

# BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 660/09  
4 Sa 1093/08  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
19. Januar 2010

## URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger, Revisionskläger und Revisionsbeklagter,

pp.

1.  
Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,
2.  
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

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. Die Revisionen des Beklagten und der Klägerin zu 2. gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 24. Juli 2009 - 4 Sa 1093/08 - werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Revisionsverfahrens verteilen sich wie folgt: Die Klägerin zu 2. hat ihre außergerichtlichen Kosten und von den Gerichtskosten und den Kosten des Beklagten ein Drittel zu tragen. Die übrigen Kosten hat der Beklagte zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Kläger waren früher Mitglieder der Produktionsgenossenschaft des Handwerks E mit Sitz in W, heute Freistaat Sachsen (*hiernach: PGH*). Diese wurde aufgrund notariellen Vertrages vom 19. Dezember 1990 in die E GmbH (*hiernach: GmbH*) umgewandelt. In dieser setzten die Kläger ihre Tätigkeit zunächst ohne ausdrücklich geänderte vertragliche Grundlage, später aufgrund Arbeitsvertrages als Arbeitnehmer fort; gleichzeitig hielten sie in geringem Maß Gesellschaftsanteile. Über das Vermögen der GmbH wurde zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, ob der beklagte Pensions-Sicherungs-Verein (*PSV*) als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung für Versorgungsansprüche der Kläger einzutreten hat.

1

Der Kläger zu 1. ist am 8. Dezember 1942 geboren. Er war bei der PGH seit dem 1. Juli 1960 tätig. Die Klägerin zu 2. ist am 13. August 1944 geboren, sie war bei der PGH seit dem 1. Januar 1979 tätig. Die Tätigkeit der Kläger war, jedenfalls zuletzt, durch „Vereinbarungen“ geregelt, die auf den 1. Januar 1979 datiert sind. Danach war der Kläger zu 1. als Werkstattleiter und die Klägerin zu 2. mit einer täglichen Arbeitszeit von 5,5 Stunden als „Sachbearbeiterin für

2

Materialwirtschaft“ mit der Arbeitsaufgabe „Lagerwirtschaft“ beschäftigt. Ua. waren die Kläger nach diesen Vereinbarungen verpflichtet, „die zur Erfüllung von Arbeitsaufgaben vom Vorsitzenden und den leitenden Mitarbeitern erteilten Weisungen zu befolgen“.

Als aufgrund des Vertrages vom 19. Dezember 1990 die PGH in die GmbH umgewandelt wurde, betrug der Gesellschaftsanteil des Klägers zu 1. 2,68 % und der der Klägerin zu 2. 1,04 %. Eine Liste der Kapitalanteile vom 19. Januar 1994 weist zu diesem Zeitpunkt 47 Gesellschafter jeweils mit geringen Anteilen am Gesellschaftskapital aus. Die meisten Gesellschafter waren Elektrohandwerker. In der Verwaltung waren neben dem Geschäftsführer eine Ingenieurökonomin, eine Finanzbuchhalterin, eine sog. Annahmestellenkraft und die Klägerin zu 2. als teilzeitbeschäftigte Sachbearbeiterin tätig.

Am 1. April 1991 schlossen die Kläger mit der GmbH „Anstellungsverträge“, in denen ausdrücklich von „Arbeitsverhältnis“ die Rede ist. Der Kläger zu 1. war danach als „Bereichsmeister“ angestellt, die Klägerin zu 2. als „Sachbearbeiterin“ mit einer durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit von sechs Stunden. Als Beginn des Anstellungsverhältnisses war beim Kläger zu 1. der 1. Juli 1960 und bei der Klägerin zu 2. der 1. Januar 1979 angegeben. Das Monatsgehalt des Klägers zu 1. betrug nach diesem Vertrag 2.349,00 DM, das der Klägerin zu 2. 1.075,00 DM.

Unter dem 25. Oktober/29. November 1991 schloss die GmbH mit der H Versicherung einen Gruppenversicherungsvertrag, der auszugsweise lautet:

„Zwischen Firma

E

...

(nachstehend ‚Arbeitgeber‘ genannt)

und der

H

...

(nachstehend ‚H‘ genannt)

wird nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen ein Gruppenversicherungsvertrag abgeschlossen.

3

4

5

...

### **§ 1 Personenkreis**

1. Der ‚Arbeitgeber‘ beantragt bei der ‚H‘ Versicherungen für nachstehend umschriebenen Personenkreis:

Gesellschafter - Geschäftsführer und Arbeitnehmer

...

### **§ 3 Vertragsvoraussetzungen, Gesundheitsprüfung**

1. Von dem Personenkreis gemäß § 1 werden mindestens 90 % versichert. Unter den zu versichernden Personen müssen wenigstens 10 Arbeitnehmer sein.

...

### **§ 7 Versicherungsnehmer, Bezugsberechtigung**

1. Versicherungsnehmer aller Versicherungen ist der ‚Arbeitgeber‘.
2. Es wird unwiderruflich vereinbart, daß während der Dauer des Dienstverhältnisses eine Übertragung der Versicherungsnehmer-Eigenschaft und eine Abtretung von Rechten aus diesem Vertrag auf den versicherten Arbeitnehmer bis zu dem Zeitpunkt, in dem der versicherte Arbeitnehmer sein 59. Lebensjahr vollendet, insoweit ausgeschlossen ist, als die Beiträge vom Versicherungsnehmer (‚Arbeitgeber‘) entrichtet worden sind.

