



Die Regelung in § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO, wonach bei der Prüfung, ob der Schuldner einem Dritten in einem ständigen Verhältnis Arbeiten oder Dienste gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung leistet, auf alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art der Arbeits- und Dienstleistung, die verwandtschaftlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Dienstberechtigten, Rücksicht zu nehmen ist, erfordert eine fallbezogene Beurteilung und schließt die fallübergreifende Annahme aus, eine Vergütung sei immer dann nicht unverhältnismäßig gering, wenn sie mehr als 75 % der üblichen Vergütung beträgt.

§ 850 h Abs. 2 ZPO

Urteil des BAG vom 22.10.2008 – 10 AZR 703/07 –

Aufhebung und Zurückverweisung des Urteils des LAG Baden-Württemberg vom 16.08.2007 - 11 Sa 8/07 - [UVR 005/2008, S. 330-339](#)

Das Landesarbeitsgericht hat nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen verschleierte Arbeitseinkommens nach § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO erfüllt sind, rechtsfehlerhaft angenommen, eine Vergütung sei schon dann nicht unverhältnismäßig gering i.S.v. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO, wenn die übliche Vergütung um weniger als 25 % unterschritten wird. § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO schließt - so das BAG - diese Annahme aus. Nach dieser Vorschrift sei bei der Prüfung, ob der Schuldner einem Dritten in einem ständigen Verhältnis Arbeiten oder Dienste gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung leiste, sowie bei der Bemessung der angemessenen Vergütung auf alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art der Arbeits- und Dienstleistung, die verwandtschaftlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Dienstberechtigten Rücksicht zu nehmen. Diese gesetzliche Anordnung der Rücksichtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls bei der Beurteilung, ob eine Vergütung unverhältnismäßig gering oder angemessen sei, erfordere eine einzelfallbezogene Würdigung und hindere die fallübergreifende Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass eine Vergütung nicht unverhältnismäßig gering i.S.v. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO sei, wenn sie mehr als 75 % der üblichen Vergütung betrage.

(Vgl. hierzu auch den Hinweis auf den Beitrag von Ahrens in dieser Ausgabe von UVR.)

Das **Bundesarbeitsgericht** hat mit **Urteil vom 22.10.2008 – 10 AZR 703/07 –** wie folgt entschieden:

Tatbestand

1

Die Parteien streiten im Wege der Drittschuldnerklage über die Höhe der angemessenen Vergütung des Streitverkündeten (Schuldners) für die Zeit ab November 2006.

2

Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 1. Oktober 2005 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der T. GbR F und M (T. GbR). Der Schuldner ist Diplomphysiker. Er war Gesellschafter und Geschäftsführer der T. GbR. Seiner nicht erwerbstätigen Ehefrau leistet er Unterhalt. Seit dem 1. November 2006 ist er gegen ein Bruttomonatsgehalt i.H.v. 2.300,00 Euro wöchentlich 40 Stunden bei der Beklagten tätig. Diese wurde am 30. März 2006 gegründet und am 10. April 2006 ins Handelsregister eingetragen. Sie arbeitet auf dem Gebiet der elektronischen Messtechnik und befasst sich wie zuvor die T. GbR mit der Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von Messgeräten aller Art sowie der zugehörigen Software. Nach dem Arbeitsvertrag obliegen dem Schuldner bei der



Beklagten folgende Aufgaben: „Vertrieb mit Schwerpunkt Innendienst, Kundenberatung, gelegentlich Kundenbesuche, Vertriebsbüro, Bürotätigkeiten“. Die Beklagte beschäftigt auch den Gesellschafter der insolventen T. GbR F. Mit einem der Beklagten am 9. Juni 2006 zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 18. Mai 2006 ließ der Kläger das Arbeitseinkommen des Schuldners aus seiner Tätigkeit bei der Beklagten wegen einer titulierten Forderung iHv. 513.468,74 Euro zuzüglich Zinsen und Kosten pfänden und sich zur Einziehung überweisen.

