



Stellungnahme

5. Mai 2020

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Kindern vor geschlechtsverändernden operativen Eingriffen

I. Einleitung

Die Kinderrechtekommission begrüßt den Vorstoß des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Schutz von Kindern, die mit einem nicht eindeutigen Geschlecht zur Welt kommen („intergeschlechtliche Kinder“¹) und der Gefahr von geschlechtsverändernden Operationen² ausgesetzt sind, die weder zur Abwendung einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr erforderlich sind, noch von dem betroffenen Kind, das über die notwendige Reife verfügt, selbst gewünscht werden³.

Geschlechtsverändernde operative Eingriffe bei Minderjährigen stellen einen schweren Eingriff in das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit sowie die vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasste sexuelle Selbstbestimmung und Fortpflanzungsfähigkeit dar. Sie erfordern langwierige Behandlungen und Operationen, die oftmals mit dem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit oder auch Beeinträchtigungen der sexuellen Empfindsamkeit einhergehen und das betroffene Kind weit über die Volljährigkeit hinaus in zentralen Bereichen seiner Persönlichkeit betreffen⁴. Hinzu kommt, dass keineswegs gesichert ist, dass der Betroffene sich später tatsächlich dem Geschlecht zugehörig fühlt, dem er postoperativ nach seinen körperlichen Merkmalen zugehört⁵. Angesichts dieser Gefahren befürwortet die Kommission den Vorstoß.

Die vorgeschlagene Neuregelung dient der Rechtssicherheit⁶, klärt sie doch die bislang umstrittene Frage, ob § 1631c BGB auf die Gonadektomie sowie geschlechtsanpassende

¹ Entwurf S. 10.

² Zur Bandbreite an Maßnahmen Überblick in Entwurf S. 10.

³ S. Entwurf S. 1, 10.

⁴ Ethikrat Stellungnahme

https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/DER_StnIntersex_Deu_Online.pdf S. 153.

⁵ Dethloff [https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-](https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Stellungnahmen_Sachverstaendige_Intersexualitaet/Dethloff_-_Expertenbefragung.pdf)

[Dateien/Stellungnahmen_Sachverstaendige_Intersexualitaet/Dethloff - Expertenbefragung](https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Stellungnahmen_Sachverstaendige_Intersexualitaet/Dethloff_-_Expertenbefragung.pdf), pdf, S. 2; Ethikrat Stellungnahme, S. 153.

⁶ So auch der Entwurf S. 17.

Maßnahmen bei Intersexuellen anwendbar ist⁷ oder nicht⁸. Sie schließt auch eine Regelungslücke im Kinderschutz, die andere Staaten der Welt schon länger geschlossen haben, und verdient auch deshalb volle Zustimmung.

Gleichwohl bleibt erheblicher Korrekturbedarf. Dieser bezieht sich nicht nur auf die vorgeschlagenen Neuregelungen von § 1631c BGB-E (nachfolgend unter II.-V.) und § 158 Abs. 2 Nr. 6 und § 163 Abs. 3 FamFG (nachfolgend unter VI.). Kritikwürdig bleibt darüber hinaus der begrenzte Blick des Reformgesetzgebers auf eine besondere medizinische Maßnahme, ohne sich darüber hinausgehenden Fragen zu stellen (nachfolgend unter VII.).

II. Anwendungsbereich

1. Geschlechtsverdeutlichende und geschlechtsverändernde Operationen

Die Norm erfasst alle Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen des Kindes, die „zu einer Änderung des angeborenen biologischen Geschlechts führen“. Der damit umschriebene Anwendungsbereich bleibt unklar und führt zu verschiedenen Wertungswidersprüchen.

a) Von der Norm erfasst werden sollen sowohl geschlechtsangleichende Operationen (d.h. solche, die auf die Beendigung eines Zustands der geschlechtlichen Uneindeutigkeit gerichtet sind)⁹ als auch solche, die auf eine Änderung von einem Geschlecht zu einem anderen zielen¹⁰, also transitorische Eingriffe i.S. des nicht mehr anwendbaren § 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG¹¹. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da die Grenzlinien zwischen beiden Eingriffsformen fließend sind. Gerade an die Zulässigkeit transitorischer medizinischer Eingriffe an Minderjährigen werden aber sowohl in der juristischen Fachliteratur als auch vom deutschen Ethikrat „hohe Anforderungen“ gestellt¹². So wird überwiegend gefordert, solche Operationen an Minderjährigen nur mit „außerordentlicher Zurückhaltung“¹³ bzw. nur in extremen Ausnahmefällen (d.h. bei Vorliegen einer medizinischen Indikation) vorzunehmen¹⁴, so dass rein „kosmetische“ Behandlungen („Wunschoperationen“) ausscheiden. Mit dieser Wertung ist es aber unvereinbar, wenn solche Operationen künftig unter den Voraussetzungen des § 1631c Abs. 3 BGB-E möglich würden. Um diesen Widerspruch zu vermeiden, plädiert die Kommission dafür, den Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Neuregelung auf geschlechtsverdeutlichende Maßnahmen zu begrenzen. Diese Begrenzung entspräche auch den Vorgaben des Koalitionsvertrags, der nur „geschlechtsangleichende medizinische Eingriffe“¹⁵ erfasst.

⁷ Dethloff Stellungnahme (Fn. 5), S. 2 m.w.N.

⁸ MünchKomm/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1631c Rn. 4 Fn. 5; Rothärmel MedR 2006, 274, 282.

⁹ Entwurf S. 11.

¹⁰ Entwurf S. 11, 24.

¹¹ Entwurf S. 24.

¹² Deutscher Ethikrat Stellungnahme (Fn. 4), S. 24, 155.

¹³ Spickhoff/Spickhoff, 3. Aufl. 2018, § 8 TSG Rn. 9 m.w.N.

¹⁴ Spickhoff/Spickhoff (Fn. 13), § 8 TSG Rn. 9 m.w.N.

¹⁵ Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode,

https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1, S. 21.

§ 1631c Abs. 2 BGB-E erfasst nur „operative Eingriffe“, nicht aber die gezielte Beeinflussung der geschlechtlichen Entwicklung durch *hormonale Behandlungen*. Da jedoch auch diese die geschlechtliche Entwicklung eines Kindes maßgeblich beeinflussen können, sollten auch sie in die Neuregelung mit aufgenommen werden (dazu auch unter VII.1.).

b) Die Formulierung des Entwurfs vermittelt auch den unzutreffenden Eindruck, als gäbe es neben dem männlichen und weiblichen auch ein drittes Geschlecht, in dem das Kind *angeborene* Varianten der genetischen, hormonalen, gonodalen oder genitalen Anlagen (sog. DSD) aufweist¹⁶, also intersexuell ist¹⁷. Ob solche sog. intersexuellen Kinder ein eigenes biologisches Geschlecht haben, ist nicht eindeutig mit „ja“ zu beantworten. Argumentieren lässt sich auch, dass sie infolge dieser Abweichungen nur nicht mehr eindeutig den biologischen Kategorien „männlich“ oder „weiblich“¹⁸ zuzuordnen sind. Sie sind jedenfalls Personen „mit einer angeborenen Variation der körperlichen Geschlechtsmerkmale“ (§ 18 BGB-E)¹⁹. „Intersexuell“ ist also eine Sammelbezeichnung für unterschiedliche physische Konstitutionen²⁰. Um dies deutlich zum Ausdruck zu bringen, bedarf es der Streichung des Adjektivs „angeboren“.