Es wird ferner vereinbart, daß, abgesehen von der Einräumung eines nicht übertragbaren und nicht beleihbaren Bezugsrechts an die nach dem Vertrag zu begünstigenden Personen, die Übertragung der Ansprüche auf die versicherten Leistungen an Dritte - auch in Form von anderen Bezugsrechten - ausgeschlossen ist.

3. Der versicherten Person wird auf die Leistung aus der auf ihr Leben genommenen Versicherung sowohl für den Todes- als auch für den Erlebensfall ein nicht übertragbares und nicht beleihbares unwiderrufliches Bezugsrecht unter den nachstehenden Vorbehalten eingeräumt:

Dem ‚Arbeitgeber‘ bleibt das Recht vorbehalten,

- alle Versicherungsleistungen für sich in Anspruch

zu nehmen,

- wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles endet, es sei denn,
    - die versicherte Person hat das 35. Lebensjahr vollendet und die Versicherung hat zehn Jahre bestanden oder
    - die versicherte Person hat das 35. Lebensjahr vollendet und das Arbeitsverhältnis hat zwölf Jahre und die Versicherung hat drei Jahre bestanden,
  - wenn die versicherte Person Handlungen begeht, die dem ‚Arbeitgeber‘ das Recht geben, die Versicherungsansprüche zu mindern oder zu entziehen,
  - während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit Zustimmung der versicherten Person nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen eine Vorauszahlung auf die Versicherungsleistung in Anspruch zu nehmen, wobei der ‚Arbeitgeber‘ die bezugsberechtigte Person bei Eintritt des Versorgungsfalles jedoch so stellt, als ob die Vorauszahlung nicht erfolgt wäre.
4. Im Todesfall ist die Versicherungsleistung, sofern nichts anderes bestimmt ist, in nachstehender Rangfolge zu zahlen an:
- den überlebenden Ehegatten, mit dem die versicherte Person im Zeitpunkt ihres Ablebens verheiratet war,
  - die ehelichen und die ihnen gesetzlich gleichgestellten Kinder der versicherten Person zu gleichen Teilen,
  - die Eltern der versicherten Person zu gleichen Teilen,
  - die Erben der versicherten Person.

...“

Die Versicherungssumme betrug für den Kläger zu 1. 44.843,00 DM und der monatliche Beitrag 200,00 DM. Für die Klägerin zu 2. betrug die Versicherungssumme 15.000,00 DM und der monatliche Beitrag 59,40 DM.

6

Unter dem 9. April 1992 erteilte die GmbH ua. den Klägern eine jeweils

7

gleichlautende „Bestätigung der betrieblichen Altersversorgung in Form einer Direktversicherung“. Diese lautet auszugswise:

„Wie Sie wissen, haben wir für Sie als betriebliche Altersversorgung bei der H eine Kapital-Lebensversicherung (Direktversicherung) abgeschlossen.

Nach dem Einigungsvertrag ist am 1.1.1992 auch in den neuen Bundesländern das ‚Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung‘ (BetrAVG) in Kraft getreten. Damit auch diese Direktversicherung eine vollgültige betriebliche Altersversorgung im Sinne des Gesetzes wird, bestätigen wir Ihnen mit Wirkung vom 1. Januar 1992 die mit dem Abschluß der Versicherung übernommene Versorgungsverpflichtung. Zusätzlich zu den Vereinbarungen, die Ihnen aus dem Versicherungsschein bekannt sind, gelten mit Wirkung vom Tag dieser Zusage an folgende Bestimmungen:

Scheiden Sie vor Ablauf der Versicherung aus unserem Unternehmen aus, behalten Sie die Anwartschaft auf die Versicherungsleistung, wenn Sie zum Zeitpunkt des Ausscheidens mindestens das 35. Lebensjahr vollendet haben und

- entweder diese Zusage für Sie mindestens 10 Jahre bestanden hat
- oder der Beginn der Betriebszugehörigkeit mindestens 12 Jahre zurückliegt und die Zusage für Sie mindestens 3 Jahre bestanden hat.

Werden diese Voraussetzungen erfüllt, liegt eine sog. Unverfallbarkeit vor. In diesem Fall können wir die bestehende Versicherung bei Ihrem Ausscheiden auf Sie übertragen. Sie haben dann die Möglichkeit, sie mit eigenen Beiträgen fortzuführen. Ihr Anspruch aus der Versorgungszusage erstreckt sich danach gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG auf die Leistung aus dem Versicherungsvertrag.

...

Bei Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses vor Eintritt der Unverfallbarkeit besteht kein Anspruch aus dieser Versorgungszusage.

...“

Im Jahre 1997 unterschrieben 33 Versorgungsberechtigte, darunter die

8

Kläger, ein maschinenschriftlich vorbereitetes einheitliches Schriftstück mit folgender Erklärung:

„Hiermit erkläre ich mich bereit, meine bisher bei der H aufgelaufene Summe der Direktversicherung als Vorauszahlung an die E GmbH auszahlen zu lassen.

Die GmbH verpflichtet sich, den Versicherungsnehmer beim Ausscheiden aus der GmbH so zu stellen, als ob keine Beleihung vorliegt.

Die GmbH schließt mit dem Pensions-Sicherungsverein in Köln eine Insolvenzversicherung für den vorausgezählten Betrag ab.“

Vorauszahlungen sind in den Versicherungsbedingungen der H Versicherung wie folgt geregelt: 9

**„§ 5 Sie wollen eine Vorauszahlung?**

(1) Wir können Ihnen bis zur Höhe des Rückkaufswertes ... eine zu verzinsende Vorauszahlung auf die Versicherungsleistung gewähren. Ein Rechtsanspruch hierauf besteht jedoch nicht.

