

# BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 409/09  
10 Sa 1031/08  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
19. Januar 2010

## URTEIL

Umbach, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger,

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlewing sowie die ehrenamtlichen Richter Oberhofer und Dr. Schmidt für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 27. Februar 2009 - 10 Sa 1031/08 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 23. Juli 2008 - 2 Ca 981/08 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt vom Beklagten als Träger der gesetzlichen Insolvenzsicherung die Zahlung einer monatlichen Betriebsrente iHv. 244,26 Euro für die Zeit ab November 2006. 1

Der am 11. August 1944 geborene Kläger trat mit Vereinbarung vom 2. Januar 1979 mit Wirkung vom selben Tag als Mitglied in die Produktionsgenossenschaft des Handwerks „E“ (*hiernach: PGH*) im heutigen Bundesland Sachsen ein. Die Vereinbarung verpflichtete ihn ua., „die zur Erfüllung der Arbeitsaufgaben vom Vorsitzenden und den leitenden Mitarbeitern erteilten Weisungen zu befolgen“. Die PGH wurde am 1. Oktober 1990 in die „E GmbH“ (*hiernach: GmbH*) umgewandelt. Diese schloss unter dem 16. Januar 1991 mit dem Kläger einen Arbeitsvertrag. Danach trat dieser ab dem 1. Januar 1991 auf unbestimmte Dauer in die Dienste seiner Arbeitgeberin. Der Vertrag enthält zudem eine Regelung, wonach als „Zeitpunkt für die Berechnung von Treueurlaub sowie von bestimmten freiwilligen betrieblichen Sonderzuwendungen ... die Aufnahme der Beschäftigung am 1.1.79“ gilt. Unter dem 3. September 1992 wurde dem Kläger mit einem neuen „Anstellungsvertrag“ die Leitung der Ab- 2

teilung Produktion/Service übertragen. Darin heißt es, dass der Kläger seit dem 1. Januar 1979 „in der Firma im Anstellungsverhältnis“ tätig ist. Regelungen über eine betriebliche Altersversorgung enthalten die Vereinbarungen nicht.

Der Kläger war zudem als einer von zwölf, später 13 Gesellschaftern  
Gesellschafter der GmbH. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts  
betrug sein Anteil bei einer Stammeinlage von 25.000,00 Euro 9,16 %. 3

Das Rechtsverhältnis des Klägers zur GmbH war mit einer Ver-  
sorgungszusage in Form der Direktzusage unterlegt. Ein dahingehender Be-  
schluss war zunächst in der Gesellschafterversammlung vom 21. Oktober 1991  
gefasst worden. Dort heißt es unter TOP 2 „Altersversorgung für Gesellschafter“  
wie folgt: 4

„Altersversorgung für Gesellschafter: Dieser Vorschlag würde nicht gemacht, wenn wir uns dies nicht leisten und eine unter realistischen Gesichtspunkten optimistische Vorschau für die Zukunft, trotz vieler Probleme, geben könnten.

- Verbesserung der Liquidität, mehr als 50 % aus Steuermitteln, Kapital ansammeln.
- Rückstellung, verteilt bis auf 3 Jahre, möglich.
- Jährliche Belastung (Brutto rd. 40 TDM).

Es ist für die Steuer, nach einem mathematischen Modell von Dr. H eine Berechnung durchzuführen.

Bedingung: Es müssen Anstellungsverträge mit Festlegungen zur Altersvorsorge vorliegen.

- Die Beschlußvorlage wird verlesen und dieser einstimmig zugestimmt.“

Daraufhin kam es unter dem 22. November 1991 zu einem „Pensions-  
vertrag“ zwischen der GmbH und dem Kläger, der auszugsweise wie folgt  
lautet: 5

**„§ 1 - Wartezeit**

...

- (3) Herr T ist betriebszugehörig seit 01.01.79.

...

