



1. Ein verschleiertes Arbeitseinkommen im Sinne des § 850 h Abs. 2 ZPO liegt vor, wenn der Schuldner einem Dritten in ständigem Arbeitsverhältnis Dienste leistet, hierfür aber nur eine unverhältnismäßig geringere als die übliche Vergütung erhält.
2. Beim Unterschreiten der üblichen Vergütung um weniger als 25 Prozent kann noch nicht von einer unverhältnismäßig geringen Vergütung ausgegangen werden.

§§ 850 h Abs. 2, 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO

Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 16.08.2007 – 11 Sa 8/07 –  
Aufhebung des Urteils des AG Freiburg vom 22.01.2007 - 11 Ca 298/06 -;  
vom Ausgang des Revisionsverfahrens beim BAG - 10 AZR 703/07 - wird berichtet

1. Sinn und Zweck des § 850 h Abs. 2 ZPO sei es - so das LAG -, die Zugriffsmöglichkeiten des Gläubigers zu verbessern in Fällen, in denen für Dienst- oder Arbeitsleistungen keine angemessene Vergütung vereinbart und gezahlt werde. Typische Fallgestaltungen seien Arbeitsverhältnisse mit Ehegatten, nahen Verwandten, Lebenspartnern oder Kindern. Ein Ausgleich für das nicht gezahlte angemessene Entgelt werde hier häufig geschaffen durch Unterhaltsleistungen, etwa in Form von Sachleistungen (Wohnung, Kleidung, Autonutzung) oder auch durch finanzielle Unterstützung. Diese freiwilligen Leistungen seien aber dem Zugriff des Gläubigers entzogen. § 850 h Abs. 2 ZPO solle deshalb dem Gläubiger die Zugriffsmöglichkeit gewähren, die er hätte, wenn zwischen Schuldner und Drittschuldner eine angemessene Vergütung vereinbart und gezahlt worden wäre.  
Die Bestimmung der angemessenen Vergütung könne also erfolgen, wenn Arbeiten geleistet würden, die üblicherweise vergütet würden und wenn nur eine unverhältnismäßig geringe Vergütung gezahlt werde. Die Voraussetzungen für die Vergütungsbestimmung habe hier der klagende Insolvenzverwalter darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen. Dabei müsse der streitige Lebenssachverhalt nicht in allen Einzelheiten dargestellt werden. Vielmehr sei der Darlegungspflicht bereits dann genügt, wenn diejenigen Umstände vorgetragen würden, aus denen sich die gesetzlichen Voraussetzungen ergäben. Soweit insoweit schlüssige Darlegungen des klagenden Insolvenzverwalters vorlägen, sei gerade bei Drittschuldnerklagen ein substantiiertes Bestreiten zu verlangen. Der Drittschuldner kenne die Umstände der Beschäftigung des Schuldners aufgrund Sachnähe, es seien deshalb an ihr Bestreiten erhebliche Anforderungen zu stellen.
2. Das LAG Baden-Württemberg ist der Auffassung, dass beim Unterschreiten der üblichen Vergütung um weniger als 25 Prozent nicht von einer unverhältnismäßig geringen Vergütung im Sinne des § 850 h ZPO gesprochen werden kann. Soweit erkennbar, habe das Bundesarbeitsgericht bislang nicht entschieden, um wie viel Prozent die übliche Vergütung unterschritten werden müsse, um eine unverhältnismäßig geringe Vergütung annehmen zu können. Das Landesarbeitsgericht Hamm habe die Grenze auf 30 Prozent festgelegt (Urteil vom 22.09.1992 - 2 Sa 1823/91 - LAGE Nr. 4 zu § 850 h ZPO, HVBG-Info 15/1993, S. 1323). Das Bundesarbeitsgericht habe in seiner Entscheidung vom 26.04.2006 in anderem Zusammenhang gegen die Regelung der Mindestvergütung angestellter Lehrkräfte in Höhe von 75 Prozent des Gehalts der vergleichbaren im öffentlichen Dienst stehenden Lehrkräfte keine rechtlichen Bedenken geäußert (Urteil vom 26.04.2006 - 5 AZR 549/05 - DB 2006, 2467). Es habe in seinem weiteren Urteil vom 11.10.2006 (5 AZR 721/05 - DB 2007, 170) ausgeführt, dass ein Widerruf übertariflicher Leistungen dann möglich sei, wenn diese nicht mehr als 25 Prozent des Gesamtverdienstes betragen. Die so erhobene Grenze von 25 Prozent in anderem Zusammenhang könne auch einen Hinweis darauf geben, welche Unterschreitungen einer üblichen Vergütung noch als zulässig angesehen werden könnten. Im vorliegenden Fall sei die Marge von 75 Prozent aber nicht unterschritten (es folgen Ausführungen zu den Verhältnissen im konkreten Einzelfall).

