

tatsache für den Kostenerstattungsanspruch einzuführen. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dem betroffenen Ehepartner den mit zum Teil unangenehmen Untersuchungen am eigenen Körper verbundenen und nicht immer eindeutig feststellbaren Nachweis der Zeugungsunfähigkeit zu ersparen. Außerdem kann das privatrechtliche „Verursacherprinzip“ von den Eheleuten als eine Art „Schuld“ missverstanden werden und beinhaltet somit eine unangemessene Stigmatisierung des betroffenen Ehepartners. Für den Bereich des Sozialrechts hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 27a SGB V bereits den Schritt gewagt, den Kostenerstattungsanspruch nicht von der Frage einer Krankheit abhängig zu machen. Eine entsprechende Gesetzesänderung im Privatrecht würde ein positives Signal zur Familienförderung darstellen.

Ehe und Familie stehen nach Art. 6 Abs. 1 GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Zwar ergibt sich aus dieser Norm kein unmittelbarer Anspruch des Ehepaars auf bestimmte Leistungen, es handelt sich jedoch um eine wertentscheidende Grundsatznorm, die sowohl die Legislative als auch die Judikative verpflichtet, nicht nur Störungen zu unterlassen und abzuwehren, sondern darüber hinaus Ehe und Familie aktiv zu fördern³⁷. Zudem ist die aktive Familienförderung aus gesellschaftspolitischen Aspekten dringend geboten. In einem rohstoffarmen Land wie Deutschland sind die Kinder mit die wichtigste Zukunftsressource. Familienpolitik hat sich dabei nicht nur auf eine bessere Ausbildung der Kinder zu beschränken, sondern bereits dafür zu sorgen, den Familien einen Anreiz zur Zeugung und Erziehung von Kindern zu geben. Dies gilt umso mehr, als die Statistiken eine bedrohliche Geburtenrate in Deutschland verzeichnen³⁸. Die Auswirkungen sind sowohl für die Wirtschaft, der es an genügend Fachkräften mangelt, als auch für das Sozialsystem prekär, da der wachsenden Zahl an Rentnern zunehmend weniger Beitragszahler gegenüberstehen. Für Ehepaare, die sich durch mit der Erziehung von Kindern verbundene finanzielle Einbußen nicht abschrecken lassen, jedoch auf natürlichem Wege keine Kinder zeugen können, sollte daher Anreiz gegeben werden, mittels künstlicher Befruchtung ihren Kinderwunsch zu erfüllen. Eine Anpassung der zivilrechtlichen Vorschriften an das Sozialrecht durch Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes würde zugleich der Vereinheitlichung der Rechtslage und somit der Rechtsklarheit dienen. Den privaten Krankenversicherern bliebe es aufgrund der Privatautonomie unbenommen, das Kostenrisiko und damit auch die Kostenlast der Versichertengemeinschaft durch vertragliche Regelungen einzuengen.

VI. Zusammenfassung

Eheleute, die auf natürlichem Wege keine Kinder bekommen können und deshalb mittels IVF-/ICSI-Behandlung den gemeinsamen Kinderwunsch erfüllen wollen, haben unabhängig davon, ob eine gesetzliche oder eine private Krankenversicherung besteht, grundsätzlich einen Leistungsanspruch gegen ihre Krankenversicherung auf Übernahme der Kosten. Während es für den sozialrechtlichen Anspruch ausschließlich erfolgsbezogen auf die Möglichkeit der Herbeiführung einer Schwangerschaft ankommt, muss bei einem privat versicherten Ehepartner zusätzlich ursachenbezogen eine (organisch bedingte oder idiopathische) Sterilität vorliegen und gegebenenfalls nachgewiesen werden. Die Erfolgswahrscheinlichkeit der IVF-/ICSI-Behandlung wird sowohl im Sozial- als auch im Zivilrecht nach drei bereits erfolglos verlaufenden Zyklen auszuschließen sein. Für den Fall, dass die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, erhält der gesetzlich versicherte Ehepartner lediglich die Hälfte der Behandlungskosten für diejenigen Maßnahmen, die an seinem Körper und extrakorporal durchgeführt worden sind. Die private Krankenversicherung erstattet dagegen die gesamten Behandlungskosten. Die Kostenerstattung ist nicht auf eine einzige Schwangerschaft mittels künstlicher Befruchtung beschränkt. Das Recht der Eheleute auf Familienplanung gebietet es vielmehr, dass auch die Kosten zur Herbeiführung einer zweiten oder weiteren Schwangerschaft zu erstatten sind.

Durch die verschiedenen Anknüpfungspunkte für den Erstattungsanspruch im Sozial- und im Zivilrecht können – je nachdem, welcher der Ehepartner gesetzlich oder privat versichert ist und unter der Sterilität leidet – zum Teil nicht unerhebliche Versicherungslücken entstehen. Die Einführung einer speziellen Anspruchsgrundlage für die Kostenerstattung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen im Privatrecht entsprechend dem § 27a SGB V erscheint im Hinblick auf eine Familienförderung sowie zur Rechtsvereinheitlichung wünschenswert.

37) Zur Förderung von Ehe und Familie vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54 –, BVerfGE 6, 55, 71 ff.

38) Nach der Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes v. 6.6.2003 liegt die durchschnittliche Geburtenrate bei 1,4 Kindern pro Frau, was bis zum Jahr 2050 bei anhaltender Sterberate zu einem Rückgang der Bevölkerung in Deutschland von derzeit 82,5 Mio. auf ca. 75 Mio. Einwohner führt; vgl. www.destatis.de.

Sonja Rothärmel

DOI: 10.1007/s00350-006-1664-0

Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität^{1,2}

I. Einführung in das Thema

1. Recht und Geschlecht

Gleichgeschlechtliche Ehen sind nach unserer Rechtsordnung verboten³, zum Dienst in der Bundeswehr verpflichtet Art. 12a des GG nur „Männer“, und das Strafrecht kennt noch einzelne geschlechtsspezifische Sexualdelikte, z.B. § 183 StGB – exhibitionistische Handlungen. Ob männlich oder weiblich ist dem Recht – trotz Bekenntnis des Grundgesetzes zur Gleichbehandlung der Geschlechter (Art. 3 Abs. 2 S. 1⁴) – noch längst nicht egal. Begründet wird die rechtliche Geschlechtertrennung mit „sicherheitspolizeilichen Interessen“ und vereinzelt Rechtsnormen, die den körperlichen

Wiss. Assistentin Sonja Rothärmel (Lehrstuhl Prof. Dr. Gabriele Wolfslast), Lehrbeauftragte für Medizinstrafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen, Hein-Heckroth-Straße 3, D-35390 Gießen

- 1) Die Verfasserin dankt Dr. med. Eckhard Korsch (Köln) und allen anderen Mitgliedern der Arbeitsgruppe „Medizin-ethische Fragen bei Störung der somatosexuellen Differenzierung und Entwicklung von Leitlinien zur Aufklärung von Kindern und Jugendlichen“ im „Netzwerk Intersexualität“ (Leitung: Prof. Dr. med. C. Wiesemann, Göttingen) für wertvolle Diskussionen, Hinweise und Kritik an diesem Text.
- 2) Die hier wiedergegebene Ansicht ist eine Einzelstellungnahme.
- 3) Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft – LPaG – v. 16.2.2001.
- 4) „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“.

Unterschied der Geschlechter berücksichtigen: Arbeitsschutznormen wie das Nachtarbeitsverbot für Frauen und fast alle Leistungsskalen im Sportrecht unterscheiden zwischen der durchschnittlichen körperlichen Leistungsfähigkeit von Mann und Frau. Einen weiteren, vielleicht den eigentlichen Grund für die Geschlechtertrennung im Recht mag man in ordnungspolitischen Interessen mutmaßen, die hier vom Recht noch wahrgenommen werden, indem es unter Androhung von Zwang die bestehende bipolare Geschlechterordnung verfestigt. Schon vor Verabschiedung des TranssexuellenG⁵ trat eine diffuse Angst vor dem unklaren Geschlecht in Erscheinung. Heraufbeschworen wurde als Folge einer rechtlichen Anerkennung der Transsexualität ein hohes, für die Gesellschaft „nicht tragbares Maß an Rechtsunsicherheit“⁶, die allerdings später nach Inkrafttreten des TranssexuellenG 1981 nicht um sich greifen wollte. Trans- und Intersexualität scheinen in einer stark auf zwei Geschlechterrollen fixierten Gesellschaft⁷ eine allgemeine kulturelle Verunsicherung hervorzurufen, der das Recht durch Wahrnehmung ordnungspolitischer Aufgaben begegnen soll⁸.

2. Intersexualität und Recht

Die Intersexualität als angeborene Uneindeutigkeit der körperlichen Geschlechtsmerkmale gilt heute als „seltene Krankheit“⁹. Sie wurde allerdings trotz einer Prävalenz von 0,7%, bei schweren Fällen¹⁰ von ca. 0,01–0,1%¹¹, erst in den letzten Jahren öffentlich wahrgenommen. Anders als das Auseinanderfallen von körperlicher und seelischer Geschlechtsidentität (Transsexualität) werden die früher als „Zwitter“, heute als „Intersexuelle“ bezeichneten Menschen mit uneindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmalen vom Recht in ihrer Existenz verleugnet. Im „Palandt“, dem Standard-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ist unter dem Stichwort „Geschlecht der natürlichen Person“ schlicht vermerkt:

„Die Eintragung als Zwitter [in das Geburtenbuch] ist unzulässig¹². ... Überwiegt kein Geschlecht, können Rechtsnormen, die ein bestimmtes Geschlecht voraussetzen, nicht angewandt werden.“¹³

3. Erscheinungsformen und Ursachen der Intersexualität

Intersexualität kann ihren Grund in einer Anomalie der Geschlechtschromosomen haben¹⁴ oder in genetisch oder medikamentös bedingten Entwicklungsstörungen während der Geschlechterdifferenzierung in der frühen Embryonalentwicklung; sie kann auch durch Unfälle ausgelöst werden, wie etwa in dem berühmt gewordenen Fall von *Bruce Reimer*, der in Folge eines Unfalls während der Beschneidung seinen Penis verlor und daraufhin im Säuglingsalter zum Mädchen *Brenda* umoperiert wurde. Seine Geschichte wurde zunächst als medizinische Erfolgsgeschichte publiziert und sollte später zum Symbol für die tragischen Irrtümer der Medizin im Umgang mit Intersexualität werden¹⁵. In ca. 50% der Fälle einer untypischen somatischen Geschlechtsdifferenzierung ist die genauere Ursache derzeit nicht zu klären¹⁶.

Die Abweichung der äußeren oder inneren Geschlechtsmerkmale vom üblichen Erscheinungsbild kann unterschiedlich deutlich und zu unterschiedlichen Zeitpunkten in der Entwicklungsphase eines jungen Menschen zu Tage treten. Die häufigste Form der Intersexualität ist das Adrenogenitale Syndrom (AGS)¹⁷, eine genetisch bedingte Störung der Funktion der Nebennierenrinde, durch die es bei genetisch weiblichen Individuen zu einer Überproduktion an männlichen Sexualhormonen kommt. Dies kann zu einer Ver-

5) Seit Verabschiedung des TranssexuellenG, das nach einem Urte. des BVerfG v. 11.10.1978 (BVerfGE 49, 286) im Jahr 1981 in Kraft getreten ist, kann der Vorname und die Eintragung des Geschlechts im Personenstandsregister korrigiert werden.

