

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 593/07
17 Sa 1789/06
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Januar 2010

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht

Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie die ehrenamtlichen Richter Kapitzka und Koch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 19. März 2007 - 17 Sa 1789/06 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 23. Mai 2006 - 16/12 Ca 9498/05 - abgeändert:
Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 13.142,67 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 6 % p.a. seit dem 1. Januar 2003 zu zahlen.
3. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung des Beklagten zur Rück- 1
erstattung eines ihm zur Finanzierung einer Mitarbeiterbeteiligung gewährten
Darlehens.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 17. Dezember 2003 über 2
das Vermögen der Aero Lloyd Flugreisen GmbH & Co. Luftverkehrs-KG
(*Schuldnerin*) eröffneten Insolvenzverfahren. Der Beklagte war bis zum
31. März 2004 Arbeitnehmer der Schuldnerin. Diese befand sich in den Jahren
1997/1998 in einer schwierigen wirtschaftlichen Lage. In dieser Situation wollte
sich die B Landesbank bei der Schuldnerin als Gesellschafterin beteiligen,
machte dies jedoch von einem Gehaltsverzicht der Mitarbeiter in Höhe von
10 % abhängig. Eine im Mai 1998 geschlossene Tarifvereinbarung regelte
einen entsprechenden Gehaltsverzicht sowie den grundsätzlichen Ausschluss
betriebsbedingter Beendigungskündigungen bis zum 31. Dezember 2004. Zur
Kompensation der Gehaltskürzung wurde eine Mitarbeiterbeteiligung eingeführt.
Die Arbeitnehmer sollten die Möglichkeit erhalten, Gesellschafter einer Be-

teiligungsgesellschaft zu werden, die stille Gesellschafterin der Schuldnerin sein sollte. Arbeitnehmer, denen das Kapital für die Beteiligung fehlte, konnten zu deren Finanzierung ein von der Schuldnerin gewährtes Darlehen in Anspruch nehmen, das von der B Landesbank refinanziert wurde. Die Konditionen der Ausreichung und der Rückführung eines solchen Darlehens ergeben sich aus einem Vertragswerk dreier ineinandergreifender Vereinbarungen, nämlich dem Gesellschaftsvertrag vom 14. Dezember 1998, mit dem sich die zur Beteiligung bereiten Arbeitnehmer zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschlossen, ferner dem „Vertrag über die Errichtung einer typisch stillen Gesellschaft“ mit Wirkung zum 1. Januar 1999 (*Beteiligungsvertrag*) und den mit den einzelnen Arbeitnehmern geschlossenen Darlehensverträgen. Dieses Vertragswerk ist in einer 14-seitigen Informationsschrift der Schuldnerin aus dem November 1998 dargestellt.

Zum Insolvenzrisiko ist in der Informationsschrift unter der Überschrift „Risiken“ ua. ausgeführt:

3

„3.1 Insolvenzrisiko

Im Falle des Konkurses verliert der Stille Gesellschafter seine Einlage. Damit wird auch die Beteiligung an der GbR wertlos, bis auf eine eventuelle Restquote aus der Konkursmasse, an der der Stille Gesellschafter als nicht bevorrechtigter Gläubiger teilnimmt. Der Mitarbeiter verliert also das eingezahlte Kapital im Falle eines Konkurses ganz oder größtenteils.

Hat er seine Anteile über ein Darlehen der AERO LLOYD finanziert, so wird der Konkursverwalter trotz des Verlustes der Einlage jedoch die Rückzahlung des Darlehens in voller Höhe des ausstehenden Betrages einfordern. Das Insolvenzrisiko kann nicht ausgeschlossen werden, und für die Folgen ist auch keine Garantie erhältlich.

Die Entscheidung, ob er dieses Risiko eingehen will, liegt bei jedem Mitarbeiter, der dies im Hinblick auf seine Vermögenslage und seine Einkommensverhältnisse bedenken muß.“

Der Informationsschrift war der Zeichnungsschein zur Übernahme einer Einlage in der Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft beigelegt. Mit seiner Unter-

4

schrift bestätigte der Mitarbeiter, dass ihm der Inhalt der Informationsschrift bekannt sei. Weiter waren der Gesellschafts-, Beteiligungs- und Darlehensvertrag beigelegt. Diese insgesamt 44 Seiten umfassenden Unterlagen waren durch Leimbindung fest verbunden.

