



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 289/21

vom

3. November 2021

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1666 Abs. 1 und 4; FamFG §§ 38 Abs. 3 Satz 3, 151; GVG § 17 a

- a) Unterlässt das erstinstanzliche Gericht eine nach § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG gebotene Vorabentscheidung, kann die Rechtswegzuständigkeit noch im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die Sachentscheidung geprüft werden (im Anschluss an BGHZ 121, 367 = NJW 1993, 1799). Daneben kann die Entscheidung nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auch mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (im Anschluss an BAG NJW 1993, 2458).
- b) Die Übergabe des Beschlusses an die Geschäftsstelle als Voraussetzung für dessen Erlass setzt eine Empfangnahme durch den Urkundsbeamten voraus.
- c) Für Maßnahmen gegenüber schulischen Behörden (hier: mit dem Ziel der Unterlassung schulinterner Infektionsschutzmaßnahmen) ist der Rechtsweg zu

den Familiengerichten im Verfahren nach § 1666 Abs. 1 und 4 BGB nicht eröffnet; zuständig sind ausschließlich die Verwaltungsgerichte (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 6. Oktober 2021 - XII ARZ 35/21 - juris).

- d) Eine Verweisung des Verfahrens an das Verwaltungsgericht kommt wegen unüberwindbar verschiedener Prozessmaximen beider Verfahrensordnungen nicht in Betracht (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 6. Oktober 2021 - XII ARZ 35/21 - juris).

BGH, Beschluss vom 3. November 2021 - XII ZB 289/21 - OLG Jena
AG Weimar

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Nedden-Boeger, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 1. Familiensenats des Oberlandesgerichts Jena vom 14. Mai 2021 wird auf Kosten der weiteren Beteiligten zu 2 und 3 zurückgewiesen.

Wert: 2.000 €

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten zu 2 und 3 haben mit Schreiben vom 13. März 2021 beim Familiengericht darum nachgesucht, ein Verfahren nach § 1666 BGB zu eröffnen und gegenüber den Lehrkräften und der Schulleitung der von ihnen seinerzeit 8- und 14jährigen Kindern besuchten Grund- und Regelschule einstweilig anzuordnen, die schulintern getroffenen Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), insbesondere Abstandsgebote und die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung, vorläufig auszusetzen.
- 2 Das Familiengericht hat im Wege der einstweiligen Anordnung den Leitungen und Lehrern sowie den Vorgesetzten der Schulleitungen der von den beteiligten Kindern besuchten Schulen untersagt, für diese und alle weiteren an den Schulen unterrichteten Kinder und Schüler anzuordnen oder vorzuschreiben, im

Unterricht und auf dem Schulgelände eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, Mindestabstände untereinander oder zu anderen Personen einzuhalten und an Schnelltests zur Feststellung des Virus SARS-CoV-2 teilzunehmen. Ferner hat es den Leitungen und Lehrern der Schulen sowie den Vorgesetzten der Schulleitungen geboten, für die beteiligten Kinder und alle weiteren an den Schulen unterrichteten Kinder und Schüler den Präsenzunterricht aufrechtzuerhalten.

- 3 Auf die sofortige Beschwerde des Freistaats (Beteiligter zu 5) hat das Oberlandesgericht die einstweilige Anordnung aufgehoben, den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt und das Verfahren eingestellt. Hiergegen richten sich die zugelassenen Rechtsbeschwerden der betroffenen Kinder und der Beteiligten zu 2 und 3.

II.

- 4 Die zulässigen Rechtsbeschwerden haben keinen Erfolg.