- 6) Vgl. die Begründung der Beschwerde des Innensenators gegen eine analoge Anwendung des §47 PStG in dem Verfahren, das der Entscheidung des BVerfG v. 1978 vorausging: BVerfGE 49, 286, 293.
- 7) Zur rechtsfeministischen Kritik an der Segregation der Gesellschaft entlang der Geschlechterlinie männlich/weiblich s. *Plett*, Intersexualität aus rechtlicher Perspektive, *Gigi – Zeitschrift für Sexuelle Emanzipation* 2001, Nr. 13, S. 24–27.
- 8) Vgl. die Kleine Anfrage der PDS zur Intersexualität an die Bundesregierung, BT-Dr. 14/5425, Frage 34 und Antwort zu Frage 34.
- 9) Die bessere Erforschung auch über die Langzeitfolgen medizinischer Intervention bei Intersexualität wird jetzt seit Januar 2004 durch das vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderte, interdisziplinär zusammengesetzte „Netzwerk Intersexualität“ im Rahmen des Forschungsschwerpunktes „seltene Krankheiten“ angestrebt, vgl. *Kinderärztliche Praxis* 2004, 412f. Die teilnehmenden Forschungseinrichtungen arbeiten am besseren Verständnis der molekularen Grundlagen, der Evaluation von Behandlungsoptionen und der Bewertung der gesundheitsbezogenen Lebensqualität von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen, die häufig mit so genannten uneindeutigen primären Geschlechtsmerkmalen geboren werden, oder deren sekundäre Geschlechtsentwicklung zu einem späteren Zeitpunkt anders verläuft, als gemeinhin erwartet. <http://www.netzwerk-is.de/>.
- 10) Mit „schwer“ sind recht unklar solche Fälle gemeint, in denen eine chirurgische Intervention empfohlen wird, vgl. *Hester*, *Ethik Med* 2004, 48.
- 11) Die Zahlenangaben sind wegen der Vielfalt der klinischen Erscheinungsformen und wegen der Unsicherheit über die Definition der Intersexualität schwankend. *Haas* (*American Journal of Law and Medicine* 2004, 41–68) verweist auf unterschiedliche Studien, die von einer Häufigkeit von 1,7 bis 4% der Weltbevölkerung ausgehen. Zur Statistik in Deutschland *Hester* (wie Fn. 10) und *Richter=Appelt* (*Z Sexualforsch* 2004, 241 ff.) zu einer ersten Deutschen Katamnese-Studie, die wie die Studie von *Sax* (*J Sex Res* 2002, 174–178) nur die Diskrepanz zwischen unauffälligem Chromosomensatz und äußerem Erscheinungsbild zum Krankheitsbild zählen will und von einer Häufigkeit von nur 0,018% ausgeht. Das „Netzwerk Intersexualität“ betont wegen der definitorischen Unsicherheiten, dass nur Schätzungen über epidemiologische Daten möglich sind, und beziffert den Anteil der „leichten Formen“ auf 1 von 1.000 Menschen und schwere Formen auf 1 von 10.000, vgl. *Kinderärztliche Praxis* 2004, 412f.
- 12) *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB 64. Aufl. 2005, §1, Rdnr. 10, unter Verweis auf AG München, NJW-RR 2001, 1586; LG München I, NJW-RR-2003, 1590.
- 13) *Heinrichs* (Fn. 12), Rdnr. 11, unter Verweis auf KG, JW 1931, 1495.
- 14) Zu Grundlagen der Intersexualität und Formen vgl. „Intersexualität; Störungen der sexuellen Differenzierung“, Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie unter Federführung von Prof. Dr. I. *Joppich* (Hauersches Kinderspital), Ludwig-Maximilians-Universität München, AWMF-Leitlinienregister Nr. 006/105 v. Sept. 2002.
- 15) Der Mediziner *John Money* (Johns Hopkins Univ.) publizierte diesen Fall 1972, um hiermit die damals verbreitete These zu belegen, dass die Geschlechtsidentifikation eines Menschen nicht vom Chromosomensatz bestimmt wird, sondern allein von der Erziehung. Er ging davon aus, dass „Geschlecht“ ein rein soziales Konstrukt ist. *Moneys* Behandlungsrichtlinien von 1955 (*Money/Hampson/Hampson*, Bull Johns Hopkins Hosp 1955, 284–300) erlangten weltweit Beachtung und haben großen Anteil an der weltweiten Verbreitung von Geschlechtsoperationen im Säuglingsalter. Die Richtigkeit der These von der Konstruktion des Geschlechts durch Erziehung wurde 1997 von *Milton Diamond* und *Keith Sigmundson* widerlegt und nicht zuletzt durch das Schicksal „seiner“ Patientin „*Brenda*“ *Reimer*. Ebenfalls im Jahr 1997 erschien *John Colapintos* Interview mit *Reimer*, der inzwischen als *David Reimer* die Rolle des Mannes gewählt hatte und von den traumatischen Auswirkungen der heimlichen Geschlechtsumwandlung als Kind berichtet. Inzwischen hat sich *Reimer* das Leben genommen. Vgl. *Money/Hampson/Hampson*, a.a.O.; *Kipnis/Diamond*, *J Clin Ethics* 1998;9: 389–410; *John Colapinto*, *As Nature Made him, The Boy who was raised as a girl*, 2000.
- 16) Etwa: Netzwerk Intersexualität, Aufruf zur Teilnahme an einer klinischen Evaluationsstudie, *Kinderärztliche Praxis* 2004, 412f.
- 17) Deutschland 2003: 706.728 Lebendgeborene (Stat. Bundesamt) mit Salzverlustsyndrom; Inzidenz AGS: 1 zu 12.500; 58 Kinder mit AGS/Jahr (*E. Korsch* 11/02/2005). „Pseudohermaphroditismus femininus“ wird nach der Leitlinie „Intersexualität“ der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie 2002 auf ca. 50% aller Fälle geschätzt.

männlichung des weiblichen Genitales führen und reicht von der Vergrößerung der Klitoris bis hin zu einem vollständig männlichen äußeren Genitale¹⁸. Relativ häufig ist auch eine partielle oder totale Androgenresistenz, die bei genetisch männlichen Individuen zu einem weiblichen oder einem nicht eindeutig männlichen Äußeren führt¹⁹. Störungen der Androgenbiosynthese können ebenfalls zu einem intersexuellen Genitale oder zu verminderter Vermännlichung etwa in Form der Hypospadie (Fehlplatzierung des Harnröhrenverschlusses am oder unter dem Penischaft) führen. Daneben gibt es genitale Variationen mit unklarer Ursache (Mikropenis, Klitoromegalie) und chromosomale Syndrome²⁰.

Manche Phänomene wie die totale Androgenresistenz werden erst mit dem Ausbleiben der Regelblutung in der Pubertät erkannt. Die meisten Formen der Intersexualität sind jedoch schon direkt nach der Geburt sichtbar, wenn sich etwa bei AGS eine akut lebensbedrohliche Salzverlustkrise entwickelt²¹ oder wenn die äußeren Geschlechtsmerkmale aus anderen Gründen nicht so aussehen wie erwartet. Eltern, Ärzte und Hebammen wissen dann schon mit der Geburt eines Kindes nicht, ob sie ein Mädchen mit vergrößerter Klitoris oder einen Jungen mit Mikropenis auf dem Arm halten.

4. Medizinische Behandlung der Intersexualität: „optimal gender policy“

Als Standard-Behandlung bei ausgeprägten Formen der Intersexualität gilt heute noch immer die chirurgische „Anpassung“ der äußeren Geschlechtsmerkmale, das heißt die „Korrektur“ des als zu klein oder zu groß empfundenen Genitales mit dem Ziel, eine nach außen eindeutig erkennbare Geschlechtszugehörigkeit herzustellen²². Diese Vorgehensweise wird seit 1955 empfohlen, wobei die sofortige chirurgische Intervention heute vor allem bei schweren Erscheinungsformen als Standardbehandlung gilt²³. Ziel des Eingriffes ist vor allem die Herstellung einer äußeren „Unauffälligkeit“, d.h. ein möglichst „normales“ Erscheinungsbild. Dabei wurde in der Vergangenheit häufiger zum Mädchen als zum Jungen operiert, weil die Anlage einer Neo-Vagina einfacher erschien als der künstliche Penisaufbau²⁴. Die Deutsche Gesellschaft für Kinderchirurgie empfiehlt in ihren Richtlinien von 2002 eine kontrasexuelle Rekonstruktion („Umwandlung des Geschlechts“), wenn „auch mit hormonellen und operativen Verfahren keine zureichende Potenz der Gonade zur Ausprägung eines isosexuell identifizierbaren und akzeptablen Genitales besteht. Eine „unzureichende Potentia“ soll zugunsten einer „akzeptablen Identität“ des Phänotyps „geopfert“ werden²⁵. In den lange Zeit einflussreichen Richtlinien von Money et al. aus dem Jahre 1955 wird gefordert: Die frühzeitige Zuweisung zu einem Geschlecht, die operative Angleichung des äußeren Geschlechts in den ersten Lebensmonaten und die Geheimhaltung der Diagnose gegenüber den Kindern²⁶.

Begründet wird diese als „optimal gender policy“ bezeichnete und grundsätzlich trotz zunehmender Kritik auch noch heute übliche Praxis einer frühen eindeutigen Geschlechtszuweisung²⁷ vor allem mit der Annahme, das Kind nehme in seiner seelischen Entwicklung Schaden, wenn es nicht so früh wie möglich die Chance zur eindeutigen Geschlechtsrollen-Identifikation als Mann oder Frau bzw. Junge oder Mädchen erhalte²⁸. Außerdem steht, wie auch Kritiker an der frühen Genitaloperation einräumen, einem gänzlichen Offenlassen der Geschlechtszugehörigkeit entgegen, dass es Eltern kaum möglich ist, ein Kind „geschlechtsneutral“ zu erziehen. Kinder sind in vielen Situationen des Alltags auf die Zugehörigkeit zur einen oder anderen Gruppe angewiesen²⁹. Auch innerhalb der Medizin wird jedoch neben der Geheimhaltungspolitik zunehmend die fehlende Datenlage kritisiert und darauf hingewiesen, dass für die gängige Einteilung in „leichte bis schwere“ Ausprägung der Hypospadie kaum messbare

Kriterien existierten³⁰. Weil die These, dass eine chirurgische Anpassung Entwicklungsstörungen vorbeugt, nicht belegt ist, wird gemutmaßt, dass die frühe Intervention nur vordergründig im Interesse des Kindes geschieht, der eigentliche Grund aber darin besteht, den Eltern die Angst vor dem Anderssein ihres Kindes zu nehmen³¹. Der „optimal gender policy“ wird daher neuerdings die Forderung nach der „full consent policy“³², d.h. dem Aufschub eines Eingriffes bis zur Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen, gegenüber gestellt.

5. Anteil des Rechts an der „optimal gender policy“

Neben dem Argument einer frühzeitigen Geschlechtszuordnung zu Gunsten einer ungestörten seelischen Entwicklung des Kindes verlangt in Deutschland das Personenstandsgesetz (PStG) von 1875 in der Fassung vom 3.11.1937 die eindeutige Zuordnung eines Neugeborenen entweder zum männlichen oder zum weiblichen Geschlecht schon binnen einer Woche nach der Geburt (§ 16 i.V. mit § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG). Der Eintrag als Zwitter oder ein vorläufiger Eintrag des Geschlechts soll nicht möglich sein³³. Wer der Anzeige-

18) Vgl. etwa Richter=Appelt, Z Sexualforsch 2004, 239, 245 ff.

19) Nicht hormonell bedingt ist die Gonadale Dysgenese, die Kinder mit XX-Chromosomensatz betrifft, die Hypospadie (XY-Geschlechtschromosom).

20) Vgl. Hester, Ethik Med 2004, 50 f., m. Nachw. zur medizinischen Literatur.

21) Vgl. hierzu Richter=Appelt (wie Fn. 18)

22) Grundlegend: Money/Hampson/Hampson (wie Fn. 15), kritischer Money/Erhardt, Man & woman, boy & girl, Johns Hopkins University press, Baltimore 1972; vgl. ferner Meyer=Bahlburg, Child Adolesc Psychiatr Clin North Am 1993, 501 ff.; ders., J Psychol Human Sex 1998, 1 ff.; MSD-Manual „Die Jahrbuchausgabe“, 2005, S. 2716 f.; kritisch gegenüber der „optimal gender policy“ Beh/Diamond, Mich J Gend Law 2000, 1-63; weitere Nachweise bei Hester, Ethik Med 2004, 48 ff.

23) Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie 2002 „Intersexualität“.

24) „It's easier to make a hole than to build a pole“, SprecherIn der AG gegen Gewalt in der Pädiatrie und Gynäkologie (AGGPG).

25) Leitlinie „Intersexualität“ der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie 2002.

26) Money (Fn. 15).

27) Obwohl die Annahme von Money, ein Kind werde geschlechtsneutral geboren und könne zum einen oder zum anderen Geschlecht erzogen werden, heute widerlegt ist, wird die „optimal gender policy“ auch heute noch, freilich mit differenzierter Begründung, gefordert, insbesondere von Meyer=Bahlburg et al., Psychosexual Quality of life in adult intersexuality: the congenital adrenal hyperplasia (CAH), in: Stabler/Berciu (Hrsg.), Therapeutic outcome in endocrine disorder, New York 1999. Die Richtlinien von Meyer=Bahlburg empfehlen allerdings abweichend von Money nach Möglichkeit den Erhalt der reproduktiven Funktion, der sexuellen Funktionsfähigkeit und nach Möglichkeit das Vermeiden medizinischer Eingriffe. Das wesentliche Ziel ist aber auch hier die stabile Geschlechtsidentität durch ein angepaßtes Erscheinungsbild zum frühest möglichen Zeitpunkt.

28) Grundlegend: Money/Hampson/Hampson (Fn. 15), kritischer Money/Erhardt (Fn. 22); vgl. ferner Meyer=Bahlburg (Fn. 22); kritisch gegenüber der „optimal gender policy“ und für das Konzept der „Salutogenese“ Beh/Diamond (Fn. 22) m.w.N. und Hester (Fn. 22) m.w.N.

29) Vgl. Richter=Appelt, Z Sexualforsch 2004, 239-257.

30) Gängig ist die Einteilung in „Prader“ 1 bis 5. Bei Prader 5 empfiehlt auch die internationale Arbeitsgruppe ESPE/LWPES, vgl. FME Slijper, The Lancet 2003, 1236.

31) Etwa Crouch/Creighton, Minimal Journal of pediatric endocrinology & metabolism 17 (12), 1591 ff.; zu Einstellungen und Motivation der Eltern operierter Kinder s. Dayner et al., J Urol 2004; 172: 1762-1765. Kritisch gegenüber der „optimal gender policy“ auch Beh/Diamond (Fn. 22); weitere Nachweise bei Hester (Fn. 22).

32) Kritisch zu beiden „Extrempositionen“ Thyen/Richter=Appelt/Wiesemann/Holterhus/Hiort, Treat Endocrin 2005; 4 (1), 1-8.

33) Hepting/Gaaz, PersonenstandsR, Kommentar Stand: 2005, § 21 PStG, Rdnr. 71.

pflicht nicht nachkommt, begehrt gem. § 68 PStG eine Ordnungswidrigkeit, die von der zuständigen Behörde (dem Standesamt) mit einem Ordnungsgeld belegt werden kann, aber nicht muss (§ 68 Abs. 1, 2 PStG).

Was weiblich oder männlich im Sinne des Gesetzes ist, wird allerdings nirgends, weder im Personenstandsgesetz noch im Bürgerlichen Gesetzbuch³⁴, definiert, sondern als „von der Natur vorgegeben“ verstanden. Dass die Natur in regelmäßigen Abständen auch das Auseinanderfallen von inneren und äußeren Geschlechtsmerkmalen oder das Vorhandensein beider Keimzellenarten in einer Person (Hermaphrodit) hervorbringt, nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in Abkehr von früheren rechtlichen Regelungen³⁵ bewusst nicht zur Kenntnis. Die Verfasser des BGB wollten davon ausgehen, dass es „echte Zwitter“ nicht gibt und dass es möglich sei, den Zwitter stets dem „bei ihm überwiegenden Geschlecht zuzuzählen“³⁶. Deshalb gilt heute von Rechts wegen die Regel: Wo die Natur eine eindeutige Zuordnung zum Geschlecht nicht getroffen hat, ist es Verpflichtung des Arztes, eine solche Zuordnung vorzunehmen, notfalls mithilfe sog. „Maßnahmen zur Vereindeutigung des Geschlechts“³⁷, d.h. „geschlechtszuweisenden“³⁸ Operationen³⁹.

6. Widerstand Betroffener gegen die „optimal gender policy“ und gegen „Zwangstranssexualisierung“

Weil die frühe „Geschlechtskorrektur“ durch operative und andere invasive Eingriffe am Neugeborenen oder am Kleinkind auch auf den durch das Personenstandsgesetz verursachten Zwang zur raschen und eindeutigen Zuordnung zum einen oder anderen Geschlecht zurückgeführt wird, ist dieses Gesetz zur Zielscheibe heftiger Kritik vieler Betroffener und ihrer Selbsthilfegruppen geworden⁴⁰. *Michael Reiter*, einer der in Deutschland populärsten Fürsprecher für die politischen Rechte intersexueller Menschen, kämpft seit 2001 für die Eintragung als „Zwitter“ im Geburtenbuch vor Gericht, bisher jedoch erfolglos⁴¹. § 47 PStG erlaubt einen Antrag auf Änderung des Eintrags des Geschlechts dann, wenn der ursprüngliche Eintrag falsch war. Intersexuelle werden mit ihrem Antrag auf Richtigstellung aber von den Gerichten nicht gehört, weil sich die Richter zum einen darauf berufen, dass der Eintrag als „Zwitter“ vom Gesetz nicht vorgesehen ist⁴². Zum anderen wird argumentiert, dass der ursprüngliche Eintrag eines tatsächlichen „Zitters“ entweder als männlich oder als weiblich nicht eindeutig falsch sein könne, weil es ja gerade Wesensmerkmal des Zitters sei, dass er sowohl männliche als auch weibliche Körperteile habe, ein entsprechender Eintrag zu einem anderen Geschlecht folglich immer begründet und damit nicht „falsch“ i.S. der vom Gesetz geforderten Eindeutigkeit sei. Das Ergebnis von Operationen am Genitale, mit denen viele der heute erwachsenen Intersexuellen ohne ihr Einverständnis und ohne jede Aufklärung überzogen worden sind, wird von einzelnen Gerichten als weiteres Argument dafür angeführt, dass der ursprüngliche Eintrag in das Personenstandsregister nunmehr auch dem äußeren Anschein nach „richtig“ sei, obwohl viele Betroffene gerade hierin die äußerlich sichtbare Verletzung ihres Rechts auf die individuelle Geschlechtsidentität erleben.

7. Medizinrechtliche Fragen der Behandlung von Intersexualität

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den medizinrechtlichen Fragen der (Behandlung von) Intersexualität. Es ist das Verdienst von *Hans-Georg Koch*, als erster im deutschsprachigen Medizinrechtsschrifttum das Thema „Transsexualismus und Intersexualität“ aufgegriffen zu haben⁴³. Auch seine Stellungnahme aus dem Jahr 1986 macht jedoch deutlich, dass in der Vergangenheit sehr viel stärker, wenn nicht gar ausschließlich die Transsexualität, nicht aber die Intersexualität als gesellschaftliches Problem wahrgenommen wurde. Das

BVerfG hatte den Gesetzgeber im Jahr 1979 zur Regelung des TranssexuellenG gezwungen⁴⁴, dabei wurde die thematisch eng damit verbundene Problematik der Intersexualität leider nicht mitgeregelt. Noch heute erwähnen die aktuellen juristischen Kommentare und Lehrbücher zum Familienrecht unter dem Stichwort „Geschlecht der natürlichen Person“ nur die Transsexualität, nicht aber die körperliche Mehrdeutigkeit der Geschlechtszugehörigkeit⁴⁵. Deshalb, und auch weil der Protest von Betroffenen erst mit Beginn der neunziger Jahre laut wurde⁴⁶, überrascht es nicht, dass die spezifischen rechtlichen Probleme des stark tabuisierten Problems „Intersexualität“ auch *Koch* 1986 noch unbekannt waren⁴⁷. So rät er zu „der Frage, welche Eingriffe der Arzt zur Behandlung morphologischer Intersexualität durchführen darf“, nicht mehr, als dass „die allgemeinen Regeln über die Heilbehandlung hinsichtlich Einwilligung und Aufklärung sowie ggf. hinsichtlich der gesetzlichen Vertretung Einwilligungsunfähiger“ gelten sollten.

-
- 34) Zum bewussten Verzicht auf eine gesetzliche Regel zur Zuordnung von Zwittern aus rechtshistorischer Sicht s. *Wacke*, Vom Hermaphrodit zum Transsexuellen, in: FS f. Rebmann, 1989. Im Preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR) von 1794 war die personenstandsrechtliche Regelung bei Zwittern immerhin geregelt. Die einschlägigen Normen (im 1. Teil, 1. Titel) lauteten: § 19: Wenn Zwitter geboren werden, so bestimmen die Aeltern, zu welchen Geschlechtern sie erzogen werden. § 20: Jedoch steht einem solchen Menschen nach zurückgelegtem achtzehnen Jahre, die Wahl frey, zu welchem Geschlecht er sich halten wolle. § 21: Nach dieser Wahl werden seine Rechte künftig beurtheilt. § 22 Sind aber die Rechte eines Dritten von dem Geschlecht eines vermeintlichen Zitters abhängig, so kann ersterer auf die Untersuchung durch Sachverständige antragen. § 23: Der Befund der Sachverständigen entscheidet, auch gegen die Wahl des Zitters, und seiner Aeltern.“
- 35) Weitere interessante rechtshistorische Aspekte der Intersexualität finden sich bei *Wacke* (Fn. 34).
- 36) Motive I 26, bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. I, 1899, S. 370; weiterführende Hinweise bei *Wacke* (Fn. 34).
- 37) Kleine Anfrage der PDS an die Bundesregierung, BT-Dr. 14/5425.
- 38) Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Christina Schenk* und der Fraktion der PDS, BT-Dr. 14/5425.
- 39) Nach § 21 PStG i.V.m. § 266 Abs. 5 der zugehörigen Dienstanzweisung ist im Fall zweifelhafter Geschlechtszugehörigkeit die Bescheinigung des Arztes oder der Hebamme einzuholen.
- 40) Erstmals KG, Juristische Wochenschrift 1931, 1495, gegen einen Antrag auf Eintragung von „männlich“ in „weiblich“.
- 41) Vgl. *Reiter*, *Gigi* 2000, S. 8 ff., 12; AG München, NJW-RR 2001, 1586.
- 42) Vgl. AG München und LG München I (Fn. 12).
- 43) *Koch*, *MedR* 1986, 172; rechtssoziologische Betrachtungen zur Intersexualität finden sich bei *Plett*, *Gigi* 2001, Nr. 13, S. 24-27.
- 44) BVerfG, NJW 1979, 595.
- 45) Etwa *Schmitt*, in: MüKo/BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2003, § 1, Rdnr. 57; *Heinrichs* (Fn. 12), § 1, Rdnr. 11; *Pawlowski*, Grundlehren des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 2003, Rdnrn. 209 f.; differenzierend zwischen Intersexualität und Transsexualität jedoch *Habermann/Weick*, in: *Staudinger*, Bürgerliches Gesetzbuch (Großkommentar), 13. Bearb. 1995, Vorbem. zu § 1, Rdnrn. 13 ff.
- 46) 1993 gründete die Intersex-Aktivistin *Cherly Chase* die Selbsthilfegruppe ISNA (Intersex Society of North America). Ende der 1990er Jahre hatten schon 400 Betroffene ihre Geschichten ausgetauscht und öffentlich gemacht, vgl. hierzu *Haas*, *American Journal of Law and Medicine* 2004, 41, 43 ff.
- 47) Zum Problem des Eintrags ins Personenstandsregister stellt *Koch* unter Verweis auf den einschlägigen Kommentar zum Personenstandsgesetz (*Massfeller/Hoffmann*, Kommentar zum Personenstandsgesetz, Stand: 1985, § 21, Anm. 38) schlicht fest: „Da der Eintrag schon bei der Geburt erfolgen muss, liegt es nahe, an die äußeren Geschlechtsmerkmale anzuknüpfen; ein Verfahren, das sich praktisch auch ausgezeichnet bewährt hat“. Im Übrigen sieht es *Koch* als Aufgabe der Medizin an, das Geschlecht einer Person zu bestimmen.

