

Bundesarbeitsgericht
Dritter Senat

Urteil vom 20. September 2016
- 3 AZR 77/15 -
ECLI:DE:BAG:2016:200916.U.3AZR77.15.0

I. Arbeitsgericht Freiburg
- Kammern Villingen-Schwenningen -

Teil-Urteil vom 11. Februar 2014
- 7 Ca 354/13 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg
- Kammern Freiburg -

Vorbehalts-Urteil vom 9. Januar 2015
- 9 Sa 16/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebliche Altersversorgung - Wirksamkeit einer Versorgungszusage - Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats nach § 112 AktG - „Widerruf“ einer Versorgungszusage - Wirksamkeit von Pfandrechtsbestellungen - Insolvenzschutz durch den Pensions-Sicherungs-Verein - Aufrechnung des Insolvenzverwalters - Vorbehaltsurteil

Bestimmungen:

BetrAVG § 7 Abs. 1 Satz 1, § 9 Abs. 2; AktG §§ 30, 111 Abs. 1, §§ 112, 114; InsO §§ 38, 45, 46 Satz 2, §§ 50, 52, 173, 179 Abs. 1, §§ 189, 190; UmwG § 190 Abs. 1, § 197 Satz 1, § 202 Abs. 1 Nr. 1; GmbHG § 46 Nr. 5; BGB § 117 Abs. 1, § 177 Abs. 1, §§ 134, 139, 242, 394 Satz 1; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2, §§ 286, 302, 850 Abs. 1

BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 77/15

9 Sa 16/14

Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. September 2016

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Widerkläger, Berufungsbeklagter, Revisionskläger und
Revisionsbeklagter,

pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und
Revisionskläger,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. September 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht

Dr. Ahrendt und Wemheuer sowie die ehrenamtlichen Richter Lohre und Brunke für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurückweisung der Revision des Klägers das Vorbehaltsurteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 9. Januar 2015 - 9 Sa 16/14 - aufgehoben, soweit es das Teilurteil des Arbeitsgerichts Freiburg - Kammern Villingen-Schwenningen - vom 11. Februar 2014 - 7 Ca 354/13 - teilweise abgeändert und dem Antrag des Klägers auf Feststellung einer Forderung iHv. 2.412.517,01 Euro brutto zur Tabelle stattgegeben hat.

Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Versorgungsansprüche des Klägers sowie über die Verwertung von Pfandrechten zu deren Sicherung. 1

Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem am 1. Mai 2013 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der H AG (im Folgenden Schuldnerin). Der im März 1945 geborene Kläger war langjährig Geschäftsführer der H GmbH, deren einzige Gesellschafterin die H GmbH & Co. KG (im Folgenden H KG) war. Persönlich haftende Gesellschafterin der H KG war die H Verwaltungs-GmbH, deren - zumindest - Mehrheitsgesellschafter der Kläger zunächst war. 2

Die H GmbH hatte dem Kläger in seiner Funktion als Geschäftsführer eine Altersversorgung zugesagt. Grundlage hierfür war zuletzt eine 3

Pensionsvereinbarung vom 30. September 2000 idF des „Nachtrags 1“ vom 5. Oktober 2004 (im Folgenden Pensionsvereinbarung 2004). Nach § 1 Abs. 1 der Pensionsvereinbarung 2004 sollte der Kläger ua. bei Vollendung seines 65. Lebensjahres eine Rente erhalten. Deren Höhe betrug 10 vH des im letzten Kalenderjahr vor Rentenbeginn vom Kläger erzielten Jahresgrundgehalts sowie 2,5 vH seiner Bezüge für jedes nach dem 1. Januar 1988 geleistete volle Jahr der Geschäftsführerbestellung bis höchstens 60 vH der letzten Jahresbezüge. § 6 der Pensionsvereinbarung 2004 sah vor, dass der Kläger bei einem Ausscheiden vor Eintritt eines Versorgungsfalls seine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen behält, wenn die Voraussetzungen „gemäß § 1 des Betriebsrentengesetzes“ erfüllt sind. Die H GmbH schloss für die Pensionsverbindlichkeiten des Klägers eine Rückdeckungsversicherung ab. Die ihr hieraus zustehenden Rechte verpfändete sie im Juli 2004 an den Kläger.

Der Kläger wurde durch Gesellschafterbeschluss vom 4. Dezember 2006 zum 31. Dezember 2006 als Geschäftsführer der H GmbH abberufen. 4

Die Gesellschafterversammlung der H GmbH beschloss die formwechselnde Umwandlung der GmbH in eine Aktiengesellschaft, die Schuldnerin. Dies wurde am 15. Dezember 2006 notariell beurkundet. Nach Nr. 1 des Gesellschafterbeschlusses sollte der Formwechsel im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern bzw. zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft zum 1. Januar 2007 als erfolgt gelten. Im Umwandlungsbeschluss wurde weiter bestimmt, dass der Kläger Mitglied des Aufsichtsrats der Schuldnerin ist. In einer Sitzung des Aufsichtsrats am 17. Januar 2007 wurde der Kläger zu dessen Vorsitzenden gewählt. Der Sohn des Klägers, C H, wurde zum einzelvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied der Schuldnerin bestellt. 5

Am 22. Januar 2007 fasste die Gesellschafterversammlung der H GmbH, vertreten durch den Sohn des Klägers als Geschäftsführer der H Verwaltungs-GmbH, den folgenden Beschluss: 6

- „1) Herr J H ist gemäß gesonderter Vereinbarung mit Wirkung vom 1.1.2007 als Geschäftsführer der H GmbH ausgeschieden und wird unter Beibehaltung

seiner Vergütungsregelung im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses weiterbeschäftigt.

- 2) Die Pensionszusage gemäß (der) zuletzt gültigen Vereinbarung vom 30.9.2000 sowie Nachtrag vom 5.10.2004 wird dahingehend neu gefasst, dass zukünftig auch Arbeitsverdienst aus dem Anstellungsverhältnis als versorgungsberechtigtes Einkommen gilt.

Der mit heutigem Datum zu unterzeichnende Entwurf der überarbeiteten Versorgungszusage wird hiermit durch die Gesellschafterversammlung genehmigt.“

Der Kläger schloss am selben Tag - dem 22. Januar 2007 - mit der „H AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden C H“ einen „Dienstvertrag“ als Vertriebsleiter ab. In diesem heißt es ua.:

„...“

wird folgender geänderter Anstellungsvertrag abgeschlossen:

§ 1

Änderung des Aufgabenbereiches

1.1

Herr J H war bisher als Geschäftsführer der Firma H GmbH tätig. Diese Funktion ist mit Wirkung ab 01.01.2007 durch Umwandlung der Gesellschaft in die H AG entfallen. Herr H wird als Geschäftsführer abberufen und für seine bisherige Tätigkeit entlastet.

1.2

Ab dem Zeitpunkt der Umwandlung wird Herr H als neue Tätigkeit die Gesamtverantwortung für den Bereich Marketing sowie für internationale Vertriebs- und Kundenbetreuung (Schwerpunkt Amerika und Frankreich - bei Bedarf auch weitere Länder) sowie Großkundenbetreuung übertragen. Hierzu gehört die verantwortliche Federführung für Messen, Ausstellungen und sonstige Verkaufs- und Werbeveranstaltungen sowie für den Auftritt und die Darstellung der Gesellschaft nach außen einschließlich der zu Repräsentationszwecken dienenden Räumlichkeiten. ...

Ausgehend von diesem Vertrag nimmt der VL auch seine Tätigkeit als Präsident der Firma H Inc., wahr.

1.3

Der Vertriebsleiter (VL) ist in seiner Funktion dem Vorstand direkt unterstellt.

...

§ 3

Arbeitszeit

Der VL ist verpflichtet, seine gesamte Arbeitskraft für die Firma einzusetzen. Er teilt sich seine Arbeitszeit den Erfordernissen entsprechend ein.

§ 4

Vergütung

1.

Der VL erhält für seine Tätigkeit eine monatliche pauschale Vergütung, ... von € 25.0000,00 die in 13 Teilbeträgen nachschüssig ausbezahlt wird, ...

...

§ 12

Die bisher für den VL als Geschäftsführer bestehende Altersversorgung gem. Vereinbarung vom 30.09.2000 bzw. Nachtrag vom 05.10.2004 wird mit heutigem Datum in Anpassung an diesen Dienstvertrag neu gefasst. Nach Beendigung des Dienstvertrages als Geschäftsführer stellt die Vergütungsregelung nach Maßgabe dieses Vertrages die versorgungsfähige Vergütung von Herrn H nach Maßgabe der Versorgungszusage dar.“

Ebenfalls am 22. Januar 2007 vereinbarten der Kläger und die H 8
GmbH, vertreten durch den Sohn des Klägers als deren Geschäftsführer, eine
„Versorgungszusage aufgrund des Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 22. Januar 2007“. In dieser heißt es ua.:

„In Ergänzung Ihres Anstellungsvertrages vom heutigen Tage sagen wir Ihnen Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu. Diese Versorgungszusage tritt an die Stelle der bisherigen Pensionsvereinbarung vom 30.09.2000 ... in Verbindung mit Nachtrag Nr. 1 vom 05.10.2004.

...

3. Leistungshöhe

3.1 Altersrente

Die monatliche Altersrente beträgt für jedes versorgungsfähige Dienstjahr 3% des versorgungsfähigen Arbeitsverdienstes, maximal jedoch 60% des versorgungsfähigen Arbeitsverdienstes.

...

3.3 Versorgungsfähige Dienstzeit

3.3.1 Ihre versorgungsfähige Dienstzeit beginnt am 01.01.1988 und dauert bis zur Beendigung Ihres Dienstverhältnisses, längstens aber bis zur festen Altersgrenze.

...

3.4 Versorgungsfähiger Arbeitsverdienst

Feststellungszeitraum für den versorgungsfähigen Arbeitsverdienst ist das letzte volle Kalenderjahr innerhalb der versorgungsfähigen Dienstzeit. Versorgungsfähiger Arbeitsverdienst ist ein Zwölftel des mit Ihnen für den Feststellungszeitraum vereinbarten Jahresgrundgehaltes.

Gemäß § 4 des Anstellungsvertrages vom heutigen Tage beläuft sich der versorgungsfähige Arbeitsverdienst aktuell auf 27.083,33 Euro.

3.5 Anpassung der laufenden Versorgungsleistungen

Die laufenden Versorgungsleistungen werden jährlich am 1. Juli um 2,5% angepasst.

...

4.2 Unverfallbarkeit

4.2.1 Endet Ihr Dienstverhältnis ohne Eintritt eines Leistungsfalles, bleibt eine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen aufrechterhalten.

...

4.3 Rückdeckungsversicherung

4.3.1 Wir können mit einem Versicherungsunternehmen einen Vertrag zur Rückdeckung von Versorgungsleistungen abschließen, aus dem wir allein berechtigt und verpflichtet sind (Rückdeckungsversiche-

rung).

