

Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland

Stellungnahme

Prof. Dr. iur. Silja Vöneky, Hans Christian Wilms

Teil I: Zusammenfassende Antworten

Fragen zur Behandlung und Einwilligung

Zu 1a)

Es sind unter grundrechtlichen und ethischen Aspekten zwei Fallkonstellationen zu differenzieren:

(A) Eltern können in irreversible medizinische Eingriffe, die bei Intersexualität eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht bezwecken, ohne (faktische) Zustimmung des Kindes oder gegen den faktischen Willen des Kindes nur wirksam einwilligen, wenn diese medizinisch deswegen indiziert sind, weil andernfalls schwerwiegende Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen. Eine wirksame Einwilligung der Eltern setzt voraus, dass diese freiwillig vor dem Eingriff erfolgt, schriftlich dokumentiert wird und die Eltern über die Auswirkungen der Behandlung zuvor umfassend durch einen unabhängigen Arzt¹ schriftlich und mündlich aufgeklärt worden sind.

(B) Eltern können in irreversible medizinische Eingriffe, die bei Intersexualität eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht bezwecken, bei wirksamer (faktischer) Zustimmung des Kindes wirksam einwilligen, wenn diese medizinisch deswegen indiziert sind, weil (B1) andernfalls Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen oder weil (B2) Schäden für die psychische Gesundheit des Kindes drohen.

Eine wirksame faktische Zustimmung des Kindes kann grundsätzlich nur angenommen werden, wenn das Kind eine hinreichende Einsichtsfähigkeit über die Tragweite seiner Entscheidung besitzt. Dies wird in der Regel frühestens der Fall sein, wenn das zustimmende Kind mindestens

¹ Dies ist hier und im Folgenden ein Arzt, der den konkreten Eingriff nicht selbst vornimmt und regelmäßig keine entsprechenden Eingriffe vornimmt.

10 Jahre alt ist. Eine wirksame Einwilligung der Eltern und eine relevante faktische Zustimmung des Kindes setzen voraus, dass diese freiwillig vor dem Eingriff erfolgen, schriftlich dokumentiert werden und Eltern und – soweit möglich – die betroffenen Kinder über die Auswirkungen der Behandlung zuvor umfassend durch einen unabhängigen Arzt schriftlich und mündlich aufgeklärt worden sind. In dem letzteren Fall (B2) sind zudem die positiven Voten eines unabhängigen Arztes und eines unabhängigen Psychologen für die Zulässigkeit des Eingriffs erforderlich.

Grundlage dieser Differenzierung ist zum einen die größtmögliche Wahrung der Autonomie des betroffenen Kindes unter gleichzeitiger Achtung der elterlichen Fürsorgepflicht. Da und solange keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Auswirkungen der Herstellung einer Geschlechtszuordnung bei minderjährigen Kindern vorliegen steht zudem die Prämisse des Vorsichtsprinzips im Vordergrund, wonach irreversible Eingriffe zur Geschlechtszuordnung grundsätzlich bis zur Volljährigkeit und damit vollen rechtlichen Einwilligungsfähigkeit des Kindes unterbleiben müssen (vgl. zur Begründung Teil II 2 b bb).

Zu 1b und c)

Nach dem oben Gesagten (vgl. Antwort zu 1 a) gilt, dass nur unter den genannten Voraussetzungen der Fälle (A), (B1) und (B2) in verfassungskonformer Auslegung intendierte Heileingriffe vorliegen, deren Nebenfolge die Sterilisation oder Kastration sein kann. Nur dann ist eine elterliche Einwilligung vor dem Hintergrund des Kastrationsgesetzes und des § 1631c BGB in solche Eingriffe möglich (vgl. zur Begründung Teil II 2 b aa).

Zu 1d)

Ein absolutes Verbot über gezielte Sterilisationen hinaus auch für nicht lebensnotwendige Behandlungen bei intersexuellen Kindern ist grundrechtlich weder angezeigt noch zulässig. Für nicht lebensnotwendige Behandlungen, die die Fortpflanzungsfähigkeit mittelbar, aber irreversibel beeinträchtigen gilt das zu Frage 1 a) Gesagte (vgl. zur Begründung Teil II 2 b aa).

Zu 2)

Die Grenzen elterlicher Zustimmung sollten in Zukunft ähnlich wie § 1905 BGB dahin gehend interpretiert werden, dass trotz der Garantie der elterlichen Sorge auch das Selbstbestimmungsrecht des Kindes soweit wie möglich gewahrt bleibt. Es ist daher – wie unter 1 a) dargelegt – eine Berücksichtigung des Willens des Kindes, eine möglichst lange Wartefrist und die vollkommene, unabhängige Aufklärung der Eltern und des Kindes zur Bedingung eines solchen Eingriffs zu machen. Diese Kriterien bestimmen als grundrechtliches Kondensat bereits die bestehenden Regelungen der Einwilligung und elterlichen Sorge mit. Eine ausdrückliche Neuregelung führt zu der notwendigen Klarheit in dieser wichtigen Frage.

Zu 3)

Eine grundsätzliche Festlegung der Altersgrenze von 10 Jahren erscheint für die Beachtung zustimmender faktischer Willensäußerungen von minderjährigen Kindern bezüglich irreversibler Eingriffe, wie zu Frage 1 a) dargelegt, erforderlich. Diese kann für den Einzelfall auf Grund entsprechender psychologischer Gutachten wegen besonderer, nachgewiesener Einsichtsfähigkeit des Kindes ausnahmsweise herabgesetzt werden.

Zu 4)

Im Umkehrschluss aus der Beantwortung von Frage 1 a) folgt: Kein Vetorecht steht dem Kind nur bezüglich irreversibler geschlechtszuweisender Eingriffe zu, wenn ohne den Eingriff schwerwiegende Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen. In anderen Fällen sind faktische, ablehnende Willensäußerungen des Kindes gegen solche Eingriffe immer zu beachten.

Zu 5)

Wie sich aus der Antwort zu Frage 1 a) ergibt, ist die Bewertung durch eine Ethikkommission als Voraussetzung für geschlechtszuweisende Operationen abzulehnen. Bei der Frage der geschlechtszuordnenden Behandlung Minderjähriger ist ein potenzieller Grundrechtskonflikt zwischen Eltern und Kind angelegt und die höchstpersönliche Entscheidung eines Menschen zu erörtern, sich einem bestimmten Geschlecht zuzuordnen oder fortpflanzungsfähig zu bleiben. Sowohl das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, als auch das Elternrecht als Grundrecht werden in dieser Sache so strapaziert, dass eine (eventuell staatlich angeordnete) Intervention durch eine Ethikkommission nicht nur in ihrem Sinn äußerst zweifelhaft wäre, sondern auch eine unzulässige Erweiterung der Entscheidungsteilhabe auf eine dritte Entität bedeuten würde. Die Entscheidung sollte sich unter Wahrung gewisser – zuvor aufgestellter – Voraussetzungen jedoch allein zwischen Eltern und Kind abspielen.

Fragen zum Personenstandsrecht

Zu 6 und 7)

Aus rechtlicher Sicht spricht nichts dagegen, die binäre Geschlechterstruktur aufzubrechen, um Menschen mit Intersexualität die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu ermöglichen. Die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG spricht dafür, eine Kategorisierung gar nicht erst vorzunehmen.

Das rechtliche Erfassen eines potenziellen dritten Geschlechts als „weder-noch“ erscheint nicht vertretbar. Eine solche Bezeichnung suggeriert ein rechtliches Nullum und spiegelt nicht ein Ergebnis des Prozesses der freien Entfaltung der Persönlichkeit wider.

Falls ein drittes Geschlecht als eigenständig anerkannt wird, muss es klar definierbar sein, um es von den vorhandenen rechtlichen Geschlechtskategorien abgrenzen zu können. An dieser Stelle können große Schwierigkeiten auftreten, da eine solche Definition medizinische, psychologische und auch subjektive Elemente umfassen und dabei auch verschiedene Formen von Intersexualität erfassen muss. Wiederum würden Personen, die sich nicht einer dritten Kategorie aufgrund ihrer Wesensmerkmale zugehörig fühlen, in ihrer Entfaltung eingeschränkt. Die Einführung eines dritten Geschlechts wäre insofern nur eine Verlagerung des Problems. Die freiheitliche Komponente des allgemeinen Persönlichkeitsrechts spricht vielmehr dafür, die Kategorisierung insgesamt eher aufzugeben, als sie zu erweitern (vgl. zur Begründung Teil II 3).

Zu 8)

Das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gebietet es, von einer rechtlich verpflichtenden Kategorisierung abzusehen. Art. 3 GG fordert keine eigenständige Geschlechtszuordnung, da auch die Diskriminierung wegen fehlenden Geschlechts verboten ist. Grundlage ist jedoch eine entsprechende Interpretation, die Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG als jeweils eigenständig erfasst (vgl. zur Begründung Teil II 3 a).

Zu 9)

Die Europäische Menschenrechtskonvention kann gut vertretbar so interpretiert werden, dass sie eine positive Verpflichtung aus Art. 8 enthält, zumindest geschlechtliche Freiheit anzuerkennen, wenn Intersexuelle die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit durch die Zuordnung in eine binäre Geschlechtsstruktur als beeinträchtigt betrachten. Die Ausgestaltung jener Freiheit – ob durch Verzicht auf Geschlechtskategorien oder die Schaffung eines eventuellen dritten Geschlechts – verbleibt aber bei den Vertragsstaaten innerhalb ihres Gestaltungsspielraums.

Dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte lassen sich keine definitiven Aussagen über die Selbstbestimmung bei Intersexualität entnehmen. Ihm fehlt es in diesen Fragen an spezifischer Interpretation und Anwendungspraxis. Der Gewährleistung des Privatlebens in Art. 17 IPBürg könnte aber bei ähnlicher Auslegung wie bei der EMRK eine solche Position entnommen werden. Der UN-Kinderrechtskonvention lassen sich in dieser Frage keine relevanten Argumente entnehmen (vgl. zur Begründung Teil II 3 e).

Zu 10)

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist aufgrund seiner Formulierungen bereits geeignet, ein drittes Geschlecht oder Geschlechtslosigkeit zu umfassen. Die meisten Vorschriften sind so formuliert, dass sie auch eine Geschlechtsbenachteiligung erfassen würden, die nicht an der binären Geschlechterstruktur orientiert ist. Besonderes Augenmerk ist möglicherweise auf die mittelbaren Benachteiligungen gemäß § 3 Abs. 2 AGG zu legen, da noch unklar ist, inwieweit

durch den allgemeinen Sprachgebrauch eigentlich neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Intersexuelle ausschließen könnten. Sollte jedoch die Anerkennung Intersexueller durch Aufbrechen der binären Geschlechtsstruktur tatsächlich erfolgen und Eingang in die Rechtsordnung finden, würde die damit einhergehende Debatte sicherlich auch sprachlich neutrale, integrative Formen hervorbringen. Wahrscheinlich müsste der Wortlaut des AGG einer erneuten Prüfung unterzogen werden, um durch Bezeichnungen wie „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ nicht den Anwendungsbereich einzuengen (vgl. zur Begründung Teil II 3 d cc).

Zu 11)

Gegenüber dem verfassungsrechtlich möglichen Aufbrechen der Geschlechterstruktur muss die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Eintragungsmöglichkeiten abgegrenzt werden. Dabei ist ein gänzlicher Verzicht auf die Eintragung eines Geschlechts aufgrund des grundgesetzlichen Gleichstellungsauftrags für Männer und Frauen nicht möglich, denn die Gleichstellungsbestrebungen, die Art. 3 Abs. 2 GG fordert, erfordern die Zuordnungsfähigkeit zumindest des weiblichen Geschlechts.

Die Eintragung sollte jedoch auf freiwilliger Basis erfolgen, um eindeutig männlich oder weiblichen Personen, die Zugehörigkeitsoption mit den damit verbundenen sozialen Gepflogenheiten und auch den rechtlichen Privilegierungen nicht zu verwehren und gleichzeitig keine freiheitseinschränkende Zwänge für intersexuelle Menschen zu begründen (vgl. zur Begründung Teil II 3 f).

Zu 12)

Für den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG und den Art. 6 Abs. 1 GG bzw. das Institut der Ehe und den damit verbundenen familienrechtlichen Vorschriften spielt die Eintragung des Geschlechts noch eine wesentliche Rolle und schließt Zwischenformen bislang aus (vgl. zur Begründung Teil II 3 f).

Zu 13)

Für die Zeit der fehlenden Selbstbestimmung des Kindes kann aufgrund der Freiwilligkeit der Eintragung auf eine Zuordnung verzichtet werden, um dessen freie Entfaltung zu ermöglichen. Für den Fall, dass sich Eltern und Kind für eine Geschlechtszuweisung entscheiden, kann diese auch eingetragen werden. Die Änderungshürden dürfen aufgrund der besonderen persönlichen Situation der Betroffenen jedoch nicht zu hoch angesetzt werden. Über eine Kommunikation nach außen haben allein die Betroffenen zu entscheiden, die sich für oder gegen eine Eintragung entscheiden (vgl. zur Begründung Teil II 3 f).

