

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 13.1.2021 zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (BT-Drucks. 19/2486)

Überblick

I.	Einleitung	2
II.	Zu schmaler und unglücklich gewählter Anwendungsbereich	3
III.	Allgemeine Überlegungen	5
1.	Beklagenswerte Abkehr von der Strenge des Referentenentwurfs	5
2.	Beklagenswerte Komplexität und Auslegungsspielräume	7
IV.	Probleme im Hinblick auf das Konzept und die Folgen der Einwilligungsfähigkeit	8
1.	Schwierigkeiten bei der Feststellung der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen	8
2.	Weitreichende Folgen der Bejahung der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen	10
V.	Unklarheiten bei den erfassten Behandlungen	11
1.	Unklarheit beim Konzept „kein weiterer Grund“ (Abs. 1)	11
2.	Unklarheit beim Konzept „wenn der Eingriff nicht bis zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Kindes aufgeschoben werden kann“ (Abs. 2 S. 1 a.E.)	12
3.	Unklare und unbefriedigende Rechtslage bei hormonellen Behandlungen	14
VI.	Probleme und Unklarheiten in Bezug auf die interdisziplinäre Kommission und ihre Stellungnahme	15
1.	Fehlende Vorgaben zum allgemeinen Rahmen	15
2.	Keine Vorgaben zum Procedere der Erarbeitung der Stellungnahme	15
3.	Probleme bei der Zusammensetzung, Konstituierung und Fixierung	16
4.	Unparteilichkeit und nennenswerte Berufserfahrung sind explizit nicht gewollt	17
5.	Durchführung juristischer Wertungen durch die Kommission	18
6.	Kosten	19
7.	Ungleichbehandlung von Kindern in Verfahren mit und ohne interdisziplinäre Kommissionsstellungnahme	19
8.	Fehlende zwingende Beteiligung einer in der psychosozialen Beratung von intergeschlechtlichen Kindern und deren Angehörigen geschulten und erfahrenen Person	20
9.	Stärkeres Hinwirken auf Beratung durch eine intergeschlechtliche Person	20
10.	Fazit	21
VII.	Die vier Stufen der Eile	21
VIII.	Verkürzter Rechtsschutz durch das vereinfachte Verfahren, § 1631e III 3 BGB-E i.V.m. § 167b I FamFG-E	22
IX.	Fehlende flankierende Regelungen	25
1.	Eigenständiger Beratungsanspruch	25
2.	Entschädigungsfonds	26
3.	Schulungen für RichterInnen und medizinisches Personal	26
4.	Zentralregister und Berichtspflicht	26
5.	Zügigere Evaluation	27
X.	Fazit	27

Juristische Fakultät

Lehrstuhl für deutsches,
europäisches und
internationales Privat- und
Verfahrensrecht
Institut für Rechtsfragen der
Medizin
Prof. Dr. Katharina Lugani

+49 211 81 11429
lugani@hhu.de

Düsseldorf, 11.1.2021

**Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf
Gebäude 24.81
Ebene 02 Raum 45
www.hhu.de

I. Einleitung

Es ist sehr zu begrüßen, dass die Bundesregierung in dieser Legislaturperiode noch den Auftrag aus dem Koalitionsvertrag von 2018, geschlechtsangleichende medizinische Eingriffe an Kindern zu regeln¹, erfüllen möchte. Dem Ziel des Entwurfs, Beeinträchtigungen des Rechts des Kindes auf geschlechtliche Selbstbestimmung durch medizinische Behandlungen, die sein Erscheinungsbild an das männliche oder weibliche Geschlecht angleichen, zu verhindern,² ist selbstverständlich voll zuzustimmen. Denn irreversible geschlechtsangleichende medizinische Maßnahmen bei Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung „stellen einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit, Wahrung der geschlechtlichen und sexuellen Identität und das Recht auf eine offene Zukunft und oft auch in das Recht auf Fortpflanzungsfreiheit“ dar.³

Der Entwurf enthält viele sinnvolle und überzeugende Regelungen, von denen hier nur einige beispielhaft zu nennen sind: Zunächst ist positiv hervorzuheben, dass der Entwurf im Grundsatz alle Arten von Behandlungen erfasst⁴ (siehe aber differenzierter unten V.3.). Gut ist im Grundsatz zudem, dass die Regelung sich nur auf nicht einwilligungsfähige Kinder bezieht⁵ (siehe aber differenzierter unten IV.2.).

Zuzustimmen ist ferner der Regelung des § 1631e I BGB-E, wonach rein kosmetische Operationen am nicht einwilligungsfähigen Kind klar verboten sind.⁶ Auch die dezidierte Abkehr vom Konzept des Co-Konsenses an

¹ Koalitionsvertrag 2018 (<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>), Zeile 797-799.

² BT-Drucks. 19/24686, S. 17.

³ Ethikrat, Stellungnahme Intersexualität, 2012, S. 174, These 9.6; ähnlich *Henn/Coester-Waltjen*, FamRZ 2020, 481, 482.

⁴ BT-Drucks. 19/24686, S. 1.

⁵ BT-Drucks. 19/24686, S. 2, 13, 23, passim.

⁶ So etwa schon die Forderung der Stellungnahme des DFGT zum RefE, S. 2.

sich erscheint im Prinzip sinnvoll (siehe aber relativierend unten IV.2.). Zudem ist die räumliche Trennung von § 1631c BGB überzeugend.⁹ In § 1631e II 2 BGB-E wird sinnvollerweise die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Fälle des § 1631e II 1 BGB-E, in denen die Eltern nicht in den Eingriff einwilligen können, ausgeschlossen.

Der Richtervorbehalt nach § 14 I Nr. 6 RPfIG-E ist positiv zu benennen und es ist erfreulich, dass diese Anregung aus der Anhörung zum Referententwurf aufgegriffen wurde.¹⁰ Auch die Möglichkeit zur Zuständigkeitskonzentration nach § 167b III FamFG-E erscheint angesichts der geringen Fallzahlen zur Stärkung der Fachkompetenz der Gerichte sinnvoll.

Die 48-jährige Aufbewahrungsfrist (§ 1631e VI BGB-E) ist überzeugend. Dies gilt auch für die in Reaktion auf Kritik in der Verbändeanhörung zum RefE¹¹ vorgesehene Erstreckung der verlängerten Aufbewahrungsfrist auf derzeit noch aufbewahrte (§ 630f III BGB) Akten (Art. 2 des Gesetzes – Art. 229 § ... EGBGB-E).

Dennoch besteht großer Korrekturbedarf.

II. Zu schmaler und unglücklich gewählter Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Norm erstreckt sich auf die „Behandlung eines ... Kindes mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung“, die „in der Absicht erfolgt, das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen“ (§ 1631e I BGB-E) sowie auf „operative Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen des ... Kindes mit einer Variante der Geschlechtsent-

⁹ Siehe krit. etwa Stellungnahme DJB zum RefE, S. 2. Wie jetzt als § 1631e BGB-E auch schon der Gesetzesentwurf „Geschlechtervielfalt im Recht“, vgl. <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/8a02a557eab695bf7179ff2e92d0ab28/imag-band-8-geschlechtervielfalt-im-recht-data.pdf>, S. 76.

¹⁰ Siehe Stellungnahme des BDR zum RefE, S. 1 f.

¹¹ Siehe Stellungnahme des DJB zum RefE, S. 9.

wicklung, die eine Angleichung des körperlichen Erscheinungsbilds des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts zur Folge haben könnten“ (§ 1631e II ff. BGB-E).