Auf diese Weise könnte auch ein dem Entwurf anhaftender Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG vermieden werden, das ausdrücklich hervorgehoben hat, dass die Zugehörigkeit eines Menschen zu einem Geschlecht nicht allein von seinen äußeren Geschlechtsmerkmalen im Zeitpunkt seiner Geburt bestimmt werden kann, sondern wesentlich von seiner psychischen Konstitution und selbstempfundenen Geschlechtlichkeit abhängt²¹.

c) Die Kommission schlägt deshalb vor, den Anwendungsbereich auf solche Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen zu begrenzen, die auf eine Verdeutlichung des biologischen Geschlechts zielen²².

2. Referenzpunkt zur Ermittlung einer Geschlechtsveränderung

Der Entwurf lässt die Frage unbeantwortet, wer wie und wann feststellt, ob eine Abweichung vom männlichen oder weiblichen Geschlecht vorliegt. Ist es der Kinderarzt oder die Hebamme oder der Frauenarzt im Zeitpunkt der Geburt? Und wenn ja, bleibt die Frage, ob zum Zeitpunkt der Geburt tatsächlich alle, auch die seltenen Fälle von Kindern mit DSD, von Kinderärzten oder Hebammen "eingeordnet" werden können. Unklar bleibt weiter, wie eine solche Feststellung dokumentiert wird (im U-Heft?) und wer dafür Sorge trägt, dass die Dokumentation der Einordnung auch aufbewahrt wird. Wie wichtig die Beantwortung all dieser Fragen aber ist, zeigen allein die Ausführungen zum

¹⁶ S. Entwurf S. 6.

¹⁷ So ausdrücklich der Entwurf S. 23.

¹⁸ Entwurf S. 6.

¹⁹ Referentenentwurf des BMJV und des BMI zur Neuregelung der Änderung des Geschlechtseintrags

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_TSG_Reform.pdf;jsessionid=470814CD8ED359C8705F1B6FBFD6E797.2.

²⁰ BVerfGE 147, 1 Rn. 9.

²¹ BVerfGE 128, 109 Rn. 58.

²² So auch der Ethikrat, Stellungnahme (Fn. 4), S. 27, 155.

Hodenhochstand (entsprechend zu AGS)²³: Wenn das Kind intersexuell ist und durch den Eingriff "männlicher" wird, unterliegt der Fall dem Gesetz; falls das Kind dagegen vorher schon als männlich eingeordnet war, dann nicht. Nicht erfasst werden sollen nach dem Entwurf auch die operativen Eingriffe, die innerhalb des jeweiligen Geschlechts erfolgen, etwa an einem nur fehlgebildeten Genital²⁴. Dies alles zeigt, dass die anfängliche Einordnung entscheidend ist. Bei einer Falscheinordnung handelt es sich dann gegebenenfalls "nur" um eine Fehlbildung und kann operativ behandelt werden. Damit besteht die Gefahr von Umgehungen des Gesetzes. Diese lassen sich nur dadurch verhindern, dass entweder im Normwortlaut oder zumindest in der Begründung Ausführungen zum Referenzpunkt erfolgen.

3. Zielrichtung des operativen Eingriffs

Wenig überzeugend ist auch die unzureichende Verdeutlichung der Zielrichtung des operativen Eingriffs. Während § 1631c Abs. 1 BGB-E sich eindeutig auf operative Eingriffe beschränkt, die gezielt und dauerhaft zur Unfruchtbarkeit führen („Sterilisation“) und damit alle operativen Eingriffe ausnimmt, die eine Infertilität nur zur Folge haben, etwa infolge einer medizinisch indizierten Heilbehandlung²⁵, gehen die Absätze 2 und 3 darüber hinaus und erfassen nicht nur Eingriffe, die auf eine Geschlechtsänderung zielen, sondern auch solche, die eine Geschlechtsveränderung nur mittelbar zur Folge haben²⁶. Dies zeigt allein § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E, der medizinisch indizierte Maßnahmen erfasst, die auf die Abwendung einer Lebens- und erheblichen Gesundheitsgefahr zielen. Die mangelnde Trennung nach der Zielrichtung des medizinischen Eingriffs führt auch zu Wertungswidersprüchen. So bleibt unerklärlich, warum nur solche medizinisch indizierten Eingriffe zur Abwendung einer Gefahr für Leben und Gesundheit unter den in Abs. 2 S. 3 verankerten Genehmigungsvorbehalt fallen, die eine Geschlechtsveränderung zur Folge haben, nicht aber solche, die zu einer Sterilität führen oder einfach folgenlos bleiben.

4. Fazit

Die Kommission schlägt nach alledem vor, den Anwendungsbereich von § 1631c Abs. 2 und 3 BGB-E auf solche Eingriffe zu begrenzen,

die auf eine Angleichung des biologischen Geschlechts gerichtet sind.

Auf diese Weise würde auch den Forderungen von Betroffenenverbänden und auch der medizinischen Sachverständigen²⁷ Rechnung getragen.

²³ Entwurf S. 24 ff.

²⁴ Entwurf S. 24.

²⁵ Entwurf S. 13, 21; Staudinger/Salgo, 2015, § 1631c Rn. 7; MünchKomm/Huber (Fn. 8), § 1631c Rn. 4; Rothärmel MedR 2006, 274, 282; a.A. Dethloff Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 13 Rn. 63.

²⁶ Entwurf S. 24 „Nebenfolge“.

²⁷ Näher Entwurf S. 6-8.

III. Verfassungsmäßigkeit des Verbots geschlechtsverändernder Eingriffe

1. Das Verbot geschlechtsverändernder Eingriffe begrenzt, ebenso wie das Sterilisationsverbot²⁸, zwar die Personensorge von Eltern, Vormund und Ergänzungspfleger, da es ihnen eine wirksame Einwilligung in eine geschlechtsverändernde Operation in Vertretung des Kindes verbietet und damit mittelbar auch dem Arzt die Vornahme solcher Maßnahmen untersagt²⁹. Gleichwohl liegt darin kein unverhältnismäßiger Eingriff in das Elternrecht.

Mit Anordnung der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern soll v.a. verhindert werden, dass Kinder Entscheidungen treffen, die nicht in ihrem wohlverstandenen Interesse liegen. Die Fremdbestimmung des Kindes durch seine Eltern erweist sich damit als Minderjährigenschutz, was dem Kindeswohl entspricht³⁰. Da die gesetzliche Vertretungsmacht aber auch die Gefahr birgt, dass sich eine unkontrollierte Entscheidungsbefugnis der Eltern nachteilig für das Kind auswirken kann, obliegt dem Staat ein Schutzauftrag, und zwar nicht nur für den rechtsgeschäftlichen Bereich, um sicherzustellen, dass der Minderjährige nicht mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit "entlassen" wird³¹, sondern erst recht bei irreversiblen Entscheidungen der Eltern im überaus sensiblen höchstpersönlichen Bereich des Kindes. Da weder Eltern noch Ärzte die spätere geschlechtliche Entwicklung eines Kindes vorhersehen können³², muss der Staat auch hier Schutzmaßnahmen ergreifen, damit das volljährig gewordene Kind sein Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen gestalten kann; Unsicherheiten über die medizinischen und psychologischen Auswirkungen frühzeitiger Geschlechtszuweisungen und weiterer intensiver Behandlungen dürfen jedenfalls nicht zulasten des Kindes gehen³³.

