

Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland

Stellungnahme

Britt Tönsmeier

Fragen zur Behandlung und Einwilligung

Zu 1a)

Das Rechtsinstitut der elterlichen Sorge gewährt Eltern grundsätzlich im Rahmen der Personensorge auch die Entscheidung über medizinische Behandlungen des Kindes. Das den Sorgeberechtigten zustehende Interpretationsprimat besteht bei erforderlichen Heilmaßnahmen für das Kind aufgrund deren Objektivierbarkeit nicht bzw. nur sehr eingeschränkt, sofern eine Wahlmöglichkeit gleichwertiger Behandlungsmethoden existiert. Insoweit ist das Kindeswohl durch die Notwendigkeit der (Wieder-)Herstellung der körperlichen Integrität des Kindes bestimmt.

Dies gilt jedoch nicht für geschlechtsanpassende bzw. -zuweisende Maßnahmen bei intersexuell geborenen Kindern. Deren Ziel ist, anders als bei klassischen Heileingriffen, nicht die (Wieder-)Herstellung der körperlichen Integrität, sondern vielmehr die Gewährleistung einer ungestörten Geschlechtsentwicklung. Dadurch ist neben der körperlichen Integrität ein weiteres verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut in Form der Geschlechtsidentität als Teil des Persönlichkeitsrechts betroffen. Dieses ist aufgrund seines höchstpersönlichen Charakters nicht stellvertretungsfähig. Sie kann – mit Ausnahme ihres Schutzes im Bestand – nur durch den/die RechtsgutsinhaberIn selbst konkretisiert werden. Daher ist ein Eingriff in das Recht der geschlechtlichen Identität den Eltern nicht gestattet.

Dies folgt zum einen aus den Grundrechten des Kindes, die eine Schranke der elterlichen Sorge darstellen. Zum anderen besteht diese Begrenzung der elterlichen Befugnisse auch aus den immanenten Schranken des Rechts der elterlichen Sorge. Dies kommt insbesondere auch in den Spezialregelungen im Zusammenhang mit Eingriffen in die Fortpflanzungsfähigkeit¹ zum

¹ § 1631c BGB und dem Kastrationsgesetz. Siehe hierzu die Ausführungen unter C.II.3.a.

Ausdruck, indem derartige Eingriffe nur von den Betroffenen selbst bzw. nur unter sehr strengen Voraussetzungen durch Dritte erfolgen dürfen.

In Bezug auf die geschlechtliche Zuordnung des Kindes steht den Eltern aufgrund ihres Erziehungsprimates nur die Entscheidung hinsichtlich eines sog. Erziehungsgeschlechts und nicht hinsichtlich geschlechtsanpassender bzw. -zuweisender medizinischer Maßnahmen zu.

Zu 1b)

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen unter 1a Bezug genommen.

Hinsichtlich der Gonadektomie ist jedoch zu differenzieren. Soweit dieser Eingriff nicht nur der „geschlechtlichen Anpassung“ des Körpers des Kindes an das männliche oder weibliche Geschlecht dient, sondern vital indiziert ist. Diese ist aber noch nicht durch ein sog. Entartungsrisiko, sondern erst bei tatsächlich vorhandenen Erkrankungen gegeben, die nur durch die Entfernung der Gonaden geheilt werden können.

Zu 1c)

Entsprechend den Ausführungen unter 1a und b stellt die Einwilligung in eine nicht vital indizierte Gonadektomie eine Überschreitung der elterlichen Befugnisse dar.

§ 1631c BGB regelt eine ausdrückliche gesetzliche Begrenzung der Vertretungsbefugnisse der Eltern im Rahmen der Personensorge. Die Gonadektomie bei intersexuell geborenen Kindern fällt meines Erachtens jedoch nicht in den Anwendungsbereich des § 1631c BGB und ist somit nicht gesetzlich ausdrücklich verboten.

