

DEUTSCHES INSTITUT
FÜR JUGENDHILFE UND
FAMILIENRECHT e. V.



FORUM FÜR FACHFRAGEN

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Fon 0 62 21/98 18-0
Fax 0 62 21/98 18-28

institut@dijuf.de
www.dijuf.de

GUTACHTEN

**des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht
(DIJuF) eV**

vom 18.10.2009

**zur Anfrage der Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und
Verbraucherschutz (BSG) der Freien und Hansestadt Hamburg
vom 21.08.2009**

**Rechtsfragen im Zusammenhang mit der
Abgabe von Kindern in einer Babyklappe**

Fachliche Leitung

Dr. Thomas Meysen

Erarbeitet von

*Dr. Nina Trunk, Lydia Schönecker, Prof. Dr. Birgit Hoffmann,
Dr. Thomas Meysen*

A. Fragestellung

I. Themenkomplex 1: Anordnung einer Vormundschaft nach Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe

Die Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz (BSG) der Freien und Hansestadt Hamburg legt ihrer Anfrage die Auffassung zugrunde, die Abgabe von Babys in Babyklappen sei nach § 1773 Abs. 2 BGB zu behandeln, wonach bei Findelkindern und anderen Personen, deren Personenstand nicht feststellbar sei, zur Sicherstellung und Wahrung ihrer Rechte und Bedürfnisse kurzfristig eine Vormundschaft einzurichten sei. Diese Auffassung werde ua durch die Beschlüsse des Amtsgerichts Hamburg-Altona vom 18.03.2007 (Az 307 VII M 3354) und des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 31.01.2005 (Az 2 Wx 3/05) bestätigt.

Voraussetzung für die Einrichtung einer Vormundschaft sei, dass die hierfür zuständigen staatlichen Stellen über die in den Babyklappen abgelegten Kinder informiert würden. Nach Auffassung der zuständigen Behörde obliege dem Verein SterniPark eV daher die Pflicht, unverzüglich eine entsprechende Mitteilung gegenüber dem zuständigen Gericht bzw dem zuständigen Jugendamt vorzunehmen.

Der Verein SterniPark eV sei nach Angaben der Freien und Hansestadt Hamburg der Auffassung, dass auch in den Fällen der Ablage von Kindern in der Babyklappe ein sorgeberechtigter und -verpflichteter Elternteil vorhanden sei, dessen Sorgerecht – nach Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist – gemäß § 1674 BGB ruhe. SterniPark eV berufe sich zur Begründung seiner Auffassung ua auf eine Entscheidung des Landgerichts Hamburg vom 10.05.2002 (Az 301 T 142/02) sowie Entscheidungen des Amtsgerichts Flensburg.

Die Freie und Hansestadt Hamburg fragt an, ob die Rechtsauffassung, dass bei in Babyklappen abgelegten Kindern unverzüglich durch das Vormundschafts- bzw künftig Familiengericht eine Vormundschaft nach § 1773 Abs. 2 BGB einzurichten sei, zutreffend sei. Sofern diese Frage bejaht wird, möchte die Freie und Hansestadt Hamburg wissen, ob daraus eine Verpflichtung des Trägers von Babyklappen abzuleiten sei, das Gericht oder das Jugendamt unverzüglich über die Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe zu informieren.

II. Themenkomplex 2: Einordnung des Problems von in Babyklappen abgelegten Kindern nach § 24 PStG

Bis zum 31.12.2008 regelte § 25 Personenstandsgesetz (PStG) aF die Meldepflicht bei Findelkindern. Danach musste derjenige, der ein neugeborenes Kind findet, dies spätestens am folgenden Tag der Ortspolizeibehörde anzeigen mit der Folge, dass diese strafrechtliche Ermittlungen sowie Ermittlungen über die Herkunft und Abstammung des Kindes anzustellen hatte.

Laut Mitteilung der Freien und Hansestadt Hamburg wurde in einer Übereinkunft aus dem Jahr 2000 zwischen der damaligen Behörde für Schule, Jugend und Berufsbildung, der Justizbehörde und der Behörde für Inneres entschieden, § 25 PStG aF nicht anzuwenden und mögliche, in diesem Zusammenhang begangene Ordnungswidrigkeiten nicht zu verfolgen. Stattdessen seien in Hamburg die in Babyklappen und in „Erste Baby-Hilfen“ abgelegten Kinder nicht als Findelkinder, sondern als „Personen mit ungewissem Personenstand“ (§ 26 PStG) behandelt worden. Für diese Fälle sei keine personenstandsrechtliche Meldepflicht vorgesehen. Diese Vorschrift werde in einer Vielzahl anderer Bundesländer ebenfalls zugrunde gelegt.

Ziel dieser Übereinkunft sei es gewesen, im Hinblick auf den Zweck der Babyklappe und der „Ersten Baby-Hilfe“ Neugeborene unter Wahrung der Anonymität der Mutter vor den Gefahren einer unkontrollierten Aussetzung zu schützen und sie nicht durch strafrechtliche Ermittlungen und Ermittlungen nach Herkunft und Abstammung zu gefährden.

Nach dem am 01.01.2009 in Kraft getretenen § 24 PStG bestehe die Meldepflicht nunmehr gegenüber der Gemeindebehörde. Die Freie und Hansestadt Hamburg erwäge, in der Zuständigkeitsordnung zum PStG künftig zu regeln, dass nicht mehr die Polizei, sondern das Bezirksamt (Jugendamt) oder der Kinder- und Jugendnotdienst (KJND) zuständige Behörde für die Anzeige des Auffindens von Findelkindern sei. Beide Behörden unterlägen nicht dem Legalitätsprinzip und seien nicht wie die Polizei verpflichtet, Ermittlungen nach der Mutter anzustellen.

SterniPark eV vertrete nach Auskunft der Freien und Hansestadt Hamburg die Auffassung, dass die Mutter, die ihr Kind über eine Babyklappe des Vereins abgibt, damit das Kind in die Obhut des Vereins gebe. Der Verein bzw seine Mitarbeiter/innen handelten daher im Auftrag der Mutter, wenn sie für längstens acht Wochen für Ernährung, Pflege und Betreuung des Kindes sowie für ggf notwendige medizinische Behandlung sorgten. Die Mutter habe durch die Ablage des Kindes das entspre-

chende Hilfsangebot von SterniPark eV angenommen, es sei ein zivilrechtlicher Vertrag zustande gekommen. Die Regelungen des PStG über Findelkinder seien daher nicht anwendbar.

Die Freie und Hansestadt Hamburg möchte wissen, ob § 24 PStG auf in Babyklappen abgelegte Kinder anwendbar ist, ob die Anwendung dadurch ausgeschlossen wird, dass zwischen der Mutter und SterniPark eV ein Betreuungsvertrag zustande kommt und ob durch landesrechtliche Regelung das Bezirksamt oder eine Dienststelle einer Fachbehörde zur zuständigen Gemeindebehörde im Sinne des § 24 PStG bestimmt werden kann.

III. Themenkomplex 3: Datenschutzrechtliche Fragen

Nach den Ausführungen der Freien und Hansestadt Hamburg weist SterniPark eV auf den besonderen Vertrauens- und Datenschutz nach § 65 iVm § 61 Abs. 3 SGB VIII hin. Nach Meinung der Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg könne sich der Verein SterniPark eV jedoch hierauf nicht berufen. Die vorgenannten Bestimmungen gälten nur, soweit Einrichtungen und Dienste der Träger der freien Jugendhilfe für Aufgaben nach dem SGB VIII in Anspruch genommen würden. Da es sich bei der Babyklappe mangels gesetzlicher Regelung nicht um eine Einrichtung oder einen Dienst der Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII handle, sei diese Norm hier nicht anwendbar. Auch auf den Sozialdatenschutz nach dem SGB X könne sich SterniPark eV nicht berufen, weil auch dies eine Tätigkeit nach dem Sozialgesetzbuch voraussetze, die beim Betrieb einer gesetzlich nicht geregelten Babyklappe gerade nicht vorliege.

Selbst wenn man die Auffassung verträte, der Betrieb einer Babyklappe könne als Tätigkeit nach dem SGB VIII eingeordnet werden, wäre eine Datenübermittlung entsprechend § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB X, § 64 Abs. 2 SGB VIII zulässig, weil sie zur Erfüllung der aus Art. 6 Abs. 2 GG und § 8a SGB VIII folgenden Aufgabe der öffentlichen Jugendhilfe, das staatliche Wächteramt zum Schutz des Kindeswohls auszuüben, erforderlich sei. Für die Datenübermittlung an das Familiengericht ergebe sich die Zulässigkeit der Datenübermittlung im Übrigen direkt aus § 65 Abs. 1 Nr 2 SGB VIII.

Die Freie und Hansestadt Hamburg fragt an, ob in Bezug auf in Babyklappen abgelegte Kinder der vom Verein SterniPark eV in Anspruch genommene besondere Vertrauens- und Datenschutz nach dem SGB VIII oder Sozialdatenschutz nach dem

SGB X gelte. Sie möchte wissen, ob eine Datenübermittlung an die Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz, das Jugendamt und das Familiengericht zulässig wäre.

IV. Themenkomplex 4: Strafbarkeit der Mitarbeiter/innen des Betreibers einer Babyklappe gemäß § 203 Abs. 1 Nr 5 StGB

Nach Auskunft der Freien und Hansestadt Hamburg argumentiert SterniPark eV damit, dass sich jedenfalls gegenüber der Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz und den Jugendämtern der Bezirksamter ein Recht auf (oder vielmehr eine Pflicht zur) Nicht-Offenbarung persönlicher Geheimnisse aus § 203 Abs. 1 Nr 5 StGB ergebe. Diese Norm gilt für fremde Geheimnisse, die staatlich anerkannten Sozialarbeiter/inne/n und Sozialpädagoge/inn/en und deren Mitarbeiter/innen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit anvertraut wurden.

Nach Auffassung der Freien und Hansestadt Hamburg sei bereits fraglich, ob es sich bei den Daten, die die Mitarbeiter/innen von SterniPark eV im Rahmen des Betriebs der Babyklappe erführen, um solche berufsbezogen anvertrauten Geheimnisse handle. Zumindest bei den Daten des Kindes handle es sich nicht um „fremde Geheimnisse“. Das Neugeborene könne keinen subjektiven Geheimhaltungswillen bilden, es habe auch kein objektives Interesse daran, dass die Tatsachen seiner Existenz, seiner Abgabe in der Babyklappe und seines Aufenthaltsorts geheim blieben. Es habe schließlich diese Daten auch nicht den Mitarbeiter/inne/n von SterniPark eV „anvertraut“. Vor allem verbiete die Vorschrift nur die unbefugte Weitergabe dieser Daten, sie dürften daher mit Einwilligung der Mutter in jedem Fall weitergegeben werden. Auch sofern das Offenbaren der Daten durch Rechtsvorschriften vorgesehen oder zwingend vorausgesetzt sei, handle es sich nicht um ein „unbefugtes“ Offenbaren. Entsprechende Befugnisnormen ergäben sich aus dem Familienrecht und dem Personenstandsrecht.

Die Freie und Hansestadt Hamburg möchte wissen, ob sich Mitarbeiter/innen von SterniPark eV nach § 203 Abs. 1 Nr 5 StGB strafbar machen, wenn sie der Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz, dem Jugendamt des Bezirksamts oder dem Gericht die Ablage eines Babys in einer Babyklappe melden. Sie möchte wissen, welche Angaben von SterniPark eV im Lichte von § 203 Abs. 1 Nr 5 StGB gemacht werden dürfen.

V. Themenkomplex 5: Rechtliche Möglichkeiten der Mütter, die ihr Kind in einer Babyklappe abgelegt haben, das Kind zurückzubekommen; mögliche Strafbarkeit der Mütter

In ihrer Anfrage berichtet die Freie und Hansestadt Hamburg, der Verein Sterni-Park eV sei der Auffassung, dass eine unverzügliche Meldung von in Babyklappen abgelegten Kindern gegenüber staatlichen Stellen zumindest faktisch verhindere, dass Mütter sich nachträglich zu ihrem Kind bekennen, weil sie Repressionen der staatlichen Behörden und der Strafverfolgungsbehörden befürchten müssten, wenn sie sich nachträglich offenbarten. Es brauche daher einen Schutzraum von bis zu acht Wochen, der von staatlicher Einflussnahme frei sei.

Die Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz weist demgegenüber darauf hin, dass es die Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe sei, auch Müttern von Babyklappenkindern und/oder Müttern, die ihr Kind anonym gebären, Beratung und Unterstützung anzubieten, damit sie in Ruhe entscheiden könnten, ob sie ihr Kind behalten wollten oder nicht. Dies entspreche sowohl Art. 6 Abs. 2 GG, wonach Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht seien, als auch dem Grundsatz des Kinder- und Jugendhilferechts des SGB VIII, Eltern durch Beratung und Unterstützung in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich für ihr Kind sorgen zu können. Dieser Grundsatz drücke sich zB in einem Informationsblatt für Frauen aus, das Müttern in Hamburger Kliniken übergeben werde, die ihr Kind anonym zur Welt gebracht haben. Dies gelte ebenfalls für Babyklappenkinder.

Die Freie und Hansestadt Hamburg möchte wissen, welche Möglichkeiten der Mutter eines in einer Babyklappe abgelegten Kindes zustünden, sich zu dem Kind zu bekennen, auch nachdem eine unverzügliche Vormundschaft nach § 1773 Abs. 2 BGB eingerichtet wurde. Sie fragt an, ob die Mutter strafrechtliche Verfolgung befürchten müsse.

VI. Themenkomplex 6: Zuständigkeit von Behörden und Gerichten

Die Freie und Hansestadt Hamburg trägt außerdem vor, SterniPark eV verbringe in Babyklappen abgelegte Kinder häufig während eines Zeitraums von acht Wochen vor Meldung an Behörden und Gerichte, die der Verein als (Vollzeit-)Pflege der Kinder reklamiere, in Pflegestellen nach Schleswig-Holstein. Dies führe dazu, dass in Fällen von in Hamburger Babyklappen abgelegten Kindern teilweise schleswig-

holsteinische Behörden und Gerichte tätig würden. Der Senat habe dies in einer Antwort auf eine Schriftliche Kleine Anfrage wie folgt erklärt:

„Nach Auffassung der zuständigen Behörde ist für ein in einer Babyklappe abgelegtes Kind unverzüglich eine Vormundschaft gemäß § 1773 Abs. 2 BGB einzurichten. Nach § 36 Abs. 4 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FGG) ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Kind aufgefunden wurde. Der Verein SterniPark eV handelt gemäß seiner Auffassung, dass ein in einer Babyklappe aufgefundenes Kind für bis zu acht Wochen ggf auch außerhalb Hamburgs in Pflege genommen werden könne, bevor das Familiengericht eingeschaltet werde. Bei einer Inpflegenahme in Schleswig-Holstein haben sich in der Vergangenheit auch schleswig-holsteinische Gerichte auf der Grundlage von § 36 Abs. 1 FGG für zuständig gehalten. Danach ist für die Bestellung einer Vormundschaft das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Mündel zu der Zeit, zu der die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wird, seinen Wohnsitz oder bei Fehlen eines Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat.

Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für das Verbringen eines in Hamburg aufgefundenen Kindes aus der Freien und Hansestadt Hamburg gibt es ebenso wenig wie eine Vorschrift, die dies ausdrücklich verbietet.“

Die Freie und Hansestadt Hamburg fragt an, ob rechtlich eine vorrangige Zuständigkeit von Hamburger Behörden und Gerichten für in Hamburger Babyklappen abgelegte Kinder begründet werden könne.

