

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

Ges. zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
v. 29.12.1974 - BGBl I 3610 (BetrAVG) §§ 6, 7, 17

- a) Persönlich haftende Gesellschafter genießen grundsätzlich nicht den Schutz des Betriebsrentengesetzes.
- b) Sind mehrere Gesellschafter-Geschäftsführer nicht ganz unbedeutend an einer GmbH beteiligt und verfügen sie zusammen über die Mehrheit, so sind ihre Versorgungsansprüche nicht insolvenzgesichert. Das gilt entsprechend in einer GmbH & Co. KG bei gemeinsamer (unmittelbarer oder mittelbarer) Beteiligung an der Kommanditgesellschaft für eine von dieser versprochene Pension.
- c) Für die Frage, ob einem geschäftsführenden Gesellschafter wegen seiner Unternehmereigenschaft der Insolvenzschutz zu versagen ist, kommt es grundsätzlich nicht 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. Der insolvenzgesicherte Rentenanteil ergibt sich daher aus einer Gegenüberstellung des Zeitraumes vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zum Eintritt des Versorgungsfalles mit der Summe der Zeiten, in denen der Versorgungsberechtigte als Arbeitnehmer oder in ähnlicher Eigenschaft tätig gewesen ist.
- d) "Versorgungsempfänger" im Sinne des § 7 Abs. 1 BetrAVG ist auch, wer im Zeitpunkt des Sicherungsfalles die Voraussetzungen für einen Ruhegeldanspruch voll erfüllt, aber noch keine Leistungen bezogen hat. Das trifft auf einen Versorgungsberechtigten zu, der ein Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung bewilligt erhalten hat, in unmittelbarem Zusammenhang mit der Insolvenz des Dienstherrn seine Tätigkeit für diesen beenden muß und alsbald beim Pensions-Sicherungsverein seinen Versorgungsanspruch geltend macht.
- e) Ein gemäß § 6 BetrAVG vorgezogenes betriebliches Ruhegeld ist im allgemeinen nach billigem Ermessen zu kürzen.

BGH, Urt. v. 9. Juni 1980 - II ZR 255/78 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 255/78

URTEIL

Verkündet am
9. Juni 1980
Kaufmann
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Wirtschaftstreuhanders Dr. Franz P., Wilhelm-
M.-Straße 2, K.,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

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

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

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 Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. Mai 1978 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 27. Dezember 1912 geborene Kläger war vom 1. März 1949 bis zum 31. Dezember 1967 persönlich haftender Gesellschafter der Gottfried P. & Sohn KG in K. (nachfolgend: P. KG) mit einer Kapitalbeteiligung von 5,8 %. Weitere Komplementärin ohne Geschäftsführungsbefugnis war die E. GmbH mit 71 %. Am 31. Dezember 1955 schloß der Kläger mit der P. KG einen als "Geschäftsführungsvertrag" bezeichneten Anstellungsvertrag, der unter anderem auch eine Pensionszusage enthält. Nach § 8 des Vertrages sollte der Kläger



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

bei Invalidität oder nach Vollendung des 65. Lebensjahres 80 % seines Gehaltes als Pension beziehen.

Zum selben Zeitpunkt erhielt der Kläger auch einen - wörtlich nahezu gleichlautenden - Anstellungsvertrag als Prokurist der E. GmbH, bei der er schon seit 1946 als Angestellter tätig gewesen war. Darin sind ihm Gehalt und Pension in derselben Höhe zugesichert wie in dem Anstellungsvertrag mit der P. KG.

Im Jahre 1962 erbte der Kläger Geschäftsanteile der GmbH von rund 13 %. Zum 31. Dezember 1967 schied er unter Aufgabe seiner Kapitalbeteiligung an der P. KG als deren Komplementär aus. Seitdem führte die E. GmbH deren Geschäfte. Der Kläger blieb Gesellschafter dieser GmbH und wurde einer ihrer Geschäftsführer.

Die P. KG stellte ihn zum 1. Januar 1968 unter Neuregelung seines Gehalts einschließlich der Pensionszusage als Prokuristen ein. Ende 1971 wurde der Vertrag erneuert. Das Bruttogehalt wurde auf 4.300 DM monatlich festgesetzt; die Pension sollte unverändert 80 % betragen, nunmehr jedoch mit Anpassung an den Lebenshaltungskostenindex. Die Fälligkeit wurde auf die Vollendung des 60. Lebensjahres vorgezogen. Im übrigen ist der Vertragstext gegenüber dem ersten Vertrag von 1955 fast unverändert.

Nach dem 1. Januar 1968 hielten der Kläger ca. 30 % und sein Bruder Otto (ebenfalls Geschäftsführer der GmbH) rd. 35 % des Stammkapitals der E. GmbH. Diese war ihrerseits nunmehr mit über 80 % am Kapital der P. KG beteiligt. Am 23. März 1972 veräußerten der Kläger und

sein Bruder teilweise ihre GmbH-Anteile. Danach hielten sie zusammen nur noch weniger als 25 %.

