
Datum: 24.10.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 14. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 U 12/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:1024.14U12.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 159/16

Tenor:

1. Auf die Berufung des Klägers vom 11.11.2016 wird das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 06.10.2016 (Az. 24 O 159/16) abgeändert und – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung – wie folgt neugefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Zeit vom 01.05.2015 bis zum 30.11.2016 einen Betrag in Höhe von 8.783,13 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 03.12.2016 zu zahlen.

Der Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger ab dem 01.12.2016 eine monatliche Altersrente in Höhe von 1.241,50 € brutto abzüglich der für die Monate Dezember 2016 bis einschließlich September 2017 jeweils monatlich bereits geleisteten 779,23 € zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

2. Von den Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen der Kläger 42 % und der Beklagte 58 %. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 30 % und der Beklagte 70 %.

3. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die andere Partei

vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der am xx.xx.1946 geborene Kläger gründete durch notariellen Gesellschaftsvertrag vom 28.11.1977 (Urk.-Nr. 1xx3/V/1977 des Notars Dr. A in B) gemeinsam mit Herrn C und Herrn D sowie der Firma E mbH (im Folgenden: Firma E) die Firma F mbH (im Folgenden: Firma F GmbH). Gemäß dem Anstellungsvertrag vom 28.11.1977 begann er ab dem 01.01.1978 eine Tätigkeit für die GmbH als alleiniger Geschäftsführer.

Ab dem 01.06.1980 begann auch der Gesellschafter C eine Beschäftigung bei der Firma F GmbH und wurde neben dem Kläger zum zweiten Geschäftsführer bestellt. Aus Anlass seiner Geschäftsführertätigkeit erhielt der Kläger am 01.12.1980 mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung eine Versorgungszusage über 30 % seines pensionsfähigen Gehalts, wenn er im Dienst das 60. Lebensjahr erlebt und danach aus den Diensten der GmbH ausscheidet.

Nachdem die Gesellschafterversammlung am 08.08.1984 den Mitgesellschafter D zum weiteren, dritten Geschäftsführer der Firma F GmbH bestellt hatte, wurde die Versorgungszusage des Klägers durch Vereinbarung vom 01.12.1994 auf das pensionsfähige Gehalt von 14.000,00 DM, dass der Kläger bereits seit dem 01.01.1992 bezog, eingefroren.

Am 01.07.2015 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Firma F GmbH eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt arbeiteten der Kläger und die Herren C und D immer noch als Geschäftsführer für die GmbH. Die Gesellschaftsbeteiligungen dieser drei Geschäftsführer stellten sich bis zu diesem Zeitpunkt wie folgt dar:

Stammkapital		Kläger	C	D	Beteiligungsquote der Gesellschafter- Geschäftsführer
vom	01.01.1978				
bis	31.05.1980	16,67 %			16,67 %
vom	01.06.1980				
bis	07.08.1984	16,67 %	16,67 %		33,33 %
vom	08.08.1984				

bis	19.06.1994	16,67 %	16,67 %	16,67 %	50,00 %
vom	20.06.1994				
bis	14.12.1994	25,00 %	25,00 %	25,00 %	75,00 %
vom	15.12.1994				
bis	19.01.1995	15,00 %	15,00 %	15,00 %	45,00 %
vom	20.01.1995				
bis	10.12.1997	20,00 %	20,00 %	20,00 %	60,00 %
vom	11.12.1997				
bis	30.05.2000	17,00 %	17,00 %	17,00 %	51,00 %
vom	31.05.2000				
bis	24.07.2000	17,00 %	41,50 %	41,50 %	100,00 %
vom	25.07.2000				
bis	01.07.2015	50,00 %	50,00 %		100,00 %

Mit Leistungsbescheid vom 11.11.2015 setzt der Beklagte ausgehend von einer eigenen Leistungsquote von 100 % und einem Gesamtrentenanspruch des Klägers von 1.763,96 € zu dessen Gunsten rückwirkend ab dem 01.05.2015 eine monatliche Rente in Höhe von 779,23 € fest, die bislang durchgehend monatlich an den Kläger ausgezahlt wird. Hierbei wurde ausgehend von einer Gesamtbeschäftigungsdauer vom 01.01.1978 bis zum 01.07.2015 von 13.501 Tagen für die Zeiträume vom 20.06.1994 bis zum 14.12.1994 und vom 20.01.1995 bis zum 01.07.2015, insgesamt 7.537 Tage, kein Insolvenzschutz gewährt, da der Kläger insoweit gemeinsam mit den beiden anderen (Mit-) Gesellschafter-Geschäftsführern mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile der Insolvenzschuldnerin hielt. Diese Festsetzung bekräftigte der Beklagte nochmals mit Schreiben vom 15.02.2016.

8

Nach dem vom Amtsgericht am 15.12.2015 bestätigten Insolvenzplan sollte der Beklagte auf die von ihm – in der Annahme sie seien insolvenzgeschützt – in vollem Umfange angemeldeten Betriebsrentenansprüche des Klägers und des Geschäftsführers C eine feste Quote von 8 % erhalten.

