

Fundstelle openJur 2021, 19096 Rkr: ☒ AmtlSlg: ☐
Verfahrensgang vorher: Az. [9 F 148/21](#) nachfolgend: Az. [XII ZB 289/21](#)

Familien- und Betreuungsrecht Prozess- und Verfahrensrecht

Tenor

- ¹ 1. Auf die Beschwerde des Freistaates T. vom 12.4.2021 wird der Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Weimar vom 9.4.2021, [9 F 148/21](#), aufgehoben.
- ² 2. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist unzulässig. Das Verfahren wird eingestellt.
- ³ 3. Von der Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgesehen, außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.
- ⁴ 4. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.000,00 € festgesetzt.
- ⁵ 5. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

- ⁶ I.
- ⁷ Die beteiligten Kinder gehen in W. zur Schule. Mit Schreiben vom 13.3.2021 hat ihre Mutter beim Familiengericht angeregt, von Amts wegen zu ihrem Schutz ein Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung einzuleiten. Sie und auch der Kindesvater, der den Antrag mitunterzeichnet hat, vertreten die Ansicht, zur Zeit sei das körperliche, seelische und geistige Wohl der Kinder und aller weiteren Kinder, die die gleichen Schulen wie ihre Söhne besuchen, aufgrund der Anordnungen zum Tragen eines Mund- und Nasenschutzes und zur Wahrung räumlicher Distanz gefährdet. Deshalb haben sie eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung der diesen Anordnungen zugrundeliegenden Vorschriften, insbesondere der Dritten Verordnung über außerordentliche Sondermaßnahmen zur Eindämmung einer sprunghaften Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2, gültig ab 15.12.2020, zuletzt geändert am 12.3.2021, angeregt.
- ⁸ Das Familiengericht hat daraufhin ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren parallel zu dem unter dem Az. 9 F 147/21 anhängigen Hauptsacheverfahren eingeleitet, einen Verfahrensbeistand bestellt und den Freistaat mit Verfügung vom 16.3.2021 gebeten, binnen 2 Wochen unter Beachtung rechtlicher Hinweise aus dem Hauptsacheverfahren, zum Antrag Stellung zu nehmen. Den Antrag des Freistaates vom 31.3.2021 auf Fristverlängerung bis zum 13.4.2021 hat es nicht beschieden. Mit am 8.4.2021 beim Familiengericht eingegangenem Schreiben hat der Freistaat die Zuständigkeit des Familiengerichts in dieser Sache gerügt sowie darauf hingewiesen, dass die Eltern - wie bereits parallel erfolgt - ihre Rechte nur bei dem zuständigen Verwaltungsgericht wahrnehmen können.

- ⁹ Das Familiengericht hat im Wege der einstweiligen Anordnung den Lehrern, den Schulleitungen sowie deren Vorgesetzten untersagt, das Maskentragen, die Einhaltung von Mindestabständen und die Teilnahme an Schnelltests zur Feststellung des Virus SARS-CoV-2 anzuordnen oder vorzuschreiben. Weiter gebot es den Leitungen und den Lehrern der von den beteiligten Kindern besuchten Schulen, den Präsenzunterricht aufrechtzuerhalten. In den Gründen seiner Entscheidung führte es aus, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten sei nach § 13 GVG eröffnet, die sachliche Zuständigkeit des Familiengerichts ergebe sich aus § 23 b GVG. Zu den Familiensachen nach § 111 Nr. 2 FamFG gehörten auch die Kindschaftssachen, unter anderem die elterliche Sorge gem. § 151 Nr. 1 FamFG. Zur elterlichen Sorge wiederum gehöre die Regelung des § 1666 BGB, nach deren Abs. 4 könne auch in Angelegenheiten der Personensorge eine Maßnahme gegen einen Dritten getroffen werden. Der Weg zu den Verwaltungsgerichten gem. § 40 VwGO sei dagegen nicht eröffnet, da Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung bundesgesetzlich ausdrücklich dem Familiengericht zugewiesen seien (§ 40 Abs. 1 S.1 VwGO i.V.m. § 1666 BGB). Im Übrigen sei der Kinderschutz im deutschen Recht mehrgleisig ausgestaltet, nur bei Verfahren nach § 1666 BGB vor dem Familiengericht gelte aber der Amtsermittlungsgrundsatz, wonach aus Gründen des Kindeswohls auf Anregung einer beliebigen Person oder auch ohne eine solche ein Einschreiten des Familiengerichts möglich sei. Voraussetzung sei nur eine gegenwärtige und in einem solchen Maß vorhandene Gefahr für das geistige, körperliche oder seelische Wohl des Kindes, dass sich bei der weiteren Entwicklung ohne Intervention eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lasse. Nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft sei durch das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung eine solche Gefährdung zumindest naheliegend, so dass das Verfahren gem. § 1666 BGB einzuleiten gewesen sei, um diese Frage einer Prüfung zuzuführen. Diese Norm gelte für alle Kinder, daher dürften diejenigen Kinder nicht benachteiligt werden, deren Eltern keine entsprechende Prüfung anstrebten. Verfassungsrechtlich (Art. 3, 6 GG) sei es auch nicht hinnehmbar, wenn manche Kinder darauf hoffen könnten, dass für sie bei einem geeignet erscheinenden Gericht ein Antrag gestellt wird, andere aber nicht. Es entspreche herrschender Auffassung, dass Eltern nicht gezwungen werden könnten, vorab den Zivilrechtsweg zu beschreiten. Auch seien sie nicht gezwungen, gegen die der Anordnung zugrundeliegende Verordnung auf dem Verwaltungsrechtsweg vorzugehen bzw. ein Normenkontrollverfahren anzustreben. Im Weiteren begründete das Familiengericht seine Entscheidung mit einer gegenwärtigen Kindeswohlgefährdung durch die von den Eltern kritisierten Maßnahmen und dem Unvermögen der Eltern, diese Gefahr von den Kindern abzuwenden. Wegen der Einzelheiten dazu wird auf den angegriffenen Beschluss (Bl. 205 ff. d.A.) Bezug genommen.
- ¹⁰ Der Beschluss enthält einen Erlassvermerk, wonach er am 8.4.2021 an die Geschäftsstelle übergeben wurde, insoweit wird auf Bl. 220 d.A. Bezug genommen. Die Entscheidung wurde am 13.4.2021 den beiden Schulen, die die Kinder besuchen, zugestellt. Dem Freistaat, dem Verfahrensbeistand, dem Jugendamt und den Schulen wurde sie vorab am 9.4.2021 per E-Mail übermittelt, dazu wird auf den Vermerk vom 9.4.2021 (Bl. 221 d.A.) verwiesen. Mit Berichtigungsbeschluss vom 14.4.2021 (Bl. 277 d.A.) erfolgte eine Korrektur des Erlassvermerks auf den 9.4.2021.
- ¹¹ Mit am 12.4.2021 eingegangenem Schriftsatz hat der Freistaat Beschwerde gegen die Entscheidung eingelegt.
- ¹² Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, dass aufgrund der konkreten Umstände des Falles auch ohne vorherige Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. § 54 Abs. 2 FamFG die Beschwerde zulässig sei. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit bedürfe es nämlich einer Klärung der Zuständigkeit sowie der Verfügungsgewalt der Amtsgerichte in Fällen mit potentiellen gesundheitlichen Auswirkungen für unzählige Schülerinnen und Schüler. Daher sei die Beschwerde sowohl als außerordentliche als auch als sofortige Beschwerde nach § 17 a Abs. 4 S. 3, Abs. 6 GVG statthaft.

