

Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland

Stellungnahme

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.

Vielfalt und Komplexität der Fragen erlauben es angesichts der für die Beantwortung zur Verfügung stehenden Zeit nur, in knapper Form zu einigen Punkten Stellung zu nehmen. Die Auseinandersetzung mit dem Phänomen der Intersexualität steht im deutschen rechtswissenschaftlichen Schrifttum erst am Anfang. In vielen anderen Ländern hat hingegen schon während der beiden vergangenen Jahrzehnte ein intensiver und interdisziplinär geführter Diskurs über rechtliche Fragen der Intersexualität stattgefunden, der sich vor allem auch der menschenrechtlichen Dimension widmet. Es muss daher darauf hingewiesen werden, dass es einer wesentlich intensiveren Untersuchung bedürfte, um der fundamentalen Bedeutung der Fragen für die Betroffenen wie auch für unser von einer bipolaren Geschlechterordnung geprägtes Rechtssystem gerecht zu werden.

Fragen zur Behandlung und Einwilligung

Zu 1)

Die Eltern sind Träger der Personensorge (§ 1626 I 2 BGB). Dies umfasst die Vertretung des Kindes in rechtlichen Angelegenheiten (§ 1629 I BGB). Bei ihrem Handeln haben sie sich am Kindeswohl zu orientieren (§ 1627 BGB). Daraus folgt grundsätzlich, dass die Eltern – solange der Minderjährige noch nicht selbst einwilligungsfähig ist (dazu unten) – mit rechtfertigender Wirkung in tatbestandsmäßig eine Körperverletzung darstellende ärztliche Heileingriffe einwilligen können.

Eine Grenze ergibt sich zunächst aus der Vorschrift des § 1631c BGB, wonach eine Einwilligung in eine Sterilisation weder durch die Eltern noch durch den Minderjährigen selbst möglich ist. Der Wortlaut erfasst auch eine Gonadektomie. Nach h.M. in der Literatur unterfällt allerdings eine Heilbehandlung, die, wie eine Operation oder Bestrahlung, die Sterilität nach sich zieht,

nicht dem Verbot des § 1631c.¹ Solange der medizinische Eingriff demnach als Heilbehandlung zu definieren ist, beschränkt § 1631c die Einwilligungsfähigkeit grundsätzlich nicht.

Unproblematisch ist dies, wenn die Intersexualität einen weiteren – krankhaften – Zustand hervorruft. In diesem Fall liegt eine Krankheit vor, für deren Behandlung das Verbot des § 1631c unstreitig nicht gilt.² So gibt es z.B. bestimmte Formen der Intersexualität, die zwangsläufig zu einem krankhaften Zustand führen. Beispielhaft sei nur eine Deformation des Harnwegkanals genannt, die zu immer wiederkehrenden Harnwegsinfekten führt.³

Resultieren aber aus der Intersexualität, wie oft, keine weiteren Gesundheitsbeeinträchtigungen, so stellt sich die Frage, ob Intersexualität an sich als eine heilbedürftige Krankheit und mithin eine Gonadektomie aufgrund medizinischer Indikation nicht als Sterilisation i.S.v. § 1631c BGB anzusehen ist. Wann eine „zwingende medizinische Indikation“ für einen derartigen Eingriff vorliegt und insbesondere inwieweit auch psychische Belastungen eine solche begründen können, wird äußerst kontrovers beurteilt. Entsprechend konträr sind die juristischen Standpunkte: Während die Bundesregierung die medizinische Indikation für eine Gonadektomie bei Intersexuellen in der „Notwendigkeit der Schaffung einer eindeutigen Basis für die Geschlechtsidentität“ sieht⁴ und darüber hinaus, freilich ohne hierfür Belege anzuführen, der Ansicht ist, dass die Mehrzahl der Betroffenen rückblickend die in der Kindheit vorgenommene operative Vereindeutigung ihres Genitalbefundes für richtig befänden,⁵ wird unter der Prämisse, Intersexualität stelle keine Krankheit dar, davon ausgegangen, § 1631c BGB sei auch auf die Gonadektomie Intersexueller anzuwenden.⁶ Hierfür lässt sich im Übrigen nicht nur der Wortlaut selbst heranziehen, zumal die Gonadektomie unmittelbar auf die Sterilisation zielt und keineswegs lediglich deren sekundäre Folge darstellt, sondern auch die Motive des historischen Gesetzgebers. Grund für die Einführung des Sterilisationsverbots war die Erkenntnis, dass Erforderlichkeit und Auswirkung der Sterilisation sich bei Minderjährigen kaum beurteilen lassen, weil ihre Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist.⁷ Dieses Motiv trifft aber auch auf intersexuelle Minderjährige zu. Das Verbot würde dann freilich sowohl für den gesetzlichen Vertreter als auch den Minderjährigen selbst gelten.

