

a) Aus § 281 Abs. 2 Satz 2 ZPO ergibt sich keine Zuständigkeit des Amtsgerichts Wesel. Allerdings wäre auch in einem Verfahren der hier vorliegenden Art eine bindende Verweisung nach § 281 ZPO möglich gewesen (BGHZ 71, 15). Die Abgabe der Sache an das Amtsgericht Wesel bindet dieses Gericht jedoch deshalb nicht, weil sie unter Verletzung des Rechtes der verfahrensbeteiligten Eltern und des durch sie vertretenen Kindes auf rechtliches Gehör erfolgt ist (vgl. BGHZ 71, 69). Daß die Eltern eine Abschrift der Abgabennachricht vom 14. September 1983 erhalten haben, reicht als Gewährung rechtlichen Gehörs nicht aus. Denn die Nachricht von der gleichzeitigen – ersten – Abgabe ließ nicht erkennen, daß Gelegenheit bestehe, zu einer zukünftigen Verweisung Stellung zu nehmen.

b) Indes folgt die Zuständigkeit des Amtsgerichts Charlottenburg aus §§ 64 k Abs. 3, 43 Abs. 1, 36 Abs. 1 FGG (§ 621 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2, § 621 a Abs. 1 ZPO). Entscheidend ist danach, solange keine Ehesache der Eltern rechtshängig ist (§ 621 Abs. 3 ZPO), der Wohnsitz des Kindes.

Mit der Trennung der Eltern erlangt ein Kind einen von beiden Eltern abgeleiteten Doppelwohnsitz (§ 7 Abs. 2, § 11 BGB; BGHZ 48, 228, 233 ff.; Senatsbeschlüsse vom 25. März 1981 – IVb ARZ 560/80, vom 15. April 1981 – IVb ARZ 562/80 – und vom 18. Mai 1983 – IVb ARZ 13/83; Münch Komm/Gitter BGB § 11 Rdn. 5; Erman/H. Westermann BGB 7. Aufl. § 11 Rdn. 4). Danach hat im vorliegenden Fall das Kind – wie seine Mutter – einen Wohnsitz in Berlin. Den Bedenken des Amtsgerichts Charlottenburg gegen die Annahme, die Mutter habe dort ihren Wohnsitz begründet, folgt der Senat nicht. Sie hat sich in Berlin – zunächst bei einer Bekannten – mit dem Kind niedergelassen, und zwar offensichtlich mit dem Willen, dort nicht nur vorübergehend zu bleiben, Berlin vielmehr zum Mittelpunkt ihrer Lebensverhältnisse zu machen. Dafür spricht bereits die Dauer ihres bisherigen Aufenthalts. Es ergibt sich weiterhin aus dem Bemühen der Mutter, in Berlin eine eigene Wohnung für sich und das Kind zu finden.

Von den danach wegen des Doppelwohnsitzes des Kindes in Betracht kommenden Amtsgerichten Wesel und Charlottenburg ist das Amtsgericht Charlottenburg zur Entscheidung berufen, weil der Antrag auf Regelung des Sorgerechts bei diesem Gericht gestellt worden ist (§ 4 FGG; vgl. BGHZ 48, 228, 237; Senatsbeschluß vom 15. April 1981 aaO).

Das Amtsgericht Wesel nimmt – weitergehend – an, das Kind habe seinen Wohnsitz nunmehr allein in Berlin. Es meint, der Mutter stehe kraft ihres Aufenthaltsbestimmungsrechtes die Befugnis zu, ohne Mitwirkung des Vaters den Wohnsitz des Kindes zu bestimmen, und davon habe sie auch Gebrauch gemacht. Ob dem gefolgt werden könnte (s. § 11 Satz 1 Halbsatz 2 BGB), bedarf nicht der Entscheidung, weil das Ergebnis ebenfalls die Zuständigkeit des Amtsgerichts Charlottenburg wäre.