Das **Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg** hat mit **Urteil vom 16.08.2007**  
**- 11 Sa 8/07 -**  
wie folgt entschieden:

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Wege der Drittschuldnerklage über die Verpflichtung der Beklagten zur Auskehrung gepfändeter Beträge und zur Zahlung eines Schadensersatzes an den Kläger.

Der Kläger ist mit Beschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 01.10.2005 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. GbR F. und M. bestellt worden. Die Beklagte wurde am 30.03.2006 gegründet und am 10.04.2006 als GmbH in das Handelsregister eingetragen. Sie befasst sich mit der Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von Messgeräten aller Art sowie der zugehörigen Software. Entsprechende Tätigkeiten hatte auch die ehemalige T. GbR verrichtet. Ebenso wie der frühere Gesellschafter der T. F. ist auch sein damaliger Mitgesellschafter M., ein Diplom-Physiker, nunmehr für die Beklagte tätig. Seit wann, in welchem Umfang und mit welchen Aufgaben ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger macht in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter eine titulierte Forderung über € 513.468,74 nebst Zinsen und Kosten aus dem Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 02.02.2006 gegen Herrn M., dem er den Streit verkündet hat, geltend. Durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 18.05.2006, Az. 82 M 11654/06, ließ der Kläger das Arbeitseinkommen des Streitverkündeten aus dessen Tätigkeit für die Beklagte pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Zugestellt wurde der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss der Beklagten am 09.06.2006 verbunden mit der Aufforderung, die üblichen Fragen gemäß § 840 ZPO zu beantworten. Die Beklagte reagierte mit Schreiben vom 22.06.2006, teilte mit, dass die Forderung grundsätzlich anerkannt werde und Bereitschaft bestünde Zahlungen zu leisten, dies gelte jedoch nur für den Fall, dass ein Arbeitsvertrag mit Herrn M. zustande komme. Bis jetzt stehe man mit ihm erst in Vertragsverhandlungen. Man werde den Kläger umgehend über den Vertragsschluss unterrichten. In einem weiteren Schreiben vom 18.07.2006 teilte die Beklagte dem Kläger mit, ein Arbeitsvertrag sei in Vorbereitung aber noch nicht unterzeichnet. Es gebe gegenwärtig keinen Grund, aus der Tätigkeit von Herrn M. irgendwelche Zahlungen zu leisten.

Tatsächlich war der Streitverkündete M. für die Beklagte bereits seit Gründung der Gesellschaft tätig. In welchem Zeitumfang und mit welchen Aufgaben, ist zwischen den Parteien streitig. Seit Juli 2006 ist der Streitverkündete verheiratet, seine Ehefrau ist nicht erwerbstätig. Die Beklagte schloss mit dem Streitverkündeten schließlich einen schriftlichen Arbeitsvertrag, wonach zum 01.09.2006 sein Arbeitsverhältnis begann, zunächst auf der Basis von 30 Wochenstunden, ab 01.11.2006 auf der Basis von 40 Wochenstunden, die Vergütung belief sich danach zunächst auf € 1.400,00, sodann auf € 2.300,00, als Aufgabenstellung war vereinbart Vertrieb mit Schwerpunkt Innendienst, Kundenberatung, gelegentlich Kundenbesuche, Vertriebsbüro, Bürotätigkeiten.

Irgendeine Überweisung gepfändeter Gehaltsansprüche des Streitverkündeten seitens der Beklagten an den Kläger erfolgte nicht.

Der Kläger hat behauptet, der Streitverkündete übe seit Errichtung der Beklagten vollschichtig Geschäftsführertätigkeiten aus. Umfang und Art der Arbeitsleistung unterschieden sich nicht gegenüber der früheren Geschäftsführertätigkeit für die eigene inzwischen insolvente T. GbR. Bei jedem Besuch des Prozessbevollmächtigten des Klägers sei der Streitverkündete in den Räumen der Beklagten angetroffen worden. Auf der Homepage der Beklagten sei der Streitverkündete wie früher bei der T. GbR als Ansprechpartner für



Technik und Sensorik genannt. Der Streitverkündete sei für die Personalentscheidungen bei der Beklagten zuständig und trete nach Außen wie ein Geschäftsführer in Erscheinung. Der von der Beklagten bestellte Geschäftsführer Herr R. dagegen führe die Geschäfte nicht. Eine Änderung in der Außendarstellung der Beklagten gegenüber der Insolvenzschuldnerin sei für Kunden kaum erkennbar. Auch den Namen T. habe die Beklagte jedenfalls zunächst weiter verwendet. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, für die vom Streitverkündeten ausgeführten Tätigkeiten sei ein Bruttoeinkommen von € 3.000,00 monatlich angemessen. Hieraus seien für die Monate Mai bis August monatlich € 500,40 pfändbar und abzuführen gewesen, was unter Berücksichtigung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 18.05.2006 einen fälligen Gesamtanspruch von € 1.751,20 ergebe, ab 01.09.2006 seien sodann unter Berücksichtigung der Unterhaltsverpflichtung für eine Person monatlich noch € 172,05 pfändbar. Der Kläger hat ferner einen Schadensersatzanspruch nach § 840 ZPO geltend gemacht in Höhe von € 387,90, weil die Beklagte ihrer Auskunftspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei. Dieser errechne sich aus einem Gegenstandswert von € 15.762,40 unter Berücksichtigung einer 0,65 Geschäftsgebühr und der Auslagenpauschale.