Soweit man in § 1631c BGB kein Verbot der Einwilligung in eine Gonadektomie erblickt bzw. hinsichtlich der Einwilligung in sonstige geschlechtsanpassende Maßnahmen, wie sie insbesondere die Korrektur äußerer Genitalien darstellen, ergibt sich eine weitere Beschränkung

¹ Münchener Kommentar BGB-Huber, 5. Aufl. (2008), § 1631c Rn. 4; Palandt-Diederichsen, 70. Aufl. (2011), § 1631c Rn. 1; a.A. aber Plett, Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin, in: Koher/Pühl (Hrsg.), Gewalt und Geschlecht, Konstruktionen, Positionen, Praxen (2003), S. 21 (34 f.).

² Vgl. Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht (2010), S. 165.

³ Nachweise bei Kolbe (Fn. 2), S. 165, 26 ff.

⁴ Antwort der Bundesregierung vom 25.10.1996 auf Anfrage der Abgeordneten Schenk und der Gruppe der PDS: BT-Drs. 13/5916, S. 2; Antwort der Bundesregierung vom 16.3.2001 auf Anfrage der Abgeordneten Schenk und der Fraktion der PDS: BT.-Drs. 14/5627, S. 11 f.

⁵ Antwort der Bundesregierung vom 20.3.2007 auf Anfrage der Abgeordneten Dr. Höll, Binder, Kipping, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE: BT-Drs. 16/4786, S. 3.

⁶ So auch Plett (Fn. 1), S. 21 (35).

⁷ Staudinger-Salgo, BGB (Neubearbeitung 2007), § 1631c Rn. 3.

der elterlichen Sorge aus § 1666 BGB: Vermögen die Eltern nicht mehr für das körperliche, geistige und seelische Wohl des Kindes zu sorgen, so trifft das Familiengericht die notwendigen Maßnahmen (z.B. partielle Sorgerechtsentziehung im Bereich der Gesundheitsfürsorge). Diese Norm könnte dann vermehrt Anwendung finden, wenn die Familiengerichte (z.B. aufgrund von Studien) zur Erkenntnis gelangen, dass eine frühzeitige Gonadektomie bzw. andere geschlechtszuweisende Maßnahmen aufgrund ihrer irreversiblen und schwerwiegenden Folgen eine Gefährdung des Kindeswohls darstellen. Dies ist jedoch derzeit – soweit ersichtlich – nicht der Fall, so dass sich hieraus keine Grenzen für die elterliche Einwilligung ergeben.

Eltern können jedoch nur solange in ärztliche Eingriffe einwilligen, wie der Minderjährige noch nicht selber einwilligungsfähig ist. Die Einwilligungsfähigkeit ist gesetzlich nicht geregelt; sie ist jedoch nicht an die Geschäftsfähigkeit geknüpft.⁸ Der Minderjährige ist vielmehr bereits dann einwilligungsfähig, wenn er „Bedeutung, Wesen und Tragweite“ eines Eingriffs verstehen kann.⁹ Es besteht keine Einigkeit darüber, wann dieser Zeitpunkt erreicht ist. Als allgemein anerkannte Kriterien für die Einwilligungsfähigkeit werden die Schwere und Dringlichkeit des Eingriffs angesehen.¹⁰ Zu berücksichtigen ist insbesondere, wie schwerwiegend sich der Eingriff auf die weitere Entwicklung des Minderjährigen auswirken kann. Je größer die Gefahren für den Minderjährigen sind, desto eher ist die Einwilligungsfähigkeit zu verneinen.¹¹ Während man früher versuchte, vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit feste Altersgrenzen zu benennen und etwa ab dem 16. Lebensjahr grundsätzlich von einer Einwilligungsfähigkeit ausgehen wollte,¹² wird heute angesichts unterschiedlicher Reifegrade Minderjähriger m.E. zu Recht weithin auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen im konkreten Einzelfall abgestellt.¹³ Dies hat sehr unterschiedliche Beurteilungen der Einsichtsfähigkeit zur Folge. So sieht der BGH in einer neueren Entscheidung¹⁴ eine 15-Jährige nicht als ausreichend einsichtsfähig an, um in eine orthopädische Operation einzuwilligen, die eine Querschnittslähmung zur Folge haben konnte (und tatsächlich auch hatte). Von dieser Entscheidung und den vorgenannten Grundsätzen ausgehend wird man eine Einwilligungsfähigkeit des intersexuellen Minderjährigen für geschlechtsanpassende Maßnahmen, insbesondere dann wenn sie irreversibel sind, wenn

⁸ BGH NJW 1959, 811; NJW 1972, 335 (337); Münchener Kommentar BGB-Huber (Fn. 1), § 1626 Rn. 39; Schönke/Schröder-Lencker/Sternberg-Lieben, 28. Auflage (2010), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 40.

⁹ BGHZ 29, 33 (36); Kolbe, (Fn. 2), S. 160; Rothärmel, MedR 2006, 274 (281); Wölk, MedR 2001, 80 (81).

¹⁰ BGH NJW 1959, 825; NJW 1972, 335 (337); Münchener Kommentar BGB-Huber (Fn. 1), § 1626 Rn. 41; Münchener Kommentar BGB-Wagner, 5. Auflage (2009), § 823 Rn. 736; Schönke/Schröder-Lencker/Sternberg-Lieben (Fn. 8), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 40.