Daran ist mehrerlei problematisch. Das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung ist ein medizinisches, kein rechtliches Konzept und es ist einer Prüfung durch Juristen nur mit medizinischer Unterstützung zugänglich.¹³ Sobald gefordert wird, dass das Kind eine Variante der Geschlechtsentwicklung haben muss, kann es theoretisch dazu kommen, dass durch eine Fehldiagnose eine Variante der Geschlechtsentwicklung verneint wird und ein Eingriff irrig nicht in den Anwendungsbereich der Norm fällt.¹⁴ Der zweite Teil der Umschreibung des Anwendungsbereichs der Norm, die „Angleichung des körperlichen Erscheinungsbilds des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts“, ist ein Tatbestand, unter den zu subsumieren sicherlich relativ komplex ist. Ferner rekurriert er auf die Binarität der Geschlechter voraus und trägt so zu ihrer Zementierung bei.

Angesichts der Schwere, Risiken und langfristigen Folgen der Eingriffe wäre ein möglichst **weiter Anwendungsbereich der Norm** wünschenswert. Für den unwahrscheinlichen Fall, dass dies zu einer übermäßigen Verkomplizierung unproblematischer medizinischer Eingriffe führen sollte, kann dies im Rahmen einer Evaluation (s.u.) festgestellt und korrigiert werden. Banal gesagt: Besser, es werden zu viele Genehmigungsverfahren durchlaufen, als zu wenige. Die hiesige Stellungnahme schließt sich daher den Gesetzesvorschlägen an, die auf das **Konzept der Genitalveränderung** abstellen.¹⁵

¹³ Ähnlich Stellungnahme Dr. Pühler, S. 4.

¹⁴ Auch § 1631e S. 1 BGB-E i.d.F. d. Gesetzesentwurfs „Geschlechtervielfalt im Recht“ verzichtet auf das Tatbestandsmerkmal des Vorliegens von Varianten der Geschlechtsentwicklung: „Sorgeberechtigte Personen können nicht in einen geschlechtszuweisenden oder -angleichenden medizinischen Eingriff an den Genitalien oder Keimdrüsen des nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindes einwilligen, es sei denn ...“, vgl. <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/8a02a557eab695bf7179ff2e92d0ab28/imag-band-8-geschlechtervielfalt-im-recht-data.pdf>, S. 76.

¹⁵ So § 11 I 1 Hs. 1 (Geschlechtsidentitätsgesetz – GiG) (BT-Drucks. 19/20048, S. 9): „Eltern können nicht in einen operativen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen ihrer Kinder einwilligen, wenn dies zu einer Veränderung der Genitalien führt“ und

III. Allgemeine Überlegungen

1. Beklagenswerte Abkehr von der Strenge des Referentenentwurfs

Im Vergleich zum Referentenentwurf vom Januar 2020 erlaubt der Regierungsentwurf Eingriffe in deutlich weiterem Umfang.¹⁶ Aufgrund insbesondere der Irreversibilität sollten Eingriffe an intergeschlechtlichen Kindern nur mit größtmöglicher Zurückhaltung zugelassen werden. Die nun insgesamt doch relativ weitgehende Zulassung von Behandlungen und Eingriffen an Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung erscheint daher sehr problematisch. Zwei konkrete Beispiele:

Nach § 1631c II BGB-RefE war eine (genehmigungspflichtige) Einwilligung der Eltern in eine Operation überhaupt nur möglich, „wenn der Eingriff zur Abwendung einer Gefahr für das Leben oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit des Kindes erforderlich“ ist.¹⁷ Demgegenüber ist diese Bedrohungslage nicht mehr Teil des jetzigen Entwurfs; vielmehr genügt es, wenn der Eingriff nicht bis zur Einwilligungsfähigkeit aufgeschoben werden kann und **„der geplante Eingriff dem Wohl des Kindes am besten entspricht“** (§ 1631e III 2 BGB-RegE). **Diese Absenkung des Schutzniveaus ist abzulehnen.**

Auch für den Fall der Eilbedürftigkeit ist der Regierungsentwurf deutlich schwächer in der Kontrollintensität als der Referentenentwurf. Während der Referentenentwurf für Einwilligungen in Eingriffe zur Abwendung einer Gefahr für das Leben oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit des Kindes noch stets eine Genehmigung des Familiengerichts vorsah – freilich immer mit der Grenze des § 630d I 4 BGB, so § 1631c II 3 BGB-RefE –, so entfällt die Genehmigungsbedürftigkeit im Regierungsentwurf, wenn

§ 3 I 1 SelbstBestG (BT-Drucks. 19/19755, S. 7): „Eltern können nicht in einen genitalverändernden chirurgischen Eingriff an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen des Kindes einwilligen.“

¹⁶ BT-Drucks. 19/24686, S. 18.

¹⁷ Auch § 11 I 2 GiG-E (BT-Drucks. 19/20048, S. 9) und § 3 I 3 SelbstBestG-E (BT-Drs. 19/19755, S. 7) gestattet vor Einwilligungsfähigkeit des Kindes genitalverändernde Eingriffe nur, wenn dies „zur Abwendung einer Gefahr für das Leben oder einer erheblichen Gefahr für die Gesundheit des Kindes erforderlich ist“. Ähnlich der Vorschlag von *Lindenberg*, Rechtsfragen medizinischer Intervention bei intersexuell geborenen Minderjährigen, 2020, S. 374.

der Eingriff „nicht bis zur Erteilung der Genehmigung aufgeschoben werden“ kann (§ 1631e III 1 aE BGB-RegE). Es wird so im Übrigen eine weitere Stufe der Eilbedürftigkeit neben § 630d I 4 BGB-E geschaffen. Dies erscheint überflüssig und es ist zu befürchten, dass an die Eilbedürftigkeit nach § 1631e III 1 aE BGB-RegE zu geringe Anforderungen gestellt werden, weil nach systematischer Auslegung sicherlich von einer (deutlich?) schwächeren Form der Eilbedürftigkeit als nach § 630d I 4 BGB auszugehen ist.

Der Ethikrat hielt in seiner Stellungnahme 2012 fest, dass Entscheidungen über geschlechtsangleichende Eingriffe nur dann nicht vom Betroffenen selbst getroffen werden sollten, wenn der Betroffene nicht entscheidungsfähig ist und die Durchführung des Eingriffs „nach umfassender Abwägung aller Vor- und Nachteile des Eingriffs und seiner langfristigen Folgen aufgrund *unabweisbarer Gründe des Kindeswohls* erforderlich ist. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn die Maßnahme der Abwendung einer konkreten schwerwiegenden Gefahr für die physische Gesundheit oder das Leben der Betroffenen dient“.¹⁸ Der Entwurf mit seinem Kindeswohlmaßstab des § 1631e III 2 BGB-E („dem Wohl des Kindes am besten entspricht“) bleibt dahinter zurück. Auch der LSVD forderte ein striktes Verbot aller geschlechtsangleichenden Eingriffe, die nicht aufgrund einer erheblichen Gesundheitsgefahr oder einer Lebensgefahr geboten sind.¹⁹

Die Kombination aus fehlender Aufschiebbarkeit bis zur selbstbestimmten Entscheidung und dem eben genannten Kindeswohlmaßstab (§ 1631e III 2 BGB-E) ist letztlich auch weniger streng als die Vorgabe des Koalitionsvertrags 2018: „Wir werden gesetzlich klarstellen, dass geschlechtsangleichende medizinische Eingriffe an Kindern nur in unaufschiebbaren Fällen und zur Abwendung von Lebensgefahr zulässig sind.“²⁰

Der Entwurf sollte dringend wieder strengere Anforderungen stellen und die Vorgaben des Ethikrats und des Koalitionsvertrags beachten.