### § 3 - Versorgungsleistungen

- (1) Als Ruhegehalt erhält Herr T einen Betrag von DM 894,-. Die Höhe des Ruhegehaltes bemißt sich nach den jetzigen Verhältnissen. Eine ungewöhnlich erfolgreiche Geschäftsführung berechtigt zu einer angemessenen Erhöhung des Ruhegehaltes. Eine Veränderung der laufenden Bezüge hat nicht grundsätzlich eine Veränderung des Ruhegehaltes zur Folge.

...“

Die GmbH meldete die Pensionszusage beim Beklagten an und führte 6  
entsprechende Beiträge ab.

Am 20. Januar 1992 beschlossen die Gesellschafter der GmbH, dar- 7  
unter auch ihre Geschäftsführer, im Umlaufverfahren Folgendes:

„Die vorgenannten Gesellschafter der Firma E GmbH erklären sich durch Unterschrift mit der Beschlußfassung ohne Abhaltung einer Versammlung gemäß § 48 Abs. (2) GmbH-Gesetz sowie mit der nachfolgend genannten Beschlußfassung einverstanden.

#### Inhalt der Beschlußfassung:

Unter Bezugnahme auf den Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 21.10.91 (Protokoll Tz. 3) bezüglich des Abschlusses von Pensionsverträgen mit leitenden Angestellten der Firma E GmbH, den unterzeichneten Pensionsverträgen vom 22.11.91 und die nach Wortlaut des Einigungsvertrages ab 01.01.92 eingeführte Gültigkeit des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) vom 19.12.1974 (Bundesgesetzbl. Teil I, S. 3610) für die neuen Bundesländer wird wie folgt beschlossen:

Zur Absicherung des Erreichens einer Unverfallbarkeit und Sicherungsfähigkeit (gemäß BetrAVG) der Versorgungszusagen vom 21.10.91/22.11.91 werden die Versorgungszusagen für die leitenden Angestellten:

...

hiermit auf der Grundlage der abgeschlossenen Pensionsverträge vom 22.11.91 mit gleichem Inhalt bestätigt bzw. neu zugesagt;

...“

Die „Beschlüßfassung“ war von allen Gesellschaftern der GmbH unterzeichnet worden. Im Rubrum waren die Gesellschafter nebst Stammeinlagen verzeichnet. Zudem waren die Geschäftsführer als solche namentlich aufgeführt. Diese waren zugleich Gesellschafter. Bei den in der Beschlussfassung genannten „leitenden Angestellten“ handelte es sich ausschließlich um die Gesellschafter der GmbH. 8

In der Folgezeit kam es zu Änderungen der Pensionszusage, in denen nicht auf die „Beschlüßfassung“ hingewiesen wurde. Mit dem 31. August 2003 endete das Beschäftigungsverhältnis des Klägers mit der GmbH. 9

Am 1. Dezember 2004 eröffnete das Amtsgericht Dresden das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH. 10

Seit dem 1. Oktober 2006 erhält der Kläger von der Deutschen Rentenversicherung Bund eine Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeitarbeit. 11

Der Kläger meint, der Beklagte schulde ihm die eingeklagten Beträge. Er hat behauptet, neben den Gesellschaftern der GmbH hätten auch andere Arbeitnehmer Versorgungszusagen erhalten. 12

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 13

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn monatlich 244,26 Euro jeweils zum Monatsletzten, beginnend mit dem 1. März 2008 zzgl. Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem Monatsersten des jeweiligen Folgemonats zu zahlen,
2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 3.663,90 Euro zzgl. Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 244,26 Euro seit dem 1. Dezember 2006, jeweils am Monatsersten von Januar bis Dezember 2007 sowie seit dem 1. Januar und 1. Februar 2008 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er steht auf dem Standpunkt, für die Erfüllung der Versorgungszusage nicht einstehen zu müssen. 14

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht ihr stattgegeben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils.

15

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Beklagten ist begründet. Die Klage ist zwar zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Der Beklagte ist als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung nicht verpflichtet, an den Kläger Leistungen zu erbringen. Zwar ist der Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes eröffnet, insbesondere liegt mit dem Gesellschafterbeschluss vom 20. Januar 1992 eine wirksame Neuerteilung der Versorgungszusage vor, die auch Außenwirkung hatte; allerdings hat die GmbH dem Kläger die Versorgungszusage nicht „aus Anlass“ eines Arbeitsverhältnisses iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG oder einer Tätigkeit aufgrund eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG, sondern lediglich aufgrund seiner Gesellschafterstellung erteilt.

