

Medizinische Behandlungen bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie

Kantonale Handlungsspielräume

Rechtsgutachten

zuhanden des Amts für Gesundheit des Kantons Zürich

erstattet von

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter

Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich

Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag

Lehrstuhl für Straf-, Strafprozess- und Medizinrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich

sowie

Giulia Buscaglia, MLaw

Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl
von Prof. Dr. iur. Thomas Gächter

Samuel Pils, MLaw

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl
von Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag

Zürich, 17. März 2025

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
----------------------------------	------------

Materialienverzeichnis.....	X
------------------------------------	----------

Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
-----------------------------------	-------------

Teil 1: Allgemeine Ausführungen.....	1
---	----------

A. Gutachtensauftrag	1
-----------------------------------	----------

B. Rechtstatsächliche Ausgangslage	1
---	----------

C. Begriffsdefinitionen.....	2
-------------------------------------	----------

Teil 2: Rechtsvergleich.....	4
-------------------------------------	----------

A. Deutschland	4
-----------------------------	----------

I. Allgemeine Ausführungen.....	4
---------------------------------	---

II. S2k-Leitlinie Geschlechtsinkongruenz und Geschlechtsdysphorie im Kindes- und Jugendalter – Diagnostik und Behandlung	6
---	---

III. Gesetzgebung im Bereich der Intersexualität	9
--	---

1. Überblick.....	9
-------------------	---

2. Verbot von Behandlungen.....	10
---------------------------------	----

3. Genehmigungsvorbehalt.....	11
-------------------------------	----

4. Die interdisziplinäre Kommission.....	13
--	----

B. Grossbritannien.....	17
--------------------------------	-----------

C. Weitere Staaten im Überblick.....	20
---	-----------

I. Niederlande.....	20
---------------------	----

II. Schweden.....	21
-------------------	----

III. Finnland	23
---------------------	----

D. Fazit des Rechtsvergleichs.....	24
---	-----------

Teil 3: Aktuelle rechtliche Situation in der Schweiz bezüglich Eingriffe in die körperliche Integrität.....	26
--	-----------

A. Privatrecht	27
-----------------------------	-----------

I. Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB)	27
--	----

1. Urteilsfähigkeit.....	28
--------------------------	----

2.	Beschränkte Handlungsunfähigkeit.....	28
3.	Zwischenfazit	30
II.	Behandlungsvertrag	30
B.	Strafrecht	33
I.	Medizinischer Eingriff als Körperverletzung	33
II.	Einwilligung	34
C.	Öffentliches Recht	38
I.	Grundrechte im Allgemeinen	38
1.	Aufbau und Bestandteile der Grundrechte	39
2.	Einschränkungen von Grundrechten	39
II.	Prüfung der einschlägigen Grundrechte	41
1.	Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 1 BV).....	41
2.	Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).....	41
3.	Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV).....	43
4.	Grundrechtskonkurrenz	44
III.	Zwischenfazit.....	44
Teil 4:	Handlungsmöglichkeiten der Kantone.....	46
A.	Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Bund und den Kantonen	46
I.	Allgemeine Prinzipien	46
II.	Bundeskompetenzen im Gesundheitswesen	48
1.	Kranken- und Unfallversicherung (Art. 117 BV).....	49
2.	Medizinische Grundversorgung (Art. 117a BV).....	49
3.	Zivilrecht (Art. 122 BV).....	50
III.	Verbleibende kantonale Kompetenzen im Gesundheitswesen	50
B.	Unzulässigkeit eines kantonalen Verbots.....	52
I.	Unzulässigkeit aus privatrechtlicher Perspektive	52
II.	Fragliche Zulässigkeit aus grundrechtlicher Perspektive	53
C.	Alternative kantonale Handlungsoptionen.....	56
I.	Kantonale Spitalplanung und Qualitätssicherung.....	56
II.	Anknüpfung an kantonale Aufsichtspflicht (Art. 41 MedBG)	61

Teil 5:	Fazit und konkrete Beantwortung der Fragen.....	64
----------------	--	-----------

Literaturverzeichnis

Wird nichts anderes angegeben, werden die Werke in den Fussnoten mit der Autorenschaft und den entsprechenden Randnoten (N) oder Seitenzahlen zitiert.

AEBI-MÜLLER REGINA E. et al.	Arztrecht, 2. Aufl., Bern 2024.
BIAGGINI GIOVANNI	Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit.: OFK BV-BIAGGINI, Art. ... N ...).
BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.)	Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit.: BEARBEITER/IN, Staatsrecht, § ... N ...).
BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E.	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die natürliche Person, Art. 11-19d ZGB – Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017 (zit.: BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. ... N ...).
BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE	Intersexualität, Transsexualität und das Recht: Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption, Freiburger FrauenStudien 2005, S. 115 ff.
BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT	Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
CASS HILARY	The Cass Review, Independent review of gender identity services for children and young people, 2024
COESTER-WALTJEN DAGMAR/HENN WOLFRAM	Das Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, FamRZ 20/2021, S. 1589 ff.

DE PICHONNAZ PASCAL/FOËX BENEDICT/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.)	Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-456 CC, 2. Aufl., Basel 2023 (zit.: CR CC I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
DE ROO CHLOE et al.	Fertility options in transgender people, in: International Review of Psychiatry 2016, S. 112 ff.
DIESELHORST PHILINE	Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, Diss. 2022, Berlin 2023.
DONATSCH ANDREAS	Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.
DONATSCH ANDREAS/GODENZI GUNHILD/TAG BRIGITTE	Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich/Genf 2022.
EHRENZELLER et al. (Hrsg.)	Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SG-Komm. BV-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
FORSTER PETER	Eigenständigkeit der Kantone, Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts und Bundesgarantien, in: FLEINER et al., BV-CF 2000, Die neue schweizerische Bundesverfassung, Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 131 ff.
GÄCHTER THOMAS/RÜTSCH BERNHARD	Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023.
GÄCHTER THOMAS/WERDER GREGORI	Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?, Pflegerecht 2019, S. 2 ff.

GARCIA NUNEZ DAVID et al.	Von der Transsexualität zur Gender-Dysphorie, Beratungs- und Behandlungsempfehlungen bei TransPersonen, SMF 2014, S. 382 ff. (zit.: GARCIA NUNEZ et al., Empfehlungen, S. ...).
GARCIA NUNEZ DAVID et al.	Geschlechtsangleichende Behandlungsmöglichkeiten bei Menschen mit Geschlechtsinkongruenz, SMF 2023, S. 862 ff. (zit.: GARCIA NUNEZ et al., Behandlungsmöglichkeiten, S. ...).
GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.)	Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
GUILLOD OLIVIER	Droit médical, Basel 2020.
HÄFELI CHRISTOPH	Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021.
HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS	Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.)	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit.: BK ZGB-KOLLER, Art. 6 N ...).
IMBODEN MAX	Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel 1971.
JOWETT STEPH	Consent for medical treatment of trans youth, Cambridge/New York 2022.
KEMPER RAINER	Die Behandlung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, FamRB 09/2021, S. 396 ff.
KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH	Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

KIESER UELI/GEHRING KASPAR/BOLLINGER SUSANNE	KVG/UVG Kommentar, Bundesgesetze über die Krankenversicherung, die Unfallversicherung und über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen. Stand: 1. Januar 2018, Zürich 2018 (zit.: OFK KVG-KIESER/GEHRING/BOLLINGER, Art. ... N ...).
KINDHÄUSER URS/NEUMANN ULFRID/PAEFFGEN HANS-ULLRICH/SALIGER FRANK (Hrsg.)	Strafgesetzbuch: StGB, Nomos Kommentar, 6. Aufl., München 2023 (zit.: BEARBEITER/IN, NK-StGB, § ... N ...).
KNAPP BLAISE	Le fédéralisme, ZSR 1984, S. 275 ff.
LAUFS ADOLF/KERN BERND-RÜDIGER/REHBORN MARTIN (Hrsg.)	Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht, 5. Aufl., München 2019 (zit.: BEARBEITER/IN, Arztrecht, § ... N ...).
MARSHALL W.A./TANNER J.M.	Variations in the Pattern of Pubertal Changes in Boys, Archives of Disease in Childhood 45/1970, S. 13 ff. (zit.: MARSHALL/TANNER, Boys, S. ...).
MARSHALL W.A./TANNER J.M.	Variations in the Pattern of Pubertal Changes in Girls, Archives of Disease in Childhood 44/1969, S. 291 ff. (zit.: MARSHALL/TANNER, Girls, S. ...).
MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.)	Commentaire romand Constitution fédérale, Basel 2021 (zit.: CR Cst.-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
MARTI MARIO/STRAUB PHILIPP	Arzt und Berufsrecht, in: KUHN MORITZ W./POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.

MEIER PHILIPPE	Le proche représentant en matière médicale peut-il délier le médecin de son secret professionnel?, ZKE 2018, S. 455 ff.
MICHEL MARGOT	Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Zürich, Basel 2009.
MÜLLER-CHEN MARKUS/MÜLLER CHRISTOPH/WIDMER LÜCHINGER CORINNE	Comparative Private Law, Zürich/St. Gallen 2015.
NEDERLANDS INTERNISTEN VERENIGING et al.	Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg – Somatisch, Den Haag 2018.
NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.)	Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I - II, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I/II-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
PFISTER PILLER BARBARA	Kindesschutz in der Medizin, Elterliche und staatliche Bestimmungsrechte bei der medizinischen Behandlung des Kindes, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2016.
RECHER ALECS/GARCIA NUNEZ DAVID	Frau, Mann – Individuum, Die neuen medizinischen Empfehlungen zur Begleitung von Transmenschen und ihre Auswirkungen auf die Leistungspflicht nach KVG, Jusletter 18. August 2014.
RHINOW RENÉ A./SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER	Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
RUMETSCH VIRGILIA	Medizinische Eingriffe bei Minderjährigen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schweizer und deutschen Recht, Diss. Basel 2012, Basel 2013.

RUMETSCH VIRGILIA/SCHAFFNER DANIEL/SPRECHER FRANZISKA	Medizinalberufegesetz (MedBG), in: POLEDNA TOMAS/RUMETSCH VIRGILIA (Hrsg.), Gesundheitsrecht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 19 ff. (zit.: Gesundheitsrecht MedBG-BEARBEITER/IN, N ...).
SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT/LIMPERG BETTINA (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, RelKERzG, VBVG, SGB VIII, SaRegG, 9. Aufl., München 2024 (zit.: HUBER, MüKo BGB, § ... N ...).
SALADIN PETER	Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 1984, S. 431 ff.
SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC	Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012 (zit.: SCARTAZZINI/HÜRZELER, § ... N ...).
SCHMAHL STEFANIE	Handkommentar zur Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2. Aufl., Baden-Baden/Zürich/St. Gallen/Wien 2017 (zit.: Handkomm. KRK-SCHMAHL, Art. 7/8 N ...).
SCHROTT NINA	Zur (Un-)Zulässigkeit geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen bei Transidentität und Intergeschlechtlichkeit: Ein vergleichender Blick aus Sicht des Strafrechts, MedR 5/2024, S. 314 ff.
SMEEHUIJZEN LODEWIJK/SMIDS JILLES/HOEKSTRA COEN	Transgenderzorg aan kinderen, Juridische bedenkingen bij het Dutch Protocol (2018), NJB 2023/25, S. 2058 ff.
SPICKHOFF ANDREAS (Hrsg.)	Medizinrecht, 4. Aufl., München 2022 (zit.: SPICKHOFF, Medizinrecht, § ... N ...).
STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX	Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024.

TAG BRIGITTE	Strafrechtliche Aspekte in der Medizin, Therapeutische Umschau 6/2024, S. 231 ff.
TAYLOR JO et al.	Interventions to suppress puberty in adolescents experiencing gender dysphoria or incongruence: a systematic review, Archives of Disease in Childhood 109/2024, S. 33 ff.
TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.)	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. BEARBEITER/IN, PK, Art. ... N ...).
TSCHANNEN PIERRE	Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.
TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS/SPRECHER FRANZISKA	Öffentliches Recht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019.
WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.)	Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
WERLEN MIRJAM	Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis: das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Diss. Bern 2014.
WESTERMANN HARM PETER/GRUNEWALD BARBARA et. al. (Hrsg.)	Erman BGB, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BeurkG, BVerSTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, 17. Aufl., Köln 2023 (zit.: BEARBEITER/IN, Erman BGB, § ... N ...).

Materialienverzeichnis

Anhang zu den Zürcher Spitallisten 2023 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie, Generelle Anforderungen an die Listenspitäler, Version 2024.1; gültig ab 1. Januar 2024 (zit.: Generelle Anforderungen, S. ...).

Antrag an den Kantonsrat – 5637 – Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetzes (SPFG) (Änderung vom ...; Anforderungen für Leistungsaufträge) in Kraft seit 01.01.2023 (zit.: ABl 17.07.2020, S. ...).

Begründung des Regierungsrats zur Verordnung über die universitären Medizinalberufe vom 28. Mai 2008 (zit.: ABl 06.06.2008, S. ...).

Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93 ff.

Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015, BBl 2015 8715 ff.

Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173 ff.

Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013, BBl 2013 6205 ff.

Botschaft des Bundesrats zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2291 ff.

Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011 7553 ff.

Bundesamt für Gesundheit (BAG), Änderung der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV) und Änderung der Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV), (Umsetzung der Änderung vom 19. Juni 2020 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung betreffend Zulassung von Leistungserbringern sowie Weiterentwicklung der Planungskriterien), Bern, 23. Juni 2021 (zit.: BAG Verordnungen, S. ...).

Deutsche Gesellschaft für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie e.V., Geschlechtsinkongruenz und Geschlechtsdysphorie im Kindes- und Jugendalter – Diagnostik und Behandlung (S2k), Entwurfsfassung der AWMF-Leitlinie, AWMF-Register-Nr. 028 – 014 (zit.: S2k-Leitlinie, S. ...).

Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung, Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit: S3-Leitlinie zur Diagnostik, Beratung und Behandlung AWMF-Register-Nr. 138|001 (zit.: S3-Leitlinie, S. ...).

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Drucksache 19/24686 vom 25.11.2020 (zit.: BT-Drs. 19/24686, S. ...).

Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Medizinische Behandlung von minderjährigen Personen mit einer Geschlechtsdysphorie, Stellungnahme Nr. 43/2024, Bern 2024 (zit.: NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. ...).

Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Die amtliche Registrierung des Geschlechts, Ethische Erwägungen zum Umgang mit dem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister, Stellungnahme Nr. 36/2020, Bern 2020 (zit.: NEK-CNE, Registrierung des Geschlechts, S. ...).

Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Ethische Fragen zur «Intersexualität», Stellungnahme Nr. 20/2012, Bern 2012 (zit.: NEK-CNE, Intersexualität, S. ...).

Socialutskottets betänkande, Förbättrade möjligheter att ändra kön, 2023/24:SoU22, 4. April 2024 (zit.: Socialutskottets betänkande, S. ...).

Terveidenhuollon palveluvalikoimaneuvosto (Palko), Alaikäisten sukupuoli identiteetin variaatioihin liittyvän dysforian lääketieteelliset hoitomenetelmät (Helsinki 2020), <https://palveluvalikoima.fi/documents/1237350/22895008/A-laik%C3%A4iset_suositus.pdf/c987a74c-dfac-d82f-2142-684f8ddead64/A-laik%C3%A4iset_suositus.pdf?t=1592317701000> (besucht am 15.03.2025) (zit.: Empfehlungen Geschlechtsdysphorie Finnland, S. ...).

Terveidenhuollon palveluvalikoimaneuvosto (Palko), Medical treatment methods for dysphoria associated with variations in gender identity in minors – summary of a recommendation (Helsinki 2020), <[https://palveluvalikoima.fi/documents/1237350/22895008/Summary_minors_en+\(1\).pdf/fa2054c5-8c35-8492-](https://palveluvalikoima.fi/documents/1237350/22895008/Summary_minors_en+(1).pdf/fa2054c5-8c35-8492-)

59d6-b3de1c00de49/Summary_minors_en+(1).pdf?t=1631773838474> (besucht am 15.03.2025) (zit.: Summary gender dysphoria Finnland, S. ...).

WHO, Gender incongruence and transgender health in the ICD,
<<https://www.who.int/standards/classifications/frequently-asked-questions/gender-incongruence-and-transgender-health-in-the-icd>> (besucht am 15.03.2025) (zit.: WHO)

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
ABl	Amtsblatt des Kantons Zürichs
Abs.	Absatz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006
AHA	Area Health Authority
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundes
Aufl.	Auflage
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt
BeurkG	Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896
BGBI.	(Deutsches) Bundesgesetzblatt
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Biomedizinkonvention	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) vom 4. April 1997, in der Schweiz in Kraft seit dem 1. November 2008 (SR 0.810.2)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	(Deutsche) Bundestagdrucksache
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVersTG	Gesetz über die interne Teilung beamtenversorgungsrechtlicher Ansprüche von Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten im

	Versorgungsausgleich (Bundesversorgungsteilungsgesetz – BversTG) vom 3. April 2009
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CA	Children Act 1989 (England and Wales) vom 16. November 1989
CC	Code civil (vgl. Ausführungen zu ZGB)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale (vgl. Ausführungen zu BV)
d.h.	das heisst
Ders.	Derselbe
Diss.	Dissertation
DSD	Disorder of Sex Development
e.V.	eingetragener Verein
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in der Schweiz in Kraft seit dem 28. November 1974 (SR 0.101)
engl.	englisch
ErbbauRG	Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG) vom 15. Januar 1919
et al.	et alii (lat.: und andere)
f.	folgende
FamRB	Zeitschrift Familien-Rechtsberater (Köln)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld)
ff.	fortfolgend
FLRA	Family Law Reform Act (England and Wales) vom 25. Juli 1969
GesBG	Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG) vom 30. September 2016 (SR 811.21)
GesG ZH	Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich vom 2. April 2007 (LS 810.1)
GnRH-Analoga	Gonadotropin-Releasing-Hormon
h.L.	herrschende Lehre
Handkomm.	Handkommentar

HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21)
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 19. März 1994 (SR 832.10)
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995 (SR 832.102)
lat.	lateinisch
lit.	litera
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
LSG	Landessozialgericht
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MCA	Mental Capacity Act (England and Wales) vom 07. April 2005
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 23. Juni 2006 (SR 811.11)
MedR	Zeitschrift für Medizinrecht
MüKo	Münchener Kommentar
NEK-CNE	Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NK	Nomos Kommentar
No.	Number (vgl. Ausführungen zu Nr.)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
o.Ä.	oder Ähnliches
OFK	Orell Füssli Kommentar
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Order 2024 Nr. 1110	The Medicines (Gonadotrophin-Releasing Hormone Analogues) (Emergency Prohibition) (Extension) (No. 2) Order 2024 vom 6. November 2024

Order 2024 Nr. 727	The Medicines (Gonadotrophin-Releasing Hormone Analogues) (Emergency Prohibition) (England, Wales and Scotland) Order 2024 vom 29. Mai 2024
Order 2024 Nr. 868	The Medicines (Gonadotrophin-Releasing Hormone Analogues) (Emergency Prohibition) (Extension) Order 2024 vom 22. August 2024
PatG ZH	Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004 (LS 813.13)
PK	Praxiskommentar
ProdhaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz - ProdhaftG) vom 15. Dezember 1989
PsyG	Bundesgesetz über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG) vom 18. März 2011 (SR 935.81)
RelKERzG	(Deutsches) Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921
resp.	respektive
S.	Seite
SaRegG	(Deutsches) Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen vom 17. Juli 2017
SBGG	(Deutsches) Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag vom 19. Juni 2024
SGB VIII	(Deutsches) Sozialgesetzbuch Achtes Buch vom 26. Juni 1990
SMF	Swiss Medical Forum
sog.	sogenannte
SPFG ZH	Spitalplanungs- und Finanzierungsgesetz des Kantons Zürich vom 2. Mai 2011 (LS 813.20)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
Sterilisationsgesetz	Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (SR 211.111.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311); Deutsches Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871
StR	Strafsenat

TSG	(Deutsches) Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG) vom 10. September 1980
u.a.	unter anderem
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in der Schweiz in Kraft seit dem 18. September 1992 (SR 0.103.2)
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
v	versus (engl.: gegen)
v.a.	vor allem
VBVG	(Deutsches) Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern vom 4. Mai 2021
VBVG	Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz – VBVG) vom 4. Mai 2021
VersAusglG	Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG) vom 3. April 2009
vgl.	vergleiche
VKL	Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL) vom 3. Juli 2002 (SR 832.104)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz WEG) vom 15. März 1951
WHO	World Health Organization
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Teil 1: Allgemeine Ausführungen

A. Gutachtensauftrag

- 1 Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich hat das Amt für Gesundheit beauftragt, Möglichkeiten zu prüfen, um Minderjährige mit Störungen der Geschlechtsidentität vor irreversiblen Eingriffen bis zur Volljährigkeit zu schützen. Fragestellung

Die Unterzeichnenden sollen die nachfolgenden fünf Fragen fundiert und, soweit möglich, umfassend abklären:

- a. Welche Regelungen betreffend Eingriffe bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie bestehen in zur Schweiz vergleichbaren Ländern (z.B. Grossbritannien, Niederlande, Deutschland, Finnland, Schweden)?
- b. Welche rechtlichen Möglichkeiten gibt es, damit ein Kanton, im vorliegenden Fall der Kanton Zürich, geschlechtsangleichende Operationen bei minderjährigen Patientinnen und Patienten untersagen kann?
- c. Gibt es eine Rechtsgrundlage für den Kanton, spezifische Eingriffe bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie zu untersagen?
 - i. Geschlechtsangleichende Operationen
 - ii. Geschlechtsangleichende Hormontherapie
 - iii. Pubertätsblockierende Therapie
- d. Falls es aktuell keine Rechtsgrundlage für etwaige Verbote gibt, wie und wo müssten entsprechende Änderungen in der Gesetzgebung erfolgen?
- e. Ist es aus ethischer Sicht vertretbar, geschlechtsangleichende Operationen, die Gabe von geschlechtsangleichenden Hormonen oder die Gabe von Pubertätsblockern bei Minderjährigen zu verbieten?

B. Rechtstatsächliche Ausgangslage

- 2 Das Thema der Geschlechtsdysphorie hat in den letzten Jahren zu kontroversen Diskussionen geführt. In der Schweiz orientieren sich die entsprechende Diagnostik und Therapie an internationalen Leitlinien. Im Kanton Zürich werden geschlechtsangleichende Behandlungen bei Minderjährigen nur mit Zustimmung der Sorgeberechtigten durchgeführt. Gesundheitsdirektorin Natalie Rickli hat die Spitäler aufgefordert, solche Eingriffe mit äusserster Zurückhaltung vorzunehmen. Das Amt für Gesundheit hat keine systematischen Verstösse bei geschlechtsangleichenden Operationen an Minderjährigen festgestellt. Dennoch gibt es immer wieder Beschwerden über den Umgang mit Betroffenen, insbesondere über zu frühe soziale Transitionen und unzureichende Abklärungen. Um die Versorgung zu verbessern und wissenschaftliche Grundlagen zu stärken, hat das Amt für Gesundheit ein multidisziplinäres Kompetenznetzwerk Aktuelle Situation

gegründet, das Fachpersonen der Ethik in die Abklärungen einbezieht. Rechtliche Prüfungen haben bisher keine Optionen für ein generelles Verbot solcher Massnahmen ergeben.

C. Begriffsdefinitionen

- | | | |
|---|---|---|
| 3 | Um eine einheitliche Ausgangslage zu schaffen, werden nachfolgend in Anlehnung an die allgemeine Terminologie einige zentrale Begriffe im Zusammenhang mit Geschlechtsinkongruenz definiert. | Notwendige Definitionen |
| 4 | Unter Intersexualität oder Intergeschlechtlichkeit wird ein biologisch nicht eindeutiges Geschlecht verstanden. ¹ Eine betroffene Person verfügt über unterschiedliche körperlich-biologische, geschlechtsdeterminierende Eigenschaften, die in ihrer Gesamtheit nicht eindeutig dem weiblichen oder männlichen Geschlecht zugewiesen werden können. ² In diesem Zusammenhang wird in der Medizin der Ausdruck «Disorder of Sex Development» (DSD) oder «Störung der Geschlechtsentwicklung» verwendet. ³ | Intersexualität |
| 5 | Transsexualität oder Geschlechtsinkongruenz liegt vor, wenn eine Diskrepanz zwischen dem biologisch eindeutigen Geschlecht und der erlebten Geschlechtsidentität besteht. Hierbei wird zwischen Transmenschen, die sich einem binären Geschlecht zugehörig fühlen und jenen, die sich als nichtbinär identifizieren, unterschieden. ⁴ | Transsexualität |
| 6 | Genderinkongruenz zeichnet sich durch eine ausgeprägte und anhaltende Inkongruenz zwischen dem empfundenen Geschlecht und dem zugewiesenen Geschlecht aus, wobei zudem zwischen der Genderinkongruenz im Jugendlichen und Erwachsenenalter und im Kindesalter unterschieden wird. ⁵ Die Geschlechtsinkongruenz wird als «Zustand mit Bezug zur sexuellen Gesundheit» eingeordnet und als mögliche Normvariante des menschlichen Wesens verstanden. ⁶ Nach Klassifikation des DSM-5 wird der Begriff Geschlechtsdysphorie verwendet, wenn eine ausgeprägte Diskrepanz zwischen dem bei Geburt zugewiesenen Geschlecht und der Geschlechtsidentität über mindestens sechs Monate hinweg besteht und, damit die Diagnose gestellt werden kann, die Diskrepanz ein klinisch bedeutendes Leiden oder eine Funktionsbeeinträchtigung in wichtigen Bereichen (z. B. im Sozialen oder Schule/Beruf) zur Folge hat. ⁷ | Geschlechtsinkongruenz - Geschlechtsdysphorie |

¹ NEK-CNE, Intersexualität, S. 7; ULSSENHEIMER, Arztrecht, § 129 N 3.

² NEK-CNE, Intersexualität, S. 7; NEK-CNE, Registrierung des Geschlechts, S. 9.

³ NEK-CNE, Intersexualität, S. 7.

⁴ NEK-CNE, Registrierung des Geschlechts, S. 9.

⁵ NEK-CNE, Intersexualität, S. 8; NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. 6; ICD-11 (2022) Deutsche Entwurfsfassung, wobei für die Einführung des ICD-11 in der Schweiz ein grosser Zeitbedarf kalkuliert wird, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheitsnomenklaturen/medkk/icd-11.html>> (besucht am 15.03.2025). Desweiteren <<https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/en#577470983>> 17 Conditions related to sexual health => Gender incongruence => HA61 Gender incongruence of childhood> (besucht am 15.03.2025).

⁶ RECHER/GARCIA NUNEZ, S. 7.

⁷ S2k-Leitlinie, S. 26 und 27 mit Verweis auf die DSM-5-Diagnose S3-Leitlinie, S. 19.

Um dem Leidensdruck von Personen mit Geschlechtsdysphorie Abhilfe zu schaffen, sind unterschiedliche Behandlungsmethoden bzw. -schritte möglich.⁸ Bei Jugendlichen besteht die Möglichkeit, das Einsetzen der Pubertät hinauszuschieben, indem z.B. GnRH-Analoga verabreicht werden. Durch diese Behandlung wird die Ausprägung der sekundären Geschlechtsmerkmale für eine gewisse Zeit verhindert, so dass der Leidensdruck möglicherweise vorübergehend entschärft und den Jugendlichen mehr Zeit eingeräumt wird, um sich mit der von ihnen erlebten Geschlechtsdysphorie und den weiteren möglichen Behandlungsschritten auseinanderzusetzen.⁹ Gleichzeitig schafft die unterdrückte Ausprägung der sekundären Geschlechtsmerkmale die Ausgangslage für die Anwendung weiterer Behandlungsschritte einer Geschlechtsumwandlung.¹⁰ Nicht gänzlich geklärt ist jedoch, welche Nebeneffekte und Langzeitfolgen eine Pubertätsblockade möglicherweise mit sich bringt. Geltend gemacht wird, dass eine Behandlung mit Pubertätsblockern Auswirkungen auf die Knochendichte und die Körpergrösse haben kann.¹¹ Zudem bestehen auch anderweitige Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen auf die körperliche Gesundheit, bspw. bezüglich der Stoffwechselfunktion und des Gewichts.¹² Um die Folgen jedoch umfassend abschätzen zu können, ist die Durchführung von hochwertigen Langzeitstudien notwendig, die zurzeit nicht vorliegen.¹³ Die geschlechtsangleichende Hormonbehandlung stellt eine weitere Behandlungsmöglichkeit dar, welche teilweise irreversible Wirkungen mit sich bringt. Durch die Behandlung mit Östrogen bzw. Testosteron kann insbesondere die Fertilität verloren gehen und die Stimmlage verändert werden.¹⁴ Schliesslich ist die Vornahme geschlechtsangleichender Operationen ein möglicher Behandlungsschritt, wobei bei Transmännern die Mastektomie, die Hysterektomie bzw. Adnexektomie sowie die Phalloplastik oder die Metaidoioplastik von Bedeutung ist. Als feminisierende Eingriffsmöglichkeiten bestehen u.a. die Möglichkeit eines Brustaufbaus und der Vaginoplastik.¹⁵ Die operativen Eingriffe an den primären Geschlechtsorganen führen zu einer irreversiblen Infertilität.¹⁶

Behandlungsmethoden

- 7 Stationär sind Behandlungen gemäss der Legaldefinition in Art. 3 lit. a und b VKL dann, wenn sie mindestens 24 Stunden dauern oder weniger als 24 Stunden, wenn während einer Nacht ein Bett belegt wird. Ambulante Behandlungen werden negativ definiert: Alles, was nicht stationär ist, ist ambulant, worunter auch wiederholte Aufenthalte in Tages- oder Nachtkliniken fallen (Art. 5 VKL).

Stationäre und ambulante Behandlungen

⁸ Näher NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. 7 ff.

⁹ DE VRIES et al., S. 2277 m.w.H.; S2k-Leitlinie, S. 141, 195.

¹⁰ DE VRIES et al., S. 2277.

¹¹ CASS, S. 178 ; vgl. TAYLOR et al., S. 44 m.w.H.

¹² CASS, S. 177.

¹³ TAYLOR et al., S. 44.

¹⁴ DE ROO et al., S. 112 m.w.H.; GARCIA NUNEZ et al., Behandlungsmöglichkeiten, S. 863.

¹⁵ Vgl. GARCIA NUNEZ et al., Behandlungsmöglichkeiten, S. 864 f.

¹⁶ S2k-Leitlinie, S. 178.

Teil 2: Rechtsvergleich

- 8 Rechtsfragen, wie sie im Gutachten bearbeitet werden, stellen sich in vielen Rechtsordnungen. Unterschiedliche Regelungsansätze in ausländischen Rechtsordnungen können Hinweise darauf geben, welche Lösungen sich als hilfreich erwiesen haben. Nachfolgend werden daher die geltende Rechtslage in Deutschland und Grossbritannien sowie in weiteren europäischen Staaten betreffend Eingriffe bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie überblicksartig dargestellt, wobei sich die Ausführungen auf die zentralen Fragen beschränken. Einleitung
- 9 Da das deutsche Rechtssystem dem schweizerischem in vielerlei Hinsicht ähnlich ist und gleichzeitig spezifische und differenzierte Regelungen aufweist, bietet es sich an, dieses im Folgenden genauer zu untersuchen. Deutschland im Vordergrund

A. Deutschland

I. Allgemeine Ausführungen

- 10 Seit dem 1. November 2024 ist in Deutschland das Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) in Kraft. Dieses löste das aus dem Jahr 1980 stammende Transsexuellengesetz (TSG) ab.¹⁷ Weder das TSG noch das SBGG regeln jedoch die Voraussetzungen für die medizinischen Eingriffe zur Geschlechtsumwandlung.¹⁸ Demgegenüber regelt § 1631e des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) die Voraussetzungen zur Behandlung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Vom Wortlaut nicht erfasst werden sollen – in Anlehnung an die S2k-Leitlinie – die Abweichung der körperlichen Geschlechtsmerkmale vom selbstempfundenen Geschlecht (Transidentität, Transsexualität).¹⁹ Insoweit gelten die allgemeinen Regelungen zur Einwilligung in medizinische Behandlungen an Kindern und Jugendlichen sowie ergänzend die einschlägigen Leitlinien bei ärztlichen Eingriffen.²⁰ Rechtliche Grundlagen
- 11 Von Bedeutung ist dabei insbesondere die S2k-Leitlinie der AWMF zur Geschlechtsinkongruenz und Geschlechtsdysphorie im Kindes- und Jugendalter, die umfassende Empfehlungen zur Diagnostik und Behandlung enthält. Nach den allgemeinen Regeln des deutschen Rechts werden medizinische Eingriffe als tatbestandliche Körperverletzungen bewertet, die aber gerechtfertigt sind, sofern eine rechtsgültige Einwilligung zu einem medizinisch indizierten Eingriff resp. – soweit zulässig – ein Einwilligungssurrogat vorliegt.²¹ S2k-Leitlinie

¹⁷ § 13 Abs. 1 SBGG.

