OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.04.2021, 9 WF 342/21, 9 WF 343/21

Leitsätze:

1. Für die gerichtliche Überprüfung coronabedingter Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung (hier: Maskenpflicht, Distanzgebot, Corona-Testpflicht in Schulen) besteht keine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

2. Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls gegenüber „Dritten“ nach § 1666 Abs. 4 BGB erfassen nicht Maßnahmen gegenüber Trägern staatlicher Gewalt. Daher besteht keine Anordnungskompetenz des Familiengerichts gegenüber der Schulbehörde oder einzelnen Lehrern.

3. Bei von Amts wegen einzuleitenden Verfahren und Anregungen auf ein Einschreiten vom Amts wegen kommt eine Rechtswegverweisung (hier: an die Verwaltungsgerichtsbarkeit) nicht in Betracht.

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Eltern W K und M K gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Kelheim vom 31.03.2021 (Az.: 002 F 137/21) wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Verweisung in Ziff. 2 aufgehoben und das Verfahren eingestellt wird.

2. Die Beschwerdeführer tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

3. Der Verfahrenswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.000,00 € festgesetzt.

4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Mit Schreiben vom 15.03.2021 wandten sich die sorgeberechtigten Eltern des 15 Jahre alten Jugendlichen J K (geb. am 2005), W und M K an das Amtsgericht Kelheim, mit der „Anregung“, ein Eilverfahren „von Amts wegen“ gem. § 1666 BGB gegen die schule A wegen Gefährdung des Wohls ihres Sohnes J und aller weiteren Schulkinder aufgrund der Anordnung der Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes und zur Wahrung räumlicher Distanz zu eröffnen, die Rechtmäßigkeit der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) zu überprüfen und das Infektionsschutzgesetz zur Feststellung von dessen Unwirksamkeit gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Die Antragsteller sind der Meinung, ihr Kind und alle weiteren die dortige schule besuchenden Schüler seien in ihrem körperlichen, seelischen und geistigen Wohl sowie in ihren Menschen- und Grundrechten durch die schulintern verordnete Pflicht zum Maskentragen und zum Abstandhalten verletzt. Die schulinternen bzw. staatlichen Anordnungen verstießen gegen die UN-Kinderrechtskonvention, gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 8) und gegen das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984. Die Antragsteller berufen sich auf angebliche wissenschaftliche Erkenntnisse.

Mit Beschluss vom 31.03.2021 (Az: 002 F 137/21) hat das Amtsgericht - Familiengericht - Kelheim im Wege der einstweiligen Anordnung den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt

und das Verfahren an das Verwaltungsgericht Regensburg verwiesen. Zuvor hatte das Gericht die Antragsteller auf seine Unzuständigkeit hingewiesen.

Die Antragsteller sahen und sehen nach wie vor die Verantwortlichkeit beim Familiengericht und weisen weiter darauf hin, dass die inzwischen für Schulen angeordnete Corona-Selbsttestung für Schüler rechtswidrig sei. Der Beschluss vom 31.03.2021 wurde den Antragstellern am 01.04.2021 zugestellt. Mit eigenem Schreiben vom 11.04.2021, eingegangen beim Ausgangsgericht am selben Tag, haben die Eltern Beschwerde eingelegt. Sie verweisen darauf, die physische und psychische Gesundheit ihrer Kinder sei „im Moment stark geschädigt". Zur Begründung nehmen sie Bezug auf einen Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Weimar vom 08.04.2021 (Az: 9 F 148/21), in welchem das Amtsgericht den Leitungen und Lehrern der Schulen die Anordnung von Maskenpflicht, Mindestabstand und die Durchführung von Schnelltests für alle dort beschulten Kinder und Jugendlichen untersagt und die Aufrechterhaltung des Präsenzunterrichts geboten hat.

Die Zwölfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) vom 05.03.2021 (BayMBl. Nr. 171) (BayRS 2126-1-16-G) schreibt u.a. vor, dass jeder angehalten wird, die physischen Kontakte zu anderen Menschen auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren und den Personenkreis möglichst konstant zu halten und dass, wo immer möglich, ein Mindestabstand zwischen zwei Personen von 1,5 m einzuhalten ist, § 1 Abs. 1 BayIfSMV. Weiter ist für den Schulbetrieb geregelt, dass auf dem Schulgelände, in der Mittagsbetreuung und in allen Angeboten der Notbetreuung grundsätzlich Maskenpflicht besteht und dass die Erziehungsberechtigten dafür sorgen müssen, dass die Schülerinnen und Schüler der Maskenpflicht nachkommen, § 18 Abs. 2 BayIfSMV.

