



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 387/17

Verkündet am:
1. Oktober 2019
Ginter
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau und V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 24. Oktober 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Das Berufungsurteil wird wie folgt neu gefasst:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 6. Oktober 2016 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 26. August 1946 geborene Kläger war seit dem 1. Januar 1978 bei der Ge. GmbH beschäftigt. Er war seit 1978 Gesellschafter-Geschäftsführer. 1980 wurden H. und 1984 B. zu weiteren Gesellschafter-Geschäftsführern in der Gesellschaft bestellt. In der Zeit vom 8. August 1984 bis zum 19. Juni 1994 hielten die drei Geschäftsführer jeweils

1/6 und insgesamt 50 % der Anteile der Ge. GmbH. Weitere Gesellschafterin war die G. GmbH. Aus Anlass der Geschäftsführertätigkeit erhielt der Kläger am 1. Dezember 1980 eine Versorgungszusage über 30 % seines pensionsfähigen Gehalts, wenn er im Dienst das 60. Lebensjahr erlebe und danach aus dem Dienst der GmbH ausscheide. Die Versorgungszusage wurde durch Vereinbarung vom 1. Dezember 1994 auf das pensionsfähige Gehalt von 14.000 DM, das der Kläger bereits seit dem 1. Januar 1992 bezog, eingefroren. Im Juli 2015 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Ge. GmbH eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt waren der Kläger, H. und B. immer noch Geschäftsführer der Ge. GmbH. Die Beteiligungsquoten der drei Geschäftsführer an der Ge. GmbH schwankten und lagen in der übrigen Zeit teilweise unter, teilweise über 50 %.

2

Im November 2015 setzte der Beklagte ausgehend von einer eigenen Leistungsquote von 100 % und einen Gesamtrentenanspruch des Klägers in Höhe von 1.763,96 € zu dessen Gunsten rückwirkend ab dem 1. Mai 2015 eine monatliche Rente in Höhe von 711,39 € fest, die seitdem monatlich an den Kläger ausbezahlt wird. Hierbei wurde ausgehend von einer Gesamtbeschäftigungsdauer von 12.631 Tagen für die Zeiträume vom 20. Juni 1994 bis zum 14. Dezember 1994 und vom 20. Januar 1995 bis zum 1. Juli 2015, insgesamt 7.537 Tage, kein Insolvenzschutz gewährt, da der Kläger insoweit gemeinsam mit den beiden anderen Gesellschafter-Geschäftsführern mehr als 50 % der Geschäftsanteile der Insolvenzschuldnerin gehalten habe. Laut Insolvenzplan sollte der Kläger auf die von ihm in vollem Umfang angemeldeten Betriebsrentenansprüche eine feste Quote von 8 % erhalten. Der Kläger hat einen monatlichen Rentenanspruch in Höhe von 2.147,43 € ab Mai 2015 abzüglich der an ihn bereits gezahlten Beträge geltend gemacht.

3 Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der weitergehenden
Klage verurteilt, an den Kläger eine monatliche Rente in Höhe von 503,79 € ab
dem 1. August 2016 zu zahlen.

4 Die vom Kläger hiergegen eingelegte Berufung ist teilweise erfolgreich
gewesen. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und
den Beklagten verurteilt, an den Kläger 8.783,13 € brutto nebst Zinsen sowie ab
dem 1. Dezember 2016 monatlich 1.241,50 € brutto abzüglich der für die Mona-
te Dezember 2016 bis einschließlich September 2017 jeweils monatlich bereits
geleisteten 779,23 € zu zahlen. Die weitergehende Berufung ist zurückgewie-
sen worden.

5 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der
Beklagte seinen Berufungszurückweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg.

