

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 180/79

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
9. Juni 1980
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Wirtschaftstreuhanders Dr. Franz P., Wilhelm
M.-Straße 9, K.,

Klägers, Revisionsklägers
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

den P.-Sicherungs-Verein, Versicherungsverein
auf Gegenseitigkeit, vertreten durch den Vorstand,
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Pa. und Dr. Eckart
W., O. Ufer 1, K.,

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1980 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stempel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. Juni 1979 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger nahm im Juli 1945 eine Tätigkeit bei der Ersten Bayerischen Kunstmärbefabrik GmbH (Ebak GmbH) auf; am 1. Januar 1946 wurde er deren Angestellter.

Im Jahre 1949 erwarb die GmbH 71 % des Gesellschaftskapitals der Gottfried P. & Sohn KG (im folgenden: P. KG); sie trat als persönlich haftende Gesellschafterin, zunächst ohne Geschäftsführungsbefugnis, ein. Alleinige Gesellschafter der GmbH waren zu dieser Zeit der Vater des Klägers (ca. 71 %) und sein Bruder Otto P. (rd. 29 %). Der Kläger hatte seit 1940 einen Anteil von 5,8 % als Kommanditist der P. KG.

- 3 -

Am 1. März 1949 übernahm er mit diesem Anteil die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters.

Am 31. Dezember 1955 schloß der Kläger mit der GmbH einen als "Geschäftsführungsvertrag" bezeichneten Anstellungsvertrag als Prokurist, der unter anderem auch eine Pensionszusage enthält. Nach § 8 des Vertrages sollte er bei Invalidität oder nach Vollendung des 65. Lebensjahres 80 % seines Gehaltes, das auf monatlich 1.000 DM festgesetzt wurde, als Pension beziehen.

Unter demselben Datum erhielt der Kläger auch einen - wörtlich nahezu gleichlautenden - Anstellungsvertrag bei der P. KG, in dem ihm die gleichen Leistungen an Gehalt und Pension wie bei der E. GmbH zugesichert sind.

Im Juni 1962 erbt der Kläger Geschäftsanteile der E. GmbH von rund 13 %. Im November desselben Jahres wurden seine Gehälter dahin neu festgelegt, daß er 2.250 DM "neben dem 13. Monatsgehalt + Erhöhung lt. Tarifverträgen" erhalten sollte; dabei bezog sich die "Erhöhung lt. Tarifverträgen" auf sein Gehalt in der GmbH.

Zum 31. Dezember 1967 schied der Kläger unter Aufgabe seiner Kapitalbeteiligung an der P. KG als deren persönlich haftender Gesellschafter aus. Ab 1. Januar 1968 wurde er bei ihr als Prokurist tätig. Seit dem gleichen Zeitpunkt führte die E. GmbH die Geschäfte der P. KG als Komplementärin. Der Kläger wurde Geschäftsführer der GmbH.



13

Ende Dezember 1971 erneuerte er seinen Vertrag mit der P[REDACTED] KG. Zu dieser Zeit hielten der Kläger ca. 30 % und sein Bruder Otto rd. 35 % des Stammkapitals der GmbH, die vom 1. Januar 1972 an 94,2 % des Kapitals der Kommanditgesellschaft besaß. Seit Anfang 1972 bezog der Kläger von der GmbH kein Gehalt mehr, weil diese sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand. Am 23. März 1972 veräußerten der Kläger und sein Bruder einen Teil ihrer GmbH-Anteile. Danach hielten sie zusammen noch ca. 23 % der Geschäftsanteile.

Seit dem 1. Januar 1976 erhält der am 27. Dezember 1912 geborene Kläger vorgezogenes Altersruhegeld von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. Betriebsrente von der GmbH hat er nicht erhalten. Am 12. März 1976 wurde über das Vermögen der P[REDACTED] KG der Konkurs eröffnet; ein im gleichen Monat gestellter Konkursantrag für die E[REDACTED] GmbH wurde am 16. März 1976 mangels Masse abgewiesen.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung die Zahlung seiner Rentenausfälle bei der E[REDACTED] GmbH für die Zeit vom 1. April 1976 bis zum 31. Mai 1977 hilfsweise für 14 Monate seit dem 1. Januar 1978, wobei er das ihm zustehende Ruhegeld entsprechend dem gestiegenen Tarifgehalt auf monatlich 3.100 DM beziffert.