...

4.5 Insolvenzversicherung

...

4.5.2 An den gemäß 4.3.1 abgeschlossenen Rückdeckungsversicherungen räumen wir Ihnen gemäß einer gesonderten ‚Verpfändungsvereinbarung‘, die zum Bestandteil dieser Versorgungsregelung wird, Pfandrechte ein.

4.8 Vorbehalte

...

4.8.2 Wir können unsere Verpflichtung aus dieser Versorgungszusage im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen ganz oder teilweise auf ein Versicherungsunternehmen, einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse übertragen.“

Die Umwandlung der H GmbH in eine Aktiengesellschaft - die Schuldnerin - wurde am 27. März 2007 in das Handelsregister eingetragen. 9

Am 1. August 2007 schloss der Kläger mit der Schuldnerin einen Aufhebungsvertrag. Bei dem Vertragsschluss wurde die Schuldnerin von ihrem Vorstandsmitglied C H vertreten. Nach dem Aufhebungsvertrag endete das mit dem Kläger abgeschlossene Anstellungsverhältnis einvernehmlich mit Ablauf des 31. Oktober 2007. In Nr. 4 des Aufhebungsvertrags ist bestimmt, dass das vorzeitige Ausscheiden des Klägers vor Vollendung des 65. Lebensjahres keine Auswirkungen für die Höhe seines Versorgungsanspruchs hat, insbesondere keine zeitanteilige Kürzung vorgenommen wird. Die Höhe der zu zahlenden Rente soll nach Nr. 4 Buchst. c des Aufhebungsvertrags so berechnet werden, als wenn der Kläger zu den letzten Bedingungen seines Anstellungsvertrags bis zum Rentenbeginn weitergearbeitet hätte. 10

Die Schuldnerin schloss mit dem Kläger am 2. Juni 2009 eine Verpfändungs- und Abtretungsvereinbarung. Danach wurden dem Kläger die „bestehenden Depot- und Kontoguthaben“ sowie „alle gegenwärtigen und künftigen 11

Ansprüche“ aus dem bei der D Bank AG bestehenden Depot und dem Depotabwicklungskonto der Schuldnerin verpfändet. Mit Vereinbarung vom 25. März 2010 verpfändete die Schuldnerin dem Kläger ihr bei der DeBank geführtes Depot in seinem jeweiligen Gesamtbestand. Am 26./27. Mai 2010 schlossen die Schuldnerin und der Kläger einen weiteren Verpfändungsvertrag, durch den alle gegenwärtigen und künftigen Fondsanteile einschließlich der Erträgnisscheine auf dem von der Schuldnerin in der Folgezeit eröffneten Depots bei der F GmbH verpfändet wurden. Die drei Verpfändungsvereinbarungen wurden für die Schuldnerin jeweils von einem einzelvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied unterzeichnet. Nach dem Inhalt der drei Verträge erfolgte die Verpfändung jeweils zur Sicherung von Forderungen des Klägers gegen die Schuldnerin aus der Pensionszusage des Klägers, insbesondere aus der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 einschließlich etwaiger Nachträge.

Der dreiköpfige Aufsichtsrat der Schuldnerin fasste am 21. Oktober 2011 einstimmig den Beschluss „rein vorsorglich“ „sämtliche Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen, welche die Mitglieder des Vorstands seit dem 27. März 2007 vorgenommen haben“, zu genehmigen. 12

Die Schuldnerin, die seit etwa Anfang 2013 börsennotiert war, gewährte dem Kläger ab April 2010 eine monatliche Altersrente. Diese belief sich zuletzt auf 17.072,66 Euro brutto. Die letzte Zahlung erfolgte für Januar 2013. Der Kläger meldete nach der Insolvenzeröffnung seine ab Februar 2013 rückständigen und künftigen - kapitalisierten - Ansprüche auf Zahlung einer Altersrente iHv. insgesamt 2.412.517,01 Euro brutto zur Insolvenztabelle an. 13

Der Beklagte bestritt diese Forderungen. Mit Schreiben vom 5. November 2013 widerrief er die Versorgungszusage des Klägers. 14

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stehe eine zur Insolvenztabelle festzustellende Forderung gegen die Schuldnerin auf Gewährung einer Altersrente nach den Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 und 1. August 2007 zu. Die Vereinbarungen seien wirksam. Das Arbeitsverhältnis sei tatsächlich durchgeführt worden, er habe als Vertriebsleiter gearbeitet. Der Widerruf der 15

Versorgungszusage sei unzulässig. Er habe weder pflichtwidrige oder strafbare Handlungen zum Nachteil der Schuldnerin begangen noch seine Überwachungspflichten als Mitglied des Aufsichtsrats verletzt. Dem Beklagten stünden daher auch keine aufrechnungsfähigen Schadensersatzansprüche zu. Er - der Kläger - sei berechtigt, zur Befriedigung seiner Rentenansprüche die ihm von der Schuldnerin eingeräumten Sicherheiten zu verwerten. Die drei Verpfändungsvereinbarungen seien wirksam zustande gekommen. Einer Vertretung der Schuldnerin durch den Aufsichtsrat habe es nicht bedurft. Mit den Verpfändungen sei lediglich Nr. 4.5 der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 vollzogen worden. Zudem seien die Vereinbarungen von seinem Sohn unterschrieben worden, der damals zugleich der gesetzliche Vertreter der einzigen Aktionärin der Schuldnerin gewesen sei. Zumindest habe der Aufsichtsrat die Verpfändungen durch Beschluss vom 21. Oktober 2011 nachträglich genehmigt.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Interesse - zuletzt sinngemäß beantragt,

16

1. den Beklagten zu verurteilen, der Verwertung der nachfolgend genannten Depotguthaben der Firma H AG zuzustimmen:
 - bei der D Bank AG Depot mit der Nummer 142023731383 und Depot-Abwicklungskonto mit der Nummer 142023731303
 - bei der DeBank Depot mit der Nummer 0191359611
 - bei der F GmbH mit der Fondsdepotnummer 411709659und zwar in Höhe eines Betrags von 277.615,58 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2014 sowie iHv. monatlich nachfolgend ab Juni 2014 bis zum Lebensende des Klägers je 17.499,48 Euro zuzüglich 2,5 % Erhöhung auf diesen Betrag jeweils ab 1. Juli eines jeden Jahres, beginnend ab 1. Juli 2014;
2. seine Forderung iHv. 2.412.517,01 Euro zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der H AG, Amtsgericht Villingen-

Schwenningen zu laufender Nummer 259 festzustellen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, dem Kläger stünden keine Versorgungsansprüche zu. Die Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 seien unwirksam. Vertragspartnerin des „Dienstvertrags“ habe die Schuldnerin sein sollen. Da diese bei Vertragsschluss bereits als „Vor-AG“ bestanden habe, hätte der Vertrag nach § 112 AktG durch den Aufsichtsrat der Schuldnerin abgeschlossen werden müssen. Zudem handele es sich um ein Scheingeschäft iSd. § 117 Abs. 1 BGB. Auch verstoße der Vertrag gegen § 114 AktG. Jedenfalls sei die Berufung des Klägers auf seine Versorgungszusage rechtsmissbräuchlich. Der Kläger habe schwerwiegende Pflichtverletzungen zum Nachteil der Schuldnerin begangen; dieser stünden daher Schadensersatzansprüche gegen den Kläger zu, mit denen der Beklagte hilfsweise die Aufrechnung erklärt hat. Der Kläger habe seine Überwachungspflichten als Mitglied des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 1 AktG verletzt und der Schuldnerin damit einen Schaden iHv. etwa sechs Mio. Euro zugefügt. Der Vorstand der Schuldnerin habe in den Bilanzen für die Geschäftsjahre 2011 und 2012 die Vermögens- und Ertragslage der Schuldnerin bewusst unzutreffend dargestellt. Hierbei habe der Kläger aktiv mitgewirkt, zumindest bei der Manipulation der Zwischenbilanz zum 30. Juni 2012 sei er beteiligt gewesen. Jedenfalls habe er von den Vorgängen Kenntnis gehabt. Darüber hinaus habe der Kläger in den Jahren 2007 bis 2010 entgegen §§ 57, 58 AktG verdeckte Gewinnausschüttungen erhalten. Privatausgaben des Klägers seien von der Beklagten beglichen und zu Unrecht als Betriebsausgaben der Schuldnerin deklariert worden. Zudem sei der Kläger an einem Subventionsbetrug beteiligt gewesen.

17

Der Kläger sei auch nicht berechtigt, die an ihn verpfändeten Sicherheiten zu verwerten. Die Verpfändungen seien wegen Verstoßes gegen § 112 AktG unwirksam. Eine nachträgliche Genehmigung durch den Aufsichtsrat

18

komme nicht in Betracht. Auch sei der Beschluss des Aufsichtsrats vom 21. Oktober 2011 unwirksam.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen, „soweit der Kläger seine Ansprüche aus dem Dienstvertrag zwischen ihm und der H AG (Schuldnerin) und aus der zwischen ihm und der H GmbH geschlossenen Versorgungszusage jeweils mit Datum vom 22. Januar 2007 herleitet“. Soweit der Kläger mit seiner Klage in der ersten Instanz hilfsweise auch die Feststellung von Versorgungsansprüchen aus der Pensionsvereinbarung 2004 zur Insolvenztabelle sowie die Verwertung seiner Pfandrechte zur Befriedigung derselben begehrt hatte, hat das Arbeitsgericht durch rechtskräftigen Beschluss den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht ein Vorbehaltsurteil erlassen, mit dem es das erstinstanzliche Teilurteil teilweise abgeändert und dem Klageantrag zu 2. - soweit für die Revision von Bedeutung - stattgegeben hat; ferner hat es ausgesprochen, dass dem Beklagten die Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen aus Forderungen aus der Tätigkeit des Klägers als Aufsichtsratsvorsitzender vorbehalten bleibt.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Klageabweisung. Der Kläger verfolgt mit der Revision seinen Klageantrag zu 1. weiter.

Entscheidungsgründe

Während die Revision des Beklagten Erfolg hat, bleibt die Revision des Klägers erfolglos.

A. Die Revisionen der Parteien gegen das Vorbehaltsurteil sind nach § 72 Abs. 1 ArbGG statthaft. Nach § 302 Abs. 3 ZPO ist das Urteil, das unter Vorbe-

halt der Entscheidung über die Aufrechnung ergeht, in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen.

