

Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland

Stellungnahme

PD Dr. iur. Dr. rer. pol. Tade Matthias Spranger

Fragen zur Behandlung und Einwilligung

Zu 1)

Grundsätzlich sind Eltern zur Vertretung ihres Kindes berechtigt; dies gilt grundsätzlich auch für medizinische Eingriffe. Die Eltern haben gemäß § 1626 Abs. 1 BGB die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen. Diese elterliche Sorge umfasst nach § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB auch die Vertretung des Kindes. Damit ist es dem Grundsatz nach möglich, dass die Eltern anstelle ihres Kindes aufgeklärt werden und einer Operation zustimmen.

Allerdings sind der elterlichen Vertretungsbefugnis auch Grenzen gesetzt. So können die Eltern nach § 1631c BGB nicht wirksam in die Sterilisation des Kindes einwilligen; auch das Kind selbst kann nicht in seine Sterilisation einwilligen. Dieser Befund besitzt Relevanz, weil die geschlechtszuweisenden Operationen an Intersexuellen nicht selten als Nebenwirkungen die Kastration oder die Sterilisation der betroffenen Person zur Folge haben.

Dabei soll das Verbot der Sterilisation absolut gelten.¹ Es drängt sich allerdings die Frage auf, ob dies auch dann gilt, wenn eine Sterilisation nur notwendige Folge eines medizinisch indizierten Eingriffs zur Behandlung von Intersexualität ist. Gewisse Zweifel ergeben sich insofern etwa aus einem Vergleich zum Verbot der Keimbahnveränderung nach § 5 ESchG; auch hier werden nicht-intendierte Veränderungen gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 3 ESchG von der Strafbarkeit ausgenommen.

Im Übrigen gilt es darauf hinzuweisen, dass selbst die freiwillige Sterilisation eines Erwachsenen rechtlich unterschiedlich bewertet wird. Das Meinungsspektrum reicht hier von einem Verstoß gegen die guten Sitten über eine Beurteilung aufgrund des jeweiligen Einzelfalls bis hin zu einer vollkommenen Zulässigkeit bei wirksamer Einwilligung.

¹ Vgl. Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Auflage 2011, § 1631c Rn. 1; Ziegler, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar BGB, 5. Auflage 2010, § 1631c Rn. 1.

Eine Einwilligung der Eltern in die geschlechtszuweisende Operation ihres Kindes wäre aber wohl dann eher möglich, wenn es sich bei der konkret vorliegenden Form der Intersexualität um eine Krankheit² handeln würde. Denn die elterliche Sorge für das Kindeswohl umfasst auch den umfassenden Schutz vor Krankheiten.

In jedem Fall sind allerdings an die Aufklärung der Eltern besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil sie über oftmals irreversible Veränderungen am Körper ihres Kindes entscheiden. Die Aufklärung sollte sich in ihrem Mindestinhalt etwa auf die Ursachen der Störung, den zu erwartenden Verlauf der Geschlechtsentwicklung, die möglichen Risiken einer operativen Geschlechtskorrektur sowie deren ungewissen Ausgang beziehen.³

Zu 2)

Die Beantwortung der Frage knüpft an die Überlegungen zur ersten Frage an, inwieweit Eltern grundsätzlich in irreversible geschlechtszuweisende Operationen bei Kindern mit Intersexualität einwilligen können. Danach wird bei einer zukünftigen Regelung danach zu unterscheiden sein, ob es sich bei der konkret vorliegenden Form von Intersexualität um eine Krankheit und damit um einen grundsätzlich behandlungsbedürftigen Zustand handelt, oder ob die konkret vorliegende Form von Intersexualität sich dergestalt darstellt, dass die betroffene Person sich nicht in einer gesundheitsgefährdenden Situation befindet, sondern „lediglich“ eine Abweichung von der gewöhnlichen Geschlechtsentwicklung vorliegt. Handelt es sich im konkreten Fall um eine Krankheit, wie dies zumindest in den Fällen des Adrenogenitalen Syndroms, der Androgenresistenz, des echten Hermaphroditismus und der Blasenektrophie angenommen wird, darf Intersexualität zum Schutze der Gesundheit der betroffenen Person nicht unbehandelt bleiben. Die anderen Formen von Intersexualität – Gonadendysgenesien, Chromosomenabweichungen, Enzymdefekte und induzierter Pseudohermaphroditismus – führen hingegen zwar allesamt zu teils starken Veränderungen des menschlichen Körpers, sind allerdings nicht gesundheitsgefährdend und somit auch nicht ohne weiteres behandlungsbedürftig. Bei diesen Formen von Intersexualität sollte daher nicht vorschnell die Einwilligungsmöglichkeit der Eltern in eine irreversible Veränderung des menschlichen Körpers bejaht werden.