¹¹ Münchener Kommentar BGB-Huber (Fn. 1), § 1626 Rn. 41; Schönke/Schröder-Lencker/Sternberg-Lieben (Fn. 8), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 40; Reipschläger, Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge (2004), S. 62.

¹² Seizinger, Der Konflikt zwischen dem Minderjährigen und seinem gesetzlichen Vertreter bei der Einwilligung in den Heileingriff im Strafrecht (1976), S. 97 ff. Vgl. auch den – freilich nicht Gesetz gewordenen – Gesetzentwurf der Bundestagsfraktionen von SPD und FDP aus dem Jahre 1977 (BT.-Drs. 8/111, S. 3), der vorsah, dass Minderjährige grds. schon ab dem 14. Lebensjahr für medizinische Eingriffe einwilligungsfähig sind, wenn sie Grund und Bedeutung der Heilbehandlung einzusehen vermögen.

¹³ Diederichsen, Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischer Behandlung in: Müller/Osterloh/Stein (Hrsg.), Festschrift für Günter Hirsch (2008), S. 355 (362 f.); Kolbe (Fn. 2), S. 163; Reipschläger (Fn. 11), S. 41 ff.; Rothärmel, MedR 2006, 274 (281); Wölk, MedR 2001, 80 (86).

¹⁴ BGH NJW 2007, 217 (218).

überhaupt, erst relativ spät annehmen können, da die Folgen einer solchen Operation besonders schwerwiegend sind. Zum Teil wird dagegen aber auch vertreten, die Einwilligungsfähigkeit sei gerade in „grundrechtssensiblen“ Bereichen wie der Gynäkologie oder der Sexualmedizin schon früher anzunehmen, d.h. eher schon mit Beginn des 14. Lebensjahres.¹⁵ Einigkeit besteht jedoch darüber, dass eine Einwilligungsfähigkeit vor dem 14. Lebensjahr in der Regel für sämtliche körperliche Eingriffe ausscheidet.¹⁶

Zu 2)

Geschlechtsanpassende bzw. -zuweisende Operationen und Behandlungen stellen einen Eingriff in Grundrechte des Kindes dar. Betroffen sind die durch Art. 2 II GG geschützte körperliche Unversehrtheit sowie die vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewährleistete sexuelle Selbstbestimmung und Fortpflanzungsfähigkeit.¹⁷ Derartige Maßnahmen erfordern oft langwierige, vielfach die gesamte Kindheit andauernde beeinträchtigende Behandlungen bzw. Operationen. Sie sind zudem oftmals mit dem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit, mit Beeinträchtigungen der sexuellen Empfindsamkeit sowie belastenden Hormonbehandlungen verbunden.¹⁸ Die Folgen geschlechtsanpassender Maßnahmen reichen somit weit über die Volljährigkeit hinaus und berühren das Kind in zentralen Bereichen seiner Persönlichkeit während seines gesamten Lebens. Zudem scheint entgegen der langjährig praktisch einhelligen Auffassung keineswegs klar, dass die Betroffenen sich tatsächlich dem Geschlecht zugehörig fühlen, dem sie postoperativ ihren körperlichen Merkmalen entsprechend angehören.

Angesichts dieser betroffenen grundrechtlichen Positionen kann im dreipoligen Grundrechtsverhältnis allein die Einwilligung der Eltern als gesetzliche Vertreter nicht genügen. Ihre durch Art. 6 II GG geschützten Elternrechte sind zugleich Pflichtenrechte und Ausdruck elterlicher Verantwortung. Als solche bedürfen sie staatlicher Sicherungsmaßnahmen zum Schutz des Kindes.¹⁹ Der Staat hat aufgrund des staatlichen Wächteramts (Art. 6 II 2 GG), aber auch aufgrund der grundrechtlich verbürgten Schutzpflichten zugunsten des Kindes dafür Sorge zu tragen, dass auch die Eltern selbst das durch das Kindeswohl begrenzte Elternrecht nicht überschreiten.²⁰ Solange keine hinreichend gesicherten Erkenntnisse vorliegen, dass das Kindeswohl aufgrund der psychosozialen Folgen einer unterlassenen frühzeitigen operativen Geschlechtszuweisung eine solche erfordern, sollten geschlechtsanpassende Maßnahmen angesichts der gravierenden Folgen nur aufgrund einer Einwilligung erfolgen, die der Betroffene

¹⁵ Rothärmel, MedR 2006, 274 (281).

¹⁶ Laufs/Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage (2010), § 139 Rn. 45; Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, 1. Auflage (2011), § 223 Rn. 49; a.A. aber Schönke/Schröder-Lencker/Sternberg-Lieben (Fn. 8), Vorbem. § 32 ff. Rn. 40.

¹⁷ Näher hierzu auch unten Frage 8.

¹⁸ Vgl. Nachweise bei Plett, Intersex und Menschenrechte, in: Lohrenscheit (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht (2009), S. 151 (158).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 72, 155, 173 (Minderjährigenhaftungsbeschränkung).