7 I. Das Berufungsgericht hat - soweit für die Revision von Bedeutung -
ausgeführt, dass dem Kläger als Versorgungsempfänger Insolvenzschutz
gemäß § 7 Abs. 1 BetrAVG für die Beschäftigungszeiten zustehe, in denen er
zusammen mit den Mitgeschäftsführern weniger als 50 % der Geschäftsantei-
le der Ge. GmbH gehalten habe. Für die Zeit vom 8. August 1984 bis
zum 19. Juni 1994 hätten die drei Geschäftsführer der Ge. GmbH zu-
sammen genau 50 % der Geschäftsanteile an der GmbH gehalten. Hier stehe
dem Kläger der Insolvenzschutz des § 7 Abs. 1 BetrAVG zu. Der Kläger habe

mit 1/6 eine nicht unbedeutende Beteiligung an der GmbH gehalten. Der Kläger habe jedoch nicht für ein "eigenes" Unternehmen Arbeiten geleistet. Er sei Minderheitsgesellschafter und auch unter Zusammenrechnung der Gesellschaftsanteile der Mitgesellschafter seien diese Minderheitsgesellschafter. Sie hätten keinen bestimmenden Einfluss auf die Dispositionen der Ge. GmbH nehmen können. Die Mitgesellschafterin G. GmbH habe mit einem weiteren der Geschäftsführer die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung gehabt und Beschlüsse fassen können. Der Kläger habe deshalb aufgrund seines Geschäftsanteils keine Leitungsmacht im Unternehmen gehabt. Hier- von ausgehend errechnet das Berufungsgericht sodann einen Rentenanspruch in insolvenzrechtlich geschützter Höhe von monatlich 1.437,07 € ab Mai 2015.

8 II. Die Revision ist begründet. Die Parteien streiten im Revisionsverfahren alleine über die rechtliche Einordnung der Beschäftigungszeit des Klägers in der Zeit vom 8. August 1984 bis zum 19. Juni 1994 in der der Kläger neben zwei weiteren Gesellschafter-Geschäftsführern zu je 1/6 und zusammen zu 50 % an der Ge. GmbH beteiligt war.

9 Der rechtlichen Nachprüfung nicht stand hält die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger könne sich auf den Schutz des § 7 BetrAVG berufen, weil nach § 17 BetrAVG dieses Gesetz auf ihn persönlich Anwendung finde.

10 Die persönliche Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes ist in § 17 BetrAVG geregelt. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG sind Arbeitnehmer im Sinne der §§ 1-16 BetrAVG Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Die §§ 1-16 BetrAVG gelten nach Satz 2 der Vorschrift entsprechend für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind.

- 11 1. Im Gegensatz zur Auffassung der Revisionserwiderung hat das Berufungsgericht den Kläger zu Recht nicht als Arbeitnehmer im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG angesehen. Der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ist kein Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne und unterfällt daher nicht § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG (BGH, Urteil vom 24. Juni 2015 - IV ZR 411/13, NJW-RR 2015, 1445 Rn. 29; Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 237/03, WM 2005, 1754).
- 12 2. Nicht tragfähig ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Kläger in der Zeit vom 8. August 1984 bis zum 19. Juni 1994 als von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG erfasste Person anzusehen sei. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Kläger in dieser Zeit als eine arbeitnehmerähnliche Person angesehen.
- 13 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 28. April 1980 - II ZR 254/78, BGHZ 77, 94, 97 ff.) ist der weite Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nach Sinn und Zweck des Gesetzes einschränkend auszulegen. Versorgungsberechtigte sind insoweit von der Geltung des Betriebsrentengesetzes ausgenommen, als ihre Ansprüche auf Dienstleistungen beruhen, die sie bei natürlicher Betrachtung für das eigene Unternehmen, sei es auch gegenüber einem formal-rechtlich selbständigen Unternehmensträger, erbracht haben. Dies trifft auf solche Personen zu, die sowohl vermögens- als auch einflussmäßig mit dem Unternehmen, für das sie arbeiten, so sehr verbunden sind, dass sie es als ihr eigenes betrachten können und deshalb unter dem Gesichtspunkt die Pensionssicherung dem Inhaber eines Einzelunternehmens gleichzustellen sind. Dazu gehört bei Kapitalgesellschaften in erster Linie der Alleingesellschafter, der sich als Unternehmensleiter eine Versorgungszusage selbst gegeben oder sonst wie verschafft hat. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass ein solcher Gesellschafter wegen einer Tätigkeit für das wirtschaftliche ihm allein gehörenden Unternehmen keine durch das Betriebsrentengesetz

besonders gesicherte und damit insolvenzfeste Versorgungsrente erwarten kann.

