

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 25. Juni 2012 zum Thema „Intersexualität“ – personenstandsrechtliche und familienrechtliche Aspekte

I. Einleitung

Der Deutsche Ethikrat diskutiert in seiner Stellungnahme vom 14.2.2012 die Frage, welche Schlussfolgerungen aus der rechtlichen Anerkennung von Intersexualität gezogen werden sollten, auf einer recht abstrakten, vor allem verfassungs- und menschenrechtlichen Ebene.¹ Auch die rechtspolitischen Forderungen des Deutschen Ethikrates sind allgemein gehalten und geben lediglich das jeweilige Regelungsziel vor. In der vorliegenden Stellungnahme soll daher der Versuch unternommen werden, etwas detaillierter darzulegen, welcher konkrete gesetzgeberische Änderungsbedarf sich im Personenstands- und Familienrecht ergeben würde, wenn man die in der Stellungnahme des Deutschen Ethikrates diskutierten Lösungsansätze umsetzen würde. Damit werden gleichzeitig die Fragen 1 bis 6 des Fragenkatalogs für die öffentliche Anhörung zum Thema Intersexualität vom 18. Mai 2012 beantwortet.

II. Definition von Intersexualität (Frage 1)

Von Intersexualität wird – vor allem im medizinischen Kontext – üblicherweise dann gesprochen, wenn die Zuordnung einer Person zum männlichen oder weiblichen Geschlecht zweifelhaft ist, weil geschlechtsbestimmende körperliche Merkmale vorhanden sind, die sowohl typisch weibliche als auch typisch männliche Ausprägungen aufweisen. Dieses Begriffsverständnis wird auch in der familienrechtlichen Literatur zugrunde gelegt, soweit Probleme der Intersexualität diskutiert werden.² Demgegenüber liegt – nicht zuletzt nach dem Verständnis des Transsexuellengesetzes (TSG) – Transsexualität vor, wenn die körperlichen Merkmale eine eindeutige Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht erlauben, aber nicht mit dem psychischen Zugehörigkeitsgefühl übereinstimmen.³ Meines Erachtens handelt es sich bei diesem Verständnis um einen sinnvollen Ausgangspunkt, um Intersexualität und Transsexualität personenstandsrechtlich und familienrechtlich sachgerecht erfassen zu können.

III. Vorschläge zur Berücksichtigung von Intersexualität im Personenstands- und Familienrecht (Fragen 2, 3 und 6)

Dass das geltende Personenstands- und Familienrecht den berechtigten Interessen Intersexueller nicht angemessen Rechnung trägt, ist nach der sorgfältigen Stellungnahme des Deutschen

Ethikrates offenkundig. Weniger klar ist jedoch, in welcher Weise der Gesetzgeber auf diesen Befund reagieren sollte.

1. Verzicht auf die Eintragung des Geschlechts im Personenstandsregister

Der Ethikrat fordert den Gesetzgeber zur Prüfung auf, ob eine Eintragung des Geschlechts im Personenstandsregister überhaupt noch notwendig sei.⁴ Auch in der Wissenschaft wird mittlerweile die Vision eines geschlechtsneutralen Familienrechts („sexless family law“) diskutiert.⁵ Doch selbst wenn es gelingen sollte, in der deutschen Rechtsordnung von jeder Differenzierung nach dem Geschlecht abzusehen, wäre es – angesichts des aktuellen Standes der internationalen Entwicklung im (Familien-)Recht – nicht sinnvoll, auf die Eintragung des Geschlechts im Personenstandsregister zu verzichten:

In Deutschland leben zum gegenwärtigen Zeitpunkt rund 7 Mio. Bürger mit (ausschließlich) ausländischer Staatsangehörigkeit,⁶ deren Personenstand sich nach den Regeln des deutschen internationalen Privatrechts in erster Linie nach ihrem (ausländischen) Heimatrecht bestimmt (vgl. etwa Art. 10, 13 Abs. 1, 19 Abs. 1 S. 2, 22 Abs. 1 EGBGB).⁷ Selbst wenn also das deutsche (Familien-)Recht geschlechtsneutral ausgestaltet würde, müssten deutsche Behörden und Gerichte weiterhin ausländisches Recht anwenden, in welchem die Geschlechtszuordnung auf absehbare Zeit eine Rolle spielen wird, so dass es schon aus diesem Grund nahe liegt, auch im Personenstandsregister weiterhin Angaben zum Geschlecht aufzunehmen. Vor allem aber nimmt die Mobilität deutscher Staatsbürger kontinuierlich zu. Muss ein Deutscher im Ausland – etwa im Zusammenhang mit einer Eheschließung, einer Adoption oder einer Vaterschaftsanerkennung – nach den dort geltenden Regeln⁸ seine Geschlechtszugehörigkeit nachweisen, ist er darauf angewiesen, diesen Nachweis durch einen Auszug aus dem deutschen Personenstandsregister unschwer führen zu können. Aber nicht nur für diese speziellen Fälle, sondern ganz allgemein könnte es im internationalen Rechtsverkehr zu Schwierigkeiten führen, wenn deutsche Personenstandsregister und -urkunden keine Angaben über das Geschlecht mehr enthalten würden: So sieht etwa das Übereinkommen Nr. 16 der Internationalen Zivilstandskommission (Commission Internationale de l'Etat Civil) vom 8. September 1976,⁹ das die Ausstellung mehrsprachiger Auszüge aus den Personenstandsbüchern ermöglicht, die ohne Übersetzung und ohne Beglaubigung in allen Mitgliedstaaten des Übereinkommens akzeptiert werden, für Geburts- und Sterbeurkunden die Eintragung des Geschlechts vor.¹⁰ Auch wenn die Verwendung dieser mehrsprachigen Urkunden nicht obligatorisch ist,¹¹ so handelt es sich doch um eine der komfortabelsten und beliebtesten Möglichkeiten zum Nachweis des Personenstandes im Rechtsverkehr zwischen den

Mitgliedstaaten des Übereinkommens. Meines Erachtens sprechen diese international-privatrechtlichen Aspekte von vornherein gegen den generellen Verzicht auf die Eintragung des Geschlechts in den deutschen Personenstandsregistern – unabhängig davon, in welche Richtung sich die deutsche Rechtsordnung entwickeln wird.