Zur Erreichung dieses Ziels ist das Verbot jedenfalls geeignet, aber auch erforderlich, um dem Kind sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung möglichst umfassend zu erhalten. Ein Genehmigungsvorbehalt würde nicht genügen, da dieser einen übermäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes und sein Recht auf körperliche Unversehrtheit nicht in jedem Fall verhindern könnte. Der Eingriff in das Elternrecht ist auch verhältnismäßig und den Eltern zumutbar, da er sich auf medizinisch nicht indizierte Maßnahmen beschränkt (arg.e. § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E) und auch nicht vorbehaltlos gilt (arg. § 1631c Abs. 3 BGB-E). Zu fragen wäre eher, ob eine Begrenzung des Elternrechts nicht auch angemessen wäre, wenn es nicht um operative Eingriffe beim Kind geht, sondern „nur“ um medikamentöse oder psychotherapeutische Behandlungen.

2. Das grundsätzliche Verbot geschlechtsverändernder Operationen stärkt allerdings nicht nur das Recht der besonders schutzbedürftigen intersexuellen Kinder auf geschlechtliche Selbstbestimmung³⁴; vielmehr beschränkt es auch deren allgemeines Persönlichkeitsrecht, da sich das Verbot auch an die Minderjährigen selbst richtet (arg.e.

²⁸ Dazu Staudinger/Salgo (Fn. 25), § 1631c Rn. 4.

²⁹ Für die Sterilisation MünchKomm/Huber (Fn. 8), § 1631c Rn. 1.

³⁰ BVerfGE 72, 155, 172.

³¹ BVerfGE 72, 155, 172.

³² Entwurf S. 10.

³³ Ethikrat Stellungnahme (Fn. 4), S. 156.

³⁴ Entwurf S. 22.

§ 1631c Abs. 3 S. 1 BGB-E). Allerdings ist dieser Eingriff verhältnismäßig, weil er nur die Minderjährigen erfasst, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und/oder einwilligungsunfähig sind (arg. § 1631c Abs. 3 BGB-E). Diese Minderjährigen können aber die Tragweite eines solch irreversiblen Eingriffs noch nicht übersehen. Zudem ist ein solcher Eingriff auch den Eltern untersagt³⁵.

IV. Medizinisch indizierte Eingriffe (§ 1631c Abs. 2 S. 2 und 3 BGB-E)

1. Anwendungsbereich

Folgt man dem Entwurf in seinem weiten Anwendungsbereich (krit. dazu oben II.1.a.), dann bedarf es der Formulierung einer Ausnahme für den Fall, dass die geschlechtsverändernde Operation medizinisch indiziert ist, weil sie zur Abwendung einer Gefahr für das Leben oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit des Kindes erforderlich ist. In eine solche Behandlung müssen die Eltern aufgrund ihres Personensorgerechts einwilligen; würden sie sie ablehnen, läge darin eine Kindeswohlgefährdung, die Maßnahmen nach § 1666 BGB (v.a. nach Abs. 3 Nr. 5 BGB) zur Folge hätte³⁶. Zu Recht hat der Entwurf deshalb das grundsätzliche Verbot gegenüber Eltern, in geschlechtsverändernde Operationen einzuwilligen, für diesen Fall gelockert (§ 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E). Die Kinderrechtekommission begrüßt auch, dass das Verbot nicht nur bei Lebens-, sondern auch bei erheblichen körperlichen und psychischen Gesundheitsgefahren entfällt, soweit der seelische Leidensdruck des Kindes zu einer Gefahr für seine Gesundheit führt, die dringend behandlungsbedürftig ist³⁷. Es bleibt aber die Frage, warum der Entwurf es nicht bei dieser Lockerung hat bewenden lassen, sondern die Einwilligung noch weiter unter einen allgemeinen Genehmigungsvorbehalt des Familiengerichts stellt.

2. Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung

Der Genehmigungsvorbehalt stellt eine erhebliche Begrenzung der Personensorge der Eltern dar, da diese nicht mehr ohne gerichtliche Genehmigung in eine geschlechtsverändernde Operation zur Abwendung einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr einwilligen können und die Genehmigung nur erhalten, wenn die Operation erforderlich und das letzte Mittel ist, um die Gefahr für das Kindeswohl abzuwenden. Ob dieser Eingriff in das Elternrecht gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob er den Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG genügt, also geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn ist, um eine dem Interesse des intersexuellen Kindes aus Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG gerecht werdende Ausübung des Sorgerechts sicherzustellen.

Mit dem Genehmigungsvorbehalt will der Entwurf der Gefahr vorbeugen, dass ein intersexuelles Kind vorschnell einer geschlechtsverändernden Operation unterzogen

³⁵ Zu diesem Argument bei § 1631c BGB Staudinger/Salgo (Fn. 25), § 1631c Rn. 6.

³⁶ Entwurf S. 14.

³⁷ Entwurf S. 27.

wird, weil etwa Eltern einem gesellschaftlichen Leidensdruck ausgesetzt sind³⁸. Zur Erreichung dieses Ziels ist der Genehmigungsvorbehalt zwar geeignet, in der Konstellation von § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E aber nicht erforderlich. Anders als im Fall des § 1631b BGB, wo der Genehmigungsvorbehalt mit der Begründung eingeführt wurde, das Familiengericht erlange ansonsten von der Unterbringung keine Kenntnis³⁹, greift der Einwand hier nicht. Verweigern nämlich die Eltern die Einwilligung in geschlechtsverändernde Operationen zur Abwendung einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr, muss der behandelnde Arzt nach § 4 KKG vorgehen und das informierte Jugendamt nach § 8a SGB VIII das Familiengericht einschalten. Willigen die Eltern dagegen in eine medizinisch indizierte Operation ein, so kommen sie ihrem Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gerade nach, weshalb es keines weiteren Schutzes durch den Staat bedarf.

§ 1631c Abs. 2 S. 3 BGB-E ist auch deshalb problematisch, weil er Rückwirkungen auf die allgemeine Diskussion zur Einwilligung Minderjähriger in medizinische Heilmaßnahmen hat. Zwar greift ein geschlechtsverändernder Eingriff besonders tief in die Persönlichkeit des betroffenen Kindes ein. Aber kann ein Eingriff oder ein Nichteingriff deshalb als weniger tief angesehen werden, weil es sich um eine andere Heilmaßnahme handelt, diese aber ebenfalls der Abwendung einer Lebensgefahr oder erheblichen Gesundheitsgefahr dient?⁴⁰ Bislang hat die Rechtsprechung eine Analogie zu § 1904 BGB bewusst mit Blick auf die Elternautonomie ebenso abgelehnt⁴¹ wie mangels gesetzlicher Regelung ein Genehmigungserfordernis für eine Einwilligung in die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen⁴². Stellt man künftig aber besondere ärztliche Behandlungen auch im Kindschaftsrecht unter einen Genehmigungsvorbehalt, muss die Frage der Analogie neu gestellt werden. Damit verbunden ist dann die Gefahr, dass die Entscheidung der Eltern in weitreichendem Umfang der gerichtlichen Kontrolle unterworfen wird, ohne dass im konkreten Fall die Voraussetzungen von § 1666 BGB vorliegen.

3. Fazit

Diese Probleme ließen sich dadurch vermeiden, dass die Sätze 2 und 3 aus Abs. 2 des § 1631c BGB-E gestrichen werden. Sie sollten nach Ansicht der Kommission auch nicht vorschnell in einen eigenständigen Paragraphen gegossen werden. Um Wertungswidersprüche zu anderen Heilbehandlungen zu vermeiden, sollte sich der Gesetzgeber des schon lange ungelösten allgemeinen Problems der Einwilligung in medizinisch indizierte Behandlungen von Minderjährigen annehmen und nicht weiter vor der Lösung dieses Problems „drücken“⁴³ (näher dazu unten VII.2.).

