

KANZLEI FÜR ARBEITSRECHT
HELMUT P. KRAUSE
RECHTSANWALT UND FACHANWALT FÜR ARBEITSRECHT
TÄTIGKEITSSCHWERPUNKT: KÜNDIGUNGSSCHUTZRECHT

Rechtsanwalt Krause · Frühlingstrasse 29 · 82178 Puchheim

Bayerischer Verfassungsgerichtshof
vorab per Telefax: 089 5597 3986
Prielmayerstraße 5
80335 München

www.rakrause.de
82178 Puchheim
Frühlingstrasse 29
Telefon (089) 123 87 54
Telefax (089) 123 87 58
info@rakrause.de

22. Juni 2021
AGG420/KE

EILT! Bitte sofort vorlegen!

Vf. 98-VII-20

In Sachen Antrag

1. des Helmut P. Krause, Frühlingstraße 29, 82178 Puchheim
3. und andere

vom 12. November 2020

auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit

1. der Achten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV) vom 30. Oktober 2020 (BayMBI Nr. 616, BayRS 2126-1-12-G).
2. der Zehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (10. BayIfSMV) vom 8. Dezember 2020 (BayMBI Nr. 711, BayRS 2126-1-14-G).
3. der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV) in der Fassung vom 28. Januar 2021 (BayMB. 2021 Nr. 75, BayRS 2126-1-15-G)
4. der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) in der Fassung vom 19.05.2021 (BayMBI. 2021 Nr. 351; BayRS 2126-1-16-G)

und Erlass einstweiliger Anordnungen

mache ich zum **bereits gestellten Beweisantrag nach Art. 23 Abs. 4 VfGHG iVm § 411a ZPO** auf Verwertung der drei gerichtlichen Sachverständigengutachten aus dem Verfahren 9 F 148/21 vor dem AG Weimar, welche auch Gegenstand des Beschlusses des AG Weimar vom 08.04.2021 sind, folgende **ergänzende rechtliche Ausführungen**:

Der Beweisantrag kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Beschluss des AG Weimar vom 08.04.2021 vom OLG Jena (Az.1 UF 136/21) am 14.05.2021 aufgehoben wurde.

Erstens gilt der Grundsatz, dass selbst bei einer Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung die in diesem Verfahren erhaltenen **Sachverständigengutachten nicht gegenstandslos** werden, sondern weiterhin als gerichtliche Sachverständigengutachten gewertet werden.

Zweitens hat sich der Richter des AG Weimar mit seinem Beschluss vom 08.04.2021 im Verfahren 9 F 148/21 in **keiner Weise eine Zuständigkeit** angemäÙt, die ihm nicht zustünde. Es wird derzeit sogar gegen den Richter wegen Rechtsbeugung ermittelt, obwohl seine **Entscheidung in jeder Hinsicht rechtlich vertretbar** war und auch von der **Rechtspraxis gedeckt** war. Für eine Rechtsbeugung fehlt es schon an der Unvertretbarkeit der Entscheidung.

Drittens ist die **Entscheidung des OLG Jena** (Az.1 UF 136/21) vom 14.05.2021 in mehrerlei Hinsicht **fragwürdig und rechtswidrig**.

I. Fragwürdige und rechtswidrige Entscheidung des OLG Jena vom 14.05.2021 (Az. 1 UF 136/21)

Die erste zu prüfende Frage ist, ob ein **Rechtsmittel überhaupt statthaft** ist. Dies ist bereits zu verneinen. Nach **§ 57 S. 1 FamFG** sind Entscheidungen in Verfahren der einstweiligen Anordnung in Familiensachen **nicht anfechtbar**. Nur in den Fällen einer freiheitsentziehenden Unterbringung - was hier nicht gegeben ist – besteht ein Rechtsmittel. Der Beschluss des AG Weimar vom 08.04.2021 (9 F 148/21) war gerade im Verfahren der einstweiligen Anordnung in Familiensachen ergangen und ist damit nach § 57 S. 1 FamFG nicht anfechtbar. Schon bei der Frage der Statthaftigkeit eines Rechtsmittels hätte das Thüringer OLG die Beschwerde zurückweisen müssen. Der Freistaat Thüringen hatte die Möglichkeit, mündliche Verhandlung nach § 54 Abs. 2 FamFG zu beantragen und so eine Abänderung des Beschlusses vom 08.04.2021 nach § 54 Abs. 1 FamFG zu erwirken. Eine (sofortige) Beschwerde gegen den Beschluss vom 08.04.2021 zum Oberlandesgericht war aber bereits wegen § 57 S. 1 FamFG nicht gegeben, da bereits aufgrund gesetzlicher Regelung Entscheidungen in Verfahren der einstweiligen Anordnung in Familiensachen nicht anfechtbar sind.