2. Einführung der Geschlechtszuordnung „anderes“ sowie Möglichkeit, die Bestimmung offen zu lassen

Der Deutsche Ethikrat fordert, für Personen, deren Geschlecht nicht eindeutig feststellbar ist, neben „weiblich“ oder „männlich“ auch die Eintragung „anderes“ im Personenstandsregister zuzulassen. Gleichzeitig soll die Eintragung nicht sofort, sondern erst bis zu einem gewissen Höchstalter erfolgen müssen.¹² In ähnlicher Weise möchte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz so ändern, dass ein Geschlechtseintrag in der Geburtsurkunde auch der Existenz von intersexuellen Menschen Rechnung tragen kann“.¹³

Eröffnet man im deutschen Personenstandsrecht die Möglichkeit, im Datenfeld „Geschlecht“ außer der Eintragung „weiblich“ oder „männlich“ auch das Merkmal „anderes“ einzutragen, so ergeben sich eine Fülle an Folgeproblemen. Die zentrale Herausforderung bestünde darin, geeignete verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen:

Erlaubt man bei der Eintragung des Geschlechts die Angabe „anderes“, so müsste klargestellt werden, dass sich lediglich Intersexuelle für eine solche Zuordnung entscheiden können.¹⁴ Damit wäre Transsexuellen, die nach ihren körperlichen Merkmalen einem biologischen Geschlecht eindeutig zuzuordnen sind, die Angabe „anderes“ verwehrt. Allerdings weist der Deutsche Ethikrat darauf hin, dass es „auch (als transsexuell eingeordnete) Personen [gibt], die sich ohne entsprechende DSD-Diagnose als intersexuell bezeichnen“.¹⁵ Will man diesem Selbstverständnis gerecht werden, würde sich in letzter Konsequenz die Frage stellen, ob nicht im Transsexuellengesetz außer den Voraussetzungen für den Wechsel des Geschlechts von männlich nach weiblich und umgekehrt auch die Bedingungen definiert werden müssten, um trotz eindeutiger körperlicher Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht die Geschlechtszuordnung in „anderes“ ändern zu können.

Kein Zweifel dürfte bestehen, dass man Intersexuellen ein Wahlrecht einräumen müsste, sich auch – entsprechend den bisher in der Praxis angelegten Maßstäben – für eine traditionelle Geschlechtszuordnung zu entscheiden. So betont etwa der Deutsche Ethikrat, dass ein

schwerwiegender Konflikt auch dann entstehen kann, „wenn eine Person aufgrund körperlicher Merkmale als intersexuell klassifiziert wird, obwohl sie sich selbst eindeutig einem Geschlecht zugehörig fühlt und die körperliche Variation nicht für bedeutsam hält.“¹⁶ Hinzu kommt, dass die Anerkennung einer (eigenständigen) Geschlechtskategorie für Intersexuelle im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr nicht gesichert ist, so dass es sich für Betroffene, die mit ausländischen Rechtsordnungen in Berührung geraten, als opportun erweisen kann, aus Gründen der Rechtssicherheit ein traditionelles Geschlecht zu wählen.

Damit stellt sich die Frage, wer bei Intersexuellen das Wahlrecht zwischen einer traditionellen Geschlechtszuordnung und der Angabe „anderes“ ausüben kann, unter welchen Voraussetzungen die Wahl korrigiert werden kann und wann sich die Wahl als endgültig darstellt:

Solange Intersexuelle minderjährig sind, steht das Wahlrecht grundsätzlich den (sorgeberechtigten) Eltern zu. Erfolgt die Wahl in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Geburt des Kindes, wird man – wie in Belgien¹⁷ und den Niederlanden¹⁸ – eine Erklärung gegenüber dem Standesamt (unter Beifügung einer ärztlichen Bescheinigung über die Zwischengeschlechtlichkeit) ausreichen lassen können. Ist jedoch seit der Geburt des Kindes eine gewisse Zeit verstrichen, spricht vieles dafür, in gleicher Weise wie in den Fällen der Personenstandsberichtigung, ein Gericht einzuschalten. Dabei stellt sich die Frage, ob die Ausübung des Wahlrechts durch die Eltern einem Kindeswohlvorbehalt unterworfen werden muss, soweit das Kind schon eine Zeitlang in einem (anderen) sozialen Geschlecht gelebt hat. Außerdem müsste eine angemessene Beteiligung des Kindes sowie eine effektive Interessenvertretung (z.B. durch einen Verfahrensbeistand) im Gerichtsverfahren sicher gestellt werden, wenn die Eltern das Wahlrecht erst nachträglich (etwa während der Pubertät des Kindes) ausüben. Spätestens ab Vollendung des 14. Lebensjahres wird zwingend die Zustimmung des betroffenen Kindes eingeholt werden müssen, wenn die Zuordnung bis dahin offen gelassen wurde oder wieder rückgängig gemacht werden soll. Außerdem müsste überlegt werden, ob das Kind nicht ab einem bestimmten Alter eigenverantwortlich und ohne Mitwirkung der Eltern über seine Geschlechtszuordnung soll entscheiden können.