Mitgeteilt von RAin Anne Klein, Berlin

Beschluß

Prozeßkostenhilfe

OLG Hamburg, § 115 Abs. 1 ZPO,
§ 76 Abs. 2 BSHG

Pflegegelder für häusliche Pflege gem. § 69 Abs. 3 BSHG oder gem. § 6 Abs. 2 JWG gehören nicht zum Einkommen i.S. des § 115 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

OLG Hamburg 2. FamS., Beschluß vom 7.9.1983
2 WF 37/83

Aus den Entscheidungsgründen:

Gem. § 115 Abs. 1 Satz 2 ZPO gehören zum Einkommen alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert. § 76 Abs. 2 BSHG ist entsprechend anzuwenden.

Pflegegelder für häusliche Pflege, die gemäß § 69 Abs. 3 BSHG oder gemäß § 6 Abs. 2 JWG gewährt werden können, stehen grundsätzlich nicht der Person zu, die die Pflege ausübt, sondern der Person, die die Pflege in Anspruch nimmt. Das Geld dient dazu, den Lebensunterhalt des Anspruchsberechtigten zu sichern.

Da das Geld dem Pflegekind zusteht, kann es auch nicht teilweise als Einkommen der Pflegemutter angesehen werden.

Es wäre auch mit dem Wortlaut und Sinn des § 115 ZPO nicht zu vereinbaren, das Pflegegeld entgegen der Bestimmung des § 6 Jugendwohlfahrtsgesetz als Einkommen der Pflegemutter anzusehen und das Kind im Rahmen der Tabelle zu § 114 ZPO als unterhaltsberechtigter Person gegenüber der Pflegemutter einzustufen, um einen etwaigen der Pflegemutter zustehenden Betreuungsanteil an dem Pflegegeld im Rahmen des Verfahrens über die Bewilligung von Prozeßkostenhilfe berücksichtigen zu können.

Wegen des klaren Wortlautes ist eine derartige Auslegung nicht möglich. Auch eine sinnngemäße Anwendung scheidet aus, weil nicht ersichtlich ist, daß eine Gesetzeslücke ausgefüllt werden muß.

Mitgeteilt von RAin Claudia Walz, Hamburg

Urteil

Sozialhilfe und Pflegegeld

Zur Bestimmung von Einkommen nach § 76 BSHG bei Einkünften aus Pflegegeld.

VG Bremen, Urteil v. 20.09.1979, III A 12/79 – rechtskräftig seit 05.02.1980 durch Verfahrenseinstellung durch OVG Bremen

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt für den Zeitraum vom 1.10.1978 bis zum 28.2.1979 laufende Hilfe zum Lebensunterhalt in bestimmter Höhe.

Neben ihren zwei leiblichen Kindern betreut die Klägerin seit März 1974 das 1971 geborene Pflegekind Leslie S. Da es sich um eine heilpädagogische Pflegestelle handelt, erhält das Pflegekind vom Jugendamt ein Pflegegeld in Höhe von DM 810,—.

Mit Bewilligungsbescheid vom 31.8.1978 wurde der Klägerin für die Zeit vom 1.10.1978 bis 30.4.1979 Hilfe zum Lebensunterhalt monatlich in Höhe von DM 384,— gewährt. Bei der Berechnung der Sozialhilfeleistungen stellte

das Sozialamt die monatlichen Einkünfte der Klägerin mit DM 861,71 fest. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus Unterhaltszahlungen des seinerzeit getrennt von der Klägerin lebenden Ehemannes, 2/3 Kindergeld sowie dem im Pflegegeld enthaltenen Mietanteil und einem Teil der Aufwandsentschädigung. Der Mietanteil ist mit DM 83,53, der Betrag aus der Aufwandsentschädigung in Höhe von DM 86,64 als Einkommen der Klägerin berücksichtigt (383,64 DM abzüglich des dem Regelsatz eines Haushaltsvorstandes — 297,— DM — entsprechenden Betrages).

Aus den Gründen:

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BSHG ist Hilfe zum Lebensunterhalt dem zu gewähren, der seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem aus seinem Einkommen und Vermögen, beschaffen kann. Was Einkommen ist, bestimmt § 76 BSHG. Zum Einkommen gehören dementsprechend alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert mit Ausnahme der Leistungen nach dem BSHG und der Grundrente nach dem Bundesversorgungsgesetz (§ 76 Abs. 1 BSHG).