- 5 1. Das in Bezug auf die Rechtswegzuständigkeit zugelassene Rechtsmittel ist als Rechtsbeschwerde gemäß § 17 a Abs. 4 Satz 4 GVG statthaft. Nach dieser Vorschrift kann eine Rechtsbeschwerde auch in den Fällen zugelassen werden, in denen die jeweilige Verfahrensordnung ein Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof des Bundes an sich nicht vorsieht, wie etwa in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (vgl. BGH Beschlüsse vom 30. September 1999 - V ZB 24/99 - NJW 1999, 3785 und vom 9. November 2006 - I ZB 28/06 - NJW 2007, 1819 Rn. 5; s. auch BGH Beschluss vom 22. März 2010 - AnwZ (B) 114/09 - juris Rn. 3).

6 2. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner in FamRZ 2021, 1043 veröffentlichten Entscheidung ausgeführt: Die sofortige Beschwerde sei gemäß § 17 a Abs. 4 Satz 3 GVG iVm § 58 FamFG statthaft, nachdem das Familiengericht unzulässig eine Sachentscheidung getroffen habe, ohne über die in dem Verfahren erhobene Zuständigkeitsrüge vorab zu entscheiden.

7 Mit ihrer Anregung verfolgten die Eltern das Ziel, schulinterne Maßnahmen außer Kraft zu setzen. Eine solche Regelungskompetenz sei dem Familiengericht indes auf der Basis des § 1666 BGB nicht eröffnet. Diese Vorschrift ermögliche in erster Linie Maßnahmen gegen die jeweiligen konkreten Personensorgeberechtigten, um diese zur Einhaltung ihrer Schutzpflichten gegenüber dem Kind anzuhalten. Zwar könnten in besonders gelagerten Fällen bei Angelegenheiten der Personensorge auch Maßnahmen gegen Dritte erfolgen (§ 1666 Abs. 4 BGB). Dritte im Sinne der Vorschrift seien aber nicht Behörden, Regierungen und sonstige Träger der öffentlichen Gewalt. Familiengerichte seien nicht befugt, andere staatliche Behörden in ihrem Tun oder Unterlassen anzuweisen, denn dies würde einen Eingriff in das Gewaltenteilungsprinzip bedeuten, für den es an der erforderlichen Rechtsgrundlage fehle. Die Vorschriften der §§ 1666, 1666 a BGB in Verbindung mit dem staatlichen Wächteramt legitimierten einen solchen Eingriff nicht. Im Rahmen des schulrechtlichen Sonderstatusverhältnisses seien die zuständigen Behörden ihrerseits ebenfalls an die das Kindeswohl schützenden Grundrechte gebunden. Die gerichtliche Kontrolle dieses Behördenhandelns obliege hierbei allein den Verwaltungsgerichten. Eine Verweisung an das zuständige Verwaltungsgericht komme aber nicht in Betracht, denn es verbiete sich, ein von Amts wegen eingeleitetes Verfahren dem Verwaltungsgericht aufzudrängen. Das Verfahren sei vielmehr einzustellen.

8 3. Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

9 a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war die vom Beteiligten zu 5 erhobene Erstbeschwerde zulässig. Zwar überprüft das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist (§ 17 a Abs. 5 GVG). Das Überprüfungsverbot nach dieser Vorschrift setzt aber voraus, dass die erste Instanz nicht gegen unverzichtbare Verfahrensgrundsätze des § 17 a GVG verstoßen hat. Der Ausschluss der Prüfung gilt damit nicht, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs trotz Rüge nicht durch Vorabbeschluss, sondern entgegen § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG erst in der Sachentscheidung bejaht wurde (vgl. BGHZ 121, 367 = NJW 1993, 1799, 1800).