²⁰ V. Münch/Kunig-Coester-Waltjen, GG, Art. 6 Rn. 81.

höchstpersönlich und nach eingehender Beratung und Aufklärung getroffen hat (dazu auch unten Fragen 3 und 5).²¹

Lehnt man nicht bereits die Zulässigkeit irreversibler geschlechtsanpassender Operationen bzw. Behandlungen ab, solange nicht eindeutig belegt ist, dass es Fälle gibt, in denen das Kindeswohl solche Maßnahmen erfordert, so ist angesichts des schwerwiegenden Eingriffs in grundrechtliche Positionen des Kindes zumindest sicherzustellen, dass die elterliche Zustimmung der Kontrolle unterliegt. Dafür spricht schon ein Vergleich mit der Beschränkung der Vertretungsmacht in den §§ 1629 II 1, 1795 BGB und der Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Kontrolle in den Fällen der §§ 1643 I, 1821 f. BGB: Wenn die Eltern in solchen – sicherlich finanziell folgenschweren – Geschäften das Kind nicht allein vertreten können, darf dies erst recht nicht für einen derart schwerwiegenden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und Fortpflanzungsfähigkeit gelten. Allein ein Eingreifen der Gerichte im Einzelfall aufgrund einer Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB genügt ersichtlich nicht. Solange das Kind noch nicht einwilligungsfähig ist (dazu sogleich Frage 3), muss vielmehr zumindest sichergestellt sein, dass in jedem Fall überprüft wird, ob die Entscheidung der Eltern für eine geschlechtsanpassende Maßnahme tatsächlich dem Kindeswohl entspricht. Denkbar erscheint zum Beispiel, die Entscheidung dem Familiengericht zu übertragen, das insoweit freilich auch auf medizinische und psychologische Gutachten angewiesen wäre. Bevor daher die Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung erwogen wird, sollten ebenfalls hinreichend breite Untersuchungen über die Folgen geschlechtsverändernder Operationen für das Kindeswohl vorliegen. Von zentraler Bedeutung ist ferner, das Kind – soweit möglich – seinem Alter und seiner Reife entsprechend selbst anzuhören. Dies setzt voraus, dass auch das Kind in entsprechender Form über die Diagnose und die langfristigen Folgen umfassend aufgeklärt worden ist.

Zu 3)

Eine starre Altersgrenze erscheint wenig sinnvoll (vgl. schon oben Frage 1). Abzustellen ist vielmehr auf die individuelle Reife und Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen. Die minderjährige Person muss in der Lage sein, angesichts der Schwere des Eingriffs und vor allem einer ggf. bestehenden Irreversibilität eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen. Je schwerwiegender der Eingriff oder die Behandlung ist, umso höhere Anforderungen sind an eine selbstbestimmte Entscheidung zu stellen. Dies gilt vor allem für die Entscheidung zu einer irreversiblen Geschlechtsanpassung, die mit dauerhafter Fortpflanzungsunfähigkeit verbunden ist. Entscheidend ist in jedem Fall, dass eine umfassende Aufklärung über sämtliche Aspekte des Eingriffs stattfindet, denn nur auf dieser Grundlage kann tatsächlich eine wirksame Einwilligung erfolgen. Es muss daher über die medizinische Diagnose wie auch über Folgewirkungen und

²¹ So im Ergebnis auch Kolbe (Fn. 2), vgl. insbes. S. 179.

Risiken der Operation bzw. Therapie, einschließlich der psychischen Folgen, umfassend aufgeklärt werden. Die Aufklärung sollte daher über die rein medizinischen Fragen hinausgehen und auch über Alternativen, insbesondere etwa Beratungsangebote, informieren.²² Um gerade die Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit eines Operationswunsches zu gewährleisten, ließe sich daran denken, eine gewisse Bedenkzeit vorzusehen. Alternativ oder kumulativ kämen psychologische Gutachten in Betracht. Ziel sollte es aber sein, nicht bloße „Hürden“ zu errichten, sondern den Betroffenen durch eine intensive Aufklärung und Beratung in die Lage zu versetzen, trotz noch bestehender Minderjährigkeit eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen.

Zu 4)

Soweit man nicht bereits ein generelles Verbot irreversibler geschlechtsanpassender Operationen bzw. Behandlungen befürwortet, sollte Minderjährigen zumindest ein Vetorecht gegenüber intensiven Eingriffen in ihre körperliche Integrität eingeräumt werden. Mit dem Wohl des Kindes wie auch seiner Menschenwürde sind derart massive Eingriffe gegen seinen auch nur natürlichen Willen nicht zu vereinbaren. Zwar lässt sich wiederum keine feste Altersgrenze bestimmen, aber man wird schon bei einem beträchtlich jüngeren Kind einen entsprechenden natürlichen Willen respektieren müssen.