B. Stellungnahme

Inhaltsübersicht

I. Anordnung einer Vormundschaft nach Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe	10
I.1 Rechtsgrundlage für die Anordnung der Vormundschaft	10
I.1.1 Modalitäten der Anonymität der abgebenden Person.....	10
I.1.2 Notwendigkeit der Vormundbestellung	11
I.1.3 Anwendungsbereiche: Ruhen der elterlichen Sorge (§ 1674 Abs. 1 BGB) und ungeklärter Familienstand (§ 1773 Abs. 2 BGB).....	11
I.1.4 Meinungsstreit	13
I.1.5 Ungeklärte Identität als vorrangiges Kriterium für die Vormundbestellung.....	14
I.2 Keine zivilrechtliche Pflicht zur Information des Familiengerichts und/oder des Jugendamts	17
II. Personenstandsrechtliche Behandlung von in Babyklappen abgelegten Kindern	17
II.1 Informationspflichten nach dem Personenstandsgesetz	17
II.2 Anwendbarkeit des § 24 PStG	18
II.2.1 Geänderte Rechtslage seit 01.01.2009	18
II.2.2 In einer Babyklappe abgegebenes Kind als „Findelkind“	21
II.2.3 Folgen der bisherigen Billigung einer rechtswidrigen Praxis.....	22
II.2.4 Pflicht zur Anzeige des Auffindens eines Kindes	23
II.3 Ausschluss der Anwendung des § 24 PStG durch einen zwischen der Mutter und dem Betreiber einer Babyklappe geschlossenen Betreuungsvertrag	23
II.3.1 Formale Wirksamkeit	23
II.3.2 Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 StGB).....	25
II.3.3 Kein Ausschluss der Pflichten aus dem Personenstandsgesetz durch zivilrechtlichen Vertrag	26
II.4 Bestimmung des Bezirksamts oder einer Dienststelle einer Fachbehörde zur zuständigen Gemeindebehörde im Sinne des § 24 PStG durch landesrechtliche Regelung	27

III. Datenschutzrechtliche Fragen	28
III.1 Nichtanwendbarkeit des Rechts über den Sozialdatenschutz.....	29
III.2 Datenschutzrechtliche Schranken aufgrund vertraglicher Vereinbarung?	29
III.2.1 Keine Sicherstellungsverpflichtung des Jugendamts nach § 61 Abs. 3 SGB VIII.....	29
III.2.2 Freiwillige Vereinbarungen nur im Rahmen der geltenden Gesetze.....	30
III.2.3 Informationen zum Auffinden des Kindes.....	31
III.2.4 Informationen zur Identität der Mutter.....	32
IV. Strafbarkeit der Mitarbeiter/innen des Betreibers einer Babyklappe gemäß § 203 Abs. 1 StGB.....	34
IV.1 Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 StGB.....	34
IV.1.1 Von Strafbarkeit potenziell betroffener Personenkreis.....	34
IV.1.2 Geschütztes Rechtsgut und Tatbestandsvoraussetzungen	35
IV.2 Unbefugte und befugte Weitergabe	36
IV.2.1 Anzeige nach § 24 PStG	36
IV.2.2 Mitteilung an das Familiengericht	36
IV.2.3 Mitteilung an das Jugendamt.....	38
IV.3 Mitzuteilende Daten.....	38
V. Rechtliche Möglichkeiten der Mütter, die ihr Kind in einer Babyklappe abgelegt haben, das Kind zurückzubekommen; mögliche Strafbarkeit der Mütter.....	40
V.1 Zulässigkeit eines Herausgabeverlangens der Mutter.....	40
V.2 Mögliche Strafbarkeit der Mutter	41
V.2.1 Personenstands Fälchung (§§ 169, 13 StGB)	41
V.2.2 Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 Abs. 1 StGB)	42
V.2.3 Weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen.....	42
V.2.4 Entziehung Minderjähriger (§ 235 Abs. 1 Nr 1 StGB)	42
V.2.5 Aussetzung (§ 221 StGB).....	43
V.2.6 Strafbarkeitsrisiko	43
VI. Zuständigkeit von Behörden und Gerichten	44
VI.1 Örtliche Zuständigkeit der Gerichte – Rechtslage bis 31.08.2009	45
VI.2 Örtliche Zuständigkeit der Gerichte – Rechtslage seit 01.09.2009	46
Anhang	48

I. Anordnung einer Vormundschaft nach Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe

I.1 Rechtsgrundlage für die Anordnung der Vormundschaft

I.1.1 Modalitäten der Anonymität der abgebenden Person

Ermöglicht eine Einrichtung eine „anonyme“ Kindesabgabe, sind verschiedene Modalitäten denkbar, ob bzw wie die Identität der Person, die das Kind abgibt, anonym bleibt oder bekannt wird. Die Ausführungen zu den Fragen der Freien und Hansestadt Hamburg gehen daher auf die folgenden drei Konstellationen ein; falls sich für diese unterschiedliche rechtliche Herleitungen ergeben, werden sie differenzierend behandelt. Im Ergebnis ergeben sich allerdings keine abweichenden rechtlichen Wertungen.

- Zunächst erscheint vorstellbar, dass die Mutter oder eine andere Person ein Kind in die Babyklappe legt, ohne Angaben bezüglich ihrer Person zu hinterlassen. Die Identität des/der Abgebenden ist sowohl dem Betreiber der Babyklappe als auch sonstigen Stellen (zB Standesamt, Familiengericht, Jugendamt) unbekannt und kann grundsätzlich nur dann festgestellt werden, wenn sich die betreffende Person nachträglich meldet.
- Denkbar ist auch, dass der Betreiber einer Babyklappe der Mutter oder einer anderen abgebenden Person die Möglichkeit einräumt, etwa in einem verschlossenen Umschlag, persönliche Daten zu hinterlassen, aus denen sich ihre Identität ergibt. In der Regel verpflichten sich in diesen Fällen die Betreiber von Einrichtungen, die einer Babyklappe vergleichbar sind, den Umschlag weder selbst zu öffnen noch an Dritte weiterzugeben. Die in dem verschlossenen Umschlag enthaltenen Daten sollen später allein dem abgegebenen Kind zur Verfügung stehen, insbesondere um diesem Aufschluss über seine Herkunft zu geben, wenn es diesen Wunsch hat. Auch in diesem Fall würde der Betreiber einer Babyklappe die Identität des Abgebenden nicht kennen.
- Schließlich besteht die Möglichkeit, dass die/der Abgebende dem Betreiber einer Babyklappe seine Identität offenbart, sich von diesem jedoch zusichern lässt, dass der Betreiber die ihm bekannten Daten nicht weitergibt. Hier würde der Betreiber der Babyklappe zwar die Identität des Abgebenden kennen, öffentlichen Stellen wie dem Standesamt, Familiengericht oder Jugendamt wäre sie jedoch unbekannt.

I.1.2 Notwendigkeit der Vormundbestellung

Minderjährige Kinder sind gemäß § 104 Nr 1 BGB bis zur Vollendung des siebten Lebensjahrs geschäftsunfähig. Vom siebten bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs sind sie gemäß § 106 BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Da sie somit nicht rechtsverbindlich für sich selbst Entscheidungen treffen und am Rechtsverkehr teilnehmen können, benötigen sie jemanden, der für sie sorgt und sie im Rechtsverkehr vertritt.¹ Gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.

Aus dem Grundgesetz ergibt sich demnach, dass zunächst vorrangig die Eltern zur Sorge für ihre Kinder und zu deren gesetzlicher Vertretung berechtigt und verpflichtet sind.² Dies folgt auf einfachgesetzlicher Ebene aus § 1626 BGB. Fallen die Eltern als vertretungsberechtigte Personen jedoch aus, weil sie zB verstorben sind, ihnen die elterliche Sorge entzogen wurde oder sie diese aus tatsächlichen Gründen nicht ausüben können, bedarf das Kind eines anderen Vertreters.³ Gemäß § 1773 BGB ist in diesen Fällen ein Vormund zu bestellen.

Als Grundlage für die Bestellung eines Vormunds nach Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe kommen in dem Fall, dass die Identität der Eltern gänzlich unbekannt oder nur Mitarbeiter/inne/n der Babyklappe bekannt ist, einerseits die Bestellung eines Vormunds nach Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge wegen Wegfalls des/der Personensorgeberechtigten (§ 1674 Abs. 1 iVm § 1773 Abs. 1 BGB) und andererseits die Bestellung eines Vormunds wegen nicht zu ermittelnden Personenstands des Kindes nach § 1773 Abs. 2 BGB in Betracht.

I.1.3 Anwendungsbereiche: Ruhen der elterlichen Sorge (§ 1674 Abs. 1 BGB) und ungeklärter Familienstand (§ 1773 Abs. 2 BGB)

Nach § 1674 Abs. 1 BGB ruht die elterliche Sorge eines Elternteils, wenn das Familiengericht feststellt, dass er diese auf längere Zeit tatsächlich nicht ausüben kann. Der Ausübung der elterlichen Sorge muss also für längere Dauer ein tatsächliches Hindernis entgegenstehen.

¹ Engler, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2004, Vorbem. zu §§ 1773 ff Rn 3.

² Hoffmann, Personensorge, 2009, § 1 Rn 2; Engler (Fn 1), Vorbem. zu §§ 1773 ff Rn 3; Bettin, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1773 Rn 1.

³ Bettin (Fn 2), § 1773 Rn 1; Saar, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1773 Rn 1 und 3; Hoffmann (Fn 2), § 1 Rn 95.

Ein solches tatsächliches Hindernis kann bspw vorliegen, wenn der Aufenthalt des Elternteils unbekannt ist⁴ und er deswegen die Verantwortung für sein Kind nicht wahrnehmen kann, bei längerem Auslandsaufenthalt des Elternteils und eingeschränkter Kontaktmöglichkeit (zB weil er sich in einem Kriegsgebiet befindet)⁵ oder bei mehrjähriger Strafhaft.⁶ Des Weiteren kommen auch persönliche Probleme wie zB eine psychische oder geistige Erkrankung⁷ des Elternteils als tatsächliche Hindernisse in Betracht.

Die elterliche Sorge lebt gemäß § 1674 Abs. 2 BGB wieder auf, wenn das Familiengericht feststellt, dass der Grund des Ruhens nicht mehr besteht. Weder das Ruhen der elterlichen Sorge noch der Wegfall des familiengerichtlich angeordneten Ruhens treten automatisch ein. Sie bedürfen gerichtlicher Anordnung.⁸

Gemäß § 1773 Abs. 2 BGB erhält ein Minderjähriger einen Vormund, wenn sein Familienstand nicht zu ermitteln ist (§ 1773 Abs. 2 BGB). Dies ist dann der Fall, wenn nicht festgestellt werden kann, wer Sorgeberechtigter des Kindes ist und ob überhaupt noch Eltern vorhanden sind.⁹ Weitere Voraussetzungen für die Bestellung eines Vormunds werden nicht genannt.

§ 1674 Abs. 1 BGB und § 1773 Abs. 2 BGB haben somit unterschiedliche Anwendungsbereiche. Wird ein Kind in einer Babyklappe abgegeben und ist die Identität der Eltern weder dem Betreiber der Babyklappe noch öffentlichen Stellen bekannt oder ist die Identität dem Betreiber der Babyklappe zwar bekannt, haben die Eltern jedoch deutlich gemacht, dass sie keine weitere Verantwortung für ihr Kind übernehmen wollen und auch bei etwa auftretenden Fragen und Problemen nicht als Ansprechpartner zur Verfügung stehen, erscheint die Anwendbarkeit beider Vorschriften vorstellbar.

- Es könnte zunächst an die Anwendung des § 1674 Abs. 1 BGB mit anschließender Bestellung eines Vormunds nach § 1773 Abs. 1 BGB gedacht werden. Denn so-

⁴ *Diederichsen*, in: Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 1674 Rn 1.

⁵ *Diederichsen* (Fn 4), § 1674 Rn 1; *Michalski*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1674 Rn 1; *Coester*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2000, § 1674 Rn 11.

⁶ *Veit*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1674 Rn 3; OLG Dresden FamRZ 2003, 1038; BayObLG FamRZ 1965, 283; aA OLG Frankfurt FamRZ 2007, 753.

⁷ *Coester* (Fn 5), § 1674 Rn 11; *Diederichsen* (Fn 4), § 1674 Rn 1; BayObLG FamRZ 1981, 595.

⁸ *Michalski* (Fn 5), § 1674 Rn 1.

⁹ *Saar* (Fn 3), § 1773 Rn 3.

wohl die Anonymität der Eltern als auch ihre fehlende Bereitschaft, weiterhin Verantwortung für ihr Kind zu übernehmen, könnten als tatsächliche Hindernisse im Sinne des § 1674 Abs. 1 BGB angesehen werden, die der Ausübung der elterlichen Sorge entgegenstehen.

- Ist die Identität der Eltern dem zuständigen Familiengericht und anderen öffentlichen Stellen nicht bekannt, kommt auch die Anwendung des § 1773 Abs. 2 BGB in Betracht, da der Familienstand des Kindes ungeklärt ist.

Es ist daher zu klären, welche der beiden Vorschriften über die Anordnung einer Vormundschaft hier einschlägig ist.

I.1.4 Meinungsstreit

Die gerichtliche Praxis bei der Bestellung eines Vormunds nach der Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe oder nach anonymer Geburt ist uneinheitlich.¹⁰ Teilweise wird für erforderlich gehalten, zunächst gemäß § 1674 BGB das Ruhen der elterlichen Sorge anzuordnen und anschließend gemäß § 1773 Abs. 1 BGB einen Vormund zu bestellen, da nach Anordnen des Ruhens der elterlichen Sorge kein Sorgeberechtigter mehr vorhanden ist. Teilweise wird aber auch das Anordnen des Ruhens der elterlichen Sorge für entbehrlich gehalten und unmittelbar gemäß § 1773 Abs. 2 BGB wegen ungeklärten Familienstands des Kindes ein Vormund bestellt.

Das Landgericht Hamburg¹¹ vertritt die Auffassung, dass auch dann, wenn die Mutter anonym bleiben will, mit ihr grundsätzlich ein sorgeberechtigter Elternteil vorhanden ist. Die Einrichtung einer Vormundschaft nach §§ 1773, 1774 BGB käme nur dann in Betracht, wenn das Familiengericht zunächst nach § 1674 BGB das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt hätte. Dieser Auffassung ist zunächst auch das Institut gefolgt.¹²

Das Amtsgericht Hamburg-Altona¹³ und das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg¹⁴ gehen dagegen davon aus, dass einem in einer Babyklappe abgelegten Kind

¹⁰ BT-Drucks. 16/7220, 11 f, 32.

¹¹ JAmt 2003, 323, 324.

¹² DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2003, 299.

¹³ Beschl. vom 18.03.2007, 307 VII M 3354.

¹⁴ Beschl. vom 31.01.2005, 2 Wx 3/05.

unmittelbar gemäß § 1773 Abs. 2 BGB ein Vormund zu bestellen sei, ohne dass es zuvor des Anordnens des Ruhens der elterlichen Sorge bedürfe.

I.1.5 Ungeklärte Identität als vorrangiges Kriterium für die Vormundbestellung

Für die Rechtsauffassung des Landgerichts Hamburg spricht, dass die Mutterschaft – anders als ggf die Vaterschaft – mit der Geburt eines Kindes feststeht. Damit steht das Kind mit seiner Geburt auch kraft Gesetzes unter der elterlichen Sorge der Mutter. Ist die Mutter unverheiratet und wurde nicht bereits (vorgeburtlich) eine Sorgeerklärung abgegeben, ergibt sich dies aus § 1626a Abs. 2 BGB. Ist die Mutter verheiratet, gilt ihr Ehemann kraft Gesetzes als Vater des Kindes (§ 1592 Nr 1 BGB); in diesem Fall hat das Kind im Moment seiner Geburt in den Eltern zwei gemeinsam Sorgeberechtigte (§ 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB). Gleiches gilt, wenn Mutter und Vater vorgeburtlich Sorgeerklärungen abgegeben haben (§ 1626a Abs. 1 BGB). Ist die Mutter bei Geburt ihres Kindes volljährig, ist bzw sind somit bereits ab der Geburt des Kindes ein oder zwei Personensorge- und damit zugleich Vertretungsberechtigte vorhanden.

