Sarah Baudis, Greifswald*

Intersexualität als Rechtsproblem

I. Einleitung

„Ist es ein Junge oder ein Mädchen?“ Dies ist oft die erste Frage, die nach der Geburt eines Kindes gestellt wird. Was ist aber, wenn sie nicht so einfach beantwortet werden kann? Was ist, wenn das Kind nicht eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann, sondern ein zwischengeschlechtliches Erscheinungsbild aufweist? Dann wurde ein intersexuelles Kind geboren.

Diese Zwischengeschlechtlichkeit widerspricht allerdings dem Vorstellungsbild unserer binären Gesellschaft, in dem es nur zwei Geschlechter gibt. Aus diesem Grund war es lange Zeit absolut vorherrschend, dass intersexuelle Kinder einem der „beiden“ Geschlechter zugeordnet und geschlechtszuweisende medizinische Maßnahmen durch Operationen und Hormontherapien an ihnen vorgenommen wurden. Diese Behandlungspraxis ist aber insbesondere bei Betroffenen zunehmend auf Kritik gestoßen,[1] so dass zurzeit in den medizinischen Fachkreisen teilweise ein Umdenken stattfindet.[2] Begleitet wurde dies durch die Änderung des Personenstandsgesetzes im Jahr 2013. Seitdem muss gemäß § 22 Abs. 3 PStG bei Kindern mit uneindeutigem Geschlecht dieses nicht mehr in das Geburtenregister eingetragen werden.

Trotz dieser ausdrücklichen Anerkennung der Intersexualität durch den Gesetzgeber gibt es noch viele rechtliche Fragen und Probleme.[3] Eine vollumfängliche Bewertung kann im Rahmen dieser Arbeit leider nicht erfolgen. Um der Komplexität gerecht zu werden, soll sich diese Arbeit im Folgenden nach einer kurzen Einführung in die Thematik auf die rechtliche Bewertung der medizinischen Behandlungspraxis an Kindern beschränken. Das Ergebnis wird eine juristisch fundierte Empfehlung bilden, wie nach der Geburt eines intersexuellen Kindes zu verfahren ist, insbesondere ob und wann Behandlungen vorgenommen werden dürfen.

II. Was ist Intersexualität?

Unsere Gesellschaft ist durch das binäre Geschlechtssystem geprägt: Menschen sind entweder Männer oder Frauen. Der Begriff Intersexualität bedeutet aber wörtlich übersetzt „zwischen den Geschlechtern“[4]. Er wurde von *Richard Goldschmidt* stark beeinflusst, der im Rahmen einer Untersuchung feststellte, dass es nicht nur die beiden Extreme gibt, sondern dass eine lückenlose Reihe von geschlechtlichen Zwischenstufen existiert.[5] Intersexualität beschreibt daher das Phänomen, dass Menschen aufgrund ihrer körperlichen Besonderheiten weder eindeutig dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können.[6]

Wer aber ist Mann und wer ist Frau? Wonach richtet sich überhaupt die Geschlechtszuordnung? Eine gesetzliche Definition gibt es hierfür nicht. Fest steht, dass das Geschlecht kein eindimensionales Merkmal ist, sondern dass es sich aus verschiedenen Eigenschaften und Merkmalen ergibt. In biologischer Hinsicht kann die geschlechtliche Zuordnung anhand der Chromosomen (XY oder XX), Gonaden (Keimdrüsen: Hoden oder Eierstöcke) bzw. der durch sie produzierten Hormone, Gonduktalen (innere Geschlechtsorgane: Nebenhoden, Samenwege, Prostata oder Eileiter, Uterus, Vagina) und Genitalien (Penis, Hodensack oder Vagina, Klitoris, Labien) stattfinden.[7] Darüber hinaus existiert das psychische Geschlecht, die sogenannte Geschlechtsidentität. Danach erfolgt die Geschlechtszuordnung nach dem Selbstempfinden der Person: Fühlt sie sich männlich, weiblich oder eben zwischengeschlechtlich?[8] Bei Intersexuellen können nicht alle biologischen geschlechtsdeterminierenden und -differenzierenden Merkmale des Körpers einem Geschlecht zugeordnet werden.[9] Entweder fehlen typische Merkmale eines Geschlechts[10], sind

---

* Die Autorin ist mittlerweile Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht von Prof. Dr. *Heinrich Lang*. Der Aufsatz beruht auf einer Seminararbeit aus dem Schwerpunkt Gesundheits- und Medizinrecht, welche im Sommersemester 2014 erstellt und mit 10 Punkten bewertet wurde. Die Arbeit wurde am 03.08.2015 mit dem Genderpreis der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald ausgezeichnet.

1 Vgl. z.B. *Intersex Society of North America*, What does ISNA recommend for children with intersex?, http://www.isna.org/faq/patient-centered/ (Abruf v. 17.08.2014); *Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband*, Intersexualität, was ist das?, http://www.intersexuelle-menschen.net/intersexualitaet/ (Abruf v. 26.08.2014).

2 Vgl. z.B. *Muntau*, Pädiatrie, 2. Aufl. 1997, S. 83; *Salzer-Muhar/Horak/Trittenwein/Pollak*, Säugling, Kindheit und Jugend, 8. Aufl. 2012, S. 143.

3 Es gibt z.B. für Intersexuelle keine rechtliche Institution um eine Partnerschaft einzugehen; § 1591 BGB bestimmt, dass die Mutter eines Kindes die „Frau“ ist, die es geboren hat.

4 *AWMF*, Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie „Intersexualität Störung der sexuellen Differenzierung“, Leitlinien-Register Nr. 006/105, http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/006-105.pdf (Abruf v. 26.08.2014).

5 *Goldschmidt*, Vorläufige Mitteilung über weitere Versuche zur Vererbung und Bestimmung des Geschlechts, BCbl 1915, 565 (566).

6 *Deutscher Ethikrat*, Intersexualität (Stellungnahme), http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf, S. 11 (Abruf v. 26.08.2014).

7 *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 264. Aufl. 2013, „Geschlecht“.

8 *Pschyrembel* (Fn. 7), „Geschlechtsidentität“; *Richter-Appelt*, Intersexualität nicht Transsexualität, BuGBl 2013, 240 (245).

9 *Richter-Appelt*, Intersexualität und Medizin. Erste Ergebnisse eines Forschungsprojekts, ZfS 2004, 239 (240).

10 Z.B. das Fehlen einer Vagina bei Personen mit einem 46,XX-Chromosomensatz.

unterentwickelt[11], zu stark ausgeprägt[12] oder Merkmale beider Geschlechter – mehr oder minder ausgeprägt – liegen gleichzeitig[13] bei einer Person vor. Die Ursache von Intersexualität wird in einer untypischen Entwicklung im pränatalen geschlechtlichen Differenzierungsprozess gesehen. Dieser variiert im Einzelnen und kann unterschiedliche Folgen für die geschlechtliche Entwicklung haben.[14] Intersexualität ist also ein Oberbegriff, der die verschiedenen Formen der körperlichen Abweichungen zusammenfasst. Sie macht sich bereits unmittelbar nach der Geburt, während der Kindheit oder erst während der Pubertät bemerkbar.[15] Daher ist es schwierig, eine genaue Betroffenenrate zu bestimmen. In den Quellen lassen sich Angaben von 1 zu 1500, 2000[16], 4500[17] oder 5000[18] Geburten finden. Eine Studie von *Fausto-Sterling* ergab, dass der Anteil von Menschen mit Intersexualität an der Gesamtbevölkerung bei 1,7 % liegt.[19]

III. Begriffsgeschichte

Neben dem Begriff der Intersexualität sind auch Begriffe wie Zwitter und Hermaphrodit für das Phänomen bekannt. Auf der internationalen Konferenz in Chicago im Jahr 2005 wurde eine neue Bezeichnung eingeführt: *disorder of sex development* (DSD)[20]. Die alten Begriffe wurden als stigmatisierend und zu unpräzise erachtet.[21] Intersex-Verbände kritisieren den neuen Begriff aber, weil dabei der Schwerpunkt auf Störung liege und somit die Einordnung als Krankheit vorgegeben werde.[22] Zudem bringt der Begriff zum Ausdruck, dass weiterhin nur zwei Geschlechter als Ergebnis einer „normalen" Geschlechtsdifferenzierung existieren.[23] Der deutsche Ethikrat verwendet DSD daher in Übereinstimmung mit dem nunmehr vorherrschenden Verständnis als *differences of sex development*[24]. Neben DSD in seinem neuen Verständnis wird immer noch vor allem von den Betroffenen selbst von Intersexualität gesprochen[25], daher soll es im Folgenden bei diesem Begriff bleiben.

IV. Abgrenzung zur Transsexualität

Von der Intersexualität muss die Transsexualität abgegrenzt werden. Diese liegt bei Menschen vor, die somatisch zwar eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können, deren Geschlechtsidentität aber davon abweicht.[26] Sie haben das Gefühl, im „falschen" Körper des Geschlechts zu stecken.[27]

Intersexualität und Transsexualität haben gemeinsam, dass sie nicht in das strenge binäre Geschlechtssystem passen, in dem es ausschließlich Männer und Frauen gibt, die sich auch dementsprechend fühlen.

Allerdings unterscheiden sich die Gruppen auch erheblich. Personen mit Transsexualität wünschen in der Regel eine chirurgische und hormonelle Therapie, damit ihr gesunder männlicher oder weiblicher Körper dem ihrer Geschlechtsidentität angepasst wird. Personen mit Intersexualität haben in der Regel schon im frühen Kindesalter eine geschlechtszuweisende Behandlung erfahren, fordern aber, dass dies in Zukunft nicht mehr geschieht, sondern dass Intersexualität als biologisches Geschlecht anerkannt wird.[28]

V. Medizinischer Umgang mit Intersexualität

Wird ein Kind geboren, so wird es anhand seiner äußeren Genitalien dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet. Bei Kindern mit uneindeutigen oder ungewöhnlichen äußeren Geschlechtsmerkmalen ist dies nicht so einfach möglich. Bei diesen intersexuell geborenen

11 Z.B. Mikropenis bei Personen mit einem XY-Chromosomensatz.

12 Z.B. Vergrößerung der Klitoris bei Personen mit 46,XX-Chromosomensatz.

13 Z.B. äußere weibliche Geschlechtsteile aber männliche Gonaden bei 46,XY-Frauen.

14 *Richter-Appelt*, Intersexualität. Störung der Geschlechtsentwicklung, BuGBl 2007, 52 (52); zu den unterschiedlichen Formen von Intersexualität: *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 35 ff.; *Westenfelder*, Zum aktuellen Stand der Intersextherapie, Urologe 2004, 379 (383 ff.).

15 *Richter-Appelt* (Fn. 14), BuGBl 2007, 52 (52).