In einem weiteren Rechtsstreit (II ZR 255/78) hat er die im Verhältnis zur P[REDACTED] KG entstehenden Rentenverluste geltend gemacht.

Das Landgericht hat im vorliegenden Verfahren die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat ihr zu einem Teil stattgegeben.

Beide Parteien haben Revision eingelegt, soweit sie im Berufungsverfahren unterlegen sind. Der Kläger beantragt, seiner Klage in vollem Umfang stattzugeben. Der Beklagte möchte die völlige Klageabweisung erreichen. Beide Parteien beantragen wechselseitig die Zurückweisung der Revision des Gegners.

Entscheidungsgründe

Beide Revisionen haben Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hält den Beklagten als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung (§ 14 BetrAVG) für verpflichtet, einen Teilbetrag des Ausfalls an Versorgungsbezügen zu decken, den der Kläger durch die Insolvenz der E. GmbH erlitten hat, weil er zeitweise - nämlich vom Juli 1945 bis zum Juni 1962 - unter den persönlichen Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes gefallen sei. Soweit er Zusagen für seine Versorgung zu einem Zeitpunkt erhalten habe, zu dem er als Mitunternehmer einzuordnen sei, könne er dagegen Insolvenzschutz nicht verlangen. Denn nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG sei lediglich der aus der Zeit arbeitnehmerähnlicher Stellung herrührende, in dieser Stellung erdiente Teil der Versorgung insolvenzgeschützt. Dem ist im Ansatzpunkt, nicht jedoch in den Einzelheiten der Begründung zu folgen.

1. Wie der Senat in seinem Urteil vom 28. April 1980 - II ZR 254/78 -(WM 1980, 709) entschieden und in seinem Urteil vom heutigen Tage in der zwischen denselben Parteien anhängig gewesenen Parallelsache II ZR 255/78 weiter ausgeführt hat (auch dieses Urteil ist zur Veröffentlichung bestimmt), erstreckt sich der in § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG auch auf versorgungsberechtigte Nicht-Arbeitnehmer ausgedehnte Schutzbereich des Gesetzes nicht auf solche Personen, die nach der Stärke ihrer kapital- und einflußmäßigen Bindung an das Unternehmen, aus dem sie eine Versorgung erhalten sollen, nach der Verkehrsanschauung ebenso wie ein Einzelkaufmann als Unternehmer anzusprechen und, so gesehen, nicht für ein fremdes, sondern für das eigene Unternehmen tätig sind. Darunter fallen in aller Regel in einer Personengesellschaft die persönlich haftenden Gesellschafter und in einer Kapitalgesellschaft jeder geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter, aber auch mehrere nicht ganz unbedeutend beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer, die zusammen über die Mehrheit verfügen.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist also unmaßgeblich, wie sein Dienstverhältnis im Rahmen der Sozialversicherungspflicht oder der steuerlichen Behandlung von Pensionsrückstellungen beurteilt worden ist; denn das Betriebsrentengesetz ist aus sich heraus nach seinen besonderen Zielvorstellungen auszulegen.

2. Für die Frage, ob eine Pensionsberechtigung als Unternehmer oder in einer Arbeitnehmer- oder arbeitnehmerähnlichen Stellung erworben wurde und deshalb nach § 7 BetrAVG insolvenzgesichert ist, kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entscheidend auf

den Zeitpunkt der Versorgungszusage, sondern darauf an, inwieweit das Ruhegeld durch eine Tätigkeit als Arbeitnehmer und inwieweit es durch eine solche als Unternehmer verdient worden ist, wobei gegebenenfalls Abstriche zu machen sind, wenn eine zeitweilige Unternehmerstellung die versprochene Versorgung nach Art und Höhe ersichtlich mitbestimmt hat. Insolvenzgesichert ist also der Teil einer (von etwaigen "Unternehmerzuschlägen" bereinigten) Versorgungsrente, der auf Zeiträume entfällt, in denen der Berechtigte als Arbeitnehmer oder in einer nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG gleichzuachtenden Stellung gearbeitet hat.

