

Aktenzeichen: 3 AZR 769/98
Bundesarbeitsgericht 3. Senat

Urteil vom 25. Januar 2000
- 3 AZR 769/98 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 8. Januar 1998
- 14 Ca 7036/97 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 15. Juli 1998
- 2 Sa 379/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Insolvenzversicherung - Minderheitsgesellschafter einer GmbH

Gesetz:

BetrAVG § 17 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 2

Leitsatz:

Eine Altersversorgung ist dann nicht "aus Anlaß" des Arbeitsverhältnisses oder der Tätigkeit für ein Unternehmen iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1, § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG zugesagt, wenn eine GmbH nur ihren Gesellschaftern eine Versorgung verspricht und wenn deren Art und Höhe bei Beschäftigten, die nicht Gesellschafter sind, wirtschaftlich nicht vertretbar wäre.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



3 AZR 769/98
2 Sa 379/98
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Januar 2000

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Reinecke, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krehmelmer und Bepler, die ehrenamtlichen Richter Dr. Schmidt und Schmitthenner für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. Juli 1998 - 2 Sa 379/98 - wird zurückgewiesen.



2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger ein Insolvenzversicherungsanspruch gegen den beklagten Pensions-Sicherungs-Verein zusteht.

Der am 19. Mai 1935 geborene Kläger war Mitglied der Showband „D.“. Die Mitglieder dieser Band gründeten mit notariellem Vertrag vom 21. Oktober 1966 die R. GmbH. Sie wurde am 28. Dezember 1967 in das Handelsregister eingetragen. Gesellschaftszweck war „der Betrieb einer Gaststätte für Tanz und Unterhaltung“. Das Stammkapital betrug ursprünglich 20.000,00 DM und wurde im Jahre 1977 auf 50.000,00 DM erhöht. Alleiniger Geschäftsführer der GmbH war der Musiker S. Do. Er übte die Geschäftsführertätigkeit ehrenamtlich aus. Ebenso wie die weiteren Gesellschafter war er zu 1/5 an der GmbH beteiligt. Der Kläger wurde später Gesellschafter durch Übertragung eines Gesellschaftsanteils.

Am 1. September 1969 erhielten der Kläger und alle übrigen damaligen Gesellschafter folgende gleichlautende Pensionszusage:

„Dem Arbeitnehmer wird hiermit eine Pensionszusage erteilt in Höhe von 70 % der Schlußbezüge bei Erreichen der Altersgrenze von 60 Jahren. Das Invaliditätsrisiko ist vorerst ausgeschlossen. Eingeschlossen ist eine Witwenrente in Höhe von 60 % der Mannesrente. Mannesrente wie Witwenrente setzen das bestehende Beschäftigungsverhältnis bis zur Altersgrenze voraus.“

Außerdem schloß die GmbH im Jahre 1977 für den Kläger und die übrigen als Musiker tätigen Gesellschafter eine Direktversicherung ab. Ihnen wurde ein widerrufliches Bezugsrecht eingeräumt. Zur Sicherung eines Darlehens wurden die Ansprüche aus der Direktversicherung an eine Bank abgetreten und von dieser im Jahre 1985 verwertet. Mit Beschluß vom 1. April 1985 wies das Amtsgericht Saarbrücken den Antrag auf Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH mangels Masse zurück. Der Kläger erhielt für das Jahr 1985 vom Arbeitsamt Saarbrücken Konkursausfallgeld und Arbeitslosengeld. Dem Mitgesellschafter Do. hat das Sozialgericht



Saarbrücken mit Urteil vom 11. September 1987 - S 13 AR 1532/86 - Konkursausfallgeld zugesprochen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der beklagte Pensions-Sicherungs-Verein müsse ihm auf Grund der im Anstellungs- und Pensionsvertrag vom 1. September 1969 enthaltenen Versorgungszusage Insolvenzversicherung gewähren und die Betriebszugehörigkeit vom 1. September 1969 bis zum 1. April 1985 zugrunde legen. Zwischen dem Kläger und der GmbH habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Zumindest stehe ihm der geltend gemachte Anspruch nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG zu. Die bloße Minderheitsbeteiligung an der Gesellschaft ändere nichts daran, daß er für ein fremdes Unternehmen tätig gewesen sei. Unerheblich sei es, daß lediglich den Musikern Versorgungszusagen erteilt worden seien. Bei den übrigen Arbeitnehmern habe es sich um Aushilfskräfte mit hoher Fluktuation und kurzen Beschäftigungszeiten gehandelt.