Dieser Beitrag will zeigen, dass die Anwendung dieser „allgemeinen Regeln des Heileingriffs“ auf die medizinische Behandlung der Intersexualität, insbesondere auf Genitaloperationen im Säuglings- und Kindesalter nicht unproblematisch ist. Im Gegenteil sind die Besonderheiten der „Krankheit“ Intersexualität so zahlreich, dass eine spezielle Regelung gerechtfertigt erscheint. Besondere rechtliche Probleme tauchen dabei in drei Rechtsbereichen auf:

- (1) Im *Arztrecht* ergeben sich Probleme dadurch, dass es sich bei „geschlechtszuweisenden“ Maßnahmen nicht um einen klassischen Heileingriff handelt. Seit dem Protest vieler Betroffener gegen „Geschlechtsanpassung“ und „Geschlechtszuweisung“ in der Kindheit, die sie heute als Erwachsene zum Teil als Genitalverstümmelung und andauernde Würdeverletzung erleben, ist bereits fraglich, ob es sich bei „geschlechtszuweisenden Operationen“ stets um einen *Heileingriff* handelt, ja ob die Medizin überhaupt zuständig ist, die Probleme Intersexueller zu lösen. Die Voraussetzungen für die chirurgische Änderung der äußeren Geschlechtsmerkmale oder eine Hormontherapie sind trotz des hoch experimentellen und stark invasiven Charakters dieser Eingriffe gesetzlich nicht geregelt. Die wenigen Leitlinien der Fachgesellschaften⁴⁸ beruhen auf unsicherer Datenlage⁴⁹. Auch in haftungsrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage nach Qualitätssicherung in der Versorgung, die es geboten erscheinen lässt, auf der Ebene der Fachgesellschaften Leitlinien für die verschiedenen, sehr unterschiedlichen Störungsbilder und die Aufklärung der Eltern über Therapiefolgen und -alternativen zu entwickeln⁵⁰.
- (2) Im *Recht der elterlichen Sorge* stellt sich zunächst die Frage, ob Eltern für ihr nicht einwilligungsfähiges Neugeborenes in Eingriffe wie Genitaloperationen oder Hormonbehandlungen überhaupt einwilligen dürfen, oder ob dies wegen des hohen Ranges von Geschlechtsidentität, Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung und Fortpflanzungsfreiheit nicht von vornherein zu den Maßnahmen gehört, die – weil nicht akut indiziert – aufgeschoben werden müssen, bis das Kind selbst entscheiden kann. Daneben ist zu klären, was für die Entscheidung der Eltern eines intersexuellen Kindes die maßgeblichen Entscheidungskriterien sein sollten, wie das Kind in den Entscheidungsprozess zu integrieren ist und ab welchem Alter das Kind selbst über den Eingriff entscheiden darf (Einwilligungsfähigkeit).
- (3) Schließlich ist zu klären, wie der Eintrag in das Personenstandsregister insbesondere unter den dort vorgesehenen engen Zeitgrenzen vorgenommen werden soll, welche Änderungen an diesem Gesetz *de lege ferenda* zu fordern sind und wie heute mit der bestehenden Gesetzeslage sinnvoll umgegangen werden kann.

II. Arztrecht und Intersexualität

1. Heileingriff

Die Regeln des ärztlichen Heileingriffs sind nur dann anzuwenden, wenn ein ärztlicher Eingriff auf *Heilung* gerichtet ist, andernfalls befinden wir uns in dem rechtlich anders zu bewertenden Bereich des so genannten Enhancement oder der Schönheitschirurgie. Da die Heilung aber die Diagnose einer Krankheit voraussetzt, stehen wir schon bei der Frage des anwendbaren Rechts auf die Behandlung von Intersexualität vor Problemen: Zum einen ist zu klären, ob die fehlende Eindeutigkeit des Geschlechts selbst als Krankheit und damit als medizinisches Problem zu bewerten ist – oder ob wir in Wahrheit von der Existenz von drei oder auch fünf Geschlechtern ausgehen müssten. Wir hätten es dann nicht mit der Krankheit eines Individuums, sondern mit dem gesellschaftlichen Problem eines falschen Umgangs mit ge-

schlechtlicher Mehrdeutigkeit zu tun. Das am häufigsten genannte Argument für eine frühzeitige „Vereindeutigung“ des Geschlechts durch medizinische Intervention stammt aus der Kinder- und Jugend-Psychiatrie, die davon ausgeht, dass Kinder für eine gesunde Identitätsentwicklung auf eine eindeutige Zuschreibung zur einen oder anderen Geschlechtsrolle angewiesen sind⁵¹. Gesicherte Kenntnisse hierüber fehlen jedoch. Ob die seelische Entwicklung eines intersexuellen Kindes auch dann glücklich verlaufen würde, wenn es durch sein Anderssein nicht diskriminiert würde und öffentliche Vorbilder da wären, an denen sich intersexuelle Kinder orientieren könnten, lässt sich nicht überprüfen. Unsere gesellschaftlichen Verhältnisse sind andere als etwa die in kleinen Gemeinden der Dominikanischen Republik, wo eine vererbliche Form der Intersexualität⁵² außergewöhnlich häufig auftritt und die Betroffenen daher als „normal“ gelten⁵³. In westlichen Gesellschaften gibt es für Menschen zwischen den Geschlechtern noch keinen Raum, in dem intersexuelle Kinder ihr Anderssein als „normal“ erleben könnten.

Der oberste Gerichtshof von Kolumbien, der bisher als einziges Gericht der Welt und inzwischen bereits drei mal über die Zulässigkeit von Geschlechtsoperationen an Kindern entschieden hat, hat ein totales Verbot der chirurgischen Geschlechtsanpassung bei Säuglingen daher mit der Erwägung verworfen, dies käme einem staatlich verordneten Sozialexperiment an Kindern gleich⁵⁴. *Hester* kommt in einer „aktuellen kritischen Untersuchung zu alternativen Heilungsstrategien bei Intersexen“ zu dem Ergebnis, dass die vorherrschenden gesellschaftlichen Werte für die ärztliche Entscheidungsfindung als gegeben hingenommen werden müssen, ärztlicher Heilauftrag daher die erforderliche Integration des intersexuellen Individuums in eine zweigeschlechtliche Gesellschaft sei⁵⁵. Ob die derzeit vorherrschende „Medikalisierung“ der Intersexualität das besser begründete Humanexperiment ist, bleibt, zumal es sich bisher um ein wissenschaftlich schlecht begleitetes Experiment handelt⁵⁶, allerdings weiter kritisch zu

48) S. aber die Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Urologie, AWMF-Leitlinien-Register Nr. 043/029, Stand: Jan. 2003; und die Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie, Stand: 2002, ebd.; ebenfalls von der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie ist die Leitlinie „Hypospadie“, Stand: Sept. 2002. *Dr. Korsch* (Köln) verdanke ich den Hinweis auf die Leitlinie ESPE/LWPES, CAH working group Consensus Statement on 21-Hydroxylase Deficiency.

49) Vgl. *Korsch*, Vortrag am 11.2.2005, der auf das niedrige EMB-Niveau hinweist.

50) Das TranssexuellenG regelt insoweit nur personenstandsrechtliche Fragen der Transsexualität und hätte daher auch als schlichtes Änderungsgesetz zum PersonenstandsG verabschiedet werden können. Dass ein „gutes Gesetz“ die Probleme der Intersexualität zweckmäßigerweise hätte mitregeln sollen, mahnte zutreffend schon *Wäcke* (Fn. 34), S. 895, an.

51) So schon *John Money* 1972 (Fn. 22); vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der PDS, BT-Dr. 14/5425.

52) Es handelt sich um eine Form der Störung der Androgenbiosynthese, den sog. 5-alpha-Reductase-Defekt. Bei diesem Defekt werden genetische Jungen mit einem Mikropenis geboren und oft als Mädchen erzogen. Wenn in der Pubertät dann aber der Penis wächst und sekundäre Geschlechtsmerkmale des Mannes hinzutreten, wird häufig ein Rollenwechsel zur Gruppe der Männer vollzogen.

53) Hinweis darauf, dass die Integration Intersexueller in ländlicher Umgebung leichter ist, geben auch Studien aus Indien, Saudi-Arabien, Südafrika und der Türkei, vgl. hierzu *Hester* (Fn. 22) m.w.N.

54) Cruz Sentencia No. T-551/99 (Colom.) v. 2.8.1999; zuvor: SU 37/99.

55) *Hester*, Ethik Med 2004, 48 f.

56) Es gibt kaum wissenschaftliche Daten, die für oder gegen den Erfolg des psychosozialen Paradigmas (optimal gender policy) sprechen, vgl. *Hester*, Ethik Med 2004, 52; und *Richter=Appelt*, Z Sexualforsch 2004, 239 ff. Abhilfe soll das vom BMBF geförderte „Netzwerk Intersexualität“ schaffen, in dem verschiedene Disziplinen bestehende Behandlungsstrategien evaluieren wollen.

hinterfragen. Der hoch invasive Charakter, die Irreversibilität einer Geschlechtswahl, das selten 100% befriedigende Ergebnis einer chirurgischen Geschlechtsanpassung und vor allem die erheblichen Belastungen, denen sich Kinder und Jugendliche häufig in mehreren Operationen, verbunden mit ständigen Kontrolluntersuchungen, unterziehen müssen⁵⁷, geben Anlass dazu, mit Betroffenenvereinigungen wie der ISNA⁵⁸ jedenfalls so lange ein Moratorium zu fordern, bis nachgewiesen werden kann, dass neue Methoden der plastischen Chirurgie das Kindeswohl wie auch ein erfülltes Sexualleben als Erwachsener tatsächlich fördern⁵⁹. Die empirischen Daten zum Langzeitverlauf der frühen Geschlechtschirurgie geben Aufschluss darüber, dass eine sofortige chirurgische Intervention weder auf die Entwicklung der Geschlechtsidentität noch auf die soziale Anpassung positiven Einfluss hat⁶⁰. Die Belastung durch die Operationen im Genitalbereich und die Kontrolluntersuchungen scheinen zum Teil stärker traumatisierend zu wirken als die Abweichung des äußeren Genitale vom normalen Erscheinungsbild⁶¹. Außerdem gibt es Hinweise darauf, dass die plastische Herstellung eines äußerlich normalen Genitales zu Lasten der späteren sexuellen Empfindungsfähigkeit geht⁶².

2. Interdisziplinäres Zusammenwirken als Behandlungsstandard

Geht man, wie herkömmlich, davon aus, dass die frühzeitige „Vereindeutigung des Geschlechts“ der Prävention von schwerer seelischer Anpassungsstörung dient, stellt sich des Weiteren die Frage, welche Fachdisziplinen zuständig sind. Bei den Problemen, die die verschiedenen Formen der Intersexualität mit sich bringen, handelt es sich ja nicht nur um eine Störung der psychosexuellen Entwicklung oder um andere kinder- und jugendpsychiatrische Störungen. Häufig macht der Grund der Abweichung ein Eingreifen der Endokrinologie erforderlich, weil etwa ein genetisch bedingter Enzymmangel nicht nur Auswirkungen auf die Geschlechtsmerkmale hat, sondern zunächst Vitalparameter wie etwa den Salzhaushalt oder die Fähigkeit zur Bildung von Kortisol beeinträchtigt⁶³. Biochemische und humangenetische Diagnostik kann dabei helfen, die Störung zu erkennen, die Entwicklung der Geschlechtszugehörigkeit vorherzusagen und die richtige Therapie zu wählen. Die Chirurgie ist nicht nur dann gefragt, wenn das Problem etwa durch Verkleinerung der Klitoris „wegoperiert“ werden soll, sondern auch dann, wenn Fehlbildungen im Genitalbereich zu Funktionsbeeinträchtigungen führen und die Gefahr weiterer Komplikationen besteht. Unabhängig vom zugrunde liegenden Störungsbild sind es daher stets mehrere Disziplinen, die an der Behandlung der Intersexualität „kurativ“ oder „palliativ“ beteiligt sind. Sollten die Erfahrungen im Umgang mit intersexuellen Kindern und ihren Eltern zeigen, dass den betroffenen Kindern und Jugendlichen am besten durch interdisziplinäres Zusammenwirken der Disziplinen in Beratung und Therapie geholfen werden kann⁶⁴, müsste dies auch (haftungs-) rechtlich als Standard verstanden werden. Es wäre dann Aufgabe der Medizin, organisatorisch sicherzustellen, dass Eltern intersexueller Kinder der Weg zu einem spezialisierten Zentrum gewiesen wird, damit an fachlich kompetenter Stelle die erforderliche multiprofessionelle Beratung erfolgen und ggf. an einen spezialisierten Experten verwiesen werden kann.