³⁸ Entwurf S. 27. Zur abstrakten Gefahr als Rechtfertigungsgrund für den Genehmigungsvorbehalt in § 1631b BGB Götz in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, 14. Göttinger Workshop, 2016, 65, 79; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 62 Rn. 20 Fn. 34.

³⁹ BT-Drucks. 8/2788, S. 51.

⁴⁰ Krit. Spickhoff. FS Koch, 2019, S. 529, 540; s. auch BVerfG FamRZ 2007, 2046 mAnm. Spickhoff; OLG Hamm FamRZ 2007, 2098.

⁴¹ BGH FamRZ 2013, 1646, 1647 Rn. 18; Götz, in Workshop (Fn. 38), S. 73.

⁴² OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1033 Rn. 14.

⁴³ S. Coester-Waltjen MedR 2012, 553, 555.

Infolge der Streichung der beiden Sätze aus Abs. 2 würde deutlich, dass sich die Neuregelung insgesamt nur auf kosmetische oder sonst gewünschte, aber medizinisch nicht gebotene Operationen beschränkt. Da Abs. 3 Minderjährige ab dem vollendeten 14. Lebensjahr erfasst, müsste sich das Verbot von Abs. 2 auf die jüngeren Kinder beschränken. Abs. 2 sollte deshalb insgesamt wie folgt gefasst werden:

Die Eltern können nicht in einen operativen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen des noch nicht 14 Jahre alten Kindes einwilligen, wenn dieser auf eine Angleichung des biologischen Geschlechts gerichtet ist. § 1909 BGB ist nicht anzuwenden.

V. Medizinisch nicht indizierte Operationen von einwilligungsfähigen Minderjährigen (§ 1631c Abs. 3 BGB-E)

1. Systematik

Soweit der Minderjährige das 14. Lebensjahr vollendet hat und einwilligungsfähig ist, kann er selbst in einen Eingriff einwilligen (§ 1631c Abs. 3 S. 1 BGB-E). Die Verankerung dieser Norm im Kontext der elterlichen Sorge ist nicht ungewöhnlich, wie der Vergleich zu § 1631c S. 2 BGB zeigt.

Es wird zunächst der Grundsatz aufgestellt, dass ein über 14-jähriger einwilligungsfähiger Minderjähriger in eine geschlechtsverändernde, nicht medizinisch indizierte Operation einwilligen und damit das Verbot von § 1631c Abs. 2 S. 1 BGB-E überwinden kann (§ 1631c Abs. 3 S. 1 BGB-E). Dieser Grundsatz trägt der wachsenden Selbstbestimmung des Betroffenen Rechnung und konkretisiert dessen Recht auf körperliche Integrität sowie auf geschlechtliche Selbstbestimmung⁴⁴. Darin liegt auch kein unzulässiger Eingriff in das Bestimmungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, da das Elternrecht als treuhänderisches Recht in dem Umfang verdrängt wird, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst⁴⁵.

Die Mündigkeit des über 14-jährigen einwilligungsfähigen Minderjährigen führt allerdings – anders als in § 5 RKEG – nicht zur vollkommenen Beendigung der elterlichen Sorge und der staatlichen Schutzkompetenzen⁴⁶. Vielmehr soll die Entscheidung des Kindes das aus dem Personensorgerecht folgende Recht zur Einwilligung in geschlechtsverändernde, medizinisch nicht indizierte Maßnahmen, das nach § 1631c Abs. 2 S. 1 BGB-E ausgeschlossen ist, wieder reaktivieren (§ 1631c Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BGB-E). Nimmt man dann noch in den Blick, dass die Einwilligung des Kindes einer gerichtlichen Genehmigung unterliegen soll (§ 1631c Abs. 3 S. 2 BGB-E), dann bleibt von dem zunächst betonten Entscheidungsrecht des Kindes als Ausfluss seines sexuellen Selbstbestimmungsrechts und seiner Patientenautonomie (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) nicht mehr viel übrig. Hinzu kommt, dass die Genehmigung einer kindlichen Einwilligung ein Novum im BGB ist, stellt doch das geltende Kindschaftsrecht nur Entscheidungen der Eltern, die in Vertretung des Kindes abgegeben werden, unter einen familiengerichtlichen

⁴⁴ Entwurf S. 10.

⁴⁵ BVerfGE 59, 360, 387 Rn. 64.

⁴⁶ Zu Art. 5 RKEG Staudinger/Salgo (Fn. 25), Anhang zu § 1631: § 5 RKEG Rn. 3.

Genehmigungsvorbehalt (§§ 1631b, 1643, 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8-11 BGB), nicht aber Entscheidungen des Kindes. Diese Verwerfungen lassen sich nach Ansicht der Kommission nur durch eine Neustrukturierung von Abs. 3 beseitigen (näher unter V.7., 8.).

2. Altersgrenze und Einsichtsfähigkeit

§ 1631c Abs. 3 S. 1 BGB-E trägt dem Umstand Rechnung, dass ein einwilligungsfähiger Minderjähriger die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehenden Rechte selbst ausüben, mithin selbst von seinen Grundrechten auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG Gebrauch machen⁴⁷ und in eine geschlechtsverändernde Operation einwilligen kann⁴⁸. Ob der Minderjährige einwilligungsfähig ist, hängt davon ab, ob er „nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag“⁴⁹. Handelt es sich, wie in § 1631c Abs. 3 BGB-E, um rein kosmetische Operationen, so sind an die Einwilligungsfähigkeit hohe Anforderungen zu stellen⁵⁰.

Der Entwurf will Kindern ab dem vollendeten 14. Lebensjahr diese Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit, trotz der weitreichenden Folgen des Eingriffs, nicht mehr grundsätzlich absprechen⁵¹. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass mit 14 Jahren die „Hauptphase der Pubertät“⁵² und damit die Entwicklung einer eigenen Geschlechtsidentität beginne, die ihrerseits Grundvoraussetzung für die Einwilligungsfähigkeit sei⁵³. So nachvollziehbar diese Schlussfolgerung auch sein mag, so sehr ist sie von dem Bemühen getragen, dem Bedürfnis des Kindes nach Selbstbestimmung über seinen eigenen Körper Rechnung zu tragen⁵⁴, denn sie wird herangezogen, um eine höhere Altersgrenze (etwa von 15 Jahren [angelehnt an § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I]) abzulehnen⁵⁵. Diese Begründung birgt aber die Gefahr, dass sie den Grundsatz wieder aushöhlt, bei komplexen Eingriffen zum Schutz des Minderjährigen hohe Hürden für seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit⁵⁶ aufzustellen, und übersieht, dass erst die Einwilligungsfähigkeit darüber entscheidet, ob der Minderjährige von seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung durch Erteilung einer Einwilligung selbst Gebrauch machen kann.

⁴⁷ Entwurf S. 16.

⁴⁸ Entwurf S. 29; OLG Frankfurt FamRZ 2008, 785; Staudinger/Peschel-Gutzeit, 2015, § 1626 Rn. 90 m.w.N.; MüKoBGB/Huber (Fn. 8), § 1626 Rn. 43; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 630d Rn. 36; Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht (Fn. 13), § 630d BGB Rn. 8.

⁴⁹ BGHZ 29, 33, 35.

