

**Titel:**

**Rechtsmittel bei irriger Annahme des Rechtswegs**

**Normenketten:**

GVG § 17

BayPAG Art. 99 Abs. 2

FamFG § 70

**Leitsätze:**

1. Durch das Rechtsbeschwerdegericht ist der Rechtsstreit nach der Verfahrensordnung seiner Gerichtsbarkeit fortzuführen – hier FamFG –, deren Rechtsweg nach Art. 98 PAG, wenn auch irrig, durch eine Entscheidung in der Hauptsache durch ein untergeordnetes Gericht eröffnet wurde. (Rn. 15)
2. Die Rechtsbeschwerde nach Art. 99 Abs. 2 PAG ist nach § 70 Abs. 4 FamFG analog unzulässig, wenn sie sich gegen eine freiheitsentziehende Maßnahme durch die Behörde im Vorfeld der richterlichen Entscheidung richtet. (Rn. 17)
3. Sie ist im Anwendungsbereich des FamFG „erst recht“ unzulässig, wenn sie sich gegen die weniger gravierende polizeiliche Maßnahme der Freiheitsbeschränkung richtet. (Rn. 17)

**Schlagworte:**

Rechtsweg, Irrige Annahme, Rechtsmittel, Rechtsbeschwerde, Polizeirecht, Einschließung

**Fundstellen:**

BayVBI 2024, 175

LSK 2023, 43783

BeckRS 2023, 43783

**Tenor**

- I. Die Rechtsbeschwerde der beteiligten Behörde gegen den Beschluss des Landgerichts vom 28. Juli 2023 wird als unzulässig verworfen.
- II. Gerichtskosten werden nicht erhoben. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Betroffenen werden dem Freistaat Bayern auferlegt.
- III. Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 2500,-- Euro.

**Gründe**

I.

1

Am 15. Januar 2022 fanden in der R. Innenstadt zwei Versammlungen mit teils entgegengesetzten thematischen Bezügen statt. Die Betroffene nahm an einer dieser Versammlungen teil. Nachdem ihre Versammlung auf dem N-platz in R. beendet war, begab sich die Betroffene mit weiteren Personen zur K-strasse in R. Auf dieser Straße wurden die Teilnehmer der anderen Versammlung erwartet, die sich im Sinne eines Aufzugs vom D-platz durch die K-strasse bewegen würden.

2

Nachdem es durch unbekannte Dritte bereits zu Störungen des Aufzugs gekommen war, wies die Polizei der Betroffenen und den in ihrer Nähe aufhältigen Personen eine freie Fläche vor dem Anwesen K-strasse 12 in R. zu. Auf diese Weise sollte das Zusammentreffen der beiden Personengruppen unterbunden werden. Die Zuweisung wurde in der Weise umgesetzt, dass Polizeibeamte nahe vor der Betroffenen und den anderen bei ihr stehenden Personen – im Raum dahinter befand sich Mauerwerk – eine halbkreisförmige Personenkette bildeten. Anschließend zog der Aufzug in der K-strasse an dem Aufzug, an dem die Betroffene teilnahm, vorbei. Nachdem der andere Aufzug vorbeigezogen war, beendet die Polizei die gebildete Kette und die Betroffene entfernte sich.

**3**

Mit Faxschreiben vom 13. Februar 2022 beantragte die Betroffene beim Amtsgericht, nach Art. 97 Abs. 5 Satz 1 PAG festzustellen, dass „der Gewahrsam ihrer Person durch die Bayerische Landespolizei am 15.1.22 von ca. 16 bis 16.45 Uhr rechtswidrig war“ (Bl. 11 d. A.).

**4**

Mit Beschluss vom 5. August 2022 wies das Amtsgericht diesen Antrag zurück (Bl. 28 d. A.).

**5**

Die Betroffene legte gegen den Beschluss des Amtsgerichts Beschwerde ein und führte aus, der Beschluss sei aus mehreren Gründen rechtsfehlerhaft.

**6**

Mit Beschluss vom 28 Juli 2023 änderte das Landgericht den Beschluss des Amtsgerichts ab, indem es feststellte, dass die Umschließung der Betroffenen durch die Polizei am 15. Januar 2022 von ca. 16.00 Uhr bis 16.45 Uhr rechtswidrig war (Bl. 132 d.A.).