¹⁸ § 1 Abs. 2 SBGG; vgl. § 8 Abs. 1 Ziff. 4 TSG; KERN/REHBORN, *Arztrecht*, § 42 N 42; SCHROTT, S. 318; ULSSENHEIMER, *Arztrecht*, § 129 N 7.

¹⁹ HUBER, *MüKo BGB*, § 1631e N 5; BT-Drs. 19/24686, S. 25.

²⁰ HUBER, *MüKo BGB*, § 1631e N 7; BT-Drs. 19/24686, S. 25.

²¹ KNAUER/BROSE, *Medizinrecht*, StGB, § 228 N 1; PAEFFGEN/ZABEL, *NK-StGB*, § 228 N 56 ff.; SCHROTT, S. 316; BGH 29.6.1995 – 4 StR 760/94, *NStZ* 1996, 34.

- 12 Bei Minderjährigen wird allgemein, besonders aber mit Blick auf medizinische Eingriffe bei Geschlechtsdysphorie, ein hoher Massstab angelegt in Bezug auf die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit.²² Teils wird eine analoge Anwendung von § 1631e BGB vertreten.²³ Demnach soll bei einwilligungsunfähigen transidenten Personen bis zum Erreichen der Volljährigkeit, jedenfalls aber bis zur Einwilligungsfähigkeit, mit angleichenden medizinischen Massnahmen zugewartet werden.²⁴ Es wird aber auch die Ansicht vertreten, dass bei Vorliegen einer entsprechenden medizinischen Indikation einwilligungsfähige Jugendliche in die entsprechenden Behandlungsmassnahmen einwilligen können.²⁵ Die Einwilligung in nicht indizierte Eingriffe entfaltet allerdings keine rechtfertigende Kraft und ist unwirksam.
- 13 Ist das Kind resp. der Jugendliche einwilligungsunfähig, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der stellvertretenden Einwilligung.²⁶ Diese kann und muss dann erfolgen, wenn der Eingriff medizinisch indiziert ist und nicht bis zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Kindes resp. des Jugendlichen aufgeschoben werden kann. Schranke der elterlichen Befugnis bildet das Kindeswohl, §§ 1626 ff. BGB. Hierbei stellen sich schwierige Auslegungsfragen. Medizinisch indizierte geschlechtsangleichende Massnahmen bei Transidentität dienen grundsätzlich dem Kindeswohl, nicht medizinisch indizierte Massnahmen hingegen sind sittenwidrig, d.h. eine stellvertretenden Einwilligung entfaltet keine rechtfertigende Wirkung.²⁷ An die medizinische Indikation sind indes hohe Anforderungen zu stellen.²⁸ In der neueren Lehre wird jedoch z.T. gefordert, den Indikationsbegriff anzupassen bzw. die Anforderungen an die Indikation bei geschlechtsumwandelnden Operationen abzusenken.²⁹ Hierbei wird namentlich darauf hingewiesen, dass eine Gleichsetzung nicht eindeutig indizierter Eingriffe mit rein kosmetischen Massnahmen dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und freie Entfaltung der Geschlechtsidentität nicht gerecht werde.³⁰
- 14 Die frühere Lehre, nach der geschlechtsumwandelnde Operationen «per se», trotz der Einwilligung, als sittenwidrig zu klassifizieren waren, wird heute so nicht mehr vertreten.³¹ Die geltende Ansicht setzt eine medizinische Indikation für den Eingriff voraus.³² Sofern Einwilligungsfähigkeit vorliegt, ist eine Einwilligung in eine indizierte

Massstab der
Einwilligung

Stellvertre-
tende Einwil-
ligung

Sittenwidrig-
keit

²² DIESELHORST, S. 129 ff.

²³ A.A. SCHROTT, S. 320.

²⁴ KERN, *Arztrecht*, § 65 N 3; allg. zu verschiedenen medizinischen Eingriffen vgl. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, § 630d BGB N 3 ff.; DERS., *Medizinrecht*, § 8 TSG N 9.

²⁵ SCHROTT, 320.

²⁶ Ausführlich zur Frage der Höchstpersönlichkeit und Möglichkeit einer stellvertretenden Einwilligung vgl. DIESELHORST, S. 84 ff.; Keine Stellvertretung im Rechtssinn: BGHZ 29, 33 (36), NJW 1959, 811; BGH NJW 1964, 1177 f.; BGHZ 105, 45 (47 f.), NJW 1988, 2946.

²⁷ DIESELHORST, S. 153 ff.; KERN, *Arztrecht*, § 65 N 6; SCHROTT, S. 320 f.

²⁸ A.A. DIESELHORST, S. 93 ff.; ebenso SCHROTT, S. 316 f.; KERN/REHBORN, *Arztrecht*, § 42 N 42; ULSENHEIMER, *Arztrecht*, § 129 N 4; BGH NJW 1972, 330, 333; LSG Baden-Württemberg, NJW 1982, 718; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.09.2013 - L 4 KR 34/12; <<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/150071/Neue-S2k-Leitlinie-zu-Geschlechtsinkongruenz-und-dysphorie-im-Kindes-und-Jugendalter-vorgestellt>> (besucht am 15.03.2025).

²⁹ DIESELHORST, S. 16, 102 ff.; für eine Lockerung des Indikationsbegriffs SCHROTT, S. 317.

³⁰ SCHROTT, 321.

³¹ PAEFFGEN/ZABEL, *NK-StGB*, § 228 N 103 m.w.H.; a.A. SCHROTT, S. 318 f.

³² DIESELHORST, S. 140; KERN/REHBORN, *Arztrecht*, § 42 N 42.

geschlechtsangleichende Operation grundsätzlich möglich. Entsprechend der Schweizer Regelung zur Urteilsfähigkeit wird die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland auf die konkrete Situation bezogen.³³ Sofern die betreffende Person nach ihrer geistigen und sittlichen Reife in der Lage ist, ihren Entschluss in dessen Tragweite und Bedeutung zu erkennen und ihre zu fällende Entscheidung danach auszurichten, ist ihr Entschluss zu akzeptieren.³⁴

- 15 Zusammenfassend bedeutet dies, dass die Zulässigkeit vom Vorliegen der medizinischen Indikation und der Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes der betroffenen Person abhängt. Dies gilt auch für Minderjährige, auch wenn hier ein strenger Massstab angelegt wird. Fazit

II. S2k-Leitlinie Geschlechtsinkongruenz und Geschlechtsdysphorie im Kindes- und Jugendalter – Diagnostik und Behandlung

- 16 Die S2k-Leitlinie stellt u.a. detaillierte Empfehlungen für die Behandlung Jugendlicher mit Genderdysphorie auf und sieht hierfür grundsätzlich ein dreistufiges Vorgehen vor. Zunächst soll der Beginn der Pubertät mittels einer Pubertätsblockade verzögert werden. Anschliessend sind eine Hormontherapie sowie daran anschliessend chirurgische Eingriffe möglich. Damit bildet die Leitlinie im Grundsatz die geläufigen Standards ab. Des Weiteren beruht die Leitlinie auf dem durch Studien belegten aktuellen Wissensstand hinsichtlich der Genderdysphorie bei Jugendlichen sowie den damit zusammenhängenden ethischen Fragen. Allgemeines Vorgehen
- 17 Für die Einleitung einer Behandlung mit Pubertätsblockern setzt die S2k-Leitlinie eine sorgfältige Indikationsstellung durch erfahrenes Fachpersonal voraus, wobei es sich einerseits um eine psychologisch-psychiatrische und andererseits um eine endokrinologische Fachperson handeln muss.³⁵ Um die Indikation einer Behandlung mit Pubertätsblockern bejahen zu können, muss eine stabile bzw. persistierende Geschlechtsinkongruenz im Jugendalter mit geschlechtsdysphorischem Leidensdruck vorliegen. Die Diagnose einer Geschlechtsinkongruenz im Kindesalter, d.h. vor Eintritt der Pubertät, genügt nicht den Anforderungen.³⁶ In Ausnahmefällen und bei Zeitdruck, der durch die fortschreitende pubertäre Reifeentwicklung hervorgerufen wird, können Pubertätsblocker einzig von einer endokrinologischen Fachperson verschrieben werden.³⁷ Als frühestmöglichen Zeitpunkt für die Indikation einer Pubertätsblockade sieht die S2k-Leitlinie das Tanner-Stadium 2 vor. Eine Behandlung vor dieser Entwicklungsstufe wird nicht empfohlen.³⁸ Das Tanner-Stadium 2 bezeichnet eine Entwicklungsstufe in der Pubertätsblockade

³³ SPICKHOFF, Medizinrecht, § 630d BGB N 3 ff.

³⁴ KERN, Arztrecht, § 65 N 1 ff.; KNAUER/BROSE, Medizinrecht, StGB, § 228 N 4; PAEFFGEN/ZABEL, NK-StGB, § 228 N 14 ff.; SCHROTT, S. 318 f.; SPICKHOFF, Medizinrecht, § 630d BGB N 3 ff.

³⁵ S2k-Leitlinie, S. 144 f.; Zu den formalen Anforderungen an die psychologisch-psychiatrische Fachperson vgl. S2k-Leitlinie, S. 146.

³⁶ S2k-Leitlinie, S. 147, 150; vgl. S2k-Leitlinie, S. 148.

³⁷ S2k-Leitlinie, S. 152.

³⁸ S2k-Leitlinie, S. 155.

Pubertät, die in fünf Stadien unterteilt wird. Im Tanner-Stadium 2 beginnen sich die spezifischen biologischen Geschlechtsmerkmale auszubilden.³⁹

- | | | |
|----|---|---|
| 18 | Damit die betroffene Person gültig in eine Behandlung mit Pubertätsblockern einwilligen kann, wird, wie vorstehend beschrieben, in Deutschland (zumindest) Einwilligungsfähigkeit gefordert. Das Vorliegen dieser Fähigkeit muss geprüft werden, wobei dies durch eine kinder- und jugendpsychiatrische bzw. psychotherapeutische Fachperson erfolgen soll. ⁴⁰ Aufgrund der grossen Bedeutung der familiären Unterstützung im Verlaufe der Behandlung wird jedoch selbst bei gegebener Einwilligungsfähigkeit der Jugendlichen das Einholen einer zusätzlichen Zustimmung der Sorgeberechtigten empfohlen (Co-Konsens). ⁴¹ Kann diese Zustimmung nicht eingeholt werden, wird eine intensive Betreuung des Familiensystems durch Fachpersonen nahegelegt, um das Wohl des resp. der Jugendlichen sicherzustellen. ⁴² Ist die Einwilligungsfähigkeit des resp. der Jugendlichen zu verneinen, können die Personensorgeberechtigten der Behandlung zustimmen, sofern triftige Gründe vorliegen, die zu behandelnde Person hinreichend in den Entscheidungsprozess einbezogen worden ist und die Behandlung ihrem klar erkennbaren Willen entspricht. ⁴³ | Einwilligung
in Pubertäts-
blockade |
| 19 | Bei einwilligungsfähigen Jugendlichen kann eine geschlechtsangleichende Hormonbehandlung in Betracht kommen. ⁴⁴ Hierfür wird zusätzlich zur diagnostischen Einschätzung, die für die Behandlung mit Pubertätsblockern notwendig ist (vgl. N 14), ein eindringlicher Wunsch nach körperlicher Veränderung vorausgesetzt. ⁴⁵ Ein vorausgehender Einsatz von Pubertätsblockern wird nicht verlangt. ⁴⁶ Die für die Hormonbehandlung notwendige Indikationsstellung sollte durch eine erfahrende psychiatrische bzw. psychologische sowie eine endokrinologische Fachperson erfolgen. ⁴⁷ | Geschlechts-
angleichende
Hormonbe-
handlung |
| 20 | Da die Behandlung irreversible Veränderungen mit sich bringen kann und i.d.R. auch wird, wenn sie lange genug durchgeführt wird, werden an die Einwilligungsfähigkeit hohe Anforderungen gestellt und werden die Personensorgeberechtigten in den Entscheidungsprozess einbezogen. Angestrebt wird ein Co-Konsens der Jugendlichen und ihren Sorgeberechtigten. ⁴⁸ Wird aufgrund einer fehlenden Unterstützung durch die Sorgeberechtigten kein Co-Konsens gefunden, werden anderweitige Massnahmen zur Unterstützung ergriffen. ⁴⁹ Bei Einwilligungsunfähigkeit der resp. des Jugendlichen ist die alleinige Zustimmung der Personensorgeberechtigten nicht ausreichend. In einem solchen Fall wird die minderjährige Person durch intensive professionelle Begleitung an die eigenständige Einwilligungsfähigkeit herangeführt, so dass sie im späteren Verlauf | Einwilligung
in ge-
schlechtsan-
gleichende
Hormonbe-
handlung |

³⁹ MARSHALL/TANNER, Boys, S. 14; MARSHALL/TANNER, Girls, S. 291 f.

⁴⁰ S2k-Leitlinie, S. 160.

⁴¹ S2k-Leitlinie, S. 160 f.

⁴² S2k-Leitlinie, S. 161.

⁴³ S2k-Leitlinie, S. 160.

⁴⁴ Vgl. S2k-Leitlinie, S. 166.

⁴⁵ S2k-Leitlinie, S. 166.

⁴⁶ S2k-Leitlinie, S. 171 f.

⁴⁷ S2k-Leitlinie, S. 163 f.; Zu den formalen Anforderungen an die psychologisch-psychiatrische Fachperson vgl. S2k-Leitlinie, S. 164 f.

⁴⁸ S2k-Leitlinie, S. 178.

⁴⁹ S2k-Leitlinie, S. 177.

ihres Lebens selbstständig und eigenverantwortlich über eine Behandlung entscheiden kann.⁵⁰

- | | | |
|----|---|---|
| 21 | Als weiterer Schritt der Behandlung Jugendlicher mit Geschlechtsdysphorie, die ein Verlangen nach physischer Veränderung verspüren, ⁵¹ besteht zudem die Möglichkeit, das gewünschte körperliche Erscheinungsbild durch geschlechtsangleichende Operationen zu erreichen. Auch diesbezüglich enthält die S2k-Leitlinie Empfehlungen. Die hiermit angesprochenen chirurgischen Eingriffe bringen irreversible Konsequenzen für die betroffene Person mit sich, so dass eine sorgfältige Abwägung zwischen den Vorteilen einer Behandlung und der bleibenden Gesundheitsschädigung resp. -beeinträchtigung erfolgen muss. ⁵² Vor Eintritt der Volljährigkeit wird zwar von operativen Eingriffen zur Genitalangleichung abgeraten. ⁵³ Die Leitlinie äussert sich jedoch ausführlich über die Vornahme geschlechtsangleichender plastisch-chirurgischer Eingriffe an der Brust und das Vorgehen bei der diesbezüglichen, interdisziplinären Indikationsstellung. ⁵⁴ Geht eine geschlechtsangleichende Hormonbehandlung dem chirurgischen Eingriff voraus, soll Letzterer erst nach einer Dauer von mindestens sechs Monaten vorgenommen werden. Diese Zeitspanne wird als Reflexionszeit über die gemachten Erfahrungen empfohlen. ⁵⁵ In Einzelfällen soll allerdings auch eine Operation ohne vorausgehende Hormonbehandlung möglich sein. ⁵⁶ | Geschlechtsangleichende Operationen im Jugendalter |
| 22 | An die Einwilligungsfähigkeit in geschlechtsangleichende Operationen werden hohe Anforderungen gestellt. ⁵⁷ Die Prüfung der Einwilligungsfähigkeit hat durch eine jugendpsychiatrische-psychotherapeutische Fachperson zu erfolgen. Bevor jedoch eine Einwilligung möglich ist, müssen der resp. die zu behandelnde Jugendliche sowie die personensorgeberechtigte Personen umfassend über den Eingriff, dessen Folgen und mögliche Komplikationen aufgeklärt werden. ⁵⁸ Idealerweise stimmen in der Folge beide Parteien, die minderjährige, einwilligungsfähige Person und die Personensorgeberechtigten, einer Behandlung zu. ⁵⁹ Kann dies trotz umfassender Beratung nicht erzielt werden, werden psychosoziale Massnahmen empfohlen, um die nötige Unterstützung des Minderjährigen sicherzustellen. ⁶⁰ | Einwilligung in geschlechtsangleichende Operationen |
| 23 | Zusammenfassend wird im Rahmen der S2k-Leitlinie eine interdisziplinäre Indikationsstellung für die Behandlung von Jugendlichen mit Genderdysphorie empfohlen. Dabei wird, anders als in anderen Staaten (bspw. Finnland), keine starre Altersgrenze für einen spezifischen Behandlungsschritt aufgestellt. Vielmehr liegt der Fokus auf der individuellen Einwilligungsfähigkeit der Betroffenen. Deren Vorliegen muss sorgfältig | Zwischenfazit |

⁵⁰ S2k-Leitlinie, S. 163.

⁵¹ S2k-Leitlinie, S. 183.

⁵² S2k-Leitlinie, S. 179.

⁵³ S2k-Leitlinie, S. 179.

⁵⁴ Vgl. S2k-Leitlinie, S. 179.

⁵⁵ S2k-Leitlinie, S. 186.

⁵⁶ S2k-Leitlinie, S. 187.

⁵⁷ S2k-Leitlinie, S. 188.

⁵⁸ S2k-Leitlinie, S. 188.

⁵⁹ S2k-Leitlinie, S. 189.

⁶⁰ S2k-Leitlinie, S. 189 f.

durch Fachpersonen und unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität eines Behandlungsschrittes geprüft werden. Für eine optimale Unterstützung der Jugendlichen in ihrem Transitionsprozess wird die Zustimmung der Sorgeberechtigten empfohlen. Sollten die Sorgeberechtigten ihre Einwilligung verweigern, kann zum Schutze des Kindeswohl eine intensive psychosoziale Begleitung erwogen werden.

III. Gesetzgebung im Bereich der Intersexualität

- | | | |
|---------------------|---|-------------|
| 24 | Die elterliche Sorge umfasst das Pflichtrecht, stets im Interesse des Kindes zu handeln, die Befugnisse (Rechte) also nach dem Kindeswohl auszurichten (Pflichten), um die Entwicklung des Kindes bestmöglich zu fördern. ⁶¹ Dazu gehören auch das Recht und die Pflicht der Personensorgeberechtigten, d.h. im Regelfall der Eltern, in notwendige medizinische Massnahmen des einwilligungsunfähigen Kindes einzuwilligen. ⁶² Gesetzlich ist den Personensorgeberechtigten dieses Gestattungs-/Ermächtigungsrecht ⁶³ allerdings wiederum bei bestimmten medizinischen Eingriffen eingeschränkt oder ganz entzogen. So statuiert § 1631c BGB das absolute Verbot der Sterilisation. ⁶⁴ Zu diesen besonders geordneten medizinischen Massnahmen gehört auch die gesetzliche Regelung zur Behandlung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Sie ist dementsprechend ebenfalls im fünften Titel des BGB, im Teilbereich der elterlichen Sorge, angegliedert (§ 1631e BGB). | Einführung |
| 1. Überblick | | |
| 25 | § 1631e BGB ist am 1. Januar 2023 in Kraft getreten. ⁶⁵ Die Bestimmung soll nicht einwilligungsfähige Minderjährige, die nicht eindeutig dem einen oder anderen Geschlecht zugeordnet werden können, vor übereilten medizinischen Massnahmen schützen. Neben der körperlichen Integrität soll auch die geschlechtliche Selbstbestimmung des Kindes gewahrt werden. ⁶⁶ | Hintergrund |
| 26 | § 1631e Abs. 1 BGB lautet: «Die Personensorge umfasst nicht das Recht, in eine Behandlung eines nicht einwilligungsfähigen Kindes mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung einzuwilligen oder selbst diese Behandlung durchzuführen, 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.» | Wortlaut |
| 27 | Die Vorschrift betrifft ausschliesslich nicht einwilligungsfähige Kinder mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Für einwilligungsfähige Kinder gelten die allgemeinen | Systematik |

⁶¹ HUBER, MüKo BGB, § 1626 N 7.

⁶² HUBER, MüKo BGB, § 1626 N 40, 45.

⁶³ Keine Stellvertretung im Rechtssinn: BGHZ 29, 33 (36), NJW 1959, 811; BGH NJW 1964, 1177 f.; BGHZ 105, 45 (47 f.), NJW 1988, 2946.

⁶⁴ HUBER, MüKo BGB, § 1631c N 1 ff.

⁶⁵ Nach verschiedenen Vorentwürfen wurde § 1631e BGB mit Wirkung vom 22.05.2022 durch das Gesetz vom 12.05.2022 (BGBl. 2022 I 1082) eingeführt und mit Wirkung vom 01.01.2023 in Abs. 2 S. 2 an das neue Betreuungs- und Vormundschaftsrecht angepasst (BGBl. 2022 I 959).

⁶⁶ BT-Drs. 19/24686, S. 1 f.; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 1, 3.

Regeln des Medizinrechts. Inhaltlich lässt sich die Regelung in drei Abschnitte gliedern:

1. Ein Verbot von Behandlungen, die allein der Angleichung des äusseren Erscheinungsbildes an das männliche oder weibliche Geschlecht dienen. Es wird festgestellt, dass das Sorgerecht nicht das Recht zur Einwilligung in solche Behandlungen umfasst.
2. In operative Eingriffe, die eine Angleichung bewirken könnten, dürfen die Eltern nur dann einwilligen, wenn der Eingriff nicht so lange zeitlich verschoben werden kann, bis das betreffende Kind eine selbstbestimmte Entscheidung des Kindes treffen kann.
3. § 1631e Abs. 3 BGB hält dazu fest: «Die Einwilligung ... bedarf der Genehmigung des Familiengerichts, es sei denn, der operative Eingriff ist zur Abwehr einer Gefahr für das Leben oder für die Gesundheit des Kindes erforderlich und kann nicht bis zur Erteilung der Genehmigung aufgeschoben werden. Die Genehmigung ist auf Antrag der Eltern zu erteilen, wenn der geplante Eingriff dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Legen die Eltern dem Familiengericht eine den Eingriff befürwortende Stellungnahme einer interdisziplinären Kommission nach Absatz 4 vor, wird vermutet, dass der geplante Eingriff dem Wohl des Kindes am besten entspricht».
4. Zudem wird eine verlängerte Aufbewahrungsfrist der Patientenakte in Abs. 6 geregelt.⁶⁷

28 Erfasst von dieser Bestimmung sind alle Kinder mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Dieser Begriff ist eine Sammelbezeichnung für Kinder, die nicht eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden können (Intersexualität). Der Gesetzgeber lehnt sich in der Definition an die S2k-Leitlinie «Varianten der Geschlechtsentwicklung» an und betont, dass eine Änderung dieser Leitlinie auch für die Auslegung von § 1631e BGB zu beachten ist.

Begriff «Variante der Geschlechtsentwicklung»

29 Vom Wortlaut nicht erfasst sind Kinder, deren selbstempfundenes Geschlecht nicht kongruent ist mit den körperlichen Geschlechtsmerkmalen (Transsexualität).⁶⁸

Ausschluss der Transsexualität

2. Verbot von Behandlungen

30 § 1631e BGB setzt voraus, dass das Kind nicht einwilligungsfähig ist. Die Einwilligungsfähigkeit wird nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt: Ein Kind ist einwilligungsfähig, wenn es Wesen, Bedeutung und Folgen der Behandlung und die Bedeutung für sein Leben verstehen kann. Entscheidend sind die Einsichts- und Urteilsfähigkeit im konkreten Einzelfall. Das Kind muss Art, Risiken und langfristigen Auswirkungen des Eingriffs erfassen können, insbesondere in Bezug auf die eigene geschlechtliche Identität. Auch das Verständnis für geschlechtliche Vielfalt ist relevant. Eine allgemeine Altersgrenze lässt sich nicht festlegen. Die im Entwurf vorgesehene Altersgrenze von 14 Jahren wurde nicht weiterverfolgt, da je nach den persönlichen Verhältnissen und dem Entwicklungsstand des Kindes und der Schwere des in Aussicht

Einwilligungsunfähigkeit

⁶⁷ BT-Drs. 19/24686, S. 24 f.; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 4.

⁶⁸ BT-Drs. 19/24686, S. 25; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 5.

genommenen Eingriffs die Einwilligungsfähigkeit teils ab zwölf, teils erst ab 16 Jahren angenommen wird. Obgleich die Einwilligungsfähigkeit ein Rechtsbegriff ist, sind zur Feststellung in der Praxis die Ärztinnen und Ärzte berufen.⁶⁹ Ist das Kind einwilligungsfähig, sind die allgemeinen Regeln und nicht § 1631e BGB anwendbar. Bestehen Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit kann – allerdings nur, wenn operative Eingriffe zur Debatte stehen – das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren nach § 1631e Abs. 3 BGB durchlaufen werden, da anderenfalls der Eingriff rechtswidrig sein könnte.⁷⁰

- 31 Das in § 1631e Abs. 1 BGB formulierte grundsätzliche Verbot umfasst sämtliche medizinische Behandlungen mit der alleinigen Absicht der Geschlechtsanpassung. Andere Zwecke bleiben hiervon unberührt. Neben medizinischen Indikationen nennt die Gesetzesbegründung auch eine starke psychische Belastung eines älteren Kindes aufgrund der Geschlechtsentwicklung oder einen festen eigenen Wunsch des Kindes nach der Behandlung, selbst wenn es noch nicht als einwilligungsfähig gilt. Fehlt es aber an derartigen Gründen und bestehen Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit des Kindes, hat die Behandlung zu unterbleiben.⁷¹

Betroffene
Behandlungen

3. Genehmigungsvorbehalt

- 32 Für operative Eingriffe, die zwar andere Ziele verfolgen, aber dennoch zur Angleichung des Geschlechts führen können, fordert Abs. 2 neben den allgemeinen Voraussetzungen des § 1631e BGB auch die Unaufschiebbarkeit und die Genehmigung des Familiengerichts. Dies soll Umgehungen des Verbots in Abs. 1 verhindern. Das Sterilisationsverbot nach § 1631c BGB bleibt zusätzlich anwendbar.⁷²
- 33 § 1631e Abs. 2 BGB richtet sich an die Personensorgeberechtigten, d.h. die Eltern resp. den Vormund, und bezieht sich auf Operationen an den inneren oder äusseren Geschlechtsmerkmalen (d.h. ist nicht nur auf Genitalien beschränkt). Die Bestimmung ist insofern enger als jene in Absatz 1, da andere Behandlungen (hormonelle, medikamentöse) nicht von Absatz 2 erfasst sind.⁷³ Weiter setzt Absatz 2 die Möglichkeit der Angleichung an ein Geschlecht voraus, wobei ausdrücklich verlangt wird, dass die Einwilligungsfähigkeit nicht bereits durch Absatz 1 ausgeschlossen ist, was letztlich bedeutet, dass die Angleichung als Nebenfolge eines Eingriffs zulässig ist (Eingriff verfolgt nicht alleinigen Zweck der Angleichung).⁷⁴ Die Gesetzgebung nennt hier bspw. die Behandlung eines Hodenhochstandes.⁷⁵ Sollte sich während des Genehmigungsverfahrens herausstellen, dass die Behandlung doch den alleinigen Zweck der Angleichung verfolgt, ist die Genehmigung nicht zu erteilen.⁷⁶ Nicht dem Genehmi-

Grundsatz

Reichweite

⁶⁹ BT-Drs. 19/24686, S. 24 f.; COESTER-WALTJEN/HENN, S. 1591 f.; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 6.

⁷⁰ BT-Drs. 19/24686, S. 25; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 7.

⁷¹ BT-Drs. 19/24686, S. 25 f.; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 8 ff.

⁷² BT-Drs. 19/24686, S. 27; COESTER-WALTJEN/HENN, S. 1590 f.; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 14, 15.

⁷³ BT-Drs. 19/24686, S. 26 f.; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 16 ff.

⁷⁴ BT-Drs. 19/24686, S. 26 f.; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 19 f.

⁷⁵ BT-Drs. 19/24686, S. 27.

⁷⁶ KEMPER, S. 397.

gungsvorbehalt unterfallen Eingriffe, bei welchen nicht einmal eine abstrakte Gefahr der Angleichung besteht (z.B. Entfernung einer Eierstockzyste).⁷⁷

- 34 Ist der Eingriff unaufschiebbar, d.h. ein Zuwarten bis zur Einwilligungsfähigkeit des Kindes nicht angezeigt, können die Personensorgeberechtigten unter bestimmten Voraussetzungen in einen geschlechtsangleichenden Eingriff einwilligen. Hier ist insbesondere eine Abwägung zwischen den Nachteilen eines Aufschubs und dem Eingriff in die selbstbestimmte Entscheidung über die eigene geschlechtliche Erscheinung nötig.⁷⁸ Steht bspw. die Funktionsfähigkeit der Fortpflanzungsfähigkeit zur Disposition, soll ein Eingriff problemlos möglich sein. «Mobbing» unter Kindern allein wird gemäss der Gesetzesbegründung i.d.R. als nicht ausreichend erachtet, eine nicht aufschiebbare Behandlung zu begründen, die lebenslang irreversibel ist.⁷⁹ Unaufschiebbarkeit
- 35 Wie bereits beschrieben, bedürfen Eingriffe nach Abs. 2 Satz 1 stets der Genehmigung durch das Familiengericht. Die Personensorgeberechtigten müssen hierzu einen entsprechenden Antrag stellen. Die Genehmigung bezieht sich dabei nur auf die Einwilligung der Personensorgeberechtigten und nicht auf den Eingriff selbst, d.h. es ist den Personensorgeberechtigten bei Genehmigungserteilung überlassen, ob sie in den Eingriff einwilligen.⁸⁰ Lebens- oder Gesundheitsgefahr des Kindes lassen den Genehmigungsvorbehalt entfallen (Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2). Damit entscheiden, wie bereits vor dieser Regelung, Eltern und Ärzte über die Notwendigkeit des Eingriffs.⁸¹ Ergibt sich während eines laufenden Verfahrens die medizinische Dringlichkeit des Eingriffs, kann dieser durchgeführt werden, wenn die Genehmigung nicht rasch genug erteilt werden kann.⁸² Die Personensorgeberechtigten ziehen in diesem Fall ihren Antrag zurück.⁸³ Das Familiengericht kann zudem die Personensorgeberechtigten auf die Genehmigungsfreiheit nach Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 hinweisen.⁸⁴ Nach erfolgtem Eingriff können die Personensorgeberechtigten den Antrag zurückziehen. Dem Familiengericht bleibt es unbenommen, die Staatsanwaltschaft zu informieren, wenn im Nachhinein Zweifel an der Dringlichkeit auftreten.⁸⁵ Grundsätzlich soll Zurückhaltung bezüglich der Dringlichkeit und des sofortigen Handelns geübt werden; die Gefahr muss sich wahrscheinlich gegenwärtig realisieren und die Gefahr kann nicht anders abgewendet werden als durch den medizinischen Eingriff.⁸⁶ Bei psychischen Gefahren geht der Gesetzgeber davon aus, dass das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren regelmässig abgewartet werden kann, auch wenn die grundsätzlich mögliche Gefahr des seelischen Leidendrucks und daraus resultierender Behandlungsbedürftigkeit vom Genehmigung

⁷⁷ BT-Drs. 19/24686, S. 27; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 20.