- ¹³ Zwar werde nicht verkannt, dass im Verfahren der einstweiligen Anordnung ergangene Beschlüsse gem. § 57 S. 1 FamFG grundsätzlich nicht angefochten werden können. Ausnahmsweise sei dies aber bei solchen Entscheidungen gegeben, die wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit grob fehlerhaft seien bzw. die auf einer Gesetzesauslegung beruhten, die offensichtlich dem Wortlaut und dem Gesetz widerspreche und eine Gesetzesanwendung zur Folge habe, die gesetzlich ersichtlich ausgeschlossen sei. Dem stehe auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.3.2002 (BGHZ 150, 133-137) nicht entgegen, wonach eine außerordentliche Beschwerde nach Schließung der planwidrigen Regelungslücke im Rechtsmittelsystem der ZPO ab 2002 hinsichtlich der Verletzung von Verfahrensgrundsätzen nicht mehr zulässig sei. Denn der Bundesgerichtshof habe sich nur mit Fällen rechtswidriger Verfahrensführung durch Gehörsverstöße befasst, mithin mit dem Gegenstand der Novellierung des Rechtsmittelrechts. Indes sei durch die erfolgte Einführung der Gehörsrüge die außerordentliche Beschwerde bei schwerwiegenden Verfahrensfehlern nach dem Willen des Bundesgesetzgebers nicht verdrängt worden. Bei greifbarer Gesetzeswidrigkeit müsse die außerordentliche Beschwerde daher weiter Anwendung finden. Derart offensichtliche Rechtsbrüche seitens der Gerichte habe der Gesetzgeber nämlich nicht antizipieren können und in der Folge auch nicht sinnvoll regulieren müssen. Wollte man dies anders sehen, bestünde keine Möglichkeit, selbst krasse und im Lichte des geltenden Rechts unerträgliche Rechtsverstöße richtigzustellen, was zu dem Ergebnis führen würde, dass die fehlende Überprüfbarkeit hingenommen werden müsste.
- ¹⁴ Ein solcher greifbarer Gesetzesverstoß, der mithin mit der außerordentlichen Beschwerde einer Überprüfung zugänglich gemacht werden müsse, sei anzunehmen, wenn ein Amtsgericht seine Entscheidungs- und Regelungskompetenz verkenne und eine gesetzlich nicht vorgesehene Rechtsfolge anordne. Fehle überdies dem Gericht die Gerichtsbarkeit für die getroffene Entscheidung oder werde eine unbekannte Rechtsfolge ausgesprochen, sei die Gerichtsentscheidung als nichtig zu werten.
- ¹⁵ Dies sei vorliegend der Fall, da der angegriffene Beschluss den Rechtsweg verkenne und eine Rechtsfolge vorgebe, die mit einer familiengerichtlichen Entscheidung offensichtlich nicht getroffen werden könne.
- ¹⁶ Die erhobene Beschwerde sei aber auch als sofortige Beschwerde in entsprechender Anwendung des § 17 a Abs. 4 S. 3 GVG i.V.m. § 58 FamFG statthaft. Denn bei Rüge des beschrittenen Rechtswegs in erster Instanz habe das Gericht durch Vorabbeschluss über diese Frage zu entscheiden. Entscheide es über seine Zuständigkeit erst in den Gründen der Endentscheidung, sei neben dem gegen diese Entscheidung gegebenen Rechtsmittel auch die Beschwerde analog § 17 a Abs. 4 S. 3 GVG eröffnet. Denn die gesetzliche Anfechtungsmöglichkeit entfalle nicht dadurch, dass das Gericht in einer vom Gesetz nicht vorgesehene Form entschieden habe. Obwohl die Rüge mit Schriftsatz vom 8.4.2020 erhoben worden sei, habe das Familiengericht vorliegend seine Zuständigkeit erst im Endbeschluss vom 9.4.2020 begründet.
- ¹⁷ Der angefochtene Beschluss sei offenkundig gesetzeswidrig und mit dem Bayrischen Verfassungsgerichtshof (Beschluss vom 16.4.2021, 10 CS 21.1113) sowie dem Verwaltungsgericht Weimar (Beschluss vom 20.4.2021, 8 E 416/21) als ausbrechender Rechtsakt einzustufen. Der Zivilrechtsweg sei nicht eröffnet. Für die Überprüfung und Suspendierung von Maßnahmen des Staates an Schulen sei ausschließlich der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO eröffnet. Dies gelte daher gerade für solche Ansprüche gegen den Staat, wie vorliegend geltend gemacht, die sich auf Grundrechte gestützt gegen hoheitliche Maßnahmen richten. Über solche Sachverhalte könne das Familiengericht nicht entscheiden. Die von ihm angewendete Norm des § 1666 BGB enthalte tatbestandlich begrenzte Ermächtigungen für Eingriffe des Staates in die Personen- und Vermögenssorge der Eltern bei elterlichem Fehlverhalten und Unvermögen. Nur in Ausnahmefällen könne gegen Dritte vorgegangen werden (§ 1666 Abs. 4 BGB). Dritter in diesem Sinne könnten aber keine Behörden oder Behördenvertreter sein. Denn § 1666 BGB gewährleiste den Anspruch des Kindes auf Schutz durch den Staat, nicht vor oder gegen den Staat.
- ¹⁸ Im Übrigen sei auf die vorliegenden gegenläufigen Entscheidungen des Familiengerichts und des Verwaltungsgerichts in Bezug auf dieselben Schulen, Maßnahmen und Kinder zu verweisen. Mit seiner Entscheidung habe das Familiengericht unzulässig in das Elternrecht aller nicht am Verfahren beteiligten Eltern der Schüler der betreffenden Schulen eingegriffen und die Gesundheit dieser Schüler gefährdet. Dabei habe es zugleich gegen § 28 b Abs. 3 S. 1 IfSchG verstoßen.
- ¹⁹ Der Beschwerdeführer meint, das Verfahren sei einzustellen, da Verfahren von Amts wegen vor den zuständigen Verwaltungsgerichten nicht betrieben werden könnten.
- ²⁰ Der Beschwerdeführer beantragt,

