

ZAP

9 | 2019

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

13. Mai
31. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln **Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

AUS DEM INHALT

Grußwort zum DAT

70. Deutscher Anwaltstag in Leipzig: Rechtsstaat leben (S. 419)

Anwaltsmagazin

Zugang zum EuGH wird erschwert (S. 422) • STAR-Bericht 2018 online (S. 425) • beA und Prozessrecht (S. 426)

Aufsätze

Fritzsche, § 17a Abs. 5 GVG: Eine „Rechtsmittelfalle“ trotz bindend feststehendem Rechtsweg? (S. 437)

Vierkötter/H. Schneider, Bestimmung der Höhe von Vertragsstrafen bei Wettbewerbsverstößen (S. 443)

N. Schneider, Probleme der Wertfestsetzung (S. 453)

Eilnachrichten

BVerfG: Darlegungslast der Eltern bei Urheberrechtsverletzungen durch Filesharing (S. 433)

BGH: Rückzahlung erhaltener und nicht verbrauchter Vorschüsse des Anwalts (S. 435)

EuGH: Wahlrechtsausschlüsse bei der Europawahl (S. 436)

30
Jahre
ZAP



Rechtsmittelrecht

§ 17a Abs. 5 GVG: Eine „Rechtsmittelfalle“ trotz bindend feststehendem Rechtsweg?

Von RiOLG Dr. SEBASTIAN FRITZSCHE, Butzbach

Inhalt

- | | |
|--|--|
| I. Vorbemerkung | 2. Bestimmung der einschlägigen
Verfahrensordnung |
| II. Überprüfung der Rechtswegzuständigkeit | |
| III. Problemstellung | IV. Fazit |
| 1. Festlegung des Instanzenzugs | |

I. Vorbemerkung

Aufgrund neuerer Entscheidungen des BGH (Beschl. v. 28.2.2018 – XII ZR 87/17, ZAP EN-Nr. 284/2018 = NJW-RR 2018, 451; v. 22.8.2018 – XII ZB 312/18, NJW 2018, 3189) bzw. des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 27.10.2015 – I-3 Wx 254/15, MDR 2016, 234) sollen nachfolgend die **Kriterien der Rechtswegzuständigkeit** eines Gerichts und der von ihm **anzuwendenden Verfahrensordnung** näher beleuchtet werden. Dem steht infolge der Einfügung von § 17a Abs. 6 GVG, wonach § 17a Abs. 1–5 GVG für die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständigen Spruchkörper in ihrem Verhältnis zueinander entsprechend gelten, die Abgrenzung sowohl zwischen einzelnen dort genannten als auch ebenda nicht aufgezählten Bereichen innerhalb der Ordentlichen Gerichtsbarkeit gleich (für eine entsprechende Anwendung von § 17a Abs. 6 GVG in diesen Fällen schon: LG Wuppertal NStZ-RR 2011, 18; AG Friedberg (Hessen), Beschl. v. 20.8.2012 – M 3064/12; OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.2.2013 – 4 WF 48/13, NJW-RR 2013, 776; a.A. vor Einfügung von § 17a Abs. 6 GVG: OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.3.2006 – 4 VAs 1/06, NJW 2006, 2565 m.w.N.).

II. Überprüfung der Rechtswegzuständigkeit

In den vom BGH entschiedenen Fällen ging es jeweils darum, dass ein bestimmtes Streitverfahren dem Zivilprozess zugeordnet worden war und sein (vorläufiges) Ende in einem Berufungsurteil eines oberlandesgerichtlichen Zivilsenats fand. Die hiergegen beim BGH gem. § 544 ZPO eingereichten Nichtzulassungsbeschwerden verwarf der BGH als unzulässig, weil jeweils eine Familiensache vorgelegen habe und das damit anzuwendende FamFG keine Nichtzulassungsbeschwerde kenne.