Die **erste große Frage** ist, wie das Thüringer OLG eine sofortige **Beschwerde des Freistaats Thüringen zulassen** konnte, obwohl der **Beschluss des AG Weimar vom 08.04.2021 (9 F 148/21) gar nicht anfechtbar** ist (§ 57 S. 1 FamFG).

Zweitens führt das OLG Jena aus, dass das AG Weimar vor einer Sachentscheidung gehalten gewesen wäre, vorab über seine Zuständigkeit zu entscheiden und verweist dabei auf § 17a GVG. Dies ist in zweifacher Hinsicht falsch.

Zum einen ist **einhellige herrschende Rechtsmeinung**, dass **§ 17a GVG** in **echten Amtsverfahren in Familiensachen nach § 24 FamFG** – wie es ein Verfahren nach § 1666 BGB wegen Kindeswohlgefährdung ist - **nicht anwendbar** ist (vgl. Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 17a GVG, Rn. 21; OLG Karlsruhe vom 28.04.2021 Az. 20 WF 70/21; OLG Zweibrücken NJW-RR 99, 1682; OLG Nürnberg vom 26.04.2021 Az. 9 WF 342/21, 9 WF 343/21; OLG Bamberg vom 17.05.2021 Az. 7 WF 124/21). Die Anwendung des § 17 a GVG durch das Familiengericht würde voraussetzen, dass eine Verweisung des Verfahrens nach den Verfahrensregeln überhaupt möglich ist, was nur in den echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und den Antragsverfahren der Fall ist, denn bei den Amtsverfahren obliegt die Einleitung des Verfahrens der eigenständigen Entschließung des zuständigen Gerichtes (vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 99, 1682; OLG Karlsruhe vom 28.04.2021 Az. 20 WF 70/21; OLG Nürnberg vom 26.04.2021 Az. 9 WF 342/21, 9 WF 343/21; OLG Bamberg vom 17.05.2021 Az. 7 WF 124/21). Dies ergibt sich auch bereits eindeutig aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 16/6308, 318): „In Verfahren, die von Amts wegen einzuleiten sind, fehlt es bereits im Ausgangspunkt an der Beschreitung eines Rechtsweges, so dass für die Anwendung der Vorschrift in diesen Fällen von vornherein kein Raum ist.“

Das AG Weimar hat sich mit der Frage der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte befasst und ist nach Prüfung zum Ergebnis gekommen, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht eröffnet ist. Zudem wurde die **Unzuständigkeit des Familiengerichts vom Freistaat Thüringen gar nicht gerügt**. Auf Seite 16 des Beschlusses des AG Weimar vom 08.04.2021 steht, dass der Freistaat Thüringen beteiligt wurde und rechtliche Hinweise erteilt worden seien. Schließlich hatten weder der Freistaat Thüringen noch die Schulen innerhalb der gesetzten Frist eine Stellungnahme abgegeben (vgl. Seite 20 Beschluss des AG Weimar).