16 *Intersex Society of North America*, How common is intersex?, http://www.isna.org/faq/frequency/ (Abruf v. 17.08.2014); *Woweries*, Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland (Stellungnahme), Deutscher Ethikrat, http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/Woweries-stellungnahme-intersexualitaet.pdf, S. 14 (Abruf v. 26.08.2014).

17 *Richter-Appelt* (Fn. 8), BuGBl 2013, 240 (241).

18 *Bidder*, Intersexualität. Geschlecht: Fragezeichen, http://www.focus.de/gesundheit/ratgeber/sexualitaet/tid-8293/intersexualitaet_aid_229177.html, S. 1 (Abruf v. 26.08.2014).

19 *Fausto-Sterling*, Sexing the Body, 2000, S. 51, 53.

20 Störung der sexuellen Entwicklung; *Lee/Houk/Ahmed/Hughes*, Consensus statment on management of intersex disorders, Pediatrics 2006, 488 (488).

21 *Lee et al.* (Fn. 20), Pediatrics 2006, 488 (488 f.).

22 Vgl. *Richter-Appelt* (Fn. 8), BuGBl 2013, 240 (240); *Thomas*, Die Chicago Konsensus Konferenz 2005 aus der Sicht einer Patientin, ZfS 2007, 186 (188).

23 *De Silva*, Physische Integrität und Selbstbestimmung: Kritik medizinischer Leitlinien zur Intersexualität, ZfS 2007, 176 (180).

24 Unterschiede der sexuellen Entwicklung; *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 12.

25 *Arbeitsgruppe Ethik im Netzwerk Intersexualität „Besonderheiten der Geschlechtsentwicklung"*, Ethische Grundsätze und Empfehlungen bei DSD. Therapeutischer Umgang mit Besonderheiten der Geschlechtsentwicklung/Intersexualität bei Kindern und Jugendlichen, Monatsschr Kinderheilkd 2008, 241 (241); *Lang*, Intersexualität. Menschen zwischen den Geschlechtern, 2006, S. 153 ff; *Richter-Appelt*, Intersexualität im Wandel, ZfS 2007, 93 (97); *Richter-Appelt* (Fn. 8), BuGBl 2013, 240 (240); *Schweizer*, Sprache und Begrifflichkeiten. Intersexualität benennen, in: Schweizer/Richter-Appelt (Hrsg.), Intersexualität kontrovers, 2012, 19 (36); *Thomas* (Fn. 22), ZfS 2007, 186 (188).

26 *Pschyrembel* (Fn. 7), „Transsexualität".

27 *Richter-Appelt* (Fn. 8), BuGBl 2013, 240 (240).

28 *Richter-Appelt* (Fn. 8), BuGBl 2013, 240 (241); *Theilen*, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, 1 (2).

Kindern erfolgen dann endokrinologische[29] und molekulargenetische Tests und Untersuchungen, um das Kind einem Geschlecht zuordnen zu können.[30] Ist dies geschehen, so erfolgten herkömmlicherweise in den ersten Lebensjahren geschlechtszuweisende bzw. -angleichende Operationen und Hormongaben, um den Körper des Kindes dem zugewiesenen Geschlecht anzupassen.[31] In Deutschland geschah dies schätzungsweise bei 95 % der intersexuell geborenen Kinder.[32]

1. Optimal gender policy[33]

Diese Vorgehensweise basiert auf den Theorien des amerikanischen Psychologen *John Money* und seinen Kollegen *Joan* und *John Hampson*.[34] Sie waren der Ansicht, dass intersexuell geborene Kinder keine ungestörte und normale Geschlechtsidentität entwickeln können. Daher forderten sie in ihren Richtlinien zur *optimal gender policy* aus dem Jahr 1955, dass ein intersexuelles Neugeborenes frühzeitig einem Geschlecht zugeordnet, sein äußeres Geschlecht operativ in den ersten Lebensmonaten an das Zuweisungsgeschlecht angeglichen und die Diagnose gegenüber dem Kind geheim gehalten wird. Sie gingen davon aus, dass Kinder geschlechtsneutral geboren werden und dass sich ihre Geschlechtsidentität erst ab dem dritten Lebensjahr ausprägt. Wenn bei einem intersexuell Geborenen daher innerhalb dieses Zeitraums ein eindeutiges äußeres Genital geschaffen und es geschlechtsspezifisch erzogen wird, so wird dessen Geschlechtsidentität maßgeblich geprägt bzw. geformt und das Kind kann sich normal entwickeln. Das Zuweisungsgeschlecht soll danach gewählt werden, was körperlich und operativ am besten „machbar“ ist, denn das biologische Geschlecht[35] gebe keine zuverlässige Auskunft über die sich entwickelnde Geschlechtsidentität. In der Vergangenheit wurde daher häufiger zum Mädchen als zum Jungen operiert, denn „it's easier to make a hole than to build a pole“[36].

2. Full consent policy

An dieser *optimal gender policy* wird seit den 1990er Jahren insbesondere von Betroffenen Kritik geübt. Sie sehen sich als Individualität und Variation und fordern, dass Intersexualität akzeptiert wird. Sie wehren sich gegen die Pathologisierung ihrer geschlechtlichen Besonderheit.[37] Denn es gehe nicht, wie bei der Transsexualität, um die Anpassung des Körpers an eine bereits ausgebildete Geschlechtsidentität, sondern um die Anpassung eines zwischengeschlechtlichen Körpers an das binäre Geschlechtssystem.[38] Es wird ein Umdenken hin zur *full consent policy* gefordert, in der die Entscheidung über eine geschlechtszuweisende Behandlung allein durch die intersexuelle Person getroffen werden kann. Jede Fremdentscheidung soll unzulässig sein.[39]

3. Chicago Consensus Conference

Maßgeblich für die heutige Behandlungspraxis sind die Ergebnisse der *Chicago Consensus Conference* im Jahre 2005.[40] Es wird empfohlen, dass aufgrund der Komplexität der Intersexualität eine multidisziplinäre Behandlung erfolgen soll, bei der auf eine offene Kommunikation mit den intersexuellen Kindern und deren Eltern gesetzt wird. Die Uneindeutigkeit des Geschlechts wird aber immer noch als „beunruhigender“ Zustand beschrieben, weshalb nach einer endgültigen Diagnoseerstellung eine Geschlechtszuordnung erfolgen soll. Zwar sollen bis dahin keine irreversiblen Maßnahmen vorgenommen werden und geschlechtszuweisende Behandlungen werden nur noch mit Zurückhaltung empfohlen, aber ein klarer Ausschluss von geschlechtszuweisenden Operationen an einwilligungsunfähigen Kindern erfolgte nicht.

IV. Rechtmäßigkeit der geschlechtszuweisenden Behandlung

Die medizinische Behandlungspraxis von Intersexualität bleibt ein kontrovers diskutiertes Thema. Ein völliger

29 Endokrinologie ist die Lehre von den Hormonen.

30 *AWMF*-Leitlinien-Register Nr. 006/105 (Fn. 4), S. 2 f. ; *Deutscher Ethikrat*, (Fn. 6) S. 52 f.; *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht. Eine interdisziplinäre Untersuchung, 2010, S. 134.

31 *AWMF*-Leitlinien-Register Nr. 006/105 (Fn. 4), S. 2 f.; *AWMF*, Leitlinien der Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin „Störung der Geschlechtsentwicklung“, Leitlinien-Register Nr. 027/022, http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/027-022l_S1_Stoerungen_der_Geschlechtsentwicklung_2010-10.pdf, S. 5 (Abruf v. 26.08.2014); *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 56 ff.; vgl. *Rothärmel*, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, MedR 2006, 274 (276); *Lentze/Schaub/Schulte/Spranger*, Pädiatrie. Grundlagen und Praxis, 2001, S. 507; *Muntau*, Pädiatrie (Fn. 2), S. 97; *Simon*, Pädiatrie. Lehrbuch der Kinderheilkunde und Jugendmedizin, 7. Aufl. 1995, S. 552 ff.; *Speer/Gahr*, Pädiatrie, 3. Aufl. 2009, S. 760.

32 *Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen Humboldt Law Clinic*, Parallelbericht zum 5. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT), http://www.intersexuelle-menschen.net/pdf/CAT_Parallel Report_Intersex_2011_DE.pdf, S. 9 (Abruf v. 26.08.2014).

33 Behandlung auf eine eindeutige und optimale Geschlechtsrolle hin.

34 Zum Folgenden: *Money/Hampson/Hampson*, Hermaphroditism: Recommendations, concerning assignment of sex change, and psychological management, Bull Johns Hopkins Hosp. 1955, 284 (284 ff.).

35 Chromosomen, Keimdrüsen, innere und äußere Genitalien.

36 *Lang* (Fn. 25), S. 122.

37 Vgl. z.B. *Intersex Society of North America* (Fn. 1); *Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband* (Fn. 1); *Kolbe* (Fn. 30), S. 144 ff.

38 *Richter-Appelt* (Fn. 25), ZfS 2007, 93 (94).

39 *Beh/Diamond*, An Emerging Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment on Infants with Ambiguous Genitalia?, Michigan Journal of Gender & Law 2000, http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2000to2004/2000-emerging-ethical-dilemma.html#learning, IV C 5, V (Abruf v. 26.08.2014).

40 Dies war eine gemeinsame Konferenz der Europäischen Gesellschaft für Endokrinologie und der US-amerikanischen *Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society*, vgl. zum Folgenden *Lee et al.*, Pediatrics (Fn. 20), S. 488 ff.

und klarer Aufschub der medizinischen Intervention bis zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Betroffenen konnte sich bisher nicht eindeutig durchsetzen.[41]

Um feststellen zu können, welcher Umgang bei intersexuell geborenen Kindern rechtlich angezeigt ist, müssen die möglichen geschlechtszuweisenden Maßnahmen einer Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen werden. Da eine spezielle gesetzliche Regelung bezüglich der medizinischen Behandlung von Intersexualität nicht existiert, muss diese anhand der allgemein geltenden Bestimmungen erfolgen. Danach ist jede ärztliche Maßnahme, die mit einem Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, eine Körperverletzung.[42] Zivilrechtlich können daher Haftungsansprüche aus § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 S. 1 BGB in Verbindung mit §§ 223 Abs. 1, 229 StGB relevant werden. Damit medizinische Maßnahmen rechtmäßig erfolgen, müssen grundsätzlich drei Voraussetzungen vorliegen: die medizinische Indikation, die Patienteneinwilligung und die Einhaltung des ärztlichen Standards.[43] Diese drei Elemente stellen zugleich Legitimation und Handlungsbegrenzung für einen ärztlichen Eingriff dar.[44] Hier sind allein die beiden erstgenannten Aspekte von Interesse. Das Erfordernis, dass eine ärztliche Behandlung *lege artis*[45] durchgeführt werden muss, betrifft das „Wie" der Behandlung. Es ist für die Haftung im Rahmen des Vertretenmüssens nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. im Rahmen des Verschuldens nach § 823 Abs. 1 BGB relevant, jedoch ergibt sich bei den geschlechtszuweisenden Behandlungen keine Besonderheit. In jedem Einzelfall muss geprüft werden, was der aktuelle Behandlungsstandard ist und ob dieser eingehalten wurde. Im Folgenden soll daher nur auf die medizinische Indikation und auf die Möglichkeit der Eltern, in die geschlechtszuweisenden Behandlungen ihrer Kinder einzuwilligen, eingegangen werden.