9

Ausgehend von der Ansicht, ihm stehe ein monatlicher Rentenanspruch in Höhe von (14.000,00 DM * 30 % = 4.200,00 DM =) 2.147,43 € ab Mai 2015 zu, hat der Kläger mit der Klage vom 10.05.2016 gegen die Beklagte diese Rente unter Abzug der freiwillig geleisteten Zahlungen in Höhe von monatlich 779,23 € geltend gemacht.

10

11

Durch Urteil vom 06.10.2016 hat das Landgericht Köln den Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an den Kläger eine monatliche Rente in Höhe von insgesamt brutto 503,79 € ab dem 01.08.2016 zu zahlen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger, dessen Klageantrag dahingehend auszulegen sei, dass er auch eine Entscheidung darüber herbeiführen wolle, dass ihm jedenfalls für die Zukunft zumindest die bislang gezahlten monatlichen 779,23 € zustehen, habe nach § 7 Abs. 1 BetrAVG einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von monatlich 503,79 € gegen den Beklagten. Mit Vollendung des 60. Lebensjahres sei der Kläger Inhaber einer unverfallbaren Anwartschaft geworden, da die Weiterbeschäftigung über dieses Datum hinaus ihn nicht zum Rentenanwartschaftsberechtigten mache, bei dem es allein auf eine Unverfallbarkeit der Anwartschaften ankomme. Berücksichtigungsfähig für die Berechnung seiner Rentenansprüche seien aber nur die Zeiträume, in denen der Kläger gemeinsam mit den anderen beiden Mitgesellschaftergeschäftsführern zusammen unter 50 % der Gesellschaftsanteile besessen habe. Auch bei zusammengerechnet genau 50 % der Gesellschaftsanteile sei von einer entsprechenden Leitungsmacht der Minderheitengesellschaftergeschäftsführer auszugehen, so dass sie als Mitunternehmer nicht in den Schutzbereich des BetrAVG fielen. Hierauf könne sich der Beklagte berufen, obwohl er vorher selbst eine andere Ansicht vertreten und auch höhere Ansprüche im Insolvenzverfahren angemeldet habe. Unter Berücksichtigung der allein insolvenzgeschützten Zeiten vom 01.01.1978 bis zum 07.08.1984 und vom 15.12.1994 bis zum 19.01.1995 ergebe sich ausgehend von einer Betriebszugehörigkeit vom 01.01.1978 bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres ein Kürzungsfaktor von 0,7654 (das Verhältnis von 7.904 Tagen Unternehmerzeit zu 10.326 Tagen Gesamtbetriebsdauer bis zum Erreichen der festen Altersgrenze). Das entspreche bei zeiträtierlicher Kürzung der Versorgungszusage von 2.147,43 € einer monatlichen Rente in Höhe von 503,79 €. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil vom 06.10.2016 verwiesen.

Nach Zustellung am 13.10.2016 hat der Kläger mit einem am 11.11.2016 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.12.2016 mit einem am 19.12.2016 eingegangenen Schriftsatz vom 16.12.2016 begründet. 12

Der Kläger, der mit der Berufung im Ergebnis nur noch einen Rentenanspruch in Höhe von monatlich 1.763,63 € ab Mai 2015 weiterverfolgt, ist der Ansicht, das Landgericht habe zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, dass er mit Schriftsatz vom 16.09.2016 dargelegt habe, seine Mitgesellschaftergeschäftsführer und er hätten keine tatsächliche Leitungsmacht gehabt, da die Firma F GmbH in einen faktischen Konzern der Gesellschafterin E GmbH eingebunden gewesen sei. Diese sei wiederum eine Tochter des damaligen G-Konzerns gewesen. Die Gesellschafterin E GmbH habe sich alle wichtigen Unternehmerentscheidungen wie Investitionen, Gewinnverwendung und Vergütung vorbehalten und so seinen Kollegen und ihm den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit entzogen. Da er daher keine Entscheidungsmacht gehabt habe, könne er nicht als Unternehmer angesehen werden. Für die Zusammenrechnung von Gesellschaftsanteilen der Minderheitengesellschafter habe das Landgericht auch willkürlich eine 10 %-Grenze gezogen und die notwendige Einzelfallprüfung für die Frage, ob ein Gesellschaftergeschäftsführer einer Kapitalgesellschaft für ein fremdes oder für ein eigenes Unternehmen tätig sei, unterlassen. 13

Soweit der Beklagte nunmehr seine Einstandspflicht in Abrede stelle, handele er zudem treuwidrig, nachdem er über zehn Jahre Mitgliedsbeiträge von seinem Arbeitgeber vereinnahmt habe und sich nunmehr auch zu seinem eigenen Merkblatt 300/M1, der 14

schriftlichen Bestätigung vom 16.01.2004 sowie dem Leistungsbescheid vom 11.11.2015 in Widerspruch setze.

