

## Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland

### **Stellungnahme**

*Dr. Eva Matt*

#### **Fragen zur Behandlung und Einwilligung**

Die folgenden Antworten beruhen auf Auszügen meiner im Oktober 2009 abgeschlossenen (nicht veröffentlichten) Dissertation „Intersexualität aus rechtlicher Perspektive“ an der Rechtswissenschaftlichen Universität Wien. Sie stellen meine Privatmeinung dar und sind nicht als Antwort meines Dienstgebers (Bundeskanzleramt Österreich) zu sehen.

Um die Ausgangslage für die rechtliche Betrachtung zu schaffen, werden an dieser Stelle die wesentlichen Punkte des aktuellen (medizinischen) Diskurses kurz zusammengefasst.

1. Es gibt derzeit drei unterschiedliche Ansätze, wie, wann und ob geschlechtszuweisende Eingriffe an intersexuellen Kindern durchgeführt werden sollen. Diese reichen von der frühzeitigen operativen Zuweisung und dem Verschweigen der Diagnose bis zur vollständigen Aufklärung, begleitenden Beratung von Eltern und Kind und zum kompletten Aufschub jeglicher medizinischer Interventionen.
2. Obwohl es keinen einheitlichen Behandlungsstandard gibt und seit über zehn Jahren Langzeitstudien zur Patient/innenzufriedenheit gefordert werden, wird – auf Basis einer unsicheren Datenlage und trotz den Stimmen Betroffener, die von negativen Behandlungsergebnissen zeugen – weiter an den Genitalien von Kleinkindern geschnitten.
3. Auch die neuen Ansätze legen ihrer Betrachtung ein dichotomes Geschlechtermodell zugrunde. Die konstruktivistischen Theorien von Money, der von der erlernbaren, gesellschaftlich geprägten Geschlechtsidentität ausging, wurden durch biologistische Ansätze, Diamond stützt seine Thesen zu Geschlechtsentwicklung, verkürzt ausgedrückt, auf das Nicht/Vorhandensein eines Y-Chromosoms und geht so von einer biologischen Determination aus, ersetzt. Die Argumente, die gegen frühkindliche geschlechtszuweisende Behandlungen ins Treffen geführt werden, stützen sich wiederum auf die so früh – nämlich bereits in utero – erfolgende hormonelle Prägung, anhand derer Kinder eben nicht im frühkindlichen Alter

zugewiesen werden dürfen. (Das „wahre“ Geschlecht ist demnach also bereits vor der Geburt festgeschrieben). Hier wäre zu überlegen, dass wenn schon biologistische Argumente herangezogen werden, um den Behandlungsstandard zu kritisieren, sich diese wenigstens auf Theorien stützen sollten, die die dichotome Geschlechtlichkeit in Zweifel stellen. Insbesondere, da die Biologie aufgrund neuerer Forschungen eben nicht mehr in jedem Fall von Geschlecht in einer männlichen oder weiblichen Form ausgehen kann. Zahlreiche, weitgehend noch nicht erforschte, Gene oder nicht-molekulare Komponenten sind an der Geschlechtsdifferenzierung beteiligt.<sup>1</sup>

Vor dem Hintergrund der Entwicklungen im medizinischen Diskurs, der durch die zunehmende Infragestellung der heute noch herrschenden Praxis frühzeitiger (chirurgischer) Eingriffe an uneindeutigen Genitalien geprägt ist, stellt sich aus rechtlicher Perspektive die Frage nach der Zulässigkeit dieser Eingriffe.

Probleme ergeben sich hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation geschlechtszuweisender Eingriffe als Heilbehandlung im Sinne der medizinrechtlichen Definition.

Ein weiterer Problemkreis ist im Bereich des Kindschaftsrechts zu finden. Hier geht es insbesondere um die Frage, inwieweit bzw. ob Eltern überhaupt für ihre Kinder in geschlechtszuweisende Eingriffe einwilligen dürfen.