⁷⁸ BT-Drs. 19/24686, S. 27.

⁷⁹ BT-Drs. 19/24686, S. 27 f.; Kritisch hierzu COESTER-WALTJEN/HENN, S. 1594; DÖLL, Erman BGB, § 1631e N 14; HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 21.

⁸⁰ COESTER-WALTJEN/HENN, S. 1594 f.

⁸¹ BT-Drs. 19/24686, S. 28.

⁸² BT-Drs. 19/24686, S. 28.

⁸³ BT-Drs. 19/24686, S. 28.

⁸⁴ HUBER, MüKo BGB, § 1631e N 24.

⁸⁵ BT-Drs. 19/24686, S. 29.

⁸⁶ BT-Drs. 19/24686, S. 29.

Gesetzgeber erkannt wird.⁸⁷ Bei akuter Lebens- und/oder Gesundheitsgefahr darf über den Weg der mutmasslichen Einwilligung gehandelt werden (§ 630d Abs. 1 Satz 4 BGB).⁸⁸ Wird die notwendige Genehmigung weder beantragt noch erteilt, bleibt der Eingriff untersagt. Erfolgt der Eingriff trotzdem, gilt er ebenso als (je nach Fallkonstellation schwere) rechtswidrige Körperverletzung, wie ein gezielter geschlechtsangleichender Eingriff nach Abs. 1.⁸⁹

- 36 Die Genehmigung ist dann zu erteilen, wenn sie dem Kindeswohl am besten entspricht. Dadurch bleiben Eingriffe möglich, die, ohne Vorliegen einer konkreten Gesundheitsgefahr, die Funktions- oder Fortpflanzungsfähigkeit betreffen (das Sterilisationsverbot bleibt unberührt). Es sind stets alle möglichen Auswirkungen und Alternativen des Eingriffs in die Entscheidung einzubeziehen.⁹⁰ Erteilung

4. Die interdisziplinäre Kommission

- 37 Liegt den Personensorgeberechtigten eine befürwortende Stellungnahme der interdisziplinären Kommission vor, wird dies im Verfahren vor dem Familiengericht als Vermutung angesehen, dass der Eingriff dem Kindeswohl am besten entspricht. Dies vereinfacht das Verfahren erheblich. Eine solche Stellungnahme ist allerdings nicht zwingend einzureichen.⁹¹ Vermutung
- 38 Die interdisziplinäre Kommission, die auf bestehende Strukturen in spezialisierten Zentren für Geschlechtsentwicklungsvarianten zurückgreifen kann und keine neu zu schaffende Institution sein soll, bewertet gemeinsam mit Expertinnen und Experten aus Psychologie, Psychiatrie und Sozialpädagogik die Chancen und Risiken geplanter Eingriffe und bezieht dabei Eltern sowie, je nach Entwicklungsstand, auch das Kind in die Entscheidung ein.⁹² Grundidee, Verankerung
- 39 Die Gesetzgebung verfolgt mit dem Einbezug der interdisziplinären Kommission drei Ziele: Ziele
1. Die Entscheidung der Personensorgeberechtigten wird auf eine breitere Entscheidungsbasis gestellt. Die Stellungnahme bietet gleichzeitig eine gute Grundlage für die Entscheidung des Familiengerichts, da mit einer Befürwortung der Kommission nicht nur aus elterlicher und medizinischer, sondern auch aus psychologischer oder psychiatrischer Sicht der Eingriff bereits befürwortet und mit Alternativen fachlich abgewogen wurde;
 2. die Stellungnahme enthält Angaben, ob die Personensorgeberechtigten über den Umgang mit Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung hinreichend beraten worden sind und bezieht dies auch in ihr Votum ein;

⁸⁷ BT-Drs. 19/24686, S. 29.

⁸⁸ BT-Drs. 19/24686, S. 29.

⁸⁹ BT-Drs. 19/24686, S. 29.

⁹⁰ BT-Drs. 19/24686, S. 29.

⁹¹ BT-Drs. 19/24686, S. 29.

⁹² BT-Drs. 19/24686, S. 30.

3. eventuell ergibt sich aufgrund des Kommissionsverfahrens, dass die Behandlung für das Kind eine nicht adäquate Option ist, und die Personensorgeberechtigten verzichten auf den Eingriff.⁹³

- 40 Das Gericht wird i.d.R. auf Basis einer plausiblen und überzeugenden Stellungnahme entscheiden, sofern diese die in Abs. 5 geforderten Angaben enthält und die Besetzungsanforderungen nach Abs. 4 erfüllt sind. Bei Unklarheiten oder Unstimmigkeiten wird das Gericht im Rahmen der Amtsermittlung zusätzliche Informationen einholen. Dies ist auch möglich durch eine formlose Befragung der Kommissionsmitglieder. Eine Unstimmigkeit in der Stellungnahme, die es zu klären gälte, wäre die fehlende Wiedergabe der Meinung eines zwar einwilligungsunfähigen, aber schon älteren Kindes zum bereits in der Planung befindlichen Eingriff oder die fehlende Äusserung dazu, warum mit dem Eingriff nicht zugewartet werden kann.⁹⁴ Im Übrigen geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass bei fehlenden Unterschriften eines oder mehrerer Kommissionsmitglieder keine gültige Stellungnahme vorliegt.⁹⁵ Entscheidungsbasis, Unstimmigkeiten
- 41 Da die Einwilligung in einen derartigen Eingriff weitreichende Folgen für das Kind hat, ist die umfassende Aufklärung der Personensorgeberechtigten elementar. Auch deshalb muss sich die Stellungnahme zur Aufklärung der Eltern äussern. Neben der Standardaufklärung nach § 630e BGB ist eine ergebnisoffene, spezifische Beratung gemäss der S2k-Leitlinie «Varianten der Geschlechtsentwicklung» erforderlich. Hierfür können auch staatliche Unterstützungsangebote⁹⁶ in Anspruch genommen werden, um wohlüberlegte Entscheidungen zu ermöglichen und die Kompetenzen der Eltern im Umgang mit Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung zu stärken.⁹⁷ Aufklärung
- 42 Abs. 4 regelt die Details zur Zusammensetzung der interdisziplinären Kommission und legt Mindestanforderungen fest, um einen Standard zu gewährleisten. Die Vorgaben zur Besetzung sind flexibel und schliessen zusätzliche Mitglieder nicht aus, solange die fachliche Qualifikation gewährleistet ist. Dadurch wird vermieden, dass bestehende Strukturen in Kliniken durch mangelnde Berufserfahrung der Mitglieder beeinträchtigt werden. Nach Nr. 1 muss der behandelnde Arzt Teil der Kommission sein, da er die Risiken und Chancen des Eingriffs am besten einschätzen kann und ohnehin abwägen muss. Nr. 2 erfordert die Teilnahme eines weiteren Arztes, um eine unabhängige ärztliche Perspektive zu bieten. Ausserdem müssen nach Nr. 3 und 4 eine psychologisch oder psychiatrisch qualifizierte Person sowie eine sozialpädagogische Fachkraft hinzugezogen werden, um eine ganzheitliche Betrachtung des Falls zu ermöglichen und Alternativen, wie die Akzeptanz des körperlichen Zustands des Kindes, zu berücksichtigen. Dadurch soll die Diskussion um zusätzliche Perspektiven erweitert werden. Es wird zudem gefordert, dass mindestens ein ärztliches Mitglied ein Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin mit Spezialisierung auf Kinderendokrinologie und -diabetologie ist und alle Kommissionsmitglieder Erfahrung im Umgang mit Kindern mit Geschlechtsentwicklungsvarianten haben. Die Kommission muss in ihrer Stellungnahme die Zusammensetzung

⁹³ BT-Drs. 19/24686, S. 30.

⁹⁴ BT-Drs. 19/24686, S. 30.

⁹⁵ BT-Drs. 19/24686, S. 30.

⁹⁶ Gemäss § 16 Abs. 2 Nr. 2 des Achten Buches Sozialgesetzbuch.

⁹⁷ BT-Drs. 19/24686, S. 30 f.

Qualifikationen der Mitglieder darlegen, damit das Gericht überprüfen kann, ob die Mindestanforderungen erfüllt sind und die Stellungnahme als Grundlage für eine gerichtliche Entscheidung dienen kann.⁹⁸

- | | | |
|----|---|--------------------------------------|
| 43 | Schliesslich stellt das Gesetz in Absatz 5 Mindestvorgaben an den Inhalt der Stellungnahme. Dieser Mindestinhalt ist also insbesondere für Stellungnahmen nach Abs. 3 Satz 3 relevant. Auf andere Stellungnahmen der interdisziplinären Kommission, die nicht dem Gericht eingereicht werden sollen, findet Absatz 5 keine Anwendung. Zusätzlich soll die Orientierungsfunktion der Stellungnahme dadurch gestärkt werden, dass sie schnell überblickbar und verständlich formuliert ist, da Adressaten keine Mediziner, sondern das Gericht sowie die Eltern des betroffenen Kindes sind. Sie müssen die Stellungnahme für eine fundierte Entscheidungsfindung verstehen können, worauf beim Verfassen zu achten ist. ⁹⁹ | Gestaltung
der Stellung-
nahme |
| 44 | Der Mindestinhalt der Stellungnahme der Kommission gestaltet sich wie folgt: Die Zusammensetzung der Kommission sowie die Befähigung der Mitglieder ist gemäss Nr. 1 darzutun. Dies ist besonders deshalb wichtig, damit das Gericht prüfen kann, ob die Zusammensetzung der Kommission § 1631e Abs. 4 BGB entspricht, sowie für eine Beurteilung der Kompetenzen. Nr. 2 sieht Angaben zum Kind (Alter, welche Variante der Geschlechtsentwicklung liegt vor) und zum geplanten Eingriff vor. ¹⁰⁰ | Grundsätzli-
che Angaben |
| 45 | Nr. 3 fordert, dass die Bezeichnung des geplanten Eingriffs und dessen Indikation klar benannt werden, um Plausibilität sicherzustellen und Missverständnisse zu vermeiden. Stimmen der im Antrag genannte und der geprüfte Eingriff nicht überein, kann das Gericht den Antrag ablehnen. Statt eines blossen Diagnoseschlüssels ist eine kurze, verständliche Beschreibung des Eingriffs erforderlich, einschliesslich der Gründe für dessen Notwendigkeit. Zudem muss die Kommission prüfen, ob der Eingriff gemäss Absatz 1 verboten ist. ¹⁰¹ | Eingriff |
| 46 | Nr. 4 fordert schliesslich das Votum sowie eine Begründung. Alternativen sind aufzuzeigen, damit eine Abwägung erfolgen kann. Nicht nur die mit dem Eingriff verbundenen Risiken sind darzulegen, sondern auch diejenigen, die bei Abwarten bis zur selbstbestimmten Entscheidung des Kindes auftreten können. Auch die Risiken einer Behandlungsalternative sind einzubeziehen. Damit enthält Nr. 4 die im Rahmen jeder medizinischen Aufklärung notwendigen Risikoabwägungen und geht insofern darüber hinaus, als die Risiken auch aus anderen Fachdisziplinen bewertet werden. Auch das Kindeswohl und die Einschätzung der Kommission, ob der Eingriff diesem am besten entspricht, muss in die Begründung einfließen. Bei der Entscheidung über einen operativen Eingriff sind auch psychosoziale Alternativen wie Aufklärung zur geschlechtlichen Vielfalt und Unterstützung für Eltern sowie Angebote in Bildungseinrichtungen zu berücksichtigen. ¹⁰² | Begründung |

⁹⁸ BT-Drs. 19/24686, S. 31.

⁹⁹ BT-Drs. 19/24686, S. 31 f.

¹⁰⁰ BT-Drs. 19/24686, S. 32.

¹⁰¹ BT-Drs. 19/24686, S. 32.

¹⁰² BT-Drs. 19/24686, S. 32.

- 47 Gemäss Nr. 5 bedarf es einer Angabe, ob die Eltern aufgeklärt und beraten worden sind und ob ihnen die Möglichkeit einer Peer-Beratung (Beratung durch Person mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung) aufgezeigt worden ist. Sollten die Eltern die letztgenannte Option nicht kennen, sind sie auf entsprechende Beratungsangebote von bspw. Selbsthilfeorganisationen hinzuweisen. Sollte keine Beratung oder kein Hinweis auf Beratung stattgefunden haben, genügt eine Mitteilung ans Familiengericht, das diese Aufgabe übernehmen und gegebenenfalls eine Beratung anordnen kann.¹⁰³ Aufklärung der Eltern
- 48 Um Entscheidungen am «grünen Tisch» zu vermeiden, ist eine Beratungsperson einzubeziehen, die höchstpersönliche Erfahrungen einbringen kann, d.h. eine Person mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung. Dieser Perspektive kommt – so der Gesetzgeber – ganz besondere Bedeutung zu. Auch die bereits erwähnte S2k-Leitlinie zur Intersexualität sieht einen solchen Einbezug einer Beratungsperson vor. Da allerdings Kosten entstehen können und eine Entbindung der Schweigepflicht nötig ist, macht der Gesetzgeber diese Beratung von der Einwilligung der Eltern abhängig. Sollte eine entsprechende Beratung erfolgt sein, ist deren Äusserung, ob sie die Stellungnahme mitträgt oder nicht, zu erwähnen.¹⁰⁴ Besondere Beratungsperson
- 49 Schliesslich wird auch das Kind gemäss Nr. 7 einbezogen. Es soll aufgeklärt und beraten werden, wobei auf dessen Reife und Alter Rücksicht zu nehmen ist. Zunächst ist festzustellen, ob das Kind in der Lage ist, sich eine Meinung zu bilden und zu äussern. Wenn ja, muss geprüft werden, ob es über den geplanten Eingriff und alternative Lebenswege informiert wurde und ob der Eingriff seinem Willen entspricht. Diese Vorgaben zur Aufklärung und Beratung des Kindes sind dem Grunde nach bereits in § 1626 Abs. 2 BGB und Art. 12 der KRK verankert. Ist das Kind noch zu jung, wie bei Neugeborenen und Kleinkindern, kann die Beratung entfallen, jedoch müssen die Eltern das Kind später informieren.¹⁰⁵ Die betroffene Person
- 50 In Satz 2 ist schliesslich das bereits erwähnte Erfordernis der Unterschriften statuiert; sämtliche Kommissionsmitglieder müssen unterschreiben, um sicherzustellen, dass eine befürwortende Stellungnahme von allen mitgetragen wird und sie sich die entsprechenden Aussagen in der Stellungnahme zu eigen machen.¹⁰⁶ Unterschriften
- 51 Absatz 6 regelt eine verlängerte Aufbewahrungspflicht der Patientenakte von insgesamt dreissig Jahren nach Volljährigkeit der betroffenen Person. D.h. die Patientenakte ist bis zu dem Tag aufzubewahren, an dem die behandelte Person ihr 48. Lebensjahr vollendet. Hierbei wird auf das Geburtsdatum und nicht auf die letzte Behandlung abgestellt. In Absatz 6 kommt es nicht darauf an, warum der Eingriff durchgeführt wurde. Alle Behandlungen an den inneren oder äusseren Geschlechtsmerkmalen werden erfasst. Damit soll der betroffenen Person auch noch im Erwachsenenalter die Möglichkeit offenstehen, Informationen über sich und durchgeführten Operationen einzuholen; Aufbewahrungspflicht

¹⁰³ BT-Drs. 19/24686, S. 32 f.

¹⁰⁴ BT-Drs. 19/24686, S. 33.

¹⁰⁵ BT-Drs. 19/24686, S. 33.

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/24686, S. 33.

auch eine Prüfung der Rechtmässigkeit ist damit der erwachsenen betroffenen Person möglich.¹⁰⁷

B. Grossbritannien

- 52 Das Rechtssystem in Grossbritannien ist vom Fallrecht geprägt (common law system), hat insofern einen etwas anderen Ansatz als die Schweizer Rechtsordnung und ist insbesondere gekennzeichnet durch weniger Kodifikationen.¹⁰⁸ Gleichwohl weist das englische Medizinrecht einige Parallelen zum Schweizer Medizinalrecht auf. So gilt in Grossbritannien ebenfalls der Grundsatz, dass Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, wozu medizinische Eingriffe grundsätzlich zählen, nur dann gerechtfertigt sind, wenn eine wirksame Einwilligung vorliegt. System
- 53 Bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen (d.h. allen unter 18-Jährigen) gilt Folgendes: Bezüglich der Minderjährigen ab 16 Jahren bestehen Kodifikationen, die den Jugendlichen bei diversen medizinischen Eingriffen grundsätzlich volle Handlungsfähigkeit zusprechen.¹⁰⁹ Inwieweit Personensorgeberechtigte gegen eine Einwilligung eines mindestens 16-jährigen Jugendlichen opponieren können, ist im Einzelnen umstritten.¹¹⁰ Im Allgemeinen sind sie alleinentscheidungsbefugt. Bei den unter 16-Jährigen entscheiden die Eltern nach dem Kindeswohl (best interest) des Kindes.¹¹¹ Daneben gibt es den sog. «Gillick-consent» – eine Art «Test», mit dem überprüft wird, ob eine unter 16-jährige Person im konkreten Einzelfall doch einwilligungsfähig ist. Dieser Test ist aus dem Fallrecht entstanden.¹¹² Zusätzlich kommt der Rechtsprechung eine bedeutende Rolle zu, sie kann im Einzelfall die Entscheidungen des Kindes (oder der Erziehungsberechtigten) aufheben («Gillick-consent» oder über 16-jährig).¹¹³ Überblick
- 54 Die wirksame Einwilligung kann bei Minderjährigen auf verschiedenen Wegen eingeholt werden. Zunächst sind die Eltern bzw. die Erziehungsberechtigten verpflichtet, in medizinisch-indizierte Eingriffe einzuwilligen, die im Interesse des Kindes liegen (Kindeswohl, «best interest», «child welfare»).¹¹⁴ Grundsatz
- 55 Ab dem Alter von 16 Jahren und älter legt der Family Law Reform Act 1969 (FLRA) in Art. («section») 8 fest, dass Patienten, die mindestens 16 Jahre alt sind, in medizinische Eingriffe (auch chirurgische, zahnärztliche Behandlungen) alleine, grundsätzlich ohne Konsultation der Eltern, einwilligen können. Gesetzliche Ausnahme

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/24686, S. 34.

¹⁰⁸ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER, N 632 ff., 691.

¹⁰⁹ Art. 8 Abs. 1 FLRA; Art. 1 ff. MCA; JOWETT, S. 132 f.

¹¹⁰ JOWETT, S. 135.

¹¹¹ JOWETT, S. 133 f.

¹¹² JOWETT, S. 133 f.; Gillick v West Norfolk AHA [1986] A.C. 112.

¹¹³ JOWETT, S. 158.

¹¹⁴ Art. 3 Abs. 1 CA; JOWETT, S. 134 f.

Der Wortlaut ist wie folgt:

«Sec. 8 Consent by persons over 16 to surgical, medical and dental treatment.

(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

(2) In this section “surgical, medical or dental treatment” includes any procedure undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment.

(3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted.»

Damit können Minderjährige ab 16 Jahren aus rechtlicher Perspektive in sämtliche Behandlungen einwilligen; auch solche, die Eingriffe wegen Geschlechtsdysphorie zum Gegenstand haben.

- 56 Ein weiteres Gesetz, der Mental Capacity Act 2005 und sein Amendment aus dem Jahr 2019 (MCA), ordnen die gesetzliche Vermutung¹¹⁵ der Einwilligungsfähigkeit/Urteilsfähigkeit an. Voraussetzung ist, dass die betroffene Person die ärztlichen Informationen versteht¹¹⁶, behalten kann¹¹⁷, die Information abwägen¹¹⁸ und kommunizieren kann¹¹⁹. Sofern diese gesetzliche Vermutung nicht anzuzweifeln ist, sind die Erziehungsberechtigten von Minderjährigen nicht beizuziehen.¹²⁰ Gesetzliche Vermutung
- 57 In Art. 8 Abs. 3 FLRA verbirgt sich ein weiterer Streitpunkt: Dieser Absatz ordnet an, dass der Art. 8 nicht so auszulegen sei, dass eine Zustimmung ohne diesen Artikel unwirksam werden würde.¹²¹ Strittig ist die Interpretation dieses Absatzes: Eine Meinung vertritt die Ansicht, dass dies nur bedeuten soll, dass anderweitig («common law») bestehende Zustimmungsoption, bspw. über den sog. «Gillick-consent» oder Gesetzgebung, nicht verdrängt werden soll. Im Ergebnis führt dies zu einer Lückenfüllung für die in Art. 8 Abs. 1 FLRA nicht abgedeckten medizinischen Behandlungen. Die andere Lehrmeinung interpretiert den Absatz so, dass die Zustimmungsmöglichkeit der Personensorgeberechtigten bis zur Volljährigkeit trotz Art. 8 Abs. 1 FLRA erhalten bleibt.¹²² Art. 8 Abs. 3 FLRA

¹¹⁵ Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 3 lit. a MCA.

¹¹⁶ Art. 3 Abs. 1 lit. a MCA.

¹¹⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. b MCA.

¹¹⁸ Art. 3 Abs. 1 lit. c MCA.

¹¹⁹ Art. 3 Abs. 1 lit. d MCA; JOWETT, S. 133.

¹²⁰ JOWETT, S. 132 f., 153; PD v SD and Others [2015], N 20.

¹²¹ Art. 8 Abs. 3 FLRA; JOWETT, S. 135.

¹²² JOWETT, S. 135.

- 58 Eine Möglichkeit für unter 16-Jährige eine wirksame Einwilligung zu erteilen, ist der von der Rechtsprechung entwickelte sog. «Gillick-consent». Trotz fehlender Einwilligung der Erziehungsberechtigten ist eine Einwilligung möglich, sofern das Kind die ärztlichen Informationen versteht und weiss, was damit verbunden ist (Verständnis der Information, Möglichkeit diese zu verarbeiten und abzuwägen). Zusätzlich soll der Arzt versuchen, das Kind dazu zu bewegen, die elterliche Einwilligung einzuholen. Dies ist aber nicht zwingend.¹²³ Ein später aufgekommener Fall hat diese Rechtsprechung fortgeführt, sie gilt auch nach Einführung der Europäischen Menschenrechtskonvention.¹²⁴ Common law Ausnahme
- 59 Gerichte können die Einwilligung des Kindes oder der Erziehungsberechtigten im Einzelfall ersetzen, sofern dies notwendig erscheint.¹²⁵ Dies ist entweder auf der den Gerichten inhärenten Jurisdiktion abgestützt oder auf einer konkreten Gesetzesgrundlage.¹²⁶ Zusätzlich können Gerichte, anders als die Eltern, die (Nicht-)Zustimmung des Kindes ersetzen, und zwar auch diejenige eines über 16-Jährigen.¹²⁷ Das Gericht stellt dabei the best interest of the child, d.h. das Kindeswohl, bei der Bewertung des in Frage stehenden Eingriffs an erster Stelle.¹²⁸ Gerichte
- 60 In Bezug auf die medizinische Behandlung der Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen gelten in Grossbritannien spezifische Standards. Es werden insbesondere keine geschlechtsumwandelnden Operationen oder Hormontherapien durchgeführt.¹²⁹ Grundsätzlich werden nur Pubertätsblocker verabreicht. Dieser Zugang ist im Jahr 2024 für Minderjährige auf Grund der Ergebnisse des «Cass-Reviews»¹³⁰ durch eine Restriktionsorder weiter eingeschränkt worden: Solche Mittel werden nur noch an Personen abgegeben, die bereits vor Erlass der Restriktionsorder entsprechende Medikamente erhalten haben, oder wenn sie nicht zu alleinigen Zwecken der Pubertätsunterdrückung abgegeben werden.¹³¹ Diese Notverordnung trat am 3. Juni 2024 in Kraft.¹³² Im August, November und Dezember 2024 wurde ihr Inhalt durch neue Notverordnungen verlängert,¹³³ und gilt seit 27. August 2024 auch in Nordirland.¹³⁴ Mit Wirkung zum 1. Januar 2025 wurde aufgrund von Expertenanhörungen eine reguläre Verordnung Pubertätsblocker

¹²³ JOWETT, S. 133 f., 152 f.; Gillick v West Norfolk AHA [1986] A.C. 112.

¹²⁴ JOWETT, S. 134, 152 f.; R (Axon) v Secretary of State for Health (Family Planning Association intervening) [2005], N 154 f.

¹²⁵ JOWETT, S. 158.

¹²⁶ Art. 8 CA; JOWETT, S. 135, 157 f.

¹²⁷ JOWETT, S. 136, 157 f.

¹²⁸ JOWETT, S. 136, 157 f.

¹²⁹ JOWETT, S. 152, 153, 159; <<https://www.nhs.uk/live-well/trans-teenager/>> (besucht am 15.03.2025).

¹³⁰ CASS, S. 1 ff., 179 ff.; Art. 3 Order 2024 Nr. 727; <<https://www.gov.uk/government/news/new-restrictions-on-puberty-blockers>> (besucht am 15.03.2025); <<https://www.england.nhs.uk/commissioning/spec-services/npc-crg/gender-dysphoria-clinical-programme/implementing-advice-from-the-cass-review/>> (besucht am 15.03.2025).

¹³¹ Art. 3 und 6 Abs. 1 Order 2024 Nr. 727.

¹³² Art. 1 Abs. 2 Order 2024 Nr. 727.

¹³³ Vgl. Order 2024 Nr. 868; Order 2024 Nr. 1110; Order 2024 1319; <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2024/1319/made>> (besucht am 15.03.2025).

¹³⁴ Art. 1 Abs. 2 und 3 lit. a Order 2024 Nr. 868; Art. 1 Abs. 3 Order 2024 Nr. 1110.

erlassen, wobei diese bis zum 1. Oktober 2027 einer Überprüfung zu unterziehen ist.¹³⁵ Grund für das Verbot ist u.a. die ungewisse Datenlage zu langfristigen gesundheitlichen Folgen sowie der fragliche Nutzen bei Abgabe solcher Medikamente.¹³⁶ Es ist in näherer Zukunft geplant, mittels einer Studie Chancen und Risiken von Pubertätsblockern genauer zu untersuchen.¹³⁷

C. Weitere Staaten im Überblick

- | | | |
|---------------------|--|----------------------------------|
| 61 | Im Folgenden werden in aller Kürze einige weitere ausgewählte europäische Staaten-gemeinsam beleuchtet. Nur die zentralsten Punkte sollen dabei angesprochen werden, um einen Überblick über die aktuelle Rechtslage in den fraglichen Staaten zu erhalten. | Überblick |
| I. Niederlande | | |
| 62 | Art. 7:450 Abs. 1 des niederländischen Zivilgesetzbuches (Burgerlijk Wetboek) verlangt für medizinische Behandlungen die Zustimmung des Patienten (sog. informed consent). Ist der Patient resp. die Patientin ein Kind zwischen zwölf und 16 Jahren, ist neben dessen Zustimmung auch diejenige der Erziehungsberechtigten, meist der Eltern, notwendig. Eine Ausnahme des Erfordernisses der elterlichen Zustimmung ist jedoch in Einzelfällen möglich. Ab Vollendung des 16. Altersjahres ist die alleinige Einwilligung des Patienten/der Patientin ausreichend. Zudem regelt Art. 7:448 Burgerlijk Wetboek die Aufklärungspflicht und deren Inhalt. | Allgemeine rechtliche Grundlagen |
| 63 | Die genannten Regelungen des Burgerlijk Wetboek sind auf die Behandlung von Kindern mit Geschlechtsdysphorie ebenfalls anwendbar. ¹³⁸ Zudem erfolgt die Behandlung in den Niederlanden auf der Basis des sog. «Dutch Protocol», ¹³⁹ welches von niederländischen Spezialisten verfasst und durch das Ministerium für Volksgesundheit, Wohlfahrt und Sport ¹⁴⁰ finanziert wurde. ¹⁴¹ Damit eine medizinische Behandlung durchgeführt werden kann, muss vorgängig ein Spezialist, bspw. ein Psychiater, Psychologe oder ein Orthopäde, die Genderinkongruenz feststellen. | The Dutch Protocol |
| 64 | Anschliessend soll die Behandlung in drei Schritten erfolgen. Ab dem Tanner-Stadium 2 sollen Pubertätsblocker eingesetzt werden. Anschliessend kann die geschlechtsangleichende Hormontherapie eingeleitet werden, welche ab einem Alter von 15 Jahren zugänglich ist, sofern zuvor über eine Minimaldauer von zwei Jahren eine | Behandlung gemäss Dutch Protocol |

¹³⁵ <<https://www.gov.uk/government/news/ban-on-puberty-blockers-to-be-made-indefinite-on-experts-advice>> (besucht am 15.03.2025).

¹³⁶ CASS, S. 179 ff.

¹³⁷ <<https://www.bbc.com/news/health-68549091>> (besucht am 15.03.2025);
<<https://abcnews.go.com/Health/england-nhs-halts-puberty-blockers-transgender-youth/story?id=108077330#:~:text=%22We%20have%20concluded%20that%20there,ABC%20News%20in%20a%20statement>> (besucht am 15.03.2025);
<<https://www.bbc.com/news/articles/clyd2qe5kkjo>> (besucht am 15.03.2025).

¹³⁸ NEDERLANDS INTERNISTEN VERENIGING et al., S. 14.

¹³⁹ SMEEHUIZEN/SMIDS/HOEKSTRA, S. 2058.

¹⁴⁰ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

¹⁴¹ NEDERLANDS INTERNISTEN VERENIGING et al., S. 1.

pubertätsblockierende Therapie durchgeführt wurde. Ist der oder die zu behandelnde Jugendliche bereits 16 Jahre alt, kann die geschlechtsangleichende Hormontherapie bereits nach einer sechsmonatigen Therapie mit Pubertätsblockern begonnen werden. In einem dritten Schritt sind chirurgische Eingriffe möglich, welche grundsätzlich erst mit Eintritt der Volljährigkeit durchgeführt werden. Eine Ausnahme bildet jedoch die Mastektomie, welche bereits ab einem Alter von 16 Jahren vorgenommen werden kann. Auch für chirurgische Eingriffe wird z.T. eine vorhergehende Mindesttherapiedauer mit geschlechtsangleichenden Hormonen verlangt, so etwa eine 12-monatige Dauer für genitalchirurgische oder gynäkologische Eingriffe.¹⁴²

- 65 Obwohl das «Dutch Protocol» nicht nur in den Niederlanden, sondern auch in anderen Staaten Anklang fand,¹⁴³ werden diesbezüglich auch Bedenken geäußert. Insbesondere im juristischen Kontext wurde die Frage aufgeworfen, ob das «Dutch Protocol» als medizinischer Behandlungsstandard angesehen und somit als Massstab der (Un-)Rechtmässigkeit einer medizinischen Behandlung verstanden werden kann.¹⁴⁴ In einem im Jahr 2023 veröffentlichten Artikel wurde dies verneint, da die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt seien.¹⁴⁵ Im Ergebnis wird von den Autoren die Ausarbeitung eines verbindlichen Behandlungsprotokolls verlangt, um sowohl Rechtssicherheit als auch einen massgebenden Behandlungsstandard zu schaffen.¹⁴⁶ Nach bisherigem Kenntnisstand ist ein solcher Standard derzeit noch nicht ausgearbeitet.