Fraglich erscheint darüber hinaus, unter welchen Voraussetzungen die Wahl wieder rückgängig gemacht werden kann, ohne dass geltend gemacht werden müsste, man sei bei der Erstwahl von falschen (biologischen) Voraussetzungen ausgegangen: Sicherlich wird man zumindest dem Volljährigen die Möglichkeit eröffnen müssen, das Wahlrecht erneut auszuüben und sich für eine andere Zuordnung zu entscheiden. Aber sollen während seiner Minderjährigkeit auch die Eltern die Wahl wieder ändern können? Im Übrigen müssten hierfür die Voraussetzungen festgelegt werden:

Sollen die Anforderungen höher sein als bei der erstmaligen Bestimmung? Sieht man die Möglichkeit einer Neuwahl vor, so stellt sich die Frage, ab wann diese endgültig ist und ob die Wahl auch mehrmals korrigiert werden kann (einmal durch die Eltern als gesetzliche Vertreter und dann erneut – oder mehrmals – nach Eintritt der Volljährigkeit?). Auch wenn mittlerweile die Wahl geschlechtsneutraler Vornamen zulässig ist,¹⁹ müsste mit dem Wechsel des Geschlechtseintrags jeweils auch die Möglichkeit verbunden sein, den Vornamen neu zu bestimmen.²⁰ Solange es in Deutschland kein geschlechtsneutrales Familienrecht gibt, müsste außerdem geregelt werden, wie sich die Änderung des Geschlechts auf bestehende Rechtsbeziehungen auswirkt.²¹

Der Deutsche Ethikrat schlägt aber nicht nur vor, die Eintragung einer „anderen“ Geschlechtszugehörigkeit vorzusehen, sondern auch, die Wahl zwischen den verschiedenen Geschlechtszuordnungen offen lassen zu können. Auf den ersten Blick leuchtet dieser Vorschlag ein, denn wenn man die schwierige Wahl zwischen der traditionellen und einer „anderen“ Geschlechtszuordnung eröffnet, sollte kein Druck bestehen, diese Wahl voreilig treffen zu müssen. Dabei dürfte es – entgegen der Ansicht des Deutschen Ethikrates – nicht empfehlenswert sein, ein bestimmtes Höchstalter vorzusehen, bis zu dem die Geschlechtszuordnung zwingend vorgenommen worden sein müsste. Solange das Wahlrecht nicht ausgeübt wurde, dürfte es nämlich relativ problemlos möglich sein, die Geschlechtszuordnung zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen, wenn – etwa aufgrund einer (bevorstehenden) Personenstandsänderung – die Festlegung des Geschlechts erforderlich erscheint. Wie sollte außerdem der Zwang zur Festlegung auf ein Geschlecht durchgesetzt werden und welches generelle Interesse hätte der Staat daran?

Erlaubt man den Betroffenen allerdings, die Wahl des Geschlechts (dauerhaft) offen zu lassen, so müsste im Personenstandsregister im Datenfeld Geschlecht neben den Optionen „weiblich“, „männlich“ und „anderes“ auch noch die vierte Option „offen“ bzw. „keine Angabe“ vorgesehen werden (denn andernfalls wäre nicht erkennbar, ob die Eintragung in das Personenstandsregister lediglich unvollständig ist oder die Geschlechtszuordnung bewusst in der Schwebe gelassen wurde). Dann drängt sich aber die Frage auf, ob zwischen der Eintragung „anderes“ und „offen“ ein signifikanter Unterschied besteht und es nicht vorzugswürdig ist, sich auf die Einführung einer zusätzlichen Kategorie zu beschränken, wobei die Angabe „offen“ (oder „keine Angabe“) die größere Flexibilität eröffnen dürfte. Erlaubt man – wie es hier vorgeschlagen wird – die dauerhafte Beibehaltung der Angabe „offen“, könnte auf diese Weise der besonderen Situation von Intersexuellen Rechnung getragen werden.

Nicht sachgerecht wäre es, wenn sich eine Reform auf das Personenstandsrecht beschränken würde; vielmehr müsste auch der familienrechtliche Status der Betroffenen geklärt werden. Denn nicht nur dem Personenstandsrecht, sondern auch dem Familienrecht ist Intersexualität als rechtliche Kategorie bisher unbekannt. Auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, so besteht Einigkeit darüber, dass eine Ehe nach geltendem Recht nur zwischen Mann und Frau geschlossen werden kann.²² Auch das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft, das nach § 1 LPartG von „Personen gleichen Geschlechts“ gewählt werden kann, trägt den Bedürfnissen von Intersexuellen noch keine Rechnung. De lege ferenda könnte aber im LPartG klargestellt werden, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft allen Paaren offen steht, denen aufgrund ihrer „Geschlechtskombination“ das Institut der Ehe versperrt ist. Ob man noch einen Schritt weiter gehen und Intersexuellen die Schließung einer Ehe eröffnen sollte, erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt zweifelhaft: Da das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 1 GG das Institut der Ehe garantiert, ist der Gesetzgeber verpflichtet, die wesentlichen Strukturprinzipien zu beachten, die den Gehalt der Ehe prägen. Hierzu gehört nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch, dass die Ehe (nur) die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist.²³ Da das Bundesverfassungsgericht allerdings in seiner Entscheidung zur eingetragenen Lebenspartnerschaft gleichzeitig hervorgehoben hat, dass der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG den Gesetzgeber nicht daran hindert, für gleichgeschlechtliche Paare ein Rechtsinstitut zu schaffen, das der Ehe nahe- oder gleichkommt,²⁴ wird mittlerweile vielfach die Frage gestellt, ob es nicht auch ohne Änderung der Verfassung möglich sei, die Ehe für Beziehungen zu öffnen, die nicht dem traditionellen Ehebild entsprechen. Will man die Reform jedoch nicht mit verfassungsrechtlichen Risiken (und Diskussionen) belasten, würde es sich aus rechtspolitischer Sicht anbieten, für Intersexuelle (zunächst) das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft vorzusehen und im Übrigen abzuwarten, wie sich das Verhältnis von eingetragener Lebenspartnerschaft und Ehe entwickelt. Denn gegenwärtig sind insofern starke Konvergenzbestrebungen auszumachen,²⁵ seitdem der Europäische Gerichtshof in der »Maruko«-Entscheidung vom 1.4.2008²⁶ die Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und Eheleuten in der deutschen betrieblichen Hinterbliebenenversorgung als unzulässige Diskriminierung bewertet hat.²⁷