B. Streitgegenstand des Verfahrens sind in der Hauptsache Ansprüche, die der Kläger auf die Versorgungszusage und den Dienstvertrag vom 22. Januar 2007 sowie den Aufhebungsvertrag vom 1. August 2007 und deren Absicherung durch Pfandrechte stützt. Hilfsweise für den Fall, dass die Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 und 1. August 2007 unwirksam sein sollten, macht der Kläger Ansprüche aufgrund der Pensionsvereinbarung aus dem Jahre 2004 und deren Absicherung durch Pfandrechte geltend. Nur hinsichtlich dieses hilfsweise angebrachten Streitgegenstands hat das Arbeitsgericht den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen. Der Beschluss soll nur Wirkung entfalten, soweit der Hilfsantrag tatsächlich zur Entscheidung anfällt. 23

C. Die Revision des Beklagten ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung konnte dem als Klageantrag zu 2. angebrachten Antrag des Klägers auf Feststellung einer Forderung zur Insolvenztabelle iHv. 2.446.517,01 Euro - vorbehaltlich der vom Beklagten erklärten Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen - nicht stattgegeben werden. Ob der Antrag begründet ist, kann der Senat mangels erforderlicher Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Daher war die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). 24

I. Der Feststellungsantrag ist zulässig, insbesondere besteht das für den Antrag iSv. §§ 38, 179 Abs. 1 InsO nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Dies ergibt sich aus § 189 InsO. Die bestrittenen Forderungen werden bei der Verteilung nur berücksichtigt, wenn der Gläubiger rechtzeitig nachweist, dass er die Feststellung betreibt (§ 189 Abs. 1 und Abs. 3 InsO; vgl. BAG 27. März 2014 - 6 AZR 204/12 - Rn. 13, BAGE 147, 373). 25

II. Ob der Feststellungsantrag vorbehaltlich der vom Beklagten erklärten Aufrechnung begründet ist, kann der Senat auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen. 26

1. Der Antrag des Klägers auf Feststellung rückständiger und künftiger kapitalisierter Altersrente ist nicht bereits deshalb erfolglos, weil der Kläger im vorliegenden Verfahren gleichzeitig auch noch sein Verwertungsrecht iSd. §§ 50, 173 InsO zur Befriedigung seiner Ansprüche auf Altersrente gegen den Beklagten verfolgt. Nach § 52 Satz 1 InsO sind Gläubiger, die abgesonderte Befriedigung beanspruchen können, auch Insolvenzgläubiger, wenn und soweit ihnen der Schuldner auch persönlich haftet. Wenn § 52 Satz 2 InsO vorsieht, dass sie zur anteilmäßigen Befriedigung aus der Insolvenzmasse nur berechtigt sind, soweit sie auf eine abgesonderte Befriedigung verzichten oder bei ihr ausgefallen sind, hat dies nicht zur Folge, dass sie ihre Forderung nicht im vollem Umfang gerichtlich feststellen lassen könnten. Vielmehr zeigt § 190 InsO, dass sich die Ausfallhaftung nach § 52 InsO erst bei der Verteilung der Insolvenzmasse an die Insolvenzgläubiger, nicht jedoch im Anmeldeverfahren auswirkt. 27

2. Der Klageantrag zu 2. ist auch nicht bereits deswegen unbegründet, weil die Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 und der Aufhebungsvertrag vom 1. August 2007, auf die der Kläger seinen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung einer Altersrente stützt, die Schuldnerin nicht binden würden. Sowohl die Versorgungszusage als auch der Dienstvertrag vom 22. Januar 2007 sind wirksam mit der H GmbH zustande gekommen. Nach der für die Wirksamkeit des Rechtsformwechsels notwendigen Eintragung der formwechselnden Umwandlung der H GmbH in eine Aktiengesellschaft in das Handelsregister galten diese Vereinbarungen daher nach § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG mit der Schuldnerin weiter. Auch die Wirksamkeit des zwischen dem Kläger und der Schuldnerin geschlossenen Aufhebungsvertrags vom 1. August 2007 begegnet keinen Bedenken. 28

a) Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Versorgungszusage und der Dienstvertrag am 22. Januar 2007 einheitlich zwischen dem Kläger und der H GmbH vereinbart wurden. 29

aa) Das Landesarbeitsgericht hat - zusammengefasst - angenommen, die Auslegung des Dienstvertrags vom 22. Januar 2007 mit der H „AG“ ergebe, dass vertragsschließende Partei die H GmbH gewesen sei. Der Gesellschafterbeschluss der H GmbH vom selben Tag zeige, dass der Kläger nach seiner Abberufung als Geschäftsführer zum 31. Dezember 2006 ab dem 1. Januar 2007 im Rahmen eines Anstellungsvertrags weiterbeschäftigt werden sollte. Zwar habe der Kläger am selben Tag lediglich einen schriftlichen Vertrag mit der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht existierenden Schuldnerin unterzeichnet. Die systematische Zusammenschau der Regelungen in § 1 Nr. 1.1 und 1.2 des Dienstvertrags lasse jedoch erkennen, dass der Dienstvertrag bereits auf eine Tätigkeit des Klägers im Anstellungsverhältnis ab dem 1. Januar 2007 gerichtet gewesen sei. Die Bezeichnung des Arbeitgebers als H „AG“ erkläre sich daraus, dass nach den Vorgaben des Umwandlungsbeschlusses die Umwandlung bereits rückwirkend zum 1. Januar 2007 Wirkung zeitigen sollte. Maßgebend für die Auslegung des Vertrags sei allerdings der tatsächliche Wille der Parteien gewesen, eine Anstellung des nur noch im Rahmen seines gekündigten Geschäftsführerdienstvertrags beschäftigten Klägers ab dem 1. Januar 2007 zu erreichen und damit einen Anstellungsvertrag zwischen dem Kläger und der zu diesem Zeitpunkt existierenden Gesellschaft zu schließen. Vor dem Hintergrund, dass die Schuldnerin im Januar 2007 allenfalls als „Vor-AG“ existierte habe, während die H GmbH handlungsfähig gewesen sei und ihre Gesellschafter die Übernahme des Klägers in ein Anstellungsverhältnis bestätigt hätten, stelle die Bezeichnung des Arbeitgebers im Dienstvertrag vom 22. Januar 2007 lediglich eine auslegungsfähige Falschbezeichnung dar. 30

bb) Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 31

- (1) Bei dem Dienstvertrag vom 22. Januar 2007 handelt es sich um eine individuelle (atypische) Vereinbarung. Die Auslegung nichttypischer, individueller Willenserklärungen durch die Tatsachengerichte ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt, gegen Denk- und Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat (*vgl. nur BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 845/11 - Rn. 19 mwN*). 32
- (2) Derartige Rechtsfehler sind vorliegend nicht gegeben. 33
- (a) Entgegen der Ansicht des Beklagten widerspricht die Annahme des Landesarbeitsgerichts, bei der Bezeichnung der H „AG“ als Vertragspartner des Dienstvertrags vom 22. Januar 2007 handele es sich nur um eine falsche Bezeichnung, Vertragspartner habe die Gesellschaft in ihrer damals existierenden Rechtsform und damit die H GmbH sein sollen, weder gesetzlichen Auslegungsregeln noch verstößt sie gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze oder Denkgesetze. Bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen nach §§ 133, 157 BGB ist der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Ausgangspunkt ist dabei zwar der Wortlaut der Erklärung; allerdings sind auch außerhalb des Erklärungsakts liegende Begleitumstände in die Auslegung einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den eigentlichen Sinngehalt der Erklärung zulassen (*vgl. etwa BAG 12. Juni 2002 - 10 AZR 323/01 - zu II 1 b der Gründe*). Diese Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht bei seiner Auslegung beachtet. Es hat rechtsfehlerfrei angenommen, die Auslegung könne selbst bei nach dem Wortlaut äußerlich eindeutiger Bezeichnung einer bestimmten Partei in einem schriftlichen Vertrag ergeben, dass damit eigentlich jemand anders gemeint sein soll. Seinem Auslegungsergebnis steht deshalb nicht entgegen, dass zwar die Versorgungszusage vom selben Tag ausdrücklich mit der H GmbH geschlossen, beim Dienstvertrag jedoch die Schuldnerin als Vertragspartnerin benannt war. Die Regelungen in § 12 des Dienstvertrags und die Präambel der Versorgungszusage zeigen, dass es sich bei beiden Verträgen um 34

einheitliche Vereinbarungen zwischen dem Kläger und der H GmbH handeln sollte.

- (b) Bei seiner Auslegung hat das Landesarbeitsgericht auch keine wesentlichen Tatsachen unberücksichtigt gelassen. Entgegen der Annahme des Beklagten spricht der Umstand, dass am 22. Januar 2007 der Umwandlungsbeschluss bereits gefasst und der Kläger am 17. Januar 2007 zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats gewählt worden war, nicht gegen das vom Landesarbeitsgericht gefundene Auslegungsergebnis. Die H GmbH sollte im Wege einer formwechselnden Umwandlung iSd. § 190 UmwG in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden. Eine solche Umwandlung zeichnet sich nach § 190 Abs. 1 UmwG gerade dadurch aus, dass die rechtliche und die wirtschaftliche Kontinuität des Rechtsträgers erhalten bleibt (*vgl. etwa BFH 30. September 2003 - III R 6/02 - zu II 2 a der Gründe, BFHE 2003, 553*). Bis zum Wirksamwerden des Formwechsels am 27. März 2007 war die weiter bestehende H GmbH deshalb ein geeigneter Vertragspartner auch für die vertraglichen Vereinbarungen, die die später entstehende Aktiengesellschaft betreffen sollten. Angesichts des unmittelbar bevorstehenden Formwechsels liegt die Annahme nahe, die Vertragsparteien hätten im Vorgriff hierauf die H GmbH im schriftlichen Vertrag lediglich bereits mit ihrer künftigen Rechtsform und mit ihren künftigen Vertretungsverhältnissen bezeichnen wollen. 35
- b) Der Dienstvertrag und die ihn ergänzende Versorgungszusage sind auch wirksam zustande gekommen. 36
- aa) Das wirksame Zustandekommen der Vereinbarungen scheitert nicht an § 112 AktG. 37
- (1) § 112 AktG sieht vor, dass eine Aktiengesellschaft gegenüber dem Vorstand durch den Aufsichtsrat vertreten wird. Die Bestimmung ist bei einer Umwandlung der Rechtsform in eine Aktiengesellschaft vor Eintragung des Rechtsformwechsels im Handelsregister nicht auf die umzuwandelnde GmbH anwendbar, sofern es - wie vorliegend - nicht um Rechtsgeschäfte geht, die die 38

Bestellung und die hierfür erforderlichen vertraglichen Vereinbarungen mit dem Vorstand der Aktiengesellschaft betreffen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 197 Satz 1 UmwG. Danach sind auf den Formwechsel die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden, soweit sich aus den §§ 190 bis 312 UmwG nichts anderes ergibt. Die Bestimmung ordnet eine Geltung der für die neue Rechtsform maßgeblichen Vorschriften nur für den Gründungsprozess an. Bei einem Formwechsel in eine Aktiengesellschaft ist deshalb zwar ein Aufsichtsrat zu bilden. Da diesem - wie § 30 AktG zeigt - jedoch zunächst nur Aufgaben bei der Berufung des neuen Vorstands obliegen, könnte eine Anwendung von § 112 AktG auf die GmbH allenfalls in Bezug auf die für die Bestellung des Vorstands erforderlichen rechtsgeschäftlichen Handlungen in Betracht kommen. Eine weiter gehende Geltung des § 112 AktG für die GmbH wäre mit einer rechtssicheren Abgrenzung der Kompetenzen innerhalb des rechtsformändernden Rechtsträgers nicht zu vereinbaren.