⁵⁰ Spickhoff FamRZ 2018, 412, 424 f; DGGG, Stellungnahme zu Rechtsfragen bei der Behandlung Minderjähriger, 2019, <https://www.dggg.de/leitlinien-stellungnahmen/stellungnahmen/stellungnahme-zu-rechtsfragen-bei-der-behandlung-minderjaehriger-440>, S. 19.

⁵¹ Entwurf S. 30.

⁵² Entwurf S. 30.

⁵³ Entwurf S. 29.

⁵⁴ Entwurf S. 29.

⁵⁵ Entwurf S. 20.

⁵⁶ BeckOGK-BGB/Amend-Traut (1.1.2020), § 1626 Rn. 120; MüKoBGB/Huber (Fn. 8), § 1626 Rn. 42; krit. Spickhoff FamRZ 2018, 412, 419.

3. Einwilligungsfähigkeit und Zustimmung der Eltern

Relativiert werden diese Bedenken allerdings dadurch, dass die Entscheidung über die Vornahme des Eingriffs nicht dem Kind allein überlassen, sondern an die Zustimmung der Eltern gebunden wird (§ 1631c Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BGB-E). Der Entwurf entscheidet sich damit für einen Co-Konsens, wie ihn auch § 45b Abs. 2 S. 2 PStG und § 4 Abs. 3 KastrationsG vorsehen, ohne sich allerdings näher mit dem Konflikt zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und seiner Patientenautonomie (s. § 630d Abs. 1 S. 1 BGB) einerseits und dem Sorgerecht der Eltern andererseits auseinanderzusetzen. Für die Lösung des Entwurfs spricht, dass die Schutzfunktion der elterlichen Sorge für die gesamte Dauer der Minderjährigkeit bestehen bleibt und nur im Umfang von gesetzlich festgeschriebenen Teilmündigkeiten, wie etwa § 5 RKEG, eingeschränkt ist⁵⁷. Allerdings passt die Lösung nicht ohne weiteres zu dem Grundsatz, dass die elterliche Sorge als treuhänderisches Recht auf Auflösung angelegt ist und in dem Umfang zurücktritt, in dem das Kind zur Selbstentscheidung in der Lage ist⁵⁸. Folgerichtig müssten irreversible medizinische Maßnahmen zur Geschlechtszuordnung allein vom entscheidungsfähigen Betroffenen selbst getroffen werden⁵⁹. Gleichwohl sprechen sowohl die Schwere des Eingriffs als auch die Tragweite der Entscheidung für eine gemeinsame Entscheidungskompetenz von Rechtsgutträger und Sorgerechtsinhaber, vermag doch gerade der Co-Konsens die Last und Verantwortung für die Entscheidung zu mindern und dem Schutzbedürfnis auch des selbstbestimmungsfähigen Minderjährigen gerecht zu werden⁶⁰. Für diesen Ansatz spricht weiter, dass die Eltern auch nach Vornahme des Eingriffs, den der Minderjährige wünscht, dafür sorgen müssen, dass der Minderjährige etwa die Anweisungen des Arztes befolgt⁶¹, sowie dass sie ihr Kind in der Regel besser als jede andere Person kennen⁶². Die Kommission befürwortet deshalb die Lösung des Entwurfs, dass die Eltern in den Entscheidungsprozess des Kindes und des Arztes eingebunden bleiben. Allerdings müsste dieses Zustimmungserfordernis deutlicher zum Ausdruck gebracht und die Beteiligung der Eltern zur Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligungserklärung des Minderjährigen gemacht werden. Auf das Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen sollte dagegen im Normwortlaut verzichtet werden, da es irreführend ist, verlangt doch § 630d Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Patient selbst einwilligt, womit der einsichts- und urteilsfähige Patient gemeint ist (arg. § 630d Abs. 1 S. 2 BGB; vorbehaltlich § 1909 Abs. 3 BGB). Diese Systematik sollte auch in § 1631c Abs. 3 BGB-E beachtet und der erste Satz deshalb wie folgt gefasst werden:

„Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, kann es in einen Eingriff i.S.v. Abs. 2 S. 1 einwilligen, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmt.“

⁵⁷ Lipp MedR 2008, 292, 293.

⁵⁸ BVerfG FamRZ 2003, 296, 300; BVerfGE 84, 168, 180, 184; BVerfGE 56, 363, 384.

⁵⁹ Ethikrat, Stellungnahme (Fn. 4), S. 174; Spickhoff (Fn. 40), S. 529, 536.

⁶⁰ Coester-Waltjen MedR 2012, 553, 559.

⁶¹ MünchKomm/Huber (Fn. 8), § 1626 Rn. 43.

⁶² Entwurf S. 32.

4. Co-Konsens und Genehmigungspflicht

Es bleibt allerdings die Frage, ob es neben dem Co-Konsens zusätzlich noch eines gerichtlichen Genehmigungsvorbehalts bedarf. Dieser muss sich – wie dargelegt (unter V.1.) – auf die Entscheidung der Eltern, nicht des Kindes beziehen und bedeutet – ebenso wie § 1631b BGB – eine erhebliche Beschränkung der elterlichen Autonomie, können die Eltern doch ohne gerichtliche Genehmigung nicht in eine geschlechtsangleichende Operation ihres Kindes einwilligen. Die Entwurfsverfasser rechtfertigen den Eingriff auch an dieser Stelle (wie auch im Kontext von § 1631c Abs. 2 BGB-E) mit dem Hinweis auf die komplexe medizinische Einordnung und die lebenslange Bedeutung eines möglicherweise irreversiblen Eingriffs⁶³. Der Vorbehalt soll also auch hier keiner konkreten Gefährdung des Kindeswohl entgegenwirken, sondern der abstrakten Gefahr vorbeugen, dass das Kind fremdbestimmt wird und die Eltern vorschnell die Zustimmung zu einer solchen gravierenden Maßnahme erteilen. Geht man aber mit den Entwurfsverfassern davon aus – und hierfür spricht schon Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG –, dass die Eltern die besten Sachwalter der Kindesinteressen sind (was für Vormünder und Ergänzungspfleger nicht gleichermaßen unterstellt werden kann)⁶⁴, so kann davon ausgegangen werden, dass sie auch in Wunschbehandlungen des Kindes nicht leichtfertig einwilligen. Den behandelnden Arzt treffen zudem umfassende Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten (§ 630e BGB) und seinen Eltern⁶⁵. Bedenkt man aber, dass es um irreversible Entscheidungen geht, deren Tragweite weder die Eltern noch das Kind überblicken können, spricht einiges auch hier für die Lösung des Entwurfs, die umfassende Abwägung aller (medizinischen, psychologischen und psychosozialen) Vor- und Nachteile des Eingriffs und seiner Folgen für das Kindeswohl⁶⁶ nicht einem Arzt zu überlassen, sondern dem Familienrichter.