Zu 14)

Die deutsche Rechtsordnung würde nicht so schwerwiegend betroffen, wie man zunächst annehmen könnte. Durch den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG wurden viele Rechtsnormen in den letzten Jahren geschlechtlich neutralisiert, spezifische Anknüpfungen an Männer und Frauen existieren praktisch kaum noch. Das problematischste Gebiet wären diejenigen Normen, die einen Förderauftrag für Frauen beinhalten, und somit ein drittes bzw. fehlendes Geschlecht, wenngleich möglicherweise benachteiligt, nicht erfasst würde. Jedoch ist festzuhalten, dass die Gleichstellungsnormen wie das Bundesgleichstellungsgesetz oder die Schwerbehindertengleichstellung in SGB IX einfachgesetzlich ausgestaltet sind, was bei entsprechendem Bedürfnis auch für intersexuelle Menschen möglich wäre.

Sehr viel problematischer sind die Auswirkungen auf das Familienrecht zu beurteilen. Dort bestehen durch die grundgesetzliche Verbürgung des Art. 6 Abs. 1 GG bzw. dessen Auslegung weiterhin geschlechtlich zugewiesene Rollenverhältnisse, die offizielle Eintragungen erfordern. Nimmt man eine privilegierte Stellung der Ehe trotz rechtlicher Nichtdiskriminierung aufgrund des Lebenspartnerschaftsgesetzes an, so müsste zumindest der Zugang zu jenem Privileg möglich sein, wenn damit eine persönliche Entscheidung für die Zuordnung zu einem Geschlecht verbunden ist. Die Eintragungs- bzw. Änderungsmöglichkeit muss daher erhalten bleiben, wenngleich für eine Lockerung der verfahrensrechtlichen Hürden plädiert werden soll, um persönliche Umstände nicht einem zu hohen Rechtfertigungszwang zu unterwerfen.

Für Intersexuelle, die auf eine geschlechtliche Kategorie bewusst verzichten wollen, müssten jedoch entweder eigene Formen der Lebenspartnerschaft geschaffen werden, oder das Lebenspartnerschaftsgesetz angepasst werden (vgl. zur Begründung Teil II 3 f).

Fragen zur Entschädigung

Zu 15 und 16)

Im Falle einwilligungsunfähiger Minderjähriger ist bei irreversiblen, geschlechtszuordnenden Operationen keine rechtliche Entschädigungspflicht ersichtlich, soweit Ärzte und Eltern dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechend und zum Wohle der Kinder gehandelt hatten. Dass standardkonforme Handlungen trotz entlastender nationaler Regelungen oder entlastender nationaler Praxis als rechtswidrig angesehen werden, wurde rechtlich bisher von deutschen Gerichten nur in Rückgriff auf die sog. Radbruchsche-Formel anerkannt, wenn diese Handlungen zwar in Übereinstimmung mit dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetzen und Standards, aber im eklatanten Widerspruch zu allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen durchgeführt wurden (wie die Bestrafung der sog. DDR-Mauerschützen oder die Nichtigerklärung von eklatant ungerechten NS-Gesetzen). Dies kann vorliegend wohl nicht angenommen werden, wenn und solange die durchgeführte Praxis einer frühen

Geschlechterzuweisung auch ohne Zustimmung des Kindes – aber mit Zustimmung der Eltern (!) – nach internationalen wissenschaftlichen Standards als richtige, dem Kindeswohl dienende Behandlung galt.

Eine Schadensersatzpflicht erwächst aber durch derartige Eingriffe bei Einwilligungsfähigen, da diese der vollen Aufklärungspflicht und Einwilligungsnotwendigkeit unterliegen und nicht konsentierete Eingriffe insoweit rechtswidrige Körperverletzungen darstellen (vgl. zur Begründung Teil II 4). Gleiches gilt, wenn bei Kindern eine Geschlechterzuweisung ohne Zustimmung der Eltern erfolgte. Sollten Verjährungsregelungen eine Durchsetzung der Ansprüche verhindern, wäre die Einrichtung eines Fonds eine Möglichkeit, den Opfern rechtswidriger Handlungen die finanziellen Folgen solcher Eingriffe nicht allein aufzubürden.

Teil II: Vertiefende Erläuterungen

1. Grundlegendes

Bei der Beantwortung der hier in Frage stehenden rechtlichen und rechtsethischen Behandlung der Intersexualität ist zunächst die große Unsicherheit über die medizinischen und psychologischen Auswirkungen einseitiger, frühzeitiger Geschlechterzuweisung und weiterer intensiver Behandlungen zu konstatieren. Jede Stellungnahme muss diese Unsicherheiten zum Ausgangspunkt nehmen, die gegebenenfalls in weiten Gestaltungsspielräumen der staatlichen Stellen münden.

Die rechtliche Situation bewegt sich dabei in einem Spannungsfeld dreier Positionen: Erste und wichtigste Position ist die der betroffenen Person, also der Kinder oder Erwachsenen, die sich geschlechtlich nicht oder nicht eindeutig zuordnen lassen.² An zweiter Stelle stehen die Eltern der betroffenen Personen, denen aus rechtlicher Sicht sowohl Rechte als auch Pflichten zugeordnet werden. An dritter Stelle folgen schließlich die Mediziner und andere Berufsgruppen, die für therapeutische oder nichttherapeutische Behandlungen auf rechtliche Klarheit angewiesen sind, sowie auch die Gesellschaft und die staatlichen Behörden, die bislang eine binäre Geschlechterverteilung als feststehend annahmen.

Die Behandlung der vorliegenden rechtlichen und rechtsethischen Fragen ist auf eine vorhergehende Klärung der (grund-)rechtlichen Prämissen angewiesen, um eine kohärente Systematik und die Verfassungskonformität der Antworten der medizin- und personenstandsrechtlichen Fragen zu erreichen. Die Vorgaben des deutschen Grundgesetzes sollen unter Berücksichtigung des völker- und europarechtlichen Kontexts schließlich sowohl die grundlegenden Fragen nach einem „dritten Geschlecht“ als auch nach den konkreten zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Rahmenbedingungen beantworten.

2. Die rechtliche Situation der Behandlung und Einwilligung

a) Die grundrechtliche Situation

Die grundrechtliche Behandlung medizinischer Eingriffe in die Entwicklung intersexueller Menschen orientiert sich zunächst am Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das für jeden medizinischen Eingriff eine Einwilligung des Patienten erfordert, um sein Grundrecht zu schützen. Erfolgen jene Eingriffe im Kindesalter, wird zusätzlich der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG relevant, der den Eltern des Kindes das Recht und die Pflicht auferlegt, für das seelische und körperliche Wohl des Kindes zu sorgen und in dieser Fürsorge vor Maßnahmen des Staates geschützt zu sein. Die elterliche Sorge findet jedoch ihre Grenze,

² Im Folgenden sollen vorwiegend neutrale Formen verwendet werden, um eine binäre Geschlechterstruktur nicht bereits sprachlich zu verfestigen.

wenn das Wohl des Kindes beeinträchtigt werden kann, weshalb dem Staat durch Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ein „Wächteramt“ auferlegt wurde. Das Wohl des Kindes kann aber unter anderem dann gefährdet sein, wenn irreversible oder tiefgreifende Eingriffe in die Entwicklung des Kindes sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen können, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet wird und seine normative Verankerung in Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG findet.

Ob demnach die Einwilligung in eine wie auch immer geartete Behandlung des Kindes aufgrund seiner Intersexualität wirksam von den Eltern erteilt werden kann, oder allein dem Kind oder späteren Erwachsenen vorbehalten bleiben muss, hängt demnach davon ab, wie die Kollision der beiden letztgenannten Rechte aufzulösen ist.

aa) Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG

Als einziges subjektives Recht des Grundgesetzes ist das Elternrecht zugleich Recht und Pflicht. Es verdeutlicht damit die dialogische Beziehung zwischen Eltern und Kind, der ein Verantwortungselement innewohnen muss.³ Jene Konstruktion ist zugleich als Abwehrrecht gegenüber dem Staat, wie auch als Institutsgarantie ausgestaltet, mit der sich der Staat in seinen Regulierungsbestrebungen konfrontiert sieht. Als solche sieht Art. 6 Abs. 2 GG auch eine primäre Entscheidungszuständigkeit der Eltern vor, wenn es um die Interessen des Kindes geht, da diese durch die Eltern *natürlicherweise* am Besten wahrgenommen würden.⁴ Dieses Interpretationsprimat⁵ bezüglich der Interessen des Kindes spiegelt sich auch in der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Einwilligung in medizinische Eingriffe wider. Die Personensorge für medizinische Angelegenheiten ist integraler Bestandteil der elterlichen Sorge, die durch § 1626 Abs. 1 BGB den Eltern auch einfachgesetzlich auferlegt wird. Jegliche Heilbehandlung oder medizinischer Eingriff bedarf daher, solange nicht zumindest eine gewisse Einsichtsfähigkeit des Kindes gegeben ist, der Einwilligung der Eltern als rechtfertigendes Element gegenüber dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

Die primäre Entscheidungszuständigkeit der Eltern kennt jedoch auch Grenzen. Nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG wacht die staatliche Gemeinschaft über die Betätigung des Elternrechts. Die dogmatische Natur dieses Wächteramts ist nach wie vor umstritten,⁶ das Bundesverfassungsgericht sieht es jedoch auch als Ausdruck der Wertentscheidung des Grundgesetzes in Art. 1 Abs. 1 GG. Die Menschenwürdegarantie gebietet es dem Staat, dafür zu sorgen, dass das Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 in

³ Gröschner in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Mohr Siebeck, Tübingen, 2. Auflage, 2004, Art. 6 Rn. 102.

⁴ BVerfGE 34, 165, 384.

⁵ Begriff bei Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, Duncker & Humblot, Berlin 1981, S. 64 ff.

⁶ Vgl. Gröschner in Dreier (Fn. 7), Art. 6 Rn. 116 ff. und Badura in Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, C.H. Beck, München, 60. Ergänzungslieferung 2010, Art. 6 Rn. 139 ff.

Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG soweit geschützt wird, dass bei Versagen der Eltern, einem Missbrauch oder einer Vernachlässigung der elterlichen Rechte, der Staat schützend eingreifen muss, wenn dadurch die Entwicklung des Kindes Schaden zu drohen nimmt.⁷ Diese Grenze des Elternrechts muss jedoch eng gezogen werden, um die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 2 GG zu respektieren. Nur schwerwiegende Fälle können die Anwendbarkeit eines formellen Gesetzes und ein Eingreifen der Gerichtsbarkeit begründen.

In diesem Kontext muss nun die Entscheidung von Eltern bewertet werden, ein intersexuelles Kind medizinisch behandeln zu lassen, sei es durch chirurgische Eingriffe zur Herstellung eindeutiger Geschlechtsmerkmale, sei es durch Hormontherapien. Der Entscheidungsbefugnis der Eltern bereits entzogen wurde die Möglichkeit der Einwilligung in eine Sterilisation des Kindes, so der eindeutige Wortlaut des § 1631c BGB. Diese Vorschrift kann als Ausdruck der Entscheidung des Gesetzgebers gewertet werden, dass derart schwerwiegende, irreversible Eingriffe in die Entscheidungsbefugnisse des Kindes nicht von der elterlichen Sorge umfasst sein könnten,⁸ da sie letztlich immer dem Wohl des Kindes zuwider laufen: Man wollte den Minderjährigen den Raum und die Freiheit zur Gestaltung ihres weiteren Lebens belassen, den das Bundesverfassungsgericht als notwendige Bedingung der freien Entfaltung der Persönlichkeit sieht.⁹ Dem kann zwar entgegengehalten werden, dass die Norm allein die Lücke schließen sollte, die die Sterilisationsvorschriften für volljährige Betreute nach §§ 1899 und 1905 BGB offen ließen, um so dem Missbrauch durch vorsorgliche Sterilisation Minderjähriger vorzubeugen.¹⁰ Insofern muss zunächst die Rolle des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit näher untersucht werden, um die Grenzen der elterlichen Sorge ermitteln zu können.

bb) Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG

Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,¹¹ das unter Heranziehung der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird. Die Menschenwürdegarantie wirkt dabei nicht unmittelbar, sonst wäre jeglicher Eingriff verboten. Sie fungiert vielmehr als programmatische Leit- und Auslegungsrichtlinie.¹² Ihr Heranziehen soll verdeutlichen, dass dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Anspruch des Subjekts auf Entfaltung innewohnt: „Art. 1 I GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewußt wird. Hierzu gehört, daß der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal

⁷ BVerfGE 24, 119, 144.

⁸ Salgo in Bork/Kohler/Roth/Sack (Hrsg.), Staudingers BGB-Kommentar, Sellier – De Gruyter, Berlin, Neubearbeitung 2004, § 1631c BGB Rn. 5 der insofern auch keine Verletzung des Art. 6 Abs. 2 GG sieht.

⁹ Zumindest aus finanzieller Sicht, BVerfGE 72, 155, 173.

¹⁰ Huber in Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, C.H. Beck, München, 5. Auflage 2006, § 1631c BGB Rn. 1.

¹¹ Das Bundesverfassungsgericht erkannte dieses erstmals in BVerfGE 27, 1 ff. an, es geht aber bereits auf Urteile des BGH zurück (BGHZ 13, 344, 337 ff.).