- ²¹ den Beschluss des Amtsgerichts Weimar vom 8.4.2021, [9 F 148/21](#), Datum des Beschlusses korrigiert mit Beschluss vom 14.4.2021 auf den 9.4.2021, aufzuheben und das Verfahren einzustellen, hilfsweise das Verfahren an das zuständige Verwaltungsgericht Weimar zu verweisen.
- ²² Der Verfahrensbeistand beantragt,
- ²³ die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Familiengerichts Weimar vom 8.4.2021, Az. [9 F 148/21](#), zurückzuweisen
- und den Beschluss des Familiengerichts Weimar vom 8.4.2021, Az. [9 F 148/21](#), aufrechtzuerhalten.
- ²⁴ Der Verfahrensbeistand verteidigt die Entscheidung des Familiengerichts.
- ²⁵ Unter Verweis auf den Tenor des Beschlusses führt er zunächst aus, weder das Tragen von Masken noch die Einhaltung von Mindestabständen noch die Teilnahme an Schnelltests sei untersagt worden. Vielmehr sei nur den Lehrern und der Schulleitung untersagt worden, dies verpflichtend gegenüber den Schülern durchzusetzen.
- ²⁶ Der Freistaat T. habe verspätet eine Unzuständigkeit des Familiengerichts zur Entscheidung über die Anregung der Kindesmutter gerügt. Denn er sei mit Verfügung vom 15.3.2021 aufgefordert worden, binnen zwei Wochen zur Anregung Stellung zu nehmen. Die Frist habe am 6.4.2021 geendet, sie sei - da es sich um ein Verfahren der einstweiligen Anordnung handle -, auch nicht auf den Antrag des Freistaates vom 31.3.2021 verlängert worden. Den Beschluss habe das Familiengericht schon am 8.4.2021 erlassen und die sofortige Wirksamkeit angeordnet sowie an die Geschäftsstelle des Gerichts zur Ausfertigung und Übersendung übergeben worden. Dies gehe aus einer E-Mail des zuständigen Sachrichters 9.4.2021 hervor, der den Beschluss mit Erlassvermerk vom 8.4.2021 zudem mit dieser E-Mail vorab allen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gegeben habe. Erst nach Erlass des Beschlusses, nämlich am 8.4.2021 um 19.00 Uhr, habe der Freistaat die Zuständigkeit mit Schriftsatz vom gleichen Tage gerügt. Dies ergebe sich aus dem Faxbericht, wobei das Schreiben unvollständig gewesen sei, da nur 15 von 18 Seiten übermittelt worden seien, die Unterschrift unter dem per Fax übermittelten Schreiben habe zudem gefehlt. Das vollständige Schreiben sei erst am 13.4.2021 bei Gericht eingegangen. Tags darauf sei der Erlassvermerk vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle auf den 9.4.2021 korrigiert worden, eine Unterschrift sei nicht vorhanden. Zwischenzeitlich sei gegen diesen Beschluss durch den Verfahrensbeistand Erinnerung eingelegt worden.
- ²⁷ Die vom Freistaat mit Datum 13.4.2021 eingelegte Beschwerde sei bereits unzulässig, da bei von Amts wegen zu führenden Verfahren, wie dem vorliegenden, kein Raum für die Anwendung von [§ 17 a GVG](#) bestehe. Die Norm könne vom Familiengericht nur angewendet werden, wenn eine Verweisung des Verfahrens nach den Verfahrensregeln überhaupt möglich sei. Dies komme aber nur bei echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Antragsverfahren in Betracht. Bei einer Anregung nach [§ 1666 BGB](#) entscheide das Familiengericht indes über die Einleitung des Verfahrens selbstständig. Leite es kein Verfahren ein, so gebe es auch nichts zu verweisen. Leite es ein Verfahren ein, komme dann aber zum Ergebnis, dass keine familiengerichtlichen Maßnahmen angezeigt seien, habe es eine Endentscheidung auszusprechen.
- ²⁸ Überdies sei die Zuständigkeitsrüge am Abend des 8.4.2021 verspätet, nämlich nach Ablauf der Stellungnahmefrist und schon zu einem Zeitpunkt, als die Entscheidung der Geschäftsstelle übergeben war, eingegangen und sei damit bei Erlass des Beschlusses nicht mehr gemäß [§§ 17 Abs. 3, S. 2 GVG i.V.m. 228 Abs. 3 ZPO](#) zu berücksichtigen gewesen. Eine Beschwerdemöglichkeit nach [§ 17 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 4 S. 3 GVG](#) bestehe vorliegend nicht, auch nicht analog. Auf den Inhalt des fehlerhaften und nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Berichtigungsbeschlusses sei nicht abzustellen. Die Eigentümlichkeiten des Beschlusses seien Anlass gewesen, Erinnerung dagegen einzulegen, denn entgegen der Vorgaben des [§ 42 FamFG](#) sei er nicht vom zuständigen Richter, sondern vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterzeichnet. Dieser sei bislang gegenüber dem Verfahrensbeistand noch nicht in Erscheinung getreten.
- ²⁹ Der Freistaat sei auch nicht beschwerdebefugt, denn bei einer Regelung gegenüber Dritten gemäß [§1666 Abs. 4 BGB](#) erfolge kein Eingriff in die elterliche Sorge. Der Gesetzgeber habe mit [§ 57 Abs. 1 FamFG](#) nur in Ausnahmefällen eine Beschwerdemöglichkeit bei einstweiligen Anordnungen geschaffen. Die vorliegende Regelung falle nicht darunter.
- ³⁰ Auch analog [§ 17 a GVG](#) sei eine Aufhebung des Beschlusses mangels Regelungslücke nicht zu erreichen. Es stehe dem Freistaat frei, die mündliche Verhandlung zu beantragen oder die Entscheidung des Gerichts im Rahmen des Hauptsacheverfahrens überprüfen zu lassen.