Werden diese Eingriffe etwa als experimentelle Behandlungen (Kamari-Ford, 1999: 469-488) oder als zum Teil rein kosmetisch beurteilt (Position der ISNA), ergibt sich in Bezug auf die Beurteilung der Vertretungsweisen Einwilligung ein veränderter Prüfungsmaßstab.

Schließlich stellt sich die Frage, ob medizinische Eingriffe, die derart massiv in die sexuelle Selbstbestimmung und Reproduktionsfähigkeit eingreifen, von der Vertretungsweisen Zustimmung nicht überhaupt ausgenommen sein müssten, um den Kindern ein Recht auf offene Zukunft (Beh/Diamond, 2000) zu gewährleisten.

### *Zu 1)*

Die Befugnis von Eltern, medizinischen Behandlungen an Stelle ihrer Kinder zuzustimmen, hat Grenzen. Diese bestehen dort, wo die elterliche Entscheidung das Wohl des Kindes unberücksichtigt lässt bzw. diesem entgegensteht, oder das Kind durch die Entscheidung der Eltern in seinen Grundrechten auf körperliche Integrität und Selbstbestimmung verletzt würde. Auch der potenzielle Wille des zukünftigen erwachsenen Menschen muss so weit wie möglich berücksichtigt werden. Eine absolute Grenze der Vertretungsweisen Zustimmung findet sich im österreichischen Recht bei Sterilisationen und Kastrationen (§§ 146c, 146d ABGB). Zu derart schwerwiegenden Eingriffen darf – sofern es sich dabei nicht um Heileingriffe handelt – niemand außer der betroffenen Person selbst die Zustimmung erteilen.

---

<sup>1</sup> Siehe ausführlich dazu: Rosario, 2009: 276-278.

Kann seitens der Medizin glaubhaft gemacht werden, dass das Vorliegen uneindeutiger Genitalien und deren Nicht-Behandlung jedenfalls zu Krankheit, Leiden oder seelischen Störungen führt, dann geht das Recht von einer medizinischen Indikation aus und qualifiziert den geschlechtszuweisenden Eingriff als „Heilbehandlung“.

Rein rechtlich wäre die Einwilligung durch die Eltern daher als unproblematisch anzusehen.

Bei chirurgischen Therapiemaßnahmen wird es sich jedoch oft um Verfahren handeln, die „zur Erhaltung der Gesundheit nicht zwingend notwendig sind“ (Ude-Köller/Wiesenmann, 2005: 305).

Zu hinterfragen ist daher, ob es sich rechtlich um „Heilhandlungen“ handelt und ob in diese vertretungsweise (durch die Eltern) eingewilligt werden kann. Um das beurteilen zu können, bedarf es für die Feststellung der „Behandlungsbedürftigkeit“ daher zuerst der Untersuchung des „Krankheitswerts“ uneindeutiger Genitalien.

#### *Zu 2)*

Die Autonomie von Kindern kann m.E. nicht durch die elterliche Entscheidung substituiert werden, wenn sich die eigenen Ängste, Wünsche und Interessen der Eltern mit ihren Fürsorgepflichten vermischen. Schließlich geht es um geschlechtszuweisende Eingriffe, die oftmals eine Kastration oder Sterilisation bzw. die Einschränkung sexueller Funktions- und Empfindungsfähigkeit betreffen. Den Eltern in einer derart persönlichen Angelegenheit ein Mitbestimmungsrecht bzw. die Äußerung eines Wunsches zuzugestehen, erscheint mir angesichts der durch die Operation intendierten schweren und irreversiblen Eingriffe geradezu absurd. Zählen kann hier nur, was im Interesse der zukünftigen erwachsenen Person liegt. Und dies ist m.E. wohl die möglichst weitgehende Dispositionsmöglichkeit über den eigenen Körper.

#### *Zu 3 und 4)*

Ich beziehe mich in meiner Antwort hier auf die Erkenntnisse des Kolumbianischen Verfassungsgerichtshof der Jahre 1995, 1997, 1999.