10 So liegt der Fall hier. Das Oberlandesgericht ist nach Auswertung des Akteninhalts in rechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass der Schriftsatz des Beteiligten zu 5, mit dem dieser die Zulässigkeit des Rechtsweges gerügt hatte, am 8. April 2021 und somit noch vor dem Erlass der familiengerichtlichen Entscheidung am 9. April 2021 bei Gericht eingegangen war. Zwar trug der Beschluss ursprünglich einen auf den 8. April 2021 als den Zeitpunkt der Übergabe an die Geschäftsstelle lautenden Erlassvermerk. Der Erlassvermerk wurde aber durch Berichtigungsbeschluss des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vom 14. April 2021 wegen eines Schreibfehlers auf den 9. April 2021 berichtigt. An der sachlichen Richtigkeit des korrigierten Erlassdatums besteht kein Zweifel, nachdem auch der Abteilungsrichter durch Hinweisverfügung vom 14. April 2021 erklärt hat, dass von dem Erlassdatum 9. April 2021 auszugehen sei. Zwar hat der Abteilungsrichter den Berichtigungsbeschluss nach dem Erlass der Entscheidung des Oberlandesgerichts auf die Erinnerung des Verfahrensbeistands mit Beschluss vom 16. Juli 2021 aufgehoben. Dem liegt aber die unzutreffende Rechtsauffassung zugrunde, die Übergabe an die Geschäftsstelle sei bereits am 8. April 2021 dadurch bewirkt worden, dass der Abteilungsrichter den

unterschiedenen Beschluss nach Dienstschluss auf den Schreibtisch der Geschäftsstellenleiterin gelegt hat. Denn anders als die bloße Gabe in den Geschäftsgang (vgl. etwa § 33 Abs. 2 Satz 2 OWiG) wird die Übergabe eines Beschlusses an die Geschäftsstelle zur Veranlassung der Bekanntgabe (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 195) erst durch eine dementsprechende Übernahme vonseiten der Geschäftsstelle vollständig. Entäußert sich der Richter des von ihm unterschriebenen Beschlusses dadurch, dass er diesen auf seinen eigenen Aktenabtrag oder auf den Aktenzutrag der Geschäftsstelle oder auf den Schreibtisch des Urkundsbeamten legt, so vollendet sich die Übergabe erst in dem Moment der Empfangnahme durch den Urkundsbeamten (vgl. Bahrenfuss/Rüntz FamFG 3. Aufl. § 38 Rn. 34), der dieses als Übergabezeitpunkt vermerkt und sodann die Bekanntgabe veranlasst. Der für den Erlassvermerk zuständige Urkundsbeamte kann nur den Zeitpunkt durch Vermerk dokumentieren, der seiner eigenen Wahrnehmung von der Empfangnahme des Beschlusses entspricht. Dies ist hier der 9. April 2021.

11 Da tags zuvor bereits die Rüge der Zulässigkeit des Rechtswegs eingegangen war, war das Familiengericht gehalten, vorab gemäß § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG über die Rechtswegzuständigkeit zu entscheiden. Hiergegen wäre die sofortige Beschwerde nach § 17 a Abs. 4 Satz 3 GVG statthaft gewesen. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde musste die Rüge auch nicht innerhalb der vom Amtsgericht trotz Antrags nicht verlängerten Stellungnahmefrist erfolgen, da die Vorschrift des § 282 Abs. 3 ZPO im Kindschaftsverfahren, das keine Familienstreitsache ist, nicht anzuwenden ist.

12 Das Unterlassen der Vorabentscheidung führt dazu, dass die Frage der Rechtswegzuständigkeit noch im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die Sachentscheidung geprüft werden kann (BGHZ 121, 367 = NJW 1993, 1799, 1800).

Daneben kann die inkorrekte Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auch mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (vgl. BAG NJW 1993, 2458, 2459). Nach diesen Grundsätzen ist eine Überprüfung der Rechtswegfrage auch dann noch möglich, wenn das Ausgangsgericht entgegen § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG von einer Vorabentscheidung abgesehen hat und ein Rechtsmittel gegen die getroffene Hauptsacheentscheidung als solche nicht statthaft ist. Denn die im Gesetz angelegte Systematik will sicherstellen, dass die Beteiligten die Rechtswegentscheidung in jedem Fall überprüfen lassen können (vgl. BGHZ 121, 367 = NJW 1993, 1799, 1800). Daher ist auch in einem solchen Fall die sofortige Beschwerde gegen die Hauptsacheentscheidung gemäß § 17 a Abs. 4 Satz 3 GVG mit dem isolierten Ziel einer Überprüfung der Rechtswegzuständigkeit eröffnet.

