

HINWEISE

des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF)

vom 21.1.2020

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz

eines Gesetzes zum Schutz von Kindern vor geschlechts-
verändernden operativen Eingriffen

A. Vorbemerkung

Das Institut begrüßt uneingeschränkt, dass durch den Entwurf mit der Regelung in § 1631c Abs. 2 S. 1 BGB-E klargestellt wird, dass es grundsätzlich kein Bestandteil der elterlichen Sorge ist, in einen operativen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen des Kindes einzuwilligen, wenn der Eingriff zu einer Änderung des angeborenen biologischen Geschlechts führt.

Ebenso ist zu befürworten, dass nach § 1631c Abs. 2 S. 2 BGB-E das Erteilen einer Einwilligung in derartige Eingriffe ausnahmsweise erlaubt bleibt, wenn sie zur Abwendung einer Gefahr für das Leben oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit des Kindes erforderlich ist. Dies gilt auch im Hinblick auf die weiterhin bestehende Möglichkeit, aufgrund einer Einwilligung der Sorgeberechtigten bzw. des einwilligungsfähigen Kindes eine hormonelle Behandlung des Kindes durchzuführen.

An den Entwurf sind jedoch auch kritische Fragen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Anspruch auf qualifizierte Beratung sowie den Auswirkungen auf die Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes oder Jugendlichen, zu richten.

B. Im Einzelnen

I. Anspruch auf qualifizierte Beratung

In Übereinstimmung mit dem Entwurf ist zwingend erforderlich, dass das Kind und seine Sorgeberechtigten Zugang zu einem qualifizierten Beratungsangebot erhalten. Im Entwurf wird insoweit auf Beratungsangebote nach dem SGB VIII hingewiesen und angeregt, im Rahmen einer Fortentwicklung des Systems der Kinder- und Jugendhilfe zu prüfen, ob ergänzende Regelungen zu Beratungsangeboten für Eltern und Kinder geboten sind (RefE 22, 33). Zwar ist dem Entwurf insoweit zuzustimmen, dass eine Beratung auch zu diesen Fragen Bestandteil der Aufgaben eines Jugendamts nach dem SGB VIII ist. Daneben ist nach Auffassung des Instituts jedoch das Schaffen eines spezialgesetzlichen Anspruchs auf Beratung aller minder- und volljährigen Menschen zwingend. Dies entspräche der Rechtslage in Bezug auf Fragen der Sexualaufklärung, Verhütung und Familienplanung sowie in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen nach § 2 Abs. 1 SchKG und dem Vorschlag im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Änderung des Geschlechtseintrags vom 8.5.2019 des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, der in Art. 12 die Schaffung eines Gesetzes über die Beratung zur Geschlechtsidentität (Geschlechtsidentitätsberatungsgesetz – GIBG) vorsieht.

II. Anspruch des Kindes auf Achtung seines Selbstbestimmungsrechts

Zu Recht betont der Entwurf verschiedentlich, dass jede gesetzliche Regelung das Selbstbestimmungsrecht des selbst entscheidungsfähigen Kindes zu berücksichtigen hat. Gleichwohl ist der Vorschlag des Entwurfs in § 1631c Abs. 3 BGB-E, wie dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes Genüge zu tun sei, zu hinterfragen. Konkret ist zwar nach § 1631a Abs. 3 S. 1 BGB-E eine Einwilligung des Kindes, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Jedoch soll es nur in einen operativen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen einwilligen können, in den die Sorgeberechtigten nach § 1631c Abs. 2 S. 1 BGB-E nicht einwilligen können. Zudem soll die Einwilligung des Kindes nach § 1631c Abs. 3 S. 2 BGB-E für ihre Wirksamkeit einer Genehmigung des Familiengerichts bedürfen, die nach § 1631c Abs. 3 S. 3 BGB-E neben der Prüfung der Einwilligungsfähigkeit auch zur Voraussetzung hat, dass die Eltern in den operativen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen einwilligen und er dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.

1. Einwilligung des einwilligungsfähigen Kindes in alle operativen Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsorganen

Eine Möglichkeit zur Einwilligung des einwilligungsfähigen Kindes sieht der Entwurf demnach ausdrücklich nur für operative Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen vor, die nicht von der Einwilligungsbefugnis der Sorgeberechtigten nach Absatz 2 umfasst, also nicht zur Abwendung einer Gefahr für das Leben oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit erforderlich sind. In der Begründung wird ausgeführt, dass es sich insoweit insbesondere um geschlechtsverändernde kosmetische Eingriffe handeln würde (RefE 29). Hingegen sollen in geschlechtsverändernde Operationen zur Abwendung einer Lebensgefahr oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit des Kindes nur die Sorgeberechtigten einwilligen können (RefE 29). Weigern sich die Sorgeberechtigten einzuwilligen, kommen dann, wenn dieses Verhalten das Wohl des Kindes iSd § 1666 Abs. 1 BGB gefährdet, Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 BGB, § 1837 Abs. 4 BGB in Betracht.