Kritik am
Dutch Proto-
col

II. Schweden

- 66 Aktuell besteht in Schweden eine gesetzliche Regelung hinsichtlich geschlechtsanpassender Operationen im Genitalbereich. Diese Bestimmungen finden sich im «Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall»¹⁴⁷ Der eigentliche Regelungsinhalt dieses Gesetzes sind die Voraussetzungen und Modalitäten der Änderung des eingetragenen Geschlechts in den amtlichen Registern. Die Vornahme operativer Eingriffe im Genitalbereich sind zurzeit an eine solche Registeränderung gekoppelt, so dass für die Zulässigkeit der Operationen die gleichen Voraussetzungen wie für die Änderung im amtlichen Register erfüllt sein müssen.¹⁴⁸ Die betroffene Person muss sich demnach seit langem dem anderen Geschlecht zugehörig fühlen und sich dementsprechend verhalten, längerfristig so leben wollen und mindestens 18 Jahre alt sein.¹⁴⁹ Eine Entfernung der Gonaden ist dem Grundsatz nach allerdings erst nach Vollendung des 23. Lebensjahres zulässig, wovon bei Vorliegen besonderer Gründe abgewichen werden kann.¹⁵⁰ Für die Änderung des eingetragenen Geschlechts sowie für die

Aktuelle
Rechtslage

¹⁴² NEDERLANDS INTERNISTEN VERENIGING et al., S. 17.

¹⁴³ Vgl. S2k-Leitlinie, S. 135.

¹⁴⁴ SMEEHUIZEN/SMIDS/HOEKSTRA, S. 2062.

¹⁴⁵ SMEEHUIZEN/SMIDS/HOEKSTRA, S. 2062 ff.

¹⁴⁶ SMEEHUIZEN/SMIDS/HOEKSTRA, S. 2069.

¹⁴⁷ Übersetzung: Gesetz zur Bestimmung des Geschlechts in bestimmten Fällen.

¹⁴⁸ § 4 i.V.m. § 1 Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall.

¹⁴⁹ § 1 Abs. 1 Ziff. 1-4 Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall.

¹⁵⁰ § 4a Abs. 3 Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall.

Vornahme operativer Eingriffe im Genitalbereich wird eine Genehmigung des nationalen Gesundheits- und Sozialamts (Socialstyrelsen) vorausgesetzt.¹⁵¹

- 67 Im April 2024 entschied der Riksdag, die schwedische Legislative, das «Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall» auf den 30. Juni 2025 aufzuheben und mit Wirkung ab dem 1. Juli 2025 durch zwei neue Gesetze, einerseits das «Lag (2024:238) om fastställande av kön i vissa fall»¹⁵², andererseits das «Lag (2024:237) om vissa kirurgiska ingrepp i könsorganen»¹⁵³ zu ersetzen. Mit der Aufteilung des Regelungsinhaltes eines bestehenden Gesetzes auf zwei neue, voneinander unabhängige Gesetze wird zugleich die Trennung der beiden Materien vorgenommen. Neu wird auch keine Genehmigung der nationalen Behörde für die Vornahme einer Operation an den primären Geschlechtsorganen mehr nötig sein.¹⁵⁴ Solchen Eingriffen muss jedoch, wie bisher, eine medizinische Untersuchung vorausgehen. Die bereits heute im Zusammenhang mit solchen chirurgischen Eingriffen geltenden Altersgrenzen von 18 bzw. 23 Jahren sind jedoch weiterhin zu berücksichtigen.¹⁵⁵ Zukünftige Rechtslage
- 68 Im Unterschied dazu gelten für pubertätsblockierende Therapien, Hormonbehandlungen und anderweitige geschlechtsangleichende Operationen keine Sonderregelungen. Vielmehr erfolgen diese auf der Grundlage des «Hälso- och sjukvårdslagen (2017:30)»¹⁵⁶.¹⁵⁷ Das Socialstyrelsen hat jedoch im Jahr 2022 Empfehlungen zur Behandlung von Kindern und Jugendlichen veröffentlicht. Darin wird empfohlen, diese Behandlungen grundsätzlich nur im Rahmen von Forschungsstudien mit ethisch geprüften Einschluss- und Behandlungskriterien durchzuführen.¹⁵⁸ Begründet wird diese Empfehlung mit der Einschätzung, dass die Risiken der Behandlungen zurzeit höher zu gewichten sind als der positive Nutzen.¹⁵⁹ Zudem wird postuliert, dass Pubertätsblocker nicht an Jugendliche, die sich im Tanner-Stadium 2 befinden, verabreicht werden sollen. Auf diese Weise sollen die Jugendlichen zunächst mit der körpereigenen Pubertät in Kontakt kommen, bevor mit einer Behandlung begonnen wird.¹⁶⁰ Nationale Empfehlungen
- 69 Dies bedeutet, dass in Schweden keine geschlechtsangleichenden Operationen an Minderjährigen durchgeführt werden dürfen. Auch die Abgabe von Pubertätsblockern sowie die daran anschliessende Hormontherapie wird gemäss den nationalen Empfehlungen restriktiv praktiziert. Fazit

¹⁵¹ § 5 Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall.

¹⁵² Übersetzung: Gesetz zur Geschlechtsbestimmung in bestimmten Fällen.

¹⁵³ Übersetzung: Gesetz über bestimmte chirurgische Eingriffe im Genitalbereich.

¹⁵⁴ Zum Ganzen Socialutskottets betänkande, S. 1.

¹⁵⁵ § 2 Lag om vissa kirurgiska ingrepp i könsorganen.

¹⁵⁶ Übersetzung: Gesetz über Gesundheit und medizinische Versorgung.

¹⁵⁷ Vård av barn och ungdomar med könsdysfori, S. 16.

¹⁵⁸ Vård av barn och ungdomar med könsdysfori, S. 67, 71, 76.

¹⁵⁹ Vård av barn och ungdomar med könsdysfori, S. 67 f., 71 f., 76; Care of children and adolescents with gender dysphoria, S. 3.

¹⁶⁰ Vård av barn och ungdomar med könsdysfori, S. 67 f.

III. Finnland

- 70 Im April 2023 trat in Finnland das «Laki sukupuolen vahvistamisesta (295/2023)»¹⁶¹ in Kraft. Dieses regelt die Voraussetzungen, das Verfahren und die Rechtswirkungen zur Änderung des amtlich eingetragenen Geschlechts und enthält keine Bestimmungen hinsichtlich Eingriffen in die körperliche Integrität durch geschlechtsanpassende Massnahmen. Durch das Inkrafttreten des «Laki sukupuolen vahvistamisesta» wurde zugleich das «Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta (563/2002)»¹⁶² aufgehoben.¹⁶³ Letzteres verlangte für die Änderung des amtlichen Geschlechts den Nachweis, dass die gesuchstellende Person sterilisiert oder aus anderweitigen Gründen fortpflanzungsunfähig sei,¹⁶⁴ was unter der geltenden Rechtsordnung nicht mehr gefordert wird.¹⁶⁵ Änderung Geschlechtseintrag
- 71 Hinsichtlich der medizinischen Behandlung transidenter Personen gelten in Finnland seit dem 1. Januar 2003 Bestimmungen eines eigenständigen Erlasses,¹⁶⁶ der allerdings keine Differenzierung im Zusammenhang mit dem Alter der zu behandelnden Person macht.¹⁶⁷ Der Erlass sieht eine Zentralisierung der Forschung und Behandlung in den beiden Universitätskliniken Helsinki und Tampere vor, wobei Operationen im Genitalbereich grundsätzlich in Helsinki durchgeführt werden.¹⁶⁸ Damit eine Hormontherapie möglich ist, wird eine Überweisung durch einen Facharzt für Psychiatrie verlangt.¹⁶⁹ Nach einer Untersuchung und Empfehlung eines Facharztes für Psychiatrie und einer zusätzlichen Stellungnahme eines weiteren Psychiaters sind geschlechtsanpassende Operationen im Genitalbereich zulässig.¹⁷⁰ Rechtliche Grundlagen für medizinische Eingriffe

¹⁶¹ Übersetzung: Gesetz zur Bestätigung des Geschlechts.

¹⁶² Übersetzung: Gesetz über die Bekräftigung des transsexuellen Geschlechts.

¹⁶³ <<https://www.finlex.fi/fi/laki/smur/2023/20230295>> (besucht am 15.03.2025).

¹⁶⁴ § 1 Ziff. 1 Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta.

¹⁶⁵ Vgl. § 1 Laki sukupuolen vahvistamisesta.

¹⁶⁶ «Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön asetussukupuolen muuttamiseen tähtäävän tutkimuksen ja hoidon järjestämisestä sekä lääketieteellisestä selvityksestä transseksuaalin sukupuolen vahvistamista varten (1053/2002)», Übersetzung: Erlass des Ministeriums für Soziales und Gesundheit über die Organisation der Forschung und Behandlung zur Geschlechtsumwandlung sowie der ärztlichen Untersuchung zur Feststellung des transsexuellen Geschlechts.

¹⁶⁷ Vgl. Empfehlungen Geschlechtsdysphorie Finnland, S. 4.

¹⁶⁸ § 2 Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön asetussukupuolen muuttamiseen tähtäävän tutkimuksen ja hoidon järjestämisestä sekä lääketieteellisestä selvityksestä transseksuaalin sukupuolen vahvistamista varten.

¹⁶⁹ § 5 Abs. 1 Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön asetussukupuolen muuttamiseen tähtäävän tutkimuksen ja hoidon järjestämisestä sekä lääketieteellisestä selvityksestä transseksuaalin sukupuolen vahvistamista varten.

¹⁷⁰ § 5 Abs. 2 Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön asetussukupuolen muuttamiseen tähtäävän tutkimuksen ja hoidon järjestämisestä sowie lääketieteellisestä selvityksestä transseksuaalin sukupuolen vahvistamista varten.

- 72 Das Terveydenhuollon palveluvalikoimaneuvosto (Palko)¹⁷¹ sprach im Jahre 2020 spezifische Empfehlungen zu den medizinischen Behandlungsmethoden für Minderjährige mit Geschlechtsdysphorie aus.¹⁷² Demnach können Pubertätsblocker bei Jugendlichen vor der Pubertät verabreicht werden, sollte sich die Geschlechtsdysphorie bereits deutlich abgezeichnet haben und sofern keine Kontraindikationen vorliegen.¹⁷³ Verlangt wird eine Entscheidung im Einzelfall nach sorgfältiger Überlegung und medizinischer Untersuchung.¹⁷⁴ Auch eine Hormontherapie ist bereits vor Erreichen der Volljährigkeit, jedoch erst ab einem Alter von 16 Jahren möglich, sofern die Transidentität dauerhaft ist und zu einer schwerwiegenden Geschlechtsdysphorie führt.¹⁷⁵ Es muss des Weiteren sichergestellt werden, dass die zu behandelnde Person die Tragweite sowie Vor- und Nachteile der Behandlung nachvollziehen kann und keine Kontraindikationen gegeben sind.¹⁷⁶ Chirurgische Eingriffe zur Geschlechtsanpassung können in Finnland erst ab Volljährigkeit vorgenommen werden.¹⁷⁷
- Empfehlungen zu Behandlungsmethoden bei Minderjährigen

D. Fazit des Rechtsvergleichs

- 73 Aus den vorausgehenden Ausführungen wird ersichtlich, dass sämtliche dargestellte Staaten Regelungen, Empfehlungen oder anderweitige spezifische Mechanismen im Zusammenhang mit der Behandlung Minderjähriger mit Geschlechtsdysphorie kennen. Diese unterscheiden sich in ihrer jeweiligen Ausgestaltung sehr stark. Die nordischen Länder kennen im Unterschied zu den anderen untersuchten Ländern i.d.R. spezifische gesetzliche Regelungen, die allesamt *restriktiv* ausfallen. Grossbritannien hat zwar eine Restriktionsorder für Pubertätsblocker verabschiedet, verlässt sich ansonsten aber auf ihr differenziertes Einwilligungssystem, welches sich teils aus gesetzlichen Vorschriften und teils aus dem case law ergibt. Das deutsche Recht verlässt sich grundsätzlich ebenfalls auf das durch Lehre und Rechtsprechung entwickelte System der Einwilligung und ist insofern teils weniger restriktiv. Im Bereich der Behandlung von einwilligungsunfähigen Kindern und Jugendlichen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung hat Deutschland mit § 1631e BGB eine umfassende gesetzliche Regelung eingeführt. Besonders hervorzuheben ist die Einrichtung einer interdisziplinären Kommission, die bei geplanten geschlechtsangleichenden Eingriffen von einwilligungsunfähigen Kindern und Jugendlichen im Hinblick auf das Kindeswohl überprüft und bewertet. Diese Stellungnahme wird anschliessend bei der familiengerichtlichen Überprüfung berücksichtigt, was eine differenzierte und sehr sorgfältige Vorgehensweise sicherstellt. Eine solche Kommission könnte in ähnlicher Weise auch für eine Zürcher Lösung nutzbar gemacht werden. Des Weiteren gibt es umfangreiche Leitlinien zur Behandlung von
- Fazit

¹⁷¹ Übersetzung: Rat für Auswahl von Gesundheitsdiensten in Finnland.

¹⁷² Empfehlungen Geschlechtsdysphorie Finnland; Summary gender dysphoria Finnland.

¹⁷³ Empfehlungen Geschlechtsdysphorie Finnland, S. 5.

¹⁷⁴ Summary gender dysphoria Finnland, S. 1.

¹⁷⁵ Empfehlungen Geschlechtsdysphorie Finnland, S. 5; Summary gender dysphoria Finnland, S. 2.

¹⁷⁶ Summary gender dysphoria Finnland, S. 2.

¹⁷⁷ Summary gender dysphoria Finnland, S. 2.

Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie. Diese Standards sind auch für die Schweiz von Bedeutung.

Im vorliegenden Gutachten wird das deutsche Modell daher aufgenommen, um Ansatzpunkte zu identifizieren und für die verfolgten Zwecke nutzbar zu machen.

Teil 3: Aktuelle rechtliche Situation in der Schweiz bezüglich Eingriffe in die körperliche Integrität

- 74 Medizinische Behandlungen jeglicher Art, d.h. auch geschlechtsumwandelnde Behandlungen Minderjähriger mit Geschlechtsdysphorie, tangieren verschiedenste Normen unterschiedlicher Rechtsgebiete. Entsprechende Therapien stellen zum einen unmittelbare Eingriffe in die physische Integrität dar und berühren zum anderen die psychische Gesundheit der Betroffenen. Die Schweizer Rechtsordnung schützt die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit durch zahlreiche Bestimmungen. Allen voran sind Art. 10 BV, Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, Art. 11 BV Schutz der Kinder und Jugendlichen sowie Art. 13 BV, Schutz der Privatsphäre, zu nennen. Dazu treten die allgemeinen Normen des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts.¹⁷⁸ Die ihnen zugrunde liegenden Prinzipien prägen das schweizerische Gesundheitsrecht bzw. die Rechte der Patientinnen und Patienten. Einführung
- 75 Nach der Rechtsprechung und grossen Teilen der Literatur erfüllt der ärztliche Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung. Er bedarf zu seiner Rechtfertigung der wirksamen Einwilligung des urteilsfähigen Patienten resp. bei einem urteilsunfähigen Patienten von dessen Stellvertretung. Auch wenn diese Betrachtungsweise sehr holzschnittartig ist, da sie den ärztlichen Eingriff jeder beliebigen Körperverletzung gleichstellt, ist sie doch seit vielen Jahren Rechtspraxis.¹⁷⁹ Der Eingriff kann jedoch durch das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung gerechtfertigt und folglich zulässig sein. Die Möglichkeit, in eine medizinische Behandlung einwilligen zu können, ist ein Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts. Dieses leitet sich aus mehreren Bestimmungen unterschiedlicher Rechtsgebiete ab, zuvorderst jedoch Art. 10 Abs. 2 BV. Eine gültige Einwilligung in einen medizinischen Eingriff hat verschiedene Voraussetzungen, u.a. auch eine rechtsgenügende Aufklärung. Das Zusammenspiel von Aufklärung und der darauf basierenden Einwilligung wird allgemein als «informed consent» bezeichnet.¹⁸⁰ Grundprinzipien
- 76 Im Folgenden wird die aktuelle rechtliche Situation in der Schweiz bezüglich Eingriffen in die körperliche Integrität unter Aufteilung in die einschlägigen Rechtsgebiete dargelegt. Dabei werden die rechtlichen Grundlagen aufgezeigt und die eingangs genannten Prinzipien herausgearbeitet. Zunächst wird das Privatrecht (vgl. N 77 ff.) behandelt und anschliessend werden strafrechtliche (vgl. N 95 ff.) sowie öffentlich-rechtliche Ausführungen (vgl. N 112 ff.) gemacht. Ausblick

¹⁷⁸ BÜCHLER/MICHEL, S. 64.

¹⁷⁹ Statt vieler AEBI-MÜLLER et al., N 1118; BGE 117 Ib 197 E. 2a; TAG, S. 235.

¹⁸⁰ BÜCHLER/MICHEL, S. 63; GÄCHTER/RÜTSCH, N 335.

A. Privatrecht

I. Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB)

- 77 Art. 28 ZGB schützt die Persönlichkeit eines jeden Menschen vor widerrechtlichen Verletzungen. Diese Norm umfasst zahlreiche Schutzbereiche, worunter u.a. die physische Integrität fällt. Diese umfasst neben dem Recht auf körperliche Unversehrtheit auch das Recht auf persönliche Freiheit sowie das körperliche Selbstbestimmungsrecht.¹⁸¹ Aus Letzterem lässt sich die Möglichkeit der Einwilligung in eine medizinische Behandlung, welche einen grundsätzlich unzulässigen Eingriff in die physische Unversehrtheit darstellt, herleiten (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB).¹⁸² Art. 28 ZGB umfasst somit zwei Schutzbereiche, die im Rahmen ärztlicher Heileingriffe untrennbar miteinander verknüpft sind.¹⁸³ Schutz der Persönlichkeit
- 78 Eine Einwilligung ist allerdings nur dann gültig, wenn sie u.a. nach angemessener Aufklärung erteilt wurde, welche die freie Willensbildung der Patienten resp. Patientin resp. deren Stellvertretung ermöglichen soll.¹⁸⁴ Die Aufklärung, die dem medizinischen Eingriff vorausgehen muss, wird Eingriffsaufklärung genannt und umfasst sowohl die Diagnose (Diagnoseaufklärung), den Verlauf der in Aussicht genommenen Behandlung und der körperlichen Situation mit und ohne Behandlung (Verlaufsaufklärung) sowie die damit zusammenhängenden Risiken (Risikoaufklärung).¹⁸⁵ Im kantonalen Recht ist die Aufklärungspflicht der behandelnden Person in § 13 PatG ZH verankert, wobei hier der Umfang der Aufklärung näher beschrieben wird (§ 13 Abs. 1 PatG ZH). Informed consent
- 79 Neben der Aufklärung ist für eine gültige Einwilligung das Vorliegen weiterer Voraussetzungen notwendig. Zunächst muss die Einwilligung rechtzeitig vor dem Eingriff erteilt werden, frei von Willensmängeln sowie frei widerrufbar sein und darf keine übermässige Bindung darstellen (Art. 27 ZGB). Des Weiteren muss sie entweder durch die betroffene Person selbst oder, im Falle deren Urteilsunfähigkeit, eine vertretungsbeachtigte Person erteilt werden. Für das vorliegende Gutachten von besonderer Bedeutung ist schliesslich die letzte verbleibende Voraussetzung: Damit eine Einwilligung überhaupt einen Eingriff in die körperliche Integrität rechtfertigen kann, muss die Patientin resp. der Patient, die resp. der in die Behandlung einwilligt, urteilsfähig sein.¹⁸⁶ Voraussetzungen einer gültigen Einwilligung

¹⁸¹ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 17.

¹⁸² GÄCHTER/RÜTSCH, N 326.

¹⁸³ BÜCHLER/MICHEL, S. 64; BGE 117 Ib 197 E. 2.a; Urteil des BGer 4A_485/2009 vom 11. November 2009 E. 1.3.

¹⁸⁴ AEBI-MÜLLER et al., N 375; GÄCHTER/RÜTSCH, N 327, 335.

¹⁸⁵ AEBI-MÜLLER et al., N 392, 398, 407; vgl. RUMETSCH, S. 57.

¹⁸⁶ GÄCHTER/RÜTSCH, N 327.

1. Urteilsfähigkeit

- 80 Der Gesetzgeber definiert nicht, wann Urteilsfähigkeit vorliegt, sondern stellt widerlegbare Vermutungen auf, wann sie fehlt: «Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln» (Art. 16 ZGB). Die Urteilsfähigkeit einer Person wird stets in Bezug auf eine konkrete Angelegenheit beurteilt.¹⁸⁷ Es kann daher sein, dass sie für die eine Angelegenheit urteilsfähig ist, für eine andere hingegen nicht. Die Urteilsfähigkeit bestimmt sich danach, ob die betreffende Person vernunftgemäss handeln kann, nicht aber, ob ihr Entscheid nach allgemeinen Massstäben als vernünftig bewertet wird.¹⁸⁸ Indem die urteilsfähige Person rechtswirksam ihren Willen bildet und ihn z.B. im Rahmen der Einwilligung äussert, trägt sie rechtlich auch die Verantwortung für ihre Entscheidung.¹⁸⁹ Allgemeine Ausführungen
- 81 Obgleich die Urteilsfähigkeit ein Rechtsbegriff ist, entscheidet im medizinischen Alltag oftmals der Arzt resp. die Ärztin über die Urteilsfähigkeit der Patientinnen und Patienten.¹⁹⁰ Dabei ist auf die Fähigkeit des Patienten, seine Krankheit zu verstehen und die möglichen Folgen seines Entscheids einzuschätzen sowie seinen Willen zu kommunizieren, abzustellen. Nur wenn die Urteilsfähigkeit diesbezüglich gegeben ist, können die Minderjährigen eigenständig in den medizinischen Eingriff einwilligen.¹⁹¹ Urteilsfähigkeit im medizinischen Kontext

2. Beschränkte Handlungsunfähigkeit

- 82 Den urteilsfähigen Minderjährigen kommt eine beschränkte Handlungsunfähigkeit zu, da sie noch nicht volljährig und folglich noch nicht handlungsfähig sind (vgl. Art. 13 ZGB, Art. 17 ZGB). Grundsätzlich können sie dementsprechend durch ihre Handlungen keine Rechte und Pflichten begründen (Art. 12 ZGB). Die beschränkte Handlungsunfähigkeit ermöglicht es den Minderjährigen allerdings, gewisse Handlungen selbständig (vgl. Art. 19 Abs. 2 ZGB, Art. 19c Abs. 1 ZGB) oder mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 19 Abs. 1 ZGB) vorzunehmen.¹⁹² Beschränkte Handlungsunfähigkeit
- 83 Im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen ist dabei insbesondere Art. 19c ZGB von Bedeutung. Diese Bestimmung bezieht sich auf sog. höchstpersönliche Rechte, d.h. Rechte, die gemäss Art. 19c Abs. 1 ZGB einer Person «um ihrer Persönlichkeit willen zustehen». Diese Rechte können gemäss Art. 19c Abs. 2 ZGB in zwei Kategorien unterteilt werden. Einerseits sind dies die relativ höchstpersönlichen Rechte, hinsichtlich welcher eine Vertretung möglich ist, da der Ausschluss dieser nicht im Interesse der betroffenen Person liegen würde.¹⁹³ Andererseits fallen vertretungsfeindliche Geschäfte in den Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte. Diese sind so eng mit Höchstpersönliche Rechte

¹⁸⁷ AEBI-MÜLLER et al., N 600.

¹⁸⁸ BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N 5.

¹⁸⁹ Vgl. BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N 43.

¹⁹⁰ TAG, S. 235.

¹⁹¹ BGE 134 II 235 E. 4.3.2.

¹⁹² BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 13 N 4.

¹⁹³ BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19c N 241.

der Persönlichkeit verknüpft, dass die Willensbildung und Ausübung durch einen Vertreter ausgeschlossen sind. Liegt eine Urteilsunfähigkeit vor, können die absolut höchstpersönlichen Rechte dementsprechend nicht wahrgenommen werden.¹⁹⁴ In der Praxis führt dies dazu, dass absolut höchstpersönliche Rechte eher zurückhaltend angenommen werden.¹⁹⁵

- 84 Der Entscheid über Eingriffe in die körperliche Integrität, worunter auch medizinische Behandlungen zu subsumieren sind, fällt in die Kategorie höchstpersönlicher Rechte.¹⁹⁶ Zu differenzieren ist jedoch, ob es sich um relativ oder absolut höchstpersönliche Rechte handelt. Grundsätzlich fällt die Einwilligung in eine medizinische Behandlung in die Kategorie der relativ höchstpersönlichen Rechte, die der Vertretung zugänglich sind.¹⁹⁷ Gewisse medizinische Entscheidungen sind allerdings so eng mit der Persönlichkeit verknüpft, dass dies aufgrund der absolut höchstpersönlichen Natur nicht möglich ist.¹⁹⁸ Für die Abgrenzung zwischen der relativ und absolut höchstpersönlichen Natur einer Entscheidung über einen medizinischen Eingriff müssen verschiedene Anhaltspunkte herangezogen werden.¹⁹⁹ Eine Rolle spielt dabei – neben den allgemeinen Auswirkungen und Folgen – auch die Frage der Schwere und der Irreversibilität einer Behandlung. Des Weiteren muss geprüft werden, ob der Entscheid nach objektiven und rationalen Kriterien gefällt werden kann oder ob dieser primär von persönlichen Gefühlen und Wertungen geprägt ist.²⁰⁰ Schliesslich ist die Möglichkeit eines Aufschubs einer Behandlung ein Indiz für die absolut höchstpersönliche Natur eines Eingriffs.²⁰¹

Relativ und absolut höchstpersönliche Rechte

- 85 Die Einwilligung in geschlechtsumwandelnde Behandlungen bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie ist der Kategorie der absolut höchstpersönlichen Rechte zuzuordnen, da diese einen Aspekt betreffen, der besonders nahe mit der Persönlichkeit der betroffenen Person verbunden ist.²⁰² In diesem Zusammenhang kann insbesondere auf die Diskussion bezüglich geschlechtsanpassender Behandlungen bei intersexuellen Kindern und der damit zusammenhängenden Argumentation zurückgegriffen werden. Diesbezüglich ist anerkannt, dass alle nicht bagatelhaften Eingriffe grundsätzlich einen absolut höchstpersönlichen Charakter aufweisen. Dies gilt jedenfalls für diejenigen Eingriffe, die irreversible Folgen mit sich bringen und zeitlich aufschiebbar sind.²⁰³ Begründet wird dies neben den anatomischen Veränderungen auch durch die Auswirkungen auf das sexuelle Empfinden und die eigene Identität, bei welcher das Geschlecht eine wesentliche Rolle spielt.²⁰⁴ In Bezug auf die Behandlung von

Absolut höchstpersönliche Natur im konkreten Fall

¹⁹⁴ BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19c N 240; vgl. WERLEN, N 855 f.

¹⁹⁵ BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 19c N 4; CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, Art. 19c N 4; MICHEL, S. 143; BGE 117 II 6 E. 1.b.

¹⁹⁶ BÜCHLER/MICHEL, S. 96.

¹⁹⁷ AEBI-MÜLLER et al., N 606, 757; BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19c N 250.

¹⁹⁸ MICHEL, S. 142.

¹⁹⁹ BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19c N 295.

²⁰⁰ BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19c N 295.

²⁰¹ BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19c N 295; MICHEL, S. 144.

²⁰² Vgl. MEIER, S. 460.

²⁰³ NEK-CNE, Intersexualität, S. 14 f.; vgl. BÜCHLER/COTTIER, S. 128; PFISTER PILLER, N 6.78.

²⁰⁴ BÜCHLER/COTTIER, S. 128; COTTIER, N 6.76 ff; vgl. NEK-CNE, Intersexualität, S. 5, 18.

Geschlechtsdysphorie betrifft dies sowohl die Behandlung mit geschlechtsangleichenden Hormonen als auch entsprechende chirurgische Eingriffe. Temporär und reversible Eingriffe und Massnahmen können nach Ansicht der NEK hiervon ausgenommen werden, da die betroffene Person nach Erlangen der Urteilsfähigkeit selbst über die Weiterführung oder den Abbruch der Massnahme entscheiden kann.²⁰⁵ Die NEK bezieht sich hierbei auf den Einsatz von Pubertätsblockern. Für diese Ansicht spricht, dass so der betroffenen Person eine offene Zukunft ermöglicht wird und sie später im Zustand der Urteilsfähigkeit selbst entscheiden kann. Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass in Bezug auf die Langzeitfolgen von Pubertätsblockern noch deutlicher Forschungsbedarf besteht und über die Eingriffstiefe des Einsatzes von Pubertätsblockern unterschiedliche Ansichten bestehen. Die NEK fordert des Weiteren, dass die urteilsunfähige Person eng einzubinden und deren Zustimmung erforderlich ist.²⁰⁶

3. Zwischenfazit

- 86 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein medizinischer Eingriff grundsätzlich die Persönlichkeit nach Art. 28 Abs. 1 ZGB verletzt. Allerdings lässt das Vorliegen einer Einwilligung die Widerrechtlichkeit entfallen (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Die Einwilligung ist jedoch nur gültig, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, worunter die Urteilsfähigkeit der erklärenden Patientin resp. des Patienten fällt. Das Gesetz geht von einem Nichtvorliegen der Urteilsfähigkeit im Kindesalter aus (Art. 16 ZGB), regelt aber nicht, wann sie bei heranwachsenden Kindern eintritt. Liegt die Urteilsfähigkeit vor, willigen die beschränkt handlungsunfähigen Jugendlichen selbständig in eine medizinische Behandlung ein. Fehlt es dahingegen an der Urteilsfähigkeit, können die Personensorgeberechtigten grundsätzlich einwilligen. Dies gilt jedoch nicht hinsichtlich geschlechtsumwandelnder Behandlungen bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie, da die Einwilligung in die fraglichen Eingriffe in die Kategorie der absolut höchstpersönlichen und somit vertretungsfeindlichen Rechte fällt. Folglich ist die Zulässigkeit solcher Behandlungen von der Urteilsfähigkeit des betroffenen Patienten abhängig. In Bezug auf den Einsatz von Pubertätsblockern bestehen unterschiedliche Ansichten, wobei die NEK sie aufgrund des temporären Einsatzes und der Reversibilität dem Bereich der relativ höchst persönlichen Rechte zuordnet, die der Vertretung zugänglich sind. Im Entscheidungsprozess ist das urteilsunfähige Kind resp. der urteilsunfähige Jugendliche eng und entsprechend seiner Reife bestmöglich einzubinden, wobei die NEK auch dessen Zustimmung verlangt.²⁰⁷

Zusammenfassung

II. Behandlungsvertrag

- 87 Vorab ist an dieser Stelle anzumerken, dass der Behandlungsvertrag nicht abschliessend besprochen werden kann, um den Umfang des vorliegenden Gutachtens im vertretbaren Rahmen einzuhalten. Es wird nur auf die relevantesten Aspekte eingegangen. Dies betrifft v.a. den Abschluss des Vertrages sowie die Pflichten der behandelnden Personen.

Vorbemerkung

²⁰⁵ NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. 17.

²⁰⁶ NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. 17.

²⁰⁷ NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. 17.