Der Kläger hat sinngemäß beantragt, festzustellen,

daß der beklagte Pensions-Sicherungs-Verein verpflichtet ist, dem Kläger nach Vollendung seines 60. Lebensjahres monatlich 1.223,35 DM zu zahlen.

Der beklagte Pensions-Sicherungs-Verein hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei nicht als Arbeitnehmer, sondern als Gesellschafter tätig gewesen. Auch nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG könne er keine Insolvenzversicherung verlangen. Die Gesellschafter hätten sich selbst eine reine Unternehmensversorgung zugesagt, für die der Pensions-Sicherungs-Verein nicht eintreten müsse.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben seine Klage zu Recht abgewiesen. Seine Versorgungsrechte aus dem Anstellungs- und Pensionsvertrag vom 1. September 1969 sind nicht insolvenzgeschützt.



Als der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH am 1. April 1985 mangels Masse abgewiesen wurde, hatte der Kläger das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet, so daß der Versorgungsfall noch nicht eingetreten war. § 7 Abs. 2 BetrAVG räumt Versorgungsanwärtern nur dann einen Insolvenzschutz ein, wenn sie im Zeitpunkt des Sicherungsfalls eine nach § 1 BetrAVG unverfallbare Versorgungsanwartschaft haben. Der gesetzliche Unverfallbarkeitsschutz kommt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG Arbeitnehmern zugute, denen der Arbeitgeber aus Anlaß ihres Arbeitsverhältnisses eine Altersversorgung zusagte. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG erweitert die Unverfallbarkeit und damit den Insolvenzschutz auf Personen, die zwar keine Arbeitnehmer sind, denen aber aus Anlaß ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen Leistungen der Altersversorgung zugesagt worden sind. Diesen Anforderungen genügt die dem Kläger erteilte Versorgungszusage nicht.

I. Für die persönlichen Voraussetzungen des Insolvenzschatzes und damit für ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 17 Abs. 1 BetrAVG ist der Kläger darlegungspflichtig (vgl. ua. *Blomeyer/Otto BetrAVG 2. Aufl. § 17 Rn. 21; Höfer BetrAVG Stand: Januar 1999 § 17 Rn. 3683*). Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß der Vortrag des Klägers für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) nicht ausreicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich das Bundesarbeitsgericht angeschlossen hat, liegt allerdings ein Rechtsverhältnis iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG vor. Ob gegen diese Rechtsprechung berechnigte Bedenken bestehen, kann offen bleiben, weil die weitere Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG „aus Anlaß“ nicht erfüllt ist.

1. § 1 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG hat den allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff übernommen (vgl. *Ahrend/Förster/Röbler Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung mit arbeitsrechtlicher Grundlage Stand: Dezember 1999 1. Teil Rn. 730; Heither in Handwörterbuch des Arbeitsrechts Stand: November 1999 Nr. 540 Betriebliche Altersversorgung Rn. 7; aA wohl Blomeyer/Otto aaO § 17 Rn. 4; Höfer aaO § 17 Rn. 3670*). Für eine abweichende Begriffsbestimmung besteht kein Anlaß, weil § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG den Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes im Rahmen seines Schutzzweckes auf Nichtarbeitnehmer ausgedehnt hat. Dem Vortrag des Klägers ist nicht zu entnehmen, daß er als Arbeitnehmer beschäftigt wurde.



a) Ein Gesellschafter kann Arbeitnehmer der Gesellschaft sein, an der er beteiligt ist. Wie die Parteien die Beschäftigung bezeichnet haben, spielt keine entscheidende Rolle. Vielmehr kommt es auf den wirklichen Geschäftsinhalt an. Er ergibt sich aus den tatsächlichen Umständen, von denen die Vertragspartner ausgehen und nach denen sie die rechtliche Beziehung in Wirklichkeit durchführen (vgl. ua. BAG 6. Mai 1998 - 5 AZR 247/97 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 102 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 73, zu I 1 der Gründe; 3. Juni 1998 - 5 AZR 656/97 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 97 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 70, zu II 1 der Gründe). Dies gilt auch für die Abgrenzung gesellschaftsrechtlicher und arbeitsvertraglicher Beziehungen (vgl. BAG 28. November 1990 - 4 AZR 198/90 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 37, zu II 3 a der Gründe).