Die Bandbreite der unter dem Begriff der Intersexualität diskutierten Fallgestaltungen sollte sich daher in einer gesetzlichen Regelung der Materie dergestalt widerspiegeln, dass zwischen behandlungsbedürftigen und nicht-behandlungsbedürftigen Erscheinungsformen unterschieden und eine Einwilligungsfähigkeit der Eltern grundsätzlich nur insoweit angenommen wird, als eine medizinische Notwendigkeit indiziert ist.

² Dies gilt zunächst ungeachtet aller definitorischen Unwägbarkeiten des Krankheitsbegriffs.

³ So zu den Mindestanforderungen auch Rothärmel, in: MedR 2006, S. 274 (279); die Anforderungen im Einzelnen sind jedoch durchaus strittig und mögen auch noch weitere Punkte, wie z.B. etwaige psychische Langzeitfolgen, erfassen.

Zu 3)

Im einfachrechtlichen Kontext beschreibt die Einwilligungsfähigkeit die Fähigkeit, die Tragweite der eigenen Entscheidung zu begreifen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln. Eine starre Altersgrenze für das Erreichen der Einwilligungsfähigkeit kann dabei nicht bestimmt werden. Allerdings wird als allgemeiner Richtwert die Altersgrenze von 14 Jahren genannt.

Für den Bereich der geschlechtszuweisenden Operationen wird teilweise eine Verschiebung des Alters für die Einwilligungsfähigkeit angedacht. Wegen der besonderen Sensibilität und Bedeutung für den Betroffenen wird eine Einwilligungsfähigkeit mitunter relativ früh angenommen, weil nur so eine Würdeverletzung durch ein zu hohes Maß an Fremdbestimmung vermieden werden könne; andererseits wird mit Blick auf den häufig auftretenden Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit eine Verschiebung der Einwilligungsfähigkeit auf den Zeitpunkt der „sozialen Fortpflanzungsreife“ vorgeschlagen, die etwa in § 2 Abs. 1 Nr. 3 des KastrG vom 16.08.1969⁴ auf ein Alter von 25 Jahren festgelegt wurde.

Vor dem Hintergrund dieses Diskurses, aber auch im Lichte der Transsexuellen-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵ sollte die Konkretisierung der Selbstbestimmungsfähigkeit nicht alleine anhand zivilrechtlich determinierter Parameter, sondern auch und insbesondere unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen vorgenommen werden. Das im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG mit umfasste Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist über seinen objektiv-rechtlichen Gehalt in die staatliche Entscheidungsfindung einzubeziehen. Dabei gilt es zu beachten, dass die Grundrechtsmündigkeit insoweit schon vor dem 14. Lebensjahr bejaht werden könnte. Andererseits ist der Staat aufgrund der aus Art. 2 Abs. 2 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) resultierenden Schutzpflicht gehalten, an die Entscheidung über gravierende und irreversible Eingriffe in den menschlichen Körper besonders strenge Maßstäbe anzulegen. Wie stets bei der Konkretisierung staatlicher Schutzaufträge verfügt der Gesetzgeber auch hier über einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, der von einer Betonung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung – und damit einhergehend einer tendenziell früher ansetzenden Selbstbestimmungsfähigkeit – bis hin zu einer prononcierten Stärkung des Schutzes der körperlichen Integrität – mit später einsetzender Selbstbestimmungsfähigkeit – reichen kann. Für die gesetzgeberische Entscheidung werden insoweit neben der Schwere des relevanten Eingriffs auch medizinisch-psychologische Erkenntnisse maßgeblich sein, die über die zu erwartenden psychischen und physischen Konsequenzen bei (Nicht-) Durchführung des Eingriffs zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt Auskunft geben.

⁴ „Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden“ (KastrG) vom 15. August 1969, BGBl. I S. 1143. Die Frage der Verfassungskonformität dieser Regelung bleibt vorliegend ausgeblendet.

⁵ Siehe etwa BVerfGE 115, 1 (14).