(2) Eine Vorauszahlung werden wir mit der fälligen Versicherungsleistung sowie im Falle der Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung verrechnen; vorher werden wir sie nicht zurückfordern. Sie hingegen können den Vorauszahlungsbetrag jederzeit zurückzahlen.“

Unter dem 19. Dezember 1997 beantragte die GmbH gegenüber der H Versicherung die Vorauszahlung der aufgelaufenen Beträge, nach ihrer Berechnung 132.600,00 DM. In dem Schreiben war zwar der Kläger zu 1., jedoch nicht die Klägerin zu 2. aufgeführt. Es heißt dort weiter: 10

„Die in der vorstehenden Aufstellung nicht benannten Versicherungsinhaber scheiden voraussichtlich innerhalb von 3 Monaten aus unserer Firma aus, so daß wir eine Vorauszahlung auf diese Versicherungen nicht als sinnvoll erachten.“

Hinsichtlich der Versicherung des Klägers zu 1. leistete die H Versicherung die Vorauszahlung. Hinsichtlich der Klägerin zu 2. kündigte die GmbH den Versicherungsvertrag zum 1. Oktober 1998 und ließ sich 11

3.972,95 DM auskehren. Dem kam die H Versicherung nach, weil sie davon ausging, ein unverfallbarer Anspruch nach dem Betriebsrentengesetz liege nicht vor. Sie erläuterte dies später gegenüber der Klägerin zu 2. mit Schreiben vom 28. April 2008 wie folgt:

„...“

Bezug nehmend auf Ihre Anfrage vom 28.04.2008 teilen wir Ihnen mit, dass Ihr ehemaliger Arbeitgeber, die Firma E GmbH, den o. a. Vertrag zum 1.10.1998 gekündigt hat.

Nach unseren Unterlagen hatten Sie zum Zeitpunkt Ihres Ausscheidens noch keine gesetzlich unverfallbaren Ansprüche nach dem Betriebsrentengesetz auf die Versicherungsleistungen.

Die Versicherung ist zum 1.10.1998 erloschen. Rechte und Ansprüche können aus dieser Versicherung nicht mehr hergeleitet werden.

...“

Nachdem das Amtsgericht Dresden auf Antrag der GmbH am 18. März 1999 vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet hatte, eröffnete es am 1. Mai 1999 das Insolvenzverfahren. 12

Die Kläger haben die Feststellung einer Leistungspflicht des Beklagten verlangt. Sie haben behauptet, alle Arbeitnehmer der GmbH hätten eine Versorgungszusage erhalten. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Eintrittspflicht lägen vor. 13

Die Kläger haben zuletzt beantragt 14

festzustellen, dass

1. der Beklagte dem Kläger zu 1. zur Leistung aufgrund der von der Fa. E GmbH erteilten Versorgungszusage in Gestalt der Direktversicherung bei der H, Tarif -Vers.-Nr.: verpflichtet ist,
2. der Beklagte der Klägerin zu 2. zur Leistung aufgrund der von der Fa. E GmbH erteilten Versorgungszusage in Gestalt der Direktversicherung bei der H, Tarif -Vers.-Nr.: verpflichtet ist.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 15



Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Zeiten bei der PGH seien nicht auf die Beschäftigungszeit anzurechnen und die Versorgungszusage deshalb noch nicht gesetzlich unverfallbar. Sie sei zudem aufgrund der Gesellschaftsstellung der Kläger und nicht aufgrund ihrer Tätigkeit erteilt worden, so dass das Betriebsrentengesetz ohnehin nicht anwendbar sei. Ferner liege ein Fall des Versicherungsmissbrauchs bei der Beleihung vor. Die Klägerin zu 2. habe in der Verwaltung der GmbH gearbeitet, ihr Mann, der Kläger zu 1., als Elektromeister in gehobener Stellung. Die GmbH habe sich zum 1. Januar 1998 von nahezu allen Gesellschaftern die Versicherungssummen auskehren lassen. Den Klägern habe bekannt sein müssen, dass die GmbH danach verpflichtet gewesen sei, die Versorgungsleistungen selbst zu erbringen, wozu sie kaum in der Lage gewesen sei. Auffällig sei, dass in diesem Zusammenhang direkt auf den Insolvenzschutz Bezug genommen worden sei. Für einen Versicherungsmissbrauch spreche zudem auch der zeitliche Zusammenhang; noch nicht einmal eineinhalb Jahre nach der Beleihung und Auskehrung der Vorauszahlungen sei ein Insolvenzantrag gestellt worden. Im Falle der Klägerin zu 2. liege im Übrigen auch gar kein Versicherungsfall vor, weil der Anspruchsverlust gegenüber der Versicherung nicht durch eine Beleihung eingetreten sei.

16

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht hinsichtlich des Klägers zu 1. zurückgewiesen, hinsichtlich der Klägerin zu 2. hat es die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben sowohl der Beklagte als auch die Klägerin zu 2. Revision eingelegt. Die Kläger verfolgen ihre Klageziele im Revisionsverfahren weiter. Der Beklagte begehrt Klageabweisung.

17

### **Entscheidungsgründe**

Die Revisionen sind unbegründet. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken. Eine Leistungspflicht des Beklagten besteht aber nur hinsichtlich des Klägers zu 1., nicht jedoch hinsichtlich der Klägerin zu 2.