16

I. Der Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes ist gegeben.

17

1. Die GmbH hat mit der Versorgungszusage die im Betriebsrentengesetz genannten Risiken des Alters, des Todes und der Invalidität abgesichert.

18

2. Auch der zeitliche Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes ist gegeben.

19

a) Das Rechtsverhältnis des Klägers zur GmbH wurde in C, Sachsen, durchgeführt, wo die (*Insolvenz*)Schuldnerin ihren Sitz hatte. Das Betriebsrentengesetz ist deshalb nur insoweit anwendbar, als dies im Einigungsvertrag bestimmt ist. Maßgeblich ist Anlage I Kap. VIII Sachgebiet A Abschn. III Nr. 16 Buchst. a und b des Einigungsvertrages. Danach trat das Betriebsrentengesetz am 1. Januar 1992 in Kraft. §§ 1 bis 18 des Gesetzes, und damit auch der in §§ 7 ff. geregelte Insolvenzschutz finden nach dieser Regelung „auf Zusagen

20

über Leistungen der betrieblichen Altersversorgung Anwendung, die nach dem 31. Dezember 1991 erteilt werden“.

Geht es - wie hier - nicht um eine kollektivrechtliche Zusage, ist die Zusage in diesem Sinne nur erteilt, wenn Ansprüche begründet werden. Dies setzt eine neue Verpflichtung voraus. Die bloße Erfüllung einer bestehenden Rechtspflicht reicht ebenso wenig aus wie die Beschreibung der Folgen einer Rechtslage (*BAG 29. Januar 2008 - 3 AZR 522/06 - Rn. 22, AP Einigungsvertrag Anlage I Kap. VIII Nr. 11 = EzA BetrAVG § 7 Nr. 73*). In Anwendung der Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts muss deshalb über eine bestehende Rechtspflicht hinaus eine eigenständige Verpflichtung begründet werden (*BAG 24. März 1998 - 3 AZR 778/96 - zu II der Gründe, BAGE 88, 205*). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn dem Versorgungsberechtigten nach dem Stichtag zumindest eine bestätigende Neuzusage erteilt wird (*BAG 19. Dezember 2000 - 3 AZR 451/99 - zu B I 3 der Gründe, BAGE 97, 1; BGH 25. Juli 2005 - II ZR 237/03 - zu I der Gründe, AP BetrAVG § 17 Nr. 35*). Das bedeutet, dass über die bloße Abwicklung einer Versorgungsregelung hinaus der Wille des Versorgungsschuldners deutlich geworden sein muss, sich aufgrund der Umstände der erstmaligen oder bestätigenden Neuerteilung an die Versorgungszusage gebunden zu fühlen.

21

b) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein derartiger Wille ergebe sich aus Wortlaut und Sinn des Gesellschafterbeschlusses. Diese Annahme ist, da es sich um eine nichttypische Vereinbarung handelt, revisionsrechtlich nur daraufhin zu prüfen, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln nach §§ 133, 157 BGB verletzt, gegen Denk- und Erfahrungsgesetze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat (*BAG 19. Juli 2005 - 3 AZR 472/04 - zu I 1 der Gründe, AP BetrAVG § 1 Nr. 42 = EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 7*). Derartige Fehler sind hier nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts liegt nahe.

22

c) Ebenso hat das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass dem im Umlaufverfahren gefassten Beschluss Außenwirkung zukommt.