14 Dies gilt auch für Mehrheitsgesellschafter, denn auch bei diesen überwiegt die auf der hohen Kapitalbeteiligung in Verbindung mit einer entsprechenden Leitungsmacht beruhende Unternehmerstellung die dienstvertragliche Einkleidung seiner Unternehmertätigkeit noch so eindeutig, dass der Charakter von Versorgungsbezügen als Unternehmerlohn gegenüber ihrer rechtlichen Eigenschaft als Betriebsrente ganz in den Vordergrund tritt und den Vergleich mit den gesetzlich nicht gesicherten Einnahmen eines Einzelkaufmanns nahelegt.

15 Dagegen bietet das Gesetz keine ausreichende Handhabe, einem Minderheitsgesellschafter, der sich durch seine Tätigkeit für das Gesellschaftsunternehmen eine Pensionsberechtigung verdient hat, alleine wegen seiner Beteiligung die Vorteile des Betriebsrentengesetzes zu versagen. Eine Minderheitsbeteiligung vermittelt dem Inhaber vermögens- und einflussmäßig im Allgemeinen noch keine so überragende Stellung, dass er das Unternehmen, für das er arbeitet, als sein eigenes betrachten wird. Zwar kann ein Minderheitsgesellschafter vor allem als Mitglied des Vertretungsorgans die Geschicke der Gesellschaft mitbestimmen. Das kann jedoch auch auf echte Arbeitnehmer zutreffen und bildet für sich alleine kein Merkmal unternehmerischer Betätigung. Erst wenn eine beherrschende, auf einem genügend hohen Vermögenseinsatz beruhende mitgliedschaftliche Stellung hinzukommt, lässt es sich vom Zweck des Betriebsrentengesetzes her rechtfertigen, einen geschäftsführenden Gesellschafter verantwortungs- und risikomäßig für einen Unternehmer zu betrachten, der vom Genuss einer Pensionssicherung ausgeschlossen bleibt.

16 b) Es sind auch solche Personen vom Schutz des Betriebsrentengesetzes ausgenommen, die zwar nicht selbst die Mehrheit der Geschäftsanteile an

einem Unternehmen halten, diese aber zusammen mit anderen zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftern erreichen, jedenfalls dann, wenn die jeweiligen Beteiligungen nicht gänzlich unbedeutend sind. GmbH-Geschäftsführer mit jeweils 50 % der Geschäftsanteile sind zwar nicht in der Lage, wie ein Mehrheitsgesellschafter alleine auf die Dispositionen der Gesellschaft einzuwirken; gleichwohl vertreten sie zusammengefasst das gesamte Kapital. Ihre Entscheidungsbefugnisse sind freilich infolge der gleich hohen Beteiligung des jeweils anderen Gesellschafters diesem gegenüber eingeschränkt. Daraus folgt ein Zwang zu Kompromissen im Entscheidungsprozess, der aber in der Regel in der Wirtschaft bei gleich gearteten Interessen beider Gesellschafter am finanziellen Erfolg des Unternehmens kein unüberwindbares Hindernis sein wird, wenn es gilt, hinsichtlich der Geschäftsleitung zu einer Übereinstimmung zu gelangen (BGH, Urteil vom 9. Juni 1980 - II ZR 255/78, BGHZ 77, 233, 240 ff.).

- 17 Dies gilt auch für den Fall, dass zwei oder mehrere geschäftsführungsbefugte Gesellschafter bei Zusammenfassung ihrer jeweils unter 50 % liegenden Beteiligungen die Mehrheit bilden (BGH, Urteil vom 9. Juni 1980 - II ZR 255/78, BGHZ 77, 233, 242 ff.). Bei ihnen trägt die Tatsache, dass sie zusammen die Geschicke eines Unternehmens bestimmen können, dessen Gewinn- und Verlustrisiko sie infolge ihrer kapitalmäßigen Bindung überwiegend tragen, noch so stark den Charakter ihrer Tätigkeit, dass sie nach der Verkehrsanschauung als typische Mitunternehmer anzusehen sind, die ihr eigenes Unternehmen leiten und deshalb nicht als Lohn- und Versorgungsempfänger aufgrund von Dienstleistungen für ein fremdes Unternehmen im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG gelten. Das Merkmal einer durch den hohen Kapitalbesitz verbundenen Leitungsmacht ist bereits dadurch erfüllt, dass im Allgemeinen Gesellschafter-Geschäftsführer, die zusammen über die Mehrheit verfügen, der Gesellschaft ihren Willen aufzwingen können und vielfach auch müssen, wenn notwendige Entscheidungen anstehen.