II. Von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig hat das Berufungsgericht nicht geprüft, in welchen Zeiträumen seiner Betriebszugehörigkeit der Kläger von dem persönlichen Geltungsbereich des § 17 Abs. 1 BetrAVG - sei es als Arbeitnehmer (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) oder sonstiger Berechtigter im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG - erfaßt wurde. Dies wird es nunmehr nachzuholen haben, da dem Senat anhand der bisherigen Feststellungen und des unstreitigen Sachverhalts eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist. Dabei wird folgendes zu beachten sein:

1. Soweit es sich um den Zeitraum bis zum 28. Februar 1949 handelt, könnte der Kläger als Arbeitnehmer der GmbH einzustufen sein. Er war zwar in dieser Zeit mit 5,8 % als Kommanditist an der P. KG, nicht aber an der E. GmbH beteiligt. Bei dieser Sachlage ist seine Arbeitnehmereigenschaft nicht auszuschließen.

Ob der Kläger allerdings auch im Übrigen die erforderlichen Wesensmerkmale eines Arbeitnehmers aufwies,

nämlich daß er zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet war, ist zweifelhaft, denn über sein Tätigkeitsfeld in der GmbH, über den Inhalt seines Anstellungsvertrages und über dessen praktische Durchführung liegen nur unvollkommene und teilweise widersprüchliche Angaben vor, die näherer Aufklärung bedürfen. So läßt sich der Inhalt des von ihm dem Beklagten übersandten Aktenvermerks vom 29. März 1976 (Anlage zur Berufungserwiderung vom 13. November 1978), nach dem er im Juni 1945 in K [REDACTED] ein Treuhand-Büro eröffnet habe und vom 1. März 1948 bis 30. Juni 1949 an der Wirtschafts-Hochschule N [REDACTED] zum Zwecke der Promotion immatrikuliert gewesen sei, mit einer echten Arbeitnehmerstellung schwer vereinbaren.

Es kommt allerdings auch in Betracht, daß die in jene Zeit fallenden Fähigkeiten des Klägers für die GmbH wenigstens nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG zu beurteilen sein werden, sofern sie ihrer Art nach zu denen gezählt werden können, die in eine als Entgelt für langjährige Betriebstreue gedachte nachträgliche Versorgungszusage gewöhnlich mit einfließen.

2. Eine bedeutsame Veränderung der Rechtsstellung des Klägers in dem Unternehmensverbund der P [REDACTED] KG und der E [REDACTED] GmbH trat am 1. März 1949 ein. An diesem Tage erwarb die E [REDACTED] GmbH 71 % des Kapitals der Kommanditgesellschaft und trat in diese als persönlich haftende Gesellschafterin - zunächst ohne Geschäftsführungsbefugnis - ein. Der Kläger selbst wechselte zum gleichen Zeitpunkt bei der P [REDACTED] KG aus der Stellung eines Kommanditisten in diejenige eines persönlich haftenden Gesellschafters mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis über. Die Folge davon war, daß der Kläger, solange er

persönlich haftender Gesellschafter der P. KG war - also bis zum 31. Dezember 1967 - hinsichtlich seiner dort ausgeübten Tätigkeit nicht zu dem in § 17 Abs. 1 BetrAVG aufgeführten Personenkreis zählte, wie der Senat in der Parallelsache II ZR 255/78, in der der Kläger Versorgungsansprüche gegen die P. KG aus deren Pensionszusage verfolgt, mit seinem heutigen Urteil entschieden hat. Auf die dortige Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

Ob die so erworbene unternehmerische Stellung sich auch auf die E. GmbH erstreckte und infolgedessen einen Insolvenzschutz für Ansprüche gegen die GmbH hindert, hängt davon ab, inwieweit die beiden Gesellschaften unabhängig voneinander jeweils ein selbstständiges Unternehmen betrieben haben und ob der Kläger unter dieser Voraussetzung eine besondere, abgrenzbare Tätigkeit für die GmbH selbst zu leisten hatte, die nicht lediglich als Ausfluß seiner Unternehmerstellung in der P. KG zu betrachten ist.