**7**

Gegen den Beschluss des Landgerichts legte der Freistaat Bayern als Träger der beteiligten Behörde Rechtsbeschwerde ein. Er begründete diese, soweit die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde betroffen ist, im Wesentlichen wie folgt:

„Die Rechtsbeschwerde sei schon deshalb statthaft, weil sie vom Landgericht zugelassen worden sei. Die Zulassung sei gemäß § 70 Abs. 1 Satz 2 FamFG für das Rechtsbeschwerdegericht bindend (Bl. 188 d.A.).“

**8**

Bei der in Rede stehenden polizeilichen Maßnahme habe es sich um eine versammlungsrechtliche Beschränkung oder allenfalls um eine freiheitsbeschränkende Maßnahme gehandelt. Diese seien gerade keine vorläufigen Maßnahmen gewesen, die im Anschluss richterlich bestätigt werden sollten. Mangels Vorläufigkeit der Maßnahme scheitere die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde auch nicht an der analogen Anwendung von § 70 Abs. 4 FamFG (Bl. 188 Rs d.A.).

**9**

Die Rechtsbeschwerdegegnerin beantragte, die Rechtsbeschwerde jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

II.

**10**

Mit der Rechtsbeschwerde wird die Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts vom 28. Juli 2023 begehrt und weiter beantragt, die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 5. August 2022 zurückzuweisen bzw. als unbegründet zu verwerfen. In der Sache wird damit die Feststellung der Rechtmäßigkeit der polizeilichen „Umschließung“ der Betroffenen am 15. Januar 2022 von ca. 16.00 Uhr bis ca. 16.45 Uhr begehrt.

**11**

Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Sie ist gemäß § 70 Abs. 4 FamFG analog nicht statthaft, weil sie sich ausschließlich auf eine behördliche Maßnahme im Vorfeld einer richterlichen Entscheidung bezieht oder sie ist, sofern sie nicht im Vorfeld einer richterlichen Entscheidung ergangen ist, im Wege eines „Erst-Recht-Schlusses“ unzulässig, 1) Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten – also auch zum Bayerischen Obersten Landgericht – ist eröffnet, weil das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nicht prüft, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist, § 17a Abs. 5 GVG.

**12**

a) Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 5. August 2022 in der Hauptsache entschieden und damit konkludent den zu ihm beschrittenen Rechtsweg für zulässig erklärt.

**13**

b) Nachdem das erstinstanzliche Gericht die Zulässigkeit des Rechtswegs unausgesprochen bejaht hat, muss das Bayerische Oberste Landesgericht als das mit der Hauptsache befasste Rechtsmittelgericht dies hinnehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. September 2008 – V ZB 40/08, NJW 2008, 3572, 3573 Rn. 10).

## **14**

2) Ist, wie hier, aufgrund der Bindungswirkung irrig der ordentliche Rechtsweg eröffnet, ist als Verfahrensordnung im Rechtsbeschwerdeverfahren das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) anwendbar.

## **15**

a) Eine gesetzliche Regelung, welche Verfahrensordnung anzuwenden ist, wenn das in der Hauptsache entscheidende Gericht irrig die Eröffnung des Rechtswegs zu ihm angenommen hat, fehlt. Die herrschende Meinung wendet in derartigen Fällen grundsätzlich die Verfahrensordnung der Gerichtsbarkeit an, deren Rechtsweg, wenn auch irrig, durch eine Entscheidung in der Hauptsache durch ein untergeordnetes Gericht eröffnet wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2017, StB 26 und 28/14, NJW 2017, 2631, 2634 Rn. 26; VG Karlsruhe, Beschluss vom 31. Mai 2017 – 4 K 5266/17 –, juris Rn. 17; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20. Mai 2010, 5 UF 26/10 in Instanzgerichte ZivilR, Wolters Kluwer Online; Sächsisches Landessozialgericht, Beschluss vom 23. Oktober 2008 – L 7 B 547/08 AY/ER –, juris Rn. 18; BFH, Beschluss vom 14. Oktober 2005 – VI S 17/05 –, juris Rn. 5; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 2. November 1998 – 9 S 2434/98 –, juris Rn. 2; OLG Hamm, 29. Januar 1990 – 15 W 483/89, juris LS 2; BVerwG, Urteil vom 6. Juni 1967, – IV C 216/65 – in NJW 1967, 2128, 2130; Thomas/Putzo-Hüßtege, GVG, 44. Auflage, § 17 Rn. 6; Schoch/ Schneider/ Ehlers, Verwaltungsrecht, 44. EL März 2023, GVG § 17a Rn. 19; Lückemann in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 17b GVG Rn. 2; Gummer in Anmerkung zu OLG Hamm in DNotZ 1991, 693; Kopp/Schenke/Ruthig VwGO, 28. Aufl. 2022, Anh. zu § 41 Rn. 25). Im Gegensatz dazu wird auch vertreten, dass ein Gericht immer die Verfahrensordnung anzuwenden hat, die für den Streitgegenstand tatsächlich einschlägig ist (Fritzsche, NJW 2015, 586, 587 unter Hinweis auf BGH, NJW 2015, 251).