Schwerer zu beantworten ist die Frage, welche Auswirkungen es auf das Abstammungsrecht haben sollte, wenn Intersexualität als personenstandsrechtliche Kategorie anerkannt würde. Klärungsbedürftige Fragen wirft insofern die väterliche Abstammung auf²⁸: Rechtlicher Vater eines Kindes ist nicht stets dessen Erzeuger. Vielmehr wird einem Kind in erster Linie der „Mann“²⁹ als

Vater zugeordnet, mit dem die Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist (§ 1592 Nr. 1 BGB), ist sie nicht verheiratet, ist rechtlicher Vater eines Kindes grundsätzlich der „Mann“, der die Vaterschaft für das Kind freiwillig anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB). Zwar geht das Gesetz in beiden Fällen davon aus, dass im Regelfall rechtliche und biologische Vaterschaft übereinstimmen, doch wird in Kauf genommen, dass es Konstellationen gibt, in denen das nicht der Fall ist. Als Ausgleich wird den primär betroffenen Familienmitgliedern das Recht eingeräumt, die biologisch unzutreffende rechtliche Vaterschaft innerhalb bestimmter Fristen wieder anzufechten (§§ 1600 ff. BGB). Allerdings besteht eine gravierende Einschränkung für den biologischen Erzeuger: Nach § 1600 Abs. 2 und 4 BGB besitzt er nur dann ein Recht zur Vaterschaftsanfechtung, wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht (§ 1600 Abs. 2 BGB). Greifen die beiden voranstehend genannten Zuordnungskriterien (Ehe mit der Mutter bzw. Vaterschaftsanerkennung) nicht ein, wird als rechtlicher Vater derjenige gerichtlich festgestellt, von dem das Kind genetisch abstammt (§ 1592 Nr. 3 BGB). Die Regeln des deutschen Abstammungsrechts stellen einen Kompromiss zwischen biologischen und sozialen Zuordnungskriterien dar. Dabei hat historisch gesehen – entsprechend der Tendenz in anderen europäischen Rechtsordnungen – die biologische Abstammung immer mehr an Bedeutung gewonnen. Stellt man sich die Frage, wie das Abstammungsrecht auf die Einführung der personenstandsrechtlichen Kategorie „Intersexualität“ reagieren sollte, so sind die Fälle unproblematisch, in denen ein Intersexueller biologischer Vater eines Kindes ist. Für diese Fälle sollte klargestellt werden, dass es auf die personenstandsrechtliche Einordnung als „männlich“ oder „anderes“ (bzw. „offen“) nicht ankommt. Fraglich erscheint aber, ob einem Intersexuellen auch die Möglichkeit eröffnet werden sollte, die Vaterschaft für ein Kind anzuerkennen, das nicht von ihm abstammt, ohne dass der wirkliche Erzeuger stets die Möglichkeit hätte, diese Vater-Kind-Zuordnung anzufechten. Einerseits besteht die Möglichkeit zur „Vaterschaftsanerkennung“ nach geltendem Recht auch nicht, wenn die Mutter eines Kindes eine gleichgeschlechtliche Partnerin hat.³⁰ Vielmehr wird gleichgeschlechtlichen Paaren der Weg zur gemeinsamen Elternschaft nur durch die (Stiefkind-)Adoption eröffnet (§ 9 Abs. 7 S. 2 LPartG i.V.m. § 1754 Abs. 1 BGB), die grundsätzlich die Zustimmung auch des anderen Elternteils voraussetzt (§ 1749 Abs. 1 BGB). Andererseits kann ein Frau-zu-Mann-Transsexueller die Vaterschaft für ein Kind wirksam anerkennen, zumindest wenn sein neues Geschlecht im Zeitpunkt der Geburt bereits rechtskräftig festgestellt war.³¹

Selbst wenn das deutsche Recht der Paarbeziehungen sowie das deutsche Abstammungsrecht adäquate Regelungen für Intersexuelle bereit stellen würden, besteht ein nicht unerhebliches Risiko,

dass etwa die Ehe mit einem Intersexuellen oder die Vaterschaft eines Intersexuellen, soweit sie nicht auf einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung beruht, im Ausland nicht überall anerkannt würden. Es sollten daher Anstrengungen unternommen werden, um die Rechtsstellung von Intersexuellen auch im internationalen Rechtsverkehr zu verbessern. Hierfür könnte vielleicht der Europarat einen geeigneten Rahmen bieten.³² Außerdem wäre die Frage zu stellen, ob ergänzende Regelungen im deutschen internationalen Privatrecht getroffen werden müssen, damit auch ausländische Bürger von den neuen personenstandsrechtlichen Regelungen profitieren könnten. Denn nach bisher allgemeiner Meinung richtet sich die Geschlechtszuordnung nach dem Heimatrecht der Betroffenen.³³