In medizinischer Hinsicht wird zwar unter der Sterilisation die auf Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit eines Mannes oder einer Frau gerichtete operative Unterbrechung oder Unbrauchbarmachung der Samen- bzw. Eileiter verstanden, ohne sonstige Körperfunktionen, insbesondere die Fähigkeit zum Geschlechtsverkehr, zu beeinträchtigen.² In Abgrenzung zur Kastration erfasst sie nicht medizinische Eingriffe, bei denen die Fortpflanzungsfähigkeit durch Ausschaltung der männlichen oder weiblichen Keimdrüsen vorgenommen wird.³

Dem Wortlaut nach fällt unter diese Regelung jeder Eingriff, der eine Sterilisation zum Gegenstand bzw. zur Folge hat. Mithin wären danach auch chirurgische Eingriffe bei intersexuell geborenen Kindern, wenn diese die Zeugungsunfähigkeit zur Folge haben, erfasst.⁴

Die überwiegende Auffassung hält das Verbot des § 1631c BGB jedoch für nicht anwendbar, sofern die Sterilisation nur eine Nebenfolge des aus anderen Gründen indizierten Eingriffs ist.⁵

² Pschyrembel, Stichwort: „Sterilisation“; Ulsenheimer in: Laufs/Kern, Arztrecht, § 126 Rn 1 m.w.N.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, I § 6 Rn 351; Staudinger/Bienwald, § 1905 Rn 11.

³ Staudinger/Bienwald, § 1905 Rn 11; siehe zur Kastration die Ausführungen unter C.II.3.a.aa.

⁴ Plett in: Koher/Pühl, S. 21, 34; Kolbe, Intersexualität, S. 175, 202.

Danach sei die erforderliche Heilbehandlung, die die Sterilität des/der Minderjährigen als Nebenfolge verursacht oder verursachen kann, nicht erfasst.⁶ Folglich sei das Verbot des § 1631c BGB nicht anwendbar, wenn der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als eine unerwünschte, aber in Kauf genommene mittelbare Folge eines ärztlichen Eingriffs, eintritt, wie z.B. bei der Behandlung eines Hodenkarzinoms oder einer Bauchhöhlenschwangerschaft.⁷ Dies träfe auch auf die operativen Maßnahmen bei intersexuell geborenen Kindern zu, sofern die eine Sterilisation zur Folge haben, indem die Sterilität der Betroffenen im Verhältnis zur Geschlechtsangleichung „nur“ eine Nebenfolge der geschlechtszuweisenden bzw. -anpassenden Eingriffe darstellt. Danach wären diese Eingriffe nicht durch § 1631c BGB verboten.

Zur Bestimmung des Anwendungsbereiches ist der Sinn und Zweck der Norm heranzuziehen: § 1631c BGB wurde durch das Betreuungsgesetz mit Wirkung vom 01. Januar 1992 eingeführt und bezweckte den generellen Ausschluss der Sterilisation Minderjähriger.⁸ Die gesetzte Altersgrenze wird mit der Schutzwürdigkeit des/der Betroffenen begründet,⁹ weil sich die Erforderlichkeit und die Auswirkungen des Eingriffs aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung bei Minderjährigen kaum beurteilen lassen und daher der Gefahr von Fehleinschätzungen begegnet werden muss.¹⁰ Der daraus folgende größere persönliche Schaden soll daher auch durch einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht verhindert werden.¹¹

Dieser vom Gesetzgeber beabsichtigte umfassende Schutz Minderjähriger wäre unterlaufen, sofern Sterilisationen als Nebenfolge ärztlicher Eingriffe von dem Verbot nicht erfasst wären. Gerade diese Intention in Verbindung mit dem Wortlaut der Vorschrift steht der Auffassung entgegen, dass Sterilisationen als (unbeabsichtigte) Nebenfolgen von § 1631c BGB nicht erfasst seien: Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1631c BGB ist weder das Motiv der Sterilisation noch deren Einordnung als Haupt- oder Nebenfolge von Bedeutung. Folglich kommt es nicht auf deren Motiv, sondern auf deren Wirkungen an.¹² Dies gilt unabhängig von einer medizinischen Indikation der Sterilisation und dem Umstand, ob diese im besten Interesse des Kindes wäre.¹³

Darüber hinaus ist für die Auslegung des § 1631c BGB auch dessen Entstehungsgeschichte von Bedeutung. Parallel zu dieser Vorschrift trat mit der Einführung des Betreuungsrechts im Jahr 1992 in das Bürgerliche Gesetzbuch § 1905 BGB in Kraft. § 1905 BGB erklärt sterilisierende