5. Reichweite des Genehmigungsvorbehalts

Der Entwurf unterwirft nur die Zustimmung der Eltern einem Genehmigungsvorbehalt, nicht aber ihre Ablehnung⁶⁷. Darin unterscheidet er sich von § 45b Abs. 2 S. 3 PStG, der für den Fall der Änderung von Angaben zum Geschlecht und Namen im Geburtenregister eine Ersetzung der Zustimmung der Eltern vorsieht, wenn diese Maßnahme dem Kindeswohl nicht widerspricht. Wird die Zustimmung der Eltern zum operativen Eingriff also verweigert, kommt eine Zustimmungsersetzung nur unter den Voraussetzungen von § 1666 Abs. 3 Nr. 5 i.V.m. Abs. 1 BGB in Betracht. Dies wirft die Frage auf, ob die Hürde für ein Kind, das sich u.U. ohnehin in einer psychischen Zwangslage befindet und bei einer Weigerung seiner Eltern ein Verfahren nach § 1666 BGB anstoßen müsste, nicht zu hoch ist und dieses weiter belasten würde⁶⁸. Die Schaffung einer dem § 45b Abs. 2 PStG ähnelnden Regelung wäre auch die folgerichtige Fortführung der Grundsatzentscheidung, dass ein Kind ab vollendeten 14. Lebensjahr grundsätzlich in Fragen der Geschlechtsidentität eine eigene Entscheidung treffen können soll.

⁶³ Entwurf S. 31.

⁶⁴ So selbst der Entwurf S. 32.

⁶⁵ Coester-Waltjen MedR 2012, 553, 559.

⁶⁶ Zur Notwendigkeit dieser Prüfung Ethikkommission Stellungnahme (Fn. 4), S. 174.

⁶⁷ Entwurf S. 32.

⁶⁸ So die Begründung zu § 45b PStG BT-Drucks. 19/4669, S. 11.

Gleichwohl bleibt zu bedenken, dass es im PStG nur um reversible Angaben zum eigenen Geschlecht und zum Namen in einem deutschen Personeneintrag im Personenstandsbuch geht (s. §§ 46 ff. PStG), hier aber um einen erheblichen irreversiblen körperlichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Kindes, für den der Entwurf zu Recht den Konsens von Kind und Eltern verlangt⁶⁹, da auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass das ohnehin belastete Kind nicht noch Konflikten mit seinen Eltern ausgesetzt wird.

6. Maßstab der Kindeswohlprüfung

Der Entwurf hält eine negative Kindeswohlprüfung für ausreichend, um das Kind vor übereilten irreversiblen Entscheidungen zu schützen⁷⁰. Diese Begründung überzeugt aber schon deshalb nicht, weil bereits das Erfordernis der elterlichen Zustimmung mit dem Übereilungsschutz begründet wurde⁷¹. Wenn weder das Kind noch die Eltern die Tragweite des Eingriffs überblicken, muss das Gericht umfassend prüfen, welche medizinischen Maßnahmen für diese Wunsch-OP nach dem aktuellen Standard (§ 630a Abs. 2 BGB) möglich sind und ob deren Nutzen-Kosten-Risiko angemessen ist. Damit stellt sich die Frage, ob dies durch eine negative Kindeswohlprüfung sichergestellt werden kann. Konzentriert sich die Kindeswohlprüfung auf die Frage, ob das Kind eine selbstbestimmte Entscheidung getroffen⁷² und eine Beratung stattgefunden hat (§ 1631c Abs. 3 S. 4 BGB-E) und besteht die Gefahr, dass im Regelfall – bei Vorliegen eines Beratungsscheins – die Genehmigung erteilt wird, bedürfte es im Interesse eines möglichst umfassenden Kindesschutzes einer positiven Kindeswohlprüfung. Freilich würde eine solche Prüfung möglicherweise die Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts übersteigen; zudem kann der genannten Gefahr (Genehmigung gegen Beratungsschein) durch die Streichung von § 1631c Abs. 3 S. 4 BGB-E (dazu nachfolgend unter 7.) begegnet werden, so dass der Entwurf i.E. zu Recht den negativen Kindeswohlmaßstab gewählt hat.

7. Erfordernis einer Beratung des Kindes

Nach § 630e BGB ist der behandelnde Arzt verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären (§ 630e Abs. 1 S. 1 BGB). Grundsätzlich stellen die Gerichte gerade bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen hohe Anforderungen an die Pflicht des Arztes zur Aufklärung des Patienten in Bezug auf Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit (§ 630e Abs. 1 S. 2 BGB)⁷³. Deshalb stellt sich die Frage, inwieweit es darüberhinausgehender Beratungen bedarf. Soweit der Entwurf zur Begründung auf die Notwendigkeit einer ergebnisoffenen spezifischen Beratung des Betroffenen hinweist, wie sie die S2k-Leitlinie Varianten der Geschlechtsentwicklung der Deutschen Gesellschaft für Urologie e.V.⁷⁴ vorsieht⁷⁵, so wird übersehen, dass diese Leitlinie ohnehin die

⁶⁹ Grundsätzlich zur Wichtigkeit eines Co-Konsenses Coester-Waltjen MedR 2012, 529, 559.

⁷⁰ Entwurf S. 31.

⁷¹ Entwurf S. 32.

⁷² Entwurf S. 32.

⁷³ BeckOK-BGB/Katzenmeier (1.11.2019), § 630e Rn. 22 m.w.N.

⁷⁴ Leitlinie (aktueller Stand 7/2016), https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/174-0011_S2k_Geschlechtsentwicklung-Varianten_2016-08_01.pdf, S. 16.

Reichweite der Aufklärungspflichten des Arztes bestimmt⁷⁶. Damit soll allerdings nicht die Notwendigkeit einer psychologischen Beratung des betroffenen Kindes und seiner Eltern in Frage gestellt werden; vielmehr fordert die Kommission nachdrücklich einen flächendeckenden Ausbau diesbezüglicher Beratungsangebote für die Betroffenen durch das Jugendamt (näher unten VII.3.). Es muss jedoch der Gefahr entgegengewirkt werden, dass die Genehmigungsentscheidung davon abhängt, ob eine solche Beratung erfolgt ist und ein Beratungsschein ausgestellt wurde oder nicht. Deshalb empfiehlt die Kommission mehrheitlich,

§ 1631c Abs. 3 S. 4 BGB-E zu streichen.

8. Fazit

Nach alledem sollte Abs. 3 nach mehrheitlicher Ansicht der Kommission wie folgt gefasst werden:

Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, kann es in einen Eingriff i.S.v. Abs. 2 S. 1 einwilligen, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmt. Die Zustimmung bedarf der Genehmigung des Familiengerichts. Die Genehmigung wird erteilt, wenn der Eingriff dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.

VI. Verfahrensrechtliche Änderungen

1. Ergänzung von § 158 Abs. 2 FamFG (Art. 2 Nr. 1 des Entwurfs)

Dass die Fälle des § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E künftig ein Regelbeispiel für die Bestellung eines Verfahrensbeistandes bilden sollen, wird von der Kommission ausdrücklich begrüßt, soweit ihrem Streichungsvorschlag (dazu oben II.3.) nicht Rechnung getragen wird. Angesichts der Bedeutung geschlechtsverändernder Wunsch-OP's bleibt aber die Frage, warum die Konstellationen des § 1631c Abs. 3 BGB-E nicht in den Katalog der Regelbeispiele aufgenommen werden sollen. Zwar ist eine Bestellung stets über § 158 Abs. 1 FamFG möglich. Andererseits sollte ein Jugendlicher ein Gerichtsverfahren, in welchem über derart persönliche und weitreichende Eingriffe verhandelt wird, prinzipiell nicht ohne eigenen Interessenvertreter führen müssen. Dies gilt erst recht, wenn einerseits die Hürden für die Genehmigung der geschlechtsverändernden Operation aus gutem Grund hoch angesetzt sind, andererseits der Entwurf sich gerade auf die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des heranwachsenden Kindes beruft⁷⁷.