Die Vertragsbeziehungen der Gesellschafter der „A M B Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ (AMB) untereinander bestimmten sich nach dem Gesellschaftsvertrag. Zweck der Gesellschaft war die Beteiligung als typische stille Gesellschafterin an der Schuldnerin, die in dem Vertrag als „A KG“ bezeichnet wird. Gesellschafter konnten nur Mitarbeiter der Schuldnerin sein. Die Gesellschaft konnte frühestens zum 31. Dezember 2008 gekündigt werden. Geschäftsjahr war das Kalenderjahr. Für den Fall des Ausscheidens eines Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis mit der Schuldnerin war bestimmt:

„§ 9

Dauer der Gesellschaft, Kündigung

...

4. Scheidet ein Gesellschafter als Mitarbeiter der A KG aus, so führt dies zum automatischen Ausscheiden des Mitarbeiters aus der Gesellschaft zum Ende des dann laufenden Geschäftsjahres. Die stille Einlage der Gesellschaft bei der A KG wird um die Einlage des ausscheidenden Gesellschafters vermindert.

...“

Hatte der Mitarbeiter seine Einlage über ein Darlehen finanziert, wurde bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft seine Einlage mit dem Darlehen verrechnet (§ 11 Ziff. 1 Buchst. a Gesellschaftsvertrag).

Aufgrund des zwischen der AMB und der Schuldnerin geschlossenen Beteiligungsvertrags beteiligte sich die AMB mit Wirkung zum 1. Januar 1999 an der Schuldnerin als typische stille Gesellschafterin. Der Vertrag war grundsätzlich erstmals zum 31. Dezember 2008 kündbar. Geschäftsjahr war auch hier das Kalenderjahr.

Die AMB war an den Verlusten der Schuldnerin nicht beteiligt (§ 7 Ziff. 6 Beteiligungsvertrag). Bei Beendigung der stillen Gesellschaft sollte der AMB ihr

Guthaben zum Ende des Geschäftsjahres unter Verrechnung mit den noch offenen Darlehen ihrer Gesellschafter, dh. der Mitarbeiter der Schuldnerin, ausgezahlt werden (§ 12 Ziff. 1 *Beteiligungsvertrag*). Schied ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis mit der Schuldnerin und deshalb aus der AMB aus (§ 9 Ziff. 4 *Gesellschaftsvertrag*), wurde dessen anteilige Einlage der AMB unter Verrechnung mit dem noch offenen Darlehensbetrag dieses Mitarbeiters zurückgezahlt (§ 12 Ziff. 3 *Beteiligungsvertrag*). Für den Fall des Konkurses eines der Gesellschafter war jedem Gesellschafter ab Beginn des dritten Monats nach Eröffnung des Konkursverfahrens ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund eingeräumt (§ 10 Ziff. 3 *Buchst. a Beteiligungsvertrag*).

Alle 127 Arbeitnehmer der Schuldnerin, die wie der Beklagte ihre Einlage an der AMB über ein Darlehen der Schuldnerin finanzierten, schlossen mit der Schuldnerin einen - abgesehen von der Darlehenshöhe, die beim Darlehensvertrag mit dem Beklagten 30.000,00 DM (15.338,76 Euro) betrug - einheitlichen Darlehensvertrag. Die Schuldnerin wird auch in diesem Vertrag als „A KG“ bezeichnet. Das Darlehen diene ausschließlich zur Finanzierung der Beteiligung als Gesellschafter an der AMB. Der Darlehensbetrag wurde nicht den Arbeitnehmern als Darlehensnehmern, sondern einem Treuhänder ausbezahlt, der den Betrag als Kapitaleinlage des Darlehensnehmers bei der AMB einzuzahlen hatte. Das Darlehen sollte bis zum 31. Dezember 2008 laufen und konnte von der Schuldnerin nicht vorzeitig gekündigt werden. Es war mit 6,0 % p.a. zu verzinsen. Für den Fall des Ausscheidens des Darlehensnehmers aus dem Arbeitsverhältnis mit der Schuldnerin vor dem 31. Dezember 2008 bestimmte der Darlehensvertrag:

9

„§ 3

Laufzeit, Kündigung

1. ...
2. Scheidet der Darlehensnehmer vor diesem Datum als Arbeitnehmer aus der A KG aus, ist das Darlehen zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus der AMB zur Rückzahlung fällig. Es wird mit der Auszahlung aus dem Guthaben des Darlehensnehmers bei der AMB verrechnet. Dies gilt entsprechend für den Fall des Todes des Mitarbeiters.“

§ 5 Darlehensvertrag regelte die Rückzahlung des Darlehens: 10

„§ 5

Rückzahlung

1. Das Darlehen ist spätestens bei Beendigung der stillen Gesellschaft zwischen der A KG und der AMB zur Rückzahlung fällig. In diesem Fall wird das Darlehen durch Verrechnung mit der Kapitaleinlage des Darlehensnehmers bei der AMB vollständig getilgt. ...