Zu 4)

Das Konzept eines den informed consent bzw. die Einwilligung der Eltern flankierenden „assents“ des vertretenen Minderjährigen ist nicht nur der bioethischen Debatte, sondern auch dem Medizinrecht vertraut. Vorgebeugt wird hierdurch eine ethisch wie verfassungsrechtlich bedenklichen „Zwangsbehandlung“ des Minderjährigen. Feste Altersgrenzen mögen insoweit im Interesse einer rechtssicheren Handhabung angezeigt sein, sind jedoch kaum geeignet, die Vielfalt möglicher Konfliktlagen hinreichend detailscharf abzubilden. Die Existenz eines „Vetorechts“ des Minderjährigen hängt damit einerseits von dessen Einsichtsfähigkeit im konkreten Einzelfall, andererseits aber auch von der Schwere bzw. Intensität sowie der medizinischen Indikation des in Frage stehenden Eingriffs ab. Soweit möglich, sollte mit geschlechtszuweisenden Operationen gewartet werden, bis die betroffene Person selbst einwilligen kann.

Zu 5)

Die Frage berührt neben rechtlichen vor allem auch organisatorische Gesichtspunkte.

Die etwaige Einbeziehung einer Ethikkommission würde – sofern ein Rückgriff auf die „lokalen Ethikkommissionen“ oder auf Kommissionen bei den Landesärztekammern angedacht wäre – eine Erweiterung des gesetzlich übertragenen Aufgabenkreises erfordern. Eine solche Aufgabenerweiterung würde aber zugleich Fragen nach der personellen und sachlichen Ausstattung der betroffenen Kommissionen aufwerfen. Andererseits würde die Einrichtung spezieller Ethikkommissionen zur Behandlung der hier aufgeworfenen Fragen die mitunter schon jetzt beklagte „Inflation der Ethikkommissionen“ weiter vorantreiben.

Unter rechtlichen Gesichtspunkten stellt sich die Frage, mit welcher Verbindlichkeit das Urteil einer diesbezüglich tätig werdenden Kommission ausgestattet werden sollte. Gedacht werden kann zum einen an eine rein begleitende Befassung der Kommission nebst abschließendem Ethik-Votum; zum anderen ist aber auch die Möglichkeit einer „echten“ Entscheidung (etwa im Sinne einer Genehmigung oder einer Versagung) zu denken. Im letztgenannten Fall gilt es aber zu bedenken, dass die Arbeit einer derartigen Kommission im grundrechtsrelevanten Bereich zu verorten ist, so dass die relevanten Rahmenbedingungen ebenso wie die entscheidungsleitenden Parameter auf jeden Fall vorab durch den Gesetzgeber festzulegen wären.

Fragen zum Personenstandsrecht

Zu 6)

Gegen die Möglichkeit der Eintragung eines „dritten Geschlechts“ in das Geburtenregister spricht zunächst jedenfalls nicht der Wortlaut des § 21 PStG. Denn in diesem ist nur die Rede von der Eintragung des Geschlechts. Lediglich die einschlägigen Kommentierungen zum

Personenstandsgesetz schließen aus diesem Wortlaut, dass nur die Eintragungen „männlich“ oder „weiblich“ in das Geburtenregister zulässig seien. Begründet wird dies damit, dass die Eintragung eines dritten Geschlechts dem deutschen Recht nicht bekannt sei. Dieser Aussage kann jedoch nur unter Ausblendung der historischen Dimension zugestimmt werden: Bis zum Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 enthielten die unterschiedlichen Rechtsordnungen in Deutschland – wie etwa das Allgemeine Preußische Landrecht – allesamt Regelungen zum Umgang mit intersexuellen Menschen (oder in der damaligen Diktion „Zwittern“). Das Problem war der Rechtsordnung mithin sehr wohl bekannt und wurde auch geregelt. Erst in den Motiven zum BGB findet sich die Aussage, dass das Phänomen Intersexualität so selten vorkomme, dass es keiner gesonderten Regelung bedürfe und daher auf eine solche verzichtet werden solle. Nach heutigem Wissensstand tritt Intersexualität jedoch weitaus häufiger auf, als bislang angenommen.

Sollte sich der Gesetzgeber also in Konkretisierung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens für die Anerkennung eines „dritten Geschlechts“ entscheiden, so wäre diese Entscheidung auch für das unterverfassungsrechtliche Melderecht entscheidend. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte indes eine entsprechende Klarstellung vorgenommen werden.