Obwohl als Ergebnis der Erkenntnisse des Kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs – entgegen der noch in diese Richtung gehenden Entscheidung T-477/95 – kein absolutes Verbot geschlechtszuweisender Eingriffe an intersexuellen Kindern festgestellt werden kann, enthalten sie wohl jedenfalls klare Kriterien, die für die Beurteilung der Zustimmung im Fall geschlechtszuweisender Eingriffe – (zumindest) in Kolumbien – zur Anwendung gelangen sollen.

Für Kinder über fünf Jahren, die bereits über eine ausgeprägte Geschlechtsidentität verfügen, kann – da der Eingriff hinsichtlich des Behandlungsziels „Schaffung einer stabilen Genderidentität“ nicht mehr dringend erforderlich ist – nicht vertretungsweise zugestimmt

werden. Diesen Kindern wird ein gewisser Grad an Autonomie insoweit zugebilligt, als sie nur selbst – informiert – in die Behandlung einwilligen können.

Ansonsten muss die Behandlung aufgeschoben werden, bis das Kind selbst zustimmen kann. Die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit – der Fähigkeit zur Bildung eines informierten Konsenses – soll im Einzelfall durch ein interdisziplinär besetztes Behandlungsteam erfolgen.

Dieses kann auch eine Zustimmung in Etappen, also zu aufeinander folgenden Eingriffen, beschließen. Eine solche Vorgehensweise könnte, so der Gerichtshof, im ersten Schritt reversible hormonelle Eingriffe umfassen, irreversible wären dann einer späteren Entscheidung des Kindes vorbehalten.

Festgehalten werden kann an dieser Stelle, dass der Gerichtshof hinsichtlich der durchzuführenden Eingriffe diese in reversible und irreversible differenziert und auch die Dringlichkeit des durchzuführenden Eingriffs berücksichtigt.

Besonders Bedacht wird auf irreversible Eingriffe genommen, die in die sexuelle Selbstbestimmung und Reproduktionsfähigkeit eingreifen können. In deren Durchführung können die Eltern nicht – bzw. bei unter Fünfjährigen nur nach Vorliegen einer besonders qualifizierten Zustimmung – einwilligen. Der Gerichtshof stellt auch auf die individuelle Fähigkeit des Kindes zur Bildung eines Konsenses ab und bejaht diese jedenfalls im Fall eines Achtjährigen.

So bemerkenswert die erstmalige Auseinandersetzung eines Höchstgerichts mit der Thematik der geschlechtszuweisenden Eingriffe an intersexuellen Kindern auch ist, es können hier bloß Entscheidungslinien nachgezogen werden. Die tatsächlichen Auswirkungen auf die Praxis sind fraglich, schließlich ist das erste dieser Erkenntnisse vor über zehn Jahren ergangen, die darin kritisierte Behandlungsmethode hat sich seitdem nicht grundlegend verändert.

Auch das grundsätzliche Postulat der besonderen Schutzbedürftigkeit intersexueller Menschen und der besonderen Herausforderungen, die diese an die pluralistische Gesellschaft stellen, ändert im Ergebnis nichts daran, dass auch der Gerichtshof zumindest im Zeitpunkt seiner Entscheidungen, geschlechtszuweisende Eingriffe nicht grundsätzlich ablehnt und die prinzipielle Möglichkeit der „Nicht-Behandlung“ in seine Erwägungen nicht einbezieht.

Da Ärztinnen und Ärzte die Durchführung geschlechtszuweisender Eingriffe außerdem idR bereits sehr früh, meist unmittelbar nach der Geburt, empfehlen, und der kolumbianische Gerichtshof die Entscheidung durch das Kind selbst erst beim Alter von fünf Jahren angesetzt hat, werden die Auswirkungen dieser Erkenntnisse in Kolumbien wohl nicht so bedeutend sein, wie nach der ersten Entscheidung anzunehmen war (Haas, 2004: 54).