...“

Ein besonderes Kündigungsrecht hatten die Vertragsparteien in § 6 11
vereinbart:

„§ 6

Besonderes Kündigungsrecht

Der Darlehensvertrag kann von jedem Vertragspartner jederzeit ohne Einhaltung einer Frist aus wichtigem Grund gekündigt werden. Als wichtige Gründe gelten insbesondere:

- neben der Eröffnung des Konkursverfahrens auch die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Darlehensgebers,
- neben der Eröffnung des Konkursverfahrens auch die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Darlehensnehmers,

soweit diese Maßnahmen nicht spätestens nach zwei Monaten wieder aufgehoben worden sind. ...“

Im Februar 2005 kündigte der Kläger das Darlehen und verlangte dessen Rückzahlung in der zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch bestehenden Höhe von 13.142,67 Euro. 12

Der Kläger ist der Ansicht, der Beklagte sei zur Rückerstattung des Darlehens verpflichtet, soweit dieses nicht getilgt sei. Er hat zunächst die Auffassung vertreten, mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der dadurch bewirkten Beendigung der stillen Gesellschaft zwischen der Schuldnerin und der AMB sei das Darlehen nach § 5 Ziff. 1 Satz 1 Darlehensvertrag am 13

17. Dezember 2003 zur Rückzahlung fällig geworden. Zuletzt hat er gemeint, sein Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens sei erst mit dem Ausscheiden des Beklagten aus der AMB mit Ablauf des 31. Dezember 2004 entstanden und fällig geworden. Der Kläger ist der Auffassung, die Verrechnungsvereinbarung in § 5 Ziff. 1 Satz 2 Darlehensvertrag gelte nicht für den Fall der Insolvenz. Das ergebe sich insbesondere aus dem Hinweis in der dem Beklagten zugesandten Informationsschrift. Im Übrigen stehe einer Verrechnung das Aufrechnungsverbot des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO entgegen.

Der Kläger hat beantragt:

14

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 13.142,67 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 6 % p.a. seit dem 1. Januar 2003 zu zahlen.

Der Beklagte hat zu seinem Klageabweisungsantrag die Ansicht vertreten, das Darlehen sei aufgrund der getroffenen Vereinbarungen ungeachtet der Insolvenz der Schuldnerin mit seiner Einlage bei der AMB zu verrechnen. Insolvenzrechtliche Aufrechnungsverbote stünden dem nicht entgegen. Die Informationsschrift sei nicht Bestandteil des Darlehensvertrags geworden. Jedenfalls sei er durch diese über das mit der Aufnahme des Darlehens verbundene Risiko nicht hinreichend aufgeklärt worden. Der Hinweis in Ziff. 3.1 Informationsschrift sei in der Fülle des übermittelten Materials untergegangen. Ihm sei der Eindruck vermittelt worden, es handele sich um ein ausschließlich vorteilhaftes Geschäft. Im Übrigen sei der Anspruch des Klägers nach § 24 Abs. 1 Manteltarifvertrag Nr. 6 für das Bodenpersonal der Schuldnerin (*MTV Nr. 6*) vom 12. Mai 1998 verfallen. Der Kläger habe seinen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens nicht innerhalb von drei Monaten nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich geltend gemacht.

15

Der Beklagte hat hilfsweise mit seinem Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage bei der AMB und einem Anspruch auf eine Abfindung „gemäß Regelabfindung“ aufgerechnet. Darüber hinaus hat der Beklagte hilfsweise die Aufrechnung erklärt mit seinem Anspruch auf den Unterschiedsbetrag zwischen dem ihm für die Monate April bis Dezember 2004 gezahlten Arbeitslosengeld

16

und dem ihm für diese neun Monate aufgrund der Beschäftigungsgarantie zustehenden Nettogehalt. Diese Ansprüche hat er unter Anrechnung einer am 15. Oktober 2004 erfolgten Teilzahlung mit 9.517,27 Euro beziffert. Schließlich hat der Beklagte hilfsweise mit einem Anspruch auf Zahlung eines um 9.990,83 Euro höheren Entgelts für die Jahre 1998 bis 2003 aufgerechnet mit der Begründung, mit der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin sei die Geschäftsgrundlage des tariflich vereinbarten Gehaltsverzichts entfallen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Darlehensrückzahlungsanspruch weiter.

17

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Der Beklagte hat das ihm zur Finanzierung der Mitarbeiterbeteiligung gewährte Darlehen in der noch offenen, rechnerisch unstreitigen Höhe von 13.142,67 Euro zurückzahlen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dieser Anspruch ist weder durch Verrechnung oder Aufrechnung erloschen, noch aufgrund der Ausschlussfrist in § 24 Abs. 1 MTV Nr. 6 verfallen. Schließlich kann der Beklagte dem Rückzahlungsanspruch des Klägers auch nicht mit Erfolg einen Anspruch auf Befreiung von der eingegangenen Darlehensverpflichtung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit der Gewährung des Darlehens entgegenhalten.