¹² Dreier in Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 66.

eigenverantwortlich gestalten kann. Art. 2 I GG in Verbindung mit Art. 1 I GG gewährleistet die freie Entfaltung der im Menschen angelegten Fähigkeiten und Kräfte.¹³ Dieses Grundrecht muss insoweit verschiedene Facetten haben, um das ganze Spektrum möglicher menschlicher Entfaltung abdecken zu können. In Rechtsprechung und Literatur sind dabei unter anderem ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung anerkannt,¹⁴ ein Recht auf freie Gestaltung des eigenen Lebens nach Erreichen der Volljährigkeit,¹⁵ sowie ein Recht des Kindes auf Entwicklung zur Persönlichkeit.¹⁶

Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung umfasst dabei viele Ausprägungen, sowohl was die Gestaltung des Sexualverhaltens angeht, als auch welche Einstellung eine Person zum eigenen Körper hat: „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten daher, den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört.“¹⁷ Diese Äußerung des Bundesverfassungsgerichts spricht scheinbar dafür, jeder Person das Recht zuzugestehen, die Entscheidung über ihre eigene geschlechtliche Rolle selbst zu treffen. Dass dieser Entscheidung bislang jedoch Grenzen gesetzt waren, wird sogleich aus dem darauf folgenden Satz deutlich: „Dabei geht unsere Rechtsordnung und unser soziales Leben von dem Prinzip aus, daß jeder Mensch entweder ‚männlichen‘ oder ‚weiblichen‘ Geschlechts ist, und zwar unabhängig von möglichen Anomalien im Genitalbereich.“¹⁸

Dieser Zusatz wirft die entscheidende Frage auf, ob unsere grundgesetzliche Ordnung nur ein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in einer binären Geschlechterstruktur ermöglicht, oder ob diese auch weitere oder keine Geschlechterzuordnungen kennt. Würde man eine solche Struktur im „Menschenbilde des Grundgesetzes“ wiedererkennen, so käme es tatsächlich in Betracht, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit auch eine eindeutige, von den Eltern zu verwirklichende Geschlechterzuordnung erfordert, um dem Kind die Entwicklung zu einer „eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu ermöglichen“.¹⁹ Solange sowohl das Grundgesetz als auch die soziale Gemeinschaft tatsächlich nur von einer binären Geschlechterstruktur ausgehen, wäre es gerade ein Gebot dieses Grundrechts, gewisse Eingriffe in die körperliche Integrität des Kindes zu unternehmen, um eine solche Entwicklung zu ermöglichen.

Die Einbeziehung des Art. 1 Abs. 1 GG in die Begründung des Grundrechts spricht aber gerade gegen eine solche Annahme. Die Menschenwürdegarantie soll den Vorranganspruch des Individuums vor der Gemeinschaft institutionalisieren. Im Sinne der Dürigschen Subjektformel

¹³ BVerfGE 49, 286, 298.

¹⁴ Di Fabio in Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 2 Rn. 200 ff. mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

¹⁵ BVerfGE 72, 155, 173.

¹⁶ BVerfG (Kammerbeschluss) NJW 2000, 2191, vgl. auch Di Fabio in Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 2 Rn. 208.

¹⁷ BVerfGE 49, 286, 298.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ So die aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gefolgerte Verantwortung der Eltern in BVerfGE 24, 119, 144.

kann insofern nicht davon ausgegangen werden, dass die Entfaltung der Persönlichkeit an hergebrachte Vorstellungen der Gesellschaft gekoppelt sein kann, die diese determinieren würden. Die Ausrichtung des Grundrechts muss daher auf negativ zu definierende Freiheitsgrenzen, statt auf Freiheitsbedingungen gerichtet sein.

Soll nun aber der Grundsatz gelten, dass sich jeder Mensch demjenigen Geschlecht zuordnen können muss, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört²⁰ und gleichzeitig der Menschenwürdegehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfordert, dass die Gestaltung des eigenen Lebens nach Volljährigkeit möglich bleibt,²¹ so ergeben sich für die Eltern intersexueller Minderjährige gewisse Grenzen ihrer elterlichen Sorge.

b) Mögliche Restriktionen des Elternrechts

aa) Ein absolutes Verbot von geschlechtszuordnenden Eingriffen

Eine erste Möglichkeit wäre der völlige Entzug des Elternrechts auf Einwilligung zu geschlechtszuordnenden Eingriffen in die körperliche Integrität der Minderjährigen. Damit könnten irreversible Eingriffe, die dem Minderjährigen gewisse Entscheidungsoptionen verschließen würden, unterbunden und die größtmögliche Entfaltungsmöglichkeit offen gelassen werden.

Eine beispielsweise mögliche direkte Anwendung des § 1631c BGB wird bislang nach allgemeiner Meinung dann verneint, wenn Heileingriffe vorgenommen werden sollen, die nur als Nebenfolge die Unfruchtbarkeit mit sich bringen.²² Daher stellt sich an dieser Stelle bereits die Frage, inwieweit geschlechtszuordnende Eingriffe Heilbehandlungen sein können. Gerade diese Frage entbehrt jeder Klärung, da es an medizinischer Evidenz bezüglich der Langzeitwirkungen neuer Verfahren fehlt, generelle Aussagen über alle Erscheinungsformen von Intersexualität nicht möglich sind und in seltenen Fällen die frühe operative Intervention auch vital indiziert ist.²³ Ein absolutes Verbot wäre daher zum jetzigen Zeitpunkt grundrechtlich nicht möglich, da das körperliche und seelische Wohlergehen des Kindes gewisse Eingriffe dennoch erfordern könnte, ein absolutes Verbot mithin gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen würde.

Antwort auf Frage 1 b) und c): Nur wenn intendierte Heileingriffe vorliegen, deren Nebenfolge die Sterilisation oder Kastration sein kann, ist eine elterliche Einwilligung vor dem Hintergrund des Kastrationsgesetzes und des § 1631c BGB in solche Eingriffe möglich.

bb) Ein absolutes Verbot nicht lebensnotwendiger Behandlungen

Das gleiche Problem mangelnder Tatsachenkenntnis stellt sich für eine juristische Betrachtung auch bei einem absoluten Verbot *nicht* lebensnotwendiger Behandlungen. Die Money-

²⁰ BVerfGE 49, 286, 298.

²¹ BVerfGE 72, 155, 173.

²² Salgo in Staudinger (Fn. 12), § 1631c BGB Rn. 7; Huber in Münchner Kommentar (Fn. 14), § 1631c BGB Rn. 4.

²³ Rothärmel, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, Medizinrecht 2006, S. 274, 282 f.

Richtlinien zugunsten einer *optimal-gender-policy*²⁴ stoßen zwar auf immer mehr Kritik.²⁵ Gesicherte Erkenntnisse, ob es tatsächlich einer Behandlung bedarf und wie diese optimalerweise auszusehen hat, existieren jedoch bislang nicht. Auch wenn die nicht eindeutige Zuordnung zu einem weiblichen oder männlichen Geschlecht keine lebensnotwendigen Behandlungen erfordert, gehen die bisherigen ärztlichen Richtlinien dennoch davon aus, dass die gesunde körperliche und geistige Entwicklung des Kindes von einer eindeutigen Zuordnung abhängt.²⁶ Wenn andere Wissenschaftler andere Erkenntnisse vorlegen, so entsteht ein wissenschaftlicher Meinungsstreit, mit dem stets Unsicherheiten der praktischen Entscheidungsfindung einhergehen. Diese Unsicherheit darf aber nicht zu Lasten des Kindes gehen. Dessen Wohl steht im Mittelpunkt dieser Untersuchung und für dieses sind aufgrund des eindeutigen Art. 6 Abs. 2 GG zuvörderst die Eltern verantwortlich. Besteht also eine Uneindeutigkeit der besten Behandlungsoptionen, steht es grundsätzlich im Ermessen der Eltern, welche Entscheidung sie treffen wollen und welche Option zum Besten des Kindes ist, solange und sofern keine irreversiblen Eingriffe erfolgen die nicht den Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes verletzen. Diese Entscheidung hat das Grundgesetz getroffen, als es die natürliche Verantwortung der Eltern zur Institutsgarantie erhob. Die Grenze des staatlichen Wächteramts wurde bewusst eng gezogen, um diese Garantie nicht zu unterhöhlen. Es soll erst bei Versagen der Eltern, dem Missbrauch oder der Vernachlässigung elterlicher Rechte ein Eingreifen des Staates durch formelle Gesetze erfordern. Die sachkundige Entscheidung für oder gegen bestimmte medizinische Optionen kann nicht außerhalb dieser Grenze veranschlagt werden und würde das Wächteramt unzulässig ausweiten. Dieses könnte nur eingreifen, wenn eine solche Entscheidung unbedacht und aus nichtmedizinischen Gründen erfolgte. Diese Fälle sind von der bestehenden Gesetzeslage aber bereits hinreichend abgedeckt.²⁷

Antwort auf Frage 1 d): Ein absolutes Verbot über gezielte Sterilisationen hinaus auch für nicht lebensnotwendige Behandlungen bei intersexuellen Kindern ist grundrechtlich weder angezeigt, noch zulässig.

Damit ist aber nicht die Frage geklärt, welche rechtlichen Auswirkungen sich aus der Tatsache ergeben, dass solche Eingriffe irreversible Folgen für die Gesundheit oder die Fortpflanzungsfähigkeit des Kindes haben können. Denn die Irreversibilität solcher Eingriffe beeinträchtigt das Selbstbestimmungsrecht des Kindes auch dann, wenn sie nach bestem Wissen und Gewissen der Eltern erfolgen. An dieser Stelle müssen daher sämtliche Selbstbestimmungselemente aktiviert werden, die tatsächlich vorliegen. Eine Partizipation des

²⁴ Money /Hampson /Hampson, Bull Johns Hopkins Hosp 1955, 284-300, 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 Jahrbundtausgabe“, 2005, S. 2716 f.

²⁵ Hester, Intersex(e) und alternative Heilungsstrategien, Ethik in der Medizin 2004, 48 ff., vgl. auch die Nachweise bei Rothärmel (Fn. 27), S. 276 f.

²⁶ Vgl. die Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie zur Intersexualität, AWMF-Leitlinienregister Nr. 006/105, abrufbar unter http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/006-105.pdf.

Kindes erscheint daher als grundrechtlich geboten, soweit es dazu in der Lage ist. Durch die Partizipationsnotwendigkeit wird auch eine Forderung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes verwirklicht.²⁸ Dessen Art. 12 Abs. 1 verpflichtet die Staaten den Kindeswillen bei allen das Kind berührenden Angelegenheiten soweit zu berücksichtigen, wie es seinem Alter und seiner Reife angemessen ist.

Die Urteils- und Einsichtsfähigkeit von Minderjährigen zur Einwilligung in schwerwiegende Eingriffe in die körperliche Integrität wird jedoch kontrovers diskutiert. Was Entscheidungen zur Fortpflanzungsfähigkeit angeht, geht der Gesetzgeber davon aus, dass die nötige Einsichtsfähigkeit sogar erst ab 25 Jahren erreicht wird.²⁹ Die Einwilligungs- und Einsichtsfähigkeit zu weniger weitreichenden Entscheidungen wird jedoch nach dem deutschen Recht durchschnittlich ab dem 14. Lebensjahr angenommen, wobei diese Beurteilung dem behandelnden Arzt obliegt und von der tatsächlichen Urteils- und Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen abhängt.³⁰ Vertritt man die wissenschaftlich zunehmend umstrittene These, dass die Behandlung intersexueller Kinder bereits so früh wie möglich beginnen muss, um eine optimale Entwicklung des Kindes zu gewährleisten,³¹ dann stellt sich die Frage, wie bei Klein- bis Kleinstkindern die Selbstbestimmung anhand der bislang geltenden Kriterien gewahrt werden kann. Gerade weil die frühe Behandlung wissenschaftlich umstritten ist, muss und kann das Interpretationsprimat der Eltern eingeschränkt werden, wenn es um die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Kindes geht. Aus rechtlicher Sicht ist es zwar angezeigt, dass die Entscheidungs- und Einwilligungsmacht weiterhin größtenteils in den Händen der Eltern zu verbleiben hat. Die Position des Kindes ist jedoch verfahrensrechtlich soweit wie möglich zu stärken, um eine praktische Konkordanz zwischen Elternrecht und Selbstbestimmungsrecht des Kindes herstellen zu können. *De lege lata* muss sich daher zunächst an einem Gebot des Interventionsminimums oder an einem Vorsichtsprinzip orientiert werden, das irreversible Folgen, die die Wahlmöglichkeiten des Kindes später beschneiden könnten, soweit wie möglich ausschließen soll. Die Unsicherheit des wissenschaftlichen Meinungsstreits über die optimale Behandlungsmethode sollte nicht dazu führen, dass dem Kind essentielle Wahlmöglichkeiten frühzeitig und ohne dessen Zustimmung abgeschnitten werden. Im Konfliktfall sollte daher stets die Vermutung für den Erhalt der Wahlmöglichkeit, also gegen irreversible Eingriffe gelten. Zusätzlich ist jedoch auch die Zustimmungsmöglichkeit des Kindes zu stärken, um dessen Selbstbestimmungsrecht zu wahren. Dies durch Vorgaben zu konkretisieren bedeutet jedoch eine schwierige Grenzziehung zwischen Selbstbestimmungs- und Einsichtsfähigkeit, die

²⁷ § 1666 BGB ist in diesen Fällen anwendbar.

²⁸ UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, Resolution 44/25 der Generalversammlung der UNO. In Kraft getreten am 02.09.1990; in Kraft getreten in Deutschland am 05.04.1992, 1992 BGBl. II 990.

²⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Kastrationsgesetz, der eine vorherige Kastration zum Straftatbestand für den Arzt macht.

³⁰ Peschel-Gutzeit in Staudinger (Fn. 12), § 1626 Rn. 89 ff.