3. Qualifizierte Aufklärung

Die Entwicklung fach- und symptom-spezifischer Behandlungsleitlinien scheint nicht nur im Hinblick auf die Qualität der Behandlung erforderlich, sondern auch mit Blick auf den Mindestgehalt der Aufklärung gegenüber Eltern und Kind. Nicht immer stellt „ein intersexuelles Genitale beim Neugeborenen einen pädiatrisch-endokrinologischen Notfall und

frühesten kinderchirurgischen Konsiliarfall“⁶⁵ dar. Oft genug bleibt Zeit, die Zustimmung der gut informierten Eltern abzuwarten. Rechtlich sind jedenfalls nicht die Notstandsregeln, sondern die Regeln über Einwilligung und Aufklärung anzuwenden mit der Folge, dass nicht die Ärzte im Konsil über die Behandlung oder Nichtbehandlung eines Neugeborenen, sondern allein die Eltern entscheiden, ob bei ihrem Kind eine medizinische Intervention stattfinden soll⁶⁶. Die Wirksamkeit der Einwilligung der Eltern sollte – wie zu Recht der oberste Gerichtshof von Kolumbien entschieden hat⁶⁷ – von einer qualifizierten Aufklärung abhängig gemacht werden. Statt die Eltern damit zu beschwichtigen, dass die Genitalien ihres Kindes „nur noch etwas unterentwickelt sind und man ein bisschen nachhelfen muss“, müssen Eltern über die jeweiligen Ursachen der Störung umfassend aufgeklärt werden. Ausführliche Information dürfen sie auch über den störungsspezifischen Verlauf der Geschlechtsentwicklung, Therapiealternativen und ggf. über den ungewissen Ausgang einer operativen Korrektur erwarten. Zu den Therapiealternativen gehört dabei häufig auch die Möglichkeit, den operativen Eingriff so lange aufzuschieben, bis das Kind selbst entscheiden kann, welchem Geschlecht es sich zugehörig fühlt. Zum Inhalt eines wirksamen Aufklärungsgespräches muss ferner die Aufklärung über psychologische Unterstützungsmöglichkeiten für Familie und Kind durch professionelle Begleitung eines Therapeuten und den Beistand von Selbsthilfegruppen gehören. Um den Eltern die Chance zu geben, sich über die Behandlung ihres Kindes eine Meinung zu bilden, sollten mehrere Aufklärungsgespräche und die Gelegenheit zur Rücksprache mit Experten anderer Disziplinen angeboten

57) Zu Berichten Betroffener vgl. den Bestseller „Middlesex“ von Jeffrey Eugenides und die Wiedergaben von Erfahrungsberichten bei Hester, Ethik Med 2004, 56, sowie allgemein Berichte im Internet über die Seiten der Betroffenen-Gruppen. Eine erste Katamnese-Studie zur Zufriedenheit Erwachsener hat Richter=Appelt (Z Sexualforsch 2004, 239-257) beschrieben; die Ergebnisse belegen, dass Betroffene während der Pubertät meist mehrfach im Genitalbereich operiert worden sind und dass die Betroffenen über den wahren Hintergrund nur ausnahmsweise aufgeklärt wurden.

58) Intersex Society of North America, vgl. <http://www.isna.org/>.

59) Vgl. auch Hester, Ethik Med 2004, 52, der ebenfalls auf die realen Risiken der medizinischen Intervention und mangelhafte Datengrundlage bei der Behandlung der Intersexualität hinweist.

60) Megeon/Wisniewski/Gearhart et al., Pediatrics 2002, e31ff.; Fausto= Sterling, Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality, New York 2000; und Fausto= Sterling, Science 2000, 18-23; Creighton/Minto/Steele, Lancet 2001, 124f.; vgl. auch Hester, Ethik Med 2004, 54.

61) Richter=Appelt (Fn. 57); Minto/Liao/Woodhouse/Ranysley/Creighton, Lancet 2003, 1252-1257.

62) Minto et al., Lancet 2003, 1252-1257; m. krit. Anmerkungen zur Methode und zu den Folgerungen Slijper, The Lancet 2003, 1236, die darauf hinweist, dass die Gruppe selektiert war, weil nur Frauen befragt wurden, die in einer Partnerschaft lebten, und die sexuelle Funktionsfähigkeit durch sehr viele andere Faktoren auch behindert werden kann.

63) Zum Beispiel beim Adrenogenitalen Syndrom, vgl. die Leitlinie „Intersexualität“ der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie (Fn. 48).

64) So etwa die Forderung von Richter=Appelt nach einer Katamnese-Studie zur Zufriedenheit nach chirurgischer Intervention, Z Sexualforsch 2004, 239-257; und die Leitlinien von Beier et al. 2001, S. 8.

65) So die Leitlinie „Intersexualität“ der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie unter Federführung von Prof. Dr. I. Joppich, Hauersches Kinderspital, Ludwig-Maximilians-Universität München, AWMF-Leitlinienregister Nr. 006/105 v. Sept. 2002, die beim bloßen Verdacht auf Intersexualität jedoch ebenfalls rät, die Geschlechtszuordnung bis zur Befundklärung aufzuschieben.

66) So auch die Leitlinien der deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie zur Intersexualität (v. 2002) zum echten Hermaphroditismus.

67) Sentencia T-551/99.

werden. Es sollte in jedem Fall so viel Zeit zur Verfügung stehen, dass Eltern nach der ersten Verunsicherung durch die Geburt eines „Zwitter-Kindes“ Gelegenheit haben, ihr Kind zunächst so anzunehmen, wie es ist. *Hester* fordert hierfür die Schaffung eines „rhetorischen Raumes“ und meint damit, dass Ärzte eine Sprache verwenden sollen, die den Zustand des Neugeborenen – abgesehen vom echten Notfall – nicht sofort als pathologisch ausweist⁶⁸. Haben Ärzte den Eindruck, dass Eltern trotz intensiver Aufklärungsversuche nicht in der Lage oder nicht Willens sind, die Ursachen der Andersartigkeit ihres Kindes und die alternativen Therapiekonzepte zu verstehen, können sie sich im schlimmsten Fall mit dem Antrag auf Bestellung eines Ergänzungspflegers an das Vormundschaftsgericht wenden.

4. Grenzen des Selbstbestimmungsrechts

Ärztliche Heileingriffe gelten im Regelfall dann als hinreichend legitimiert, wenn der dafür Zuständige hierin eingewilligt hat und wenn dem eine umfassende ärztliche Aufklärung vorangegangen ist (Doktrin vom Informed Consent).

Die Rechtsordnung gewährt jedoch selbst dem geistig gesunden Erwachsenen das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper nicht uneingeschränkt⁶⁹. So wird davon ausgegangen, dass die Menschenwürde und „das Sittengesetz“ der Einwilligungsbefugnis Grenzen setzen⁷⁰. Eine absolute Grenze i. S. eines absoluten Entäußerungsverbots ist etwa das Verbot der Tötung auf Verlangen in § 216 StGB. Gesetze, die Verfügungen über den eigenen Körper „relative Grenzen“ setzen, fordern neben der Einwilligung zum Teil weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen wie etwa eine Kosten/Nutzen-Abwägung und weitere Schutzvorschriften beim Heilverfahren (§§ 40, 41 AMG).

Besondere rechtliche Schutzvorkehrungen werden zum Teil auch gefordert für die Zulässigkeit des freiwilligen Verzichts auf die Fortpflanzungsfähigkeit (Sterilisation) oder für die Entfernung der männlichen Keimdrüsen (Kastration). Im Rahmen von „geschlechtsanpassenden“ Operationen zur Behandlung der Intersexualität werden als „überflüssige Geschlechtsorgane“ zum Teil sowohl die Ovarien als auch die männlichen Keimdrüsen entnommen. Dies geschieht deshalb, weil Geschlechtsanlagen ohne Funktion ein Tumorrisiko innewohnen kann. Eine vorhandene Vaginalöffnung kann, wenn sie nicht genutzt wird, das Risiko einer Infektion bis hin zur schweren Bauchfellentzündung beinhalten. Eingriffe zur Behandlung der Intersexualität können damit als Nebenwirkung die Sterilisation oder die Kastration zur Folge haben, so dass sich hier die Frage stellt, ob allein die Einwilligung des Betroffenen hinreichende Voraussetzung für diese Eingriffe ist.

a) Gesetzeswidrigkeit der freiwilligen Sterilisation?

Die freiwillige Sterilisation bei einwilligungsfähigen Erwachsenen ist gesetzlich nicht geregelt und wird in ihrer Zulässigkeit rechtlich unterschiedlich bewertet⁷¹. Nach einer Ansicht verstößt die Sterilisation, die nicht aus medizinischen, genetischen (eugenischen) oder kriminologischen Gründen indiziert ist, gegen die „guten Sitten“⁷². Die Gegenauffassung will die Einwilligung auch da als hinreichenden Rechtfertigungsgrund gelten lassen, wo „das sittliche Urteil über die Tat schwankt“⁷³. Der BGH in Zivilsachen lehnt das generelle Urteil der Sittenwidrigkeit für die freiwillige Sterilisation ab, hält dies im Einzelfall jedoch wohl für möglich⁷⁴. Nach der Musterberufsordnung für Ärzte sind freiwillige Sterilisationen berufsrechtlich nur dann zulässig, wenn „sie aus medizinischen, genetischen oder schwerwiegenden sozialen Gründen“ indiziert sind (§ 6 MBOÄ).

Die Diagnose „Intersexualität“ wird wohl auch nach den strengeren Auffassungen stets als „medizinische Indikation“ für die freiwillige Sterilisation gelten, sofern es sich um eine ausgeprägte Form der Intersexualität handelt. Bei leicht-

teren und mittelschweren Formen sollte die Aufhebung der Fruchtbarkeit im Rahmen der Behandlung von Intersexualität dennoch „ultima ratio“ sein mit der Folge, dass Eingriffe, die die Fruchtbarkeit erhalten und dem Betroffenen die spätere Rückkehr zum ursprünglichen Geschlecht offen halten, analog § 1905 Abs. 1 Nr. 5 BGB stets Vorrang haben.

b) Gesetzeswidrigkeit der freiwilligen Kastration?

Überflüssige Keimdrüsen werden etwa bei der kompletten Androgenresistenz regelmäßig entnommen, weil man in ihnen ein hohes Risiko zur Tumorentartung von 25 %⁷⁵ vermutet⁷⁶. Das Entnehmen der Keimdrüsen stellt, auch wenn sie nicht im Skrotum, sondern im Bauchraum liegen, dem Wortlaut des Kastrationsgesetzes nach eine Kastration dar. Diese unterfällt grundsätzlich wie die Sterilisation dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und die Fortpflanzungsfreiheit dem Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde). Zum Teil wird vertreten, dass auch die freiwillige Entfernung der männlichen Keimdrüsen stets nur wegen des im Kastrationsgesetz genannten Grundes, nämlich der Gefahr der Begehung von Straftaten wegen eines abnormen Geschlechtstriebes, zulässig sein soll. Sofern man im Wege der Analogie einen anderen als den im Gesetz genannten Grund zulassen wolle, müssten diese einen vergleichbare Gefahr für Dritte oder den Betroffenen beinhalten. In Betracht komme bei der Entfernung der Keimdrüsen nur eine akute medizinische Indikation wie die Lebensrettung bei Krebs⁷⁷. In allen anderen Fällen, d. h. wohl bei der Gonadenentnahme wegen eines abstrakten Entartungsrisikos, soll die Kastration auch auf Wunsch des Betroffenen als Verstoß gegen die guten Sitten bzw. die Menschenwürde verboten sein.