13 b) Zu Recht hat das Oberlandesgericht den eigenen Rechtsweg gemäß § 17 a Abs. 2 GVG für unzulässig erklärt (vgl. Senatsbeschluss vom 6. Oktober 2021 - XII ARZ 35/21 - juris Rn. 7 f.).

14 Es hat das an das Familiengericht gerichtete Schreiben der Beteiligten zu 2 und 3 vom 13. März 2021 in rechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin ausgelegt, dass gegen die Schule gerichtete Unterlassungsverlangen durchgesetzt werden sollen. Über derartige Unterlassungsansprüche hätten gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Verwaltungsgerichte zu entscheiden. Sie betreffen das Schulverhältnis als Rechtsverhältnis zwischen dem Schüler und einer öffentlichen, von einer Gebietskörperschaft getragenen Schule, deren Handeln in inneren Schulangelegenheiten einschließlich der Schulordnungsmaßnahmen der öffentlichen Gewalt zugerechnet wird (BVerwG NJW 2021, 2600 Rn. 7). Davon erfasst werden auch von der Schule angeordnete Infektionsschutzmaßnahmen (BVerwG NJW 2021, 2600 Rn. 7; OLG Bamberg FamRZ 2021, 1539, 1540; OLG Brandenburg Beschluss vom 27. Juli 2021 - 13 UF 80/21 - juris Rn. 10; OLG

München FamRZ 2021, 1538, 1539; OLG Nürnberg FamRZ 2021, 935, 936; BeckOK VwGO/Reimer [Stand: 1. April 2021] § 40 Rn. 71a; vgl. auch Senatsbeschluss vom 12. Mai 2021 - XII ZB 34/21 - FamRZ 2021, 1402 Rn. 13 zur verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit für die Untersagung von Maßnahmen des Jugendamts).

- 15 Eine daneben parallel bestehende Regelungskompetenz auf Grundlage des § 1666 BGB ist den Familiengerichten nicht eröffnet. Diese Vorschrift ermöglicht es den Gerichten in erster Linie, Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die Personensorgeberechtigten zur Einhaltung ihrer Schutzpflichten gegenüber dem Kind anzuhalten (vgl. BT-Drucks. 16/6815 S. 14 f.); als ultima ratio kommt hierbei die Entziehung der elterlichen Sorge in Betracht (§ 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB). Zwar kann in besonders gelagerten Fällen bei Angelegenheiten der Personensorge auch eine Maßnahme gegen einen Dritten erfolgen (§ 1666 Abs. 4 BGB), wenn von dessen Verhalten eine Gefahr für das Kindeswohl ausgeht. Eine Befugnis des Familiengerichts zum Erlass von Anordnungen zur Durchsetzung des Kindeswohls gegenüber Behörden ist damit aber nicht verbunden. Denn Dritte im Sinne der Vorschrift sind nicht Behörden und sonstige Träger der öffentlichen Gewalt. Auf Grundlage des § 1666 BGB können die Familiengerichte auch die Jugendämter nicht zur Unterlassung von Maßnahmen der Jugendhilfe wie etwa einer Inobhutnahme verpflichten (Senatsbeschluss vom 12. Mai 2021 - XII ZB 34/21 - FamRZ 2021, 1402 Rn. 13 mwN; vgl. auch BVerwG FamRZ 2002, 668 f.). Umso weniger sind sie befugt, andere staatliche Stellen in ihrem Tun oder Unterlassen anzuweisen. Dies würde nämlich einen Eingriff in das Gewaltenteilungsprinzip bedeuten (MünchKommBGB/Lugani 8. Aufl. § 1666 Rn. 181; Johannsen/Henrich/Althammer/Jokisch Familienrecht 7. Aufl. § 1666 a BGB Rn. 17; Meysen FamRZ 2008, 562, 563), für den es an der erforderlichen Rechtsgrundlage fehlt. Insbesondere legitimieren die §§ 1666, 1666 a BGB iVm dem staatlichen Wächteramt einen solchen Eingriff nicht. Im Rahmen des schulischen