1. Medizinische Indikation

Die medizinische Indikation[46] wird definiert als das „fachärztliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall"[47]. Sie stellt somit den Grund für die Anwendung einer bestimmten diagnostischen und therapeutischen Heilbehandlung dar.[48] Eine solche Behandlung ist angezeigt, wenn Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen verhütet, erkannt, geheilt oder gelindert werden sollen.[49] Über das Vorliegen einer medizinischen Indikation entscheidet der Arzt, nachdem er einen krankhaften Zustand diagnostiziert hat, eine darauf basierende Behandlungsstrategie gewählt und eine Abwägung zwischen den Risiken und der Schwere des Eingriffs und dem erstrebten Zweck und den Erfolgschancen vorgenommen hat.[50] Ist die Indikation zu verneinen, handelt es sich bei dem ärztlichen Eingriff um eine Wunschbehandlung, ein sogenanntes *enhancement*.[51]

Im Folgenden muss daher beurteilt werden, ob es sich bei Intersexualität, also bei der fehlenden Eindeutigkeit des Geschlechts, um einen Zustand handelt, dessen Behandlung schon im Neugeborenen- bzw. Kleinkindalter medizinisch indiziert ist. Dazu werden die medizinisch möglichen und in der Vergangenheit stets praktizierten Behandlungsmethoden[52] dargestellt, um jeweils entscheiden zu können, ob diesbezüglich eine ärztliche Maßnahme angezeigt ist. Dabei kann zwischen verschiedenen operativen Eingriffen und der Hormontherapie unterschieden werden.

a) Operative Eingriffe

Bei den operativen Eingriffen kann wie folgt differenziert werden:

aa) Funktional bedingte Eingriffe

Bei einigen Formen der Intersexualität kann es vorkommen, dass eine vitale Funktion beeinträchtigt ist. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Urin wegen einer Harnröhrenverwachsung nicht abfließen kann und es dadurch zu Infektionen des Unterleibs bzw. des gesamten Bauchraums kommen kann.[53] Bei einem solchen Fall ist ein chirurgischer Eingriff medizinisch indiziert.

41 Vgl. z.B. *Muntau*, Pädiatrie (Fn. 2), S. 83; *Salzer-Muhar et al.* (Fn. 2), S. 14; solche Behandlungsmaßnahmen sollen „möglichst" erst erfolgen, wenn der/die Betroffene selbst über die Geschlechtsidentität entscheiden kann.

42 Siehe zum Streit um die Tatbestandsmäßigkeit *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 103 Rn. 2 ff.; *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern (Fn. 42), § 138 Rn. 1 ff.; *Gleixner-Eberle*, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger. Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat und Strafrecht, 2014, S. 216 ff.

43 *Laufs*, Die Entwicklung des Arztrechts 1988/89, NJW 1989, 1521 (1521).

44 *Stockter*, Präventivmedizin und informed consent, 2008, S. 73.

45 Die Behandlung muss kunstgerecht erfolgen, also dem derzeit gültigen ärztlichen Standard entsprechen, *Laufs,* in: Laufs/Kern (Fn. 42), § 6 Rn. 32.

46 Etymologischer Ursprung ist das lateinische Verb *indicare*, welches „anzeigen" bedeutet.

47 *Opderbecke*, Grenzen der Intensivmedizin, MedR 1985, 23 (25).

48 *Kern*, in: Laufs/Kern (Fn. 42), § 49 Rn. 1; *Stockter* (Fn. 44), S. 73.

49 BT-Drucks. 17/10488, S. 17; der Begriff Krankheit wird je nach Sachgebiet anders definiert, hier soll er medizinisch, als physische oder psychische Störungen pathologischer Art verstanden werden; ein Leiden ist eine länger andauernde Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens; Körperschäden sind nicht krankhafte Einschränkungen; körperliche Beschwerden sind vorübergehende, nicht zwangsläufig krankhafte Beeinträchtigungen des Wohlbefindens; seelische Störungen sind nicht pathologischer Art, vgl. dazu: *Uhlenbruck/Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 44 Rn. 1.

50 *Kern*, in: Laufs/Kern (Fn. 42), § 48 Rn. 1, § 49 Rn. 1, § 50 Rn. 1.

51 *Laufs*, in: Laufs/Kern (Fn. 42), § 6 Rn. 21.

52 Siehe zu den Behandlungsmaßnahmen *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 56 ff.; *Kolbe* (Fn. 30), S. 139 ff.

53 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 56.

bb) Gonadektomie

Werden bei einem Neugeborenen sowohl männliche als auch weibliche Gonaden entdeckt, besteht die Möglichkeit, diejenigen, die nicht dem Zuweisungsgeschlecht entsprechen, operativ zu entfernen. Dies führt zum irreversiblen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit (sofern diese vorhanden war).[54]

Das Erfordernis der Gonadektomie wird mit einem erhöhten Tumorrisiko begründet.[55] Zu beachten ist aber, dass dieses Risiko bei den verschiedenen Formen der Intersexualität unterschiedlich hoch ist und daher eine Gonadektomie nicht *per se* angezeigt ist.[56] In den meisten Fällen ist es ausreichend, regelmäßige Kontrolluntersuchungen vorzunehmen. Die medizinische Indikation muss daher im konkreten Einzelfall beurteilt werden.

Die Gonadektomie soll ferner erfolgen, damit die Hormonproduktion des nicht zugewiesenen Geschlechts verhindert wird. Die Hormone würden dazu führen, dass sich der Körper gegengeschlechtlich entwickelt; insbesondere ab der Pubertät bilden sich durch sie die sekundären Geschlechtsteile aus.[57] Die Gonadektomie verfolgt also keine Heilung. Im Gegenteil, Betroffene sind danach auf eine lebenslange Hormonersatztherapie angewiesen, sodass die Gonadektomie zu einem Zustand chronischer Krankheit führt.[58]

cc) Operationen zur Angleichung an das Zuweisungsgeschlecht

Einen großen Stellenwert bei der Behandlung Intersexueller nimmt herkömmlich die „Korrektur" der äußeren Genitalien ein. Nachdem ein intersexuelles Neugeborenes einem Geschlecht zugeordnet wurde, soll es auch äußerlich wie ein Junge oder Mädchen aussehen. Neugeborene, die dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden und nur einen als „zu klein" empfundenen Penis aufweisen, erhalten daher eine Penismodellierung. Findet eine Zuordnung zum weiblichen Geschlecht statt, wird unter Umständen eine Vaginalplastik vorgenommen, und bei einer zu groß empfundenen Klitoris wird diese verkleinert. Diese operativen Eingriffe könnten sowohl physisch als auch psychisch indiziert sein.

(1) Physische Indikation

In der Regel führt Intersexualität nicht zu körperlichen Beeinträchtigungen oder Störungen. Meistens geht es allein um die Schaffung eines unauffälligen Geschlechts. Die Anpassung des Körpers an die gesellschaftliche Norm begründet aber keine medizinische Indikation.[59]

Eine Penismodellierung soll jedoch indiziert sein, um geschlechtszugewiesenen Jungen die Fähigkeit zu geben, im Stehen urinieren zu können. Dies ist zum Beispiel bei Formen der Intersexualität nicht möglich, die mit einer Hypospadie einhergehen.[60] Dabei ist das Urinieren im Sitzen aber durchaus möglich, sodass keine funktionale Beeinträchtigung besteht. Die Notwendigkeit der Operation wird allein darin gesehen, dass die Umwelt einen Jungen erst aufgrund der Fähigkeit, im Stehen urinieren zu können, als Mann anerkennt.[61] Es geht also ausschließlich um gesellschaftliche Gründe und nicht um medizinische.

Die Notwendigkeit der geschlechtszuweisenden Operationen wird zudem mit einer weiteren funktionalen Anpassung begründet: Intersexuellen soll der heterosexuelle Geschlechtsverkehr möglich sein.[62] Ob aufgrund dessen eine medizinische Indikation anzunehmen ist, muss anhand einer Abwägung zwischen dem Zweck und den Erfolgschancen der Behandlung sowie deren Schwere und Risiken entschieden werden. Bei Jungen soll die „normale" Penetrationsfähigkeit geschaffen werden, für die angeblich eine gewisse Penisgröße notwendig ist. Jedoch kann ein angeborener Mikropenis noch während der Pubertät zur „normalen" Größe wachsen, sodass die Operation nicht nötig gewesen wäre. Zudem berichten Betroffene von mangelnder Funktionsfähigkeit und schwerwiegenden Folgeoperationen, bei denen sogar Haut von anderen Körperstellen verwendet wurde, um Penis und Harnröhre zu modellieren.[63] Die feminisierenden Operationen haben den Zweck, die Penetration zu ermöglichen. Bei der Vaginalplastik ist dies auch der einzige Grund, die „normale" Empfindsamkeit wird nicht geschaffen.[64] Zudem ist die Herstellung einer Neo-Vagina sehr problembehaftet. Da sie künstlich ist und nicht mitwächst, muss sie regelmäßig bougiert werden.[65] Dies wird von den Betroffenen als schmerzhaft, entwürdigend und traumatisierend beschrieben.[66] Die Klitorisreduktion führt oft zu einer gravierenden Beeinträchtigung der psychosexuellen Erlebnisfähigkeit.[67]

Insgesamt sind die geschlechtszuweisenden Operationen sehr schwerwiegend. Oft sind zahlreiche Folgeope-

54 *Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen Humboldt Law Clinic* (Fn. 32), S. 10.

55 *Richter-Appelt* (Fn. 14), BuGBl 2007, 52 (59).

56 *Looijenga*, Tumor risk in disorders of sex development (DSD), Best Pract Res Clin Endocrinol Metab 2007, 480 (490); *AWMF*-Leitlinien-Register Nr. 027/022 (Fn. 31), S. 5.

57 *Bosinski*, Sexualmedizinische Aspekte bei Intersexsyndromen, Der Urologe 2006, 981 (982); *Lang* (Fn. 25), S. 125.

58 Siehe hierzu bei F. I. 1 b); *Kolbe* (Fn. 30), S. 140.

59 *Kolbe* (Fn. 30), S. 140.

60 Die Harnröhre weist in diesem Fall einen ungewöhnlichen Verlauf auf, sie endet nicht in der Spitze des Penis, sondern am Übergang zum Hodensackbereich oder sogar im Darmbereich, *Lang* (Fn. 25), S. 97.