Wie dargestellt wurde, ist bereits die rechtliche Qualifikation von geschlechtszuweisenden Eingriffen nicht immer klar. Dass nicht jeder Eingriff, der im Zuge einer

Geschlechts(neu)zuweisung durchgeführt wird, den medizinrechtlichen Begriff der Heilbehandlung erfüllt, wurde gezeigt. Einige der Eingriffe werden wohl – nach den Kriterien des Medizinrechts – im Bereich der kosmetischen Behandlungen anzusiedeln sein (z.B. die Korrektur einer vergrößerten Klitoris, die Verkleinerung von Labien im Kindesalter) und unterliegen damit nicht der Vertretungsweisen Zustimmung der Eltern.

Eingriffe, die die zukünftige Autonomie des Menschen betreffen, wie etwa die zentrale Frage nach der eigenen (Geschlechts)Identität, die Frage der sexuellen Selbstbestimmung als Teil der Identität und für viele die potenzielle Möglichkeit zur Reproduktion, sind jedenfalls solange aufzuschieben, bis der Mensch selbst nach altersgerechter Aufklärung entscheiden kann. Der kolumbianische Gerichtshof hat eine diesbezügliche Urteilsfähigkeit in einem Erkenntnis bereits im Alter von acht Jahren angesetzt.

Die grundsätzliche Tendenz im Kindschaftsrecht, auch Kindern und unmündigen Minderjährigen, je nach individueller Reife, gewisse Mitspracherechte zuzugestehen besteht, wie gezeigt wurde, in Österreich jedenfalls seit dem KindRÄG 2001.

Damit die Art des Eingriffs (chirurgisch / hormonell, dringend / aufschiebbar, reversibel / irreversibel) tatsächlich einer rechtlichen Überprüfung unterzogen werden könnte, bedürfte es jedoch einer Offenlegung der medizinischen Vorgehensweise und einer Klassifizierung der möglichen Eingriffe durch – unabhängige – Medizinerinnen und Mediziner, die mit den Details der aktuellen Diskussion vertraut sind, neue Ergebnisse sowie kritische Stimmen in ihre Beurteilung miteinbeziehen.

Lägen die unterschiedlichen Eingriffe offen, und würden Alternativen (etwa auch die Nicht-Behandlung!) objektiv aufgezeigt werden, könnten Eltern wahrscheinlich leichter anstelle ihrer Kinder entscheiden. Durch die Betreuung durch ein intradisziplinäres Team ab dem Kleinkindalter und altersgerechter Aufklärung könnte auch der „Schock“ über die Diagnose und allfällig erforderliche Eingriffe in der Pubertät, der seitens der Medizin immer wieder vorgebracht wird, verhindert werden.

Da intersexuelle Kinder, soweit dies erkennbar ist, heutzutage idR bei der Geburt „entdeckt“ werden, steht die „Diagnose intersexuell“ ab Beginn ihres Lebens fest. Eine Betreuung und Aufklärung könnte daher sofort beginnen.

#### *Zu 5)*

International werden zwei Lösungsmöglichkeiten vertreten, die sich im Wesentlichen an die Formen anlehnen, die das (Kindschafts)Recht für schwierige Fälle vorsieht. Einerseits gibt es die Variante, die zu treffende Entscheidung an eine Ethikkommission auszulagern, die garantieren soll, den vorgelegten Fall unter bestimmten ethischen Gesichtspunkten zu überprüfen und die eine Empfehlung ausspricht. Andererseits wird auch die Möglichkeit einer prozessualen Lösung

vertreten, in der die Frage, wie im Sinne des Kindeswohls vorgegangen werden soll, einem Gericht vorgelegt wird, welches dann die Zustimmung zu einem Eingriff erteilt oder verweigert. Geht man von der grundsätzlichen Behandlungsbedürftigkeit uneindeutiger Genitalien aus, wird wohl die „optimale Behandlung“ eines Kindes mit DSD jedenfalls darin liegen, dieses einem spezialisierten Zentrum zuzuweisen und es von einem multidisziplinären Team von Medizinerinnen und Medizinern untersuchen und behandeln zu lassen. Die Behandlung würde so garantiert durch Spezialistinnen und Spezialisten erfolgen, die Eltern wären in die Entscheidungsfindung derart eingebunden, dass sie über die Ergebnisse der Beratungen des Teams aufgeklärt, und über die ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten informiert würden.

