

✉ Prof. Dr. Plett, LL.M. · Universität Bremen · FB 06 · bigas · 28353 Bremen

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
– Sekretariat –

per E-Mail:

[rechtsausschuss@bundestag.de](mailto:rechtsausschuss@bundestag.de)

Ihr Zeichen:

PA 6 – 5410-2.2

Ihre Nachricht vom:

Unser Zeichen:

Datum:

12.1.2021

**bigas**

Bremer Institut für deutsches,  
europäisches und internationales  
Gender-, Arbeits- und Sozialrecht

Fachbereich 06  
Rechtswissenschaft

**Prof. Dr. iur. Konstanze Plett, LL.M.**  
**Professorin i.R.**

Universitätsallee  
GW 1, Raum C 1110  
28359 Bremen

Telefon (0421) 218 – 66 090  
Fax (0421) 218 – 66 087  
E-Mail [plett@uni-bremen.de](mailto:plett@uni-bremen.de)

[www.jura.uni-bremen.de](http://www.jura.uni-bremen.de)

## **Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 13. Januar 2021 zu dem Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung – BT-Drucksache 19/24686 –**

### **Vorbemerkung**

Das Gesetz hat zum Ziel, das Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung, also einen Unterfall des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, von Kindern zu schützen. Die vorgesehenen Maßnahmen sind beschränkt auf Kinder „mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“ als besonders vulnerabler Gruppe, obgleich das Recht allen Menschen und damit auch allen Kindern zukommt.

Vorausgegangen ist diesem Gesetzesentwurf ein Referentenentwurf von Anfang letzten Jahres, der unter Berücksichtigung der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingeholten Stellungnahmen<sup>1</sup> zum Teil erheblich überarbeitet wurde.

Persönlich begrüße ich vor allem den Wegfall einer starren Altersgrenze zur Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger in die fraglichen Behandlungen, die Verlängerung der Aufbewahrungsfrist für Patientenakten auf 30 Jahre ab Volljährigkeit, die Konkretisierungen zur gutachterlichen Kommission sowie die Aufnahme einer Evaluierungsklausel. Gleichwohl bleiben einige Kritikpunkte, von denen aus meiner Sicht der gewichtigste das Fehlen von Bestimmungen

---

<sup>1</sup> Knapp 50 Stellungnahmen hat des BMJV unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Verbot\\_OP\\_Geschlechtsaenderung\\_Kind.html](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Verbot_OP_Geschlechtsaenderung_Kind.html) zugänglich gemacht.

über eine koordinierte Dokumentation beabsichtigter und durchgeführter medizinischer Behandlungen ist, um erstens der menschenrechtlichen Zielsetzung zur Wirksamkeit zu verhelfen und zweitens eine aussagekräftige Evaluierung zu ermöglichen.

Meine Stellungnahme ist geleitet von der Frage, ob die vorgesehenen Maßnahmen so ausgestaltet sind, dass den Kindern ermöglicht wird, ihr Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung wahrzunehmen bzw., falls sie in diesem Recht verletzt werden, dafür vorgesehene gesetzliche Sanktionen ihnen auch tatsächlich zu Gebote stehen.

## **Zu Artikel 1, § 1631e Absätze 1 bis 5 BGB-E**

### **Inhalt der Regelungen**

Die Absätze 1 bis 3 bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Eltern wirksam in bestimmte medizinische Behandlungen ihrer minderjährigen Kinder einwilligen können; die Absatz 4 und 5 enthalten Bestimmungen zu einer (nichtständigen) Kommission, die im Verfahren Bedeutung erlangen kann, aber nicht verbindlich ist. Aufgrund der Verwendung des Begriffs „Personensorge“ in Absatz 1 gilt § 1629 BGB; dieser regelt, wie die Personensorge ausgeübt wird, sollten die Eltern an der Ausübung des Sorgerechts tatsächlich oder rechtlich verhindert sein. Der Begriff „Eltern“ in den folgenden Absätzen ist deshalb so zu lesen, dass damit die Person oder Personen gemeint ist oder sind, die aktuell das Sorgerecht für das Kind, um das es geht, innehat oder innehaben.

Ausgangspunkt für den neu zu schaffenden § 1631e BGB ist § 630d BGB. Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme ist die Einwilligung des Patienten einzuholen (§ 630d Abs. 1 Satz 1 BGB); ist dieser einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung „eines hierzu Berechtigten“ einzuholen (Satz 2); handelt es sich um eine „unaufschiebbare Maßnahme“, sodass die Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, „darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht“ (Satz 4). Satz 3 lautet: „Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt.“ Um eine solche andere Vorschrift handelt es sich bei § 1631e BGB-E.

Eine ohne Einwilligung durchgeführte medizinische Maßnahme ist, sofern nicht die Ausnahme des § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB vorliegt, eine rechtswidrige Körperverletzung, die gemäß §§ 223 ff. StGB strafbar ist und gemäß §§ 823 ff. BGB zivilrechtliche Schadensersatzansprüche auslöst (BT-Drucksache 19/24686 [im Folgenden: Begr.], S. 14) Sind die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung der Sorgeberechtigten in die Behandlung des Kindes nicht gegeben – sei es, dass sie gesetzlich ausgeschlossen ist (§ 1631e Abs. 1 BGB-E), sei es, dass sie zwar rechtlich

möglich, aber aufgrund der weiteren Voraussetzungen unwirksam ist (Abs. 2 und 3) –, bleibt es bei den straf- und zivilrechtlichen Sanktionen.