61 Vgl. *Kolbe* (Fn. 30), S. 141.

62 Bei einigen Formen der Intersexualität ist dies gar nicht oder nur unter Schmerzen möglich; *Lang* (Fn. 25), S. 129; *Kolbe* (Fn. 30), S. 140.

63 Z.B. *Devore*, Growing up in the surgial maelstrom, in: *Dreger*, Intersex in the age of Ethics, 1999, 79 (80 f.); *Hester*, Intersex(e) und alternative Heilungsstrategien. Medizin, soziale Imperative und identitätsstiftende Gegengemeinschaften, Ethik Med 2004, 49 (61).

64 *Dreger*, Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex, 2000, S. 184.

65 Dabei wird die Neo-Vagina durch Einführen eines Stabes gedehnt.

66 *Bosinski* (Fn. 57), Urologe 2006, 981 (985); *Wünsch/Wessels*, Chirurgische Strategien bei Störungen der Geschlechtsentwicklung, Monatsschr Kinderheilkd 2008, 234 (239).

67 *Bosinski* (Fn. 57), Urologe 2006, 981 (985); *Lang* (Fn. 25), S. 237 f.

rationen unter Vollnarkose von Nöten. Dabei kann es zu Wundheilungsstörungen, Narbenbildungen und Schmerzen, häufig auch zu Einbußen der Sensibilität und Orgasmusfähigkeit kommen.[68] Einige Betroffene haben vom heterosexuellen Geschlechtsverkehr später komplett Abstand genommen.[69] Maßgeblich ist auch, dass die funktionale Anpassung zur Ermöglichung des heterosexuellen Geschlechtsverkehrs für Neugeborene und kleine Kinder noch keinerlei Bedeutung hat. Zusammenfassend überwiegen zu diesem frühen Zeitpunkt die Schwere und Intensität über den Zweck des Eingriffs. Die „Korrekturen" der äußeren Genitalien sind aus physischer Sicht daher nicht indiziert, sodass diese der wunscherfüllenden Medizin zuzuordnen sind.[70]

(2) Psychische Indikation

Eine medizinische Indikation kann auch bei rein kosmetischen Behandlungen vorliegen, sofern das intersexuelle Kind unter seinem körperlichen Zustand psychisch leidet. Dieser psychische Leidensdruck kann in diesem Fall einem Krankheitswert gleichkommen.[71]

(a) Pro

Befürworter der geschlechtszuweisende Operationen sind der Ansicht, dass Kinder einer eindeutigen Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht bedürfen, um eine gesunde Geschlechtsidentität ausprägen und eine normale psychosexuelle und psychosoziale Entwicklung erfahren zu können.[72] Je mehr sich die psychosozialen Einflüsse – insbesondere bei der Erziehung – und die körperlichen Eigenschaften decken, desto früher und stabiler kann diese Entwicklung beginnen.[73] Bei Intersexualität ist diese Übereinstimmung nicht gegeben, sodass eine gestörte Geschlechtsidentität droht.

Daneben kann die Tatsache, in einem die Sexualität betreffenden Bereich „anders" als alle anderen Menschen zu sein – nicht der Norm zu entsprechen – zur Folge haben, dass sich Intersexuelle verunsichert fühlen sowie eine gestörte Selbstwahrnehmung[74] und einen Leidensdruck entwickeln.[75] Sie wissen nicht, wohin sie sich zugehörig fühlen sollen. Dementsprechend können sich die Betroffenen auch nur schwerlich in die Gesellschaft integrieren[76], sodass Rückzug aus der Gesellschaft, Vereinsamung und psychische Störungen drohen.

Neben diesem inneren psychischen Druck muss auch auf die Reaktion der Umwelt auf unbehandelte Intersexualität eingegangen werden. Vor allem in der Kindheit und Pubertät kann jede Abweichung von der Norm Hänseleien, Diskriminierungen und soziale Ausgrenzungen auslösen.[77] Dies verstärkt bei den Betroffenen das Leiden und sie versuchen, ihre Intersexualität zu verstecken, was sogar zu selbstverletzendem und suizidalem Verhalten führen kann.[78] Um also diesen Problemen zuvorzukommen, müssen – laut den Befürworten – geschlechtszuweisende Operationen schon im Kindesalter erfolgen, sodass diese medizinisch angezeigt sind.

(b) Contra

Gegen das Erfordernis der geschlechtszuweisenden Operationen spricht, dass diese keine Garantie für eine eindeutige Entwicklung der Geschlechtsidentität und des psychophysisches Wohlbefindens darstellen.[79] Es ist nicht erwiesen, dass geschlechtszuweisende Operationen eine eindeutige, dem Körper entsprechende Geschlechtsidentität zur Folge haben, denn es ist generell nicht möglich, vorherzusagen, welche Geschlechtsidentität ein Kind – unabhängig davon, ob es intersexuell geboren wurde – ausprägt.[80] Die gefühlte Geschlechtszugehörigkeit kann durch chirurgische Maßnahmen nicht beeinflusst werden. Zum Teil identifizieren sich die Betroffenen später mit dem gegensätzlichen Geschlecht, zum Teil fühlen sie sich ihr ganzes Leben lang keinem der beiden Geschlechter zugehörig.[81]

Zudem ist auch nicht erwiesen, dass unbehandelte Intersexualität zu Problemen der Geschlechtsidentität führt und psychische Störungen hervorruft. Dazu gibt es keinerlei Nachweise und Studien.[82] Im Gegenteil, eine Studie von intersexuell Aufgewachsenen ergab, dass von 80 Erwachsenen nur einer unter einer Psychose litt.[83] Als traumatisierend und als Auslöser von psychischen Störungen gelten vielmehr die geschlechtszuweisende Operation, die Folgeeingriffe und die mangelnde Aufklärung für die

68 Insbesondere bei der Klitorisreduktion *Wünsch/Wessels* (Fn. 66), Monatsschr Kinderheilkd 2008, 234 (237 ff.); *Bosinski* (Fn. 57), Urologe 2006, 981 (983).

69 *Richter-Appelt,* Medizinische und psychosoziale Aspekte der Intersexualität, in: Groneberg/Zehnder (Hrsg.), „Intersex" Geschlechtsanpassung zum Wohle des Kindes? Erfahrungen und Analysen, 2008, 54 (53, 77).

70 So auch: *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 58; *Bosinski* (Fn. 57), Urologe 2006, 981 (985); *Tönsmeyer*, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern de lege lata und de lege ferenda, 2012, S. 40.

71 *Laufs* (Fn. 43), NJW 1989, 1521 (1522).

72 BT-Drucks. 14/5267, S. 3.

73 BT-Drucks. 13/5916, S. 3.

74 Kinder wollen besonders während der Pubertät der Norm entsprechen, daher verstecken auch Diabetiker-Kinder oder Asthmatiker ihre Spritzen bzw. Sprays, vgl. *Lang* (Fn. 25), S. 242.

75 BT-Drucks. 16/4786, S. 2.

76 *Lang* (Fn. 25), S. 298, 335.

77 *Lang* (Fn. 25), S. 119, 339.

78 *Jürgensen/Hiort/Thyen*, Kinder und Jugendliche mit Störungen der Geschlechtsentwicklung. Psychosexuelle und -soziale Entwicklung und Herausforderungen bei der Versorgung, Monatsschr Kinderheilkd 2008, 226 (228); *Lang* (Fn. 25), S. 242.

79 *Brinkmann/Schweizer/Richter-Appelt*, Geschlechtsidentität und psychische Belastungen von erwachsenen Personen mit Intersexualität. Ergebnisse der Hamburger Intersex Studie, ZfS 2007, 129 (141); *Kolbe* (Fn. 30), S. 167.

80 *Kolbe*, Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung, KJ 2009, 271 (276).

81 *Lang* (Fn. 25), S. 275; *Brinkmann et al.* (Fn. 79), ZfS 2007, 129 (141).

82 Vgl. *Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen Humboldt Law Clinic* (Fn. 32), S. 13; *Rothärmel* (Fn. 31), MedR 2006, 274 (278).

83 Diese war zudem auf die Psychose eines der Elternteile zurückzuführen und nicht auf seine Intersexualität; *Fausto-Sterling* (Fn. 19), S. 94 f.

erfolgten Behandlungen.[84] Eine Betroffene berichtet davon, dass die Geheimhaltung und die Ausreden über den Grund der durchgeführten Operationen und der einzunehmenden Hormone zu psychischen Problemen führten. Sie stellte schon früh Fragen, warum sie operiert wurde, warum sie im Genitalbereich Narben habe und warum sie Hormone einnehmen müsse. Niemand erklärte es ihr, dieses Thema war tabu. Das hatte zur Folge, dass sie sich Schlimmstes ausmalte, sich als Freak fühlte und sich selbst als Monster bezeichnete.[85]

(c) Bewertung

Insgesamt ist festzustellen, dass eine klare Positionierung bezüglich der psychischen Indikation von geschlechtszuweisenden Behandlungen schwierig ist. Grund dafür ist, dass es keine eindeutigen und aussagekräftigen Langzeitstudien gibt. Geschlechtszuweisende Operationen an Neugeborenen und Kindern werden zwar insbesondere von Betroffenengruppen kritisiert, jedoch beweist auch eine Studie aus dem Jahr 2004, dass operierte Intersexuelle mit diesem Vorgehen durchaus zufrieden sind und eine Verlagerung der Behandlungen in ein späteres Alter nicht befürworten.[86] Zudem ist anzumerken, dass sich mit den Fortschritten in der Medizin auch der Behandlungsstandard geändert hat. Außerdem wurde eine umfassende Aufklärungspflicht gesetzlich in § 630e BGB normiert, sodass die Tabuisierung keine negativen Auswirkungen mehr begründen kann.[87]

Eine psychische Indikation kann nur bejaht werden, wenn die Argumente der Befürworter tatsächlich zutreffend sind. Es stellt sich als „ethisch schwer zu begründende Umkehr der Beweislast“[88] dar, wenn bewiesen werden müsste, dass Intersexualität nicht behandlungsbedürftig ist. Daher werden im Folgenden die Argumente der Befürworter bewertet und dahingehend untersucht, ob medizinische Eingriffe tatsächlich die Lösung sind.

Anzuknüpfen ist also an die These von *John Money*, dass die Geschlechtsidentität hauptsächlich sozial erlernt sei. Diese wurde aber bereits im Fall *David Reimer*[89] von ihm selbst widerlegt. Als bei dem acht Monate alten Bruce eine Operation am Penis durchgeführt wurde, kam es zu Komplikationen. Diese hatten zur Folge, dass sein Penis amputiert werden musste. *Money* war der Ansicht, dass Bruce aufgrund des fehlenden Penis keine „normale“ Geschlechtsidentität als Junge ausbilden könne. Auf sein Anraten wurde daher bei Bruce eine geschlechtsverändernde Operation durchgeführt und er wurde als Brenda aufgezogen. Das Kind wurde stets als zutiefst unglücklich beschrieben und als es später von den Ereignissen erfuhr, lies es sich wieder „umoperieren“.

