

2  
AUSGABE  
2011

Zeitschrift für  
Medizin-Ethik-Recht

MERKblatt



IM FOKUS

## Intersexualität

Die Rechtswidrigkeit von genitalverändernden Operationen an intersexuellen Minderjährigen

Rechtliche Entscheidungskompetenz der Eltern bei Intersexualität des Kindes

Zur Verfassungswidrigkeit des Personenstandsgesetzes

Arzt-Patienten-Verhältnis

Zum ärztlichen Umgang mit Behandlungsfehlern

Transsexualität

Der Behandlungsanspruch bei Transsexualität im Leistungsrecht

IWZ MER

10 Jahre Interdisziplinäres Zentrum Medizin-Ethik-Recht

Liebe Leser!

Junge oder Mädchen? Die Frage nach dem Geschlecht ist in der Regel schnell zu beantworten. Es werden jedoch immer wieder Kinder geboren, die weder eindeutig dem einen noch dem anderen Geschlecht zugeordnet werden können. Bei diesen Fällen spricht man von Intersexualität.

Laut Statistik liegt die Häufigkeit bei 1:5.000. Demzufolge leben in Deutschland ca. 8.000–10.000 intersexuelle Menschen. Dennoch ist das Wissen über diese Besonderheit in der Gesellschaft nicht weit verbreitet. Es bestehen viele Mythen, Vorurteile und Verwechslungen, wie zum Beispiel mit Transsexualität.

Erst im Verlaufe der letzten 10 Jahre kam es langsam zu einer umfassenderen öffentlichen Auseinandersetzung mit dem Leben in der Grauzone der Geschlechter und das Phänomen Intersexualität rückte vermehrt in den Fokus des gesellschaftlichen Interesses.

Gleichwohl bleiben viele Fragen offen, viele Spannungsfelder bestehen – insbesondere innerhalb der Disziplinen Medizin, Ethik und Recht. Das Phänomen Intersexualität stellt beim Menschen im doppelten Sinne eine Bedrohung des Gesetzes dar. Biologisch verletzt es die anthropologische Dichotomie von männlich und weiblich; soziokulturell unterwandert es eine eindeutige Geschlechtszuweisung, wie sie im rechtlichen Status des Personenstands vorgesehen ist. Daher widmet sich diese Ausgabe des MERKblatts im Schwerpunkt dem Thema Intersexualität als einem der bislang weniger im interdisziplinären Diskurs berücksichtigten Problemfelder.

Wir bedanken uns bei allen Autoren, die auf Anfrage keinen Augenblick zögerten, sich mit einem Beitrag zu beteiligen, beim Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrum Medizin-Ethik-Recht sowie bei der Stiftung Rechtsstaat Sachsen-Anhalt e. V. für die Unterstützung bei der Realisierung der Zeitschrift.

Wir wünschen Ihnen anregende Gedanken und viel Vergnügen beim Lesen!

Heidi Ankermann  
Andreas Walker

Redaktionsleitung

## INHALT

	Editorial	<b>3</b>		Arzt-Patienten-Verhältnis	
	IM FOKUS: INTERSEXUALITÄT		<i>Dominik Groß</i>	Zwischen Ethik und Recht: Zum ärztlichen Umgang mit Behandlungsfehlern	<b>50</b>
<i>Heidi Ankermann</i>	Dimensionen des Geschlechts	<b>6</b>	<i>Mirjam Thanner</i>	Christliche Leitbilder in der Medizinethik und Ökonomie: Widersprüche und Spannungsfelder	<b>57</b>
<i>Andreas Walker</i>	Tertium datur – Zur Logik des Ungeschlechts	<b>9</b>	<i>Eckhard Nagel</i>		
<i>Angela Kolbe</i>	Männer, Frauen, Zwitter? Zur Verfassungswidrigkeit des Personenstandsgesetzes	<b>14</b>		MER intern	
<i>Carla Weinhardt</i> <i>Lisa Hahn</i>	Die medizinische Behandlung von Intersexualität als Verstoß gegen die UN-Antifolterkonvention – Erfolge im Parallelbericht-Verfahren	<b>19</b>	<i>Lysann Hennig</i>	Weil heute dein Geburtstag ist ... 10 Jahre Interdisziplinäres wissenschaftliches Zentrum Medizin-Ethik-Recht	<b>61</b>
<i>Gerfried Fischer</i>	Rechtliche Entscheidungskompetenz der Eltern bei Intersexualität des Kindes	<b>25</b>		Heterologe Eizellspende, Abstammungstests und praktischer Workshop – meris-Herbsttagung am 22.10.2011	<b>63</b>
<i>Juana Remus</i>	Die Rechtswidrigkeit von genitalverändernden Operationen an intersexuellen Minderjährigen	<b>30</b>		Im Portrait	
<i>Susann Bräcklein</i>	Name und Geschlecht Kein Grundsatz geschlechtsspezifischer Vornamenswahl	<b>34</b>	<i>Romy Petzold</i>	Prof. Dr. med. Friedrich Röpke	<b>64</b>
	Transsexualität			Impressum	<b>65</b>
<i>Christiane Arndt</i>	Ausbrüche aus dem „Korsett des täglichen geschlechtlichen Einordnungszwanges“ Transsexualität und Transgender: Notwendigkeit und Unmöglichkeit von Kategorisierungen	<b>39</b>			
<i>Maria Busse</i>	Der Behandlungsanspruch bei Transsexualität im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung und in weiteren Leistungssystemen	<b>44</b>			

## Dimensionen des Geschlechts

von Heidi Ankermann, M.mel.

Die Einteilung der Menschen in ausschließlich zwei Geschlechter zählt zu einer der grundlegenden Überzeugungen unserer Gesellschaft. Diese Überzeugung wird jedoch von der Existenz Intersexueller in Zweifel gezogen und stellt zudem ihr zentralstes Problem dar.

Als intersexuell werden Menschen bezeichnet, deren prä- und postnatale Geschlechtsentwicklung untypisch verläuft und somit in einer somatischen Zwischengeschlechtlichkeit resultiert.<sup>1</sup> Als Folge dessen entsprechen die körperlichen Geschlechtsmerkmale (z. B. Chromosomen, Gonaden, innere und äußere Geschlechtsorgane) bei der Geburt oder zu einem späteren Zeitpunkt nicht alle einem bzw. dem gleichen Geschlecht. Dementsprechend handelt es sich bei dem Begriff Intersexualität nicht um eine Diagnose, sondern um einen Überbegriff für eine Vielzahl von zwischengeschlechtlichen Erscheinungsformen.

Während die Bezeichnung Intersexualität den Begriff des „Pseudohermaphroditismus“ ablöste, hält die Debatte um eine adäquate Terminologie weiterhin an. Seit der Chicago Consensus Conference im Jahr 2005 hat sich im medizinischen Diskurs der Terminus „Störung der Geschlechtsentwicklung“ (Disorder of Sex Development, DSD) durchgesetzt. In diesem Zusammenhang wird DSD definiert als: angeborene Bedingungen, bei denen die Entwicklung des chromosomalen, gonadalen oder

anatomischen Geschlechts untypisch verläuft.<sup>2</sup> Demzufolge wird Intersexualität seitens der medizinischen Fachwelt überwiegend als Störungen der Geschlechtsentwicklung wahrgenommen. Von einigen Wissenschaftlern wird diese Perspektive jedoch hinterfragt und Varianten oder Divergenzen der Geschlechtsentwicklung hervorgehoben.<sup>3</sup> In diesem Kontext eröffnet sich natürlich die Frage, was genau eine „typische“ Frau/einen „typischen“ Mann kennzeichnet. Diese zunächst einfache Frage stellt sich jedoch immer dann, wenn die körperlichen Merkmale eines Menschen deutlich vom psychischen Erleben und Verhalten einer typischen Mann/ Frau abweichen. Daran wird deutlich, dass Geschlecht aus einer körperlichen, einer psychischen und einer sozialen Komponente besteht. (Tab. 1)

Bei „Geschlecht“ handelt es sich folglich um einen mehrdimensionalen Begriff mit verschiedenen Ebenen. Die eindeutige Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter ist daher nicht immer möglich. In der Regel zeigen sich bei einer Person auf jeder der vier biologischen Ebenen ausschließlich „männliche“ oder „weib-

Biologische Dimensionen des Geschlechts	Psychische Dimensionen des Geschlechts	Soziale Dimensionen des Geschlechts
1) Chromosomales Geschlecht (XX weiblich, XY männlich)	1) Geschlechtsidentität Als was erlebe ich mich? Subjektiv empfundenes Geschlecht. Betrifft die eigene Wahrnehmung als Mann oder Frau	1) zugeschriebenes Geschlecht: das aufgrund der bei der Geburt sichtbaren Genitalien bestimmte und in die Geburtsurkunde dokumentierte Geschlecht
2) Gonadales Geschlecht Keimdrüsen Geschlecht (Hoden, Eierstöcke)	2) Geschlechtsrolle Wie verhalte ich mich? Subjektive Positionierung mittels sozialem Verhaltens, welches in einer Kultur als typisch männlich oder weiblich eingestuft wird	2) anerzogenes Geschlecht: das von Eltern und sozialem Umfeld zugrunde gelegte Geschlecht, das für die Übernahme von Geschlechtsrollen bedeutsam ist
3) Hormonales Geschlecht (Androgene/Testosteron, Östrogene/ Gestagene)	3) Sexuelle Orientierung Wen begehre ich?	3) juristisches Geschlecht: das ausgehend von der Geburtsurkunde in den Personaldokumenten genannte Geschlecht
4) Genitales Geschlecht: äußere Sexualorgane: bspw. Hoden, Penis bzw. Uterus, Vagina, Vulva; sekundäre Geschlechtsmerkmale: Bart, Körperbehaarung, tiefe Stimme bzw. Brüste, weiblicher Behaarungstyp, charakteristische Fettverteilung	4) zerebrales Geschlecht: Bestimmung aus der neuronalen Aktivität bzw. aus neuroanatomischen Unterschieden	

Tab. 1: Dimensionen des Geschlechts

liche“ Merkmale. Es kann aber auch zu unterschiedlichen Kombinationen der Geschlechtsmerkmale kommen, dann zeigen nicht alle Merkmale das gleiche Geschlecht, sondern eine Mischung aus männlich oder weiblich.

In Bezug auf Intersexualität ist die Vorstellung einer Geburt mit zweideutigen Genitalien am verbreitetsten. Allerdings handelt es sich bei diesen Menschen nur um eine der vielen Formen von Intersexualität. Es gibt auch Fälle, welche körperlich unauffällig geboren werden, bei denen jedoch die Pubertät anders verläuft als sie sollte. Die folgende Übersicht (Tab. 2) soll einen Einblick in einige Formen von Intersexualität gewähren.

<sup>1</sup> Richer – Appelt, H. (2010) Irritationen des Geschlechts – Varianten der Geschlechtsentwicklung. (Vortrag vom 23.06.2010) Forum Bioethik des Deutschen Ethikrat in Berlin.

<sup>2</sup> Huges, I.A., Houk, C., Ahmed SF, Lee, P.A. LWPES/ ESPE Consensus Group (2006). Consensus statement on management of intersex disorders. Archives of Disease in Childhood. 91(7). 554-563.

<sup>3</sup> Beh, H., Diamond, M. (2006). „Variations of Sex Development Instead of Disorders of Sex Development“. Archives of Disease in Childhood. <http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/2005to2009/2006-variations.html> [23.11.2011]; Brinkmann, L., Schützmann, K., Richter-Appelt, H. (2007). Gender Assignment and Medical History of Individuals with Different Forms of Intersexuality: Evaluation of Medical Records and the Patients` Perspective. Journal of Sexual Medicine, 4 (4). 964-980.

Form	Formen auf Grundlage eines XX – Chromosomen Status z. B. Adrenogenitales Syndrom (AGS)	Formen auf Grundlage eines XY – Chromosomen Status z. B. komplette Androgenresistenz	Formen auf Grundlage eines nichteindeutigen Chromosomenstatus z. B. Kinefelter Syndrom XXY
Ursache	Während der Schwangerschaft kommt es bei Individuen mit XX Chromosomensatz aufgrund einer genetisch bedingten Enzymstörung zu einem Cortisonmangel, der eine erhöhte Ausschüttung von Androgenen (männliche Hormone) zur Folge hat.	Bei einer Person mit XY Chromosomensatz wird zwar Testosteron in den Gonaden produziert, die Rezeptoren, an denen das Testosteron wirken kann, sind jedoch teilweise oder komplett inaktiv.	Aufgrund eines Nicht-Auseinanderweichens der Geschlechtschromosomen während der Differenzierung der Keimzellen liegt zusätzlich zum üblichen männlichen Chromosomensatz in allen oder einem Teil der Körperzellen mindestens ein weiteres X Chromosom vor.
Folge	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vermännlichung der äußeren Genitale</li> <li>- Kinder kommen mit auffälligen Genitalien zur Welt (z. B. vergrößerte Klitoris)</li> <li>- Cortisonmangel kann lebensbedrohlichen Salzverlust zur Folge haben, der unmittelbar nach der Geburt medikamentös ausgeglichen werden muss</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Keine Ausbildung innerer männlicher Geschlechtsorgane; keine Maskulinisierung des äußeren Genitals</li> <li>- Das Kind hat bei der Geburt ein weibliches äußeres Genital, jedoch keine inneren Geschlechtsorgane</li> <li>- In der Pubertät wird das Kind meist auffällig, weil z. B. die Menstruation ausbleibt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Kinder kommen mit unauffälligen Genitalen zur Welt</li> <li>- Chromosomenbesonderheit wirkt sich auf kognitive und körperliche Entwicklung der Jungen aus</li> <li>- Keimdrüsenunterfunktion im Pubertätsalter (reduzierte Testosteronproduktion)</li> </ul>
Eingriff	<p>Hormonelle Behandlung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verhinderung der Virilisierung (bei weibl. Geschlechtszuweisung)</li> <li>- Förderung der Virilisierung (bei männl. Geschlechtszuweisung)</li> <li>- Beeinflussung des Größenwachstums</li> <li>- Verhinderung von Salzverlust</li> </ul> <p>Operative Behandlung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Klitorisreduktion und Vaginoplastik (bei weibl. Geschlechtszuweisung)</li> <li>- Gonadektomie und Urethralkorrektur (bei männl. Geschlechtszuweisung)</li> </ul>	<p>Hormonelle Behandlung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Östrogenbehandlung</li> <li>- Testosteronbehandlung?</li> </ul> <p>Operative Behandlung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gonadektomie</li> <li>- Vaginalkorrektur</li> </ul>	<p>Hormonelle Behandlung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hormonmangel kann ab Pubertät durch Gabe von Hormonpräparaten ausgeglichen werden. Keine operative Behandlung</li> </ul>

