

Helen Lindenberg

Rechtsfragen medizinischer  
Intervention bei intersexuell  
geborenen Minderjährigen



**Nomos**

Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig

Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 29

Helen Lindenberg

Rechtsfragen medizinischer  
Intervention bei intersexuell  
geborenen Minderjährigen



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6507-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0593-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Der Mensch hat eine solche Vorliebe für Systeme und abstrakte  
Schlussfolgerungen, dass er bereit ist, die Wahrheit  
willentlich zu entstellen, sich Augen und Ohren zuzuhalten,  
nur um seine Logik zu rechtfertigen.*

Dostojewski, Aufzeichnungen aus dem Kellerloch



## Vorwort

Den Wunsch, einmal eine Arbeit zu dem Thema Intersexualität zu verfassen, hatte ich bereits zu Beginn meines Jurastudiums im Jahr 2011 aufgrund meiner ehrenamtlichen Tätigkeit im Friedensdorf Oberhausen e.V. Dies ist ein gemeinnütziger Verein, der Kinder aus Kriegs- und Krisengebieten nach Deutschland holt und ihnen hier eine kostenlose medizinische Behandlung ermöglicht, bevor sie wieder in ihre Heimatländer zurückkehren. Dort kam ich das erste Mal mit intersexuellen Kindern in Kontakt, von denen ich gar nicht wusste, dass sie existieren. Ich war schockiert und fassungslos über die Tabuisierung und Nichtexistenz der Betroffenen sowie zutiefst bewegt von dem Leid, welches vielen durch die medizinische Behandlung im Kindesalter widerfährt. Aufgrund dieser Erfahrung wollte ich die medizinischen Interventionen in den Mittelpunkt stellen. Ich war und bin motiviert, einen Beitrag zu leisten, auf die Bedürfnisse der Betroffenen aufmerksam zu machen und gesetzliche Regelungen zu schaffen, die ihre Selbstbestimmung wahren.

An dieser Stelle gebührt mein Dank meiner Doktormutter, Frau Professor Lugani, die mir den Freiraum gegeben hat, meine eigene Forschung zu betreiben sowie für die tiefgründige Beschäftigung mit der Thematik, die in verschiedenen hilfreichen Vorschlägen zur Ergänzung der vorliegenden Ausarbeitung geführt haben. Herzlich danke ich meinem Zweitkorrektor, Herrn Professor Olzen, für die Übernahme des Zweitgutachtens und dessen umgehende Erstellung mit wertvollen Hinweisen.

Die finanzielle sowie ideelle Förderung durch die Konrad Adenauer Stiftung waren Grundvoraussetzung für den Erfolg dieser Arbeit. Daher gilt mein Dank allen Mitarbeitern der Stiftung. Darüber hinaus danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Ich danke meinen Eltern für die unzähligen sowie andauernden Diskussionen, kritischen Gedanken und die bedingungslose Unterstützung, Mein Vater hat mir beigebracht, kritisch zu denken und bestehende Normen zu hinterfragen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet. Darüber hinaus möchte ich mich bei Tobias Thielmann für die konstruktiven Korrekturen und fachlichen Anmerkungen bedanken.

*Helen Lindenberg*



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
I. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit	21
II. Gang der Untersuchung	24
Kapitel A: Intersexualität – Was ist das?	30
I. Begriffsbestimmung	31
1. Definition von Intersexualität	31
2. Abgrenzung zu Transsexualität	35
3. Zusammenfassung	36
II. Medizinische Grundlagen	36
1. Geschlechtsdifferenzierung	37
a) Normale Sexualdeterminierung und -differenzierung	37
b) Störungen der sexuellen Differenzierung und Ursachen von Intersexualität	39
2. Formen von Intersexualität	40
a) XX-Formen	41
b) XY-Formen	44
aa) Gonadendysgenesien	44
bb) Androgenresistenz (Androgen-Insensitivitäts-Syndrom, AIS)	45
cc) Störungen der Androgensynthese oder -wirkung	46
3. Häufigkeiten	47
4. Zusammenfassung	48
III. Medizinische Behandlung bei Intersexualität	49
1. Diagnostik	49
2. Medizinische Zuweisungs- und Behandlungspraxis	51
a) Medizinische Behandlungsmaßnahmen	51
aa) Hormonbehandlung	51
bb) Operative Eingriffe	52
(1) Funktional bedingte Operationen	52
(2) Geschlechtszuweisende Operationen	53
(3) Gonadektomie	56
b) Behandlungsrichtlinien und -empfehlungen	57
aa) Entwicklung der Behandlungspraxis	58