§ 1631e BGB-E unterscheidet drei Fallgruppen, wobei für alle gilt, dass es um die Behandlung eines nicht einwilligungsfähigen Kindes mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung geht:

1. Die Behandlung soll einzig und allein das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des weiblichen oder männlichen Geschlechts angleichen → Vertretung des Kindes für die erforderliche Zustimmung zur Behandlung ausgeschlossen → Behandlung rechtswidrig.
2. Operative Eingriffe, bei denen die Angleichung des körperlichen Erscheinungsbildes nur eine mögliche Folge ist, d.h. es außerdem (mindestens) einen weiteren Grund für den Eingriff gibt und der Eingriff nicht aufgeschoben werden kann, bis das Kind einwilligungsfähig ist → Vertretung des Kindes für die erforderliche Einwilligung in den Eingriff zulässig → Eingriff rechtmäßig unter der weiteren Voraussetzung, dass die Einwilligungserklärung vom Familiengericht genehmigt wurde.
3. Wie 2., aber der Eingriff ist so dringlich, dass keine familiengerichtliche Genehmigung abgewartet werden kann → Vertretung des Kindes für die erforderliche Einwilligung in den Eingriff zulässig → Eingriff rechtmäßig.

Fallgruppe 1 entspricht der gegenwärtigen Rechtslage,<sup>2</sup> stellt insoweit also nur eine Konkretisierung dar, die in Anbetracht der Diskussion des Themas in den letzten zehn Jahren allerdings zu begrüßen ist.

Fallgruppe 2 ist in § 1631e Abs. 2 und 3 BGB-E als Ausgangsfall geregelt. Aus der Beschränkung auf „operative Eingriffe“ – Abs. 1 gilt generell für „Behandlungen“ – folgt, dass medikamentöse oder sonstige Behandlungen, die eine Angleichung des körperlichen Erscheinungsbildes „zur Folge haben können“, von der Ausnahme, die Abs. 2 gegenüber Abs. 1 darstellt, nicht erfasst sind, in sie also nicht eingewilligt werden kann, solange das Kind selbst nicht einwilligungsfähig ist.

Fallgruppe 3 unterscheidet sich von Fallgruppe 2 dadurch, dass in diesem Fall die Eingriffe so dringlich sind, dass nicht einmal die Genehmigung der elterlichen Einwilligungserklärung durch das Familiengericht abgewartet werden kann, allerdings mit weitreichenden Folgen. Denn dann entfällt nicht nur das Rechtmäßigkeitserfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung für den Eingriff, sondern auch die Befassung einer interdisziplinären Kommission gemäß § 1631e Abs. 4 und 5 BGB-E, da diese in das gerichtliche Verfahren eingebunden ist.

---

<sup>2</sup> Vgl. statt vieler Britt Tönsmeier, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern de lege lata und de lege ferenda, Baden-Baden 2012, S. 172 f. und passim.

## **Kritik an den Regelungen**

### ***Absatz 3 Satz 1, Ausnahme vom Genehmigungsverfahren***

Es erschließt sich nicht wirklich, wonach die Frist zwischen Feststellung der Notwendigkeit eines operativen Eingriffs und des geplanten Durchführungstermins für die Ausnahme vom Genehmigungsverfahren bestimmt sein soll. Absolute Notfälle unterfallen weiterhin dem § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB (so auch Begr., S. 27). Es muss also zugleich eine Frist gegeben sein, die einerseits früher endet, als die Einwilligungsfähigkeit des Kindes beginnt, andererseits länger ist als von jetzt auf gleich. Familiengerichte sind gewohnt, in Eilsachen auch binnen Tagen oder weniger Wochen zu entscheiden.

Laut der Begründung (S. 26 unten) ist mit der Ausnahme von der Genehmigungspflicht keine Änderung gegenüber der geltenden Rechtslage beabsichtigt: „Eltern und Ärztinnen und Ärzte [entscheiden] über die Notwendigkeit des Eingriffs“. Sollen diese zugleich darüber entscheiden, wie lange es wohl dauern würde, bis eine familiengerichtliche Genehmigung vorläge?

Die Begründung geht auch auf die Konstellation ein, dass der beabsichtigte operative Eingriff dringlicher wird, während ein Genehmigungsverfahren bereits läuft. Aber auch hier scheint mir die Begründung (S. 27 oben) eher umständlich als vereinfachend: „Wenn nicht zu erwarten ist, dass die Genehmigung rasch erteilt wird, ist in einem solchen Fall ebenfalls ein operativer Eingriff ohne Genehmigung möglich.“ Nochmals: Wer entscheidet darüber, wie lange das Familiengericht bis zur Genehmigung braucht? Darüber können Eltern doch nur spekulieren, d.h. sie müssten ohnehin beim Familiengericht nachfragen; dieses könnte/würde dann, wenn die Sache dringlicher geworden ist, sie zu einer Eilsache machen und sehr schnell entscheiden. Statt dessen soll laut Begründung (S. 27) das Familiengericht „die Eltern auf die ausnahmsweise gegebene Genehmigungsfreiheit hinweisen“. Das erscheint doch recht kompliziert, zumal, wenn die Entscheidung des Familiengerichts tatsächlich nicht abgewartet werden kann, ein Fall des § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB vorläge.

Insgesamt erscheint mir das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 1631e Abs. 3 Satz 1 BGB-E fragwürdig, vor allem deshalb, weil mit der Antwort auf die Frage der gegebenen oder nicht gegebenen Genehmigungsbedürftigkeit zugleich über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Eingriffs entschieden wird.