II.

Das Rechtsmittel ist als sofortige Beschwerde statthaft gemäß § 17a Abs. 4 S. 3 GVG, §§ 567 ff. ZPO (Zöller/Lückemann, ZPO, 33. Aufl., § 17a GVG, Rn. 15) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere innerhalb der 2-wöchigen Notfrist des § 569 ZPO und formgerecht eingelegt worden.

§ 57 S. 1 FamFG, wonach Entscheidungen des Familiengerichts, die im Wege einstweiliger Anordnung ergehen, grundsätzlich unanfechtbar sind bzw. die mangels Durchführung einer mündlichen Erörterung nicht vorliegende Ausnahme des § 57 S. 2 Nr. 1 FamFG, stehen der Zulässigkeit nicht entgegen, denn hier geht § 17a Abs. 4 GVG vor.

Das Rechtsmittel der Eltern ist in der Sache ohne Erfolg. Zu Recht hat das Erstgericht den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und damit die sachliche Entscheidungsbefugnis des Familiengerichts verneint.

Eröffnet ist allein der Verwaltungsrechtsweg, daher sind die Verwaltungsgerichte zuständig. Die Entscheidung des Amtsgerichts ist auf §§ 13, 17a Abs. 2 GVG gestützt. Nach § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte u.a. Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. § 17a Abs. 2 S. 1 GVG bestimmt, dass wenn der beschrittene Rechtsweg unzulässig ist, das Gericht dies nach Anhörung der Parteien von Amts wegen per Beschluss ausspricht und den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges verweist.

Einschlägig ist § 40 VwGO. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

Dies ist hier der Fall. Die Beschwerdeführer behaupten pauschal - und zwar offensichtlich unter Verwendung eines vorgefertigten, nicht individualisierten Antragsschrift - ihr Sohn sei durch die Pflicht zur Verwendung einer Maske und zur Einhaltung körperlicher Distanz zu anderen Menschen und durch die spätere Verpflichtung zur Durchführung von Corona-Selbstschnelltest sowie durch die bei Weigerung eintretende Diskriminierung nachhaltig in seinem Wohl gefährdet, sogar „im Moment stark geschädigt". Sie wollen offenbar damit ausdrücken, die coronapandemiebedingten Maßnahmen schränkten die Grundrechte und Menschenrechte ihrer Kinder unverhältnismäßig ein. Dasselbe gelte für alle, namentlich nicht benannten Schüler der schule A . Verpackt in eine Anregung auf Erlass kinderschutzrechtlicher Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1, 4 BGB greifen die Beschwerdeführer Anordnungen der Schulleitung ihres Sohnes E und damit die zugrundeliegenden Bestimmungen der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, insbesondere §§ 1, 18 BayIfSMV an, des Weiteren das Infektionsschutzgesetz vom 20.07.2020, hier § 28a IfSG. In Wahrheit handelt es sich um eine Art Normenkontrollklage, denn die Antragsteller begehren die Aufhebung aller Vorschriften und der darauf beruhenden behördlichen Anordnungen, die die Maskenpflicht und das Distanzgebot für Schulkinder beinhalten.

Die Streitigkeit ist rein öffentlich-rechtlicher Natur, sie betrifft das Verhältnis zwischen ihnen bzw. ihren Kindern als Bürger und dem Staat, hier in Gestalt der Schulverwaltung und der dieser übergeordneten Behörden.