Tab. 2: Einige Formen von Intersexualität (nach Richter-Appelt 2010)<sup>4</sup>

## Tertium datur – Zur Logik des Ungeschlechts

von Dr. phil. Andreas Walker

### Antike Geschlechtsumwandlungen

Plinius d. Ä. berichtet in seiner Naturgeschichte mit Berufung auf Calliphanes, eines nicht näher bekannten Schriftstellers, dass hinter dem heutigen Tripolis „die Androgynen, Menschen beiderlei Geschlechts“ lebten, „die sich wechselweise untereinander begatten.“<sup>1</sup> Dieses äußerst komfortable Verhältnis der Sexualpraktiken hatte Platon nicht im Sinn, als er den Komödiendichter Aristophanes den Mythos von der ursprünglichen Kugelgestalt des menschlichen Geschlechts erzählen ließ. Sein Bericht ist mehr das Ende des androgynen Geschlechts und ein Lob auf die männliche Homosexualität. Zwar gab es zuerst drei Geschlechter: das männliche, das weibliche und das androgyne, „jetzt aber ist es nur noch ein Name, der zum Schimpf gebraucht wird.“<sup>2</sup> Jedes dieser Kugelwesen hatte eine doppelte Anzahl Gliedmaßen und Schamteile. Da sie äußerst mächtig waren und gegen die Götter aufbegehrten, schnitten die Götter sie auseinander. Fortan gab es nur noch zwei Geschlechter, das männliche und das weibliche. Wer vormals androgyne war, fühlte sich nun zum gegenteiligen Geschlecht hingezogen, dazu zählen auch die „meisten Ehebrecher“ und die ehebrecherischen Frauen.

Dass Platon das androgyne Geschlecht auf parodistische Weise verschwinden lässt, mag einen sozial-po-

litischen Hintergrund haben. Robert Ranke-Graves sieht in den mythischen Figuren der Androgyne und des Hermaphroditen Symbole des Übergangs vom Matriarchat zum Patriarchat.<sup>3</sup> Trotz dieses gesellschaftlichen Wandels blieb der Geschlechterwechsel in einer Person Thema der Literatur, wenngleich damit nicht eine Akzeptanz gemeint sein musste. So verbrachte der blinde Seher Teiresias sein Leben zeitweise als Frau, was ihn zu einem Experten in Sachen männlicher und weiblicher Lust machte.<sup>4</sup> An anderer Stelle beschreibt Ovid, wie der Sohn von Hermes und Aphrodite durch eine Vergewaltigung durch die Nymphe Salmacis zum Zwitter wurde: „Die Leiber der Beiden/Wurden verschmolzen, in eine Gestalt die Zweie geschlossen. [...] Zwei sind sie nicht mehr, eine Zwiegestalt doch, nicht Mädchen, nicht Knabe/Weiter zu nennen, erscheinen so keines von beiden und beides.“<sup>5</sup> Im vierten Buch der Fabeln des Phaedrus bringt der betrunkenene Menschenschöpfer Prometheus weibliche Teile an das männliche Geschlecht an und männliche an das weibliche.<sup>6</sup> Der Hermaphrodit ist der Laune des Rausches geschuldet.

Ob der Hermaphrodit in der Antike generell als Monster eingestuft wurde, wie die italienische Autorin Eva Cantarella<sup>7</sup> meint, ist indes zweifelhaft. Weder Dionysius von Halikarnassus in seinen *Römischen Altertümern*

noch Seneca in *De ira*, auf die sich Cantarella beruft, sprechen vom Hermaphroditen, wenn sie das monströse Kind behandeln, das getötet werden durfte.<sup>8</sup> Der Verdacht liegt nahe, dass mit dem Monster vielmehr die Bestie gemeint war, der deformierte Neugeborene, der an das Animalische erinnerte.

### **Irritierende Zwitter**

Michel Foucault zufolge hat jede Zeit ihre eigenen Monster: So sei es im Mittelalter die Mischform von Tier und Mensch gewesen, in der Renaissance der siamesische Zwilling, im klassischen Zeitalter der Hermaphrodit.<sup>9</sup> Die Bildsammlungen der Renaissance und des Barock, die voller Darstellungen von Chimären und siamesischen Zwillingen sind, geben Foucault zumindest in den ersten beiden Punkten Recht. Allerdings konnte Andrew N. Sharpe zeigen, dass der biologische Zwitter vom englischen Recht weder im Mittelalter noch in der Neuzeit als Monster betrachtet wurde.<sup>10</sup> Das heißt natürlich nicht, dass der Status des Hermaphroditen nicht prekär und anerkannt gewesen wäre. Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten berücksichtigte 1794 noch den Status des „Zwitters“ in den §§ 19-23 und grenzte diesen von den Missgeburten (§§ 17 f.) ab. Demnach bestimmten die Eltern das Geschlecht des Kindes, das sich nach achtzehn Jahren selbst entscheiden konnte, „zu welchem Geschlecht“ es „sich halten wolle“. Diese Erwähnung des

Zwitters entfällt Anfang des 20. Jahrhunderts beim BGB. Gleichwohl hat das Preussische Landrecht ein „drittes Geschlecht“ nicht anerkannt, spricht es doch explizit in § 24 von zwei Geschlechtern, denen die gleichen Rechte zustünden. Bemerkenswert bleibt allerdings, dass über den „Zwitter“ nicht seitens eines medizinischen Diskurses entschieden wurde sondern seitens eines zivilrechtlichen.

Dies änderte sich im 19. Jahrhundert. Der Hermaphrodit geriet in den Fokus des Gesetzes, diesmal jedoch unter medizinischem Blickwinkel. Das mittlerweile berühmteste Beispiel ist Herculine Barbin, die sich, nach medizinischer Untersuchung, im Alter von 22 Jahren zum Mann erklären lassen musste. Barbin war unter Klosterschülerinnen aufgewachsen und als weiblich ins Geburtenregister eingetragen. Sie fühlte sich aber zu den Mädchen und Frauen hingezogen. Dies beichtete sie einem Pfarrer, der eine medizinische Untersuchung vorschlug. Nach der gesetzlich angeordneten Umbenennung wurde Barbin depressiv und beging im Alter von 29 Jahren Selbstmord.<sup>11</sup>

### **Das Zeitalter der Bisexualität**

Das Phänomen der zwei Geschlechter in einem Körper irritierte nachhaltig die Medizin. Es wurde beschrieben als Fehler, als Blockade der natürlichen Entwicklung des Individuums und nicht als Symbol menschlicher Totalität aufgefasst. Obgleich der androgyne Mensch zwei Geschlechter

in sich trägt, wird er als Neutrum, als geschlechtslos beschrieben.<sup>12</sup> Wenn die Bisexualität ein „Fehler“ der Natur ist, so muss dieser korrigiert werden. Im 20. Jahrhundert wuchs der Druck auf intersexuelle Menschen noch mehr, da John Money in den 1950er Jahren eine tabula rasa-Theorie der Sexualität aufstellte. Money meinte, dass sich die sexuelle Identität der Menschen zwischen dem ersten und dritten Lebensjahr entwickeln würde und dass deshalb eine Korrektur der Genitalien beim Neugeborenen im Fall der Bisexualität den biologischen Fehler beheben würde. Dass die Bildung von sexueller Identität weder nur gesellschaftlich (Gender) noch nur biologisch (Sex) funktioniert, war bereits Sigmund Freud bekannt. „Ein gewisser Grad von anatomischen Hermaphroditismus gehört nämlich der Norm an.“ Freud folgert daraus eine ursprüngliche bisexuelle Veranlagung, „die sich im Laufe der Entwicklung bis zur Monosexualität mit geringen Resten des verkümmerten Geschlechts verändert.“<sup>13</sup> Freud spricht zwar schon von einem „psychischen Hermaphroditismus“, allerdings lehnt er es ab, die „Invertierten“ durch einen solchen zu erklären: „Jede Einzelperson weist vielmehr eine Vermengung ihres biologischen Geschlechtscharakters mit biologischen Zügen des anderen Geschlechts und eine Vereinigung von Aktivität und Passivität auf, sowohl insofern diese psychischen Charakterzüge von den biologischen abhängen als auch insoweit sie unabhängig von ihnen sind.“<sup>14</sup> Grundsätzlich hält Freud

es auch für möglich, dass sowohl das männliche wie auch das weibliche Geschlecht ursprünglich hermaphroditisch waren.<sup>15</sup>

Die bisexuelle Natur des Menschen war zu Zeiten Freuds wissenschaftliches Gemeingut. Es gab Arbeiten von Magnus Hirschfeld und Karl Heinrich Ulrich, die weitaus radikaler als Freud diese Natur diskutierten. Nach Michael Groneberg sprach Ulrich von einem „dritten Geschlecht“ und weist bereits darauf, dass beide Anteile – männlich und weiblich – sich beim Embryo finden ließen. Hirschfeld benutzte gleichfalls den Ausdruck des „dritten Geschlechts“ um sexuelle Zwischenstufen einzuführen. Jedoch dienten beiden Autoren ihr Modell dazu, wie bei Freud, die Homosexualität zu erklären und das sexuelle Verhalten zu entkriminalisieren.<sup>16</sup>

### **Geschlechtsbeziehungen**

Sexualität lässt sich weder auf Geschlechtsorgane noch nur auf kulturelle Rollen und damit verbundene sprachliche Zuweisungen reduzieren. Wie Maurice Merleau-Ponty im Anschluss an Freud ausführt, ist die Libido „überhaupt das Vermögen des psychophysischen Subjekts, sich verschiedenen Umwelten einzufügen, sich durch mannigfaltige Erfahrungen zu bestimmen und eine Struktur seines Verhaltens sich anzueignen. Sie ist das, auf Grund dessen der Mensch eine Geschichte hat. Die Sexualgeschichte eines Menschen liefert einen Schlüssel zu seinem Leben überhaupt,

weil sich in der Geschlechtlichkeit des Menschen seine ganze Weise, zur Welt zu sein, projiziert, die Weise seines Verhaltens zur Zeit und zu anderen Menschen.“<sup>17</sup>

Positionierung zu den Anderen wie auch individuelle Geschichtlichkeit sind so das Resultat des Zusammenspiels von biologischem und sozialem Geschlecht. Es lässt sich leicht vorstellen, wie diejenigen leiden müssen, denen die Geschichtlichkeit und die Positionierung verwehrt wird. Sie werden zur Sprachlosigkeit verurteilt.

Wie eine Studie von Mary E. Boyle et al. gezeigt hat, ist das Leiden von intersexuellen Menschen komplexer als es zunächst den Anschein hat. Das Leiden resultiert nicht nur aus einem Rollenverhalten oder aus dem biologischen Geschlecht. Boyle et al. befragten intersexuelle Menschen, die sich im Erwachsenenalter auf eigene Entscheidung hin einer Geschlechtsoperation unterzogen hatten, da sie keine guten Beziehungserfahrungen gesammelt hatten bzw. Angst hatten, Beziehungen zu knüpfen. Dabei assoziierten sie mit einem „normalen“ Sexualverhältnis Vorstellungen von gelingender Penetration und Heterosexualität. Sie hatten also ein diskursdominantes, mithin machtpolitisches Sexualverständnis.<sup>18</sup>

Die Personen, die Boyle et al. in ihrer Studie anführt, wiesen eine Reihe von medizinischen intersexuellen Bedingungen auf, einschließlich AIS (androgen insensitivity syndrome). Nach der Operation, so erhofften sie sich, würden sie „normale“ Bezie-

hungen eingehen können. Wie die Betroffenen erzählten, war dies ein Trugschluss. Nach den Operationen, in der Mehrheit handelte es sich um eine Vaginalplastik, beobachteten sie ihr Verhalten noch mehr als zuvor und hatten umso mehr die Befürchtung, „erkannt“ zu werden als das, was sie ehemals waren oder noch sind. Die pränatale hormonelle wie neuronale Entwicklung und die genetische Disposition lassen sich nicht wegoperieren. Geändert werden müssten demzufolge nicht die Geschlechtsorgane, sondern der Diskurs, der Sexualität auf bestimmte organische Funktionen, Rollenmuster und sprachlichen Zuweisungen (Aktivität/Passivität) einengt.

### Die Suche nach einem Namen

Platon gründete seine Schule in der Akademie, in einem Park mit einem Gymnasium in der Nähe Athens. Am Eingang des Gymnasiums soll der Besucher von einer Erosstatue begrüßt worden sein.<sup>19</sup> Das erotische Begehren, das bei dem Mythos des Aristophanes' auf einem Mangel fußt, war wohl kaum Platons eigene Ansicht. Vielmehr wird in der Erzählung der *Diotima*, die Sokrates im *Symposion* wiedergibt, Eros zu einer schöpferischen Kraft, die jenseits sexueller Differenzen angesiedelt wird. Jenseits des Geschlechts geht es um das Schöne selbst, zu dem der Eros antreibt. Explizit soll der Einzelne nicht per se erhöht werden, sondern in ihm soll das Schöne selbst erblickt werden. Gewiss

betreibt Platon eine Idealisierung des Schönen und des Guten mittels erotischer Erkenntnis. Bemerkenswert bleibt allerdings, dass es nicht darum geht, den Anderen aufgrund seiner sexuellen oder erotischen Präferenzen zu stigmatisieren. Der Eros verfolgt so gesetzt immer dasselbe Ziel: Er verhilft den Menschen zur Erkenntnis des Schönen und Guten.