18

I. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der Rück-
erstattungsanspruch des Klägers nicht durch Verrechnung erloschen.

19

1. Die Vertragsfreiheit gestattet Vereinbarungen zwischen mehreren
Gläubigern und Schuldern, dass ihre wechselseitigen Forderungen durch
Verrechnung getilgt werden. Die Voraussetzungen der Aufrechnung, ins-
besondere die Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen (§ 387
BGB), müssen dann nicht vorliegen, wenn der Schuldner einer Geldforderung,

20

der gleichzeitig Gläubiger einer gegen einen Dritten gerichteten Geldforderung ist, wirksam mit dem Gläubiger und dem Dritten vereinbart, dass die Forderungen durch Verrechnung erlöschen. Sind die Personen, die berechtigt sind, über die zu tilgenden Forderungen zu verfügen, mit der Verrechnung einverstanden, schafft dieses Einverständnis die rechtliche Grundlage für das Erlöschen der zu verrechnenden Forderungen, auch wenn die Voraussetzungen des § 387 BGB nicht vorliegen (*BGH 27. März 1985 - VIII ZR 5/84 - BGHZ 94, 132*).

2. Dabei ist zu differenzieren zwischen Vertragsgestaltungen, aufgrund derer die bestehenden und/oder künftig entstehenden Forderungen ohne Weiteres, dh. ohne gesonderte Aufrechnungserklärung, mit ihrer Entstehung erlöschen, und solchen, bei denen die Aufrechnungswirkung noch nicht unmittelbar erreicht wird, sondern erst eine gesonderte Erklärung des Berechtigten die Tilgungswirkung nach sich zieht. In der ersten Konstellation kann man plakativ von einer „Aufrechnung durch Vertrag“, in der zweiten von einem „Vertrag über die Aufrechnung“ sprechen (*zu dieser Terminologie ausführlich Klaus-Peter Berger Der Aufrechnungsvertrag S. 17 ff.; der BFH 11. Dezember 1984 - VIII R 263/82 - BFHE 143, 1 spricht von einem „verfügenden“ bzw. einem „obligatorischen“ Aufrechnungsvertrag; BAG 17. Februar 2009 - 9 AZR 676/07 - Rn. 23, EzA BGB 2002 § 394 Nr. 2 und Mikosch AR-Blattei SD 270 Rn. 220 verwenden nur für die erstgenannte Gestaltung die Bezeichnung „Aufrechnungsvertrag“*).

3. Der Beteiligungs- und der Gesellschaftsvertrag enthalten jeweils Vereinbarungen, die die in § 5 Ziff. 1 Satz 2 Darlehensvertrag vorgesehene Verrechnung des Darlehensrückzahlungsanspruchs der Schuldnerin mit der Kapitaleinlage des Beklagten bei der AMB trotz fehlender Gegenseitigkeit dieser Ansprüche ermöglichen. Die AMB hat in § 12 Ziff. 1 Buchst. a Beteiligungsvertrag der Verrechnung ihres Guthabens auf dem Einlagekonto mit den gegen ihre Gesellschafter gerichteten Darlehensrückzahlungsansprüchen der Schuldnerin zugestimmt. Die Gesellschafter der AMB haben sich in § 11 Ziff. 1 Buchst. a Gesellschaftsvertrag mit der Verrechnung ihres Guthabens auf dem

Kapitaleinlagekonto mit eventuell zum Ende des Geschäftsjahres noch bestehenden Darlehensrückzahlungsansprüchen der Schuldnerin einverstanden erklärt. Die jeweiligen Gläubiger haben damit die für die Durchführung der Verrechnungsregelung in § 5 Ziff. 1 Satz 2 Darlehensvertrag erforderlichen Zustimmungen vor Fälligkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs erteilt. Sie haben damit keinen „Vertrag über die Aufrechnung“ geschlossen, sondern eine „Aufrechnung durch Vertrag“ in Form einer antizipierten Verrechnungsvereinbarung vorgenommen.