3

Der Kläger ist der Auffassung, der Schuldner arbeite bei der Beklagten gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung. Ab November 2006 sei für die Tätigkeit des Schuldners bei der Beklagten eine monatliche Vergütung iHv. 3.000,00 Euro brutto angemessen. Der Schuldner und sein Mitgesellschafter bei der T. GbR F führten auch bei der Beklagten bei unveränderter Aufgabenverteilung die Geschäfte. Der Geschäftsführer der Beklagten suche diese maximal einmal im Monat auf. Der Schuldner sei bei der T. GbR für die Bereiche Geschäftsleitung, Vertrieb, Sensorik und Fertigung zuständig gewesen. Diese Aufgaben nehme er bei der Beklagten in vergleichbarer Weise wahr und sei bei dieser auch für Personalentscheidungen zuständig. Er trete nur nach außen nicht als Geschäftsführer in Erscheinung. Aus dem für die Tätigkeit des Schuldners angemessenen monatlichen Bruttogehalt iHv. 3.000,00 Euro errechne sich für die Monate November und Dezember 2006 eine Nettovergütung iHv. jeweils 2.066,38 Euro, wovon monatlich 352,05 Euro pfändbar gewesen seien und deshalb von der Beklagten an ihn abzuführen gewesen wären, wenn berücksichtigt werde, dass der Schuldner seiner Ehefrau Unterhalt gewährt habe. Für die Zeit ab Januar 2007 führe ein monatliches Bruttogehalt zu einer Nettovergütung iHv. 2.094,88 Euro und damit unter Berücksichtigung der Unterhaltsgewährung des Schuldners zu einem pfändbaren und an ihn abzuführenden Betrag iHv. monatlich 367,05 Euro.

4

Der Kläger hat, soweit für die Revision von Bedeutung, im Berufungsverfahren zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn für die Monate November 2006 bis Juli 2007 3.273,45 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. ab dem 1. August 2007 an ihn die sich unter Berücksichtigung der aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 18. Mai 2006, Az: 82 M 11654/06, sowie der Freigrenzen ergebenden pfändbaren Beträge zu zahlen mit der Maßgabe, die Zahlung auf die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses zu begrenzen, ausgehend von einem Bruttoeinkommen von 3.000,00 Euro und dem Bestehen einer Unterhaltsverpflichtung für eine Person sind dies derzeit monatlich 367,05 Euro.

5

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Ansicht vertreten, das monatliche Gehalt des Schuldners iHv. 2.300,00 Euro brutto sei nicht unverhältnismäßig gering. Der Schuldner führe ihre Geschäfte nicht. Er habe keine Personalverantwortung und sei auch nicht für die Entwicklung und Produktion verantwortlich. Er sei lediglich der Ansprechpartner für die Bereiche Vertrieb und Sensorik. Die von ihm ausgeübten Tätigkeiten lägen weit unter der Qualifikation eines Diplomphysikers und könnten ebenso gut von einem Techniker oder von einem Mechaniker der Fachrichtung Mess- und Regeltechnik ausgeübt werden.

6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und der Drittschuldnerklage des Klägers teilweise stattgegeben. Es hat, soweit für die Revision von Interesse, ausgehend von einem angemessenen Bruttomonatsgehalt des Schuldners iHv. 2.300,00 Euro die Beklagte verurteilt, an den Kläger für die Monate November 2006 bis Juli 2007 1.699,35 Euro zu zahlen sowie ab August 2007 monatlich 192,05 Euro von der Nettovergütung des Schuldners einzubehalten und an den Kläger abzuführen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageansprüche für die Zeit ab November 2006 weiter, soweit das Landesarbeitsgericht diese abgewiesen hat. Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