Das Bisexuelle kennt – außer im Begriff Zwitter – im Deutschen keinen eigenen Namen. Es wird umschrieben als androgyn, hermaphroditisch oder intersexuell. Die Unterscheidung in männlich und weiblich scheint ein unüberbrückbares ontologisches Faktum – zumindest wenn man nur den Menschen und die Genesis berücksichtigt. Mit dieser ontologischen Differenz ist aber immer schon die Reproduktionsfähigkeit mitgedacht, als hinge von dieser die Sexualität ab. Diese Differenz entspricht einer binären Seinslogik und des ausgeschlossenen Dritten. Etwas „ist“ oder etwas „ist“ eben nicht; ein Zwischenzustand hat in dieser Seinslogik keinen Platz. Dass mit einer solchen Logik das Sein immer dasselbe bzw. mit sich identisch ist, hat Gotthard Günther gezeigt.<sup>20</sup> Blicke es nicht dasselbe, müsste das Sein gleichzeitig nicht es selbst sein bzw. zu einem anderen werden, als es selbst ist. Ein Sein zum Anderen kann in der binären Opposition nicht gedacht werden, was bereits der Deutsche Idealismus gesehen hat. In dem binären Schema lässt sich das Du des Anderen als reflexives Subjekt gar nicht denken, sondern muss

immer auf ein allgemeines Subjekt reduziert werden. Genau diese Logik ist aber auch die Logik derjenigen, die Geschlechter eindeutig zuweisen wollen. Damit musste der Zwitter aus der Kategorisierung herausfallen und zum Ungeschlecht werden. In der Biologie gibt es den dritten Zustand. Tertium datur. Überflüssig zu sagen, dass es an der Zeit es, ihm einen Namen zu geben. Viele Stimmen hat er bereits.

<sup>1</sup> Lenelotte Müller, Manuel Vogel (Hrsg.), Die Naturgeschichte des Caius Plinius Secundus, Wiesbaden 2007, S. 400.

<sup>2</sup> Platon, *Symposion*, Übersetzung Friedrich Schleiermacher, 189e.

<sup>3</sup> Robert von Ranke-Graves, *Griechische Mythologie*, Reinbek bei Hamburg 1993, S. 62.

<sup>4</sup> Ovid, *Metamorphosen*, Übersetzung Erich Rösch, Drittes Buch, 322 ff., München 1997.

<sup>5</sup> Ebd., Viertes Buch, 373-379.

<sup>6</sup> [http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost01/Phaedrus/pha\\_lib4.html](http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost01/Phaedrus/pha_lib4.html) [18.12.2011].

<sup>7</sup> Eva Cantarella, *The Androgynous and Bisexuality in Ancient Legal Codes*, In: *Diogenes* 2005 52:5.

<sup>8</sup> Raymond Bloch schreibt, dass Hermaphroditen im antiken Rom aus der Stadt vertrieben wurden. Sie wurden in Särgen gesteckt und im offenen Meer versenkt. Allerdings gibt Bloch keine Quelle für diesen Bericht an. Vgl. Bloch, *Marvels and Deviation in Ancient Italy*, *Diogenes* 1956 4: 39, hier: S. 51.

<sup>9</sup> Michel Foucault, *Die Anomalen*, Frankfurt am Main 2007, S. 91 f.

<sup>10</sup> Andrew N. Sharpe, *England's Legal Monsters*, in: *Law, Culture and the Humanities*, 2009 5: 100.

<sup>11</sup> Vgl. Wolfgang Schäfer und Josph Vogel (Hrsg.), *Über Hermaphroditismus*, Frankfurt am Main 1998.

<sup>12</sup> Vgl. Nicole G. Albert, *From Myth to Pathology: Perversions of Gender-Types in Late 19th-Century Literature and Clinical Medicine*, *Diogenes* 208: 114.

<sup>13</sup> Sigmund Freud, *Der Abhandlungen zur Se-*

xualtheorie, in: Gesammelte Werke Band V, Frankfurt am Main 1999. S. 40.

<sup>14</sup> Ebd. S. 121, Fn. 1.

<sup>15</sup> Vgl. Freud, Das Unbehagen in der Kultur, in: Gesammelte Werke Band XIV, S. 465, Fn. 2. Um zu sehen, dass trans- wie bisexuellen Menschen durchaus Wertschätzung entgegengebracht wurde, muss man das christliche Europa verlassen. Die Ureinwohner Amerikas kannten die „Two Spirit People“, die Inder kennen noch heute die – inzwischen am Rande der Gesellschaft lebenden – Hijras. In erster Linie dürfte es sich bei beiden Phänomenen um eine Überschreitung soziokultureller Geschlechtsidentitäten handeln. Wie hoch der Anteil der biologischen Hermaphroditen ehemals war, lässt sich kaum noch feststellen. Dies spielt vielleicht auch keine Rolle, wenn man berücksichtigt, dass Transsexualität oder Homosexualität in diesen Kulturen nicht verwerflich war. Damit hatten

allerdings die Eroberer Amerikas und die Kolonialherren Indiens ihre Probleme. Vgl. Peter F. N. Hörz, *Berdaches und Two Spirit People*, in: Wiener Zeitung, 16. Mai 2003; Peer Bruch, *Hijras – Das dritte Geschlecht*, <http://www.suedasien.info/analysen/683> [18.12.2011].

<sup>16</sup> Vgl. Michael Groneberg, *Myth and Science around Gender and Sexuality: Eros an the Three Sexes in Plato's Symposium*, *Diogenes* 2005, 208: 39-49, hier: S. 44.

<sup>17</sup> Maurice Merleau-Ponty, *Phänomenologie der Wahrnehmung*, Berlin 1966, S. 190.

<sup>18</sup> Mary E. Boyle et al., *Adult Genital Surgery for Intersex: A Solution to What Problem?*, in: *Journal of Health Psychology* 2005 10: 573.

<sup>19</sup> Michael Groneberg, a.a.O., S. 40.

<sup>20</sup> Gotthard Günther, *Das Rätsel des Seins*, in: *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, Band 2, S. 171-180, Hamburg 1979.

## Männer, Frauen, Zwitter?

### Zur Verfassungswidrigkeit des Personenstandsgesetzes

von Dr. iur. Angela Kolbe

Die erste Frage, die sich nach der Geburt eines Kindes stellt, ist üblicherweise die nach dem Geschlecht. Doch nicht immer ist diese eindeutig mit männlich oder weiblich zu beantworten. In nicht wenigen Fällen<sup>1</sup> wird ein intersexuelles Kind geboren, das Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter aufweist. Wie das Recht diese Menschen gegenwärtig einordnet und wie diese Einordnung verfassungsrechtlich zu beurteilen ist, ist Gegenstand dieses Textes.

#### Aktuelle Gesetzeslage

Derzeit gibt es keine gesetzliche Vorschrift, die sich mit der Rechtsstellung von intersexuellen Menschen und/oder ihrer geschlechtlichen Einordnung befasst. Dennoch gibt es Normen, die für ihre rechtliche Stellung und Einordnung eine Rolle spielen. Diese finden sich insbesondere im

Personenstandsgesetz. Danach muss jede Geburt laut § 18 PStG innerhalb von einer Woche beim Standesamt angezeigt werden. Dabei ist auch das Geschlecht des Neugeborenen anzugeben. Seit Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes im Jahr 1875 werden dabei nur die Eintragungsmöglichkeiten „männlich“ und „weiblich“ anerkannt,<sup>2</sup> auch wenn das Ge-

setz selbst dies im Wortlaut gar nicht vorgibt. Seit 2010 gibt es eine neue Verwaltungsvorschrift, die anordnet, wie das PStG anzuwenden ist. Hier wird nun sogar ausdrücklich formuliert, dass das Geschlecht eines Kindes nur mit „männlich“ oder „weiblich“ einzutragen ist (Nr. 21.4.3 PStG – VwV, 26.03.2010).

Eine Eintragung muss in jedem Fall erfolgen, auch wenn die Genitalien des Neugeborenen eine eindeutige Zuordnung nicht zulassen. Die Eintragung „Zwitter“ wird als unzulässig abgelehnt.<sup>3</sup>

Ein abgeschlossener Eintrag kann gemäß § 47 PStG (nur) auf Anordnung des Gerichts berichtigt werden. Bei Intersexualität ist es also möglich, die Eintragung ändern zu lassen, allerdings nur innerhalb des binären Rahmens (also von männlich zu weiblich bzw. umgekehrt). Auch das Transsexuellengesetz bietet hier keine weitergehende Möglichkeit.

#### Verfassungsrechtliche Bewertung

Das Recht auf einen passenden Personenstand wird verfassungsrechtlich vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt. Dabei handelt es sich um das Recht jedes Menschen, sein Leben nach den eigenen Vorstellungen zu leben und gemäß der Identität, die seinem Empfinden am meisten entspricht, zu handeln und behandelt zu werden. Dazu gehören diejenigen Merkmale, die in besonderer Weise die psychische, kulturelle und soziale

Identität eines Menschen betreffen, so auch die sexuelle Ausrichtung und die Geschlechtsidentität.<sup>4</sup>

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) gebietet das allgemeine Persönlichkeitsrecht, den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution angehört. Mit dieser Aussage begründete es 1978 die Möglichkeit des juristischen Geschlechtswechsels für transsexuelle Menschen.<sup>5</sup> Es führte allerdings weiter aus, dass die Rechtsordnung davon ausgehe, „dass jeder Mensch entweder ‚männlichen‘ oder ‚weiblichen‘ Geschlechts ist, und zwar unabhängig von möglichen Anomalien im Genitalbereich.“<sup>6</sup> Man könnte nun daraus schließen, dass das BVerfG dabei Intersexualität vor Augen hatte und diese bewusst vom obigen Grundsatz ausschließen wollte. Dagegen ist einzuwenden, dass sich das BVerfG in der damaligen Entscheidung allein mit Rechtsproblemen rund um Transsexualität auseinandersetzte und diese Aussage erkennbar ohne eingehende Reflexion der besonderen Problematik intersexueller Menschen formulierte.<sup>7</sup> Außerdem handelte es sich dabei lediglich um ein obiter dictum. Da keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind, intersexuelle Menschen vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auszuschließen, erstreckt sich der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts somit auch auf Menschen mit intersexueller Geschlechtsidentität.

Die Zuordnung eines nicht passen-



den Geschlechts(eintrags) stellt für intersexuelle Menschen einen Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar. Fraglich ist, ob dieser durch andere Verfassungsnormen gerechtfertigt werden kann. Als Gründe für die Vorgabe von nur zwei Eintragungsmöglichkeiten werden „ordnungspolitische Zwecke“ angegeben.<sup>8</sup> Es lassen sich daher verschiedene Zwecke bestimmen, die der Staat mit der Vorgabe von nur zwei Eintragungsmöglichkeiten verfolgt: Identifizierbarkeit, Statistik, Erkennbarkeit von Rechten und Pflichten. Allerdings kann die Erreichung dieser Zwecke auch auf anderen Wegen gewährleistet werden.<sup>9</sup> So ist die Identifizierung eines Menschen auf vielfältigen anderen Wegen möglich. Das Geburtenregister selbst umfasst neben dem Geschlecht noch weitere Merkmale wie z. B. Alter und Name. Mit fortschreitender Technik werden zudem die Identifizierungsmöglichkeiten zahlreicher und genauer (Fingerabdruck etc.). Die Relevanz des Geschlechts als Identifizierungsmerkmal nimmt daher ab.

Eine Erfassung des Geschlechts ist nur dann erforderlich, wenn an das Geschlecht unterschiedliche staatsbürgerliche Rechte und Pflichten geknüpft werden. Eine solche war z. B. die Wehrpflicht. Eine andere rechtliche Institution, die an das Geschlecht des Rechtssubjekts anknüpft, ist die Ehe. Hier wird noch zwischen der Ehe für verschiedengeschlechtliche Paare und der eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche

Paare unterschieden.

Auch hinsichtlich der Sammlung statistischer Angaben gibt es andere Möglichkeiten. Statistische Daten bezüglich der Geschlechterverhältnisse könnten auch aufgrund der Selbstbezeichnung der Individuen gesammelt werden. Dies ist bereits der Fall bei den meisten Studien, die nicht auf staatlich gesammelten Daten beruhen.<sup>10</sup> Es ist genauso vorstellbar, Selbstbezeichnungen auch in Bevölkerungsregistern zu verwenden. Auch die Statistiken, die das statistische Bundesamt regelmäßig erstellt, werden in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nicht mithilfe der Melderegister erhoben, sondern beruhen auf Befragungen, bei denen die Befragten das Geschlecht selbst angeben.<sup>11</sup>

Außerdem könnte man Angaben über das Geschlecht, an anderer Stelle als im Geburtenregister sammeln.<sup>12</sup> Die Angabe des Geschlechts bzw. die Bezeichnung des Körpers würde weiterhin beim Standesamt stattfinden. Die Registrierung dieses Merkmals würde aber nicht im Geburtenregister erfolgen, sondern nur in der Zählkarte, die auch bislang schon für die Bevölkerungsstatistik des statistischen Bundesamts ausgefüllt werden muss.<sup>13</sup>

Davon abgesehen, dass es andere Mittel gibt, um die staatlich verfolgten Zwecke zu erreichen, stehen die Vorgabe von nur zwei Geschlechtskategorien und die damit verfolgten Zwecke in keinem ausgewogenen Verhältnis zur Schwere des Eingriffs. Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht intersexueller Menschen

betrifft durch die „Omnirelevanz von Geschlecht“<sup>14</sup> das ganze Leben. Hinzu kommt, dass die Geschlechtsidentität ein sehr intimer, höchst persönlicher Bereich ist. Auf der anderen Seite betrifft die Anerkennung von nur zwei Eintragungsmöglichkeiten nur verschiedene Ordnungsinteressen des Staates. Diese stellen aber keine einem Grundrecht vergleichbaren Verfassungsgüter dar.<sup>15</sup>

Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht wiegt für den Einzelnen sehr schwer, da mit der Registrierung des Geschlechts die engste Persönlichkeitssphäre betroffen ist. Die Ordnungsinteressen des Staates können diesen Eingriff nicht aufwiegen.