## **16**

b) Der Senat schließt sich jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation, in der entweder das FamFG oder die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) als anzuwendende Verfahrensordnungen in Betracht kommen, der herrschenden Meinung an. Es erscheint sachgerecht und deshalb vorzugswürdig, dass ein Gericht nach der Verfahrensordnung vorgeht, für die es die praxisgestützte Sachkunde und Erfahrung hat. Im vorliegenden Verfahren führt die Anwendung des FamFG auch zu keinen unlösbareren Gegensätzen zu den Regelungen der VwGO, da in beiden Verfahrensordnungen ein Streitfall zwischen Bürger und Behörde vorgesehen ist. Zudem wird durch die Anwendung der „eigenen“ Verfahrensordnung vermieden, dass ein Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit gezwungen sein könnte, heftig umstrittene Grundsatzfragen der fremden Verfahrensordnung zu entscheiden. Um Friktionen mit der Fachgerichtsbarkeit zu verhindern, liegt es deshalb nahe, derartige Konstellationen tunlichst durch die Anwendung der „eigenen“ Verfahrensordnung zu vermeiden.

## **17**

c) Somit findet gemäß Art. 99 Abs. 2 Satz 1 BayPAG gegen Entscheidungen des Landgerichts nach diesem Gesetz die Rechtsbeschwerde nach Maßgabe der §§ 70 bis 75 FamFG statt.

## **18**

3) Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 4 FamFG analog nicht statthaft. Sie bezieht sich entweder ausschließlich auf eine behördliche Maßnahme im Vorfeld einer richterlichen Entscheidung oder sie bezieht sich, sofern die behördliche Maßnahme nicht im Vorfeld einer richterlichen Entscheidung getroffen wurde, auf eine Maßnahme, für die die Rechtsbeschwerde nach dem FamFG im Wege eines „Erst-Rechts-Schlusses“ ausgeschlossen ist.

## **19**

Der Senat kann daher offenlassen, ob die von der Antragstellerin geltend gemachte „Einschließung“ als Freiheitsentziehung oder lediglich als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren ist:

## **20**

a) Gemäß Art. 99 Abs. 2 Satz 2 BayPAG findet nach den anzuwendenden Vorschriften des FamFG als Rechtsmittel gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts die Rechtsbeschwerde nach Maßgabe der §§ 70 bis 75 FamFG statt. Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde richtet sich nach § 70 FamFG. Nach dieser Bestimmung ist die Rechtsbeschwerde jedenfalls dann statthaft, wenn das Beschwerdegericht sie aus einem der in § 70 Abs. 2 FamFG genannten Gründe zugelassen hat. Dagegen findet nach § 70 Abs.

4 FamFG gegen einen Beschluss im Verfahren über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Anordnung oder eines Arrests die Rechtsbeschwerde nicht statt.