In der Rechtsprechung wird dem Minderjährigen gegenüber ärztlichen Heileingriffen ein Vetorecht gegen die elterliche Fremdbestimmung eingeräumt, sofern der Eingriff „nur relativ indiziert“, also vorteilhaft aber nicht zwingend notwendig ist und die „Möglichkeit erheblicher Folgen für die künftige Lebensgestaltung“ besteht.²³ Dieses Vetorecht soll indes nur bestehen, wenn der Minderjährige einsichtsfähig ist. Im Zusammenhang mit geschlechtsanpassenden Operationen wird vor allem auch im Hinblick auf ihre Irreversibilität zu fragen sein, ob an die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen bei einer Ablehnung geringere Anforderungen zu stellen sind als bezüglich einer Einwilligung in den Eingriff. Dies wird für den Fall vertreten, dass eine Minderjährige einen Schwangerschaftsabbruch gegen den Willen ihrer Eltern verweigert. Sie soll dann grundsätzlich nicht zu einer Abtreibung gezwungen werden.²⁴

Zu 5)

Statt einer Entscheidungszuständigkeit der Familiengerichte wäre auch die Einrichtung einer Ethikkommission denkbar. Wichtig ist in jedem Fall, dass dann, wenn die Eltern nach einer umfassenden Aufklärung und Beratung an ihrer Entscheidung für eine Operation festhalten

²² Näher zu Vorschlägen: Kolbe (Fn. 2), S. 204 m.w.N.

²³ BGH NJW 2007, 217 (218).

²⁴ Münchener Kommentar BGB-Wagner (Fn. 10), § 823 Rn. 738; Münchener Kommentar BGB-Huber (Fn. 1), § 1626 Rn. 48; Nebendahl, MedR 2009, 197 (205).

wollen, eine unabhängige Prüfung erfolgt, die im konkreten Fall das Wohl des Kindes wie auch seine zum Ausdruck gebrachten Wünsche und Interessen bei der Entscheidung berücksichtigt.

Fragen zum Personenstandsrecht

Zu 6)

Aus der Sicht des Betroffenen spricht seine Würde als selbstbestimmtes Individuum dafür, ihm bzw. ihr als Intersexuellem eine Eintragung mit einem „dritten Geschlecht“ zu ermöglichen. Jeder Mensch hat ein Recht darauf, sich nicht zwischen zwei Alternativen entscheiden zu müssen, die beide für ihn nachweislich nicht zutreffen, da sich sein Geschlecht weder eindeutig dem männlichen noch dem weiblichen zuordnen lässt, und die er beide für sich nicht akzeptieren kann. Eine gegebenenfalls für diesen Menschen bestehende Rechtsunsicherheit, ob die (abnehmende Zahl der) Normen, die an das männliche oder weibliche Geschlecht anknüpfen, für das „dritte Geschlecht“ gelten, erscheint hinnehmbar. Zum einen bedürfte es einer selbstbestimmten Entscheidung des Intersexuellen für eine entsprechende Eintragung, zum anderen ließen sich auch die noch vorhandenen Normen entsprechend anpassen (dazu auch näher unten Frage 8).

Auch aus der Sicht der Gesellschaft spricht letztlich nichts dagegen, wenn einmal akzeptiert worden ist, dass es Menschen gibt, die sich biologisch-medizinisch und unter Umständen auch von ihrer psychischen Geschlechtsidentität her weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen. Die Ordnungsfunktion des Rechts würde durch Einführung eines dritten Geschlechts jedenfalls nicht beeinträchtigt. Zwar kann das Recht nicht für jede der vielfältigen Formen geschlechtlicher Identitäten einen entsprechenden Personenstand zur Verfügung stellen.²⁵ Dem Bedürfnis (mancher) Intersexueller, weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet zu sein, trägt aber die Einführung eines dritten Geschlechts angemessen Rechnung. Notwendig wäre eine entsprechende Aufklärungsarbeit, die das Phänomen der Intersexualität angesichts der nicht sehr großen Zahl der Betroffenen stärker in das gesamtgesellschaftliche Bewusstsein rückt. Dadurch würde auch der gesellschaftlichen Diskriminierung entgegengewirkt werden können. Von zentraler Bedeutung ist dies gerade für intersexuelle Kinder. Denn sie werden umso stärker unter ihrem Anderssein leiden, je verständnisloser und infolgedessen ablehnender ihre Umwelt reagiert. Entsprechend dringlich wird sich der Wunsch der Eltern gestalten, eine geschlechtsanpassende Operation vornehmen zu lassen.²⁶ Auch dem Recht kommt aber eine entscheidende Rolle zu, der aktuellen Diskriminierung Intersexueller zu begegnen. Der Abschied von der auf Tradition und nicht auf naturwissenschaftlichen Tatsachen beruhenden Bipolarität der rechtlichen Geschlechter würde

²⁵ Für die Möglichkeit zumindest eines Eintrags von „transgender“ neben „intersexuell“ Antrag der Abgeordneten Dr. Höll, Dr. Tackmann, Dreibus, Lötzer, Möller, Dr. Schui, Dr. Troost, Zimmermann und der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 16/12893, S. 3.

²⁶ So auch Büchler/Cottier, Freiburger FrauenStudien, Ausgabe 17 (2005), 115 (131 f.).

einen wichtigen Beitrag hierzu leisten. Vor allem zwingt sie Eltern nicht mehr dazu, schon bei Geburt eine entsprechende rechtliche Zuordnung vorzunehmen.