Zu 7)

Wie sogleich ausgeführt wird, sprechen gute Gründe für die rechtliche Anerkennung eines „dritten Geschlechts“. Die Vielfalt der unter dem Begriff der Intersexualität zusammengefassten Befunde spricht zunächst dafür, kein spezifisches tertium zu etablieren. Andererseits ist aber im Interesse der Rechtssicherheit auch darauf hinzuwirken, dass keine vergleichsweise unüberschaubare Geschlechtsdiversität (oder eine Vielfalt von „Abstufungen“ zwischen den Geschlechtern) entsteht. Insgesamt sprechen daher gute Argumente dafür, neben „männlich“ und „weiblich“ als dritte Kategorie – für den melderechtlichen Kontext – „intersexuell“ zu etablieren.

Indes muss insoweit klarstellend darauf hingewiesen werden, dass die einheitliche Kategorie „intersexuell“ unter melderechtlichen Gesichtspunkten zureichend, in Bezug auf die bereits oben behandelte Frage der Einwilligung in medizinische Behandlungen aber nicht spezifisch genug ist. Wenn und soweit Einwilligungsaspekte betroffen sind, muss aufgrund der Vielgestaltigkeit des Themenbereiches Intersexualität zwingend zwischen verschiedenen Erscheinungsformen differenziert werden.

Zu 8)

Aus verfassungsrechtlicher Sicht sprechen beachtliche Argumente für die Anerkennung eines „dritten Geschlechts“. Das vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 2 iVm Art. 1 Abs. 1

GG entwickelte Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist in der jüngeren Vergangenheit wiederholt Gegenstand von Verfahren zum Transsexuellengesetz gewesen. Dadurch wurde wiederholt die hohe verfassungsrechtliche Bedeutung dieser grundrechtlichen Verbürgung für die menschliche Existenz herausgestellt. So stellt das Gericht zur Reichweite des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung fest, dass es die Menschenwürde in Verbindung mit dem Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit gebieten, „dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Rechnung zu tragen und seine selbstempfundene geschlechtliche Identität rechtlich anzuerkennen, um ihm damit zu ermöglichen, entsprechend dem empfundenen Geschlecht leben zu können, ohne in seiner Intimsphäre durch den Widerspruch zwischen seinem dem empfundenen Geschlecht angepassten Äußeren und seiner rechtlichen Behandlung bloßgestellt zu werden.“⁶

Ohne dass hier auf die Details der Transsexuellenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Frage der Übertragbarkeit der Argumentation im Einzelfall eingegangen werden könnte, verdient insbesondere der Grundgedanke der verfassungsgerichtlichen Argumentation Aufmerksamkeit: Insoweit geht es darum, niemanden „rechtlich und nach außen erkennbar in eine Geschlechterrolle [zu verweisen], die seiner selbstempfundene widerspricht. [...] Dies entspricht nicht dem Gebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auf Anerkennung der selbst-empfundene geschlechtlichen Identität eines Menschen und auf Schutz seiner Intimsphäre.“⁷ Damit stellt das Bundesverfassungsgericht – der Konstruktion der Grundrechte als subjektive Verbürgungen folgend – maßgeblich auf das Selbst-Empfinden der Betroffenen ab; die entsprechende Argumentation lässt sich zwanglos auf den Fragenkomplex der Intersexualität übertragen.

In der verfassungsrechtlichen Literatur ist die Thematik gleichwohl bislang nicht in nennenswerter Weise rezipiert worden. Namentlich die diversen Diskriminierungsverbote des Art. 3 GG werden in den Kommentierungen zum Grundgesetz kaum in Bezug zu Intersexualität gesetzt. Erste Auseinandersetzungen mit der Thematik tendieren jedoch dazu, einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG durch die Nichtanerkennung von intersexuellen Menschen anzunehmen.⁸

Tatsächlich sprechen der (wohl nicht-abschließende) Charakter der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten unzulässigen Diskriminierungsmerkmale, die ratio des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes, sowie die zumindest in sprachlicher Hinsicht definitorische Offenheit des Geschlechtsbegriffs in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dafür, auch von einer Anwendbarkeit des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes auszugehen. Dem würde es auch nicht entgegenstehen, wenn dem historischen Verfassungsgesetzgeber die Thematik der Intersexualität bei Abfassung des Art. 3 GG nicht vor Augen gestanden haben sollte. Die

⁶ BVerfG, Beschluss vom 11.1.2011, Az.: 1 BvR 3295/07, Rn. 51.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 11.1.2011, Az.: 1 BvR 3295/07, Rn. 56.