Selbst wenn diesem Fall keine Intersexualität zugrunde lag, kann dennoch als Ergebnis festgehalten werden, dass die Geschlechtsidentität nicht durch ein eindeutiges Geschlecht und eine geschlechtsspezifische Erziehung formbar ist. Dieses Ergebnis wird durch die Erkenntnisse der Hamburger Studie im Bereich Geschlechtsidentität unterstützt. Bei dieser Studie ging es um die Untersuchung von Behandlungserfahrungen und Aspekten der Lebensqualität bei erwachsenen Intersexuellen, die geschlechtsanpassende Behandlungen erfahren haben. Die Probanden wiesen eine Unsicherheit in der Geschlechtszugehörigkeit und eine Diskrepanz zwischen dem zugewiesenen und dem gefühlten Geschlecht auf.[90]

Die These *Moneys*, dass unbehandelte Intersexualität wegen der uneindeutigen Geschlechtsidentität zu psychischen Störungen führt, kann ebenfalls kritisch hinterfragt werden. Dass ein „Anderssein“ in einem so intimen und persönlichen Bereich wie der Sexualität Auswirkungen auf die Psyche haben kann, ist zwar vorstellbar, allerdings gibt es einige Studien, bei denen die Probanden keinerlei psychische Störung zeigten[91], sodass dieser grundsätzlichen Annahme zu widersprechen ist. Zwar beweisen die wenigen Studien mit kleinen Probandengruppen nicht, dass Intersexuelle stets glücklich mit ihrer Anomalie leben und sich keine psychischen Störungen entwickeln könnten, doch zeigen sie deutlich, dass diese Folgen nicht zwangsläufig eintreten müssen.

Die These, dass Intersexuelle aufgrund ihres „Andersseins“ Opfer der gesellschaftlichen Stigmatisierung seien und deswegen Diskriminierung erfahren, ist ebenso nachvollziehbar. Unsere Gesellschaft ist stark am Idealbild des Menschen orientiert. Andersartigkeit ruft bei den meisten Menschen ein Störgefühl hervor und es wird versucht, die Abweichung als Krankheit zu pathologisieren, die „korrigiert“ bzw. „geheilt“ werden muss. Abweichungen von der Norm führen häufig zu besonderer Aufmerksamkeit und Neugier bei den Mitmenschen. Betroffene werden zum Objekt besonderer Beachtung, was insbesondere während der Kindheit und Jugend zu beobachten ist. In dieser Zeit führt in der Regel jedes „Anderssein“ zu Ausgrenzungen, Diskriminierungen und Hänseleien.[92] Es gibt aber auch Betroffenenberichte und Studien,

84 *Brinkmann et al.* (Fn. 79), ZfS 2007, 129 (141); *Hester* (Fn. 63), Ethik Med 2004, 49 (56); *Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen Humboldt Law Clinic* (Fn. 32), S. 13; *Kraus-Kinsky*, Adrenogenitales Syndrom. Persönliches Erleben zwischen eigener Geschichte und dem Dasein als Ärztin, in: Schweizer/Richter-Appelt (Fn. 25), 161 (162, 165).

85 Vgl. *Preves*, For the Sake of Children: Destigmatizing Intersexuality, in: Dreger, Intersex in the age of ethics, 1999, 51 (56); *Lang* (Fn. 25), S. 304, 335.

86 *Meyer-Bahlburg/Migeon/Berkovitz/Gearhart/Dolezal/Wisniewski*, Attitudes of adult 46,XY intersex persons to clinical managment policies, J Urol 2004, 1615 (1615).

87 Es finden auch keine würdebeeinträchtigenden Vorstellungen vor Medizinstudenten in Hörsälen mehr statt, vgl. *Kraus-Kinsky*, in: Schweizer/Richter-Appelt (Fn. 25), 161 (162 f.).

88 *Woweries*, Die Befreiung aus dem medizinischen Denksystem. *Deutscher Ethikrat* Online-Diskurs Intersexualität, http://diskurs.ethikrat.org/2011/07/die-befreiung-aus-den-medizinischen-denksystemen/#more-886 (Abruf v. 26.08.2014).

89 Zum Fall siehe *Schweizer/Richter-Appelt*, Behandlungspraxis gestern und heute. Vom „optimalen Geschlecht“ zur individuellen Indikation, in: Schweizer/Richter-Appelt (Fn. 25), 99 (104 ff.).

90 *Brinkmann et al.* (Fn. 79), ZfS 2007, 129 (135, 141).

91 Vgl. *Fausto-Sterling* (Fn. 19), S. 94 f.; *Kolbe* (Fn. 30), S. 168.

92 Dies kann man besonders in der Schule z.B. bei hochbegabten oder dicken Kindern beobachten vgl. hierzu auch *Jans/Warnke*, Schulverweigerung, Monatsschr Kinderheilkd 2004, 1302 (1303).

die dies widerlegen.[93] Diese These ist daher weder belegt noch widerlegt.

Um eine medizinische Indikation jedoch annehmen zu können, muss abermals eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Wie erwähnt, handelt es sich bei den geschlechtszuweisenden Operationen um schwerwiegende Eingriffe. Sie betreffen höchstpersönliche Bereiche wie die körperliche Unversehrtheit und durch die fremdbestimmte Zuordnung auch das Selbstbestimmungsrecht. Zudem erfolgen die Operationen zu einem Zeitpunkt, in dem den Neugeborenen und kleinen Kindern noch gar nicht bewusst ist, dass sie „anders" sind. Ein tatsächlicher Leidensdruck besteht zu diesem frühen Zeitpunkt noch nicht und Hänseleien, Diskriminierungen und psychische Störung drohen nur potentiell, sodass die Operationen rein prophylaktisch erfolgen. Die potentiellen psychischen Störungen resultieren nur daraus, dass die Gesellschaft mit Abweichungen vom traditionell binären System nicht zurechtkommt. Nicht die uneindeutigen Genitalien sind das Problem, sondern die noch vorherrschende Vorstellung, in der es nur Männer und Frauen gibt. Die soziale Akzeptanz kann aber nicht ausreichen, um die Schwere des Eingriffs aufzuwiegen. Auch können sich gesellschaftliche Normen im Laufe der Zeit ändern.[94] Es ist gut möglich, dass sich das Denken in der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Jugend bzw. des Erwachsenenalters gegenüber dem Zeitpunkt der Geburt schon erheblich verändert hat.[95] Intersexualität könnte irgendwann als Variante der Vielfalt akzeptiert werden, wie zum Beispiel eine Augenfarbe.[96] Ein erster Schritt in diese Richtung wurde schon durch die Anerkennung der Intersexualität seitens des Gesetzgebers durch die Einführung des § 22 Abs. 3 PStG gemacht.

Im Ergebnis muss die medizinische Indikation zur „Korrektur" der äußeren Genitalien im Neugeborenen- und Kleinkindalter aus psychischen Gründen verneint werden. Im weiteren Verlauf des Lebens kann diese Abwägung aber anders ausfallen. Hat ein Intersexueller eine eindeutige Geschlechtsidentität ausgeprägt und leidet er tatsächlich und akut unter seiner körperlichen Abweichung, ist die medizinische Indikation zu bejahen.

b) Hormongabe

Bei der Hormonbehandlung kann ebenfalls zwischen den Zweckrichtungen unterschieden werden.

Sie kann der Beseitigung einer schweren, unter Umständen lebensbedrohlichen hormonellen Störung dienen. Das ist zum Beispiel bei dem Adrenogenitalen Syndrom (AGS) mit Salzverlust der Fall. AGS ist eine genetisch bedingte Stoffwechselerkrankung, bei der die Hormonbildung in der Nebennierenrinde gestört ist. In der Nebenniere werden Kolesterol in Kortisol (Energiebringer), Aldosterol (reguliert den Salzhaushalt) und Androgene (männliche Geschlechtshormone) umgewandelt. Bei AGS werden aufgrund eines fehlenden Enzyms nicht genügend Kortisol und Aldosterol produziert, dafür aber umso mehr Androgene. Der Mangel an Aldosterol löst einen Salzverlust aus, was zu einem Schock und letztlich zum Tode führen kann. Bei Mädchen führt die Überproduktion von Androgenen außerdem zu einer Vermännlichung der äußeren Geschlechtsteile.[97] Demnach ist die Hormongabe bei dieser Form der Intersexualität medizinisch indiziert.

Eine lebenslange Hormongabe erfolgt zudem, wenn eine Gonadektomie vorgenommen wurde. In den Gonaden werden Sexualhormone (bei der Frau Östrogene und Gestagene und beim Mann Androgene) produziert. Diese sind für ein erwachsenes Erscheinungsbild und für die typischen Merkmale des Geschlechts verantwortlich.[98] Daneben haben sie aber auch eine positive Auswirkung auf das Knochenwachstum und den Fettstoffwechsel.[99] Der Körper ist also auf diese Hormone angewiesen, sie sind für den gesamten Gesundheitszustand von Bedeutung. Daher ist nach der Gonadektomie eine Hormonbehandlung indiziert.

Hormontherapien werden aber auch ohne erfolgte Gonadektomie und ohne AGS angeordnet. Dabei steht allein die Förderung der geschlechtsspezifischen Merkmale im Vordergrund. Insbesondere sollen sich dabei die sekundären Geschlechtsteile des zugewiesenen Geschlechts ausbilden und der gegensätzliche Phänotyp unterdrückt werden. Die Therapie erfolgt also nur, um das Erscheinungsbild optisch der Norm anzupassen, ohne dass jedoch eine medizinische Indikation dazu besteht.

c) Fazit

Ärztliches Handeln ist medizinisch indiziert, wenn funktionale Störungen oder Beeinträchtigungen vorliegen oder wenn ein konkretes Tumorrisiko diagnostiziert wurde. In der Regel geht es aber nur darum, das äußere Erscheinungsbild der „Norm" anzupassen, sodass die geschlechtszuweisenden Maßnahmen dem Bereich der wunscherfüllenden Medizin zuzuordnen sind.

Dies führt nicht dazu, dass die ärztlichen Maßnahmen bereits als rechtswidrig einzustufen sind. Die fehlende

93 Elternbericht in der öffentlichen Anhörung des Ethikrates, in: Deutscher Ethikrat, Dokumentation – Intersexualität im Diskurs, 2012, S. 25; *Kleinmeier/Jürgensen*, Erste Ergebnisse der Klinischen Evaluationsstudie im Netzwerk Störungen der Geschlechtsentwicklung/Intersexualität in Deutschland, Österreich und Schweiz. Januar 2005 bis Dezember 2007, http://www.netzwerk-dsd.uk-sh.de/fileadmin/documents/netzwerk/evalstudie/Bericht_Klinische_Evaluationsstudie.pdf, S. 35 (Abruf v. 26.08.2014); *Lang* (Fn. 25), S. 120.