18

- A. Die Klage ist zulässig. 19
- Den Klägern geht es um die Klärung der Frage, ob Leistungsansprüche 20  
gegen den Beklagten aufgrund der Insolvenz der GmbH bestehen. Nicht  
Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist es, den genauen Umfang einer  
solchen Leistungspflicht festzustellen. Die so verstandene Klage ist als Fest-  
stellungsklage (§ 256 ZPO) zulässig. Sie richtet sich auf die Feststellung eines  
Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien, nämlich die gesetzliche Leistungs-  
pflicht nach dem Betriebsrentengesetz. Da der Beklagte eine derartige Pflicht  
leugnet, besteht auch ein Feststellungsinteresse.
- B. Die Klage ist hinsichtlich des Klägers zu 1., jedoch nicht hinsichtlich der 21  
Klägerin zu 2. begründet.
- I. Der Beklagte als gesetzlicher Träger der Insolvenzversicherung hat auf- 22  
grund der Insolvenz der GmbH die im Betriebsrentengesetz vorgesehenen  
Leistungen an den Kläger zu 1. zu erbringen.
1. Der sachliche Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes ist 23  
gegeben. Die GmbH hat durch die von ihr abgeschlossene Direktversicherung  
im Wesentlichen die im Betriebsrentengesetz genannten Risiken abgesichert.  
Dies geschah auch aus Anlass des Arbeitsverhältnisses des Klägers zu 1. (§ 1  
Abs. 1 Satz 1 BetrAVG).
- a) Bedenken bestehen allerdings hinsichtlich der Hinterbliebenenver- 24  
sorgung. Sie stehen dem Feststellungsausspruch indes nicht entgegen:
- Es könnte allerdings problematisch sein, ob die in § 7 Nr. 4 des 25  
Gruppenversicherungsvertrages zwischen der GmbH und der H Versicherung  
genannten, möglicherweise bezugsberechtigten Eltern der versicherten Person  
zu den Hinterbliebenen iSd. Betriebsrentenrechts gehören. Der Senat hat  
bisher offengelassen, ob „Hinterbliebene“ iSd. Betriebsrentenrechts nur solche  
Personen sind, die nach dem Recht der gesetzlichen Rentenversicherung eine  
„Rente wegen Todes“ erhalten könnten (vgl. 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 -  
Rn. 15, AP GG Art. 3 Nr. 315 = EzA AGG § 2 Nr. 3). Dazu gehören nach § 46

Abs. 4 SGB VI nicht die Eltern. Selbst wenn man diese Frage bejaht, ist jedenfalls die nachrangige Benennung der Erben als bezugsberechtigt problematisch (vgl. dazu BAG 18. November 2008 - 3 AZR 277/07 - Rn. 30 ff., AP BetrAVG § 1 Nr. 54 = EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 13). Der Kläger zu 1. hat nur die Feststellung einer Leistungspflicht an sich selbst beantragt. Insofern liegt eine Absicherung des Altersrisikos vor.

b) Die Versorgungszusage wurde „aus Anlass“ des zwischen den Parteien mit Anstellungsvertrag vom 1. April 1991 begründeten Arbeitsverhältnisses erteilt. 26

Ist ein Arbeitnehmer - wie hier der Kläger zu 1. - zugleich Gesellschafter der Kapitalgesellschaft, zu der das Arbeitsverhältnis besteht, ist die Versorgungszusage nur dann „aus Anlass“ des Arbeitsverhältnisses erteilt, wenn zwischen ihr und dem Arbeitsverhältnis 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. In diesem Zusammenhang kommt es ua. darauf an, ob die zugesagte Versorgung nach Art und Höhe auch bei Fremdkräften wirtschaftlich vernünftig und üblich gewesen wäre. Auf einen Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung deutet es hin, wenn ein Unternehmen allen Gesellschaftern und nur ihnen ein Versorgungsversprechen gegeben hat. Zu berücksichtigen ist auch, ob eine bereits während des Arbeitsverhältnisses 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). 27

Hier wurde die Versorgungszusage nicht als Unternehmerlohn, sondern wegen des Arbeitsverhältnisses erteilt: Die GmbH war angesichts der Zahl ihrer Gesellschafter praktisch in Streubesitz. Die Versorgungszusage sprengte auch nicht den Rahmen des Üblichen. Es handelte sich zudem um die Zusage einer 28

Direktversicherung, die der Gesellschaft sofort Liquidität entzog. Mit der Versorgungszusage waren keinerlei besondere Vorteile für die Gesellschaft verbunden. Angesichts dessen kann es dahingestellt bleiben, ob - worauf die Formulierungen im Gruppenversicherungsvertrag hindeuten - tatsächlich alle Arbeitnehmer eine Versorgungszusage erhalten hatten und ob die GmbH außer Gesellschaftern überhaupt Arbeitnehmer beschäftigte.

2. Auch der zeitliche Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes ist gegeben. 29

Das Rechtsverhältnis des Klägers mit der PGH und der GmbH wurde in W, heute Freistaat Sachsen, durchgeführt. Das Betriebsrentengesetz und der dort geregelte Insolvenzschutz gelten deshalb nur, soweit es 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 über Leistungen der betrieblichen Altersversorgung Anwendung, die nach dem 31. Dezember 1991 erteilt werden“. 30

Geht es - wie hier - nicht um eine kollektivrechtliche Zusage, ist sie 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*). Unter Anwendung der Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts muss vielmehr 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*). Es muss also über die bloße Abwicklung einer Versorgungsregelung hinaus der Wille des Ver-

sorgungsschuldners deutlich geworden sein, sich aufgrund der Umstände der erstmaligen oder bestätigenden Neuerteilung an die Versorgungszusage gebunden zu fühlen.