Man wird allerdings davon ausgehen dürfen, dass das Kastrationsgesetz seinem Zweck nach nur auf die Entnahme von funktionsfähigen Keimdrüsen gerichtet ist und jedenfalls nur die historisch vorbelastete sexualmedizinische oder kriminologische Indikation, nicht aber die Entfernung der Keimdrüsen wegen einer Geschlechtsumwandlung oder -anpassung regelt. Existiert danach für die freiwillige Kastration jenseits der kriminologischen oder sexualmedizinischen Indikation ein spezialgesetzlich geregelter Raum nicht, darf man wohl folgern, dass die Einwilligung in die Entfernung der Keimdrüsen oder anderer „überflüssiger“ Geschlechtsorgane im Rahmen einer geschlechtskorrigierenden Operation nicht verboten ist⁷⁸. Auch eine analoge Anwendung des § 3 KastrG

68) *Hester*, Ethik Med 2004, 51.

69) *Amelung*, Vetorechte im Grenzbereich medizinischer Intervention, 2001.

70) Vgl. *Schwabe*, JZ 1998, 66–75; kritisch zur Schranke der Sittenwidrigkeit *Niedermair*, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten, 1999. Beispiele aus der Rechtsprechung für wegen Sittenwidrigkeit verbotene Eingriffe sind etwa: vorsätzliche Verstöße gegen die Regeln des sportlichen Wettkampfs durch Doping, die Wehrpflichtentziehung durch vorsätzliche Verstümmelung, der Verkauf von Organen oder die Schönheitschirurgische Veränderung der Gesichtszüge mit kriminellem Hintergrund.

71) § 1906 BGB regelt die Sterilisation von Menschen, die unter Betreuung stehen, § 1631b BGB verbietet die Sterilisation von Kindern.

72) *Hanack*, JZ 1974, 393 ff.

73) *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 54; *Roxin*, JuS 1964, 380 f.; *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 223, Rdnr. 61 (nach *Ulsenheimer*).

74) BGH, NJW 1976, 1790, 1791 = BGHZ 67, 48 ff. (Zivilsache!).

75) Leitlinie Intersexualität der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie, 2002.

76) MSD-Manual (Fn. 22), S. 2716 f.; zu Standards s. etwa *Dénes et al.*, BJU international 95 (6), S. 863 ff.

77) *Popp/Ghirardini/Gaetje*, Zentralblatt für Gynäkologie 1993 (115), 570–572.

78) So auch *Koch*, MedR 1986, 172; a.A. aber *Horn* (1998), in: SK/StGB, § 228, Rdnr. 19.

überzeugt nicht, weil es bei der Behandlung der Intersexualität nicht um die „gezielte“ Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit geht, sondern weil dies – wenn überhaupt – eine Nebenfolge des Eingriffs ist⁷⁹.

Der Wertung des Gesetzes kann allerdings entnommen werden, dass Keimdrüsen, auch wenn sie die übliche Funktion nicht wahrnehmen, normativ betrachtet mehr sind als eine „gefährliche Gewebemasse“. Als Teil der ursprünglichen Ausstattung eines individuellen Körpers nehmen diese Organe am Schutz der Körperintegrität und am Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts teil. In dem berühmten „Myomfall“, in dem es darum ging, dass Ärzte ohne Einwilligung der Patientin eine aus ihrer Sicht „überflüssige“ Gebärmutter entnommen hatten, hat der BGH ausdrücklich festgestellt, es sei möglich, „dass ein Kranker eine selbst gefährliche Geschwulst an einem Organ seines Körpers weiter bestehen zu lassen bereit ist, als für die Beseitigung der Geschwulst den Verlust des ganzen Organs in Kauf zu nehmen“, und dass Ärzte diese Entscheidung als Ausdruck des in Art. 2 Abs. GG verbürgten Selbstbestimmungsrechts akzeptieren müssen. Ob ein Organ „überflüssig ist“, bleibt danach allein der Bewertung des Betroffenen überlassen, der die Integrität seiner Körperausstattung über die Gefahren stellen darf, die von einzelnen Teilen ausgehen⁸⁰. Auch die Verfügung über scheinbar überflüssige Organe sollte, zumal dann, wenn sie eng mit der Geschlechtsidentität verbunden sind, dem Betroffenen überlassen bleiben, sofern dies möglich ist, d.h. eine Entartung durch Beobachtung ausgeschlossen werden kann. Wegen der besonderen Bedeutung der Keimdrüsen für die Geschlechtsidentität besteht auch Anlass, über rechtliche Vorkehrungen zum besonderen Schutz der Freiverantwortlichkeit des Betroffenen (dazu unten, sub 5.) und zum Schutz vor Fremdbestimmung (dazu unten, sub 6.) nachzudenken.

5. Beginn und Grenzen der Fähigkeit zur Selbstbestimmung (Einwilligungsfähigkeit)

Grundsätzlich ist die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff nicht an das Erreichen der Volljährigkeit gebunden. Die Einwilligung eines Minderjährigen in die ärztliche Behandlung gilt immer dann als rechtswirksam erteilt, wenn der Jugendliche schon „einwilligungsfähig“, d.h. fähig ist, „Bedeutung, Wesen und Tragweite eines Eingriffes zu überschauen und entsprechend zu handeln“⁸¹. Das bedeutet, dass Minderjährige im Durchschnitt ab 14 Jahren in eine Untersuchung selbst einwilligen können, ohne dass die Eltern um ihre Zustimmung gebeten werden müssten⁸². Ob im Einzelfall Einwilligungsfähigkeit gegeben ist, hängt zunächst von den kognitiven Fähigkeiten des Patienten und von den konkreten Umständen des Falles, d.h. etwa der Komplexität der Entscheidungsproblematik ab. Primär wird die Einwilligungsfähigkeit also durch tatsächliche Faktoren erschwert oder erleichtert⁸³. Das rechtliche Urteil über die Einwilligungsfähigkeit wird allerdings auch durch wertende (normative) Gesichtspunkte bestimmt. So geht man etwa davon aus, dass die Einwilligungsfähigkeit in besonders grundrechtssensiblen Bereichen wie Sexualmedizin und Gynäkologie relativ früh angenommen werden muss, weil hier – man denke etwa an den Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – Fremdbestimmung schnell als offenkundiger Würdeverstoß wahrgenommen wird⁸⁴.

Dass die Einwilligungsfähigkeit sowohl von den tatsächlichen Umständen und den Fähigkeiten des Patienten wie auch von normativen Gesichtspunkten abhängt, wirkt sich bei der Bewertung der Fähigkeit zur Einwilligung in eine geschlechtsumwandelnde oder -anpassende Operation kompliziert aus. Weil rein faktisch der Kinderwunsch bei vielen Menschen erst deutlich nach dem Erreichen der Volljährigkeit eintritt, wird teilweise davon ausgegangen, dass die Ent-

scheidung für die dauerhafte Unfruchtbarkeit (Sterilisation) an die „soziale Fortpflanzungsreife“ zu knüpfen sei, die etwa bei 25 Jahren liegen soll. Einzelne Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur nehmen dabei sogar an, dass „auch der verständige und vollständig aufgeklärte Kastrationswillige die Konsequenzen eines solchen Eingriffs niemals ganz überschauen und verantworten könne“, vom rein Tatsächlichen her von Einwilligungsfähigkeit in die Unfruchtbarkeit folglich nie ausgegangen werden dürfe⁸⁵. Der Gesetzgeber hat diesem Gedanken Rechnung getragen, indem er für die freiwillige Kastration das Mindestalter von 25 Jahren vorsieht. Auch die gesetzliche Forderung der Volljährigkeit für die Einwilligung in die (gezielte) Sterilisation in §1631c BGB wird auf die Erwägung gestützt, dass sich „Erforderlichkeit und Auswirkungen der Sterilisation schwer beurteilen lassen“⁸⁶. Aufgrund ähnlicher Erwägungen ging in seiner ursprünglichen Fassung auch das TranssexuellenG von einer Teilunmündigkeit bis zum Alter von 25 Jahren aus⁸⁷. Gleichzeitig wird im Schrifttum betont, dass tatsächlich auch Rollenfindungsschwierigkeiten im Rahmen der Pubertätskrise für eine späte, erst nach Volljährigkeit eintretende Fähigkeit zur Einwilligung in geschlechtsumwandelnde Maßnahmen sprechen.

Vom normativen Standpunkt aus betrachtet zählen andererseits die Geschlechtsidentität und der Wunsch nach Änderung eines als falsch empfundenen Genitales zur Intimsphäre eines Menschen und zum Kern des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG. Der hohe Rang dieses Grundrechts in der Werteordnung unserer und auch anderer Verfassungen⁸⁸ spricht dafür, die rechtliche Befugnis zur Einwilligung in geschlechtsumwandelnde oder -korrigierende Operationen vergleichsweise früh zu vermuten. Wie etwa bei der Befugnis zur Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch soll vor dem Hintergrund der „Menschenwürderelevanz“ dieser Entscheidungen die Einwilligungsbefugnis daher schon dem 12- bis 14-Jährigen zuzusprechen sein.

79) Vgl. zur analogen Anwendung des KastrationsG *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 348.

80) BGHSt 11, 111 („Myomurteil“).

81) BGHZ 29, 33; ausführlich hierzu *Amelung*, ZStW 104 (1992), 525 ff.; *Belling* u.a., Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, 1994, passim; und *Rothärmel*, Einwilligung, Veto, Mitbestimmung – Die Geltung der Patientenrechte für Minderjährige 2004, S. 73 ff.

82) Näher *Rothärmel* (Fn. 81), passim.

83) Vgl. etwa die Einwilligung in die u.U. (psychisch) folgenschwere HIV-Untersuchung oder genetische Diagnostik: *Lesch*, NJW 1989, 2311 f.

84) Näher zu den „Würdevorbehalten“ gegenüber der Fremdbestimmung s. *Amelung* (Fn. 69), passim; und *Rothärmel* (Fn. 81), S. 165 ff.

85) *Horn* (wie Fn. 78).

86) BT-Dr. 11/4528, S. 76.

87) Diese Altersbegrenzung im TranssexuellenG hat das BVerfG zwar als verfassungswidrig verworfen. Begründet wurde dies aber allein damit, dass sich die 25-Jahre-Grenze ausschließlich auf die „große Lösung“ nach §§ 8 ff. bezog, es ging um den Vorwurf der Ungleichbehandlung. Hätte der Gesetzgeber die 25-Jahre-Grenze von vornherein auch auf die kleine Lösung bezogen, hätte jedenfalls die Rüge des Gleichheitsverstosses keinen Bestand gehabt.

88) In den USA zählen das Recht auf körperliche Integrität und auf Fortpflanzungsfreiheit zu den „fundamental privacy rights“ unter dem 14. Amendment; vgl. hierzu *Haas*, American Journal of Law and Medicine 2001, 41, 56 ff. Das Kolumbianische Verfassungsgericht hat das Verbot von Geschlechtsoperationen an Kindern ab fünf Jahren nicht nur auf die kolumbianische Verfassung (Menschenwürde und Grundrecht zur eigenen Wahl der Geschlechtsidentität), sondern auch auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte gestützt (erstmal: Urteil Nr. T-477/95 [„Gonzalez“], abgedruckt auf der Website der Intersex Society of North America <http://www.isna.org/colombia/t-477-95.html>).