- 18 An diesen Grundsätzen hat der Bundesgerichtshof in weiteren Entscheidungen festgehalten (BGH, Urteil vom 9. März 1981 - II ZR 171/79, ZIP 1981, 898; Urteil vom 16. März 1981 - II ZR 222/79, NJW 1981, 2410; Urteil vom 28. Januar 1991 - II ZR 29/90, NJW-RR 1991, 746; Urteil vom 2. Juni 1997 - II ZR 181/96, NJW 1997, 2882; Urteil vom 25. September 1998 - II ZR 259/88, BGHZ 108, 330, 333; Urteil vom 1. Februar 1999 - II ZR 276/97, DStR 1999, 511, 512; Urteil vom 24. Juli 2003 - IX ZR 143/02, ZIP 2003, 1662 f.; Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 237/03, NJW-RR 2005, 1621 Rn. 15; Beschluss vom 15. Oktober 2007 - II ZR 236/06, ZIP 2008, 267 Rn. 3; Urteil vom 24. Juni 2015 - IV ZR 411/13, NJW-RR 2015, 1445 Rn. 29).
- 19 c) Den Angriffen der Revision nicht stand hält die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beteiligung von mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern mit einer jeweils nicht unbedeutenden Kapitalbeteiligung und zusammen mit genau 50 % der Geschäftsanteile stelle keine hinreichende Leitungsmacht dar, um diese vom Schutz des Betriebsrentengesetzes auszunehmen.
- 20 aa) Die Frage, ob eine 50 %ige Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH bzw. eine solche Beteiligung unter Zusammenrechnung von den Anteilen mehrerer Gesellschafter-Geschäftsführer § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG unterfällt, ist in der Literatur umstritten (für einen Schutz nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG: Rolfs in Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 7. Aufl., § 17 Rn. 89; Huber in Kisters-Kölkes/Berenz/Huber/Betz-Rehme, BetrAVG, 8. Aufl., § 17 Rn. 6; Cisch in MünchHdbArbR, 4. Aufl., Bd. II, § 202 Rn. 50; Diller in Schlewing/Henssler/Schipp/Schnitker, Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 4 B Rn. 52; Schmidt-Diemitz, DB 1985, 1573; Pesch, ZIP 1982, 135, 138; a.A. Witt in Gehrlein/Witt/Vollmer, GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl., 5. Kap. Rn. 59; Steinmeyer in ErfK zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., § 17 BetrAVG Rn. 9; Brandes, Betriebliche Altersversorgung 1990, 12, 14;

Everhardt, BB 1981, 681, 684; Höfer/Abt, DB 1985, 2185; Schneider/Hohenstatt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 35 Rn. 385; Höfer in Höfer/Groot-Küpper/Reich, BetrAVG, Bd. I, 22. Ergänzungslieferung März 2018, § 17 BetrAVG Rn. 87; Jaeger/Steinbrück in MünchKommGmbHG, 3. Aufl., § 35 Rn. 341; Paefgen in Ulmer, GmbHG, 2. Aufl., § 35 Rn. 272; siehe auch Griebeling EWiR 1997, 825 f.).

21 bb) Diese vom Bundesgerichtshof bislang offen gelassene Frage ist dahin zu beantworten, dass in einer solchen Konstellation der Gesellschafter-Geschäftsführer keine arbeitnehmerähnliche Person ist und nicht dem Schutz des Betriebsrentengesetzes unterfällt.