Der Kläger erhält infolge des am 12. März 1976 eröffneten Konkurses der P. KG trotz der inzwischen eingetretenen vertraglichen Voraussetzungen keine Pension. Er hat daher den Beklagten als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung in Anspruch genommen. Dieser lehnt seine Eintrittspflicht im wesentlichen mit der Begründung ab, der Kläger sei bei der vorliegenden Vertragsgestaltung und aufgrund seiner Stellung in dem Familienunternehmen stets als Mitunternehmer einzustufen gewesen; diesem Personenkreis solle nach dem Zweck des Betriebsrentengesetzes Insolvenzschutz nicht gewährt werden.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die auf Zahlung einer monatlichen Pension von 4.488 DM ab 1. April 1976 gerichtete Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

Das Berufungsgericht hält den Beklagten als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung (§ 14 BetrAVG) nicht für verpflichtet, den Ausfall an Versorgungsbezügen zu decken, den der Kläger durch den Konkurs der P. KG erlitten hat, weil er nicht unter den persönlichen

Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes falle. Dem kann sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung nicht in allen Teilen gefolgt werden.

I. Allerdings genügt der Kläger in persönlicher Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen an eine Insolvenz-sicherung seines Pensionsanspruchs nur teilweise. In der Zeit vom 1. März 1949 bis zum 23. März 1972 war er unternehmerisch tätig. Für diese Zeit ist ihm der Insolvenzschutz zu versagen, was zu einer entsprechenden Kürzung seines Anspruchs führt.

1. Das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, daß der Kläger, solange er persönlich haftender Gesellschafter der P. KG war (vom 1. März 1949 bis 31. Dezember 1967), nicht zu dem in § 17 Abs. 1 BetrAVG aufgeführten Personenkreis zählte.

a) Die Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes gelten in erster Linie für Arbeitnehmer (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG). Die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers hat das Berufungsgericht für den genannten Zeitraum mit Recht verneint, weil er als geschäftsführender und vertretungsberechtigter persönlich haftender Gesellschafter nicht zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet war.

b) Nach Satz 2 dieser Vorschrift gelten die §§ 1 bis 16 BetrAVG entsprechend für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Versorgungsleistungen aus

Anlaß ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Auch zu diesem Personenkreis gehörte der Kläger infolge seiner Stellung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft - unabhängig von der Höhe seiner Kapitalbeteiligung - nicht.

Wie der Senat in seinem Urteil vom 28. April 1980 in Sachen II ZR 254/78 (WM 1980, 709) näher ausgeführt hat, ist die ihrem Wortlaut nach zu weitreichende Bestimmung des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nach dem Grundcharakter des Betriebsrentengesetzes als eines hauptsächlich dem Schutz von Arbeitnehmern dienenden Gesetzes einschränkend auszulegen. Einen Anknüpfungspunkt hierfür bietet der Umstand, daß Einzelkaufleute, soweit sie sich aus ihrem eigenen Betrieb versorgen, schon formalrechtlich nicht als Empfänger einer Versorgungszusage im Sinne des Gesetzes infrage kommen und ihre Einbeziehung in den Schutz dieses Gesetzes sich auch schlecht mit dem Gedanken der Eigenverantwortlichkeit des Unternehmers für den Erfolg seines Kapital- und Arbeitseinsatzes verträge. Daraus hat der Senat abgeleitet, daß Versorgungsberechtigte allgemein insoweit vom Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes ausgenommen sind, als ihre Ansprüche auf Dienstleistungen für ein Unternehmen beruhen, das mit Rücksicht auf ihre vermögens- und einflußmäßige Verbindung mit ihm nach natürlicher Anschauung als ihr eigenes zu betrachten ist, so daß sie unter dem Blickwinkel der Pensionssicherung einem Einzelkaufmann gleichzusetzen sind.

c) Hierzu gehören bei den Personengesellschaften in aller Regel die persönlich haftenden Gesellschafter mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

Sie sind nach den handelsrechtlichen Grundregeln nicht als abhängige Beschäftigte oder in einer auch nur annähernd vergleichbaren Rechtsstellung tätig, sondern leiten in (notwendiger) Selbstorganschaft den Gewerbebetrieb ihrer Gesellschaft und stehen insoweit dem Einzelkaufmann nahe. Die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretungsmacht richtet sich bei ihnen nicht nach arbeits- oder dienstrechtlichen, sondern nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (vgl. §§ 117, 127, 140 HGB). Dies stärkt ihren Einfluß im Unternehmen. Die Gegenleistung für ihre Tätigkeit als Bestandteil des Rechts auf den Unternehmensgewinn ist nach der gesetzlichen Regelung unabhängig vom Wert der für das Unternehmen tatsächlich erbrachten Dienste. Das Gesetz sieht die Personengesellschaft nämlich als eine Arbeits- und Haftungsgemeinschaft der Gesellschafter. Demzufolge ist der Gewinn zugleich Gegenwert für die Kapitaleinlage wie für die Arbeitsleistung, aber auch ein Äquivalent für die Übernahme der unbeschränkten persönlichen Haftung (BGHZ 44, 40 ff). Allerdings ist es möglich und nicht ungewöhnlich, im Gesellschaftsvertrag unterschiedlichen Arbeitsbeiträgen der Gesellschafter ihrem Gewicht entsprechend Rechnung zu tragen und den Unternehmerlohn dem anzupassen. Auch dann aber sind die Bezüge Gegenleistung nicht nur für Dienste, die auch ein beliebiger Dritter verrichten könnte, sondern sie bleiben - auch aus der Sicht der Berechtigten - durch Unternehmertätigkeit und Kapitaleinsatz erzielt. Alles dies weist persönlich haftende Gesellschafter als Unternehmer aus.