b) Das Landesarbeitsgericht hat beachtet, daß die Tätigkeit nach objektiven Kriterien einzuordnen ist. Arbeitsverhältnisse unterscheiden sich von anderen Rechtsverhältnissen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Beschäftigten. Arbeitnehmer unterliegen dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und sind in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert. Das auf dem Arbeitsverhältnis beruhende Weisungsrecht ist wesentlicher Bestandteil eines jeden Arbeitsverhältnisses (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. ua. 6. Mai 1998 - 5 AZR 347/97 - BAGE 88, 327, 335; 30. September 1998 - 5 AZR 563/97 - BAGE 90, 36, 46). Der Kläger hat nicht näher dargelegt, daß er nach den tatsächlichen Gegebenheiten eine die Arbeitnehmereigenschaft begründende abhängige Arbeit geleistet hat.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht auf die besonderen Umstände hingewiesen, die Zweifel an einem Arbeitsverhältnis wecken und einen eingehenden Sachvortrag zur persönlichen Abhängigkeit erforderlich machen. Bei Abschluß des Anstellungs- und Pensionsvertrages waren alle Musiker der Band zu gleichen Anteilen Gesellschafter der GmbH. Eines der Bandmitglieder war ehrenamtlicher Geschäftsführer. Die Ausgestaltung als Ehrenamt könnte darauf hindeuten, daß die Gesellschafter der Geschäftsführertätigkeit keine nennenswerte Bedeutung beimaßen, der Geschäftsführer lediglich die Vertretung im Außenverhältnis wahrnahm und die zugrunde liegenden Entscheidungen von allen Gesellschaftern gemeinsam getroffen wurden. Selbst wenn der geschäftsführende Gesellschafter die Arbeitgeberfunktionen gegenüber dem sonstigen Personal ohne Absprache mit den übrigen Gesellschaftern ausübte, ergibt sich daraus noch nicht, daß er auch den Bandmitgliedern Weisungen erteilen konnte. Sie waren als Gesellschafter gleichberechtigte Partner und betrieben



- wie der Kläger selbst ausführt - die Gaststätte als „festen Standpunkt“ für ihre gemeinsame musikalische Betätigung, weil sie des Herumreisens überdrüssig waren. Wenn die Musiker den Rahmen für ihre Auftritte partnerschaftlich schufen, lag es nahe, daß sie auch als Bandmitglieder gleichberechtigt waren. Ein Arbeitsverhältnis war zwar rechtlich nicht ausgeschlossen, hätte aber näher dargelegt werden müssen.

c) Dem Sachvortrag des Klägers ist nicht zu entnehmen, daß er in einem Arbeitsverhältnis zur R. GmbH stand.

aa) Zu Recht hat es das Landesarbeitsgericht nicht ausreichen lassen, daß die Bundesanstalt für Arbeit dem Kläger Arbeitslosengeld und Konkursausfallgeld gewährte. Der Bezug dieser Leistungen ändert an der Darlegungslast des Klägers nichts. Inwieweit die sozialversicherungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Begriffe übereinstimmen, spielt keine Rolle. Die Verwaltungsakte der Bundesanstalt für Arbeit und die Urteile der Sozialgerichte über Ansprüche nach dem Arbeitsförderungsgesetz entfalten für die zivilrechtlichen Beziehungen der Vertragspartner und die daran anknüpfende Insolvenzsicherungspflicht des Pensions-Sicherungs-Vereins keine bindende Wirkung.

bb) Selbst wenn die meisten Musiker als Arbeitnehmer beschäftigt werden, kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Musiker müssen nicht persönlich abhängig arbeiten. Sie können als Selbständige Dienstleistungen erbringen oder, insbesondere in einer Band, auf gesellschaftsrechtlicher Ebene tätig sein.

cc) Der Inhalt des vom Kläger vorgelegten Anstellungs- und Pensionsvertrages reicht für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht aus.