Man wird aus diesen teilweise gegenläufigen Wertungsmaßstäben folgern müssen, dass die Einwilligungsfähigkeit im Hinblick auf Operationen zu Genitalumwandlung oder -korrektur in besonderer Weise von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von dem dauerhaften Funktionsverlust der Geschlechtsorgane und der Möglichkeit eines zeitlichen Aufschubs einzelner Eingriffe abhängt. Das Recht zur Entscheidung eines 14-Jährigen, der eine Geschlechtsoperation wünscht, sollte daher nicht von vornherein angezweifelt werden, wohl aber sollte die Frage des zeitlichen Aufschubs irreversibler Eingriffe gründlich geprüft werden. Dasselbe gilt für die Einwilligungsfähigkeit des Patienten, die im Zweifel im Konsil mit einem Facharzt für Psychologie und Psychiatrie im Jugendalter sorgsam überprüft werden sollte.

6. Grenzen von Fremdbestimmungsbefugnissen

Von besonderer Bedeutung für die rechtliche Bewertung der medizinischen Behandlung der Intersexualität ist die Frage nach den Grenzen von Fremdbestimmungsbefugnissen, soweit eine Geschlechtsanpassung schon im Alter von 0 bis 3 Jahren empfohlen wird. Die Kompetenzen eines Stellvertreters zur Einwilligung in medizinische Eingriffe reichen grundsätzlich nicht so weit wie das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen. Zum Schutz des nicht Einwilligungsfähigen sieht das Gesetz besondere Verfahren vor, etwa die richterliche Genehmigungspflichtigkeit lebensgefährdender Eingriffe am Betreuten in § 1904 BGB. Manche besonders weitreichenden Eingriffe sind gegen den Willen des Betroffenen gänzlich verboten, unabhängig davon, ob er einwilligungsfähig ist, und unabhängig davon, was er tatsächlich versteht. So steht dem Betreuten gem. § 1905 BGB wegen der schon diskutierten Grundrechtsintensität der Sterilisation immer ein Vetorecht gegen die Sterilisation zu. Einen absoluten Würdevorbehalt bei Sterilisation sieht § 1631c BGB bei Minderjährigen vor: an Minderjährigen ist ein Eingriff, der gezielt die Fruchtbarkeit aufheben soll, ausnahmslos und immer verboten. Wie zuletzt Kenia verbieten immer mehr Länder das Ritual der weiblichen Genitalbeschneidung. Eltern ist die Beschneidung von Mädchen entgegen kultureller Gewohnheit auch dann verboten, wenn dies zum Ausschluss des Kindes aus der religiösen Gemeinschaft führen kann.

a) Verbot der chirurgischen Operation am Genitale durch den obersten Gerichtshof von Kolumbien

Im Jahr 1995 hat der oberste Gerichtshof von Kolumbien erstmals über die Zulässigkeit von geschlechtszuweisenden Operationen bei nicht Einwilligungsfähigen entschieden⁸⁹. Ein Jugendlicher hatte gestützt auf die Informed Consent Doctrin ein Krankenhaus auf Zahlung von Schmerzensgeld verklagt, nachdem er – ähnlich wie in dem von *Money* publizierten Fall – nach versehentlichem Zerstören des Penis beim Beschneidungsritus zum Mädchen umoperiert worden war und dies erst als Jugendlicher erfahren hatte. Die Gerichte gaben seiner Klage statt, das kolumbianische Verfassungsgericht stellte fest, dass es einen Verstoß gegen die Menschenwürde und das Recht auf eine ungestörte Geschlechtsidentität darstellt, wenn ein anderer als der Betroffene selbst über die Geschlechtszugehörigkeit entscheidet⁹⁰. Die Stellvertretung soll in diesem Bereich wegen der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechte also gänzlich ausgeschlossen sein. Wenige Jahre später untersagte dasselbe Gericht der Mutter eines zum Entscheidungszeitpunkt achtjährigen intersexuellen Kindes die Einwilligung in die geschlechtskorrigierende Operation. Begründet wurde die Entscheidung mit dem Hinweis auf das Grundrecht auf eine eigene Geschlechtsidentität. Niemand, so das Gericht auch in diesem Fall, sei in der Lage und befugt, über die Geschlechtszugehörigkeit eines Individuums zu befinden außer dem Individuum selbst⁹¹. In dem dritten

Urteil aus Kolumbien⁹² wird das Recht der Eltern, in genitalkorrigierende Operationen am Kind einzuwilligen, ein Stück weit wieder hergestellt. Das absolute Verbot einer Einwilligung durch Stellvertreter wird auf Kinder über fünf Jahre beschränkt. Bis zu diesem Alter soll der Eingriff nicht verboten sein. Begründet wird diese Einschränkung gegenüber der früheren Rechtsprechung aber nicht damit, dass Kinder unter fünf Jahren an der Fremdbestimmung über ihre Geschlechtsidentität keinen Schaden nähmen, sondern mit den Grenzen der staatlichen Eingriffsbefugnisse in die Familie. Wie in der deutschen Verfassung in Art. 6 GG sieht die Verfassung von Kolumbien einen Schutz der Privatsphäre der Familie vor, der dem „staatlichen Wächteramt“ über das Wohl des Kleinkindes vorgeht und letzteres auf gröbste und offenkundige Sorgerechtsverstöße zurückdrängt.

b) Analogie zu § 1631c BGB – „full consent policy“?

Das AG München hat in der Entscheidung, in der es *Reiters* Antrag auf Eintragung als „Zwitter“ in das Personenregister abgelehnt hat, am Rand angemerkt, dass der Gesetzgeber entsprechend § 1631c BGB ein absolutes Verbot von Genitaloperationen an Minderjährigen erlassen möge⁹³. Ob den Interessen der Gruppe Intersexueller ein solch absolutes Verbot von Genitaloperationen im Kindesalter jedoch förderlich ist, wird auch von den prinzipiellen Kritikern der „optimal gender policy“ bezweifelt. Ein absolutes Verbot könnte ebenso wenig wie die jetzige permissive Rechtslage auf wissenschaftliche Erkenntnisse über den Nutzen einer frühen Geschlechtsanpassung gestützt werden, weil uns derzeit zwar Berichte Betroffener über die Belastungen früherer Operationsmethoden und auch erste Katamnesestudien vorliegen; wissenschaftliche Erkenntnisse über die Auswirkungen moderner Operationsmethoden, die nach Aussage etwa der Kinderchirurgin *Clauthilde Leriche*⁹⁴ sehr viel besser und schonender sein sollen⁹⁵, fehlen aber noch. Spezialisierte Kinderchirurgen warnen daher vor der vorschnellen Interpretation der Behandlungsergebnisse aus veralteten Verfahren⁹⁶. Das traumatische Erleben der Operationen und der wiederholten Untersuchungen führen viele Betroffene auch auf die Tatsache zurück, dass ihnen der Grund der Behandlungsnotwendigkeit und der Grund ihres Andersseins systematisch verheimlicht wurden. Viele derer, die sich heute in Selbsthilfegruppen gegen die Genitaloperation organisiert haben, sind Opfer der *Money*-Richtlinien von 1955⁹⁷ und über ihre intersexuelle Identität im Unklaren gelassen, ja sogar belogen worden⁹⁸. Dass bei frühzeitiger und schonender Operation mit verbesserten Techniken, die die Empfindungsfähigkeit der Sexualorgane nicht verletzen, eine sehr viel höhere Zufriedenheit hergestellt werden könnte, insbesondere, wenn die Familie angemessenen psychologischen Beistand erfahren und die Kinder angemessen aufgeklärt würden, ist bei der jetzigen mangelhaften Datenlage nicht auszuschließen. Insgesamt ist heute über die Gesamtgruppe der Intersexuellen viel zu wenig bekannt, um ein striktes Verbot chirurgischer Intervention im Kindes- und Säug-

89) Sentencia No. T.477/95 („Gonzalez“).

90) Zur Entwicklung der Rechtsprechung s. *Haas* (Fn. 88).

91) Urteil SU 337/99 („Ramos“), vgl. hierzu *Haas* (Fn. 88), 49 ff.

92) Urteil Sentencia T-551/99 („Cruz“).

93) AG München, NJW-RR 2001, 1586.

94) Klinikum Süd, Klinik für Kinderchirurgie Nürnberg.

95) So die Aussage der in Genitaloperationen spezialisierten Chirurgen Dr. *Clauthilde Leriche*, Nürnberg.

96) *Nihoul=Fékété*, J Pediatr Surg 2004; 39: 144-145. Kritisch gegenüber der angeblichen Überlegenheit der modernen Chirurgie jedoch *Thomas*, BJU Int 2004; 93: 47-50.

97) *Crouch/Creighton*, JPEM 17 (12), 1591 ff.

98) Vgl. etwa die retrospektive Katamnesestudie von *Richter=Appelt* (Fn. 57).

lingsalter fordern zu können, zumal in seltenen Fällen die frühe operative Intervention auch vital indiziert ist⁹⁹. Deshalb sollte bei einem grundsätzlichen Moratorium bei leichten bis mittelschweren Fällen die Entscheidung der Eltern für die Operation dann nicht verboten sein, wenn dies im Einzelfall klar begründet ist.

Zu fordern wäre allerdings, dass den Betroffenen schon im frühen Kindesalter ein Mitspracherecht und schon zu diesem Zeitpunkt, etwa ab dem Alter von drei bis vier Jahren, ein Vetorecht gegen eine vital nicht indizierte, invasive Geschlechtsumwandlung eingeräumt wird. Eine verfestigte Geschlechtsidentität haben Kinder schon ab dem Alter von 2 1/2 Jahren, so dass sie aus faktischen und aus normativen Gründen schon ab diesem Alter für einwilligungsfähig zu halten sind. Die Entfernung von Geschlechtsorganen gegen den Kindeswillen verletzt die Würde des Kindes und seine Rechte aus Artt. 12, 13 der UN-Kinderrechtskonvention.

Generell dürfen funktionsfähige Organe, insbesondere solche, die der Fortpflanzung und dem Empfinden sexueller Lust dienen, bei nicht Einwilligungsfähigen nicht ohne zwingende medizinische Indikation entnommen werden¹⁰⁰. Bei allen Eingriffen ist nach Möglichkeit so zu verfahren, dass eine spätere eigene Wahl des jungen Erwachsenen nicht vereitelt wird.

III. (Weitere) Probleme der elterlichen Sorge

1. Missbrauch des Sorgerechts

Stellvertretende Entscheidungen der Eltern, die die Würde des Kindes verletzen, sind stets auch ein „offenkundiger Verstoß gegen das Kindeswohl“, sie verstoßen gegen das Recht der elterlichen Sorge (§ 1666 BGB), was das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts ermöglicht. Zwingen Eltern ein einsichtsfähiges Kind zur Genitaloperation, ist die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts geboten.

Jenseits des offenkundigen Kindeswohlverstoßes i.S. des § 1666 BGB fällt es in die Zuständigkeit der Eltern, auch bei schwieriger Prognose eine Entscheidung über das Kindeswohl zu treffen. Der Begriff des Kindeswohls im Recht der elterlichen Sorge (§§ 1626 ff. BGB) ist ein offener Rechtsbegriff, der vom Gesetzgeber bewusst nicht näher bestimmt wurde, um den Eltern entsprechend Art. 6 GG die ihnen gebührende Erziehungsfreiheit frei von staatlichen Vorgaben zu belassen. Was das Kindeswohl ist, liegt daher grundsätzlich in der Definitionshoheit der Eltern. Deshalb wird man den Eltern ein grundsätzliches Recht, in die Genitaloperation einzuwilligen, auch wegen Art. 6 GG nicht absprechen dürfen.