Der Kläger hat folgende **Anträge gestellt**:

1. Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate Mai bis August 2006 € 1.751,20 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 750,40 seit dem 19.07.2006 und aus € 1.000,80 seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, ab 01.09.2006 an den Kläger die sich unter Berücksichtigung der aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 18.05.2006, Az.: 82 M 11654/06, ergebenden Freigrenzen pfändbaren Beträge zu zahlen mit der Maßgabe, die Zahlungen auf die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses zu begrenzen und ausgehend von einem monatlichen Bruttoeinkommen von € 3.000,00, dem Bestehen einer Unterhaltsverpflichtung für eine Person, sind dies monatlich € 172,05 netto,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 387,90 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat

Klagabweisung **b e a n t r a g t**.

Sie hat vorgetragen, der Streitverkündete M. sei erst seit 01.09.2006 bei ihr angestellt und zwar als Vertriebsmitarbeiter mit dem Schwerpunkt Innendienst. Er arbeite weisungsgebunden und führe gerade nicht die Geschäfte im bisherigen Umfang fort. Er sei erste Anlaufstelle der Firma für technische Rückfragen von Kunden und Interessenten und entscheide, ob er diese selbst beantworten oder an einen anderen Mitarbeiter weiterleiten müsse. Für Personalentscheidungen sei er nicht zuständig, er habe in der Vergangenheit allenfalls Empfehlungen an die Geschäftsleitung ausgesprochen. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die tatsächlich gezahlte Vergütung von € 2.300,00 sei bei vollschichtigem Einsatz des Streitverkündeten ab 01.11.2006 als angemessen und branchenüblich anzusehen. In der Zeit vom 01.09. bis 31.10. habe der Streitverkündete dagegen nur 30 Wochenstunden gearbeitet und € 1.400,00 verdient, vor dem 01.09. sei keinerlei Vergütung geflossen, der Kläger habe vielmehr in Absprache mit der Arbeitsverwaltung eine Maßnahme im Einzelfall gemäß § 48 ff. SGB III durchgeführt und sei von dort gefördert worden. Im Zuge dieser Maßnahme habe der Streitverkündete im Juni 2006 auch nur 70



Arbeitsstunden, im Juli 2006 25 und im August 2006 85 Arbeitsstunden für die Beklagte erbracht.

Bezüglich weiterer Einzelheiten des Parteinvorbringens erster Instanz wird auf die dort gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf den Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, gepfändete Lohnanteile des Streitverkündeten an den Kläger abzuführen. Für Mai 2006 nicht, weil der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erst am 09.06. zugestellt worden sei, für Juni bis August nicht, weil in dieser Zeit kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Streitverkündeten und der Beklagten bestanden habe, der Streitverkündete habe vielmehr Leistungen des Arbeitsamtes in Anspruch genommen. Für den Zeitraum September bis November 2006 sei die Klage auf zukünftige Leistungen unzulässig gewesen, weil der Kläger beziffert auf Zahlung des nicht abgeführten Betrages hätte klagen können. Auch für die Folgemonate aber sei ein Anspruch des Klägers nicht feststellbar gewesen. Aufgrund der vom Kläger vorgetragene(n) Tatsachen sei das Gericht nicht zu der Überzeugung gelangt, das mit dem Streitverkündeten vereinbarte Gehalt von € 2.300,00 bei Vollzeitbeschäftigung sei unangemessen niedrig. Zum einen lasse sich dem Vortrag des Klägers nicht entnehmen, mit welchem Gewicht der Streitverkündete welche Tätigkeiten ausführe noch, warum für diese Art der Beschäftigung in einer neu gegründeten und sich noch im Aufbau befindlichen Gesellschaft € 3.000,00 als angemessen zu erachten seien. Selbst bei einem üblichen Bruttoeinkommen von € 3.000,00 aber könne eine Entlohnung mit € 2.300,00 nicht als unangemessen niedrig angesehen werden. Dem Kläger stehe auch kein Schadensersatzanspruch zu, da die Voraussetzungen des § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht vorlägen. Die Beklagte sei der ihr obliegenden Erklärungsverpflichtung mit Schreiben vom 22.06.2006 nachgekommen. Der Kläger habe nicht vorgetragen, dass die Beklagte nach Ablauf des 31.08.2006 erforderliche Informationen nicht erteilt habe.