Die elterliche Sorge kann nicht durch einseitige Erklärung der Eltern aufgegeben werden,¹⁵ sodass auch die Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe nicht automatisch zum Verlust des Sorgerechts der Mutter bzw der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern führt.¹⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob die Identität der Mutter bei der Abgabe des Kindes bekannt ist oder nicht.

Allerdings ist die sorgeberechtigte Mutter bzw sind die sorgeberechtigten Eltern sowohl bei einer anonymen Kindesabgabe als auch bei einer Abgabe mit vertraulicher Identitätsangabe oder bei einer Abgabe, bei der die Identität der Eltern in der Babyklappe oder einer vergleichbaren Einrichtung bekannt ist, von vornherein für die Ausübung der elterlichen Sorge nicht greifbar. Bei anonymer Abgabe oder einer Abgabe mit verschlossen hinterlegter Identität ergibt sich dies daraus, dass die Mutter bzw die Eltern aufgrund ihrer Anonymität nicht kontaktiert werden können, wenn Entscheidungen für das Kind zu treffen sind. Doch auch bei in der Babyklappe oder vergleichbaren Einrichtung bekannter Identität der Mutter bzw Eltern wird regelmäßig

¹⁵ *Mielitz* JAmt 2006, 120; OLG Karlsruhe FamRZ 199, 801, 802; DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2003, 299.

¹⁶ *Mielitz*, Anonyme Kindesabgabe, 2006, 67.

davon auszugehen sein, dass sie nach der Abgabe des Kindes nicht mehr als Ansprechpartner in Fragen, die das Kind betreffen, zur Verfügung stehen.

Mit der Kindesabgabe in einer Babyklappe erklärt die Mutter bzw erklären die Eltern ausdrücklich oder konkludent, für das Kind keine weitere Verantwortung übernehmen zu wollen. Es ist somit unabhängig davon, ob die Identität der Mutter bei der Abgabe des Kindes bekannt ist, grundsätzlich von dem Vorliegen eines tatsächlichen Hindernisses im Sinne des § 1674 Abs. 1 BGB auszugehen, das der Ausübung der elterlichen Sorge entgegensteht.

Das Institut ist – wie oben bereits erwähnt – bislang davon ausgegangen, dass auch dann, wenn die Identität der Mutter bzw der Eltern bei der Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe unbekannt ist, mit der Mutter weiterhin eine (wenn auch unbekannte) Sorgeberechtigte vorhanden ist, sodass die Bestellung eines Vormunds nach § 1773 Abs. 1 BGB zunächst die Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge der Mutter bzw der Eltern gemäß § 1674 Abs. 1 BGB voraussetzt.¹⁷ An dieser Auffassung wird jedoch nicht festgehalten. Denn bei ungeklärtem Familienstand des Kindes ist § 1773 Abs. 2 BGB als *lex specialis* zu § 1773 Abs. 1 BGB anzusehen.

Dies ergibt sich bereits aus der Systematik des Gesetzes. § 1773 Abs. 2 BGB hätte keinen eigenen Anwendungsbereich, wenn man verlangen würde, dass neben dem ungeklärten Personenstand zusätzlich die Voraussetzungen des § 1773 Abs. 1 BGB (kein Sorgeberechtigter vorhanden) erfüllt sein müssen.¹⁸ § 1773 Abs. 2 BGB ist immer dann anzuwenden, wenn nicht bekannt ist, ob das Kind überhaupt noch Eltern hat, wer diese sind und wer das Sorgerecht für das Kind innehat. Wäre auch in dem Fall, dass die Identität der Eltern eines Kindes unbekannt ist, zunächst das Ruhens der elterlichen Sorge anzuordnen, käme stets § 1773 Abs. 1 BGB zur Anwendung. Das Kind stünde nach der Anordnung des Ruhens nicht mehr unter elterlicher Sorge. Für die Anwendung des § 1773 Abs. 2 BGB bliebe kein Raum.

Überdies stehen der Anwendung des § 1674 Abs. 1 BGB verfahrensrechtliche Hindernisse entgegen. Ist die Identität des oder der Sorgeberechtigten nicht bekannt, ist ein ordnungsgemäßes Anordnen des Ruhens der elterlichen Sorge durch familiengerichtlichen Beschluss aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht möglich. Denn gemäß § 38 Abs. 2 Nr 1 FamFG enthält der Beschluss die Bezeichnung der Beteiligten. Wer im fa-

¹⁷ DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2003, 299.

¹⁸ *Mielitz* (Fn 16), 78.

miliengerichtlichen Verfahren eine Beteiligtenstellung innehat, ergibt sich aus § 7 FamFG. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr 1 FamFG sind als Beteiligte diejenigen hinzuzuziehen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird.

In einem Verfahren, in dem das Ruhen der elterlichen Sorge nach § 1674 Abs. 1 BGB angeordnet werden soll, ist dies auf jeden Fall die Person, deren Sorge ruhen soll. Diese Person müsste in dem Beschluss, in dem das Ruhen der elterlichen Sorge angeordnet wird, so genau bezeichnet werden (können), dass sie zweifelsfrei bestimmt und von allen anderen denkbaren Personen abgegrenzt werden könnte.¹⁹ Bei einer natürlichen Person wäre deshalb grundsätzlich sowohl die Angabe des Vor- und Zunamens sowie einer ladungsfähigen Anschrift zu fordern.²⁰ Eine genaue Bezeichnung der Beteiligten ist jedoch nicht möglich, wenn ihre Identität nicht bekannt ist.

Außerdem ist im Fall einer anonymen Kindesabgabe nicht einmal klar, ob das Kind überhaupt (noch) Eltern hat, bezüglich derer das Ruhen der Personensorge angeordnet werden könnte. So sind Fälle denkbar, in denen bspw die allein sorgeberechtigte Mutter bei der Geburt gestorben ist und Verwandte das Kind in die Babyklappe gelegt haben. Eine Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge würde ins Leere laufen. Wird ein Kind nicht unmittelbar nach der Geburt abgegeben, kann für das Kind bereits vor der Abgabe andernorts ein Vormund bestellt worden sein. Bei Minderjährigkeit der Mutter kann gemäß § 1791c BGB schon kraft Gesetzes die Vormundschaft eines Jugendamts eingetreten sein. Auch hier ginge die Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge ins Leere und würde die rechtliche Stellung eines schon vorhandenen Vormunds durch die Anordnung nicht berührt.

Das Ruhen der elterlichen Sorge einer Person kann nach § 1674 BGB folglich nur dann angeordnet werden, wenn die Sorgeverhältnisse und die Identität des/der Sorgeberechtigten bekannt sind. Die Anordnung ist nicht möglich, wenn die Identität der Mutter bzw der Eltern gänzlich unbekannt bleibt oder zumindest für das Familiengericht nicht feststellbar ist. Ist dem Familiengericht die Identität der Personensorgeberechtigten eines Kindes nicht bekannt, ist somit gemäß § 1773 Abs. 2 BGB unmittelbar ein Vormund zu bestellen, ohne dass zuvor das Ruhen der elterlichen Sorge gemäß § 1674 BGB angeordnet werden müsste bzw könnte.

¹⁹ BGH NJW 2001, 1056; *Oberheim*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 2009, § 38 Rn 30.

²⁰ *Oberheim* (Fn 19), § 38 Rn 30; *Simon*, in: Friederici/Kemper, Familienverfahrensrecht, 2009, § 38 Rn 6.

I.2 Keine zivilrechtliche Pflicht zur Information des Familiengerichts und/oder des Jugendamts

Wie bereits dargelegt, führt die Kindesabgabe, unabhängig davon, ob die Identität der Mutter bekannt ist oder nicht, nicht automatisch zum Verlust des Sorgerechts der Mutter bzw der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern.²¹ Dennoch ist nach der Abgabe des Kindes in der Babyklappe zunächst niemand vorhanden, der die rechtliche Vertretung des Kindes und die anderen Aufgaben aus der elterlichen Sorge wahrnehmen kann oder hierzu als Sorgeberechtigter bereit ist. Der Mutter bzw den Eltern ist dies entweder aufgrund ihrer Anonymität nicht möglich oder sie haben – sofern ihre Identität bekannt ist – durch die Abgabe des Kindes zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht bereit sind, (weiter) Verantwortung für das Kind zu übernehmen.

Dieses Fehlen eines Vertretungsberechtigten wird auch durch die Konstruktion einer Vollmachtserteilung zur Wahrnehmung der elterlichen Sorge an den Betreiber einer Babyklappe nicht überwunden. Eine solche Vollmacht wird ebenso wie ein ihr zugrunde liegender Betreuungsvertrag regelmäßig wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig sein. Hierauf wird unter II.3 näher eingegangen.

Damit eine Vormundschaft für das Kind eingerichtet und so seine rechtliche Vertretung gesichert werden kann, bedarf es einer Information an das Familiengericht über das Auffinden des Kindes. Eine gesetzliche Verpflichtung des Betreibers einer Babyklappe zur unmittelbaren Anrufung des Familiengerichts oder zur Information an das Jugendamt lässt sich allerdings weder aus § 1773 Abs. 2 BGB noch aus dem – bei unbekannter Identität der Mutter bzw der Eltern nicht zur Anwendung gelangenden – § 1773 Abs. 1 BGB iVm § 1674 BGB ableiten.

II. Personenstandsrechtliche Behandlung von in Babyklappen abgelegten Kindern

II.1 Informationspflichten nach dem Personenstandsgesetz

Derjenige, der ein neugeborenes Kind findet, muss dies spätestens am folgenden Tag der Gemeindebehörde anzeigen (§ 24 Abs. 1 Satz 1 PStG). Diese stellt die erforderlichen Ermittlungen an und benachrichtigt von dem Ergebnis alsbald die zuständige Verwaltungsbehörde (§ 24 Abs. 1 Satz 2 PStG). Auf deren schriftliche Anordnung hin wird die Geburt in dem Geburtenregister des für den festgesetzten Geburtsort zu-

²¹ *Mielitz* (Fn 16), 67.

ständigen Standesamts beurkundet. Der Geburtsort wird zuvor durch die Verwaltungsbehörde bestimmt.

Wenn es sich um ein Findelkind handelt, muss das Standesamt, das die Geburt beurkundet hat, dies dem Familiengericht mitteilen (§ 57 Abs. 1 Nr 4 der Verordnung zur Ausführung des PStG [PStG-AusführungsV]). Wenn die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, hat es außerdem das Jugendamt zu informieren (§ 57 Abs. 1 Nr 5 PStG-AusführungsV).

Ziel des Personenstandsgesetzes ist die „rechtliche Geburt des Kindes“. Solange das Kind nicht im Personenstandsregister eingetragen ist, „existiert“ es aus Sicht des Personenstandsrechts nicht. Die Sicherstellung der personenstandsrechtlichen Existenz eines Kindes gewährleistet, dass neben dem Standesamt auch andere öffentliche Stellen, wie zB Meldebehörden, Gesundheitsämter, Jugendämter, die Polizei, Schulbehörden oder Gerichte von der Existenz des Kindes erfahren.

Die „rechtliche Geburt des Kindes“ ist somit eine zivilisatorische Errungenschaft und schützt Kinder vor Ausbeutung, Missbrauch und Kinderhandel, wie ein Blick auf die Länder zeigt, in denen entweder eine Registrierung nicht erforderlich ist oder nur mangelhaft umgesetzt wird. Die Pflicht zur alsbaldigen Erfassung der Existenz eines Kindes durch Eintragung in das Personenstandsregister steht daher weder zur Disposition der Eltern noch einer anderen Stelle.

II.2 Anwendbarkeit des § 24 PStG

Bei Kindern, die in einer Babyklappe abgelegt wurden, kommt es für die Beantwortung der Frage, ob nach § 24 PStG eine Anzeigepflicht gegenüber der Gemeindebehörde besteht, darauf an, ob es sich bei den abgelegten Kindern um „Findelkinder“ im Sinne der Vorschrift handelt.

II.2.1 Geänderte Rechtslage seit 01.01.2009

Die rechtlichen Vorgaben zur Anzeige von aufgefundenen Kindern sind mit der Änderung des PStG neu gefasst worden. Die zum 01.01.2009 in Kraft getretenen Regelungen haben die bisherige Rechtslage zur Anzeigepflicht beim Auffinden von Kindern jedoch nicht substantiell geändert. Dies ergibt eine Gegenüberstellung der einschlägigen Bestimmungen in der jeweiligen alten und neuen Fassung unter Hervorhebung der Änderungen:

Bis 31.12.2008 galt (Hervorhebungen der Verfasser/innen):

§ 25 PStG

(1) Wer ein neugeborenes Kind findet, muss es spätestens am folgenden Tage der Ortspolizeibehörde anzeigen. Diese stellt die erforderlichen Ermittlungen an und benachrichtigt von dem Ergebnis alsbald die zuständige Verwaltungsbehörde.

(2) Die zuständige Verwaltungsbehörde setzt nach Anhörung des Gesundheitsamts den vermutlichen Ort und Tag der Geburt fest und bestimmt die Vornamen und den Familiennamen des Kindes. Auf ihre schriftliche Anordnung trägt der Standesbeamte dies in das Geburtenbuch ein.

Seit 01.01.2009 gilt (Hervorhebungen der Verfasser/innen):

§ 24 PStG

Findelkind

(1) Wer ein neugeborenes Kind findet, muss dies spätestens am folgenden Tag der Gemeindebehörde anzeigen. Diese stellt die erforderlichen Ermittlungen an und benachrichtigt von dem Ergebnis alsbald die zuständige Verwaltungsbehörde.

(2) Die zuständige Verwaltungsbehörde setzt nach Anhörung des Gesundheitsamts den vermutlichen Ort und Tag der Geburt fest und bestimmt die Vornamen und den Familiennamen des Kindes. Auf ihre schriftliche Anordnung wird die Geburt in dem Geburtenregister des für den festgesetzten Geburtsort zuständigen Standesamts beurkundet. Liegt der Geburtsort im Ausland, so ist das Standesamt, in dessen Bezirk das Kind aufgefunden worden ist, für die Beurkundung zuständig.

Bis 31.12.2008 galt (Hervorhebungen der Verfasser/innen):

§ 26 PStG

Wird im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine Person angetroffen, deren Personenstand nicht festgestellt werden kann, so bestimmt die zuständige Verwaltungsbehörde, welcher Geburtsort und Geburtstag für sie einzutragen ist; sie bestimmt ferner die Vornamen und den Familiennamen. Auf ihre schriftliche Anordnung trägt der Standesbeamte dies in das Geburtenbuch ein.

Seit 01.01.2009 gilt (Hervorhebungen der Verfasser/innen):

§ 25 PStG

Person mit ungewissem Personenstand

Wird im Inland eine Person angetroffen, deren Personenstand nicht festgestellt werden kann, so bestimmt die zuständige Verwaltungsbehörde, welcher Geburtsort und Geburtstag für sie einzutragen ist; sie bestimmt ferner die Vornamen und den Familiennamen. Auf ihre schriftliche Anordnung wird die Geburt in dem Geburtenregister des für den bestimmten Geburtsort zuständigen Standesamts beurkundet. Liegt der Geburtsort im Ausland, so ist das Standesamt, in dessen Bezirk die Person angetroffen worden ist, für die Beurkundung zuständig.