³¹ Die Beschwerde sei auch unbegründet. Die Gegenseite vertrete die Auffassung, es handle sich vorliegend nicht um eine Kindschaftssache im Sinne des FamFG, der Rechtsweg zu den Familiengerichten sei unzulässig. Sie vermische dabei die Frage, ob die Familiengerichte im Rahmen von § 1666 BGB Gebote oder Verbote bezüglich der schulischen Maßnahmen zur Eindämmung von SARS-CoV-2 treffen können oder nicht, mit der Frage des Rechtswegs. Dabei verkenne sie, dass der Erlass von Regelungen zum Schutz von Kindern eine ureigene Aufgabe der Familiengerichte sei und nicht in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte falle. Es müsse daher grundsätzlich aufgrund einer Anregung nach § 1666 Abs. 4 BGB Vorermittlungen gem. § 24 FamFG einleiten (OLG Karlsruhe, 20 WF 70/21, Beschluss vom 28.4.2021). Da vorliegend das Familiengericht eine Kindeswohlgefährdung in Form von körperlichen Schäden und Diskriminierung positiv festgestellt habe, habe es entsprechend zum Schutz der Kinder tätig werden dürfen. Denn § 1666 BGB diene nicht lediglich dazu, etwaige Einschränkungen der Erziehungsfähigkeit der Eltern aufzufangen. Die Vorschrift sei Ausformung eines umfassenden - verfassungsrechtlich, völkerrechtlich und aufgrund der UN-Kinderkonvention - verpflichtenden Kinderschutzes. Es handle sich um eine Schutznorm. Daher seien die Eltern auch nicht verpflichtet, den Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten oder ein Normenkontrollverfahren anzustreben. Dabei könne das Familiengericht auch auf der Grundlage von § 1666 Abs. 4 BGB gegen Dritte vorgehen, wenn aufgrund der Einwirkung dieses Dritten eine Gefährdung des Kindeswohl vorliege, das durch die Eltern nicht abgewendet werden könne. Dritter sei jeder Nichtelternteil oder Nichtsorgeberechtigte. Es könne auch der Betreiber eines Wohnheimes oder eine psychiatrische Klinik mit einer geschlossenen Abteilung für Kinder- und Jugendpsychiatrie sein. Damit könne auch gegen eine Schulleitung vorgegangen werden. Entscheidend sei, dass es sich um eine verhältnismäßige Maßnahme zur Gefahrenabwehr handle. So könne auf der Basis von § 1666 BGB auch gegenüber einer Person vorgegangen werden, die eine öffentliche Aufgabe wahrnehme, denn die Vorschrift gelte im Verhältnis zum Vormund entsprechend (§ 1837 Abs. 4 BGB). Eine Privilegierung des in öffentlicher Funktion handelnden Vormunds sei lediglich bei der Zwangsanordnung vorgesehen (§ 1837 BGB). Diese betreffe aber nicht die familiengerichtliche Anordnung an sich. Nicht zu verwechseln sei ein Eingreifen gem. § 1666 Abs. 4 BGB dagegen mit dem Verhältnis des Familiengerichts und des Jugendamtes im Rahmen seiner Verantwortungsgemeinschaft und bei der Frage der Entscheidungskompetenz über die Erbringung öffentlicher Hilfen, dies sei gesetzgeberisch nicht klar strukturiert. Jedenfalls sei das Jugendamt kein Dritter, sondern zum Schutz des Kindes tätig. Deswegen sei es auch im Verfahren zu beteiligen. Die Reduzierung der Anwendbarkeit von § 1666 Abs. 4 BGB auf nicht-staatliche Adressaten sei nicht geboten. Jegliche staatliche Stelle unterliege der Gesetzesbindung und müsse den Schutz des Kindes sicherstellen. Eine andere Sichtweise würde den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen. Die Bereiche des Verwaltungsgerichts und des Familiengerichts würden grundsätzlich nebeneinander stehen, sich aber manchmal überschneiden, etwa bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VII. Im Ergebnis könne eine spezifisch die Gefahr für ein Kind abwendende Maßnahme nur das Familiengericht treffen. Daher scheide eine generelle Sperrwirkung des Verwaltungsrechtswegs für das Tätigwerden des Familiengerichts aus.