Gegen das ihm am 26.01.2007 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 31.01.2007 Berufung eingelegt und diese mit Ablauf der verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 26.04.2007 begründet. Dabei beschränkt er seine Klage insoweit als er Ansprüche für Mai 2006 nicht mehr geltend macht, stellt sie insofern um als er Ansprüche bis 31.07.2007 beziffert und zukünftige Leistungen ab 01.08.2007 verlangt und erweitert die Klage dahingehend, dass er die monatlich pfändbaren Beträge für Juni 2006 auf € 528,40, für Juli bis Dezember 2006 auf € 352,05 und ab Januar 2007 teils beziffert, teils als zukünftige Leistungen mit monatlich € 367,05 geltend macht. Auch den Schadensersatzanspruch erweitert er auf nunmehr € 755,80.

Der Kläger hält das angegriffene Urteil für unzutreffend. Unbeschadet eines eventuellen Praktikumsvertrags zwischen dem Streitverkündeten und der Beklagten habe dieser die bereits erstinstanzlich vorgetragene(n) Arbeiten für die Beklagte verrichtet, weshalb von einem verschleierte(n) Arbeitseinkommen im Sinne des § 850 h Abs. 2 ZPO auszugehen sei. Die zusätzliche missbräuchliche Inanspruchnahme von Leistungen der Bundesagentur für Arbeit - schließlich sei der Streitverkündete mitnichten ausgebildet worden - führe nicht zum Wegfall der gegebenen Voraussetzungen des § 850 h Abs. 2 ZPO. In mehreren Schreiben an das Insolvenzgericht im Januar und Februar 2006 sei seitens der Beklagten auf die Unentbehrlichkeit des Streitverkündeten M. hingewiesen worden. Schon angesichts dessen sei von einem angemessenen Einkommen des Streitverkündeten von € 3.000,00 auszugehen. Für den Zeitraum ab 01.09.2006 habe das Arbeitsgericht zu Unrecht ohne Beweisaufnahme den Vortrag des Klägers bezüglich der Art der Arbeitsleistung





des Klägers unbeachtet gelassen. Für die Zuständigkeit des Streitverkündeten in den Bereichen Geschäftsleitung, Personal, Vertrieb, Sensorik, Fertigung und Entwicklung sei seitens des Klägers Beweisantritt erfolgt, dem zwingend hätte nachgegangen werden müssen. Nicht nachvollziehbar sei, warum das Arbeitsgericht selbst von einer unverhältnismäßigen Minderentlohnung ausgehe, wenn die Vergütung etwa 20 bis 30 Prozent hinter der üblichen Vergütung zurückbleibe, dann aber eine Differenz von 24 Prozent noch für vertretbar halte. Auch der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei geschuldet, die anwaltliche Inanspruchnahme sei erforderlich und geboten gewesen, nachdem ein verschleiertes Arbeitseinkommen des Streitverkündeten von Anfang an vorgelegen, im Übrigen aber auch die unstreitig pfändbaren Beträge nicht abgeführt worden seien.

Der Kläger **stellt die Anträge,**

1. an den Kläger für die Monate Juni 2006 bis Juli 2007 € 5.051,53 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
2. ab 01.08.2007 an den Kläger die sich unter Berücksichtigung der aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 18.05.2006, Az: 82 M 11654/6, 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 und dem Bestehen einer Unterhaltspflicht für eine Person sind dies derzeit monatlich € 367,05;
3. an den Kläger € 755,80 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte **b e a n t r a g t,**

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts als zutreffend. So habe der Streitverkündete vom 01. Januar bis 31. August 2006 Sozialhilfe bezogen und habe auf Vorschlag der Agentur für Arbeit für die Zeit vom 26.06. bis 26.08.2006 einen Praktikumsvertrag abgeschlossen. Der Vorwurf des Missbrauchs liege dabei völlig neben der Sache. Vom 01.09. bis 31.10.2006 habe der Streitverkündete in der Tat 30 Wochenstunden gearbeitet, so wie andere Mitarbeiter auch verkürzte Arbeitszeiten aufgewiesen hätten. Der Streitverkündete sei weder de facto als Geschäftsführer tätig, noch habe er Personalverantwortung oder Verantwortung für Entwicklung und Produktion. Er sei zwar Ansprechpartner für Vertrieb und Sensorik, hierbei gehe es aber um handelsübliche Zukaufteile, die im Hause konfektioniert werden, damit sie mit den Geräten der Beklagten verwendbar seien. Alle anfallenden Tätigkeiten lägen weit unter der Qualifikation eines Diplom-Physikers und könnten ebenso gut von einem Techniker oder von einem Mechaniker der Fachrichtung Mess- und Regeltechnik ausgeübt werden. Nach alledem gebe es keinerlei Hinweis darauf, dass der Kläger zulässigerweise von einem monatlichen Bruttoeinkommen des Streitverkündeten in Höhe von € 3.000,00 ausgehen könne. Die Schätzungen des erstinstanzlichen Gerichts seien dagegen vollumfänglich zutreffend, praxisbezogen und richtig.