In der Einzelbegründung des Regierungsentwurfs²² wird zu der Neuregelung ausgeführt:

„Zu § 24 (Findelkind)

Eine ‚Findelkind-Regelung‘ enthielt bereits das PStG 1875. Auch das geltende Recht enthält eine entsprechende Regelung, vermeidet aber den Begriff ‚Findelkind‘. Dass dieser Begriff nun in der amtlichen Überschrift verwendet wird, ist darauf zurückzuführen, dass er allgemein in der nationalen und internationalen Rechtssprache eingeführt ist (vgl. z. B. Artikel 6 Abs. 1 des Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit vom 6. November 1997, BGBl. 2004 II S. 578). Der Entwurf verzichtet weiter auf eine Definition des Begriffs ‚Findelkind‘ – insbesondere hinsichtlich des Alters eines solchen Kindes –, um der Besonderheit des Einzelfalls entsprechen zu können. Dass es sich nach dem Wortlaut der Vorschrift um ein ‚neugeborenes‘ Kind handeln muss, schafft die nötige Abgrenzung zu einer ‚Person mit ungewissem Personenstand‘ (vgl. Begründung zu § 25).

Der Entwurf hält an dem bisherigen Verfahren der Festsetzung der Geburtsdaten und der Beurkundung fest. Für die Beurkundung von im Ausland geborenen Findelkindern, die meist mit der Absicht der Adoption in das Inland gelangen, ist die Zuständigkeit des Standesamts begründet, in dessen Bezirk sich das Kind befindet.

²² BT-Drucks. 16/1831, 47.

Wegen der meist anzunehmenden strafbaren Handlung der Kindesaussetzung (§ 221 StGB) ist die Anzeige – wie nach geltendem Recht – nicht gegenüber dem Standesamt, sondern gegenüber der ‚Gemeindebehörde‘ (regelmäßig: Ordnungsbehörde) zu erstatten; die kurze Anzeigefrist trägt der besonderen Situation mit etwa erforderlichen Hilfsmaßnahmen für das Kind und notwendigen sofortigen Ermittlungen und Sicherung von Beweismitteln Rechnung.

Zu § 25 (Person mit ungewissem Personenstand)

Aus dem geltenden Recht übernommen ist auch die Regelung der Beurkundung der Geburt einer Person, die keine ausreichenden Angaben über ihren Namen und ihr Geburtsdatum belegen kann (z. B. infolge von Kriegseignissen). Im Gegensatz zum ‚Findelkind‘ (vgl. Begründung zu § 24) handelt es sich allgemein nicht um eine Person, die wegen ihres geringen Alters hilflos ist.

Die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, dass nach Feststellung der zuständigen Verwaltungsbehörde der Personenstand des Betroffenen nicht ermittelt werden kann, insbesondere, dass der Betroffene alles in seinen Kräften stehende getan hat, um zu einer Klärung beizutragen.“

II.2.2 In einer Babyklappe abgegebenes Kind als „Findelkind“

Nach dem Wortlaut des § 24 PStG nF und der hierauf bezogenen Gesetzesbegründung kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auf ein in einer Babyklappe abgegebenes „neugeborenes Kind“ die Vorschrift des § 24 PStG nF anwendbar und es demnach als „Findelkind“ im Sinne dieser Regelung zu behandeln ist.

Die in diesem Zusammenhang von SterniPark eV über seinen bevollmächtigten Rechtsanwalt noch Ende August 2009 vertretene Rechtsauffassung stellt sich wie folgt dar:

„Ein Kind, in die Babyklappe gelegt, wird nicht irgendwo gefunden. Es ist mit bestimmter Absicht in die Babyklappe gelegt worden, eben in der Absicht, eine Betreuung für das Kind zu erreichen, das Leben zu sichern und den Kontakt mit der Mutter innerhalb der bekannten Frist von acht Wochen möglich zu machen.“

Dieser Hinweis liegt neben der Sache. Der Begriff des Findelkindes hat im hier interessierenden Zusammenhang ausschließlich personenstandsrechtliche Bedeutung. Es geht allein darum, dass die vorher nicht registrierte Existenz eines Kindes unbekannter Abstammung bekannt wird. Da sich das hilfsbedürftige Neugeborene aus naheliegenden Gründen passiv verhält, erscheint der Begriff des „Findens“ angemessen, während bei anderen Personen nicht geringen Alters die Bezeichnung „antreffen“ passender ist.

II.2.3 Folgen der bisherigen Billigung einer rechtswidrigen Praxis

Die rechtliche Behandlung von Kindern, die in einer Babyklappe abgelegt werden, als „Findelkinder“ wäre nach dem bisherigen Recht gemäß §§ 25, 26 PStG in der bis 31.12.2008 geltenden Fassung grundsätzlich ebenso zu handhaben gewesen. Die in der Anfrage zitierte Übereinkunft dreier Senatsbehörden, neugeborene Kinder als „Personen mit ungewissem Personenstand“ gemäß § 26 PStG zu behandeln, hat sich schon damals über den Wortlaut und den Sinn der beiden Vorschriften in ihrer Abgrenzung zueinander hinweggesetzt. Das war den beteiligten Behörden auch bekannt, wurde aber gleichwohl offensichtlich mit dem Ziel, den Interessen der Betreiber von Babyklappen bzw vergleichbaren Einrichtungen und den betroffenen unbekanntem Müttern bzw Eltern entgegenzukommen, billigend in Kauf genommen.

Bei der rechtlichen Einschätzung einer Fortsetzung dieser Praxis nach dem derzeit geltenden Recht gilt nichts anderes. Auch der Gesetzgeber hat in der amtlichen Begründung noch einmal ausdrücklich den Unterschied zwischen den nunmehr einschlägigen Bestimmungen in §§ 24 und 25 PStG hervorgehoben.

Es trifft zwar zu, was in der Fragestellung bereits angesprochen wurde: In mehreren anderen Bundesländern wurde bisher offenbar ähnlich verfahren, wie die Bundesregierung in ihrer Antwort vom 15.11.2007 auf die Große Anfrage der Abgeordneten *Ina Lenke, Gisela Piltz, Sibylle Laurischk*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – BT-Drucks. 16/5489 – „Auswertungen der Erfahrungen mit anonymer Geburt und Babyklappe“²³ berichtet hat (vgl Anhang).

Dass auch in anderen Ländern insoweit klare Vorgaben des PStG – zum Teil mit ausdrücklicher Billigung von obersten Landesbehörden – bisher nicht beachtet wurden, gibt einem solchen Rechtsverstoß aber keine Legitimation. Dies gilt vor allem nach

²³ BT-Drucks. 16/7220, 20 f.

einer Neuregelung der Materie durch den Bundesgesetzgeber, der hierbei noch einmal ausdrücklich den Regelungsgehalt der einschlägigen Vorschriften und ihre Abgrenzung zueinander hervorgehoben hat.

Aus der bisherigen Verfahrensweise lässt sich auch keine irgendwie geartete Selbstbindung der Hamburger Senatsverwaltung ableiten. Eine Rechtspraxis, die sich eine Zeitlang über das Gesetz hinweggesetzt hat, erfährt keine Legitimation oder begründet gar einen Anspruch auf Beibehaltung, etwa solange sich das Gesetz inhaltlich nicht substantiell ändert. Die Annahme eines etwaigen „Vertrauensschutzes“ in die Fortsetzung einer rechtswidrigen Praxis wäre abwegig.

II.2.4 Pflicht zur Anzeige des Auffindens eines Kindes

Der Betreiber einer Babyklappe oder einer ähnlichen Einrichtung ist somit verpflichtet, das Auffinden des Kindes spätestens am nächsten Tag der Gemeindebehörde anzuzeigen. Alle weiteren Mitteilungen werden dann von dort aus vorgenommen.

Eine etwaige „Bedenkfrist“ für die Mutter findet im Gesetz keine rechtliche Grundlage.

Wer die Anzeige nach § 24 Abs. 1 S. 1 PStG nicht vornimmt, handelt ordnungswidrig und kann gemäß § 70 Abs. 2 PStG iVm § 17 OWiG mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 1.000 EUR belegt werden.

II.3 Ausschluss der Anwendung des § 24 PStG durch einen zwischen der Mutter und dem Betreiber einer Babyklappe geschlossenen Betreuungsvertrag

Der Abschluss eines Vertrags zwischen dem Betreiber einer Babyklappe bzw einer vergleichbaren Einrichtung und der Mutter bzw einer anderen Person, die das Kind ablegt, könnte eine Klausel enthalten, nach der § 24 PStG mit seiner Meldepflicht keine Anwendung findet. Es erscheint schon sehr fraglich, ob eine solche Vertragskonstruktion überhaupt allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben standhielte. Jedenfalls ist sie wegen Verstoßes gegen das Gesetz nichtig (§ 134 BGB).

II.3.1 Formale Wirksamkeit

Gegen die Annahme eines Vertrags kann allerdings nicht eingewandt werden, dass die Bejahung eines Vertragsschlusses stets die Kenntnis der Identität des Vertrags-

partners voraussetze. Das ist zB beim Kauf aus einem Warenautomaten oder beim Beförderungsvertrag in öffentlichen Verkehrsmitteln für den jeweiligen Leistungsanbieter nicht der Fall, ohne dass dies den Charakter des Rechtsgeschäfts (Kauf- oder Beförderungsvertrag) beeinträchtigen könnte.

Ferner kann nicht geltend gemacht werden, dass es hier offensichtlich an einer Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung fehle. Denn dies ist nicht zwingende Voraussetzung eines Vertrags. Auch ein Auftrag im Sinne von §§ 662 ff BGB kann grundsätzlich unentgeltlich vereinbart werden.

Bedeutsam dürfte aber sein, dass es am Willen der Mutter bzw der anderen Person, die das Kind ablegt, fehlt, gegenüber dem Betreiber einer Babyklappe oder einer ähnlichen Einrichtung rechtliche Verpflichtungen einzugehen oder ihrerseits Ansprüche zu begründen, was das typische Merkmal einer – auch stillschweigenden – rechtsgeschäftlichen Willenserklärung anlässlich der Abgabe des Kindes in die Babyklappe wäre. Es ist offensichtlich das primäre Interesse der Mutter bzw der Eltern, die tatsächliche und rechtliche Verantwortung für das Kind, und zwar absehbar nicht nur vorübergehend, an Dritte zu delegieren, ohne hierfür ggf auf Aufwendungsersatz zu haften oder vertragliche Ansprüche (zB auf Auskunft über das Schicksal des Kindes) geltend machen zu wollen.

Hieran ändert auch die angeführte Begrenzung der angeblichen Vertragsbindung auf acht Wochen nichts, die offensichtlich an § 1747 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 44 Abs. 1 Nr 4 SGB VIII angelehnt ist. Nach § 1747 Abs. 2 Satz 1 BGB kann die Einwilligung in die Adoption erst erteilt werden, wenn das Kind dieses Alter erreicht hat. Nach § 44 Abs. 1 Nr 4 SGB VIII ist für die Inpflegenahme eines Kindes für die Dauer von bis zu acht Wochen keine Pflegeerlaubnis erforderlich.

Sollte es sich die Mutter anders überlegen und sie sich innerhalb der Frist zu dem Kind bekennen wollen, würden etwaige Ansprüche auf Herausgabe oder zumindest Auskunft aus dem Gesetz folgen (im Fall eines fortbestehenden Aufenthaltsbestimmungsrechts nach § 1626a Abs. 2 BGB oder, falls sie sich erst nach längerer Zeit den Behörden offenbaren sollte, ggf nach entsprechenden gerichtlichen Entscheidungen hierüber zu ihren Gunsten). Wäre die Mutter hingegen nicht mehr (alleinige) Inhaberin der elterlichen Sorge, etwa weil für das Kind bereits – wenn auch nur vorläufig – ein Vormund bestellt worden wäre, würde es ihr auch nichts nützen, wenn sie sich gegenüber dem Betreiber der Babyklappe, in die sie ihr Kind gelegt hatte, auf einen

vermeintlichen Herausgabeanspruch aus dem „Betreuungsvertrag“ berufen würde. Bereits dies zeigt die Fragwürdigkeit einer derartigen Rechtskonstruktion.

II.3.2 Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 StGB)

Eine solche Vereinbarung wäre – selbst wenn man ihre formale Wirksamkeit überhaupt bejahen könnte – in jedem Fall gemäß § 134 BGB nichtig, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Denn anders als in Fällen, in denen jemand vorübergehend während einer Abwesenheit von Tagen oder auch Wochen sein Kind einem anderen zur Beaufsichtigung und Pflege anvertraut, liegt es hier so: Der Mutter bzw den Eltern wird die Möglichkeit eröffnet, sich ihren Verpflichtungen gegenüber dem Kind anonym und diskret dauerhaft zu entledigen, dh, die elterliche Sorge praktisch aufzugeben. Diese umfasst aber nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht und ist der Disposition der Eltern oder eines Elternteils entzogen.²⁴

Zwar ist es grundsätzlich möglich, dass zur Personensorge berechnigte Eltern einander oder Dritte mit der Ausübung von Befugnissen aus der elterlichen Sorge ermächtigen bzw beauftragen und entsprechende Vollmachten erteilen.²⁵ Hingegen ist eine Übertragung der elterlichen Sorge selbst nicht möglich, da die elterliche Sorge ein höchstpersönliches, nicht verzichtbares und nicht übertragbares Recht ist.²⁶ Eine Vollmacht darf deshalb nur für einzelne sorgerechtliche Angelegenheiten oder Aufgabenkreise erteilt werden. Eine Übertragung aller sorgerechtlichen Befugnisse kommt faktisch einem Sorgerechtsverzicht unter Umgehung des § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB gleich und ist gemäß § 134 BGB nichtig.²⁷

²⁴ Vgl. *Huber*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2008, § 1626 BGB Rn 13 mwN.; vgl. auch BGH FamRZ 1984, 778 sowie FamRZ 2005, 1471 („Umgang als Pflichtrecht unterliegt nicht vertraglicher Disposition der Eltern“) mit Anm. *Hammer*.

²⁵ *Hoffmann* (Fn 2), § 3 Rn 3; *Diederichsen* (Fn 4), § 1629 Rn 9; *Veit* (Fn 6), § 1626 Rn 9 und § 1629 Rn 11; *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2002, § 1626 Rn 28.

²⁶ KG Berlin FamRZ 1955, 295; BayObLG FamRZ 1976, 232; *Michalski* (Fn 5), § 1626 Rn 2; *Veit* (Fn 6), § 1626 Rn 4; *Hoffmann* (Fn 2), § 3 Rn 7; *Diederichsen* (Fn 4), § 1629 Rn 2; *Peschel-Gutzeit* (Fn 25), § 1626 Rn 24 f.

²⁷ DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2003, 299; *Mielitz* (Fn 16), 69; ähnlich auch *Windel* FamRZ 1997, 713, 717 f; DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 570, 571.

II.3.3 Kein Ausschluss der Pflichten aus dem Personenstandsgesetz durch zivilrechtlichen Vertrag

Selbst wenn man entgegen den vorgenannten Erwägungen die Wirksamkeit einer zivilrechtlichen Gestaltung in Form des Abschlusses eines Betreuungsvertrags und einer Vollmachtserteilung bejahen würde, lassen sich damit nicht die öffentlich-rechtlichen Anzeigepflichten aus dem Personenstandsgesetz umgehen.