³² Wegen des weiteren Vorbringens des Verfahrensbeistandes im Beschwerdeverfahren wird auf den Schriftsatz vom 11.5.2021 (Bl. 361ff. d.A.) Bezug genommen.

³³ II.

³⁴ Die Beschwerde ist als sofortige Beschwerde gemäß § 17 a Abs. 4 S. 3 GVG i.V.m. § 58 FamFG statthaft und zulässig erhoben.

³⁵ 1. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist die Beschwerde nicht als außerordentliche Beschwerde statthaft.

³⁶ Die Beschwerde richtet sich gegen eine einstweilige Anordnung des Familiengerichts gemäß § 49 FamFG. Diese ist ohne mündliche Verhandlung ergangen (§ 51 Abs. 2 Satz 2 FamFG). Über einen Antrag nach § 54 Abs. 2 FamFG können die Beteiligten indes eine mündliche Verhandlung herbeiführen, in dessen Ergebnis das Familiengericht erneut in der Sache unter Berücksichtigung neuer Erkenntnisse zu entscheiden hat. Ergeht in Sachen der elterlichen Sorge aufgrund einer mündlichen Verhandlung eine Entscheidung, ist dagegen der Rechtsmittelweg eröffnet (§ 57 Satz 2 FamFG). Eine außerordentliche Beschwerde direkt zum Rechtsmittelgericht kommt daher in dieser Fallkonstellation nicht mehr in Betracht.

³⁷ Damit schließt sich der Senat der nahezu einhellig vertretenen Auffassung auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ([FamRZ 2003, 995](#)) sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ([FamRZ 2003, 1550](#)) an (Feskorn in Zöller, ZPO, 33. Aufl. zu § 57 FamFG, Rn. 2; Löhning/Heiß in Bork/Jacoby/Schwab, 3. Aufl., zu § 57 Rn. 2; Dürbeck in Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., zu § 57 Rn. 2; BVerwG, Beschl. v. 3.3.2016, [1 B 17/16](#) - zitiert nach juris). Der Senat verkennt dabei nicht, dass im Einzelfall auch die Meinung vertreten wird, es bedürfe einer außerordentlichen Beschwerde, wenn das Gericht seine Entscheidung und Regelungskompetenz in positiver oder negativer Hinsicht verkennt, was insbesondere dann vorliegen kann, wenn die Zuständigkeit verkannt wird oder eine nicht vorgesehene Rechtsfolge angeordnet wird (Schwonberg in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 6. Auflage, § 57 Rn. 7,8 m.w.N.). Allerdings kann dies nur für den Fall gelten, dass es keinerlei Rechtsmittelmöglichkeit gibt, gegen die Entscheidung vorzugehen. Dies ist bei fast allen Familiensachen der Fall, die im einstweiligen Rechtsschutz gem. § 49 FamFG geregelt werden. Nur Kindschaftssachen gemäß § 151 Nr. 6 und 7 FamFG und nach mündlicher Erörterung ergangene Entscheidungen betreffend der elterlichen Sorge, über die Frage der Herausgabe eines Kindes an einen Elternteil, einen Antrag auf Verbleiben des Kindes bei einer Pflege- oder Bezugsperson, über einen Antrag nach dem GewaltschutzG und Ehescheidungssachen sind mit der Beschwerde gemäß § 57 Satz 2 FamFG anfechtbar. Im vorliegenden Fall gibt es aber gerade eine Beschwerdemöglichkeit nach Durchführung einer auf Antrag obligatorischen mündlichen Erörterung. Der Senat setzt sich mit dieser Auffassung auch nicht in Widerspruch mit der vom Beschwerdeführer zitierten Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgericht (Beschl. v. 14.9.2006, [11 Wx 41/06](#)), da dieses in einem Fall entschieden hat, in dem es wegen Nichtzulassung einer Beschwerde keine Überprüfungsöglichkeit mehr gab. Ebenso verhält es sich bei den Entscheidungen des OLG Hamm (Beschluss vom 7.4.2004, [11 WF 60/04](#), der ein Umgangsverfahren betraf, und Beschluss vom 16.7.2007, [4 UF 9/07](#), in dem es um die Aufhebung einer Verfahrensbeistandsbestellung ging). Auch der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 14.3.2007 ([XII ZB 201/06](#)) nicht mit der Frage einer außerordentlichen Beschwerde in dem Fall auseinandergesetzt, dass die Beschwerde erst nach mündlicher Verhandlung gegen eine Entscheidung eröffnet ist, vielmehr nur grundsätzlich ausgeführt, dass es eine Beschwerdemöglichkeit zumindest für Fälle geben muss, in denen sich die gerichtliche Maßnahme als objektiv willkürlich erweist. Bezugnehmend auf die grundsätzlichen Ausführungen des Bundesgerichtshofs in dieser Entscheidung hat der Senat in seiner Entscheidung vom 21. 5. 2015 ([FamRZ 2015, 1994ff.](#)) die isolierten Anfechtungsmöglichkeit einer Zwischenentscheidung in einem Verfahren über die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen auch ausnahmsweise bejaht. Auch hier lag der Entscheidung aber eine Fallkonstellation zugrunde, in der es keine Möglichkeit des Antrags auf Neuentscheidung nach mündlicher Verhandlung mit anschließender Eröffnung einer Beschwerde gibt.