Auch die Beweislast sei falsch gesehen worden. Wenn der Beklagte einwende, er, der Kläger, gehöre nicht zu den versicherten Personen, weil er aufgrund seiner Beteiligung und seiner sich daraus ergebenden Leitungsmacht für ein eigenes und nicht für ein fremdes Unternehmen tätig gewesen sei, müsse der Beklagte das Merkmal „fremd“ beweisen, da es sich um ein dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmendes, nur von der Rechtsprechung entwickeltes zusätzliches Tatbestandsmerkmal handle, das den Versicherungsschutz einschränke. 15

Ausgehend von seiner maßgeblichen Beschäftigungszeit vom 01.01.1978 bis zum 22.07.2001 stehe ihm eine Anwartschaft in Höhe von 1.776,63 € zu, wie sie auch der Beklagte außergerichtlich festgestellt habe. 16

Der Kläger hat ursprünglich beantragt, 17

das Urteil des Landgerichts Köln vom 06.12.2016 wird wie folgt abgeändert: 18

- 1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Zeit vom 01.05.2015 bis zum 30.11.2016 einen Betrag in Höhe von 18.950,60 € brutto nachzuzahlen. 120
- 2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Zeit vom 01.05.2015 bis zum 30.11.2016 Zinsen nachzuzahlen in Höhe von 5 % über dem Basiszins jeweils mit dem monatlichen Betrag in Höhe von 997,40 € beginnend mit dem 31.12.2015. 212
- 3. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ab dem 01.12.2016 eine monatliche Altersrente in Höhe von 997,40 € brutto zusätzlich zu der bisher gezahlten Altersrente in Höhe von 779,23 € zu zahlen. 224
- 4. Hilfsweise das Urteil des Landgerichts Köln vom 30.12.2016 – Az. 24 O 159/16 – aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückzuverweisen. 226
- 5. Hilfsweise die Revision gegen das Urteil des OLG Köln zuzulassen. 228

Nach entsprechenden Hinweisen des Senats hat der Kläger sodann unter Zurücknahme der weitergehenden Klageanträge anstelle der ursprünglichen Anträge zu Ziffer 1 bis 3 beantragt, 29

- 1. das Urteil des Landgerichts Köln vom 06.10.2016 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an ihn für die Zeit ab dem 01.05.2015 bis zum 30.11.2016 einen Betrag in Höhe von 18.950,60 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 03.12.2016 zu zahlen. 301

- 323

2. den Beklagten darüber hinaus zu verurteilen, an ihn ab dem 01.12.2016 eine monatliche Altersrente in Höhe von 1.763,63 € brutto abzüglich der für die Monate Dezember 2016 bis einschließlich September 2017 bereits geleisteten 779,23 € zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,	34
die Berufung zurückzuweisen.	35
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung als zutreffend.	36
Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den vorgetragenen Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 19.09.2017.	37
II.	38
Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist in der Sache teilweise begründet.	39
Dem Kläger steht gegen den Beklagten ab Mai 2015 ein monatlicher Rentenanspruch in Höhe von 1.241,50 € zu, auf den für die Monate Mai 2015 bis einschließlich September 2017 die vom Beklagten bereits geleisteten monatlichen Beträge in Höhe von 779,23 € anzurechnen sind.	40
1. Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Kläger als Mitglied des Vertretungsorgans der GmbH weder Arbeitnehmer noch Angestellter im Sinne des Arbeitsrechtes und damit auch des § 17 Abs. 1 S. 1 BetrAVG war, sondern unter den Personenkreis des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG fällt. Gleiches gilt, soweit es angenommen hat, der Kläger sei als Versorgungsempfänger im Sinne von § 7 Abs. 1 BetrAVG und nicht lediglich als Rentenanwartschaftsberechtigter nach § 7 Abs. 2 BetrAVG einzustufen, obwohl der Kläger zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Firma F GmbH seine Tätigkeit für die Insolvenzschriftschuldnerin noch nicht beendet hatte. Aufgrund der Versorgungszusage vom 01.12.1980 war der Kläger mit der Vollendung seines 60. Lebensjahres am 26.08.2006 Inhaber einer unverfallbaren Anwartschaft geworden, deren Bestand nicht dadurch in Zweifel gezogen wurde, dass er seine berufliche Tätigkeit für die GmbH über dieses Datum hinaus fortgesetzt hat. Insoweit ist den Ausführungen des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteile vom 16.06.1980 - II ZR 195/79 -, WM 1980, 1116, juris Rn. 10; vom 28.09.1981 - II ZR 181/80 -, WM 1981, 1344, juris Rn. 30; und vom 25.09.1989 – II ZR 259/88 –, BGHZ 108, 330 ff., juris Rn. 7) beizutreten, wonach es weder sachgerecht noch vom Ergebnis her vertretbar ist, solche Personen, die über die vertragliche Altersgrenze hinaus in demselben Betrieb bis zum Eintritt des Sicherungsfalles weitergearbeitet und damit ein besonderes Maß an Betriebstreue gezeigt haben, als Inhaber einer bloßen Versorgungsanwartschaft zu behandeln, nur weil sie von ihrer bereits zum Vollrecht erstarkten Versorgungsberechtigung bis zum Sicherungsfall noch keinen Gebrauch gemacht hatten.	412