Dabei darf insbesondere nicht die Bedeutung der unbeschränkten persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten des Unternehmens unterschätzt werden. Dieses Risiko übernimmt ein persönlich haftender Gesellschafter in aller Regel nur im Hinblick auf Gewinnerwartungen, die höher als vergleichbare Arbeitnehmer-Einkommen liegen und insoweit einen Ausgleich für das Verlustwagnis bieten sollen. Da die Haftung aber alle diese Gesellschafter unabhängig von der Höhe ihrer Kapitaleinlagen trifft, kommt es auch für ihre Unternehmereigenschaft nicht auf die Höhe ihrer Kapitalbeteiligung an (so richtig Wiedemann/Moll, RdA 1977, S. 13, 20 f; ebenso im Ergebnis Höhne in Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert, Kommentar zum Betriebsrentengesetz, 1976, § 17 Rdn. 79; a.A. Höfer, BetrAVG, 1976, § 17 Anm. 44 - 46). Die vermögens- und risikomäßige Beteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters wird eben nicht nur durch seine Einlage bestimmt. Auch dies rückt ihn in die Nähe des Einzelkaufmanns. Ebenso wie für diesen gilt ferner auch für den persönlich haftenden Gesellschafter - jedenfalls sofern er es bei Insolvenzeintritt noch ist - der Gesichtspunkt, daß es im Hinblick auf den Zweck der Insolvenzsicherung wenig sinnvoll wäre, wenn eine vom Beklagten zu tragende Versorgungsrente wegen der fortdauernden Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB im Ergebnis ganz oder teilweise (bei Anwendbarkeit der §§ 850 ff ZPO) den Gesellschaftsgläubigern zufiele. Ob dieses Bedenken dann gegenüber dem Schutz der betrieblichen Altersversorgung zurücktreten muß, wenn ein persönlich haftender Gesellschafter früher in demselben Betrieb Arbeitnehmer gewesen ist und in dieser Eigenschaft bereits eine Versorgung

verdient hat (so Wiedemann/Moll aaO S. 25), kann offenbleiben, da der Kläger seine Komplementärstellung schon lange vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch der P. KG aufgegeben hatte.

Hinzu kommt schließlich, daß es ungereimt wäre, fällige Ansprüche eines Nicht-Arbeitnehmers im Konkurs nicht nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 d und § 61 Abs. 1 Nr. 1 d KO zu bevorzugen, zukünftige Ansprüche dagegen dem Beklagten aufzubürden (Wiedemann/ Moll aaO S. 17). Ob solche Unstimmigkeiten bei denjenigen Gesellschaftsorganen, deren Pensionsansprüche auch bei der im Rahmen des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG gebotenen einschränkenden Auslegung insolvenzgeschützt sind, nicht deshalb entfallen, weil der persönliche Geltungsbereich jener Konkursvorschriften schon nach geltendem Recht ebenso abzugrenzen ist wie der des Betriebsrentengesetzes, so daß diese Versorgungsberechtigten auch im Konkurs bevorzugt sind, ist hier nicht zu entscheiden.

d) Die Unternehmereigenschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters könnte allenfalls ausnahmsweise dann zu verneinen sein, wenn er bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur "angestellter Komplementär" ist - also lediglich im Außenverhältnis als Gesellschafter auftritt, im Innenverhältnis aber wie ein Angestellter gegenüber den die Gesellschaft beherrschenden Kommanditisten gebunden ist. Ein Indiz hierfür kann es sein, wenn der persönlich haftende Gesellschafter überhaupt nicht oder nur geringfügig am Kapital beteiligt und ihm im Innenverhältnis von den Kommanditisten die Freistellung von der persönlichen Haftung zugesagt worden ist. Eine solche Fallgestaltung liegt bei dem Kläger aber nicht vor.

2. Das Berufungsgericht versagt dem Kläger Insolvenzschutz auch für Zeiten, in denen er nicht persönlich haftender Gesellschafter, sondern in anderen Funktionen für das Unternehmen der P. KG tätig war. Dem kann nur teilweise gefolgt werden.

a) Im Ergebnis richtig ist die Auffassung des Berufungsgerichts insofern, als dem Kläger Unternehmereigenschaft auch für die Zeit beizumessen ist, in der er zusammen mit seinem Bruder Otto P. als weiterem Geschäftsführer und Gesellschafter der Komplementär-GmbH mittelbar sowohl am Kapital der P. KG überwiegend beteiligt war als auch einen bestimmenden Einfluß auf deren Unternehmensführung hatte, obwohl beide keine Gesellschafter der Kommanditgesellschaft waren. Das ist die Zeit vom 1. Januar 1968 bis zum 23. März 1972.

b) In diesem Zeitraum war der Kläger an der GmbH vom 1. Januar 1968 bis 31. Dezember 1970 mit DM 53.700 = 27,12 % und vom 1. Januar 1970 bis 31. Dezember 1971 mit DM 60.500 = 30,55 % beteiligt: In dieser Zeit betrug das Stammkapital DM 198.000. Am 1. Januar 1972 wurde das Stammkapital der GmbH auf DM 211.000 erhöht. Dadurch sank die Beteiligungsquote des Klägers, dessen Geschäftsanteile unverändert blieben, auf 28,67 %. Nach Veräußerung von Anteilen an den Prokuristen F. am 23. März 1972 hielt der Kläger nur noch Geschäftsanteile von DM 27.200 = 12,89 %.