In dem vom OLG Düsseldorf (Beschl. v. 27.10.2015 – I-3 Wx 254/15, a.a.O.) verwiesenen Fall begehrte die Beschwerdeführerin die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erfolgten Durchsuchung ihrer Wohnung sowie der dabei durchgeführten Beschlagnahme von vier Hunden, wobei sich die Frage stellte, ob die Ermittlungsrichterin des AG den **Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss** aufgrund landespolizeirechtlicher oder aber ordnungswidrigkeitenrechtlicher (und damit strafprozessualer) Grundlage, also mit **präventivem oder repressivem Charakter**, erlassen hatte (AG Mönchengladbach, Beschl. v. 5.6.2015 – 58 Gs 456/15).

Bindungswirkung: Rechtswegzuständigkeit

Das OLG kam nach eingehender Prüfung im Rahmen einer Gesamtschau zu dem Ergebnis, dass die Maßnahme repressiven Charakter gehabt habe, so dass sich das Rechtsmittelverfahren nach den § 46 OWiG, § 304 StPO darstelle. Folglich sei die **Rechtsmittelzuständigkeit** der Strafkammer des LG gegeben, § 73 GVG. An einer Verweisung sah es sich nicht durch §§ 17a Abs. 6, Abs. 5 GVG gehindert, weil die Betroffene mangels vorheriger Anhörung auch noch im Beschwerdeverfahren die Rüge nach § 17 Abs. 3 GVG erheben können; ferner sei eine **Bindungswirkung** deswegen nicht eingetreten, weil nach der angefochtenen Entscheidung nicht erkennbar sei, ob das AG die Frage seiner Zuständigkeit innerhalb der Ordentlichen Gerichtsbarkeit überhaupt geprüft habe.

III. Problemstellung

In der Tat stellt sich bei der **Prüfung der Statthaftigkeit eines Rechtsmittels** immer die Frage, welchem Rechtsweg die **streitentscheidende materiell-rechtliche Norm** zuzuordnen ist – sofern dieser nicht anhand von **Sonderzuweisungen** festgelegt wurde, dann kommt es entscheidend auf Letztere an. Diese Fragestellung hat nicht nur eingangs eines jeden Verfahrens **Bedeutung für die Zuständigkeit des Gerichts** (im eingeschlagenen Rechtsweg bzw. innerhalb der Ordentlichen Gerichtsbarkeit), sondern auch für die **anzuwendende Verfahrensordnung** (so schon BGH NJW 2015, 251; NJW 2015, 1827; zu den weiterführenden Details FRITZSCHE NJW 2015, 586 ff.).

Das OLG Düsseldorf (a.a.O.) prüfte seine Zuständigkeit innerhalb der Ordentlichen Gerichtsbarkeit anhand einer gut begründeten Gesamtschau und dabei, ob der (regelmäßig ohne Beteiligung des Betroffenen) erlassene Durchsuchungsbeschluss (überwiegend) präventiven oder repressiven Charakter aufwies. Diesem Vorgehen begegnen jedoch Bedenken: Denn infolge der **von § 17a Abs. 5 GVG ausgehenden Bindungswirkung** prüft das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, regelmäßig nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Insofern ist zwischen der Beurteilung des Charakters des Rechtsmittels und des Verfahrens sowie der durch die bindende Befassung des Erstgerichts eingetretene Festlegung des Instanzenzugs zu trennen.

1. Festlegung des Instanzenzugs

Hinsichtlich Letzterem ist anerkannt, dass dieser schlicht an die **Tätigkeit des Ausgangsgerichts** anknüpft (formelle Anknüpfung; z.B. ZÖLLER/LÜCKEMANN, ZPO, 30. Aufl., § 119 GVG Rn 5, 9; OLG Koblenz MDR 2014, 476; bei § 73 GVG: LG Verden, Beschl. v. 7.9.2011 – 3 Qs 43/11; Ausnahme WEG-Binnenstreitigkeiten nach § 72 Abs. 2 GVG, vgl. BGH, Beschl. v. 12.11.2015 – V ZB 36/15, MDR 2016, 205). Für das vom OLG Düsseldorf behandelte Verfahren, in dem die Ermittlungsrichterin des AG, § 162 StPO, die Ausgangsentscheidung erließ, gab es daher im Ausgangspunkt keinen Zweifel, dass die Strafkammer zur Entscheidung über das Rechtsmittel berufen war. Auch wenn die Betroffene vor Erlass des Durchsuchungsbeschlusses nicht am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt worden war, konnte das OLG Düsseldorf infolge § 17a Abs. 6 und Abs. 5 GVG die **Zuständigkeit der Strafkammer nicht mehr verneinen** (und seine eigene bejahen): Denn nach dem mitgeteilten Sachverhalt hatte die Ermittlungsrichterin des AG zudem in Form einer Nichtabhilfeentscheidung auch über das Vorbringen der Betroffenen entschieden – und dabei neuerlich ihre eigene Zuständigkeit im Sinne der genannten Norm indirekt bejaht, zumal die Betroffene bis dahin noch keine Rüge hinsichtlich der Zuständigkeit der Ermittlungsrichterin erhoben hatte.