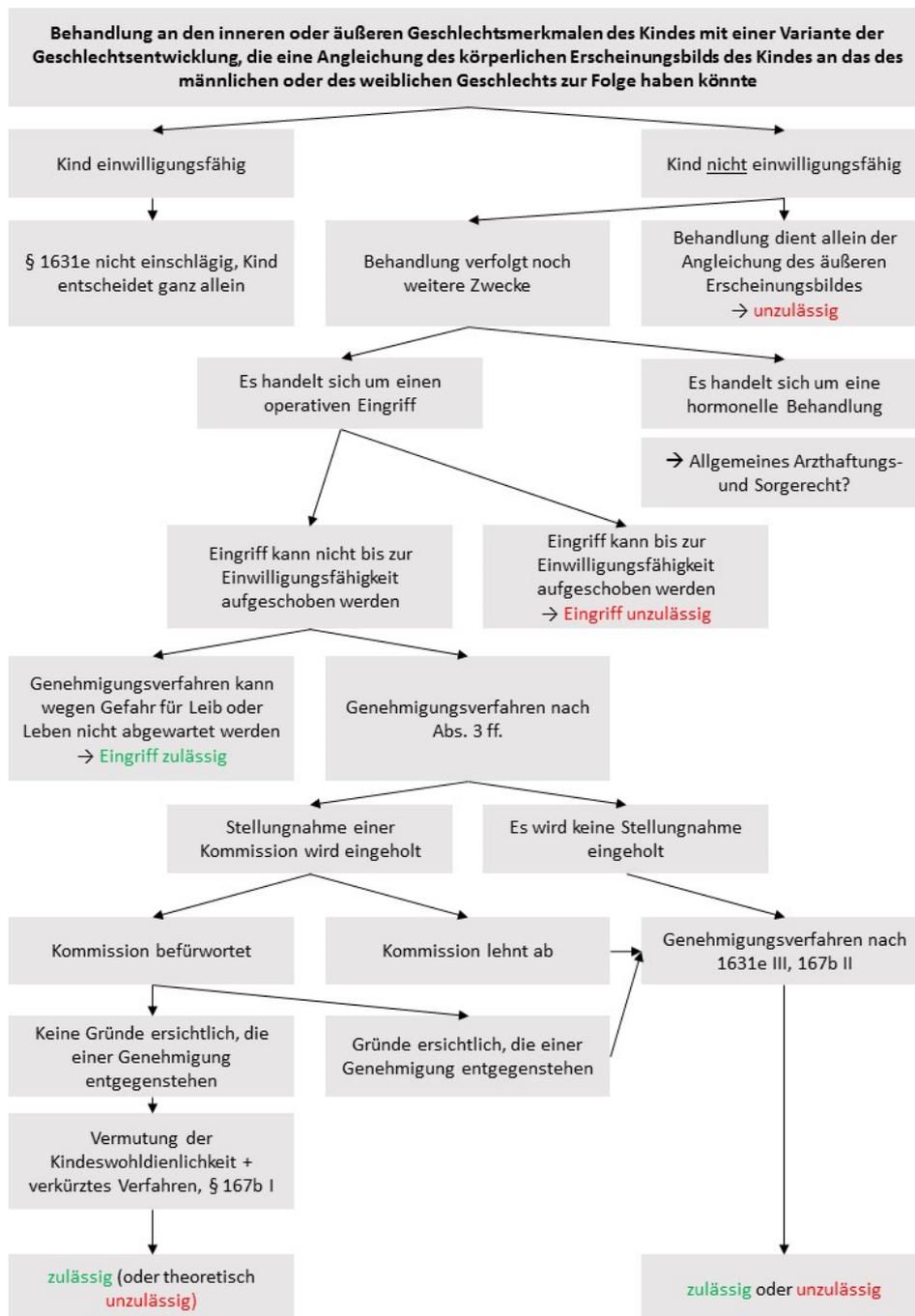
¹⁸ Ethikrat, Stellungnahme Intersexualität, 2012, S. 174, These 9.6.

¹⁹ Stellungnahme des LSVD zum RefE, S. 2.

²⁰ Koalitionsvertrag 2018 (Fn. 1), Zeile 797-799.

2. Beklagenswerte Komplexität und Auslegungsspielräume

Die Regelung ist deutlich zu „verwinkelt“. Dies erschwert den ÄrztInnen, JuristInnen, Eltern und Kindern die Rechtsanwendung unnötig. Das vom Entwurf vorgesehene Regelungsschema gestaltet sich offenbar wie nachstehend ersichtlich.



Die Komplexität wird dadurch verschärft, dass der Entwurf auf verschiedenen Ebenen des Entscheidungsprozesses stark auslegungsbedürftige und einzelfallabhängige Konzepte enthält, die eine hinreichend sichere Prognose der Legalität eines geplanten Vorgehens nahezu unmöglich machen. Zu nennen sind hier insbesondere die Einwilligungsfähigkeit (§ 1631e I BGB-E), das Aufschiebenkönnen bis zum Eintritt der Einwilligungsfähigkeit (§ 1631e II 1 BGB-E) und das Aufschiebenkönnen bis zum Abschluss des Genehmigungsverfahrens (§ 1631e III 1 BGB-E).

Die erforderliche **Rechtssicherheit und Rechtsklarheit** – bezeichnenderweise im RefE noch explizit als Ziel gesetzt²¹, im RegE nicht mehr – leiden dadurch in beklagenswertem Maße.

IV. Probleme im Hinblick auf das Konzept und die Folgen der Einwilligungsfähigkeit

1. Schwierigkeiten bei der Feststellung der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen

§ 1631c III BGB-E in der Fassung des Referentenentwurfs vom Januar legte die Grenze der Einwilligungsfähigkeit fix bei 14 Jahren fest. Davon ist der vorliegende Entwurf nach vielfältiger Kritik gut vertretbar abgekehrt. Maßgeblich ist mithin nun eine allein einzelfallbezogene Prüfung der Einwilligungsfähigkeit.²² Die Entscheidung für die Einwilligungsfähigkeit erfolgt „wie allgemein bei medizinischen Behandlungen“ einzelfallbezogen und ohne konkrete Altersgrenze.²³

Bei allen Arten von Behandlungen von Kindern stellt sich gegenwärtig das Problem, dass der/die Arzt/Ärztin allein und ohne hinreichende Instrumente eines Erkenntnisverfahrens beurteilen muss, ob das Kind einwilligungsfähig ist oder nicht. Bei irreversiblen und mit gravierenden Folgen verbundenen Eingriffen – wie den vorliegenden – stellt sich dieses Problem

²¹ Siehe RefE S. 17 u. 29.

²² So etwa schon die Forderung in Stellungnahme des DIJuF zum RefE, S. 5.

²³ BT-Drucks. 19/24686, S. 14.

mit besonderer Schärfe. Der Entwurf verstärkt die Dramatik dieser Entscheidung über die Einwilligungsfähigkeit dadurch, dass er so gänzlich unterschiedliche Rechtsfolgen an die Verneinung der Einwilligungsfähigkeit (dann Regime des § 1631e BGB-E) und an die Bejahung der Einwilligungsfähigkeit (dann völlige Freiheit des Minderjährigen) knüpft. Nach hier vertrittener Ansicht ist es mit Blick auf die Kinder und die ÄrztInnen gleichermaßen unverantwortlich, den/die Arzt/Ärztin mit dieser Entscheidung gänzlich allein zu lassen.

Selbst der Entwurf erkennt die besonderen Schwierigkeiten an, wenn er meint, bei „Zweifeln, ob die Einwilligungsfähigkeit in einen operativen Eingriff gegeben ist, sollte das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren nach § 1631e Absatz 3 BGB-E durchlaufen werden, da anderenfalls der Eingriff rechtswidrig sein könnte.“²⁴ Auch der Bundesrat moniert zu Recht die mangelnde Rechtssicherheit.²⁵ Nicht einmal für das Familiengericht ist die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit eine einfache Aufgabe²⁶; wie soll sie dann der Arzt/die Ärztin allein seriös bewerten? Der Bundesrat weist richtig darauf hin, dass die große Divergenz bei der Beurteilung der Altersgrenze in den Stellungnahmen zum Referentenentwurf ungefähr erahnen lässt, wie weit die Einschätzungen der Einwilligungsfähigkeit im konkreten Fall auseinandergehen werden.²⁷ Zu Recht wurde daher bereits ein **qualifiziertes Verfahren zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit** gefordert.²⁸

Fazit: Die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit gänzlich dem allgemeinen Arzthaftungsrecht zu unterstellen, ist bei Eingriffen wie den vorliegenden nicht überzeugend. Es sollte ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit geschaffen werden.