### ***Zum Genehmigungsverfahren und der „interdisziplinären Kommission“***

Nach § 1631 Abs. 3 Satz 2 BGB-E hat das Familiengericht die Einwilligungserklärung der Eltern, die gemäß Abs. 2 Satz 1 abzugeben ist, dann zu genehmigen, „wenn der geplante Eingriff dem Wohl des Kindes am besten entspricht“. Das ist an sich selbstverständlich, hier jedoch im Zu-

sammenhang mit § 1631 Abs. 3 Satz 3 BGB-E zu lesen, der die gesetzliche Vermutung aufstellt, dass das Kindeswohl gewahrt ist, wenn „die Eltern dem Familiengericht eine den Eingriff befürwortende Stellungnahme einer interdisziplinären Kommission nach Absatz 4“ vorlegen. Was die Kommission zu beurteilen und zu dokumentieren hat, ist in § 1631 Abs. 5 BGB-E bestimmt.

Dazu folgende Anmerkungen:

- 1, Die interdisziplinäre Kommission ist keine ständige Kommission. Das ist problematisch, wenn die Eltern ihrem Antrag an das Familiengericht bereits eine Kommissionsentscheidung beifügen können sollen. So begrüßenswert es ist, dass nicht ein einzelner Arzt oder eine einzelne Ärztin die medizinische Fragen beurteilen sollen: Wie sollen Eltern eine solche Kommission finden oder selbst zusammenstellen, und das noch auf eigene Kosten?
2. Deshalb wäre besser, wenn die Sachverständigen vom Familiengericht bestellt würden. Es könnte bei der Festlegung bleiben, dass mindestens oder jedenfalls möglichst die in Abs. 4 Satz 1 genannten Personen hinzugezogen werden. Das hätte den weiteren Vorteil, dass damit das bereits im Vorwege häufig kritisierte Problem der Kostenlast für die Eltern gemildert wäre; dann müssten die Eltern nicht unbedingt in Vorleistung treten, weil bei Verfahrenskostenhilfe diese Kosten berücksichtigt werden können.
3. Bleibt es bei der Regelung des Gesetzentwurfs, ist ferner problematisch, dass der oder die Behandelnde gemäß Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 auf jeden Fall Mitglied dieser Kommission sein soll; denn dadurch kommt diesem Kommissionsmitglied eine Doppelrolle zu: Mitentscheidung über eine Vorfrage für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs, nachdem höchstwahrscheinlich der/die Behandelnde schon vorher den Eingriff für geboten gehalten hat. Ein Rollen- oder Interessenkonflikt ist damit vorprogrammiert.
4. Nicht geregelt ist, was mit einer vor Stellung des Antrags eingeholten, aber nicht befürwortenden Stellungnahme geschieht. Zu hoffen ist natürlich, dass dann von dem geplanten Eingriff überhaupt abgesehen wird. Aber wenn die Eltern den Eingriff unbedingt wollen, können sie den Antrag auf Genehmigung auch ohne eine solche Kommissionsstellungnahme beim Familiengericht stellen. Dürfen sie verschweigen, dass bereits eine ablehnende Stellungnahme vorliegt? Dieser Konflikt würde ebenfalls vermieden, wenn die Kommissionstätigkeit in das Gerichtsverfahren integriert wäre.
5. Der Katalog der Aspekte, den die Kommission in ihrer Stellungnahme zu dokumentieren hat (§ 1631 Abs. 5 BGB-E), ist grundsätzlich sehr zu begrüßen. Offen bleibt aber, wie die Kommission zu ihrem Ergebnis kommt, ob und zu welchen Punkten unterschiedliche Meinungen diskutiert wurden sowie ob es sich beim Gesamtergebnis um eine einstimmige Entscheidung oder eine Mehrheitsentscheidung handelt. Laut Begründung (S. 32 oben) sollen die Kommissionsmitglieder mit ihrer Unterschrift zugleich erklären, „dass sie sich die Ausführungen der

Stellungnahme zu eigen machen“. Das ist im Gesetzentwurf jedoch nicht so formuliert. Da ich als Mitglied eines Gremiums eine Entscheidung auch dann mittragen kann, wenn ich in Einzelfragen oder insgesamt überstimmt worden bin, führt das Erfordernis des Abs. 5 Satz 2 möglicherweise sogar zu unzutreffenden, um nicht zu sagen irreführenden Schlussfolgerungen: Teil- oder Gesamtdissense wären nur durch Unterschriftverweigerung deutlich zu machen; das geht aus dem Wortlaut des Gesetzentwurfs jedoch nicht hervor. Auch für die anschließende Wertung durch das Gericht entstehen dadurch aufgrund der Vermutungsregelung (Abs. 3 Satz 3) Probleme. Es handelt sich nicht um eine unwiderlegliche Vermutung; wenn aus der Stellungnahme aber nicht zugleich hervorgeht, ob und an welchen Punkten unterschiedliche Einschätzungen in der Kommission vertreten waren, sind dem Gericht Anhaltspunkte für eine Nachermittlung entzogen.

Ergänzend sei zu zwei Änderungsanträgen des Bundesrates (Drucksache 566/20(Beschluss), Nr. 6 und 7, S. 6-8 = BT-Drucksache 19/24686, S. 41-43) Folgendes angemerkt. Nach Nr. 6 soll auch „eine in der psychosozialen Beratung von intergeschlechtlichen Kindern und deren Angehörigen geschulte und erfahrene Person“ der Kommission angehören. Nach Nr. 7 ist die Anforderung an die Person, die gegebenenfalls beraten hat – was dann in die Kommissionsstellungnahme aufzunehmen ist –, etwas anders charakterisiert, nämlich als „Beratungsperson mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung oder eine Person, die eine Beratungsausbildung zu Intersexualität absolviert hat“. Gleichwohl wäre nicht ausgeschlossen, dass es sich im konkreten Einzelfall um dieselbe Person handelt. Dann wäre auch diese in einer Doppelfunktion tätig. Das halte ich im Interesse des Kindes für problematisch, insbesondere da aufgrund der eben unter 5. genannten Bedenken nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Person in der Kommission überstimmt wird oder zu Teilaspekten Bedenken geäußert hat, ihr aufgrund der Unterschriftsleistung dennoch die gesamte Stellungnahme zugerechnet würde.