Es erschließt sich nicht, warum der Entwurf insoweit das von ihm durchgängige betonte Selbstbestimmungsrecht des Kindes einschränkt. Unklar bleibt auch, warum gerade auf die Folgen des Unterlassens eines Eingriffs abgestellt wird – und nicht etwa auf die möglichen Folgen des Vornehmens eines Eingriffs. Aus der Perspektive des Instituts ist eine Regelung vorzuziehen, bei der das einwilligungsfähige Kind in alle operativen Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsorganen einwilligen kann.

2. Co-Konsens der Eltern

Nur in der Folge – also nach Regelung der grundsätzlichen Befugnis zur Einwilligung des einwilligungsfähigen Kindes in alle Eingriffe – sollte sich dann die Frage stellen, in welchen Fällen es zusätzlich zur Einwilligung des Kindes eines Co-Konsenses der Eltern bedürfen soll. Darüber könnte bei operativen und damit grundsätzlich geschlechtsfestlegenden Eingriffen aufgrund der gravierenden Bedeutung für die Zukunft des Kindes nachgedacht werden. Zwar ist nach Ansicht des Instituts grundsätzlich davon auszugehen, dass das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) zurücktritt, wenn das Kind in Bereichen mit besonderer persönlichkeitsrechtlicher Relevanz bereits selbstbestimmte Entscheidungen treffen kann.¹ Jedoch könnte argumentiert werden, dass das Erziehungsrecht und die Schutzpflicht der Eltern auch in Fällen der Selbstbestimmungsfähigkeit dann nicht vollständig zurücktreten, sondern eine Mitentscheidung der Eltern erforderlich bleibt, wenn die Entscheidung gravierende Folgen für die weitere kindliche Entwicklung haben wird. Dies kann bei operativen Eingriffen an den inneren oder äußeren Geschlechtsorganen angenommen werden.

¹ S. Lohse ua Ärztliche Versorgung Minderjähriger nach sexueller Gewalt ohne Einbezug der Eltern, 2018, 30 f., abrufbar unter www.dijuf.de/files/downloads/Forschung_und_Projekte_Seite_neu/Projekt-sexuelle_Gewalt/Expertise_Aerztliche_Versorgung_Minderjaehriger_nach_sexueller_Gewalt_5_2018.pdf.

3. Leichtere Ersetzung der Einwilligung der Eltern

Der Entwurf sieht anders als etwa § 1631e Abs. 2 S. 3 BGB-E des Referentenentwurfs eines GIBG keine Ersetzung der Zustimmung der Sorgeberechtigten vor, wenn das einwilligungsfähige Kind in einen operativen Eingriff iSd § 1631c Abs. 3 BGB-E einwilligen will und der operative Eingriff auch dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Der Entwurf schafft so ein absolutes Vetorecht der Sorgeberechtigten gegenüber der Entscheidung des einwilligungsfähigen Kindes (RefE 32). Im Kontext der Struktur des Entwurfs erscheint dies zunächst schlüssig, da das Kind nach § 1631c Abs. 3 BGB-E ausschließlich befugt sein soll, in operative Eingriffe einzuwilligen, in Bezug auf die eine Ersetzung der Zustimmung nach § 1666 Abs. 3 BGB nicht möglich sein würde, da ihr Unterlassen das Wohl des Kindes nicht iSd § 1666 Abs. 1 BGB gefährden würde. Gerade wegen der fehlenden Möglichkeit einer Ersetzung nach § 1666 BGB ist nach Auffassung des Instituts aber zwingend auch eine Möglichkeit zur Ersetzung der Zustimmung der Sorgeberechtigten zu schaffen. Ohne diese Möglichkeit ist eine selbstbestimmte Entscheidung des Kindes von vornherein nicht möglich.

Wenn dagegen, wie vom Institut präferiert, das einwilligungsfähige Kind in alle operativen Maßnahmen einwilligen kann und muss und das Vetorecht aufgrund der gravierenden Bedeutung der Entscheidung für die Zukunft des Kindes geregelt werden soll, so wäre jedenfalls für die Fallgestaltung, in der das Unterbleiben bzw. das Vornehmen des operativen Eingriffs eine Lebensgefahr oder erhebliche Gesundheitsgefahr darstellen würde, eine mögliche Ersetzung der elterlichen Zustimmung über § 1666 BGB gegeben. Gleichwohl sollte intensiver darüber nachgedacht werden, ob nicht dennoch eine leichtere Ersetzung der elterlichen Einwilligung möglich sein sollte, um dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes Genüge zu tun.