Zwischen den Parteien bestehen keine unterschiedlichen Auffassungen darüber, dass diese Voraussetzung durch die „Bestätigung“ vom 9. April 1992 erfüllt wird, es sich also um eine bestätigende Neuzusage handelt. Bedenken sind insoweit auch nicht ersichtlich. Das kann der Senat feststellen, da im Berufungsurteil Ausführungen zur Auslegung fehlen, zumal es sich um eine typische Willenserklärung handelt (*vgl. BAG 23. April 2002 - 3 AZR 224/01 - zu B II der Gründe, BAGE 101, 122*). Obwohl nach dem Text der Bestätigung diese „mit Wirkung vom 1. Januar 1992“ erteilt wurde, ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Erklärung, dass eine zeitliche Einschränkung der Bindung an die Versorgungszusage damit nicht verbunden sein, sondern lediglich auf den sich aus dem Einigungsvertrag ergebenden Stichtag Bezug genommen werden sollte. 32

3. Der Beklagte hat nach § 7 Abs. 2 BetrAVG für die Versorgungsanwartschaft des Klägers zu 1. einzustehen. 33

a) Die Versorgungsanwartschaft des Klägers zu 1. war bei Insolvenzeröffnung am 1. Mai 1999 (§ 7 Abs. 2 Satz 1 iVm. Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) gesetzlich unverfallbar. 34

Die Leistung war dem Kläger zu 1. vor dem 1. Januar 2001 zugesagt worden. Nach § 1 BetrAVG aF (§ 30f iVm. § 1b BetrAVG) bleibt die Anwartschaft ua. dann erhalten, ist also gesetzlich unverfallbar, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles, jedoch nach Vollendung des 35. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt bei mindestens zwölfjähriger Betriebszugehörigkeit mindestens drei Jahre bestanden hat. Das ist hier der Fall. Zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung hatte der Kläger zu 1. das 35. Lebensjahr lange vollendet. Das Arbeitsverhältnis war mit einer Versorgungszusage unterlegt, die - auch wenn man vom Zeitpunkt der bestätigenden Neuzusage ausgeht - länger als drei Jahre bestanden hat. Der Kläger zu 1. wies auch eine mindestens zwölfjährige Betriebszugehörigkeit auf. 35

Dies ergibt sich daraus, dass nicht nur seine Zeit im Angestelltenverhältnis seit dem 1. April 1991, sondern auch seine vorangegangene Tätigkeit für die PGH und die GmbH anzurechnen sind:

Für die gesetzliche Unverfallbarkeit ist es unerheblich, ob der Mitarbeiter die erforderliche Beschäftigungszeit als Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne - § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG - oder durch eine unter § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG fallende Tätigkeit für ein Unternehmen erreichte. Wurde die Tätigkeit für dasselbe Unternehmen geleistet, kann sie auch nicht nach einem unterschiedlichen Status im Zeitablauf aufgespalten werden. Eine „Zäsur“ tritt insofern nicht ein, da dies der vom Betriebsrentengesetz vorausgesetzten Gleichbehandlung der Beschäftigungsverhältnisse als Arbeitnehmer oder sonst für ein Unternehmen Tätigen widerspräche. Erforderlich und ausreichend ist es, dass die Tätigkeit für ein- und denselben Vertragspartner erbracht wurde. Dabei liegt eine Identität des Unternehmens auch bei einer Gesamtrechtsnachfolge - wie sie hier aufgrund der Umwandlung der PGH in die GmbH gegeben ist - vor (vgl. BAG 31. Juli 2007 - 3 AZR 446/05 - Rn. 29, DB 2008, 939).

36

Eine Tätigkeit für ein Unternehmen in diesem Sinne ist auch eine Tätigkeit nach dem Recht der DDR aufgrund eines Mitgliedschaftsverhältnisses für eine Produktionsgenossenschaft des Handwerks. Unerheblich ist insoweit, dass Rechtsgrundlage nicht ein „Arbeitsverhältnis“ nach dem Recht der DDR war, sondern der Tätigkeit allein ein Mitgliedschaftsverhältnis zugrunde lag. Eine Tätigkeit für ein fremdes Unternehmen liegt nämlich schon dann vor, wenn der Beschäftigte nach Vermögensbeteiligung und Einfluss nicht so stark mit dem Unternehmen verbunden ist, dass er es als eigenes betrachten konnte (BAG 31. Juli 2007 - 3 AZR 446/05 - Rn. 27 f., DB 2008, 939).

37

Dem kann nicht entgegengehalten werden, nach dem Recht der DDR habe es überhaupt keine Unternehmer gegeben. Wollte man insoweit auf Besonderheiten des Rechts der DDR abstellen, wäre die Entscheidung des Einigungsvertrages, das Betriebsrentengesetz in vollem Umfang auf Zusagen anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 1991 erteilt werden (*dazu oben unter B I 2*), im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nicht durchführbar. Auch

38

diese Bestimmung ist jedoch nach den Regelungen des Einigungsvertrages, der von den gesetzgebenden Körperschaften beider deutscher Staaten ratifiziert wurde, in vollem Umfange anwendbar, wenn die Zusage nach dem Stichtag erteilt wurde. Es gilt der Grundsatz, dass Beschäftigungszeiten, die vor dem 1. Januar 1992 in einem umgewandelten, aber fortgeführten Unternehmen der DDR zurückgelegt wurden, mitzählen (*BAG 19. Februar 2002 - 3 AZR 137/01 - zu I 2 der Gründe, BAGE 100, 271*).