Sonderrechtsverhältnisses sind die zuständigen Behörden ihrerseits an die das Kindeswohl schützenden Grundrechte gebunden. Die gerichtliche Kontrolle dieses Behördenhandelns - auch hinsichtlich Infektionsschutzmaßnahmen in den jeweiligen Schulen - obliegt hierbei allein den Verwaltungsgerichten; insoweit haben auch die §§ 23 b GVG, 111 Nr. 2, 151 Nr. 1 FamFG nicht die Bedeutung einer abdrängenden Sonderzuweisung im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

16 c) Ebenfalls zu Recht hat das Oberlandesgericht eine Verweisung des Verfahrens an das Verwaltungsgericht abgelehnt und das Verfahren eingestellt (vgl. auch Senatsbeschluss vom 6. Oktober 2021 - XII ARZ 35/21 - juris Rn. 9 ff.).

17 Zwar ist auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Verweisung auf einen anderen Rechtsweg nicht generell ausgeschlossen. So kam beispielsweise die Verweisung einer beim allgemeinen Zivilgericht anhängig gewordenen Klage an das für Wohnungseigentumssachen zuständige Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht, weil das für Wohnungseigentumssachen als sogenannte echte Streitsache ausgestaltete Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ähnlichen Verfahrensgrundsätzen folgte (vgl. BGH Beschluss vom 13. Oktober 1983 - I ARZ 408/83 - NJW 1984, 740). Umgekehrt kann ein beim Gericht für Notarsachen (§ 111 BNotO) anhängig gemachtes Verfahren, das als ein streitiges Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusehen ist, an die Zivilgerichte verwiesen werden (BGHZ 115, 275 = MDR 1992, 185). Auch konnte ein Zuständigkeitsstreit zwischen dem für Kindschaftssachen zuständigen Familiengericht und dem für Vormundschaftssachen zuständigen Gericht der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Verweisung gelöst werden (Senatsbeschluss BGHZ 78, 108 = FamRZ 1980, 1107).

18 Die Vorschrift des § 17 a GVG ist jedoch einschränkend dahin auszulegen, dass eine Verweisung von Amts wegen betriebener Verfahren der freiwilligen

Gerichtbarkeit mangels „Beschreitung eines Rechtswegs“ durch einen Antragsteller oder Kläger nicht in Betracht kommt, sondern diese bei fehlender Zuständigkeit einzustellen sind (BVerwG NJW 2021, 2600 Rn. 11; OLG Karlsruhe NJW 2021, 2054; OLG Frankfurt FamRZ 2021, 1383, 1384; OLG Brandenburg Beschluss vom 27. Juli 2021 - 13 UF 80/21 - juris Rn. 5, 10 f.; vgl. auch OLG Köln Beschluss vom 12. Juli 2021 - 14 UF 90/21 - juris Rn. 10 f.). Aufgrund der Eingabe der Beteiligten zu 2 und 3 vom 13. März 2021 hätte beim Familiengericht kein kontradiktorischen Regeln folgendes Antragsverfahren eröffnet werden können, das einer Verweisung an das Verwaltungsgericht zugänglich gewesen wäre (vgl. BVerwG NJW 2021, 2600 Rn. 11 f.), sondern allenfalls ein Verfahren von Amts wegen. Ein Verfahren von Amts wegen mit dem Ziel der Aufhebung schulischer Anordnungen ist der Verwaltungsgerichtsbarkeit jedoch wesensfremd.

Dose

Schilling

Nedden-Boeger

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Weimar, Entscheidung vom 09.04.2021 - 9 F 148/21 -

OLG Jena, Entscheidung vom 14.05.2021 - 1 UF 136/21 -