### ***Wiederkehrende Eingriffe***

Ein anderes Bedenken des Bundesrates teile ich hingegen, und zwar, dass das Gesetz klarstellen sollte, dass Bougieren verboten ist (Drucksache 566/20(Beschluss), Nr. 1, S. 1 f. = BT-Drucksache 19/24686, S. 36 f.). Die Bundesregierung hat dies in ihrer Gegenäußerung mit der Begründung abgelehnt, „dass nicht eine einzige Einwilligung in das Bougieren über einen jahrelangen Zeitraum mit mehreren Terminen ausreicht, sondern für jede einzelne Behandlung die Einwilligung erneut erteilt werden muss“ (BT-Drucksache 19/24686, S. 46). Aber darin liegt genau das Problem. Denn Bougieren ist eine Behandlung, die unter § 1631e Abs. 1 BGB-E fällt, für die eine Einwilligung ausgeschlossen ist. Da es sich nicht um einen operativen Eingriff handelt, kommt auch eine genehmigte Einwilligung gemäß Abs. 2 und 3 nicht in Betracht. Ferner wird, wenn eine Neovagina angelegt wurde, häufig den Eltern selbst aufgegeben, regelmäßiges Bougie-

ren vorzunehmen. Insofern ist der Bundesregierung zwar zuzustimmen, dass Einwilligungen nur jeweils einzelne Eingriffe betreffen (dürfen), aber beim Sachverhalt des Bougierens führt das nicht weiter.

Um dem schon nach geltendem Recht bestehenden Verbot geschlechtsangleichender Behandlungen an nicht einwilligungsfähigen Kindern, das mit § 1631e Abs. 1 BGB-E nur noch einmal expliziert wird, zu Geltung verhelfen, sollte Abs. 2 zur Klarstellung insoweit ergänzt werden, dass er auch dann nicht nur Anwendung kommen kann, wenn ein an sich erlaubter operativer Eingriff zu Folgebehandlungen führt, die nach Abs. 1 verboten sind.

### ***Abgrenzungsproblem: Feststellung der Einwilligungsfähigkeit***

Behandlungen einwilligungsfähiger Minderjähriger, um „das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen“, sind zulässig (Umkehrschluss aus § 1631e Abs. 1 BGB-E). Erforderlich ist dann deren Einwilligung gemäß § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB sowie zum Abschluss des Behandlungsvertrages grundsätzlich die Zustimmung der Sorgeberechtigten.<sup>3</sup> Bei Zweifeln an der Einwilligungsfähigkeit hat der Eingriff zu unterbleiben (Begr., S. 23 Mitte). Ob Einwilligungsfähigkeit gegeben ist oder nicht, bestimmt aber auch darüber, ob bei operativen Eingriffen gemäß Abs. 2 das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren gemäß Abs. 3 durchzuführen ist oder nicht. Ich habe Zweifel, ob die Entscheidung hierüber den behandelnden Ärzt\_innen und/oder den Eltern überlassen bleiben kann, insbesondere im Hinblick darauf, dass die Frage der Einwilligungsfähigkeit auch in Jahre oder gar Jahrzehnten später durchgeführten Gerichtsverfahren entscheidungserheblich ist, wenn ein (ehemaliges) Kind überprüfen lässt, ob die an ihm vorgenommene Behandlung oder der an ihm vorgenommene operative Eingriff rechtmäßig war oder nicht.

Unter diesem Aspekt scheint mir sinnvoll zu sein, auch eigene Einwilligungserklärungen Minderjähriger von einer familiengerichtlichen Genehmigung abhängig zu machen, jedenfalls, wenn sie jünger als 16 Jahre sind. Schließlich handelt es sich bei der Einwilligungsfähigkeit auch um eine Rechtsfrage, und Familiengerichte haben – unabhängig davon, ob sie in die Materie der Varianten der Geschlechtsentwicklung eingearbeitet sind oder nicht – Erfahrung im Umgang mit Kindern und der Feststellung ihres Reifegrades. Für die medizinischen und sozialpsychologischen Fragen wäre auch in diesem Fall der Sachverstand, wie für die Kommission in Abs. 4 beschrieben, heranzuziehen, und die in Abs. 5 genannten Aspekte wären aufzuklären.

---

<sup>3</sup> Auf die besondere Frage, ob bei gesetzlich versicherten Minderjährigen u.U. die elterliche Zustimmung entbehrlich ist, weil sie aus der Behandlung nur einen rechtlichen Vorteil erlangen (§ 107 BGB), kann hier nicht näher eingegangen werden.

### ***Feststellung der Aufschubfristen***

Dasselbe gilt für die unterschiedlichen Aufschubfristen, die der Gesetzentwurf enthält (zum einen, wie oben dargestellt, bis zur Einwilligungsfähigkeit des Kindes, zum anderen kürzer, aber länger als im Notfall). Da nach dem Entwurf die nicht vom Familiengericht genehmigte elterliche Einwilligung dann zur Rechtswidrigkeit des Eingriffs führt, wenn die Genehmigung an sich erforderlich wäre, spricht auch unter diesem Gesichtspunkt m.E. alles dafür, diese Ausnahme gerade nicht zuzulassen und es für Akutfälle bei § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB zu belassen.