²⁴ BT-Drucks. 19/24686, S. 23.

²⁵ BT-Drucks. 19/24686, S. 40.

²⁶ Henn/Coester-Waltjen, FamRZ 2020, 481, 487.

²⁷ BT-Drucks. 19/24686, S. 41.

²⁸ Stellungnahme des DIJuF zum RefE, S. 5. Siehe etwa den Gesetzgebungsvorschlag bei *Lindenberg*, Rechtsfragen medizinischer Intervention bei intersexuell geborenen Minderjährigen, 2020, S. 373.

2. Weitreichende Folgen der Bejahung der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen

Aus Perspektive des allgemeinen Arzthaftungsrechts ist es gut, dass der Entwurf dem zuweilen vertretenen Konzept der doppelten Entscheidungszuständigkeit (auch als Co-Konsens bekannt) eine Absage erteilt, indem er davon ausgeht, dass, wenn der Minderjährige einwilligungsfähig ist, allein der Minderjährige die Entscheidung zu treffen hat.³⁰ Denn vom Prinzip her entwertet die Forderung nach dem Co-Konsens die Einwilligungsfähigkeit und schafft mehr neue Probleme, als alte zu lösen. Doch ob die Verneinung des Co-Konsenses auch im vorliegenden Themenkreis der geschlechtsangleichenden Eingriffe bei intergeschlechtlichen Kindern überzeugt, ist zweifelhaft.

Auch unabhängig davon fällt insgesamt auf, dass der einwilligungsfähige Minderjährige

- ohne Zustimmung der Eltern (siehe soeben) und
- ohne familiengerichtliche Genehmigung (anders noch der Referentenentwurf, § 1631c III 2 BGB-RefE) und
- ohne Beratung (anders noch für den Regelfall des Referentenentwurfs, § 1631c III 4) BGB-RefE,

mithin *völlig allein* über die – nicht einmal unbedingt medizinisch indizierten – Behandlungen in Bezug auf seine Variante der Geschlechtsentwicklung entscheiden können soll. Er könnte nach § 630e III BGB zudem theoretisch sogar auf die Aufklärung über die Risiken und Folgen des Eingriffs verzichten.³¹ Er könnte umgekehrt auch dringend erforderliche Operationen verweigern – bis hin zum schlimmsten Fall der Lebensgefahr.³²

³⁰ So auch die Deutung des Bundesrats, BT-Drucks. 19/24686, S. 39, der dem in der Sache indes nicht vollständig zustimmt.

³¹ Hierauf weisen – wenngleich in anderem Kontext – Henn/Coester-Waltjen, FamRZ 2020, 481, 487 hin.

³² So auch Bundesrat, BT-Drucks. 19/24686, S. 40.

Zwar ist der Co-Konsens als Prinzip problematisch³³, weil das familiengerichtliche Genehmigungserfordernis beim Einwilligungsfähigen systemfremd ist³⁴, doch bedeutet dies nicht, dass der Minderjährige mit der Entscheidung völlig alleingelassen werden sollte. Dies erscheint zu weitgehend.³⁵

Sinnvoll erscheint ein Mittelweg, wonach ab dem 14. Lebensjahr ein Co-Konsens von Kind und Eltern mit der (nicht nur in § 1666 III Nr. 5 BGB angelegten, sondern eigenständig in § 1631e BGB-E geregelten) Möglichkeit der Ersetzung der elterlichen Einwilligung durch das Familiengericht vorgesehen ist.³⁶ Dies würde die Sicherheit einer Mitbestimmung mit einem Ausweg bei Eltern-Kind-Dissens verbinden. Denkbar wäre auch die noch weitergehende Variante, einen Dreierkonsens von Kind, Eltern und Familiengericht zu fordern.³⁷

V. Unklarheiten bei den erfassten Behandlungen

1. Unklarheit beim Konzept „kein weiterer Grund“ (Abs. 1)

§ 1631e I BGB-E verbietet jede Behandlung „die, ohne dass *ein weiterer Grund für die Behandlung hinzutritt*, allein in der Absicht erfolgt, das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen“³⁸. Wann liegt ein davon zu trennender Grund vor und wann nur ein Motiv für die alleinige Absicht zur Angleichung des körperlichen Erscheinungsbildes? Welche weiteren Gründe sind

³³ Siehe oben und so auch Stellungnahme DFGT zum RefE, S. 10.

³⁴ Stellungnahme DIJuF zum RefE, S. 5 f.; Stellungnahme DFGT zum RefE, S. 8.

³⁵ Kritisch auch schon Stellungnahme DFGT zum RefE, S. 8.

³⁶ So § 11 II GiG-E (BT-Drucks. 19/20048, S. 9) und § 3 II SelbstBestG-E (BT-Drucks. 19/19755, S. 7).

³⁷ So der Vorschlag in der Stellungnahme DFGT zum RefE, S. 13.

³⁸ Hervorhebung d. Verf.

dies? Genügt die psychische Belastung des Kindes (mit oder ohne Krankheitswert³⁹)? Genügt vielleicht bereits die psychische Belastung eines Elternteils (mit oder ohne Krankheitswert) als „weiterer Grund“?

Fazit: Das Konzept ist nicht hinreichend klar. Wenn mit dem „weiteren Grund“ (sinnvollerweise) das Vorliegen einer medizinischen Indikation gemeint ist oder eine bestimmte Gruppe oder bestimmter Grad medizinischer Indikationen, dann sollte dies auch als solches bezeichnet werden.

2. Unklarheit beim Konzept „wenn der Eingriff nicht bis zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Kindes aufgeschoben werden kann“ (Abs. 2 S. 1 a.E.)

a. Wie erfolgt die Nachteilsabwägung?

Nach § 1631e II 1 BGB-E können die Eltern in „operative Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen des nicht einwilligungsfähigen Kindes mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung, die eine Angleichung des körperlichen Erscheinungsbilds des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts zur Folge haben könnten und für die nicht bereits nach Absatz 1 die Einwilligungsbefugnis fehlt [...] nur einwilligen, wenn der Eingriff *nicht bis zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Kindes aufgeschoben werden kann*“.⁴⁰

Fraglich ist, wann diese Nichtaufschiebbarkeit gegeben ist. Die Entwurfsbegründung stellt an einer Stelle darauf ab, ob der Eingriff „ohne Nachteile“ für das Kind bis zu einer späteren selbstbestimmten Entscheidung des Kindes aufgeschoben werden kann.⁴¹ Dies lässt eine sehr niedrige Hürde befürchten. An anderen Stellen klingt der Entwurf, als solle bereits an dieser Stelle – im Rahmen von § 1631e II 1 BGB-E – eine umfangreiche

³⁹ Für den DJB ist sogar die Erlaubnis von Eingriffen bei seelischen Belastung des betroffenen Kindes mit konkret diagnostiziertem Krankheitswert „plausibel, aber nicht bedenkenfrei“, siehe Stellungnahme des DJB zum RefE, S. 7.

⁴⁰ Hervorhebung d. Verf.

⁴¹ Zwei Nennungen auf BT-Drucks. 19/24686, S. 25.

Abwägung stattfinden, „ob die Nachteile eines unterlassenen Eingriffs im konkreten Fall schwerer und dringlicher wiegen würden als die Sicherung des Kindesinteresses, in der Zukunft eine eigene autonome Entscheidung über seine geschlechtliche Erscheinung zu treffen“.⁴²

Beides erscheint mir verfehlt: Es ist sowohl ungünstig, *jeden* Nachteil ausreichen zu lassen, *als auch*, eine große Interessenabwägung bereits auf dieser Ebene, vor der Einbeziehung des Familiengerichts stattfinden zu lassen (die dem Genehmigungsverfahren des Familiengerichts einiges vorwegnehmen würde – es käme zumindest zu Doppelungen).