Das Versagen einer eigenen Eintragungsmöglichkeit und die Zuordnung eines nicht passenden Geschlecht(seintrags) für intersexuelle Menschen stellt somit eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.<sup>16</sup>

Daneben lässt sich ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Satz 3 GG feststellen. Nach h. M. werden Intersexuelle bisher nicht unter „Geschlecht“ im Sinne von Art. 3 Satz 3 GG subsumiert.<sup>17</sup> Allerdings ist dafür kein vernünftiger Grund ersichtlich. Auch Art. 3 Satz 2 GG gibt nicht zwingend vor, dass unter „Geschlecht“ nur männlich und weiblich zu verstehen ist.<sup>18</sup> Intersexuelle werden somit wegen ihres Geschlechts gegenüber Männern und Frauen benachteiligt. Diese haben einen passenden Geschlechtseintrag im Geburtenregister

während Intersexuellen ein solcher verwehrt bleibt.

## Änderungsmöglichkeiten

Um dieser verfassungswidrigen Situation abzuweichen, kommen insbesondere zwei Änderungsmöglichkeiten in Betracht. Zum einen die Einführung einer eigenen Geschlechtskategorie für intersexuelle Menschen, zum anderen der völlige Verzicht auf die Eintragung des Geschlechts im Geburtenregister.

Beide Vorschläge hätten Auswirkungen auf andere Rechtsbereiche, so insbesondere auf das Familienrecht. Für das Eingehen einer Ehe oder einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ist die Kenntnis des Geschlechts notwendig. Ohne dokumentiertes Geschlecht könnte nicht bestimmt werden, welches Geschlecht der/die Ehe- oder LebenspartnerIn haben dürfte. Auch bei der Einführung eines dritten Geschlechts wäre fraglich, ob und wen diese Personen heiraten dürften. Hierbei ist insbesondere das für alle geltende Grundrecht auf Ehe (Art. 6 Satz 1 GG) zu beachten.

Um den Grundrechten intersexueller Menschen zur Geltung zu verhelfen, sind Änderungen im Eherecht aber unvermeidbar.

## Fazit

Womöglich ist der beste Weg um intersexuellen Menschen überhaupt erst zu einer rechtlichen Existenz zu verhelfen, zunächst eine eigene Geschlechtskategorie einzurichten und

die endgültige Abschaffung der Registrierung erst als zweiten längerfristigen Schritt zu planen. Eine Änderung des Personenstandsgesetzes ist verfassungsrechtlich dringend notwendig. Zudem würde sie zu einer Delegitimierung der geschlechtszuweisenden Operationen an intersexuellen Kindern führen, denn es gebe dann zumindest keinen rechtlichen Anlass mehr, intersexuelle Kinder operativ an ein männliches oder weibliches Erscheinungsbild anzupassen.

<sup>1</sup> Der Anteil intersexueller Menschen an der Bevölkerung wird – je nachdem, welche Formen dazugerechnet werden, und je nach Interesse, die Zahl möglichst hoch oder möglichst niedrig anzusetzen – unterschiedlich angegeben. Eine Meta-Studie aus dem Jahr 2000 kommt auf einen geschätzten Wert von 1,7 % aller Geburten (Blackless, M. et al., How sexually dimorphic are we? Review and Synthesis, in: American Journal of Human Biology, 2000, Vol.12, S.151).

<sup>2</sup> Gaaz, in: Gaaz, B./Bornhofen, H., Personenstandsgesetz Handkommentar, 2. Auflage, Frankfurt/Berlin 2010, § 21, Rn. 28.

<sup>3</sup> Ebd. Bis Ende des 19. Jahrhunderts waren Zwitter dem deutschen Recht allerdings keineswegs unbekannt. Der Begriff Zwitter bzw. Hermaphrodit kam in diversen Rechtsvorschriften vor (so z. B. in der Reichsnotariatsordnung von 1512 [I. § 6], im Bayerischen Codex Maximilianeus von 1756 [Teil I cap. 3 § 2 Nr. 2], im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 [I 1 §§ 19-23] oder im Sächsischen BGB von 1863/65 [§ 46]).

<sup>4</sup> BVerfGE 49, 286, S.289; BVerfGE 115, 1, S. 14 ff.; BVerfGE 116, 243, S. 262 f.

<sup>5</sup> BVerfGE 79, 256, S. 268.

<sup>6</sup> BVerfGE 49, 286, S. 298.

<sup>7</sup> Vöneky, S./Wilms, H.C., Rechtliche und rechtsethische Aspekte des Umgangs mit Intersexualität, in: Vöneky, S., Informationspapiere der Max-Planck-Forschungsgruppe „Demokratische Legitimation ethischer Entscheidungen“, Heidelberg 5/2011, S. 13.

<sup>8</sup> Rothärmel S., Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, in: MedR 2006, 274, S. 274 f.

<sup>9</sup> Siehe dazu ausführlicher Kolbe, A., Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht. Eine interdisziplinäre Untersuchung, Baden-Baden 2010, S. 192 ff.

<sup>10</sup> Siehe dazu Cottier, M., Feminist, transgender and intersex visions of a gender-free society and the legal category of sex. Vortrag gehalten auf der Internationalen Konferenz Law and Society in the 21st Century. Humboldt Universität Berlin, 25.-28.07.07.

<sup>11</sup> Eine Ausnahme bildet der Zensus, der 2011 erstmals registriert abläuft.

<sup>12</sup> Vgl. Reilly, E., Radical Tweak: Relocating the Power to Assign Sex from Enforcer of Differentiation to Facilitator of Inclusiveness: Revising the Legal Response to Intersexuality, Univ. of Akron School of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 05-20 (2005), <http://ssrn.com/abstract=820186> (15.07.2011).

<sup>13</sup> Gaaz in Gaaz/Bornhofen, § 21, Rn. 78.

<sup>14</sup> Garfinkel, H., Studies in Ethnology, Englewood Cliffs, NJ 1967, S. 118.

<sup>15</sup> Siehe dazu ausführlich Kolbe, a.a.O., S. 105 ff.

<sup>16</sup> Remus, J., Die Freiheit der Geschlechtswahl für Intersexuelle und der Schutz der körperlichen Integrität, in: Czycholl, C. (Hrsg.), Zwischen Normativität und Normalität: Theorie und Praxis der Anerkennung in interdisziplinärer Perspektive, Essen 2010, S.193-208, S.196; Vöneky, S./Wilms, H.C., S. 13.

<sup>17</sup> Heun, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Präambel, Artikel 1-19, Tübingen <sup>2</sup>2004, Art. 3, Rn. 126; Sacksofsky, U., Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Baden-Baden <sup>2</sup>1996, S. 372; Gubelt, in: v. Münch, I./Kunig, P. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Präambel. Art. 1-18, München <sup>5</sup>2000, Art.3, Rn. 95.

<sup>18</sup> Kolbe, a.a.O., S. 122 f.

Dr. Angela Kolbe arbeitet derzeit beim Statistischen Bundesamt in Wiesbaden. Sie promovierte 2009 mit der Arbeit „Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht“.

## Die medizinische Behandlung von Intersexualität als Verstoß gegen die UN-Antifolterkonvention – Erfolge im Parallelbericht-Verfahren<sup>1</sup>

von Carla Weinhardt und Lisa Hahn

Intersexuelle Menschen leiden meist ein Leben lang unter unzähligen medizinischen Eingriffen. Eben diese irreversiblen Eingriffe stellen klare Verstöße gegen die Rechte der Betroffenen und gegen internationale Konventionen dar, die Deutschland ratifiziert hat, darunter auch die UN-Konvention gegen Folter (CAT). Die Humboldt Law Clinic und der Verein intersexuelle Menschen e. V. haben diese Verletzungen in einem Parallelbericht<sup>1</sup> zum UN-Antifolterausschuss thematisiert und erreicht, dass der Ausschuss der Bundesregierung im November 2011 hierzu mehrere Fragen gestellt und in seinen abschließenden Bemerkungen zu Deutschland mehrere Empfehlungen ausgesprochen hat. Im Folgenden sollen beispielhaft die Gonadenentnahme und die operative Veränderung der äußeren Genitalien als Verstoß gegen Art. 1 I CAT thematisiert werden.

### Eingriff

Die angeführten körperlichen und seelischen Leiden, die intersexuelle Menschen im Laufe ihres Lebens erleiden müssen, sind hier unvollständig dargestellt. Die ausgewählten Beispiele sollen lediglich verdeutlichen, welche tiefgreifende Leiden aus geschlechtsangleichenden medizinischen Eingriffen hervorgehen.

### 1. Gonadenentnahme

Gonaden sind Keimdrüsen, die das gonadale Geschlecht eines Menschen festlegen, für gewöhnlich Eierstöcke der Frau bzw. Hoden des Mannes. Darin werden Sexual- und lebensnotwendige Hormone produziert. Diese Hormone kontrollieren wiederum die sekundären Geschlechtsmerkma-

le, die das weibliche bzw. männliche Geschlecht prägen und dabei u. a. die körperlichen Funktionen und Gesundheit beeinflussen. Je nach Form der Intersexualität sind diese Gonaden bei der betroffenen Person nicht vorhanden (Gonadenagenesie), nicht ausdifferenziert (gonadale Dygenesie), unterentwickelt (reine Gonadendygenesie) oder in einem gemischten Gepräge vorhanden (wahrer Hermaphroditismus). Diesen gonadalen Abweichungen wird von der Medizin häufig mit der völligen Entnahme derselben entgegengewirkt, die zumeist im Kindesalter vorgenommen wird. Begründet wird eine solche Gonadenentnahme mit dem ansonsten erhöhten Krebsrisiko. Ein erhöhtes Risiko einer Entwicklung gonadaler Tumore besteht laut der AWMF-Leitlinien<sup>2</sup> (Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftli-

chen Medizinischen Fachgesellschaften e. V.) jedoch lediglich für spezielle Abweichungen der Gonaden, für die Y-positiven Gonadendysgenesien und Menschen mit PAIS (partial androgen insensitivity syndrome) mit intraabdominellen Gonaden. Ein Gegenbeweis für ein generell erhöhtes Krebsrisiko sind erwachsene, nicht operierte Intersexuelle. Ein konkretes Krebsrisiko kann nicht immer nachgewiesen werden, weshalb folglich auch gesunde Keimzellen entfernt werden. Die Gonadenentnahme ist irreversibel und führt zur Unfruchtbarkeit. Fortan können weder lebensnotwendige Keimzellen noch Hormone produziert werden. Stattdessen müssen Betroffene eine lebenslange Hormonersatztherapie über sich ergehen lassen. Hierbei wird zwischen einer adäquaten Hormontherapie und einer paradoxen bzw. contra-chromosomalen Hormonersatztherapie, also der dem biologisch chromosomalen Geschlecht widersprechende Hormontherapie, unterschieden.<sup>3</sup> Vor allem Letztere zieht schwerwiegende Folgen mit sich. Statt einer irreversiblen, zur Unfruchtbarkeit führenden Gonadenentnahme und der darauffolgenden lebenslangen Hormontherapie, sollten regelmäßige Vorsorgeuntersuchungen bzw. Gonadenbiopsien oder -verlagerungen vorgenommen werden.

## 2. Veränderung der äußeren Geschlechtsmerkmale

Bei intersexuellen Menschen werden häufig ein zu kleiner Penis oder eine

zu große Klitoris festgestellt, die nach medizinischer Auffassung korrigiert werden müssen. Folglich wird auch gesundes Gewebe an den Genitalien entfernt, damit diese der medizinischen Norm entsprechen.<sup>4</sup> Weiterhin wird bei Intersexuellen mit keiner oder zu kleiner Vagina durch operative Eingriffe eine vaginale Öffnung konstruiert, welche den heterosexuellen Geschlechtsverkehr im Erwachsenenalter ermöglichen sollen. Jedoch ist ein erfülltes Sexualleben aufgrund der damit einhergehenden physischen und psychischen Schmerzen solcher Operationen gering.<sup>5</sup>

Bis in die 1980er Jahre wurde die zu große Klitoris komplett entfernt (Klitoriedektomie). Heute wird eine Klitorisreduktion vorgezogen. Da beide Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit eingreifen und Frauen gleichwohl die weibliche Lust nehmen, wird in dem bereits genannten Parallelbericht nicht zwischen den Operationsformen unterschieden.<sup>6</sup>

Ist die vaginale Öffnung zu klein, um sie zu dehnen, „benötigt“ das Kind eine Vaginalplastik. Anschließend muss die Vagina gedehnt werden (Bougieren oder Dilatation), damit sich die Öffnung nicht zurückbildet. Dies geschieht mithilfe eines Dilators, bis die betroffene Personen regelmäßigen Geschlechtsverkehr hat.<sup>7</sup> Das Bougieren der Vagina wird auch als Alternative zu einer Operation angewendet. Hierbei wird monatelang, manchmal auch jahrelang, zweimal am Tag ein Dilator eingeführt. Häufig wird das sehr schmerzhaft Bougieren

zu Hause von den Eltern durchgeführt.<sup>8</sup>

## Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UN-Antifolterkonvention)<sup>9</sup>

Die Gonadenentnahme sowie die Veränderung der äußeren Genitalien verstoßen gegen mehrere internationale Konventionen, welche für die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich bindend sind. Hierzu zählt auch die UN-Antifolterkonvention, die jeden Vertragsstaat zur Verhütung und Bestrafung der Folter sowie zu Entschädigungs- und Wiedergutmachungsmaßnahmen verpflichtet.

Laut Art. 1 CAT bezeichnet Folter „jede Handlung durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen oder aus einem anderen auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich ledig-

lich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“<sup>10</sup>

### 1. Körperliche oder seelische Leiden

Die Gonadenentnahme selbst löst für viele Betroffene wohl das größte seelische Leid aus: die Unfruchtbarkeit. Durch die der Gonadenentnahme folgende lebenslange Hormonsubstitution entwickeln sich bei Betroffenen häufig atypische Gesundheitsbeschwerden, wie beispielsweise ein geschwächtes Immunsystem oder Stoffwechselprobleme. Kastrierte genetisch männliche Intersexuelle kämpfen mit diabetischen Erkrankungen und Störungen der Nieren- und Nebennierenfunktionen.<sup>11</sup> Die paradoxe Hormontherapie verändert die äußerlichen Geschlechtsmerkmale. Diese ähneln meist einem infantilen Geschlechtsorgan bzw. sind nicht (voll) funktionsfähig. Durch die Kastration und die darauffolgende Hormonsubstitution werden die Produktion der natürlichen altersadäquaten hormonellen Impulse und die damit verbundenen psychischen Entwicklungen und Aktivitätspotentiale lahmgelegt, sodass die Libido völlig zerstört wird.