bb) Zur Kritik an der optimal gender policy	60
cc) Aktuelle ärztlicher Leitlinien für die Behandlung intersexueller Kinder in Deutschland und ihre Funktion	63
(1) Ärztliche Leitlinien zur Ermittlung des medizinischen Standards	63
(2) AWMF-Leitlinien	65
(3) Leitlinien zur Behandlung intersexueller Kinder	66
c) Zwischenfazit	67
3. Aktuelle Situation in Deutschland	68
IV. Fazit Kapitel A	70
Kapitel B: Geschlecht im Recht und gesellschaftlicher Umgang mit Geschlecht	72
I. Binäres Geschlechtermodell der westlichen Gesellschaft	73
1. Binäre Annahmen über Geschlecht unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Online-Umfrage	73
2. Die Nicht-Existenz von Intersexuellen in der Öffentlichkeit	77
3. Pathologisierung von Intersexualität	79
4. Ausblick – gesellschaftlicher Wandel anhand von Homosexualität	83
5. Zwischenfazit	84
II. Rechtliche Regelungen zum Geschlecht im geltenden Recht	86
1. Bedeutung der Geschlechtszuordnung (Beispiele für geschlechtsspezifische Regelungen)	87
2. Besondere Bestimmungen für intersexuell geborene Menschen	90
a) Regelungen im Preußischen Allgemeinen Landrecht	90
b) Keine Regelungen im BGB	92
c) Analyse der Gründe für das Fehlen rechtlicher Regelungen im BGB	93
3. „Geschlecht“ als Rechtsbegriff	94
a) Geschlechtskategorien	95
b) „Intersexuell“ als Geschlechtskategorie in der gerichtlichen Praxis	96
aa) „Der Fall Reiter“	96
bb) „Der Fall Wanja“	98

cc) Analyse	101
dd) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017–1 BvR 2019/16	103
4. Festlegung des Geschlechts bei der Geburt	106
a) Rechtliche Situation nach dem Personenstandsgesetz	107
aa) Personenstandsgesetz vor 2013	107
bb) Änderung des Personenstandsgesetzes im Jahre 2013	109
cc) Analyse und Bewertung der rechtlichen Neuregelung	110
ee) Auswirkung der Änderung des Personenstandsgesetzes auf die Eintragungspraxis unter Berücksichtigung der Befragung der Landesämter	113
ff) Änderung der medizinischen Behandlungspraxis durch die Personenstandsgesetzänderung unter Berücksichtigung der Medizinerbefragung	115
gg) Änderung des Personenstandsgesetzes im Jahre 2018	118
hh) Analyse und Bewertung der rechtlichen Neuregelung	118
b) Zwischenfazit zur Änderung des Personenstandsgesetzes	121
III. Fazit Kapitel B	122
Kapitel C: Rechtmäßigkeit und Einwilligung bei medizinischer Behandlung intersexuell geborener Kinder	124
I. Voraussetzungen rechtmäßiger ärztlicher Behandlungen	124
1. Allgemeine Voraussetzungen	125
a) Begriffsbestimmung Heileingriff	125
b) Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Heileingriff	127
aa) Indikation	127
bb) Die Durchführung lege artis	129
cc) Die Einwilligung	130
2. Staatliche Direktiven zum Umgang mit Intersexualität	130
a) Entscheidungen zu geschlechtskorrigierenden Eingriffen	131
aa) Entscheidungen der Kölner Gerichte	131
(1) Sachverhalt	131
(2) Darstellung der Urteilsgründe	133