Da im Fall des Auffindens eines Findelkindes regelmäßig nicht davon ausgegangen werden kann, dass dieses Kind bereits personenstandsrechtlich erfasst wurde, normiert § 24 PStG eine Anzeigepflicht des Auffindenden. Diese Pflicht, die letztlich dem Schutz des aufgefundenen Kindes dient, kann nicht durch zivilrechtlichen Vertrag ausgeschlossen werden. Sie steht weder zur Disposition der Mutter bzw der Eltern noch der Stelle, die das Kind auffindet. Eine Vereinbarung, nach der die Anzeigepflicht abbedungen würde, wäre gemäß § 134 BGB nichtig.

Dies lässt sich auch anhand eines Parallelbeispiels verdeutlichen: Würde ein kinderloses und seit langem nach einer Adoptionsmöglichkeit suchendes Ehepaar einer verzweifelten Mutter, die anonym bleiben will (womöglich einer Ausländerin „auf der Durchreise“), auf deren Bitte ihr neugeborenes Kind dauerhaft in fürsorglicher Absicht abnehmen, könnte hieraus schließlich auch nicht der Anspruch abgeleitet werden, das Kind anders zu behandeln denn als Findelkind im Sinne von § 24 PStG. Auch hier bedürfte es zum Schutz des Kindes seiner personenstandsrechtlichen Erfassung und damit „rechtlichen Geburt“.

Hieraus sollte deutlich werden: Der Begriff des „Findens“ im Sinne von § 24 Abs. 1 PStG ist spezifisch personenstandsrechtlich auszulegen und bleibt unberührt davon, ob und ggf welche konkreten Absprachen der Übernahme des Kindes vorausgingen. Der Betreiber einer Babyklappe oder im letztgenannten Beispiel das Ehepaar „finden“ das Kind in diesem gesetzlichen Sinne auch dann, wenn es ihnen von der Mutter zielgerichtet übergeben wurde, unabhängig davon, was zwischen den Beteiligten im Übrigen konkret besprochen wurde oder zuvor vom Verein nach Art von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ bekanntgegeben worden war.

Personenstandsrechtlich ist hierzu auch keine Alternative zu erkennen: Es kann nicht ernstlich befürwortet werden, dass der bzw die Finder oder von ihnen ermächtigte Dritte (etwa spätere Adoptivbewerber) das Kind als eigenes leibliches Kind anmelden. Auch wäre es fernliegend, die Registrierung eines als Neugeborenes aufgefundenen

denen Kindes so lange hinauszuzögern, bis es als Person mit ungewissem Personenstand im Sinne von § 25 PStG gelten kann.

Zum einen hat der Gesetzgeber nach der oben zitierten amtlichen Begründung zu § 24 PStG bewusst auf eindeutige Festlegungen zum Alter des neugeborenen Kindes verzichtet. Deshalb ist ein unter entsprechenden Umständen aufgefundenenes Kind auch noch nach acht Wochen als „neugeboren“ gemäß § 24 PStG anzusehen, selbst wenn sein Auffinden hier regelmäßig erst nach Ablauf dieser Frist bei der zuständigen Behörde angezeigt würde. Zum anderen ist der Personenkreis der „Personen mit ungewissem Personenstand“, wie sich aus der oben wiedergegebenen Gesetzesbegründung ergibt, nicht deckungsgleich mit demjenigen der „Findelkinder“. Vor allem sind Erstere nicht allein wegen ihres geringen Alters hilflos.

Auch dies zeigt, wie wenig rechtlich tragfähig die Konstruktion eines Betreuungsvertrags ist. Sie ist jedenfalls untauglich, das Ziel zu erreichen, eine sofortige Meldepflicht im Sinne von § 24 PStG zu umgehen.

II.4 Bestimmung des Bezirksamts oder einer Dienststelle einer Fachbehörde zur zuständigen Gemeindebehörde im Sinne des § 24 PStG durch landesrechtliche Regelung

Die weitere Fragestellung zielt darauf, ob die Neuregelung durch § 24 PStG nF nunmehr ermögliche, landesintern eine für die Entgegennahme von Anzeigen zuständige Gemeindebehörde zu bestimmen, welche – wie bspw das Jugendamt – anders als die bisher ausdrücklich genannte „Ortspolizeibehörde“ nicht gehalten ist, Ermittlungen zu führen mit dem Ziel einer möglichen Ahndung von Ordnungswidrigkeiten oder gar, im Sinne des Legalitätsprinzips, von Straftaten, die im Zusammenhang mit der Aussetzung des Kindes in der Babyklappe begangen wurden.

Grundsätzlich dürfte dies im Rahmen der landesrechtlichen Organisationshoheit bei der Ausführung von Bundesgesetzen (vgl Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG) zulässig sein. Zumindest könnte der Landesgesetzgeber abweichende landesrechtliche Regelungen treffen (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG).

Im vorliegenden Fall erscheint allerdings der Hinweis angezeigt, dass der Bundesgesetzgeber ungeachtet der begrifflichen Änderung von „Ortspolizeibehörde“ in „Gemeindebehörde“ zugrunde legte, auch in Zukunft werde diese Anzeige regelmäßig

gegenüber einer kommunalen *Ordnungsbehörde* erstattet, welche die auch zu einer etwaigen Ahndung von Straftaten erforderlichen Ermittlungen zu führen habe.²⁸

Die Übertragung der Entgegennahme von Anzeigen auf andere Behörden wie zB das Jugendamt verstieße somit zwar nicht gegen den Wortlaut der Vorschrift und die anzunehmende, aus dem Grundgesetz abzuleitende Verwaltungs- bzw Regelungskompetenz der Freien und Hansestadt Hamburg für die landesinternen Verwaltungszuständigkeiten. Sie wäre aber jedenfalls nicht vereinbar mit der ausdrücklich ausgesprochenen Intention des Bundesgesetzgebers, also „dem Geist“ des Personenstandsrechts. Zwingende Rechtsgründe stehen der verwaltungsinternen Zuweisung der Aufgaben nach § 24 PStG an die Organisationseinheiten der Jugendämter bzw des Landesjugendamts jedoch nicht entgegen.

Selbst wenn man die Ansicht vertreten wollte, eine etwa geplante abweichende untergesetzliche Hamburger Behördenbestimmung wäre mit Bundesrecht nicht vereinbar, erschiene ausgeschlossen, dass die Bundesregierung als Aufsichtsbehörde nach Art. 84 Abs. 3 GG tätig würde. Angesichts dieser sensiblen Thematik, die auf Bundesebene bisher nicht zufriedenstellend gelöst werden konnte und im Hinblick auf den neutralen Wortlaut der Bestimmung, deren gewollter Sinn sich nur aus der amtlichen Begründung erschließt, erscheint nicht denkbar, dass die Bundesregierung dem Gedanken verfallen könnte, mit der massiven juristischen Keule der Bundesaufsicht zu intervenieren.

Würde die Zuweisung durch formelles Landesrecht erfolgen, stünde dem Landesgesetzgeber dieser Weg grundgesetzlich offen (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG). Die Behördenzuweisung wäre von vornherein der Bundesaufsicht über die Ausführung der Landesgesetze entzogen.

III. Datenschutzrechtliche Fragen

Die Freie und Hansestadt Hamburg sieht den Bedarf, dass gegenüber der Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz, dem Jugendamt und dem Familiengericht regelhafte Mitteilungen seitens des Betreibers einer Babyklappe erfolgen, wenn ein Kind in einer der Babyklappen abgelegt wurde. Sie fragt daher an, ob gegen die Mitteilung in rechtlich zulässiger Weise eingewandt werden könne, dem stünden datenschutzrechtliche Schranken entgegen.

²⁸ Vgl die oben zitierte Gesetzesbegründung zu § 24 PStG nF in BT-Drucks. 16/1831, 47.

III.1 Nichtanwendbarkeit des Rechts über den Sozialdatenschutz

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Sozialdatenschutz mit seinen allgemeinen Regelungen der §§ 67 ff SGB X sowie seinen jeweiligen bereichsspezifischen Normierungen (für die Kinder- und Jugendhilfe: §§ 61 ff SGB VIII), ist gemäß § 67 Abs. 1 SGB X auf die Daten bezogen, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.

Adressaten des Sozialdatenschutzes sind nach ausdrücklichem Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 1 SGB I die (Sozial-)Leistungsträger. Bestimmte weitere von § 35 Abs. 1 Satz 4 SGB I genannte Stellen fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich des Sozialdatenschutzes.

Der private Betreiber einer Babyklappe oder vergleichbaren Einrichtung ist jedoch weder Sozialleistungsträger noch zählt er zu den genannten sonstigen Stellen des § 35 Abs. 1 SGB I. Er kann sich daher von vornherein nicht auf die sozialdatenschutzrechtlichen Übermittlungsbeschränkungen des SGB VIII oder SGB X berufen, wenn er Informationen nicht weitergibt.

III.2 Datenschutzrechtliche Schranken aufgrund vertraglicher Vereinbarung?

III.2.1 Keine Sicherstellungsverpflichtung des Jugendamts nach § 61 Abs. 3 SGB VIII

Werden Einrichtungen und Dienste der Träger der freien Jugendhilfe in Anspruch genommen, trifft das Jugendamt die Verpflichtung sicherzustellen, dass der Sozialdatenschutz auch in diesem Kontext Anwendung findet (§ 61 Abs. 3 SGB VIII). Inhaltlich bedeutet dies die Inpflichtnahme der Träger der freien Jugendhilfe, indem diese in Vereinbarungen mit ihren Klient/inn/en eine den sozialdatenschutzrechtlichen Vorgaben entsprechende Vertraulichkeit vereinbaren.

Vorliegend greift diese Sicherstellungsverpflichtung hingegen nicht:

- Beim Angebot einer *Babyklappe* handelt der Betreiber nicht als Träger der freien Jugendhilfe, da es sich diesbezüglich nicht um die Wahrnehmung einer Jugendhilfeaufgabe im Sinne des § 2 SGB VIII handelt. Das Angebot, ein Kind in einer Babyklappe oder vergleichbaren Einrichtung abzulegen, ist vom Gesetzgeber im SGB VIII weder als Aufgabe noch als Leistung der Träger der öffentlichen Jugendhilfe vorgesehen.

- Die *begleitenden Hilfeangebote* (Beratung über eine Notrufnummer, Betreuung und Pflege für den abgegebenen Säugling in einer Pflegefamilie, Betreuung und Begleitung der Schwangeren bzw der Mutter nach der Geburt) können zwar als Leistungen nach dem SGB VIII eingeordnet werden. Im Vorliegenden handelt SterniPark eV hingegen, soweit ersichtlich, auf ausschließlich private Initiative und ausdrücklich ohne Förderungs- oder Leistungsvereinbarungen mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe.²⁹

Von der für § 61 Abs. 3 SGB VIII notwendigen Inanspruchnahme durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe³⁰ kann daher vorliegend keine Rede sein. Weder im Hinblick auf die Betreuung der Babyklappe noch hinsichtlich der begleitenden Hilfeangebote besteht die Verpflichtung, vertraglich mit den Klient/inn/en dem Sozialdatenschutz entsprechende Übermittlungsbeschränkungen zu vereinbaren.

III.2.2 Freiwillige Vereinbarungen nur im Rahmen der geltenden Gesetze

In vertraglichen Beziehungen können die Vertragsparteien grundsätzlich auch Fragen der Verschwiegenheit miteinander frei vereinbaren und ausdrücklich zum Vertragsinhalt machen. Vorstellbar erscheint daher grundsätzlich auch, dass sich SterniPark eV die Einhaltung der im SGB VIII und SGB X vorgegebenen sozialdatenschutzrechtlichen Schranken im Wege freiwilliger Vereinbarungen mit den Klient/inn/en selbst auferlegt.

Vertragliche Vereinbarungen können jedoch rechtswirksam nur im Rahmen der geltenden Gesetze geschlossen werden bzw sind umgekehrt als nichtig anzusehen, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134 BGB).³¹ Der Betreiber einer Babyklappe kann daher seinen Klient/inn/en die Einhaltung des Sozialdatenschutzes nur insoweit anbieten und zusichern, wie ihm dies gesetzlich möglich ist.

²⁹ Die Finanzierung erfolgt laut ausdrücklicher Betonung von SterniPark eV allein aufgrund von Spendengeldern, www.sternipark.de > SterniPark e.V. > Finanzierung.

³⁰ *Maas/Törnig*, in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Kinder- und Jugendhilferecht, Stand: 07/2006, § 61 Rn 49; *Rombach*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 12/2005, § 61 Rn 24; *Kunkel*, in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 61 Rn 273.

³¹ *Palm*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 134 Rn 1.

III.2.3 Informationen zum Auffinden des Kindes

Der vereinbarungsfähige Inhalt einer freiwilligen Verschwiegenheitsvereinbarung ist im Kontext von Babyklappen von vornherein durch die bestehende Anzeigepflicht nach § 24 PStG begrenzt. Für Informationen zum Auffinden des neugeborenen Kindes an die zuständige Gemeindebehörde kann der Betreiber einer Babyklappe daher den Klient/inn/en keine Verschwiegenheit zusagen. Die Anzeigepflicht des § 24 PStG steht, wie gesehen, nicht zu seiner Disposition (hierzu ausführlich II.). Er hat vielmehr im Lichte des Transparenzgebots gegenüber den Müttern bzw Eltern die Verpflichtung zur Datenweitergabe offenzulegen.

Bekräftigt wird die Unzulässigkeit einer Verschwiegenheitsvereinbarung zwischen den abgebenden Müttern bzw Personen und dem Betreiber der Babyklappe zudem unter Berücksichtigung gesetzlich festgelegter staatlicher Verantwortlichkeiten. Diese lösen für den Betreiber der Babyklappe zwar keine Anzeige- oder Meldepflichten gegenüber Familiengericht und Jugendamt aus. Solche obliegen dem Standesamt, das die Geburt beurkundet (§ 57 Abs. 1 Nr 4 und 5 PStG-Ausführungsv). Vereinbarungen, mit denen die Anzeigepflicht des § 24 PStG abbedungen werden soll, sind nach § 134 BGB nichtig. Mit der Anzeige wird neben der personenstandsrechtlichen Erfassung des Kindes die Wahrnehmung auch weiterer staatlicher Aufgaben und Verantwortlichkeiten zur Sicherung des Schutzes von Kindern sichergestellt.

Folgende zwei gesetzliche Handlungsaufträge zum Schutz von Kindern (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) dürfen durch Absprachen zur Verschwiegenheit gegenüber der Gemeindebehörde nicht unmöglich gemacht werden:

- die Pflicht des Familiengerichts nach § 1773 Abs. 2 BGB, für ein Kind, dessen Personenstand nicht festgestellt werden kann, einen Vormund zu bestellen (hierzu eingehend I.).
- die jugendamtliche Pflicht zur Sicherstellung des Schutzes eines Kindes, für das kein Sorgeberechtigter mehr zur gesetzlichen Vertretung und zur Ausübung insbesondere der elterlichen Sorge zur Verfügung steht. Die Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe löst die Pflicht des Jugendamts nach § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr 2 SGB VIII aus, das Kind in Obhut zu nehmen.³² Die Inobhutnahme ist eine hoheitli-

³² Mrozynski, SGB VIII, 4. Aufl. 2004, § 42 Rn 6; Bayerisches Landesjugendamt, Babyklappe und anonyme Geburt – Eine Standortbestimmung für die Jugendhilfe, BLJA Mitteilungsblatt 5/2002, Kap. 5.2; mit ausführlicher Besprechung des Urteils des BayVGH (JAMt 2003, 148 ff) sowie der Ausgangsentscheidung des VG Regensburg (26.06.2003, RO 8 K 01.01169); Mieliz JAMt 2003, 120, 124; AGJ-Arbeitspapier, Die „Babyklappe“ aus jugendhil-

che Aufgabe, die sich vorrangig durch hoheitliches Handeln mit Eingriffsbefugnissen auszeichnet. Der Erlass des Verwaltungsakts über die Entscheidung, ein Kind in Obhut zu nehmen, ist daher nicht übertragbar und trifft den Träger der öffentlichen Jugendhilfe.³³ Vorliegend sind, soweit ersichtlich, auch keine Aufgaben im Zusammenhang mit der Durchführung von Inobhutnahmen auf SterniPark eV als Betreiber der Babyklappen übertragen worden. Hierzu bedürfte es nach § 76 Abs. 1 SGB VIII einer ausdrücklichen Vereinbarung mit dem Jugendamt.³⁴

III.2.4 Informationen zur Identität der Mutter

Hinsichtlich Informationen zur Identität der Mutter bzw der Eltern ist der Betreiber einer Babyklappe grundsätzlich frei, mit der Mutter bzw den Eltern entsprechende Verschwiegenheitsverpflichtungen zu vereinbaren.