Der Umstand, dass nach dem Umwandlungsbeschluss vom 15. Dezember 2006 zwischen den Gesellschaftern die Aktiengesellschaft als zum 1. Januar 2007 bestehend behandelt werden sollte, ändert hieran im Streitfall nichts. Der Umwandlungsbeschluss betraf nicht die Kompetenzordnung der Gesellschaftsorgane. 39

(2) Es bedarf keiner Entscheidung, ob im Rahmen des Rechtsformwechsels einer GmbH eine von dieser zu unterscheidende Vorgesellschaft der späteren Aktiengesellschaft entsteht (*ablehnend Sächsisches OVG 26. August 2008 - 3 B 7/08 -; bejahend Semler/Stengel/Bärwaldt UmwG 3. Aufl. § 197 Rn. 53*), auf die § 112 AktG anzuwenden wäre. Die Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 waren gerade nicht mit einer etwaigen Vorgesellschaft der Schuldnerin abgeschlossen worden. Vertragspartner war vielmehr die H GmbH. 40

bb) Entgegen der Annahme des Beklagten sind die vertraglichen Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 auch nicht wegen Umgehung zwingender aktienrechtlicher Bestimmungen nach § 134 BGB unwirksam. Der Abschluss des 41

Dienstvertrags und der Versorgungszusage durch die H GmbH unterlag nicht den Vorgaben des Aktiengesetzes. Deshalb kommt eine vom Beklagten angenommene „Umgehung“ aktienrechtlicher Regelungen nicht in Betracht.

cc) § 46 Nr. 5 GmbHG steht dem wirksamen Zustandekommen des Dienstvertrags und der Versorgungszusage ebenfalls nicht entgegen. 42

(1) Nach § 46 Nr. 5 GmbHG unterliegen die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern der Bestimmung durch die Gesellschafter der GmbH. Damit wird die GmbH sowohl beim Abschluss als auch bei einer Änderung eines Geschäftsführerdienstvertrags und einer dem Geschäftsführer erteilten Pensionszusage von der Gesellschafterversammlung vertreten (*vgl. BGH 3. Juli 2000 - II ZR 282/98 - zu 1 a der Gründe; 10. Dezember 1993 - II ZR 217/92 - zu 2 b der Gründe; 25. März 1991 - II ZR 169/90 - zu 5 der Gründe*). 43

(2) Ob die Regelung auch Anwendung findet, wenn - wie vorliegend - der bereits durch Gesellschafterbeschluss abberufene Geschäftsführer im Rahmen eines Anstellungsvertrags bei der GmbH weiterbeschäftigt und dessen zuvor erteilte Pensionszusage neu gefasst wird, musste der Senat nicht entscheiden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, wäre den Vorgaben des § 46 Nr. 5 GmbHG Genüge getan. 44

Die H GmbH wurde beim Abschluss des Dienstvertrags und der Versorgungszusage am 22. Januar 2007 zwar nicht von ihrer Gesellschafterin vertreten. Jedoch hat die Gesellschafterversammlung der H GmbH durch Beschluss vom selben Tag die Weiterbeschäftigung des Klägers ab dem 1. Januar 2007 im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses beschlossen und den Entwurf der überarbeiteten und dem Kläger noch am selben Tag erteilten Versorgungszusage ausdrücklich genehmigt. Damit war der Geschäftsführer der H GmbH zum Abschluss der Versorgungszusage ausdrücklich bevollmächtigt (*vgl. zu dieser Möglichkeit BGH 3. Juli 2000 - II ZR 282/98 - zu 1 a der Gründe*). Ob eine entsprechende Bevollmächtigung auch für den Abschluss des Dienstvertrags durch den Geschäftsführer gegeben war, kann dahinstehen. Selbst 45

wenn - wie vom Beklagten angenommen - der Gesellschafterbeschluss erst nach Abschluss des Dienstvertrags getroffen worden sein sollte, wäre zumindest nachträglich die ggf. nach § 46 Nr. 5 GmbHG erforderliche Zustimmung der Gesellschafter der H GmbH zu diesem Vertrag erteilt und damit ein zunächst vollmachtloses Handeln des Geschäftsführers für die GmbH rückwirkend genehmigt worden (*vgl. zur Zustimmung der Gesellschafterversammlung bei einem Handeln eines alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers BGH 25. März 1991 - II ZR 169/90 - zu 5 der Gründe*). Da die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer sowie die Neuregelung der Rechtsverhältnisse zwischen ihm und der H GmbH in einem einheitlichen Zusammenhang standen und die Gesellschafterversammlung der H GmbH von vornherein in diesen Vorgang einbezogen war, wäre eine nachträgliche Genehmigung des Dienstvertragsabschlusses durch die Gesellschafterversammlung jedenfalls im Streitfall zulässig.

dd) Die Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 sind auch nicht deshalb unwirksam, weil es sich bei dem Dienstvertrag um ein Scheingeschäft iSd. § 117 Abs. 1 BGB handelte. 46

(1) Bei einem Scheingeschäft iSd. § 117 Abs. 1 BGB wollen die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen. In Wirklichkeit sollen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten. Ein Scheingeschäft liegt nicht vor, wenn es zur Herbeiführung des von den Parteien tatsächlich beabsichtigten Erfolgs der wirksamen Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts gerade bedarf (*BAG 26. April 2006 - 7 AZR 366/05 - Rn. 20; 28. Juni 2005 - 1 ABR 25/04 - zu B II 2 b aa der Gründe mwN, BAGE 115, 165*). 47

(2) Das Landesarbeitsgericht ist im Rahmen der ihm als Tatsachengericht obliegenden Würdigung (*vgl. hierzu BAG 18. September 2014 - 6 AZR 145/13 - Rn. 26; BGH 17. Dezember 2002 - XI ZR 290/01 - zu III der Gründe*) rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, bei dem Dienstvertrag vom 22. Januar 2007 48

habe es sich nicht um ein Scheingeschäft gehandelt. Es hat angenommen, für den Kläger sei die weitere Zahlung seiner Vergütung entscheidend gewesen, sodass es ihm gerade darauf ankommen musste, einen rechtswirksamen Vertrag zu schließen.

Die Revision des Beklagten legt keine Einwände dar, die einen Verstoß dieser tatrichterlichen Würdigung des Landesarbeitsgerichts gegen § 286 ZPO erkennen lassen. Auch der Vortrag des Beklagten, der Kläger habe niemals weisungsabhängige Dienste erbringen und die H GmbH diese niemals in Anspruch nehmen wollen, rechtfertigt - als zutreffend unterstellt - kein anderes Ergebnis. Durch den Dienstvertrag vom 22. Januar 2007 sollte ein Arbeitsverhältnis und nicht lediglich ein freies Dienstverhältnis begründet werden. Die vertragsschließenden Parteien haben den Vertrag zwar lediglich mit der Bezeichnung „Dienstvertrag“ überschrieben; nachfolgend ist allerdings ausdrücklich von einem „Anstellungsvertrag“ die Rede. Diese Formulierung lässt den Schluss darauf zu, dass die Parteien einen Arbeitsvertrag vereinbaren wollten. Die Regelung zur „Arbeitszeit“ in § 3 des Vertrags verdeutlicht ebenfalls, dass ein Arbeitsvertrag geschlossen werden sollte. Auch Nr. 3.4 der am selben Tag vereinbarten und in § 12 des Dienstvertrags in Bezug genommenen Versorgungszusage bestätigen dies. Dort wird ausdrücklich auf den in § 4 des „Anstellungsvertrags“ geregelten „Arbeitsverdienst“ Bezug genommen. Haben die Parteien ein Arbeitsverhältnis vereinbart, so ist dieses auch regelmäßig als solches einzuordnen (*vgl. BAG 18. März 2014 - 9 AZR 694/12 - Rn. 19 mwN*). Es ist deshalb unerheblich, ob der Kläger weisungsgebunden tätig war oder sein sollte. Auf die insoweit von der Revision erhobene Verfahrensrüge kommt es damit nicht an.

49

c) Die Vereinbarungen des Klägers vom 22. Januar 2007 bestanden nach der Eintragung des Rechtsformwechsels am 27. März 2007 gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG mit der Schuldnerin fort. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 114 AktG. Nach dieser Bestimmung hängt die Wirksamkeit eines Dienstvertrags, durch den kein Arbeitsverhältnis begründet wird und in dem sich ein Auf-

50

sichtsratsmitglied außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Aktiengesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art verpflichtet, von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Da durch den Dienstvertrag vom 22. Januar 2007 ein Arbeitsverhältnis begründet wurde, ist der Vertrag nicht mit Wirksamwerden des Rechtsformwechsels unwirksam geworden.

d) Der Aufhebungsvertrag zwischen dem Kläger und der Schuldnerin vom 1. August 2007 ist ebenfalls wirksam zustande gekommen. § 112 AktG steht dem nicht entgegen. 51

aa) § 112 AktG ordnet an, dass die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern sowohl gerichtlich als auch außergerichtlich durch den Aufsichtsrat zu erfolgen hat. Die gesetzliche Regelung beruht auf der Besorgnis, dass der Vorstand als regelmäßiges gesetzliches Vertretungsorgan nicht die erforderliche Unabhängigkeit aufbringt, wenn einzelne seiner Mitglieder an dem streitigen Rechtsverhältnis selbst beteiligt sind (*BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR 142/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 98, 196*). Im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit kommt es nicht darauf an, ob sich die Gefahr einer Beeinträchtigung gesellschaftlicher Belange konkret realisiert hat. Ausreichend ist, dass aufgrund einer gebotenen und typisierenden Betrachtung regelmäßig die abstrakte Gefahr einer nicht unbefangenen Vertretung der Gesellschaft besteht (*vgl. BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR 142/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 98, 196; BGH 16. Oktober 2006 - II ZR 7/05 - zu 1 a der Gründe; 28. April 1997 - II ZR 282/95 -*). 52

bb) Die ausschließliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrats nach § 112 AktG ist nicht auf die jeweils im Amt befindlichen Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft beschränkt. Ein solches, sich ausschließlich am Wortlaut orientierendes Verständnis der Norm, ist zu eng. Nach seinem gesetzlichen Zweck will § 112 AktG eine sachgerechte und unbefangene, von möglichen Interessenkollisionen und darauf beruhenden sachfremden Erwägungen freibleibende Vertretung der Gesellschaft sicherstellen (*vgl. nur BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR* 53