bb) Entscheidung des Landgerichts Fürths	134
b) Analyse	135
c) Zwischenfazit	136
3. Indikation der medizinischen Maßnahme	137
a) Heileingriff	137
aa) Physische Indikation	138
(1) Physische Indikation bei Kindern mit AGS	138
(2) Physische Indikation bei Korrektur einer Hypospadie	138
(3) Physische Indikation bei Entartungsrisiko bei Gonadektomien	139
(4) Physische Indikation bei Klitorisreduktion, Neovagina u. ä.	142
(5) Physische Indikation bei Störungen im harnableitenden System	142
(6) Physische Indikation zur Hormonverabreichung	143
(7) Zwischenergebnis zur physischen Indikation	143
bb) Psychische Indikation	145
(1) Begründung einer psychischen Indikation	145
(2) Zwischenergebnis zur psychischen Indikation	147
cc) Zwischenergebnis zur Indikation	148
b) Geschlechtskorrigierende Operation als kosmetischer Eingriff?	149
aa) Abgrenzung zwischen Heileingriff und kosmetischem Eingriff	149
bb) Anwendung auf die Operationen bei intersexuellen Kindern	155
c) Zwischenergebnis zur Indikation	157
4. Einwilligung durch die Eltern	159
a) Die Träger der elterlichen Sorge	160
b) Inhalt der elterlichen Sorge	161
aa) Einführung	161
bb) Einfachgesetzliche Ausgestaltung der elterlichen Sorge	163
cc) Gesundheitssorge als Teil der Personensorge	165
c) Zulässigkeit in die Einwilligung in geschlechtszuweisende Operationen	167

d)	Grenzen der elterlichen Sorge	171
aa)	Sterilisationsverbot nach § 1631c BGB	172
bb)	Kastrationsverbot, §§ 2, 4 KastrG	176
cc)	Gebot der Rücksichtnahme auf die wachsende Selbstständigkeit des Kindes, § 1626 Abs. 2 BGB	180
dd)	Kindeswohl, § 1627 S. 1 BGB	182
ee)	Treuhänderische Pflichtgebundenheit, § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB	184
ff)	Recht auf gewaltfreie Erziehung und Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen, § 1631 Abs. 2 BGB	187
gg)	Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, § 1666 Abs. 1 BGB	189
hh)	Zwischenergebnis zu den Grenzen der elterlichen Sorge	192
e)	Zusammenfassung zur Einwilligung durch die Eltern	193
5.	Einwilligung durch den minderjährigen Betroffenen	195
a)	Die Einwilligung als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts	196
b)	Rechtsnatur der Einwilligung	198
aa)	Einwilligung als Willenserklärung	198
bb)	Einwilligung als Gestattung tatsächlichen Handelns	199
cc)	Zwischenergebnis	201
c)	Einwilligungsfähigkeit	203
aa)	Höchstrichterliche Rechtsprechung	204
	(1) Darstellung	204
	(2) Analyse	207
bb)	Einwilligungsfähigkeit nach dem Patientenrechtegesetz, §§ 630d ff. BGB	208
cc)	Einwilligungsfähigkeit gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I	210
dd)	Einwilligungsfähigkeit und Schuld- und Deliktsfähigkeit	211
ee)	Lösungsvorschläge der Literatur	213
	(1) Annahme fester Altersgrenzen	214
	(2) Einzelfallabhängige Entscheidung	214
	(3) Bewertung der dargestellten Lösungsvorschläge	215
ff)	Zwischenergebnis zur Einwilligungsfähigkeit	218

d) Kriterien der Einwilligungsfähigkeit	219
aa) Allgemeine Inhalte der Einwilligungsfähigkeit	219
bb) Maßstab der Einwilligungsfähigkeit	221
(1) Differenzierung nach Dringlichkeit des Eingriffs	222
(2) Differenzierung nach der Schwere des Eingriffs	223
(3) Regelvermutung	225
cc) Zwischenfazit zu den Kriterien der Einwilligungsfähigkeit	227
6. Zum Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und Personensorgerecht der Eltern	229
a) Alleinentscheidungsrecht des Minderjährigen	230
b) Einwilligungskompetenz der gesetzlichen Vertreter	231
c) Kumulative Entscheidungskompetenz	232
d) Alternative Einwilligungskompetenz	233
e) Vetorecht des Minderjährigen	233
aa) BGH-Urteil aus dem Jahr 2006	233
bb) Analyse	234
f) Bewertung der dargestellten Lösungen zur Einwilligungskompetenz	236
g) Abschluss des Behandlungsvertrags	240
h) Zwischenfazit zum Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und Personensorgerecht der Eltern	243
7. Zwischenergebnis zur Einwilligung	244
II. Fazit Kapitel C	246

Kapitel D: Rechtsvergleichende Untersuchung zur Einwilligung in Österreich und der Schweiz 249