Der von der Beklagten angerechnete Teil der Aufwandsentschädigung ist kein Einkommen der Klägerin im Sinne des Gesetzes. Die Aufwandsentschädigung stellt einen Teil der in § 6 Abs. 2 Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG) bezeichneten wirtschaftlichen Hilfe (sogenanntes Pflegegeld) dar, die mit der einem einzelnen Minderjährigen nach §§ 4 oder 5 JWG gewährten Hilfe zur Erziehung verbunden ist, wenn der Minderjährige in einer Familie außerhalb des Elternhauses untergebracht ist. Der Anspruch auf die wirtschaftliche Hilfe steht dem Minderjährigen selbst zu (BVerwG, Urteil v. 31.3.1977 — V C 22.76 — FEVS 25, 265).

Etwas anderes mag für die rechtliche Zuordnung des etwa in Nordrhein-Westfalen in Verbindung mit dem Pflegegeld gezahlten sogenannten Erziehungsbeitrags gelten. Dieser Betrag steht nach der Rechtsprechung des OVG Münster (Urteil v. 8.7.1975 — VIII A 964/74 — FEVS 24, 77; Urteil v. 18.12.1978 — VIII A 1288/77 — DVBl. 79, 595 f, 598) den Pflegeeltern selbst und nicht dem Pflegekind zu. Begründet wird dies mit einem entsprechenden Rundergeld des Arbeits- und Sozialministers, in dem ausdrücklich den Pflegeeltern ein angemessener Beitrag zuerkannt wird.

Ein vergleichbarer Fall ist vorliegend nicht gegeben. In der Verfügung des Jugendamtes vom 24.7.1978 (J 4/78) wird die Aufwandsentschädigung (Betreuungsgeld) lediglich als Bestandteil des Pflegegeldes aufgeführt. Den Pflegeeltern wird dieser Bestandteil nicht ausdrücklich zugeordnet.

Die dem Pflegekind rechtlich zustehende Aufwandsentschädigung kann bei der Klägerin allenfalls dann als Einkommen berücksichtigt werden, wenn und soweit ihr dieser Betrag tatsächlich zugewendet worden ist (vgl. Gottschick/Giese, BSHG, 6. Aufl., § 76 Rdnr. 2.1.) und es sich hierbei um Einkünfte im Sinne des § 76 Abs. 1 BSHG handelt. Letzteres ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die von der Beklagten gezahlte Aufwandsentschädigung lediglich

der Erstattung der für das Pflegekind von der Klägerin verauslagten Beträge dient. Das gilt auch dann, wenn bei wiederkehrenden Auslagen die Erstattung pauschaliert erfolgt (vgl. Gottschick/Giese, a.a.O., Rdnr. 3.5.).

Zweifelloos trifft dies für einen nicht unerheblichen Teil der Aufwandsentschädigung zu. Dem trägt zumindest im Ergebnis auch die Beklagte Rechnung, indem sie nicht die gesamte Aufwandsentschädigung, sondern nur den den Regelsatz eines Haushaltsvorstandes übersteigenden Teil der Aufwandsentschädigung als Einkommen der Klägerin anrechnet. Dennoch ist ein Teil der Aufwandsentschädigung, dessen zahlenmäßige Größe dahingestellt sein mag, für die Abgeltung der zugunsten des Pflegekindes von Seiten der Klägerin erbrachten Leistungen bestimmt. Dieser Teil der Aufwandsentschädigung dient nicht lediglich der Wiederherstellung einer früheren Vermögenslage, sondern stellt eine Anerkennung für den Einsatz dar, den die Klägerin sowohl in materieller als auch in ideeller Hinsicht erbringt.

Unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse der Klägerin läßt sich nicht feststellen, daß ihre Aufwendungen für das Pflegekind den Betrag der Aufwandsentschädigung erreichen oder übersteigen, mit der Folge, daß für die Annahme einer finanziellen Leistung zum Zwecke der Anerkennung kein Raum verbliebe.