(1) Nach § 3 Abs. 2 GmbHG können den Gesellschaftern einer GmbH außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden. Die weiteren Pflichten können auch in Dienstleistungen bestehen (vgl. ua. Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck GmbHG 17. Aufl. § 3 Rn. 33 und 43; Lutter/Hommelhoff GmbHG 14. Aufl. § 3 Rn. 41; Rittner/Schmidt-Leithoff in Rowedder GmbHG 3. Aufl. § 3 Rn. 38). Dafür kann die GmbH einen Ausgleich gewähren, der den für Arbeitsleistungen üblichen Gegenleistungen stark ähnelt; denn nach § 29 GmbHG besteht bei der Ergebnisverwendung ein weiter Gestaltungsspielraum.

(2) Die vertragliche Festlegung des Arbeitsorts besagt nichts darüber, ob die Dienstleistungen auf Grund eines Arbeitsvertrages, eines Dienstvertrages oder auf



gesellschaftsrechtlicher Ebene erbracht werden. Auch die Bindung an Arbeitszeiten und an grundsätzlich gemeinsame Urlaubszeiten ist, wie das Landesarbeitsgericht richtig erkannt hat, wenig aussagekräftig. Die Notwendigkeit gemeinsamer Arbeits- und Urlaubszeiten der Bandmitglieder ergibt sich aus der Art der Tätigkeit. Es steht nicht fest, ob der geschäftsführende Gesellschafter einseitig die Auftritts- und Urlaubszeiten der Musiker festlegen konnte oder nur gemeinsam mit seinen Bandkollegen.

(3) Der Kläger überschätzt die Stellung eines Geschäftsführers in einer GmbH. Nach § 35 Abs. 1 GmbHG wird die GmbH durch ihren Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Nach § 46 Nr. 6 GmbHG prüfen und überwachen die Gesellschafter die Geschäftsführung. Die Gesellschafterversammlung kann Geschäftsführungsfragen an sich ziehen und mit einfacher Mehrheit durch Beschluß entscheiden. Derartige Beschlüsse sind für den Geschäftsführer bindend (*vgl. BGH 14. November 1983 - II ZR 33/83 - BGHZ 89, 48, 57; Zöllner in Baumbach/Hueck GmbHG 17. Aufl. § 46 Rn. 60 b*). Dies läßt sich als Befugnis der Gesellschafter zur Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführer ansehen. Vor diesem Hintergrund kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der geschäftsführende Gesellschafter allen übrigen Gesellschaftern gegenüber im Rahmen der Bandtätigkeit weisungsbefugt gewesen ist. Der Kläger hätte den tatsächlichen Vollzug des Anstellungsvertrages näher schildern müssen.

(4) Der Einwand des Klägers, die Tätigkeit als Musiker habe mit der Stellung als Gesellschafter nichts zu tun gehabt, überzeugt nicht. Gesellschaftszweck war „der Betrieb einer Gaststätte für Tanz und Unterhaltung“. Ausschlaggebend für den von der Gesellschaft zu erzielenden Gewinn war der Erfolg der Showband. Die Gaststätte bildete lediglich den äußeren Rahmen für das gemeinsame Musizieren. Motiv und Anlaß der Gesellschaftsgründung unterstreichen dies. Die Gesellschafter wollten sich in S. niederlassen und in einer eigenen Gaststätte gemeinsam auftreten.

(5) Entgegen der Auffassung des Klägers enthält § 3 des Anstellungs- und Pensionsvertrages einen Anhaltspunkt dafür, daß der Kläger nicht als Arbeitnehmer beschäftigt wurde. Der Kläger hat gemeint, § 3 des Anstellungs- und Pensionsvertrages besage lediglich, daß er dem Arbeitgeber seine ganze Arbeitskraft schulde und vollen Einsatz erbringen müsse. Dies sei eine Selbstverständlichkeit, auf die in Arbeitsverträgen häufig hingewiesen werde. Nach § 3 des Anstellungs- und Pensionsvertrages sollen jedoch „abweichend von sonst üblichen Beschäftigungsverhältnissen“ weiterge-



hende Anforderungen gelten. Von Gesellschaftern, die gemeinsam ein Unternehmen betreiben, wird häufig ein höherer Einsatz erwartet als von Arbeitnehmern.