Die Überprüfung der diesem konkreten Rechtsverhältnis zugrundeliegenden Rechtsvorschriften - hier: Gesetz, Verordnung, Allgemeinverfügung, behördliche Anordnung - obliegt einzig den Verwaltungsgerichten, § 40 Abs. 1 HS 1 VwGO. Die Ausnahme einer spezialgesetzlichen Zuweisung zu einem anderen Gericht (§ 40 Abs. 1 HS 2 VwGO) liegt nicht vor. Denn es existiert kein Bundesgesetz, das die Streitigkeit der Beschwerdeführer ausdrücklich den Familiengerichten oder überhaupt den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuweist (so auch AG Waldshut-Tiengen, 306 AR 6/21, Beschluss vom 13.04.2021, juris; VG Weimar 8 E 416/21, Beschluss vom 20.04.2021, openJur). Insbesondere enthält das FamFG eine solche Zuständigkeitsregelung nicht. Die Beschwerdeführer können sich auch nicht mit Erfolg auf § 1666 Abs. 4 BGB berufen. Hiernach kann das Gericht in Angelegenheiten der Personensorge auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen. Die Vorschrift knüpft an § 1666 Abs. 3 BGB an, der eine Reihe zulässiger familiengerichtlicher Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls formuliert, wobei die Voraussetzung des § 1666 Abs. 1 BGB - die Gefährdung des körperlichen, seelischen oder geistigen Kindeswohls oder seines Vermögens und die Unfähigkeit oder Unwilligkeit der Eltern zur Gefahrenabwehr - stets erfüllt sein muss. Unabhängig davon, dass es im hiesigen Fall bereits an jedweder substantiierten, individualisierten Darlegung fehlt, inwiefern das Wohl des Jugendlichen E konkret, akut und nachhaltig gefährdet oder gar geschädigt sein soll, meint das Gesetz mit dem „Dritten", gegen den im Bereich der Personensorge Schutzmaßnahmen für ein Kind erlassen werden können, natürliche Personen und andere private Rechtsträger, nicht aber Behörden, Regierungen und sonstige Träger staatlicher Gewalt (Staudinger/Coester, § 1666 Rn. 236 ff; BeckOK BGB/Veit § 1666 Rn. 12; VG Weimar 8 E 416/21, a.a.O.). Wie das Verwaltungsgericht Weimar zu Recht ausführt, kann hier die Parallele gezogen werden zum Verhältnis zwischen Familiengericht einerseits und Jugendamt andererseits. Dem Gericht kommt keine Anordnungskompetenz gegenüber dem Jugendamt zu, weil es dafür an einer Rechtsgrundlage fehlt (MünchKomm/Lugani/BGB, § 1666 Rn. 180 f.).

Nach der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 24.03.2014 1 BvR 160/14 Tz 50) sind behördliche Entscheidungen gerichtlich nur eingeschränkt auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfbar.

Dies gilt für behördliche Planungs- und Ermessensentscheidungen sowie ausnahmsweise für gebundene Entscheidungen, bei denen der Gesetzgeber der Verwaltung im Verhältnis zur die Verwaltung kontrollierenden Gerichtsbarkeit einen sogenannten Beurteilungsspielraum eingeräumt hat. Familiengerichtliche Entscheidungen nach § 1666 BGB sind nicht als Kontrolle behördlicher Entscheidungen, sondern als eigene und originäre Sachentscheidung des Gerichts ausgestaltet. Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen des Jugendamts (im dortigen Fall über die Gewährung öffentlicher Hilfen) obliegt de lege lata nicht den Familiengerichten, sondern den Verwaltungsgerichten (BVerfG FamRZ 2014, 1266, Tz 55; OLG Nürnberg 11 UF 1097/14 Tz 36). Behördliches, hoheitliches Handeln haben ausschließlich die Verwaltungsgerichte zu kontrollieren. Dies gilt für Schulen ebenso wie für Jugendämter (vgl. auch Amtsgericht Waldshut-Tiengen, a.a.O).

Sowohl das Amtsgericht Weimar (s.o. Az: 148/21, Beschluss vom 08.04.2021), auf das sich die Beschwerdeführer berufen, als auch das Amtsgericht Weilheim (Az: 2 F 192/21, Beschluss vom 13.04.2021, juris) verkennen dies völlig.

Die Rechtswegverweisung kommt dann nicht in Betracht, wenn ein Verfahren nicht antragsabhängig ist, sondern es sich - wie hier - um ein nur von Amts wegen einzuleitendes Verfahren handelt (BTDrs 16/6308, 318; Zöller/Lückemann, ZPO, 33. Aufl., § 17a GVG, Rn. 21). Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit können nicht in einen anderen Rechtsweg verwiesen werden. Sie werden durch eigenständige Entschließung des zuständigen Gerichts von Amts wegen eingeleitet und dürfen nicht einem anderen Gericht „aufgedrängt“ werden. Amtsverfahren sind daher, wenn das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Einzelfall - wie hier - unzulässig ist, von Amts wegen einzustellen (Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl., 2021, § 17 Rn. 62). Soweit die Verweisung erfolgt ist (Ziff. 2), war der Beschluss aufzuheben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

Verfahrenswert: §§ 40, 41, 45 FamGKG.

V.

Diese Entscheidung ist mit der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof anfechtbar. Die Zulassung erfolgt wegen grundsätzlicher Bedeutung, § 17a Abs. 4 S.5 GVG.