Bezüglich weiterer Einzelheiten des Parteienvorbringens in der Berufung wird auf deren Begründung und die Erwidern hierauf sowie auf die Replik des Klägers verwiesen.

## Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist an sich statthaft, form- und fristgerecht eingelegt und ausgeführt und damit insgesamt zulässig. Begründet ist sie allerdings nur teilweise.

Das Arbeitsgericht hat richtig entschieden, dass die Beklagte nicht verpflichtet war, auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 18.05.2006 Teile der Vergütung des Streitverkündeten M. für die Monate Mai bis einschließlich Oktober 2006 an den Kläger abzuführen und dass auch danach nicht von einem verschleierte Arbeitseinkommen des Streitverkündeten auszugehen war. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgericht aber hat die Beklagte für die Zeit ab 01.11.2006 dem Kläger, ausgehend von einer Monatsvergütung des Streitverkündeten in Höhe von € 2.300,00 brutto, den daraus pfändbaren Betrag von € 177,50 monatlich für die Monate November und Dezember 2006 und von € 192,05 für die Monate Januar bis Juli 2007, insgesamt also € 1.699,35 zu zahlen sowie ab 01.08.2007 zukünftig während der Dauer des Bestands des Arbeitsverhältnisses monatlich € 192,05. Ebenso entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts steht dem Kläger ein Schadensersatz nach § 840 ZPO in Höhe von € 755,80 zu. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Im Ergebnis mit dem Arbeitsgericht geht auch das Berufungsgericht davon aus, dass für die Zeit von Juni bis August 2006 kein pfändbares Einkommen des Streitverkündeten M. zur Verfügung gestanden hat. Allerdings kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass zwischen dem Streitverkündeten und der Beklagten in der fraglichen Zeit kein Arbeitsverhältnis bestand, denn der Streitverkündete hat unstreitig Arbeitsleistungen für die Beklagte erbracht, die üblicherweise vergütet werden müssen. Dabei kann das Berufungsgericht offen lassen, ob, wie das Arbeitsgericht angenommen hat, der Streitverkündete in der fraglichen Zeit Arbeitslosengeld bezogen hat. Dagegen dürfte sprechen, dass der Streitverkündete als ehemaliger Unternehmer keine Beiträge zur Arbeitslosenversicherung eingezahlt haben dürfte und mithin keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld erworben haben wird. Ob der Streitverkündete, wie die Beklagte zweitinstanzlich vortrug, Sozialhilfe erhalten hat, kann ebenfalls dahinstehen. Ob überhaupt Leistungen bewilligt wurden, ergibt sich aus dem vorgelegten Formular der Arbeitsgemeinschaft H. jedenfalls nicht. Bei diesem Erhebungsbogen handelt es sich lediglich um einen Antrag, nicht aber um eine Bewilligung der Arbeitsgemeinschaft. Für das Berufungsgericht war jedoch entscheidend der substantiierte Vortrag der Beklagten, der sich aus dem vorgelegten Tätigkeitsbericht des Herrn M. für die Monate Mai bis August 2006 ergibt. Danach hat der Streitverkündete im Juni 2006 70 Stunden, im Juli 25 Stunden und im August 85 Stunden für konkret vorgelegte Aufgaben zugunsten der Beklagten aufgewandt. Auf diese Aufstellung hat sich der für die geleistete Arbeit nach Art und Umfang darlegungs- und beweispflichtige Kläger nicht substantiiert eingelassen. Bei einer aufgewendeten Arbeitszeit von 70, 25 oder 85 Stunden monatlich ist jedoch auch unter Berücksichtigung einer vom Kläger vorgetragenen üblichen Vergütung von € 3.000,00 für eine vollschichtige Tätigkeit kein pfändbarer Verdienst anzunehmen.

2. Auch für die Monate September und Oktober 2006 sieht das Berufungsgericht eine pfändbare Vergütung des Streitverkündeten M. und daraus resultierend eine Überweisungspflicht der Beklagten aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht als gegeben an. Die Beklagte hat insoweit auf den Arbeitsvertrag verwiesen, wonach der Streitverkündete in den beiden Monaten eine Arbeitszeit von 30 Wochenstunden für die Beklagte aufzuwenden hatte. Der Sachvortrag des Klägers ist nicht geeignet, auf eine