³⁸ Für die Eröffnung einer außerordentlichen Beschwerde unter Außenvorlassen der Möglichkeit, in einem auf Antrag zwingend anzuberaumenden Termin zur Sach- und Rechtslage ausführlich vortragen zu können, besteht daher kein Bedürfnis.

³⁹ 2. Die sofortige Beschwerde gemäß § 17 a Abs. 4 S. 3 GVG i.V.m. § 58 FamFG ist entsprechend dem Meistbegünstigungsgrundsatz eröffnet und zulässig, insbesondere form- und fristgerecht erhoben.

⁴⁰ Denn das Familiengericht hat rechtsfehlerhaft keine Vorabentscheidung getroffen. Nach der vom Freistaat im Schriftsatz vom 8.4.2021 erhobenen Rechtswegrüge gem. § 17 a Abs. 3 S.2 GVG wäre das Familiengericht verpflichtet gewesen, durch Beschluss zunächst ausschließlich über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden. Der Senat geht hierbei aufgrund der Aktenlage (Vermerk vom 9.4.2021, Bl. 221 d.A., dem mit Beschluss vom 14.4.2021 berichtigten Erlassvermerk, Bl. 277 d.A. und der Begründung des Familiengerichts, Bl. 205 d.A.) davon aus, dass bei Erlass der Entscheidung die Rüge gemäß § 17 a Abs. 3 S. 2 GVG bekannt war.

- ⁴¹ Entgegen der Darstellung des Verfahrensbeistandes ist der Schriftsatz des Freistaates vom 8.4.2021, der sieben Seiten umfasst, und die Zuständigkeitsrüge enthält, auch vollständig am Abend des 8.4.2021 beim Amtsgericht Weimar eingegangen und war unterschrieben. Das entsprechende FAX trägt auch den Eingangsstempel des 8.4.2021. Insoweit bezieht sich der Senat auf Bl. 223 der Verfahrensakte. Dass die dazugehörigen Anlagen nicht vollständig übermittelt wurden, ist unschädlich. Auch der handschriftliche Vermerk des zuständigen Sachrichters vom 9.4.2021 (Bl. 221 d.A.) spricht dafür, dass bei Abfassen der Entscheidung der Schriftsatz vom 8.4.2021 bekannt war. Insbesondere ist das Familiengericht in seiner Entscheidung auf die Zuständigkeitsproblematik und die Rechtswegeröffnung zu den ordentlichen Gerichten ausführlich eingegangen. Zwar hat der Verfahrensbeistand eine E-Mail vom 9.4.2021, 18:07 Uhr vorgelegt, in der die Rede von einer Wirksamkeit des Beschlusses am Tag zuvor ist. Indes ist die E-Mail kein zulässiger und im Übrigen auch kein sicherer Übertragungsweg für die Bekanntgabe von gerichtlichen Entscheidungen. Sie beweist daher gerade nicht den Vortrag des Verfahrensbeistandes. Der Senat hat sich bei der Beurteilung daher nur auf den rechtlich zulässigen Akteninhalt zu beschränken. Danach kann davon ausgegangen werden, dass das Familiengericht spätestens am Morgen des 9.4.2021 Kenntnis von der Zuständigkeitsrüge hatte und demzufolge umfänglich in seinen Entscheidungsgründen auch auf das Vorbringen des Freistaates (Bl. 205 d.A.) eingegangen ist.
- ⁴² Zudem ist aufgrund des Berichtigungsbeschlusses vom 14.4.2021 auch vom Erlass der Entscheidung erst am 9.4.2021 auszugehen. Auf dem verfahrensrechtlich vorgegebenen Weg wurde der Beschluss auch erst am 12.4.2021 herausgegeben (Bl. 221, Zustellungsbedingungsvermerk), was ebenfalls für eine endgültige Beschlussfassung am 9.4.2021 spricht, sonst wäre die Entscheidung am Freitag, dem 9.4.2021, noch auf den Postweg gebracht worden und nicht erst am darauffolgenden Montag, dem 12.4.2021. Ob der Berichtigungsbeschluss inhaltlich richtig gefasst wurde und die Urkunde die tatsächlichen Gegebenheiten richtig wiedergibt, hat der Senat dabei nicht abschließend zu beurteilen. Denn die inhaltliche Richtigkeit der Berichtigung kann allein das Ausgangsgericht beurteilen, jedem anderen fehlen die erforderlichen Kenntnisse über den tatsächlichen Willen bei der Entscheidungsfindung (Obernheim in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, zu § 42 Rn. 52).
- ⁴³ Bei dieser Sachlage hätte das Familiengericht jedenfalls über seine Zuständigkeit vorab entscheiden müssen und nicht erst in der Sachentscheidung dazu Ausführungen machen dürfen.
- ⁴⁴ Entgegen der Ansicht des Verfahrensbeistandes ist § 17 a Abs. 3 GVG nicht bei amtswegigen Verfahren ausgeschlossen. § 17a GVG regelt nämlich das Verfahren, nach dem die von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen und gegebenenfalls zu entscheiden ist (Lückemann in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 17a GVG, Rn. 1; Mayer in: Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl., zu § 17 Rn. 8, 17). Dies gilt selbstverständlich für Antragsverfahren ebenso wie für sonstige Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, denn die Rechtswegezuständigkeit ist grundsätzlich vor Beginn eines jeden Verfahrens festzustellen und auf Rüge auch vorab auszusprechen. Die Prüfung versteht sich von selbst (BT-Drs. 11/7030, 37), die früher dies ausdrücklich aussprechenden Vorschriften sind mit der Neuregelung vom §§ 17 bis 17 b GVG weggefallen (Mayer in: Kissel/Mayer, a.a.O., Rn. 17). Richtigerweise verweist der Verfahrensbeistand aber darauf, dass bei Amtsverfahren eine Verweisung nicht in Betracht kommt (Lückemann in: Zöller, a.a.O., Rn. 21). Dies bedeutet indes nicht, dass auf der Grundlage von § 17 a GVG nicht über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden ist, sondern nur, dass statt einer Rechtswegeverweisung im Falle einer festgestellten Unzuständigkeit eine Einstellung zu erfolgen hat (Mayer in: Kissel/Mayer, a.a.O., Rn. 62).
- ⁴⁵ Vorliegend hat das Familiengericht damit unzulässig eine Sachentscheidung gefällt, innerhalb der es sich mit der Frage der Zulässigkeit beschäftigt und die Anregung zur Prüfung einer Kindeswohlgefährdung auf der Basis des elterlichen Vorbringens bejaht hat. Darauf aufbauend hat es im Ergebnis seine Entscheidungszuständigkeit begründet.
- ⁴⁶ Durch diesen Verfahrensfehler (Mayer in: Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl., zu § 17 GVG Rn. 33) tritt vorliegend keine Bindung des Senats an die Entscheidung über den Rechtsweg gem. § 17 a Abs. 5 GVG ein. Denn die Beschränkung der Prüfungskompetenz des Rechtsmittelgerichts durch § 17 a Abs. 5 GVG rechtfertigt sich allein daraus, dass die Rechtswegfrage vorab im Beschwerdeverfahren geprüft wird. Diese Rechtfertigung fehlt, wenn das Gericht erster Instanz nicht die gebotene Vorabentscheidung erlassen hat, mit der Folge, dass es insoweit an einer beschwerdefähigen Entscheidung über die Zuständigkeit fehlt. In einem solchen Fall kann die Bindungswirkung nicht eintreten, sonst würde die vom Gesetz gewollte Möglichkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs auch im Falle der Bejahung durch das erstinstanzliche Gericht vom Rechtsmittelgericht nachprüfen zu lassen, auf Grund des Verfahrensfehlers abgeschnitten. Damit ist es dem Freistaat nicht verwehrt, in der Beschwerde die Zulässigkeit des Rechtsweges, wie erfolgt, erneut zu rügen. Denn Verfahrensfehler dürfen sich nicht zu Lasten eines Verfahrensbeteiligten auswirken.