Ebenso unverständlich bleibt, warum der Katalog nicht auch um die Tatbestände der §§ 1631b und d BGB erweitert wird, greifen doch auch die dort geregelten Maßnahmen erheblich in die Rechte des Kindes und seine weitere Lebensführung ein. Die Kommission plädiert deshalb

⁷⁵ Entwurf S. 32.

⁷⁶ Leitlinie (Fn. 74), S. 16.

⁷⁷ Entwurf S. 16, 21.

für Erweiterung von Ziffer 6 um Verfahren nach § 1631c Abs. 3 BGB-E sowie der §§ 1631b und d BGB.

2. Ergänzung von § 163 FamFG (Art. 2 Nr. 2 des Entwurfs)

a) Strengbeweis in Verfahren nach § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E

Sollten entgegen dem Vorschlag der Kommission die Sätze 2 und 3 von § 1631c Abs. 2 BGB-E nicht gestrichen werden, so erscheint die zwingende Einführung eines Strengbeweisverfahrens gleichwohl als fragwürdig. Auch in anderen Fällen hoher Grundrechtsrelevanz staatlichen Handelns bleibt es dem Richter vorbehalten, über die Frage der Einholung eines Gutachtens zu befinden. Ein solches wird in aller Regel vonnöten sein, doch bedarf es nicht prinzipiell einer solchen rigiden gesetzgeberischen Vorgabe.

Hinzu kommt, dass die zwingende Einholung eines Gutachtens nur geschlechtszuordnende Eingriffe erfasst, die medizinisch indiziert sind, und die Eltern dem Eingriff auch zustimmen. Dies ergibt sich aus der klaren Formulierung, dass gemäß § 163 Abs. 1 FamFG-E nur die Fälle des § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E erfasst. Das entsprechende gerichtliche Verfahren ist aber auf familiengerichtliche Genehmigung der elterlichen Entscheidung gerichtet, erfasst damit also nicht die Fälle, in denen Eltern ihre Zustimmung zur Operation verweigern. Würde sich die Verweigerung aber als Kindeswohlgefährdend erweisen, müsste ein Verfahren nach § 1666 BGB eingeleitet und ggfs. (wenn nicht § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB greift) ein – dann ausnahmsweise zustimmungsbefugter – Ergänzungspfleger bestellt werden. In diesem Verfahren würde sich die Notwendigkeit einer Begutachtung aber eben nicht aus § 163 FamFG – zwingend – ergeben, sondern aus der allgemeinen Amtsermittlungspflicht.

Der Entwurf begründet die Begutachtungspflicht damit, es werde im Verfahren „eine zweite medizinische Expertise eingeholt, ohne dass die Eltern gezwungen sind, selbst einen entsprechenden Experten zu suchen und dabei die Fachkompetenz des Behandlers von sich aus anzuzweifeln“⁷⁸. Wenn der Grund für die zwingende Einholung eines Gutachtens also offenbar in erster Linie die Unterstützung der Eltern und nicht der Schutz des Kindes ist, wirft dies aber die Frage auf, warum entsprechende familiengerichtliche Genehmigungsverfahren nicht auch in anderen Fällen vorgesehen sind, in denen von Eltern verlangt wird, Entscheidungen mit weitreichender Tragweite für ihre Kinder zu treffen. Hier denke man z. B. an die Abschaltung lebenserhaltender Maßnahmen, Zustimmung zu lebensgefährlichen Operationen o. ä. Diese Verwerfung unterstreicht die Notwendigkeit der Streichung von § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E.

Wenn man aber meint, besondere Anforderungen für Verfahren nach § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E stellen zu müssen, würde es naheliegen,

die Qualifikation des Sachverständigen exakter zu fassen.

„Erfahrung mit operativen Eingriffen an den inneren und äußeren Geschlechtsmerkmalen“ sind ohne die zusätzlich aufgeführte ärztliche Berufsqualifikation nicht vorstellbar. Wichtig erscheint aber ebenso die Erfahrung mit den psychologischen

⁷⁸ Entwurf S. 22.

Folgen eines derartigen Eingriffs, zumal die Entwurfsbegründung ausdrücklich betont, dass auch die Abwendung psychischer Gesundheitsgefahren in den Ausnahmebereich des Operationsverbots einbezogen sei⁷⁹; zu beurteilen, ob und in welchem Ausmaß diese allerdings drohen, erfordert aber in erster Linie psychologische, nicht medizinische Kompetenz.

b) Strengbeweis in Verfahren nach § 1631c Abs. 3 BGB-E

Die Kommission überzeugt die Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 163 Abs. 3 FamFG-E auf Verfahren nach § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E nicht. Der Entwurf begründet nicht, warum die förmliche Beweisaufnahme in den Fällen, in welchen das Kind selbst die Operation wünscht, nicht gelten soll⁸⁰. Dies ist umso weniger erklärlich, als die Entwurfsverfasser zugleich betonen, dass eine verantwortungsvolle Ausübung des Selbstbestimmungsrechts als Grundvoraussetzung der Einwilligungsfähigkeit bei geschlechtszuordnenden Operationen eine fortgeschrittene Geschlechtsidentitätsreife erfordere, die erst nach einer ausgeprägten Auseinandersetzung mit der eigenen Geschlechtsidentität anzunehmen sei und ein hohes Maß an Verstandesreife und Einsichtsfähigkeit verlange⁸¹. Dies soll ein Richter ohne Einholung eines psychologischen Gutachtens nur aufgrund des Eindrucks in der persönlichen Anhörung beurteilen können? Wenn man also meint, zum Schutz des Kindes eine förmliche Beweisaufnahme vorschreiben zu müssen, sollte dies konsequent alle Fälle geschlechtsverändernder Operationen erfassen. Die Kommission fordert deshalb

die Erweiterung von § 163 Abs. 3 FamFG-E auf Verfahren nach § 1631c Abs. 3 BGB-E.

c) Gutachten von zwei Sachverständigen

Angesichts der schweren irreversiblen Folgen, die mit einer geschlechtszuweisenden Operation verbunden sind, und der Vielschichtigkeit der abzuwägenden Gründe sollten zudem in Anlehnung an § 4 Abs. 3 TSG

die Gutachten von zwei Sachverständigen

eingeholt werden, die aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer beruflichen Erfahrung mit den besonderen Problemen der Intersexualität ausreichend vertraut sind⁸². Auf diese Weise würde die Möglichkeit eröffnet, sowohl den Sachverstand von Urologen, Psychologen und Psychiatern in die Entscheidungsfindung einzubinden.

⁷⁹ Entwurf S. 27.

⁸⁰ Entwurf S. 34.

⁸¹ Entwurf S. 27.

⁸² S. Dethloff, Stellungnahme (Fn. 5), S. 6.