darüber hinaus geleistete Arbeitszeit zu schließen. Selbst wenn der Prozessbevollmächtigte des Klägers den Streitverkündeten bei jedem seiner Besuche im Betrieb angetroffen haben sollte, schließt dies nicht aus, dass der Streitverkündete nur 30 Wochenstunden arbeitete. Die vom Kläger behauptete Tätigkeit und Aufgabenbewältigung des Streitverkündeten kann in 30 Stunden ebenso erbracht worden sein wie in 40 Stunden pro Woche. Hinzu kommt, dass die Beklagte nicht bestreitet, dass der Streitverkündete über die 30 Wochenstunden hinaus im Betrieb anwesend war, dort aber private Angelegenheiten, gegebenenfalls auch in Verbindung mit der Insolvenz der T. GbR erledigt hat. Schon deshalb kann auch der Beweisantritt durch Vernehmung weiterer Beschäftigter allein nicht zur Bestätigung führen, dass der Streitverkündete mehr als 30 Stunden für die Beklagte tätig geworden ist.

3. Ab dem 01.11.2005 allerdings ist unstreitig von einer vollschichtigen Beschäftigung des Streitverkündeten im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten auszugehen. Unbestritten hat der Streitverkündete für seine Tätigkeit ein Gehalt von € 2.300,00 brutto bezogen. Nach der von der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen, zutreffenden Berechnung des Klägers ergibt sich hieraus in den Monaten November und Dezember 2006 ein Nettogehaltsanspruch von € 1.718,15 und für die Zeit ab 01.01.2007 ein solcher von € 1.740,00. Unter Berücksichtigung der Unterhaltsverpflichtung für seine Ehefrau sind hieraus für die Monate November und Dezember 2006 monatlich € 177,50 und für die Monate ab Januar 2007 € 192,05 pfändbar. Diese pfändbaren Beträge waren dem Kläger zuzusprechen für die Zeit vom 01.11.2006 bis zum 31.07.2007, wie beziffert eingeklagt und für die Zeit ab 01.08.2007 im Wege der Verurteilung zur künftigen Leistung begrenzt auf die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses. Die Klage auf künftige Leistungen insoweit war zulässig, weil die unstreitige Nichtabführung des unbestritten pfändbaren Betrages an den Kläger trotz Einräumens der Schuld in der Kammerverhandlung erster Instanz durch die Beklagte unterblieb. Damit war die erforderliche Besorgnis der Leistungsverweigerung spätestens eingetreten.

4. Entgegen der Auffassung des Klägers war aber nicht von einem verschleierte Einkommen des Streitverkündeten in Höhe von € 3.000,00 auszugehen, was zu einem höheren Abführungsanspruch des Klägers geführt hätte.

a) Das Berufungsgericht geht allerdings mit dem Kläger davon aus, dass die übliche Vergütung für die vom Streitverkündeten erbrachte Arbeitsleistung zugunsten der Beklagten nicht bei € 2.300,00 monatlich, sondern vielmehr bei € 3.000,00 ab 01.11.2007 lag. Hierfür sprechen eine Reihe von Gesichtspunkten.

(1) Ab 01.11.2007 war eine Vollzeitstätigkeit des Streitverkündeten unstreitig. Die Bedeutung der Arbeit des Streitverkündeten ergab sich zumindest aus dem Arbeitsvertrag. Unabhängig von dem konkret zugewiesenen Aufgabenbereich musste der Kläger sich als Kontaktperson für Kunden nach außen mit dem früheren Mitgesellschafter F. absprechen (§ 1 Ziff. 3 des Arbeitsvertrags, Bl. I/40 d. A.). Dies deutet durchaus auf die Bedeutung der Position des Streitverkündeten im Unternehmen der Beklagten hin. Die Mitarbeiter D., F. und G. verdienten ausweislich der vom Kläger vorgelegten Aufstellung € 2.012,85, € 1.900,00 bzw. € 3.300,00 monatlich (Bl. II/40 d. A.). Da beispielsweise der Mitarbeiter D. nach Aufstellung der Beklagten nur 25 Wochenstunden arbeiteten (Bl. II/ 57 d. A.), wären dies bei einer vollschichtigen Tätigkeit € 3.220,00 gewesen. Dass der Mitarbeiter D., verantwortlich für die Endkontrolle und das Internet, mehr verdienen sollte als der Kläger, ist nicht nachvollziehbar. Dass die Beklagte nicht in der Lage gewesen wäre für den Streitverkündeten einen höheren Lohn zu zahlen, hat sie nicht vorgetragen. Eine schlechte Fi-



nanzsituation hat sie nicht behauptet. Bilanzen oder Gewinn- und Verlustrechnungen wurden nicht vorgelegt, immerhin war sie in der Lage, dem Mitarbeiter F. ein Gehalt von € 3.300,00 zu zahlen.