⁸ Vgl. hierzu die Ergebnisse bei Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht – Eine interdisziplinäre Untersuchung, Baden-Baden 2010.

Verfassungsinterpretation erfolgt stets im Lichte der jeweils geltenden Rahmenbedingungen und Anschauungen; sie ist insoweit nicht statisch, sondern dynamisch.

Zu 9)

Im Hinblick auf eine etwaige Diskriminierung intersexueller Menschen ist zunächst Art. 14 der EMRK von Bedeutung:

„Der Genuß der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

Die Vorschrift entspricht zum einen mit dem Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ dem Diskriminierungsmerkmal in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Zum anderen geht die Vorschrift allerdings auch noch weiter, indem sie auch die Diskriminierung wegen eines „sonstigen Status“ verbietet. Für die rechtliche Bewertung ergeben sich hier allerdings kaum Unterschiede zur Prüfung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Auch die UN-Kinderrechtskonvention von 1989 bietet diverse Anhaltspunkte für den Umgang mit intersexuellen Kindern. Zum einen verbietet auch die Kinderrechtskonvention eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts:

„Artikel 2 [Achtung der Kindesrechte; Diskriminierungsverbot]

(1) Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.“

Das Kindeswohl ist stets vorrangig zu berücksichtigen. Für den Bereich der geschlechtszuweisenden Operationen kann dies so weit ausgelegt werden, dass eine Einbeziehung des Kindes in die Entscheidungsfindung wenn möglich erforderlich ist:

„Artikel 3 [Wohl des Kindes]

(1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher

Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.“

Artikel 7, der sich mit der Eintragungspflicht in das Geburtenregister beschäftigt, gibt ähnlich wie das deutsche Personenstandsgesetz keinerlei Hinweise darauf, dass die Eintragung einer anderen Kategorie als „männlich“ und „weiblich“ nicht möglich sein soll. Insofern steht der Wortlaut der Vorschrift der Eintragung einer dritten Geschlechtskategorie nicht entgegen.

„Artikel 7 [Geburtsregister, Name, Staatsangehörigkeit]

(1) Das Kind ist unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register einzutragen und hat das Recht auf einen Namen von Geburt an, das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben, und soweit möglich das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden.

(2) Die Vertragsstaaten stellen die Verwirklichung dieser Rechte im Einklang mit ihrem innerstaatlichen Recht und mit ihren Verpflichtungen aufgrund der einschlägigen Internationalen Übereinkünfte in diesem Bereich sicher, insbesondere für den Fall, dass das Kind sonst staatenlos wäre.“

Unter Artikel 8 der Konvention ist die Identität des Kindes geschützt. Aufgrund des offenen Wortlauts der Vorschrift erscheint es angebracht, darüber zu diskutieren, ob hiervon auch die sexuelle/geschlechtliche Identität erfasst ist.

„Artikel 8 [Identität]

(1) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, das Recht des Kindes zu achten, seine Identität, einschließlich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen, ohne rechtswidrige Eingriffe zu behalten.

(2) Werden einem Kind widerrechtlich einige oder alle Bestandteile seiner Identität genommen, so gewähren die Vertragsstaaten ihm angemessenen Beistand und Schutz mit dem Ziel, seine Identität so schnell wie möglich wiederherzustellen.“

Eine wichtige Vorgabe in Bezug auf alle Fragen betreffend der Einwilligungsfähigkeit und der Einwilligung des Kindes in geschlechtszuweisende Operationen gibt Art. 12 der Konvention, der deutlich macht, dass ein größtmögliches Maß an Einbeziehung des Kindes in den Entscheidungsprozess gewünscht ist.

„Artikel 12 [Berücksichtigung des Kindeswillens]

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen

Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.“

Zu 10)

In der Gesetzesbegründung zum AGG wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Regelungen des AGG, insbesondere sein Schutz vor Diskriminierungen, auch für intersexuelle Menschen gelten.⁹ Ausweislich des § 1 AGG ist es das vorrangige Ziel des AGG, vor Diskriminierungen zu schützen:

„Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“

Im zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot des § 19 AGG findet sich erneut ein ähnlicher Wortlaut:

„(1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder
2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben,

ist unzulässig.“

Zu 11)

Der verfassungs- und europarechtlich vorgeprägte und einfachrechtlich weiter ausdifferenzierte Diskriminierungsschutz verbietet ungerechtfertigte (Un-) Gleichbehandlungen und kann zudem oftmals nur über den Rechtsweg aktiviert werden. Über die Eintragung eines dritten Geschlechts könnten insoweit etwaige Unschärfen vermieden und zugleich eine weitere Effektivierung ermöglicht werden.