Da eine detaillierte Diskussion über die hier aufgeworfenen Fragen in Deutschland bislang noch nicht stattgefunden hat, stellen die vorangehenden Überlegungen lediglich einen ersten tastenden Versuch dar, sich auszumalen, welche gesetzgeberischen Maßnahmen erforderlich wären, um die Vorschläge des Deutschen Ethikrates vollumfänglich umzusetzen.

3. Einführung der Option, die Geschlechtszuordnung „weiblich/männlich“ offen zu lassen

Ein weniger weit reichender Reformansatz, dessen Verwirklichung keine so großen Schwierigkeiten bereiten dürfte, würde darin bestehen, im Personenstandsrecht klarzustellen, dass die Geschlechtszuordnung „weiblich“ oder „männlich“ offen gelassen werden kann.³⁴ Dafür könnte im Datenfeld „Geschlecht“ beispielsweise die Angabe „offen“ oder „keine Angabe“ vorgesehen werden.

Eine solche Regelung würde den Druck von den Eltern nehmen, bei intersexuellen Kindern eine rasche personenstandsrechtliche Festlegung in die eine oder andere Richtung vornehmen zu müssen und dadurch die Gefahr mindern, dass sich Eltern genötigt fühlen, geschlechtsanpassende medizinische Interventionen vorschnell vornehmen zu lassen. Die Festlegung des Geschlechts könnte dann entweder nachgeholt werden, wenn die Entwicklung des Kindes eindeutig in eine bestimmte Richtung weist oder das Kind volljährig geworden ist und sich für eine Geschlechtszuordnung selbst entscheiden kann. Dabei wäre es – wie bereits im vorangehenden Abschnitt ausgeführt wurde – nicht erforderlich, eine Altershöchstgrenze vorzusehen, bis zu der die Festlegung spätestens zwingend erfolgen müsste.

Der Unterschied zur vorangehend diskutierten Option würde darin bestehen, dass die Wahl zwischen dem weiblichen und männlichen Geschlecht lediglich vorübergehend oder dauerhaft offen gelassen werden könnte, aber die Entscheidung für eine traditionelle Geschlechtszuordnung nicht

wieder ohne Weiteres rückgängig gemacht werden könnte. Damit würden sich die Fragen, wem das Optionsrecht zusteht, wer der Wahl zustimmen muss, unter welchen Voraussetzungen sie erneut vorgenommen bzw. rückgängig gemacht werden kann und wie ausländische Mitbürger zu behandeln sind, nicht in gleicher Schärfe stellen. Weniger Spielraum gäbe es aber in den Fällen, in denen bei der Geburt zunächst von einer eindeutigen Geschlechtszuordnung ausgegangen wird und sich erst im Laufe der Entwicklung körperliche Merkmale zeigen, die auf das andere Geschlecht hinweisen, oder die Eltern sich bei der Geburt für die Eintragung des „überwiegenden“ Geschlechts entscheiden. Die Korrektur eines einmal bestimmten Geschlechts (von weiblich auf männlich oder umgekehrt) wäre – wie nach bisherigem Recht – nur als Personenstandsberichtigung nach § 48 PStG möglich, wenn bei der Ersteintragung von falschen biologischen Voraussetzungen ausgegangen wurde, oder müsste nach den Vorschriften des TSG erfolgen.³⁵

Auch bei diesem Regelungsansatz sollte die deutsche Rechtsordnung daraufhin durchgesehen werden, für welche Fragen eine Festlegung auf das weibliche oder männliche Geschlecht zwingend erforderlich ist: Für das Recht der Paarbeziehungen und das Abstammungsrecht würde es insofern bei den im vorangehenden Abschnitt ausgesprochenen Reformempfehlungen bleiben.

IV. Gerichtliche Genehmigung für Einwilligung in geschlechtsverändernde Operationen bei Minderjährigen (Frage 4 und 5)

Der Deutsche Ethikrat fordert, dass eine Entscheidung des Familiengerichts dann eingeholt werden müsse, wenn „die Wünsche oder Erklärungen des Kindes und der Sorgeberechtigten bei der Entscheidung über medizinische Maßnahmen, die die (zukünftige) Fortpflanzungsfähigkeit und/oder die sexuelle Empfindungsfähigkeit möglicherweise irreversibel beeinträchtigen, einander widersprechen“.³⁶ Diskutiert wird außerdem, für derartige medizinische Maßnahmen generell die Pflicht zur familiengerichtliche Genehmigung vorzusehen.