### **Fazit und Vorschläge zu § 1631e Absätze 1 bis 5 BGB-E**

1. In allen Fällen, in denen ein operativer Eingriff gemäß § 1631e Abs. 2 BGB-E geplant ist, ist die in Vertretung des Kindes erklärte Einwilligung der Sorgeberechtigten (§ 630d Abs. 1 Satz 2 BGB) durch das Familiengericht zu genehmigen, auch in denen, die im Entwurf von dem Erfordernis ausgenommen sind. Für Notfälle, in denen nicht einmal ein tageweiser Aufschub zur Abwendung einer Gefahr für Leib oder Leben möglich ist, gilt die Regelung des § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB. Im Übrigen gibt es das familiengerichtliche Eilverfahren.
2. Das Gericht überprüft im Wege des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 26 FamFG, ob die Voraussetzungen für eine wirksame stellvertretende Einwilligungserklärung vorliegen:
  - Aufschub bis zur Einwilligungsfähigkeit des Kindes nicht möglich,
  - Wahrung des Kindeswohls.Das Gericht soll möglichst die in § 1631e Abs. 4 BGB-E genannten Personen als Sachverständige bestimmen und um gutachterliche Äußerung bitten unter Berücksichtigung der in Abs. 5 genannten Aspekte. Soweit sämtliche Stellungnahmen befürwortend sind, keine Widersprüche bestehen und die Sorgeberechtigten nicht widersprechen, kann das Verfahren auch im schriftlichen Wege betrieben werden.
3. Sind Minderjährige zwar einwilligungsfähig, aber noch keine 16 Jahre alt, bedarf ihre Einwilligung der Genehmigung durch das Familiengericht.

### **Aufbewahrungsfrist von Patientenakten: Artikel 1, § 1631e Abs. 6 BGB-E und Artikel 2**

Zu begrüßen ist die Verlängerung der Aufbewahrungsfrist in § 1631e Abs. 6 BGB-E auf 48 Jahre ab Geburt, unabhängig vom Zeitpunkt des Eingriffs, ebenso wie die Übergangsregelung in Art. 2 des Gesetzentwurfs, der die lange Frist auf Altfälle ausdehnt, sofern die zehnjährige Frist des § 630f Abs. 3 BGB noch nicht abgelaufen ist. Eine entsprechende Frist hatte schon der Deutsche Ethikrat in seiner Stellungnahme von 2012 angemahnt (BT-Drs. 17/9088, S. 54). Ein Zeit-



raum von 48 Jahren entspricht strukturell einer Verjährungsfrist von 30 Jahren, die erst ab Volljährigkeit der berechtigten Person zu laufen beginnt. Allerdings sieht der Gesetzentwurf keine Änderung der geltenden Verjährungsbestimmungen vor, sodass sowohl die strafrechtliche Verfolgung eines gemäß §§ 223 ff. StGB i.V.m. § 1631e BGB-E rechtswidrigen Eingriffs als auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gemäß §§ 823 ff. BGB i.V.m. § 1631e BGB-E vor Ablauf der 48 Jahre verjährt sein können. Danach bestünde in der langen Aufbewahrung der Patientenakten als „Gewinn“ für das ehemalige Kind, an dem der rechtswidrige Eingriff vorgenommen wurde, nur noch in der Möglichkeit der Kenntnisnahme zu den Umständen der rechtswidrigen Handlung und den daran Beteiligten.

Unter diesem Aspekt rege ich an, sowohl die strafrechtlichen als auch die zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften einer Überprüfung auf Kompatibilität der Zielsetzungen und der zugrunde liegenden Wertungen unter Berücksichtigung der folgenden Aspekte zu unterziehen.

### **... im Hinblick auf strafrechtliche Verjährungsfristen**

Gemäß § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB ruht die Verjährung der strafrechtlichen Verfolgung einer Reihe von abschließend aufgezählten Straftaten bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers. Diese Bestimmung ist, seit 1994 erstmals das Ruhen der Verjährung bei Straftaten gegen Minderjährige während ihrer Minderjährigkeit angeordnet wurde, mehrfach geändert worden, um sexuell konnotierte Straftaten gegenüber Kindern nicht zu früh verjähren zu lassen. Von der Rechtsgutsverletzung her gesehen handelt es sich um Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Aufgrund der abschließenden Aufzählung werden nach dem neuen § 1631e BGB-E verbotene Eingriffe an Kindern jedoch nur der normalen Verjährung unterliegen, da die einschlägigen §§ 223, 224 und ggf. 226 StGB nicht in § 78b Abs. 1 StGB genannt sind. Damit verjähren verbotswidrige Eingriffe, sofern sie als einfache Körperverletzung gemäß § 223 StGB gewertet werden, nach fünf Jahren ab Tatbegehung. Selbst wenn eine schwere Körperverletzung gemäß § 226 StGB angenommen würde, wäre die Tat nach zehn Jahren verjährt. Das bedeutet, dass verbotswidrige Eingriffe an z.B. Zweijährigen spätestens verjährt wären, wenn diese 12 Jahre alt sind. Das ist in Anbetracht der Zielsetzung des Gesetzentwurfs ein eklatanter Widerspruch, der zu beheben ist. Zu einer Anklage wegen § 225 StGB (Misshandlung von Schutzbefohlenen), der in § 78b genannt ist, dürfte es kaum kommen.

Am besten würden in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB folgende Worte angefügt: „... sowie solchen Straftaten gemäß §§ 223, 224 und 226, die an Minderjährigen begangen wurden und nicht nach §§ 1631d oder 1631e Bürgerliches Gesetzbuch gerechtfertigt sind“.