Besser wäre eine klarere, subsumtionsfähige gesetzliche Qualifikation des Begriffs „Nachteil“. Eventuell ist etwas wie „erhebliche Nachteile für die Gesundheit und die späteren geschlechtlichen Entwicklungsmöglichkeiten“ gemeint.

b. Spielraum durch den Alterskorridor bei der Einwilligungsfähigkeit

Hier wirkt sich freilich auch aus, dass der Zeitpunkt, zu dem eine selbstbestimmte Entscheidung des Kindes möglich ist, wegen des Abschieds von der fixen Altersgrenze nicht klar vorhersagbar ist.⁴³ Ist das Kind elf Jahre alt, kann je nach dem individuellen Kind und dessen Entwicklung in der Pubertät die Einwilligungsfähigkeit in Extremfällen bereits gegeben sein oder noch bis zu sieben Jahre auf sich warten lassen. So entsteht durch die **Prognoseunsicherheit hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit enormer Spielraum** bei der Beurteilung des Aufschiebenkönnens. Auch deshalb wäre eine klarere Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit (s.o.) wichtig.

⁴² BT-Drucks. 19/24686, S. 26.

⁴³ Ähnlich der Bundesrat, BT-Drucks. 19/24686, S. 44.

3. Unklare und unbefriedigende Rechtslage bei hormonellen Behandlungen

Aus dem Wortlaut von § 1631e II BGB-E („operative Eingriffe“) sowie aus der Entwurfsbegründung⁴⁴ geht hervor, dass von dem Verfahren nach § 1631e II ff. BGB-E nur operative, nicht auch hormonelle oder medikamentöse Behandlungen erfasst sein sollen.

Bereits zum RefE wurde gefordert, hormonelle Behandlungen einer eigenständigen Regelung zuzuführen⁴⁵. Dies wurde leider nur für § 1631e I BGB-E umgesetzt.

Wie bei Nichteinschlägigkeit von § 1631e I BGB-E weiter zu verfahren ist, ist recht unklar. Es wird leider aus dem Gesetzesentwurf nicht hinreichend deutlich, wie mit hormonellen und medikamentösen Behandlungen, die nicht allein der äußerlichen Angleichung dienen (dann absolutes Verbot des Absatzes 1), umzugehen ist. Der Entwurf ist wohl so auszulegen, dass sie dem bisherigen allgemeinen Regime aus Sorgerecht und Arzthaftungsrecht unterworfen sein sollen. Letzteres würde bedeuten, dass in hormonelle Behandlungen des nicht einwilligungsfähigen Kindes, die nicht unter § 1631e I BGB-E fallen, **von den Eltern ohne gerichtliche Beteiligung (und ohne interdisziplinäre Kommission) eingewilligt werden kann**. Dies wäre sehr problematisch.

Auch wird nicht klar, welches Regime einschlägig ist, wenn die von ärztlicher Seite angeratene Therapie eine Kombination von operativem Eingriff und medikamentöser/hormoneller Behandlung vorsehen sollte.

⁴⁴ BT-Drucks. 19/24686, S. 25.

⁴⁵ Stellungnahme DFGT zum RefE, S. 3 und 16; Stellungnahme DJB zum RefE, S. 2; Henn/Coester-Waltjen, FamRZ 2020, 481, 482 und 485.

VI. Probleme und Unklarheiten in Bezug auf die interdisziplinäre Kommission und ihre Stellungnahme

Das Konzept der interdisziplinären Kommission und ihre Stellungnahme (§ 1631e IV, V BGB-E) wirft mannigfaltige Probleme auf. Hier wurzeln die wahrscheinlich schwerwiegendsten Defizite des Gesetzesentwurfs.

1. Fehlende Vorgaben zum allgemeinen Rahmen

Es fällt zunächst auf, dass der Rahmen der Erstellung dieser interdisziplinären Kommissionsstellungnahme nicht geregelt ist. Welche Art von Vertrag wird zwischen wem geschlossen? Gibt es Vorgaben für die Vergütung der Kommissionsmitglieder? Kann eine Stellungnahme von den Eltern angegriffen und einer Revision zugeführt werden? Wie haften die Kommissionsmitglieder für Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Erstellung der Stellungnahme? Freilich kann man all dies dem Schuldrecht überlassen, aber womöglich wäre etwas mehr „Rahmen“ günstig.

2. Keine Vorgaben zum Procedere der Erarbeitung der Stellungnahme

Es ist nicht geregelt (und nicht in der Entwurfsbegründung angedeutet), welchem Procedere die interdisziplinäre Kommission zu folgen hat. Einige erste Fragen drängen sich auf: Welche Anforderungen werden an die Intensität der Auseinandersetzung mit dem Fall gestellt? Entscheidet die Kommission mit einfacher, absoluter Mehrheit oder Einstimmigkeit? Schreibt der Behandelnde (§ 1631e IV 1 Nr. 1 BGB-E) womöglich einen Stellungnahmeentwurf, den er den anderen Kommissionsmitgliedern zusendet und diese stimmen dem durch ihre Unterschrift (§ 1631e V 2 BGB-E) zu? Wie prüft das Gericht das Procedere des Zustandekommens der Stellungnahme?

3. Probleme bei der Zusammensetzung, Konstituierung und Fixierung

Problematisch erscheint die **Mitwirkung des Behandelnden**. Der RefE sowie der SelbstBG-E hatten explizit angeordnet, dass Sachverständiger im gerichtlichen Genehmigungsverfahren nicht der Behandelnde sein darf.⁴⁶ Nun soll im Regierungsentwurf die befürwortende Stellungnahme der interdisziplinären Kommission – verkürzt formuliert – ein normales Gerichtsverfahren weitgehend entbehrlich machen (näher unten), und der Behandelnde wird gleich an allererste Stelle der Muss-Mitglieder der interdisziplinären Kommission gesetzt (§ 1631e IV 1 Nr. 1 BGB-E). Wenn die Furcht davor, den „Bock zum Gärtner“ zu machen, zum Ausschluss des Behandelnden von der Sachverständigenrolle im RefE und SelbstBG-E führt, dann sollte er auch aus der interdisziplinären Kommission ausgeschlossen bzw. nur mit reduzierter Rolle vorgesehen sein.

Die Besetzung der interdisziplinären Kommission scheint **nicht zu irgendeinem Zeitpunkt fixiert**. Denkbar ist, dass der Behandelnde, wenn Kollege A Zweifel hat und die Unterschrift der Stellungnahme verweigert, auf Kollege B zugeht, von dem er sich weniger Widerstand erwartet und ihn zum „Kommissionsmitglied“ macht. Hier müssten Grenzen gesetzt oder zumindest Dokumentationspflichten vorgesehen werden.

Die **fachliche Breite der Mitglieder der interdisziplinären Kommission ist unzureichend geregelt**. Zwar ist vorgesehen, dass die Mitglieder „unterschiedliche kinderheilkundliche Spezialisierungen aufweisen“ müssen (§ 1631e IV 2 BGB-E) und unter ihnen ein „Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin mit dem Schwerpunkt Kinderendokrinologie und –diabetologie“ sein muss (§ 1631e IV 3 BGB-E). Doch ist je nach der konkreten körperlichen Situation des Kindes denkbar, dass für eine zutreffende medizinische Beurteilung unterschiedliche Fachrichtungen vertreten sein sollten.⁴⁷ Dazu sieht der Entwurf nichts vor und es wäre illusorisch anzunehmen, dass dem

⁴⁶ Siehe § 163 III FamFG-E in der Fassung des RefE sowie des SelbstBG (BT-Drucks. 19/19755, S. 10).

⁴⁷ Siehe nur die Vielzahl der an der Leitlinie beteiligten Fachgesellschaften (https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/174-001l_S2k_Geschlechtsentwicklung-Varianten_2016-08_01.pdf, S. 1).

