte wie das zur säulenübergreifenden Altersversorgung, das gerade bundesweit vorangetrieben wird.

Wo Chancen sind, sind aber häufig auch Herausforderungen oder Risiken zu finden. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise auf Verbraucherschutzaspekte, Datenschutzvorschriften, steuerliche Hindernisse und Risiken, Anstrengungen zur Vermeidung von Datenverlust (Cybersicherheit), das Erfordernis von Berechtigungskonzepten, Zugangskonzepten und Serversicherheit, Reaktionen der Aufsichtsbehörden wie z.B. VAIT, und die Gefahr der Ausuferung von Berichtspflichten hinzuweisen.

In diesem Umfeld sinnvolle und rechtzeitige Entscheidungen zu treffen ist eine der großen Aufgaben der nächsten Zeit – auch im Umfeld der betrieblichen Altersversorgung.

### III. Fazit

Es scheint so, als habe die Digitalisierung einige Auswirkungen, die sich in der Veränderung von Form- und Informationsvorschriften niederschlagen. So führt sie zum einen zu einer höheren Erwartung der Verbraucher, die z.B. elektronische, tages- oder monatsgenaue Kontostandsabfragen bereits seit Jahren aus dem Bankensektor kennen und auch im Versicherungsbereich Portallösungen sogar in sensiblen Bereichen wie der Krankenversicherung nutzen können. Sie führt auch zu einer höheren Erwartungshaltung der Aufsichtsbehörden im Hinblick auf die Ausübung von Berichtspflichten durch beaufsichtigte Unternehmen. Und sie eröffnet dem Gesetzgeber ein weiteres Handlungsspektrum sowie beeinflusst dessen Wahrnehmung darüber, was Arbeitgebern und Pensionseinrichtungen möglich und zumutbar ist. Dies wiederum führt zu einer Ausweitung von Informationspflichten und zu einer Anpassung von Formerfordernissen an technische Erfordernisse (Textform).

Die zunehmende Digitalisierung bietet auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung zahlreiche Chancen. Die zu beobachtende Tendenz zur Anpassung von Formvorschriften an den technischen Fortschritt (z.B. durch vermehrtes Zulassen von Textform) ist konsequent und wünschenswert.

Es ist allerdings zu hoffen, dass perspektivisch von unnötiger Verschärfung digitaler Formerfordernisse oder gar Zwang zu digitaler Information bzw. Zwang zu standardisierter digitaler Information abgesehen wird. Auch im Steuerrecht sollte im Hinblick auf Pensionszusagen – insbesondere in § 6a EStG und in § 4d EStG – künftig ausdrücklich Textform zugelassen werden. Der Ausweitung von Informationsvorschriften, die die Gefahr der Über- oder Desinformation für Verbraucher birgt, ist demgegenüber entschieden entgegenzuwirken. Sie erweist der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland einen Bärendienst.



**Dr. Tamara Voigt**, Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin) ist Head of Pensions Strategy bei der Bayer AG. Sie ist Mitglied des Vorstands u.a. der Bayer-Pensionskasse VVaG und der Rheinischen Pensionskasse VVaG.



**Alexandra Ziegler**, LL.M., ist Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin) bei thyssenkrupp Steel Europe AG und verantwortlich für alle rechtlichen Fragestellungen zur betrieblichen Altersversorgung.



**Michael Ries** (Dipl. Finanzwirt und Rentenberater) ist Gesellschafter und Geschäftsführer der RIES Corporate Solutions GmbH (RCS,) einer Pensionsstrategieberatungsgesellschaft aus Hamburg.