Daher war die Betroffene auch am erstinstanzlichen Teil des Beschwerdeverfahrens beteiligt und hätte ihre – vorab zu entscheidende, § 17a Abs. 3 GVG – **Unzuständigkeitsrüge** bis dahin erheben können/müssen. Durch die Nichtabhilfeentscheidung – bei zuvor ausgebliebener Rüge – gab das Ausgangsgericht zu erkennen, auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der nunmehr beteiligten Betroffenen seine Zuständigkeit für gegeben zu erachten, selbst wenn es die Details nicht prüfte. Für eine (erstmalige) Rüge eines Beteiligten war daher im weiteren Rechtsmittelverfahren vor dem Obergericht kein Raum mehr (anders im Falle erstinstanzlich übergangener Beteiligten: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.10.2018 – II-1 WF 124/18, MDR 2019, 184). Bei zutreffendem **Prüfungsansatz** hätte sich das Zuständigkeitsproblem für das OLG Düsseldorf also gar nicht gestellt.

Wären dem Ausgangsgericht dagegen im Rahmen seines (Nicht-)Abhilfeverfahrens – auch auf Rüge einer bis dahin nicht beteiligten Person – durchgreifende Zweifel an der eigenen Zuständigkeit gekommen, hätte es das Verfahren bereits für die Durchführung des (Nicht-)Abhilfeverfahrens an das Gericht des zutreffenden Rechtswegs/die zuständige Abteilung innerhalb der Ordentlichen Gerichtsbarkeit verweisen müssen, so dass es sodann eine andere formelle Anknüpfung für den Instanzenzug gegeben hätte.

Hinweis:

Damit ist zugleich geklärt, dass es für die Bestimmung des zuständigen Rechtsmittelgerichts (mit Ausnahme der Fälle nach § 72 Abs. 2 GVG) nicht auf inhaltliche Fragen des zutreffenden Rechtswegs, sondern nur auf den entscheidenden Ausgangsspruchkörper ankommt. Hat dieser seine Zuständigkeit (wenngleich indirekt) bejaht und eine Hauptsacheentscheidung erlassen, dann geht von dieser eine Bindungswirkung nach § 17a Abs. 5 GVG aus, so dass sich insoweit im weiteren Verfahrensablauf die Frage nach dem zutreffenden Rechtsweg nicht weiter stellt. Damit steht die Frage nach der Bindungswirkung i.S.v. § 17a Abs. 5 GVG an dieser Stelle vor der Frage nach dem zutreffenden Rechtsweg.

2. Bestimmung der einschlägigen Verfahrensordnung

Anders dagegen die Herangehensweise für die Einordnung des Rechtsmittels und des Verfahrens selbst. Hierfür kommt es nicht auf die Entscheidungsform und den entscheidenden Spruchkörper, sondern auf die in jedem Verfahrensstadium zu beachtenden inhaltlichen Kriterien der Rechtswegbestimmung an (BGH NJW 2015, 251; BGH, Beschl. v. 28.2.2018 – XII ZR 87/17, ZAP EN-Nr. 284/2018 = NJW-RR 2018, 451; BGH NJW 2018, 3189; OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.12.2014 – 4 WF 262/14; OLG Frankfurt FamRZ 2015, 1898; FamRZ 2016, 397; FamRZ 2016, 843; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.12.2018 – 2 UF 126/18).