94 Z.B. wie bei Transsexualität und Homosexualität.

95 *Arbeitsgruppe Ethik im Netzwerk Intersexualität „Besonderheiten der Geschlechtsentwicklung"* (Fn. 25), Monatsschr Kinderheilkd 2008, 241 (240); *Lang* (Fn. 25), S. 138.

96 *Lang* (Fn. 25), S. 84.

97 Vgl. *Lang* (Fn. 25), S. 89 ff.

98 Brustwachstum, Veränderung der Fettverteilung, Veränderung der Stimme, s. *Kolbe* (Fn. 30), S. 143.

99 *Richter-Unruh/Engel*, Hormonelle Behandlung bei verschiedenen Störungen der Geschlechtsentwicklung (DSD), ZfS 2007, 107 (108).

Indikation wirkt sich aber auf die Anforderung der Einwilligung aus.[100]

2. Einwilligung

Gemäß § 630d Abs. 1 S. 1 BGB muss jede ärztliche Maßnahme auf der Einwilligung des Patienten basieren.[101] Diese Notwendigkeit entspringt dem Selbstbestimmungsrecht, welches seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG[102] bzw. in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG[103] findet. Jeder soll selbst entscheiden, ob er einen Eingriff in seine körperliche Integrität wünscht.[104] Der Patient soll eigenverantwortliches Subjekt der Behandlung sein, seine Autonomie soll geschützt bzw. hervorgehoben werden.[105]

Bei den zu beurteilenden geschlechtszuweisenden Operationen haben die Eltern die Einwilligung für ihre Kinder erteilt. Es liegt also gerade kein Fall der Selbstbestimmung vor, sondern der Fremdbestimmung. Fremdbestimmung in einem so höchstpersönlichen Bereich wie der körperlichen Unversehrtheit, der Geschlechtsidentität, der Fortpflanzungsfähigkeit und der sexuellen Selbstbestimmung darf nur ausnahmsweise geschehen.[106] Daher muss im Folgenden untersucht werden, ob es sich bei der elterlichen Einwilligung in diese genitalverändernden Maßnahmen um einen solchen Ausnahmefall handelt. Dazu wird dargestellt, woraus das Recht der Eltern zur Fremdbestimmung resultiert, welche Voraussetzungen daran geknüpft sind und insbesondere welche Grenzen die Eltern bei dieser Fremdbestimmung beachten müssen.

a) Elterliche Sorge

Das Recht der Eltern, fremdbestimmte Entscheidungen für ihr Kind zu treffen und somit auch in ärztliche Maßnahmen einzuwilligen, entstammt dem verfassungsrechtlich verankerten Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. In seiner Funktion als klassisches Abwehrrecht gewährleistet dieses Grundrecht das Fernbleiben von staatlicher Einmischung, sodass den Eltern bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes ein weiter Handlungs- und Ermessensspielraum zukommt. Ihnen steht das Entscheidungsprimat hinsichtlich der Entwicklung ihres Kindes zu.[107] Sie dürfen sogar Entscheidungen treffen, durch die das Kind gewisse Nachteile erleidet.[108]

Einfachgesetzlich wird dieses Elternrecht durch die elterliche Sorge der §§ 1626 ff. BGB konkretisiert, wobei § 1626 Abs. 1 BGB diese in die Personen- sowie Vermögenssorge aufteilt. Die Personensorge wird wiederum in §§ 1631 Abs. 1, 1632 BGB näher ausgestaltet und enthält insbesondere auch das Recht, Entscheidungen in Bezug auf das physische und psychische Wohlergehen des Kindes zu treffen. Dazu gehört auch, ärztliche Maßnahmen zu veranlassen und hierin einzuwilligen.[109]

b) Einwilligungsunfähigkeit der Kinder

Kennzeichnend für das Elternrecht ist aber, dass es einer zeitlichen Abstufung unterliegt. Es beginnt mit der Zeugung des Kindes und nimmt immer weiter ab, bis es mit der Volljährigkeit endgültig erlischt.[110] Daher sind die Eltern nur dann zur Fremdbestimmung berechtigt, sofern das Kind aufgrund der fehlenden Reife und Einsichtsfähigkeit nicht selbst über den konkreten Lebenssachverhalt entscheiden kann.[111] Dies korrespondiert mit § 630d Abs. 1 S. 1 BGB, der grundsätzlich die Einwilligung des Patienten selbst fordert. Fremdbestimmung ist nach § 630d Abs. 1 S. 2 BGB nur möglich, wenn der Patient nicht einwilligungsfähig ist, also nach seiner geistigen und sittlichen Reife nicht imstande ist, das Wesen, die Bedeutung und Tragweite des ärztlichen Eingriffs zu verstehen.[112]

Die hier in Frage stehenden geschlechtszuweisenden Maßnahmen erfolgen an Neugeborenen und kleinen Kindern. Diese haben in keinem Fall die geforderte Verstandesreife, sodass sie ihre Rechte nicht selbst wahrnehmen können. Demnach scheitert das Fremdbestimmungsrecht der Eltern nicht an der zeitlichen Abstufung ihres Rechts.

c) Aufklärung

Damit die Eltern aber überhaupt die Entscheidung zur medizinischen Behandlung entsprechend den Interessen des Kindes treffen können, müssen sie in der Lage sein, das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen zu

100 *Sternberg-Lieben*, Die Strafbarkeit eines nicht indizierten ärztlichen Eingriffs, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, 325 (352 f.).

101 Noch vor Einführung von §§ 630a ff. RGSt 25, 375 (387); BGH NJW 1972, 335, (336).

102 BVerfGE 52, 131 (168); *Eberbach*, Grundsätze zur Aufklärungspflicht bei nicht voll Geschäftsfähigen, MedR 1986, 14 (14); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 407.

103 BVerfGE 52, 131 (171 ff.) (Sondervotum); BVerfGE 89, 120 (130); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 72; *Lang,* in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online Kommentar GG, Stand 01.06.2014, Art. 2 Rn. 63.

104 BGH, NJW 1979, 1925 (1931).

105 BT-Drucks. 17/10488, S. 23.

106 *Kern*, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753.

107 Sie wissen am besten, was gut für ihre Kinder ist; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 103), Art. 6 Rn. 57; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 103), Art. 6 Rn. 64 f.; BVerfGE 34, 165 (184).

108 BVerfGE 34, 165 (184).

109 *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 103), Art. 6 Rn. 54; *Götz*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. 2014, § 1626 Rn. 10.

110 *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze, Buch 4, Elterliche Sorge 1 – Inhaberschaft und Inhalt, 2007, § 1626 Rn. 109 f.; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 103), Art. 6 Rn. 51.

111 *Belling/Eberl/Michlik,* Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen. Eine rechtsvergleichende Studie zum amerikanischen, englischen und deutschem Recht, 1994, S. 118; *von Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz (Kommentar), 6. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 70.

112 BGHZ 29, 33 (36); *Eberbach* (Fn. 102), MedR 1986, 14 (14).

ermessen.[113] Die Einwilligung muss daher auf dem sogenannten *informed consent* basieren, das heißt, ihr muss gemäß §§ 630d Abs. 2, 630e BGB eine umfassende Aufklärung zugrunde liegen.[114] Neben der Aufklärung der Eltern kann es nach § 630e Abs. 5 BGB auch angezeigt sein, die Kinder verständnisgerecht aufzuklären. Dies kommt allerdings je nach Fall wohl erst bei etwaigen Folgeoperationen in Frage.

Was die Aufklärung beinhalten muss, regelt § 630e Abs. 1 BGB. Bezüglich des Inhalts gilt: Je weniger eine ärztliche Behandlung medizinisch indiziert ist, desto ausführlicher und umfassender muss die Aufklärung erfolgen.[115] In den meisten Fällen sind die Eingriffe an intersexuellen Kindern nicht indiziert, daher hat eine qualifizierte Aufklärung stattzufinden.[116] Die Eltern müssen genauestens über den Zustand ihres Kindes informiert werden, und es muss über die Ursachen und den Verlauf der Geschlechtsentwicklung aufgeklärt werden. Insbesondere muss über die Behandlung und deren massive Auswirkungen gesprochen werden. Den Eltern muss aufgezeigt werden, dass es unter Umständen zum Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit und der sexuellen Empfindsamkeit kommen kann und dass Folgeoperationen nicht auszuschließen sind. Zudem muss deutlich gemacht werden, dass die Operation kein Garant für die Entwicklung einer eindeutigen Geschlechtsidentität darstellt. Zur Aufklärung gehören nach § 630e Abs. 1 S. 2 BGB auch Therapiealternativen, wenn diese eine echte Wahlmöglichkeit darstellen.[117] Aus diesem Grund ist es wichtig, dass der Arzt einen sogenannten „rhetorischen Raum" schafft, in dem er den Eltern erklärt, dass Intersexualität nicht *per se* eine behandlungsbedürftige Krankheit ist, sondern dass das Kind so akzeptiert werden kann, wie es ist.[118] Als Behandlungsalternative dient daher, den operativen Eingriff so lange aufzuschieben, bis das Kind eine eindeutige Geschlechtsidentität entwickelt hat und selbst entscheiden kann, ob es operiert werden will. Zudem muss im Rahmen der Aufklärung auf eine psychologische Unterstützung durch Therapeuten oder Selbsthilfegruppen hingewiesen werden.

d) Grenzen der elterlichen Sorge

Die elterliche Sorge ist allerdings nicht grenzenlos gewährleistet. So enthält die Verfassung in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und auch die einfach rechtliche Ausgestaltung der §§ 1626 ff. BGB nicht nur das Recht zur Pflege und Erziehung des Kindes, sondern auch die Pflicht dazu. Diese Pflichtbindung folgt aus der besonderen Verantwortung gegenüber dem eigenem Kind, welches auf Schutz und Hilfe angewiesen ist. Leitmotiv ist daher das Kindeswohl, sodass das Elternrecht im Wesentlichen an den Interessen des Kindes auszurichten und treuhänderisch auszuüben ist.[119] Aus diesem Grund können die Eltern ihr Personensorgerecht nach §§ 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1 BGB trotz ihres weiten Handlungs- und Ermessensspielraums nicht grenzenlos ausüben. Zum einen existieren ausdrücklich normierte Grenzen und zum anderen stellt die fiduziarische Ausrichtung selbst eine immanente Grenze dar.[120] Demnach muss überprüft werden, ob eine Einwilligung in geschlechtszuweisende Behandlungen nicht eine dieser Grenzen überschreitet und somit unzulässig ist.

aa) Kastrationsgesetz

Eine ausdrückliche Grenze bildet das Kastrationsgesetz. Es untersagt fremd- und sogar selbstbestimmte Eingriffe. Bei einer Kastration werden die Keimdrüsen operativ entfernt.[121] Genau dies geschieht bei einer Gonadektomie, also bei einer der Behandlungsmöglichkeiten bei Intersexualität. Allerdings hat das Kastrationsgesetz einen eingeschränkten Anwendungsbereich. Die Regelungen greifen erst, wenn die ärztliche Behandlung im Zusammenhang mit einem abnormalen Geschlechtstrieb des Patienten steht.[122] Die Entfernung der Keimdrüsen bei Intersexuellen steht jedoch nicht im Zusammenhang mit einem solchen Geschlechtstrieb[123], es geht nicht darum, eine strafbewehrte Gefahr für Dritte und den Betroffenen abzuwenden. Die Bildung einer Analogie scheitert daher an der nicht vergleichbaren Interessenlage.

bb) § 1631c BGB

§ 1631c BGB verbietet ausnahmslos Eingriffe an Minderjährigen, die die Sterilisation zur Folge haben. Darunter ist jede dauerhafte Herbeiführung der Unfruchtbarkeit zu verstehen.[124] Allerdings findet § 1631c BGB keine Anwendung, sofern die Sterilisation „nur" Nebenfolge einer medizinisch indizierten Heilbehandlung ist.[125] In diesem Fall wird die Norm von dem übergeordneten Schutz der Gesundheit des Minderjährigen verdrängt.[126]

Bei der Behandlung von intersexuellen Kindern kann es auch zur Sterilisation kommen.[127] Ob dabei § 1631c S. 1 BGB der Einwilligung der Eltern entgegensteht, ist im Einzelfall zu überprüfen. Besteht z.B. ein tatsächlicher Krebsbefall an einer Keimdrüse, so ist die Gonadektomie medizinisch indiziert und die Sterilisation

113 BGH NJW 1956, 1106 (1106).

114 *Kaiser*, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 127.