Der Bruder des Klägers, Otto P■■■■, hatte vom 1. Januar 1968 bis zum 23. März 1972 Anteile von DM 70.400; dann übertrug er DM 50.000 auf seinen Sohn Wieland. Die Beteiligungsquote betrug zunächst 35,55 % und ab 1. Januar 1972 33,36 %. Mit dem 23. März 1972 fiel die Quote auf 9,67 %.

Insgesamt waren der Kläger und sein Bruder in der Zeit vom 1. Januar 1968 bis zum 23. März 1972 mit über 60 % an der GmbH beteiligt, danach nur noch mit 23 %. Währenddessen betrug der Anteil der E■■■ GmbH an der P■■■ KG 88,4 % (ab 1. Januar 1972 94,2 %). Die mittelbaren Beteiligungen des Klägers und seines Bruders an der Kommanditgesellschaft beliefen sich hiernach bis zum 23. März 1972 zusammengerechnet auf über 55 %. In der folgenden Zeit lagen sie weit unter 50 %.

c) Wie der Senat in seinem schon erwähnten Urteil vom 28. April 1980 entschieden hat, sind 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 als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Bei einer solchen Gestaltung sind für die Frage, ob ein geschäftsführender Gesellschafter nach der Stärke seines Vermögenseinsatzes und seiner durch ihn bedingten Leitungsmacht als Unternehmer zu behandeln und deshalb nicht unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG einzuordnen ist, seine unmittelbare und seine mittelbare Beteiligung an der Kommanditgesellschaft als der Unternehmensträgerin zusammenzurechnen. Ergibt sich

hierbei eine Kapital- und Stimmenmehrheit, so genießt der Gesellschafter-Geschäftsführer wegen seiner Unternehmer-eigenschaft nicht den Schutz des Betriebsrentengesetzes. Ebenso ist es zu beurteilen, wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer - wie hier der Kläger - an der Kommanditgesellschaft überhaupt nicht direkt beteiligt ist, seine indirekte Beteiligung ihm aber allein schon eine Unternehmerstellung vermittelt.

Allerdings scheint die E. GmbH mindestens zeitweise eine eigene Geschäftstätigkeit entfaltet zu haben. Das spielt hier aber deshalb keine Rolle, weil es in diesem Rechtsstreit ausschließlich um eine von der Kommanditgesellschaft gesondert versprochene Pension geht und die Frage, inwieweit diese als Entgelt für eine Unternehmertätigkeit anzusehen ist, nicht losgelöst davon beurteilt werden kann, wie stark die Stellung des Klägers als Mitglied und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zugleich seine (mittelbare) Vermögensbindung und seine Einflußmöglichkeiten in der Kommanditgesellschaft bestimmt hat.

d) Nach den unter b) dargelegten Quoten war der Kläger selbst mit nicht mehr als höchstens 30,55 % an der GmbH und umgerechnet mit etwa 27 % an dem Unternehmensverband beteiligt und somit für sich genommen nur Minderheitsgesellschafter. Der Senat hält es jedoch für erforderlich, auch solche Personen, die zwar nicht selbst die Mehrheit an einem Unternehmen besitzen, diese aber zusammen mit anderen zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftern

erreichen, jedenfalls dann vom Insolvenzschutz auszunehmen, wenn die jeweiligen Beteiligungen nicht gänzlich unbedeutend sind.

So leuchtet ein, daß zwei GmbH-Gesellschafter mit jeweils 50 % der Geschäftsanteile wegen der daraus folgenden Stimmverteilung zwar nicht in der Lage sind, wie ein Mehrheitsgesellschafter alleine auf die Dispositionen der Gesellschaft einzuwirken; gleichwohl vertreten sie zusammengefaßt das gesamte Kapital. Ihre Entscheidungsbefugnisse sind freilich infolge der gleichhohen Beteiligung des jeweils anderen Gesellschafters diesem gegenüber eingeschränkt. Daraus folgt ein Zwang zu Kompromissen im Entscheidungsprozeß, der aber in der Regel wegen der wirtschaftlich gleichgerichteten Interessen beider Gesellschafter am finanziellen Erfolg des Unternehmens kein unüberwindbares Hindernis sein wird, wenn es gilt, hinsichtlich der Geschäftsleitung zu einer Übereinstimmung zu gelangen. Der Gesellschaft stehen damit zwar zwei nicht mehrheitlich beteiligte Gesellschafter gegenüber, die jedoch - gerade weil sie zu gemeinsamem Handeln gewissermaßen gezwungen sind - stets ihren Willen zur Geltung bringen können. Bei dieser Konstellation ist es gerechtfertigt - und es entspricht auch der in Wirtschaftskreisen üblichen Anschauung - Gesellschafter-Geschäftsführer mit 50 %-Anteilen als Unternehmer und nicht lediglich als Beschäftigte mit gleichzeitiger Kapitalanlage anzusehen.