2. Weiter hat sich das Landgericht zutreffend auf den Standpunkt gestellt, dass der dem Wortlaut nach zu weit gefasste persönliche Anwendungsbereich von § 17 Abs. 1 S. 1 BetrAVG unter Berücksichtigung des Schutzbereichs des Betriebsrentengesetzes als Arbeitnehmerschutzgesetz eingeschränkt werden muss. Personen, die selbst Unternehmer sind, sollen den Schutz des BetrAVG nicht genießen (BGH, Beschluss vom 24.09.2013 – II ZR 396/12 –, ZIP 2014,191, juris Rn. 9).

Die Anwendbarkeit der §§ 1 bis 16 BetrAVG wird über den Kreis der Arbeitnehmer, für die die Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes in erster Linie gelten (§ 17 Abs. 1 S. 1 BetrAVG) durch Satz 2 dieser Vorschrift entsprechend auch auf andere Personen ausgedehnt, wenn ihnen Versorgungsleistungen aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Hierbei ist die ihrem Wortlaut nach zu weitreichende Bestimmung des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG aber entsprechend der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 28.04.1980 – II ZR 254/78 –, BGHZ 77, 94 ff., juris Rn. 17 ff. und vom 09.06.1980 – II ZR 255/78 –, BGHZ 77, 233 ff., juris Rn. 14, 25, 27; Beschluss vom 13.01.1993 - XII ZB 75/89 - FamRZ 1993, 684 ff., juris Rn. 24; Urteil vom 09.06.1993 - XII ZR 36/92 - FamRZ 1993, 1303 ff., juris Rn. 12; Beschluss vom 16.01.2014 – XII ZB 455/13 –, FamRZ 2014, 731 ff., juris Rn. 9) nach dem Grundcharakter des Betriebsrentengesetzes als eines hauptsächlich dem Schutz von Arbeitnehmern dienenden Gesetzes einschränkend dahin auszulegen, dass die Geltung der genannten Vorschriften auf Personen begrenzt bleibt, deren Lage im Falle einer Pensionsvereinbarung mit der eines Arbeitnehmers annähernd vergleichbar ist. Nicht nur Einzelunternehmer, die sich selbst eine Versorgungszusage erteilen, und bei Kapitalgesellschaften die Alleingesellschafter, die nur formal eine Versorgungszusage durch die Gesellschaft erhalten, das Unternehmen aber als eigenes betrachten, und die Mehrheitsgesellschafter, die infolge ihrer hohen Kapitalbeteiligung und einer entsprechenden Leitungsmacht eine Unternehmerstellung haben, bei der eine Versorgungszusage ebenso wie beim Alleingesellschafter überwiegend den Charakter des „Unternehmerlohns“ hat, sind vom Schutz des BetrAVG auszunehmen. Vielmehr unterfallen auch Minderheitsgesellschafter mit Leitungsmacht nicht dem Schutzbereich des BetrAVG, wenn ihre Beteiligung nicht ganz unbedeutend ist und sie gemeinsam mit anderen geschäftsführenden Gesellschaftern über die Gesellschaftsmehrheit verfügen (BGH, a.a.O.).

Für die Frage, ob einem geschäftsführenden Gesellschafter wegen seiner Unternehmereigenschaft der Insolvenzschutz zu versagen ist, kommt es hierbei 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 (BGH, Urteil vom 09.06.1980, a.a.O., Rn. 34 ff.).

- a. In Anwendung dieser Rechtsprechung ist die Annahme des Landgerichts, die Beschäftigungszeiten des Klägers vom 01.01.1978 bis zum 07.08.1984 und vom 15.12.1994 bis zum 19.01.1995 seien insolvenzgeschützt, zwischen den Parteien unstrittig und bedarf daher keiner weiteren Erläuterung. Im ersten Zeitraum verfügte der Kläger zunächst als einziger Geschäftsführer nur über ein Sechstel der Gesellschaftsanteile der Firma F GmbH bzw. ab dem 01.06.1980 gemeinsam mit Herrn

C als Mitgesellschaftergeschäftsführer zusammengerechnet lediglich über ein Drittel der Gesellschaftsanteile. Im zweiten Zeitraum betrug der zusammengerechnete Anteil der nunmehr drei geschäftsführenden Gesellschafter insgesamt lediglich 45 % der Gesellschaftsanteile.