(6) Im Urteil vom 6. Mai 1998 (- 5 AZR 612/97 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 95 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 68) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß der Gesellschafter einer GmbH, dem mehr als 50 % der Stimmen zustehen, auch dann kein Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein kann, wenn er nicht Geschäftsführer ist. Ob ein Minderheitsgesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist, in einem Arbeitsverhältnis steht, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen ab. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, daß alle Gesellschafter einen inhaltsgleichen Anstellungs- und Pensionsvertrag erhielten. Auch der Geschäftsführer Do. wurde als Arbeitnehmer bezeichnet, obwohl er es nach dem Vortrag des Klägers nicht ist.

2. Auch ohne arbeitsvertragliche Beziehungen kann ein Insolvenzschutzanspruch bestehen. Nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG gelten die §§ 1 bis 16 BetrAVG entsprechend für Personen, denen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlaß ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Einigkeit besteht darüber, daß diese Vorschrift zu weit gefaßt ist. Die Frage, wie die einschränkende Auslegung im einzelnen vorzunehmen ist, wird unterschiedlich beantwortet.

a) Im Gesetzgebungsverfahren ist vor allem auf den Gesichtspunkt der unzureichenden Vertragsparität hingewiesen worden. Zum ursprünglichen § 7 Abs. 1 Satz 2, der dem jetzigen § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG entspricht, heißt es in der Gesetzesbegründung (*Bundestagsdrucksache 7/1281 S 30*):

„Satz 2 trägt dem Umstand Rechnung, daß vielfach auch Mitglieder von Gesellschaftsorganen und Selbständige, ... aus Anlaß ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen betriebliche Versorgungszusagen erhalten, auf deren inhaltliche Ausgestaltung sie - wie Arbeitnehmer - wegen der regelmäßig stärkeren Position ihres Vertragspartners oft keinen oder nur geringen Einfluß nehmen können. ...“

Entsprechend dem Willen des historischen Gesetzgebers sieht ein Teil des Schrifttums die Vertragsparität als maßgebliches Abgrenzungskriterium an (vgl. *Wiedemann/Moll RdA 1977, 13, 18 ff.; Paulsdorff Kommentar zur Insolvenzschutz der betrieblichen Altersversorgung 2. Aufl. § 17 Rn. 461*). Diese Auffassung steht mit



der Gesetzessystematik und dem sich daraus ergebenden Schutzzweck des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG im Einklang. Auf die Stärke der Verhandlungspositionen im Einzelfall kommt es jedoch nicht an. Die Rechtssicherheit gebietet es zumindest, die Vertragsparität anhand typischer Fallgruppen zu bestimmen (so *Wiedemann/Moll aaO*).

Bei einer derartigen Abgrenzung fiel der Kläger nicht unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG. Wenn alle Gesellschafter gemeinsam die für den Erfolg der GmbH entscheidende Tätigkeit ausüben (dazu gehört in einem Tanzlokal das Musizieren als Showband) und wenn mit jedem von ihnen ein inhaltsgleicher Versorgungsvertrag geschlossen wird, fehlt typischerweise eine Ungleichgewichtslage bei der Ausgestaltung der Versorgungsregelungen.

b) Der Bundesgerichtshof stellt jedoch nicht auf die Vertragsparität ab. Obwohl dieser Gesichtspunkt in der Gesetzesbegründung anklinge, habe er im Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG, keinen ausreichenden Niederschlag gefunden. Auch die Bestimmung der Vertragsparität nach typischen Fallgruppen sei der Rechtssicherheit abträglich (*BGH 28. April 1980 - II ZR 254/78 - BGHZ 77, 94, 99 ff.*). Sowohl das Bundesarbeitsgericht als auch der überwiegende Teil des Schrifttums haben sich dem Bundesgerichtshof angeschlossen (vgl. ua. *BAG 21. August 1990 - 3 AZR 429/89 - BAGE 66, 1, 5; 16. April 1997 - 3 AZR 869/95 - AP BetrAVG § 17 Nr. 25 = EzA BetrAVG § 17 Nr. 6, zu I 2 der Gründe; Blomeyer/Otto BetrAVG 2. Aufl. § 17 Rn. 46 ff.; Everhardt BB 1981, 682; Hommelhoff/Timm KTS 1981, 1 ff.; Höfer BetrAVG Stand: Januar 1999 § 17 Rn. 3709 f.; Langohr-Plato Rechtshandbuch Betriebliche Altersversorgung Rn. 374 ff. und 689 ff. jeweils mwN*).