Nicht wesentlich anders liegt es, wenn an einer GmbH drei Gesellschafter mit gleichen Geschäftsanteilen beteiligt und zugleich die Geschäftsführer sind. Hier genügt es sogar, wenn sich jeweils zwei der Gesellschafter-Geschäftsführer einigen, weil sie bereits dann - jedenfalls über gewöhnliche Angelegenheiten - durch Mehrheitsbeschluß entscheiden können. Auch bei einer solchen Gruppierung ist es wegen der wirtschaftlich vergleichbaren Situation geboten, alle drei Gesellschafter als Mitunternehmer zu behandeln.

Darüberhinaus kann auch nichts anderes für den Fall gelten, daß zwei Gesellschafter-Geschäftsführer in der Lage sind, die Entscheidungen im Unternehmen unter Ausschluß anderer Gesellschafter zu treffen, weil sie bei Zusammenfassung ihrer Beteiligungen mehrheitsfähig sind. Auch bei ihnen prägt die Tatsache, daß sie zusammen die Geschicke eines Unternehmens bestimmen können, dessen Gewinn- und Verlustrisiko sie infolge ihrer kapitalmäßigen Bindung überwiegend tragen, noch so stark den Charakter ihrer Tätigkeit, daß sie nach der Verkehrssanschauung als typische Mitunternehmer anzusprechen sind, die ihr eigenes Unternehmen leiten und deshalb nicht als Lohn- und Versorgungsempfänger aufgrund von Dienstleistungen für ein fremdes Unternehmen im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG gelten können. Dabei kommt es nicht entscheidend auf besondere persönliche (etwa verwandtschaftliche oder freundschaftliche) Beziehungen dieser Personen untereinander an (vgl. auch insoweit das Urteil des Senats vom 28. April 1980). Ebenso ist es gleichgültig, wie sich ihre Zusammenarbeit im Einzelfall tatsächlich gestaltet,

da solche Umstände nicht für die Anwendung eines Gesetzes maßgebend sein können, das im Interesse der Betroffenen in besonderem Maße eine Auslegung nach generellen und damit überschaubaren Regeln erfordert.

Das Merkmal der mit einem entsprechend hohen Kapitalbesitz verbundenen Leitungsmacht ist vielmehr bereits dadurch gewahrt, daß im allgemeinen Gesellschafter-Geschäftsführer, die zusammen über die Mehrheit verfügen, der Gesellschaft ihren Willen aufzwingen können und vielfach auch müssen, wenn notwendige Entscheidungen anstehen. Diese Voraussetzung war im Falle des Klägers gegeben, solange er gemeinsam mit seinem Bruder Otto R. als Mitgeschäftsführer auch in der Kommanditgesellschaft kapital- und einflußmäßig das Übergewicht hatte.

e) Zu Unrecht möchte die Revision den Kläger gleichwohl als (echten) Arbeitnehmer eingestuft wissen, weil er von 1968 an zur Kommanditgesellschaft auch in einem unmittelbaren Anstellungsverhältnis als Prokurist gestanden hat. Durch eine solche formale Gestaltung lassen sich nicht die Folgerungen ausräumen, die sich in einer GmbH & Co. KG aus den zusammengefaßten Kapitalbeteiligungen in Verbindung mit den Beherrschungsmöglichkeiten als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ergeben. Die sachlich umfassendere Leitungsmacht als (Mit-)Geschäftsführer überlagert hier die Rolle eines Kommanditisten, die der Kläger aus steuerlichen Gründen gegen die eines persönlich haftenden Gesellschafters eingetauscht hat.

f) Auch die von 1968 bis zum 23. März 1972 für die Kommanditgesellschaft ausgeübte Tätigkeit des Klägers erfüllt daher nicht die Anforderungen an die Insolvenzsicherung eines darauf beruhenden Versorgungsanspruchs, wogegen sich für die anschließende Zeit bis zum Konkurs der Kommanditgesellschaft mit Rücksicht auf das Absinken der zusammengerechneten Beteiligungen unter 50 % Bedenken gegen eine solche Sicherung jedenfalls nicht mehr aus dem Gesichtspunkt der Unternehmerstellung ergeben.

3. Das Berufungsgericht meint freilich, dem Kläger auch für den letzten Zeitraum den Insolvenzschutz deshalb versagen zu müssen, weil für die Beurteilung einer Versorgungszusage unter dem Gesichtspunkt des § 17 Abs. 1 BetrAVG grundsätzlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt ihrer Erteilung abzustellen sei (so Wiedemann/Moll aaO S. 25) und der Kläger bei Abschluß aller mit einer Versorgungsklausel verbundenen Geschäftsführungsverträge von 1955 bis 1971 die Stellung eines Unternehmers gehabt habe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Sie beruht offenbar auf dem Gesichtspunkt der "Vertragsparität", den der Senat nach seinem schon mehrfach erwähnten Urteil vom 28. April 1980 als Abgrenzungsmerkmal im Rahmen des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG für ungeeignet hält.