22 (1) Das Betriebsrentengesetz ist nach Entstehungsgeschichte und Zweck wesentlich auf das Leitbild eines wirtschaftlich abhängigen und deshalb besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmers ausgerichtet, so dass § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG einschränkend dahin auszulegen ist, dass es nicht für Personen gilt, die sowohl vermögens- wie einflussmäßig mit dem Unternehmen, für das sie arbeiten, so stark verbunden sind, dass sie es wirtschaftlich als ihr eigenes betrachten können, und zwar gleichgültig, wie ihr Dienstverhältnis steuer- oder sozialversicherungsrechtlich zu beurteilen sein mag (BGH, Urteil vom 25. September 1989 - II ZR 259/88, BGHZ 108, 330, 333). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte mit § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG dem Umstand Rechnung getragen werden, dass vielfach auch Mitglieder von Geschäftsorganen aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen betriebliche Altersversorgungszusagen erhalten, auf deren inhaltliche Ausgestaltung sie - wie Arbeitnehmer - wegen der regelmäßig stärkeren Position ihres Vertragspartners keinen oder nur geringen Einfluss nehmen können (Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/1281 S. 30 zu § 7 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG-E). Es sollten daher nur diejenigen den Schutz des Betriebsrentengesetzes bekommen, die wie Arbeitnehmer keinen Einfluss auf ihre Ausgestaltung der Versorgungszusagen hätten.

- 23 (2) Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nicht entnommen werden, dass die genau 50 %ige Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH nicht vom Schutz des Betriebsrentengesetzes ausgenommen ist (vgl. auch dazu Brandes, Betriebliche Altersversorgung 1990, 12, 14; Höfer/Abt, DB 1985, 2185; Schmidt-Diemitz, DB 1985, 1573). So hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 28. April 1980 (II ZR 254/78, BGHZ 77, 94, 103) die Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers nur mit weniger als 50 % als vom Betriebsrentengesetz erfasst angesehen. Der Bundesgerichtshof hat für den zu 50 % beteiligten Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, dem Gesamtprokura erteilt war, die Mitunternehmereigenschaft verneint (BGH, Urteil vom 1. Februar 1999 - II ZR 276/97, DStR 1999, 511, 512). Er hat aber offengelassen, ob die 50 %ige Beteiligung alleine schon ausreicht, um ihn als Unternehmer anzusehen, und hat entscheidend darauf abgestellt, dass er aufgrund seiner besonderen Situation nicht in der Lage war, den Widerruf seiner Prokura zu verhindern und er aufgrund seiner Gesamtprokura auch nicht einzeln und alleine handeln konnte.
- 24 Vom Erfordernis einer Mehrheit in der Gesellschafterversammlung hat der Bundesgerichtshof auch eine Ausnahme für den Fall gemacht, dass zwar keine kapitalmäßige Beteiligung über 50 % vorlag, aber besonders wichtige Entscheidungen einer Zustimmung des Geschäftsleiters der Aktiengesellschaft bedurften (BGH, Urteil vom 16. März 1981 - II ZR 222/79, NJW 1981, 2410).
- 25 (3) Entscheidend ist, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH mit einer 50 %igen kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung blockieren können. Dies reicht aus, um eine hinreichende Leitungsmacht im Unternehmen anzunehmen, so dass der Gesellschafter-Geschäftsführer für das Unternehmen nicht als fremdes, sondern als sein eigenes tätig wird, weil er eine deutlich einflussreichere Stellung im Unternehmen hat, als ein Arbeitnehmer (vgl. BGH, Urteil vom

1. Februar 1999 - II ZR 276/97, DStR 1999, 511, 512; Brandes, Betriebliche Altersversorgung 1990, 12, 14).

26 Aufgrund dieser Sperrminorität können die Gesellschafter-Geschäftsführer ihre Vertretungsmacht für die Gesellschaft unbehelligt von Weisungen der Gesellschafter ausführen, sie können nicht gegen ihren Willen als Geschäftsführer abberufen werden und negative Veränderungen ihrer Versorgungszusagen verhindern.

27 (4) Diese Auslegung steht auch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeits- und des Bundessozialgerichts.