Der Kläger zu 1. war auch nicht aufgrund Vermögensbeteiligung und Einfluss so stark mit der PGH verbunden, dass er sie als eigenes Unternehmen betrachten konnte. Gründe gerade gegenüber dem Beklagten als gesetzlichem Träger der Insolvenzversicherung von den allgemeinen Grundsätzen des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Missbrauchsfälle werden ausreichend durch § 7 Abs. 5 BetrAVG erfasst. 39

Auch die Tätigkeit nach Umwandlung der PGH in eine GmbH und vor Abschluss des Arbeitsvertrages ist als Tätigkeit für ein Unternehmen iSv. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG anzusehen. Das ist im GmbH-Recht angelegt, da nach § 3 Abs. 2 GmbHG den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden können. Das können auch Dienstleistungen sein (*vgl. BAG 25. Januar 2000 - 3 AZR 769/98 - zu I 1 c cc (1) der Gründe, AP BetrAVG § 1 Nr. 38 = EzA BetrAVG § 17 Nr. 9*). 40

b) Auch die sonstigen Voraussetzungen einer Einstandspflicht des Beklagten liegen vor (§ 7 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG iVm. § 1 BetrAVG aF, § 1b Abs. 2 Satz 3 BetrAVG). 41

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH wurde eröffnet. Die GmbH hatte die Ansprüche aus dem Gruppenversicherungsvertrag mit der H Versicherung auch iSd. Betriebsrentengesetzes beliehen; denn bei der Vorauszahlung nach den Versicherungsbedingungen der H Versicherung handelt es sich um eine Beleihung. Wirtschaftlich betrachtet wird ein verzinsliches Darlehen durch die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag abgesichert. Wegen der Insolvenz kann die GmbH schließlich ihrer Verpflichtung, 42

den Kläger zu 1. so zu stellen, als wäre die Versicherung nicht beliehen worden, nicht erfüllen.

c) Von einem Versicherungsmissbrauch, der nach § 7 Abs. 5 BetrAVG die Leistungspflicht des Beklagten ausschließen würde, kann nicht ausgegangen werden. Es ist nicht feststellbar, dass - wie es Satz 1 der Regelung verlangt - nach den Umständen des Falles die Annahme gerechtfertigt ist, der alleinige oder überwiegende Zweck der Beleihung sei es gewesen, den Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung in Anspruch zu nehmen. 43

Ob Versicherungsmissbrauch in diesem Sinne vorliegt, richtet sich nicht allein nach objektiven, sondern auch nach subjektiven Gesichtspunkten. Dabei kommt es nicht nur auf die Sicht des Versorgungsschuldners und den von ihm mit der Versorgungszusage verfolgten Zweck an. Auch der Versorgungsberechtigte muss an der missbräuchlichen Maßnahme beteiligt gewesen sein. Der gesetzliche Insolvenzschutz dient dem Schutz und der Sicherheit des Versorgungsberechtigten. Dessen Versicherungsschutz entfällt, wenn der Beklagte als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung den Einwand des Versicherungsmissbrauchs erheben kann. Der Versorgungsberechtigte muss den missbilligten Zweck der Maßnahme daher zumindest erkennen können (*BAG 19. Februar 2002 - 3 AZR 137/01 - zu II 2 der Gründe, BAGE 100, 271*). 44

Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 7 Abs. 5 Satz 1 BetrAVG trägt der Beklagte (*BAG 17. Oktober 1995 - 3 AZR 420/94 - zu 3 b bb der Gründe, AP BetrAVG § 7 Lebensversicherung Nr. 2 = EzA BetrAVG § 7 Nr. 52*). Dabei kommen ihm nicht die Missbrauchsvermutungen von § 7 Abs. 5 Satz 2 und 3 BetrAVG zugute. Diese Regelungen betreffen ihrem Wortlaut nach nur Zusagen und Verbesserungen von Leistungen, wie sie Satz 1 ebenfalls erfasst, nicht jedoch den hier vorliegenden Fall der Beleihung einer Direktversicherung. Die Regelungen sind deshalb nicht direkt anwendbar. Eine entsprechende - analoge - Anwendung scheitert an der unterschiedlichen Interessenlage: Während die Erteilung und Verbesserung von Zusagen die Rechtsposition des Arbeitnehmers günstig beeinflusst, wirkt sich die Beleihung allein und nachhaltig zu seinen Lasten aus (*vgl. BAG 17. Oktober* 45



1995 - 3 AZR 420/94 - zu 3 c der Gründe, aaO; 26. Juni 1990 - 3 AZR 641/88 - zu III 2 c und d der Gründe, BAGE 65, 215).

Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass zur Klärung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Versorgungsberechtigter, der mit den Umständen der Beleihung besser vertraut ist als der Beklagte als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung, verpflichtet ist, zu diesen Umständen näher vorzutragen und wie der Personenkreis, auf den die Darlegungslast danach ggf. verschoben werden kann, im Einzelnen abgegrenzt werden müsste. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte keinerlei Umstände vorgetragen, die eine derartige Verschiebung der Darlegungslast rechtfertigen könnten. Die von ihm vorgetragene Umstände deuten nicht auf einen Versicherungsmissbrauch hin:

46

Die Tatsache der Beleihung oder die Zustimmung des Arbeitnehmers können nicht als Indiz für einen Versicherungsmissbrauch herangezogen werden; denn es entspricht der gesetzlichen Konzeption, dem Arbeitgeber die Beleihung von Ansprüchen der Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung zu ermöglichen. Ohne besondere Umstände kann deshalb nicht von einem Versicherungsmissbrauch ausgegangen werden (BAG 26. Juni 1990 - 3 AZR 641/88 - zu III 2 a der Gründe, BAGE 65, 215).

47

Keine Anhaltspunkte sprechen auch für die Annahme des Beklagten, der Kläger zu 1. habe erkennen müssen, dass die GmbH nicht in der Lage gewesen sei, ihre Verpflichtungen aus der Versorgungszusage alleine zu erfüllen. Der Beklagte trägt keine Indizien dafür vor, dass die Wirtschaftsdaten der GmbH eine derartige Schlussfolgerung zum Zeitpunkt der Beleihung nahelegten. Die bloße Tatsache, dass die GmbH offenbar Liquiditätsbedarf hatte, kann nicht als Indiz herangezogen werden. Eben um diesen Liquiditätsbedarf zu erfüllen, ermöglicht das Gesetz die Beleihung.

48

Auch der Zeitabstand zwischen dem Antrag auf Vorauszahlung - Dezember 1997 - und dem Insolvenzverfahren - vorläufige Insolvenzverwaltung im März 1999 - ist kein Indiz für einen Versicherungsmissbrauch. Allerdings liegt ein Versicherungsmissbrauch umso näher, je kürzer der Abstand zwischen einer Verfügung über Ansprüche aus dem Versicherungsver-

49

trag und dem Insolvenzverfahren ist (*BAG 26. Juni 1990 - 3 AZR 641/88 - zu III 3 der Gründe, BAGE 65, 215*). Hier hat die GmbH jedoch lediglich die Vorauszahlung eines Betrages von 132.600,00 DM beantragt. Das ist kein Betrag, mit dem ein Unternehmen der hier in Frage stehenden Größe für mehr als ein Jahr trotz an sich bestehender Insolvenz weiter aufrechterhalten werden kann. Zum Zeitpunkt der Beleihung gab es mindestens noch 33 Beschäftigte.

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass aus der Sicht der H Versicherung die Vorauszahlung letztlich eine Geldanlage darstellt, die hinsichtlich des angelegten Kapitals zwar durch die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag gedeckt ist, jedoch nicht hinsichtlich des Zinsertrages. Wenn sich die Versicherung trotzdem entschloss, ihr Geld bei der GmbH und nicht anderweitig anzulegen, spricht dies dafür, dass es sich um eine im Grundsatz solide Geldanlage handelte. 50

Kein Indiz ist schließlich auch die Erwähnung des Pensions-Sicherungs-Vereins in der Einverständniserklärung der Versorgungsberechtigten. Die Erklärung gab nur wieder, was Gesetz ist, denn mit der Beleihung entstand eine Beitragspflicht zum Beklagten (§ 10 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 *BetrAVG*). Dass sich die Versorgungsberechtigten, als sie der Beleihung zustimmten, auch von der Frage leiten ließen, was im schlimmsten Fall mit ihren Betriebsrentenanwartschaften geschehen würde, ist nicht ungewöhnlich und deutet nicht auf einen Missbrauch hin. 51

II. Demgegenüber ist die Klage der Klägerin zu 2. nicht begründet. Eine Einstandspflicht des Beklagten besteht nicht. 52

1. Ebenso wie beim Kläger zu 1. ist allerdings der sachliche und zeitliche Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes gegeben. 53

2. Demgegenüber liegen die Voraussetzungen einer Einstandspflicht des Beklagten nicht vor. 54

a) Allerdings war die Betriebsrentenanwartschaft der Klägerin zu 2. gesetzlich unverfallbar. Zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung war die Klägerin 55

zu 2. mit einer gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft bei der GmbH aus-  
geschieden. Maßgeblich ist auch insoweit § 1 BetrAVG aF (§ 30f iVm. § 1b  
BetrAVG). Danach ist die Versorgungsanwartschaft der Klägerin zu 2. gesetz-  
lich unverfallbar, da ihr Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles,  
jedoch nach Vollendung des 35. Lebensjahres, endete, zu diesem Zeitpunkt  
mindestens drei Jahre mit einer Versorgungszusage unterlegt war und die  
Klägerin eine mindestens zwölfjährige Betriebszugehörigkeit aufwies:

Wie sich aus dem Schriftwechsel sowohl der GmbH als auch der 56  
Klägerin zu 2. mit der H Versicherung ergibt, endete das Arbeitsverhältnis der  
Klägerin zu 2. zur GmbH im Jahre 1998. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin  
zu 2. älter als 35 Jahre, die Versorgungszusage bestand, auch wenn man von  
der bestätigenden Neuzusage der GmbH ausgeht, länger als drei Jahre. Unter  
der gebotenen (*dazu oben B I 3 a*) Heranziehung auch von Beschäftigungs-  
zeiten für die PGH und GmbH vor Begründung des Arbeitsverhältnisses wies  
die Klägerin zu 2. eine Beschäftigungszeit von mehr als zwölf Jahren auf.

b) Es liegt jedoch kein Versicherungsfall iSv. § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 57  
BetrAVG vor.