Kindern mit uneindeutigen Genitalien werden häufig einer Klitoriedektomie oder Klitorisreduktion unterzogen. Beide Operationen sind laut WHO Formen der Genitalverstümmelung (FGM).<sup>12</sup> FGM verursacht den Opfern große Schmerzen und stellt in jedem Fall ein Akt der Folter dar.<sup>13</sup>

Aus medizinischen Studien geht

hervor, dass das sexuelle Lustempfinden von Frauen mit Vaginalplastik nachlässt. Das Nachlassen des Lustempfindens ist gleichzeitig mit einer steigenden sexuellen Fehlfunktion verbunden.<sup>14</sup> Intersexuelle Menschen mit Vaginalplastiken müssen demnach sexuelle Störungen fürchten.

## **2. Vorsätzliches Zufügen körperlicher oder seelischer Leiden**

Das beschriebene Leid müsste den Patienten vorsätzlich zugefügt werden. Dabei muss sich der Vorsatz, das Wissen und Wollen der Handlung, sowohl auf das Zufügen schweren Leids als auch auf den verfolgten Zweck der Handlung beziehen.<sup>15</sup> Der Sonderberichterstatter über Folter (Special Rapporteur on Torture) verdeutlicht besonders im Hinblick auf medizinische Eingriffe, dass ein bedingter Vorsatz vorliegen kann, wenn die Handlung vordergründig einen bestimmten Zweck verfolgt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Person aufgrund einer Behinderung operiert und dabei diskriminiert wird. Der Sonderberichterstatter stellt klar, dass dies von besonderer Bedeutung ist, wenn solche Eingriffe von Medizinern scheinbar aufgrund „guter Absichten“ vorgenommen werden.<sup>16</sup> Wo Menschen also aufgrund ihrer körperlichen Erscheinungen pathologisiert werden, ist ein vorsätzliches Handeln indiziert. So auch bei der Behandlung Intersexueller, denen eine Störung der sexuellen Differenzierung („DSD“: disorders of sex development) attestiert wird.

## **3. „aus einem anderen auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund“**

Da die anderen im Art. 1 I CAT aufgelisteten Absichten hier nicht einschlägig sind, müsste die Handlung aus einem anderen auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund erfolgen. Diskriminierung liegt vor, wenn Personen in vergleichbarer Lage ohne sachlichen und vernünftigen Grund unterschiedlich behandelt werden.<sup>17</sup> Intersexuelle passen aufgrund ihrer gonadalen und chromosomalen Abweichungen nicht in das gewöhnliche binäre Sex-/Geschlechtersystem. Durch die medizinische Behandlung an Intersexuellen wird eine Übereinstimmung mit der gesellschaftlich anerkannten Vorstellung einer Frau bzw. eines Mannes herbeigeführt. Durch diese Operationen werden intersexuelle Kinder/Erwachsene gegenüber sexuell und – geschlechtlich klar definierten Kindern/Erwachsenen, die sich keiner Operation unterziehen müssen, benachteiligt. Ihnen wird nicht die Möglichkeit gegeben, ihr natürliches Geschlecht und ihre natürliche Identität auszuleben.

## **4. Verursachung dieser Schmerzen oder Leiden „von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis“**

Das körperliche und seelische Leid, das Intersexuelle erfahren, müsste ihnen vorsätzlich aufgrund sexueller und geschlechtlicher Diskriminierung von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis zugefügt werden. Die Eingriffe werden meist von Ärzten in öffentlichen oder privaten Krankenhäusern durchgeführt. Ärzte, die in öffentlichen Krankenhäusern praktizieren, handeln in amtlicher Eigenschaft. Ferner sind viele der Betroffenen gesetzlich krankenversichert, die gesetzliche Krankenversicherung wiederum wird als Körperschaft des öffentlichen Rechts betrachtet. Der Sonderberichterstatter über Folter hat hierzu ausgeführt, dass die Verantwortlichkeit des Staates in private Sphären hineinreicht, insofern der Staat versagt, Personen innerhalb seines Einflussbereichs vor Eingriffen Privater zu schützen bzw. solche billigend in Kauf nimmt.<sup>18</sup> Dies verdeutlicht, dass der Staat bei praktizierenden Ärzten in privaten Krankenhäusern ebenfalls für deren Behandlungen verantwortlich ist, da er sonst seine Sorgfaltspflicht gegenüber den Betroffenen verletzt.

## **5. „nicht Schmerzen oder Leiden die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind“**

Da die medizinischen Behandlungen

intersexueller Kinder oder Erwachsener in Deutschland nicht unter gesetzlich zulässige Sanktionen fallen, ist die Ausnahmeklausel hier nicht einschlägig.

Die geschlechtsangleichenden medizinischen Eingriffe an intersexuellen Menschen verstoßen somit gegen Art. 1 I CAT und stellen Folter im Sinne der Konvention dar, wie der oben aufgeführte Parallelbericht ausführlich erläutert. Für die Humboldt Law Clinic und den Verein Intersexueller Menschen war die Parallelberichterstattung mit einem großen Erfolg verbunden. Denn in seinen Schlussfolgerungen<sup>19</sup> für Deutschland vom 25. November 2011 spricht der Ausschuss gegen Folter seine Besorgnis über die Behandlung intersexueller Menschen aus und empfiehlt folgende Veränderungen:<sup>20</sup>

- a) Effektive Anwendung rechtlicher und medizinischer Standards, vollständige Aufklärung über die empfohlene Behandlung so wie ihre Alternativen;
- b) Erlass rechtlicher Bestimmungen um den betroffenen operierten intersexuellen Menschen Wiedergutmachung einschließlich angemessener Entschädigung zukommen zu lassen;
- c) Spezifische Ausbildung medizinischer und psychologischer Fachleute bzgl. der biologischen und physischen Diversität von Intersexualität;
- d) Intensive und lückenlose Aufklärung von Patienten und deren Eltern über Konsequenzen unnötiger

operativer und anderer medizinischer Interventionen.

<sup>1</sup> Die UN-Antifolterkonvention sieht, wie verschiedene andere UN-Konventionen auch, vor, dass jeder Vertragsstaat einem Fachausschuss regelmäßige Berichte zur Umsetzung der Konvention vorlegt. Um konkrete Menschenrechtsverletzungen aufzuzeigen, ist es inzwischen Praxis, dass Nichtregierungsorganisationen so genannte Parallel- oder Schattenberichte verfassen. Der deutsche Staatenbericht zur CAT und der Parallelbericht der Humboldt Law Clinic und des Vereins intersexueller Menschen e. V. wurden im November 2011 vom Komitee gegen Folter in seiner 47sten Sitzung behandelt. Dieser Text basiert auf diesem Bericht, der von den Autorinnen gemeinsam mit Juana Remus, Nora Markard und Lucie Veith erstellt wurde.

<sup>2</sup> [http://www.awmf.org/uploads/tx\\_szleitlinien/027-022l\\_s1\\_Stoerungen\\_der\\_Geschlechtsentwicklung\\_2010-10.pdf](http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/027-022l_s1_Stoerungen_der_Geschlechtsentwicklung_2010-10.pdf).

<sup>3</sup> Parallelbericht zu ICESCR, S. 27.

<sup>4</sup> <http://www.isna.org/faq/concealment>;  
<http://www.isna.org/faq/conditions/clitoromegaly>.

<sup>5</sup> Brinkmann et al. (2007), Geschlechtsidentität und psychische Belastung von erwachsenen Personen mit Intersexualität, ZfS 2007, 140

<sup>6</sup> Crouch et al. (2004), Genital sensation after feminizing genitoplasty for congenital adrenal hyperplasia: a pilot study, BJU Int. 93:135-138; see also Richter-Appelt (2007), Intersexualität – Störungen der Geschlechtsentwicklung, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz, 50:52-61, at 57.

<sup>7</sup> [http://surgery.med.umich.edu/pediatric/clinical/physician\\_content/a-m/ambiguous\\_genitalia.shtml](http://surgery.med.umich.edu/pediatric/clinical/physician_content/a-m/ambiguous_genitalia.shtml).

<sup>8</sup> Kessler (2002), Lessons from the Intersexed, at 49.

<sup>9</sup> unterzeichnet am 13.10.1986, ratifiziert am 01.10.1990, vgl. [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-9&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en).

<sup>10</sup> Auswärtiges Amt, 27.07.2003.

<sup>11</sup> Parallelbericht zu ICESCR, S. 28.

<sup>12</sup> <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/>

<sup>13</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture, UN Doc. A/HRC/7/3, paras. 53, 54; Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, UN Doc. E/CN.4/2002/83, para. 6 (severe pain and suffering element of CAT) definition); see also UN Doc. A/HRC/4/34, para. 56. Breach of Art. 7 ICCPR: see CCPR general comment No. 28 (2000) on article 3 (The equality of rights between men and women), para. 11; see also Concluding Observations on Uganda, CCPR/CO/80/UGA, para. 10; Mali, CCPR/CO/77/MLI, para. 11; Sweden, CCPR/CO/74/SWE, para. 8; Yemen, CCPR/CO/84/YEM, para. 11.

<sup>14</sup> Crouch et al. (2004), a.a.O.

<sup>15</sup> Nowak/McArthur (2008), UN Convention against Torture, Comment Art. 1, para. 107.

<sup>16</sup> Interim report of the Special Rapporteur on the Torture, UN Doc. A/63/175, para. 48 f.

<sup>17</sup> EGMR: Urteil vom 22.12.2009 – 27996, 34836/06.

<sup>18</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture, UN Doc. A/HRC/7/3, para, 31.

<sup>19</sup> [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/co/CAT.C.DEU.CO.5\\_en.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/co/CAT.C.DEU.CO.5_en.doc).

<sup>20</sup> Übersetzung Nora Markard.

Carla Weinhardt ist Jurastudentin an der Humboldt Universität zu Berlin.

Lisa Hahn, ehemalige Jurastudentin der Humboldt Universität, ist heute Medizinstudentin der Philipps-Universität Marburg.

Der besondere Dank der Autorinnen gilt ihren Dozentinnen Juana Remus und Nora Markard.

## Rechtliche Entscheidungskompetenz der Eltern bei Intersexualität des Kindes

von Prof. Dr. iur. Gerfried Fischer, LL.M.

### Begriff und medizinische Behandlung Rechtliche Grundlagen

Als Intersexualität werden in den Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie aus dem Jahre 2002 „Störungen [...] bezeichnet, bei denen sich die äußeren und/oder inneren Geschlechtsorgane in unterschiedlich starker Ausprägung entgegen dem chromosomalen Geschlecht entwickeln.“<sup>1</sup> Ziel einer Therapie ist danach „Harmonische Identität von genetischem, phänotypischem und soziokulturellem Geschlecht mit Potentia coeundi und generandi soweit als möglich“. Dies kann durch isosexuelle Rekonstruktion geschehen, wenn eine „Gonade (d. h. Hoden oder Eierstock) und eine phänotypische, d. h. im äußeren Erscheinungsbild entsprechende Ausgangssituation vorhanden sind, aufgrund deren ein befriedigender Phänotypus und Beischlaffähigkeit erreicht werden kann, bei entsprechendem Organsubstrat auch“ Fortpflanzungsfähigkeit. Ist es mit „hormonellen und operativen Verfahren“ nicht möglich, die „Fähigkeit der Gonade zur Ausprägung eines isosexuell identifizierbaren und akzeptablen genitalen Erscheinungsbildes“ zu schaffen, dann kommt nur eine kontrasexuelle Rekonstruktion, d. h. Umwandlung, in Betracht.

Die juristische Literatur hat sich erst spät mit dem Thema der medizinischen Behandlung solcher Störungen befasst, und zwar zunächst mit einem vor allem rechtshistorischen Beitrag von Wacke von 1989<sup>2</sup> und dann mit dem grundlegenden Aufsatz von Sonja Rothärmel, „Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität“, von 2006.<sup>3</sup> Dass es sich bei jeder Art der Behandlung, sei es hormoneller, sei es operativer Natur, um einen ärztlichen Eingriff handelt, der der Einwilligung des Patienten und einer eingriffsspezifischen Aufklärung bedarf, steht außer Zweifel. Wirksam einwilligen kann nur, wer einwilligungsfähig ist. Einwilligungsfähig ist, wer einsichtsfähig, d. h. in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu verstehen.<sup>4</sup> Säuglinge und Kleinkinder sind dies nicht, während es bei heranwachsenden Minderjährigen von der individuellen geistigen und sittlichen Reife unter Berücksichtigung der konkreten Maßnahme abhängt.<sup>5</sup> Für einwilligungsunfähige Patienten muss die Einwilligung durch den bzw. die gesetzlichen Vertreter erteilt werden, bei noch nicht einsichtsfähigen Kindern also durch deren sorgeberechtigte Eltern, und diesen gegenüber muss die notwendige

Aufklärung erfolgen. Die Befugnis des gesetzlichen Vertreters zur Fremdbestimmung geht jedoch nicht so weit wie das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.<sup>6</sup> Für die Eltern ergibt sich diese Schranke zum einen daraus, dass das Sorgerecht für bestimmte Eingriffe wie z. B. die Sterilisation nach § 1631c BGB ausgeschlossen ist<sup>7</sup> oder dass sie nicht gegen den Willen des Kindes durchgeführt werden dürfen, wie z. B. Arzneimittelprüfungen nach § 40 Abs. IV Nr. 3 S. 3 AMG, zum anderen daraus, dass die Eltern die ihnen obliegende Sorge nach § 1627 BGB zum Wohl des Kindes auszuüben haben und dieses nach § 1666 BGB nicht durch missbräuchliche Ausübung gefährden dürfen.<sup>8</sup> Letzteres verbietet es ihnen etwa, sich für eine objektiv verfehlte Behandlungsmethode zu entscheiden.<sup>9</sup>

### **Elternkompetenz zur Einwilligung in Intersexualitätstherapien**

Eine gesetzliche Norm, die die Einwilligungskompetenz der Eltern speziell für Behandlungen der Intersexualität ausschließt oder beschränkt, besteht nicht. Die Eltern sind daher zu allen Entscheidungen befugt, die nicht gegen das Kindeswohl verstoßen oder in die eigene Kompetenz des Kindes eingreifen.