4. Altersgrenze für die Einwilligungsfähigkeit

Der Entwurf hat sich dafür entschieden, dass das Kind das 14. Lebensjahr vollendet haben muss, um in geschlechtsverändernde Eingriffe einwilligen zu können. Vor Vollendung des 14. Lebensjahrs ist auch das als einwilligungsfähig anzusehende Kind nicht zum Erteilen einer Einwilligung befugt.

Bezüglich der konkreten Altersfestlegung knüpft der Entwurf an § 45b Abs. 2 PStG an, nach dem Erklärungen zur Geschlechtsangabe und Vornamensführung bei Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung ab Vollendung des 14. Lebensjahrs vom Kind selbst abzugeben sind (RefE 29). Eine Anknüpfung an die Regelungen im PStG scheint nach Einschätzung des Instituts verfehlt, da Erklärungen zur Geschlechtsangabe und Vornamensführung mehrfach abgegeben werden können (Bruns StAZ 2019, 97), diese personenstandsrechtlichen Erklärungen demnach anders als ein operativer Eingriff keine ohne Weiteres widerruflichen Folgen haben. Eher liegt eine Orientierung an Regelungen zur selbstbestimmten Entscheidung über andere medizinische Eingriffe nahe, die dauerhafte Wirkung entfalten wie zB die Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch.

Zudem ist nach Auffassung des Instituts eine feste Altersgrenze nur sinnvoll, wenn zu vermuten ist, dass ein durchschnittlich entwickeltes Kind mit Erreichen der normierten Altersgrenze für eine bestimmte Entscheidung regelmäßig als einwilligungsfähig anzusehen sein wird. Zu fragen ist demnach nicht, ob einem Kind ab dem 14. Lebensjahr die Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit – trotz der weitreichenden Folgen einer geschlechtsverändernden Operation – nicht mehr grundsätzlich abzusprechen (RefE 30), sondern grundsätzlich zuzusprechen ist (RefE 30).

Alternativ könnte darüber nachgedacht werden, auf eine feste Altersgrenze ganz zu verzichten und stattdessen allein auf die Prüfung der Einwilligungsfähigkeit im jeweiligen Einzelfall abzustellen. So könnte der sehr unterschiedlichen individuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen Rechnung getragen werden. Voraussetzung hierfür wäre allerdings ein qualifiziertes Verfahren zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit. Es wäre zu prüfen, ob dies eher durch das Familiengericht (ggf. mit Unterstützung Sachverständiger) oder den behandelnden Arzt bzw. die behandelnde Ärztin gewährleistet werden könnte.

5. Überprüfung der Einwilligungsfähigkeit im Rahmen des familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts

Auch ab Vollendung der vorgesehenen Altersgrenze von 14 Jahren besteht nur eine gesetzliche Vermutung für die Einwilligungsfähigkeit, da die Entscheidung einem Genehmigungsvorbehalt durch das Familiengericht unterworfen wird, welches im Rahmen des Genehmigungsverfahrens auch die Einwilligungsfähigkeit überprüfen soll. Für die Überprüfung der Einwilligungsfähigkeit hat sich der Entwurf hier also für eine Genehmigung durch das Familiengericht entschieden.

Zu beachten gilt es insofern, dass das BGB bislang – anders als für die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters bzw. der gesetzlichen Vertreterin eines Menschen – eine präventive Kontrolle der Entscheidung des einwilligungsfähigen Inhabers und der einwilligungsfähigen Inhaberin eines absoluten Rechts durch ein gerichtliches Verfahren nicht kennt. Dies schließt zwar nicht aus, dass die konkrete Prüfung der Einwilligungsfähigkeit dem Familiengericht übertragen wird, wäre aber näher zu begründen. Denkbar wäre insofern, auf den familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalt bezüglich der Entscheidung eines selbstbestimmungsfähigen Kindes ganz zu verzichten. Zwar erscheint es auf den ersten Blick „sicherer“ und für die behandelnden Ärzte und Ärztinnen entlastend, wenn das Familiengericht die Einwilligung in die Operation genehmigt und dabei inzident die Einwilligungsfähigkeit prüft. Letztlich verfügt das Familiengericht aber über keine „besseren“ Fähigkeiten, die Einwilligungsfähigkeit eines Kindes zu beurteilen.