³¹ Die Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie zur Intersexualität sehen in den meisten Fällen eine umgehende Hormontherapie und beispielsweise eine operative Genitalkorrektur vor dem 3. Lebensjahr bei Pseudohermaphroditismus femininus vor (abrufbar unter http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/006-105.pdf).

grundsätzlich mit Vorbehalten gegenüber der tatsächlichen Situation des konkreten Kindes im Einzelfall zu beurteilen sein müsste. Um die Entwicklung des Kindes vor allem auch in der Pubertät sicherstellen zu können, erscheint ein Abwarten bis zum Erreichen des 14. Lebensjahres als zu lange. Demgegenüber sind sehr junge Kinder oftmals empfänglicher für die Willensäußerungen und auch Manipulationen Erwachsener. Um eine ausreichende Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit des Kindes zu gewährleisten und gleichzeitig die Selbstbestimmung des Kindes größtmöglich zu garantieren, wird hier daher für ein Mindestalter von 10 Jahren für die Beachtung zustimmender Willensäußerungen des Kindes plädiert. Eltern können danach in irreversible medizinische Eingriffe, die bei Intersexualität eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht bezwecken, *bei wirksamer (faktischer) Zustimmung des Kindes* wirksam einwilligen, wenn diese medizinisch deswegen indiziert sind, weil (1) andernfalls Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen oder weil (2) Schäden für die psychische Gesundheit des Kindes drohen. Eine wirksame faktische Zustimmung des Kindes kann grundsätzlich nur angenommen werden, wenn das Kind eine hinreichende Einsichtsfähigkeit über die Tragweite seiner Entscheidung besitzt, was in der Regel frühestens der Fall sein wird, wenn das zustimmende Kind mindestens 10 Jahre alt ist. Eine wirksame Einwilligung der Eltern und eine relevante faktische Zustimmung des Kindes setzen voraus, dass diese freiwillig vor dem Eingriff erfolgen, schriftlich dokumentiert werden und Eltern und – soweit möglich – die betroffenen Kinder über die Auswirkungen der Behandlung zuvor umfassend durch einen unabhängigen Arzt schriftlich und mündlich aufgeklärt worden sind. In dem letzteren Fall (2) sind zudem die positiven Voten eines unabhängigen Arztes und eines unabhängigen Psychologen für die Zulässigkeit des Eingriffs erforderlich.

Dagegen können Eltern in irreversible medizinische Eingriffe, die bei Intersexualität eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht bezwecken, *ohne wirksame (faktische) Zustimmung des Kindes oder gegen den faktischen Willen des Kindes* nur wirksam einwilligen, wenn diese medizinisch deswegen indiziert sind, weil andernfalls schwerwiegende Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen. Eine wirksame Einwilligung der Eltern setzt auch hier voraus, dass diese freiwillig vor dem Eingriff erfolgt, schriftlich dokumentiert wird und die Eltern über die Auswirkungen der Behandlung zuvor umfassend durch einen unabhängigen Arzt³² schriftlich und mündlich aufgeklärt worden sind.

Antwort auf Frage 1 a): Es sind unter grundrechtlichen und ethischen Aspekten zwei Fallkonstellationen zu differenzieren:

(A) Eltern können in irreversible medizinische Eingriffe, die bei Intersexualität eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht bezwecken, *ohne (faktische) Zustimmung des Kindes oder gegen den faktischen Willen des Kindes* nur wirksam einwilligen, wenn diese medizinisch deswegen

³² Dies ist hier und im Folgenden ein Arzt, der den konkreten Eingriff nicht selbst vornimmt und regelmäßig keine entsprechenden Eingriffe vornimmt.

indiziert sind, weil andernfalls schwerwiegende Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen. Eine wirksame Einwilligung der Eltern setzt voraus, dass diese freiwillig vor dem Eingriff erfolgt, schriftlich dokumentiert wird und die Eltern über die Auswirkungen der Behandlung zuvor umfassend durch einen unabhängigen Arzt schriftlich und mündlich aufgeklärt worden sind.

(B) Eltern können in irreversible medizinische Eingriffe, die bei Intersexualität eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht bezwecken, *bei wirksamer (faktischer) Zustimmung des Kindes* wirksam einwilligen, wenn diese medizinisch deswegen indiziert sind, weil (B1) andernfalls Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen oder weil (B2) Schäden für die psychische Gesundheit des Kindes drohen.

Eine wirksame faktische Zustimmung des Kindes kann grundsätzlich nur angenommen werden, wenn das Kind eine hinreichende Einsichtsfähigkeit über die Tragweite seiner Entscheidung besitzt, was in der Regel frühestens der Fall sein wird, wenn das zustimmende Kind mindestens 10 Jahre alt ist. Eine wirksame Einwilligung der Eltern und eine relevante faktische Zustimmung des Kindes setzen voraus, dass diese freiwillig vor dem Eingriff erfolgen, schriftlich dokumentiert werden und Eltern und – soweit möglich – die betroffenen Kinder über die Auswirkungen der Behandlung zuvor umfassend durch einen unabhängigen Arzt schriftlich und mündlich aufgeklärt worden sind. In dem letzteren Fall (B2) sind zudem die positiven Voten eines unabhängigen Arztes und eines unabhängigen Psychologen für die Zulässigkeit des Eingriffs erforderlich.

Grundlage dieser Differenzierung ist eine größtmögliche Wahrung der Autonomie des betroffenen Kindes unter gleichzeitiger Achtung der elterlichen Fürsorgepflicht und die Prämisse, dass, da und solange keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Auswirkungen der Herstellung einer Geschlechtszuordnung bei minderjährigen Kindern vorliegen, nach dem Vorsichtsprinzip irreversible Eingriffe zur Geschlechtszuordnung grundsätzlich bis zur Volljährigkeit und damit vollen rechtlichen Einwilligungsfähigkeit des Kindes unterbleiben müssen.

Nach dem oben Gesagten gilt, dass nur unter den genannten Voraussetzungen der Fälle (A), (B1) und (B2) in verfassungskonformer Auslegung intendierte Heileingriffe vorliegen, deren Nebenfolge die Sterilisation oder Kastration sein kann. Nur dann ist eine elterliche Einwilligung vor dem Hintergrund des Kastrationsgesetzes und des § 1631c BGB in solche Eingriffe möglich. Ein absolutes Verbot über gezielte Sterilisationen hinaus auch für nicht lebensnotwendige Behandlungen bei intersexuellen Kindern ist grundrechtlich weder angezeigt, noch zulässig. Für nicht lebensnotwendige Behandlungen, die die Fortpflanzungsfähigkeit mittelbar, *aber irreversibel* beeinträchtigen gilt das zu oben Gesagte.

Antwort auf Frage 2: Die Grenzen elterlicher Zustimmung sollten in Zukunft ähnlich wie § 1905 BGB dahingehend interpretiert werden, dass trotz der Garantie der elterlichen Sorge auch das Selbstbestimmungsrecht des Kindes soweit wie möglich gewahrt bleibt. Es ist daher wie unter 1 a) dargelegt eine Berücksichtigung des Willens des Kindes, eine möglichst lange Wartefrist und die vollkommene, unabhängige Aufklärung der Eltern und des Kindes zur Bedingung eines solchen Eingriffs zu machen. Diese Kriterien bestimmen als grundrechtliches Kondensat bereits die bestehenden Regelungen der Einwilligung und elterlichen Sorge mit. Eine ausdrückliche Neuregelung führt zu der notwendigen Klarheit in dieser wichtigen Frage.

Antwort auf Frage 3: Eine grundsätzliche Festlegung der Altersgrenze von 10 Jahren erscheint für die Beachtung *zustimmender* faktischer Willensäußerungen von minderjährigen Kindern bezüglich *irreversibler* Eingriffe, wie zu Frage 1 dargelegt, erforderlich. Diese kann für den Einzelfall auf Grund entsprechender psychologischer Gutachten wegen besonderer, nachgewiesener Einsichtsfähigkeit des Kindes ausnahmsweise herabgesetzt werden.

Antwort auf Frage 4: Im Umkehrschluss aus der Beantwortung von Frage 1 a) folgt: *Kein* Vetorecht steht dem Kind *nur* bezüglich irreversibler geschlechtszuweisender Eingriffe zu, wenn ohne den Eingriff schwerwiegende Schäden für die physische Gesundheit oder der Tod des Kindes drohen. In anderen Fällen sind faktische, ablehnende Willensäußerungen des Kindes gegen solche Eingriffe immer zu beachten.

Antwort auf Frage 5: Wie sich aus der Antwort zu Frage 1 ergibt, ist die Bewertung durch eine Ethikkommission als Voraussetzung für geschlechtszuweisende Operationen abzulehnen. Bei der Frage der geschlechtszuordnenden Behandlung Minderjähriger ist ein potentieller Grundrechtskonflikt zwischen Eltern und Kind angelegt und die höchstpersönliche Entscheidung eines Menschen zu erörtern, sich einem bestimmten Geschlecht zuzuordnen oder fortpflanzungsfähig zu bleiben. Sowohl das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, als auch das Elternrecht als Grundrecht werden in dieser Sache so strapaziert, dass eine (eventuell staatlich angeordnete) Intervention durch eine Ethikkommission nicht nur in ihrem Sinn äußerst zweifelhaft wäre, sondern auch eine unzulässige Erweiterung der Entscheidungsteilhabe auf eine dritte Entität bedeuten würde. Die Entscheidung sollte sich unter Wahrung gewisser – zuvor aufgestellter – Voraussetzungen jedoch allein zwischen Eltern und Kind abspielen.

3. Die rechtlichen Fragen des Personenstands

a) Grundrechtliche Ausgangsposition

Auch für die rechtlichen Fragen des Personenstands ist zunächst die grundrechtliche Ausgangslage zu analysieren, um die rechtlichen Rahmenbedingungen *de lege lata* und *de lege ferenda* beurteilen zu können.

Wie bereits festgestellt wurde, ist zuvorderst das allgemeine Persönlichkeitsrecht maßstabsbestimmend für die rechtliche Einordnung Intersexueller. Dies gilt auch im Personenstandsrecht. In diesem Rechtsgebiet wurden Fragen der Intersexualität in der deutschen Rechtsprechung bislang nur auf Ebene der ordentlichen Gerichtsbarkeit behandelt.³³ Die höchste Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit widmete sich bislang ausschließlich der Transsexualität im Personenstandsrecht, eine Übertragung dieser Rechtsprechung scheidet *in concreto* aufgrund der unterschiedlichen Sachverhalte und Interessenlagen aber aus. Höchstens deren Grundannahmen über die Ausprägung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ließen sich hier verwertbar machen.

Das Bundesverfassungsgericht stellte indes, wie bereits zitiert, fest: „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten daher, den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört.“³⁴ Damit wollte es ausdrücken, dass Transsexuelle das Recht auf die Eintragung desjenigen Personenstands haben, der ihrer tatsächlichen Geschlechtszugehörigkeit entspricht.

Der Folgesatz, dass „[d]abei unsere Rechtsordnung und unser soziales Leben von dem Prinzip aus[geht], daß jeder Mensch entweder ‚männlichen‘ oder ‚weiblichen‘ Geschlechts ist, und zwar unabhängig von möglichen Anomalien im Genitalbereich“³⁵ bringt für die grundrechtliche Bewertung der Situation Intersexueller Schwierigkeiten mit sich, zumal das Bundesverfassungsgericht zwei Sätze später feststellt: „Es ist wissenschaftlich erwiesen, daß es die verschiedensten Formen der somatischen Intersexualität gibt.“³⁶ Damit wollte es zwar argumentativ nur die These von der Unwandelbarkeit des Geschlechts widerlegen, die der Bundesgerichtshof zuvor aufgestellt hatte, gleichzeitig geht daraus aber hervor, dass sich das Bundesverfassungsgericht bei der Feststellung der binären Geschlechterstruktur dem Phänomen der Intersexualität bewusst war.³⁷ Die Beobachtung der binären Geschlechterstruktur entsprach jedoch auch den tatsächlichen Verhältnissen. Nicht nur die tatsächliche Ausrichtung der gesamten Rechtsordnung auf eine binäre Geschlechterstruktur musste dabei berücksichtigt werden, sondern auch der damalige Stand der medizinischen Wissenschaft,³⁸ der, wie erwähnt, eine eindeutige Geschlechterzuordnung zum Wohle der Betroffenen vorsah und damit die Realität der Geschlechterstruktur prägte.

Gleichwohl ist festzuhalten, dass die logische Konsequenz der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auf den Personenstand einer Person lauten muss, dass bei Unmöglichkeit der Zuordnung aufgrund der „psychischen und physischen Konstitution“ eine

³³ Vgl. die ablehnenden Urteile des AG bzw. des LG München I in NJW-RR 2001, 1586 ff. bzw. NJW-RR 2003, 1590 ff. zur Eintragung des Geschlechts „zwitterig“ in das Personenstandsregister.

³⁴ BVerfGE 49, 286, 298.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ A.A. Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 100, die aber auch zutreffend ausführt, dass es sich bei dieser Stelle um ein nicht bindendes *obiter dictum* handelt.

³⁸ Die Entscheidung erging im Jahr 1978.

dennoch erfolgende Zuordnung dieses Grundrecht einschränkt. Denn die Negierung einer geschlechtlichen Uneindeutigkeit zugunsten rechtlicher Klarheit bedeutet nichts anderes, als die rechtliche Einschränkung der persönlichen Entfaltungsfreiheit zu etwas anderem als Mann oder Frau.