Gericht in seiner Prüfung nach § 1631e III BGB-E i.V.m. § 167 I FamFG-E selbst auffällt, dass hier sinnvollerweise noch ein Chirurg, ein Urologe oder ein Neonatologe hätte einbezogen werden sollen.

Der Gesetzesentwurf verweist für die interdisziplinären Kommissionen auf die in der S2k-Leitlinie 174/001 genannten „**Kompetenzzentren**“. Es könne insoweit „auf vorhandene Strukturen zurückgegriffen werden“, in Kompetenzzentren vom Typ A oder B bestünden „bereits heute Möglichkeiten, interdisziplinäre Fallkonferenzen abzuhalten“.⁴⁸ So ganz direkt ergibt sich dies aus der S2k-Leitlinie 174/001 nicht. Zunächst stellt die Leitlinie fest, dass „[bislang] [...] der Begriff des Kompetenzzentrums nicht abschließend definiert“ sei.⁴⁹ Die multidisziplinären Teams der Kompetenzzentren sollen in die Diagnostik (Empfehlungen 3 und 31) und die Erarbeitung des Therapiekonzepts (Empfehlung 19) eingebunden sein, nicht aber eine Stellungnahme nach dem gegenwärtigen Muster des Gesetzesentwurfs erarbeiten. Zur Bestellung und zur Verfahrensweise dieser multidisziplinären Teams sieht die Leitlinie nichts vor.

4. Unparteilichkeit und nennenswerte Berufserfahrung sind explizit nicht gewollt

Die Entwurfsbegründung erläutert ausdrücklich, dass „die Mitglieder nur nach ihrer fachlichen Qualifikation vorgegeben [sind], ohne dass zugleich zum konkreten beruflichen Hintergrund, zur *Berufserfahrung*, zur *wirtschaftlichen Verbindung untereinander* oder anderen Kriterien gesetzliche Vorgaben getroffen werden“.⁵⁰ Damit, so der Entwurf, „soll verhindert werden, dass vorhandene Strukturen an klinischen Einrichtungen disqualifiziert werden, weil einzelne Mitwirkende über geringe Berufserfahrung verfügen oder bei der Einrichtung angestellt sind“.⁵¹

⁴⁸ BT-Drucks. 19/24686, S. 28.

⁴⁹ https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/174-001l_S2k_Geschlechtsentwicklung-Varianten_2016-08_01.pdf, S. 7.

⁵⁰ BT-Drucks. 19/24686, S. 29; Hervorhebung d. Verf.

⁵¹ BT-Drucks. 19/24686, S. 29.

Dies erscheint höchst unglücklich; Mindeststandards im Hinblick auf (insbesondere wirtschaftliche) Unabhängigkeit und Berufserfahrung sind unabdingbar. Damit keine Missverständnisse entstehen: Es sollen mit diesen Worten in keiner Weise die „vorhandenen Strukturen an klinischen Einrichtungen“ kritisiert werden. Es geht bloß nicht an, dass an die Stellungnahme der Kommission dann die so weitreichende Folge geknüpft wird, dass das Gericht die Entscheidung weitgehend aus der Hand gibt (verkürztes Verfahren, § 1631e III 3 BGB-E i.V.m. § 167b I FamFG-E, dazu unten).

Die Entwurfsbegründung zeigt selbst auf, dass die Bedeutung der Kommissionsstellungnahme der eines Sachverständigengutachtens ähnelt.⁵² Es ist nicht ersichtlich, warum dann für die Kommission so viel geringere Anforderungen gelten als für Sachverständige (keine Auswahl durch das Gericht – vgl. § 404 ZPO; kein Ablehnungsverfahren – vgl. § 406 ZPO i.V.m. §§ 42, 41 ZPO; keine weiteren Pflichten wie nach § 407a ZPO etc.).

§ 1631e IV 4 BGB-E spricht unklar von „Erfahrung im Umgang mit Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung haben“. Ausweislich der eben zitierten Begründungspassage wird deutlich, dass „geringe [Berufs-]Erfahrung“⁵³ nicht schadet. Auch dies ist unglücklich.

5. Durchführung juristischer Wertungen durch die Kommission

In der Erläuterung zu § 1631e V 1 Nr. 3 BGB-E heißt es, es müsse in der Stellungnahme „erläutert werden, ob der Eingriff aus Sicht der Kommission dem Wohl des Kindes am besten entspricht“.⁵⁵ Die **Subsumtion unter den Kindeswohlmaßstab des § 1631e II BGB-E** ist eine juristische Wertung, die nicht in die Hände der nicht-juristisch besetzten Kommission gehört.

⁵² „Sofern keine Kommissionsstellungnahme vorliegt, dürfte eine gerichtliche Genehmigung nur nach einer Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten in Frage kommen. In der Sache müssen Aspekte berücksichtigt werden, die auch von einer interdisziplinären Kommission geprüft würden.“ – BT-Drucks. 19/24686, S. 33.

⁵³ BT-Drucks. 19/24686, S. 29.

⁵⁵ BT-Drucks. 19/24686, S. 31.

Ferner soll gemäß § 1631e V 1 Nr. 3 BGB-E die Stellungnahme Angaben zur „Bezeichnung des geplanten Eingriffs [benennen] und welche Indikation für diesen besteht“ – so weit handelt es sich um genuin medizinische Angaben. Doch die Entwurfsbegründung führt dazu aus, dass die „interdisziplinäre Kommission [...] sich auch aus diesem Grund damit auseinandersetzen [muss], ob der **Eingriff nach Absatz 1 verboten** ist“.⁵⁶ Auch die Subsumtion unter § 1631e I BGB-E ist eine juristische Wertung, mit der die Kommission nicht belastet werden sollte.

6. Kosten

Die Kosten für die Erstellung der Stellungnahme sollen derzeit von den Eltern getragen werden⁵⁸. Wie in der Stellungnahme des Bundesrats angeregt, sollte die Gutachtenerstellung für die Eltern kostenfrei sein.⁵⁹ Es wäre schwer erträglich, wenn es von der Finanzkraft der Eltern abhinge, ob dem Kind eine intensive medizinische Beratung und Beurteilung zukommt.

7. Ungleichbehandlung von Kindern in Verfahren mit und ohne interdisziplinäre Kommissionsstellungnahme

Zu Recht weist der Bundesrat darauf hin, dass es zu einer Ungleichbehandlung von Kindern in Verfahren mit und ohne interdisziplinärer Kommissionsstellungnahme und zu einer Überforderung der Familiengerichte kommen könnte. Denkbar erscheint der Vorschlag, die – mit Blick auf oben genannte Punkte kurierte – interdisziplinäre Kommissionsstellungnahme in

⁵⁶ BT-Drucks. 19/24686, S. 30.

⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 19/24686, S. 37.

⁵⁹ BT-Drucks. 19/24686, S. 37.

jedem Fall zu fordern.⁶⁰ Denkbar erscheint auch, für das gerichtliche Verfahren ein bestimmtes Mindestprocedere wie die zwingende Einholung von Sachverständigengutachten vorzugeben.⁶¹

8. Fehlende zwingende Beteiligung einer in der psychosozialen Beratung von intergeschlechtlichen Kindern und deren Angehörigen geschulten und erfahrenen Person

Die hiesige Stellungnahme schließt sich dem Antrag des Bundesrats an, auch eine „in der psychosozialen Beratung von intergeschlechtlichen Kindern und deren Angehörigen geschulte und erfahrene Person“ als weiteres Mitglied in der Mindestbesetzung der interdisziplinären Kommission vorzusehen.⁶²

9. Stärkeres Hinwirken auf Beratung durch eine intergeschlechtliche Person

Die hiesige Stellungnahme schließt sich dem Antrag des Bundesrats an, statt der derzeitigen Formulierung in § 1631e V Nr. 5 BGB-E noch deutlicher auf eine Beratung durch eine intergeschlechtliche Person hinzuwirken und einen § 1631e V Nr. 5a BGB-E einzufügen, wonach die Stellungnahme

⁶⁰ BT-Drucks. 19/24686, S. 44 f.