Es wäre ungerecht und mit dem Schutzgedanken des Gesetzes unvereinbar, wenn bei jedem Übertritt von der Arbeitnehmer- in die Unternehmerstellung oder umgekehrt

die Insolvenzsicherung einer Versorgungszusage in ihrer Gesamtheit von dem mehr oder weniger zufälligen oder auch gezielt herbeigeführten Umstand abhinge, ob die Zusage förmlich erneuert wird oder nicht. So leuchtet ohne weiteres ein, daß ein Unternehmer (oder Mitunternehmer), solange er in dieser Eigenschaft seinen Betrieb leitet, eine Sicherung der in dieser Zeit erworbenen Pensionsansprüche auch dann nicht erwarten darf, wenn er in demselben Betrieb früher als Arbeitnehmer (oder in einer ähnlichen Stellung) tätig gewesen ist und eine schon damals erteilte Versorgungszusage unverändert bestehen bleibt. Umgekehrt ist es aber auch bei einem Wechsel von der Unternehmer- in die Arbeitnehmerstellung unter Beibehaltung der bisherigen Versorgungsregelung gewöhnlich so anzusehen, wie wenn diese Regelung neu vereinbart worden wäre (so zu-
treffend Ahrend/Förster/Rößler, GmbHGdsch 1975, 275, 278). Freilich wird in diesem Fall (auch unabhängig von der Umgehungsvorschrift des § 7 Abs. 5 BetrAVG) zu prüfen sein, inwieweit Art und Höhe der weiterhin vereinbarten Versorgung ersichtlich durch die ehemalige Unternehmereigenschaft mitbedingt sind. Geht die fortgeltende Pensionsregelung über das hinaus, was bei einem Arbeitnehmer ohne frühere Unternehmerstellung angemessen wäre, so muß dieser Anteil bei der Bemessung eines Anspruchs nach § 7 BetrAVG unberücksichtigt bleiben.

Davon abgesehen, ist allein maßgeblich, inwieweit das Ruhegeld durch eine Tätigkeit als Arbeitnehmer und inwieweit es durch eine solche als Unternehmer verdient worden ist. Insolvenzesichert ist daher nur der Teil

einer 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. Die Entscheidung hängt hiernach weiterhin davon ab, ob auf die Versorgungsberechtigung des Klägers, soweit er sie als Nichtunternehmer, also vor allem nach dem 23. März 1972, verdient hat, die sachlichen Voraussetzungen des § 7 BetrAVG zutreffen.

1. Nach § 7 Abs. 1 BetrAVG steht der Anspruch gegen den Träger der Insolvenzsicherung "Versorgungsempfängern" zu, deren Ansprüche infolge Konkurses ihres Dienstherrn nicht erfüllt werden. Dem Wortlaut nach trifft diese Bestimmung auf den Kläger insofern nicht zu, als er bei Eintritt des Sicherungsfalles noch keine Versorgungsleistung von der Kommanditgesellschaft "empfangen" hatte. Hierauf kommt es jedoch nicht entscheidend an, da der Kläger, wie noch auszuführen sein wird, bei Konkursöffnung jedenfalls versorgungsberechtigt gewesen und § 7 Abs. 1 BetrAVG über seinen reinen Wortlaut hinaus sinngemäß dahin auszulegen ist, daß von ihm auch Personen erfaßt werden, die im Zeitpunkt des Sicherungsfalles die vertraglichen oder gesetzlichen Voraussetzungen für einen Ruhegeldanspruch voll erfüllt, aber noch keine Versorgungsleistung erhalten haben (Höfer aaO § 7 Anm. 8 ff; Kiefer/Giloy, Die Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 1975, § 7 BetrAVG Erl. 1).

Als Inhaber einer bloßen Pensionsanwartschaft im Sinne von § 7 Abs. 2 BetrAVG kommen solche Personen nicht in Betracht, weil diese Vorschrift, wie schon die Verweisung auf § 1 (vgl. dort Abs. 1 Satz 1) BetrAVG erkennen läßt, voraussetzt, daß bei Eintritt des Sicherungsfalles das Dienstverhältnis entweder schon beendet war oder zwar noch bestanden hat, die Versorgungsanwartschaft aber noch nicht zum Vollrecht erstarkt war (Höfer aaO § 7 Anm. 16). Ein schon Versorgungsberechtigter, der bis zur Insolvenz betriebstreu gewesen ist, aber noch keine Zahlungen erhalten hat, fiele also bei wortgetreuer Auslegung weder unter Abs. 1 noch unter Abs. 2 des § 7 BetrAVG und bliebe folglich ungeschützt, ein sinnwidriges Ergebnis, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Dabei liegt es näher, auf solche Versorgungsberechtigte Abs. 1 und nicht Abs. 2 des § 7 BetrAVG anzuwenden. Denn das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der beiden Regelungen liegt nicht in dem tatsächlichen Beginn von Versorgungsbezügen, sondern darin, daß im ersten Fall bereits ein Vollrecht erworben wurde, im zweiten Fall dagegen nur eine Anwartschaft, die der Gesetzgeber als ein Recht minderer Qualität betrachtet, wie schon in den strengeren Anforderungen an eine Insolvenzversicherung - Erfüllung der gesetzlichen Wartezeiten des § 1 BetrAVG - zum Ausdruck kommt (vgl. Höfer aaO § 7 Anm. 13, 15). Es besteht kein innerer Grund, auch einem Vollrechtsinhaber die günstigere Rechtsstellung eines "Versorgungsempfängers" nach § 1 BetrAVG vorzuenthalten, nur weil er aus seiner Berechtigung bis zum Insolvenzeintritt noch keinen tatsächlichen Vorteil gezogen hat.