Einen Schritt weiter ginge die Variante, dass zusätzlich zu der durch das Team erarbeiteten Vorgehensweise die Genehmigungspflicht eines Gerichts in jenen Fällen hinzukommt, in denen einer der geplanten Eingriffe genitalchirurgisch ist und die zukünftige Reproduktionsfähigkeit des Kindes (Entfernung von Gonaden) betreffen würde.

Die m.E. zutreffende Lösungsvariante ist diejenige, die auch die Möglichkeit der Nicht-Behandlung uneindeutiger Genitalien mit einbezieht. Die hier vertretene Herangehensweise kann am ehesten mit der „Normierung eines Rechts auf offene Zukunft“ umschrieben werden.

Diesem Ansatz wird zugrunde gelegt, dass neben der Beratung durch ein interdisziplinäres Team, die in den meisten Fällen schwerer Krankheiten längst den Standard darstellt, eine altersgerechte Aufklärung des Kindes jedenfalls zu erfolgen hat. Eingriffe, die die zukünftige Autonomie des Kindes betreffen, sind aufzuschieben. Insbesondere fallen hierunter irreversible Eingriffe, die in die Identität des Menschen eingreifen. Über derartige Eingriffe kann und darf nur der betroffene Mensch selbst entscheiden.

In Fällen, in denen eine geplante Behandlung den Schweregrad einer medizinischen Behandlung iS § 146c Abs 1 ABGB (genitalverstümmelnde Behandlung) erreicht, sollte das elterliche Zustimmungsrecht prozessual an eine gerichtliche Zustimmungsregelung geknüpft werden.

Darüber hinaus sollte eine inhaltliche Begrenzung der geplanten Maßnahme erfolgen (Klassifizierung der einzelnen Eingriffe in hormonelle/operative – dringende/nicht dringende – invasiv/irreversibel bzw. invasiv/reversibel).

Davon ausgehend besteht auch die Möglichkeit, ein „Recht auf offene Zukunft“, also das Verbot bestimmter geschlechtszuweisender Eingriffe zu normieren (Matt, 2006: 144).

### *Zusammenfassung medizinrechtlicher Teil*

Wie dargestellt wurde, ist bereits die rechtliche Qualifikation von geschlechtszuweisenden Eingriffen nicht immer eindeutig. Auch erfüllt nicht jeder Eingriff, der im Zuge einer

Geschlechts(neu)zuweisung durchgeführt wird, den medizinrechtlichen Begriff der Heilbehandlung.

Damit die Art des Eingriffs (chirurgisch / hormonell, dringend / aufschiebbar, reversibel / irreversibel) tatsächlich einer rechtlichen Überprüfung unterzogen werden könnte, bedürfte es m.E. einer Offenlegung der medizinischen Vorgehensweise und einer Klassifizierung der möglichen Eingriffe durch – unabhängige – Medizinerinnen und Mediziner, die mit den Details der aktuellen Diskussion vertraut sind und die neue Ergebnisse, sowie kritische Stimmen in ihre Beurteilung miteinbeziehen.

Eingriffe, die die zukünftige Autonomie des Menschen betreffen, wie etwa die zentrale Frage nach der eigenen (Geschlechts)Identität, die Frage der sexuellen Selbstbestimmung als Teil der Identität und für viele die potenzielle Möglichkeit zur Reproduktion, sind nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls solange aufzuschieben, bis der Mensch selbst nach altersgerechter Aufklärung entscheiden kann.