- b. Nicht insolvenzgeschützt sind ebenso unstreitig und daher nicht weiter erläutersbedürftig die Beschäftigungszeit des Klägers vom 20.06.1994 bis zum 14.12.1994, während der die drei Gesellschaftergeschäftsführer zusammengerechnet 75 % der Gesellschaftsanteile hielten, und die Zeit ab dem 20.01.1995. Insoweit hielten die drei Gesellschaftergeschäftsführer bis zum 10.12.1997 zusammen 60 %, vom 11.12.1997 bis zum 30.05.2000 insgesamt 51 % und ab dem 31.05.2000 durchgehend 100 % der Gesellschaftsanteile der Firma F GmbH, ohne dass es darauf ankommt, dass der Gesellschafter D zum 25.07.2000 als Gesellschafter aus der GmbH ausgeschieden war. 490
- c. Streitig zwischen den Parteien ist allein der nicht unerhebliche Zeitraum vom 08.08.1984 bis zum 19.06.1994, in dem die drei Gesellschaftergeschäftsführer zusammengerechnet genau 50 % der Gesellschaftsanteile der Firma F GmbH hielten, während die anderen 50 % der Gesellschaftsanteile im Besitz der Firma E GmbH waren. 512

Der für diesen Zeitraum vom Landgericht getroffenen Wertung, den Kläger auch insoweit als Mitunternehmer anzusehen und ihm den Schutz des BetrAVG zu verweigern, ist nicht zu folgen. 53

aa. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Frage, wann ein Geschäftsanteil nicht ganz unbedeutend ist, die von der Literatur vertretene Grenze einer Minderheitenbeteiligung von 10 % (vgl. Rolfs, a.a.O., § 17, Rn. 94 m.w.N.) angreift, sind seine diesbezüglich recht umfänglichen Ausführungen in der Sache nicht nachvollziehbar. Nachdem der Bundesgerichtshof bereits mit Urteil vom 09.06.1980 (a.a.O., juris Rn. 30) die Beteiligung eines Gesellschaftergeschäftsführers von 11,86 % für nicht ganz unbedeutend angesehen hat und der Kläger im hier maßgeblichen Zeitraum Gesellschaftsanteile von 16,67 % hielt, würde eine Einordnung als Unternehmer jedenfalls nicht an einer zu geringen Beteiligung an der Firma F GmbH scheitern. 54

bb. Die oben aufgeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur teleologischen Reduktion des Normzweckes von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG basiert mit der Differenzierung, ob die Tätigkeit für ein „fremdes“ oder ein „eigenes“ Unternehmen geleistet wird, auf der Annahme, dass dem über eine nicht ganz unbedeutende Beteiligung an der Kapitalgesellschaft verfügenden geschäftsführenden Minderheitsgesellschafter über eine Zusammenrechnung mit den Anteilen der anderen Minderheitsgesellschaftergeschäftsführer eine Leitungsmacht hinsichtlich der Gesellschaft zugesprochen wird. Hierbei wird unterstellt, dass die Gesellschaftergeschäftsführer zumindest gemeinsam in der Lage sind, die Entscheidungen im Unternehmen unter Ausschluss anderer Gesellschafter zu treffen, so dass sie nach der Verkehrsanschauung als typische Mitunternehmer anzusehen sind. Auch wenn man beim Kläger und den Mitgeschäftsführergesellschaftern C und D wegen der wirtschaftlich vergleichbaren Situation deren Gesellschaftsanteile zusammenrechnet, sind sie aber gleichwohl noch nicht in der Lage, bestimmend auf die Dispositionen der Firma F GmbH einzuwirken, da die Firma E GmbH mit ihrem Stimmanteil von ebenfalls 50 % jede Entscheidung verhindern kann. 55

Der Bundesgerichtshof hat zwar im Urteil vom 09.06.1980 (a.a.O., Rn. 28) für zwei GmbH-Gesellschafter mit jeweils 50 % der Gesellschaftsanteile einen Zwang zu Kompromissen im Entscheidungsprozess gesehen, der in der Regel wegen der wirtschaftlich gleichgerichteten Interessen beider Gesellschafter am finanziellen Erfolg des Unternehmens kein unüberwindbares Hindernis sei, wenn es gelte, hinsichtlich der Geschäftsleitung zu einer Übereinstimmung zu gelangen, so dass der Gesellschaft zwar zwei nicht mehrheitlich beteiligte Gesellschafter gegenüberständen, die jedoch – gerade weil sie zu gemeinsamem Handeln gewissermaßen gezwungen seien, stets ihren Willen zur Geltung bringen könnten. 56