I. Zivilrechtliche Regelungen hinsichtlich der medizinischen Behandlung von Minderjährigen in Österreich	251
1. Bedeutung der Einwilligung in die medizinische Behandlung im österreichischen Recht	251
2. Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Ausgangspunkt	254
a) Die Handlungsfähigkeit des Kindes bei der Frage nach seiner Einwilligungsfähigkeit	254
b) Überblick über den Regelungsgehalt des § 173 ABGB	255
aa) Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit	256

bb)	Die Vermutungsregel des § 173 Abs. 1 ABGB zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit speziell bei Kindern und Jugendlichen	258
(1)	Flexible Altersgrenze von 14 Jahren	258
(2)	Anwendungsbereich: Zum Begriff der „medizinischen Behandlung“ im Sinne von § 173 Abs. 1 ABGB	259
3.	Gesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG)	261
a)	Überblick über den Regelungsgehalt	262
b)	Verhältnis des § 7 ÄsthOpG zu den allgemeinen Bestimmungen des ABGB	263
c)	Anwendung auf die Behandlung intersexueller Kinder und Jugendlicher	265
4.	Die Einwilligung durch die Obsorgeberechtigten bei einwilligungsunfähigen Kindern und Jugendlichen	266
a)	Entscheidungskompetenz des Obsorgeberechtigten	266
b)	Person des Zustimmungsberechtigten	267
c)	Grenzen: Bindung an das Kindeswohl	269
d)	Beteiligung des einwilligungsunfähigen Minderjährigen	270
e)	Zwischenfazit zur Einwilligung bei der medizinischen Behandlung eines einwilligungsunfähigen Minderjährigen	271
5.	Die Einwilligung bei Behandlungen von einwilligungsfähigen Kindern und Jugendlichen	272
a)	Grundsatz: alleinige Einwilligungskompetenz gem. § 173 Abs. 1 ABGB	273
b)	Ausnahme: elterliches Zustimmungserfordernis gem. § 173 Abs. 2 ABGB	273
aa)	Anwendungsbereich des § 173 Abs. 2 ABGB	274
bb)	Rechtsnatur der elterlichen Zustimmung	276
cc)	Bedeutung des § 173 Abs. 2 ABGB für die Behandlung intersexueller Kinder und Jugendlicher	277
c)	Zwischenfazit zur Einwilligung in die medizinische Behandlung eines einwilligungsfähigen Minderjährigen	278

6. Zusammenfassung zur Einwilligung in die medizinische Behandlung von Kindern und Jugendlichen in Österreich	280
II. Zivilrechtliche Regelungen hinsichtlich der medizinischen Behandlung von Minderjährigen in der Schweiz	281
1. Bedeutung der Einwilligung in die medizinische Behandlung im schweizerischen Recht	281
2. Urteilsfähigkeit als zentrales Kriterium	284
a) Grundsatz: Erfordernis der Handlungsfähigkeit, Art. 12 ZGB	284
b) Ausnahme: Urteilsfähigkeit bei Persönlichkeitsrechten, Art. 19c Abs. 1 Halbs. 1 ZGB	285
c) Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB	286
aa) Begriff der Urteilsfähigkeit	286
bb) Maßstab für die Urteilsfähigkeit im höchstpersönlichen Bereich	287
cc) Übertragung der allgemeinen Grundsätze auf die medizinische Behandlung von Kindern und Jugendlichen	289
(1) Rechtsprechung	290
(2) Analyse: Maßstab für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit bei der medizinischen Behandlung von Kindern und Jugendlichen	292
3. Die Einwilligung durch die Eltern bei Behandlungen von urteilsunfähigen Kindern und Jugendlichen	294
a) Entscheidungskompetenz des Sorgeberechtigten	295
b) Person des Zustimmungsberechtigten	297
c) Grenzen: Bindung an das Kindeswohl	298
d) Beteiligung des einwilligungsunfähigen Minderjährigen	301
e) Zwischenfazit zur Einwilligung bei der medizinischen Behandlung eines urteilsunfähigen Minderjährigen und Übertragung auf die Situation intersexueller Minderjähriger	302
4. Die Einwilligung bei Behandlungen von urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen	304
a) Grundsatz: Alleinige Einwilligungskompetenz des urteilsfähigen Minderjährigen	304
b) Einwilligungskompetenz der Eltern in bestimmten Fällen	307