Unproblematisch ist ihre alleinige Einwilligungskompetenz bei allen Maßnahmen, die notwendig sind, um eine unmittelbar drohende Gefahr für das Leben des neugeborenen Kindes zu beseitigen, etwa wenn perineale

Öffnungen fehlen oder nicht funktionsfähig sind, sodass die notwendigen Körperausscheidungen nicht möglich sind. Gleiches gilt für die in der Leitlinie Kinderchirurgie beim häufigsten Fall der intersexuellen Störung, dem adrenogenitalen Syndrom (AGS), geforderte umgehende Feststellung und Therapie eines neonatalen Salzverlustsyndroms, dessen lebensgefährliche Risiken natürlich sofort bekämpft werden müssen. Allerdings wird es dazu wohl kaum schon chirurgischer Maßnahmen an den Genitalorganen oder anderer Eingriffe bedürfen, die das Geschlecht des Kindes eindeutig und irreversibel festlegen.

Problematisch sind dagegen Behandlungen, die – jedenfalls aus rein somatischer Sicht – aufgeschoben werden können, bis der intersexuelle Patient die nötige Einsichtsfähigkeit besitzt, um selbst über seine Geschlechtszugehörigkeit zu entscheiden. Der Intim- und Sexualbereich des Menschen ist Teil seiner durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Privatsphäre<sup>10</sup> und deshalb schützen diese Grundrechte auch das Recht auf die Bestimmung der eigenen geschlechtlichen Identität. Dieser vom Bundesverfassungsgericht für Transsexuelle statuierte Schutz<sup>11</sup> muss erst recht für Intersexuelle gelten, deren äußeres geschlechtliches Erscheinungsbild durch medizinische Eingriffe festgelegt werden soll.<sup>12</sup> Das bedeutet nicht, dass diese Entscheidung den Eltern wie nach § 1631c BGB bei der Sterilisation generell entzogen wäre; denn solange Kinder ihre

Grundrechte auf Selbstbestimmung mangels entsprechender Fähigkeit nicht selbst ausüben können, muss dies, sofern zu ihrem Wohl erforderlich, durch die Eltern als gesetzliche Vertreter geschehen. Ist der Eingriff aber nicht aus gesundheitlichen Gründen dringend indiziert, dann stellt sich die Frage, ob seine Verschiebung bis zur Einsichtsfähigkeit nicht dem Kindeswohl eher entspricht und die alsbaldige Vornahme dieses gefährdet.

Die lange Jahre und wohl noch bis in die jüngste Zeit vorherrschende „optimal gender policy“ geht vom Gegenteil aus, dass nämlich das Kind erhebliche psychische Schäden erleide, wenn es „nicht so früh wie möglich die Chance zur eindeutigen Geschlechtsrollen-Identifikation als Mann oder Frau bzw. Junge oder Mädchen erhalte.“<sup>13</sup> Von diesem Ausgangspunkt her entspricht die frühzeitige Anpassung des äußeren Genitalorgans an ein möglichst normales Erscheinungsbild, d. h. die Schaffung einer Vagina oder – wesentlich seltener – der Aufbau eines Penis unter Entfernung gegenteiliger äußerer Anlagen eher dem Wohl des Kindes als der Aufschub bis zu dessen Einsichtsfähigkeit und damit Selbstbestimmungsfähigkeit. Kritisiert wird er jedoch, weil es offenbar an empirisch gesicherten Nachweisen dafür fehlt, dass Kinder für eine gesunde psychische Entwicklung der frühen eindeutigen Festlegung des Geschlechts bedürfen und Störungen nur durch entsprechende chirurgische Rekonstruktion zu vermeiden seien.<sup>14</sup> Betroffene, die ohne

ihr Einverständnis solchen Eingriffen unterworfen worden sind, beklagen dies heute als unzumutbare Schädigung und Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte. Letztlich lässt sich die Frage, ob die frühzeitige Anpassung zur Vermeidung psychischer Störungen notwendig ist oder nicht, nach dem zeitigen Forschungsstand weder mit Sicherheit bejahen, noch aber auch mit Sicherheit widerlegen. Sowohl der medizinische Eingriff als auch seine Unterlassung können schwerwiegende Nachteile für das Kind mit sich bringen, über deren Inkaufnahme es eigentlich nur selbst entscheiden kann. Solange ihm dafür die nötige Einsichtsfähigkeit fehlt, bleibt nur die Möglichkeit, es der Entscheidung der Eltern zu überlassen<sup>15</sup>, welche Alternative sie für die bessere für das Wohl des Kindes halten. Beschränken lässt sich die Entscheidungsbefugnis jedoch in zweierlei Hinsicht. Zum einen fordert das Kindeswohl eine intensive Aufklärung und Beratung der Eltern durch alle betroffenen medizinischen Fachrichtungen einschließlich der Kinderpsychiatrie, damit sie Bedeutung und Gründe des Eingriffs wie auch seines Hinausschiebens verstehen und abwägen können.<sup>16</sup> Zum anderen sind die Eingriffe auf das unbedingt zu diesem Zeitpunkt erforderliche Maß zu begrenzen, um dem Kind eine spätere eigene Entscheidung möglichst offen zu halten.<sup>17</sup>

Von daher unterliegt die isosexuelle Rekonstruktion den geringeren Einwänden. Voraussetzung für diese ist natürlich zunächst einmal eine

Chromosomenanalyse, die nach der genannten Leitlinie vor einer ersten Bluttransfusion erfolgen muss. Entsprechen die vorhandenen Gonaden, d.h. Hoden oder Eierstöcke, und überwiegend auch das äußere Erscheinungsbild dem chromosomalen Geschlecht, dann kann es dem Wohl des Kindes eigentlich nur förderlich sein, ein damit übereinstimmendes funktionsfähiges Genitalorgan zu schaffen. Zwar ist es auch hier wahrscheinlich nicht ausgeschlossen, dass der Patient sich aufgrund einer transsexuellen Prägung später dem anderen Geschlecht zugehörig und diese Entscheidung nachträglich als Nachteil empfindet. Aber solange diese Wahrscheinlichkeit bei ursprünglicher Intersexualität nicht höher ist als bei normaler Geschlechtszugehörigkeit, kann sie auch nicht als besonderer Nachteil einer isosexuellen Rekonstruktion angesehen werden.

Schwieriger gestaltet sich die Frage des Kindeswohls bei der kontrasexuellen Rekonstruktion, also in allen Fällen, in denen keine Anpassung eines äußeren Genitals an vorhandene Gonaden erfolgen kann. Dabei kann es sein, dass keine eindeutig entwickelten äußeren Genitalien bestehen, dass beide Arten vorhanden sind oder dass das vorhandene Genital nicht mit dem der Gonade(n) übereinstimmt. Außerdem ist es möglich, dass keine oder unterschiedliche Gonaden vorliegen. Die Behandlung stellt sich dann nicht mehr als Fortentwicklung des genitalen Phänotyps dar, sondern legt diesen erst endgültig fest oder ändert

ihn, bestimmt also das Geschlecht. Die Frage, ob diese Entscheidung bis zur Einsichtsfähigkeit des Kindes aufgeschoben werden kann oder ob sie nicht im Interesse seiner psychosozialen Entwicklung möglichst frühzeitig getroffen werden sollte, lässt sich, wie schon dargelegt, nach den derzeit zur Verfügung stehenden Erkenntnissen nicht mit Sicherheit entscheiden. Beide Alternativen können daher seinem Wohl dienen. Zwischen den bei beiden bestehenden Vor- und Nachteilen abzuwägen und auszuwählen, kann dann nur der Entscheidungskompetenz der Eltern unterliegen.

Erfolgt allerdings die Rekonstruktion erst zu einem Zeitpunkt, in dem das Kind selbst einsichtsfähig ist, dann endet die Vertretungsmacht der Eltern, und dieses ist nur noch selbst zur Entscheidung berufen. Bei der Frage, wann das bei operativen Genitalkorrekturen der Fall ist, stehen sich zwei gegenläufige Wertungen gegenüber.<sup>18</sup> Auf der einen Seite kommt die Bedeutung der Fortpflanzungsfähigkeit häufig erst mit dem Auftreten des Kinderwunsches, also weit nach Eintritt der Volljährigkeit, zum Bewusstsein. Auf der anderen Seite wird in den Intimbereich der Persönlichkeit eingegriffen, der dem Betroffenen schon in recht frühem Alter, spätestens mit dem Beginn der Pubertät, bewusst wird. Dieser Bereich ist umfassender und tiefgreifender. Sein Schutz sollte daher den Vorrang haben, was dafür spricht, auch auf die Einsichtsfähigkeit in diesen Eingriff abzustellen und diese im Alter von 12 bis 14 Jahren beginnen

zu lassen, immer vorausgesetzt, dass der individuelle jugendliche Patient die intellektuellen Fähigkeiten besitzt, die Bedeutung des konkreten Eingriffs zu beurteilen. Fraglich ist, ob nicht auch schon sehr viel jüngere Kinder, etwa vierjährige, die Bedeutung einer Genitalentfernung, etwa des Penis bei Pseudohermaphroditismus femininus mit starker Virilisierung,<sup>19</sup> verstehen und sich dagegen zur Wehr setzen können. Dass für die Ablehnung nicht vital indizierter Eingriffe auch eine natürliche teilweise Einsichtsfähigkeit reichen kann, lässt sich der Wertung von § 40 Abs. 4 Nr. 3 S. 3, Halbs. 2 AMG entnehmen. Sie sollte daher auch ein Grund sein, die Übereinstimmung mit dem Kindeswohl zu verneinen<sup>20</sup> und den Eingriff aufzuschieben.

und physischen Konstitution zugehört.“

<sup>12</sup> Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 1 TSG Rn. 2.

<sup>13</sup> Rothärmel, MedR. 2006, 274, 276 m. Nachw.  
<sup>14</sup> Rothärmel, MedR 2006, 274, 278; vgl. auch Kleine Anfrage der PDS, BT Drucks. 14/5425.

<sup>15</sup> Vgl. Wacke, in FS Rebmann, S. 861, 889.

<sup>16</sup> Rothärmel, MedR 2006, 274, 279; vgl. auch Spickhoff, Medizinrecht, § 1 TSG Rn. 3.

<sup>17</sup> Rothärmel, MedR 2006, 274, 283.

<sup>18</sup> Dazu und zum Folgenden Rothärmel, MedR 2006, 274, 281 f.

<sup>19</sup> Hier kann nach der Leitlinie der Gesellschaft für Urologie (AWMF-Leitlinien-Register Nr. 043/029) von 2003 ein Verbleiben in der männlichen Rolle diskutiert und auf die Entfernung des äußeren Genitals verzichtet werden.

<sup>20</sup> Vgl. Rothärmel, MedR 2006, 274, 283, die schon ab 2 1/2 Jahren ein Vetorecht geben will.

<sup>1</sup> AWMF-Leitlinien-Register Nr. 006-105.

<sup>2</sup> Wacke, in: Festschrift für Rebmann, 1989, Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen, S. 861 – 903.

<sup>3</sup> MedR 2006, 274 – 284. Auf diesen verweist auch Laufs in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, S. 233 Rn. 74.

<sup>4</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 789.

<sup>5</sup> Ulsenheimer, in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 2010, § 139 Rn. 45.

<sup>6</sup> Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 514.

<sup>7</sup> Palandt/Diederichsen, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1629 Rn. 8.

<sup>8</sup> MünchKommBGB-Huber, 5. Aufl. 2008, § 1626 Rn. 44.

<sup>9</sup> Steffen/Pauge, Rn. 514.

<sup>10</sup> BVerfG NJW 1978, 807, 809.

<sup>11</sup> BVerfG NJW 1979, 595: „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten daher, den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen

Prof. Gerfried Fischer, LL.M. (emeritiert), ehem. Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Arztrecht an der Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg.

## Die Rechtswidrigkeit von genitalverändernden Operationen an intersexuellen Minderjährigen

von Juana Remus

Mit der Übernahme der „optimal gender policy“ als Standardbehandlung<sup>1</sup> wird ein in Deutschland geborenes, intersexuelles Kind zunächst einem der beiden sozial anerkannten Geschlechtern – männlich oder weiblich – zugewiesen. Entsprechend des Zuweisungsgeschlechtes erfolgt dann eine medizinische Zuordnung mit Hilfe von genitalverändernden Eingriffen und Hormonersatztherapien – in der Regel binnen der ersten 18 Lebensmonate.

Wegen der eingeschränkten chirurgischen Möglichkeiten wird zumeist das weibliche Geschlecht gewählt. Bei dem intergeschlechtlichen Kind werden dann der Mikropenis bzw. die als zu groß empfundene Klitoris verkleinert (Klitoridektomie/Klitorisreduktion), eine Vagina angelegt (Neo-Vagina) oder bis zur Kohabitationsfähigkeit gedehnt (Dilatation) und die Keimdrüsen entnommen (Gonadektomie). Bei den seltener vorkommenden vermännlichenden Operationen werden der Penis aufgerichtet, die Harnröhre entsprechend verlegt und, falls nötig, die im Bauchraum befindlichen Hoden am Hodensack fixiert. Es handelt sich um Eingriffe, die zumeist unter Vollnarkose stattfinden und oftmals mehrzeitig vorgenommen werden.

Medizinisch werden die Eingriffe mit verschiedensten Argumenten gerechtfertigt. Im Vordergrund steht dabei die Behauptung, die Eingriffe

seien zur Vermeidung späterer psychischer Störungen der intersexuellen Person erforderlich. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass nur eindeutig „weibliche“ oder „männliche“ Genitalien zu einer stabilen Geschlechtsidentität führen können („Vereindeutungsthese“). Die uneindeutigen Geschlechtsmerkmale würden eine unhaltbare Stigmatisierung nach sich ziehen, die zu einem Trauma bei der intergeschlechtliche Person führen würde. Darüber hinaus würden erst die konstruierten Genitalien ein Sexualeben und damit den rechtlichen Vollzug der Ehe ermöglichen.<sup>2</sup> Für die Entnahme der Keimdrüsen wird neben der Vereindeutungsthese auch mit einem etwaigen Krebsrisiko argumentiert, aufgrund dessen die Gonadektomie medizinisch geboten sei.