### **... im Hinblick auf zivilrechtliche Verjährungsfristen**

Die regelmäßige zivilrechtliche Verjährung beträgt seit der Schuldrechtsreform von 2002 nicht mehr dreißig, sondern nur noch drei Jahre gemäß § 195 BGB und beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Schaden aufgrund der Verletzungshandlung zugefügt wurde. Zwar wurden mit dem Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1805) Schadensersatzansprüche aufgrund „Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung“, also der grundrechtlich geschützten hohen Rechtsgüter, um die es auch im vorliegenden Gesetzentwurf geht, in den Katalog der Ansprüche mit dreißigjähriger Verjährung (§ 197 BGB) aufgenommen, allerdings nur wenn die Verletzungshandlung mit Vorsatz begangen wurde. Ob bei Eingriffen, die schon de lege lata rechtswidrig sind und künftig auch nach § 1631e BGB-E als rechtswidrig zu beurteilen sein werden, sich deliktsrechtlich Vorsatz wird nachweisen lassen, ist fraglich. Schadensersatzansprüche bestehen auch bei fahrlässiger Tatbegehung, unterliegen dann aber nur der dreijährigen Verjährungsfrist.

Auch hier ist, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, eine Änderung vorzunehmen. Es könnte z.B. § 197 Abs. 1 Nr. 1 ergänzt werden um einen Halbsatz „bei rechtswidrig vorgenommenen Behandlungen gemäß § 1631e verjähren Schadensersatzansprüche auch dann erst in dreißig Jahren, wenn sie auf einer fahrlässigen Verletzung beruhen“.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang § 208 BGB zu nennen, der die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bis zum 21. Geburtstag der verletzten und damit anspruchsberechtigten Person hemmt. Von der Wertung her gesehen, müssten Ansprüche, die nach § 1631e BGB-E rechtswidrig sind bzw. bleiben, ebenfalls § 208 BGB unterliegen. Aufgrund der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung steht jedoch zu befürchten, dass diese Bestimmung eng ausgelegt und nur für sexuell konnotierte Verletzungshandlungen angewandt werden würde, zumal nur aus der Begründung zum vorliegenden Gesetzentwurf, nicht aus dem Wortlaut selbst hervorgeht, dass die Vorschrift der Durchsetzung des Rechts auf geschlechtliche Selbstbestimmung<sup>4</sup> dient.

Ich rege daher an, in § 208 BGB hinter dem Wort „sexuellen“ die Wörter „oder geschlechtlichen“ einzufügen.

---

<sup>4</sup> Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 (Az. 1 BvR 2019/16) wird statt des zuvor meist genutzten Begriffs „sexuelle Selbstbestimmung“ „geschlechtliche Selbstbestimmung“ verwendet.

### **... im Hinblick auf Aufbewahrungsfristen für Gerichtsakten**

In diesem Zusammenhang ist ferner auf die Aufbewahrungsfristen für Gerichtsakten hinzuweisen. Es muss sichergestellt werden, dass die Akten zu solchen Kindschaftssachen, die § 1631e BGB-E betreffen, nicht nur zehn oder dreißig Jahre, sondern ebenfalls 48 Jahre aufbewahrt werden. Grundsätzlich sind diese Aufbewahrungsfristen landesrechtlich geregelt, aber die Fristen selbst, die den landesrechtlichen Regelungen meist in Form einer Tabelle als Anlage beigelegt sind, scheinen bundeseinheitlich festgelegt zu sein.<sup>5</sup>

### **Dokumentation: Meldepflicht und Zentralregister, Evaluierung**

Bereits in einigen Stellungnahmen zum Referentenentwurf wurde gefordert oder mindestens angeregt, ein Zentralregister für Behandlungen, wie sie jetzt in § 1631e Abs. 1 BGB-E beschrieben sind, einzuführen. Der Bundesrat hat dies aufgegriffen (Drucksache 566/20(B), S. 8, Nr. 8 = BT-Drucksache 19/24686, S. 43, Nr. 8), die Bundesregierung hat es in ihrer Gegenäußerung jedoch abgelehnt und will dies den Ländern überlassen (BT-Drucksache 19/24686, S. 49 f.).

Es ist zuzugeben, dass zur Umsetzung des Vorschlags des Bundesrates mehr erforderlich ist als die Nennung eines Zentralregisters in der Vorschrift über die Aufbewahrungsdauer von Patientenakten. Aber eine Meldepflicht an ein auf Bundesebene angesiedeltes zentrales Register halte ich für unverzichtbar, wenn das Ziel des vorliegenden Gesetzentwurfs erreicht werden soll, nämlich die Rechte der geschützten Kinder zu wahren.

### **1. Durchsetzung eines Menschenrechts**

Das Gesetz dient der Wahrung des Rechts Minderjähriger auf geschlechtliche Selbstbestimmung, also einem Recht, das seine Basis in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz hat. Es erlaubt nur in den Ausnahmefällen, die keinen Aufschub dulden, operative Eingriffe an nichteinwilligungsfähigen Kindern, wenn diese zu einer Veränderung des geschlechtlichen Erscheinungsbildes des Kindes führen. Wie in der Begründung zum Gesetzentwurf mehrfach hervorgehoben wird (S. 24, 27), verbleibt es in den übrigen Fällen, selbst wenn die Sorgeberechtigten ihre Einwilligung zur Behandlung erteilt haben, bei der Rechtswidrigkeit der Eingriffe in die körperliche

---

<sup>5</sup> Vgl. z.B. für Bremen: [Verordnung über die Aufbewahrung von Schriftgut in der Justiz und Justizverwaltung des Landes Bremen \(AufbewahrungsV\)](#) vom 27.10.2016 (Brem.GBl. 2016, S. 672). Eine stichprobenartige Überprüfung mit anderen landesrechtlichen Regelungen hat ergeben, dass die Anlagen selbst nicht identisch sind, aber die darin genannten Fristen, soweit ich es feststellen konnte, schon. Die entsprechende Anlage zur Bremischen AufbewahrungsV ist überschrieben: „Bundeseinheitliche Aufbewahrungsfristen für das Schriftgut der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der Staatsanwaltschaften und der Justizvollzugsbehörden“.