c) Zwischenfazit zu der Einwilligung bei der medizinischen Behandlung urteilsfähiger Kinder und Jugendlicher	308
5. Zusammenfassung zur Einwilligung in die medizinische Behandlung von Kindern und Jugendlichen in der Schweiz	308
III. Vergleich zur Rechtslage in Deutschland – Impulse für die Änderung der deutschen Regelungen?	310
1. Rechtliche Grundlagen zur Einwilligung in die medizinische Behandlung minderjähriger Patienten	310
2. Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit	313
3. Die Einwilligung in die medizinische Behandlung einwilligungsunfähiger Kinder und Jugendlicher	316
4. Einwilligungskompetenz bei der medizinischen Behandlung einwilligungsfähiger Kinder und Jugendlicher	320
5. Ergebnis für die deutsche Rechtsfortbildung	322
Kapitel E: Möglichkeiten zur Veränderung der rechtlichen Situation der Betroffenen	325
I. Analyse der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten zur Wahrung der Rechte der minderjährigen intersexuellen Kinder bei medizinischen Maßnahmen	326
1. Bestandsaufnahme der gesetzlichen Bestimmung	326
a) Besondere und allgemeine zivilrechtliche Regelungen	326
b) Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche	328
c) Strafrechtliche Regelungen	330
2. Positionen und Forderungen intersexueller Menschen	332
a) Recht auf körperliche Unversehrtheit und Erhaltung der Fortpflanzungsfähigkeit	333
b) Entwicklung einer eigenen Geschlechtsidentität und Selbstbestimmungsrecht	334
c) Entpathologisierung von Intersexualität	335
3. Schlussfolgerungen	336
II. Lösungsmöglichkeiten	337
1. Verbot geschlechtszuweisender Operationen	338
a) Absolutes Verbot	338
aa) Bestehen einer Schutzpflicht	339
bb) Geeignetheit	341

cc) Effektivität	342
dd) Angemessenheit/Verhältnismäßigkeit i. e. S.	343
(1) Familienrechtliche Herleitung aus § 1631 Abs. 2 S. 2 BGB	344
(2) Einbeziehung der weiteren Umstände der medizinischen Intervention	345
(3) Wünsche der Betroffenen	346
(4) Schutz der Selbstbestimmung	347
ee) Zwischenergebnis zum absoluten Verbot	348
b) Eingeschränktes Verbot	349
2. Regelungen zur Einwilligung durch den Minderjährigen	352
a) Gesetzliche Normierung der Einwilligungsfähigkeit und Selbstbestimmung	353
b) Gesetzliche Normierung einer Altersgrenze unter Berücksichtigung der Ergebnisse der rechtsvergleichenden Studie	354
aa) Gesetzliche Normierung einer Teilmündigkeit in Bezug auf den Behandlungsvertrag	358
bb) Vetorecht der Minderjährigen	359
3. Regelungen zur Einwilligung in die medizinische Behandlung bei einwilligungsunfähigen Kindern und Jugendlichen	365
a) Präventiver Erlaubnisvorbehalt mit Beteiligung einer Ethikkommission	366
b) Präventiver Erlaubnisvorbehalt mit Beteiligung des Familiengerichts	366
c) Diskussion und Ergebnis zur Genehmigungs- und Beteiligungspflicht medizinischer Maßnahmen	368
4. Gesetzesvorschlag zur Einwilligungsfähigkeit und zum Genehmigungsverfahren	371
5. Änderungen im Personenstandsrecht	374
a) Einführung eines „dritten“ Geschlechts	375
aa) Diskussion über die Einführung eines dritten Geschlechts	375
(1) Haltung von Betroffenenverbänden	376
(2) Gefahr weiterer Stigmatisierung und Ausgrenzung oder rechtliche Anerkennung durch ein drittes Geschlecht?	377
(3) Problematik der Kategorisierung und Zuordnung	379

bb) Notwendige Folgeänderungen im Familienrecht	382
(1) Ehe und Lebenspartnerschaft	382
(2) Abstammungsrecht	383
b) Abschaffung der Registrierung des Geschlechts im Recht	385
c) Zwischenfazit	390
III. Fazit Kapitel E	393
Schlussbetrachtung	397
Literaturverzeichnis	401
Glossar	441
Anhang 1: Gesetzliche Grundlagen Österreich	443
Anhang 2: Gesetzliche Grundlagen Schweiz	453
Anhang 3: Zusammenfassung Gespräch mit Prof. Dr. Holterhus, 17.06.16	457
Anhang 4: Online-Umfrage zur Erfassung des Informationsstandes über Intersexualität	461