### Medizinischer Nutzen der Eingriffe

In den neusten Studien wird deutlich, dass die Herstellung eines eindeutigen äußeren Geschlechts nicht notwendigerweise eine eindeutige Geschlechtsidentität sicherstellt.<sup>3</sup> So zeigte sich in der Hamburger Intersexstudie eine deutliche Diskrepanz zwischen dem nach außen hin gelebten Geschlecht (also dem Zuweisungsgeschlecht und der Geschlechtsrolle) und dem inneren Geschlechtserleben.<sup>4</sup>

So verständlich Ängste vor Stigma-

tisierung und Mobbing bei Nichtbehandlung in einem Zwei-Geschlechter-System sind, so wenig scheinen sie evident. Einer Studie aus dem Jahr 2000 zufolge hatte von 80 nichtbehandelten intergeschlechtlichen Personen genau eine ein psychisches Problem.<sup>5</sup>

Ein weiteres Argument, das gegen die Vereindeutungsthese spricht, ist, dass ein als eindeutig wahrgenommener Körper nicht zwingend zu einer bestimmten Geschlechtsidentität führt. Dies ist am Beispiel von „Transsexualität“ deutlich erkennbar.

Auch das von den Medizinern und Medizinerinnen angeführte Ziel, ein der Geschlechtsidentität angepasstes Sexualeben zu ermöglichen, wird nicht von validen Studien gestützt. Vielmehr sind Unsicherheiten in sexuellen Sozialkontakten und sexuellen Interaktionen, die die Sexualität behindern oder negativ beeinflussen, unter operierten Intersexuellen keine Seltenheit.<sup>6</sup> Zurückzuführen ist dies zum einen auf die Tatsache, dass mit den Operationen an der Klitoris/am Penis häufig auch die sexuelle Empfindsamkeit der Person „wegoperiert“ wird.<sup>7</sup> Daneben scheint auch die Dilatation der Vagina sehr fragwürdig. Denn ihr Zweck liegt in ferner Zukunft und entspricht einem heteronormativen Weltbild – nicht jedoch der Lebensrealität eines jeden erwachsenen Menschen.

Das durch Ärzte und Ärztinnen zur Begründung für die Gonadektomie angeführte Krebsrisiko ist ebenfalls bislang nicht nachweisbar. Vielmehr bezeichnen selbst die deutschen ärzt-

lichen Leitlinien die Literatur zum definitiven Tumorrisiko in den Gonaden als „dürftig“.<sup>8</sup> Dies ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass die meisten Intersexuellen im Kindesalter gonadektomiert werden. Daher ist schlecht überprüfbar, ob die entnommenen Keimdrüsen Krebszellen entwickelt hätten. Die wenigen Studien, die existieren, raten in nur wenigen Fällen zur Gonadektomie und kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen und Bewertungen.<sup>9</sup>

### Rechtliche Beurteilung

Auch wenn der Bundesgerichtshof für die Frage nach der Rechtmäßigkeit von ärztlichen Behandlungen schon frühzeitig die Einwilligungslösung anerkannt hat, muss hier festgestellt werden, dass diese Lösung Makel aufweist, wenn es um die Einwilligung in medizinische Eingriffe geht, deren Nutzen bisher nicht bewiesen wurde (s.o.), die aber an nicht einwilligungsfähigen Menschen vorgenommen werden sollen.

Denn intergeschlechtliche Personen werden zumeist operiert, wenn sie noch nicht einwilligungsfähig sind. Das Recht zur Einwilligung wird, wie bei jeder Maßnahme, die Kinder betrifft, auf deren Eltern übertragen (§ 1626 BGB). Bei größeren Kindern und Jugendlichen ist der Kindeswille entsprechend dem Alter und der Reife des Kindes einzubeziehen, auch bei Entscheidungen über medizinische Behandlungen. Dies fordert auch Art. 12 Kinderrechtskonvention



und ist in Deutschland höchststrich-  
lich anerkannt.<sup>10</sup> Wegen der Schwere  
und der Intensität genitalverändern-  
der Operationen kann jedoch regel-  
mäßig angenommen werden, dass  
intersexuelle Kinder und Jugendliche  
die Entscheidung nicht ausreichend  
überblicken. Statt aber abzuwarten,  
bis sie alt genug sind, selbst über die-  
se schwerwiegenden, lebensverän-  
dernden Operationen zu entscheiden,  
wird das Recht zur Entscheidung ihren  
Eltern überlassen. Von Akteuren und  
Akteurinnen informiert, die Interge-  
schlechtlichkeit als Krankheit definie-  
ren, entscheiden nunmehr die Eltern,  
welches Geschlecht dem Kind zuge-  
wiesen wird, wie groß die Klitoris/der  
Penis sein sollte und ob die Keimdrü-  
sen entfernt werden sollen.

Die Rechtsordnung trägt die elterli-  
che Entscheidung allerdings nur dann  
mit, wenn sie dem Wohl des Kindes  
entspricht, § 1627 BGB. Dem Kindes-  
wohl kann allerdings eine Therapie,  
deren medizinischer Nutzen derart  
fragwürdig ist, nicht entsprechen.<sup>11</sup>

Denn neben der Unklarheit über  
die medizinische Notwendigkeit sowie  
dem subjektiven Nutzen der Eingriffe,  
bleibt festzustellen, dass jene Eingriffe  
schwere körperliche und psychische  
Folgen haben können.

Schon allein die Pathologisierung  
von Intersexualität und die damit  
verbundene Einordnung als „Sonder-  
ling“ im Rahmen der medizinischen  
Diagnose und Behandlung stellt eine  
Herausforderung an die Identitäts-  
entwicklung und -stabilität eines  
jungen Menschen dar.<sup>12</sup> Hinzukom-

men der Verlust der Sensibilität im  
Genitalbereich, die trotz bester Ab-  
sicht und größter Vorsichtsmaßnah-  
men nicht immer verhindert werden  
kann. Selbst für die Hoffnung, durch  
neuere Operationstechniken bei der  
Klitorisreduktion die klorale Empfin-  
dungsmöglichkeit zu erhalten, besteht  
derzeit keine Rechtfertigung.<sup>13</sup> Aber  
auch die Schamlippenkorrekturen  
und das Anlegen einer Neo-Vagina  
ist mit schmerzhaften und zum Teil  
traumatisierenden Folgen verbunden.  
Insbesondere bei einer frühzeitig an-  
gelegten Neo-Vagina werden erneute  
Operationen erforderlich oder aber  
ein stetiges Dehnen, um die spätere  
Kohabitation zu ermöglichen. Das  
Dehnen wird von vielen Betroffenen als  
so schmerzhaft und belastend be-  
schrieben, dass sie im späteren Alter  
„keine Lust mehr hatten, auch nur  
irgendetwas in diese ‚künstliche Kör-  
peröffnung‘ einzuführen.“<sup>14</sup> Zudem  
berichten viele Eltern, ihnen sei nicht  
mitgeteilt worden, dass die Anle-  
gung einer Neo-Vagina eine derartige  
„Nachbehandlung“ nach sich zieht.

Nicht weniger schwerwiegend  
sind die Folgen der Gonadektomie.  
So spricht gegen die Rechtmäßigkeit  
der Gonadektomie neben der man-  
gelnden Nachweisbarkeit des Krebs-  
risikos auch, dass mit dem Fehlen der  
Keimdrüsen der Körper nicht mehr  
in der Lage ist, bestimmte Hormone  
zu produzieren – ein Mangel, der nur  
über eine Substitution mit Hormonen  
ausgeglichen werden kann. Interge-  
schlechtlichen Menschen wird daher  
eine lebenslange Hormonersatzthera-

pie zugemutet, die unlängst auch vom  
Bundesverfassungsgericht als schwer-  
wiegende Folge bezeichnet wurde.  
In seinem aktuellen Urteil über die  
Frage, ob das Gesetz als Vorausset-  
zung für die rechtliche Anerkennung  
des Geschlechts einer transsexuellen  
Person eine operative Geschlechtsan-  
passung verlangen darf, hat das Bun-  
desverfassungsgericht die Gesund-  
heitsrisiken solcher Operationen und  
der damit verbundenen lebenslangen  
Hormontherapie herausgearbeitet.<sup>15</sup>  
Auch wegen der problematischen Ne-  
benwirkungen einer kontra-chromo-  
somalen Hormontherapie, namentlich  
dem erhöhten Risiko von Thrombose,  
Diabetes, chronischer Hepatitis und  
Leberschäden,<sup>16</sup> wurde die operative  
Geschlechtsumwandlung als Voraus-  
setzung zur Änderung des Geschlecht-  
seintrages für verfassungswidrig er-  
klärt.

Hinzu kommt, dass die Gonadek-  
tomie intersexuellen Personen das  
höchstpersönliche Recht auf Fort-  
pflanzung entzieht. Es stellt sich die  
Frage, warum die Einwilligung in eine  
solche Maßnahme nicht in aller Re-  
gel gemäß § 1631c BGB unwirksam  
ist. Denn die Gonadektomie ist nur  
in absoluten Ausnahmefällen medizi-  
nisch indiziert, aber beseitigt ebenso  
wie die Sterilisation und Kastration  
die Fortpflanzungsfähigkeit.<sup>17</sup> Proble-  
matisch ist weiterhin, dass bei genital-  
verändernden Operationen und der  
Hormonersatztherapie, die in sehr  
frühem Alter durchgeführt bzw. be-  
gonnen werden, oftmals Folgen und  
Risiken nicht überschaubar sind.<sup>18</sup>

## Fazit

Nach der Prüfung der medizinischen  
Literatur erscheint für genitalverän-  
dernde Operationen keine Heilwir-  
kung belegbar. Vielmehr sind die ne-  
gativen Folgen derartiger Eingriffe so  
massiv, dass eine Einwilligung durch  
eine Vertretungsperson regelmäßig  
nicht rechtmäßig sein kann. Denn die  
Eingriffe widersprechen dem Kindes-  
wohl.

Innerhalb der Einwilligungslösung  
kann das Selbstbestimmungsrecht des  
Kindes nur geschützt werden, wenn  
das Fremdbestimmungsrecht der El-  
tern eingeschränkt wird. Bei genital-  
verändernden Eingriffen, deren medi-  
zinischer Nutzen nicht nachweisbar ist  
oder die die Fortpflanzungsfähigkeit  
des Kindes beeinträchtigen, muss da-  
her der Gesetzgeber eingreifen. Die  
Entscheidung über eine genitalverän-  
dernde Operation ist aufzuschieben,  
bis das betroffene Kind selbst ihre  
Tragweite überblicken kann. Es bleibt  
zu hoffen, dass, ähnlich wie bei der  
Genitalverstümmelung, eine gesell-  
schaftliche Diskussion einsetzt, die die  
Schutzbedürftigkeit und das Selbstbe-  
stimmungsrecht von allen Kindern in  
den Vordergrund rückt.

<sup>1</sup> Ausführlich dazu Klöppel, U., XXOXY ungelöst – Hermaphroditismus, Sex und Gender in der deutschen Medizin. Eine historische Studie zur Intersexualität, Bielefeld 2010.

<sup>2</sup> Teschner, A./von Zumbusch-Weyerstahl, S., Sexuelle Differenzierung und Störungen, in: Stauber, M./Weyerstahl, T. (Hg.), Gynäkologie und Geburtshilfe, Stuttgart 2001, S. 28-47.

<sup>3</sup> Brinkmann, L. et al., Geschlechtsidentität und psychische Belastung von erwachsenen Personen mit Intersexualität, in: Zeitschrift für Sexualwissenschaften 2007, S. 129-144, 141.

<sup>4</sup> Ebd.

<sup>5</sup> Fausto-Sterling, A., Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality, New York 2000, S. 94.

<sup>6</sup> Brinkmann, L. et al., Geschlechtsidentität und psychische Belastung von erwachsenen Personen mit Intersexualität, in: Zeitschrift für Sexualwissenschaften 2007, S. 129-144, S. 140.

<sup>7</sup> Richter-Appelt, H., Medizinische und psychosoziale Aspekte bei Erwachsenen mit Intersexualität, in: Groneberg, M./Zehnder, K. (Hg.), „Intersex“, Geschlechtsanpassung zum Wohl des Kindes?, Fribourg 2010, S. 53-81, 58.

<sup>8</sup> Leitlinien: Störungen der Geschlechtsentwicklung Nr. 027/022, zuletzt aktualisiert 10/2010, Deutsche Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin, S. 5.

<sup>9</sup> Looijenga, L. H. et al., Tumor risk in disorders of sexual development, in: Best Practice & Research Clinical Endocrinology & Metabolism, 2007 (21), S. 480-495, 481.

<sup>10</sup> BGHZ 29, 33-37 in NJW 1959, 811-811: Die Einwilligung eines Minderjährigen zu einem Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit (Operation) ist rechtswirksam, wenn der Minderjährige nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag.

<sup>11</sup> Kolbe, A., Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2010, S. 178.

<sup>12</sup> Preves, S., Intersex and Identity, The Contested Self, New Brunswick 2003, S. 4.

<sup>13</sup> Crouch, N.S. et al., Genital sensation after feminizing genitoplasty for congenital adrenal hyperplasia: a pilot study, in: British Journal of Urology International, 2004 (93), S. 135-138.

<sup>14</sup> Richter-Appelt, H., Intersexuelle Entwicklungen, in: Sigusch, V. (Hg.); Sexuelle Störungen und ihre Behandlung, Stuttgart 2006, 236-250, S. 238.

<sup>15</sup> BVerfG, Urt. v. 11. Jan. 2011 – 1 BvR 3295/07, Rn. 37 (Juris).

<sup>16</sup> Ebd.

<sup>17</sup> Kolbe, A., Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2010, S. 165, 171 und Plett, K., Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin, in: Koher, F./Pühl, K. (Hg.), Gewalt und Geschlecht. Konstruktionen, Positionen, Praxen, Opladen 2003, S. 21-41, 34.

<sup>18</sup> Diamond, M./Beh, H.G., An emerging ethical and medical dilemma: Should physicians perform sex assignment surgery on infants with ambiguous genitalia?, Michigan Journal of Gender and Law, 2000 (7), S. 1-63, 56.