Dies ist in der Literatur nicht unbestritten (z.B. FLINT, in: SCHLEGEL/VOELZKE, jurisPK-SGG, 1. Aufl. 2017, § 51 SGG, Rn 357.1; v. ALBEDYLL, in: BADER/FUNKE-KAISER/STUHLFAUTH/v. ALBEDYLL, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. 2018, § 41 – weggefallen, Rn 36), in der Sache aber vorzugswürdig: Für die bindend im unzutreffenden Rechtsweg Befassten bedeutet dieses Vorgehen zwar nicht nur ein Arbeiten in fremder materieller Materie, sondern ebenso in fremdem formellen Recht, dies wird aber dadurch aufgewogen, dass den Verfahrensbeteiligten alle diejenigen Vorzüge und Nachteile einer Verfahrensordnung zuteilwerden, die für den Streitgegenstand einschlägig sind. Denn Ungleichbehandlungen der Beteiligten an dieser Stelle lassen sich nicht dadurch rechtfertigen, dass beim (verweisenden) Ausgangsgericht eine zutreffende Rechtswegprüfung unterblieb. Hinzu tritt, dass einzelnen Verfahrensordnungen bestimmten, auf den Streitgegenstand einschlägige Verfahrensarten nicht bekannt sind, so dass auch ein unabdingbares praktisches Bedürfnis zur Anwendung der „passenden“ Verfahrensordnung besteht (FRITZSCHE NJW 2015, 586 ff.).

Doch wie erfolgt die Prüfung der (Rechtsweg-)Zuständigkeit? Hier sind mehrere Szenarien zu unterscheiden:

1. Ist die streitentscheidende Norm nur in einem Rechtsweg verfolgbar, genügt es, dass der Antragsteller der Rechtsansicht ist, die Tatbestandsmerkmale der die Zuständigkeit ergebenden Norm sei erfüllt (sic-non-Fälle, vgl. BAGE 83, 40, Rn 30 ff.).
2. Ist dagegen die streitentscheidende Norm in mehreren Rechtswegen verfolgbar und knüpft ein besonderer Rechtsweg an die Tatbestandsmerkmale dieser Norm an, so dass diese doppelrelevanten Charakter haben, ist für die Rechtswegprüfung allein auf den Sachvortrag des Antragstellers/Klägers abzustellen.

Hinweis: Soweit sein schlüssiger Sachvortrag reicht, ist von seinem Wahrheitsgehalt auszugehen. Erst auf Begründetheitsebene sind Feststellungen in der Sache unter Heranziehung des Vortrags der übrigen Parteien/Beteiligten geboten (BGH NJW 2010, 873, Rn 14).

3. Kommt es demgegenüber für die (besondere) Zuständigkeitseinordnung nach dem formellen Recht nicht auf die Tatbestandsmerkmale des materiellen Rechts an, z.B. bei einer Familiensache nach den

Bindungswirkung: Rechtswegzuständigkeit

§§ 111 Nr. 10, 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG (aut-aut- und et-et-Fälle), dann ist die Zuständigkeitsbestimmung entsprechend des allseitigen Sachvortrags und ggf. gerichtlicher Beweisaufnahme vorzunehmen (BGH NJW 2010, 873, Rn 17 ff.; BGH FamRZ 2013, 281-283, Rn 20 ff.).

Anhand der so bestimmten inhaltlichen Kriterien ist dann die **Zulässigkeit** des Rechtsmittels im wahren Rechtsweg nach der dort **gültigen Verfahrensordnung** zu bestimmen und das begonnene Verfahren fortzusetzen, wobei freilich hinsichtlich der formalen Bedingungen des eingelegten Rechtsmittels diejenigen Voraussetzungen genügen, die das Rechtsmittel bei der vom Gericht gewählten Entscheidungsform beachten muss (**Grundsatz der Meistbegünstigung**). Auf die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels wirkt sich der Grundsatz der Meistbegünstigung indes nicht aus (st. Rspr.; zuletzt BGH, Beschl. v. 28.2.2018 – XII ZR 87/17, ZAP EN-Nr. 284/2018 = NJW-RR 2018, 451, Rn 14).