Die nach den §§ 18 und 21 Personenstandsgesetz zwingende Eintragung des Geschlechts³⁹ in das Geburtenregister erfolgt in Deutschland aufgrund der medizinisch-biologischen Prämisse der Zweigeschlechtlichkeit, die andere Erscheinungsformen als Abweichungen vom Regelfall betrachtet. Daher scheiden nach aktueller Rechtsprechung andere Eintragungen als „männlich“ oder „weiblich“ aus.⁴⁰ Ob die wissenschaftlichen Grundlagen, die die Rechtsprechung dabei heranzog zutreffend eingeschätzt wurden, kann hier schwerlich entschieden werden. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob jene Feststellungen grundrechtlich zu beanstanden sind,⁴¹ ob also nicht als Konsequenz auch eine anderweitige Eintragung möglich sein könnte.

Zunächst müsste der Frage nachgegangen werden, ob es im aktuellen Verfassungssystem des Grundgesetzes überhaupt möglich sein kann, ein drittes oder kein Geschlecht anzuerkennen. Zuvor wurde bereits festgestellt, dass der Menschenwürdegehalt des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit isoliert betrachtet eine Begrenzung dieser Entfaltung auf eine gesellschaftlich determinierte Geschlechtsstruktur ausschließen müsste. Die Folgefrage lautet aber, ob das Grundgesetz selbst eine solche Geschlechterstruktur kennt, ob diese Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG also gegen Verfassungsnormen verstoßen könnte. Drei mögliche Anknüpfungspunkte müssen untersucht werden, die explizite Geschlechternennung in Art. 3 Abs. 2 GG, die Interpretation der Ehevoraussetzungen für Art. 6 Abs. 1 GG und die Wehrpflicht des Art. 12a GG.

b) Eine binäre Geschlechterstruktur als Determinante des Grundgesetzes?

Die ganz herrschende Meinung in der deutschen Literatur geht davon aus, dass Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG diejenigen Geschlechterrollen definiert, die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 unter dem Wort „Geschlecht“ zusammengefasst werden.⁴² Damit wäre die binäre Geschlechterstruktur des Grundgesetzes bereits vorgezeichnet als Kategorisierung und Definition des Rechtsbegriffs „Geschlecht“.⁴³ Gegenteilige Auffassungen, die in Art. 3 Abs. 2 GG lediglich eine Norm gegen die Frauendiskriminierung sehen und damit gerade keine Festlegung auf ein bestimmtes Geschlechterverständnis des Grundgesetzes,⁴⁴ sind derzeit noch klar als Mindermeinung

³⁹ Dieser Begriff wird im Gesetz nicht legal definiert.

⁴⁰ LG München I NJW-RR 2003, 1590, 1591.

⁴¹ Das LG München stellte fest, dass es gerade keine entgegenstehenden grundrechtlichen Vorgaben geben könnte, LG München I NJW-RR 2003, 1590, 1591.

⁴² Scholz/Dürig in Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 3 III Rn. 36; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Vahlen, München, 5. Auflage 2005, Art. 3 Rn. 384; Heun in Dreier (Fn. 7), Art. 3 Rn. 126.

⁴³ Besonders deutlich hervorgehoben durch Starck, der den Begriff der sexuellen Identität als Bestandteil ostdeutscher Landesverfassungen für unvereinbar mit dem Grundgesetz hält, v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 46), Art. 3 Rn. 384.

⁴⁴ Vgl. die Ausführungen von Kolbe (Fn. 41), S. 116 ff. mit weiteren Nachweisen.

anzusehen. Literatur und Rechtsprechung scheinen insofern tatsächlich für eine normativ verankerte binäre Geschlechtertrennung zu sprechen.

Als weiteres klares Argument wird dafür Art. 6 Abs. 1 GG gesehen. Dessen Wortlaut enthält zwar keinen Hinweis auf die Erforderlichkeit von Mann und Frau, die Auslegung des Instituts der Ehe mit seiner Orientierung auf Familie und damit Nachkommenschaft, führe aber zu dem notwendigen Wesensmerkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit.⁴⁵ Wenig erfolgsversprechend scheint dagegen der Rekurs auf Art. 12a GG zu sein, denn weder die Wehrpflicht nur für Männer in Art. 12a Abs. 1 GG, noch die Heranziehungsmöglichkeit von Frauen in Art. 12a Abs. 4 GG, sprechen für eine Ausschließlichkeit der Kategorien.

Der überwiegende Meinungsstand in der Literatur wie auch die Rechtsprechung geht aufgrund der zuerst genannten Argumente jedoch von einer binären Geschlechterstruktur aus, wie auch die gesamte einfache Rechtsordnung. Die Frage ist aber, ob dies tatsächlich auch einen Zwang der Zuordnung bedeutet.

c) Die Gebundenheit rechtlicher Ordnung an medizinwissenschaftliche Erkenntnis

Die binäre Geschlechterstruktur des Grundgesetzes und der Rechtsordnung muss nicht auf einem traditionellen, konservativen Verständnis von Sexualität und Natürlichkeit beruhen, sondern ist lediglich Ausdruck eines medizinwissenschaftlichen Meinungsstands. Wenn die Medizin die Intersexualität als Abweichung von der Norm betrachtet und zuordnende Korrekturen als natürliche Reaktion darauf betrachtet, dann kann es zunächst nicht Aufgabe des Rechts sein, diesen Stand der Wissenschaft in Frage zu stellen. Neuere Erkenntnisse sprechen jedoch dafür, die verschiedenen Erscheinungsformen von Intersexualität nicht generell als pathologischen Zustand zu erfassen, um psychischen und physischen Schaden von den Betroffenen abzuwenden. Gleichwohl sind auch jene Erkenntnisse bislang nicht gesichert.

Die vorgefundene verfassungsrechtliche Ordnung ist offen genug, um diese Entwicklungen durch Auslegung aufnehmen zu können. Wenn die medizinische Wissenschaft eindeutig oder überwiegend ergibt, dass die Geschlechtszuordnung schädlich ist, und den Betroffenen ein eigener rechtlicher Raum zugestanden werden muss, so weist das Grundgesetz eine ausreichende Flexibilität auf, um diese Entwicklung aufzunehmen, zumal ein bedeutendes Grundrecht mit Menschenwürdegehalt betroffen ist.

Es ist daher gut vertretbar, auf die Mindermeinung zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG zu verweisen und diese als Ausdruck der Gleichstellungsbestrebung von Mann und Frau zu sehen, während der Begriff „Geschlecht“ auch ein *tertium* oder ein „weder-noch“ umfassen kann. Das

⁴⁵ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 10, 59, 66, vgl. zuletzt BVerfGE 105, 313, 345. Die scheinbare Aufweichung dieses Kriteriums durch BVerfGE 121, 175 ist eher kritisch zu sehen. Das BVerfG rückte in dieser Entscheidung zum Scheidungszwang von Transsexuellen weniger vom Wesensmerkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit ab, als es die Unverhältnismäßigkeit seiner Überstrapazierung konstatierte.

Wesensmerkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit für Art. 6 Abs. 1 GG muss andere Lebens und Erscheinungsformen ebenfalls nicht ausschließen.⁴⁶

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die binäre Geschlechterstruktur zurzeit die grundgesetzliche und die einfachgesetzliche Ordnung prägt, dies aber nicht unumstößlich ist, da der Wortlaut der Bestimmungen des Grundgesetzes hinreichend flexibel ist und Anpassungen der Auslegung der relevanten Grundrechte erlaubt.

d) Die Möglichkeit der Durchbrechung der binären Geschlechterstruktur

Nach Feststellung der bisherigen Verhältnisse und der dennoch vorhandenen Flexibilität des Grundgesetzes bleibt schließlich noch die Frage zu klären, ob es grundrechtlich zwingend geboten ist, die binäre Geschlechterstruktur zugunsten eigenständiger Geschlechtsformen aufzubrechen. Dies wäre zumindest dann *nicht* der Fall, wenn sich die Einschränkung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auf nur zwei Entfaltungsmöglichkeiten rechtfertigen ließe.

Die Verweigerung anderweitiger Eintragungen ins Geburtsregister oder in den Pass müsste durch ein einfaches Gesetz in verhältnismäßiger Weise gerechtfertigt sein. Zunächst wird verschiedentlich auf die Identifizierbarkeit von Personen, statistische Erhebungen und Übereinstimmung mit internationalen Standards verwiesen.⁴⁷ Diese Argumente sind jedoch nicht von Belang bei einem Grundrecht, dessen Auslegung von der Menschenwürde geleitet wird. Die polizeiliche oder behördliche Identifizierung von Personen anhand des Geschlechts dürfte gerade bei Personen mit intersexuellen Symptomen schwierig sein und einfacher anhand anderer objektiver Merkmale erfolgen. Die statistischen Erhebungen könnten auch bei anderen oder fehlenden Eintragungen im Geburtsregister durchgeführt werden. Internationale Standards sind momentan in Bezug auf die tatsächlich erforderlichen Identifikationsmerkmale nicht ersichtlich, die völkerrechtliche Lage ist nicht kohärent,⁴⁸ und auch die europarechtlichen Vorgaben entbehren einer Geschlechterregelung.⁴⁹ Insoweit kann der Verweis darauf, dass Australien und Indien bereits die Möglichkeit einer alternativen Geschlechtszuordnung eingeräumt haben, tatsächlich ein Indiz für eine fehlende Überzeugungskraft dieses Arguments darstellen.⁵⁰

Als denkbarer Grund bliebe noch die bisherige Verfassungs- und Rechtsstruktur als Hinderungsgrund einer freien Entfaltung außerhalb der binären Geschlechter. Dabei können sich zum einen Bedenken hinsichtlich der rechtlichen Erfassbarkeit ergeben, zum anderen hinsichtlich familienrechtlicher Schwierigkeiten.

⁴⁶ Vgl. unten S. 3 ff.

⁴⁷ Kolbe (Fn. 41), S. 106.

⁴⁸ Vgl. Hagedorn, Passports in Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, OUP, 2011.

⁴⁹ Vgl. die Verordnung des Europäischen Rates 2252/2004 zur Sicherheit von europäischen Reisedokumenten, ABl. 2004 L-385/1.

⁵⁰ So die Argumentation bei Kolbe (Fn. 41), S. 109 f.; in Indien lautet die dritte Kategorie „Others“, in Australien „X“.

aa) Rechtliche Kategorien als Notwendigkeit der Diskriminierungstatbestände?

Die geschlechtliche Erfassung von Mann und Frau im Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG ist eine Notwendigkeit, um durch diese rechtliche Kategorisierung diskriminierende Sachverhalte zu identifizieren und einer rechtlichen Bewertung zugänglich zu machen. Nur durch eine rechtliche Einordnung von Männern und Frauen ergibt sich die Möglichkeit, die Gleichstellung der Frau weiter voranzutreiben, eine völlige Loslösung von geschlechtlichen Rechtskategorien ist also nicht möglich. Die Frage ist aber, ob diese notwendigerweise nur binär sein kann, oder ob nicht eine Eigenständigkeit intersexueller Erscheinungsformen des Geschlechts der Anerkennung fähig wäre.

An dieser Stelle ist die geringe Zahl intersexueller Menschen⁵¹ nicht als Argument heranzuziehen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine noch geringere Zahl als die tatsächlich geborenen intersexuellen Menschen letztlich eine eigenständige Geschlechtszuordnung wünschen und damit die Frage aufgeworfen würde, ob diese Zahl an Menschen eine eigene rechtliche Kategorie mit allen erforderlichen Anpassungen im Rechtssystem aus ökonomischen Gründen rechtfertigen kann, ist zugleich zu konstatieren, dass eben jene geringe Zahl keine so weitreichenden Schwierigkeiten bereiten könne, um nicht dem Grundrecht auf freie Entfaltung den ihm gebührenden Stellenwert zukommen zu lassen.

Viel entscheidender dürfte das Argument sein, dass bei gleichzeitiger Beibehaltung des Gleichstellungsgebots aus Art. 3 Abs. 2 GG die Nichtdiskriminierung von Intersexuellen durch Art. 3 Abs. 3 GG gewährleistet bliebe, ohne die Gleichstellungsbestrebungen zugunsten der Frauen zu untergraben. Die Gleichheitssätze des Art. 3 GG sprechen insoweit nicht gegen eine Eigenständigkeit intersexueller Geschlechtsformen oder ein völliges Fehlen, wohl aber gegen eine Nichterfassung des Geschlechts, wenn es um die Förderung der Gleichstellung der Frauen geht.

bb) Die familienrechtlichen Garantien des Art. 6 GG

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, welche Auswirkungen ein eigenständiges Geschlecht für die Institutsgarantie der Ehe hat. Das Wesensmerkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit mag aus vielen Perspektiven überholt und möglicherweise aufzugeben sein. Es hat aber dennoch als Institutsgarantie weiter Bestand und seine Abschaffung ist nicht ersichtlich, zumal weiterhin ein enger Konnex zwischen Ehe und Familie gesehen wird, der das Fortpflanzungselement hervorhebt. Ein definitives Argument gegen ein drittes Geschlecht oder eine fehlende Geschlechterzuordnung kann sich daraus aber nicht ergeben, als diese Auffassung auch dann weiterhin Bestand haben kann, wenn die binäre Geschlechterstruktur in Teilen aufgebrochen würde. Der Förderauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG zum besonderen Schutz der Ehe beinhaltet dabei

⁵¹ Die Angaben variieren, je nach Quelle oder Erfassung verschiedener Erscheinungsformen: 1,7 % der Geburten (Hester (Fn. 29), S. 48 und Kolbe (Fn. 41), S. 29), 0,7 % (Rothärmel, (Fn. 27), S. 275).

zwar den Auftrag der Privilegierung dieser Lebensform, nicht aber ein Benachteiligungsgebot gegenüber anderen Lebensformen.⁵²

Der Gesetzgeber hatte freilich bisweilen noch ein Problem mit der Vorstellung einer nicht eindeutigen Zuordnung der Geschlechterrollen bei der Zeugung von Kindern. Ein Regierungsentwurf zum Transsexuellengesetz sah gerade deswegen die Fortpflanzungsunfähigkeit von Transsexuellen vor, die ihren Personenstand anpassen wollten, um nicht weibliche Väter oder männliche Mütter zu erhalten.⁵³ Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht jedoch darauf hingewiesen, dass die Grenze der Geschlechtsverständnisse aufgrund der modernen Fortpflanzungsmedizin ohnehin nicht mehr adäquat erfasst werden könnte und aufgrund der Bedeutung der Fortpflanzungsfähigkeit für die Identität des Menschen erhöhte Anforderungen an Eingriffe zu stellen wären.⁵⁴ Auch das Geschlechterverständnis der Fortpflanzung sollte insofern kein ausreichendes Argument gegen die Entfaltungsmöglichkeit intersexueller Menschen darstellen können.