a) Dies folgt schon daraus, dass die Vereinbarungen nur einzelne, genau bezeichnete wechselseitige Forderungen betrafen (vgl. *BFH 11. Dezember 1984 - VIII R 263/82 - BFHE 143, 1*), nämlich den Darlehensrückzahlungsanspruch der Schuldnerin, die Kapitaleinlage des Arbeitnehmers bei der AMB und deren Guthaben bei der Schuldnerin. 23

b) Entscheidend kommt hinzu, dass - im Unterschied zu Konzernverrechnungsklauseln - die Verrechnung nicht nur vorbehalten blieb, sondern in § 5 Ziff. 1 Satz 2 Darlehensvertrag mit der Formulierung „In diesem Fall wird das Darlehen durch Verrechnung ... getilgt“ definitiv vereinbart worden ist. Dem entsprechen die Verrechnungsvereinbarungen in § 11 Ziff. 1 Buchst. a Gesellschaftsvertrag und in § 12 Ziff. 1 Buchst. a Beteiligungsvertrag. 24

c) Eine antizipierte Verrechnungsvereinbarung lag auch im Interesse der Beteiligten. Bei Darlehensfinanzierung der Einlage bei der AMB sollten die Arbeitnehmer das Darlehen möglichst nicht aus ihrem eigenem Vermögen tilgen müssen. Jedes wirtschaftliche Risiko der Arbeitnehmer mit Ausnahme des Insolvenzrisikos sollte ausgeschlossen sein (*Senat 19. März 2009 - 6 AZR 557/07 - Rn. 29 f., AP BGB § 611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 17*). Der Schuldnerin sollte deshalb bei Beendigung der stillen Gesellschaft nicht die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob sie von einer Aufrechnungsbefugnis Gebrauch machen und die Aufrechnungswirkung, die Tilgung des Darlehens durch Verrechnung mit der Kapitaleinlage des Arbeitnehmers bei der AMB, herbeiführen wollte. Die Aufrechnung sollte sich vielmehr im Interesse der Arbeitnehmer unmittelbar und automatisch mit Ent- 25

stehung der Forderungen vollziehen, bei zeitlichem Auseinanderfall dieser Forderungen mit dem zeitlich später entstehenden Recht (vgl. Klaus-Peter Berger *Der Aufrechnungsvertrag* S. 174, 152; vgl. BAG 14. Dezember 1966 - 5 AZR 168/66 - AP BGB § 138 Nr. 26, wonach die Abrede, ein Arbeitgeberdarlehen durch Verrechnung mit dem Lohn zu tilgen, einen vorweggenommenen Aufrechnungsvertrag darstellt).

4. Die antizipierte Verrechnungsvereinbarung wurde allerdings nicht für den Fall der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin getroffen. 26

a) Dafür ist maßgebend, dass ohne das Einverständnis der AMB die Schuldnerin und der Beklagte im Darlehensvertrag nicht wirksam vereinbaren konnten, dass auch im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin deren Darlehensrückzahlungsanspruch gegenüber dem Beklagten mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Einlage verrechnet wird. 27

b) Dieses Einverständnis der AMB lag nicht vor. Für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin war vielmehr die Verrechnung des Darlehensrückzahlungsanspruchs der Schuldnerin ausgeschlossen. Der Beklagte hat in dem von ihm unterschriebenen Zeichnungsschein ua. gegenüber der AMB erklärt, dass ihm die Informationsschrift zur Beteiligung an der Gesellschaft sowie der Entwurf des Gesellschaftsvertrags der AMB nebst Anlagen (*Entwurf des Vertrags über die Stille Einlage sowie Entwurf des Treuhandvertrags*) ausgehändigt wurden, ihm deren Inhalt bekannt ist und dass er mit den Bestimmungen dieser Verträge einverstanden ist. In Ziff. 3.1 Informationsschrift hat die Schuldnerin unter der fettgedruckten und damit vom Schriftbild her deutlich hervorgehobenen Überschrift „Insolvenzrisiko“ zunächst darauf hingewiesen, dass im Falle des Konkurses die Beteiligung an der AMB wertlos werden kann, der Mitarbeiter also das eingezahlte Kapital ganz oder größtenteils verliert. Dieses Risiko für den Mitarbeiter hat die Schuldnerin noch durch die Hinweise verdeutlicht, wonach im Falle der Finanzierung der Anteile durch ein Darlehen der Konkursverwalter trotz des Verlustes der Einlage die Rückzahlung des Darlehens in voller Höhe des 28

ausstehenden Betrags einfordern könne, das Insolvenzrisiko nicht ausgeschlossen werden könne und für die Folgen keine Garantie erhältlich sei.

c) Diese klare Beschreibung des Insolvenzrisikos, insbesondere der ausdrückliche Hinweis auf den Darlehensrückzahlungsanspruch des Konkursverwalters, schließt ein Verständnis aus, dass aufgrund der von der Schuldnerin, der AMB und dem Beklagten getroffenen Vereinbarungen der Darlehensrückzahlungsanspruch auch im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin aufgrund antizipierter Verrechnung erlöschen sollte. 29