- | | | |
|----|---|-------------------------------|
| 88 | Das Behandlungsverhältnis ist entweder privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur. Im erstgenannten Fall sind die Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) einschlägig. Bei einem öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis, das in Folge einer Behandlung in einem öffentlichen Spital o.Ä. entsteht, sind, je nach kantonaler Ausgestaltung, die Bestimmungen des OR analog anzuwenden oder es bestehen kantonale Vorschriften. Im Kanton Zürich gelten grundsätzlich die kantonalen Vorschriften des Patientinnen- und Patientengesetzes. Zudem gelten aber auch in diesen öffentlich-rechtlichen Verhältnissen nachfolgende allgemeine Ausführungen, zumal die Vorschriften das Behandlungsverhältnis nicht abschliessend regeln und deshalb analog Auftragsrecht zur Anwendung kommt. ²⁰⁸ | Qualifikation |
| 89 | Das Zustandekommen eines Behandlungsvertrages setzt Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB, vgl. N 80 f.) und Volljährigkeit (Art. 14 ZGB) als jeweilige Teilgehalte der Handlungsfähigkeit (Art. 12 ZGB) voraus. Während die Urteilsfähigkeit relativ ist, gilt dies nicht für die Volljährigkeit, die Altersgrenze von 18 Jahren ist starr. Dies bedeutet, dass Minderjährige grundsätzlich keine Verträge gültig schliessen können. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht bspw. dann, wenn es sich um kleinere Alltagsgeschäfte handelt oder unentgeltliche Vorteile erlangt werden. Sofern es sich also um kleinere Behandlungen handelt («Bagatellbereich»), kann eine minderjährige Person einen Behandlungsvertrag selbst schliessen, Urteilsfähigkeit ist aber stets vorausgesetzt. Anders ist die Situation dann, wenn es um komplexe, längere Behandlungen geht. Hier ist die Urteilsfähigkeit einer genauen Prüfung zu unterziehen und i.d.R. dürfte der alleinige Konsens des Minderjährigen nicht mehr für einen gültigen Vertragsschluss ausreichen. ²⁰⁹ | Zustandekommen |
| 90 | In diesen Fällen sieht das Gesetz die gesetzliche Vertretung der Eltern bzw. den Inhabern der elterlichen Sorge vor. Dieses Vertretungsrecht für Minderjährige ergibt sich aus Art. 304 ZGB sowie zusätzlich aus Art. 378 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB. Über dieses gesetzliche Vertretungsrecht kommt dann der Vertrag zustande. ²¹⁰ | Gesetzliches Vertretungsrecht |
| 91 | Das gesetzliche Vertretungsrecht bemisst sich am Kindeswohl. ²¹¹ Der Begriff «Kindeswohl» ist eine Generalklausel und muss stets im Einzelfall bewertet werden und wird u.a. durch die Personensorgeberechtigten konkretisiert. Grundsätzlich umfasst es die Förderung der körperlichen, geistigen und sittlichen Entfaltung. Im medizinischen Kontext wird das Kindeswohl ein Stück weit objektiviert. Wenn für die Entscheidung, die unter Beachtung des Kindeswohls zu treffen ist, unterschiedliche Optionen bestehen, haben in erster Linie die Eltern das Recht zu entscheiden, welche Behandlung im besten Interesse des Kindes ist. Sollten die Eltern jedoch ihre Zustimmung zu einer medizinisch notwendigen, dringenden und objektiv gebotenen Behandlung verweigern, kann die Kindesschutzbehörde oder ein von ihr bestellter Beistand (gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB) auf Antrag den behandelnden Ärzten die notwendige Einwilligung erteilen. Dies ist besonders bei lebensrettenden Behandlungen unverzichtbar. Bei weniger dringenden medizinischen Eingriffen ist die Beschränkung der elterlichen | Kindeswohl |

²⁰⁸ AEBI-MÜLLER et al., N 171, 180 ff., 185.

²⁰⁹ AEBI-MÜLLER et al., N 207 ff.; 756 ff.

²¹⁰ AEBI-MÜLLER et al., N 756 ff., 767 ff., 796 ff.

²¹¹ RUMETSCH, S. 58; vgl. WERLEN, N 1020.

Entscheidungsfreiheit mit Zurückhaltung auszuüben. Laut den allgemeinen Prinzipien des Kindesschutzes muss eine unmittelbare und ernsthafte Gefährdung vorliegen, um einen solch starken Eingriff zu rechtfertigen. Zudem soll auch bei urteilsunfähigen Minderjährigen ihr geäusselter Wille im Rahmen des informed consent zumindest Berücksichtigung finden.²¹²

- 92 Die Grenze des Vertretungsrechts bildet die Kindeswohlgefährdung. Dies betrifft u.a. auch den Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte, da in diesen Fällen das Vertretungsrecht überschritten würde. Hiervon betroffen ist bspw. auch die irreversible Geschlechtszuweisung bei intergeschlechtlichen Minderjährigen.²¹³ Da auch die geschlechtsumwandelnden Operationen in den Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte fallen, ist die gesetzliche Stellvertretung bei Behandlungen in diesen Fällen ausgeschlossen. In der Folge würde dies bedeuten, dass aufgrund fehlender Vertretungsmacht im Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte kein Behandlungsvertrag für Minderjährige möglich wäre. Dieses Problem löst das Bundesgericht in der Weise auf, dass zumindest die Rechte ausgeübt werden können, die unabdingbar zur Ausübung der höchstpersönlichen Rechte gehören. Auch die Lehre folgt dieser Ansicht, soweit keine hohen Kostenfolgen resultieren, was zumindest im Bereich der OKP ausgeschlossen sein dürfte, zumal die Prämien der Krankenkasse im Rahmen der elterlichen Unterhaltspflicht (Art. 276 Abs. 1 ZGB) von den Inhabern der elterlichen Sorge zu tragen sind.²¹⁴ Kein Vertretungsrecht
- 93 Die wesentlichen Pflichten der behandelnden Personen bestehen darin, sich an den anerkannten Regeln der Berufsausübung und damit an den geltenden Sorgfaltspflichten (lex artis, vgl. auch § 4 PatG ZH) zu orientieren und den Patienten rechtzeitig, angemessen und verständlich über die Diagnose, die Vor- und Nachteile, Risiken sowie Alternativen aufzuklären, Fragen diesbezüglich zu beantworten und eine Entwicklung aufzuzeigen (vgl. auch § 13 Abs. 1 PatG ZH sowie allgemeine Ausführungen zur Aufklärung unter N 78, 106).²¹⁵ Pflichten der behandelnden Person
- 94 Zusammenfassend bedeutet dies Folgendes: Sofern es sich um absolut höchstpersönliche Rechte handelt – wie bei Behandlungen Minderjähriger mit Geschlechtsdysphorie im Bereich von Hormontherapien und Geschlechtsumwandlungen –, können diese grundsätzlich selbständig einen Behandlungsvertrag abschliessen, sofern sie urteilsfähig sind und die Kosten von der Krankenkasse übernommen werden. Sollten sie jedoch urteilsunfähig sein, greift das gesetzliche Vertretungsrecht der Eltern aufgrund der Stellvertretungsfeindlichkeit der absolut höchstpersönlichen Rechte nicht. Da es sich i.d.R. auch nicht um eine lebensnotwendige, dringliche Behandlung handelt, kann auch nicht über die Annahme einer Kindeswohlgefährdung dennoch eine Behandlung veranlasst werden. Etwas anderes kann beim temporären Einsatz von Pubertätsblockern auf Wunsch des/der urteilsunfähigen Minderjährigen gelten, wenn diese Massnahme aufgrund der Reversibilität dem Bereich der relativ höchstpersönlichen Rechten Zwischenfazit

²¹² AEBI-MÜLLER et al., N 788 ff.; BÜCHLER/MICHEL, S. 111 f.; HÄFELI, N 1060 f.

²¹³ WERLEN, N 1021 ff.

²¹⁴ AEBI-MÜLLER et al., N 772 ff., 788 ff.; BGE 120 Ia 369; 112 IV 9.

²¹⁵ Ausführlich bei AEBI-MÜLLER et al., N 284 ff., 375 ff.

zugeordnet wird und die Personensorgeberechtigten zusammen mit dem/der urteilsunfähigen Minderjährigen entscheiden.

B. Strafrecht

I. Medizinischer Eingriff als Körperverletzung

- 95 Die strafrechtliche Bewertung ärztlicher Behandlungen ist nach wie vor umstritten. Trotz unterschiedlicher Ansichten sind sich Rechtsprechung und Lehre einig, dass eine lege artis durchgeführte und mit wirksamer Einwilligung versehene, erfolgreich verlaufene Heilbehandlung, selbst wenn sie Schmerzen verursacht, nicht strafbar ist. Weitgehend Konsens besteht auch darüber, dass eine eigenmächtige Heilbehandlung, also ohne Einwilligung oder ohne mutmassliche oder hypothetische Einwilligung des Patienten, die den Gesundheitszustand des Patienten insgesamt verschlechtert, auch bei Einhaltung der ärztlichen Kunstregeln eine rechtswidrige Körperverletzung darstellt.²¹⁶ Einleitung
- 96 Je nach Intensität des Eingriffs kommen bei Behandlungen von Minderjährigen mit Genderdysphorie insbesondere die Tötlichkeit (Art. 126 StGB), die einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB) sowie die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) und die Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 124 StGB) in Betracht. Eine pauschalisierende Subsumtion der einzelnen Behandlungen unter die jeweiligen Delikte ist nicht sinnvoll möglich. Festzuhalten ist, dass zumindest die geschlechtsumwandelnde Operation den Tatbestand der schweren Körperverletzung, bzw. den der Verstümmelung von weiblichen Genitalien (Art. 122 StGB und Art. 124 StGB) erfüllen würde, da es sich bei diesen Operationen tatbestandsmässig um entstellende bzw. unbrauchbarmachende Eingriffe an Organen bzw. bleibende und arge Entstellungen des Gesichts bzw. schwere Beeinträchtigungen der weiblichen Genitalien handelt.²¹⁷ Qualifikation
- 97 Rechtsprechung und Teile der Lehre ordnen ärztliche (Heil-)Behandlungen den Körperverletzungen zu und werten diese zunächst als tatbestandsmässig, selbst wenn der Eingriff medizinisch indiziert ist und kunstgerecht ausgeführt wird.²¹⁸ Durch die Autonomie ist die Patientin in der Lage, das anfänglich verwirklichte Unrecht im Einzelfall durch ihre rechtfertigende Einwilligung auszugleichen. Das bedeutet, dass die Patientin durch ihre informierte und freiwillige Einwilligung eine ansonsten rechtswidrige Handlung rechtfertigen kann, wodurch diese Handlung im konkreten Fall nicht mehr als Unrecht angesehen wird. Diese Ansicht beruht auf zwei Hauptüberlegungen: Zum einen darauf, dass nicht das Gesamtbild, sondern nur der einzelne Akt zu bewerten Rechtfertigungslösung

²¹⁶ AEBI-MÜLLER et al., N 1118.

²¹⁷ DONATSCH, S. 53 f., 57 ff.; BSK StGB II-NIGGLI/GERMANIER Art. 124 N 11 ff.; BSK StGB II-ROTH/BERKEMEIER Art. 122 N 11 ff.

²¹⁸ DONATSCH, S. 47; GETH, PK, Vor Art. 122 N 6; BSK StGB II-ROTH/BERKENMEIER, Art. 123 N 50; BGE 150 II 300 E. 5.7.3; 127 IV 157; 124 IV 260; 99 IV 210; Urteil des BGer 6B_1359/2016 vom 18. Mai 2017 E. 1.5.

ist, und zum anderen wird auf die Grundrechte, insbesondere Art. 10 Abs. 2 BV, verwiesen, der u.a. die körperliche Unversehrtheit schützt (vgl. N 125 ff.).²¹⁹

- 98 Die Befürworter der Tatbestandslösungen lehnen dagegen die Auffassung ab, dass ärztliche Behandlungen grundsätzlich als Körperverletzungen zu werten sind. Sie stützen sich dabei im Wesentlichen auf die Selbstbestimmung der Patientin, den positiven Zweck ärztlichen Handelns und den Erfolg der Heilbehandlung. Ausgangspunkt ist eine ganzheitliche Betrachtung der Vor- und Nachteile einer medizinischen Massnahme. Ein Eingriff, der darauf abzielt, die Gesundheit zu verbessern oder zumindest einen pathologischen Zustand zu stabilisieren und Verschlechterungen zu vermeiden, soll gemäss der sozialen Handlungslehre²²⁰ unter Berücksichtigung seines Zwecks bewertet werden.²²¹ Eine Einwilligung wirkt dieser Meinung nach tatbestandsausschliessend.²²² Tatbestandslösung
- 99 Beiden Meinungen gemein ist, dass eine Einwilligung vorliegen muss, damit keine Strafwürdigkeit der in Frage stehenden ärztlichen Behandlung resultiert.²²³ Die wirksame Einwilligung ist dabei an mehrere Voraussetzungen geknüpft, welche kumulativ vorliegen müssen und nachfolgend dargestellt werden. Gemeinsamkeit

II. Einwilligung

- 100 Die Einwilligung ist gesetzlich nicht geregelt, sondern als gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt.²²⁴ Ein Teil der Lehre stuft die Einwilligung dagegen ganz generell als tatbestandsausschliessend ein.²²⁵ Im Übrigen verlieren die gegensätzlichen Meinungen ihre Bedeutung, da sich zunehmend eine differenzierte Betrachtungsweise durchsetzt, die Wirksamkeit gestützt auf Sachgesichtspunkte bewertet wird und die Rechtsfolgen dieselben sind.²²⁶ Gewohnheitsrecht
- 101 Die Einwilligung ist nur bei Straftaten möglich, die gegen Individualinteressen gerichtet²²⁷ und nicht der Disposition des Rechtsgutsträgers entzogen sind (wie z.B. die Tötungsdelikte).²²⁸ Grundsatz und Einschränkungen
- 102 Bei den verbleibenden Tatbeständen, darunter auch die Körperverletzungsdelikte, ist eine Einwilligung möglich. Allerdings wird auch hier eine Einschränkung gemacht.²²⁹ In bestimmten Grenzen ist es vertretbar, das Mass an Freiheit, das dem Einzelnen durch die Unversehrtheit seiner Rechtsgüter gewährt wird, auch gegen ihn selbst zu schützen Delikte gegen Leib und Leben

²¹⁹ AEBI-MÜLLER et al., N 1120; BGE 133 III 121 E. 4.1.1; 127 IV 154 E. 3a; 117 Ib 197 E. 2; 115 Ib 175 E. 2b; 112 II 118 E. 5e; Urteil des BGer 4A_255/2021 vom 22. März 2021 E. 3.1.5.

²²⁰ DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 97; STRATENWERTH/BOMMER, S. 112 f.

²²¹ Ausführlich zur Tatbestandslösung: AEBI-MÜLLER et al., N 1124 ff.

²²² AEBI-MÜLLER et al., N 1126.

²²³ AEBI-MÜLLER et al., N 1157.

²²⁴ DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 262; STRATENWERTH/BOMMER, S. 201; BGE 150 II 300; 109 IV 102; 100 IV 155.

²²⁵ BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 18; TRECHSEL/GETH, PK, Art. 14 N 11.

²²⁶ STRATENWERTH/BOMMER, S. 204.

²²⁷ DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 264; STRATENWERTH/BOMMER, S. 201, 205; BGE 131 IV 1 E. 3.4.

²²⁸ DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 265; STRATENWERTH/BOMMER, S. 203, 205.

²²⁹ DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 265 f.

– nämlich dort, wo diese Güter aus geringfügigen Gründen unwiderruflich zerstört oder erheblich beeinträchtigt werden sollen.²³⁰ Seiner Persönlichkeitsrechte kann man anderen gegenüber nicht als Ganzes oder ohne stichhaltige Gründe in wesentlicher Art und Weise entsagen.²³¹

- | | | |
|-----|---|--------------------------|
| 103 | Dies betrifft in besonderer Weise auch die schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB: Eine hierin erteilte, wirksame Einwilligung muss einem positiven Zweck dienen, um gerechtfertigt werden zu können. ²³² Der Zweck des Eingriffs von derartiger Schwere ist also ausschlaggebend und bedarf einer Wertung; «der Eingriff muss im Blick auf das wohlverstandene Interesse des Betroffenen sinnvoll oder wenigstens vertretbar erscheinen» ²³³ . ²³⁴ Schwere Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, die medizinisch indiziert sind, können i.d.R. mittels Einwilligung gerechtfertigt sein, wobei z.T. hohe Anforderungen an dieselbe zu stellen sind, je schwerer der Eingriff ist. ²³⁵ Diese Ansicht wird nicht durchwegs geteilt, teils wird die dargestellte h.L. als paternalistisch gewertet. ²³⁶ Für Art. 124 StGB gelten vergleichbare Wertungen. ²³⁷ | Schwere Körperverletzung |
| 104 | Die Einwilligung hebt bei der Tötlichkeit (Art. 126 StGB) und der einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) das Unrecht auf. Anders verhält es sich, wie beschrieben, bei der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB), auch wenn die Lehrmeinungen diesbezüglich nicht ganz einheitlich sind. | Zwischenfazit |
| 105 | Die Einwilligung muss selbstbestimmt, d.h. eigenverantwortlich erfolgen. Sie muss freiwillig sein, vor dem Eingriff rechtzeitig erteilt werden sowie jederzeit frei widerrufbar sein. Dazu gehört das Vorliegen der Urteilsfähigkeit (vgl. N 80 f.) der betroffenen Person. Letztlich muss sie wissen, in was sie einwilligt und welche Konsequenzen damit verbunden sind. Die Einwilligung muss frei von Willensmängeln sein (wie z.B. äußerer Zwang aufgrund von allfälligen Mobbingssituationen denen der/die Minderjährige mit Geschlechtsdysphorie in der Schule oder Gesellschaft ausgesetzt ist, Irrtum etc.), die betroffene Person muss die Tragweite der Entscheidung tatsächlich überblicken können. In Bezug auf konkrete medizinische Massnahmen ist auch eine eingehende ärztliche Aufklärung insbesondere über den Gesundheitszustand, die Entwicklungsmöglichkeiten mit und ohne Behandlung und die Risiken eines Eingriffs vorausgesetzt. ²³⁸ | Voraussetzungen |
| 106 | In Bezug auf medizinische Behandlungen bei urteilsfähigen Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie ist besonders zu beachten, dass sämtliche Behandlungsentscheidungen auf der Grundlage der individuellen Indikation und unter Berücksichtigung der | Aufklärung |

²³⁰ STRATENWERTH/BOMMER, S. 206.

²³¹ STRATENWERTH/BOMMER, S. 206.

²³² DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 265 f.

²³³ STRATENWERTH/BOMMER, S. 207.

²³⁴ AEBI-MÜLLER et al., N 1178 f.; STRATENWERTH/BOMMER, S. 207; a.A.: BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 28 ff.; TRECHSEL/GETH, PK, Art. 14 N 11.

²³⁵ AEBI-MÜLLER et al., N 1178 f.; DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 266; STRATENWERTH/BOMMER, S. 208.

²³⁶ BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 28 f.

²³⁷ DONATSCH, S. 59.

²³⁸ DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 267; STRATENWERTH/BOMMER, S. 209.

konkreten Lebenssituation des/der Minderjährigen zu treffen sind. Er/sie und die von ihm hinzugezogenen Vertrauenspersonen benötigen aktuelle, abgewogene Informationen, um die medizinischen Möglichkeiten die möglichen Behandlungsalternativen und deren Folgen gerade auch im Lebenslängsschnitt zu verstehen. Ein ergebnisoffener Dialog auf Augenhöhe, eine angemessen, verständliche, gerade auch dem/der Minderjährigen angepassten Sprache sind unabdingbar. Da die Person mit Geschlechtsdysphorie die Konsequenzen der Therapieentscheidung trägt und nur sie allein ihre persönlichen Prioritäten und Wertvorstellungen kennt, liegt die endgültige Entscheidung über die durchzuführende Behandlung bei ihr, wobei die lex artis und die Kostenvorgaben, wie z.B. die des Krankenversicherungsrechts, limitierend sein können. Diese Selbstbestimmung konkretisiert das Interesse der/des Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie an ihrem Körper und ihrer Gesundheit und beeinflusst somit auch die Angemessenheit der medizinischen Behandlung.²³⁹

- | | | |
|-----|---|--------------------|
| 107 | Die Zustimmung des Patienten ermächtigt die Ärztin, durch eine tatsächliche Handlung (Realakt) in den Körper und die Gesundheit des Patienten einzugreifen. Mit dieser Zustimmung akzeptiert der Patient nicht nur das ärztliche Handeln, sondern auch die damit verbundenen Zwischen- und Endergebnisse. ²⁴⁰ | Wirkung |
| 108 | Die wirksame Einwilligung erfordert zum einen die innere Zustimmung der berechtigten Person und zum anderen muss sie nach aussen hin erkennbar sein, sei es ausdrücklich oder konkludent. Als Realakt ist sie jederzeit ohne Angabe von Gründen oder Einhaltung von Fristen frei widerruflich. Im Falle eines wirksamen Widerrufs darf die Behandlung nicht begonnen werden. Wurde sie bereits begonnen, bevor der Widerruf bekannt gegeben wurde, muss sie grundsätzlich abgebrochen werden. In diesem Fall ist der Arzt verpflichtet, die Patientin auf die möglichen gesundheitlichen Folgen eines Therapieabbruchs hinzuweisen. ²⁴¹ Die Zustimmung zu einer ärztlichen Behandlung muss also nach umfassender Aufklärung und rechtzeitig vor Beginn der Behandlung erfolgen. Eine nachträgliche Genehmigung hebt die Strafbarkeit nicht auf. ²⁴² | Form |
| 109 | Die wirksame Einwilligung setzt Einsichtsfähigkeit, d.h. Urteilsfähigkeit voraus. Diese ist im Strafrecht nicht explizit geregelt. Es besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass sie davon abhängt, ob die einwilligende Person die tatsächliche Einsichts-, Willens- und damit Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB besitzt, die erforderlich ist, um die Konsequenzen und Auswirkungen des Eingriffs abzuschätzen und somit ihre Einwilligung auf der Grundlage der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu erteilen. Entscheidend für die Beurteilung der Einsichts- und Willensfähigkeit ist die Sachlage im Einzelfall. ²⁴³ Dies gilt auch für minderjährige Patienten, obwohl das Verhältnis zu den | Einsichtsfähigkeit |

²³⁹ Ausführlich zur Aufklärung: AEBI-MÜLLER et al., *Arztrecht*, N 1154, 1180 ff.; vgl. auch BGE 117 Ib 197 E. 3b; 114 Ia 350 E. 6; 108 II 59; 105 II 284 E. 6c; Urteil des BGer 4A_353/2018 vom 1. April 2019 E. 2 ff.

²⁴⁰ AEBI-MÜLLER et al., N 1158; TRECHSEL/GETH, PK, Art. 14 N 12.

²⁴¹ AEBI-MÜLLER et al., N 1160.

²⁴² AEBI-MÜLLER et al., N 1162.

²⁴³ AEBI-MÜLLER et al., N 1164; DONATSCH/GODENZI/TAG, S. 267; STRATENWERTH/BOMMER, S. 209; BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, 36; TRECHSEL/GETH, PK, Art. 14 N 11; BGE 134 II 235 E. 4.3.2.

elterlichen Vertretungsrechten nicht vollständig geklärt ist.²⁴⁴ Klar ist jedoch, dass ein urteilsfähiger Jugendlicher eine medizinische Behandlung auch ohne Zustimmung seiner Eltern ablehnen kann. Ebenso kann ein urteilsfähiger Jugendlicher ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertretung in eine medizinische Behandlung einwilligen. Es ist anerkannt, dass dem Alter, der geistigen Reife, der Tragweite und dem Risiko des Eingriffs eine grosse Bedeutung zukommt und dass das schweizerische Recht hier keine starren Altersgrenzen vorsieht. Entscheidend sind, wie bereits dargelegt, die Umstände des Einzelfalls: Fehlt dem Patienten resp. der Patientin die erforderliche Einsichts- und Willensfähigkeit und damit die Entscheidungskompetenz, so kann er/sie nicht rechtsgültig einwilligen.²⁴⁵

- | | | |
|-----|--|---------------|
| 110 | Für minderjährige urteilsunfähige, bzw. einsichtsunfähige Jugendliche sind grundsätzlich deren Eltern die gesetzlich vorgesehenen Vertreter, soweit die in Aussicht genommene Massnahme dem relativ höchstpersönlichen Bereich zuzuordnen ist. Der Gesetzgeber gewährt den Personensorgeberechtigten im Rahmen ihrer Personensorge einen gewissen Ermessensspielraum, der jedoch durch das Kindeswohl begrenzt wird. Zudem ist der Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte der Einwilligung durch die Personensorgeberechtigten entzogen (Art. 19c ZGB). Hier kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden. ²⁴⁶ | Minderjährige |
| 111 | Das Rechtsinstitut der Einwilligung ist in der strafrechtlichen Doktrin und Praxis anerkannt. Die Ausgestaltung und Anforderungen sind allerdings umstritten. Generell sind die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung hoch und sollten im konkreten Fall gut dokumentiert werden, um Strafbarkeitsrisiken zu begegnen. Einwilligungen in medizinisch indizierte Eingriffe sind auch durch Minderjährige möglich, sofern sie bezüglich der in Frage stehende Massnahme urteilsfähig sind. Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung müssen im Einzelfall allerdings genau geprüft werden. Insbesondere die Urteilsfähigkeit sowie die umfassende Aufklärung spielen eine entscheidende Rolle. Bei schweren Körperverletzungen bzw. dem Tatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 122 StGB und Art. 124 StGB) sind besonders hohe Anforderungen an die Einwilligung zu stellen, um Strafbarkeitsrisiken zu vermeiden. In Bezug auf Behandlungen Minderjähriger mit Geschlechtsdysphorie gilt demnach, dass solche zunächst als Körperverletzungen zu werten sind – auch wenn dies in der Lehre, wie beschrieben, nicht einheitlich gesehen wird. Einwilligungen in solche Behandlungen sind aber möglich. Dies allerdings, was ebenfalls umstritten ist, ist bei schweren Körperverletzungen weiter eingeschränkt: Hier muss ein positiver Zweck verfolgt werden. Minderjährige können bei Urteilsfähigkeit wirksam einwilligen. Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit muss stets im Einzelfall erfolgen, starre Altersgrenzen bestehen nicht. An die Beurteilung der Urteilsfähigkeit von Minderjährigen sind hohe Anforderungen zu stellen. Eltern haben ein gesetzliches Vertretungsrecht, das aber bei relativ höchstpersönlichen Rechten nur im Falle der Urteilsunfähigkeit greift und durch das Kindeswohl begrenzt ist. Auch das Verhältnis der Vertretungsrechte der Eltern zu den Minderjährigen ist nicht vollständig geklärt. Um einer Strafbarkeit bei | Fazit |

²⁴⁴ AEBI-MÜLLER et al., N 756 ff., 769 ff., 1165.

²⁴⁵ AEBI-MÜLLER et al., N 756 ff., 769 ff., 1165; BÜCHLER/MICHEL, S. 95 ff.

²⁴⁶ Vgl. vorstehend Rz 81 ff.

Behandlungen von Minderjährigen zu begegnen, sind höchste Anforderungen an die Sorgfalt der behandelnden Personen im Umgang mit den Patientinnen zu stellen sowie eine genaue Dokumentation des Behandlungsverlaufs zu empfehlen. Ganz können die Risiken einer Strafbarkeit aber auch dann nicht ausgeschlossen werden, nicht zuletzt auch aufgrund der bestehenden dargestellten Unsicherheiten.

C. Öffentliches Recht

I. Grundrechte im Allgemeinen

- 112 Grundrechte lassen sich als von der Verfassung garantierte Rechtsansprüche Privater gegen den Staat definieren, welche «dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person und ihrer Würde»²⁴⁷ dienen. Seit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 besteht auf Bundesebene ein umfassender Grundrechtskatalog, der die zuvor punktuell geschriebenen sowie ungeschriebenen Rechte zusammenführt.²⁴⁸ Neben den bundesrechtlich verankerten Grundrechten bestehen weitere Quellen für solche Rechte. Einerseits handelt es sich hierbei um Grundrechte, die in den Kantonsverfassungen enthalten sind. Andererseits stellen zahlreiche internationale Gremien Menschenrechtsgarantien auf, welche auch von der Schweiz zu beachten sind.²⁴⁹ Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Gutachten sind insbesondere die EMRK, die KRK, der UNO-Pakt II sowie die Biomedizinkonvention von Bedeutung. Materiell sehen diese Menschenrechtsquellen in den hier relevanten Bereichen jedoch keine über die Verfassungsbestimmungen hinausgehenden Schutzansprüche vor.²⁵⁰ Grundrechte in der Schweiz
- 113 Die Grundrechte weisen unterschiedliche Dimensionen auf. Zu unterscheiden ist die subjektiv-rechtliche von der objektiv-rechtlichen Dimension.²⁵¹ Erstere umfasst alle einklagbaren Ansprüche, die sich aus einem Grundrecht ableiten lassen und den Staat unmittelbar verpflichten. Diese Ansprüche können unterschiedlicher Natur sein, wobei zwischen Leistungs-, Abwehr- und Schutzansprüchen unterschieden wird.²⁵² Die objektiv-rechtliche Dimension ist dahingegen in Art. 35 BV verankert. Nach Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Die Grundrechte müssen somit bei jeglicher staatlichen Tätigkeit (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV) und auf sämtlichen Staatsebenen berücksichtigt werden. Dies gilt nicht bloss für die Rechtsanwendung, sondern auch für den Bereich der Rechtsetzung sowie Rechtsprechung.²⁵³ Dimensionen von Grundrechten

²⁴⁷ KIENER, Staatsrecht, § 29 N 1.

²⁴⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 57.

²⁴⁹ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 25 f., 28; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 65, 72.

²⁵⁰ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 317; Handkomm. KRK-SCHMAHL, Art. 7/8 N 12; BGE 144 I 126 E. 4.1; 139 II 404 E. 7.1.

²⁵¹ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 60.

²⁵² KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 115; vgl. TSCHANNEN, N 267; vgl. BGE 140 I 201 E. 6.7.3.

²⁵³ OFK BV-BIAGGINI, Art. 35 N 5; KIENER, Staatsrecht, § 30 N 70.

1. Aufbau und Bestandteile der Grundrechte

- 114 Der Geltungsbereich eines Grundrechts lässt sich in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich unterteilen. Der persönliche Schutzbereich definiert, wer von einem Grundrecht profitieren kann, wohingegen der sachliche Schutzbereich den geschützten Inhalt umschreibt.²⁵⁴ Schutzbereich
- 115 Vom persönlichen Schutzbereich können sowohl natürliche als auch juristische Personen erfasst werden und somit als Grundrechtsträger gelten. Diese Stellung wird vorausgesetzt, um die aus einem Grundrecht fließenden Ansprüche geltend machen zu können.²⁵⁵ Wer vom persönlichen Schutzbereich eines Grundrechts erfasst wird, muss für jedes Grundrecht einzeln festgestellt werden.²⁵⁶ Die Grundrechte sind grundsätzlich als Menschenrechte ausgestaltet und stehen somit allen Menschen zu. Vereinzelte Grundrechte sind allerdings als Bürgerrechte konzipiert und aus diesem Grund nur Schweizer Bürgern vorbehalten.²⁵⁷ Minderjährigen Personen kommt die Grundrechtsträgerschaft zwar zu, davon zu unterscheiden ist jedoch die Grundrechtsmündigkeit. Diese stellt die Fähigkeit dar, eine Grundrechtsverletzung selbstständig geltend zu machen. Nach Art. 11 Abs. 2 BV ist die Grundrechtsmündigkeit von der Urteilsfähigkeit der Kinder und Jugendlichen abhängig. Demnach können diese eine Verletzung ihrer Grundrechte selbstständig geltend machen, sofern ihnen diesbezügliche Urteilsfähigkeit zukommt.²⁵⁸ Persönliche Schutzbereich
- 116 Der sachliche Schutzbereich umfasst das Schutzobjekt sowie die Ansprüche, die sich aus einem Grundrecht ableiten.²⁵⁹ Der Umfang des sachlichen Schutzbereichs ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung, andererseits nehmen die Gerichte, insbesondere das Bundesgericht, eine Grundrechtskonkretisierung durch ihre Rechtsprechung vor.²⁶⁰ Sachlicher Schutzbereich

2. Einschränkungen von Grundrechten

- 117 Grundrechte gelten nicht absolut. Sie sind vielmehr einem Eingriff bzw. einer Einschränkung zugänglich, worunter eine «staatliche Verkürzung von grundrechtlich vermittelten Ansprüchen»²⁶¹ zu verstehen ist. Der Eingriff kann durch sämtliche staatliche Handlungsform erfolgen, wobei es sich jedoch normalerweise um einen Rechtsakt handelt.²⁶² Mögliche Einschränkung
- 118 Die notwendigen Voraussetzungen der Einschränkung eines Grundrechts sind in Art. 36 BV festgehalten. Nach Art. 36 Abs. 1 BV bedarf es hierfür einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst, i.S. eines Gesetzliche Grundlage

²⁵⁴ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 37, 49; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1081 f.

