
Datum: 23.10.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 14. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 U 9/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1023.14U9.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 338/11

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 13. Oktober 2011 verkündete Urteil des Landgerichts Köln abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen, die Anschlussberufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 10.000 € abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e

1

I.

2

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger, der seit Juli 2011 gesetzliche Altersrente bezieht, vom Beklagten Zahlung der betrieblichen Altersversorgung in Höhe von monatlich 3.681 € ab Juli 2011. Der Kläger war seit Mai 1984 Geschäftsführer der N GmbH (im Folgenden GmbH), über deren Vermögen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluss vom 17. Juli 2002 mangels einer die Kosten deckenden Masse abgewiesen worden ist. Die Klage hat der Kläger gestützt auf eine Versorgungszusage der GmbH vom 20. Dezember 1988 (Anlage K 1, Bl. 7 ff d.A.) mit verschiedenen Nachträgen. Er hat darüber

3

hinaus die Auffassung vertreten, der Beklagte habe durch ein Schreiben vom 20. November 1998 ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgegeben. Darauf habe er vertraut und eine anderweitige Altersvorsorge nicht vorgenommen.

Durch das angefochtene Urteil ist dem Kläger nur ein geringer Teil der verlangten Rente zuerkannt worden, da er für die überwiegende Zeit seiner Betriebszugehörigkeit nicht als Arbeitnehmer (bzw. arbeitnehmerähnliche Person), sondern als nicht durch das BetrAVG geschützter Unternehmer anzusehen sei. Von der Gesamtzeit der Einstellung in den Betrieb bis zum Rentenbeginn von 326 Monaten sind nur 56 Monate anerkannt worden. Es verblieb damit von dem zugesagten Betrag der Monatsrente in Höhe von (zuletzt 7.200 DM = abgerundet) 3.681 € nur ein Betrag von 632,40 €.

In den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ist ausgeführt, ein Schuldanerkenntnis des Beklagten liege nicht in dem Schreiben vom 20. November 1998 (Anlage K 9, Bl. 27). Dieses Schreiben hatte der Beklagte an die Steuerberatergesellschaft der KG und der GmbH gerichtet und darin mitgeteilt, dass er die Versorgungszusage des Klägers für insolvenzsicherungsfähig halte. Das Landgericht verneint einen auf diese Aussage gestützten Schadensersatzanspruch. Der Kläger habe gegenüber dem substantiierten Bestreiten nicht dargelegt, welche andere Altersvorsorge er in dem relativ kurzen Zeitraum bis zur Insolvenz (10.5.2002 KG, 17.7.2002 GmbH) mit welchen Mitteln hätte betreiben können. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der rechtlichen Begründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte seinen erstinstanzlichen Klageantrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

Der Beklagte vertritt die Auffassung, dass die Versorgungszusage im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht unverfallbar im Sinne des § 30 f BetrAVG war, da in die Berechnung der nach Nr. 2 erforderlichen mindestens zwölfjährigen Betriebszugehörigkeit nur die Jahre einzustellen seien, in denen der Kläger als Arbeitnehmer und nicht als Unternehmer tätig war. Soweit das Landgericht eine andere Auffassung vertreten habe, sei dies nicht begründet worden und mit den angegebenen, jedoch nicht zutreffenden Fundstellen auch nicht belegt worden. Darüber hinaus habe die Versorgungszusage auch keine drei (§ 30 f Absatz 1 Nr. 2 BetrAVG) oder gar zehn (§ 30 f Absatz 1 Nr. 1 BetrAVG) Jahre bestanden, da auch insoweit die Zeiten als Unternehmer auszublenden seien. Dazu habe das Landgericht keine Stellung genommen.

Darüber hinaus sei eine wirksame Versorgungszusage erst am 9. Januar 1995 erfolgt, da erst dann der dafür notwendige Gesellschafter-Beschluss gefasst worden sei.

Schließlich ist der Beklagte der Auffassung, dass bei der Berechnung des Rentenbetrages eine zweifache Kürzung vorgenommen werden müsse im Hinblick darauf, dass der Kläger ab 1989 Unternehmer war und dass sein Dienstverhältnis lange vor Vollendung des 65. Lebensjahres beendet wurde. Der zunächst errechnete Rentenbetrag von rund 632 € müsse daher noch einmal mit dem Prozentsatz von 17,18 % gekürzt werden. Das ergebe dann einen dem Kläger allenfalls zustehenden Rentenbetrag von 108,47 € monatlich, jeweils fällig erst zum Monatsende.