7

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Drittschuldnerklage des Klägers nicht teilweise abgewiesen werden, soweit dieser für die Zeit ab November 2006 die Abführung der sich aus einem monatlichen Bruttogehalt des Schuldners iHv. 3.000,00 Euro ergebenden pfändbaren Beträge verlangt hat. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Begriffe der unverhältnismäßig geringen Vergütung und der angemessenen Vergütung in § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs kommt dem Landesarbeitsgericht ein Beurteilungsspielraum zu. Das Landesarbeitsgericht hat zu den Umständen, auf die nach § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO bei der Bemessung der angemessenen Vergütung Rücksicht zu nehmen ist, auch keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

8

I. Das Landesarbeitsgericht hat, soweit für die Revision von Bedeutung, angenommen, der Berechnung des pfändbaren Teils des Arbeitseinkommens des Schuldners sei ab November 2006 nicht ein Bruttomonatsgehalt iHv. 3.000,00 Euro, sondern das zwischen dem Schuldner und der Beklagten vereinbarte monatliche Bruttogehalt iHv. 2.300,00 Euro zugrunde zu legen. Allerdings habe die übliche monatliche Bruttovergütung für die vom Schuldner ab November 2006 erbrachte Arbeitsleistung 3.000,00 Euro betragen. Dafür maßgebend seien die Vollzeitbeschäftigung des Schuldners und die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Bedeutung seiner Tätigkeit. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der für die Endkontrolle und das Internet zuständige Mitarbeiter D bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 25 Stunden eine monatliche Bruttovergütung von 2.012,85 Euro und somit ein relativ höheres Gehalt beziehe als der Schuldner. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, dass sie nicht in der Lage sei, dem Schuldner ein höheres Gehalt zu zahlen. Sie habe eine schlechte finanzielle Situation nicht behauptet. Entscheidend sei, dass die Beklagte selbst vorgetragen habe, die vom Schuldner ausgeübte Tätigkeit könne auch von einem Techniker, einem qualifizierten Handwerks- oder Industriemeister oder einem Mechaniker der Fachrichtung Mess- und Regeltechnik verrichtet werden. Die monatlichen Tariflöhne für solche Arbeitnehmer lägen nicht im Bereich von 2.300,00 Euro brutto, sondern im Bereich von 3.000,00 Euro brutto, teilweise auch darüber. Dennoch könne nicht von einem verschleierten Arbeitseinkommen ausgegangen werden. Eine unverhältnismäßig geringe



Vergütung iSv. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO liege nicht vor, wenn wie hier die übliche Vergütung um weniger als 25 % unterschritten werde. Es komme hinzu, dass die Beklagte sich noch in der Aufbauphase befunden habe. Unberücksichtigt könne auch nicht bleiben, dass bei der Beklagten nicht mehr als zehn Arbeitnehmer tätig seien und die Beklagte neben dem Schuldner auch noch seinen früheren Mitgesellschafter bei der T. GbR F beschäftige. Eventuell anfallende Geschäftsleitungsaufgaben verteilen sich somit auf zwei von zehn Mitarbeitern und verlören dadurch an Gewicht. Außerdem müssten insgesamt zehn Mitarbeiter die Vergütung für überproportional viele Mitglieder der Geschäftsleitung erarbeiten. Unter diesen Umständen könne nicht von einer unverhältnismäßig geringen Vergütung des Schuldners ausgegangen werden.

9

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern und halten den Angriffen der Revision nicht stand.

10

1. Allerdings kam dem Landesarbeitsgericht bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe der unverhältnismäßig geringen Vergütung und der angemessenen Vergütung in § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO ein Beurteilungsspielraum zu (*BAG 12. März 2008 - 10 AZR 148/07 - AP ZPO § 850h Nr. 20 = EzA ZPO 2002 § 850h Nr. 2*). Das Revisionsgericht kann deshalb nur überprüfen, ob die Rechtsbegriffe verkannt worden sind, bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter diese Rechtsbegriffe Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt worden sind, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind oder das Ergebnis widersprüchlich ist (*st. Rspr., vgl. BAG 13. November 2007 - 9 AZR 36/07 - AP TzBfG § 8 Nr. 25 = EzA TzBfG § 8 Nr. 20; 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 62 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 29; 6. Juni 2007 - 4 AZR 456/06 - ZTR 2008, 156, jeweils mwN*). Auch dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle hält die Begründung des Landesarbeitsgerichts nicht stand.