²⁵⁵ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 37.

²⁵⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 197; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1101.

²⁵⁷ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1111 f.

²⁵⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 204.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1116.

²⁵⁹ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 227 ff.

²⁶⁰ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1091; TSCHANNEN, N 342.

²⁶¹ TSCHANNEN, N 343.

²⁶² TSCHANNEN, N 344, 346.

formellen Gesetzes, vorgesehen sein müssen. Je nach Intensität des Eingriffs werden somit unterschiedliche Anforderungen an die Normstufe gestellt.²⁶³ Allgemein hat das Erfordernis einer generell-abstrakten Grundlage das Ziel, willkürliche und rechtsungleiche Grundrechtseinschränkungen zu verhindern und Rechtssicherheit zu schaffen. Aus diesem Grund muss die zugrunde liegende Norm hinreichend klar und bestimmt sein.²⁶⁴ Genügend bestimmt ist eine Norm, wenn sie eine ausreichende Normdichte aufweist, so dass die Bürger ihr Verhalten danach richten können.²⁶⁵ Auch diesbezüglich gelten umso strengere Anforderungen, je gewichtiger der Grundrechtseingriff ist.²⁶⁶ Vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage darf gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV nur in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr abgewichen werden (sog. polizeiliche Generalklausel).

- | | | |
|-----|--|-------------------------------------|
| 119 | Weiter wird gemäss Art. 36 Abs. 2 BV verlangt, dass die Grundrechtseinschränkung durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz Grundrechte Dritter gerechtfertigt sein muss. Die öffentlichen Interessen sind unter Berücksichtigung der in der Rechtsordnung verankerten Werteordnung zu bestimmen, ohne dass ein diesbezüglicher <i>numerus clausus</i> bestehen würde. ²⁶⁷ Unbestrittenermassen stellt der Schutz von Polizeigütern ein legitimes öffentliches Interesse dar, das eine Grundrechtseinschränkung rechtfertigen können. ²⁶⁸ Dahingegen genügt ein Interesse der Mehrheit, auch wenn dieses normativ verankert ist, nicht per se der Anforderung eines öffentlichen Interesses. ²⁶⁹ | Öffentliches
Interesse |
| 120 | Grundrechtseinschränkungen müssen überdies gemäss Art. 36 Abs. 3 BV verhältnismässig sein. Durch die Verhältnismässigkeitsprüfung wird der Grundrechtseingriff dem geltend gemachten Rechtfertigungsinteresse gegenübergestellt. ²⁷⁰ Die Prüfung umfasst dabei drei Kriterien: Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit. Ein Grundrechtseingriff ist geeignet, wenn das angestrebte Ziel mit diesem überhaupt erreicht werden kann. ²⁷¹ Ist dies der Fall und führt weder in zeitlicher, sachlicher noch räumlicher Hinsicht ein milderer Mittel zum gleichen Ergebnis, liegt auch die Erforderlichkeit vor. ²⁷² Die Zumutbarkeit stellt den letzten Schritt der Verhältnismässigkeitsprüfung dar und umfasst die eigentliche Abwägung zwischen den Interessen des Grundrechtsträgers und den Rechtfertigungsinteressen. ²⁷³ | Verhältnismässigkeit |
| 121 | Schliesslich darf nach Art. 36 Abs. 4 BV der Kerngehalt eines Grundrechts nicht verletzt werden. Der Kerngehalt stellt derjenige Teil des sachlichen Schutzbereichs eines Grundrechts dar, welcher absolut gilt und folglich keinerlei Einschränkung zugänglich | Absoluter
Kerngehalts-
schutz |

²⁶³ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1200, 1204; TSCHANNEN, N 358.

²⁶⁴ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 89.

²⁶⁵ BGE 149 I 248 E. 4.6.1.

²⁶⁶ TSCHANNEN, N 358.

²⁶⁷ BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 49; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 387.

²⁶⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 387.

²⁶⁹ SG-Komm. BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36 N 49.

²⁷⁰ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 104.

²⁷¹ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 105.

²⁷² BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 56.

²⁷³ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 418; KIENER, Staatsrecht, § 30 N 107.

ist.²⁷⁴ Der Inhalt des Kerngehalts muss, gleich wie der allgemeine Schutzbereich, für jedes Grundrecht einzeln festgestellt werden.²⁷⁵

II. Prüfung der einschlägigen Grundrechte

- 122 Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens kommen insbesondere folgende Grundrechte in Betracht, die es näher zu beleuchten gilt: Neben Art. 11 Abs. 1 BV, welcher den Schutz der Kinder und Jugendlichen verfassungsrechtlich verankert, sind insbesondere auch das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) genauer zu betrachten. Überblick

1. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 1 BV)

- 123 Nach Art. 11 Abs. 1 BV haben Kinder und Jugendliche einen besonderen Schutzanspruch hinsichtlich ihrer Unversehrtheit. Zudem muss ihre Entwicklung gefördert werden. Vom persönlichen Schutzbereich werden Minderjährige, d.h. Personen vor ihrem 18. Geburtstag (vgl. Art. 14 ZGB) unabhängig von ihrer Nationalität erfasst.²⁷⁶ Diese Bestimmung verankert auf Verfassungsebene das Kindeswohl und betont somit die Bedeutung dieses Prinzips, welches in sämtlichen das Kind betreffenden Umständen zu berücksichtigen ist.²⁷⁷ Dies unterstreicht auch die Kinderrechtskonvention, die in der Schweiz geltendes Recht ist.²⁷⁸ Geltungsbereich
- 124 Hinsichtlich der Justiziabilität dieser Norm existieren unterschiedliche Meinungen, wobei das Bundesgericht die Justiziabilität grundsätzlich verneint.²⁷⁹ Vielmehr schreibt es dieser Verfassungsbestimmung lediglich programmatischen Gehalt bzw. einen Gesetzgebungsauftrag zu.²⁸⁰ Jedoch kommt ihr nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Bedeutung bei der Auslegung anderer Rechtsnormen zu.²⁸¹ Zudem kann Art. 11 Abs. 1 BV im Zusammenhang mit der Rüge einer Verletzung eines anderweitigen Grundrechts genannt werden und so insbesondere im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung Berücksichtigung finden.²⁸² Justiziabilität

2. Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)

- 125 Der persönliche Geltungsbereich des Rechts auf persönliche Freiheit umfasst sämtliche natürliche Personen,²⁸³ so dass sich auch Minderjährige im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit auf dieses Grundrecht berufen können (vgl. N 115). Der sachliche Geltungsbereich

²⁷⁴ KIENER, Staatsrecht, § 30 N 53.

²⁷⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 422.

²⁷⁶ CR Cst.-GAVILLET, Art. 11 N 12.

²⁷⁷ CR Cst.-GAVILLET, Art. 11 N 9; BGE 142 III 481 E. 2.6.

²⁷⁸ Vgl. NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. 16.

²⁷⁹ A.A. sind bspw. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1342 ff.

²⁸⁰ BGE 143 I 21 E. 5.5.2; 131 V 9 E. 3.5.1.2; Urteil des BGer 8C_930/2015 vom 15. April 2016 E. 6.4; Urteil des BGer 5A_870/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 4.

²⁸¹ BGE 131 V 9 E. 3.5.1.2; Urteil des BGer 8C_930/2015 vom 15. April 2016 E. 6.4.

²⁸² KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 632; OFK BV-BIAGGINI, Art. 11 N 5; BGE 142 I 49 E. 5.3.

²⁸³ OFK BV-BIAGGINI, Art. 10 N 5.

des Art. 10 Abs. 2 BV weist einen breiten Umfang mit mehreren Teilgehalten auf.²⁸⁴ Neben der in der Bestimmung ausdrücklich genannten körperlichen und geistigen Unversehrtheit schützt Art. 10 Abs. 2 BV auch alle «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung»²⁸⁵. Zu diesen ist die individuelle Lebensgestaltung zu zählen, wovon auch das Leben als transsexuelle Person oder der Entscheid, sich geschlechtsumwandelnden Behandlungen zu unterziehen, erfasst wird.²⁸⁶

- 126 Unter den sachlichen Schutzbereich fällt sodann das Selbstbestimmungsrecht als Recht, selber über wesentliche Aspekte des eigenen Lebens zu entscheiden.²⁸⁷ Dieses Recht ist auch im medizinischen Kontext von Bedeutung, da sich daraus der Anspruch auf umfassende Information vor einem medizinischen Eingriff ableitet, auf dessen Grundlage die Einwilligung in diesen Eingriff erfolgt (sog. informed consent; vgl. N 75, 78).²⁸⁸ Durch das Vorliegen einer aufgeklärten Einwilligung entfällt die grundsätzliche Unzulässigkeit eines mit der medizinischen Behandlung einhergehenden Eingriffs in die körperliche Integrität.²⁸⁹ Des Weiteren erfasst das Recht auf Selbstbestimmung auch in einem gewissen Rahmen²⁹⁰ das sog. Recht auf Selbstschädigung. Dieses bezieht sich auf Tätowierungen, Schönheitsoperationen und dergleichen, d.h. auf Verhaltensweisen, mit welchen der Grundrechtsträger eigenständig in die körperliche Integrität eingreift bzw. eingreifen lässt.²⁹¹

Selbstbestimmungsrecht
im Besonderen

- 127 Art. 10 Abs. 2 BV begründet primär Abwehransprüche, sieht jedoch auch vereinzelte Schutz- und Leistungsansprüche vor.²⁹² Eine kantonale Regelung hinsichtlich geschlechtsumwandelnder Behandlungen jeglicher Art, die über die bereits bestehenden bundesrechtlichen Vorgaben hinausreicht, würde einen Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und den damit einhergehenden Abwehransprüchen bedeuten. Genauer gesprochen läge sowohl eine Einschränkung des Rechts auf individuelle Lebensgestaltung als auch des Selbstbestimmungsrechts vor, da die individuelle Entscheidung, solche Behandlungen in Anspruch zu nehmen, potentiell eingeschränkt werden würde. Ob ein solcher Eingriff zulässig ist, ist unter den Voraussetzungen nach Art. 36 BV zu prüfen. (vgl. N 161 ff.).

Grundrechtseingriff

²⁸⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 535.

²⁸⁵ Statt vieler: BGE 138 IV E. 7.1; 128 II 259 E. 3.2.

²⁸⁶ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 35; SG-Komm. BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 96 f.

²⁸⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 588.

²⁸⁸ BÜCHLER/MICHEL, S. 6; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 539, 542; statt vieler: BGE 134 II 235 E. 4.1; 133 III 121 E. 4.1.1.

²⁸⁹ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 542.

²⁹⁰ Ausnahmen sind u.a. die gesetzlichen Grenzen, z.B. das Verbot der Fremdtötung, Art. 111 StGB, Tötung auf Verlangen, Art. 114 StGB. Aber auch eine schwere Körperverletzung, Art. 122 StGB, oder Genitalverstümmelung, Art. 124 StGB, ohne dass für den Eingriff eine medizinische Dringlichkeit vorliegt.

²⁹¹ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 37; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 540.

²⁹² Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 542 ff.

3. Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV)

- 128 Art. 13 Abs. 1 BV schützt die Privatsphäre und hält fest, dass jeder Person ein Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs zukommt. Der sachliche Geltungsbereich weist folglich mehrere Teilgehalte auf und ist grundsätzlich abschliessender Natur, wobei die abrundende Erweiterung nicht ausgeschlossen ist.²⁹³ Grundrechtsträger sind sämtliche natürliche Personen unabhängig ihres Alters und ihrer Nationalität.²⁹⁴ Juristische Personen können sich dahingegen nur auf vereinzelte Teilgehalte berufen.²⁹⁵ Geltungs-
bereich
- 129 Die Achtung des Privatlebens umfasst das Recht auf geschlechtliche Identität, worunter der Wunsch zur Geschlechtsumwandlung zu subsumieren ist.²⁹⁶ Geschützt wird insbesondere der persönliche Entscheid, geschlechtsumwandelnde Behandlungen sowohl operativer als auch hormoneller Art durchzuführen.²⁹⁷ In diesem Zusammenhang verurteilte der EGMR die Schweiz im Fall *Schlumpf gegen Schweiz* aufgrund einer Verletzung von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, da eine Krankenversicherung die Übernahme der Kosten einer geschlechtsumwandelnden Operation verweigerte. Begründet wurde dies mit der Nichteinhaltung einer zweijährigen Beobachtungsphase, in welcher die betroffene Person Therapien in Anspruch hätte nehmen sollen.²⁹⁸ Das Beharren auf dieser Voraussetzung wurde vom EGMR als unverhältnismässig eingestuft.²⁹⁹ Aus diesem Urteil lässt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, dass Staaten die Wahl und den Zugang zu solchen Behandlungen nicht unverhältnismässig erschweren dürfen.³⁰⁰ Aufgrund der übereinstimmenden Schutzbereiche des Art. 8 Ziff. 1 EMRK und des Art. 13 Abs. 1 BV, die einerseits auf die praktisch identische Formulierung und andererseits auf die Orientierung des Bundesgerichts an der Rechtsprechung des EGMR zurückzuführen sind, ist der Inhalt dieses Urteils auch für die Auslegung der schweizerischen Verfassungsbestimmung von Bedeutung.³⁰¹ Achtung des
Privatlebens
im Besonde-
ren
- 130 Der Erlass von kantonrechtlichen Normen, die den Zugang zu geschlechtsumwandelnden Behandlungen erschweren würden, stellen einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens dar, da die Fällung des geschützten persönlichen Entscheids eingeschränkt werden würde. Die Zulässigkeit dieses Eingriffs ist unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu prüfen (vgl. N 161 ff.). Grundrechts-
eingriff

²⁹³ OFK BV-BIAGGINI, Art. 13 N 4.

²⁹⁴ CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIA, Art. 13 N 14.

²⁹⁵ KÄLIN/KIENER/WYTTEBACH, N 693.

²⁹⁶ OFK BV-BIAGGINI, Art. 13 N 5; BGE 119 II 264 E. 5.b.

²⁹⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 703.

²⁹⁸ Urteil EGMR *Schlumpf gegen Schweiz* (Nr. 29002/06) vom 5. Juni 2009 Ziff. 11.

²⁹⁹ Urteil EGMR *Schlumpf gegen Schweiz* (Nr. 29002/06) vom 5. Juni 2009 Ziff. 115.

³⁰⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 713.

³⁰¹ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 689; vgl. statt vieler: BGE 144 I 126 E. 4.1; 142 I 195 E. 3.3.

4. Grundrechtskonkurrenz

- 131 Hat ein Hoheitsakt Einwirkungen auf mehrere Grundrechte eines Grundrechtsträgers, wird von einer Grundrechtskonkurrenz gesprochen.³⁰² Dabei kann zwischen einer echten und einer unechten Grundrechtskonkurrenz unterschieden werden. Erstere liegt vor, wenn die tangierten Grundrechte unterschiedliche Schutzbereiche verfügen, so dass sie nebeneinander anwendbar sind.³⁰³ Dahingegen ist eine unechte Grundrechtskonkurrenz gegeben, wenn sich die Schutzbereiche der tangierten Grundrechte überschneiden. In diesem Fall ist eine Differenzierung nach der Spezialität und der Subsidiarität der Grundrechte vorzunehmen, so dass lediglich ein Grundrecht zur Anwendung kommt. Dem allgemeineren Grundrecht kommt jedoch insofern Bedeutung zu, als das speziellere nicht den gesamten fraglichen Schutzbereich erfasst.³⁰⁴ Echte und unechte Grundrechtskonkurrenz
- 132 Wie unter N 127, 130 ausgeführt, würde eine rechtliche Regelung des Zugangs zu geschlechtsumwandelnden Behandlungen jeglicher Art den sachlichen Schutzbereich der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV sowie des Schutzes der Privatsphäre nach Art. 13 Abs. 1 BV tangieren. Es liegt folglich eine Grundrechtskonkurrenz vor, wobei es sich im vorliegenden Fall um eine unechte Grundrechtskonkurrenz handelt. Die beiden Verfassungsbestimmungen schützen je die Möglichkeit, den individuellen Entscheid zur Vornahme solcher Behandlungen zu treffen. Da durch eine verschärfte Regelung die Entscheidungsfreiheit aufgrund einer Verminderung der möglichen Auswahloptionen eingeschränkt wird, werden die beiden Grundrechte im Ergebnis in ihrem überschneidenden Schutzbereich tangiert. Aus diesem Grund tritt das subsidiäre Grundrecht hinter das speziellere zurück. Zwischen Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV ist das Verhältnis jedoch nicht restlos geklärt.³⁰⁵ Ist insbesondere das Selbstbestimmungsrecht tangiert, wird die Geltendmachung beider Grundrechte empfohlen,³⁰⁶ weshalb auch im Rahmen des vorliegenden Gutachtens weiterhin auf beide Garantien Bezug genommen wird. Grundrechtskonkurrenz im vorliegenden Fall

III. Zwischenfazit

- 133 Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine kantonale Regelung bezüglich geschlechtsumwandelnder Behandlungen mehrere Grundrechte tangieren würde. Betroffen sind dabei die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) sowie derjenige der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 1 BV). Letzterer Schutz wird in hier einschlägigen Aspekten von der UN-Kinderrechtskonvention weiter konkretisiert, weshalb sich die aktuelle Stellungnahme der NEK insbesondere auch an dieser orientiert.³⁰⁷ Da das Selbstbestimmungsrecht tangiert ist, sind die persönliche Freiheit und der Schutz der Privatsphäre von besonderer Bedeutung, Zusammenfassung

³⁰² KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 258, 261; dahingegen liegt eine Grundrechtskollision vor, wenn ein Hoheitsakt die Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger tangiert, siehe KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 259.

³⁰³ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 263, 265.

³⁰⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 266.

³⁰⁵ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 781 ff.; SG-Komm. BV-BREITENMOSER, Art. 13 N 4 f. m.w.H.

³⁰⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 783.

³⁰⁷ Vgl. NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, S. 16 ff.

wobei der Schutz der Kinder und Jugendlichen bei der Rechtmässigkeitsprüfung des Grundrechtseingriffs speziell berücksichtigt werden muss. Demzufolge ist die Zulässigkeit einer kantonalen Regelung mit Blick auf medizinische Behandlungen bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie vor diesem Hintergrund zu prüfen, wobei dem Schutz der Unversehrtheit der Kinder und Jugendlichen gemäss Art. 11 Abs. 1 BV besondere Gewichtung zukommt. Die Prüfung der Vereinbarkeit einer konkreten kantonalen Regelung mit diesen grundrechtlichen Bestimmungen wird unter N 160 ff. vorgenommen.

Teil 4: Handlungsmöglichkeiten der Kantone

- 134 Zunächst setzt sich dieser Teil mit der Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen im Bereich der Gesundheitsversorgung auseinander und erläutert, in welchen Bereichen dem Kanton Zürich Handlungsspielräume zukommen könnten. Anschliessend an diese Ausführungen werden die konkreten Regelungsoptionen der Kantone dargelegt und deren rechtliche Zulässigkeit geprüft. Zunächst wird die Einführung der invasivsten Variante, einem Verbot von Behandlungen Minderjähriger mit Geschlechtsdysphorie auf kantonaler Ebene, behandelt. Daran anschliessend werden Alternativen aufgezeigt und deren Zulässigkeit analysiert. Aufbau

A. Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Bund und den Kantonen

I. Allgemeine Prinzipien

- 135 Art. 3 BV verankert die subsidiäre Generalkompetenz der Kantone. Dieser Bestimmung zufolge kommen den Kantonen all diejenigen Kompetenzen zu, welche die Verfassung nicht dem Bund überträgt. Aus dieser Norm fliesst sodann das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Gegenstück zur subsidiären Generalkompetenz: Damit dem Bund eine Zuständigkeit in einem Bereich zukommt, muss die Bundesverfassung ihm eine solche Kompetenz zuweisen (Art. 42 Abs. 1 BV). Subsidiäre Generalkompetenz und Einzelermächtigung
- 136 Jedoch verdrängt nicht jede Bundeskompetenz sämtlichen Handlungsspielraum der Kantone. Vielmehr können die Kompetenznormen in unterschiedliche Kategorien hinsichtlich ihres Umfangs und der zeitlichen Wirkung eingeteilt werden. Zunächst kann zwischen umfassenden und fragmentarischen Bundeskompetenzen unterschieden werden. Umfassende Kompetenzen ermöglichen dem Bund, abschliessende Regelungen in einem Sachbereich zu erlassen, wohingegen eine fragmentarische Bundeskompetenz lediglich zur Normierung eines spezifischen Aspekts eines Sachbereichs ermächtigt.³⁰⁸ Weiter existieren Grundsatzgesetzgebungskompetenzen und Förderungskompetenzen sowie atypische Kompetenzkonstellationen,³⁰⁹ auf die an dieser Stelle mangels Relevanz für das vorliegende Gutachten nicht weiter einzugehen ist. Umfang der Kompetenzen
- 137 In zeitlicher Hinsicht kann eine Differenzierung zwischen nachträglich derogatorischen und ursprünglich derogatorischen Bundeskompetenzen sowie parallelen Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone vorgenommen werden.³¹⁰ Den Normalfall bilden die Kompetenzen mit nachträglich derogatorischer Wirkung.³¹¹ Liegt eine solche vor, entfällt die Zuständigkeit der Kantone erst ab dem Zeitpunkt (und in dem Umfang), in dem Wirkung der Kompetenzen in zeitlicher Hinsicht

³⁰⁸ REICH, Staatsrecht, § 12 N 27, 29; RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, N 733.

³⁰⁹ Vgl. REICH, Staatsrecht, § 12 N 32 ff.

³¹⁰ REICH, Staatsrecht, § 12 N 40 ff.

³¹¹ REICH, Staatsrecht, § 12 N 41.

der Bund von dieser Gebrauch macht.³¹² Auf diese Weise wird in zeitlicher Hinsicht eine nahtlose Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen sichergestellt.³¹³ Ursprünglich derogatorische Bundeskompetenzen schliessen dahingegen die Handlungsmöglichkeit der Kantone ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Kompetenznorm aus, unabhängig davon, ob der Bund von dieser zeitnah Gebrauch macht.³¹⁴ Die parallelen Zuständigkeiten ermöglichen das gleichzeitige Bestehen von kantonalem und Bundesrecht. Sie stehen somit weder bestehendem noch neu zu schaffendem kantonalen Recht entgegen.³¹⁵

- | | | |
|-----|--|------------------------------|
| 138 | Die subsidiäre Generalkompetenz und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung widerspiegeln das Subsidiaritätsprinzip, welches sowohl in Art. 5a als auch in Art. 43a Abs. 1 BV angesprochen wird. Nach diesem Prinzip soll die höhere staatliche Ebene nur diejenigen Aufgaben wahrnehmen, die nicht besser durch eine tiefere Ebene erfüllt werden können. ³¹⁶ | Subsidiaritätsprinzip |
| 139 | Die genannten Prinzipien und deren Ausgestaltungen tragen einem bewussten Entscheid des schweizerischen Verfassungsgebers Rechnung, wonach die Stärkung der dezentralen Organisation und der Autonomie der kleineren Gebietskörperschaften angestrebt wird. ³¹⁷ So soll der Degradierung der Kantone zu reinen Verwaltungseinheiten entgegengewirkt werden. ³¹⁸ Zudem kann auf diesem Weg die Individualität jedes Kantons besser berücksichtigt und die kulturelle sowie sprachliche Vielfalt sowohl geschützt als auch gefördert werden. ³¹⁹ Gleichzeitig erlaubt dies die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben nahe an den Bürgern, was Letzteren einen besseren Bezug zur Tätigkeit des Staates ermöglichen soll. ³²⁰ | Ziel und Zweck |
| 140 | Die Organisation der Schweiz als föderaler Bundesstaat und die damit einhergehende Möglichkeit der Gesetzgebung auf unterschiedlichen Staatsebenen kann zum Erlass widersprechender Regelungen führen. Dabei ist zwischen Norm- und Kompetenzkonflikten zu unterscheiden. Erstere liegen vor, wenn sowohl kantonale als auch bundesrechtliche Bestimmungen auf einen Sachverhalt Anwendung finden, diese jedoch zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen. Kompetenzkonflikte sind dahingegen gegeben, wenn zwischen dem Bund und den Kantonen Uneinigkeit hinsichtlich der Zuständigkeit besteht. Erachten sich beide als kompetent, liegt ein positiver Kompetenzkonflikt vor. Umgekehrt ist ein negativer Kompetenzkonflikt gegeben, wenn sich beide Staatsebenen als unzuständig erachten. ³²¹ | Norm- und Kompetenzkonflikte |

³¹² REICH, Staatsrecht, § 12 N 42.

³¹³ REICH, Staatsrecht, § 12 N 41.

³¹⁴ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 725 f..

³¹⁵ REICH, Staatsrecht, § 12 N 45.

³¹⁶ REICH, Staatsrecht, § 12 N 6.

³¹⁷ BBl 2002 2291, S. 2307.

³¹⁸ SALADIN, S. 556.

³¹⁹ Vgl. KNAPP, S. 308 ff., S. 311 f.

³²⁰ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 536.

³²¹ REICH, Staatsrecht, § 12 N 46.

- 141 Art. 49 Abs. 1 BV hält aus diesem Grund fest, dass Bundesrecht entgegenstehendem kantonalen Recht vorgeht. Ob diese Norm allerdings auf Kompetenzkonflikte anwendbar ist oder lediglich Normkonflikte regelt, ist in der Lehre im Einzelnen umstritten.³²² Diejenigen Lehrmeinungen, die sich für eine ausschliessliche Anwendung auf Normkonflikte aussprechen, erachten die Unzulässigkeit kompetenzwidrig erlassenen Rechts als durch Art. 3 BV abgedeckt.³²³ Unzulässigkeit kompetenzwidrig erlassenen Rechts
- 142 Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens soll eine rechtliche Lösung analysiert werden, durch welche die Behandlung von Jugendlichen mit Geschlechtsdysphorie verboten oder, soweit dieses primäre Ziel nicht erreicht werden kann, stark eingeschränkt wird. Da dies mit der Schaffung einer neuen rechtlichen Grundlage einhergeht, muss diese die kantonalen Kompetenzen respektieren. Ist dies nicht der Fall, besteht die Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle, durch welche der fragliche Erlass aufgehoben werden könnte.³²⁴ Um diese Vereitelung des verfolgten Zwecks zu verhindern, ist zunächst festzustellen, wo den Kantonen Regelungsspielräume zukommen. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Kompetenzordnung
- II. Bundeskompetenzen im Gesundheitswesen
- 143 In der Schweiz existiert keine Gesundheitsverfassung i.S. einer Zusammenfassung der Grundnormen im Bereich der Gesundheit auf einer bundesstaatlichen Ebene.³²⁵ Somit fällt das Gesundheitswesen grundsätzlich in die Kompetenz der Kantone.³²⁶ Die Bundesverfassung sieht allerdings fragmentarische Bundeskompetenzen vor, die in der Praxis von erheblicher Bedeutung sind.³²⁷ Der Grund für die Regelung dieser Teilbereiche auf Bundesebene liegt in der Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung auf nationaler Ebene, da eine kantonale Regelung entweder sachlich nicht genügt, zu leicht umgangen werden könnte oder eine ungewünschte Beeinträchtigung des Handels oder des Personenverkehrs mit sich bringen würde.³²⁸ Fehlen einer Gesundheitsverfassung
- 144 Die in Art. 117–120 BV enthaltenen Bundeskompetenzen weisen einen eindeutigen Bezug zum Gesundheitswesen auf.³²⁹ Neben diesen Bestimmungen dienen jedoch noch weitere Bestimmungen als Grundlage zum Erlass von Rechtsnormen, die einen bedeutenden Einfluss auf das Gesundheitsrecht haben.³³⁰ Auf diesen Bundeskompetenzen basierend wurden in den vergangenen Jahrzehnten zahlreiche Bundesgesetze erlassen, Verschiedene Kompetenznormen

³²² Für eine Anwendung auf Kompetenzkonflikte sprechen sich folgende Meinungen aus: BSK BV-SCHWEIZER, Art. 3 N 30; TSCHANNEN, N 832; statt vieler: BGE 149 I 172 E. 5.3.1; mit der Begründung, dass ein Normkonflikt zwangsläufig auf einem Kompetenzkonflikt beruht: FORSTER, S. 134; IMBODEN, S. 132.

³²³ BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 5; OFK BV-BIAGGINI, Art. 49 N 7; RHINOW/SCHER/UEBERSAX, N 745.

³²⁴ Art. 82 lit. b und Art. 95 lit. a BGG; vgl. BSK-WALDMANN, Art. 49 N 22.

³²⁵ SG-Komm. BV-POLEDNA/DRUEY JUST, Art. 117 N 4.

³²⁶ BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 2; TAG, S. 231.

³²⁷ BÜCHLER/MICHEL, S. 6; SG-Komm. BV-POLEDNA/DRUEY JUST, Art. 117 N 4; TAG, S. 231.

³²⁸ GÄCHTER/RÜTSCH, N 103.

³²⁹ Zu berücksichtigen ist, dass Art. 118a BV keine kompetenzbegründende Bestimmung darstellt, SG-Komm. BV-KEISER, Art. 118a N 28.

³³⁰ Vgl. GUILLOD, S. 54 f.

was zu einer starken Harmonisierung des Gesundheitsrechts auf der Ebene des Bundes geführt hat.³³¹

1. Kranken- und Unfallversicherung (Art. 117 BV)

- 145 Art. 117 Abs. 1 BV ermächtigt den Bund, Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung zu erlassen. Dabei handelt es sich um eine umfassende Bundeskompetenz mit nachträglich-derogatorischer Wirkung, von welcher der Bund u.a. mit dem Erlass des UVG und des KVG Gebrauch gemacht hat.³³² Trotz dem Erlass dieser Bundesgesetze sowie der dazugehörenden Verordnungen werden nicht sämtliche Regelungskompetenzen der Kantone ausgeschlossen. Das KVG sieht bspw. verschiedene Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten der Kantone vor.³³³ Auf diese wird nachstehend vertieft eingegangen (N 168 ff.).
- Kranken- und Unfallversicherung

2. Medizinische Grundversorgung (Art. 117a BV)

- 146 Art. 117a BV unterteilt sich in zwei Absätze, wobei Abs. 1 eine programmatische Bestimmung darstellt, ohne ein bestimmtes Ergebnis vorzuschreiben.³³⁴ Eine Zuweisung von Kompetenzen an den Bund wird durch Art. 117a Abs. 2 BV vorgenommen und ermächtigt den Bund dazu, Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung sowie über die Anforderungen zur Ausübung für Berufe der medizinischen Grundversorgung (lit. a) sowie Vorschriften über die angemessene Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin (lit. b) zu erlassen. Für das vorliegende Gutachten ist insbesondere Art. 117a Abs. 2 lit. a BV von grosser Bedeutung. Dem Bund kommt aufgrund dieser Bestimmung eine umfassende, nachträglich-derogatorische Kompetenz zu, durch welche er Vorschriften für sämtliche Berufe in der medizinischen Grundversorgung erlassen kann – unabhängig davon, ob diese im privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Bereich ausgeübt werden.³³⁵ Diese Bestimmung hat zu einer Verschiebung der Gesetzgebungskompetenzen zugunsten des Bundes geführt, da es vor deren Inkrafttreten Sache der Kantone war, Regulierungen für die Medizinalberufe im öffentlich-rechtlichen Sektor zu erlassen.³³⁶
- Unterteilung in Abs. 1 und Abs. 2 BV
- 147 Gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV erliess der Bund das MedBG, wobei die Verfassungsgrundlage im Jahr 2018 durch Art. 117a Abs. 2 lit. a BV ergänzt wurde.³³⁷ Dieses Gesetz hat gemeinsam mit dem PsyG und dem GesBG das Ziel, den Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie der Versorgungsqualität sicherzustellen.³³⁸ Dies erfolgt durch verschiedene Mechanismen, welche in Art. 1 Abs. 3 lit. a–f MedBG umschrieben werden. Aufgrund des Erlasses des MedBG auf Bundesebene wurden die kantonalen
- MedBG

³³¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 105.