142/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 98, 196; BGH 16. Oktober 2006 - II ZR 7/05 - zu 1 a der Gründe; 1. Dezember 2003 - II ZR 161/02 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 157, 151; 26. Juni 1995 - II ZR 122/94 - zu I 3 a der Gründe, BGHZ 130, 108; 22. April 1991 - II ZR 151/90 -; 5. März 1990 - II ZR 86/89 - zu I der Gründe; 8. Februar 1988 - II ZR 159/87 - zu 2 der Gründe, BGHZ 103, 213). Eine unbefangene Vertretung der Gesellschaft kann auch infrage stehen, wenn Vorstandsmitglieder im Namen der Gesellschaft mit früheren Vorstandsmitgliedern verhandeln oder sich mit ihnen auseinandersetzen müssen. Der gesetzgeberische Zweck des § 112 AktG erfordert daher eine Anwendung der Norm sowohl auf bereits ausgeschiedene Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (vgl. BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR 142/00 - zu II 1 a der Gründe, aaO; BGH 14. Mai 2013 - II ZB 1/11 - Rn. 22; 1. Dezember 2003 - II ZR 161/02 - aaO; 28. April 1997 - II ZR 282/95 -; 22. April 1991 - II ZR 151/90 -) als auch auf Vorstandsmitglieder einer Rechtsvorgängerin der Gesellschaft (vgl. BGH 16. Oktober 2006 - II ZR 7/05 - zu 1 a der Gründe). Aus denselben Gründen kann § 112 AktG auch Rechtsgeschäfte mit dem ehemaligen Geschäftsführer einer in eine Aktiengesellschaft umgewandelten GmbH erfassen und zwar unabhängig davon, ob die ehemalige GmbH vor der Umwandlung über einen Aufsichtsrat verfügt hat (BGH 1. Dezember 2003 - II ZR 161/02 - zu II 1 der Gründe, aaO; 28. April 1997 - II ZR 282/95 -; Spindler/Stilz/Spindler AktG 3. Aufl. § 112 Rn. 14; MüKoAktG/Habersack 4. Aufl. § 112 Rn. 12; KK-AktG/Mertens/Cahn 3. Aufl. § 112 Rn. 16). Maßgebend ist, dass die GmbH mit der Umwandlung erloschen und an ihre Stelle die übernehmende Rechtsträgerin mit der ihr eigenen Kompetenzordnung getreten ist (vgl. BGH 1. Dezember 2003 - II ZR 161/02 - aaO).

cc) Die für die Anwendung des § 112 AktG erforderliche abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von Gesellschaftsbelangen ist bei Rechtsgeschäften mit ehemaligen Organmitgliedern immer dann typisierend anzunehmen, wenn das Verhalten der amtierenden Vorstandsmitglieder von der Vorstellung beeinflusst werden kann, eines Tages in eine ähnliche Situation zu geraten wie das ehe-

54

malige Organmitglied (vgl. BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR 142/00 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 98, 196). Hiervon ist auszugehen, wenn das Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft Fragen betrifft, die den Fortbestand oder die Fortentwicklung von Rechten und Pflichten aus der Organmitgliedschaft selbst betreffen oder dort ihren Ursprung haben (vgl. BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR 142/00 - zu II 1 b der Gründe mwN, aaO). Nur wenn Fragen streitig sind, die in keinem Zusammenhang zur früheren Organstellung oder deren Beendigung stehen, ist eine entsprechende abstrakte Gefahr der Befangenheit des Vorstands zu verneinen und seine Vertretungszuständigkeit nach § 78 Abs. 1 AktG gegeben (vgl. BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR 142/00 - zu II 1 b der Gründe mwN, aaO).

dd) Danach galt § 112 AktG zwar grundsätzlich auch für den Kläger als früheres Organmitglied. Allerdings bestand bei typisierender Betrachtung bei Abschluss des Aufhebungsvertrags nicht die für die Anwendung der Vorschrift auf Rechtsgeschäfte mit ehemaligen Organmitgliedern notwendige Besorgnis der Befangenheit des Vorstands. Der Aufhebungsvertrag betraf keine Rechte und Pflichten aus der früheren Organmitgliedschaft des Klägers, sondern lediglich sein Arbeitsverhältnis mit der Schuldnerin und die sich in Zusammenhang mit dessen Beendigung stellenden Fragen. Eine solche vertragliche Vereinbarung wird vom Schutzzweck des § 112 AktG nicht erfasst. Ist - wie im Streitfall - an die Stelle eines auf der Organmitgliedschaft beruhenden Dienstverhältnisses ein Arbeitsverhältnis zwischen dem früheren Organmitglied und der Aktiengesellschaft getreten, so fallen Rechtsgeschäfte, die ausschließlich dessen vertragliche Fortentwicklung oder Beendigung regeln, nicht unter den Anwendungsbereich von § 112 AktG. Entsprechende Vereinbarungen stehen nicht in Zusammenhang mit der früheren Organstellung oder dessen Beendigung. Damit fehlt es in diesen Fällen - typisierend betrachtet - an der für die Anwendung des § 112 AktG auf ehemalige Organmitglieder erforderlichen Interessenkollision.

55

3. Ob der Feststellungsantrag deshalb erfolglos ist, weil der Beklagte die Versorgungszusage des Klägers vom 22. Januar 2007 idF des Aufhebungsver-

56

trags vom 1. August 2007 wirksam widerrufen hat, kann der Senat mangels erforderlicher Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen. Mit der vom Landesarbeitsgericht hierzu gegebenen Begründung kann die Erheblichkeit des vom Beklagten geltend gemachten Rechtsmissbrauchseinwands nicht verneint werden.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts berechtigen grobe Pflichtverletzungen, die ein Arbeitnehmer begangen hat, den Arbeitgeber nur dann zum Widerruf der Versorgungszusage, wenn die Berufung des Versorgungsberechtigten auf die Versorgungszusage dem Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt ist (BAG 12. November 2013 - 3 AZR 274/12 - Rn. 26; 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 30, BAGE 143, 273). Dies kann ua. der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch grobes Fehlverhalten einen nicht behebbaren, insbesondere durch Ersatzleistungen nicht wiedergutzumachenden schweren Schaden zugefügt hat (vgl. ausführlich BAG 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 35 mwN, aaO). Stützt sich der Arbeitgeber auf die Verursachung eines Vermögensschadens durch den Arbeitnehmer, kann er die Versorgungszusage allerdings nur dann widerrufen, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten in grober Weise verletzt und dem Arbeitgeber hierdurch einen existenzgefährdenden Schaden zugefügt hat. Hat der Arbeitnehmer die wirtschaftliche Grundlage des Arbeitgebers gefährdet, hat er durch sein eigenes Verhalten die Gefahr heraufbeschworen, dass seine Betriebsrente nicht gezahlt werden kann. Deshalb kann er nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verlangen, dass der Arbeitgeber dennoch seine Betriebsrentenansprüche erfüllt. In einem solchen Fall ist die Grenze überschritten, bis zu der auch ein pflichtwidrig Handelnder, ohne sich dem Einwand des Rechtsmissbrauchs auszusetzen, das ihm gegebene Versprechen einfordern kann (vgl. etwa BAG 12. November 2013 - 3 AZR 274/12 - Rn. 26; 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 35 mwN, aaO; BGH 18. Juni 2007 - II ZR 89/06 - Rn. 18).

57

Führen die vom Arbeitnehmer verursachten Vermögensschäden hingegen nicht zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage des Arbeitgebers, sind dessen Interessen mit der Möglichkeit, den Arbeitnehmer auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, hinreichend gewahrt (*vgl. dazu ausführlich BAG 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 30 ff., BAGE 143, 273*). Da die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung auch Entgelt des Arbeitnehmers sind, das dieser als Gegenleistung für die im Arbeitsverhältnis erbrachte Betriebszugehörigkeit erhält (*vgl. etwa BVerfG 16. Juli 2012 - 1 BvR 2983/10 - Rn. 33; BAG 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 31, aaO*), kann die betriebliche Altersversorgung nicht bereits dann verweigert werden, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber einen erheblichen Vermögensschaden unterhalb der Schwelle der Existenzgefährdung zugefügt hat. Der Widerruf einer Versorgungszusage dient nicht dazu, auf einfachem und schnellem Wege einen Schadensersatzanspruch zu befriedigen (*vgl. ausführlich BAG 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 32 ff., aaO*).

58

b) Die vom Senat entwickelten Grundsätze greifen nicht nur, wenn der Arbeitnehmer in grober Art und Weise seine vertraglichen oder nachvertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber verletzt und damit diesem einen Vermögensschaden zufügt, der dessen wirtschaftliche Grundlage gefährdet. Auch grobe Pflichtverletzungen, die ein früherer Arbeitnehmer im Rahmen eines anderen Rechtsverhältnisses mit seinem ehemaligen Arbeitgeber zu dessen Lasten begeht und die einen existenzgefährdenden Schaden des ehemaligen Arbeitgebers verursachen, können dazu führen, dass die Berufung des ehemaligen Arbeitnehmers auf sein Versorgungsversprechen nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich ist.

59

Dem Rechtsmissbrauchseinwand liegt der Gedanke zugrunde, der Versorgungsberechtigte müsse es sich entgegenhalten lassen, wenn er etwa durch strafbares oder sonst grob pflichtwidriges Verhalten die wirtschaftliche Grundlage seines Versorgungsschuldners gefährdet, da er damit selbst die Gefahr heraufbeschwört, dass seine Betriebsrente nicht (mehr) gezahlt werden kann. Die-

60

ser Gedanke gilt unabhängig davon, ob die grobe Pflichtwidrigkeit aus einem Verstoß gegen vertragliche oder nachvertragliche Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder aus einem sonstigen Verstoß gegen eine gegenüber dem Versorgungsschuldner bestehende Pflicht herrührt. Entgegen der Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts ist es daher nicht ausgeschlossen, dass auch grobe Verstöße eines Aufsichtsratsmitglieds gegen seine ihm als Aufsichtsrat obliegenden Pflichten den Widerruf einer ihm als Arbeitnehmer erteilten Versorgungszusage rechtfertigen.

c) Daran gemessen kann der Senat vorliegend nicht abschließend entscheiden, ob der Beklagte die Versorgungszusage des Klägers vom 22. Januar 2007 wirksam widerrufen hat. 61

aa) Allerdings kann der Beklagte sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger habe verdeckte Gewinnausschüttungen in den Jahren 2007 bis 2010 erhalten und eine Reihe von Untreuehandlungen zulasten der Schuldnerin begangen. Der Beklagte macht insoweit geltend, diverse Privatausgaben des Klägers seien als Betriebsausgaben der Schuldnerin deklariert worden und der Kläger habe Waren, Möbel oder Dienstleistungen für seinen privaten Gebrauch von dieser bezahlen lassen. 62