⁵ Münchner Kommentar/Huber, § 1631c Rn 4; Staudinger/Salgo, § 1631c Rn 7; Staudinger/Bienwald, § 1905 Rn 12; Hoppenz/van Els, § 1631c Rn 3; Kern/Hiersche MedR 1995, S. 463, 465, 467; so auch die Bundesregierung in Antworten auf die Kleine Anfrage, BT-Drucks. 14/5627, S. 12; zustimmend: Krüger in: Finke/Höhne, S. 55, 57.

⁶ Staudinger/Salgo § 1631c Rn 7; Hoppenz/van Els, § 1631c Rn 3.

⁷ Bamberger/Roth/Veit, § 1631c Rn 2.

⁸ BT-Drucks. 11/4528, S. 107.

⁹ BT-Drucks. 8/2947, S. 14 f.

¹⁰ BT-Drucks. 11/4528, S. 76; BT-Drucks. 13/3822, S. 1; Dethlof, Familienrecht, § 13 Rn 62; dagegen: Hoffmann, Sterilisation, S. 84.

¹¹ BVerfG NJW 1982, S. 691; 1982, S. 2061 bezüglich der Altersgrenzen im Transsexuellengesetz.

¹² Plett in: Koher/Pühl, S. 21, 34.

¹³ Plett in: Koher/Pühl, S. 21, 34.

Eingriffe bei einwilligungsunfähigen Betreuten nur unter engen Voraussetzungen und nur nach vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung für zulässig.¹⁴

Mit der Einführung des § 1631c BGB sollte ein Unterlaufen dieser beschränkten Zulässigkeit der Sterilisation volljähriger Betreuer verhindert werden,¹⁵ da „vorsorgliche“ Sterilisationen behinderter Kinder befürchtet wurden.¹⁶ Die Annahme der „vorsorglichen“ Sterilisation Minderjähriger wurde zudem dadurch bestätigt, dass auch ohne eine genaue Kenntnis der Anzahl der vorgenommenen Eingriffe bei Minderjährigen diese in der Praxis stattfanden und Fachkreise eine erhebliche Dunkelziffer entsprechender Eingriffe sowie eine Vielzahl rechtswidriger Sterilisationen thematisierten.¹⁷ Diese betrafen im Wesentlichen geistig behinderte Menschen.¹⁸ Erhebliche Bedenken galten in diesem Zusammenhang den aufgrund von Beeinflussung zustande kommenden Einwilligungen Minderjähriger in den Eingriff.¹⁹ Daher wurde eine gesetzliche Regelung für dringend notwendig erachtet, um eine völlig willkürliche Praxis in einer Grauzone ohne richterliche Kontrolle zu überwinden.²⁰ Gegenstand der Kritik war in diesem Zusammenhang die fehlende rechtsstaatliche Kontrolle der Eltern, aufgrund derer Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet wurden.²¹ Es wurde daher als Systemwiderspruch gewertet, dass eine Vielzahl elterlicher Entscheidungen für das Kind, die weit weniger in die Zukunftsgestaltung dessen eingreifen, der rechtsstaatlichen Kontrolle gemäß § 1643 BGB unterliegen, die der Sterilisation mit ihren weitreichenden Folgen jedoch allein den Eltern überlassen sein sollte.

Aufgrund dieser entstehungsgeschichtlichen Verbundenheit und der Intention des Gesetzgebers ist der Begriff der Sterilisation in § 1631c BGB entsprechend dem des § 1905 BGB zu verstehen. Diese Vorschrift ist wiederum im Zusammenhang mit § 1904 BGB auszulegen.²² § 1904 BGB erfasst unter anderem medizinische Maßnahmen, aufgrund derer die begründete Gefahr besteht, dass der/die Betreute einen schweren länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.²³ Dieses Tatbestandsmerkmal erfasst somit auch den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit im Wege der Sterilisation.