2. Diese Gesichtspunkte treffen auch auf den Kläger zu.

a) Allerdings kann sich der Kläger insoweit nicht darauf berufen, daß nach § 8 des Geschäftsführungsvertrages vom 20. Dezember 1971 seine Pension schon "nach Vollendung des 60. Lebensjahres am 27. Dezember 1972, spätestens nach Beendigung der 5jährigen Gewährleistungspflicht gemäß HGB § 159 als Komplementär (31. Dez. 1967) am 31. Dezember 1972" fällig sein sollte. Denn die Begründung dieser Vertragsänderung läßt deutlich erkennen, daß für sie die damalige Unternehmereigenschaft des Klägers den Ausschlag gegeben hat. Zwar wird eingangs auf die "Verkürzung der Lebenserwartung der 50- bis 60-jährigen Männer" und die "Änderungen von Pensions-Regelungen für Beamte, für Angestellte und Arbeiter in der Sozialversicherung" verwiesen. Im Anschluß daran heißt es aber:

"Die Neufassung ist die Schlußfolgerung aus dem Urteil des BFH IV R 62/66 vom 16. 2. 1967, insbesondere aus der Tatsache, daß die Pensions-Ansprüche von Gesellschafter-Geschäftsführern bei Personen-Gesellschaften im Falle einer Firmen-Auseinandersetzung keine LOHN-Forderungen, sondern Gewinn-Verteilungs-Abreden von Gesellschaftern darstellen und damit nicht vorrangig behandelt werden."

Dieser Text in Verbindung mit dem Hinweis auf § 159 HGB zeigt, daß die wesentlichen Beweggründe für die Vorverlegung der Altersgrenze in der steuerlichen Einstufung des Klägers als Mitunternehmer und dem Aufhören seiner Komplementärhaftung gelegen haben. Mit dem Hinweis auf die zur damaligen Zeit eingeführte flexible Altersgrenze

in der gesetzlichen Rentenversicherung ließ sich die Regelung in solchem Ausmaß nicht rechtfertigen, weil diese Grenze nicht bei 60, sondern in der Regel bei 63 Jahren lag. Auch ist nicht vorgetragen, daß bei sonstigen Angestellten der Kommanditgesellschaft die Altersversorgung in gleicher Weise wie beim Kläger vorgezogen worden sei, wenn man von dem ebenfalls als Mitunternehmer tätig gewesenen Bruder des Klägers absieht.

b) Dagegen ist zu berücksichtigen, daß der Kläger bei Insolvenzeintritt unabhängig von der Vertragslage kraft Gesetzes eine vorgezogene betriebliche Altersversorgung beanspruchen konnte, wie das Berufungsgericht in der Parallelsache II ZR 180/79 zutreffend erkannt hat. Denn nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG sind einem Arbeitnehmer, der das Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung vor Ablauf des 65. Lebensjahres in Anspruch nimmt, auf sein Verlangen nach Erfüllung der (vertraglichen) Wartezeit und sonstiger Leistungsvoraussetzungen Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu gewähren. Das war beim Kläger der Fall. Denn er hatte im Jahre 1975 ein Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung beantragt, das ihm durch Bescheid vom 20. Januar 1976 mit Wirkung vom 1. Januar 1976 bewilligt worden ist, nachdem er am 26. Dezember 1975 das 63. Lebensjahr vollendet hatte. Weitere Leistungsvoraussetzungen, insbesondere eine Wartezeit, hatte der Kläger nach den vorliegenden Pensionsvereinbarungen mit der P... KG nicht zu erfüllen.

Infolgedessen war zur Zeit des Sicherungsfalles der betriebliche Versorgungsanspruch mindestens dem Grunde nach

in seinen wesentlichen Voraussetzungen entstanden. Zu seiner Verwirklichung fehlte freilich noch das "Verlangen" des Klägers. Hierfür ist aber keine bestimmte Form oder Frist gesetzlich vorgeschrieben (Höhne aaO § 6 Rdn. 42; Höfer aaO § 6 Anm. 40). Im allgemeinen genügt es daher, daß der Berechtigte unter Nachweis des gesetzlichen Rentenanspruchs auf irgendeine Weise zu erkennen gibt, nunmehr auch das vorgezogene betriebliche Ruhegeld beziehen zu wollen. Das ist hier, wie aus dem Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 30. März 1976 hervorgeht, alsbald nach der Konkursöffnung, mit der die Tätigkeit des Klägers für die Kommanditgesellschaft ihr Ende gefunden hat, durch Erklärung gegenüber dem Beklagten geschehen, wobei davon ausgegangen werden kann, daß der Kläger auch den Rentenbescheid vom 20. Januar 1976 angeführt hat. Da zu dieser Zeit infolge des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG alle weiteren Dispositionen über einen Versorgungsanspruch in der Hand des Beklagten lagen und dieser andererseits im Rahmen des § 7 BetrAVG auch für die Erfüllung des Anspruchs zuständig war, muß die Erklärung an ihn einer solchen an die Gemeinschuldnerin für die Anwendung des § 6 BetrAVG gleichgeachtet werden.