⁴⁷ Damit ist die erhobene Beschwerde insoweit zulässig, als sie allein auf die Rechtswegentscheidung abzielt (Mayer in: Kissel/Mayer, a.a.O., Rn. 33 und 35). Insoweit fehlt auch die Beschwerdebefugnis des Freistaates nicht.

⁴⁸ III. Die sofortige Beschwerde ist auch begründet.

⁴⁹ Entgegen der Auffassung des Familiengerichts handelt es sich vorliegend nicht um eine bürgerliche Streitigkeit gemäß § 13 GVG, sondern um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gemäß §40 VwGO (OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.4.2021, 9 WF 343/21).

⁵⁰ Denn ausdrücklich verfolgt die Anregung vom 13.3.2021 an das Familiengericht das Ziel, zum Schutz der Kinder schulinterne Maßnahmen, wie die Anordnung zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes und die Abstandsregeln, außer Kraft zu setzen und die Rechtmäßigkeit der diesen Anordnungen zugrundeliegenden Vorschriften zu überprüfen. Eine solche Regelungskompetenz ist dem Familiengericht indes auf der Basis des § 1666 BGB nicht eröffnet. Zentrales Schutzgut des § 1666 BGB und die Richtschnur für die Ausübung des staatlichen Wächteramtes als Legitimation eines Eingriffs in die elterliche Sorge auf der Grundlage dieser Norm ist das Wohl des Kindes (BVerfGE 24, 119 ff.; 68 176ff.; 75, 201 ff.; BGH FamRZ 2016, 1752 und FamRZ 2017, 212 f.). Das geltende Recht der Kinder- und Jugendhilfe sieht vielfältige Angebote und Leistungen der Jugendämter zur Hilfe für Eltern und Kinder vor. Die Familiengerichte sind erst einzuschalten, wenn die Eltern notwendige Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe ablehnen, erst dann kommt ein Eingriff in die elterliche Sorge in Betracht. Es ist Aufgabe der Gerichte, den Eltern den Ernst der Lage vor Augen zu führen, auf mögliche Konsequenzen hinzuweisen und darauf hinzuwirken, dass die Eltern notwendige Leistungen der Jugendhilfe annehmen und mit dem Jugendamt kooperieren (BT-Drs. 16/6815, S.7, 8 und 12). Zu den gerichtlichen Maßnahmen, die das Familiengericht gem. § 1666 Abs. 3 BGB hierbei ergreifen kann, um eine Gefahr für das Kind abzuwenden, gehören auch Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitssorge in Anspruch zu nehmen, es kann auch Gebote für die Einhaltung der Schulpflicht erlassen. Die Aufzählung der Ge- und Verbote in § 1666 Abs. 3 BGB ist nicht abschließend, so dass auch andere zur Abwendung der Gefahr geeignete Weisungen in Betracht kommen. Soweit diese einen erheblichen Eingriff in Grundrechte der Betroffenen bedeuten, ist die Regelung in § 1666 Abs. 1 und 3 BGB nur dann eine ausreichende Grundlage, wenn es sich um die in § 1666 Abs. 3 BGB ausdrücklich benannten oder diesen vergleichbare Maßnahmen handelt (BGHZ 213, 107-120).