Durch die zusätzliche Einführung des § 1905 BGB wurde die Sterilisation gegenüber anderen Behandlungen mit möglichen schweren Folgen an noch engere Zulässigkeitskriterien geknüpft, namentlich die sog. doppelte Gefahrenlage.²⁴ Diese setzt voraus, dass konkret und ernstlich eine

¹⁴ Zu den Einzelheiten dieser Vorschrift siehe die Darstellung unter D.I.2.

¹⁵ BT-Drucks. 11/4528, S. 76, 107.

¹⁶ BT-Drucks. 11/4528, S. 76, 107; Reis, ZRP 1988, S. 318, 319; kritisch im Hinblick auf die Volljährigkeitsgrenze: Kern/Hiersche MedR 1995, S. 463, 467.

¹⁷ Staudinger/Salgo, § 1631c Rn 2; BT-Drucks. 11/4528, S. 74.

¹⁸ BT-Drucks. 11/4528, S. 76, 107; BT-Drucks. 13/3822, S. 2; Reis, ZRP 1988, S. 318, 319.

¹⁹ Koberstein/Schwarz, 1. VGT, S. 123: Es sei oft das Ergebnis sanfter oder massiver Beeinflussung; ähnlich Bruder, 57. DJT, C 42: Niemand wisse, wie offen oder manipulativ, wie abwartend oder bedrängend vorgegangen wurde.

²⁰ BT-Drucks. 13/3822, S. 2.

²¹ Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1631c Rn 2.

²² Siehe zu § 1904 BGB auch die Ausführungen unter D.I.1.

²³ Siehe hierzu die Ausführungen und Nachweise unter D.I.1.aa.

²⁴ Zu den konkreten Voraussetzungen des § 1905 BGB siehe die Ausführungen unter D.I.2.b.

Schwangerschaft und aufgrund dieser eine Notlage für die Schwangere zu erwarten ist, § 1905 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BGB. Demnach regelt § 1905 BGB im Verhältnis zu § 1904 BGB die gezielte Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit im Wege der Sterilisation, so dass dieser Begriff in § 1631c BGB ebenso auszulegen ist und nicht jeden Eingriff mit sterilisierenden Folgen erfasst.

Folglich fallen operative Eingriffe bei intersexuell geborenen Kindern, die eine Sterilisation zur Folge haben, nicht unter das Verbot des § 1631c BGB, weil sie im Rahmen einer als medizinisch indiziert geltenden Behandlung erfolgen und deren Ziel nicht die Herbeiführung der Unfruchtbarkeit, sondern eine Geschlechtszuweisung bzw. -anpassung ist.

Diese Auslegung des § 1631c BGB verdeutlicht, dass die Zulässigkeit der Sterilisation Minderjähriger in erster Linie von der Indikation und somit von dem Ziel bzw. Motiv der medizinischen Maßnahme abhängig ist.²⁵

Zu 1d)

Es erscheint sachgerecht, das sich bereits aus den immanenten Schranken des Elternrechts ergebende Verbot zur Einwilligung in Behandlungsmaßnahmen intersexuell geborener Kinder mit irreversiblen Folgen klarstellend zu normieren. Auch § 1631c BGB hat nach der hier vertretenen Auffassung (Ziff. 1a bis c) nur klarstellende Funktion, da die Entscheidung für entsprechende Eingriffe bereits nicht von dem Institut der elterlichen Sorge umfasst sind.

Zu 2)

Die zu fordernde Regelung sollte die Unzulässigkeit fremdbestimmter Entscheidungen für medizinische Eingriffe, die irreversible Folgen haben und nicht vital indiziert sind, klarstellen. Dadurch wäre ein gesetzliches Verbot (ausschließlich) geschlechtsanpassender bzw. -zuweisender Maßnahmen durch Einwilligung der Eltern geschaffen und den Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, selbst über entsprechende Eingriffe zu entscheiden, sofern sie einwilligungsfähig sind und ihre eigene Geschlechtsidentität entwickelt haben.