³³² OFK BV-BIAGGINI, Art. 117 N 2 f.; SG-Komm. BV-POLEDNA/DRUEY, Art. 117 N 5 f.; vgl. BGE 140 I 218 E. 5.6.

³³³ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 16 N 4; BGE 140 I 219 E. 5.6.

³³⁴ BBl 2011 7553, S. 7576.

³³⁵ BBl 2011 7553, S. 7587 f.

³³⁶ BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117a N 31; GÄCHTER/WERDER, S. 6.

³³⁷ Vgl. AS 2017 2703 und AS 2015 5081.

³³⁸ Gesundheitsrecht MedBG-SPRECHER, N 5, 9.

Regulierungskompetenzen in den durch dieses Gesetz erfassten Bereiche, insbesondere in Bezug auf die Berufszulassung, stark eingeschränkt.³³⁹ Das MedBG sieht jedoch vereinzelt noch Zuständigkeiten und geringe Handlungsspielräume der Kantone vor, welche unter N 184 ff. detailliert aufgezeigt werden.

3. Zivilrecht (Art. 122 BV)

- 148 Auch Art. 122 BV, der in Abs. 1 die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivil- und Zivilprozessrechts zur Sache des Bundes erklärt, spielt für das Gesundheitsrecht eine bedeutende Rolle.³⁴⁰ Auf dessen Grundlage wurden das ZGB sowie das OR erlassen,³⁴¹ welche auf verschiedenste Bereiche des Gesundheitswesens Auswirkungen haben (vgl. N 77 ff.). Art. 122 Abs. 1 BV stellt eine umfassende, nachträglich-derogatorische Bundeskompetenz dar. Aus Art. 5 Abs. 1 ZGB wird ersichtlich, dass der Bund seine Kompetenz ausgeschöpft hat.³⁴² Diese Bestimmung schliesst die Möglichkeit, kantonales Zivilrecht zu erlassen, aus. Lediglich im Rahmen einer bundesrechtlichen Ermächtigung könnte solches noch Geltung erlangen. Nicht eingeschränkt werden die Kantone gemäss Art. 6 Abs. 1 ZGB durch das Bundeszivilrecht in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen. Aus dieser Bestimmung leitet sich die Möglichkeit zum Erlass kantonalen öffentlichen Rechts ab, welches das Bundeszivilrecht ergänzt.³⁴³ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies jedoch nur zulässig, sofern das Bundeszivilrecht keinen abschliessenden Regelungskomplex darstellt, mit der kantonalen Norm ein schutzwürdiges öffentliches Interesse verfolgt wird und diese nicht gegen den Sinn und Zweck des Bundesrechts verstösst.³⁴⁴
- Bundeszivilrecht

III. Verbleibende kantonale Kompetenzen im Gesundheitswesen

- 149 Wie bereits ausgeführt, fällt das Gesundheitsrecht grundsätzlich in die Regelungskompetenz der Kantone, wobei der Bund über fragmentarische Kompetenzen verfügt.³⁴⁵ Obwohl der Bund rege von seinen Kompetenzen Gebrauch gemacht hat und das Gesundheitsrecht hierdurch stark harmonisiert wurde, verbleiben den Kantonen immer noch zahlreiche Aufgaben und Zuständigkeiten.³⁴⁶ Diese können weniger schematisch dargestellt werden als die Bundeskompetenzen, eine grobe Einordnung ist jedoch trotzdem möglich. So können die weiterhin bestehenden Zuständigkeiten der Kantone den Bereichen des Gesundheitspolizeirechts, der Gesundheitsversorgung und dem Vollzug von Bundesrecht zugeordnet werden.³⁴⁷
- Allgemeine Ausführungen

³³⁹ GÄCHTER/WERDER, S. 11.

³⁴⁰ Vgl. GUILLOD, S. 55.

³⁴¹ Vgl. Ingress des ZGB, dessen fünfter Teil das OR bildet.

³⁴² OFK BV-BIAGGINI, Art. 122 N 2.

³⁴³ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 6 N 10.

³⁴⁴ Statt vieler: BGE 150 IV 161 E. 3.1; 143 I 403 E. 7.1; 131 I 333 E. 2.1.

³⁴⁵ Vgl. N 143.

³⁴⁶ Gesundheitsrecht MedBG-SPRECHER, N 74.

³⁴⁷ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 106.

- 150 Die öffentliche Gesundheit ist ein Polizeigut, welches es zu schützen gilt. Das Gesundheitspolizeirecht fasst demzufolge die Gesamtheit der Rechtsnormen zusammen, welche die Abwehr von konkreten Gefahren und Beeinträchtigungen der Gesundheit zum Zweck haben.³⁴⁸ Auf Bundesebene finden sich diesbezügliche Bestimmungen u.a. im MedBG oder HMG. Trotz der bundesrechtlichen Gesetzgebung verbleiben den Kantonen noch Regelungsbefugnisse im Bereich des Gesundheitspolizeirechts. Diese sind namentlich bei den Bewilligungspflichten für Spitäler sowie ambulanten Einrichtungen oder der Selbstdispensation von Arzneimitteln zu verorten.³⁴⁹ Das Gesundheitspolizeirecht
- 151 Im Bereich der Gesundheitsversorgung verfügen die Kantone über eine bedeutende Autonomie.³⁵⁰ Diese kommt ihnen insbesondere im Bereich der Spitalversorgung zu. Einerseits betreiben die Kantone eigene Institutionen wie Spitäler oder Pflegeheime. Andererseits wird ihnen durch Art. 39 KVG die Aufgabe der Spitalplanung zugeteilt, welche sie durch die Erstellung von Spitallisten und Erteilung von Leistungsaufträgen erfüllen müssen.³⁵¹ Die diesbezüglichen Handlungsspielräume der Kantone werden allerdings zunehmend durch die bundesrechtliche Gesetzgebung im Zusammenhang mit der Krankenversicherung eingeschränkt, da diese zahlreichen Vorgaben für die Leistungserbringer formuliert. Aufgrund der Bedeutung für das vorliegende Gutachten sind in diesem Zusammenhang insbesondere bundesrechtliche Qualitätsvorschriften zu nennen.³⁵² Vertiefere Ausführungen diesbezüglich werden nachstehend unter N 168 ff. gemacht. Die Gesundheitsversorgung
- 152 Ein bedeutender Teil des kantonalen Gesundheitsrechts bildet sodann der Vollzug von Bundesrecht. Einerseits fällt es in den kantonalen Aufgabenbereich, Bewilligungen zur Berufsausübung und an Einrichtungen des Gesundheitswesens zu erteilen, sofern die bundesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Damit zusammenhängend ist die Aufsichtspflicht der Kantone über die Empfänger einer solchen Bewilligung. Andererseits können die Kantone Massnahmen und Sanktionen ergreifen, falls eine Gesundheitsbeeinträchtigung droht.³⁵³ Vollzug von Bundesrecht
- 153 Von besonderer Relevanz in der Praxis sind zudem die Patientenrechte, die nicht auf Bundesebene vereinheitlicht worden sind.³⁵⁴ Aus diesem Grund kennen sämtliche Kantone ein kantonales Gesundheits- oder Patientengesetz, das diesen Aspekt regeln.³⁵⁵ Im Kanton Zürich sind diesbezügliche Normen insbesondere im Patientinnen- und Patientengesetz und im Gesundheitsgesetz (GesG ZH) zu finden.³⁵⁶ Patientenrechte

³⁴⁸ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 107.

³⁴⁹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 108.

³⁵⁰ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 109.

³⁵¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 109.

³⁵² GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 110.

³⁵³ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 111.

³⁵⁴ AEBI-MÜLLER et al., N 22.

³⁵⁵ BÜCHLER/MICHEL, S. 12.

³⁵⁶ Vgl. BÜCHLER/MICHEL, S. 12.

B. Unzulässigkeit eines kantonalen Verbots

- 154 In den nachstehenden Ausführungen wird aufgezeigt, dass ein absolutes (kantonales) Verbot geschlechtsumwandelnder Behandlungen an Minderjährigen rechtlich unzulässig wäre. Dabei wird zunächst auf das privatrechtliche Normgefüge eingegangen und anschliessend auf die grundrechtliche Perspektive Bezug genommen. Einleitung
- I. Unzulässigkeit aus privatrechtlicher Perspektive
- 155 Ein Verbot geschlechtsumwandelnder Behandlungen an Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie würde das körperliche Selbstbestimmungsrecht bzw. die Möglichkeit des Entscheids, sich solchen Behandlungen zu unterziehen, einschränken. Dieses Recht leitet sich aus unterschiedlichen Rechtsquellen ab (vgl. bspw. N 77, 126) und stellt im fraglichen Zusammenhang ein absolut höchstpersönliches Recht dar, das urteilsfähige Minderjährige selbständig ausüben können (Art. 19c ZGB; N 85). Die Einführung eines entsprechenden Verbots hätte folglich die Einschränkung eines privatrechtlich verankerten Rechts zur Folge, das seine Wirkung über das Privatrecht hinaus entfaltet (vgl. Art. 11 Abs. 2 BV). Einschränkung Art. 19c ZGB
- 156 Wie bereits dargelegt, fällt die Gesetzgebung im Bereich des Privatrechts dem Bund zu (N 148). Von dieser Gesetzgebungskompetenz hat er durch den Erlass des ZGB und des OR umfassend Gebrauch gemacht, so dass es den Kantonen verwehrt ist, privatrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Aus diesem Grund ist die Einführung eines Verbots geschlechtsumwandelnder Behandlungen an Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie nicht mit dem geltenden Bundes(zivil)recht vereinbar. Den Kantonen ist folglich einzig möglich, durch *öffentlich-rechtliche* Bestimmungen auf das Bundeszivilrecht einzuwirken (Art. 6 Abs. 1 ZGB). So können die Kantone gemäss Art. 6 Abs. 2 ZGB «in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen beschränken oder untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen». Abschliessende Gesetzgebung
- 157 Solche öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die dem Bundeszivilrecht widersprechen, sind unter drei kumulativen Voraussetzungen zulässig. Zunächst wird verlangt, dass der Bundesgesetzgeber nicht auf abschliessende Weise legiferiert hat und der Inhalt der fraglichen Bestimmung durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist. Zudem darf die kantonale Regelung nicht dem Sinn und Zweck des Bundesrechts widersprechen. Liegt hingegen eine abschliessende Gesetzgebung des Bundes vor, ist eine kantonale Regelung grundsätzlich unzulässig. Hiervon ist allerdings eine Ausnahme möglich, sofern der Bundesgesetzgeber nicht sämtliche anderweitigen Regelungen ausgeschlossen hat und mit der kantonalen Bestimmung ein anderer Zweck angestrebt wird als mit der bundesrechtlichen Regelung.³⁵⁷ Voraussetzungen öffentlich-rechtlicher Bestimmungen

³⁵⁷ Statt vieler: BGE 150 IV 161 E. 3.1; 143 I 403 E. 7.1.

- 158 Die bundesrechtlichen Bestimmungen bezüglich urteilsfähiger handlungsunfähiger Personen, zu welchen Art. 19c ZGB gehört, sind abschliessender Natur.³⁵⁸ Dies gilt, obwohl Art. 19c Abs. 1 ZGB die Möglichkeit einer abweichenden gesetzlichen Regelung vorsieht. Ermöglicht wird durch diese Regelung jedoch nicht die Einführung kantonaler Bestimmungen. Sie bezieht sich vielmehr auf bundeszivilrechtliche Normen. Der Bundesgesetzgeber hat von dieser Ermächtigung sowohl in einzelnen Bestimmungen des ZGB (so etwa in Art. 30b Abs. 4 ZGB oder Art. 90 Abs. 2 ZGB) als auch in Spezialgesetzen Gebrauch gemacht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Sterilisationsgesetz).³⁵⁹ Eine kantonale Regelung in diesem Bereich ist folglich ausgeschlossen, zumal auch die letzte Voraussetzung für deren Zulässigkeit im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist. Hierbei handelt es sich um den Zweck, der mit der fraglichen kantonalen Regelung verfolgt werden sollte. Art. 19c ZGB will urteilsfähigen Handlungsunfähigen einen Handlungsspielraum im Rahmen ihrer höchstpersönlichen Rechte einräumen, innerhalb dessen ihnen die Fähigkeit zugesprochen wird, diese selbständig auszuüben. Mit einem Verbot spezifischer medizinischer Behandlungen wird dieses Recht jedoch eingeschränkt. Dies erfolgt mit dem Gedanken, dass entsprechende Eingriffe weitreichende Folgen mit sich bringen und Minderjährige aus diesem Grund ungeachtet ihrer eigentlichen Urteilsfähigkeit nicht in diese einwilligen sollen. Die Stossrichtung eines entsprechenden Verbots fällt somit mit derjenigen des Art. 19c ZGB zusammen bzw. widerspricht dieser Bestimmung diametral, so dass eine entsprechende kantonale Regelung auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 Abs. 1 ZGB unzulässig erscheint.
- 159 Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass ein kantonales Verbot geschlechtsumwandelnder Behandlungen jeglicher Art an Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie unzulässig ist. Dies ergibt sich aus der Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen im Bereich des Zivilrechts. Eine entsprechende Verbotsnorm würde zu einer Einschränkung des Art. 19c ZGB führen, was weder durch eine kantonale Norm privatrechtlicher noch öffentlich-rechtlicher Natur zulässig ist.
- II. Fragliche Zulässigkeit aus grundrechtlicher Perspektive
- 160 Wie unter N 122 ff. festgehalten, sind vor dem Hintergrund des vorliegenden Gutachtens insbesondere der Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 1 BV), das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) von Bedeutung. Die Zulässigkeit einer Einschränkung von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV wird im Folgenden unter spezieller Berücksichtigung des Art. 11 Abs. 1 BV detailliert geprüft.
- 161 Mangels Einschlägigkeit der polizeilichen Generalklausel ist das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage nötig, wie sie Art. 36 Abs. 1 BV fordert. Ein Verbot geschlechtsumwandelnder Behandlungen an Minderjährigen würde gesetzlich geregelt werden, so dass dieser Voraussetzung Genüge getan wäre. Zu prüfen ist jedoch, ob ein schwerer oder leichter Eingriff vorliegt, da diesbezüglich unterschiedliche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gestellt werden (vgl. N 118). Da für diese Abgrenzung keine allgemeingültigen Kriterien bestehen, müssen unterschiedliche Indikatoren

Nichtvorliegen der Voraussetzungen im konkreten Fall

Zusammenfassung

Einleitung

Gesetzliche Grundlage

³⁵⁸ BK ZGB-KOLLER, Art. 6 N 212; CR CC I-BOVET/GRODECKI, Art. 6 N 36.

³⁵⁹ BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 19c N 3.

berücksichtigt werden.³⁶⁰ Das Bundesgericht hält diesbezüglich lediglich fest, dass für die Beurteilung der Schwere eines Eingriffs objektive Kriterien zu berücksichtigen sind.³⁶¹ Diesbezüglich kann neben der Art, der Dauer, der Persönlichkeitsnähe der Grundrechtseinschränkung auch die Anzahl betroffener Grundrechtsträger ein möglicher Hinweis auf einen schweren Eingriff darstellen.³⁶²

- | | | |
|-----|---|------------------------------|
| 162 | Im vorliegenden Fall würde ein gesetzlich verankertes Verbot geschlechtsumwandelnder Behandlungen sämtliche Minderjährige mit Geschlechtsdysphorie in ihrer Entscheidungsfreiheit einschränken. Der Kreis betroffener Personen wäre damit breit und aufgrund der generell-abstrakten Natur einer gesetzlichen Regelung zudem offen gehalten. Den fraglichen Jugendlichen wird die Vornahme einer gewünschten Behandlung untersagt, wobei sie auf den Zeitpunkt ihrer Volljährigkeit «vertröstet» werden. Dies kann u.U. nicht bloss eine erhebliche Zeitspanne darstellen, in welcher sie weiterhin unter ihrer Geschlechtsdysphorie leiden, sondern auch allfällige Konsequenzen auf ein späteres Behandlungsergebnis haben (insbesondere falls keine Pubertätsblockade durchgeführt wird, vgl. N 0). Schliesslich stellt die Unterbindung des persönlichen Entscheids zur Anpassung des biologischen an das erlebte Geschlecht einen Eingriff in einen höchstpersönlichen und eng mit der Persönlichkeit verbundenen Bereich dar. Die genannten Indizien sprechen vorliegend deutlich für die Annahme eines schweren Eingriffs. | Schwerer Eingriff |
| 163 | Nach Art. 36 Abs. 2 BV müssen Einschränkungen von Grundrechten im öffentlichen Interesse liegen, wobei der Schutz von Polizeigütern als legitimes Interesse dienen kann (vgl. N 119). Die öffentliche Gesundheit, die als mögliches Polizeigut in Frage kommt, schützt jedoch nicht die individuelle Gesundheit einzelner Personen. Vielmehr wird die Volksgesundheit, d.h. die «Gesundheit der Bevölkerung als Kollektiv» ³⁶³ geschützt. ³⁶⁴ Die Behandlungen Minderjähriger mit Geschlechtsdysphorie stellen jedoch nicht eine allgemeine Gefährdung der Volksgesundheit dar, sondern betreffen individuelle Personen und deren Gesundheit. Dieses Polizeigut kann demnach nur beschränkt als legitimes öffentliches Interesse beigezogen werden und wiegt als solches nicht schwer. | Öffentliches Interesse |
| 164 | Neben der Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen, die zu einem Grundrechtseingriff führen können, kann der Staat Massnahmen zum Schutz vor einer Selbstgefährdung ergreifen. Dies ist jedoch nicht beliebig möglich, da dies das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Grundrechtsausübung unzulässigerweise verletzen würde. Vielmehr bedarf es einer staatlichen Fürsorgepflicht, damit der Staat schützend eingreifen kann. Eine entsprechende Fürsorgepflicht lässt sich u.a. aus dem Anspruch der Kinder und Jugendlichen auf besonderen Schutz (Art. 11 Abs. 1 BV) ableiten. ³⁶⁵ Will sich ein Jugendlicher geschlechtsumwandelnden Behandlungen unterziehen, fällt dieser Entscheid in das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person. Um dieses jedoch gültig | Staatliche Fürsorgepflichten |

³⁶⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 313.

³⁶¹ Statt vieler BGE 149 I 129 E. 3.4.2; 137 I 209 E. 4.3.

³⁶² KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 313.

³⁶³ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 597.

³⁶⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 389.

³⁶⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 396 ff.

ausüben zu können, bedarf es der Einwilligungsfähigkeit, welche wiederum die Urteilsfähigkeit voraussetzt (vgl. N 79). Da der Eintritt Letzterer nicht einheitlich definiert werden kann und aus diesem Grund eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich des Vorliegens besteht, kann der Staat im Rahmen seiner Fürsorgepflicht Massnahmen zum Schutz der Jugendlichen ergreifen.³⁶⁶ Auf diese Weise kann verhindert werden, dass sich Jugendliche weitgehenden und folgenschweren Behandlungen unterziehen, ohne dass die hierfür notwendige Urteilsfähigkeit gegeben wäre. Erfolgt in einem entsprechenden Fall trotzdem eine Behandlung, kann dies einerseits zu strafrechtlichen Konsequenzen für den behandelnden Arzt führen (vgl. N 95 ff.). Zudem kann ein mangelndes Verständnis für die Konsequenzen der Behandlungen in einer Unzufriedenheit sowie einem allfälligen Re-Transitionswunsch resultieren. Der Staat kann im Rahmen seiner Fürsorgepflicht Massnahmen ergreifen, um dieses negative Ergebnis zu verhindern. Ein Verbot jeglicher Behandlungsmöglichkeiten für Minderjährige mit Geschlechtsdysphorie stellt eine mögliche Schutzmassnahme dar. Ob diese jedoch der Verhältnismässigkeitsprüfung standhält, ist im nachstehenden Absatz zu prüfen.

- 165 Das Ziel, welches mit einem Verbot geschlechtsumwandelnder Behandlungen verfolgt würde, besteht in der Verhinderung zu früher Transitionen und der damit verbundenen späteren Unzufriedenheit und allfälliger Re-Transitionen (samt der sodann verbleibenden Infertilität). Zudem kann auf diese Weise auch negativen Langzeitfolgen der Behandlungen, die nach dem heutigen Wissensstand nicht gänzlich abgeschätzt werden können, entgegengewirkt werden. Mit einem Verbot sämtlicher Behandlungen an Minderjährigen wird dieses Ziel erreicht, so dass die Eignung bejaht werden kann. Ob dahingegen die Erforderlichkeit sowie die Zumutbarkeit ebenfalls gegeben sind, erscheint fraglich. Eine pauschale Beantwortung dieser Frage ist nicht möglich. Vielmehr müsste eine diesbezügliche Diskussion unter feingliedriger Differenzierung der unterschiedlichen Behandlungsmethoden, deren Zielen sowie Folgen geführt werden. Im Hinblick auf die unter N 155 ff. gemachten Ausführungen kann an dieser Stelle auf die Darstellung der unterschiedlichen Argumente und deren gegenseitige Abwägung verzichtet werden, da eine *kantonale* Verbotsnorm betreffend geschlechtsumwandelnde Behandlungen an Minderjährigen nicht mit dem geltenden Bundesrecht vereinbar und folglich unzulässig ist. Wenn eine solche Diskussion geführt würde, müsste dies auf Bundesebene stattfinden.

Verhältnismässigkeit

- 166 Somit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass ein Verbot geschlechtsumwandelnder Behandlungen das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) tangiert. Die Zulässigkeit der Einschränkung muss vor diesem Hintergrund im Rahmen des Art. 36 BV und unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 1 BV) geprüft werden. Mangels der kompetenzrechtlichen Zulässigkeit einer kantonalen Verbotsnorm muss die umfangreiche Diskussion an dieser Stelle nicht geführt werden. Immerhin lässt sich festhalten, dass ein vollständiges Verbot auch auf Bundesebene grundrechtlich nur schwer zu rechtfertigen wäre.

Zusammenfassung

³⁶⁶ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 397.

C. Alternative kantonale Handlungsoptionen

- 167 Da die Einführung eines kantonalen Verbots geschlechtsumwandelnder Behandlungen nicht zulässig ist, muss nach alternativen Lösungsmöglichkeiten gesucht werden, mit denen ein entsprechendes Ziel ebenfalls verfolgt werden könnte. Notwendigkeit alternativer Lösungen
- I. Kantonale Spitalplanung und Qualitätssicherung
- 168 Wie unter N 149 ff. beschrieben, verbleibt den Kantonen nur eingeschränkter Handlungsspielraum. Ambulante Behandlungen sind i.d.R. privatrechtlichen Normen unterstellt. Stationäre Behandlungen unterliegen dagegen regelmässig öffentlich-rechtlichen Bestimmungen; bei Privatspitälern, die mit Leistungsaufträgen ausgestattet sind, ist dies umstritten³⁶⁷ und an dieser Stelle nicht weiter zu vertiefen. Die Unterstellung unter öffentliches Recht folgt daraus, dass Kantone die Grundversorgung an Spitalleistungen sicherzustellen haben, welche diese gemäss dem Krankenversicherungsgesetz mittels Leistungsaufträgen an öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Spitäler vergeben. Die Erbringung von stationären Leistungen (zum Begriff N 77) im Rahmen der OKP ist deshalb eine öffentliche Aufgabe. Damit ist aber auch gesagt, dass alles, was nicht zur Grundversorgung gehört, i.d.R. wiederum privatrechtlicher Natur ist (bspw. Zusatzversicherungen).³⁶⁸ Herleitung
- 169 Die Zulassungsanforderungen an die Spitäler zur Leistungserbringung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a–c KVG beziehen sich auf die polizeiliche Genehmigung, die den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten soll (z.B. ausreichende ärztliche Betreuung). Die zusätzlichen Anforderungen für die Aufnahme in eine Spitalliste (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG) dienen nicht dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, sondern zielen auf eine Spitalplanung ab.³⁶⁹ Die Kantone müssen eine Spitalplanung durchführen, d.h. sie müssen das Angebot und die Nachfrage an stationärer Versorgung zu Lasten der OKP in ihrem Kanton ermitteln. Der Bundesgesetzgeber betont dabei stets, dass die Spitalplanung Sache der Kantone ist.³⁷⁰ Der Bundesrat erlässt hingegen die Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58a–f KVV). Zu den Anforderungen gehört auch, dass das öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierte Spital auf der kantonalen Spitalliste geführt wird, also einen entsprechenden Leistungsauftrag durch den Kanton erhalten hat (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG). Auf diesen Listen werden also jene Spitäler mit Leistungsauftrag geführt. Nur diejenigen Spitäler, die auf einer kantonalen Spitalliste stehen, können Leistungen zu Lasten der Krankenpflegeversicherung erbringen.³⁷¹ Die Zulassungsanforderungen richten sich nach den im KVG und KVV festgelegten Kriterien. In den letzten Jahren sind diese Zulassungsanforderungen durch mehrere Revisionen des Bundesgesetzgebers konkretisiert bzw. detaillierter ausgestaltet worden.³⁷² Art. 39 KVG

³⁶⁷ AEBI-MÜLLER et al., N 166 ff. m.w.H.

³⁶⁸ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 299 f.

³⁶⁹ OFK KVG-KIESER/GEHRING/BOLLINGER, Art. 39 N 1.

³⁷⁰ BBl 2004, 5551, S. 5567; 2016 257, S. 266.

³⁷¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 1095 f.

³⁷² U.a. BBl 2004, 5551, S. 5551 ff.; 2016 257, S. 257 ff.; 2018, 3125, S. 3125 ff.

Insbesondere ist 2021 die Revision zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit und Qualität in Kraft getreten.³⁷³ Der Bundesrat ging in dieser Vorlage davon aus, dass sich für die Kantone keine Änderungen ihrer bisherigen Aufgaben und Kompetenzen ergeben würden. Er ging sogar davon aus, dass durch verbesserte Qualitätssicherung künftig weniger Kosten verursacht würden.³⁷⁴

- | | | |
|-----|--|------------------------|
| 170 | Der Zweck der bedarfsgerechten Planung durch den Kanton besteht darin, Überangebote zu verhindern, die zu vermehrten und längeren Spitalaufenthalten führen könnten. Das primäre Ziel stellt demnach die Kostensenkung dar. ³⁷⁵ Zusätzlich steht die Qualität der Leistungserbringung im Vordergrund. Die Kantone ermitteln zunächst ihren Bedarf in nachvollziehbaren Schritten (Art. 58b Abs. 1 Satz 1 KVV). Sie stützen sich dabei namentlich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche und berücksichtigen u.a. die für die Prognose des Bedarfs relevanten Einflussfaktoren (Art. 58b Abs. 1 Satz 2 KVV). Gemäss Art. 58b Abs. 4 lit. a KVV berücksichtigen die Kantone für die Bestimmung des auf der Liste zu sichernden Angebotes insbesondere die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Leistungserbringung. | Zweck und Vorgehen |
| 171 | Um den aktuellen Herausforderungen im Gesundheitswesen zu begegnen und den Zugang zu qualitativ hochwertiger Gesundheitsversorgung finanziell tragbar zu halten, sah der Bundesrat verstärkte Anstrengungen zur Förderung der Qualität als notwendig an. ³⁷⁶ Während in den Anfängen des KVG noch ein recht enges Begriffsverständnis der Qualitätssicherung vorherrschte und insbesondere in der Kontrolle von bestimmten Ergebnissen bestand, hat sich der Begriff ausgeweitet, was der Bund in der Revision sichtbar machen wollte über den nun neu formulierten Art. 58 KVG. ³⁷⁷ | Revisionsgründe |
| 172 | Der Bund legiferiert im Rahmen der Anforderungen an die Qualität abschliessend. ³⁷⁸ Qualitätskriterien, die der Bund für die Planung aufstellt, sind die folgenden: Das Unternehmen muss über qualifiziertes Personal und ein geeignetes Qualitätsmanagementsystem verfügen. Zudem soll es ein internes Berichts- und Lernsystem implementieren und sich, sofern vorhanden, einem gesamtschweizerischen Netzwerk zur Meldung unerwünschter Ereignisse anschliessen. Es muss auch mit der notwendigen Ausrüstung ausgestattet sein, um an nationalen Qualitätsmessungen teilzunehmen und die Medikationssicherheit durch die elektronische Erfassung der verordneten und abgegebenen Arzneimittel zu gewährleisten. Diese Kriterien sind in Art. 58d Abs. 2 lit. a–e und in Art. 58g lit. a–e KVV aufgelistet. Die Resultate nationaler Qualitätsmessungen können als Auswahlkriterien für Einrichtungen herangezogen werden (Art. 58d Abs. 3 KVV). Bei der Bewertung der Spitäler sollte besonders auf die Nutzung von Synergien, die Mindestfallzahlen und das Potenzial zur Konzentration von Leistungen geachtet werden, um die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Versorgung zu verbessern (Art. 58d | Qualitätsanforderungen |

³⁷³ AS 2021 151.

³⁷⁴ BBl 2016 257, S. 299.

³⁷⁵ BBl 1992 I 93, S. 114; 2004 5551, S. 5567 f.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 1095; OFK KVG-KIESER/GEHRING/BOLLINGER, Art. 39 N 10, 11.

³⁷⁶ BBl 2016 257, S. 264 f.

³⁷⁷ BBl 2016 257, S. 275.

³⁷⁸ BBl 2016 257, S. 266.

Abs. 4 KVV). Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Qualität kann auf aktuellen Bewertungen anderer Kantone basieren (Art. 58d Abs. 5 KVV).