a) Zu dem ersten Punkt hat der Senat in seinem schon erwähnten Urteil vom 28. April 1980 entschieden, daß in einer typischen GmbH & Co KG, bei der die GmbH keinen eigenen Betrieb unterhält, sondern nur die Geschäfte der Kommanditgesellschaft zu leiten hat, beide Gesellschaften für die Frage, ob ein geschäftsführender Gesellschafter als Unternehmer zu behandeln und daher nicht unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG einzuordnen ist, als wirtschaftliche Einheit zu betrachten sind. Das entspricht auch dem Wortlaut dieser Vorschrift, die es auf die "Tätigkeit für ein Unternehmen" und nicht für einen bestimmten Rechtsträger im juristischen Sinne abstellt.

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, daß die Eigenschaft des Klägers als persönlich haftender Gesellschafter der P. KG und damit als deren Unternehmer auch für die Beurteilung seines Dienstverhältnisses mit der GmbH im Hinblick auf § 17 Abs. 1 BetrAVG maßgebend wäre, wenn dieses Rechtsverhältnis lediglich mit Rücksicht auf seine Tätigkeit für die Kommanditgesellschaft pro forma begründet oder aufrechterhalten worden wäre. Das würde gerade auch für die Zeit gelten, in der nach dem Vortrag des Klägers (Klageschrift S. 2) die Geschäftsführung ihm allein und nicht der - ebenfalls als persönlich haftende Gesellschafterin beteiligten - GmbH zugestanden hat, sofern er neben dieser Tätigkeit keine nennenswerten zusätzlichen Aufgaben in der GmbH wahrzunehmen hatte. Dabei könnte es nach dem Schutzzgedanken des Betriebsrentengesetzes, wie ihn der Senat in seinem vorerwähnten Urteil vom 28. April 1980 näher dargelegt hat, keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der damalige Anstellungsvertrag mit der GmbH, für sich allein betrachtet, formal ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Satz 1 oder eine nach Satz 2 des § 17 Abs. 1 BetrAVG gleichzusetzende Rechtsbeziehung zum Gegenstand hatte.

Das Berufungsgericht stellt allerdings fest, es habe sich bei der P. KG und der E. GmbH nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich um getrennte Unternehmen gehandelt; die GmbH habe eigene Umsätze erzielt, also sich nicht bloß auf ihre Komplementärfunktionen in der Kommanditgesellschaft beschränkt. Hierbei stützt es sich aber, ohne dies näher auszuführen, lediglich auf eine Gewinn- und Verlustrechnung zum 31. Dezember 1955 und "die übrigen eingereichten Geschäftsunterlagen". Mit Recht rügt der Beklagte mit seiner Revision diese Würdigung angesichts seines gegenteiligen

Vorbringens in den Tatsacheninstanzen als unzureichend, eine selbständige, vom Geschäftsbetrieb der P. KG abgrenzbare Unternehmenstätigkeit für die hier infrage kommende Zeit seit 1949 zu begründen. So hat er mit Schriftsatz vom 13. November 1978 (S. 14) dargelegt, Umsätze der P. KG seien lediglich mit dem Ziel über die GmbH geleitet worden, Umsatzsteuer zu sparen (vgl. auch seine Schriftsätze vom 19.1.1978 S. 3 f und vom 20.3.1978 S. 1 ff sowie den Schriftsatz des Klägers vom 1.3.1978 S. 2, 3). Mit diesem Vorbringen hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Ist es richtig, so vermag schon aus diesem Grunde die vom Berufungsgericht vermerkte Tatsache, daß die GmbH eigene Umsätze hatte, deren Behandlung als selbständiges Unternehmen allein nicht zu tragen.