11

2. Das Landesarbeitsgericht hat zunächst mit Recht auf die übliche Vergütung für die Tätigkeit des Schuldners abgestellt (*BAG 23. April 2008 - 10 AZR 168/07 - NZA 2008, 896; 12. März 2008 - 10 AZR 148/07 - AP ZPO § 850h Nr. 20 = EzA ZPO 2002 § 850h Nr. 2; 24. Mai 1965 - 3 AZR 287/64 - BAGE 17, 172*). Es hat jedoch bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen verschleierte Arbeitseinkommens nach § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO erfüllt sind, rechtsfehlerhaft angenommen, eine Vergütung sei schon dann nicht unverhältnismäßig gering iSv. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO, wenn die übliche Vergütung um weniger als 25 % unterschritten wird.

12

a) Der Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts zulässig ist, soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird (*11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - AP BGB § 308 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 6 mwN*) und bei einer Vereinbarung von Arbeit auf Abruf die einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit des Arbeitnehmers nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen darf (*7. Dezember 2005 - 5 AZR 535/04 - BAGE 116, 267*), geht fehl. Dies gilt auch für den Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf die Entscheidung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 26. April 2006 (*- 5 AZR 549/05 - BAGE 118, 66*), wonach gegen die Regelung der Mindestvergütung angestellter Lehrkräfte iHv. 75 % des Gehalts der ver-

gleichbaren im öffentlichen Dienst stehenden Lehrkräfte keine rechtlichen Bedenken bestehen.

13

aa) Die Fiktion des § 850h Abs. 2 ZPO betrifft im Gegensatz zu den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur 25 %-Grenze beim Widerrufsvorbehalt, bei der Vereinbarung von Arbeit auf Abruf und bei der Mindestvergütung angestellter Lehrkräfte nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien. § 850h Abs. 2 ZPO schützt das Interesse des Vollstreckungsgläubigers an der Durchsetzung seiner Forderung gegen einen Schuldner, der für einen Dritten arbeitet oder sonst Dienste leistet, ohne eine entsprechende angemessene Vergütung zu erhalten (*BAG 12. März 2008 - 10 AZR 148/07 - AP ZPO § 850h Nr. 20 = EzA ZPO 2002 § 850h Nr. 2*). Das Gesetz behandelt diesen Dritten beim Vollstreckungszugriff des Gläubigers so, als ob er dem Schuldner zu einer angemessenen Vergütung verpflichtet sei (*BGH 8. März 1979 - III ZR 130/77 - NJW 1979, 1600*). Es handelt sich um einen fiktiven Anspruch auf Vergütung, aus dem der Schuldner selbst keinerlei Rechte herleiten kann (*vgl. BGH 24. März 1964 - VI ZR 244/62 - VersR 1964, 642, 644; Musielak/Becker ZPO 6. Aufl. § 850h Rn. 19*). Die angemessene Vergütung ist nach § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO nur im Verhältnis des Gläubigers zu dem Empfänger der Arbeits- und Dienstleistungen als geschuldet anzusehen (*BAG 12. März 2008 - 10 AZR 148/07 - AP ZPO § 850h Nr. 20 = EzA ZPO 2002 § 850h Nr. 2; vgl. 15. Juni 1994 - 4 AZR 317/93 - AP ZPO § 850h Nr. 18 = EzA ZPO § 850h Nr. 5*).