Praxishinweis:

Jeder potenzielle Rechtsmittelführer – will er eine Verwerfung seines Rechtsmittels nicht riskieren – muss also prüfen, welche Verfahrensordnung anhand der Rechtswegeinordnungskriterien tatsächlich zur Anwendung berufen ist und ob diese ein statthaftes Rechtsmittel zur Verfügung stellt.

Prüfungsscheckliste:

- Der Streitgegenstand ist nur in einem Rechtsweg durchsetzbar?
Dann genügt die Rechtsbehauptung des Klägers/Antragstellers zu den zuständigkeitsbegründenden Voraussetzungen.
- Es kommen verschiedene Rechtswege in Betracht?
Dann ist zu prüfen:
 - Inwieweit ist die zuständigkeitsbegründende Norm tatbestandlich identisch mit der streitentscheidenden materiellen Norm?
Insoweit ist nur auf den schlüssigen Sachvortrag des Klägers/Antragstellers abzustellen.
 - Erfolgt eine Zuständigkeitsbegründung unabhängig vom materiellen Recht?
Dann ist vom allseitigen Sachvortrag und ggf. einem Beweisergebnis auszugehen.

Für den anwaltlichen Berater stellt dies eine echte **Haftungsfalle** dar, löst er doch bei Einlegung eines unstatthaften Rechtsmittels im Vertrauen auf die vom Ausgangsgericht herangezogene Verfahrensordnung, die dortige Entscheidungsform und eine ggf. dort genannte, unzutreffende Rechtsmittelbelehrung unnötige Kosten für seinen Mandanten aus, für die er infolge anwaltlicher Pflichtverletzung letztlich selbst aufkommen müssen.

Diese **Herangehensweise** wird – als glückliche Fügung für den anwaltlichen Berater zur Vermeidung der benannten Haftungsfalle? – in der neueren Rechtsprechung der Bundesgerichte bzw. auch der (Ober-)Gerichte ohne nähere Begründung **nicht nachhaltig umgesetzt**:

- So befasste sich das **OVG Bremen** (Urt. v. 9.6.2015 – 1 A 251/12, NordÖR 2015, 450) mit der Frage der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme des dortigen Klägers nach dem Polizeigesetz der Freien Hansestadt Bremen nicht in einem Verfahren nach den §§ 428 Abs. 2, 415 ff., 58 ff., 61 FamFG, sondern unter Anwendung der VwGO.
- Auch das **VG Weimar** (Urt. v. 26.8.2015 – 3 K 555/15 We) entschied die Frage der Gewährung von Schadenersatz aufgrund ausschließlich privatrechtlicher Anspruchsgrundlagen nicht mit einem Urteil nach der ZPO, sondern ausweislich der Begründung der Kostenentscheidung mit einem Urteil im Sinne der VwGO.
- Ferner gewährte das **OVG Berlin-Brandenburg** (Beschl. v. 16.11.2015 – OVG 6 S 39.15) bei Annahme einer zivilrechtlichen Angelegenheit einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO – und nicht nach den §§ 935, 940 ZPO.