23

Grundsätzlich haben Gesellschafterbeschlüsse keine Außenwirkung. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jedoch anerkannt, dass Beschlüssen, die auf einer Gesellschafterversammlung gefasst werden (§ 48 Abs. 1 GmbHG), dann Außenwirkung zukommt, wenn der Geschäftsführer der GmbH als vertretungsberechtigtes Organ einerseits und der außenstehende Dritte als potentieller Empfänger der Erklärung oder Handlung andererseits bei der Beschlussfassung zugegen sind, sei es auch in einer Doppelfunktion als Mitgesellschafter und Dritter (BGH 5. Mai 2003 - II ZR 50/01 - zu II 1 der Gründe, BB 2003, 1579; 9. Februar 1998 - II ZR 374/96 - zu 1 a der Gründe, NJW 1998, 1492). 24

Entgegen der Ansicht der Revision gilt im Grundsatz für einen im Umlaufverfahren gefassten Gesellschafterbeschluss nichts anderes: Willenserklärungen können nicht nur unter Anwesenden, sondern auch unter Abwesenden abgegeben werden (§ 130 BGB). Dasselbe gilt für konkludente Willenserklärungen. Sie können sogar nach dem Tode des Erklärenden zugehen (vgl. BGH 21. Mai 2008 - IV ZR 238/06 - Rn. 21 f., VersR 2008, 1054). 25

Im vorliegenden Verfahren hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Gesellschafterbeschluss stelle eine dahingehende konkludente Willenserklärung dar, einer revisionsrechtlichen Überprüfung anhand der genannten Umstände stand. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist nahelegend, da die Unterzeichnenden ersichtlich die notwendigen Voraussetzungen für eine Unverfallbarkeit durch den Akt des Gesellschafterbeschlusses schaffen wollten, was nur bei Auslösung einer Außenwirkung möglich war. In diesem Fall kann es nicht unbeachtlich bleiben, dass im Eingangstext des Beschlusses ausdrücklich erwähnt wird, welche Gesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer waren; damit wurde gerade die Position herausgehoben, die zu einer Vertretungsberechtigung nach außen (§ 35 Abs. 1 GmbHG) führt. 26

Zwar fehlen Feststellungen darüber, ob der von allen Gesellschaftern unterzeichnete Text tatsächlich auch allen Gesellschaftern zugegangen ist. Darauf kommt es jedoch nicht an. Ein Vertrag kommt auch ohne Zugang der Vertragsannahme zustande, wenn der Antragende auf sie verzichtet hat (§ 151 27



Satz 1 BGB). Mit ihrem Einverständnis mit dem Umlaufverfahren haben die Gesellschafter einen entsprechenden Verzicht erklärt.

II. Der Kläger hat jedoch deshalb keinen Anspruch gegen den Beklagten, weil ihm die Versorgungszusage im Hinblick auf seine gesellschaftsrechtliche Beteiligung, nicht jedoch aufgrund seiner Tätigkeit für die GmbH bzw. PGH erteilt und auch nur insoweit später bestätigend neu erteilt wurde. 28

1. Ist ein Arbeitnehmer bzw. Beschäftigter iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG zugleich Gesellschafter der Kapitalgesellschaft, zu der das Arbeitsverhältnis bzw. Beschäftigungsverhältnis besteht, ist die Versorgungszusage nur dann „aus Anlass“ des Arbeitsverhältnisses bzw. des Beschäftigungsverhältnisses erteilt, wenn zwischen ihr und dem Arbeits-/Beschäftigungsverhältnis ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Aus anderen Gründen erteilte Zusagen werden durch das Betriebsrentengesetz nicht geschützt. Soweit deshalb die Beteiligung an der Gesellschaft für die Versorgungszusage entscheidend ist und es sich in Wahrheit um Unternehmerlohn handelt, besteht kein Insolvenzschutz. Erforderlich ist eine Kausalitätsprüfung, die alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt. Dabei ist ein Indiz für einen Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung, wenn ein Unternehmen allen Gesellschaftern und nur ihnen ein Versorgungsversprechen gegeben hat. Ferner kommt es darauf an, ob die zugesagte Versorgung nach Art und Höhe auch bei Fremdkräften wirtschaftlich vernünftig und üblich gewesen wäre. Eine Rolle spielen kann auch, ob eine bereits während des Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses zu finanzierende Direktversicherung vorliegt oder eine Direktzusage, bei der die Belastungen erst bei Eintritt des Versorgungsfalles entstehen (BAG 25. Januar 2000 - 3 AZR 769/98 - zu II 2 der Gründe, AP BetrAVG § 1 Nr. 38 = EzA BetrAVG § 17 Nr. 9). 29