Unversehrtheit des Kindes und den damit verbundenen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen. Obwohl das an sich schon de lege lata so ist, ist aufgrund der immer noch bestehenden gesellschaftlichen Tabuisierung des Bereichs des Geschlechtlichen derzeit nicht garantiert, dass es nicht geschieht (vgl. Begr., S. 10 f.).

So sehr zu hoffen ist, dass es zu keinen rechtswidrigen Eingriffen mehr kommen wird, so kann dies jedoch auch nicht ausgeschlossen werden. Die Aufbewahrung der Patientenakten für 30 Jahre ab Volljährigkeit, d.h. ab (möglicherweise rechtswidrig) erfolgtem (ersten) Eingriff für insgesamt u.U. fast 48 Jahre, bezweckt ja nicht nur, dass die Menschen, um deren Schutz es hier geht, später ihre eigene körperliche (Behandlungs-)Geschichte nachvollziehen können, sondern auch, dass sie ggf. für gerichtliche Überprüfung und Durchsetzung möglicher Schadensersatzansprüche über Beweismaterial verfügen.<sup>6</sup> Hier geht der Gesetzentwurf mit dem Verweis in § 1631e Abs. 6 BGB-E (und Art. 2) von einem idealisierten Verlauf aus, der erreicht werden soll, aber nicht garantiert werden kann. Ein paar Fragen mögen das verdeutlichen:

- Woher soll ein erwachsener Mensch wissen, in welcher Arztpraxis und/oder Klinik er als ein- bis zweijähriges Kind behandelt wurde, wenn die Eltern nichts erzählen?
- Was, wenn dieser Mensch nach der Behandlung adoptiert wird und die Informationen nicht an ihn und/oder die Adoptiveltern weitergegeben werden?
- Was, wenn dieser Mensch erst zu einem Zeitpunkt von der Behandlung erfährt, zu dem die Eltern bereits nicht mehr leben?
- Was, wenn die Familie z.B. aufgrund des Berufes eines Elternteils häufig von einem Bundesland ins andere (oder gar zwischendurch ins Ausland) umgezogen ist und die Eltern selbst keine Unterlagen mehr haben über mit dem Kind aufgesuchte Arztpraxen und Kliniken?
- Was, wenn die Arztpraxis oder Klinik inzwischen geschlossen, verkauft oder vererbt wurde?

Insbesondere Letzteres ist nicht gar so unwahrscheinlich, und die Rechtsnachfolger\_innen (Käufer\_innen/Erb\_innen) werden kaum vermuten, dass einzelne Patientenakten über die gemäß § 630f Abs. 3 BGB regelmäßige zehnjährige Aufbewahrungsfrist hinaus aufzubewahren sind.

## **2. Personenbezogene zentrale Erfassung aller Patientenakten**

Das nicht einwilligungsfähige Kind muss, wenn es größer geworden oder bereits erwachsen ist und die Geschichte seiner geschlechtsbezogenen medizinischen Behandlungen nachvollziehen

---

<sup>6</sup> Der erfolgreiche Schadensersatzprozess von Christiane Völling zeigt, von wie viel Zufällen es abhängen kann, die erforderlichen Beweise beizubringen; vgl. OLG Köln, Beschluss vom 3.9.2008 (Az. 5 U 51/08); Christiane Völling, Ich war Mann und Frau: Mein Leben als Intersexuelle, Köln 2010.

will, Zugang zu allen medizinischen Fallakten an einer Adresse erhalten. Behandlungen erfordern oft Nachbehandlungen, die an anderen Orten durchgeführt werden. Es wäre eine Verkürzung des Rechts auf geschlechtliche Selbstbestimmung, wenn dem (ehemaligen) Kind aufgebürdet würde, die Adressen erst mühsam zu ermitteln und dann an verschiedenen Orten die Patientenakten anzufordern, die möglicherweise hier oder da trotz § 1631e Abs. 6 BGB-E nicht mehr vorhanden sind.

Dieser Gefahr kann nur durch eine Meldepflicht an ein zentrales Register begegnet werden. Es genügt auch nicht, wenn, wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung meint, einzelne Bundesländer solche Register einführen; denn dann wäre es vom Zufall abhängig, wo das Kind behandelt worden ist: ob in einem Bundesland mit Register oder in einem Bundesland ohne Register. Zudem finden Behandlung oft auch ohne Ortswechsel der Eltern in verschiedenen Bundesländern statt. Das ergibt sich schon daraus, dass derzeit noch nicht alle Bundesländer Kompetenzzentren für die fraglichen Behandlungen haben.<sup>7</sup>

### **3. Zu erfassende Daten und Datenschutz**

Meldepflichtig sollten alle Behandlungen an solchen Körpermerkmalen – geschlechtlichen inneren und äußeren Organen – sein, die geeignet sind, „das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen“. Hierzu müssen die Diagnosen (Haupt- und Nebendiagnosen) und spezifischen Indikationen sowie vorgesehene oder angewandte Maßnahmen und Operationsverfahren genannt werden. Außerdem sollte dokumentiert werden, ob Eltern und Kind auf Beratungsmöglichkeiten hingewiesen wurden und welche ggf. in Anspruch genommen wurden (vgl. insoweit auch § 1631e Abs. 5 Nr. 4 BGB-E). Ferner hinzukommen müssen Ort der Behandlung (freie Praxis oder Klinik mit Adresse) und Datum der Behandlung.