Auf den ersten Blick leuchtet es ein, in den Fällen, in denen die Wünsche oder Erklärungen des Kindes und der Sorgeberechtigten nicht übereinstimmen, eine familiengerichtliche Genehmigung zu fordern. Denn bei einem Widerspruch zwischen den Vorstellungen des Betroffenen und der Sorgeberechtigten bestehen schwerwiegende Zweifel, ob die medizinische Behandlung aus Sicht des Kindeswohls wirklich geboten ist. Außerdem würde die vorgeschlagene Maßnahme vermutlich bewirken, dass die betroffenen Kinder – abhängig von ihrem Alter – in den Entscheidungsprozess stärker eingebunden und somit auch ausführlicher aufgeklärt und in ihren Wünschen und Nöten stärker ernst genommen würden. Doch gleichwohl bestehen gravierende Einwände gegen den

Vorschlag: Schon die praktische Umsetzung dürfte äußerst schwierig sein: Wer beurteilt, ab welchem Alter ein Widerspruch des Kindes beachtlich ist? Lässt sich dafür eine starre Altersgrenze angeben, die im Gesetz festgelegt werden könnte? Wie wird außerdem – ohne Einschaltung des Familiengerichts – sicher gestellt, dass die betroffenen Kinder ihre Haltung selbstbestimmt und ohne unangemessenen äußeren Druck artikulieren können? Vor allem aber erscheint zweifelhaft, ob eine Übereinstimmung zwischen Kind und Eltern wirklich ein ausreichendes Indiz ist, um von einer staatlichen Kontrolle der Behandlungsentscheidung abzusehen. Denn insbesondere bei jüngeren Kindern dürfte es den Eltern und beteiligten Ärzten in aller Regel leicht fallen, sie von der Notwendigkeit der vorgeschlagenen Behandlung zu überzeugen.

Es wäre daher zu überlegen, ob über den vom Deutschen Ethikrat in seiner Handlungsempfehlung angesprochenen Sonderfall hinaus für alle medizinischen Maßnahmen, die die (zukünftige) Fortpflanzungsfähigkeit und/oder sexuelle Empfindungsfähigkeit möglicherweise irreversibel beeinträchtigen, eine familiengerichtliche Genehmigung gefordert werden sollte. Eine Bewertung dieses Vorschlags fällt – auf der Grundlage des gegenwärtigen Erkenntnisstandes – allerdings schwer:

Auf der einen Seite scheint der Kern des Problems nicht so sehr darin zu liegen, dass Eltern von intersexuellen Kindern ihre Elternverantwortung in der Vergangenheit nicht sachgerecht wahrgenommen hätten. Ausschlaggebend für die Entscheidung der Eltern werden in aller Regel die Behandlungsempfehlungen der Ärzte gewesen sein. In diesem Zusammenhang konstatiert der Deutsche Ethikrat, dass in der Vergangenheit – aufgrund des damaligen Standes der wissenschaftlichen Erkenntnis – vielfach dramatische Fehleinschätzungen über das adäquate medizinische Vorgehen bestanden.³⁷ Hieran hätte zum damaligen Zeitpunkt wohl auch die Einschaltung des Familiengerichts in aller Regel nichts ändern können. Würden die Forderungen des Deutschen Ethikrates zur Verbesserung der medizinischen Behandlung und Betreuung umgesetzt (insbesondere die Forderungen Nr. 1, 3 und 10)³⁸, so wären auch die Eltern deutlich besser als in der Vergangenheit in der Lage, eine sachgerechte und am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu treffen. Die fortbestehenden Erkenntnisdefizite, die vom Deutschen Ethikrat vielfach konstatiert werden,³⁹ müssen durch medizinische und sozialwissenschaftliche Forschung geschlossen werden, lassen sich aber nicht durch die Einschaltung des Familiengerichts beheben. Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Einschaltung des Familiengerichts für die betroffenen Kinder mit zusätzlichen Belastungen verbunden ist.⁴⁰

Auf der anderen Seite stehen höchstpersönliche Rechtsgüter des Kindes auf dem Spiel, in die in besonders schwerwiegender und oftmals irreversibler Weise eingegriffen wird. Daher drängt sich der Vergleich zur geschlossenen Unterbringung eines Kindes auf, die nach § 1631b S. 1 BGB stets und ausnahmslos der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Dabei dürften die hier in Frage stehenden medizinischen Maßnahmen in vielen Fällen einen gravierenderen Eingriff in die Rechte des Kindes darstellen als die geschlossene Unterbringung. Zwar verfügt der Familienrichter nicht über eigene Sachkunde, um den Behandlungsvorschlag der Eltern und Ärzte bewerten zu können, doch wird er in aller Regel ein medizinisches Sachverständigengutachten in Auftrag geben, so dass die Einholung einer „zweiten Meinung“ gewährleistet wird, was grundsätzlich sachgerecht erscheint. Außerdem kann das betroffene Kind im geschützten Rahmen des familiengerichtlichen Verfahrens angehört und auf diese Weise seine Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung sowie seine eigenen Wünsche und Vorstellungen besser beurteilt werden. Auch können dem Kind im familiengerichtlichen Verfahren Interessenvertreter zur Seite gestellt werden (z.B. Verfahrensbeistand), um seine Vorstellungen und Wünsche stärker zur Geltung zu bringen.

Zu einer abschließenden Bewertung dieser Frage sehe ich mich allerdings derzeit nicht in der Lage. Da die (juristische) Diskussion erst in ihren Anfängen steckt, sollte ein interdisziplinärer Dialog zwischen Betroffenen, Medizinern und Juristen geführt werden, um eine fundierte Beurteilung der Regelungsalternativen zu ermöglichen.

Die Grenzen des elterlichen Einwilligungrechts speziell für den Fall geschlechtsanpassender medizinischer Maßnahmen gesetzlich zu regeln, erscheint demgegenüber nicht erforderlich. Das entscheidende Problem liegt nicht darin, dass die Grenzen des elterlichen Einwilligungrechts unklar wären, sondern dass es keine Instanz gibt, welche die Einwilligung auf ihre Kindeswohlverträglichkeit überprüft.