14

bb) Es kommt hinzu, dass auch im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien eine Vergütung nicht stets als angemessen anzusehen ist, wenn sie die übliche Vergütung um weniger als 25 % unterschreitet. Wenn der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 26. April 2006 (*- 5 AZR 549/05 - BAGE 118, 66*) fallbezogen angenommen hat, dass eine Vergütung angestellter Lehrkräfte, die 75 % der Vergütung der im Land Brandenburg im öffentlichen Dienst stehenden Lehrkräfte unterschreitet, nicht mehr den guten Sitten iSv. § 138 BGB entspricht, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass eine Vergütung, die diese Grenze wahrt, stets angemessen ist. Ist eine Entgeltvereinbarung nicht sittenwidrig, folgt daraus noch nicht, dass die vereinbarte Vergütung nicht unverhältnismäßig gering ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*8. Mai 2003 - 6 AZR 191/02 - AP BBiG § 10 Nr. 14 = EzA BBiG § 10 Nr. 10; 10. April 1991 - 5 AZR 226/90 - BAGE 68, 10, 15*) ist eine vereinbarte Ausbildungsvergütung in der Regel nicht erst dann nicht mehr angemessen iSv. § 10 Abs. 1 Satz 1 BBiG aF (nunmehr § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG), wenn sie die in einem einschlägigen Tarifvertrag geregelte Vergütung um mehr als 25 % unterschreitet, sondern bereits dann, wenn sie weniger als 80 % der tariflichen Vergütung beträgt.

15

b) Maßgebend ist, dass § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO die Annahme ausschließt, dass eine Vergütung nicht unverhältnismäßig gering iSv. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO ist, wenn die übliche Vergütung um weniger als 25 % unterschritten wird. Nach § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO ist bei der Prüfung, ob der Schuldner einem Dritten in einem ständigen Verhältnis Arbeiten oder Dienste gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung leistet, sowie bei der Bemessung der angemessenen Vergütung auf alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art der Arbeits- und Dienstleistung, die verwandtschaftlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten und die wirt-



schaftliche Leistungsfähigkeit des Dienstberechtigten Rücksicht zu nehmen. Diese gesetzliche Anordnung der Rücksichtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls bei der Beurteilung, ob eine Vergütung unverhältnismäßig gering oder angemessen ist, erfordert eine einzelfallbezogene Würdigung und hindert die fallübergreifende Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass eine Vergütung nicht unverhältnismäßig gering iSv. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO ist, wenn sie mehr als 75 % der üblichen Vergütung beträgt.

16

3. Auch die zusätzlichen, teilweise widersprüchlichen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts begründen nicht die Angemessenheit des monatlichen Bruttogehalts des Schuldners iHv. 2.300,00 Euro.

17

a) Das Landesarbeitsgericht hat schon keine klaren und eindeutigen Feststellungen zur Art der Arbeitsleistung des Schuldners getroffen, auf die nach § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO bei der Beurteilung, ob eine Vergütung unverhältnismäßig gering oder angemessen ist, Rücksicht zu nehmen ist. Es hat einerseits angenommen, dass sich die Bedeutung der Tätigkeit des Schuldners aus dem Arbeitsvertrag ergibt, die von ihm ausgeübte Tätigkeit allerdings nicht nur von einem Diplomphysiker, sondern auch von einem Techniker, einem qualifizierten Handwerks- oder Industriemeister oder einem Mechaniker der Fachrichtung Mess- und Regeltechnik verrichtet werden könnte. Andererseits hat das Landesarbeitsgericht berücksichtigt, dass die Beklagte neben dem Schuldner auch dessen Mitgesellschafter bei der T. GbR F beschäftigt und sich „eventuell anfallende Geschäftsleitungsaufgaben“ somit auf zwei von zehn Mitarbeiter verteilen, dadurch an Gewicht verlören und außerdem insgesamt lediglich zehn Arbeitnehmer die Vergütung für überproportional viele Mitglieder der Geschäftsleitung erarbeiten müssten. Sollte der Schuldner nicht nur die im Arbeitsvertrag beschriebenen Aufgaben, sondern zusätzlich noch Geschäftsleitungsaufgaben wahrgenommen haben, dürfte dies bei der Beurteilung der Angemessenheit seiner Vergütung nicht in der Weise berücksichtigt werden, dass eine geringere Vergütung angemessen ist als dies ohne die Wahrnehmung der Geschäftsführeraufgaben der Fall wäre.