- Weiterhin entschied der BFH eine Angelegenheit, für die er mit sehr ausführlicher Begründung die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte sah, durch Urteil nach der FGO (BFHE 253, 216).
- Auch der BayVGH (Beschl. v. 21.4.2017 – 12 ZB 17.1) maß die Zulässigkeit einer Berufung nicht an den Vorschriften der ZPO, sondern an denjenigen der VwGO, obgleich er von einer zivilrechtlichen Angelegenheit in der Sache ausging.
- Demgegenüber ging das LG Aachen (Urt. v. 18.12.2008 – 2 S 176/07) von der Zulässigkeit einer zivilprozessualen Berufung aus und entschied über diese anhand der Verfahrensregeln der ZPO, obgleich es in der Sache eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit und den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten als eröffnet ansah (und sich selbst über § 17a Abs. 5 GVG gebunden).
- Das LAG Köln (Urt. v. 2.12.2016 – 9 Sa 877/16) sah ohne nähere Problematisierung die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 ArbGG in einem Klageverfahren einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien gegen einen Soloselbstständigen, der keine Arbeitnehmer beschäftigte, und damit die Einschlägigkeit der Verfahrensregeln des ArbGG als gegeben an, obgleich für Ansprüche in diesem Verhältnis der Zivilrechtsrechtsweg eröffnet ist (BAG, Beschl. v. 1.8.2017 – 9 AZB 45/17, NZA 2017, 1143).
- In ähnlicher Richtung führte der 3. Strafsenat des BGH (Beschl. v. 26.1.2017 – StB 26/14 und 28/14, BGHSt 62, 22) aus, dass im zu entscheidenden Fall eine verwaltungsgerichtliche Angelegenheit vorliege, der Rechtsweg zu den Ordentlichen Gerichten aber über § 17a Abs. 5 GVG eröffnet sei. Ohne nähere Begründung (BGHSt 62, 22, Rn 26) stellt der Senat apodiktisch dar, dass das Verfahren vom befassten Gericht in der eigenen Verfahrensordnung fortzusetzen sei. Als in der Ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Anwendung kommende Verfahrensordnungen sieht der Senat sodann die StPO, das FamFG und die §§ 23 ff. EGGVG an, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass das eingelegte Rechtsmittel nach allen drei Verfahrensordnungen unstatthaft sei. Eine Heranziehung der in der Ordentlichen Gerichtsbarkeit ebenso zur Anwendung berufenen ZPO lehnt der Senat mit der Begründung ab, es liege keine zivilrechtliche Streitigkeit vor – ein Argument, welches im Hinblick auf die zuvor vorgenommene Einordnung als verwaltungsgerichtliche Angelegenheit ebenso gegen die Einschlägigkeit der StPO, des FamFG und der §§ 23 ff. EGGVG spricht.
 Weitere, in der Ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Anwendung kommende Verfahrensordnungen werden gleich gar nicht mehr angesprochen: Insoweit ist daran zu erinnern, dass auch der **Ordentlichen Gerichtsbarkeit die Anwendung der VwGO**, deren Heranziehung bei der vorgenommenen inhaltlichen Einordnung als verwaltungsgerichtliche Angelegenheit naheliegend gewesen wäre, nicht unbekannt ist. Denn z.B. in notariellen, § 111 BNotO, bzw. anwaltsgerichtlichen, § 112a Abs. 1 BRAO, Verwaltungsverfahren sind Gerichte der Ordentlichen Gerichtsbarkeit ebenfalls unter Anwendung der VwGO, § 111b BNotO, § 112c Abs. 1 S. 1 BRAO, zur Entscheidung berufen. An dieser Stelle wäre es wünschenswert gewesen, wenn eine **Abstimmung mit dem XII. Zivilsenat des BGH** im Hinblick auf dessen benannte Rechtsprechung stattgefunden hätte und ggf. ein Verfahren nach § 132 GVG durchgeführt worden wäre.
- Für einen „Mittelweg“ entschied sich das VG Karlsruhe (Beschl. v. 31.5.2017 – 4 K 5266/17), indem es sich – im Falle der inhaltlich unzutreffenden Rechtswegverweisung – für die Anwendung der eigenen Verfahrensordnung bei analoger Heranziehung einzelner Bestimmungen der auf den Verfahrensgegenstand passenden Verfahrensordnung aussprach (ähnlich schon OLG Frankfurt NVwZ 1993, 706).
- Soweit erkennbar ist in neuester Zeit allein das OLG Frankfurt (früher schon: OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.12.2014 – 4 WF 262/14; OLG Frankfurt FamRZ 2015, 1898; FamRZ 2016, 397; FamRZ 2016, 843) auf die Linie des XII. Zivilsenats des BGH eingeschwenkt, wenn es in einem von einem Familiengericht nach den Bestimmungen des FamFG entschiedenen Fall bei Vorliegen einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit die dagegen eingelegte Beschwerde als Berufung behandelt und dieselbe in einer in der ZPO vorgegebenen Weise, Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO, erledigt (OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.12.2018 – 2 UF 126/18).