Entsprechend der gesetzlichen Klarstellung durch § 1631c BGB sind Eingriffe, die die sexuelle Selbstbestimmung betreffen und irreversibel sind, der Fremdbestimmung der Eltern ausdrücklich zu entziehen. Dies kann dadurch erfolgen, dass die entsprechende Einwilligung der Eltern gesetzlich für unwirksam erklärt wird, sofern der Eingriff nicht vital indiziert ist. Insoweit könnte § 1631c BGB im Wortlaut weiter gefasst werden, da unter den Begriff der sexuellen Selbstbestimmung auch Eingriffe, die die Fortpflanzungsfähigkeit betreffen, zu subsumieren sind.

²⁵ An diese Qualifikation der ärztlichen Maßnahmen knüpft auch die Auffassung, die die geschlechtszuweisenden Operationen mit der Folge der Sterilität von dem Verbot des § 1631c BGB erfasst sieht, an: Plett in: Koher/Pühl, S. 21, 35. So wohl auch Rothärmel, MedR 2006, S. 274, 280, indem entsprechende Eingriffe nur bei „ausgeprägten“ Formen der Intersexualität indiziert sein sollen. Im übrigen sollte die Sterilität in Folge des Eingriffs nur „ultima

Gleichzeitig wäre eine Regelung gemäß § 1904 BGB im Rahmen der elterlichen Sorge zu erwägen. Dadurch wären Maßnahmen, die nicht von dem Verbot erfasst sind, da sie der Lebenserhaltung oder der Heilung einer Krankheit notwendig sind, einer unabhängigen Kontrolle unterworfen.

Durch dieses (familiengerichtliche) Verfahren wäre sicher zu stellen, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen geplanter medizinischer Interventionen von einer unabhängigen Instanz überprüft werden. Sofern es sich um einen Eingriff handelt, der die sexuelle Selbstbestimmung betrifft, wäre zunächst zu prüfen, ob der/die Minderjährige einwilligungsfähig ist, und somit nur er/sie selbst in den Eingriff einwilligen kann. Andernfalls wäre dessen vitale Indikation durch Sachverständige zu belegen, durch die die Entscheidungsbefugnis der Eltern eröffnet wäre.

Die Einführung eines entsprechenden Verfahrens greift auch nicht in das Elternrecht ein, indem es nicht deren Entscheidungsbefugnis begrenzt, sondern nur die Selbstbestimmungsfähigkeit der Betroffenen und die Notwendigkeit der beabsichtigten ärztlichen Maßnahmen überprüft. Sofern die Einwilligungsfähigkeit des/der Minderjährigen gegeben ist, begrenzt diese ohnehin die elterlichen Entscheidungsbefugnisse, und sofern einer Maßnahme mit irreversiblen Folgen die akute medizinische Notwendigkeit fehlt, ist die Entscheidung für deren Vornahme bereits nicht von dem Recht der elterlichen Sorge umfasst.

Um eine Umgehung des Genehmigungsverfahrens zu verhindern, wäre auch in sog. Eilfällen eine nachträgliche Genehmigung zu fordern. Durch dieses nachgeschaltete Kontrollverfahren wäre zwar nicht mehr der Eingriff selbst zu verhindern und wirkt somit zunächst als Ausdruck eines Misstrauens gegenüber MedizinerInnen. Es ist jedoch zu vermuteten, dass das Verfahren gemäß § 1904 BGB in der Praxis häufig umgangen wird, indem in Zweifelsfällen die Betroffenen, sofern sie dem Eingriff zustimmen, für einwilligungsfähig erklärt werden, um die Einschaltung des (Betreuungs-)Gerichts mithin die unabhängige Kontrolle der Betreuerentscheidung zu vermeiden. Eine Umgehungsmöglichkeit ist zudem im Verfahren gemäß § 1904 BGB eröffnet, indem die Maßnahme erst kurz vor dem geplanten Eingriff dem/der BetreuerIn mitgeteilt wird, so dass dieser nunmehr eilbedürftig und somit nicht mehr genehmigungspflichtig ist.²⁶

Im Interesse der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und der körperlichen Integrität Minderjähriger kann der Einführung eines entsprechenden Verfahrens auch nicht mit dem häufig verwendeten Argument der Überlastung der Gerichte oder deren fehlenden Sachkunde begegnet werden. Letzteres liegt in der Natur der Sache und ist durch das verfahrensrechtlich zu regelnde Erfordernis des Sachverständigengutachtens zu beheben. Demgegenüber ist die

ratio“ sein, so dass den Eingriffen, die die Fruchtbarkeit erhalten bzw. reversibel sind, analog § 1905 BGB stets der Vorrang gebührt.