Legislative und Judikative haben bisher bereits gezeigt, dass sie fähig und willens sind, alternative Formen der Lebensgemeinschaft neben der Ehe anzuerkennen. Art. 6 GG kann also kein Argument gegen Andersartigkeit sein, sondern nur ein Schutz für ein bestimmtes Institut. Es wäre eine von dem Gesetzgeber zu beantwortende Frage, inwieweit Menschen einer potenziellen dritten Geschlechtskategorie oder ohne Geschlecht die Ehe oder lediglich eingetragene Lebenspartnerschaften eingehen könnten. Die Ausgestaltungsmöglichkeit ist durch Art. 6 GG jedenfalls nicht gefährdet.

cc) Das bisherige Rechtssystem als Gegenargument

Als legitimer Zweck der Aufrechterhaltung der binären Geschlechterstruktur wird oftmals auf die bestehende Rechtslage verwiesen, wodurch bei einer Aufweichung eine große Rechtsunsicherheit hervorgerufen würde.⁵⁵ Zudem müsste erkennbar bleiben, welche Rechte und Pflichten ein Staatsbürger tatsächlich habe. Den möglicherweise insgesamt grundrechtswidrigen *status quo* der einfachen Rechtsordnung als rechtfertigendes Element heranzuziehen, erscheint jedoch zunächst zweifelhaft:

Die Frage ist vielmehr, welche rechtlichen Vorschriften tatsächlich betroffen wären. Eine tatsächliche Anknüpfung an das spezifische Geschlecht ist heute äußerst selten geworden, gerade um den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG zu erfüllen. Besteht sie dennoch, knüpft sie an tatsächliche physiologische Unterschiede an, die eine Differenzierung rechtfertigen sollen. So ist im Strafrecht in § 183 StGB nur der Exhibitionismus von Männern unter Strafe gestellt.

⁵² BVerfGE 105, 313, 348; vgl. demgegenüber aber die abweichende Meinung der Richterin Haas, die genau ein solches Benachteiligungsgebot vertritt, S. 359 ff.

⁵³ BT-Drucks. 8/2947, S. 12.

⁵⁴ BVerfG 1 BvR 3295/07 vom 11.01.2011, Rn. 75 ff.

Gleichzeitig existiert aber auch eine Bestrafungsmöglichkeit für Frauen oder auch Intersexuelle aus § 183a StGB, der Erregung öffentlichen Ärgernisses. Des Weiteren wurden im Arbeitsschutzrecht fast alle Vorschriften aufgehoben, die an das Geschlecht anknüpfen,⁵⁶ obgleich sie zum Schutz der Frauen erlassen wurden und den Vorgaben von Art. 8 der Europäischen Sozialcharta folgen würden.⁵⁷ Lediglich zwei Ausnahmen können noch gefunden werden: Das Seemannsgesetz sieht in § 92 vor, dass Frauen von der Beschäftigung auf einem Schiff ausgeschlossen werden können, wenn die Arbeitsschutzbehörde in besonderem Maße Gefahren für ihre Gesundheit feststellt. Zudem existiert eine „Verordnung über das Verbot der Beschäftigung von Personen unter 18 Jahren mit sittlich gefährdenden Tätigkeiten“, die allein auf minderjährige Frauen bezogen ist.⁵⁸ Objektive Gründe, warum nicht alle Minderjährigen von diesem Verbot umfasst sind, sind aber nicht ersichtlich, eine solche Verordnung sollte insofern keine größeren Hürden aufstellen. Ansonsten beziehen sich sämtliche Vorschriften, die nur für Frauen gelten, auf den Mutterschutz. Dies könnte analog auch für schwangere Intersexuelle gelten.

Probleme ergeben sich erst bei den zahlreichen Gesetzen zur Förderung und Gleichstellung von Frauen. Diese knüpfen explizit an die Geschlechter an und sehen besondere Maßnahmen zur Gleichstellung vor.⁵⁹ In solchen fördernden Gesetzen müssten explizite Anpassungen vorgenommen werden, sollte eine tatsächliche Gleichstellung angestrebt werden. Dies wäre jedoch erst der nächste Schritt, die Anerkennungsfähigkeit würde durch diese Vorschriften nicht beeinträchtigt, da sie lediglich das Gleichstellungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG verwirklichen. Der einfachgesetzliche Schutz vor Diskriminierungen im täglichen Leben ist durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz neutral formuliert⁶⁰ und knüpft lediglich an den Begriff „Geschlecht“ an. Dort würde sich eine dritte Kategorie also problemlos einfügen.

Die Änderung der einfachen Gesetze würde daher keine derart große Rechtsunsicherheit hervorrufen, als dass sie einer Abschaffung der binären Geschlechterstruktur entgegenstehen würde.

⁵⁵ So die Begründungen bei Kolbe (Fn. 41), S. 106 und Rothärmel (Fn. 27), S. 274 f. und auch des LG München I NJW-RR 2003, 1590 (1591): „[...] dem geltenden deutschen Recht insgesamt unbekannt und zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten führen würde“.

⁵⁶ Vgl. Schaub, „Frauenarbeitsschutz“ in Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, München, C.H. Beck, 2009.

⁵⁷ Art. 8 EuSozC: „Um die wirksame Ausübung des Rechtes der Arbeitnehmerinnen auf Schutz zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, [...] 4. a) die Nachtarbeit von Arbeitnehmerinnen in gewerblichen Betrieben zu regeln; b) jede Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen mit Untertagarbeiten in Bergwerken und gegebenenfalls mit allen sonstigen Arbeiten zu untersagen, die infolge ihrer gefährlichen, gesundheitsschädlichen oder beschwerlichen Art für sie ungeeignet sind.“ Zur Weigerung der Bundesregierung diesen Passus umzusetzen, aus Gründen der Gleichstellung, vgl. Raible, Die völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1998, ZaöRV 2000, 887, 929.

⁵⁸ BGBl. I 1964, S. 262; § 1 Beschäftigungsverbote: „(1) Weibliche Jugendliche dürfen in Betrieben und bei Veranstaltungen aller Art als Nackttänzerinnen, Schönheitstänzerinnen oder Schleiertänzerinnen oder mit ähnlichen sie sittlich gefährdenden Tätigkeiten, insbesondere wenn sie dabei unbedeckt oder fast unbedeckt sind, nicht beschäftigt werden. (2) Weibliche Jugendliche dürfen als Tanzdamen, Eintänzerinnen, Tisch- oder Bardamen nicht beschäftigt werden.“

⁵⁹ Vgl. das Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz).

dd) Ergebnis

Es sind aus rechtlicher Sicht keine grundsätzlichen Gründe ersichtlich, die für die Beibehaltung der binären Geschlechtsstruktur zu Lasten Intersexueller sprechen würden. Gleichwohl muss man sich der Tatsache bewusst sein, dass die praktische Umsetzung einen gewissen gesetzgeberischen Aufwand mit sich bringen würde.

Antwort auf Fragen 6 und 7: Aus rechtlicher Sicht spricht nichts dagegen, die binäre Geschlechterstruktur aufzubrechen, um Menschen mit Intersexualität die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu ermöglichen. Die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG spricht dafür, eine Kategorisierung gar nicht erst vorzunehmen.

Das rechtliche Erfassen eines potenziellen dritten Geschlechts als „weder-noch“ erscheint nicht vertretbar. Eine solche Bezeichnung suggeriert ein rechtliches *Nullum* und spiegelt nicht ein Ergebnis des Prozesses der freien Entfaltung der Persönlichkeit wieder.

Falls ein drittes Geschlecht als eigenständig anerkannt wird, muss es klar definierbar sein, um es von den vorhandenen rechtlichen Geschlechtskategorien abgrenzen zu können. An dieser Stelle können große Schwierigkeiten auftreten, da eine solche Definition medizinische, psychologische und auch subjektive Elemente umfassen und dabei auch verschiedene Formen von Intersexualität erfassen muss. Wiederum würden Personen, die sich nicht einer dritten Kategorie aufgrund ihrer Wesensmerkmale zugehörig fühlen, in ihrer Entfaltung eingeschränkt. Die Einführung eines dritten Geschlechts wäre insofern nur eine Verlagerung des Problems. Die freiheitliche Komponente des allgemeinen Persönlichkeitsrechts spricht vielmehr dafür die Kategorisierung insgesamt aufzugeben als sie zu erweitern.

Antwort auf Frage 8: Das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gebietet es, von einer rechtlich verpflichtenden Kategorisierung abzusehen. Art. 3 GG fordert keine eigenständige Geschlechtszuordnung, da auch die Diskriminierung wegen fehlenden Geschlechts verboten ist. Grundlage ist jedoch eine entsprechende Interpretation, die Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG als jeweils eigenständig erfasst.

Antwort auf Frage 10: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist aufgrund seiner Formulierungen bereits geeignet, ein drittes Geschlecht oder Geschlechtslosigkeit zu umfassen. Die meisten Vorschriften sind so formuliert, dass sie auch eine Geschlechtsbenachteiligung erfassen würden, die nicht an der binären Geschlechterstruktur orientiert ist. Besonderes Augenmerk ist möglicherweise auf die mittelbaren Benachteiligungen gemäß § 3 Abs. 2 AGG zu legen, da noch unklar ist, inwieweit durch den allgemeinen Sprachgebrauch eigentlich neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Intersexuelle ausschließen könnten. Sollte jedoch die

⁶⁰ Freilich formuliert das AGG sprachlich die Geschlechterdifferenzierung (z.B. „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“).

Anerkennung Intersexueller durch Aufbrechen der binären Geschlechterstruktur tatsächlich erfolgen und Eingang in die Rechtsordnung finden, würde die damit einhergehende Debatte sicherlich auch sprachlich neutrale, integrative Formen hervorbringen. Wahrscheinlich müsste der Wortlaut des AGG einer erneuten Prüfung unterzogen werden, um durch Bezeichnungen wie „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ nicht den Anwendungsbereich einzuengen.

e) Internationale Vorgaben für oder gegen eine binäre Geschlechterstruktur

aa) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die EMRK ist diejenige völkerrechtliche Menschenrechtskonvention, deren Inhalte durch eine jahrelange Rechtsprechung und die direkte Anwendbarkeit in einigen Vertragsstaaten am weitesten spezifiziert wurden. Art. 8 EMRK zur Achtung der Privatsphäre kann hier auch insofern fruchtbar gemacht werden, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bereits verschiedentlich Fälle zu Transsexuellen entschieden hat und sich so mit der geschlechtlichen Identität auseinandersetzen musste. Besonders bemerkenswert sind die Äußerungen im Fall Goodwin,⁶¹ auch wenn sie formal nur als *obiter dictum* zu bewerten sind. Der Gerichtshof stellte – zum einen – dort fest, dass im Fall chromosomaler Anomalien „*some persons have to be assigned to one sex or the other as seems most appropriate in the circumstances of the individual case.*“⁶² Bei ausweitender Auslegung kann man diesem Satz entnehmen, dass durch das Wort „*some*“ klargestellt wird, dass die Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter nur in medizinisch indizierten Fällen notwendig sei, nicht aber in jedem Fall. Diese Interpretation ist jedoch nicht hinreichend gesichert, da der EGMR lediglich die Transsexualität vor Augen hatte, als er in diesem Fall entschied.

Wichtiger erscheint aber – zum anderen – die daraus folgende Anerkennung, dass die chromosomale Identität für den Gerichtshof nicht entscheidend sein kann,⁶³ sondern weitere Faktoren bestimmend sein müssen. In Anbetracht der Tatsache, dass der EGMR dem Recht auf Achtung des Privatlebens einen hohen Stellenwert beimisst, scheint vieles für eine Unterstützung der hier vertretenen grundrechtlichen Position zu sprechen. Das Recht soll dem Individuum eine Sphäre sichern, in der es die Entwicklung und Erfüllung seiner Persönlichkeit anstreben könne.⁶⁴ Dabei ist insbesondere auch das Recht auf Achtung der Identität der Person zu beachten,⁶⁵ das von diesem Recht umfasst wird.