5. Selbst wenn die Schuldnerin, die AMB und der Beklagte die vom Landesarbeitsgericht angenommene antizipierte Verrechnungsvereinbarung auch für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin getroffen hätten, wäre diese Vereinbarung insoweit nicht wirksam. 30

a) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin am 17. Dezember 2003 ist die antizipierte Verrechnungsvereinbarung unwirksam geworden, soweit der an diesem Tag noch nicht fällige Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung seiner Einlage bei der AMB und der an diesem Tag ebenfalls noch nicht fällige Anspruch der AMB auf anteilige Rückzahlung ihrer Einlage bei der Schuldnerin mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch des Klägers verrechnet werden sollten. Die erforderliche lückenlose Kette antizipierter Verrechnungsvereinbarungen als Voraussetzung für die in § 5 Ziff. 1 Satz 2 Darlehensvertrag vorgesehene Verrechnung ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchbrochen worden. 31

b) Mit dem Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens, eine gemeinschaftliche Befriedigung der Insolvenzgläubiger herbeizuführen, ist das Fortbestehen antizipierter Verrechnungsvereinbarungen in der Insolvenz unvereinbar (*vgl. für das Kontokorrentverhältnis in der KO BGH 4. Mai 1979 - IZR 127/77 - BGHZ 74, 253; für die InsO: Kayser in HK/InsO 5. Aufl. § 94 Rn. 59; MünchKommInso/Brandes 2. Aufl. Bd. 1 § 94 Rn. 37*). Die Verrechnung bleibt 32

nur hinsichtlich der bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fälligen Forderungen wirksam (vgl. *Kayser in HK/InsO aaO*). Der zur Masse zu ziehende Darlehensrückzahlungsanspruch ist entgegen der vom Kläger zuletzt vertretenen Ansicht nicht erst mit Ablauf des 31. Dezember 2004, sondern bereits am 17. Dezember 2003 mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden (*Senat 19. März 2009 - 6 AZR 557/07 - Rn. 37, AP BGB § 611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 17*). Nach dem Wortlaut des § 5 Ziff. 1 Satz 1 Darlehensvertrag ist das Darlehen bei Beendigung der stillen Gesellschaft unabhängig von den Gründen zur Rückzahlung fällig, die zur Beendigung der stillen Gesellschaft geführt haben. Einschränkungen der Art, dass in bestimmten Fällen trotz der Beendigung der stillen Gesellschaft das Darlehen nicht zur Rückzahlung fällig ist, enthält die Bestimmung nicht. Solche ergeben sich auch nicht aus anderen Vorschriften des Darlehensvertrags. Der Auseinandersetzungsanspruch des Beklagten entstand dagegen erst zeitlich nach dem Darlehensrückzahlungsanspruch. Zwar war die stille Gesellschaft bereits mit der Insolvenzeröffnung aufgelöst (§ 728 Abs. 2 Satz 1 BGB), nach den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen erfolgte die Rückzahlung des verbleibenden Guthabens der AMB als stille Gesellschafterin auch bei Beendigung der Gesellschaft jedoch erst zum Ende des Geschäftsjahres (§ 12 Ziff. 1 Buchst. a *Beteiligungsvertrag*). Das Abfindungsguthaben des Beklagten als Gesellschafter wurde erst zum Ende des Geschäftsjahres fällig, in dem er bei der Schuldnerin ausschied (§ 11 Ziff. 1 Buchst. a *Gesellschaftsvertrag*), und damit erst am 31. Dezember 2004.

c) Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Rechtsgrund für den Anspruch des Gesellschafters auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens bereits mit Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags gelegt und verschafft diesem eine Erwerbssaussicht, die ohne sein weiteres Zutun zu einem vollwertigen Anspruch erstarkt (*BGH 29. Juni 2004 - IX ZR 147/03 - BGHZ 160, 1*). Ist dieser Anspruch bei Insolvenzeröffnung noch nicht entstanden, ist er wie eine betagte oder bedingte Forderung zu behandeln. Die Aufrechnung mit einer bedingten oder betagten Forderung ist dem Insolvenzgläubiger nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht gestattet, wenn die