Die Freiheit zu vertraglichen Vereinbarungen mit der Zusicherung der Anonymität der abgebenden Person findet Beschränkungen lediglich für die Situation, dass die Mutter ihr Kind wieder herausverlangen möchte (ausführlich zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für ein Herausgabeverlangen der Mutter siehe unten V.1).

Der Betreiber einer Babyklappe ist daher gehalten, die Mutter zunächst darauf hinzuweisen, dass er das Auffinden des Kindes nach § 24 PStG der Gemeindebehörde melden muss und zur Sicherstellung seiner rechtlichen Vertretung das Kind einen Vormund erhalten wird, der in der Folge auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht innehat. Meldet sich die Mutter und verlangt ihr Kind zurück, bedarf es daher in jedem Fall einer Preisgabe der Identität der Mutter zwecks personenstandsrechtlicher Erfassung der Frau als Mutter des Kindes und an den Vormund sowie das Familiengericht:

ferechtlicher und jugendpolitischer Sicht, Kap. 5.4, zu finden unter: www.agj.de > Stellungnahmen&Positionen > 2000.

³³ Herrschende Meinung: *Münder* ua, FK-SGB VIII, 5. Aufl. 2006, § 76 Rn 5; *Krug/Grüner/Dalichau*, SGB VIII, Stand: 02/2004, § 76 IV; *Happe/Saurbier*, in: *Jans/Happe/Saurbier/Maas*, Kinder- und Jugendhilferecht, Stand: 05/2003, § 76 Rn 11; *Trenczek*, Inobhutnahme – Krisenintervention und Schutzgewährung durch die Jugendhilfe. §§ 8a, 42 SGB VIII, 2. Aufl. 2008, 267; Gutachten des DV vom 07.03.2006, zu finden unter: www.deutscher-ver-ein.de/04-gutachten/gutachten2006/Maerz/ (letzter Aufruf: 04.10.2009); DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 32 (jeweils mit zahlreichen Hinweisen auch zur Gegenauffassung).

³⁴ Zur Bekräftigung einer solchen Vereinbarung und den notwendigen Bestandteilen im speziellen Bereich der Babyklappe: *Bayerisches Landesjugendamt* (Fn 32), Kap. 5; *AGJ-Arbeitspapier* (Fn 32).

- Sofern nicht ausdrücklich das Ruhen der elterlichen Sorge angeordnet wurde, endet die Vormundschaft nach § 1773 Abs. 2 BGB zwar kraft Gesetzes mit Bekanntwerden des Familienstands des Kindes. Dies setzt jedoch gemäß § 26 PStG zunächst die Berichtigung des Geburtseintrags voraus, da erst mit dieser Berichtigung der Personenstand des Kindes endgültig feststeht.³⁵ Gemäß § 26 PStG wird der Eintrag auf schriftliche Anordnung der Behörde berichtigt, die ihn veranlasst hat. Dies ist gemäß § 24 Abs. 2 PStG die zuständige Verwaltungsbehörde. Dieser muss demnach die Identität der Mutter bekannt gegeben und die Mutterschaft nachgewiesen werden, bevor sie die Berichtigung anordnen kann. Kann die Mutter den Nachweis ihrer Mutterschaft nicht führen, ist zunächst ein gerichtliches Verfahren auf Feststellung der Mutterschaft nach § 1598a BGB zu betreiben. Erst mit der Berichtigung des Geburtseintrags ist die Mutter als solche personenstandsrechtlich festgestellt und kann ihren Herausgabeanspruch nach § 1632 Abs. 1 BGB geltend machen. Auch der Vormund und das Familiengericht müssen in diesem Fall über die Identität der Mutter unterrichtet werden, um beurteilen zu können, ob das Herausgabeverlangen der Mutter berechtigt ist, ob die Voraussetzungen für den Wegfall der Vormundschaft vorliegen.
- Wurde das Ruhen der elterlichen Sorge der Mutter angeordnet, lebt die elterliche Sorge erst nach einer erneuten familiengerichtlichen Entscheidung im Sinne des § 1674 Abs. 2 BGB wieder auf. Der Vormund ist aufenthaltsbestimmungsberechtigt. Ihm obliegt im Rahmen der Vertretung der Interessen des Kindes die Entscheidung, ob er dem Herausgabeverlangen entspricht oder nicht. Das Familiengericht hat zu prüfen, ob der Grund des Ruhens, dh das tatsächliche Hindernis für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge, entfallen ist (§ 166 Abs. 1 FamFG iVm § 1696 Abs. 2 BGB). Es bedarf daher sowohl gegenüber dem Vormund als auch dem Familiengericht einer Aufgabe der Anonymität der Mutter.

Im Ergebnis kann für die Situation, dass die Mutter später ihr Kind wieder zu sich nehmen will, Folgendes festgehalten werden: Während Informationen zu persönlichen Verhältnissen der Mutter (zB Vorgeschichte, Belastungen, Gesundheitszustand etc) zum Inhalt von Verschwiegenheitsvereinbarungen gemacht werden können, kann eine Zusage zur Wahrung ihrer Anonymität nicht gegeben werden. Standesamt, Vormund und Familiengericht müssen die Identität kennen, um die Mutter als solche im Geburtenbuch einzutragen bzw um Voraussetzungen für das Ende der Vormund-

³⁵ Vgl *Gaaz/Bornhofen*, Personenstandsgesetz, 2008, § 26 Rn 2.

schaft prüfen zu können. Bei einer Bestellung infolge der Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge nach § 1674 Abs. 1 BGB benötigt der Vormund die Kenntnis, um sein Aufenthaltsbestimmungsrecht ausüben zu können. Er unterliegt dabei seinerseits den Beschränkungen des Sozialdatenschutzes aus § 68 SGB VIII, die strikt an die Aufgabe der Interessenvertretung für das Kind gebunden sind (siehe unten V.4.2). Das Familiengericht muss Kenntnis von der Identität haben, wenn nach § 1674 Abs. 1 BGB das Ruhen der elterlichen Sorge angeordnet war und die Aufhebung geprüft werden soll.

IV. Strafbarkeit der Mitarbeiter/innen des Betreibers einer Babyklappe gemäß § 203 Abs. 1 StGB

IV.1 Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 StGB

IV.1.1 Von Strafbarkeit potenziell betroffener Personenkreis

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart, das ihm als Angehöriger einer bestimmten, in § 203 Abs. 1 StGB bezeichneten, Berufsgruppe anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist. Von den genannten Berufsgruppen kommt hier die Gruppe der staatlich anerkannten Sozialarbeiter oder Sozialpädagogen oder deren Gehilfen in Betracht (§ 203 Abs. 1 Nr 5, Abs. 2 StGB). Sofern der Betreiber einer Babyklappe oder einer vergleichbaren Einrichtung auch Ärzt/inn/e/n oder andere Angehörige eines Heilberufs mit staatlich geregelter Ausbildung unmittelbar in die Entgegennahme von Kindern in der Babyklappe einbezieht, könnten diese Personen den Tatbestand des § 203 Abs. 1 Nr 1 StGB erfüllen. Die Vorschrift des § 203 StGB kann nur für diejenigen Mitarbeiter/innen des Betreibers einer Babyklappe oder einer vergleichbaren Einrichtung zur Anwendung kommen, die selbst einer der genannten Berufsgruppen angehören oder dieser Berufsgruppe bei der Ausübung oder Vorbereitung ihrer beruflichen Tätigkeit behilflich sind.

Ob es sich bei den Mitarbeiter/inne/n von SterniPark eV, die unmittelbar mit der Arbeit in der Babyklappe betraut sind und beim Auffinden eines abgegebenen Kindes Kenntnis erlangen, um Ärzt/inn/e/n oder sonstige Angehörige von staatlich anerkannten Heilberufen oder um Sozialarbeiter/innen oder Sozialpädagog/inn/en und deren Gehilf/inn/en handelt, ist hier nicht bekannt. Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Strafbarkeit nach § 203 StGB von vornherein aus.

IV.1.2 Geschütztes Rechtsgut und Tatbestandsvoraussetzungen

Geschütztes Rechtsgut des § 203 StGB ist der aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) und aus dem verfassungsrechtlich gesicherten Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitete Anspruch des Bürgers auf seine Individualsphäre, insbesondere auf die grundsätzliche Geheimhaltung der Umstände seines persönlichen Lebensbereichs.³⁶ Tathandlung ist die Offenbarung eines in beruflicher Eigenschaft erlangten fremden Geheimnisses.

Fremde Geheimnisse sind Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und nach dem verständlichen Interesse des Geheimnisträgers nicht weiter bekannt werden sollen.³⁷ Der Begriff des fremden Geheimnisses umfasst hierbei die Elemente „Geheimsein“ (einer Tatsache), „Geheimhaltungswille“ und „objektives Geheimhaltungsinteresse“.³⁸

In welcher Weise dem zur Verschwiegenheit Verpflichteten das Geheimnis bekannt geworden ist, ist unerheblich. Auch ob das Geheimnis von dem Betroffenen selbst oder von einem Dritten mitgeteilt wird, spielt keine Rolle.³⁹ Für das Merkmal „sonst bekannt geworden“ genügt, wenn der unbefugte Informationsübermittler das Geheimnis in Ausübung einer Sondereigenschaft erfahren hat.⁴⁰ Das Bestehen einer auf Vertrauen beruhenden Sonderbeziehung zwischen Übermittelndem und Betroffenen ist nicht erforderlich.⁴¹

³⁶ OLG Hamburg NSTZ 1998, 358.

³⁷ Vgl OLG Köln NJW 2000, 3656; OLG Hamburg NSTZ 1998, 358.

³⁸ OLG Hamburg NSTZ 1998, 358.

³⁹ OLG Hamburg NJW 1962, 689, 691.

⁴⁰ Schmitz JA 1996, 772, 776; Fischer StGB, 56. Aufl. 2009, § 203 Rn 9; OLG Köln NJW 2000, 3656.

⁴¹ OLG Köln NJW 2000, 3656; Rogall NSTZ 1983, 413.

IV.2 Unbefugte und befugte Weitergabe

Strafbar ist gemäß § 203 Abs. 1 StGB jedoch nur das unbefugte Offenbaren fremder Geheimnisse. Unbefugt im Sinne der Vorschrift handelt nicht, wer aufgrund besonderer Gesetze zur Offenbarung berechtigt oder verpflichtet ist.⁴²

IV.2.1 Anzeige nach § 24 PStG

Die Betreuer einer Babyklappe sind gemäß § 24 Abs. 1 PStG zur Anzeige des Auffindens des Kindes gegenüber der Gemeindebehörde verpflichtet. Sie können sich wegen einer Personenstands Fälzung durch Unterlassen nach § 169 Abs. 1 Alt. 3 StGB strafbar machen, wenn sie das Auffinden des Kindes entgegen ihrer Pflicht aus § 24 PStG nicht anzeigen.⁴³ In jedem Fall handelt derjenige, der die Anzeige nach § 24 Abs. 1 Satz 1 PStG nicht vornimmt, ordnungswidrig und kann gemäß § 70 Abs. 2 PStG iVm § 17 OWiG mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 1.000 EUR belegt werden.

Die Anzeige der Abgabe des Kindes gegenüber der Gemeindebehörde ist damit nicht unbefugt, sondern gesetzlich geboten.

IV.2.2 Mitteilung an das Familiengericht

Eine gesetzliche Grundlage, die den Betreiber einer Babyklappe oder einer vergleichbaren Einrichtung unmittelbar zur Information des Familiengerichts berechtigt oder verpflichtet, existiert nicht. Die Mitteilung der Abgabe des Kindes gegenüber dem Familiengericht wäre jedoch dann nicht unbefugt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorläge. In Betracht käme hier das Vorliegen eines rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB.

Soweit in Rechtsprechung und Literatur teilweise eine Rechtfertigung aufgrund eines die Rechtsordnung angeblich allgemein beherrschenden Grundsatzes über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen angenommen wird,⁴⁴ ist dies abzulehnen, da es hierfür keinerlei gesetzliche Grundlage gibt.⁴⁵ Sofern – wie hier – ein

⁴² OLG Köln MDR 1993, 1007; LG Würzburg NJW-RR 1998, 1373; OVG NW NJW 2005, 618; Fischer (Fn 40), § 203 Rn 37.

⁴³ Vgl Neuheuser ZKJ 2006, 458, 460.

⁴⁴ OLG Köln NJW 2000, 3656; BGHSt 1, 366, 368; BGH NJW 1968, 2288, 2290; KG Berlin NJW 1994, 462; Rogall NSTZ 1983, 1, 6; OLG Karlsruhe NJW 1984, 676; LG Bonn JZ 2007, 203.

⁴⁵ Ebenso Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 203 Rn 30.

geschütztes Interesse preisgegeben werden soll, darf dies nur innerhalb enger, gesetzlich festgelegter Grenzen erfolgen.

Die Abwägung, ob ein Rechtsgut das Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisträgers überwiegt, hat deshalb anhand der von § 34 StGB gesetzten Maßstäbe zu erfolgen. Es darf nicht dem in § 203 Abs. 1 StGB benannten potenziellen Täter/innen/kreis obliegen, aufgrund allgemeiner Güterabwägung im Einzelfall entgegen der gesetzlichen Wertungen zum Datenschutz zu entscheiden, ob eine Datenweitergabe aufgrund widerstreitender Interessen zulässig ist.

Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB setzt voraus, dass die Datenweitergabe zum Schutz eines von der Rechtsordnung anerkannten, höherrangigen Rechtsguts erfolgt und die Gefahr für dieses Rechtsgut nicht anders abgewendet werden kann.⁴⁶ Die in § 34 Satz 1 StGB genannten Rechtsgüter Leben, Leib, Freiheit, Ehre und Eigentum sind hierbei nur Beispiele.⁴⁷ Bei der Interessenabwägung ist aufseiten des preiszugebenden Rechtsguts nicht nur das subjektive Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisträgers zu berücksichtigen, sondern auch die Bedeutung der Datenpreisgabe für das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der betreffenden Berufsgruppe.⁴⁸

Im Hinblick auf letztgenannten Aspekt wird man mit der Annahme einer Rechtfertigung der Datenweitergabe eher zurückhaltend umgehen müssen. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB dürfte deshalb vor allem dann in Betracht kommen, wenn die Anrufung des Familiengerichts zur Abwehr ernsthafter Gefahren für Leib und Leben des Kindes erforderlich ist.⁴⁹ Denkbar wäre dies bspw in einem Fall, in dem das Kind dringend medizinischer Hilfe bedarf und das Familiengericht mangels Vorhandenseins eines Vormunds selbst gemäß § 1846 BGB in eine etwa erforderliche Operation einzuwilligen hätte. In diesem Fall wäre eine Datenweitergabe an das Familiengericht zum Schutz des Lebens des Kindes erforderlich und damit gemäß § 34 StGB gerechtfertigt.