Ausgehend vom Einzelkaufmann, der zweifelsfrei nicht dem Betriebsrentengesetz unterfällt, stellt die herrschende Meinung darauf ab, daß Unternehmer vom Insolvenzschutz ausgenommen werden sollen und deshalb Betriebsrenten von Unternehmerrenten abzugrenzen sind (vgl. *BGH 28. April 1980 - II ZR 254/78 - BGHZ 77, 94, 102 = AP BetrAVG § 17 Nr. 1, zu III 7 der Gründe*). Ein Unternehmer kann sich den Insolvenzschutz durch die Versichertengemeinschaft nicht dadurch verschaffen, daß er sich selbst eine Versorgungszusage erteilt (vgl. *BAG 16. April 1997 - 3 AZR 869/95 - aaO, zu I 2 b der Gründe*). Die sachliche Rechtfertigung für den Ausschluß von Unternehmerrenten ergebe sich daraus, daß Chancen und Risiken der unternehmerischen Tätigkeit zusammengehören. Von einer Tätigkeit „für ein Unternehmen“ könne nicht mehr gesprochen werden, wenn der Versorgungsberechtigte im eigenen Unternehmen



tätig ist. Damit hänge der Insolvenzschutz davon ab, wem das Unternehmen „gehört“ (vgl. *BGH 28. April 1980 - II ZR 254/78 - BGHZ 77, 94, 101 = AP BetrAVG § 17 Nr. 1, zu III 6 der Gründe*). Diese Frage ist auf Grund einer wirtschaftlichen Betrachtung zu beantworten (*Goette ZIP 1997, 1317, 1319 mwN*).

aa) Nach dieser Abgrenzung sind neben dem Einzelunternehmer jedenfalls die typischen persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft als nicht insolvenzgeschützte Unternehmer anzusehen. Bei Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft kommt es darauf an, ob sie durch den Umfang ihrer Kapitalbeteiligung und ihrer Einflußmöglichkeiten (Leitungsmacht) so sehr mit dem Unternehmen verbunden sind, daß sie es als eigenes betrachten können und im Rahmen der Insolvenzversicherung einem Einzelkaufmann oder dem persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft gleichzusetzen sind (*BGH 28. April 1980 - II ZR 254/78 - aaO; 2. Juni 1997 - II ZR 181/96 - AP BetrAVG § 17 Nr. 26*). Diese Voraussetzungen sind nicht einzelfallbezogen zu prüfen. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordern eine typisierende Betrachtung (*BGH 9. Juni 1980 - II ZR 255/78 - BGHZ 77, 234, 242 f. = AP BetrAVG § 17 Nr. 2, zu I 2 d der Gründe*).

bb) Danach genießen Allein- und Mehrheitsgesellschafter einer Kapitalgesellschaft nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG keinen Insolvenzschutz (vgl. ua. *BAG 21. August 1990 - 3 AZR 429/89 - BAGE 66, 1, 5; BGH 28. Januar 1991 - II ZR 29/90 - ZIP 1991, 396, 397, zu 2 der Gründe*). Minderheitsgesellschaftern kann der Insolvenzschutz nicht allein wegen ihrer Beteiligung an der Gesellschaft versagt werden. Ein Ausschluß aus der Insolvenzversicherung kommt nur dann in Betracht, wenn sie über die Gesellschafterstellung hinausgehende Einflußmöglichkeiten haben. Geschäftsführende Minderheitsgesellschafter werden dann als nicht unter das Betriebsrentengesetz fallende Mitunternehmer angesehen, wenn ihre Beteiligung an der Gesellschaft nicht ganz unbedeutend ist (mindestens 10 %) und sie zusammen mit anderen geschäftsführenden Gesellschaftern über die Stimmenmehrheit verfügen (vgl. ua. *BGH 25. September 1989 - II ZR 259/88 - BGHZ 108, 330, 333 = AP BetrAVG § 17 Nr. 19, zu II 2 a der Gründe mwN*). Diese Zusammenrechnung ist umstritten (vgl. ua. *Andresen/Förster/Röbber/Rühmann Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung Stand: August 1999 Teil 4 D Rn. 165 f.; Blomeyer/Otto aaO § 17 Rn. 121; Goette ZIP 1997, 1317, 1322 ff.*). Der Senat hat im Urteil vom 16. April 1997 (- 3 AZR 869/95 - *AP BetrAVG § 17 Nr. 25 = EzA BetrAVG § 17 Nr. 6, zu I 2 c cc der Gründe*) offen gelassen, ob er insoweit dem BGH folgt. Der BGH hat im Urteil vom 2. Juni 1997 (- II ZR



181/96 - AP BetrAVG § 17 Nr. 26) dahinstehen lassen, ob er insoweit noch an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält.