Ein solcher Vorwurf rechtfertigt den Widerruf der Versorgungszusage schon deshalb nicht, weil der Beklagte nicht behauptet hat, der Kläger habe der Schuldnerin durch diese Handlungen einen existenzgefährdenden Schaden zugefügt. Gleiches gilt, soweit der Beklagte dem Kläger die Beteiligung an einem Subventionsbetrug zur Last legt. 63

bb) Ob der Widerruf der Versorgungszusage gerechtfertigt ist, weil - so der Vortrag des Beklagten - der Kläger in Zusammenhang mit den behaupteten Bilanzmanipulationen des Vorstands in den Geschäftsjahren 2011 und 2012 als Mitglied des Aufsichtsrats nicht in erforderlichem Umfange darauf hingewirkt hat, dass dieser seine Überwachungspflichten nach § 111 Abs. 1 AktG erfüllt, und ob der Kläger der Schuldnerin damit einen existenzgefährdenden Schaden 64

(mit) zugefügt hat, kann der Senat mangels erforderlicher Feststellungen nicht prüfen.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Widerruf der Versorgungszusage sei wegen dieses Vorwurfs zumindest deshalb ausgeschlossen, weil es an einer schwersten Verfehlung und einem Schädigungsvorsatz des Klägers gegenüber der Schuldnerin fehle; es sei kaum anzunehmen, dass der Kläger sein Lebenswerk habe vernichten wollen. Diese Begründung ist rechtsfehlerhaft. Das Landesarbeitsgericht hat damit den anzuwendenden Maßstab verkannt. Die Wirksamkeit des Widerrufs der Versorgungszusage erfordert lediglich, dass der Kläger in grober Weise seine Überwachungspflichten als Mitglied des Aufsichtsrats verletzt und dadurch der Schuldnerin einen existenzgefährdenden Schaden (mit) zugefügt hat. 65

(2) Weitere tatsächliche Feststellungen zum konkreten Inhalt der dem Kläger als Aufsichtsratsmitglied vom Beklagten zur Last gelegten Vorwürfe und zu ihrem Ausmaß, hat das Landesarbeitsgericht - aus seiner Sicht konsequent - nicht getroffen. Daher ist dem Senat eine abschließende Entscheidung über den Klageantrag zu 2. nicht möglich. 66

D. Die Revision des Klägers ist demgegenüber unbegründet. Der Klageantrag zu 1., mit dem der Kläger eine abgesonderte Befriedung aus Pfandrechten zur Sicherung seiner Versorgungsansprüche durchsetzen will, ist nach der gebotenen Auslegung zwar zulässig, jedoch unbegründet. 67

I. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig. 68

1. Der Antrag bedarf jedoch der Auslegung. 69

Nach seinem Wortlaut ist der Antrag auf die Abgabe einer Zustimmung des Insolvenzverwalters zur Verwertung der Guthaben gerichtet, welche sich auf den im Klageantrag bezeichneten Depots der Schuldnerin und dem Abwicklungskonto befinden. Die zum Antrag gegebene Begründung lässt allerdings erkennen, dass es dem Kläger darum geht, die Voraussetzungen für eine Ver- 70

wertung der ihm eingeräumten Pfandrechte - erforderlichenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung - herzustellen. Damit zielt der Klageantrag zu 1. auf eine Verpflichtung des Beklagten ab, dem Kläger die Befriedigung aus den sich auf den Depots der Schuldnerin bei der D Bank AG, der DeBank und der F GmbH befindlichen Kapitalanlagen sowie die Einziehung der Forderung aus dem Abwicklungskonto bei der D Bank AG in Höhe der im Antrag genannten rückständigen und künftigen Versorgungsansprüche nebst Zinsen zu gestatten.

2. In dieser Fassung ist der Klageantrag hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Da die einzelnen Depots konkret bezeichnet sind, bedarf es keiner Aufzählung der gepfändeten Papiere. 71

II. Der Klageantrag zu 1. bleibt jedoch ohne Erfolg. Dem Kläger steht an den sich auf den im Antrag zu 1. genannten Depots der Schuldnerin befindlichen Kapitalanlagen sowie den Forderungen aus dem Abwicklungskonto kein Verwertungsrecht iSd. § 173 Abs. 1 InsO zur abgesonderten Befriedigung seiner Versorgungsansprüche aus der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 zu. Die Verpfändungen vom 2. Juni 2009, 25. März 2010 und 26./27. Mai 2010 sind nicht wirksam zustande gekommen. 72

1. Die Schuldnerin, die bei Abschluss der Verpfändungen bereits die Rechtsform einer Aktiengesellschaft hatte, war bei den drei Pfandrechtsbestellungen durch ihren Vorstand nicht ordnungsgemäß vertreten. Vertretungsbefugt war vielmehr nach § 112 AktG ihr Aufsichtsrat. 73

a) Nach den oben (*Rn. 52 ff.*) dargelegten Grundsätzen ist § 112 AktG auch auf Rechtsgeschäfte mit ehemaligen Organmitgliedern wie dem Kläger anzuwenden, soweit im Rahmen einer typisierenden Betrachtung die Besorgnis der Befangenheit des Vorstands besteht. 74

b) Danach hätte die Schuldnerin nach § 112 AktG bei den drei Pfandrechtsbestellungen durch ihren Aufsichtsrat vertreten werden müssen. Die für 75

die Anwendung der Norm erforderliche abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von Gesellschaftsbelangen war gegeben. Durch die Verpfändungsvereinbarungen sollten gerade auch diejenigen Anwartschaften abgesichert werden, die der Kläger bereits in seiner Zeit als Geschäftsführer der H GmbH verdient hatte. Nach der Umwandlung seiner Pensionsvereinbarung in der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 waren ihm diese Anwartschaften durch die Regelung über die Anrechnung der früheren Dienstzeiten als Geschäftsführer in Nr. 3.3.1 der Versorgungszusage ausdrücklich erhalten geblieben. Die Pfandrechtsbestellungen dienten damit nicht ausschließlich dazu, die vom Kläger im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der H GmbH bzw. der Schuldnerin auf der Grundlage der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 verdienten Anwartschaften zu sichern. Dies zeigt auch der in den Verpfändungsvereinbarungen ausdrücklich angegebene Sicherungszweck. Der jeweilige Zusatz „insbesondere“ verdeutlicht, dass mit den Pfandrechten nicht ausschließlich die Versorgungsansprüche des Klägers aus der erst nach seiner Abberufung als Geschäftsführer der H GmbH erteilten Zusage vom 22. Januar 2007, sondern auch etwaige früher bereits erdiente Pensionsansprüche aus der Pensionsvereinbarung 2004 gesichert werden sollten. Die Pfandrechtsvereinbarungen betrafen damit nicht lediglich das zwischen dem Kläger und der Schuldnerin bestehende arbeitsrechtliche Rechtsverhältnis und dessen Fortentwicklung, sondern sicherten vergangenheitsbezogen Rechte, die ihren Ursprung in der Organtätigkeit des Klägers hatten.

c) Besondere Gründe, warum § 112 AktG auf die drei Verpfändungen nicht anwendbar ist, sind nicht gegeben. 76

aa) Der Anwendung von § 112 AktG steht nicht entgegen, dass der Kläger bei Abschluss der Pfandrechtsbestellungen Mitglied des Aufsichtsrats der Schuldnerin war. Der Schutzzweck der Regelung greift auch in diesem Fall (vgl. auch *MüKoAktG/Habersack 4. Aufl. § 112 Rn. 14; Hopt/Roth in Großkomm AktG 4. Aufl. § 112 Rn. 37; KK-AktG/Mertens/Cahn 3. Aufl. § 112 Rn. 16; Lutter/Krieger/Verse Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats 6. Aufl. Rn. 442*). Zwar 77

sind bei einer Zuständigkeit des Aufsichtsrats für Rechtsgeschäfte mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern, die nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand Mitglied des Aufsichtsrats werden, Interessenkonflikte nicht auszuschließen. Diesen ist jedoch dadurch Rechnung zu tragen, dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied bei der für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderlichen Beschlussfassung des Aufsichtsrats entsprechend § 34 BGB nicht stimmberechtigt ist oder sich im Fall eines dreiköpfigen Aufsichtsrats lediglich der Stimme enthalten darf (*vgl. BGH 2. April 2007 - II ZR 325/05 - Rn. 13*).

bb) Der Einwand des Klägers, § 112 AktG gelte für die Verpfändungen deshalb nicht, weil ihm ein Anspruch gegen die Schuldnerin auf eine entsprechende Sicherung seiner Versorgungsansprüche gegen Insolvenz zugestanden habe, führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Entgegen der Annahme des Klägers war die Schuldnerin nach der Versorgungszusage nicht verpflichtet, dem Kläger Pfandrechte an den in den Depots befindlichen Kapitalanlagen und der Forderung aus dem Abwicklungskonto zu bestellen. Nr. 4.5.2 der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 sieht lediglich vor, dass die Schuldnerin dem Kläger ein Pfandrecht an einer Rückdeckungsversicherung einräumen muss, deren Abschluss zudem nach Nr. 4.3.1 der Versorgungszusage im Ermessen der Schuldnerin stand („können“). Einen Anspruch auf Bestellung anderweitiger Sicherheiten begründet Nr. 4.5.2 der Zusage nicht. Aus Nr. 4.8.2 der Versorgungszusage folgt nichts Gegenteiliges. Entgegen der Ansicht des Klägers bezieht sich die Bestimmung nur auf einen Wechsel im Durchführungsweg und nicht auf die Sicherung der Altersversorgung gegen Insolvenz.

78

Der Kläger macht darüber hinaus geltend, die Leistungen aus der Rückdeckungsversicherung, die im Juli 2004 zur Sicherung seiner Ansprüche aus der Pensionszusage 2004 an ihn verpfändet und zwischenzeitlich mit seiner Zustimmung an die Schuldnerin ausbezahlt wurden, seien von der Schuldnerin in die Depots eingezahlt worden; daher stehe ihm ein Anspruch auf Bestellung einer Sicherheit an dem ersatzweise gebildeten Wertguthaben zu. Selbst wenn man zugunsten des Klägers annähme, dieser erstmals von ihm in

79

der Revision gehaltene Vortrag sei entgegen § 559 ZPO berücksichtigungsfähig, ergäbe sich hieraus nicht, dass die drei Verpfändungen nicht in den Schutzbereich von § 112 AktG fielen. Vielmehr spräche ein solcher Geschehensablauf gerade dafür, dass mit den Pfandrechtsbestellungen in den Jahren 2009 und 2010 auch weiterhin diejenigen Anwartschaften, die der Kläger während seiner Zeit als Geschäftsführer der H GmbH erworben und die bereits zuvor durch die Verpfändung der Rückdeckungsversicherung abgesichert waren, gesichert werden sollten.

cc) Anders als vom Kläger angenommen, führt auch der Umstand, dass das für die Schuldnerin bei den Verpfändungen handelnde Vorstandsmitglied gleichzeitig Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der damals einzigen Aktionärin der Schuldnerin war, nicht dazu, dass § 112 AktG nicht anwendbar ist, weil die nach dieser Vorschrift erforderliche Beschlussfassung des Aufsichtsrats durch einen einstimmigen Beschluss der Alleinaktionärin ersetzt worden wäre. 80

Eine solche Ersetzungsbefugnis sieht § 112 AktG nicht vor. Nach der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft sind die Aktionäre den anderen Gesellschaftsorganen nicht übergeordnet (*BVerfG 20. September 1999 - 1 BvR 636/95 - zu II 1 a cc (2) der Gründe*). Das Organgefüge des Aktiengesetzes geht vielmehr grundsätzlich von einem gleichberechtigten Nebeneinander von Hauptversammlung und Aufsichtsrat aus (*vgl. nur Spindler/Stilz/Hoffmann AktG 3. Aufl. § 118 Rn. 6; Hüffer/Koch AktG 12. Aufl. § 118 Rn. 4*). Jedes Organ verfügt über einen zwingenden eigenen Kompetenzbereich, in den andere Organe grundsätzlich, dh. ohne besondere gesetzliche Grundlage, nicht eingreifen können (*Spindler/Stilz/Hoffmann aaO*). 81

Zudem hat die Alleinaktionärin der Schuldnerin keine Beschlüsse über die Pfandrechtsbestellungen zugunsten des Klägers gefasst. Auch wenn das Vorstandsmitglied, das die Schuldnerin bei den Verpfändungen vertreten hat, gleichzeitig gesetzlicher Vertreter ihrer Alleinaktionärin war, beinhaltet der blo- 82

ße Abschluss der drei Verpfändungsvereinbarungen noch nicht eine etwaige Beschlussfassung der Hauptversammlung.