(2) Entscheidend aber ist, dass die Beklagte selbst vorgetragen hat, die Arbeit des Streitverkündeten könne auch von einem Techniker oder qualifizierten Handwerks- oder Industriemeister (Bl. I/ 39 d. A.) oder einem Mechaniker der Fachrichtung Mess- und Regeltechnik ausgeübt werden. Die entsprechenden Tariflöhne in der Metall- und Elektroindustrie liegen aber durchaus nicht im Bereich von € 2.300,00, sondern von € 3.000,00, teilweise auch darüber. So verdient in der Vergütungsgruppe T 3 ein Mitarbeiter für einfache technische Tätigkeiten, die ein gewisses Maß an Selbständigkeit und Erfahrung erfordern, € 2.827,00, ein Mitarbeiter in der Vergütungsgruppe T 4 bei schwierigeren technischen Tätigkeiten aber bereits € 3.087,00. Ein Werkmeister in einem Aufgabengebiet von begrenzter Bedeutung oder mit Unterstellung unter einen anderen Meister erhält bereits € 2.907,00, in einem wichtigen Aufgabengebiet dagegen in Vergütungsgruppe M 3 bereits € 3.286,00. Der Kläger liegt also mit seiner Einschätzung, die Tätigkeit des Streitverkündeten sei üblicherweise mit € 3.000,00 monatlich richtig vergütet, im Rahmen vergleichbarer tariflicher Einstufungen, auch wenn man den eigenen Vortrag der Beklagten bezüglich der Tätigkeit des Streitverkündeten zugrunde legt.

b) Dennoch kann bei der tatsächlich gezahlten Vergütung von € 2.300,00 nicht von einem verschleierte Arbeitseinkommen ausgegangen werden.

(1) Die Pfändung eines verschleierte Arbeitseinkommens nach § 850 h ZPO durch den Gläubiger setzt voraus, dass der Schuldner dem Dritten in einem ständigen Verhältnis Arbeiten und Dienste leistet, die nach Art und Umfang üblicherweise vergütet werden, die insoweit als üblich anzusehende Vergütung aber nicht oder nur in geringerem Umfang gezahlt wird. Die Darlegungs- und Beweislast bezüglich dieser Voraussetzungen obliegt der klagenden Partei (BAG 03.08.2005 - 10 AZR 585/04 - NZA 2006, 175). Sinn und Zweck des § 850 h Abs. 2 ZPO ist es, die Zugriffsmöglichkeiten des Gläubigers zu verbessern in Fällen, in denen für Dienst- oder Arbeitsleistungen keine angemessene Vergütung vereinbart und gezahlt wird. Typische Fallgestaltungen sind Arbeitsverhältnisse mit Ehegatten, nahen Verwandten, Lebenspartnern oder Kindern. Ein Ausgleich für das nicht gezahlte angemessene Entgelt wird hier häufig geschaffen durch Unterhaltsleistungen, etwa in Form von Sachleistungen (Wohnung, Kleidung, Autonutzung) oder auch durch finanzielle Unterstützung. Diese freiwilligen Leistungen sind aber dem Zugriff des Gläubigers entzogen. § 850 h Abs. 2 ZPO soll deshalb dem Gläubiger die Zugriffsmöglichkeit gewähren, die er hätte, wenn zwischen Schuldner und Drittschuldner eine angemessene Vergütung vereinbart und gezahlt worden wäre.

Die Bestimmung der angemessenen Vergütung kann also erfolgen, wenn Arbeiten geleistet werden, die üblicherweise vergütet werden und wenn nur eine unverhältnismäßig geringe Vergütung gezahlt wird. Es ist der Kläger, der die Voraussetzungen für die Vergütungsbestimmung darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen hat. Dabei muss der streitige Lebenssachverhalt nicht in allen Einzelheiten dargestellt werden. Vielmehr ist der Darlegungspflicht bereits dann genügt, wenn diejenigen Umstände vorgetragen werden, aus denen sich die gesetzlichen Voraussetzungen ergeben. Soweit insoweit schlüssige Darlegungen des Klägers vorliegen, ist gerade bei Drittschuldnerklagen ein substantiiertes Bestreiten zu verlangen. Die Drittschuldnerin kennt die Umstände der Beschäftigung des Schuldners aufgrund Sachnähe, es sind deshalb an ihr Bestreiten erhebliche Anforderungen zu stellen (BAG 03.08.2005 - 10 AZR 585/04 - nach Juris).