Nach der bisherigen Rechtsprechung kommt eine Zusammenrechnung von Beteiligungen in Betracht, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Mehrheitsgesellschafter fehlt. Die Zusammenrechnung beschränkt sich aber grundsätzlich auf die Beteiligungen der geschäftsführenden Gesellschafter, denn die Unternehmereigenschaft setzt sowohl eine „kapitalmäßige“ als auch eine besonders starke „einflußmäßige Bindung“ an das versorgungspflichtige Unternehmen voraus. Der Bundesgerichtshof hat in seiner früheren Rechtsprechung auch bei einer GmbH nur die Anteile geschäftsführender Gesellschafter zusammengerechnet (vgl. BGH 9. Juni 1980 - II ZR 255/78 - BGHZ 77, 233, 235, 241 f. = AP BetrAVG § 17 Nr. 2, zu I 2 d der Gründe; 14. Juli 1980 - II ZR 224/79 - AP BetrAVG § 17 Nr. 3, zu I der Gründe; 9. März 1981 - II ZR 171/79 - AP BetrAVG § 17 Nr. 6, zu II 3 der Gründe; 25. September 1989 - II ZR 259/88 - aaO). Der Kläger war jedoch nicht Geschäftsführer. Er war nach den getroffenen Vereinbarungen nur einfacher Minderheitsgesellschafter. Eine Zusammenrechnung käme nach dieser Rechtsprechung allenfalls dann in Betracht, wenn der ehrenamtliche Geschäftsführer lediglich die gemeinsam zu treffenden Entscheidungen im Außenverhältnis vollziehen und im Innenverhältnis jeder Mitgesellschafter an der Geschäftsführung teilnehmen sollte. Für die Annahme einer derartigen Fallgestaltung fehlen die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil. Die Sache muß jedoch nicht an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden, weil eine weitere Voraussetzung des Insolvenzschutzanspruchs fehlt.

II. Der beklagte Pensions-Sicherungs-Verein hat lediglich für eine betriebliche Altersversorgung einzustehen. Sie liegt nur dann vor, wenn dem Versorgungsberechtigten, sofern es sich um einen Arbeitnehmer handelt, „aus Anlaß seines Arbeitsverhältnisses“ oder, sofern er unter den Personenkreis des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG fällt, „aus Anlaß seiner Tätigkeit für das Unternehmen“ Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zugesagt wurden. Ein derartiger „Anlaß“ fehlt.

1. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, für eine „betriebliche Altersversorgung“ sei es erforderlich, daß im Betrieb ein Versorgungssystem bestehe (vgl. Wiedemann/Moll RdA 1977, 13, 15). Zu Recht wird diese Auffassung überwiegend abgelehnt (vgl. Blomeyer/Otto aaO Einl. Rn. 44 mwN). Es gibt keinen Grund, warum Versorgungszusagen in Einzelabmachungen vom Schutz des Betriebsrentengesetzes ausgenommen sein sollen (BGH 28. April 1980 - II ZR 254/78 - BGHZ 77, 94, 96 = AP



BetrAVG § 17 Nr. 1, zu II der Gründe). Der Begriff „betriebliche“ Altersversorgung bringt zum Ausdruck, daß nur Versorgungen erfaßt werden, die aus Anlaß der Tätigkeit für einen Betrieb versprochen wurden, wobei Privathaushalte einem Betrieb gleichstehen (vgl. *Blomeyer/Otto aaO Einl. 26 und 44*). Im vorliegenden Fall scheitert der geltend gemachte Insolvenzsicherungsanspruch an dem Tatbestandsmerkmal „aus Anlaß“.