²⁶ Auch diese Vermutung stützt sich auf die Erfahrungen der Verfasserin als (ehemalige) Dezernentin eines Betreuungsdezernates, nachdem viele Genehmigungsverfahren durch die Eilbedürftigkeit der Maßnahmen nicht

Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Familiengerichte im Interesse der Kindesrechte und zur Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes aus Art. 6 GG eine notwendige politische Entscheidung.

Zu 3)

M.E. ist es nicht sachgerecht, die Selbstbestimmungsfähigkeit an strikte Altersgrenzen zu knüpfen. Diese starre Regelung lässt die individuellen Fähigkeiten und Bedürfnisse bezogen auf konkrete Maßnahmen außer acht. Daher ist an die grundsätzliche Einwilligungsfähigkeit, die bereits im Zusammenhang mit anderen gesetzlich geregelten medizinischen Maßnahmen vorausgesetzt und auch geregelt wird, anzuknüpfen.

Zunächst bedarf es einer gesetzlichen Klarstellung, dass Minderjährige grundsätzlich in der Lage sein können, selbst in medizinische Eingriffe einzuwilligen. Diese hat der Gesetzgeber für spezielle medizinische Maßnahmen (z.B. Transplantationsgesetz, Kastrationsgesetz, Arzneimittelgesetz) bereits vorgenommen, so dass dies insbesondere für die (allgemeine) Heilbehandlung klarzustellen ist. Diese hätte insbesondere auch eine Signalwirkung an die behandelnden ÄrztInnen, indem eventuell vorhandene Rechtsirrtümer hinsichtlich der Selbstbestimmungsbefugnis Minderjähriger und deren Voraussetzungen sowie der Grenzen der Fremdbestimmungsbefugnis der Eltern beseitigt werden.

Hierfür wäre eine Definition der Einwilligungsfähigkeit zu wählen, die hinreichend konkret ist und künftig für alle gesetzlichen Regelungen, die die Einwilligungsfähigkeit voraussetzen, Anwendung finden kann. Im Interesse der hierfür zu berücksichtigenden individuellen Fähigkeiten der Betroffenen im konkreten Einzelfall muss eine an äußeren Kriterien orientierte Einwilligungsfähigkeit bzw. Vermutung zugunsten dieser entfallen. Aufgrund des Charakters der Einwilligung, den Eingriff in höchstpersönliche Rechtsgüter zu gestatten, ist eine entsprechende an den Interessen des Rechtsverkehrs ausgerichtete Lösung abzulehnen.

Hinsichtlich des Standortes dieser gesetzlichen Klarstellung wäre der familienrechtliche Abschnitt zum Recht der elterlichen Sorge zu wählen (§§ 1626 ff BGB), da die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger, als rechtlich erhebliche Fähigkeit und Befugnis das Selbstbestimmungsrecht auszuüben, eine Grenze der Stellvertretungsrechte der Eltern darstellt (hierzu unter 1).

Diese könnte in Anlehnung an die bereits vorgenommenen Definitionen des Gesetzgebers im Arzneimittel-²⁷ und Transplantationsgesetz²⁸ und des teilweise (systemwidrig) geforderten Co-

durchgeführt werden konnten, obwohl die Betroffenen häufig bereits seit längerer Zeit in medizinischer Behandlung (insb. in Verbindung mit einem Krankenhausaufenthalt) waren.

²⁷ § 40 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 3 S. 4 AMG.

²⁸ § 8a Nr. 5 TPG.

Consents²⁹ formuliert werden. Zudem sollte sie nicht ausschließlich die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger, sondern allgemein die Einwilligungsfähigkeit regeln, so dass auch für die betreuungsrechtlichen Vorschriften, die diese Fähigkeit bzw. deren Fehlen voraussetzen, eine Legaldefinition bestünde.