2. Der Verstoß gegen § 112 AktG führt dazu, dass die Verpfändungsvereinbarungen keine Wirkung entfalten. 83

Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob die Missachtung von § 112 AktG zur Folge hat, dass abgeschlossene Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB nichtig sind (so etwa *Brandenburgisches OLG 14. Januar 2015 - 7 U 68/13 - Rn. 43 ff.*; *OLG Frankfurt am Main 20. März 2008 - 12 U 40/07 - Rn. 36*; *OLG Hamburg 16. Mai 1986 - 11 U 238/85 -*; *OLG Stuttgart 20. März 1992 - 2 U 115/90 - zu 1 der Gründe*) oder ob es sich bei § 112 AktG um eine bloße Vertretungsregelung handelt (so etwa *OLG München 18. Oktober 2007 - 23 U 5786/06 - zu II 1 a bb (1) der Gründe*; *OLG Celle 25. Februar 2002 - 4 U 176/01 - zu 1 b der Gründe*; *Henssler/Strohn/Henssler AktG 3. Aufl. § 112 Rn. 18*; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn AktG 2. Aufl. § 112 Rn. 21*; *MüKo-AktG/Habersack 4. Aufl. § 112 Rn. 32*; *Bürgers/Israel in Bürgers/Körper AktG 3. Aufl. § 112 Rn. 10*; *ErfK/Oetker 16. Aufl. § 112 AktG Rn. 5*; *Hüffer/Koch AktG 12. Aufl. § 112 Rn. 12*). 84

a) Ginge man davon aus, dass Rechtsgeschäfte, die der Vorstand einer Aktiengesellschaft unter Verletzung der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats nach § 112 AktG schließt, nichtig sind, wären die Verpfändungsvereinbarungen vorliegend nach § 134 BGB unwirksam. Nach § 139 BGB hätte der Verstoß die Unwirksamkeit der gesamten Pfandrechtsbestellungen zur Folge. Eine Aufrechterhaltung hinsichtlich der auf der Grundlage der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 erdienten Anwartschaften des Klägers scheidet aus. 85

b) Enthielte § 112 AktG lediglich eine Regelung über die Vertretung der Aktiengesellschaft, so hätte der Vorstand nicht die Rechtsmacht besessen, die Verpfändungsvereinbarungen abzuschließen. Unerheblich ist, dass er befugt gewesen wäre, eine dingliche Sicherung der vom Kläger im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses neu erdienten Anwartschaften zu vereinbaren. Da ein ein- 86

heitliches Rechtsgeschäft geschlossen wurde, bedurfte es jeweils der Vertretungsmacht für die gesamte Verpfändungsvereinbarung.

3. Auch wenn man annähme, § 112 AktG enthielte eine Vertretungsregelung, sodass eine Genehmigungsfähigkeit der drei Pfandrechtsbestellungen entsprechend § 177 Abs. 1 BGB in Betracht käme, wären die Verpfändungen unwirksam. Die Genehmigung durch den Aufsichtsrat der Schuldnerin wurde im Streitfall nicht wirksam erteilt. Der Genehmigungsbeschluss des Aufsichtsrats vom 21. Oktober 2011, mit dem pauschal alle ab dem 27. März 2007 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte des Vorstands der Schuldnerin vom Aufsichtsrat genehmigt wurden, ist mit dem Schutzzweck des § 112 AktG nicht zu vereinbaren und deshalb nichtig. 87

a) Durch die Vorgaben des § 112 AktG soll die Gesellschaft vor der abstrakten Gefahr einer Interessenkollision geschützt werden, die dadurch entsteht, dass der Vorstand als regelmäßiges gesetzliches Vertretungsorgan nicht die erforderliche Unabhängigkeit aufbringt, wenn einzelne seiner derzeitigen oder früheren Mitglieder an dem streitigen Rechtsverhältnis selbst beteiligt sind. Aus diesem Grund obliegt es dem Aufsichtsrat, eine Entscheidung über die Vornahme und die wesentlichen Bedingungen eines von § 112 AktG erfassten Geschäfts zu treffen (*vgl. KK-AktG/Mertens/Cahn 3. Aufl. § 112 Rn. 3*). Wird ein solches Rechtsgeschäft entgegen den gesetzlichen Anforderungen vom unzuständigen Vorstand abgeschlossen, so muss sich der Aufsichtsrat - eine Genehmigungsfähigkeit des Rechtsgeschäfts entsprechend § 177 Abs. 1 BGB unterstellt - auch im Rahmen seiner nachträglichen Beschlussfassung konkret mit dem Rechtsgeschäft und dessen wesentlichen Bedingungen beschäftigen. Nur dadurch ist hinreichend gewährleistet, dass sich die von § 112 AktG vorausgesetzte Gefahrenlage beim Abschluss des Geschäfts nicht verwirklicht hat und der Schutzfunktion der gesetzlichen Regelung zumindest nachträglich Genüge getan wird. Im Rahmen seines gesetzlichen Aufgabenkreises obliegt dem Aufsichtsrat die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft in eigener Verantwortung sachgemäß wahrzunehmen (*BGH 21. April 1997 - II ZR 175/95 - zu II 2 a der* 88

Gründe, BGHZ 135, 244). Dies beinhaltet auch, dass er die Geschäftsführung des Vorstands - und damit auch bereits abgeschlossene Geschäftsvorgänge - überwacht (§ 111 Abs. 1 AktG), um dadurch erforderlichenfalls Schäden von der Gesellschaft abzuwenden (*BGH 21. April 1997 - II ZR 175/95 - zu II 2 a und b cc der Gründe, aaO*).

b) Aufsichtsratsbeschlüsse, die in verfahrensmäßiger oder inhaltlicher Beziehung gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßen, sind grundsätzlich unwirksam und nicht nur anfechtbar (*BGH 29. Januar 2013 - II ZB 1/11 - Rn. 13; 17. Mai 1993 - II ZR 89/92 - zu II 2 b bb der Gründe, BGHZ 122, 342; OLG Zweibrücken 3. Februar 2011 - 4 U 76/10 - zu II 3 der Gründe; MüKoAktG/Habersack 4. Aufl. § 108 Rn. 80; Hopt/Roth in Großkomm AktG 4. Aufl. § 108 Rn. 153 f.; Hüffer/Koch AktG 12. Aufl. § 108 Rn. 26*). Der Bundesgerichtshof nimmt eine derartige Unwirksamkeit ua. dann an, wenn der Inhalt des Beschlusses nicht mit den sich aus § 111 Abs. 1, § 112 AktG ergebenden Verpflichtungen des Aufsichtsrats vereinbar ist (*vgl. etwa BGH 21. April 1997 - II ZR 175/95 - zu II der Gründe, BGHZ 135, 244 [für den Fall eines Verstoßes gegen die Verpflichtung des Aufsichtsrats Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder zu prüfen und bei deren voraussichtlichem Bestehen die Verfolgung zu beschließen]*). Die Fehlerhaftigkeit und damit Unwirksamkeit des Beschlusses ergibt sich in diesem Fall unmittelbar daraus, dass der Beschluss seinem Inhalt nach gegen die - zwingende - Vorschrift des § 111 Abs. 1 AktG verstößt (*MüKoAktG/Habersack 4. Aufl. § 108 aaO*).

89

c) Danach ist der Genehmigungsbeschluss des Aufsichtsrats vom 21. Oktober 2011 unwirksam. Weder der Inhalt des Beschlusses noch das Protokoll der Sitzung lassen erkennen, dass sich der Aufsichtsrat konkret mit den vom Vorstand zugunsten des Klägers vorgenommenen Pfandrechtsbestellungen beschäftigt hat. Der Umstand, dass - wie vom Kläger behauptet - den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern die unter Verstoß gegen § 112 AktG vom Vorstand der Schuldnerin vorgenommenen Verfügungen bekannt waren, reicht nicht aus. Daher greift die vom Kläger in der Revision erhobene Verfahrensrü-

90

ge, das Landesarbeitsgericht hätte über seine diesbezügliche Behauptung Beweis erheben müssen, nicht durch.

d) Der Beklagte kann sich im vorliegenden Verfahren auch auf die Unwirksamkeit des Beschlusses berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses mit einer gesonderten Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend gemacht werden (*vgl. etwa BGH 29. Januar 2013 - II ZB 1/11 - Rn. 13; 17. Juli 2012 - II ZR 55/11 -*), sofern die klagende Partei hierfür ein berechtigtes Interesse hat. Das schließt es jedoch nicht aus, die Wirksamkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses inzident zumindest im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Insolvenzverwalter und einem ehemaligen Organmitglied der Schuldnerin zu prüfen, der die Wirksamkeit eines unter Missachtung von § 112 AktG vom Vorstand der Schuldnerin vorgenommenen Rechtsgeschäfts betrifft. 91

E. Bei seiner erneuten Verhandlung und Entscheidung über den Klageantrag zu 2. wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben: 92

I. Das Landesarbeitsgericht wird - ggf. unter Berücksichtigung weiteren Vortrags durch den Beklagten - zu prüfen haben, ob die Berufung des Klägers auf die Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 dem Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt ist, weil der Kläger grobe Verstöße gegen seine Überwachungspflichten als Mitglied des Aufsichtsrats begangen und damit der Schuldnerin einen existenzgefährdenden Schaden zugefügt hat. 93

II. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, der Rechtsmissbrauchseinwand des Beklagten sei nicht gerechtfertigt, wird es - wie bereits bislang - davon auszugehen haben, dass § 7 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Abs. 2 BetrAVG dem Begehren des Klägers auf Feststellung einer Forderung zur Insolvenztabelle iHv. 2.446.517,01 Euro nicht entgegenstehen. 94

1. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG haben Versorgungsempfänger, deren Ansprüche aus einer unmittelbaren Versorgungszusage des Arbeitgebers nicht 95

erfüllt werden, weil über das Vermögen des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, gegen den Träger der Insolvenzversicherung einen Anspruch in Höhe der Leistung, die der Arbeitgeber aufgrund der Versorgungszusage zu erbringen hätte, wenn das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre. Die Ansprüche des Versorgungsberechtigten gegen den Arbeitgeber auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die den Anspruch gegen den Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung begründen, gehen nach § 9 Abs. 2 BetrAVG bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes auf den Pensions-Sicherungs-Verein über. Mit dem Erwerb des Anspruchs gegen den Träger verliert der Versorgungsberechtigte damit seinen Anspruch gegen den Schuldner in dem Umfang, in dem der Pensions-Sicherungs-Verein nach § 7 BetrAVG einstandspflichtig ist (*vgl. BAG 5. Mai 2015 - 1 AZR 763/13 - Rn. 39, BAGE 151, 302; 24. Januar 2006 - 3 AZR 484/04 - Rn. 22; 9. November 1999 - 3 AZR 361/98 - zu B IV 1 der Gründe; 12. April 1983 - 3 AZR 607/80 - zu 2 der Gründe, BAGE 42, 188*).