Soweit es der Bundesgerichtshof bei dieser Konstellation als gerechtfertigt angesehen hat, Gesellschaftergeschäftsführer mit jeweils 50 %-Anteilen als Unternehmer und nicht lediglich als Beschäftigte mit gleichzeitiger Kapitalanlage anzusehen, ist die Ausgangslage mit der seinerzeitigen Situation bei der Firma F GmbH allerdings nicht vergleichbar. Aus diesem Grund beurteilt sich der zu entscheidende Fall nach Auffassung des Senats anders. Bei der Firma F GmbH gab es nämlich nicht zwei Gesellschaftergeschäftsführer mit jeweils einem 50 %-Anteil, sondern mit der Firma E GmbH einen Gesellschafter, der nicht als Geschäftsführer die Geschicke der Gesellschaft mitbestimmte, aber aufgrund seines Gesellschaftsanteils von 50 % aller Entscheidungen der drei Gesellschaftergeschäftsführer verhindern konnte, selbst wenn diese sich einig waren. Auch bestand kein Zwang zu Kompromissen im Entscheidungsprozess, wie er vom Bundesgerichtshof in dem damals zur Entscheidung stehenden, anders gelagerten Fall bei nur zwei GmbH-Gesellschaftern mit jeweils 50 % der Gesellschaftsanteile gesehen wurde. Vielmehr reichte bei der Firma F GmbH bereits aus, wenn die Firma E GmbH mit einem der drei Gesellschaftergeschäftsführer Einigkeit erzielte, um über eine Mehrheit der Gesellschaftsanteile zu verfügen. 57

Die insoweit bestehende Möglichkeit der Firma E, gemeinsam mit nur einem der drei anderen Mitgesellschafter Mehrheitsentscheidungen treffen zu können, die die drei Gesellschaftergeschäftsführer mit ihren zusammengerechneten Anteilen von lediglich genau 50 % der Gesellschaftsanteile nicht hatten, unterscheidet das vorliegende Verfahren auch von dem vom Beklagten angesprochenen Verfahren 14 U 20/08, das der Senat durch Urteil vom 23.12.2008 entschieden hat. Dort stand dem alleinigen Geschäftsführer mit 50 % der Gesellschaftsanteile nur eine weitere Mitgesellschafterin gegenüber, die die anderen 50 % der Gesellschaftsanteile hielt. In dieser Situation bestand der vom Bundesgerichtshof angesprochene Einigungszwang zwischen den beiden Gesellschaftern, da anders Entscheidungen für die Gesellschaft nicht getroffen werden konnten. Bei der Firma F waren jedoch verschiedene Möglichkeiten gegeben, da die Firma E als stärkster Gesellschafter bereits mit nur einem der drei Mitgesellschaftergeschäftsführer über eine Mehrheit verfügte, während die drei Gesellschaftergeschäftsführer ohne die Firma E handlungsunfähig waren. 58

In Anbetracht dieser Umstände kann den drei Gesellschaftergeschäftsführern der Firma F GmbH für den Zeitraum, in dem sie lediglich zusammengerechnet über 50 % der Gesellschaftsanteile verfügen, keine Leitungsmacht zugesprochen werden, die sie zu Unternehmern macht und vom Schutzbereich des BetrAVG ausnimmt. Auch wenn der vom Bundesgerichtshof vertretenen Ansicht, zwei Gesellschaftergeschäftsführer mit jeweils 50 % der Gesellschaftsanteile seien als Unternehmer einzustufen, allein deshalb zu folgen ist, weil diese beiden Gesellschaftergeschäftsführer die Gesellschaft zu 100 % repräsentieren, kann die insoweit bejahte Leitungsmacht jedenfalls nicht auf eine Kapitalgesellschaft übertragen werden, die aus mehr als zwei Gesellschaftern besteht und bei der die geschäftsführenden Gesellschafter lediglich genau 50 % der Gesellschaftsanteile halten (a. A. Höfer/Höfer, BetrAVG, Band I, § 17, Rn. 95). Der Bundesgerichtshof hat in seiner oben angesprochenen 59

Entscheidung vom 09.06.1980 (a.a.O., Rn. 30) eine Unternehmereigenschaft bei zwei Gesellschaftergeschäftsführern, die in der Lage sind, die Entscheidungen im Unternehmen unter Ausschluss anderer Gesellschafter zu treffen, gerade deshalb bejaht, weil sie bei Zusammenfassung ihrer Beteiligungen mehrheitsfähig sind. An einer derartigen Mehrheitsfähigkeit fehlt es jedoch dem Kläger und seinen beiden Mitgesellschaftergeschäftsführern bei zusammengerechnet nur 50 % der Gesellschaftsanteile.

- d. Aufgrund dessen kommt es vorliegend nicht weiter darauf an, ob der Kläger im Zeitraum bis zum Ausscheiden der Firma E GmbH als Mitgesellschafter am 19.06.1994 möglicherweise aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles durch die Einbindung in einen faktischen Konzern über keine ausreichende Leitungsmacht verfügt hat. Die Frage, ob das Landgericht den diesbezüglichen Sachvortrag des Klägers aus dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16.09.2016 zum angeblich faktischen Konzern zu Recht unberücksichtigt gelassen hat, so dass der Kläger mit diesem Vorbringen auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen wäre, muss daher mangels Entscheidungserheblichkeit nicht abschließend beantwortet werden.

661

- e. Neben den Beschäftigungszeiten des Klägers vom 01.01.1978 bis zum 07.08.1984 und vom 15.12.1994 bis zum 19.01.1995 ist daher auch der Zeitraum vom 08.08.1984 bis zum 19.06.1984 insolvenzgeschützt. Nur im Zeitraum vom 20.06.1994 bis zum 14.12.1994 und für die Zeit ab dem 20.01.1995 ist der Kläger als Unternehmer einzustufen, so dass diese Zeiten bei der Berechnung seiner insolvenzgeschützten Rentenansprüche nach § 7 Abs. 1 BetrAVG auszunehmen sind.