- ⁵¹ Aus den Motiven zu § 1666 BGB (BT-Drs. 16/6815) ergibt sich entgegen der umfangreichen anderen Argumentation des Verfahrensbeistandes aber eindeutig, dass es Maßnahmen sein müssen, die geeignet sind, die Personensorgeberechtigten zur Einhaltung ihrer Schutzpflichten gegenüber dem Kind einzuhalten, als ultima ratio kommt hierbei der Entzug der elterlichen Sorge in Betracht (§ 1666 Abs. 2 BGB). In erster Linie richten sich die Maßnahmen damit gegen die jeweiligen konkreten Personensorgeberechtigten, eine Allgemeinverfügung im Sinne einer Anordnung gegen am Verfahren nicht beteiligte Personen kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil Allgemeinverfügungen - wie sie das Verwaltungsrecht kennt - dem System des Familienrechts fremd sind. Zudem kann nur in besonders gelagerten Fällen bei Angelegenheiten der Personensorge eine Maßnahme statt gegen die konkreten Personensorgeberechtigten gegen einen Dritten erfolgen (§ 1666 Abs. 4 BGB), wenn von diesem eine konkrete Gefährdung für das Kind ausgeht. Solche Fälle hat der Verfahrensbeistand auch in seiner Stellungnahme vom 11.5.2021 angeführt. Entgegen der darin ausführlich begründeten Ansicht, ist aber eine Befugnis des Familiengerichts zum Erlass von Anordnungen zur Durchsetzung des Kindeswohls gegenüber Behörden bzw. Beamten dieser Behörden damit nicht verbunden. Denn Dritte im Sinne der Vorschrift sind nicht Behörden, Regierungen und sonstige Träger staatlicher Gewalt (OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.4.2021, 9 WF 342/21). Entgegen der Ansicht des Verfahrensbeistands hat das Familiengericht auch tatsächlich durch die Untersagung von Anordnungen zum Maskentragen, von Mindestabständen und zu der Teilnahme an Schnelltests eine Anweisung getroffen, die Vorschriften zu Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 nicht umzusetzen. Denn ebenso wenig wie die Familiengerichte die Jugendämter gegen deren Willen verpflichten können, Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach §§ 27 ff. SGB VIII zu bewilligen, mit der Folge, dass die Eltern ihr einklagbares subjektives Recht gegen den staatlichen Träger der Jugendhilfe auf dem Verwaltungsrechtsweg durchsetzen müssen (OVG Saarland ZKJ 2014, 488; OVG Nordrhein-Westfalen NJW 2014, 3593; BVerfG FamRZ 2015, 1686f.), sind sie befugt, andere staatliche Behörden in ihrem Tun oder Unterlassen anzuweisen. Dies würde nämlich einen Eingriff in das Gewaltenteilungsprinzip bedeuten (Lugani in: Münchner Kommentar zum BGB, 8. Aufl., zu § 1666, Rn. 181), für den es an der erforderlichen Rechtsgrundlage fehlt. Insbesondere legitimiert §§ 1666, 1666 a BGB i.V.m. dem staatlichen Wächteramt einen solchen Eingriff nicht (Lugani, a.a.O.). Im Rahmen des schulrechtlichen Sonderstatusverhältnisses sind die zuständigen Behörden ihrerseits ebenfalls an die das Kindeswohl schützenden Grundrechte gebunden. Die gerichtliche Kontrolle dieses Behördenhandelns - auch hinsichtlich von Gesundheitsschutzmaßnahmen in den jeweiligen Schulen - obliegt hierbei allein den Verwaltungsgerichten (Verwaltungsgericht Weimar, Beschluss vom 20.4.2021, 8 E 416/21 We).
- ⁵² Nach alledem kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben. Sie ist aufzuheben. Der Senat entscheidet in der Sache selbst gemäß § 69 Abs. 1 FamFG. Da es sich um eine öffentliche-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handelt, ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig zu erklären und das Verfahren einzustellen. Eine Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Verwaltungsgericht Weimar kommt nicht in Betracht. Denn es handelt sich um ein von Amts wegen eingeleitetes Verfahren (§ 24 FamFG), es verbietet sich daher, dieses dem Verwaltungsgericht aufzudrängen. Da das Verfahren gemäß § 1666 BGB hier unzulässig ist, ist das Verfahren von Amts wegen einzustellen (Mayer in: Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl., zu § 17 GVG Rn. 62; OLG Nürnberg, a.a.O.)
- ⁵³ Die Kostenentscheidung folgt aus § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG.
- ⁵⁴ Der Beschwerdewert wurde gemäß §§ 40, 41, 45 Abs. 1 Nr. 1 FamGKG festgesetzt.
- ⁵⁵ Diese Entscheidung ist mit der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof anfechtbar. Die Zulassung erfolgt wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 17 a Abs. 4 S. 5 GVG (so auch OLG Nürnberg a.a.O.)