**21**

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt für das Aufenthaltsrecht Folgendes: Der Regelung des § 70 Abs. 4 FamFG unterfällt die vorläufige richterliche Anordnung von Haft zur Sicherung der Abschiebung nach § 427 FamFG i. V. m. § 62 AufenthG. Dem gleich steht die einer richterlichen Beschlussfassung vorgelagerte Möglichkeit der Behörde, einen Ausländer unter strengen Voraussetzungen für einen kurzen Zeitraum vorläufig in Gewahrsam zu nehmen, um diesen unverzüglich dem Richter vorzuführen (§ 428 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 62 Abs. 5 n. F. bzw. Abs. 4 a. F. AufenthG). Denn nach § 428 Abs. 2 FamFG ist auch über die Anfechtung behördlich angeordneter Freiheitsentziehungen im Sinne von § 428 Abs. 1 Satz 1 FamFG „nach den Vorschriften dieses Buches“ zu entscheiden. Daraus wird deutlich, dass der gerichtliche Rechtsschutz gegen solche Maßnahmen den Regelungen folgen soll, die auf die Anfechtung gerichtlich angeordneter Freiheitsentziehungen Anwendung finden. Hierzu zählt § 70 Abs. 4

**22**

FamFG (BGH, Beschluss vom 10. Juni 2020, StB 23/18, juris Rn. 12; BGH, Beschluss vom 9. März 2017, V ZB 119/16, Rn. 6ff; BGH, Beschluss vom 12. Mai 2011, V ZB 135/10, Rn. 5).

**23**

c) Für die behördlich angeordnete „Einschließung“ der Betroffenen gilt nichts anderes:

**24**

i) Sofern es sich bei der polizeilichen Maßnahme um eine Freiheitsentziehung der Betroffenen gehandelt hat, kann offenbleiben, ob diese nach dem bayerischen Polizeiaufgabengesetz oder anderen speziellen Sicherheitsgesetzen, insbesondere dem Bayerischen Versammlungsgesetz, faktisch erfolgte. Jedenfalls wurde der behördliche Gewahrsam im Vorfeld einer gegebenenfalls herbeizuführenden richterlichen Entscheidung über den Gewahrsam nach den Vorschriften des bayerischen Polizei- und Ordnungsrechts oder direkt nach Artikel 104 Abs. 2 Grundgesetz polizeilich angeordnet. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es insoweit rechtfertigen würde, im Hinblick auf das Rechtsmittelrecht zum Aufenthaltsrecht (s.o.) zu differenzieren. Vielmehr ist in der jeweils zu beurteilenden Verfahrenskonstellation der maßgebliche sachliche Grund für den Ausschluss der Rechtsbeschwerde, dass der behördliche Gewahrsam im Vorfeld einer je nach Sachlage noch herbeizuführenden richterlichen Entscheidung generell nur vorläufigen Charakter hat (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022, 3 ZB 4/21, juris Rn. 7; BGH, Beschluss vom 10. Juni 2020, StB 23/18, juris Rn. 13; BGH, Beschluss vom 23. Mai 2011, V ZA 29/10, juris; BeckOK FamFG/Günter, 48. Ed. 01.11.2023, FamFG § 428 Rn. 5; Sternal/Göbel, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 428 Rn. 12; MüKoFamFG/Wendländer, 3. Aufl. 2019, § 428 Rn. 10).

**25**

ii) Sofern es sich bei der polizeilichen Maßnahme lediglich um eine Freiheitsbeschränkung der Betroffenen gehandelt hat, kann ebenfalls offenbleiben, ob diese nach dem bayerischen Polizeiaufgabengesetz oder speziellen Sicherheitsgesetzen erfolgte. Jedenfalls kann auch die Rechtmäßigkeit einer Freiheitsbeschränkung nicht im Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem FamFG überprüft werden.

**26**

(1) Wie oben ausgeführt kann die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Freiheitsentziehung nicht mit der Rechtsbeschwerde nach dem FamFG überprüft werden. Dann gilt dies im Anwendungsbereich des FamFG „erst recht“ für eine behördliche freiheitsbeschränkende Maßnahme, die weit weniger gravierend ist als ein behördlicher Freiheitsentzug. Es wäre nicht sachgerecht, wenn im Anwendungsbereich des FamFG für die weniger belastende Maßnahme der behördlichen Freiheitsbeschränkung drei Instanzen eröffnet wären, aber für den schwerwiegenderen behördlichen Freiheitentzug lediglich zwei.