Es bedarf hiernach weiterer Feststellungen darüber, ob die GmbH seit ihrem Eintritt in die P. KG im wesentlichen nur noch deren Geschäfte gefördert oder einen davon unterscheidbaren, wirtschaftlich eigenständigen Betrieb unterhalten hat, der die Grundlage für besondere Dienstleistungen und damit auch für eine gesonderte betriebliche Altersversorgung des Klägers bilden konnte.

b) Sollte sich die Annahme des Berufungsgerichts, die E. GmbH habe ein eigenes Unternehmen betrieben, bestätigen, so wird es weiter darauf ankommen, ob die Aufteilung der Dienst- und Versorgungsbezüge des Klägers in rechtlich getrennten Verträgen mit den beiden Gesellschaften der Höhe nach dem tatsächlichen Gewicht seiner in dem einen und dem anderen Betrieb jeweils wahrzunehmenden Aufgaben entsprochen hat. Falls ein Teil der von der GmbH zugesagten Bezüge in Wirklichkeit ein zusätzliches Entgelt für seine Arbeit in der Kommandit-

gesellschaft gewesen und nur aus steuerlichen oder sonstigen, außerhalb einer Leistungsbewertung liegenden Gründen in den Dienstvertrag mit der GmbH aufgenommen worden wäre (vgl. auch hierzu den von der Revision aufgegriffenen Vortrag im Schriftsatz des Beklagten vom 13.11.1978 S. 2 ff, 14 ff), müßte dieser Teil seiner tatsächlichen Bestimmung nach unter dem Gesichtspunkt des Insolvenzschutzes wie eine Leistung der Kommanditgesellschaft behandelt werden.

c) Für die Jahre 1949 bis 1967, in denen der Kläger persönlich haftender Gesellschafter der P. KG gewesen ist, könnte hiernach eine Insolvenzversicherung auch seiner von der GmbH versprochenen Pension ganz oder teilweise entfallen, wenn eine wirtschaftliche Eigen-tätigkeit der GmbH überhaupt zu verneinen oder zwar festzustellen wäre, aber nicht die Höhe der zwischen ihr und dem Kläger vereinbarten Bezüge rechtfertigen könnte.

3. Wenn und soweit dagegen der Pensionszusage der GmbH eine selbständige Bedeutung beizumessen wäre, könnte es für die Frage, ob die darauf beruhenden Versorgungsansprüche des Klägers ganz oder zum Teil durch eine Unternehmertätigkeit bedingt sind, weiterhin eine Rolle spielen, daß im Juni 1962 der Kläger Geschäftsanteile in Höhe von 11,86 % und sein Bruder Otto solche in Höhe von 40,93 % des Stammkapitals der GmbH geerbt hat, so daß beide nunmehr zusammen die Mehrheit besaßen. Wie schon erwähnt (vorstehend zu I 1), sind nach der Auffassung des Senats Gesellschafter-Geschäftsführer mit nicht ganz unbedeutenden Beteiligungen, die zusammen über mehr als 50 % des Kapitals verfügen, vom Schutz des Betriebsrentengesetzes ausgenommen. Das könnte hier sinngemäß für die Zeit seit Juni 1962 zutreffen, in der Otto P. Geschäftsführer und der Kläger Prokurist der GmbH gewesen ist.

4. Ab 1. Januar 1968 wurde der Kläger Geschäftsführer der E. GmbH. Zum gleichen Zeitpunkt veränderten sich auch die Kapitalbeteiligungen in beiden Gesellschaften erneut. Der Kläger schied aus der P. KG aus und erhielt dafür weitere Geschäftsanteile der Ebak GmbH. Seine Beteiligung an der GmbH wuchs damit auf 27,12 % (ab 1. Januar 1970 = 30,55 %; ab 1. Januar 1972 = 28,67 %). Zusammen erreichten die beiden GmbH-Geschäftsführer, Otto P. und der Kläger, eine Quote von über 60 %. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zu 3. ergibt, ist der Kläger infolgedessen in der Zeit vom 1. Januar 1968 bis zum 23. März 1972 als Mitunternehmer sowohl der GmbH als auch (wegen der mittelbaren Beteiligungen) der P. KG einzustufen.