2. „Aus Anlaß“ eines Arbeitsverhältnisses oder einer unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG fallenden Tätigkeit ist die Zusage nur dann erteilt, wenn zwischen ihr und dem maßgeblichen Beschäftigungsverhältnis ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Aus anderen Gründen erteilte Zusagen werden durch das Betriebsrentengesetz nicht geschützt (vgl. *BAG 8. Mai 1990 - 3 AZR 121/89 - AP BetrAVG § 7 Nr. 58 = EzA BetrAVG § 7 Nr. 35, zu I 2 c der Gründe; 20. Juli 1993 - 3 AZR 99/93 - BAGE 73, 350, 355 f.; BGH 28. September 1981 - II ZR 181/80 - AP BetrAVG § 7 Nr. 12, zu II 3 der Gründe*). Soweit die Beteiligung an der Gesellschaft für die Versorgungszusage entscheidend ist und es sich in Wahrheit um Unternehmerlohn handelt, besteht unabhängig von der Umgehungsvorschrift des § 7 Abs. 5 BetrAVG kein Insolvenzschutz. Bei der erforderlichen Kausalitätsprüfung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang kommt es unter anderem darauf an, ob die zugesagte Versorgung nach Art und Höhe auch bei Fremdkräften wirtschaftlich vernünftig und üblich gewesen wäre (vgl. *dazu auch BGH 28. April 1980 - II ZR 254/78 - BGHZ 77, 94, 106 = AP BetrAVG § 17 Nr. 1, zu IV der Gründe; 9. Juni 1980 - II ZR 255/78 - BGHZ 77, 233, 244 = AP BetrAVG § 17 Nr. 2, zu I 3 der Gründe; 28. September 1981 - II ZR 181/80 - aaO, zu III der Gründe*). Nach diesen Maßstäben ist eine betriebliche Altersversorgung zu verneinen.

a) Am 1. September 1969 hat das Unternehmen allen Gesellschaftern und nur ihnen ein Versorgungsversprechen gegeben. Bereits dies deutet auf einen Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung hin. Selbst wenn das übrige Personal, wie der Kläger behauptet, aus häufig wechselnden Aushilfskräften bestand und ihre Betriebs-treue - im Gegensatz zu der von den Musikern erwarteten - für das Unternehmen von geringerem Wert war, könnte dies allenfalls eine Beschränkung der Altersversorgung auf die Musiker erklären, nicht aber die Art und die Höhe der Altersversorgung. Die Betriebsrente sollte „70 % der Schlußbezüge“ betragen. Eine Anrechnung anderweitiger Versorgungsbezüge war nicht vorgesehen. Für ein Gaststättenunternehmen, das lediglich fünf Musiker und einige Aushilfskräfte beschäftigt, ist eine derartige Altersver-

sorgung mehr als außergewöhnlich, zumal für die Gesellschafter noch Direktversicherungen abgeschlossen wurden. Auch dabei handelt es sich um eine von der GmbH finanzierte Altersversorgung.

b) Die erteilten Direktzusagen waren mit Risiken verbunden, die ein vernünftig planender Arbeitgeber angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten bei Fremdpersonal nicht eingegangen wäre. Im Gegensatz zu einer bereits während des Beschäftigungsverhältnisses finanzierten Direktversicherung entstehen die Belastungen aus der Direktzusage bei Eintritt des Versorgungsfalles. Zu diesem Zeitpunkt sollten die maßgeblichen Leistungsträger aus dem Unternehmen ausscheiden. Sie hätten bei Fortführung des Lokals durch anderes geeignetes Personal gegen eine entsprechende Vergütung ersetzt werden müssen. Daneben hätte das Unternehmen die außergewöhnlich hohen Versorgungslasten aufbringen müssen. Das Stammkapital der GmbH betrug jedoch laut Handelsregisterauszug im Jahre 1969 DM 20.000,00 und seit 1977 DM 50.000,00. Die jährlichen Versorgungsansprüche eines einzigen Versorgungsberechtigten sollten sich auf mindestens 25.200,00 DM (= 12 x 2.100,00 DM) belaufen.

III. Da der Insolvenzsicherungsanspruch bereits dem Grunde nach nicht besteht, kommt es auf die Streitfragen zu seiner Höhe nicht mehr an.

Reinecke

Kremhelmer

Bepler

Schmidt

Horst Schmitthenner



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)