**27**

(2) Die beteiligte Behörde ist durch dieses nach dem FamFG getroffene Ergebnis des Ausschlusses der Rechtsbeschwerde nicht unangemessen in ihren Rechten beschränkt. Um die Anwendung einer möglicherweise für sie günstigeren Verfahrensordnung zu erreichen, hätte es der Behörde freigestanden, die Eröffnung des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten und damit der Anwendbarkeit des FamFG durch ein Verfahren nach § 17a Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 GVG überprüfen zu lassen und damit die Anwendung einer anderen Verfahrensordnung zu erreichen. Die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den

ordentlichen Gerichten hat die beteiligte Behörde jedoch nicht gerügt (vgl. Stellungnahme des PP Oberpfalz vom 26. April 2022, Bl. 87 ff d.A.).

**28**

4) Die Rechtsbeschwerde ist auch nicht deshalb zulässig, weil sie vom Landgericht zugelassen wurde und diese Zulassung nach § 70 Abs. 2 Satz 2 FamFG bindend ist.

**29**

a) Nach § 70 Abs. 2 Satz 2 FamFG ist das Rechtsbeschwerdegericht an die Zulassung gebunden. Diese Bindungswirkung erstreckt sich jedoch nur auf die Bejahung der Zulassungsgründe – also § 70 Abs. 2 Satz 1 – durch das Beschwerdegericht. Ob ein solcher Grund tatsächlich vorliegt, ist nur im Rahmen des § 74a (Zurückweisungsbeschluss) und des § 75 (Zulassung der Sprungsrechtsbeschwerde) zu prüfen, ferner bei der Entscheidung über die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Rechtsbeschwerdeverfahren. Die Zulassungsentscheidung eröffnet eine Anfechtung jedoch nicht, wenn nach dem Gesetz die Rechtsbeschwerde nicht statthaft ist, weil sie dann auch durch Zulassung nicht eröffnet werden kann (vgl. Sternal/Göbel, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 70 Rn. 46).

**30**

b) So liegt der Fall hier. Das Landgericht hat die Rechtsbeschwerde zwar zur Fortbildung des Rechts zugelassen (Bl. 173 d.A.). Hinsichtlich der Bejahung dieses Zulassungsgrundes ist das Rechtsbeschwerdegericht gebunden. Die Rechtsbeschwerde ist aber gemäß § 70 Abs. 4 FamFG analog nicht statthaft. Eine Entscheidung, die von Gesetzes wegen der Anfechtung entzogen ist, bleibt auch bei einer Zulassung nicht anfechtbar.

**31**

5) Nach den aufgezeigten Maßstäben ist die Rechtsbeschwerde im vorliegenden Verfahren daher nicht statthaft. Auf die Ausführungen der Rechtsbeschwerdeführerin zur Begründetheit ihres Rechtsmittels kommt es daher nicht mehr an.

III.

**32**

1) Die Kostenentscheidung beruht auf Art. 96 Abs. 1 BayPAG i. V. m. §§ 81, 84 FamFG.

**33**

Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 FamF kann von der Erhebung der Kosten abgesehen werden. Dies war wegen der nach § 2 Abs. 1 Satz GKG bestehenden Kostenfreiheit der Rechtsbeschwerdeführerin und wegen der Erfolglosigkeit der Rechtsbeschwerde auch im Hinblick auf die Rechtsbeschwerdegegnerin wegen der Gerichtskosten sachgerecht.

**34**

Gemäß § 84 FamFG sollen die Kosten (hier nur die notwendigen Auslagen der Betroffenen) eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels demjenigen auferlegt werden, der es eingelegt hat. Umstände, die es rechtfertigen würden, von diesem Grundsatz hier abzuweichen sind nicht ersichtlich.

**35**

2) Die Festsetzung des Gegenstandswerts des Verfahrens folgt aus Art. 97 Abs. 6 Satz 1 BayPAG i. V. m. § 36 Abs. 2 und 3, § 62 analog GNotKG. Das Verfahren betrifft die mögliche vorläufige behördlichen Ingewahrsamnahme der Betroffenen oder die analog zu beurteilende Freiheitsbeschränkung durch die Polizei und beträgt daher 2.500 Euro.