18

b) Die Ausführungen und Erwägungen des Landesarbeitsgerichts zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beklagten sind widersprüchlich. Das Landesarbeitsgericht hält zunächst den Umstand, dass der für die Endkontrolle und das Internet zuständige Mitarbeiter D bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 25 Stunden eine monatliche Bruttovergütung von 2.012,85 Euro und somit ein relativ höheres Gehalt bezieht als der Schuldner, für nicht nachvollziehbar. Es stellt dann fest, dass die Beklagte eine schlechte finanzielle Situation nicht behauptet und nicht vorgetragen hat, dass sie nicht in der Lage ist, dem Schuldner ein höheres Gehalt zu zahlen. Im Widerspruch zu diesen Feststellungen berücksichtigt das Landesarbeitsgericht dann zu Lasten des Klägers bei der Beurteilung, ob die Vergütung des Schuldners unverhältnismäßig gering oder angemessen ist, dass sich die Beklagte in der Aufbauphase befunden hat und es sich bei der Beklagten um einen Kleinbetrieb mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern handelt. War die finanzielle Situation der Beklagten entsprechend der Feststellung des Landesarbeitsgerichts nicht schlecht und war die Beklagte in ihrer Aufbauphase bereits in der Lage, anderen Arbeitnehmern die übliche Vergütung zu zahlen, ist bei der Beurteilung ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit iSv. § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO der Umstand ohne Bedeutung, dass sie sich noch in der Aufbauphase befunden hat. Die in § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO angeordnete Rücksichtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls kann zwar dazu führen, dass bei der Beurteilung der



Angemessenheit der Vergütung des Schuldners die Betriebsgröße ins Gewicht fällt, insbesondere wenn der Schuldner die Geschäfte führt und den Betrieb leitet. Beträgt das Tarifgehalt oder die übliche Vergütung entsprechend der Annahme des Landesarbeitsgerichts monatlich 3.000,00 Euro brutto, wird bei wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Drittschuldners allerdings auch in einem Kleinbetrieb ein Bruttomonatsgehalt des Schuldners von 2.300,00 Euro nur in seltenen Ausnahmefällen aufgrund besonderer Umstände im Verhältnis des Gläubigers zum Arbeitgeber des Schuldners als nicht unverhältnismäßig gering anzusehen sein.

19

III. Das Landesarbeitsgericht hat bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen verschleierte Arbeitseinkommens vorliegen, entgegen § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht auf alle Umstände des Falls Rücksicht genommen, insbesondere keine eindeutigen Feststellungen zur Art der vom Schuldner im Klagezeitraum ausgeübten Tätigkeit getroffen. Es hat nicht geprüft, ob der Schuldner entsprechend der Behauptung der Beklagten nur die im Arbeitsvertrag beschriebenen Aufgaben oder gemäß dem Vorbringen des Klägers wie bei der T. GbR auch Geschäftsführeraufgaben wahrnimmt. Diese Prüfung hat das Landesarbeitsgericht jedenfalls dann nachzuholen, wenn nicht bereits die von der Beklagten behauptete Tätigkeit des Schuldners zu einer im Verhältnis der Parteien als angemessen anzunehmenden monatlichen Bruttovergütung des Schuldners iHv. mindestens 3.000,00 Euro führt. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beklagten wird das Landesarbeitsgericht darauf Rücksicht zu nehmen haben, dass nach den von ihm getroffenen Feststellungen die Beklagte sich in ihrer Aufbauphase nicht in einer schlechten wirtschaftlichen Situation befunden hat und in der Lage war, anderen Beschäftigten die übliche Vergütung zu zahlen.