Aber auch wenn man zu Ungunsten der Klägerin annimmt, daß ihr tatsächlich ein gewisser Anteil der Aufwandsentschädigung zufließt, ohne für das Pflegekind verauslagte Beträge zu ersetzen, so handelt es sich hierbei nicht um anrechenbares Einkommen im Sinne des § 76 Abs. 1 BSHG. Ausschlaggebend ist nämlich, ob dies der Klägerin zugeflossene Geld dazu bestimmt war, ihr für die jeweiligen Monate zum Lebensunterhalt zu dienen (vgl. OVG Bremen, Urteil v. 26.6.1979 — II BA 2/79 —).

Das ist zu verneinen. Denn dieser Teil der Aufwandsentschädigung dient nicht der Deckung und Sicherung des allgemeinen Lebensunterhalts der Pflegeeltern, sondern einem Zweck, der über die allgemeinen, in regelmäßigen Abständen wiederkehrenden Lebensbedürfnisse hinaus geht. Er hat insbesondere den Zweck, die Bereitschaft der Pflegeeltern, Hilfe zur Erziehung zu gewähren, zu erhalten und eine gewisse Anerkennung für den mit der Pflege des Kindes verbundenen ideellen und materiellen Einsatz darzustellen. Es handelt sich um die Deckung eines Bedarfs, der durch die unmittelbare Tätigkeit der Klägerin für das Pflegekind und den damit verbundenen Entbehrungen und Belastungen entsteht.

Davon geht auch die Beklagte aus, wenn sie in der Aufwandsentschädigung zugleich ein Betreuungsgeld sieht. Dem besonderen Zweck des Betreuungsgeldes, nämlich die ideellen und materiellen Aufwendungen für die Erziehung und Pflegeleistungen der Pflegeeltern zu ersetzen, würde es widersprechen, im Falle der wirtschaftlichen Not einen entsprechenden Betrag beim Einkommen der Pflege-

eltern zu berücksichtigen. Davon ließ sich auch die bisherige Praxis der Beklagten leiten. Sie trug damit dem Umstand Rechnung, daß der anteilig in der Aufwandsentschädigung enthaltene Betrag für die Leistungen der Pflegeeltern nicht dadurch seinen Charakter verliert, daß diese sozialhilfebedürftig geworden sind.

Die Honorierung der Leistungsbereitschaft der Pflegeeltern darf nicht dadurch gegenstandslos gemacht werden, daß sie als Mittel angesehen wird, um der Sicherung des allgemeinen Lebensunterhalts zu dienen. Das Wohl des Pflegekindes, dem die Erhaltung der Leistungsbereitschaft der Pflegeeltern dient, kann nicht von möglichen Schwankungen in den Einkommensverhältnissen seiner Pflegeeltern abhängig gemacht werden.

Sollte die Beklagte verhindern wollen, daß Sozialhilfeempfänger sich aus wirtschaftlichen Überlegungen — wegen der Nichtanerkennung der Aufwandsentschädigung als Einkommen im Sinne des § 76 Abs. 1 BSHG — um ein Pflegekind zu bemühen, so verbleibt ihr die Möglichkeit, im Rahmen der Erteilung der Pflegeerlaubnis (§§ 27 ff. JWG) die wirtschaftlichen Verhältnisse der Pflegeperson zum Wohle des Pflegekindes gebührend zu berücksichtigen.

Eine Verrechnung des Sozialhilfeanspruchs der Klägerin mit der ihr anteilig zufließenden Aufwandsentschädigung ist indes mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren.

Mitgeteilt von RAin Jutta Bahr-Jendges, Bremen

Urteil

Umsetzung einer Schwangeren gem. § 11 MuSchG

Will ein Arbeitgeber eine von einem Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz betroffene Schwangere gegen ihren Willen auf eine nicht vereinbarte Tätigkeit umsetzen (§ 11 MuSchG), bedarf es der Änderungskündigung.

ArbG Oldenburg — Urt. v. 3. November 1978 — 2 Ca 1380/78 —

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin ist als Krankenschwester im Nachtdienst beschäftigt und hat 10 Wachen monatlich in der Zeit von 20.30 bis 6.00 morgens zu leisten. Sie hat 2 Kinder zu versorgen.