(2) Das Berufungsgericht geht mit dem Arbeitsgericht davon aus, dass beim Unterschreiten der üblichen Vergütung um weniger als 25 Prozent nicht von einer unverhältnismäßig geringen Vergütung im Sinne des § 850 h ZPO gesprochen werden kann. Soweit erkennbar, hat das Bundesarbeitsgericht bislang nicht entschieden, um wie viel Prozent die übliche Vergütung unterschritten werden muss, um eine unverhältnismäßig geringe Vergütung annehmen zu können. Das Landesarbeitsgericht Hamm hat die Grenze auf 30 Prozent festgelegt (LAG Hamm 22.09.1992 - 2 Sa 1823/91 - LAGE Nr. 4 zu § 850 h ZPO). Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 26.04.2006 in anderem Zusammenhang gegen die Regelung der Mindestvergütung angestellter Lehrkräfte in Höhe von 75 Prozent des Gehalts der vergleichbaren im öffentlichen Dienst stehenden Lehrkräfte keine rechtlichen Bedenken geäußert (BAG 26.04.2006 - 5 AZR 549/05 - DB 2006/2467). Es hat in seiner weiteren Entscheidung vom 11.10.2006 (BAG 11.10.2006 - 5 AZR 721/05 - DB 2007, 170) ausgeführt, dass ein Widerruf übertariflicher Leistungen dann möglich ist, wenn diese nicht mehr als 25 Prozent des Gesamtverdienstes betragen. Die so erhobene Grenze von 25 Prozent in anderem Zusammenhang kann nach Auffassung des Berufungsgerichts auch Hinweis darauf geben, welche Unterschreitungen einer üblichen Vergütung noch als zulässig angesehen werden kann. Die Marge von 75 Prozent hat die Beklagte, ausgehend von einer üblichen Vergütung von € 3.000,00 monatlich, mit der Bezahlung von € 2.300,00 monatlich aber nicht unterschritten. Hinzu kommt vorliegend, dass insbesondere auch die Argumentation des Arbeitsgerichtes mit berücksichtigt werden muss, dass die Beklagte sich zweifelsfrei in den ersten Monaten ihrer Betätigung noch in der Aufbauphase befand und nach Aussage des neuen Geschäftsführers der Beklagten in der Berufungsverhandlung auch noch befindet. Wenn der Kläger sich darauf beruft, dass für den Streitverkündeten M. eine übliche Vergütung von € 3.000,00 auch deshalb anzusetzen sei, weil er als früherer Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin für die Beklagte die gleichen Tätigkeiten verrichte wie früher, so kann außerdem nicht außer Acht bleiben, dass es sich bei der Beklagten um einen Kleinbetrieb von nicht mehr als 10 Arbeitnehmern handelt und dass neben dem Streitverkündeten auch noch der weitere früherer Gesellschafter F. beschäftigt wird. Gerade eventuell anfallende Geschäftsleitungsaufgaben verteilen sich somit auf zwei von 10 Mitarbeitern und verlieren dadurch an Gewicht. Außerdem müssen insgesamt lediglich 10 Arbeitnehmer die Vergütung für überproportional viele Mitglieder der Geschäftsleitung erarbeiten. Unter diesen Umständen kann nicht von einer unverhältnismäßig geringen Bezahlung des Streitverkündeten ausgegangen werden.

5. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts hat der Kläger einen Schadensersatzanspruch aus § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Die Beklagte hat dem Kläger zwar eine Drittschuldnerauskunft erteilt, diese war aber nicht vollständig und korrekt. Die Beklagte hat dem Kläger den Eindruck vermitteln wollen, der Streitverkündete stünde zu ihr jedenfalls noch in keinem Arbeitsverhältnis. Davon geht das Berufungsgericht nicht aus. Der Streitverkündete war für die Beklagte tätig, ob in dem Umfang, dass ein pfändbares Einkommen vorlag, ist unerheblich. Da der Kläger aus eigener Kenntnis wusste, dass der Streitverkündete Arbeitsleistungen für die Beklagte erbrachte, war der alleinige Hinweis auf einen noch nicht abgeschlossenen Arbeitsvertrag, mit dem offenbar nur die schriftliche Abfassung eines Arbeitsvertrags gemeint gewesen sein kann, irreführend und geeignet, anwaltschaftliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, um weitere Aufklärung zu betreiben. Letztlich zeigt auch die Nichtabführung des gepfändeten Lohns aus dem unbestrittenen tatsächlichen Einkommen des Streitverkündeten, dass die Einschaltung des Prozessbevollmächtigten des Klägers erforderlich und die notwendige Auskunftserteilung der Beklagten nicht ausreichend war. Der Schaden besteht zumindest in der Geschäftsgebühr, gegen deren Berechnung aus einem Gegenstandswert von € 15.762,40 auf € 755,80 von der Beklagten



keine Einwendungen erhoben wurden. Mit dem Bundesgerichtshof ist davon auszugehen, dass sich die entstandene Geschäftsgebühr nicht nach der Vorbemerkung 3 Abs. 4 zu Nr. 3100 VV-RVG wegen desselben Gegenstands im Klagverfahren vermindert (BGH 07.03.2007, VIII ZR 86/06, recherchiert nach Juris).

Da die Parteien teils obsiegten, teils unterlagen, hatten sie nach § 92 ZPO die Kosten des Rechtsstreits anteilig zu tragen.

Gegen dieses Urteil ist die Revision zum Bundesarbeitsgericht zulässig, nachdem sie vom Berufungsgericht zugelassen worden war.