2. Im Streitfall besteht jedoch keine Einstandspflicht des Pensions-Sicherungs-Vereins für etwaige Versorgungsansprüche des Klägers. 96

a) Der gesetzliche Insolvenzschutz nach § 7 BetrAVG schützt nur Anwartschaften oder Ansprüche auf Versorgungsleistungen, bei denen es sich um betriebliche Altersversorgung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG handelt (*vgl. BAG 20. Mai 2014 - 3 AZR 1094/12 - Rn. 17 mwN*). Die gesetzliche Einstandspflicht des Pensions-Sicherungs-Vereins erfasst damit nur Arbeitnehmer oder die in § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG genannten Personen. Geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter, denen eine Pension zugesagt wurde, unterfallen hingegen nicht dem Schutz des Betriebsrentengesetzes und damit auch nicht dem gesetzlichen Insolvenzschutz (*vgl. BAG 25. Januar 2000 - 3 AZR 769/98 - zu I 2 b bb der Gründe mwN; 21. August 1990 - 3 AZR 429/89 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 66, 1*).

b) Diese gesetzlichen Wertungen sind auch zu beachten, wenn - wie vorliegend - während der Dauer eines Beschäftigungsverhältnisses ein Wechsel von der Stellung als Unternehmer zu der eines Arbeitnehmers stattgefunden hat. In zeitlicher Hinsicht kann der Insolvenzschutz durch den Pensions-Sicherungs-Verein in einem solchen Fall allenfalls den Rentenanteil erfassen, der auf die Zeiten entfällt, die der Versorgungsempfänger wie ein Arbeitnehmer verbracht hat (*vgl. auch BGH 25. September 1989 - II ZR 259/88 - zu I 3 der Gründe, BGHZ 108, 330; 16. Juni 1980 - II ZR 195/79 - zu 3 der Gründe*). Darüber hinaus muss - unabhängig von der Umgehungsvorschrift des § 7 Abs. 5 BetrAVG - geprüft werden, inwieweit Art und Höhe der bei dem Wechsel in das Arbeitsverhältnis vereinbarten Versorgung ersichtlich durch die ehemalige Unternehmereigenschaft bedingt sind (*vgl. BGH 9. Juni 1980 - II ZR 255/78 - zu I 3 der Gründe, BGHZ 77, 233*). Geht die Versorgungszusage über das hinaus, was bei einem Arbeitnehmer ohne frühere Unternehmerstellung üblich wäre, muss dies bei der Frage des Insolvenzschutzes nach § 7 BetrAVG berücksichtigt werden (*vgl. auch BGH 9. Juni 1980 - II ZR 255/78 - zu I 3 der Gründe, aaO*).

98

c) Danach gehen nicht nur die Parteien, sondern auch das Landesarbeitsgericht zu Recht davon aus, dass die Versorgungsansprüche des Klägers aus der Versorgungszusage vom 22. Januar 2007 nicht insolvenzgeschützt sind. Die Gesamtumstände zeigen vorliegend, dass sowohl die Art als auch die Höhe der dem Kläger bei seinem Wechsel in ein Arbeitsverhältnis zugesagten Versorgung ausschließlich durch seine frühere Stellung als geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter und damit als Unternehmer bedingt waren. Der Kläger, der im Januar 2007 kurz vor der Vollendung des 62. Lebensjahres stand, hätte bis zum Erreichen der festen Altersgrenze nur noch eine mögliche Betriebszugehörigkeit von wenig mehr als drei Jahren erbringen können. Einem vergleichbaren Arbeitnehmer wäre - ohne vorherige Stellung als Unternehmer - bei Beginn seines Arbeitsverhältnisses üblicherweise keine der Versorgungszusage

99

vom 22. Januar 2007 entsprechende Zusage auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erteilt worden.

III. Sofern das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen sollte, der Beklagte habe die Versorgungszusage nicht wirksam widerrufen, wird es zudem erneut zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO vorliegen. Dabei wird es von folgenden Grundsätzen auszugehen haben: 100

1. Ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO darf grundsätzlich nur ergehen, wenn sich aus dem Sachvortrag ergibt, dass die Aufrechnung der beklagten Partei zulässig ist (*BGH 22. Oktober 1957 - VIII ZR 67/56 - zu III 1 der Gründe, BGHZ 25, 360*). Steht hingegen fest, dass die Aufrechnung unzulässig ist, darf kein Vorbehaltsurteil erlassen werden (*BGH 15. Oktober 2014 - XII ZR 111/12 - Rn. 63*). 101

2. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts kann auf der Grundlage des bisherigen Vortrags des Beklagten die Zulässigkeit der von ihm erklärten Aufrechnung bislang nicht bejaht werden. 102

a) Die Unzulässigkeit der Aufrechnung folgt allerdings nicht daraus, dass es dem beklagten Insolvenzverwalter untersagt wäre, mit Forderungen der Insolvenzmasse gegen eine Insolvenzforderung im Nennbetrag aufzurechnen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheidet eine solche Aufrechnung nur aus, wenn dies klar und eindeutig der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger als dem Zweck des Insolvenzverfahrens zuwiderlaufen würde (*vgl. BGH 8. Mai 2014 - IX ZR 118/12 - Rn. 12 ff., BGHZ 201, 121*). Anhaltspunkte hierfür sind weder ersichtlich noch vom Kläger dargetan. 103

b) Die Zulässigkeit der Aufrechnung scheitert auch nicht daran, dass diese gegen § 394 Satz 1 BGB verstoßen könnte. § 394 Satz 1 BGB schließt eine Aufrechnung gegen eine Forderung aus, soweit diese nicht der Pfändung unterworfen ist. Bei Arbeitseinkommen - zu dem auch Versorgungsleistungen ge- 104

hören (vgl. BAG 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 39, BAGE 143, 273; BGH 18. September 2014 - IX ZB 68/13 - Rn. 10; 8. Dezember 1977 - II ZR 219/75 - zu VI 5 b der Gründe) - bestimmt sich der pfändbare Teil gemäß § 850 Abs. 1 ZPO nach Maßgabe der §§ 850a bis 850i ZPO. Inwieweit die dortigen Pfändungsbeschränkungen auch bei einer Aufrechnung gegen eine Insolvenzforderung iSd. § 46 Satz 2 iVm. § 45 InsO gelten, kann dahinstehen. Denn der Beklagte hat gegen die Versorgungsansprüche bislang nur mit Schadensersatzforderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen des Klägers aufgerechnet. Bei der Begründetheit solcher Forderungen ist die Berufung auf das Aufrechnungsverbot des § 394 Satz 1 BGB nach dem Grundsatz des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) unzulässig (vgl. BAG 13. November 2012 - 3 AZR 444/10 - Rn. 39, BAGE 143, 273; 18. März 1997 - 3 AZR 756/95 - zu III 2 der Gründe, BAGE 85, 274).

c) Die Aufrechnung ist derzeit aber mangels hinreichender Bestimmtheit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen unzulässig. Eine Aufrechnung setzt voraus, dass klar ist, mit welcher Forderung gegen die Hauptforderung aufgerechnet wird. Für die Geltendmachung einer Aufrechnung mit einer Gegenforderung gilt der Bestimmtheitsgrundsatz des § 253 Abs. 2 ZPO (vgl. BAG 23. Februar 2016 - 9 AZR 226/15 - Rn. 25; 17. September 2013 - 3 AZR 300/11 - Rn. 102). Übersteigen die zur Aufrechnung gestellten Forderungen - wie vorliegend - die Höhe der Klageforderung, muss im Einzelnen bestimmt werden, in welcher Reihenfolge mit den Ansprüchen aufgerechnet wird. Der bloße Umstand, dass der Beklagte die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen in einer bestimmten Reihenfolge schriftsätzlich aufgezählt hat, reicht hierfür nicht aus. Darüber hinaus lässt sich dem bisherigen Vortrag des Beklagten auch nicht entnehmen, wie sich die aus einer Vielzahl von Einzelansprüchen bestehenden Gegenforderungen, derer sich der Beklagte berührt, zusammensetzen.

105

3. Sofern das Landesarbeitsgericht ggf. nach erneutem Vortrag des Beklagten zur Bestimmtheit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen diese

106

bejahen sollte, wird es erneut zu prüfen haben, ob die übrigen Voraussetzungen für den Erlass eines Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO vorliegen, insbesondere ob die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für die mit der Aufrechnung geltend gemachten Gegenansprüche des Beklagten nicht nach § 2 Abs. 3 ArbGG gegeben ist.

4. Bei dem Erlass eines erneuten Vorbehaltsurteils wäre ggf. zu beachten, dass der in die Urteilsformel aufzunehmende Vorbehalt auch hinsichtlich derjenigen Forderungen, auf die sich die Aufrechnung bezieht, möglichst genau zu bezeichnen ist. 107

IV. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben. Zudem wird es zu beachten haben, dass die Bedingungen für die vom Arbeitsgericht vorgenommene Verweisung des hilfsweise vom Kläger geltend gemachten Streitgegenstands an das Landgericht nicht eingetreten sind, da die Vereinbarungen vom 22. Januar 2007 und 1. August 2007 nicht unwirksam sind. Der Verweisungsbeschluss geht deshalb ins Leere. 108

Zwanziger

Ahrendt

Richterin am BAG
Wemheuer ist wegen
Krankheit verhindert,
ihre Unterschrift
beizufügen.

Zwanziger

Lohre

Brunke