5. Nach dem 23. März 1972 änderte sich durch Veräußerung von Geschäftsanteilen wiederum die Zusammensetzung der Gesellschafter in der GmbH. Der Anteil des Klägers fiel auf ca. 13 %, der seines Bruders Otto ging auf ca. 10 % zurück. Die Revision des Klägers rügt zu Recht, daß bei derartigen, auch zusammengerechnet weit unter 50 % liegenden Quoten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Insolvenzschutz für einen Gesellschafter-Geschäftsführer noch nicht entfällt, wie der Senat in der Parallelsache II ZR 255/78 für die Rechtslage in der P. KG unter Hinweis auf sein Urteil vom 28. April 1980 (aaO) entschieden hat.

Es fragt sich allerdings, ob der Kläger, falls er für die GmbH überhaupt eine besonders zu bewertende Tätigkeit ausgeübt hat, sie auch noch in dieser Zeit fortgesetzt hat. Nach seinen Angaben bezog er wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten der GmbH seit Anfang 1972 von

dieser kein Gehalt mehr. Dementsprechend wurde auch sein Dienstvertrag mit der GmbH - anders als bei der P. KG - nicht um diese Zeit neu gefaßt. Dies erlaubt aber noch nicht die vom Berufungsgericht gezogene Folgerung, das Vertragsverhältnis des Klägers zur E. GmbH sei stillschweigend einverständlich beendet worden. In Fällen dieser Art, in denen berechnete Ansprüche aus einem langfristigen Vertragsverhältnis wirtschaftlich zur Zeit nicht durchsetzbar erscheinen, kann nur unter ganz besonderen Umständen auf den Willen des Forderungsinhabers geschlossen werden, seine vertragliche Stellung überhaupt endgültig preis zu geben. Dafür finden sich hier keine Anhaltspunkte. Das gilt umsomehr, als dem Kläger neben den laufenden Einkünften, die er aus damaliger Sicht vielleicht eines Tages wieder erwarten konnte, möglicherweise auch die ihm zugesicherten Pensionszahlungen entgangen wären. Auch ist nicht ersichtlich, daß der Kläger - selbst wenn ihm überhaupt keine Arbeitsleistungen mehr abgefordert worden sein sollten - nicht gleichwohl leistungsbereit geblieben wäre.

Ist somit nach dem bisherigen Sach- und Streitstand davon auszugehen, daß das Dienstverhältnis des Klägers in den letzten Jahren vor dem völligen Zusammenbruch der GmbH allenfalls tatsächlich geruht hat, nicht aber rechtlich erloschen ist, so läßt sich die Frage, ob er in dieser Zeit die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG erfüllt hat, nur danach beantworten, welche Tätigkeit er vertragsgemäß zu erbringen gehabt hätte, wenn die GmbH zur Annahme seiner Dienste voll bereit gewesen wäre.

III. Ergibt sich nach erneuter Prüfung des Sachverhalts, daß der Kläger wenigstens zeitweise in der E■■■ GmbH als Arbeitnehmer oder in einer nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG entsprechend zu behandelnden Stellung tätig gewesen ist, dann kann ihm für solche Zeiträume ein anteiliger Versorgungsanspruch gegen den Beklagten zuzubilligen sein, da er auch die sachlichen Voraussetzungen des § 7 BetrAVG erfüllt.

1. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 und 3 Nr. 1 BetrAVG steht der Anspruch gegen den Träger der Insolvenz-sicherung "Versorgungsempfängern" zu, deren Ansprüche aus einer unmittelbaren Versorgungszusage nicht erfüllt werden, weil ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers mangels Masse abgelehnt worden ist. Dem Wortlaut nach trifft diese Bestimmung auf den Kläger nur insofern nicht zu, als er bei Eintritt des Sicherungsfalles noch keine Versorgungsleistung von der E■■■ GmbH "empfangen" hatte. Wie der Senat in seinem Urteil vom heutigen Tage in der Parallelsache II ZR 255/78 (unter II) näher dargelegt hat, reicht es jedoch aus, wenn im Sicherungsfall eine Versorgungsberechtigung besteht. Diese besaß der Kläger, weil er bei Eintritt des Sicherungsfalles die in § 6 BetrAVG aufgestellten Voraussetzungen für eine vorzeitige Inanspruchnahme von betrieblichem Ruhegeld erfüllt und dessen Zahlung alsbald beim Beklagten beantragt hat. Auch insoweit wird auf das Urteil in der Parallelsache Bezug genommen.