28 Das Bundesarbeitsgericht stellt für die Feststellungen der Arbeitnehmer-eigenschaft eines Gesellschafters einer GmbH darauf ab, ob ein Minderheits-gesellschafter eine Sperrminorität in der Gesellschaft hat, da er sich dann von einem Arbeitnehmer unterscheidet und diesem nicht gleichgestellt werden kann. Dem Gesellschafter ist es nämlich dann möglich, ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit abzuwehren, so dass ihm die das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis wesentlich kennzeichnende persönliche Abhängigkeit fehle (BAG, NJW 2015, 572, 574; DStR 1998, 1645).

29 Für die Frage der Abgrenzung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung von einer selbständigen Unternehmertätigkeit stellt das Bundessozialgericht darauf ab, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer eine Sperrminorität hat, die es ihm ermöglicht, ihm nicht genehme Weisungen jederzeit abzuwenden (BSG, DStR 2013, 770, Rn. 25; Urteil vom 30. April 2013 - B 12 KR 19/11 R, juris Rn. 16; Urteil vom 3. April 2014 - B 2 U 26/12 R, juris Rn. 16).

30 d) Der Kläger unterfällt danach nicht dem Schutzbereich des Betriebsrentengesetzes nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG.

- 31 aa) Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass der Kläger zwar mit 1/6 Minderheitsgesellschafter ist, seinem Gesellschaftsanteil jedoch die Mitgesellschaftsanteile der beiden Mitgesellschaftler-Geschäftsführer zuzurechnen sind, da insoweit von einer gleichgerichteten Interessenlage auszugehen ist, was die Führung des Unternehmens angeht. Weder die Revision noch die Revisionserwiderung erheben hierzu Rügen. Die Geschäftsführer halten zusammen 50 % der Geschäftsanteile.
- 32 bb) Der Kläger hält auch nicht nur eine ganz unwesentliche Beteiligung. Diese Feststellung des Berufungsgerichts begegnet keinen rechtlichen Bedenken und wird auch von der Revisionserwiderung nicht angegriffen. Üblicherweise wird diese Schwelle bei einem Geschäftsanteil von mehr als 10 % überschritten, wenngleich der Bundesgerichtshof offengelassen hat, ob an dieser Schwelle festzuhalten ist (BGH, Urteil vom 2. Juni 1997 - II ZR 181/96, ZIP 1997, 1351; Urteil vom 2. April 1990 - II ZR 156/89, NJW-RR 1990, 800 f.) und auch jetzt keine Veranlassung zu einer weiteren Klärung dieser Frage besteht.
- 33 cc) Nicht tragfähig ist die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Einbeziehung des Klägers in den Schutz des Betriebsrentengesetzes deswegen gerechtfertigt sei, da einer der Gesellschafter-Geschäftsführer mit der Mitgesellschafterin E. GmbH eine Mehrheit habe organisieren können und er deshalb keine hinreichende Leitungsmacht in der Gesellschaft gehabt habe. Dies widerspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 16. März 1981 - II ZR 222/79, NJW 1981, 2410; Urteil vom 9. März 1981 - II ZR 171/79, ZIP 1981, 898), von der abzuweichen in diesem Fall kein Grund ersichtlich ist. In beiden Fällen wäre es einem Geschäftsführer möglich gewesen, mit weiteren Gesellschaftern eine Mehrheit gegen den Minderheitsgesellschafter zu bilden. Der Senat hat darauf abgestellt, dass es gleichgültig ist, wie sich im Einzelfall tatsächlich die Gesellschafter-Geschäftsführer verhalten und ob sie von der Möglichkeit, gemeinsam Leitungsmacht auszuüben, Gebrauch

machen (BGH, Urteil vom 9. Juni 1980 - II ZR 255/78, BGHZ 77, 233, 242 f.; Brandes, Betriebliche Altersversorgung 1990, 12, 13; kritisch dazu Goette, ZIP 1997, 1317, 1320 ff.).

- 34 III. Das Berufungsurteil ist damit insoweit aufzuheben, als es zum Nachteil des Beklagten die landgerichtliche Verurteilung abgeändert hat. Der Senat kann selbst entscheiden, da die Sache zur Entscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 06.10.2016 - 24 O 159/16 -

OLG Köln, Entscheidung vom 24.10.2017 - 14 U 12/16 -