Der Beklagte beantragt,

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 8.3.2012 – 24 O 338/11 – die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt,	12
die Berufung zurückzuweisen.	13
Im Wege der Anschlussberufung beantragt der Kläger,	14
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts vom 08.03.2012 den Beklagten zu verurteilen, an ihn, den Kläger, ab dem 01.07.2011 monatliche Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge in Höhe von € 3.681,00 bis zum Lebensende zu zahlen.	15
Der Beklagte beantragt,	16
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	17
Der Kläger ist der Ansicht, das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass er ab dem 31. Dezember 1988 als Unternehmer einzuordnen sei. In allen Kommanditgesellschaften, an denen die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin beteiligt gewesen sei, habe anhand der Stimmrechtsverhältnisse die Kommanditistin, seine Ehefrau, die faktische Leitungsmacht gehabt. Die Geschäftsführung der GmbH für mehrere Kommanditgesellschaften sei auch nicht als eigener Gewerbebetrieb zu werten. Nach der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung sei er daher nicht als Unternehmer anzusehen.	18
Die Versorgungszusage im Jahr 1988 sei durch Gesellschafterbeschluss erfolgt. Sämtliche mit der Zusage zusammen hängende Unterlagen seien dem Insolvenzverwalter übergeben worden. Diesem möge aufgegeben werden, den Beschluss vorzulegen. Im Übrigen bestünden Bedenken gegen die Verwertung des in zweiter Instanz insoweit neuen Vortrags des Beklagten.	19
Der Kläger vertritt weiterhin die Auffassung, dass das Schreiben vom 20. November 1998 schon wegen der Überschrift, in der es um die Insolvenzsicherung und nicht um Beitragspflichten gehe, als deklaratorisches Schuldanerkennnis anzusehen sei. Die Mittel zur Schaffung einer der Versorgungszusage entsprechenden Absicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung seien vorhanden gewesen. Im Termin vor dem Senat hat der Kläger angegeben, dass er bis zu seiner Verhaftung im Februar 2002 für die GmbH tätig gewesen sei.	20
Wegen des weiteren beiderseitigen Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze Bezug genommen.	21
Der Kläger hat der früheren Steuerberatergesellschaft der GmbH, der Firma B GmbH, den Streit verkündet; diese ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.	22
II.	23
Die Berufung des Beklagten ist begründet, die Anschlussberufung des Klägers ist nicht begründet.	24
1) Die Klage ist nicht begründet, ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf eine insolvenzgeschützte Rentenzahlung nach §§ 7 Absatz 2 Satz 1, 14 Absatz 1 Satz 1 Betriebsrentengesetz (BetrAVG) besteht nicht. Der Anspruch setzt voraus, dass der Kläger eine Versorgungszusage des Arbeitgebers erhalten hat und seine Anwartschaft zum maßgebenden Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits unverfallbar war.	25
	26