Anstelle einer Genehmigung der eigenen Entscheidung eines bzw. einer Minderjährigen könnte – was dann der bisherigen Systematik des BGB (Genehmigung der Entscheidung des gesetzlichen Vertreters bzw. der gesetzlichen Vertreterin einer Person, s. etwa § 1631b BGB) eher entspräche – über einen familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalt bezüglich der Entscheidung der Eltern nachgedacht werden. Der

Genehmigungsvorbehalt könnte dann sowohl die Entscheidung über den Co-Konsens umfassen als auch die alleinige Entscheidung der sorgeberechtigten Eltern beim nicht selbst einwilligungsfähigen Kind (derzeit § 1631c Abs. 2 BGB-E). Nach Ansicht des Instituts wäre die Regelung eines solchen Genehmigungsvorbehalts aber nicht zwingend erforderlich, da das BGB auch andere vergleichbare Entscheidungen von Eltern im medizinischen Bereich wie bspw. Entscheidungen am Lebensende nicht unter einen Genehmigungsvorbehalt stellt.

6. Entbehrlichkeit der Kindeswohlprüfung zusätzlich zur Einwilligungsfähigkeit

Irritierend ist bezüglich des Genehmigungsverfahrens insbesondere, dass neben der Feststellung der Einwilligungsfähigkeit auch eine Prüfung umfasst sein soll, ob der Eingriff dem Wohl des Kindes nicht widerspricht (§ 1631c Abs. 3 S. 3 Nr. 3 BGB-E). Infolge dieser Einschränkung der Entscheidungsfreiheit lässt sich von einer wirklichen Befugnis des einwilligungsfähigen Kindes zu einer selbstbestimmten Entscheidung von vornherein nicht sprechen. Es braucht diese Voraussetzung auch nicht, um eine mögliche Gefährdung abzuwenden. Denn nach der vom Institut bevorzugten Lösung bräuhete es stets der Co-Einwilligung der Eltern. Dh, selbst wenn das Kind sich mit seiner Entscheidung für oder gegen eine Operation selbst gefährden würde, könnte diese durch ein Veto der Eltern bzw. eine ersetzende Erklärung verhindert werden.

C. Fazit

Nach Einschätzung des Instituts wird das Selbstbestimmungsrecht des Kindes dadurch, dass der Entwurf ihm von vornherein die Kompetenz abspricht, in einen operativen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen einzuwilligen, der zur Abwendung einer Gefahr für das Leben oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit des Kindes erforderlich ist, und zudem seine Einwilligung in andere operative Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen von einer Zustimmung der Sorgeberechtigten abhängig gemacht wird, die nicht ersetzt werden kann, nicht hinreichend gewährleistet.

Vorzugswürdig erscheint eine Regelung, die (nur) für das nicht einwilligungsfähige Kind einen Ausschluss für den Eingriff – wie er nach dem derzeitigen Entwurf für alle Kinder unabhängig von der Einwilligungsfähigkeit in § 1631c Abs. 2 BGB-E geplant ist – vorsieht.

Für einwilligungsfähige Kinder ist dagegen nach Auffassung des Instituts eine Regelung vorzugswürdig, die eine Entscheidungsmöglichkeit für jeden operativen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen vorsieht, um der Selbstbestimmungsfähigkeit hinreichend Genüge zu tun. Insoweit könnte aufgrund der Relevanz des Eingriffs über einen generell notwendigen Co-Konsens der Eltern nachgedacht werden. Was den familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalt betrifft, so ist fraglich ist, ob bei Einwilligungsfähigkeit des Kindes überhaupt ein familiengerichtliches Verfahren erforderlich ist. Sofern dies vorgesehen wird, ist die zusätzliche Kindeswohlprüfung durch das Familiengericht, das im Rahmen eines vorgesehenen Genehmi-

gungsverfahrens bereits das Vorliegen der tatsächlichen Einwilligungsfähigkeit sowie den Co-Konsens der Eltern prüft, mit dem Selbstbestimmungsrecht von einwilligungsfähigen Minderjährigen nach Auffassung des Instituts nicht zu vereinbaren.

In der Zukunft könnte de lege ferenda darüber nachgedacht werden, entsprechend der gesetzlichen Regelung in Österreich (§ 173 österrABGB) die Befugnis zur Einwilligungserteilung bei medizinischen Maßnahmen generell dem einwilligungsfähigen Kind zu übertragen – eingeschränkt durch einen erforderlichen Co-Konsens der Eltern in allen Fällen, in denen der Eingriff mit erheblichen Folgen für das Kind verbunden ist.