Einzig den Ausführungen des OLG Jena, wonach in der Rechtsprechung **umstritten** ist, ob **Behörden, Regierungen bzw. Beamten** unter den Begriff „**Dritte**“ **im Sinne von § 1666 Abs. 4 BGB** fallen, ist zuzustimmen. Dies ist obergerichtlich noch nicht geklärt bzw. eine Klärung durch den BGH steht noch aus. Diese Frage wurde vom OLG Karlsruhe (OLG Karlsruhe vom 28.04.2021 Az. 20 WF 70/21) und auch vom OLG Bamberg ((OLG Bamberg vom 17.05.2021 Az. 7 WF 124/21) offengelassen. Jedoch deutet jeweils die Aufhebung des Beschlusses des Familiengerichts (AG Pforzheim und AG Bad Kissingen) daraufhin, dass sowohl das OLG Karlsruhe als auch das OLG Bamberg nicht grundsätzlich eine Anwendung von § 1666 Abs. 4 BGB auf Schule oder Schulleiter ausschließen. Das OLG Nürnberg (OLG Nürnberg vom 26.04.2021, Az. 9 WF 342/21, 9 WF 343/21) und das Thüringer OLG sind der Rechtsauffassung, dass eine Schule bzw. Lehrer nicht „Dritte“ im Sinne von § 1666 Abs. 4 BGB sind und daher die vom AG Weimar getroffenen Anordnungen im Beschluss vom 8.04.2021 nicht auf § 1666 Abs. 4 BGB gestützt hätten werden können. Dagegen ist aber anerkannt, dass „Dritter“ im Sinne von § 1666 Abs. 4 BGB auch die Betreiberin eines Wohnheims oder sogar eine psychiatrische Klinik mit einer geschlossenen Abteilung für Kinder- und Jugendpsychiatrie – und damit Aufgaben der öffentlichen Hand wahrnehmend – sein kann (vgl. Staudinger/Coester (2020) BGB § 1666, Rn. 237; AG Wedding, Beschluss vom 17.07.1992, 50 X 67/92; AG Kassel, DAVorm 1996, 411; Johannsen/Henrich/Althammer/Jokisch BGB § 1666 Rn. 124; MüKoBGB/Lugani, 8. Aufl. 2020, BGB § 1666 Rn. 214, 215). Nach der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere aus der „Zeit vor Corona“, wurden daher auch **Träger der öffentlichen Hand** wie ein **Wohnheim** oder eine **psychiatrische Klinik** als „Dritte“ im Sinne von **§ 1666 Abs. 4 BGB** angesehen, so dass es nach der bisherigen Rechtspraxis vertretbar ist, eine Schule bzw. Schulleiter und Lehrer unter „Dritte“ im Sinne von § 1666 Abs. 4 BGB zu subsumieren.

Neben der Rechtspraxis ist bei Auslegung von § 1666 BGB auch der **Wille des Gesetzgebers** zu berücksichtigen. Bei der Schaffung der heutigen Fassung des § 1666 BGB im Jahr 2008 ging es dem Gesetzgeber dann in erster Linie darum, die Familiengerichte im Rahmen einer „Verantwortungsgemeinschaft“ mit dem Jugendamt früher einzubeziehen und ein konstruktiveres Tätigwerden mit einer Vielfalt möglicher Eingriffsmaßnahmen zu ermöglichen (BT-Drucks 16/6815, 1, 9). Hinsichtlich der Alternativität von Gefährdung durch Versagen der Eltern und Gefährdung durch einen Dritten gab es keinen Änderungsbedarf. Vielmehr wurde die Abkehr vom Verschuldensprinzip noch konsequenter umgesetzt, indem **allein auf die objektiv bestehende Gefahr für das Kind abgestellt** wurde, **unabhängig davon, woher diese rührt**. In der Gesetzesbegründung ist dazu festgehalten (BT-Drucks 16/6815, 10): „Da „das Wohl des Kindes den Richtpunkt für den Auftrag des Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 GG“ (BVerfGE 24,119,144) bildet, muss die Gefährdung des Kindes der entscheidende Anknüpfungspunkt für das Eingreifen staatlicher Schutzmaßnahmen sein. Das Auftreten einer Schutzlücke wäre mit dem Grundrechtsschutz des Kindes als eigenständiger Persönlichkeit nicht vereinbar.“ Diese objektive Gefahr für das Kind umfasst die vorherigen Alternativen „Gefährdung durch Versagen der Eltern“ und „Gefährdung durch einen Dritten“ (vgl. MüKoBGB/Lugani BGB § 1666 Rn. 105).

Gegen eine Beschränkung der Adressaten familiengerichtlicher Maßnahmen auf den Kreis der Privatpersonen spricht schließlich auch der Umstand, dass **§ 1666 BGB** inzwischen auch der **Umsetzung der seit dem 15.07.2010 vorbehaltlos geltenden UN-Kinderkonvention** gilt. Darin ist u. a. Bestimmt: „**Artikel 3 [Garantie des Kindeswohls]** (1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.“

Dies unterstreicht gerade die Bindung der öffentlichen Stellen an die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls und die Verpflichtung der Vertragsstaaten, diese sicherstellenden Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Es dürfte daher auch im Wege der **völkerrechtskonformen Auslegung** davon auszugehen sein, dass „**Dritter**“ auch **eine Person** sein kann, **die in Ausübung einer staatlichen Funktion handelt**.