Damit war zugleich die Höhe der vorgezogenen Betriebsrente bestimmbar. Sie ist bei Fehlen einer vertraglichen Regelung im allgemeinen geringer anzusetzen als eine erst nach Vollendung des 65. Lebensjahres zu zahlende Rente, weil dem Unternehmen infolge der früheren Leistung höhere Belastungen entstehen, wie namentlich durch die kürzere Dienstzeit und die entsprechend längere Rentendauer.

Im Streitfall haben die Gerichte ihre Höhe nach billigem Ermessen zu bestimmen, wobei sich eine Anlehnung an die Grundsätze des § 2 BetrAVG anbietet (BAG, Urt. v. 1.6.78 - 3 AZR 216/77, NJW 1979, 124; vgl. auch Heubeck/Müller, GmbHRdsch 1980, 75; Heubeck in Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert, Kommentar zum Betriebsrentengesetz, 1976, § 6 Rdn. 101 ff; Höfer aaO § 6 Anm. 57 ff).

3. Das Bedenken, dem Kreis der Versorgungsempfänger im Sinne von § 7 Abs. 1 BetrAVG seien Personen, die eine vorgezogene Altersleistung nach § 6 BetrAVG verlangen könnten, davon aber bis zum Sicherungsfall noch keinen Gebrauch gemacht haben, nicht zuzurechnen, weil ihr Versorgungsanspruch erst im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Betrieb dem Grunde und der Höhe nach feststehe (so Höfer aaO § 7 Anm. 11), greift jedenfalls bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden nicht durch. Denn hier war bei Konkursöffnung nicht nur ein Rentenbescheid nach § 6 Satz 1 BetrAVG bereits ergangen, sondern der Kläger hat auch, nachdem eine weitere Tätigkeit für die Kommanditgesellschaft entfallen war, sogleich im Anschluß daran durch den Abruf seiner vertraglichen Rente deren vorzeitigen Beginn und die Höhe der Einzelzahlungen festgelegt oder sie mindestens bestimmbar gemacht. Da hiernach im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Sicherungsfall der vorgezogene Versorgungsanspruch nach Grund und Höhe voll ausgelöst worden ist, gibt es keinen Gesichtspunkt, der es sachlich rechtfertigen könnte, den Kläger nur deshalb, weil er diesen Anspruch erst nach der Konkursöffnung förmlich geltend gemacht haben mag, nicht als Versorgungsberechtigten im Sinne des

§ 7 Abs. 1 BetrAVG anzusehen, sondern ihn, wie der Beklagte es will, in die mindere Rechtsstellung eines nur Anwartschaftsberechtigten zu verweisen.

III. Die volle Abweisung der Klage läßt sich demnach rechtlich nicht halten.

Das Berufungsgericht wird nunmehr zunächst zu beurteilen haben, ob das letzte Gehalt des Klägers bei der Kommanditgesellschaft und der darauf bezogene Pensionsanspruch von 80 % (zuzüglich etwaiger Steigerungsbeträge infolge Erhöhung der Lebenshaltungskosten) mit Rücksicht auf die vorausgegangene Unternehmertätigkeit höher bemessen waren, als es der Art der Dienstleistungen und der allgemeinen Lohn- und Preisentwicklung für sich allein entsprochen hätte. Der sich hiernach ergebende angemessene Betrag ist ferner im Hinblick darauf, daß der Kläger schon vor Vollendung des 65. Lebensjahres in den Ruhestand getreten ist, gegebenenfalls nach billigem Ermessen zu kürzen. Alsdann wird das Ruhesgeldversprechen dahin auszulegen sein, ob es unter der Voraussetzung erteilt worden ist, daß der Kläger bis zum Eintritt des Versorgungsfalles ununterbrochen in den Diensten der Gesellschaft gestanden haben werde. Ist dies der Fall, so kann bei Bemessung der nach § 7 Abs. 1 in Verb. mit § 6 BetrAVG insolvenzgesicherten Rente nicht außer acht bleiben, daß die Zeiten, in denen der Kläger eine Unternehmerstellung innehatte, insoweit nicht als Dienstzeit zu gelten haben.

Der insolvenzgeschützte Rentenanteil ergibt sich dann aus einer Gegenüberstellung des Zeitraumes vom Beginn

der Betriebszugehörigkeit überhaupt bis zur (gemäß § 6 BetrAVG vorverlegten) Altersgrenze mit der Summe der Zeiten, in denen der Kläger als Arbeitnehmer oder in ähnlicher Eigenschaft für die Gesellschaft tätig gewesen ist (vgl. auch § 2 Abs. 1 BetrAVG). Dabei werden auch die vom Kläger behaupteten Dienstleistungen für die Pensel KG vor 1949 (vgl. seinen Aktenvermerk vom 29. März 1976, Anl. 3 zum Schriftsatz vom 21. Juni 1977) in die Berechnung der Arbeitnehmerzeit einzubeziehen sein, wenn sie ihrer Art nach zu den Tätigkeiten gezählt werden können, die in eine als Entgelt für langjährige Betriebs-treue gedachte nachträgliche Versorgungszusage gewöhnlich mit einfließen (vgl. Höhne aaO § 2 Rdn. 9; Höfer aaO § 2 Anm. 15).

Stimpel . Dr. Schulze Fleck Bundschuh Dr. Skibbe