a) Die dem Kläger am 20. Dezember 1988 erteilte Versorgungszusage ist nicht wirksam. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat nicht den Nachweis erbracht, dass diese Zusage auf einer Entscheidung der Gesellschafterversammlung beruht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 1991, 1680) ist auch für Änderungen des Anstellungsvertrages, die nicht mit der Begründung oder Beendigung der Organstellung zusammenhängen, die Regelung des § 46 Nr. 5 GmbHG entsprechend anzuwenden, nach der die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben der Bestimmung der Gesellschaft unterliegen. Die erst 1991 geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung gilt auch für die hier in Frage stehende frühere Versorgungszusage. Denn auch der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall betraf einen schon länger zurückliegenden Anstellungsvertrag (ebenso auch der vom Senat entschiedene Fall 14 U 11/03). Es handelt sich bei der Zusage durch Gesellschafterbeschluss um eine Schlüssigkeitsvoraussetzung für den geltend gemachten Anspruch, die der Kläger bereits in erster Instanz hätte vortragen müssen. Eine Zurückweisung des Hinweises der Beklagten auf diesen fehlenden Umstand kommt daher nicht in Betracht. Im Übrigen wäre das Vorbringen nach § 531 Absatz 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen, da das Landgericht diesen Gesichtspunkt offensichtlich übersehen hat.	
Der Vorlegungsantrag des Klägers erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 421 ZPO. Dieser muss sich auf die Vorlage von Urkunden durch den Beklagten richten. Der Kläger hat auch nicht behauptet, dass der Beklagte im Besitz eines Gesellschafterbeschlusses aus dem Jahr 1988 sei.	27
b) Die Versorgungszusage vom 9. Januar 1995 ist wirksam erteilt worden. Die Voraussetzungen für eine unverfallbare Anwartschaft sind jedoch nicht gegeben.	28
Im vorliegenden Fall beurteilt sich die Frage der Unverfallbarkeit nicht nach § 1 b Absatz 1 Satz 1 BetrAVG, sondern nach § 30 f Absatz 1 BetrAVG. Denn die Zusage ist vor dem 1. Januar 2001 erteilt worden. Nach der Regelung des § 30 f Absatz 1 BetrAVG ist eine Anwartschaft dann unverfallbar, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles, jedoch nach Vollendung des 35. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt	29
1. mindestens zehn Jahre oder	30
2. bei mindestens zwölfjähriger Betriebszugehörigkeit mindestens drei Jahre	31
bestanden hat.	32
Zwar ist vorliegend das Arbeitsverhältnis des Klägers vor Eintritt des Versorgungsfalles und nach Vollendung seines 35. Lebensjahres beendet worden. Die Versorgungszusage vom 9. Januar 1995 war aber im Februar 2002 noch nicht unverfallbar. Weder die Voraussetzungen nach § 30 f Absatz 1 Nr. BetrAVG noch die nach Nr. 2 sind erfüllt. Die Zusage aus dem Jahr 1995 hat bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht bereits mindestens zehn Jahre bestanden (Nr. 1); auch ein mehr als dreijähriger Bestand dieser Versorgungszusage ist nicht gegeben, ebensowenig ist dem Kläger eine mindestens zwölfjährige Betriebszugehörigkeit zuzurechnen (Nr. 2).	33
Der Senat vertritt insoweit die Auffassung, dass sowohl für die Bemessung der Dauer der Zusage als auch für die Bemessung der Betriebszugehörigkeit solche Zeiten nicht mitzuzählen sind, in denen der Kläger als Unternehmer anzusehen ist. Der Schutzcharakter des Betriebsrentengesetzes bezieht sich auf Arbeitnehmer und gleichgestellte Personen, die	34

für ein Unternehmen tätig sind. Das setzt eine Fremdtätigkeit voraus und ist bei einem Unternehmer, der in seinem eigenen Unternehmen tätig ist, nicht der Fall (BGHZ 77, 94 = NJW 1980, 2254). Es wäre inkonsequent, die nicht insolvenzgeschützten Zeiten als Unternehmer nur bei der Berechnung der Versorgungshöhe durch Anwendung der pro-rata-temporis Methode zu berücksichtigen. Auch der Gedanke, bei der Bemessung der Betriebszugehörigkeit die Betriebstreue zu belohnen, greift nicht für den Unternehmer, der in seinem eigenen Betrieb tätig ist.

Der im landgerichtlichen Urteil zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (II ZR 255/78 vom 9. Juni 1980 = BGHZ 77, 233) ist nicht zu entnehmen, dass die Frage der Betriebszugehörigkeit nicht auf die Zugehörigkeit als Arbeitnehmer beschränkt sei. Dort ist zu der Frage entschieden, dass einem Unternehmer, der die Unternehmerstellung wegen sinkender Beteiligungsverhältnisse verliert, eine einmal erteilte Versorgungszusage nicht erneut erteilt werden muss sondern diese beim Wechsel von der Unternehmerstellung in die Arbeitnehmerstellung erhalten bleibt. Das hat mit der hier vorliegenden Fragestellung nichts zu tun. Auch die im angefochtenen Urteil angegebene Fundstelle bei Blomeyer/Rolfs/Otto-Rolfs, (Betriebsrentengesetz 5. Auflage 2010, § 1 b Rdn. 60), in der auf die vorgenannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs verwiesen wird, stützt eher die Auffassung des Senats. Dort wird die Auffassung vertreten, dass bei einem Statuswechsel wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall die Dauer der Versorgungszusage erst ab Wechsel in die Arbeitnehmerstellung zu rechnen sei. Soweit ersichtlich hat der Bundesgerichtshof bisher weder zur Dauer der Versorgungszusage noch zur Dauer der Betriebszugehörigkeit ausdrücklich entschieden, ob die Zeiten als Unternehmer mitzurechnen sind. Im Hinblick darauf sowie wegen der nachfolgenden Bewertung der Unternehmerstellung des Klägers lässt der Senat die Revision zu. 35

In Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil des Landgerichts geht auch der Senat davon aus, dass der Kläger für die Zeit ab dem 31. Dezember 1988 als Unternehmer zu qualifizieren ist. Auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil wird insoweit verwiesen. Unabhängig von dem Gewicht des Stimmrechts belegen die aufgeführten weiteren Umstände die faktische Leitungsmacht des Klägers. 36

Die Unternehmerstellung des Klägers ergibt sich weiter daraus, dass die von ihm als Alleingesellschafter geführte GmbH die Geschäftsführung für mehrere Gesellschaften (Kommunalgrund N GmbH & Co. KG, N GmbH & Co. KG - Objekt S und N GmbH & Co. KG - Objekt M) übernommen hat. Damit betreibt die GmbH ein eigenes Gewerbe. Soweit der Bundesgerichtshof für den typischen Fall, in welchem die GmbH keinen eigenen Betrieb unterhält, sondern nur die Geschäfte der Kommanditgesellschaft zu leiten hat, beide Gesellschaften als wirtschaftliche Einheit betrachtet (BGH a.a.O. mit weiteren Nachweisen), lässt sich das auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Eine Vergleichbarkeit ist schon deshalb nicht gegeben, weil die Kommanditgesellschaften jeweils eigene Unternehmensziele verfolgen. Eine wirtschaftliche Einheit liegt gerade nicht vor. In dem erstinstanzlich nachgereichten Schriftsatz vom 9. Februar 2012 (Bl. 123) hat der Kläger selbst die Auffassung vertreten, dass es sich bei den verschiedenen Gesellschaften nicht um ein einheitliches Unternehmen handle und die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher angewandte Gesamtbetrachtung hier nicht einschlägig sei. 37

2) Dem Kläger steht auch kein Schadensersatzanspruch im Hinblick darauf zu, dass der Beklagte im Schreiben vom 20. November 1998 ein Schuldanerkenntnis abgegeben hätte, aufgrund dessen der Kläger eine anderweitige Altersvorsorge unterlassen habe. Abgesehen davon, dass das Schreiben nicht an den Kläger gerichtet war und Schutzwirkung zu seinen 38

Gunsten nur unter weiteren Voraussetzungen entfalten würde, ist daraus nicht zu entnehmen, dass der Beklagte den Sachverhalt abschließend geprüft und sich bindend festgelegt hätte. Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass die Einschätzung der Insolvenzsfähigkeit allein „nach Ihren Angaben“ beurteilt wurde. Dem geltend gemachten Anspruch steht darüber hinaus entgegen, dass der Kläger auch in der Berufungsinstanz nicht nachvollziehbar dargelegt hat, dass trotz der zur Insolvenz führenden finanziellen Situation hinreichende Mittel für eine zusätzliche Altersversorgung zur Verfügung gestanden hätten. Der Kläger hat auch nicht dargelegt, welche Beträge die GmbH ihm in Abänderung seines Anstellungsvertrages zusätzlich gewährt hätte, wenn davon ausgegangen worden wäre, dass seine Versorgungszusage nicht insolvenzgesichert war. Es ist deshalb völlig offen und nicht abschätzbar, in welchem Umfang eine etwaige Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung zu einer Erhöhung seiner Rentenbezüge geführt hätte.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Absatz 1 Satz 1, 708 Ziffer 10, 711 ZPO. 39

Streitwert: 40

Berufung: $38 * 632,40 \text{ €} = 24.031,20 \text{ €}$ 41

Anschlussberufung: $38 * (3.681 \text{ €} - 632,40 \text{ €}) = \underline{115.846,80 \text{ €}}$ 42

gesamt 139.878,00 € 43