2. In Anwendung dieser Grundsätze wurde die Versorgungszusage nicht „aus Anlass“ einer der in § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrAVG genannten Tätigkeiten erteilt bzw. neu erteilt. 30

Dies folgt bereits aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 21. Oktober 1991, auf welcher über die erste Erteilung der Versorgungszusage entschieden wurde. Dort ist eindeutig der Zweck bezeichnet mit „Altersversorgung für Gesellschafter“. Als Grund hierfür wurde die „optimistische Vorschau für die Zukunft“ angesehen. Zugleich wurde auf die Ziele: „Verbesserung der Liquidität“ und „Kapital ansammeln“ hingewiesen. 31

Dagegen spricht auch nicht, dass in der Vorbemerkung Abs. 2 des Pensionsvertrages vom 22. November 1991 vom „Anstellungsvertrag“ die Rede ist. Die sonstigen Regelungen in der Vereinbarung beziehen sich nicht auf die Tätigkeit des Klägers im Rahmen eines Anstellungsvertrages und auch nicht auf dessen Vergütung. Im Gegenteil: Eine Erhöhung des Ruhegehalts wird in § 3 Abs. 1 des Pensionsvertrages von einer „ungewöhnlich erfolgreichen Geschäftsführung“ abhängig gemacht und nicht von einer abhängigen Tätigkeit. Insoweit ist vielmehr vorgesehen, dass eine Veränderung der Bezüge gerade grundsätzlich nicht zu einer Veränderung des Ruhegehalts führen sollte. 32

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der bestätigenden Neuzusage mit der Beschlussfassung vom 20. Januar 1992. Vielmehr nimmt auch dieser Beschluss ausdrücklich den Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 21. Oktober 1991 und die Pensionsverträge vom 22. November 1991 in Bezug. Daraus wird deutlich, dass sich der Rechtscharakter der Zusage nicht ändern sollte. Dass die Gesellschafter in dem Beschluss als leitende Angestellte bezeichnet werden, ändert daran nichts. 33

Auch die Wahl des Durchführungswegs der Direktzusage, aus der das Unternehmen erst bei Eintritt des Versorgungsfalles belastet wird, spricht dafür, dass die Versorgungszusage allein aufgrund der Gesellschafterstellung erteilt wurde. Ausweislich TOP 2 „Altersversorgung für Gesellschafter“ der Gesellschafterversammlung vom 21. Oktober 1991 stand die Entscheidung für den Durchführungsweg der Direktzusage in untrennbarem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Lage der GmbH, die eine „Verbesserung der Liquidität“ und das Ansammeln von Kapital erforderlich machte und damit eine Ausfinanzierung der Pensionsleistungen, zB durch Abschluss einer Direktversicherung, nicht zuließ. 34

Wenn in einer derartigen wirtschaftlichen Lage nur den Gesellschaftern Versorgungszusagen gemacht werden, spricht alles dafür, dass dies - jedenfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt - allein im Hinblick auf die Gesellschafterstellung geschah. Vor diesem Hintergrund kommt es auf die Frage, ob auch „andere Arbeitnehmer“ der GmbH (*wann?*) eine Versorgungszusage erhalten haben, nicht an.

3. Der Beklagte handelt auch nicht treuwidrig (§ 242 BGB), wenn er keine Leistung erbringt, obwohl er Beiträge vereinnahmt hat. Sollte die Beitragsleistung zu Unrecht erbracht worden sein, wäre sie im Rahmen der maßgeblichen rechtlichen Regelungen ggf. zurückzuerstatten (*BAG 29. Januar 2008 - 3 AZR 522/06 - Rn. 37, AP Einigungsvertrag Anlage I Kap. VIII Nr. 11 = EzA BetrAVG § 7 Nr. 73*).

35

Reinecke

Zwanziger

Schlewing

Oberhofer

Schmidt