Gleichzeitig bedarf es einer Kontrolle der ärztlichen Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit im Fall der widersprechenden Entscheidungen der Eltern und des/der Minderjährigen. Andernfalls ist bei alleiniger Beurteilung durch die behandelnden Ärztinnen die Gefahr gegeben, dass das Selbstbestimmungsrecht des/der Minderjährigen im Verhältnis zur elterlichen Sorge und im Verhältnis zu der seitens der MedizinerInnen als „vernünftig“ gewerteten Entscheidung verdrängt wird. Ein Rechtsschutz für entsprechende Konfliktsituationen existiert bislang nicht. Insoweit bedarf es eines Verfahrens vor einer unabhängigen Instanz wie z.B. dem Familiengericht.³⁰ Dieses hat aufgrund der fehlenden Fachkenntnisse qualifizierte Sachverständigengutachten einzuholen und seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Dadurch wird sowohl den behandelnden ÄrztInnen als auch dem/der Minderjährigen und den Eltern in Zweifels- bzw. Streitfällen die notwendige rechtliche Sicherheit bzw. dem/der Minderjährigen ein Rechtsschutz im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen gewährt.

Die Kontrolle sollte im Falle des fehlenden Konsenses für Minderjährige unabhängig von ihrem Alter zur Anwendung kommen, wenn die Einwilligungsfähigkeit nicht sicher festgestellt werden konnte. Ab Vollendung des 14. Lebensjahres ist sie bei widersprechenden Erklärungen der Eltern und des/der Minderjährigen immer erforderlich, da jedenfalls ab diesem Alter die Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der Einwilligungsfähigkeit des/der Betroffenen sehr hoch ist.

Verfahrensrechtlich ist entsprechend den Regelungen des FamFG zu §§ 1904 f BGB der/die Minderjährige für verfahrensfähig anzusehen und die Einholung eines Gutachtens eines/einer nicht an der Behandlung des/der Minderjährigen beteiligten Sachverständigen sicher zu stellen. Sofern es zur Wahrnehmung der Interessen des/der Minderjährigen erforderlich ist, hat das Gericht ihm/ihr eine/n Verfahrenspfleger bzw. -beistand zu bestellen.³¹

Zu 4)

Ein Vetorecht ist nur erforderlich, wenn vor Eintritt der Einwilligungsfähigkeit des/der Minderjährigen entsprechende Maßnahmen zulässig sind.

Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung für geschlechtsangleichende bzw. -zuweisende Maßnahmen nicht der Fall.

²⁹ § 8a Abs. 1 Nr. 5 TPG; §§ 40 Abs. 4 Nr. 3 S. 4, 41 Abs. 2 Nr. 1 AMG. Siehe hierzu die Ausführungen unter D.III.3.c.

³⁰ So auch Reuter, AcP 192 (1992), S. 108, 149, für eine Analogie zu § 7 RKEG; Belling, FuR 1990, S. 68, 77 f; Rothärmel, Einwilligung, S. 160.

³¹ In Anlehnung an das Verfahren zu §§ 1904 f BGB. Siehe hierzu die Ausführungen unter C.I.

Jedoch sind andere intensive Maßnahmen, die insbesondere auch irreversible Folgen haben können, durch die hier erwogene Regelung der Genehmigungspflicht erfasst. Im Rahmen dieses Verfahrens ist der/die Minderjährige BeteiligteR und als dieseR zu hören. Sofern er/sie nicht einwilligungsfähig ist und dem Eingriff widerspricht, nur eine indizierte Heilbehandlung vorgenommen werden.

Somit hat ein materiell-rechtliches Vetorecht m.E. nur eine klarstellende Funktion. Es ist aufgrund der rechtlichen Unsicherheiten jedoch zu befürworten.

Zu 5)

Aufgrund des hier vorgeschlagenen familiengerichtlichen Verfahrens entsprechend § 1904 BGB ist die Einschaltung einer Ethikkommission nicht erforderlich. Ggf. wäre zu erwägen, ob diese neben bzw. anstelle der Sachverständigen (bzgl. Einwilligungsfähigkeit und Indikation der geplanten Maßnahme) in das Verfahren eingebunden wird.

Eine entsprechende sachverständige Kontrollfunktion muss m.E. in jedem Fall gewährleistet werden.