Dies muss ferner für alle Behandlungen gelten, unabhängig davon, ob sie nach dem Gesetzentwurf an sich verboten, genehmigungspflichtig oder genehmigungsfrei sind. Da mit der Einwilligungsfähigkeit des Kindes, die im Einzelfall streitig sein kann, die Grenze zwischen verboten und erlaubt gezogen wird, sollten alle Behandlungen an Minderjährigen bis zu einem Alter von 16 Jahren gemeldet werden.

---

<sup>7</sup> Aktuell nur in 8 von 16 Bundesländern; vgl. die vom Projekt DSDCare unter <https://dsdcare.de/de/beteiligte-einrichtungen> nachgewiesenen Einrichtungen, die sich zur Einhaltung der Sk2-Leitlinie „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ (AWMF Leitlinie 174/001) verpflichtet haben. – Gemeint sind hier nur solche Kompetenzzentren; im Übrigen ist Kompetenzzentrum kein geschützter Begriff.

Wird ein Familiengericht befasst, ist dessen Entscheidung zu melden, unabhängig davon, wie das Verfahren endet, d.h. auch bei Rücknahme des Antrags. Endet die Aufbewahrungsfrist für die Akte vor Ablauf der 48 Jahre, ist die gesamte Akte dem Register zu übermitteln.<sup>8</sup>

Ist eine interdisziplinäre Kommission gemäß § 1631e Abs 4 BGB-E tätig geworden, ist auch deren Entscheidung zu melden. Dazu gehören alle in § 1631e Abs. 5 BGB-E genannten Angaben, auch wenn es sich nicht um eine befürwortende Stellungnahme handelt.

Diese Daten sind jeweils der behandelten Person zuzuordnen.

#### **4. Evaluierung**

Artikel 6 des Gesetzentwurfs sieht eine Evaluierung „innerhalb von zehn Jahren“ vor. Dieser Zeitraum wird nach der Begründung für erforderlich gehalten erstens in Anbetracht der geringen Fallzahlen und zweitens, um die Kinder möglichst in die Untersuchung einzubeziehen (BT-Drucksache 19/24686, S. 34 f.). „Als Datengrundlage für die Bewertung der Neuregelung könnten die gerichtlichen Verfahrensakten sowie die Patientenakten dienen.“

Auch dies spricht für ein zentrales Register. Denn wie sonst sollen diejenigen, die die Evaluation durchführen werden, an die Akten gelangen? Da die gerichtlichen Verfahren als Kindschafts-sache gemäß § 151 FamFG geführt werden sollen (Begr., S. 26), müssten für ca. neun Jahre (zehn Jahre Frist abzüglich ein Jahr für Durchführung der Evaluation und Verfertigung des Berichts, sofern kein an sich wünschenswerter früherer Beginn und auch keine Begleitforschung) alle F-Sachen aller Familiengerichte durchforstet werden. Das ist ziemlich unrealistisch. Und wie die Bundesregierung als für die Evaluation verantwortliche Institution an die betreffenden Patientenakten gelangen will, erschließt sich mir erst recht nicht. Eine Abfrage bei den einschlägigen Kompetenzzentren würde nur einen Teil der Fälle erreichen und damit eventuell gerade Verbotsumgehungen nicht erfassen.

#### **5. Datenschutz**

Bei Registern mit personenbezogenen Daten stellt sich immer die Frage des Datenschutzes, der bei der Einrichtung eines Registers für den eben beschriebenen Zweck zu beachten ist.

Primärer Zugang (Einsicht und Auskunftserteilung) sollte ausschließlich den (ehemaligen) Kindern gestattet werden, deren Daten dort registriert werden. Im Übrigen ist für Forschungszwecke – worunter ich auch die Evaluierung gemäß Artikel 6 des Gesetzentwurfs verstehe – Ver-

---

<sup>8</sup> Es könnte auch daran gedacht werden, dass Behandelnde sich durch Ablieferung der Patientenakte an das Register von ihrer langen Aufbewahrungspflicht befreien könnten.

wendung der Daten in anonymisierter Form unter Beachtung der DSGVO zuzulassen, wie es auch bei sonstigen Registern üblich ist (vgl. z.B. § 66 Personenstandsgesetz). Als Muster könnte hier möglicherweise das 2018 eingeführte Samenspenderregistergesetz<sup>9</sup> dienen.

## **6. Gesetzgebungskompetenz**

Die in der Gegenäußerung der Bundesregierung gegebene Begründung zur Ablehnung des Änderungsantrags des Bundesrates (BT-Drucksache 19/24686, S. 49 f.) überzeugt nur insoweit, als für ein Zentralregister auch eine Meldepflicht eingeführt und ein entsprechendes Register geschaffen werden müsste. Nicht hingegen überzeugt, dass dies eine Frage der Krankenhausorganisation und der Organisation der Ärztekammern wäre. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich m.E. vielmehr unmittelbar aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Grundgesetz; es sind die Gebiete bürgerliches Recht, Strafrecht (mittelbar) und gerichtliches Verfahren betroffen, da es primär um die Sicherung zivilrechtlicher Ansprüche, aber auch mögliche Strafverfolgung geht.

## **Schlussbemerkung**

Für den Fall, dass die Ausschüsse und anschließend das Plenum des Bundestages Regelungen, wie sie hier vorgeschlagen werden und soweit sie über die derzeit im Gesetzentwurf vorhandenen Regelungen hinausgehen, nicht einarbeiten wollen, wäre es wünschenswert, wenn der Bundestag wegen des Sachzusammenhanges zeitgleich einen Antrag beschließen würde, mit dem die Bundesregierung aufgefordert wird, einen Gesetzesvorschlag für die Anpassung der Verjährungsvorschriften sowie einen Gesetzesvorschlag für die Einrichtung eines Registers mit entsprechender Meldepflicht noch in dieser Legislaturperiode vorzulegen.

---

<sup>9</sup> Als Art. 1 des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2513).