Zu 7)

Will man nicht angesichts der Vielfalt geschlechtlicher Identitäten ganz auf die Kategorie des Geschlechts verzichten,²⁷ was angesichts zunehmender Gleichstellung sowie bestehender Diskriminierungsverbote durchaus denkbar erschiene, so genügt es eine dritte Kategorie zu schaffen, die etwa eine Eintragung als „unbestimmt“ oder „ohne Angabe“ ermöglicht.²⁸ Sie trägt dem berechtigten Interesse (mancher) Intersexueller Rechnung, weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet zu sein. Die Australian Human Rights Commission hat empfohlen, entsprechend der bereits, wenn auch sehr eingeschränkt, bestehenden Möglichkeit, die Eintragung eines dritten Geschlechts als „X“ oder „unspecified“ zuzulassen.²⁹ Letztlich erscheint die Frage der Namensgebung von weniger großer Bedeutung als die Schaffung eines Personenstandes jenseits des männlichen und weiblichen. Wichtig ist es, eine Bezeichnung zu finden, die für eine möglichst große Zahl der Betroffenen akzeptabel erscheint. In den Namensfindungsprozess – wie im Übrigen natürlich auch sonst in jegliche Reformen – müssen die Interessenorganisationen intensiv eingebunden sein.

Zu 8)

Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG schützt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Eine Konkretisierung hat dieses durch die Rechtsprechung des BVerfG in Form eines Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung erfahren.³⁰ Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet dem Einzelnen das Recht, ein Leben gemäß seiner geschlechtlichen Identität zu führen, was das BVerfG explizit für Transsexuelle formulierte,³¹ was aber auch für Intersexuelle gilt.³² Dieses Recht findet eine Ausprägung im Geschlechtseintrag des Geburtenregisters. Zum Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört daher auch die Möglichkeit, von der Rechtsordnung seinem empfundenen Geschlecht entsprechend behandelt zu werden.³³ In diesen Schutzbereich wird eingegriffen, wenn lediglich eine Eintragung als „männlichen“ oder „weiblichen“ Geschlechts in das Personenstandsregister möglich ist. § 21 I Nr. 3 PStG erfordert zwar nur, dass das „Geschlecht“ des Kindes eingetragen wird, so dass nach dem Wortlaut auch die Eintragung eines

²⁷ Für einen vollständigen Verzicht auf Geschlechterkategorien angesichts des Kontinuums der Geschlechtsidentitäten: Büchler/Cottier, Freiburger FrauenStudien, Ausgabe 17 (2005), 115 (131 f.).

²⁸ Vgl. auch für einen Verzicht auf einen Geschlechtseintrag oder die Eintragung als intersexuell oder zwitterig § 2 II des Entwurfs für ein Gesetz über die Wahl oder Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit (Transgendergesetz TrGG), abrufbar unter http://www.dgti.info/index.php?option=com_content&view=article&id=78.

²⁹ Vgl. dazu Australian Human Right Commission – 2009 The Sex and Gender Diversity Project (Concluding paper); abrufbar unter: http://www.humanrights.gov.au/genderdiversity/SFR_2009_Web.pdf.

³⁰ BVerfGE 115, 1 (14); Maunz/Dürig-Di Fabio, Kommentar zum Grundgesetz (2010), Art. 2 Rn. 200.

³¹ BVerfGE 49, 286 (297); BVerfG NJW 2007, 900 (902); NJW 2011, 909 (910).

³² Vgl. auch Kolbe (Fn. 2), S. 100 f.

³³ BVerfG NJW 2011, 909, 910.

„dritten Geschlechts“ möglich erschiene.³⁴ Die gesamte Rechtsordnung geht jedoch von der Existenz nur zweier Geschlechter aus. Dementsprechend werden in der Praxis auch lediglich zwei Geschlechter als eintragungsfähig angesehen.³⁵ Nach geltendem Recht kann das Geschlecht daher ausschließlich als männlich oder weiblich eingetragen werden. Dementsprechend hat auch das AG München,³⁶ bestätigt durch das LG München,³⁷ in der – soweit ersichtlich einzigen Entscheidung zu dieser Frage – festgestellt, für die Eintragung des Geschlechts als Zwitter, Hermaphrodit, Intersexueller oder Intrasexueller gebe es keine Rechtsgrundlage. In dieser Versagung einer Eintragungsmöglichkeit liegt ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt den Schranken des Art. 2 I GG, d.h. der „verfassungsmäßigen Ordnung“ und somit einem schlichten Gesetzesvorbehalt.³⁸ Entscheidend ist mithin, ob der in der Beschränkung der Eintragung auf zwei Geschlechter liegende Eingriff unverhältnismäßig ist. Müssen Menschen bei der Geburt als entweder männlichen oder weiblichen Geschlechts eingetragen werden, so dient dies ordnungspolitischen Zwecken.³⁹ Erfassung und Identifikation einer Person werden erleichtert und ihre klare Zuordnung sichergestellt. Dies ist besonders in den Bereichen von Bedeutung, in denen Normen an die Kategorien von Mann und Frau anknüpfen, wie dies vor allem im Familienrecht der Fall ist.⁴⁰ Die Möglichkeit, lediglich zwei Geschlechter eintragen zu lassen, ist jedoch nicht erforderlich, um diese Ziele zu erreichen. Die Einführung eines „dritten Geschlechts“ wäre in gleicher Weise, wenn nicht besser, geeignet, der Identifikation zu dienen, erlaubte sie sogar eine genauere Differenzierung.⁴¹ Auch ist eine klare Zuweisung von Rechten und Pflichten für Menschen eines dritten Geschlechts in den Bereichen möglich, die, trotz zunehmender Gleichberechtigung von Frauen und Männern, nach wie vor an diese Eigenschaften anknüpfen (näher unten zum Familienrecht, Frage 14). Die Versagung einer Möglichkeit der Eintragung eines dritten Geschlechts verstößt daher gegen das durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Intersexuellen lediglich eine Eintragung als männlichen oder weiblichen Geschlechts zu erlauben, verstößt darüber hinaus gegen Art. 3 GG. Auch wenn man angesichts der – bislang nicht um die sexuelle Identität erweiterten – Kriterien des Art. 3 III GG⁴² mit der h.M.⁴³ einen