- | | | |
|-----|---|---------------------------|
| 173 | Der Bundesgesetzgeber gewichtet die Qualität der Leistung also sehr hoch, was sich u.a. aus den in N 172 beschriebenen vorgegebenen Kriterien ergibt. Die Kantone sind allerdings weiterhin zuständig für die Überprüfung der Qualität, d.h. dem Kanton verbleibt die Aufgabe, die Leistungserbringer dahingehend zu überprüfen, ob sie die Qualitätsanforderungen erfüllen. Offen ist jedoch, wie die Qualitätssicherung zu erfolgen hat, d.h. dies liegt gemäss ausdrücklicher Aussage des BAG im <i>Ermessen der Kantone und damit in ihrem Handlungsspielraum</i> . ³⁷⁹ | Bedeutung der Qualität |
| 174 | Zusammenfassend bedeutet dies Folgendes: Nach Bundesrecht sind die Kantone verpflichtet, durch eine interkantonal koordinierte Planung eine bedarfsgerechte Spitalversorgung sicherzustellen und eine nach Leistungsaufträgen gegliederte Spitalliste zu erstellen (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e sowie Art. 39 Abs. 2 KVG). Der Bundesrat hat einheitliche Planungskriterien festgelegt (Art. 58a ff. KVV), welche die Kantone bei der Auswahl und Beurteilung der Spitäler berücksichtigen müssen. Diese Kriterien umfassen die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, den Zugang der Patienten zur Behandlung innerhalb einer angemessenen Frist sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtungen, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Art. 58b Abs. 4 KVV). Bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität achten die Kantone besonders auf die Effizienz der Leistungserbringung, den Nachweis der notwendigen Qualität, die Mindestfallzahlen und die Nutzung von Synergien (Art. 58b Abs. 5 KVV). Die Planung erfolgt leistungsorientiert für die Versorgung in Spitälern zur Behandlung akutsomatischer Krankheiten und in Geburtshäusern sowie leistungs- oder kapazitätsorientiert für die rehabilitative und psychiatrische Behandlung (Art. 58c KVV). Die Kantone überprüfen ihre Planung regelmässig (Art. 58a Abs. 2 KVV). Der Bund räumt der Qualität und deren Sicherung im Gesundheitssystem neben der Kosteneffizienz also einen sehr hohen Stellenwert ein. <i>Die Kantone sind hier speziell gefordert, da sie für den Vollzug zuständig sind, wobei ihnen bei der Qualitätssicherung ein erheblicher Ermessensspielraum in der konkreten Ausgestaltung zugutekommt.</i> | Zusammenfassung |
| 175 | Der Kanton Zürich hat die bundesrechtlichen Vorgaben zur Spitalplanung in seinem Spitalplanungs- und Finanzierungsgesetz umgesetzt und gestützt auf dieses kantonale Gesetz im Anschluss diverse Spitallisten erlassen. ³⁸⁰ Auch in den Spitallisten wird der Qualität und deren Sicherung hoher Stellenwert eingeräumt, spiegelbildlich zur bundesrechtlichen Vorgabe. So beschäftigen sich ca. zehn von 23 Seiten der Erläuterungen zu den Spitallisten für Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie in der Version für 2024 mit der Qualitätssicherung und -entwicklung. ³⁸¹ | Kantonale Regelung |
| 176 | § 4 Ab.1 SPFG ZH legt fest, dass sich die Planung grundsätzlich nach dem KVG richtet. § 4 Abs. 4 SPFG ZH macht Vorgaben zur Spitalplanung und sieht bspw. vor, dass seltene und komplexe Leistungen, die eine aufwendige Infrastruktur benötigen, | Anforderungen an Spitäler |

³⁷⁹ BBl 2016 257, S. 266; BAG Verordnungen, S. 24.

³⁸⁰ Abrufbar unter: <<https://www.zh.ch/de/gesundheit/spitaeler-kliniken/spitalplanung.html>> (besucht am 15.03.2025).

³⁸¹ Generelle Anforderungen, S. 2.

koordiniert und konzentriert werden sollen (§ 4 Abs. 4 lit. c SPFG ZH). § 5 Abs. 1 SPFG ZH legt fest, welche Anforderungen ein Spital erfüllen muss, um einen Leistungsauftrag zu erhalten. Dazu gehören eine zweckmässige Infrastruktur, ausreichende Untersuchungs- und Behandlungskapazitäten sowie ein Qualitätssicherungskonzept, das den Bundesvorgaben entspricht. Ausserdem muss das Spital alle Zürcher Patienten gemäss den Vorgaben des KVG aufnehmen, ein geeignetes Patientenversorgungskonzept vorweisen, genügend Gesundheitspersonal ausbilden und eine sachgerechte Kostenrechnung führen. Spitäler, die diese Anforderungen erfüllen, können sich um einen Leistungsauftrag bewerben. Bei der anschliessenden Prüfung durch den Kanton wird insbesondere die Qualität und Wirtschaftlichkeit der bisherigen und geplanten Leistungserbringung begutachtet und bewertet.³⁸² Gemäss § 6 SPFG ZH erhalten diejenigen Spitäler einen Leistungsauftrag, die für die bedarfsgerechte Spitalversorgung notwendig sind, die Vorgaben der Spitalplanung möglichst gut umsetzen und die genannten Anforderungen bestmöglich erfüllen.³⁸³

- | | | |
|-----|---|-------------------------------|
| 177 | Der Regierungsrat kann die Spitalliste gemäss § 8a Abs. 1 lit. a–d SPFG ZH während ihrer Geltungsdauer anpassen, ohne eine umfassende Versorgungsplanung durchzuführen, insbesondere in folgenden Fällen: | Anpassung
der Spitalliste |
| | <ul style="list-style-type: none"> a) um eine Unterversorgung zu verhindern, b) um den Leistungsauftrag eines Spitals zu ergänzen, c) bei Nichteinhaltung der Voraussetzungen für den Leistungsauftrag, d) um das Planungsziel gemäss § 4 SPFG ZH zu fördern, ohne das Gesamtleistungsangebot der Spitalliste zu verändern. | |
| 178 | Der Regierungsrat des Kantons Zürich erachtet es in diesem Zusammenhang auch als zulässig, wenn sich die Anpassung nur auf ein Segment der Spitalversorgung bezieht, bzw. nur auf einen Leistungsbereich oder -gruppen. ³⁸⁴ Dies ist deshalb nötig, um die Versorgung stets sicherzustellen und um den Leistungsauftrag gegebenenfalls zu präzisieren oder zu beschränken. ³⁸⁵ | Teilanpas-
sung |
| 179 | Die bundesrechtlichen Vorgaben zu Qualität und Wirtschaftlichkeit sowie Wirksamkeit und Zweckmässigkeit schlagen auch auf die Spitalplanung durch: Die Behandlungsmethoden müssen dem aktuellen wissenschaftlichen Stand entsprechen, was bedeutet, dass die Spitalplanung sicherstellen muss, dass die Versicherten eine Behandlung erhalten, die dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaften entspricht. Eine solche Behandlung muss wirksam sein, d.h., sie muss die Genesung der Patienten fördern, und zweckmässig sein, was bedeutet, dass die medizinischen Vorteile die Risiken überwiegen. Nur unter diesen Bedingungen darf ein Spital die Behandlung gegenüber dem Versicherer abrechnen (Art. 32 KVG). ³⁸⁶ Dies ist auch das Ziel der Spitalplanung gemäss § 4 Abs. 3 SPFG ZH: «Ziel der Spitalplanung ist die bedarfsgerechte, qualitativ hochstehende, gut zugängliche, wirtschaftlich tragbare und | Qualität und
Spitalplanung |

³⁸² ABI 17.07.2020, S. 20.

³⁸³ Vgl. die Ausführungen in ABI 17.07.2020, S. 11 f.

³⁸⁴ ABI 17.07.2020, S. 20.

³⁸⁵ ABI 17.07.2020, S. 21.

³⁸⁶ ABI 17.07.2020, S. 27.

langfristige Versorgung der Bevölkerung mit stationären und damit verbundenen ambulanten Spitalleistungen.» Die Qualität richtet sich nach den bundesrechtlichen Vorgaben (so z.B. Art. 58b Abs. 4 lit. a KVV: Bei der Bestimmung des zu sichernden Angebots soll insbesondere Qualität berücksichtigt werden) sowie nach den allgemeinen wissenschaftlichen Standards.³⁸⁷ Die Leistungserbringer müssen also insbesondere die bundesrechtlich definierten Qualitätsanforderungen erfüllen gemäss Art. 58g lit. a – f KVV, deren Einhaltung prüft im Rahmen der Vergabe der Leistungsaufträge bei der Spitalplanung der Kanton. Gemäss § 7 Abs. 1 lit. c SPFG ZH legt der Regierungsrat «die mit den Leistungsaufträgen verbundenen Anforderungen insbesondere betreffend Infrastruktur, Personal, Qualität, Indikationsqualität, Mindestfallzahlen, Vorsorge für ausserordentliche Lagen, Datenlieferung, Datenschutz und Informationssicherheit fest.»

- | | | |
|-----|--|---------------|
| 180 | Der Regierungsrat hat in seinen Erläuterungen zur Revision des SPFG ZH festgehalten, dass die Form der Anforderungen in § 7 Abs. 1 lit. c SPFG ZH bewusst offen gelassen wurde, da diese in den Anhängen zur Spitalliste festgelegt werden. Diese Anhänge werden als Auflagen zu den Leistungsauftragsverfügungen verstanden. Die Anforderungen können als konkrete Vorgaben zur Erfüllung des Leistungsauftrags formuliert werden, wie etwa die Einhaltung bestimmter Standards. Alternativ könnten die Anforderungen auch in einer generell-abstrakten Form als Verordnung festgelegt werden. ³⁸⁸ Mindestfallzahlen, wie in § 7 Abs. 1 lit. c SPFG ZH erwähnt, haben i.d.R. qualitätsverbessernde und kostensenkende Auswirkungen. ³⁸⁹ | Anforderungen |
| 181 | Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass Qualitätscontrollings bundesrechtskonform sind. ³⁹⁰ Ebenso schreibt der Bund den Kantonen nicht vor, wie diese die Qualität beurteilen sollen. ³⁹¹ Das bedeutet, dass den Kantonen ein erheblicher Ermessensspielraum in der Qualitätssicherung zukommt. Das Ermessen muss dabei pflichtgemäss ausgeübt werden. | Spielraum |
| 182 | Aufgrund der Bestrebungen auf Bundesebene, die der Kanton Zürich im SPFG ZH umgesetzt hat, die Qualität bestmöglich zur Entfaltung zu verhelfen und dabei gleichzeitig kostendämpfende Effekte mitzuberücksichtigen, <i>bietet es sich an, ein interdisziplinäres Komitee wie unter N 37 ff. beschrieben, einzurichten.</i> Die in § 1631e BGB beschriebene interdisziplinäre Kommission ist zwar für die Beurteilung bei Intersexualität zuständig, wobei die betroffenen Kinder meist noch nicht urteilsfähig sind, da medizinische Entscheidungen oftmals im Säuglings- oder Kindesalter getroffen werden. Dennoch könnte eine solche Kommission resp. ein solches Komitee auch bei Geschlechtsdysphorie als Teil der Qualitätssicherung bei der Behandlung Jugendlicher eingesetzt werden. So kann gewährleistet werden, dass die jeweiligen fachlichen Sichtweisen im konkreten Fall besprochen werden und eine belastbare Grundlage für die zu treffende Entscheidung vorhanden ist. Zudem kann geprüft werden, ob die zu treffende Entscheidung auf einer ausreichenden Information beruht, die betroffene Person über eine | Möglichkeit |

³⁸⁷ So bereits ABl 17.07.2020, S. 28.

³⁸⁸ ABl 17.07.2020, S. 38.

³⁸⁹ ABl 17.07.2020, S. 42.

³⁹⁰ Urteil des BVGer C-5603/2017 vom 14. September 2018 E. 14.2.

³⁹¹ BAG Verordnungen, S. 24; Urteil des BVGer C-5603/2017 vom 14. September 2018 E. 7.6.6.2.

ausreichende psychische Stabilität verfügt und ob ihr Entscheid freiwillig erfolgt. Ein solches Komitee einzusetzen fällt in den Handlungsspielraum des Kantons. Dieser hat, wie beschrieben, einen grossen Ermessensspielraum bei der Frage, wie die Qualität zu sichern ist. Da das Ermessen pflichtgemäss auszuüben ist, ist der Kanton am besten beraten, den medizinischen Standards zu folgen, die ein solches Komitee empfehlen. *Darüber hinaus kann durch die Einrichtung eines solchen Komitees eine gewisse Konzentration der Behandlungen erreicht werden; nur diejenigen Spitäler mit einem solchen hauseigenen Komitee erhalten Leistungsaufträge. Zusätzlich wird über die bestmögliche Sicherstellung der Qualität der Behandlungen sichergestellt, dass die Patienten und Patientinnen keine unnötigen oder falschen Behandlungen erhalten. Das Komitee sichert also die Qualität und unterstützt im Rahmen der Patientensicherheit gleichzeitig die bestmögliche Behandlung des Betroffenen.* Wie beschrieben wäre eine Anpassung der Spitalliste, auch in nur einzelnen Bereichen, möglich.

- 183 Im Rahmen seiner Planungskompetenz bei stationären Behandlungen kann der Kanton also ein Komitee (wie unter N 37 ff. beschrieben) einrichten, um die Qualität der Behandlungen nach neuestem Stand in der Wissenschaft zu sichern. Dies fällt in seine Handlungskompetenz und entspricht in der konkreten Ausgestaltung dem pflichtgemässen Ermessen. Gleichzeitig können Wirtschaftlichkeitsbestrebungen realisiert werden, da voraussichtlich eine gewisse Konzentration (Zentralisierung) der Behandlungen erfolgen wird. Alternativ wäre es dem Kanton unbenommen, Mindestfallzahlen für Behandlungen im Zusammenhang mit Geschlechtsdysphorie vorzusehen.

Zusammenfassung

II. Anknüpfung an kantonale Aufsichtspflicht (Art. 41 MedBG)

- 184 Wie unter N 147 ausgeführt, erliess der Bund gestützt auf seine verfassungsmässigen Kompetenzen das MedBG. Dieses Gesetz verfolgt gemäss Art. 1 Abs. 1 MedBG den Zweck, die Qualität der Aus-, Weiter-, Fortbildung sowie der Berufsausübung des medizinischen Fachpersonals zu fördern. Zu diesem Zweck sieht das MedBG verschiedene Anforderungen und Regeln vor, um einen schweizweit geltenden Standard zu schaffen.³⁹² Gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. e MedBG umschreibt das MedBG Regelungen zur Ausübung der universitären Medizinalberufe in eigener fachlicher Verantwortung, worunter bspw. die Bewilligungspflicht zur Berufsausübung nach Art. 34 Abs. 1 MedBG zu subsumieren ist. Die Erteilung einer solchen Bewilligung fällt gemäss Art. 34 Abs. 1 MedBG in den Aufgabenkreis der zuständigen kantonalen Behörde. Die diesbezüglichen Bewilligungsvoraussetzungen sind jedoch in Art. 36 Abs. 1 und 2 MedBG bundesrechtlich (abschliessend) vereinheitlicht.³⁹³ Durch diese Harmonisierung auf Bundesebene soll des Weiteren die Freizügigkeit der Personen mit universitären Medizinalberufen sichergestellt werden. Dieser Grundsatz ist in Art. 36 Abs. 4 MedBG verankert und könnte durch unterschiedliche materielle Bewilligungsvoraussetzungen auf kantonaler Ebene vereitelt werden, so dass solche unzulässig sind.³⁹⁴ Stellt die kantonale Behörde fest, dass die Voraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Bewilligung, so dass den Kantonen lediglich eine

Bewilligungs-
erteilung und
-entzug

³⁹² Vgl. BBl 2005 173, S. 201; vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 105; Gesundheitsrecht MedBG-SPRECHER, N 175.

³⁹³ BBl 2005 173, S. 226; GÄCHTER/WERDER, S. 5.

³⁹⁴ BBl 2013 6205, S. 6224; Gesundheitsrecht MedBG-SCHAFFNER, N 410.

Vollzugsfunktion zukommt.³⁹⁵ Entfallen die Bewilligungsvoraussetzungen ganz, teilweise oder wird nachträglich bekannt, dass die Bewilligung nie hätte erteilt werden dürfen, wird diese durch die zuständige kantonale Behörde nach Art. 38 Abs. 1 MedBG entzogen.

185 Das MedBG stellt nicht bloss Voraussetzungen für den Erhalt einer Berufsbewilligung auf, sondern formuliert in Art. 40 MedBG abschliessende Berufspflichten, so dass den Kantonen keine Möglichkeit offensteht, diesbezüglich weitere Regelungen vorzusehen.³⁹⁶ Allerdings ist Art. 40 lit. a MedBG offen formuliert und hält lediglich fest, dass die medizinischen Fachpersonen ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben haben. Diese Bestimmung stellt folglich eine Generalklausel dar,³⁹⁷ die durch kantonale Gesetzes- und Verordnungsnormen präzisiert werden kann, sofern ihr allgemeiner Geltungsbereich nicht ausgeweitet wird.³⁹⁸ Dieser Rahmen wird respektiert, wenn die kantonalen Regelungen allgemeine Prinzipien wiedergeben, die in der gesamten Schweiz anerkannt sind.³⁹⁹ Dies ist bspw. bei Vorschriften hinsichtlich der Patientendokumentation der Fall.⁴⁰⁰ Im Rahmen ihrer Vollzugstätigkeit kommt den Kantonen bei der Sicherstellung der Einhaltung dieser Berufspflichten eine bedeutende Rolle zu. Art. 41 Abs. 1 MedBG schreibt den Kantonen vor, dass sie eine zuständige Behörde bezeichnen müssen, welche nach Abs. 2 die Einhaltung der Berufspflichten sicherzustellen hat.

Berufspflichten und kantonale Aufsicht

186 Die erwähnten Mechanismen sollen u.a. zur Förderung der Qualität der Berufsausübung der universitären Medizinalfachpersonen beitragen und so die Verfolgung des Zwecks des MedBG unterstützen. Den Kantonen kommt bei der Erreichung dieses Ziels zwar eine bedeutende Rolle zu, ohne dass ihnen aber ein erheblicher Spielraum bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Zuständigkeiten eingeräumt wird. Lediglich im Hinblick auf die Generalklausel des Art. 40 lit. a MedBG besteht ein möglicher Regelungsbereich, wobei auch diesem enge Schranken gesetzt sind. Dass den Kantonen im Geltungsbereich des MedBG keine bedeutende Regelungs- und Handlungsspielräume mehr zukommen sollen, ergibt sich nicht bloss aus der inhaltlichen Struktur und dem geschaffenen System des MedBG, sondern auch aus dem Gedanken, den der Gesetzgeber beim Erlass dieses Gesetzes verfolgte. Das MedBG und dessen Inhalt führt zu einer schweizweiten Harmonisierung und Vereinheitlichung der Anforderungen und Voraussetzungen, welche insbesondere an die Qualitätsförderung gestellt werden.⁴⁰¹ Die Kantone sollen nicht mehr materiell gesetzgeberisch tätig werden, sondern vielmehr das Bundesrecht vollziehen.

Kein ausreichender Anknüpfungspunkt

³⁹⁵ MARTI/STRAUB, S. 238; vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 111.

³⁹⁶ BBl 2005 173, S. 228; MARTI/STRAUB, S. 246.

³⁹⁷ BBl 2005 173, S. 228.

³⁹⁸ BBl 2015 8715, S. 8752; BGE 149 II 109 E. 7.3.1; Gesundheitsrecht MedBG-RUMETSCH, N 493.

³⁹⁹ BGE 149 II 109 E. 7.3.1.

⁴⁰⁰ ABI 06.06.2008, S. 800.

⁴⁰¹ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 105; Gesundheitsrecht MedBG-SPRECHER, N 175; vgl. MARTI/STRAUB, S. 235 f.

- 187 Im Hinblick auf allfällige Regulierungen im Zusammenhang mit der Behandlung von Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie kann im Rahmen des Medizinalberuferechts bzw. der kantonalen Aufsicht über die Medizinalberufe keine ausreichende Grundlage für den Erlass eines Verbotes oder einer Einschränkung der anpassenden Behandlungen und Operationen oder anderer Schranken erlassen werden.
- Kein Raum
für kantonale
Regulierung

Teil 5: Fazit und konkrete Beantwortung der Fragen

- | | | |
|-----|---|---|
| 188 | Medizinische Behandlungen von Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie unterliegen einem komplexen Normgefüge und sind zudem aus rechtlicher Sicht in vielen Punkten im Einzelnen umstritten, wenn auch nicht unzulässig. Den Kantonen kommt, wie aufgezeigt, ein nur äusserst eingeschränkter gesetzgeberischer Handlungsspielraum zu, da die betroffenen Rechtsgebiete durch Bundesrecht grundsätzlich abschliessend geregelt sind. | Fazit |
| 189 | Der Rechtsvergleich hat bereits aufzeigen können, dass es in den untersuchten Ländern keine einheitliche Vorgehensweise und auch keinen internationalen Konsens zum Umgang mit medizinischen Behandlungen bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie gibt. Gewisse Staaten sind restriktiv und verbieten Eingriffe bei Minderjährigen, manche orientieren sich an der individuellen Einwilligungsfähigkeit. Deutschland hat im Bereich der geschlechtsanpassenden Eingriffe bei Intersexualität in § 1631e BGB eine differenzierte Lösung geschaffen. Auch wenn die Intersexualität einen anders gelagerten Bereich betrifft, können aus der entsprechenden Regelung einige Schlüsse auch für den Bereich der Transsexualität und der Geschlechtsdysphorie gezogen werden, denn diese Regelung sucht einen angemessenen Ausgleich zwischen den Bedürfnissen sowie Interessen der betroffenen Minderjährigen einerseits und einer möglichst sorgfältigen und umsichtigen Behandlung andererseits. | Rechtsvergleich |
| 190 | Die Schweiz gewichtet das Selbstbestimmungsrecht der Menschen und gerade auch von Kindern und Jugendlichen, bezogen auf deren geistig/seelischen Reife, sehr hoch, was sich bereits auf Verfassungsstufe in den Grundrechten und der Kinderrechtskonvention zeigt und sich weiter durch das Zivil-, Straf- und öffentliche Recht zieht. Die individuelle Einwilligungsmöglichkeit der urteilsfähigen Person nimmt eine zentrale Rolle ein. Gleichwohl zeigen sich an verschiedenen Stellen auch fürsorgliche, paternalistische Ansätze, um Einzelne vor sich selbst und ihren gegebenenfalls voreiligen Handlungen und irreversiblen körperlichen Transformationen zu schützen. Dennoch ist keine einheitliche Antwort auf die sich im Bereich des Gutachtenthemas stellenden Fragen zu finden. | Rechtliche Ausgangslage |
| 191 | Im Bereich der Fragen und Regelungsgegenstände, die sich im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung von Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen stellen, verfügt der Bund über die massgeblichen Regelungskompetenzen, die er aus weitgehend ausgeschöpft hat. Die Handlungsmöglichkeiten der Kantone sind dadurch stark eingeschränkt. Ein kantonales Verbot von geschlechtsangleichenden Operationen bei Minderjährigen würde dem geltenden Bundesrecht widersprechen. Auch weniger weit gehende Massnahmen stehen den Kantonen nur in engem Rahmen zur Verfügung. | Handlungsmöglichkeit des Kantons |
| 192 | Eine verhältnismässige und im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben immerhin zulässige Lösung könnte etwa darin bestehen, zur Qualitätssicherung eine interdisziplinäre kantonale Kommission einzusetzen, die sicherstellen soll, dass im Vorfeld von medizinischen geschlechtsanpassenden Massnahmen bei Geschlechtsdysphorie alle erforderlichen Informationen und Interessen angemessen berücksichtigt und gewichtet werden. Sie könnte in Anlehnung an die deutsche Bestimmung des § 1631e BGB | Interdisziplinäre Kommission zur Qualitätssicherung |

gebildet werden, die erforderlichen Abklärungen für den Bereich der Geschlechtsdysphorie von Minderjährigen tätigen und so Gewähr für die notwendige Qualitätssicherung bieten.

193 Einer solchen interdisziplinären Kommission sollen zumindest die folgenden Personen angehören:

Anforderungen an Kommission

1. die das Kind oder die jugendliche Person behandelnde ärztliche Person,
2. mindestens eine weitere ärztliche Person,
3. eine Person, die über eine psychologische, kinder- und jugendlichenpsychotherapeutische oder kinder- und jugendpsychiatrische Berufsqualifikation verfügt, und
4. eine in Ethik oder Recht aus-, weiter- oder fortgebildete Person.

Die ärztlichen Kommissionsmitglieder sollten unterschiedliche kinderheilkundliche Spezialisierungen aufweisen. Unter ihnen sollte ein/e Facharzt/ärztin für Kinder- und Jugendmedizin mit dem Schwerpunkt Kinderendokrinologie und -diabetologie sein. Ein Kommissionsmitglied nach Nr. 2 sollte nicht in der Einrichtung der medizinischen Versorgung beschäftigt sein, in der der operative Eingriff resp. die sonstigen geschlechtsanpassenden Massnahmen durchgeführt werden soll. Die Kommissionsmitglieder nach Nr. 1 bis 3 müssten Erfahrung im Umgang mit Kindern resp. Jugendlichen mit Geschlechtsdysphorie haben. Auf Wunsch der Eltern resp. des urteilsfähigen Minderjährigen sollte die Kommission eine Beratungsperson mit Geschlechtsdysphorie beteiligen.

Die befürwortende Stellungnahme betreffend eine entsprechende medikamentöse Massnahme oder einen operativen Eingriff an den inneren oder äusseren Geschlechtsmerkmalen der minderjährigen Person mit Geschlechtsdysphorie, der eine Angleichung des körperlichen Erscheinungsbilds des/der Minderjährigen an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts zur Folge haben könnten und der mit dem Kindeswohl im Einklang steht, müsste insbesondere folgende Angaben enthalten:

1. die Bezeichnung der Mitglieder der Kommission und Informationen zu ihrer Befähigung,
2. das Alter des Kindes resp. Jugendlichen und ob und welche Form der Geschlechtsdysphorie es aufweist,
3. die Bezeichnung des geplanten Eingriffs und welche Indikation für diesen besteht,
4. warum die Kommission den Eingriff unter Berücksichtigung des Kindeswohls befürwortet und ob er aus ihrer Sicht dem Wohl des Kindes am besten entspricht, insbesondere, welche Risiken mit diesem Eingriff, mit einer anderen Behandlung oder mit dem Verzicht auf einen Eingriff bis zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Kindes verbunden sind,

5. ob und durch welche Kommissionsmitglieder ein Gespräch mit den Eltern und dem Kind resp. Jugendlichen geführt wurde und ob und durch welche Kommissionsmitglieder die Eltern und das minderjährige Kind resp. der Jugendliche mit Geschlechtsdysphorie über die vorliegende Form aufgeklärt und beraten wurden,
6. ob eine Beratung der Eltern und des Kindes durch eine Beratungsperson mit einer mit Geschlechtsdysphorie stattgefunden hat,
7. inwieweit das Kind resp. der Jugendliche in der Lage ist, sich eine Meinung zu bilden und zu äussern und ob der geplante Eingriff seinem Willen entspricht, sowie
8. ob die gegebenenfalls beigezogene Beratungsperson die befürwortende Stellungnahme mitträgt.

194 Dem Kanton Zürich ist es unbenommen, im Rahmen der bundesrechtlich vorgeschriebenen Qualitätssicherung (N 182 f.) eine so oder sinngemäss ähnlich gestaltete Kommission vorzusehen. Zulässigkeit

195 Nachfolgend werden die Gutachtensfragen nochmals wiedergegeben und unter Anführung der wichtigsten Punkte knapp beantwortet. Gutachtensfragen

196 a. *Welche Regelungen betreffend Eingriffe bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie bestehen in zur Schweiz vergleichbaren Ländern (z.B. Grossbritannien, Niederlande, Deutschland, Finnland, Schweden)?* Frage 1

Die skandinavischen Länder kennen restriktive Regelungen und teils auch Altersgrenzen. Grossbritannien und auch Deutschland kennen ein ähnliches System wie die Schweiz, d.h. es kommt auf die individuellen Möglichkeiten der betroffenen Person an. Ihre individuelle Einwilligungsfähigkeit steht folglich im Vordergrund. Deutschland hat darüber hinaus bereits eine Regelung bei intersexuellen Minderjährigen getroffen; Behandlungen sind dort nur möglich, wenn ein interdisziplinäres Komitee diesen zustimmt. Auch wenn die Intersexualität und Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen unterschiedliche Phänomene sind, bietet die recht junge Deutsche Regelung doch einige Anhaltspunkte, an denen sich eine schweizerische Regelung auf Bundesstufe oder – in etwas angepasster Form – auf kantonaler Stufe (in der Form von Qualitätsanforderungen an die Behandlung) orientieren könnte.

197 b. *Welche rechtlichen Möglichkeiten gibt es, damit ein Kanton, im vorliegenden Fall der Kanton Zürich, geschlechtsangleichende Operationen bei minderjährigen Patientinnen und Patienten untersagen kann?* Frage 2

Ein absolutes Verbot von geschlechtsangleichenden Operationen ist auf kantonaler Ebene nicht möglich, da ein solches dem geltenden Bundesrecht widersprechen würde. Dies betrifft das Zivil-, wie auch das öffentliche Recht. Eine weniger weit gehende Alternative wäre allenfalls, im Rahmen der Qualitätssicherung bei den Spitälern einen neuen Indikator für die Qualität einzuführen, und zwar eine interdisziplinäre Kommission, die die in Aussicht genommenen Operation begutachtet. Hierbei könnten die Überlegungen, wie sie in § 1631e BGB betreffend die Behandlung von Kindern mit

Varianten der Geschlechtsentwicklung gelten, in einer angepassten Form hierangezogen werden.

- 198 c. *Gibt es eine Rechtsgrundlage für den Kanton, spezifische Eingriffe bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie zu untersagen?* Frage 3
- i. *Geschlechtsangleichende Operationen*
 - ii. *Geschlechtsangleichende Hormontherapie*
 - iii. *Pubertätsblockierende Therapie*

Eine Differenzierung der Eingriffe ist im Hinblick auf ein kantonales Verbot nicht zielführend, da sämtliche Behandlungen dem Bundesrecht entsprechen müssen.

- 199 d. *Falls es aktuell keine Rechtsgrundlage für etwaige Verbote gibt, wie und wo müssten entsprechende Änderungen in der Gesetzgebung erfolgen?* Frage 4

Änderungen müssten aus Sicht der Gutachtenden nicht auf kantonaler, sondern auf bundesrechtlicher Ebene erfolgen, um ein allfälliges Verbot zu erwirken. Allerdings wären restriktivere bundesrechtliche Regelungen, wie sie etwa die skandinavischen Länder kennen, durchaus denkbar. Auf kantonaler Ebene verbleibt nur der im Gutachten beschriebene, stark eingeschränkte Handlungsspielraum.

- 200 e. *Ist es aus ethischer Sicht vertretbar, geschlechtsangleichende Operationen, die Gabe von geschlechtsangleichenden Hormonen oder die Gabe von Pubertätsblockern bei Minderjährigen zu verbieten?* Frage 5

Nach unserer Einschätzung decken sich die ethischen Diskussionen zu den entsprechenden Fragen weitgehend mit den im Gutachten behandelten rechtlichen, insbesondere grundrechtlichen, Diskussionen. Die NEK hat zudem im Bereich der Humanmedizin am 16. Dezember 2024 ihre für die zu führende Diskussion sehr bedeutende Stellungnahme «Medizinische Behandlung von minderjährigen Personen mit einer Geschlechtsdysphorie»⁴⁰² veröffentlicht, die es zu beachten gilt. In ihrem Fazit kommt sie zu folgenden Ergebnissen:

«1) *Medizinische Betreuung und Behandlung*

- a) Der Zugang zu einer qualitativ hochstehenden, interdisziplinären Betreuung und Beratung muss gewährleistet sein.
- b) Behandlungsentscheidungen haben auf Basis der individuellen Indikation zu erfolgen.
- c) Keine stellvertretende Einwilligung bei irreversiblen körpermodifizierenden Behandlungen.
- d) Der Entscheidungsprozess ist ergebnisoffen und partizipativ auszugestalten (Shared Decision Making).
- e) Die Pathologisierung der Betroffenen ist zu vermeiden.
- f) Bei Bedarf sollten institutionelle Gefässe der klinischen Ethikberatung zur Unterstützung der Entscheidungsfindung genutzt werden.

2) *Wissenschaftliche Evidenz und Forschung*

⁴⁰² NEK-CNE, Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen.

- a) Bestehende Forschungslücken sollten identifiziert und geschlossen werden.
- b) Das Vorsorgeprinzip rechtfertigt keinen prinzipiellen Behandlungsverzicht.
- c) Soziale Faktoren sind bei Untersuchungen zur Wirksamkeit einer Behandlung systematisch mitzubedenken.

3) *Gesellschaftlicher Kontext*

- a) Geschlecht ist als Spektrum mit diversen Ausprägungen aufzufassen.
- b) Die gesellschaftliche Anerkennung einer spezifischen Geschlechtsidentität sollte von körpermodifizierenden Behandlungen entkoppelt werden.
- c) Die öffentliche Skandalisierung des Themas schadet den betroffenen Personen und gefährdet eine evidenzbasierte medizinische Versorgung.»