Auch werden selbst nach intensiver Aufklärung nicht alle Eltern in der Lage sein, ihrem intersexuellen Kind Sicherheit, Toleranz und die besondere Unterstützung zu geben, die es braucht, um sich auch ohne operative Korrektur am andersartigen Genitale unbelastet und ohne Diskriminierung entwickeln zu können. Wegen der engen Verbundenheit von Eltern und Kind können daher auch die Interessen der Eltern als mittelbare Interessen des Kindes verstanden werden. Das bedeutet zwar nicht, dass Eltern im eigenen Interesse die Geschlechtsoperation bei nur leichter Abweichung von der Norm fördern dürften, wohl aber, dass die emotionalen Fähigkeiten und das kulturelle Umfeld der Eltern in Wechselwirkung zum Kindeswohl stehen. So mag in einzelnen Fällen die starke Ablehnung der Eltern gegen ein nicht behandeltes intersexuelles Kind ein zusätzlicher Aspekt sein, der bei der Ermittlung des Kindeswohls mit berücksichtigt werden darf¹⁰¹.

2. Verbot der Forschung an nicht Einwilligungsfähigen

Frühe Genitaloperationen stellen ferner trotz der mangelhaften Datenlage kein verbotenes Experiment an Einwilli-

gungsfähigen dar, weil diese Eingriffe nicht ausschließlich mit dem Ziel der Forschung durchgeführt werden, sondern um dem Kind in seiner Entwicklung zu helfen¹⁰². Es handelt sich um individuelle therapeutische Heilversuche, die allerdings im Interesse der Erforschung der Intersexualität wissenschaftlich gut beobachtet, d.h. nachuntersucht werden sollten. Sollten sich künftig jedoch Hinweise darauf häufen, dass Operationen im frühen Kindesalter dem Kind Schaden zufügen¹⁰³, müssten sie als Verstoß gegen Behandlungsstandards in Zukunft unterlassen werden.

3. Partizipationsrechte des Kindes

Die lange Zeit vorherrschende Praxis des Schweigens und der Geheimhaltung hat bei vielen Intersexuellen das Leiden unter ihrem Anderssein verstärkt. Gerade die Geheimhaltung der Diagnose soll zu Scham- und Schuldgefühlen, einem niedrigen Selbstwertgefühl und sozialer Isolation geführt haben¹⁰⁴. Deshalb wird heute aus therapeutischen Gründen gefordert, dass Eltern und Ärzte nicht ihre eigenen Ängste an das Kind weitergeben, sondern Kindern die Wahrheit beibringen, weil die Wahrheit auf sensible und fürsorgliche Weise vermittelt werden kann¹⁰⁵.

Ein solcher Informationsanspruch steht Kindern als guter Behandlungsstandard und damit auch von Rechts wegen zu. Der Informationsanspruch ist Ausdruck des Rechts auf Körperintegrität, des Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde. Träger dieser Grundrechte sind auch Kinder. Die Pflicht zur angemessenen Aufklärung des Kindes gilt unabhängig davon, ob die Eltern die Einwilligung in die Behandlung erteilen oder ob das Kind selbst schon einwilligungsfähig ist. Verschiedene Untersuchungen zur Funktion der Aufklärung des Patienten einschließlich unserer eigenen¹⁰⁶ lassen uns heute wissen, dass Aufklärung und Information vielfältige Funktionen haben. Unter ihnen ist die für die Einwilligung erforderliche Wissensvermittlung nur eine, indem sie den Patienten vor einem Irrtum über Indikation und Prognose bewahrt¹⁰⁷. Aufklärung und Information des Patienten tragen aber auch maßgeblich dazu bei, unmittelbar das Persönlichkeitsrecht zu wahren, indem höchstpersönliche Informationen nicht Dritten vorbehalten bleiben. Geheimhaltung und „fürsorgliche Lüge“ verletzen dieses Recht; das gilt um so mehr, wenn es um eine Diagnose geht, die wie die Intersexualität weitreichende psychosoziale Folgen bis hin zur späteren Partnerwahl und zur Geschlechtsumwandlung haben kann. Der Anspruch auf umfassende Aufklärung steht deshalb auch Nichteinwilligungsfähigen zu. Bei Entscheidungen, die Eltern für ihr Kind etwa wegen einer vitalen Indikation treffen müssen, ist vom Arzt also darauf zu achten, dass auch das insoweit nicht entscheidungsbefugte Kind in

99) Richter=Appelt (Fn. 57), S. 255 m.w.N.

100) Meyer=Bahlburg et al. (Fn. 22).

101) Ähnlich die Leitlinie Intersexualität der Deutschen Gesellschaft Kinderchirurgie zu Therapieoptionen bei „echten Hermaphroditen“, d.h. Menschen mit Anlage beider Geschlechtsmerkmale.

102) A.A. wohl Haas (Fn. 88), S. 66 ff., die von einem Verstoß gegen den „Nürnberger Codex“ von 1947 ausgeht.

103) So die Ergebnisse von Fausto Sterling, Science 2000 (Fn. 60).

104) Richter=Appelt (Fn. 57), S. 255, unter Verweis auf eine noch nicht veröffentlichte Studie von Reinecke et al.

105) Vgl. die Wiedergabe eines Betroffenenberichtes bei Hester, Ethik Med 2004, 57.

106) Rothärmel/Dippold/Wiethoff/Wolfslast/Fegert, Patientenaufklärung, Informationsbedürfnis und Informationspraxis in der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, 2006.

107) Ausführlich zu den dogmatischen Grundlagen und der rechtlichen Sanktion dieses „doppelten Aufklärungsanspruchs“ Rothärmel (Fn. 81), Kapitel 8 und 9.

den Entscheidungsprozess mit einbezogen wird, es verständliche Informationen erhält und es sich eine Meinung bilden kann¹⁰⁸.

IV. Eintragung in das Geburtenregister, Personenstandsgesetz

Die Geburt eines Kindes soll, wie oben bereits erläutert wurde, gem. § 16 PStG binnen einer Woche dem Standesamt gemeldet werden, wobei zu den meldepflichtigen Daten gem. § 21 PStG neben der Stunde der Geburt und dem Namen auch das Geschlecht zählt (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG). Die gesetzliche Reihenfolge der zur Anzeige verpflichteten Personen ist in § 18 PStG aufgelistet, wonach an oberster Stelle der Vater als Mitinhaber des Sorgerechts steht, danach folgen Hebamme, Arzt und dann andere Personen, die bei der Geburt zugegen waren, und erst an letzter Stelle die Mutter, die erst dann zur Anzeige verpflichtet ist, wenn sie dazu imstande ist.

Anders ist die Anzeigepflicht ausgestaltet, wenn die Geburt – was heute die Regel sein dürfte – in einer öffentlichen Anstalt (Entbindungshaus, Krankenhaus u.ä.) stattgefunden hat. Dann ist nach § 18 PStG nur der Leiter der Anstalt zur Anzeige verpflichtet.

Die Verhängung eines Ordnungsgeldes bei Verstoß gegen diese Vorschrift liegt im Ermessen des Standesamtes. Meldet der nach § 18 PStG verpflichtete ärztliche Leiter einer Abteilung die Geburt eines Kindes mit dem Hinweis, dass die Bestimmung des Geschlechtes aus medizinischen Gründen

nicht binnen einer Woche erfolgen könne, dürften die Standesämter in aller Regel wohl keinen Grund haben, hiergegen vorzugehen. Es ist demnach schon auf der Grundlage des geltenden Rechts möglich, dass der Leiter einer Geburtsklinik durch gute Informationspolitik gegenüber den Standesämtern den zeitlichen Druck aus § 16 PStG herausnimmt und Eltern damit nicht nur den von *Hester* geforderten „rhetorischen Raum“, sondern auch den zeitlichen Raum gibt, damit sie ihr Kind so, wie es ist, zunächst annehmen und alles weitere wohl bedacht entscheiden können.

Für eine künftige gesetzliche Regelung wäre eine Änderung des Personenstandsgesetzes zu fordern, die es in den seltenen Fällen der Intersexualität erlaubt, die Geschlechtsbestimmung durch die Eltern als nur vorläufig zu betrachten und das endgültige Entscheidungsrecht dem Volljährigen zu belassen. Intersexuelle würden dann von der Last befreit, vor Gericht den Antrag auf Berichtigung des Geschlechts (§ 47 PStG) zu stellen, und würden insbesondere nicht den Beweis erbringen müssen, dass der ursprüngliche Eintrag bei Geburt objektiv falsch war. Langfristig wäre dies auch ein weiterer Schritt zur Abschaffung der willkürlichen Geschlechtertrennung im Recht.

108) Ausführlich zu den dogmatischen Grundlagen und der rechtlichen Sanktion dieses „doppelten Aufklärungsanspruchs“ *Rothärmel* (Fn. 81), Kapitel 8 und 9.

Marlis Hübner

Gripeschutzimpfungen durch Betriebsärzte

I. Einführung

Die betriebsärztliche Tätigkeit hat in den zurückliegenden Jahrzehnten einen erheblichen Wandel erfahren, der insbesondere durch die sich verändernden Produktions- und Arbeitsbedingungen bedingt ist. Diese Entwicklung spiegelt das Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (im Folgenden: Arbeitssicherheitsgesetz – ASiG)¹ nur bedingt wider. Auch im Zusammenhang mit der Pandemie-Diskussion wird sich die Frage nach den Aufgaben des Betriebsarztes stellen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich aber ausdrücklich darauf, ob Betriebsärzte in von ihnen betreuten Betrieben Gripeschutzimpfungen durchführen dürfen.

II. Aufgaben der Betriebsärzte

Rechtlicher Ausgangspunkt sind die Regelungen im Arbeitssicherheitsgesetz. Dabei handelt es sich um ein Arbeitsschutzgesetz, das sich mit der Organisation des Arbeitsschutzes in Betrieben befasst. Arbeitgeber haben nach Maßgabe dieses Gesetzes Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit zu bestellen (vgl. §§ 1 und 2 ASiG). Die Betriebsärzte unterstützen den Arbeitgeber beim Arbeitsschutz und bei der Unfallverhütung in Fragen des Gesundheitsschutzes. Sie haben Arbeitnehmer zu untersuchen, arbeitsmedizinisch zu beurteilen und zu beraten sowie Untersuchungsergebnisse zu erfassen und auszuwerten. Die Durchführung des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung ist zu beobachten. Betriebsärzte wirken auch darauf hin, dass sich alle im Betrieb Beschäftigten den Anforderungen des Arbeitsschutzes und der Unfallver-

hütung entsprechend verhalten. Das Arbeitssicherheitsgesetz bestimmt diese von Betriebsärzten im Wesentlichen zu übernehmenden Aufgaben, ohne sie abschließend zu regeln. Dies bedeutet auch, dass ein Betriebsarzt nicht zwingend auf diese Aufgaben beschränkt ist. Wenn Betriebsärzte in Absprache mit dem Arbeitgeber weitere Aufgaben übernehmen sollen, dann ist stets zu klären, ob dies mit berufsrechtlichen Bestimmungen zu vereinbaren ist. Denn die Heilberufe- und Kammergesetze sehen u.a. vor, dass Ärzte mit einer Gebietsbezeichnung grundsätzlich nur in diesem Gebiet tätig werden dürfen (vgl. z.B. § 41 HeilberG NRW)².

Eine ausdrückliche Bestimmung über Schutzimpfungen findet sich im Arbeitssicherheitsgesetz nicht. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass Betriebsärzte keine Schutzimpfungen durchführen dürfen. Denn nach diesem Gesetz obliegt dem Betriebsarzt – von einer Notfallbehandlung abgesehen – kein behandelnder, sondern ein vorbeugender und beratender Dienst³.

Dr. iur. Marlis Hübner,
Bundesärztekammer, Rechtsabteilung,
Postfach 120864, D-10598 Berlin

1) Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit v. 12.12.1973 (BGBl. I S. 1885), (BGBl. III 805-2), zuletzt geändert durch Achte Zuständigkeitsanpassungsverordnung v. 25.11.2003 (BGBl. I S. 2304, 2325).
2) Heilberufsgesetz NRW v. 9.5.2000, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.3.2005 (GV. NRW. 2005 S. 148).
3) *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, S. 126; vgl. auch *Ulsenheimer*, Arbeitsmed., Sozialmed., Umweltmed. 37,6,2002.