Bindungswirkung: Rechtswegzuständigkeit

- Der einer weiteren Entscheidung des OLG Frankfurt (Beschl. v. 22.1.2019 – 4 WF 145/18) zugrunde liegende Sachverhalt hätte ebenfalls Anlass bieten können, über einen Wechsel der Verfahrensart bzw. eine Verweisung in die Verwaltungsgerichtsbarkeit nachzudenken: Dort verfolgte eine allein sorgberechtigte Mutter einen Anspruch aus § 1632 Abs. 1 BGB, nachdem das Jugendamt das Kind nach § 42 SGB VIII in Obhut genommen hatte. Das OLG verneint einen solchen Anspruch zutreffend, weil der Verwaltungsakt der Inobhutnahme bis zu seiner Beendigung Dauerwirkung besitzt und damit keine Widerrechtlichkeit i.S.v. § 1632 Abs. 1 BGB vorliegt. Damit stellte sich die Frage nach der Umdeutbarkeit des Antrags (vgl. BGH FamRZ 2018, 1343 Rn 18) hin zu einem Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO (vgl. FRITZSCHE NJW 2015, 586, 588) bzw. zur gerichtlichen Verfolgung eines Anspruchs nach § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X (Aufhebung wegen wesentlicher Änderung der tatsächlichen Verhältnisse). Letzteres kommt maßgeblich dann in Betracht, wenn das Familiengericht zwischenzeitlich eine Entscheidung über die elterliche Sorge traf; denn dann entfällt das in § 42 SGB VIII genannte Tatbestandsmerkmal „eine familiengerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann“ (so zutreffend KÖHLER ZKJ 2019, 12, 16, wobei seine Schlussfolgerung, eine mit der Änderung der Sachlage eintretende Rechtswidrigkeit der Inobhutnahme lasse ipso iure die Widerrechtlichkeit i.S.d. § 1632 Abs. 1 BGB entfallen, vor dem Hintergrund von § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X nicht zu überzeugen vermag).

Zusammenfassend lässt sich für den oben dargestellten Fall des OLG Düsseldorf festhalten, dass erst zur **Bestimmung der einschlägigen Verfahrensordnung** die Prüfung des OLG, ob der Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss eher präventiven oder repressiven Charakter hat, nötig war. Dabei dürfte sich der repressive Charakter der Ausgangsentscheidung auch aus den verwendeten Begrifflichkeiten ergeben, in dem von Beschlagnahme die Rede ist. Dies ist an § 94 StPO angelehnt; die Polizeigesetze der Länder sehen als Standardmaßnahme zur Wegnahme von Sachen die Sicherstellung vor (z.B. § 43 PolG NRW, § 40 HessOSG).

Praxishinweis:

Diese Prüfung ist dringend auch jedem **Rechtsmittelführer** anzuraten, will er möglicherweise unzulässige Rechtsmittel und die daraus resultierende Kostenlast vermeiden; jeder **anwaltliche Berater** dürfte in Fällen unklarer Zuordnung bzw. uneindeutiger Handhabung im jeweiligen Rechtsweg jedenfalls zu hinreichender Aufklärung seines Mandanten über das Risiko verpflichtet sein.

IV. Fazit

Die Frage, welcher Rechtsweg zulässig ist, bleibt in jedem Verfahrensstadium aktuell, richtet sich doch nach ihm die anzuwendende Verfahrensordnung und damit die **Statthaftigkeit eines Rechtsmittels**. Auch in den rechtsberatenden Berufen sollte daher ein Augenmerk auf diese Fragen gelegt werden, um nicht zu Lasten des Rechtsmittelführers Kosten eines im Ergebnis unstatthaften Rechtsmittels auszulösen. Keine maßgebliche Bedeutung hat diese Frage indes, sofern es um die **Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichts** geht, denn diese knüpft allein an die Tätigkeit des Ausgangsgerichts an.