115 BGH, MDR 1991, 424.

116 Zum Folgenden s. *Rothärmel* (Fn. 31), MedR 2006, 274 (279 f.).

117 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht (Fn. 102), Rn. 439.

118 *Hester* (Fn. 63), Ethik Med 2004, 49 (51).

119 BVerfGE 24, 199 (144); *Belling et al.* (Fn. 111), S. 118; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 103), Art. 6 Rn. 81.

120 *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 103), Art. 6 Rn. 55; BVerfGE 59, 360 (376 f.).

121 *Pschyrembel* (Fn. 7) „Kastration".

122 Vergleiche § 1 und auch § 4 KastrG.

123 *Koch*, Transsexualität und Intersexualität: Rechtliche Aspekte, MedR 1986, 172 (173); *Kolbe* (Fn. 30), S. 175.

124 *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. VIII – Familienrecht II, 5. Aufl. 2008, § 1905 Rn. 1.

125 *Huber*, in: MüKo (Fn. 124), § 1631c Rn. 4; *Salgo*, in: Staudinger (Fn. 110), § 1631c Rn. 7.

126 *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 1631c Rn. 3.

127 *Kolbe* (Fn. 30), S. 175.

nur eine sekundäre Folge eines Heileingriffs. Allerdings werden die Gonaden auch entfernt, wenn sie nicht dem Zuweisungsgeschlecht entsprechen, da andernfalls die dort produzierten Hormone, insbesondere während der Pubertät, dazu führen, dass sich der Körper des Betroffenen zum anderen Geschlecht hin entwickelt. Diese Eingriffe sind medizinisch nicht indiziert, sodass der elterlichen Einwilligung § 1631c S. 1 BGB entgegensteht. Mit Hilfe der geschlechtsanpassenden Eingriffe soll insbesondere auch die Empfängnismöglichkeit bzw. Zeugungsfähigkeit im anderen Geschlecht verhindert werden. Auch hierbei steht § 1631c S. 1 BGB der Einwilligung entgegen, weil es sich bei diesen Fällen um zielgerichtete Sterilisationen handelt.

cc) Immanente Grenzen

Nicht alle geschlechtszuweisenden Eingriffe beinhalten eine Sterilisation. Besteht zum Beispiel die Fortpflanzungsfähigkeit von Anfang an nicht oder geht es allein um die „Korrektur" der äußeren Genitalien, so greift § 1631c S. 1 BGB nicht ein. Daher muss überprüft werden, inwieweit die Einwilligungskompetenz noch den immanenten Grenzen des Eltern-Kind-Verhältnisses entspricht.

(1) Treuhänderischer Charakter

Maßgeblich ist, dass die Eltern das Elternrecht nicht zum Eigennutz einsetzen. Sie dürfen nicht in medizinische Maßnahmen einwilligen, um persönliche Vorstellungen zu verwirklichen und den Körper des Kindes nach ihren Wünschen zu gestalten.[128] Auch dürfen sie nicht in die geschlechtszuweisenden Operationen einwilligen, sofern dabei nur ihr eigener emotionaler Zustand im Vordergrund steht; das heißt, wenn sie mit dem „Anderssein" ihres Kindes nicht zurechtkommen und Angst vor der Reaktion ihrer Mitmenschen haben.[129] Bei der elterlichen Entscheidung muss das Kind mit seinen Bedürfnissen und Interessen im Mittelpunkt stehen und darf nicht zum Objekt ärztlicher Behandlung werden.[130]

(2) Recht auf eine offene Zukunft

§ 1626 Abs. 2 BGB konkretisiert das Leitbild der zeitlichen Abstufung des Elternrechts. Denn damit Kinder sich zu verantwortungsvollen und selbstbestimmten Personen entwickeln können, müssen ihre wachsenden Fähigkeiten und Bedürfnisse bei ihrer Pflege und Erziehung berücksichtigt werden.[131] Dazu gehört, dass das Elternrecht hinter dem gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht zurücktreten muss, sofern das Kind zu selbstständigen Entscheidungen fähig ist.[132] Dieses Selbstbestimmungsrecht darf aber durch elterliche Entscheidungen nicht unmöglich gemacht werden. Daher ist es von besonderer Bedeutung, dass Eltern nur derartige Entscheidungen für ihr Kind treffen, deren Wirkung sich auf den Zeitraum begrenzt, für den das Kind der Fürsorge bedarf.[133] Es muss gewährleistet bleiben, dass das Kind später immer noch die Möglichkeit hat, einen anderen Weg einzuschlagen. Dieses Recht auf eine offene Zukunft[134] beinhaltet insbesondere, die spätere Lebensgestaltung selbst bestimmen[135] sowie die eigene geschlechtliche Identität und sexuelle Orientierung zu finden und entwickeln zu können.[136]

Die nicht indizierten geschlechtszuweisenden Operationen verhindern aber gerade eine eigene Entscheidung im Bereich der Geschlechtsidentität. Intersexuelle Kinder, deren Eltern in solche Operationen einwilligen, werden von Anfang an in eine Geschlechtsrolle gezwungen und dahingehend operativ und hormonell angepasst. Zudem sind die Operationen in der Regel irreversibel, sodass es nur schwerlich möglich ist, sich in eine andere Richtung zu entwickeln.[137] Daher berücksichtigt die elterliche Einwilligung in geschlechtszuweisende Maßnahmen nicht das Recht auf eine offene Zukunft und widerspricht damit dem Leitgedanken des § 1626 Abs. 2 BGB.

(3) Kindeswohl

Die Einwilligung in die geschlechtszuweisende Behandlung könnte neben dem Verstoß gegen das Leitmotiv des § 1626 Abs. 2 BGB eine Gefährdung des in § 1627 BGB genannten Kindeswohls bedeuten. Das Kindeswohl ist ein sehr unbestimmter Begriff, den die Eltern im Rahmen ihres Interpretationsprimats grundsätzlich konkretisieren. Sofern die Eltern aber die von der Verfassung selbst vorgegebenen Grenzen des Kindeswohls überschreiten, greift das in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG statuierte staatliche Wächteramt und dessen einfachgesetzliche Konkretisierung in § 1666 BGB.[138] Wann die Grenze des Kindeswohls aber überschritten ist, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls. Im Bereich der medizinischen Maßnahmen lässt sie sich objektiv bestimmen, sodass die Grenze dort liegt, wo die Risiken und Folgen der ärztlichen Maßnahme ihren Zweck und Nutzen

128 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 151.

129 *Schmidt am Busch*, Intersexualität und staatliche Schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden Operationen. Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Januar 2011 zur Transsexualität, AöR 137 (2012), 441 (451).

130 *Wölk*, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, 80 (88).

131 BT-Drucks. 8/2788, S. 34; BVerfGE 24, 119 (144).

132 *Belling et al.* (Fn. 111), S. 119; *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger (Fn. 110), § 1626 Rn. 83; *Wölk* (Fn. 130), MedR 2001, 80 (84).

133 *Belling et al.* (Fn. 111), S. 119 f.

134 *Beh/Diamond* (Fn. 39), V.

135 *Belling et al.* (Fn. 111), S. 121.

136 BVerfGE 115, 1 (14).

137 Zwar gibt es auch andere Pflege- und Erziehungsmaßnahmen, die Kinder dauerhaft prägen, wie zum Beispiel welche Schule sie besuchen oder welchen sozialen Umgang sie haben, jedoch sind dies Entscheidungen, bei denen die Möglichkeit besteht, sich später davon zu distanzieren und in eine andere Richtung zu entwickeln.

138 *Gleixner-Eberle* (Fn. 42), S. 310.

übersteigen;[139] mit anderen Worten, wo die ärztliche Maßnahme nicht mehr medizinisch indiziert ist.[140]

Ist also eine medizinische Behandlung aus physischen oder psychischen Gründen angezeigt, befindet sich die elterliche Einwilligung demnach klar in den Grenzen der Personensorge. Bei den nicht indizierten geschlechtszuweisenden Maßnahmen überschreiten die Eltern aber die Grenzen des Kindeswohls. Diesbezüglich darf auch nicht zwischen den unterschiedlichen medizinischen Anpassungsmaßnahmen differenziert werden. Denn die medizinische Indikation fehlt genauso bei weniger intensiven körperlichen Eingriffen. Bei jeder Form der Intersexualität ist nicht die körperliche Variation selbst der Grund, durch die die befürchteten sozialen Probleme eintreten könnten.

e) Fazit

Die Einwilligung in die nicht medizinisch indizierten präventiven geschlechtszuweisenden Maßnahmen verstoßen gegen das Leitbild des § 1626 Abs. 2 BGB und somit gegen das Recht des Kindes auf eine offene Zukunft. Darüber hinaus gefährdet eine solche Entscheidung und die darauf basierende Behandlung das Kindeswohl. Somit überschreitet eine solche Einwilligung die elterliche Personensorge und stellt einen Akt unzulässiger Fremdbestimmung dar.

3. Ergebnis

Geschlechtszuweisende Behandlungen, die medizinisch nicht indiziert sind, dürfen nicht an einwilligungsunfähigen Kindern vorgenommen werden. Dafür betreffen sie einen zu höchstpersönlichen Bereich, sodass die Eltern darüber nicht allein bestimmen dürfen. Die auf der *optimal gender policy* basierende Behandlungspraxis ist daher rechtswidrig.