663

3. Hinsichtlich der Gesamtbeschäftigungszeit des Klägers bei der Firma F GmbH, die für eine zeiträtierliche Kürzung um die Zeiträume, in denen der Kläger als Unternehmer keinen Insolvenzschutz nach dem BetrAVG in Anspruch nehmen konnte, auszugehen ist, haben beide Parteien im Berufungsverfahren den vom Landgericht in Ansatz gebrachten Zeitraum vom Arbeitsbeginn des Klägers am 01.01.1978 bis zur Vollendung seines 60. Lebensjahres, dem 26.08.2006, übernommen.

64

Bei einer Gesamtbeschäftigungsdauer vom 01.01.1978 bis zum 26.08.2006 (= 10.316 Tage) ergibt sich bei insolvenzgeschützten Zeiträumen vom 01.01.1978 bis 19.06.1994 und 15.12.1994 bis 19.01.1995 (= 5.964 Tage) danach eine Quote von 57,813 %.

65

Ausgehend von der Versorgungszusage von (14.000,00 DM * 30 % = 4.200,00 DM =) 2.147,43 € errechnet sich hieraus ein monatlicher Rentenanspruch des Klägers in Höhe von 1.241,50 €, auf den in den Monaten Mai 2015 bis September 2017 der vom Beklagten unstreitig bereits gezahlte monatliche Betrag von 779,23 € anzurechnen ist. Für die Monate Mai 2015 bis November 2016 ergibt sich so noch ein Rückstand in Höhe von [(1.241,50 € – 779,23 € =) 462,27 € * 19 Monate =] 8.783,13 €.

66

4. Einen über 1.241,50 € hinausgehenden monatlichen Rentenanspruch kann der Kläger auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht beanspruchen.

67

- a. Derartige Ansprüche können zum einen nicht aus dem Umstand hergeleitet werden, dass der Beklagte von der Firma F GmbH jahrelang für die dem Kläger erteilte

669

Versorgungszusage Beiträge vereinnahmt hat. Die Entgegennahme der Beitragszahlungen der Firma F GmbH durch den Beklagten hat im Verhältnis zum Kläger keinen konkreten vertrauensbegründenden Aussagewert. Der Beklagte hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass diese nach dem Prinzip der Selbstveranlagung erbrachten Beitragszahlungen für ihn nicht die Möglichkeit eröffnen, zu prüfen, ob z.B. die Voraussetzungen der Erteilung der Zusage aus Anlass der Tätigkeit für ein eigenes oder fremdes Unternehmen vorliegen. Sollte die Beitragsleistung zu Unrecht erbracht worden sein, wäre sie im Rahmen der maßgeblichen rechtlichen Regelungen ggf. zurückzuerstatten (BAG, Urteile vom 11.11.2014 – 3 AZR 404/13 –, BB 2015, 253, juris Rn. 33, und 19.01.2010 - 3 AZR 409/09 -, zitiert nach juris Rn. 35). Dies begründet jedoch keine unmittelbaren Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten.

- b. Zum anderen verstößt der Beklagte mit seinem im vorliegenden Verfahren erhobenen Einwand, dem Kläger mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen Insolvenzschutz nach dem BetrAVG nicht erteilen zu können, auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