Marburg, den 14.6.2012

¹ Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zum Thema Intersexualität, BT-Drucks. 17/9088, S. 46ff.

² Vgl. etwa *Coester-Waltjen*, JZ 2010, 852, 854; *Grünberger*, StAZ 2007, 357, 358; so auch das Verständnis des Deutschen Ethikrates, Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 4, 9 und 57.

-
- ³ *Spickhoff*, Medizinrecht 2011, § 1 TSG Rn. 4; *Augstein*, Transsexuellengesetz, 2012, Einl. Rn. 1 und 4.
- ⁴ Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 59 (Empfehlung Nr. 4 zum Personenstandsrecht).
- ⁵ Vgl. etwa *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger FrauenStudien, Ausgabe 17 (2005), 115, 127 und 131f.; *Adamietz*, APuZ 2012, 15, 21.
- ⁶ Vgl. <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/GeschlechtStaatsangehoerigkeit.html>.
- ⁷ Auch wenn es hierfür keine ausdrückliche Kollisionsnorm gibt, entspricht es allgemeiner Auffassung, dass sich die Geschlechtszuordnung nach dem Personalstatut, d.h. nach dem Heimatrecht des Betroffenen richtet (vgl. OLG Frankfurt 12.11.2004, StAZ 2005, 73, 74; OLG Karlsruhe 28.1.2003, StAZ 2003, 139; Präsidentin des KG 10.6.2002, StAZ 2002, 307, 308).
- ⁸ Schon das deutsche internationale Privatrecht beurteilt Fragen des Personenstandes nicht ausschließlich nach dem Heimatrecht, sondern sieht hilfsweise oder alternativ einen Rückgriff auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts vor (vgl. etwa Art. 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 13 Abs. 2, 19 Abs. 1 S. 1, 22 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Im internationalen Privatrecht anderer Rechtsordnungen steht das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts noch stärker im Vordergrund.
- ⁹ BGBl. 1997 II, 774ff. Im Internet auch zu finden unter www.ciec-deutschland.de. Das Abkommen gilt in folgenden 19 Staaten: Italien, Luxemburg, Österreich, Portugal, Spanien, der Türkei, Frankreich, den Niederlanden, der Schweiz, Mazedonien, Bosnien-Herzegowina, Bundesrepublik Jugoslawien (jetzt Serbien und Montenegro), Slowenien, Kroatien, Belgien, Deutschland, Polen und Litauen.
- ¹⁰ Vgl. Datenfeld Nr. 7 (Formular A – Geburt) und Datenfeld Nr. 7 (Formular C – Tod), dazu bestimmt Art. 5 Abs. 4 des Übereinkommens: „Zur Bezeichnung des Geschlechts sind ausschließlich folgende Zeichen zu verwenden: M = männlich, F = weiblich“.
- ¹¹ Jeder Bürger kann im internationalen Rechtsverkehr auch eine (beglaubigte) Übersetzung der Originalpersonenstandsurkunde verwenden.
- ¹² Stellungnahme, BT-Drucks. 17/5528, S. 59 (Empfehlung Nr. 1 zum Personenstandsrecht).
- ¹³ Stellungnahme, BT-Drucks. 17/5528, S. 1.
- ¹⁴ Dies entspricht auch der Vorstellung des Deutschen Ethikrats (BT-Drucks. 17/9088, S. 59 – Forderung Nr. 1 zum Personenstandsrecht: „Personen, deren Geschlecht nicht eindeutig feststellbar ist“).
- ¹⁵ Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 10.
- ¹⁶ Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 9. Bei einer Befragung durch den Deutschen Ethikrat nach der gewünschten Benennung der eigenen Geschlechtsidentität gaben 50% die weibliche und 10% die männliche Identität an, der Rest sprach sich für eine andere Bezeichnung aus (10%: intersexuell, 6%: keine Benennung, jeweils wenige: Zwitter, Hermaphrodit, Mensch, transidenter Mensch etc.), a.a.O. S. 26.

¹⁷ Art. 57 Nr. 1 Code civil belge bestimmt: „für Kinder mit nicht eindeutigem Geschlecht kann das Geschlecht des Kindes vom Vater oder von der Mutter oder von beiden Elternteilen binnen drei Monaten unter Vorlage eines ärztlichen Attestes angegeben werden“ (Übersetzung Bergmann/Ferid/Henrich/Pintens, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Belgien, Stand: 2011, S. 82).

¹⁸ Art. 19d B.W. Abs. 2: „Innerhalb von drei Monaten nach der Geburt, oder, bei Versterben innerhalb dieser Frist anlässlich der Anzeige des Versterbens, wird unter Durchstreichung der in Abs. 1 bezeichneten Urkunde eine neue Geburtsurkunde errichtet, in der das Geschlecht, wenn dieses inzwischen festgestellt worden ist, anhand einer zur Sache vorgelegten ärztlichen Bescheinigung angegeben wird.“ (Übersetzung Bergmann/Ferid/Henrich/Weber, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, Stand: 2008, S. 84).

¹⁹ BVerfG 5.12.2008, NJW 2009, 663, 664 = StAZ 2009, 76, 78.

²⁰ Bereits nach geltendem Recht besteht die Möglichkeit, den Namen eines Kindes zu ändern, wenn ihm irrtümlich ein zum Geschlecht nicht passender Vorname erteilt wurde, vgl. OLG Köln 25.11.1960, NJW 1961, 1023.