2. Der Einwand der Revision des Beklagten, der Anspruch des Klägers sei schon nach § 26 BetrAVG ausgeschlossen, weil er als Anwartschaftsberechtigter gemäß § 7 Abs. 2 BetrAVG zu betrachten sei und wegen Beendigung seines Dienstverhältnisses vor Inkrafttreten des Gesetzes die für eine

Insolvenzversicherung seiner Ansprüche notwendige Unverfallbarkeit seiner Anwartschaft nach § 1 BetrAVG nicht mehr habe eintreten können, geht somit ins Leere.

IV. Das Berufungsurteil kann hiernach mit den bisherigen Feststellungen nicht aufrechterhalten bleiben.

1. Das Berufungsgericht wird zunächst zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Pensionszusage der E. GmbH eine Tätigkeit des Klägers mit abgelten sollte, die er in einer unter § 17 Abs. 1 BetrAVG fallenden Stellung ausschließlich für einen selbständigen Geschäftsbetrieb der GmbH erbracht hat. Soweit sich nach dieser Prüfung für bestimmte Zeitabschnitte ein gesonderter Anspruch des Klägers gegen den Beklagten dem Grunde nach ergeben sollte, wird die Höhe der insolvenzgesicherten Teilrente nach den Regeln zu bemessen sein, die der Senat in seinem Urteil in der Parallelsache II ZR 255/78 (zu III) entwickelt hat. Dabei ist von der letzten, an die "Erhöhung lt. Tarifverträgen" anknüpfenden Gehaltsvereinbarung von 1962 - sofern sie als Maßstab auch für die Pensionsberechnung auszulegen sein sollte - ungeachtet der Tatsache auszugehen, daß der Kläger und sein Bruder Otto P. damals Mitunternehmer gewesen sein könnten (vgl. vorstehend zu II 3). Jedoch könnte die Tatsache, daß die Eigengeschäfte der GmbH anscheinend rückläufig gewesen sind, Anlaß geben, besonders eingehend der Frage nachzugehen, inwieweit diese Vereinbarung dem tatsächlichen Umfang der in der GmbH damals noch anfallenden eigenwirtschaftlichen Aufgaben entsprochen hat.

2. Sollte hingegen eine selbständige Bedeutung der von der GmbH versprochenen Rente für den Insolvenz-

schutz ganz oder teilweise zu verneinen sein, so würde dies mit Rücksicht darauf, daß der Kläger, wie in der Parallelsache ausgeführt wurde, auch in der Kommanditgesellschaft zeitweise in einer arbeitnehmerähnlichen Stellung tätig gewesen ist, zwar nicht zum völligen Wegfall der auf die Zusage der GmbH gestützten Ansprüche gegen den Beklagten, wohl aber dazu führen, daß diese Ansprüche als zusätzliche Vergütung für die Arbeit in der Kommanditgesellschaft zu behandeln und deshalb nach denselben Grundsätzen wie die von der Pensel KG versprochene Versorgung zu beurteilen wären. Praktisch liefe dies darauf hinaus, daß die von beiden Gesellschaften geschuldeten Bezüge, insbesondere auch für die Frage der Angemessenheit unter Ausklammerung eines etwaigen Unternehmereinflusses, zusammenzuzählen und allein der Kommanditgesellschaft zuzurechnen wären.

3. Da das Ergebnis der nach alledem notwendigen erneuten tatrichterlichen Würdigung gegenüber dem Berufungsurteil sowohl günstiger als auch ungünstiger

für den Kläger ausfallen kann, ist das Berufungs-
urteil auf die Revisionen beider Parteien in vollem
Umfang aufzuheben und die Sache an das Berufungs-
gericht zurückzuverweisen.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Bundschuh

Dr. Skibbe