II. Fazit

Der Beweisantrag nach Art. 23 Abs. 4 VfGHG iVm § 411a ZPO auf Verwertung der drei gerichtlichen Sachverständigengutachten aus dem Verfahren 9 F 148/21 vor dem AG Weimar **kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden**, dass das OLG Jena am 14.05.2021 den Beschluss des AG Weimar vom 08.04.2021 aufgehoben hat.

Die **Entscheidung des OLG Jena vom 14.05.2021** (Az. 1 UF 136/21) ist **offenkundig rechtswidrig**, da der sofortigen Beschwerde des Freistaats Thüringen stattgegeben

wurde, obwohl gegen den Beschluss des AG Weimar vom 08.04.2021 **kein Rechtsmittel** der (sofortigen) Beschwerde vor dem OLG gegeben war (**§ 57 S. 1 FamFG**). Darüber hinaus verweist das OLG Jena auf § 17a GVG, obwohl **§ 17a GVG** nach **einheitlicher Rechtsmeinung in echten Amtsverfahren in Familiensachen nach § 24 FamFG**, wie es ein Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB ist, **nicht anwendbar** ist.

Das Familiengericht ist für Verfahren nach § 1666 BGB zuständig. Die Frage, ob es das Verfahren an das Verwaltungsgericht abgeben sollte nach § 17a GVG, stellt sich nicht, da § 17a GVG in diesem echten Amtsverfahren nach § 24 FamFG nach einheitlicher Meinung in der Literatur und Rechtsprechung nicht anwendbar ist. Allein der Familienrichter entscheidet im Sinne von § 24 FamFG, ob er ein Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung einleitet. Leitet er kein Verfahren ein, ist das Verfahren bereits in diesem Stadium beendet.

Nach bisheriger Rechtsprechung wurden **Träger der öffentlichen Hand wie Wohnheime und psychiatrische Einrichtungen** als „Dritte“ im **Sinne von § 1666 Abs. 4 BGB** gesehen, sodass es vertretbar erscheint auch eine Schule bzw. Schulleiter als „Dritter“ im Sinne von § 1666 Abs. 4 BGB anzusehen. Auch die zeitlich nach dem Beschluss des AG Weimar vom 08.04.2021 ergangenen **Entscheidungen des OLG Karlsruhe** und **OLG Bamberg** legen nahe, dass Schule bzw. Schulleiter „Dritter“ im Sinne von § 1666 Abs. 4 BGB ist. Unter Berücksichtigung des **Willens des Gesetzgebers**, wonach allein auf die objektiv bestehende Gefahr für das Kind abgestellt werden soll, und unter Berücksichtigung der **völkerrechtskonformen Auslegung von Artikel 3 der UN-Kinderrechtskonvention** muss § 1666 Abs. 4 BGB auf **Personen anwendbar** sein, die in **Ausübung einer staatlichen Funktion handeln**.

Die Entscheidung des OLG Nürnberg übersieht bei Auslegung von § 1666 Abs. 4 BGB den Willen des Gesetzgebers und die völkerrechtskonforme Auslegung entsprechend Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention.

Es wäre arg verwunderlich, würde sich der BayVerfGH auf die offensichtlich rechtswidrige Entscheidung des OLG Jena vom 14.05.2021 stützen. Der **Beschluss des AG Weimar vom 08.04.2021** kann sich auf die **bisherige Rechtsprechung zu § 1666 BGB** und auf die **zeitlich danach ergangenen Entscheidungen des OLG Karlsruhe** und **OLG Bamberg** stützen. Ferner entspricht die Rechtsmeinung vertreten durch das AG Weimar dem **Willen des Gesetzgebers** und einer **völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention**.

Folglich ist das mediale „Bashing“ hinsichtlich der Entscheidung des AG Weimar vom 08.04.2021 in rechtlicher Hinsicht in keiner Weise nachzuvollziehen. Vielmehr ist es so, dass gerade diejenigen, die **hier „am lautesten aufschreien“**, **offensichtlich keine Ahnung vom Familienrecht** haben und in **rechtlicher Hinsicht völlig daneben liegen**.

Helmut P. Krause
Rechtsanwalt