⁶¹ Siehe schon den RefE, dort sollte § 163 III FamFG-E wie folgt gefasst sein: „In Verfahren nach § 1631c Absatz 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung eines Gutachtens über die Erforderlichkeit des operativen Eingriffs stattzufinden. Der Sachverständige muss über eine ärztliche Berufsqualifikation verfügen und Erfahrung mit operativen Eingriffen an den inneren und äußeren Geschlechtsmerkmalen eines Kindes haben. Der Sachverständige darf nicht der Behandelnde im Sinne des § 630a Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein.“ Siehe aber bspw. auch § 163 III FamFG-E in der Fassung des SelbstBestG (BT-Drucks. 19/19755, S. 10): In Verfahren über genitalverändernde Eingriffe am nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen „hat eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung von mindestens zwei Gutachten über die Erforderlichkeit des operativen Eingriffs stattzufinden. Der Sachverständige darf nicht der Behandelnde im Sinne des § 630a Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein.“ Auch der DFGT forderte zwei (statt wie im RefE vorgesehen nur einem) Sachverständigengutachten, siehe Stellungnahme des DFGT zum RefE, S. 15.

⁶² BT-Drucks. 19/24686, S. 41 f.

sich dazu zu verhalten hat „ob eine Peer-Beratung durch eine Beratungsperson mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung oder eine Person, die eine Beratungsausbildung zu Intergeschlechtlichkeit absolviert hat, stattgefunden hat“.⁶³

10. Fazit

Die im Gesetzesentwurf entworfene interdisziplinäre Kommission und ihre Stellungnahme ist vom Grundgedanken her begrüßenswert, weil hier erhebliche Fachkompetenz gebündelt und strukturiert aufbereitet wird. Es gab bereits begrüßenswerte Ansätze in der Literatur, die in ähnlicher Weise die Entscheidung beispielsweise einer Ethikkommission forderten.⁶⁴ Doch die Ausgestaltung der interdisziplinären Kommission, ihrer Zusammensetzung, der Anforderungen an die Mitglieder, ihrer Entscheidungsfindung, ihrer staatlichen Aufsicht und weiterer oben genannter Punkte⁶⁵ ist in erheblichem Maße unzureichend.

VII. Die vier Stufen der Eile

Es ist bereits an einigen Stellen angeklungen, aber es soll hier noch einmal zusammengefasst dargestellt werden: Ein weiteres Beispiel für übertriebene Komplexität im Regelungsansatz ist die Mehrschichtigkeit der Eilbedürftigkeit, die der Entwurf schafft. Der Entwurf kreiert ein vierschichtiges System der Eilbedürftigkeit:

⁶³ BT-Drucks. 19/24686, S. 42 f.

⁶⁴ Vgl. nur *Schmidt am Busch*, AöR 137 (2012), S. 441, 455 ff.

⁶⁵ Derlei „Detailregelungen“ sind zu den bereits im Recht existenten Ethikkommissionen (z.B. nach § 8 TPG und § 40 AMG) gar nicht hinwegzudenken, vgl. näher *Schmidt am Busch*, AöR 137 (2012), S. 441, 456.

- Erste Stufe: Offenbar besteht stets eine gewisse Eilbedürftigkeit, denn die Begründung zum verkürzten Verfahren hält Beschleunigung für angezeigt.⁶⁶
- Zweite Stufe: Der Eingriff kann nicht bis zum Eintritt der Einwilligungsfähigkeit aufgeschoben werden (§ 1631e II 1 a.E. BGB-E).
- Dritte Stufe: Der Eingriff kann auch nicht bis zur Durchführung des Genehmigungsverfahrens aufgeschoben werden (§ 1631e III 1 a.E. BGB-E).
- Vierte Stufe: Der Eingriff kann nicht einmal bis zur Einholung der Einwilligung der Eltern aufgeschoben werden (§ 630d I 4 BGB).

Ein derart mehrschichtiges, kasuistisches System der Eilbedürftigkeit ist regelungstechnisch nicht ideal. Auf der zweiten und dritten Stufe wird es zu erheblichen Prognoseunsicherheiten kommen. Soweit ersichtlich, enthält keiner der bisherigen Entwürfe ein solch übertrieben vielschichtiges Eilbedürftigkeitssystem.

VIII. Verkürzter Rechtsschutz durch das vereinfachte Verfahren, § 1631e III 3 BGB-E i.V.m. § 167b I FamFG-E

§ 1631e III 3 BGB-E i.V.m. § 167b I FamFG-E sieht vor, dass im Falle einer befürwortenden Stellungnahme der interdisziplinären Kommission ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren stattfindet, das

- rein schriftlich,
- ohne Anhörung oder Mitwirkung des Jugendamtes (§ 162 FamFG),
- ohne persönliche Anhörung der Eltern (§ 160 FamFG) und
- ohne Bestellung eines Verfahrensbeistands (§ 158 FamFG)

⁶⁶ Siehe bei Fn. 70, 71.

abläuft (§ 167b I 2, 3 BGB-E). Denn es könne „davon ausgegangen werden, dass die Interessen des Kindes durch die Kommissionsmitglieder angemessen berücksichtigt und gewahrt wurden“.⁶⁷

Warum gerade in einer für das Kind so essentiellen Angelegenheit auf **die zentralen Instrumente des kindschaftsrechtlichen Verfahrens** (insbes. Jugendamt, Verfahrensbeistand) verzichtet werden soll, erschließt sich nicht. Besonders drängt sich die Gefahr auf, dass es im verkürzten Genehmigungsverfahren praktisch kaum noch zu einer echten eigenständigen Prüfung des Gerichts kommt. Der Stellungnahme der interdisziplinären Kommission wird sehr großes Gewicht zukommen. Die eben hervorgehobenen Unklarheiten zu Unabhängigkeit, Pflichten und Entscheidungsmodus der Kommissionsmitglieder werden hier umso virulenter. Diese interdisziplinäre Kommission kann Jugendamt und Verfahrensbeistand nicht ersetzen. Auch fällt auf, dass der interdisziplinären Kommission keine JuristInnen angehören müssen, die rechtliche Abwägung zur Bejahung des hier relevanten Kindeswohlmaßstabs aber durchaus komplex ist (siehe die Nennung von Abwägungsfaktoren im Gesetzesentwurf⁶⁸) und JuristInnen vorbehalten bleiben muss.

Es ist nicht ersichtlich, warum hier unbedingt ein derart abgekürztes Genehmigungsverfahren erforderlich sein soll: Wenn der Eingriff eilig ist (Fälle des § 1631e III 1 BGB-E und des § 630d I 4 BGB) oder im Laufe des Genehmigungsverfahrens wird⁶⁹, entfällt das Genehmigungserfordernis ohnehin. Gleichwohl kommt es dem Entwurf gerade auf **Zeitersparnis** an: So heißt es, der Verfahrensbeistand sei „zur Beschleunigung“ entbehrlich⁷⁰ und das vereinfachte Verfahren ermögliche es, „möglichst zügig“⁷¹ zu entscheiden.

⁶⁷ BT-Drucks. 19/24686, S. 33.

⁶⁸ BT-Drucks. 19/24686, S. 27.

⁶⁹ BT-Drucks. 19/24686, S. 27.

⁷⁰ BT-Drucks. 19/24686, S. 33.

⁷¹ BT-Drucks. 19/24686, S. 33.