³⁴ Kolbe (Fn. 2), S. 101 f.

³⁵ Gaaz/Bornhofen, Personenstandsgesetz, Handkommentar (2008), § 21 Rn. 26.

³⁶ AG München FamRZ 2002, 955.

³⁷ LG München FamRZ 2004, 269.

³⁸ Beck'scher Online-Kommentar GG-Lang, Art. 2 Rn. 52.

³⁹ Vgl. Rothärmel, MedR 2006, 274.

⁴⁰ Näher auch zu anderen Aspekten Kolbe (Fn. 2), S. 107.

⁴¹ So auch Kolbe (Fn. 2), S. 109.

⁴² Für eine entsprechende Ergänzung des Art. 3 III 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“: vgl. meine Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 21.4.2010; abrufbar unter http://www.artikeldrei.de/fileadmin/artikel3/dokumente/Stellungnahme_Dethloff.pdf.

⁴³ Für eine Erfassung der Intersexualität durch das Kriterium des Geschlechts aber mit beachtlichen Gründen Kolbe (Fn. 2), S. 123.

Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG verneint, handelt es sich um eine unzulässige Ungleichbehandlung. Art. 3 I GG verbietet wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln.⁴⁴ Während Menschen, die physisch und psychisch klar dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, ein dementsprechendes rechtliches Geschlecht zur Verfügung steht, haben intersexuelle Menschen nicht die Möglichkeit einer ihrer geschlechtlichen Identität entsprechenden Eintragung und werden damit ungleich behandelt.

Unter welchen Voraussetzungen eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte gerechtfertigt ist, hängt von Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal ab.⁴⁵ Die Anforderungen reichen vom bloßen Willkürverbot bis zur strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁴⁶ Sie werden umso höher, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 III GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Personengruppe führt.⁴⁷ Bezüglich der sexuellen Orientierung gilt nach Auffassung des BVerfG nunmehr ein strenger Kontrollmaßstab, der sich dem bei anderen speziellen Diskriminierungsverboten geltenden Maßstab „annähert“.⁴⁸ Gleiches muss auch hinsichtlich der angeborenen Intersexualität gelten, einem Merkmal, auf das der Betroffene ebenfalls keinen Einfluss hat.⁴⁹ Die mit der Ungleichbehandlung von Menschen eindeutigen Geschlechts und Intersexuellen verfolgten ordnungspolitischen Zwecke der eindeutigen Identifikation und der klaren Zuordnung von Rechten und Pflichten, die Männern und Frauen in verschiedenen Bereichen des Rechts zugewiesen sind, rechtfertigen die unterschiedliche Behandlung ebenso wenig wie sie einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu legitimieren vermögen.

Zu 14)

Das Familienrecht knüpft in zwei Bereichen an die Unterscheidung von „Mann“ und „Frau“ an, zum einen im Eherecht und zum anderen im Abstammungsrecht. Eine Ehe i.S.d. § 1310 BGB kann nur von Personen verschiedenen Geschlechts geschlossen werden. Gleichgeschlechtlichen Partnern steht hingegen die Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft offen (§ 1 I 1 LPartG). Mit Anerkennung eines „dritten Geschlechts“ stellt sich daher die Frage, auf welche Weise Intersexuelle ihre Lebensgemeinschaft formalisieren können: Sollen Intersexuelle eine Ehe eingehen können, wenn sie einen „Mann“ oder eine „Frau“ heiraten wollen und eine Lebenspartnerschaft, wenn sie sich mit einem anderen Intersexuellen verbinden möchten? Oder sollte ihnen Wahlfreiheit zugestanden werden?

⁴⁴ BVerfGE 103, 310 (313).

⁴⁵ Vgl. Jarass/Pieroth-Jarass, Grundgesetz, 11. Aufl. (2011), Art. 3 Rn. 17 m.w.N.

⁴⁶ Ständ. Rspr.; vgl. BVerfGE 88, 87 (96); 107, 27 (45); 110, 274 (291); 112, 164 (174); 117, 1 (30).

⁴⁷ BVerfGE 97, 169 (181); 124, 199 (220).

⁴⁸ BVerfGE 103, 310 (319); 124, 199 (219).