Die medizinische Wissenschaft hat die einmalige Macht, ihre eigenen Behandlungsstandards und damit die rechtlichen Sorgfaltsmaßstäbe festzulegen. Solange im Einklang mit diesen operiert und behandelt wird, und es keine Vorschaltung rechtlicher Kontrollmechanismen gibt, kann „das Recht“ Medizinerinnen und Medizinern nichts „anhaben“. Gleichzeitig schafft die Medizin durch ihre Auffassung von „Normalität“ und „Abweichung“ die Grundlagen für die im weiteren stattfindende Sanktionierung durch das Recht, die dieses zumindest zur Zeit ohne Widerrede durchführt.

In einem weiteren Schritt müsste auch die derzeitige Rolle des Rechts in diesem Normierungsprozess kritisch hinterfragt werden. Nach meinem Dafürhalten sollte „das Recht“ in Bezug auf die (medizinische) Behandlung von intersexuellen Menschen eine aktive Rolle einnehmen und damit Motor für Veränderung sein.

## **Fragen zum Personenstandsrecht**

### *Zu 6 bis 14)*

Zur Frage der Einführung einer weiteren Geschlechtskategorie im Personenstandsrecht bzw. der Möglichkeit der Abschaffung der Kategorie Geschlecht im Recht wird wie folgt Stellung genommen:

Ich persönlich stehe der Schaffung einer dritten Kategorie sehr kritisch gegenüber. Ich glaube nicht, dass durch die Schaffung einer dritten Geschlechtskategorie oder der Abschaffung der Kategorie Geschlecht im (Personenstands)recht die Frage der operativen Normierung intersexueller Menschen wegfallen würde. Auch glaube ich nicht, dass dadurch Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts (der Geschlechtsidentität) nicht mehr vorkommen würden.

Es wäre hier zu fragen, wer zu der dritten Kategorie gehören soll und nach welchen Kriterien diese Zuordnung erfolgen soll. Ob hier wiederum an eine medizinische Diagnose angeknüpft würde, oder die dritte Kategorie einen Überbegriff für alle Menschen darstellen würde, die sich nicht dem männlichen oder weiblichen Geschlecht für zugehörig erachten, stellt eine weitere – m.E. nicht unwesentliche – Frage dar. Die Argumente, die für die Schaffung eines weiteren Personenstandes ins Treffen geführt werden, scheinen mir allesamt eine weitere Kategorisierung von Menschen nach sich zu ziehen, die nicht in das Schema Mann/Frau passen (wollen). Mit der Schaffung einer neuen Kategorie würden Menschen durch Abgrenzung voneinander wiederum isoliert und aufgrund ihrer Unterschiede, die ihren Ausdruck in der neuen Kategorie fänden, anfällig für Diskriminierungen gemacht. Überdies wird eine eigene Personenstandskategorie, wie bereits oben gezeigt, auch nicht von allen intersexuellen Menschen gewünscht.

Als Kompromiss, wenn das Geschlecht als Kategorie im (Personenstands)recht beibehalten wird, spricht sich Elisabeth Holzleithner für die grundsätzliche Bereitstellung eines Antragsrechts zur Änderung des Personenstandes auf „intersexuell“ aus (Holzleithner, 2009a: 47). Dieser Kompromiss scheint mir eine überlegenswerte Lösung.

*Zu 10)*

Die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfasst m.E. auch intersexuelle Menschen, wenn diese aufgrund ihrer Geschlechtsidentität diskriminiert werden.

### **Fragen zur Entschädigung**

*Zu 15 und 16)*

Diese Ansprüche können grundsätzlich bereits jetzt mit dem bestehenden Schadenersatzrecht abgewickelt werden.<sup>2</sup> Sicherlich wäre es aus Sicht der „Betroffenen“ im Sinne einer Wiedergutmachung der erlittenen Beeinträchtigung angebracht, Entschädigungszahlungen bereit zu stellen.

---

<sup>2</sup> Siehe für Deutschland das Urteil des LG Köln vom 6. Februar 2008 (GZ 25 O 179/07).