VII. Weiterer Reformbedarf

1. Fehlende Regelung zur Einwilligung in Hormonbehandlungen

Der Entwurf beschränkt sich auf operative Eingriffe⁸³ mit der Folge, dass Hormonbehandlungen etwa zur Verzögerung der biologischen Entwicklung⁸⁴ oder der Beseitigung von Störungen (z.B. AGS)⁸⁵, die bei Kindern angewendet werden⁸⁶, nicht verboten sind, also von Eltern im Rahmen ihrer elterlichen Sorge bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung veranlasst werden können, und zwar auch gegen den (natürlichen) Willen des (einwilligungsunfähigen) Kindes. Bedenkt man aber, dass es (noch) keine geeigneten Medikamente für Kinder gibt, sondern nur für Erwachsene zugelassene Hormonpräparate, die zudem über einen langen Zeitraum verabreicht werden und ihrerseits Krankheitszustände (z.B. Osteoporose)⁸⁷ oder gar irreversible Veränderungen des geschlechtlichen Erscheinungsbildes zur Folge haben können (z.B. Gesichtszüge, Stimmlage)⁸⁸, so stellt sich die Frage, ob nicht auch hier ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, da auch in diesem Fall das Recht des Kindes tangiert ist, nach Eintritt der eigenen vollständigen Selbstbestimmungsfähigkeit sein weiteres Leben selbst zu gestalten, ohne durch etwaige geschlechtsverändernde Eingriffe belastet zu sein, die auf Entscheidungen der Eltern zurückgehen⁸⁹. Es soll nicht weiter hinterfragt werden, ob das Schutzbedürfnis des Kindes bei Hormonbehandlung wirklich niedriger ist als bei operativen Eingriffen⁹⁰, weshalb gegebenenfalls weniger Regeln notwendig sein könnten als bei operativen Eingriffen. Jedenfalls sollte zumindest zur Sicherung des Selbstbestimmungsrechts des Minderjährigen

ein Vetorecht des Kindes gegen nicht lebensnotwendige Hormonbehandlungen

festgeschrieben werden⁹¹.

2. Fehlende allgemeine Regelung zur Einwilligung in Heilbehandlungen

So wichtig die Schaffung einer Norm zum Schutz von Kindern vor geschlechtszuordnenden Operationen auch ist, so sehr fehlt eine Norm, die das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Integrität auch der Kinder schützt, die von Eingriffen betroffen sind, ohne dass es zu einer Geschlechtsveränderung kommt. Dies läge auch im Interesse der Rechtssicherheit und würde einer langjährigen rechtspolitischen Forderung genügen⁹². Zwar ist die allgemeine Frage der Einwilligung in ärztliche Behandlungen von Minderjährigen höchst streitig und ethisch schwierig zu

⁸³ Entwurf S. 23; Überblick über die Vielfalt der operativen Eingriffe Entwurf S. 10.

⁸⁴ Dazu Entwurf S. 11.

⁸⁵ Zur Behandlung des AGS-Syndroms mit dem Hormon Cortisol Ethikrat Stellungnahme (Fn. 4), S. 157.

⁸⁶ Näher dazu 6. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland, S. 10 ff.

http://intersex.schattenbericht.org/public/Schattenbericht_CEDAW_2008-Intersexuelle_Menschen_e_V.pdf.

⁸⁷ Ethikrat Stellungnahme (Fn. 4), S. 155; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 159, 169, 172.

⁸⁸ Entwurf S. 23.

⁸⁹ Zu dieser allgemeinen Zielrichtung Entwurf S. 23.

⁹⁰ Entwurf S. 23.

⁹¹ Für ein Vetorecht sowohl von einwilligungsunfähigen als auch einwilligungsfähigen Minderjährigen Spickhoff FamRZ 2018, 412, 421, 422.

⁹² Jüngst Götz NZFam 2020, 1, 2.

beantworten⁹³. Dies ändert aber nichts am Regelungsbedarf, der sich immer wieder offenbart, so etwa bei Schaffung von § 1631b Abs. 2 BGB⁹⁴ sowie § 1631d BGB, wo ein breites Meinungsspektrum zur Frage besteht, ob und inwieweit neben/anstelle der Eltern der Minderjährige in die Maßnahme einzuwilligen hat⁹⁵. Auch im jetzt vorliegenden Entwurf zeigt nicht zuletzt das Fehlen einer Regelung zur Hormonbehandlung die Dringlichkeit,

die bestehende Regelungslücke endlich zu schließen.

3. Fehlende Regelung zu Beratungsangeboten nach SGB VIII

Die Entwurfsbegründung betont zwar die besondere Rolle der Beratung des Kindes und der Eltern⁹⁶ und macht hiervon sogar die Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung von Wunschoperationen abhängig (§ 1631c Abs. 3 S. 4 BGB-E). Gleichwohl fehlt ein konkretes und spezifisches Beratungsangebot. Der Hinweis in der Entwurfsbegründung auf § 16 Abs. 2 S. 2 und § 8 Abs. 2 und 3 SGB VIII⁹⁷ befriedigt schon deshalb nicht, weil die Soll-Vorschrift des § 16 SGB VIII keine Rechtsansprüche formuliert⁹⁸, sondern nur eine Verpflichtung des Trägers der Jugendhilfe zur Bereitstellung allgemeiner und präventiver Beratungsangebote regelt mit der Folge, dass hierauf eine am Einzelfall orientierte Beratung nicht gestützt werden kann⁹⁹. Es verträgt sich auch nicht mit der Bedeutung der Beratung, wenn zwar ein Reformbedarf erkannt, dieser aber nicht im Entwurf selbst behoben, sondern allgemein auf die große Reform des SGB VIII verwiesen wird¹⁰⁰, von der weder die Reichweite noch Inkrafttreten derzeit absehbar erscheinen. Die Kommission fordert deshalb

die zeitgleiche Aufnahme einer spezifischen Regelung im SGB VIII zur Beratung von betroffenen Kindern und Eltern über den Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung und den Möglichkeiten und Risiken geschlechtszuordnender Operationen.

Zwar begrüßt die Kommission nachdrücklich den Vorstoß des BMJV zur Schaffung eines Geschlechtsidentitätsberatungsgesetzes (§ 5 GIBG-E)¹⁰¹, das eine kostenfreie Beratung über Fragen der Geschlechtsidentität vorsieht. Gleichwohl macht dies nicht eine Ergänzung des SGB VIII entbehrlich, solange sich die Beratung nach dem GIBG auf mögliche Änderungen des Geschlechtseintrags und der Vornamensführung beschränkt (§ 2 GIBG-E), also operative Eingriffe nicht ausdrücklich im Blick hat.

⁹³ BT-Drucks. 18/11741 S. 31.

⁹⁴ BT-Drucks. 18/11741 S. 31.

⁹⁵ Zum Meinungsstand BeckOK-BGB/Veit (1.11.2019), § 1631d Rn. 21.2.

⁹⁶ Entwurf S. 10, 22.

⁹⁷ So der Entwurf S. 33.

⁹⁸ BeckOGK-SGB VIII/Schermeier/Stöckl (1.10.2019), § 16 Rn. 6, 34

⁹⁹ BeckOGK-SGB VIII/Schermeier/Stöckl (Fn. 99), § 16 Rn. 28.

¹⁰⁰ Entwurf S. 22.

¹⁰¹ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_TSG_Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Entwurf S. 14.

4. Fehlende Änderungen im FamFG

Unklar bleibt weiter, warum Verfahren nach § 1631c Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 BGB-E nicht in den Katalog der Verfahren aufgenommen werden sollen, die dem Vorrang- und Beschleunigungsgebot nach § 155 FamFG unterliegen. Verfahren nach § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E betreffen regelmäßig „eilbedürftige Fälle mit dringender ärztlicher Operationsempfehlung“¹⁰² und Verfahren nach § 1631c Abs. 3 BGB-E betreffen Minderjährige und ihre Eltern, die zum Teil einem erheblichen seelischen Leidensdruck bzw. psychischen Normalisierungsdruck unterliegen¹⁰³. Deshalb sollte § 155 FamFG um Verfahren nach § 1631c Abs. 2 S. 2 (soweit die Norm erhalten bleibt) und 3 BGB-E erweitert werden.

¹⁰² Entwurf S. 22.

¹⁰³ Entwurf S. 6, 27.