Problematisch ist jedoch die Ableitung positiver Verpflichtungen des Staates zur Verwirklichung dieser Rechte, da den Vertragsstaaten generell eine „*margin of appreciation*“ zugestanden wird, ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Jedoch ist im System der Konvention der

⁶¹ Christine Goodwin vs. United Kingdom, Rs. 28957/95 vom 11.07.2002.

⁶² Ibid. Rn. 82.

⁶³ Ibid.: „*It is not apparent to the Court that the chromosomal element, amongst all the others, must inevitably take on decisive significance for the purposes of legal attribution of gender identity for transsexuals.*“

⁶⁴ Frowein in Frowein/Peukert, EMRK Kommentar, Kehl, Engel, 3. Auflage 2009, Art. 8 Rn. 3.

Gestaltungsspielraum besonders eng, wenn ein staatlicher Eingriff in den Bereich der Intimsphäre vorliegt, die dafür angeführten Gründe müssen demnach äußerst schwer wiegen. Die individuelle Wahl der eigenen geschlechtlichen Identität ist ein Verhalten innerhalb der Intimsphäre und gehört zum inneren Kreis des Privatlebens. Die dafür angeführten Gründe dürfen demnach nicht allein in einer gewissen Rechtsunsicherheit liegen, denn im Goodwin-Fall hat der Gerichtshof den Maßstab bereits sehr eng gezogen:

“No concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost.”⁶⁶

Die bisherigen Untersuchungen haben jedoch bislang keine schwerwiegenden Gründe ergeben, die einer Anerkennung des dritten Geschlechts entgegenstehen. Insofern ist es gut vertretbar, von einer positiven Verpflichtung der Staaten auszugehen, aufgrund des Rechts auf Achtung des Privatlebens intersexuellen Menschen die Freiheit der Geschlechtszuordnung zuzugestehen.

bb) Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBürg)

Der IPBürg als internationale, verbindliche Menschenrechtskonvention⁶⁷ enthält ähnlich dem Grundgesetz ein Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dessen Art. 17 Abs. 1⁶⁸ wird als Ausdruck des liberalen Freiheitsverständnisses gesehen, das den Menschen als autonomes Subjekt begreift, der absolute Souveränität über sich selbst besitzt, solange seine Handlungen nicht die Rechte anderer beeinträchtigen.⁶⁹ Bestandteil des Privatlebens sollen dabei die individuelle Identität, sein persönliches Erscheinungsbild, sein Geschlecht und auch die Autonomie, sich selbst zu verwirklichen, sein.⁷⁰ Anders als bei der EMRK fehlt in Bezug auf den IPBürg jedoch eine entsprechende auslegende Rechtsprechung. Die einzig verlässliche Quelle der Interpretation, die *General Comments*, schweigt zum Recht zur Selbstentfaltung.⁷¹ Speziell für die Anerkennung eines dritten Geschlechts finden sich im IPBürg keine Anhaltspunkte, er stellt lediglich in Art. 3 fest, dass die Vertragsstaaten auf die Gleichstellung von Mann und Frau hinzuwirken haben. Die Grundausrichtung und Teleologie des Paktes spricht aber gegen eine Einzwängung in eine binäre Geschlechtsstruktur: Begreift man Art. 17 IPBürg in jener autonomiesichernden Auslegung liberaler Freiheit, so dürfte die verpflichtende Zuordnung in eine solche einen Eingriff in die Identität und Autonomie des Betroffenen darstellen, wenn er sich dieser Kategorie nicht zugehörig fühlt. Für eine Offenheit der geschlechtlichen Zuordnung

⁶⁵ Marauhn/Meljnik in Grote/Marauhn, EMRK/GG-Konkordanzkommentar, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, Kap. 16 Rn. 35.

⁶⁶ Christine Goodwin vs. United Kingdom (Fn.65), Rn. 91.

⁶⁷ Die unverbindlichen Menschenrechtserklärungen werden vorliegend nicht untersucht.

⁶⁸ „Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.“

⁶⁹ Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights Commentary, Kehl/Straßburg/Arlington, Engel, 2002, S. 287.

⁷⁰ Ibid. S. 294 ff.

⁷¹ Vgl. General Comment No. 16: The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation (Art. 17) vom 08.04.1988.

spricht zudem, dass in Art. 24 Abs. 2 IPBürg zwar die Forderung einer Registrierung eines jeden Kindes mit einem Namen gefordert wird, dabei das Geschlecht aber unerwähnt bleibt. Dieser Artikel widerspricht daher nicht der Grundauffassung, dass der Pakt gegenüber verschiedenen rechtlichen Verankerungen geschlechtlicher Strukturen in den Vertragsstaaten offen steht.

Zwar erlaubt der IPBürg den Staaten gewisse, auch einschränkende Implementierungsfreiheiten. Die staatliche Grenze für Art. 17 bilden die Begriffe „willkürlich“ und „rechtswidrig“, die verdeutlichen, dass der Staat berechtigt sein kann, in dieses Grundrecht einzugreifen, dies aber auf einem förmlichen Gesetz beruhen, sowie begründet und im Einklang mit dem Grundgedanken und den Zielen des Pakts geschehen muss.⁷²

Insgesamt spricht die große Ähnlichkeit der autonomiesichernden Grundrechte in dem IPürg und der EMRK dafür, dass sich auch der Verbürgung des Art. 17 IPBürg eine Freiheit zur sexuellen Selbstbestimmung entnehmen lässt, die grundsätzlich der zwangsweisen Zuordnung in eine binäre Geschlechtsstruktur widerspricht.

cc) UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-Kinderrechtskonvention beinhaltet keine spezifischen Ausführungen zum Geschlecht. Soweit dort in Art. 8 von Identität gesprochen wird, ist vielmehr die Identität im Sinne des Erkennens gemeint und soll sichergestellt werden, dass Kinder als rechtliche Persönlichkeiten erfasst werden und als solche gewisse Statusrechte genießen können. Die Konvention zeichnet sich vielmehr durch ihre äußerst neutrale Fassung aus, die Fragen des Geschlechts betrifft. Auch die Registrierungspflicht für neugeborene Kinder in Art. 9 stellt wiederum keinerlei Bezüge zum Geschlecht her. Insofern ist davon auszugehen, dass die Frage der Erfassung des körperlichen Geschlechts bewusst den Vertragsstaaten überlassen bleiben soll, zumal es diesbezüglich erhebliche kulturelle Unterschiede gibt.⁷³

Antwort auf Frage 9: Die Europäische Menschenrechtskonvention kann gut vertretbar so interpretiert werden, dass sie eine positive Verpflichtung aus Art. 8 enthält, zumindest geschlechtliche Freiheit anzuerkennen, wenn Intersexuelle die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit durch die Zuordnung in eine binäre Geschlechtsstruktur als beeinträchtigt betrachten. Die Ausgestaltung jener Freiheit – ob durch Verzicht auf Geschlechtskategorien oder die Schaffung eines eventuellen dritten Geschlechts – verbleibt aber bei den Vertragsstaaten innerhalb ihres Gestaltungsspielraums.

Dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte lassen sich keine definitiven Aussagen über die Selbstbestimmung bei Intersexualität entnehmen. Ihm fehlt es in diesen Fragen an spezifischer Interpretation und Anwendungspraxis. Die Gewährleistung des

⁷² General Comment (Fn. 75), Rn. 3 und 4.

⁷³ Vgl. zur Anerkennung von intersexuellen Menschen in anderen Ländern wie der Dominikanischen Republik und Neu-Guinea als eigenständiges Geschlecht, Kolbe (Fn. 41), S. 48 ff.

Privatlebens in Art. 17 IPBürg könnte aber bei ähnlicher Auslegung wie bei der EMRK eine solche Position entnommen werden. Der UN-Kinderrechtskonvention lassen sich in dieser Frage keine relevanten Argumente entnehmen.

f) Die Frage der Eintragung als praktische Ausgestaltung

Wenn bislang vom grundrechtlichen Gebot der Freiheit von Geschlechtskategorien gesprochen wurde, fehlten dabei Erwägungen, wie diese tatsächlich ausgestaltet sein müsste. Dabei ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten einer positiven Zuordnung zu einem eventuellen dritten Geschlecht, da die Kategorisierung eines einzigen dritten Geschlechts zu zahlreichen Einwänden verschiedener Personengruppen führen würde.⁷⁴ Würde ein drittes Geschlecht als Sammelbecken verschiedener Formen der Intersexualität und möglicherweise auch *Transgendern* etabliert, so würde diesen Menschen nicht eine eigene Geschlechterrolle, sondern eine Gesamtkategorie zugewiesen. Eine solche würde aber wiederum nicht dem Anspruch der Gleichbehandlung gerecht. Vielmehr würde eine Auffassung der Andersartigkeit gegenüber den klar definierten Geschlechterrollen kommuniziert, die die binäre Geschlechterstruktur verfestigen und nicht klar definierbare Erscheinungsformen stigmatisieren würde.

Die grundrechtliche Analyse muss zu folgender Lösung führen: Maßgeblicher Ausgangspunkt war das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das erfordert, den Betroffenen die Möglichkeit zur Entfaltung frei von staatlichen Kategorisierungen zu gewähren. Dieser freiheitswahrende Ansatz spricht zunächst also gegen jede Kategorisierung, mithin für einen Wegfall der Registrierungspflicht schlechthin. Zugleich bestehen gewisse rechtliche Zwänge, zumindest eine Kategorisierung von Frauen und Männern vorzunehmen: Zum einen der Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG für eine verbesserte Situation von Frauen in der Gesellschaft, zum anderen die bestehenden familienrechtlichen Vorgaben, die beispielsweise für die Ehe eine Beziehung zwischen Mann und Frau fordern.

Die Gleichheitssätze garantieren dabei, dass keine Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts vorgenommen werden. Wenn keine Eintragung besteht und aufgrund dessen eine Benachteiligung entstünde, wäre dieser Fall vom Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG umfasst. Der Gleichstellungsauftrag für das weibliche Geschlecht stellt hingegen eine Privilegierung dar, die jede Person in Anspruch nehmen kann, wenn sie sich zum weiblichen Geschlecht durch eine Registrierung bekennt.⁷⁵ Diese Ausführungen sprechen mithin für eine *freiwillige Registrierung* des Geschlechts im Personenstandsregister.

Auf lange Sicht ist nicht absehbar, dass das Wesensmerkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe aufgegeben werden könnte. Zu sehr ist die Institutsgarantie als verfassungsrechtliche Privilegierung der hergebrachten Lebensgestaltung gegenüber anderen Lebensformen

⁷⁴ Vgl. die lange Liste der Kritik bei Kolbe, (Fn. 41), S. 186 ff.

abgegrenzt,⁷⁶ um dieses auch für gleichgeschlechtliche oder andersgeschlechtliche Personen zu öffnen. Eine annähernde Gleichstellung wurde durch das Lebenspartnerschaftsgesetz geschaffen.⁷⁷ Auch diese Möglichkeit ist aber nicht jedem Menschen gegeben, sondern nur gleichgeschlechtlichen Paaren, weshalb die Sicherung dieser Gleichgeschlechtlichkeit durch objektivierbare Voraussetzungen der Personenstandsbestimmung für verfassungsrechtlich zulässig gehalten wurde,⁷⁸ mithin eine Exklusivität auch dieses Rechtsinstituts anerkannt ist. Auch mit Blick auf eingetragene Lebenspartnerschaften wurde also bislang die binäre Geschlechterstruktur hervorgehoben und eine objektivierbare, personenstandsrechtliche Zugehörigkeit verlangt.⁷⁹

Sollte die binäre Geschlechtsstruktur zugunsten Intersexueller aufgebrochen werden, stünden somit weder die Ehe noch die Lebenspartnerschaft als rechtlich abgesicherte Lebensformen für die Betroffenen zu Verfügung. Um aber den Zugang zum Institut der Ehe zu gewährleisten, sollte als freiwillige Möglichkeit die Eintragung des Geschlechts in das Register gegeben sein. Für die meisten Menschen mit eindeutigem Geschlecht wird dies als Selbstverständlichkeit angenommen werden. Für intersexuelle Menschen beließe dies die Möglichkeit einer Zuordnung, wenn sie sich einem der Geschlechter zugehörig fühlen und heiraten möchten. Für frühkindlich zugeordnete Personen, bei denen die Eltern im Zusammenwirken mit dem Kind sich für eines der beiden herkömmlichen Geschlechter entschieden haben, dürften die Hürden einer Änderung nicht zu hoch angelegt werden. Die aktuellen Verfahrensvorschriften des § 8 in Verbindung mit § 1 Transsexuellengesetz wurden mit Blick auf die grundrechtliche Selbstbestimmung und körperliche Integrität beispielsweise zu hoch angesetzt und für verfassungswidrig erachtet.⁸⁰

Intersexuelle, die aber gerade keine Zuordnung zu einem eigenen Geschlecht wünschen, könnten de lege lata keine rechtlich abgesicherte Lebensform der Partnerschaft wählen und würden insoweit gegenüber geschlechtlich registrierten Menschen diskriminiert. Die Abschaffung der Registrierungspflicht müsste also mit der Schaffung einer entweder eigenen Partnerschaftsform für jene Menschen einhergehen oder mit einer Anpassung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, die gleichzeitig den exklusiven Förderauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG nicht gefährdet. Dies sollte jedoch keine unüberwindliche Hürde sein. Insofern bietet gerade das Thema der Intersexualität die Gelegenheit, die aktuellen Bedingungen des familienrechtlichen Gesetzesrahmens erneut zu überdenken.