Anders als hinsichtlich des Klägers zu 1. hat die GmbH die Ansprüche 58  
aus der Versicherung hinsichtlich der Klägerin zu 2. nicht beliehen. Eine Be-  
schädigung im Versicherungsverhältnis kommt allein deshalb in Betracht, weil  
die GmbH die Versicherung gekündigt und die H Versicherung einen Betrag  
von 3.972,95 DM - offensichtlich der Rückkaufswert der Versicherung - an die  
GmbH ausgekehrt hat. Der Senat lässt es offen, ob ein Versicherungsfall  
ausscheidet, wenn - wie hier - kein Fall der Beleihung oder Abtretung der  
Direktversicherung vorliegt. Das hat der Senat im Urteil vom 17. November  
1992 (- 3 AZR 51/92 - BAGE 71, 364) angenommen. Andererseits hat das  
Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 28. Juni 1994 (- 1 C 20.92 -  
BVerwGE 96, 160) entschieden, dass auch über den Fall der Beleihung hinaus  
bei einer Beschädigung von Rechten aus Direktversicherung Ansprüche gegen  
den Beklagten als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung in Betracht  
kommen.

Hier scheitern Ansprüche der Klägerin zu 2. gegen den Beklagten jedenfalls daran, dass durch das Verhalten der GmbH im Ergebnis ihre zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Direktversicherung bestehenden Ansprüche nicht beeinträchtigt wurden und auch die Insolvenz insoweit keinen Einfluss hat. Es fehlt damit an einem Nachteil, für den der Beklagte einzustehen hat. Der Beklagte hat nach § 7 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG nur für die Ansprüche einzustehen, die dem Arbeitnehmer zustehen, wenn der Arbeitgeber die versicherungsförmige Lösung nach § 2 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG wählt. Geschützt sind nur die Ansprüche, die dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall gegen die Versicherung zustünden. Diese Ansprüche bestehen gegen die H Versicherung aber ungeschmälert weiter:

59

Die H Versicherung hat die Versicherung zugunsten der Klägerin zu 2. deswegen als beendet betrachtet und den Rückkaufswert an die GmbH ausgekehrt, weil sie davon ausging, die Versorgungsanwartschaften der Klägerin zu 2. seien noch nicht gesetzlich unverfallbar; daher könne die GmbH die Versicherungsleistungen für sich in Anspruch nehmen. Diese Annahme war jedoch (*dazu oben B II 2 a*) unrichtig. Rechtsfolge dessen war, dass die Rechtsposition der Klägerin zu 2. aus dem Gruppenversicherungsvertrag nicht beeinträchtigt wurde. Vielmehr bestand die Versicherung als beitrags-, also prämienfreie unter Belassung des Rückkaufswerts zugunsten der Klägerin zu 2. weiter.

60

Das folgt zunächst aus § 7 Nr. 3 des Gruppenversicherungsvertrages. Danach war der Klägerin zu 2. ein unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt. Ein Vorbehalt, wonach die GmbH als Arbeitgeber alle Versicherungsleistungen für sich in Anspruch nehmen konnte, bestand ua. dann nicht mehr, wenn die versicherte Person - also die Klägerin zu 2. - das 35. Lebensjahr vollendet und das Arbeitsverhältnis zwölf, die Versicherung drei Jahre bestanden hat. Mit dieser Bestimmung haben die Vertragsparteien des Gruppenversicherungsvertrages die Inanspruchnahme der Versicherungsleistungen durch die GmbH unter den Voraussetzungen ausgeschlossen, die auch betriebsrentenrechtlich für die Unverfallbarkeit der Versorgungszusage galten und die jetzt in § 30f iVm. § 1b BetrAVG niedergelegt sind. Ebenso bestanden die in § 8 Nr. 2 dem Arbeit-

61

geber eingeräumten Wahl- und Kündigungsrechte nur dann, wenn die versicherte Person - Klägerin zu 2. - keine unverfallbare Anwartschaft nach dem Betriebsrentengesetz hatte. Die GmbH konnte deshalb nicht mehr zu Lasten der Klägerin zu 2. Rechte aus dem Versicherungsvertrag in Anspruch nehmen.

Dass in § 7 Nr. 2 des Gruppenversicherungsvertrages von „Dienstverhältnis“ sowie von „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ die Rede ist, ändert daran nichts. Die - auch an den Interessen des Bezugsberechtigten auszurichtende - Auslegung der Versicherungsbedingungen ergibt, dass auch die Tätigkeit für ein Unternehmen iSv. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG einem Dienstverhältnis gleichsteht (*vgl. BAG 31. Juli 2007 - 3 AZR 446/05 - Rn. 18 ff., DB 2008, 939*).

62

Aus einer etwa einvernehmlichen Beendigung der Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrag ergibt sich ebenfalls nichts zu Lasten der Klägerin zu 2. Der Gruppenversicherungsvertrag diene der betrieblichen Altersversorgung und damit der Absicherung der Versicherten im Alter. Aus diesem Umstand und dem sich daraus ergebenden Zweck des Vertrages (§ 328 Abs. 2 BGB) folgt, dass auch die GmbH und die H Versicherung zusammen die Rechte der Klägerin zu 2. aus dem Versicherungsvertrag nicht einschränken durften.

63

Damit konnte die H Versicherung den Rückkaufswert nicht mit Erfüllungswirkung (§ 362 Abs. 1 BGB) an die GmbH zahlen. Dieser steht vielmehr weiter der Klägerin zu 2. zu.

64

Reinecke

Zwanziger

Schlewing

Oberhofer

Schmidt