33

gegen ihn gerichtete Forderung fällig wird, bevor die Aufrechnungslage eintritt. Nach dieser Vorschrift ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann. Diese Voraussetzung ist erfüllt. Anders als im Fall, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. Dezember 2006 (- IX ZR 194/05 - BGHZ 170, 206) zugrunde lag, geht es hier nicht um die Verrechnung unselbständiger Rechnungsposten im Wege der Kontenangleichung, die von der Vorschrift des § 95 InsO nicht erfasst wird, sondern um die Verrechnung selbständiger Forderungen. Der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Darlehens ist nach § 5 Ziff. 1 Satz 1 Darlehensvertrag mit der Beendigung der stillen Gesellschaft und damit mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin am 17. Dezember 2003 fällig geworden. Der Anspruch der AMB auf Rückzahlung ihrer Einlage ist gemäß § 12 Ziff. 1 Buchst. a Beteiligungsvertrag erst zum Ende des Geschäftsjahres und damit erst am 31. Dezember 2003 fällig geworden (§ 2 Ziff. 2 Beteiligungsvertrag). Da der Beklagte mit Ablauf des 31. März 2004 bei der Schuldnerin ausgeschieden ist, war auch sein Anspruch gegen die AMB auf Zahlung seines Abfindungsguthabens am 17. Dezember 2003 noch nicht fällig (§ 9 Ziff. 4, § 11 Ziff. 1 Buchst. a Gesellschaftsvertrag). In dem Ausschluss der Aufrechnung in § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO kommt das Verbot der Fälligestellung nicht fälliger Forderungen des Insolvenzgläubigers zum Ausdruck. Dieser Wertung würde es zuwiderlaufen, wenn der in § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO angeordnete Ausschluss der Aufrechnung durch antizipierte Verrechnungsvereinbarungen umgangen werden dürfte.

d) Die Erwägung des Landesarbeitsgerichts trägt nicht, wonach der Beklagte gegenüber dem Darlehensrückzahlungsanspruch des Klägers mit seinem Anspruch auf Einlagenrückerstattung hätte aufrechnen können, wenn er selbst stiller Gesellschafter der Schuldnerin geworden wäre. Für die Mitarbeiterbeteiligung ist als vertragliche Konstruktion ein zweigliedriges stilles Gesellschaftsverhältnis mit einem mehrgliedrigen Innenverhältnis zwischen der AMB und ihren Gesellschaftern gewählt worden. Das schloss ein unmittelbares Auseinandersetzungsguthaben des Beklagten bei der Schuldnerin aus. Zwar

34

hat der Bundesgerichtshof (21. März 1983 - II ZR 139/82 - ZIP 1983, 561) zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der InsO am 1. Januar 1999 angenommen, dass der typisch stille Gesellschafter einer GmbH in deren Konkurs gegenüber einer gegen ihn bestehenden Forderung der GmbH mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der erbrachten Einlage aufrechnen kann, soweit nicht wegen besonderer Umstände die Einlage der Haftungsmasse zuzurechnen ist. Dieser Entscheidung lag jedoch ein anderer Sachverhalt zugrunde. Anders als in jenem Fall war der Beklagte nicht selbst typisch stiller Gesellschafter der Schuldnerin.

II. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Anspruch nicht nach § 24 Abs. 1 MTV Nr. 6 erloschen. Diese Vorschrift hat den Rückzahlungsanspruch des Klägers nicht erfasst. 35

1. Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 MTV Nr. 6 erlöschen tarifvertragliche Ansprüche von oder gegen ausgeschiedene Arbeitnehmer/innen drei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sofern sie nicht vorher schriftlich geltend gemacht worden sind. Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 MTV Nr. 6 erlöschen Ansprüche aus dem Tarifvertrag während des Beschäftigungsverhältnisses, wenn sie nicht möglichst umgehend, spätestens aber sechs Monate nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht worden sind. Mit den Formulierungen „tarifvertragliche Ansprüche“ und „Ansprüche aus dem Tarifvertrag“ haben die Tarifvertragsparteien die Ausschlussfristen nicht auf alle zwischen den Arbeitsvertragsparteien bestehenden Ansprüche erstreckt, sondern nur auf tarifvertraglich geregelte Ansprüche. Beruht ein Anspruch allein auf einem Gesetz oder einer vertraglichen Abrede der Arbeitsvertragsparteien, unterfällt er damit nicht den Ausschlussfristen des § 24 Abs. 1 MTV Nr. 6. Hätten die Tarifvertragsparteien des MTV Nr. 6 alle Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien den Ausschlussfristen unterwerfen wollen, hätten sie für deren Reichweite nicht auf die Regelung des Anspruchs in einem Tarifvertrag abstellen dürfen. Sie hätten im Wortlaut der tariflichen Regelung zum Ausdruck bringen müssen, dass alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis von den Ausschlussfristen erfasst werden sollen. 36