701

Die "Leistungsbescheide" des Pensions-Sicherungs-Vereins nach § 9 Abs. 1 BetrAVG über Ansprüche und Anwartschaften des Versorgungsempfängers enthalten einerseits lediglich Wissenserklärungen und keine Willenserklärungen, so dass Ansprüche eines Versorgungsempfängers, die über die gesetzliche Einstandspflicht hinausgehen, daraus grundsätzlich nicht hergeleitet werden können. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu in seinem Urteil vom 29.09.2010 (3 AZR 546/08 –, DB 2011, 2011 ff.) überzeugend dargestellt, dass der Leistungsbescheid kein rechtsbegründender Verwaltungsakt ist, der nur unter den Voraussetzungen der §§ 48 ff. VwVerfG zurückgenommen oder widerrufen werden könnte, da der Beklagte nach § 14 Abs. 1 S. 1 BetrAVG ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ist, so dass für das Dreiecksverhältnis zwischen dem Beklagten als Versicherer, dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer und dem Arbeitnehmer als Versichertem zivilrechtliche Regeln gelten (BAG, a.a.O., juris Rn. 15; Rolfs in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 6. Auflage 2015, § 14 Rn. 21 ff.). Insoweit handelt es sich bei dem „Leistungsbescheid“ aber weder um ein Schuldversprechen noch um ein Schuldanerkennntnis (§§ 780, 781 BGB), da der „Leistungsbescheid“ keine Willenserklärung des Beklagten enthält, unabhängig von der Einstandspflicht nach § 7 BetrAVG Leistungen an den Kläger erbringen zu wollen. Dies lässt sich bereits dem Wortlaut des „Leistungsbescheides“ entnehmen, der in seiner Überschrift als „Mitteilung ... gemäß § 9 Abs. 1 des Betriebsrentengesetzes“ bezeichnet ist. Der Beklagte hat damit ausreichend klargestellt, wie er den im Zivilrecht unüblichen Begriff des „Leistungsbescheides“ verstanden wissen will, nämlich als eine ihm gesetzlich obliegende Mitteilung. Die Bedeutung des im Zivilrecht nicht gebräuchlichen Begriffs des „Leistungsbescheides“ geht deshalb über das gesetzlich Vorgesehene nicht hinaus (BAG, a.a.O., juris Rn. 18). Aus dem in Anlehnung an das Gesetz verwendeten Begriff der „Mitteilung“ ergibt sich vielmehr, dass es sich insoweit um eine Wissenserklärung handelt, die lediglich deklaratorische Bedeutung hat und der für eine Willenserklärung erforderliche Bindungswille fehlt (BAG, a.a.O., juris Rn. 19 m.w.N.). Hierbei kommt es für die rechtliche Einordnung der mit einem Leistungsbescheid abgegebenen Erklärungen nicht auf die in den letzten Jahren gestiegene Anzahl der Mitarbeiter des Beklagten ankommt, die nach Ansicht des Klägers die Sachverhalte genauer hätten prüfen können

72

Weiter ist nicht jedes widersprüchliche Verhalten rechtsmissbräuchlich. Die Rechtsordnung lässt widersprüchliches Verhalten grundsätzlich zu. Widersprüchliches Verhalten ist erst dann rechtsmissbräuchlich, wenn die andere Seite auf ein Verhalten vertrauen durfte und ihre

73

Interessen vorrangig schutzwürdig erscheinen. Der Urheber des widersprüchlichen Verhaltens muss erkennen können, dass die Gegenpartei sein Verhalten als vertrauensbegründend werten durfte. Auf ein schuldhaftes Verhalten kommt es dabei nicht an. Maßgeblich ist, ob für den anderen Teil ein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (BAG, Urteil vom 11.11.2014 – 3 AZR 404/13 –, BB 2015, 253, juris Rn. 31 m.w.N.).

Das durch einen Leistungsbescheid nach § 9 Abs. 1 BetrAVG begründete Vertrauen ist danach für die Zukunft grundsätzlich nicht schutzwürdig. Ein Versorgungsempfänger kann regelmäßig nicht darauf vertrauen, dass der Beklagte als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung sich an der Feststellung von Leistungspflichten festhalten lassen will, die über das gesetzlich gebotene Maß hinausgehen. Etwas Anderes gilt nur, wenn der Versorgungsempfänger im Vertrauen auf die Richtigkeit des Leistungsbescheides Vermögensdispositionen getroffen oder zu treffen unterlassen hat, die er auch für die Zukunft nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen bzw. nachholen kann. Nur in einem derartigen, vom Kläger vorliegend aber nicht dargelegten Fall wären die Nachteile bis zur Höhe der zugesagten Leistung zu ersetzen (BAG, Urteil vom 29.09.2010 – 3 AZR 546/08 –, DB 2011, 247, juris Rn. 22 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 03.02.1986 - II ZR 54/85 - zu 1 c der Gründe, AP BetrAVG § 9 Nr. 4).

III. 75

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 76

IV. 77

Der Senat hat auf der Grundlage des § 543 Abs. 2 ZPO die Revision im Hinblick darauf zugelassen, dass die Frage, ob Mitgesellschaftergeschäftsführern, die zusammengerechnet nur genau 50 % der Gesellschaftsanteile halten und denen ein weiterer, nicht geschäftsführender Gesellschafter mit 50 % der Gesellschaftsanteile gegenübersteht, bereits eine derartige Leitungsmacht zuzusprechen ist, dass sie im Rahmen von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG als Unternehmer anzusehen sind und ihnen der Insolvenzschutz des Betriebsrentengesetzes zu versagen ist, höchstrichterlich noch nicht geklärt ist und sich auch im juristischen Schrifttum noch keine einheitliche Meinung gebildet hat. Aufgrund dessen hat die Sache grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist zur Fortbildung des Rechts erforderlich. 78

Streitwert des Berufungsverfahrens: 76.456,88 € 79

Der Streitwert des Berufungsverfahrens setzt sich aus dem dreifachen Jahresbetrag der beanspruchten monatlichen Renten von 1.763,63 € (§§ 47 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 S. 1 GKG) und dem geltend gemachten Rückstand für die Monate Mai 2015 bis Mai 2016 in Höhe von (997,40 € * 13 Monate =) 12.966,20 € zusammen, der bei Klageerhebung bestanden haben soll (§§ 47 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 3 S. 1, 1 Hs. GKG). 80