Soweit hier ersichtlich, wird das Kind, das in einer Babyklappe abgegeben wurde, durch den Betreiber der Einrichtung in einer Pflegefamilie oder einem Heim unterge-

⁴⁶ Fischer (Fn 40), § 34 Rn 3a und 5.

⁴⁷ Fischer (Fn 40), § 34 Rn 3a.

⁴⁸ Lenckner (Fn 45), § 203 Rn 30.

⁴⁹ Vgl Lenckner (Fn 45), § 203 Rn 31.

bracht. Es ist davon auszugehen, dass es dort gut versorgt ist, sodass grundsätzlich keine Gefahr für seine Gesundheit oder sein Leben besteht. In diesem Fall wäre die Informationsweitergabe an das Familiengericht gemäß § 34 StGB nicht über die Annahme einer Gefährdung gerechtfertigt. Sie ließe sich allenfalls darüber herleiten, dass das Auffinden von Findelkindern einer staatlichen Aufsicht bedarf, um der abstrakten Gefahr von Ausbeutung, Missbrauch und Kinderhandel vorzubeugen. Die Rechtfertigung einer ansonsten unbefugten Informationsweitergabe ist über § 34 StGB jedoch nur bei Annahme einer gegenwärtigen, konkreten Gefahr für ein bestimmtes Kind möglich. Von einer solchen dürfte hier, wie ausgeführt, regelmäßig nicht auszugehen sein.

Wie bereits ausführlich dargelegt, ist der Betreiber einer Babyklappe gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 PStG zur Anzeige des Auffindens des Kindes an die Gemeindebehörde verpflichtet, die wiederum die zuständige Verwaltungsbehörde zu informieren hat. Auf deren schriftliche Anordnung hin wird die Geburt in dem Geburtenregister des Standesamts beurkundet, das für den festgesetzten Geburtsort zuständig ist. Wenn es sich um ein Findelkind handelt, muss das Standesamt, das die Geburt beurkundet hat, dies gemäß § 57 Abs. 1 Nr 4 PStG-AusführungsV dem Familiengericht mitteilen. Auf diesem Weg wird das Familiengericht letztlich über das Auffinden des Kindes informiert. Eine Verpflichtung des Betreibers einer Babyklappe, das Familiengericht direkt zu informieren, besteht nicht (hierzu unter I.2).

IV.2.3 Mitteilung an das Jugendamt

Ebenso existiert keine gesetzliche Verpflichtung des Betreibers einer Babyklappe zur Mitteilung des Auffindens des Kindes an das Jugendamt. Vielmehr ist auch eine Datenweitergabe an das Jugendamt nur innerhalb der engen Grenzen des § 34 StGB gerechtfertigt.

IV.3 Mitzuteilende Daten

Zu den Daten, die nach § 24 PStG der Gemeindebehörde mitzuteilen sind, gehören das etwaige Alter und Geschlecht des Kindes, Zeit, Ort und nähere Umstände des Auffindens, Beschaffenheit und Kennzeichen der Kleider des Kindes und sonstiger bei ihm vorgefundener Gegenstände sowie körperliche Merkmale des Kindes.⁵⁰ Da-

⁵⁰ Gaaz/Bornhofen (Fn 35), § 24 Rn 7.

ten der Mutter bzw der Eltern können dagegen nur nach deren ausdrücklicher Einwilligung übermittelt werden, da für eine Übermittlung derartiger Daten keine gesetzliche Grundlage gegeben ist. Eine Ausnahme kann ggf in dem – wohl eher hypothetischen Fall – anzunehmen sein, dass die Weitergabe von Daten der Eltern erforderlich ist, um das Leben des Kindes zu retten, das zB durch Vorliegen einer Erbkrankheit bedroht ist (§ 34 StGB).

Überdies ist eine Weitergabe der Daten der Mutter dann erforderlich, wenn für das Kind bereits ein Vormund bestellt wurde und die Mutter nun die Rückgabe des Kindes verlangt. Dem Betreiber der Babyklappe ist auch dies allerdings nur mit Einwilligung der Mutter zulässig.

Der Betreiber darf das Kind jedoch nicht an die Mutter herausgeben, ohne dass die Mutterschaft personenstandsrechtlich feststeht, der Geburtseintrag des Kindes gemäß § 26 PStG berichtigt wurde (dazu oben unter III.2.4) und der Vormund sowie das Familiengericht vorher die Berechtigung des Herausgabeverlangens prüfen konnten bzw der Vormund sein Aufenthaltsbestimmungsrecht entsprechend ausgeübt hat. Ist das Ruhen der elterlichen Sorge angeordnet, machen sich die Mitarbeiter/innen des Betreibers einer Babyklappe mit der Herausgabe des Kindes ohne Zustimmung des Vormunds einer Kindesentziehung nach § 235 Abs. 1 Nr 2 StGB strafbar. Will die Mutter das Kind wieder zu sich nehmen, wird sie ihre Identität daher selbst offenlegen oder den Betreiber der Babyklappe entsprechend ermächtigen müssen.

Ist für das Kind eine Vormundschaft nach § 1773 Abs. 2 BGB wegen ungeklärten Familienstands angeordnet worden, endet die Vormundschaft mit dem Bekanntwerden des Familienstands, also der personenstandsrechtlichen Feststellung der Mutterschaft kraft Gesetzes, wenn sich damit zugleich herausstellt, dass das Kind mindestens einen sorgeberechtigten Elternteil hat.⁵¹ Vor der Feststellung der Mutterschaft hat der Vormund noch das Recht zur Aufenthaltsbestimmung und würde sich der Herausgebende nach § 235 Abs. 1 Nr 2 StGB strafbar machen.

Auch nach Eintragung der Mutter in das Geburtenbuch haben Vormund und Familiengericht die Beendigung der Vormundschaft festzustellen.⁵² Es genügt demnach nicht, wenn nur dem Betreiber der Babyklappe der Familienstand des Kindes bekannt wird. Vielmehr müssen Vormund und Familiengericht, das für die Vormund-

⁵¹ Engler (Fn 1), § 1882 Rn 16.

⁵² Engler (Fn 1), § 1882 Rn 24.

schaftsangelegenheit zuständig ist, prüfen können, ob die Voraussetzungen nach § 1773 Abs. 2 BGB weiter bestehen. Eine Herausgabe des Kindes an die Mutter, etwa durch die Betreiber der Babyklappe, ist deshalb erst dann zulässig, wenn die Daten der Mutter dem Vormund und Familiengericht übermittelt wurden und diese prüfen konnten, ob die Voraussetzungen der Beendigung der Vormundschaft im Sinne des § 1882 BGB eingetreten sind.

Der Vormund seinerseits darf die Information über die Identität der Mutter nur weitergeben, soweit dies zur Erfüllung seiner Aufgaben, also der gesetzlichen Vertretung des Kindes, erforderlich ist (§ 68 Abs. 1 SGB VIII). Die Datenübermittlung müsste folglich dem Interesse des Kindes dienen. Eine Weitergabe bspw. an die Strafverfolgungsbehörden ist damit in aller Regel ausgeschlossen (hierzu auch unten V.2.4).

V. Rechtliche Möglichkeiten der Mütter, die ihr Kind in einer Babyklappe abgelegt haben, das Kind zurückzubekommen; mögliche Strafbarkeit der Mütter

V.1 Zulässigkeit eines Herausgabeverlangens der Mutter

Falls sich die volljährige Mutter noch vor der Bestellung eines Vormunds melden sollte, hätte sie – auch wenn inzwischen schon ein Pflegeverhältnis begründet worden sein sollte – einen Herausgabeanspruch aus § 1632 Abs. 1 BGB, sofern bislang weder das Ruhen der elterlichen Sorge angeordnet noch der Mutter die elterliche Sorge entzogen wurde.⁵³

Auch nach Anordnung der Vormundschaft nach § 1773 Abs. 2 BGB bleibt das Sorgerecht der Mutter grundsätzlich bestehen, sofern nicht ausdrücklich das Ruhen oder der Entzug der elterlichen Sorge angeordnet wird. Die nach § 1773 Abs. 2 BGB angeordnete Vormundschaft endet kraft Gesetzes, wenn der Familienstand des Kindes ermittelt und personenstandsrechtlich festgestellt wird und sich im Zuge dessen herausstellt, dass das Kind unter elterlicher Sorge steht.⁵⁴ Somit hat die Mutter damit auch nach der Anordnung der Vormundschaft einen Herausgabeanspruch aus § 1632 Abs. 1 BGB, denn mit Preisgabe ihrer Identität und deren Eintragung in das Geburtenbuch endet die Vormundschaft. Allein eine familiengerichtliche Entscheidung, etwa ein Eingriff in die elterliche Sorge der Mutter nach §§ 1666, 1666a BGB oder die Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge nach § 1674 Abs. 1 BGB, kann

⁵³ DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2003, 296.

⁵⁴ Engler (Fn 1), § 1882 Rn 16; Saar (Fn 3), § 1882 Rn 1; Bettin (Fn 3), § 1882 Rn 3.

dazu führen, dass die Mutter keinen Anspruch auf Herausgabe ihres Kindes mehr hat bzw ihren Anspruch nicht durchsetzen kann, da das Recht zur Bestimmung des Aufenthalts einem Vormund zusteht.

Wurde das Ruhen der elterlichen Sorge der Mutter angeordnet oder die elterliche Sorge gemäß § 1666 BGB entzogen und anschließend nach § 1773 Abs. 1 BGB ein Vormund bestellt, kann die elterliche Sorge der Mutter erst dann wieder aufleben, wenn das Familiengericht gemäß § 1674 Abs. 2 BGB feststellt, dass der Grund für das Ruhen der elterlichen Sorge nicht mehr besteht, oder es den Entzug der elterlichen Sorge aufhebt (§ 166 Abs. 1 FamFG iVm § 1696 Abs. 2 BGB). Erst dann könnte die Mutter einen Herausgabeanspruch nach § 1632 Abs. 1 BGB geltend machen.

V.2 Mögliche Strafbarkeit der Mutter

V.2.1 Personenstands Fältschung (§§ 169, 13 StGB)

Die anonyme Abgabe eines Kindes kann als Personenstands fältschung durch Unterlassen nach §§ 169, 13 StGB strafbar sein.⁵⁵ Nach dieser Vorschrift wird derjenige mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, der ein Kind unterschleibt oder den Personenstand eines anderen gegenüber einer zur Führung von Personenstandsregistern oder zur Feststellung des Personenstands zuständigen Behörde falsch angibt oder unterdrückt. Unterdrücken ist hierbei das Herbeiführen eines Zustands, in dem die behördliche Feststellung verhindert oder wenigstens erschwert wird.⁵⁶

Die Mutter, die die Geburt ihres Kindes und damit auch dessen Personenstand nicht gegenüber dem zuständigen Standesamt anzeigt, verwirklicht die Tatbestandsalternative des Unterdrückens durch Unterlassen (§ 13 StGB). Die für eine Unterlassungsstrafbarkeit erforderliche Garantienstellung der Mutter ergibt sich hierbei aus ihrer Anzeigepflicht nach § 19 Nr 1 PStG.

⁵⁵ *Neuheuser* ZKJ 2006, 458, 459; *Riekenbrauk* ZfJ 2003, 136, 137; *Wolf* FPR 2003, 112; *Schwarz* StAZ 2003, 33, 35.

⁵⁶ RGSt 77, 51.

V.2.2 Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 Abs. 1 StGB)

Eine Strafbarkeit der Mutter des Kindes kommt zudem wegen Verletzung der Unterhaltspflicht in Betracht (§ 170 Abs. 1 StGB).⁵⁷ Danach macht sich strafbar, wer sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, wenn dadurch der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre. Die Verletzung von gesetzlichen Unterhaltspflichten ist jedoch nur bis zur Begründung eines Adoptionspflegeverhältnisses möglich, da danach die Adoptionsbewerber und späteren Adoptiveltern des Kindes zum Unterhalt verpflichtet sind (§ 1751 Abs. 4 BGB). Der Tatbestand ist außerdem dann nicht erfüllt, wenn die Mutter im Sinne des Unterhaltsrechts nicht leistungsfähig war.

V.2.3 Weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen

Sowohl die Personenstands Fälzung als auch die Unterhaltspflichtverletzung sind keine Antragsdelikte und verjähren innerhalb von drei Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr 5 StGB). Eine Strafbarkeit ist jedoch nur dann gegeben, wenn weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe vorliegen. In Betracht kommt hier insbesondere eine Rechtfertigung der Mutter nach § 34 StGB, wenn ein Bekanntwerden der Geburt des Kindes eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben der Mutter oder eines Dritten begründen würde. Außerdem könnte die Schuldfähigkeit der Mutter aufgrund ihrer besonderen geistigen Verfassung unmittelbar nach der Geburt ausgeschlossen oder vermindert sein (§§ 20, 21 StGB). In der Regel dürfte jedoch in jedem Fall nur von einer geringen Schuld der Mutter auszugehen sein, sodass mit einer Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153a StPO (ggf gegen Auflage) zu rechnen ist.

V.2.4 Entziehung Minderjähriger (§ 235 Abs. 1 Nr 1 StGB)

Im Einzelfall kann sich die Mutter auch wegen Entziehung Minderjähriger nach § 235 Abs. 1 Nr 1 StGB strafbar machen. Die Voraussetzungen dieses Straftatbestands können bspw dann erfüllt sein, wenn die Mutter ein Kind, für das sie zusammen mit dem Vater die gemeinsame elterliche Sorge innehat, ohne Zustimmung des rechtlichen Vaters weggibt.⁵⁸ Der Ehemann der Mutter ist gemäß § 1592 Nr 1 BGB kraft Gesetzes

⁵⁷ *Neuheuser* ZKJ 2006, 458, 459; *Katzenmeier* FamRZ 2005, 1134, 1135; *Riekenbrauk* ZfJ 2003, 136, 137; *Wolf* FPR 2003, 112; *Schwarz* StAZ 2003, 33, 35.

⁵⁸ BT-Drucks. 16/7220, 13.

Vater des Kindes und als solcher Mitsorgeberechtigter gemäß § 1626 BGB. Gleiches gilt für Väter, die (vorgeburtlich) die Vaterschaft anerkannt und ebenso wie die (werdende) Mutter eine Sorgeerklärung abgegeben haben (§ 1626 Abs. 1 Nr 1 BGB).

Durch die Weggabe des Kindes würde die Mutter in diesem Fall das Sorgerecht des Vaters verletzen. Ist ein rechtlicher Vater nicht vorhanden, weil die Mutter bei der Geburt des Kindes zB nicht verheiratet war und die Vaterschaft auch nicht anerkannt wurde, oder war der Vater mit der Abgabe des Kindes in der Babyklappe einverstanden, scheidet eine Strafbarkeit nach § 235 StGB dagegen aus.