2. Die Schuldnerin war nicht aufgrund einer tariflichen Regelung, sondern allein nach § 1 Darlehensvertrag verpflichtet, dem Beklagten ein Darlehen zur Verfügung zu stellen. Der Anspruch auf das Darlehen und der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens bei Fälligkeit beruhen damit nicht auf einer tarifvertraglichen Grundlage. Die tariflichen Ausschlussfristen in § 24 Abs. 1 MTV Nr. 6 erstrecken sich deshalb nicht auf den Rückerstattungsanspruch des Klägers. 37
- III. Der Beklagte ist auch nicht mangels ausreichender Aufklärung über die mit dem Abschluss des Darlehensvertrags verbundenen Risiken von der Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens befreit. Es kann dahinstehen, ob hier überhaupt eine Aufklärungspflicht bestand (*für das Bestehen einer solchen Pflicht bei Gewährung des Darlehens unter Bindung an einen bestimmten, im Interesse des Arbeitgebers liegenden Verwendungszweck BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 598/04 - Rn. 58, BAGE 116, 104*). Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts ist der Beklagte mit der Informationsschrift vor Zeichnung seines Anteils bei der AMB über die besonderen Risiken einer Darlehensfinanzierung der Mitarbeiterbeteiligung im Falle der Insolvenz der Schuldnerin hinreichend informiert und aufgeklärt worden. Er ist in Ziff. 3.1 Informationsschrift unter der fettgedruckten und damit vom Schriftbild her deutlich hervorgehobenen Überschrift „Insolvenzrisiko“ unmissverständlich darauf hingewiesen worden, dass im Falle des Konkurses die Beteiligung an der AMB wertlos werden und er das eingezahlte Kapital ganz oder größtenteils verlieren kann. 38
- IV. Schließlich ist der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Darlehens auch nicht durch die vom Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung erloschen (§ 389 BGB). 39
1. Ohne Erfolg erklärt der Beklagte die Aufrechnung mit seinem Schadenersatzanspruch aus § 113 Satz 3 InsO in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem ihm für die Monate April bis Dezember 2004 gezahlten Arbeitslosengeld und dem ihm für diese neun Monate aufgrund der Beschäftigungsgarantie zustehenden Nettogehalt. Zwar hat der Kläger das Arbeitsverhältnis ungeachtet des tariflich bis zum 31. Dezember 2004 vereinbarten Ausschlusses betriebsbedingter Kündigungen bereits zum 31. März 2004 gekündigt (*vgl. zum* 40

Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers aufgrund vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz Senat 25. April 2007 - 6 AZR 622/06 - BAGE 122, 197). Der Anspruch des Beklagten ist aber frühestens mit dem Zugang der Kündigung vom 25. Dezember 2003 und damit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 17. Dezember 2003 entstanden. Die §§ 94 ff. InsO erhalten jedoch lediglich eine bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehende Aufrechnungslage. Entsteht die Gegenforderung des Insolvenzgläubigers erst, nachdem die Forderung der Masse fällig geworden ist, kann der Insolvenzgläubiger nicht aufrechnen. Geschützt ist nur die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens in nicht anfechtbarer Weise erworbene Aufrechnungsbefugnis (*Kayser in HK/InsO 5. Aufl. § 94 Rn. 2*).

2. Auch mit seinem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben kann der Beklagte nicht aufrechnen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Juni 2004 (- IX ZR 147/03 - BGHZ 160, 1), wonach der Ausschluss der Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht auf Fälle anwendbar ist, in denen zunächst lediglich die Forderung der Masse bedingt oder nicht fällig war, hilft dem Beklagten nicht weiter. Anders als in jenem Fall, über den der Bundesgerichtshof am 29. Juni 2004 zu entscheiden hatte, war der Anspruch des Beklagten auf das Auseinandersetzungsguthaben zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht fällig. Abgesehen davon fehlt es an der Gegenseitigkeit der Forderungen (§ 387 BGB). Der Beklagte ist zwar Schuldner der Hauptforderung und Gläubiger der Gegenforderung, der Kläger jedoch nicht Schuldner der Gegenforderung. 41

3. Schließlich rechnet der Beklagte auch ohne Erfolg mit einem „Anspruch auf Abfindung gemäß Regelabfindung“ und mit einem Anspruch auf Zahlung eines um 9.990,83 Euro höheren Entgelts für die Jahre 1998 bis 2003 auf. Der Beklagte hat keinen Anspruch auf eine „Regelabfindung“. Soweit der Beklagte Entgeltdifferenzen für die Jahre 1998 bis 2003 geltend macht, steht der Aufrechnung wiederum entgegen, dass ein etwaiger Anspruch des Beklagten jedenfalls erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden und fällig geworden wäre. 42

V. Gemäß § 4 Ziff. 1 Darlehensvertrag stehen dem Kläger die beanspruchten Zinsen in Höhe von 6 % p.a. zu. 43

VI. Der Beklagte hat gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. 44

Fischermeier

Brühler

Spelge

Kapitza

Koch