²¹ Dabei wird man vom Grundsatz ausgehen, dass einmal wirksam erworbene Rechte und Rechtsbeziehungen durch den Wechsel des Geschlechts nicht wieder verloren gehen. So hat das Bundesverfassungsgericht die frühere Regelung des TSG, wonach die Änderung des rechtlichen Geschlechts einer verheirateten Person deren Scheidung voraussetzt, für verfassungswidrig erklärt (BVerfG 27.5.2008, BVerfGE 121, 175ff. = StAZ 2008, 312ff.).

²² Vgl. nur Palandt/*Brudermüller*, BGB, 71. Aufl. 2012, vor § 1310 BGB Rn. 3. Wird gegen diesen Grundsatz verstoßen, so handelt es sich nach deutschem Recht um eine Nichtehe, die keinerlei rechtliche Wirkungen entfaltet: KG 24.2.1994, StAZ 1994, 220; OLG Köln 15.3.1993, NJW 1993, 1997 = StAZ 1993, 147.

²³ BVerfG 29.7.1959, BVerfGE 10, 59, 66; BVerfG 4.10.1993, FamRZ 1993, 1419 = StAZ 1993, 386; BVerfG 17.7.2002, FamRZ 2002, 1169, 1170f. = StAZ 2002, 293, 301f.

²⁴ BVerfG 17.7.2002, FamRZ 2002, 1169 ff. = StAZ 2002, 293ff.

²⁵ Überblick etwa bei *Muscheler*, FPR 2010, 227, 232 ff.; Palandt/*Brudermüller*, BGB, 71. Aufl. 2012, Einl. LPartG Rn. 2 unter 2b.

²⁶ EuGH 1.4.2008 – Rs. C-267/06 (Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen), NJW 2008, 1649; vgl. auch EuGH 10.5.2011 – Rs. C-147/08 (Römer/Freie und Hansestadt Hamburg), NJW 2011, 2187 (Zusatzversorgung).

²⁷ Zur Gleichstellung auf weiteren Gebieten vgl. nur BVerfG 7.7.2009, BVerfGE 124, 199 ff. (betriebliche Hinterbliebenenversorgung); 21.7.2010, BVerfGE 126, 400 ff. (Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht); BVerwG 28.10.2010, NVwZ 2011, 499 (beamtenrechtliche Hinterbliebenenversorgung) sowie bereits BAG 29.4.2004, BAGE 110, 277 (Ortszuschlag nach BAT).

²⁸ Keine größeren Probleme bereitet demgegenüber die mütterliche Abstammung: Während es bislang in § 1591 BGB heißt: „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“, könnte geschlechtsneutral formuliert werden: „Mutter eines Kindes ist die Person, die es geboren hat.“

²⁹ § 1592 BGB lautet: „Vater eines Kindes ist der Mann, der ...“

³⁰ Auch gibt es nicht – vergleichbar mit der Ehe – eine automatische Zuordnung zur eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter. Diese Regelung hat das Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform gebilligt (BVerfG 2.7.2010 FamRZ 2010, 1621, 1622).

³¹ Staudinger/*Rauscher*, BGB, Bearb. 2011, § 1591 BGB Rn. 35b; vgl. auch *Krömer*, StAZ 2002, 50.

³² Ein erster Schritt in diese Richtung wurde unternommen durch die Empfehlung CM/Rec(2010)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität.

³³ Vgl. oben Fn. 7.

³⁴ In Belgien kann nach Art. 57 Nr. 1 Code civil für Kinder mit nicht eindeutigem Geschlecht die Bestimmung des Geschlechts innerhalb der ersten drei Monate nach der Geburt nachgeholt werden (vgl. oben Fn. 17). Noch weiter geht in den Niederlanden Art. 19d Abs. 3 B.W., der in Ergänzung zu Art. 19d Abs. 2 B.W. (vgl. oben Fn. 18) anordnet: „Ist innerhalb der in Abs. 2 genannten Frist keine ärztliche Bescheinigung vorgelegt worden, oder geht aus der ärztlichen Bescheinigung hervor, dass das Geschlecht nicht hat festgestellt werden können, dann gibt die neue Geburtsurkunde an, dass das Geschlecht des Kindes nicht hat festgestellt werden können.“ (Übersetzung Bergmann/Ferid/Henrich/*Weber*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, Stand: 2008, S. 84).

³⁵ Will man diese Konsequenz nicht in Kauf nehmen, könnte beispielsweise dem volljährigen (oder mindestens 16jährigen) Intersexuellen das Recht eingeräumt werden, die Geschlechtsbestimmung rückgängig zu machen und sich für die Eintragung „offen“ bzw. „keine Angabe“ zu entscheiden. Damit würden sich – zumindest teilweise – wieder ähnliche Fragen stellen, wie sie schon im Zusammenhang mit dem vorangehenden Modell diskutiert wurden.

³⁶ Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 58 Forderung Nr. 10 zur medizinischen Behandlung.

³⁷ Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 16f., 24 und 35. Das Bild, das der Deutsche Ethikrat zeichnet, ist allerdings nicht ganz widerspruchsfrei: Während überwiegend betont wird, dass medizinische Fehleinschätzungen für das Leid der Betroffenen verantwortlich sind und sich der Erkenntnisstand insofern geändert habe (und noch weiter verbessern müsse), wird an einzelnen Stellen auch die Rolle der Sorgeberechtigten überaus kritisch bewertet, vgl. etwa S. 51: „oft geht es vielmehr um den Leidensdruck der Eltern“.

³⁸ Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 58.

³⁹ Vgl. beispielsweise Stellungnahme, BT-Drucks. 17/9088, S. 20, 27 und 51.

⁴⁰ *Coester-Waltjen*, JZ 2010, 852, 855.