⁴⁹ So auch Kolbe (Fn. 2), S. 129.

Diese Schwierigkeiten würden vermieden, wenn die verfassungsrechtlich gebotene Anerkennung eines „dritten Geschlechts“ mit der Einführung einer geschlechtsneutralen Ehe einherginge. Art. 6 I GG steht dem m.E. nicht entgegen: Zwar versteht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die Ehe als eine Verbindung von Mann und Frau.⁵⁰ Das Institut der Ehe ist aber normgeprägt, d.h. darauf angewiesen, dass der Gesetzgeber es ausgestaltet.⁵¹ Daraus folgt zugleich, dass der Begriff der Ehe nicht ein für allemal festgelegt ist, sondern in gewissem Maße den jeweils sich ändernden gesellschaftlichen Anschauungen unterworfen ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass schon heute die Rechtsfolgen der Eheschließung und der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft weitestgehend angeglichen sind⁵² und sich der Unterschied zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft damit zunehmend auf die Bezeichnung reduziert. Im gesellschaftlichen Bewusstsein wird allein dieser Unterschied kaum dauerhaft prägend sein. Einfluss gewinnt insoweit zudem der Umstand, dass mittlerweile in einer wachsenden Zahl von Ländern gleichgeschlechtliche Paare eine Ehe eingehen können. Dies ist in Europa inzwischen verbreitet möglich, so in den Niederlanden, Belgien, Spanien, Portugal, Schweden, Norwegen und Island. Auch außerhalb Europas nimmt die Zahl der Staaten zu, die von einem geschlechtsneutralen Ehebegriff ausgehen, so derzeit Kanada, Südafrika, Argentinien und mehrere Staaten der USA. Es erscheint daher durchaus im Bereich des Denkbaren, dass auch das Bundesverfassungsgericht die Verschiedengeschlechtlichkeit nicht auf Dauer zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Strukturprinzipien der Ehe zählen wird.

Würde man sich daher dazu entschließen, zwei Personen, die eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft begründen wollen, die Eingehung einer Ehe zu ermöglichen, so entstünden durch die Anerkennung eines „dritten Geschlechts“ keine Probleme.⁵³ Möchte man die Ehe Personen verschiedenen Geschlechts vorbehalten, käme aber auch eine „kleine Lösung“ in Betracht: Intersexuellen könnte etwa die Möglichkeit eröffnet werden, eine eingetragene Lebenspartnerschaft zu begründen, was eine nur geringfügige Änderung des LPartG notwendig machen würde. Diese Möglichkeit könnte ihnen unabhängig davon eingeräumt werden, ob sie sich mit einem „Mann“, einer „Frau“ oder einer Person „dritten Geschlechts“ verpartnern wollen.

Zu beachten ist aber, dass in jedem Fall eine bereits bestehende Ehe einer Person, die sich nach Schaffung eines „dritten Geschlechts“ für eine entsprechende Eintragung entscheidet, fortbestehen muss. So hat es das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, wenn

⁵⁰ Zuletzt BVerfGE 105, 313 (345).

⁵¹ BVerfGE 31, 58 (70); 105, 313 (345).

⁵² Im Einzelnen zu der weitgehenden Angleichung wie auch den noch fortbestehenden Unterschieden Dethloff, Familienrecht, 29. Aufl. (2009), § 7 Rn. 50; siehe jüngst EuGH, Urteil vom 10.5.2011, Az. C-147/08: Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, wenn ein eingetragener Lebenspartner weniger Zusatzversorgungsbezüge erhält als ein verheirateter Versorgungsempfänger.

⁵³ So auch Kolbe (Fn. 2), S. 113.

bei verheirateten Transsexuellen die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsumwandlung von der Scheidung ihrer Ehe abhängt.⁵⁴

Auch das Abstammungsrecht knüpft an das weibliche bzw. männliche Geschlecht an. Nach geltendem Recht ist Mutter eines Kindes die Frau, die es geboren hat (§ 1591 BGB). Auch „Vater“ kann nur ein Mann sein (§ 1592 BGB). Damit stellt sich die Frage, welche Folgen es hat, wenn ein fortpflanzungsfähiger – und rechtlich als „drittes Geschlecht“ anerkannter – Intersexueller ein Kind zur Welt bringt. Umgekehrt fragt sich, ob ein Intersexueller die Vaterschaft für sein außerhalb einer Ehe geborenes Kind anerkennen könnte bzw. ob er (soweit man eine Eheschließung zuließe) als Vater des Kindes vermutet würde. Auch hier besteht m.E. nur geringer Reformbedarf: Zu ersetzen sind die Tatbestandsmerkmale „Mann“ und „Frau“ durch „Person“: Es spricht nichts dagegen, einen fortpflanzungsfähigen Intersexuellen als „Mutter“ bzw. „Vater“ i.S.d. Familienrechts anzuerkennen und ihn in das damit verbundene Pflichtenprogramm einzuweisen. Denkbar erscheint es aber auch, einen Begriff der Elternschaft einzuführen und auf diese Weise Intersexuelle als biologische und rechtliche Eltern anzuerkennen.

⁵⁴ BVerfGE 121, 175.