Wohltuend ist demgegenüber beispielsweise in § 3 I 6 und II 3 SelbstBestG-E⁷² sowie in § 1631e S. 4 BGB-E i.d.F. d. Gesetzesentwurfs „Geschlechtervielfalt im Recht“⁷³ – mit Blick auf § 158 I FamFG bekräftigend – festgehalten, dass in familiengerichtlichen Verfahren über geschlechtszuweisende oder -angleichende resp. genitalverändernde Eingriffe am nicht einwilligungsfähigen⁷⁴ Minderjährigen die **Bestellung eines Verfahrensbeistandes „stets erforderlich“** ist.⁷⁶ Ähnlich war noch im Referentenentwurf richtigerweise die Liste der Regelbeispiele für die Notwendigkeit der Verfahrensbeistandsbestellung (§ 158 II FamFG) um die Fälle es § 1631c II 2 BGB-RefE ergänzt worden.⁷⁷

Das verkürzte schriftliche Verfahren soll nur dann eingreifen, wenn für das Gericht **„keine Gründe ersichtlich sind, die einer Genehmigung entgegenstehen“** (§ 167b I 1 BGB-E).⁷⁸ Dies soll der Fall sein, „wenn die Stellungnahme plausibel ist und insgesamt überzeugend darlegt, warum der Eingriff befürwortet wird, sowie in der Stellungnahme die weiteren in Absatz 5 niedergelegten Angaben enthalten und die Anforderungen an die Besetzung der Kommission nach Absatz 4 erfüllt“ sind; anders etwa, wenn „die Stellungnahme Unstimmigkeiten [enthält] oder [...] etwas unklar“ bleibt⁷⁹ oder wenn sie „widersprüchlich oder lückenhaft ist oder Anhaltspunkte bestehen, dass [sie] nicht hinreichend abgewogen ist“.⁸⁰ Dies ist zu wenig. Es

⁷² BT-Drs. 19/19755, S. 7; Hervorhebung d. Verf.

⁷³ § 1631e S. 4 BGB-E i.d.F. d. Gesetzesentwurfs „Geschlechtervielfalt im Recht“ verzichtet auf das Tatbestandsmerkmal des Vorliegens von Varianten der Geschlechtsentwicklung: „Sorgeberechtigte Personen können nicht in einen geschlechtszuweisenden oder -angleichenden medizinischen Eingriff an den Genitalien oder Keimdrüsen des nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindes einwilligen, es sei denn ...“, vgl. <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/8a02a557eab695bf7179ff2e92d0ab28/imag-band-8-geschlechtervielfalt-im-recht-data.pdf>, S. 76.

⁷⁴ I.F.d. SelbstBestG-E ebenso am einwilligungsfähigen Kind.

⁷⁶ Korrespondierend soll nach dem SelbstBestG-E § 158 II FamFG um eine Ziffer 6 ergänzt werden, die auf § 3 I, II SelbstBestG-E verweist BT-Drs. 19/19755, S. 10.

⁷⁷ Zust. auch Stellungnahme des DFGT zum RefE, S. 13.

⁷⁸ Hervorhebung d. Verf.

⁷⁹ BT-Drucks. 19/24686, S. 28.

⁸⁰ BT-Drucks. 19/24686, S. 33.

findet keine hinreichende Prüfung der Entscheidungsfindung in der Kommission und der Besetzung der Kommission durch das Gericht statt.

Es ist, ohne dass dies im Entwurf explizit behandelt würde, anzunehmen, dass es im verkürzten Verfahren auch nicht zur Einholung eines oder mehrerer **Sachverständigengutachten** kommen wird. Dies ist bedauerlich.

Ob es zu einer persönlichen **Anhörung des Kindes** kommt, ist im Entwurf nicht spezifisch adressiert. Dies richtet sich nach allgemeinen Regeln (§ 159 FamFG).⁸¹ Es wäre wünschenswert, hervorzuheben, dass eine persönliche Anhörung des Kindes in aller Regel stattfinden soll. Die Entwurfsbegründung geht leider in eine ganz andere Richtung. Hier heißt es, dass davon ausgegangen werde, dass bei Kleinkindern eine Anhörung „in der Regel entbehrlich“ sein dürfte.⁸²

Kurz: Die befürwortende interdisziplinäre Kommissionsstellungnahme soll für den Normalfall den Verfahrensbeistand, die Sachverständigengutachten, die mündliche Verhandlung, die persönliche Anhörung der Eltern und die Mitwirkung des Jugendamtes entbehrlich machen. Dies wäre schon bei einer Idealregelung der interdisziplinären Kommission problematisch; angesichts der Lücken in der Ausgestaltung der interdisziplinären Kommission ist es nachgerade alarmierend.

IX. Fehlende flankierende Regelungen

1. Eigenständiger Beratungsanspruch

In § 1631e V 1 BGB-E ist die Rede von einer Beratung der Eltern (Nr. 5) und des Kindes (Nr. 7). Es wurde bereits zum RefE richtigerweise und vielfach darauf hingewiesen, dass über die allgemeine Beratung nach SGB VIII hinaus ein spezialgesetzlicher Beratungsanspruch geschaffen werden sollte.⁸⁴ Ein eigener, spezialgesetzlicher (und fortlaufender) Beratungsanspruch

⁸¹ BT-Drucks. 19/24686, S. 32 f.

⁸² BT-Drucks. 19/24686, S. 33.

⁸⁴ Stellungnahme des DIJuF zum RefE, S. 2 und Stellungnahme des DFGT zum RefE, S. 17; ähnlich Stellungnahme des LSVD zum RefE, S. 3.

des Kindes und der Eltern entspräche auch den Vorschlägen des Ethikrats.⁸⁵ Ein Beispiel für einen solchen Beratungsanspruch enthält § 5 SelbstBestG-E.⁸⁶

2. Entschädigungsfonds

Auf internationaler Ebene wird bereits seit langem von Deutschland gefordert, geschehenes Unrecht an intergeschlechtlichen Menschen aufzuarbeiten und sie zu entschädigen.⁸⁷ Der Entwurf sieht nichts derartiges vor.

3. Schulungen für RichterInnen und medizinisches Personal

Angesichts der besonderen Herausforderungen der medizinischen und rechtlichen Fragen intergeschlechtlicher Kinder sollte gewährleistet sein, dass die RichterInnen und das medizinische Personal hinreichend geschult sind. Der Entwurf sieht hierzu nichts vor.

4. Zentralregister und Berichtspflicht

Die vorliegende Stellungnahme schließt sich der Anregung an, die Patientenakte in einem **Zentralregister** zu speichern.⁸⁸ Zudem wird der Anregung gefolgt, eine **Berichtspflicht** der Familiengerichte zu fordern, um eine Erfassung zu ermöglichen, wie viele Ausnahmegenehmigungen nach § 1631e II ff. BGB-E aus welchen Gründen jährlich erteilt werden.⁸⁹

⁸⁵ Vgl. Ethikrat, Stellungnahme Intersexualität, 2012, S. 173 Thesen 9.2 und 9.3.

⁸⁶ BT-Drucks. 19/19755, S. 8.

⁸⁷ Vgl. nur United Nations, Committee against Torture, 45th session, 12.12.2011, CAT/C/DEU/CO/5, Concluding observations of the Committee against Torture: Germany, S. 7 Nr. 20 lit. b (https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/co/CAT.C.DEU.CO.5_en.pdf).

⁸⁸ BT-Drucks. 19/24686, S. 43.

⁸⁹ *Tolmein*, medstra 2019, 131, 137.

5. Zügigere Evaluation

Art. 6 des vorliegenden Gesetzesentwurfs sieht eine Evaluation nach **zehn Jahren** vor.⁹⁰ Dies erscheint insbesondere angesichts des Werts der betroffenen Rechtsgüter **deutlich zu lang**. Eine erste Evaluation sollte bereits nach **ein bis zwei Jahren** erfolgen.

X. Fazit

Der Regierungsentwurf verfolgt ein wichtiges und dringliches Ziel. Er hat viele Schwächen des Referentenentwurfs beseitigt, leider aber zugleich auch sehr viele gravierende neue Schwächen geschaffen. Er sollte zum Wohl der betroffenen Kinder im weiteren Gesetzgebungsverfahren dringend nachgebessert werden.

⁹⁰ BT-Drucks. 19/24686, S. 8.