⁷⁵ Die Gefahr eines Missbrauchs wird hier nicht gesehen. Dieses Bekenntnis kann nicht leichtfertig geschehen, da es auch soziale Konsequenzen mit sich bringt.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 105, 313 ff., das die Privilegierung deutlich betont; abweichende Voten fassen diese Privilegierung sogar als Benachteiligungsgebot gegenüber anderen Lebensformen auf.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ So zuletzt das BVerfG in diesem Jahr, als es die Hürden für Transsexuelle zur Eingehung einer Lebenspartnerschaft zu beurteilen hatte, BVerfG 1 BvR 3295/07 vom 11.01.2011.

⁷⁹ Ibid. Rn. 64 f.; dabei wurde das Kriterium des operativen Eingriffs und der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit für verfassungswidrig gehalten, aufgrund zu tiefgreifender Eingriffe in die körperliche Integrität. Es bleiben somit psychologische Gutachten als notwendige Bedingung der Geschlechtsbestimmung.

⁸⁰ BVerfG 1 BvR 3295/07 vom 11.01.2011, Rn. 64 ff.

Antwort auf Frage 11: Gegenüber dem verfassungsrechtlich möglichen Aufbrechen der Geschlechterstruktur muss die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Eintragungsmöglichkeiten abgegrenzt werden. Dabei ist ein gänzlicher Verzicht auf die Eintragung eines Geschlechts aufgrund des grundgesetzlichen Gleichstellungsauftrags für Männer und Frauen nicht möglich, denn die Gleichstellungsbestrebungen, die Art. 3 Abs. 2 GG fordert, erfordern die Zuordnungsfähigkeit zumindest des weiblichen Geschlechts.

Die Eintragung sollte jedoch auf freiwilliger Basis erfolgen, um eindeutig männlich oder weiblichen Personen, die Zugehörigkeitsoption mit den damit verbundenen sozialen Gepflogenheiten und auch den rechtlichen Privilegierungen nicht zu verwehren und gleichzeitig keine freiheitseinschränkende Zwänge für intersexuelle Menschen zu begründen.

Antwort auf Frage 12: Für den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG und den Art. 6 Abs. 1 GG bzw. das Institut der Ehe und den damit verbundenen familienrechtlichen Vorschriften spielt die Eintragung des Geschlechts noch eine wesentliche Rolle und schließt Zwischenformen bislang aus.

Antwort auf Frage 13: Für die Zeit der fehlenden Selbstbestimmung des Kindes kann aufgrund der Freiwilligkeit der Eintragung auf eine Zuordnung verzichtet werden, um dessen freie Entfaltung zu ermöglichen. Für den Fall, dass sich Eltern und Kind für eine Geschlechtszuweisung entscheiden, kann diese auch eingetragen werden. Die Änderungshürden dürfen aufgrund der besonderen persönlichen Situation der Betroffenen jedoch nicht zu hoch angesetzt werden. Über eine Kommunikation nach außen haben allein die Betroffenen zu entscheiden, die sich für oder gegen eine Eintragung entscheiden.

Antwort auf Frage 14: Die deutsche Rechtsordnung würde nicht so schwerwiegend betroffen, wie man zunächst annehmen könnte. Durch den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG wurden viele Rechtsnormen in den letzten Jahren geschlechtlich neutralisiert, spezifische Anknüpfungen an Männer und Frauen existieren praktisch kaum noch. Das problematischste Gebiet wären diejenigen Normen, die einen Förderauftrag für Frauen beinhalten, und somit ein drittes bzw. fehlendes Geschlecht, wenngleich möglicherweise benachteiligt, nicht erfasst würde. Jedoch ist festzuhalten, dass die Gleichstellungsnormen wie das Bundesgleichstellungsgesetz oder die Schwerbehindertengleichstellung in SGB IX einfachgesetzlich ausgestaltet sind, was bei entsprechendem Bedürfnis auch für intersexuelle Menschen möglich wäre.

Sehr viel problematischer sind die Auswirkungen auf das Familienrecht zu beurteilen. Dort bestehen durch die grundgesetzliche Verbürgung des Art. 6 Abs. 1 GG bzw. dessen Auslegung weiterhin geschlechtlich zugewiesene Rollenverhältnisse, die offizielle Eintragungen erfordern. Nimmt man eine privilegierte Stellung der Ehe trotz rechtlicher Nichtdiskriminierung aufgrund des Lebenspartnerschaftsgesetzes an, so müsste zumindest der Zugang zu jenem Privileg möglich sein, wenn damit eine persönliche Entscheidung für die Zuordnung zu einem Geschlecht

verbunden ist. Die Eintragungs- bzw. Änderungsmöglichkeit muss daher erhalten bleiben, wengleich für eine Lockerung der verfahrensrechtlichen Hürden plädiert werden soll, um persönliche Umstände nicht einem zu hohen Rechtfertigungszwang zu unterwerfen.

Für Intersexuelle, die auf eine geschlechtliche Kategorie bewusst verzichten wollen, müssten jedoch entweder eigene Formen der Lebenspartnerschaft geschaffen werden, oder das Lebenspartnerschaftsgesetz angepasst werden.

4. Entschädigungsfragen

a) Irreversible, geschlechtszuordnende Eingriffe an Einwilligungsunfähigen

Soweit bislang chirurgische und hormonelle Korrekturen an einwilligungsunfähigen, intersexuellen Kindern vorgenommen wurden, wobei diese Eingriffe zum einen dem medizinischen Stand der Wissenschaft bzw. den sogenannten medizinischen Standards entsprachen und zum anderen die Eltern über die Konsequenzen und Voraussetzungen der Eingriffe vollumfänglich aufgeklärt wurden, ist darin grundsätzlich kein rechtlich vorwerfbares Verhalten zu erkennen. Für die einwilligungsunfähigen Kinder haben die Eltern grundsätzlich die volle Personensorge als Ausfluss des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG. Wenn und solange diese nach bestem Wissen zum Wohle des Kindes gehandelt hatten, ist ihnen ihre Einwilligung nicht vorwerfbar.

Ärzte wiederum sind zwar stets auf die Einwilligung der Patienten (bzw. von deren Eltern) angewiesen, um nicht durch die Eingriffe in die körperliche Integrität Straftatbestände zu verwirklichen. Liegt diese Einwilligung jedoch vor, so gilt im Arztrecht als Maßstab der verkehrserforderlichen Sorgfalt der Stand der medizinischen Wissenschaft bzw. der modernere Begriff des medizinischen Standards.⁸¹ Ärzte, die mit wirksamer Einwilligung der Eltern bei einwilligungsunfähigen Kindern dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechend chirurgische Eingriffe durchgeführt haben, dürften insoweit von einer entschädigungspflichtigen Verantwortung freizusprechen sein. Dies gilt auch, wenn Ärzte dabei irreversible Eingriffe durchgeführt haben, wenn dies dem Stand der Wissenschaft entsprach und zum vermeintlichen Wohle des Patienten geschah und keine sonstigen rechtlichen Bestimmungen verletzt wurden. Dass standardkonforme Handlungen trotz entlastender nationaler Gesetze oder Regelungen oder anerkannter nationaler Praxis als rechtswidrig angenommen werden, wurde rechtlich bisher von deutschen Gerichten nur in Rückgriff auf die sog. Radbruchsche Formel anerkannt, wenn diese Handlungen zwar in Übereinstimmung mit dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetzen und Standards, aber im eklatanten Widerspruch zu allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen durchgeführt wurden (wie die Bestrafung der sog. DDR-Mauerschützen oder die Nichtigerklärung von eklatant ungerechten NS-Gesetzen).⁸² Dies kann vorliegend jedoch nicht

⁸¹ Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, C.H. Beck, München, 6. Auflage 2009, Kap. 10 Rn. 5.

⁸² Vgl. Vöneky, *Recht, Moral und Ethik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 120 f.

angenommen werden, wenn und solange die durchgeführte Praxis einer frühen Geschlechterzuweisung auch ohne Zustimmung des Kindes – aber mit Zustimmung der Eltern (!) – nach internationalen wissenschaftlichen Standards als richtige, dem Kindeswohl dienende Behandlung galt.

Eine Verantwortlichkeit der beteiligten Wissenschaften ist grundsätzlich nicht ersichtlich, solange und wenn diese ihre Untersuchungen und Veröffentlichungen den wissenschaftlichen Standards entsprechend durchgeführt haben. Abgesehen vom umfassenden Schutz der Wissenschaft in Deutschland durch Art. 5 Abs. 3 GG könnte jedoch auch ein erst nachträglich erkannter Fehler einzelner Wissenschaftler dann relevant sein, wenn die Wissenschaftler bei der Veröffentlichung ihrer Erkenntnisse bewusst ein hohes Risiko für die potentiellen Patienten eingegangen wären, durch eine nicht sichere Prognose der Entwicklung Intersexueller bei Geschlechtszuordnungen. Ein solches ist jedoch nicht ersichtlich.

In Bezug auf staatliche Stellen ist an Schutzpflichten zu denken, die aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 GG resultieren und daraus folgend die Pflicht des Gesetzgebers zum besseren Schutz der Einwilligungsunfähigen. Wiederum muss hier aber die Abhängigkeit der Sorgfaltsanforderungen bei der Umsetzung der Pflicht von den Erkenntnissen der Medizin und sonstigen relevanten Wissenschaften betont werden. Der Staat kann sich nicht in Ausgestaltung seiner Schutzpflicht gegen die jeweiligen Standards der Wissenschaften stellen. Dies gilt für die Legislative; staatshaftungsrechtlich relevant jedoch auch für den Ausschluss fahrlässigen Handelns von Exekutive und Judikative.

Eine Schadensersatzpflicht erwächst aber durch derartige Eingriffe bei Einwilligungsunfähigen, wenn bei diesen eine Geschlechterzuweisung ohne Zustimmung der Eltern erfolgte. Sollten Verjährungsregelungen eine Durchsetzung der Ansprüche verhindern, wäre die Einrichtung eines Fonds eine Möglichkeit, nicht den Opfern rechtswidriger Handlungen die finanziellen Folgen solcher Eingriffe allein aufzubürden.

b) Irreversible, geschlechtszuordnende Eingriffe an (begrenzt) Einwilligungsfähigen

Die Einwilligungsfähigkeit wird nach allgemeiner Meinung nicht mit der Volljährigkeit gleichgesetzt, sondern anhand der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen ermittelt. Selbst wenn es um schwerwiegende, irreversible Operationen geht, besteht bei einsichtsfähigen Minderjährigen noch die aus deren Selbstbestimmungsrecht fließende Notwendigkeit der Einwilligung, dann auch gegebenenfalls in Zusammenspiel mit den Eltern.⁸³ Ein irreversibler, chirurgischer Eingriff ohne Einwilligung eines (auch nur) begrenzt dazu fähigen Minderjährigen ist insofern rechtswidrig und sowohl strafrechtlich wie zivilrechtlich relevant.

Eine Schadensersatzpflicht erwächst daher durch derartige Eingriffe bei Einwilligungsfähigen, da die Ärzte bei diesen der vollen Aufklärungspflicht unterliegen und nicht konsentiertere Eingriffe

insoweit rechtswidrige Körperverletzungen darstellen. Auch hier gilt: Sollten Verjährungsregelungen eine Durchsetzung der Ansprüche verhindern, wäre die Einrichtung eines Fonds eine Möglichkeit, nicht den Opfern rechtswidriger Handlungen die finanziellen Folgen solcher Eingriffe allein aufzubürden.

Antwort auf Fragen 15 und 16: Im Falle einwilligungsunfähiger Minderjähriger ist bei irreversiblen, geschlechtszuordnenden Operationen keine rechtliche Entschädigungspflicht ersichtlich, soweit Ärzte und Eltern dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechend und zum Wohle der Kinder gehandelt hatten. Dass standardkonforme Handlungen trotz entlastender nationaler Regelungen oder entlastender nationaler Praxis als rechtswidrig angenommen werden, wurde rechtlich bisher von deutschen Gerichten nur in Rückgriff auf die sog. Radbruchsche Formel anerkannt, wenn diese Handlungen zwar in Übereinstimmung mit dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetzen und Standards, aber im eklatanten Widerspruch zu allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen durchgeführt wurden (wie die Bestrafung der sog. DDR-Mauerschützen oder die Nichtigerklärung von eklatant ungerechten NS-Gesetzen). Dies kann vorliegend wohl nicht angenommen werden, wenn und solange die durchgeführte Praxis einer frühen Geschlechterzuweisung auch ohne Zustimmung des Kindes – aber mit Zustimmung der Eltern (!) – nach internationalen wissenschaftlichen Standards als richtige, dem Kindeswohl dienende Behandlung galt.

Eine Schadensersatzpflicht erwächst aber durch derartige Eingriffe bei Einwilligungsfähigen, da diese der vollen Aufklärungspflicht und Einwilligungsnotwendigkeit unterliegen und nicht konsentierete Eingriffe insoweit rechtswidrige Körperverletzungen darstellen. Gleiches gilt, wenn bei Kindern eine Geschlechterzuweisung ohne Zustimmung der Eltern erfolgte. Sollten Verjährungsregelungen eine Durchsetzung der Ansprüche verhindern, wäre die Einrichtung eines Fonds eine Möglichkeit, den Opfern rechtswidriger Handlungen die finanziellen Folgen solcher Eingriffe nicht allein aufzubürden.

Freiburg/Heidelberg, den 19. Mai 2011

⁸³ Peschel-Gutzeit in Staudinger (Fn. 12), § 1626 BGB Rn. 93.