V.2.5 Aussetzung (§ 221 StGB)

Der Tatbestand der Aussetzung nach § 221 StGB ist regelmäßig nicht erfüllt, wenn die Mutter das Kind in eine Babyklappe legt. Denn durch die Ablage in derselben gibt die Mutter das Kind in die Obhut der Betreuer/innen einer Babyklappe und lässt es damit nicht in einer hilflosen Lage zurück. Ist die Babyklappe ordnungsgemäß mit einem Wärmebett ausgestattet und wird sie von den Betreuer/inne/n überwacht, dürfte auch die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung nicht erfüllt sein.⁵⁹

V.2.6 Strafbarkeitsrisiko

Wenngleich die Gefahr einer Strafverfolgung der Mutter, die sich nach der anonymen Abgabe ihres Kindes meldet und das Kind zurückverlangt, nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, ist sie doch als gering einzuschätzen. Insbesondere wäre auch ein inzwischen bestellter Vormund in der Regel nicht befugt, die Daten der Mutter, die ihr Kind zurückhaben möchte, an die Strafverfolgungsbehörden weiterzugeben. Im Einzelnen:

Nach § 68 Abs. 1 SGB VIII darf ein Vormund Sozialdaten nur erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Dieser Paragraph gilt als abschließende Regelung (§ 61 Abs. 2 SGB VIII), sodass grundsätzlich eine An-

⁵⁹ Neuheuser ZKJ 2006, 458, 459.

wendung anderer datenschutzrechtlicher Regelungen des SGB VIII bzw des SGB X nicht in Betracht kommt.⁶⁰

Ein Übermitteln von Daten an einen anderen Sozialleistungsträger bzw eine andere Abteilung eines öffentlichen Trägers kommt demnach nur in Betracht, wenn das Übermitteln im Einzelfall einen Bezug zur Aufgabe des Vormunds im konkreten Fall besitzt und für das Erfüllen dieser Aufgaben erforderlich ist. Es ist jedoch kaum ein Fall vorstellbar, in dem für die Erfüllung der Aufgaben des Vormunds erforderlich sein könnte, die Daten einer Mutter, die ihr Kind in einer Babyklappe abgelegt hat und nun zurückhaben möchte, – im Interesse des Kindes – an Strafverfolgungsbehörden weiterzugeben.

VI. Zuständigkeit von Behörden und Gerichten

Das Recht, den Aufenthalt eines Kindes zu bestimmen, ist Teil des Personensorge-rechts, das grundsätzlich von den Eltern ausgeübt wird (§ 1631 Abs. 1 BGB). Es umfasst das Recht, den Wohnort und die Wohnung bzw den Lebensmittelpunkt des Kindes – auch bei Dritten – zu bestimmen.⁶¹ Wie oben bereits dargelegt, ist jedenfalls nach der Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe regelmäßig jedoch zunächst kein Personensorgeberechtigter vorhanden, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind ausüben könnte. Es ist somit niemand vorhanden, der einer Unterbringung des Kindes außerhalb Hamburgs zustimmen kann.

Das Jugendamt müsste das Kind deshalb – sobald es vom Auffinden des Kindes Kenntnis erlangt – in Obhut nehmen. Bis zur ordnungsgemäßen Bestellung eines Vormunds wäre das Jugendamt dann gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII zur Bestimmung des Aufenthalts des Kindes berechtigt.

Mangels entsprechender Rechtsgrundlage darf der Betreiber einer Babyklappe oder einer vergleichbaren Einrichtung ein Kind nicht ohne Zustimmung des Jugendamts oder eines Vormunds oder eines Gerichts außerhalb von Hamburg unterbringen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Identität der sorgeberechtigten Mutter bekannt ist und diese einer Verbringung des Kindes außerhalb Hamburgs ausdrücklich zustimmt und den Ort der Unterbringung selbst bestimmt hat. Ansonsten ent-

⁶⁰ Maas, in: Jans/Happe/Saurbier/ders., Kinder- und Jugendhilferecht, § 68 Rn 3; DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2004, 487.

⁶¹ Diederichsen (Fn 4), § 1631 Rn 4; Michalski (Fn 5), § 1631 Rn 13; Veit (Fn 6), § 1631 Rn 11 f.

scheidet allein der zur Bestimmung des Aufenthalts berechnigte Vormund (bzw bis zu seiner Bestellung während einer Inobhutnahme das Jugendamt) über den Ort der Unterbringung. Der Vormund (bzw das Jugendamt im Rahmen einer Inobhutnahme) ist auch befugt, eine zunächst von der Mutter vorgenommene Aufenthaltsbestimmung zu ändern.

VI.1 Örtliche Zuständigkeit der Gerichte – Rechtslage bis 31.08.2009

Unabhängig von den sorgerechnlichen Befugnissen soll im Folgenden darauf eingegangen werden, wie die örtliche Zuständigkeit der Gerichte zu beurteilen ist, wenn dennoch eine Unterbringung außerhalb Hamburgs erfolgt. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für die Anordnung einer Vormundschaft richtete sich bis zum 31.08.2009 nach § 36 FGG. Nach dem in § 36 Abs. 1 Satz 1 FGG normierten Grundsatz war für die Anordnung der Vormundschaft über einen Minderjährigen grundsätzlich das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Kind zu der Zeit, in der die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wird oder in der die Vormundschaft kraft Gesetzes eintritt, seinen Wohnsitz oder bei Fehlen eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat. Für die Vormundschaft über einen Minderjährigen, dessen Familienstand nicht zu ermitteln ist, war gemäß § 36 Abs. 4 FGG das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Minderjährige aufgefunden wurde.

In diesen Fällen war somit nicht das Gericht des Unterbringungsorts, sondern das des Auffindeorts zuständig.⁶² Maßgebend für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit waren die tatsächlichen Verhältnisse in dem Zeitpunkt, in dem die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wurde.⁶³ Darauf, wann das Gericht erstmals mit der Sache befasst war, kam es nicht an.⁶⁴ Nachträgliche Änderungen der Voraussetzungen berührten die Zuständigkeit nicht.⁶⁵

⁶² Engelhardt, in: Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15. Aufl. 2003, § 36 Rn 28.

⁶³ Bumiller/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 8. Aufl. 2006, § 36 Rn 2; Engelhardt (Fn 62), § 36 Rn 7.

⁶⁴ Bumiller/Winkler (Fn 63), § 36 Rn 2.

⁶⁵ Bumiller/Winkler (Fn 63), § 36 Rn 2; Engelhardt (Fn 62), § 36 Rn 7; OLG Karlsruhe/Freiburg FamRZ 1968, 94; KG Berlin FamRZ 1971, 100.

In einer Babyklappe abgelegte Kinder wurden regelmäßig als solche angesehen, deren Familienstand nicht zu ermitteln ist,⁶⁶ sodass grundsätzlich § 36 Abs. 4 FGG zur Anwendung kam. Da für diese Kinder unmittelbar mit dem Auffinden bereits das Bedürfnis besteht, gemäß § 1773 Abs. 2 BGB einen Vormund zu bestellen, kommt es für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Auffindens der Kinder in der Babyklappe an, sodass gemäß § 36 Abs. 4 FGG – unabhängig vom späteren Aufenthaltsort der Kinder – die Hamburger Gerichte zuständig gewesen wären.

Gemäß § 7 FGG sind jedoch auch sämtliche Entscheidungen, die von einem örtlich unzuständigen Gericht getroffen wurden, wirksam und können nach eingetretener Rechtskraft nicht mehr wirksam angefochten werden.

VI.2 Örtliche Zuständigkeit der Gerichte – Rechtslage seit 01.09.2009

Seit dem 01.09.2009 wird die örtliche Zuständigkeit für Kindschaftssachen – zu denen gemäß § 151 Nr 4 FamFG auch die Anordnung einer Vormundschaft gehört – durch § 152 FamFG bestimmt. Außerhalb der Anhängigkeit einer Ehesache ist gemäß § 152 Abs. 2 FamFG grundsätzlich die örtliche Zuständigkeit des Gerichts gegeben, in dessen Bezirk das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Anders als in der bisherigen Regelung des § 36 Abs. 1 Satz 1 FGG wird nicht mehr auf den zivilrechtlichen Wohnsitz abgestellt.

Nach zivilrechtlichen Grundsätzen ist der gewöhnliche Aufenthalt dort begründet, wo eine Person tatsächlich ihren Lebensmittelpunkt hat.⁶⁷ Dies ist in der Regel dort, wo eine soziale Eingliederung erfolgt ist.⁶⁸ Als wertendes Element kann der familiäre oder berufliche Zusammenhang gesehen werden.⁶⁹ Entscheidend ist der „faktische Wohnsitz“⁷⁰ bzw der faktische Daseinsmittelpunkt.⁷¹ Der Wille, den Aufenthaltsort zum

⁶⁶ *Bettin* (Fn 3), § 1773 Rn 5; *Saar* (Fn 3), § 1773 Rn 3; *Diederichsen* (Fn 4), § 1773 Rn 4; *Engler* (Fn 1), § 1773 Rn 12; *Hepting* FamRZ 2001, 1573, 1574.

⁶⁷ BGH NJW 1975, 1068; NJW 1993, 2047; *Heldrich*, in: Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, Art. 5 EGBGB Rn 10; *Hohloch*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, Art. 5 EGBGB Rn 47.

⁶⁸ *Bumiller/Harders*, FamFG, 9. Aufl. 2009, § 152 Rn 6.

⁶⁹ *Sonnenberger*, in: MünchKommBGB, 4. Aufl. 2006, Einl. IPR Rn 731; *Hohloch* (Fn 67), Art. 5 EGBGB Rn 47; *Meysen*, in: ders., FamFG, 2009, § 152 Rn 4.

⁷⁰ BGH FamRZ 1997, 1070.

⁷¹ BGH NJW 1993, 2047, 2048 f; *Völker/Clausius*, in: Friederici/Kemper, Familienverfahrensrecht, 2009, § 152 Rn 3; *Meysen* (Fn 69), § 152 Rn 4.

Daseinsmittelpunkt zu machen, ist nicht erforderlich.⁷² Der gewöhnliche Aufenthalt als faktischer Wohnsitz wird auch durch zeitweilige Abwesenheit nicht aufgehoben.⁷³

Nach zivilrechtlichen Grundsätzen ist der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes selbstständig zu ermitteln und leitet sich nicht von dem gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz des oder der Sorgeberechtigten ab.⁷⁴ Wesentliche Elemente für das Bestehen eines gewöhnlichen Aufenthalts ist auf der einen Seite das subjektive Kriterium des zukunfts-offenen Verbleibs, auf der anderen Seite das objektive Kriterium der Umstände, aus denen sich ergibt, dass die Person an einem bestimmten Ort nicht nur vorübergehend verweilt.⁷⁵

Hat das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt, ist gemäß § 152 Abs. 3 FamFG das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird. Maßgeblich für die Feststellung der örtlichen Zuständigkeit ist der Zeitpunkt, in dem das Gericht erstmals mit der Sache befasst wird.⁷⁶

Dies bedeutet: Sofern das Kind zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts bereits einen gewöhnlichen Aufenthalt in der Pflegefamilie begründet haben sollte, wäre das dortige Gericht örtlich zuständig.

Aufgrund des doch recht kurzen Verbleibs wird allerdings regelmäßig noch kein gewöhnlicher Aufenthalt in der Pflegefamilie begründet worden sein. In diesem Fall ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird. Das kann sowohl das Gericht des Auffindeorts (Hamburg) als auch das Gericht des Unterbringungsorts sein. Tritt das Fürsorgebedürfnis bei beiden Gerichten zutage, ist gemäß § 2 Abs. 1 FamFG das Gericht zuständig, das zuerst mit der Angelegenheit befasst ist. Eine vorrangige Zuständigkeit des Gerichts des Auffindeorts besteht seit dem 01.09.2009 nicht mehr.

⁷² BGH NJW 1993, 2047; *Heldrich* (Fn 67), Art. 5 EGBGB Rn 10; *Bumiller/Harders* (Fn 68), § 152 Rn 6; *Völker/Clausius* (Fn 71), § 152 Rn 3.

⁷³ BGH NJW 1993, 2047; *Heldrich* (Fn 67), Art. 5 EGBGB Rn 10; *Bumiller/Harders* (Fn 68), § 152 Rn 6.

⁷⁴ *Heldrich* (Fn 67), § 5 EGBGB Rn 10; *Sonnenberger* (Fn 69), Einl. IPR Rn 733; *Hohloch* (Fn 67), Art. 5 EGBGB Rn 54; LG Kassel StAZ 96, 118; KG Berlin FamRZ 1998, 440; *Bumiller/Harders* (Fn 68), § 152 Rn 7; *Meysen* (Fn 69), § 152 Rn 4.

⁷⁵ *Meysen* (Fn 69), § 152 Rn 4.

⁷⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/6308, 234.

Anhang

– Auszug aus BT-Drucks. 16/7220, 20 –

27. Werden in einzelnen Bundesländern Verstöße gegen das Personenstandsgesetz durch die Exekutive hingenommen, sind entsprechende Regelungen verfassungsgemäß, und welche Maßnahmen ergreift die Bundesregierung hiergegen?

In den Ländern existieren keine Verwaltungsvorschriften zur Regelung der personenstandsrechtlichen Behandlung von anonymer Geburt und in Babyklappen aufgefundenen Kindern. Lediglich in Sachsen hat das Staatsministerium des Innern in einem Schreiben vom 15. August 2001 an die Regierungspräsidien die Empfehlung ausgesprochen, alle „anonym“ geborenen und in Babyklappen abgegebenen Kinder personenstandsrechtlich entsprechend § 26 PStG (Eintragung von Personen mit ungewissem Personenstand) zu behandeln. Darüber hinaus wurde empfohlen, im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens nach § 47 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) von der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach §§ 16, 68 PStG abzusehen, um der besonderen Notsituation der Mütter Rechnung zu tragen. Auch Thüringen hat die personenstandsrechtliche Behandlung von anonymen Geburten und in Babyklappen abgegebenen Kindern mit Runderlass vom 21. März 2001 dahingehend geregelt, dass diese Fälle entsprechend § 26 PStG zu behandeln sind. In Niedersachsen wurden die Standesämter mit Erlass vom 13. März 2001 darauf hingewiesen, dass Kinder, die in Babyklappen abgegeben werden, bis zu einer eventuellen Änderung der Rechtslage als Personen mit ungewissem Personenstand gemäß § 26 PStG zu behandeln seien. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Rechtslage anonyme Geburten nicht zulasse.

Hinsichtlich der personenstandsrechtlichen Behandlung der Geburten ist die Handhabung in den Ländern uneinheitlich. Überwiegend wird die Geburt entsprechend § 26 PStG behandelt. Einige Länder differenzieren zwischen Fällen von anonymer Geburt und der Abgabe von Kindern in einer Babyklappe. Brandenburg behandelt die in einer Babyklappe abgelegten Kinder nach § 25 PStG (Eintragung von Findelkindern nach Einschaltung von Ortspolizeibehörde und Gesundheitsamt), so dass die

Daten regelmäßig erst nach Aufnahme polizeilicher Ermittlungen eingetragen werden. In Bremen dagegen werden anonyme Geburten nach § 25 PStG behandelt, wobei Verstöße gegen die Anzeigepflicht durch die ermittelten Mütter nicht geahndet werden. In Babyklappen aufgefundene Kinder werden dagegen nach § 26 PStG behandelt. Ebenso wird in Hessen verfahren.

Verstöße gegen personenstandsrechtliche Vorschriften von Seiten der Klinik im Falle der anonymen Geburt und der Klinik oder des sonstigen Trägers einer Babyklappe werden in den Ländern nicht hingenommen. Allerdings wird bei der Anzeige der Geburt durch die Klinik jeweils angenommen, dass diese über die übermittelten Daten hinaus keine weiteren Angaben machen kann, weil ihr die Daten der Mutter nicht bekannt sind. Nur wenn sich im Falle der anonymen Geburt Anhaltspunkte ergeben, dass der Klinik über die übermittelten Daten hinaus Personenstandsdaten der Mutter bekannt sind, wurden Maßnahmen getroffen, um die Klinik zur Herausgabe dieser Daten zu veranlassen.

Generell wird in den Bundesländern im Falle einer anonymen Geburt oder eines in einer Babyklappe aufgefundenen Kindes die Beurkundung der Geburt bis zu 8 Wochen nach der Anzeige ausgesetzt, um der Mutter die Möglichkeit zu geben, die vollständigen personenstandsrechtlichen Daten mitzuteilen und damit eine rechtmäßige Geburtsbeurkundung zu ermöglichen.