VII. Konsequenz und Lösungsvorschlag

Ausgehend davon, dass die ursprüngliche Behandlungspraxis rechtswidrig ist, werden nun verschiedene Lösungsvorschläge bezüglich einer neuen Handhabung vorgestellt und bewertet.

1. Absolutes Verbot geschlechtszuweisender Operationen bei Minderjährigen

Es könnte, vergleichbar mit § 1631c BGB, ein absolutes Verbot für geschlechtszuweisende Operationen an Minderjährigen geschaffen bzw. § 1631c BGB dahingehend erweitert werden.[141] Sinn und Zweck von § 1631c BGB ist es, Minderjährige vor Eingriffen zu schützen, deren Erforderlichkeit und Auswirkungen aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung kaum zu ermessen sind.[142] Dieses Motiv trifft auch auf die Situation von intersexuellen Neugeborenen und kleinen Kindern zu.[143] Es ist nicht sicher, in welche Richtung sich ihre Geschlechtsidentität entwickelt, daher müssen sie vor den irreversiblen geschlechtszuweisenden Behandlungen geschützt werden.

Allerdings muss beachtet werden, dass es insgesamt noch zu wenige wissenschaftliche Erkenntnisse und Studien darüber gibt, ob es der Identitätsfindung und der Psyche des Kindes nicht doch dienlich sein könnte, Eingriffe mit künftig verbesserten Techniken und vollumfänglicher Beteiligung der Betroffenen durchzuführen. Es ist durchaus denkbar, dass ein intersexuelles Kind sich frühzeitig eindeutig und gefestigt einem Geschlecht zugehörig fühlt.[144] In diesem Fall würde ein striktes Verbot verhindern, dass das Kind sich auch äußerlich seiner Geschlechtsidentität selbstbestimmt annähert. Das Kind könnte dann eher unter der Regelung leiden. Ein absolutes Verbot geht demnach zu weit. Es schützt die Intersexualität an sich und nicht den individuellen Intersexuellen[145], was diesen zum Objekt staatlicher Regelung machen würde.

2. Einwilligung mit präventivem Erlaubnisvorbehalt

Möglicherweise wäre eine Regelung angemessen, die es den Eltern gestattet, in die Behandlung ihrer Kinder einzuwilligen, wenn die Kinder im Rahmen eines natürlichen Willens eine eindeutige und gesicherte Tendenz zu einem Geschlecht hin aufweisen und eine unabhängige Institution darüber befunden hat.[146] Dieser Lösungsvorschlag greift die eben angeführte Kritik auf, die auf der Möglichkeit basiert, dass neue Studien mit fortschrittlichen Behandlungsstrategien die Eignung frühzeitiger körperlicher Anpassungen für eine eindeutig gefühlte Geschlechtsidentität belegen. Es müsste dann aber sichergestellt werden, dass die Eltern einer Kontrollinstanz unterliegen. Eine unabhängige Institution ist immer dann von Bedeutung, wenn Drittinteressen die Autonomie des Betroffenen in Frage stellen. Wenn also die Eltern schon im Bereich der Vermögensinteressen des Kindes in der Vertretungsmacht gemäß §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 BGB eingeschränkt sind, bzw. der gerichtlichen Kontrolle nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 f. BGB unterliegen, so muss erst recht für die schwerwiegenden Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit und sexuelle Selbstbestimmung eine unabhängige

139 *Tönsmeyer* (Fn. 70), S. 150.

140 *Gleixner-Eberle* (Fn. 42), S. 310; *Kaiser*, in: Ratzel/Luxenburger (Fn. 114), § 13 Rn. 412; *Kern* (Fn. 106) NJW 1994, 753 (756).

141 Also bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres.

142 BT-Drucks. 11/4528, S. 76.

143 *Dethloff*, Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland (Stellungnahme). Deutscher Ethikrat, http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/dethloff-stellungnahme-intersexualitaet.pdf, S. 2 (Abruf v. 26.08.2014).

144 *Rothärmel* (Fn. 31), MedR 2006, 274 (282); *Schmidt am Busch* (Fn. 129), AöR 137 (2012), 441 (454).

145 *Kolbe* (Fn. 30), S. 203.

146 *Schmidt am Busch* (Fn. 129), AöR 137 (2012), 441 (455 ff.).

Kontrollinstanz bestehen.[147] Diese Institution muss überprüfen, ob die Operation im Einzelfall nicht doch dem Kindeswohl entsprechen kann, wobei von zentraler Bedeutung auch die Anhörung des Kindes selbst ist. Als Entscheidungsinstitution ist das Familiengericht[148] denkbar oder eine Ethikkommission, in der auch Intersexuelle Mitglieder vertreten sind.[149]

Allerdings bedeutet die Einwilligung trotz Einführung einer Kontrollinstanz immer noch Fremdbestimmung. Zudem könnte die Beteiligung einer öffentlichen Institution dazu führen, dass die Intersexuellen den Eindruck bekommen, dass sie von der Gesellschaft insgesamt nicht akzeptiert werden. Dieser Lösungsvorschlag ist daher abzulehnen.

3. Selbstbestimmte Entscheidung

Als Lösung dient deshalb allein das Verbot einer fremdbestimmten Einwilligung.[150] Nur so kann sichergestellt werden, dass der Betroffene eine selbstbestimmte Entscheidung trifft. Das würde aber bedeuten, dass gewartet werden müsste, bis das intersexuelle Kind einwilligungsfähig ist. Es müsste die geistige und sittliche Reife haben, um Bedeutung, Wesen und Tragweite seiner Entscheidung ermessen zu können.[151] Bei Entscheidungen bezüglich der Fortpflanzungsfähigkeit geht der Gesetzgeber davon aus, dass diese Einsichtsfähigkeit erst ab einem Alter von 25 Jahren vorliegt.[152] Der Grund dafür ist, dass sich der Kinderwunsch in der Regel erst nach der Vollendung des 18. Lebensjahrs ausbildet.[153] In den übrigen Fällen wird grundsätzlich angenommen, dass Kinder ab dem 14. Lebensjahr diese Einsichtsfähigkeit besitzen. Maßgeblich sind aber die jeweiligen Umstände des Einzelfalls.[154] Fest steht, dass die Entscheidung über die körperliche Integrität und die sexuelle Selbstbestimmung bei der geschlechtszuweisenden Operation weitreichende und irreversible Konsequenzen hat. Daher erscheint es auf der einen Seite angebracht, die Einwilligungsfähigkeit erst vergleichsweise spät anzunehmen. Andererseits gehören die Geschlechtsidentität und der Wunsch, seinen Körper seiner gefühlten Identität anzupassen, zur Intimsphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.[155] Eine „gesunde“ Entwicklung des Kindes, vor allem während der Pubertät, muss sichergestellt sein, daher erscheint ein Warten bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs zu lang. Allerdings muss auch sichergestellt sein, dass der Wille des Kindes selbstbestimmt zustande gekommen ist. Im frühen Alter werden die Kinder noch sehr von der Meinung ihrer Eltern beeinflusst und ihr Denken und Verhalten orientiert sich extrem an ihnen. Es muss also ein Kompromiss gefunden werden, der diese beiden Aspekte berücksichtigt. Eine Altersgrenze von 10 Jahren ist daher gut vorstellbar.[156] Allerdings kann sie nur eine Orientierungshilfe sein, entscheidend ist der konkrete Einzelfall. Stets muss geprüft werden, ob das Kind tatsächlich die Tragweite überschauen kann und sich in seiner Geschlechtsidentität sicher ist. Dazu ist es erforderlich, dass diese Einsichtsfähigkeit durch einen Facharzt für Psychologie und Psychiatrie überprüft wird.[157]

Zudem ist empfehlenswert, dass die Kinder und ihre Familien von Anfang an die Möglichkeit haben, sich Selbsthilfegruppen anzuschließen oder sich fachliche psychologische Unterstützung zu holen.

VIII. Fazit

Geschlechtszuweisende Maßnahmen an intersexuell geborenen Kindern sind in den meisten Fällen medizinisch nicht indiziert, sodass die Einwilligung dazu die Grenzen der elterlichen Sorge überschreitet. Aus rechtlicher Sicht ist die Behandlungspraxis dahingehend umzustellen, dass – sofern keine medizinische Indikation vorliegt – allein die Kinder in diesem höchstpersönlichen Bereich einwilligen können. Wann dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu bestimmen, eine Orientierung am 10. Lebensjahr ist aber zu empfehlen. Allerdings darf eine Behandlung erst erfolgen, wenn das Kind eine eindeutige Geschlechtsidentität ausgebildet hat. Zudem ist es anzuraten, von Anfang an eine psychologische Unterstützung für die Familie sicherzustellen und auch für das Kind selbst, sobald es alt genug dafür ist. Eine klarstellende gesetzliche Normierung ist zwar denkbar, aber nicht erforderlich. Die Anwendung der jetzigen Gesetzeslage ist ausreichend, um zu diesem Ergebnis zu kommen. Wichtig ist jedoch, dass dieses Ergebnis bei der Ärzteschaft als erster Ansprechpartner der Eltern eines intersexuell geborenen Kindes publik gemacht wird. Daher sollten die ärztlichen Leitlinien dahingehend überarbeitet werden, dass deutlich wird, dass eine ärztliche Intervention ohne medizinische Indikation erst aufgrund einer selbstbestimmten Entscheidung des Betroffenen erfolgen darf.

Insgesamt muss die Behandlungspraxis also auf der schon von Seiten der Betroffenen geforderten *full consent policy* basieren.

147 *Dethloff* (Fn. 143), S. 5.

148 *Dethloff* (Fn. 143), S. 5.

149 *Schmidt am Busch* (Fn. 129), AöR 137 (2012), 441 (455 f.).

150 So auch z.B. *Deutscher Ethikrat* (Fn. 6), S. 174; *Intersex Society of North America*, (Fn. 1); *Kolbe* (Fn. 80), KJ 2009, 271 (281).

151 BGHZ 29, 33 (36).

152 Siehe z.B. die Zulässigkeit der freiwilligen Kastration erst ab 25 Jahren in § 2 Abs. 1 Nr. 3 KastrG; in der Ursprungsfassung des § 8 Abs. 1 Nr. 1 TranssexuellenG ging man von einer Teilunmündigkeit bis 25 Jahren aus; bei § 1631c BGB ist die Volljährigkeit nötig.

153 *Rothärmel* (Fn. 31), MedR 2006, 274 (281).

154 *Laufs*, in: Laufs/Kern (Fn. 42), § 62 Rn. 9.

155 *Rothärmel* (Fn. 31), MedR 2006, 274 (281).

156 *Vöneky/Wilms*, Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland (Stellungnahme). Deutscher Ethikrat, http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/voeneky-wilms-stellungnahme-intersexualitaet.pdf, S. 15 (Abruf v. 26.08.2014).

157 Vgl. auch *Rothärmel* (Fn. 31), MedR 2006, 274 (282).