Zu 12)

In vielen Bereichen des Rechts spielt die Zuordnung zu einem Geschlecht eine wesentliche Rolle zur Bestimmung von Rechten und Pflichten der betroffenen Personen. Besonders deutlich wird dies etwa im Familienrecht oder auch bei bestimmten Straftaten. Zudem stellt sich auch aus

⁹ Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs zum AGG, BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

verfassungsrechtlicher Sicht die Frage, ob und mit wem intersexuelle Menschen die Ehe eingehen können, die grundsätzlich dem Gebot der Zweigeschlechtlichkeit unterliegt.

Zu 13)

Wird bei der Geburt eines Kindes eine Form von Intersexualität festgestellt, die die eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht nicht möglich macht, soll nach derzeitiger Regulierungslage diese Tatsache auch so in das Geburtenbuch eingetragen werden, entweder in der Form, dass der Eintrag auf die Nichtbestimmbarkeit des Geschlechts hinweist, oder in Form eines „provisorischen“ Geschlechts. Bei Anerkennung eines „dritten Geschlechts“ würde der Eintrag entsprechend lauten. Sollte nach Erlangung der Selbstbestimmungsfähigkeit eine Änderung erforderlich werden, müsste eine entsprechende Registerkorrektur gemäß den §§ 46 ff. PStG vorgenommen werden.

Eine Kommunikation der offen gelassenen Geschlechtsbestimmung „nach außen“ muss in diesem Kontext näher spezifiziert werden. Datenschutzrechtliche Standards setzen einer allgemeinen Kommunikation „nach außen“ ebenso strikte Grenzen wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Doch auch bei Beachtung der hieraus resultierenden engen Vorgaben sind Bedenken hinsichtlich der hieraus gegebenenfalls resultierenden Diskriminierungsrisiken anzumelden. In bestimmten Fällen der Intersexualität wird diese für Außenstehende wenigstens bis zu einem gewissen Alter nicht erkennbar sein, so dass erst die positive Kenntniserlangung vom Umstand der Intersexualität zum Anknüpfungspunkt für diskriminierende Handlungen avanciert.

Zu 14)

Anpassungen müssten insbesondere in Bezug auf die Möglichkeit der Eheschließung und hinsichtlich des Unterhaltsrechts vorgenommen werden. Daneben sind auch Änderungen im Bereich des Strafrechts erforderlich.

Fragen zur Entschädigung

Zu 15)

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geht es insoweit nicht um die Konkretisierung staatlicher Schutzpflichten; dies gilt insbesondere, weil die in Frage stehenden Verletzungen bereits beendet sind. Eine gewisse Rolle spielen jedoch allgemeine Gerechtigkeitserwägungen, wie sie etwa dem Rechtsstaatsprinzip zu entnehmen sind; diesbezüglich steht dem Gesetzgeber jedoch ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu.

Die Beantwortung dieser Frage basiert damit im Wesentlichen auf ethischen und rechtspolitischen Erwägungen.

Zu 16)

Da die Etablierung von Ersatzansprüchen für Maßnahmen, die de lege lata nicht rechtswidrig waren, ausscheidet, kann als Kompensationsmodell lediglich ein Fonds oder eine vergleichbare Institution in Betracht kommen. Die Finanzierung über den Kreis der „kausal Verantwortlichen“ gestaltet sich schwierig, da im Regelfall – erneut – davon auszugehen ist, dass die Betroffenen (ärztliches Personal, Eltern) de lege lata rechtmäßig oder zumindest nicht offensichtlich rechtswidrig gehandelt haben.¹⁰ Die verpflichtende Heranziehung zur Beteiligung an einem Entschädigungsfonds könnte insoweit als kaschierte Sanktion interpretiert werden und sieht sich daher gewissen Rechtmäßigkeitszweifeln ausgesetzt. Auch mit Blick auf die Quantität der Fälle könnte damit eine Umlegung auf die Allgemeinheit erfolgen.

¹⁰ Der der Entscheidung des OLG Köln vom 03.09.2008, Az.: 5 U 51/08 zugrundeliegende Fall betrifft eine grundlegend andere Konstellation, in der letztlich wider besseres Wissen eine Operation durchgeführt wurde.