Das ältere Kind der Klägerin besucht vormittags einen Kindergarten, das jüngere wird den ganzen Tag über im elterlichen Haushalt betreut. An den Tagen, an denen die Klägerin Dienst gehabt hatte, pflegte ihr ebenfalls berufstätiger Ehemann morgens beide Kinder zu versorgen und das ältere auf dem Weg zu seiner Arbeitsstelle zum Kindergarten zu bringen. Das jüngere schlief oder spielte in seinem Zimmer. Mittags holte die Klägerin in Begleitung dieses Kindes das weitere Kind vom Kindergarten ab.

Als die Klägerin erneut schwanger wurde, wies das beklagte Kuratorium sie an, tagsüber Dienst zu tun. Dies faßte die Klägerin als Änderungskündigung auf und beantragte zunächst, deren Unwirksamkeit festzustellen.

Das Arbeitsgericht sah in der Beklagtenanweisung rein tatsächlich keine Änderungskündigung und entsprach daraufhin dem von der Klägerin gestellten Hilfsantrag, mit der Feststellung, daß die Klägerin nicht verpflichtet sei, zu den von der Beklagten genannten Zeiten (tagsüber) zu arbeiten.

Aus den Gründen:

a) Nach der Rechtsprechung des BAG kann ein Arbeitgeber eine schwangere Arbeitnehmerin, die die vereinbarte Arbeit infolge eines der in § 11 MuSchG genannten Beschäftigungsverbots nicht erbringen darf, zwar auf nicht vereinbarte, für die Schwangere erlaubte Arbeiten umsetzen, diese Umsetzungsbefugnis erstreckt sich jedoch nur auf Arbeiten, die der Arbeitnehmerin zumutbar sind (vgl. BAG, Urteil vom 31. März 1969, AP-Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968).

Im vorliegenden Fall hätte die Umsetzung von dem arbeitsvertraglich vereinbarten Nachtdienst auf den Tagesdienst für die Klägerin die Konsequenz, daß zumindest zeitweilig weder ihr Mann noch sie selbst zur Betreuung der Kinder zur Verfügung stünden. Soweit dies der Fall ist, ist die Umsetzung der Klägerin nicht zumutbar. Das beklagte Kuratorium kann die Klägerin nicht darauf verweisen, daß sie ja eine Hilfskraft einstellen könne, denn die von der werdenden Mutter nach der Rechtsprechung des BAG zu erwartende Rücksichtnahme geht nicht so weit, daß diese finanzielle Aufwendungen machen muß, um den Arbeitgeber zu entlasten (vgl. BAG, Urteil vom 14. April 1972, AP-Nr. 6 zu § 11 MuSchG 1968).

b) Unabhängig von der Frage der Zumutbarkeit des Tagesdienstes ist die Klägerin nach Ansicht der Kammer aber schon deshalb nicht verpflichtet, außerhalb der Nachtwachenzeit zu arbeiten, weil sie nach dem Arbeitsvertrag nur Nachtdienst zu tun hatte.

Der Rechtsprechung des BAG, die dem Arbeitgeber eine besondere über das allgemeine durch den Arbeitsvertrag begrenzte Direktionsrecht hinausgehende mutterschutzrechtliche Umsetzungsbefugnis einräumt, kann nicht gefolgt werden. Es läuft auf eine Aushöhlung des von § 9 MuSchG mitverbürgten Schutzes vor Änderungskündigungen hinaus, wenn man dem Arbeitgeber unter Berufung auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers erlaubt, sich über den Arbeitsvertrag einer von einem Beschäftigungsverbot nach § 11 MuSchG betroffenen Arbeitnehmerin in seinen Weisungen schlicht hinwegzusetzen, um auf diese Weise der Pflicht zur Fortzahlung des Entgelts ohne Gegenleistung zu entgehen.

Die Interessen des Arbeitgebers sind hinreichend durch § 9 III MuSchG gewahrt, der bestimmt, daß die Kündigung einer Schwangeren in besonderen Fällen ausnahmsweise für zulässig erklärt werden kann. Der Arbeitgeber, der eine von einem Beschäftigungsverbot betroffene Schwangere gegen ihren Willen auf eine nicht vereinbarte ihr erlaubte Tätigkeit umsetzen will, hat die Möglichkeit, gemäß die-