Juana Remus promoviert zum Thema der „Strafrechtlichen Beurteilung genitalverändernder Operation an intersexuellen Minderjährigen“ und ist derzeit Referendarin im Kammergerichtsbezirk in Bremen.

## Name und Geschlecht

### Kein Grundsatz geschlechtsspezifischer Vornamenswahl

von RA Dr. iur. Susann Bräcklein

Hartnäckig hält sich die Auffassung, der Vorname eines Kindes müsse sein Geschlecht erkennen lassen. Für eine geschlechtsspezifische Einschränkung

der freien Vornamenswahl gibt es indes keine gesetzliche Grundlage. Der vorliegende Beitrag stellt den rechtlichen Rahmen der Vornamens-

gebung heraus, zeigt auf, wie sich der vermeintliche Grundsatz der Geschlechtsoffenkundigkeit etablieren konnte, erläutert die letzte einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und geht zuletzt auf die Problematik intersexueller und transsexueller Menschen ein.

### Wie soll das Kind denn heißen?

„Mädchen“ oder „Junge“? lautet häufig die erste Frage an werdende oder frisch gebackene Eltern. Durch bildgebende Verfahren, wie Ultraschall, kann die Neugier heute schon nach wenigen Schwangerschaftswochen befriedigt werden. Sich auf einen oder mehrere Vornamen und einen der beiden Nachnamen der Eltern zu einigen, wird nicht selten zur Probe der Partnerschaft schon vor der Geburt. Kultur, Religion, Tradition leiten häufig die Entscheidungsfindung.

Nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 PStG sind Vornamen und nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG das Geschlecht eines Kindes in das Geburtsregister einzutragen. Welche und wieviele Vornamen Eltern ihren Kindern geben dürfen – hierzu fehlen gänzlich gesetzliche Vorschriften. Das (Vor)Namensrecht wird vorwiegend von der Rechtsprechung geprägt.

Die Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Entscheidungen getroffen, welche Vornamen verunstaltende Wirkungen haben. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes bezogen sich in ihren Begründungen auf den Erhalt von „Sitte und Ordnung“. Seit Ende der 1960er Jahre finden sich

Entscheidungen, die einen von den Eltern gewählten Vornamen deswegen zurückwiesen, weil er das Geschlecht des Kindes nicht offenkundig erkennen ließe. In den Kommentierungen wird bis heute auf den Aufsatz des Zivilrechtlers Diedrichsen in der Zeitschrift für Familienrecht (FamRZ) im Jahre 1965 verwiesen, der das Prinzip der Geschlechtsoffenkundigkeit des Vornamens als zwingend postulierte.

Bis ins 21. Jahrhundert finden sich vor allem im süddeutschen Raum Gerichtsentscheidungen, wie die zuletzt vom BVerfG mit Beschluss 5. Dezember 2008 aufgehobene Entscheidung des Oberlandesgerichts München und des Amtsgericht Memmingen, in denen das vermeintliche Geschlechtsspezifikum aufgeführt und die Vornamenswahl zurückgewiesen wurde.

### Das Mädchen Kiran

Der Fall lässt in den Begründungen der Gerichte die Angst vor Geschlechterchaos erkennen – dies in einer Zeit, in der Vornamensrecht als weitgehend liberalisiert vermutet hätte werden können und sich jede Menge geschlechtsneutrale, aber auch ausländische Vornamen durchgesetzt haben.

Die indisch-stämmigen Eltern hatten in diesem Fall für ihre in den Morgenstunden geborene Tochter den Namen Kiran ausgesucht. Der Name bedeute „erster Sonnenstrahl“. Ein Geistlicher habe den Namen nach der Geburtszeit des Kindes bestimmt.

Der Standesbeamte lehnte die Ein-

tragung des Vornamens mit der Begründung ab, als alleiniger Vorname lasse er Zweifel über das Geschlecht des Kindes aufkommen. Der Beamte verlangte, dass dem Kind ein zweiter, diesen Zweifel ausschließender Vorname, beigelegt werde. Dies lehnten die Eltern ab.

Das Amtsgericht Memmingen bestätigte die Entscheidung des Standesbeamten mit Verweis auf das deutsche Sprachgefühl: Die Erteilung eines ausländischen Vornamens sei nur dann zulässig, wenn der Vorname das Geschlecht des Kindes nach deutschem Sprachgefühl eindeutig erkennen lasse.

„Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde hob das Landgericht Memmingen mit Beschluss vom 17. November 2006 den Beschluss des Amtsgerichts auf und wies das Standesamt der Stadt G. an, den Namen ‚Kiran‘ als alleinigen Vornamen einzutragen. Die Vornamenswahl liege im Kindesinteresse. Das Kind lebe mit seinen Eltern, die dem indischen Kulturkreis angehörten, zusammen. Diese würden unter Umständen dazu veranlasst, gegen religiöse Verbote zu verstoßen, wenn sie einen weiteren Vornamen hinzufügen müssten. Eine Beschränkung der Vornamenswahl würde die Familie in erheblicher Weise beeinträchtigen und in ihrer Entfaltung stören.“<sup>1</sup>

Dies allerdings lies die Aufsichtsbehörde nicht auf sich sitzen und erhob beim Oberlandesgericht München sofortige weitere Beschwerde. Das Gericht bestätigte die Ausgangsent-

scheidung des Standesbeamten mit folgender Begründung:

„Dem Recht der Eltern zur Vornamenswahl sei dort eine Grenze gesetzt, wo seine Ausübung das Kindeswohl zu beeinträchtigen drohe. Diese Grenze sei dann nicht eingehalten, wenn bei der Namensgebung der natürlichen Ordnung der Geschlechter nicht Rechnung getragen würde, wenn also Jungen oder Mädchen Vornamen beigelegt würden, die das Geschlecht nicht kennzeichneten. Es sei herrschende Auffassung, dass die einem Kind gegebenen Vornamen geeignet sein sollten, das Geschlecht des Kindes erkennen zu lassen. Sei ein Vorname nicht eindeutig männlich oder weiblich, stehe dies der Eintragung dann nicht entgegen, wenn dem Kind ein weiterer, den Zweifel über das Geschlecht ausräumender Vorname beigelegt werde. Das wohlverstandene Interesse des Kindes bestehe gerade in einer das Geschlecht eindeutig kennzeichnenden Vornamensgebung. Das Landgericht habe in seiner Entscheidung einseitig auf die Rechte und die kulturellen Bezüge der Eltern abgestellt und nicht berücksichtigt, in welchem Kulturkreis das Kind in nächster Zukunft oder auf Dauer aufwachsen werde. Das Kind habe die deutsche Staatsangehörigkeit und werde zunächst auf nicht absehbare Zeit in einer Kleinstadt im Regierungsbezirk S. aufwachsen. Es sei nicht dargetan, dass die Eltern demnächst beabsichtigten, ihren Lebensmittelpunkt zeitweise oder dauerhaft nach Indien zu verlagern. Deshalb erforde-

re es das Kindeswohl, die Vornamen so zu bestimmen, dass das Kind in seinem engen und weiteren Lebensumfeld namensmäßig in seinem Geschlecht eindeutig wahrgenommen werde. Dem würde nicht Rechnung getragen, wenn das Kind allein den Vornamen ‚Kiran‘ trüge. Im deutschen Sprachgebrauch bezeichneten Vornamen mit der Endsilbe ‚an‘ eher Personen männlichen Geschlechts wie zum Beispiel Christian, Florian, Julian, Jonathan, Kilian, Maximilian, Sebastian, Stefan, Tristan. Die Eltern hätten nicht nachzuweisen vermocht, dass der Name ‚Kiran‘ in Indien als eindeutig weiblicher Vorname gebräuchlich sei. Daran ändere auch die Bestätigung der Universität Tübingen und des Generalkonsulats von Indien nichts, wonach der Name ‚Kiran‘ üblicherweise als weiblicher Name gebräuchlich sei. Diese Bescheinigungen bestünden in einer lapidaren Behauptung und setzten sich nicht mit dem Umstand auseinander, dass in einem nicht zu vernachlässigenden Teil Indiens der Name ‚Kiran‘ männlichen Personen zugeordnet werde. Dies belege die Aufsichtsbehörde mit einem Hinweis auf eine kulturelle Fernsendung zur Frankfurter Buchmesse 2006, die unter anderem einen der bedeutendsten Schriftsteller Indiens mit Namen Kiran Nagarkar, behandle. Aus diesem Bericht ergebe sich, dass auch in der deutschen Öffentlichkeit offenbar geworden sei, dass in Indien ‚Kiran‘ (auch) als männlicher Name verwendet werde. Die von den Beschwerdeführern vorgetragene Diffe-

renzierung, in welchen Bundesstaaten Indiens die Bezeichnung ‚Kiran‘ weiblich, in welchen sie männlich und in welchen sie überhaupt nicht bekannt sei, werde in Deutschland gemeinhin nicht nachvollzogen und könne somit nicht Beurteilungsmaßstab für die Bestimmung eines Vornamens sein. Vielmehr würde in Indien ‚Kiran‘ als Name sowohl für männliche als auch für weibliche Personen verwendet werden. Somit sei es nicht verfehlt, die Eltern aufzufordern, dem Namen ‚Kiran‘ einen weiteren Vornamen beizufügen, welcher das Geschlecht des Kindes eindeutig kennzeichne.“<sup>1</sup>

Hiergegen erhoben die Eltern Verfassungsbeschwerde. Sie sahen sich in ihrem Elternrecht, in ihrer Religionsfreiheit verletzt. Das Bundesverfassungsgericht folgte dem und hob die Entscheidung des OLG München vom 1. Februar 2007 und des AG Memmingen mit Beschluss vom 5.12.2008 auf (1 BvR 576/07).

## **Grundsatz freier Vornamenswahl**

### **1. Grundrechtsschutz**

Der Schutz des Vor- und Nachnamens wird dem mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugerechnet. Art. 6 Abs. 2 GG schütze die Wahl des Vor- und Nachnamens durch die Eltern. Das Recht der Eltern, Sorge für ihr Kind zu tragen, umfasse auch das Recht, diesem einen Namen zu geben. Das Recht des Kindes, einen Vornamen zu erhalten sei mit dem Recht

seiner Eltern, diesen auszuwählen eng verknüpft. Das Elternrecht sei als treuhänderisches Recht angesehen. Die besondere Bedeutung der Entscheidung der Eltern für die Persönlichkeit des Kindes sieht das Bundesverfassungsgericht darin, dass der Name ihm ver helfe, seine Identität zu finden und seine Individualität zu entwickeln.

## 2. Grenzen

Mangels einschlägiger Bestimmungen im Namensrecht seien die Eltern in der Wahl des Vornamens grundsätzlich frei. Diesem Recht der Eltern, den Vornamen des Kindes frei zu wählen, dürfe allein dort eine Grenze gesetzt werden, wo seine Ausübung das Kindeswohl zu beeinträchtigen drohe. Im Rahmen seines nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG begründeten Wächteramtes darf der Staat das Kind als Grundrechtsträger aber vor „verantwortungsloser Namenswahl“ durch die Eltern zu schützen. Für einen darüber hinausgehenden Eingriff bietet Art. 6 Abs. 2 GG keine Grundlage.

Was unter verantwortungsloser Namenswahl zu verstehen ist, sei in erster Linie Aufgabe der Instanzgerichte zu bestimmen. Zur Frage der Notwendigkeit eines geschlechtsspezifischen Vornamens hat sich der BVerfG nicht explizit geäußert, weil es über den konkret zu vergebenden Vornamen „Kiran“ für ein Mädchen zu urteilen hatte.

Vielleicht wäre es korrekter, nicht von verantwortungsloser Wahl zu sprechen, sondern von einer Vor-

namenswahl, die dem Kind jegliche Identitätsfindung in geschlechtlicher Hinsicht unmöglich macht. So könnte man ein negatives Geschlechtsspezifikum herauslesen, in dem Sinne, dass z. B. der Vorname „Klaus“ einem Kind, dass nur weibliche Geschlechtsmerkmale aufweist, nicht gegeben werden kann, weil es die Entwicklung der Geschlechtsidentität unmöglich macht.

### Problematik Intersexuell und Transsexuell

Ist schon das Geschlecht nicht eindeutig zu bestimmen, wie dies bei intersexuellen Kinder der Fall ist, wird es Eltern sowohl beim erforderlichen Registereintrag des Geschlechts als auch dem Eintrag des geeigneten Vornamens noch schwerer gemacht. Denn das Personenstandsrecht kennt keinen Eintrag „intersexuell“ „neutral“ oder etwa ein drittes Geschlecht, sondern nur „männlich“ und „weiblich“.

Die Probleme bei der Geburt eines Kindes, das nicht eindeutig dem weiblichen oder männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann, beginnen selbstverständlich nicht mit der Frage des Vornamens, sondern bei den emotionalen Herausforderungen, vor denen Eltern bei der Entwicklung einer geschlechtlichen Perspektive für ihr Kind stehen.

Vor diesem Hintergrund sollten sich Eltern intersexueller Kinder bei der Namenswahl jedenfalls nicht von Standesbeamten verunsichern oder davon abbringen lassen, dem Kind einen sog. neutralen Vornamen zu ge-

ben, auch wenn der/die Beamte den Begriff „intersexuell“ vielleicht noch nie gehört hat.

Stellt sich nachträglich heraus, dass der Geschlechtseintrag nicht mit der empfundenen (Transsexualität) oder der tatsächlichen Geschlechtskonstitution eines Menschen übereinstimmt, gibt es noch die Möglichkeit der Vornamensänderung, entweder nach dem Personenstandsrecht oder den Regeln des Transsexuellengesetzes.

<sup>1</sup> BVerfG, 1 BvR 576/07 vom 5.12.2008, Absatz-Nr. 6.

Dr. Susann Bräcklein war bis 2010 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht. Derzeit ist sie Studentin des Studiengangs Medizin-Ethik-Recht am Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrum Medizin-Ethik-Recht an der Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg..

## TRANSEXUALITÄT

### Ausbrüche aus dem „Korsett des täglichen geschlechtlichen Einordnungszwanges“<sup>1</sup> Transsexualität und Transgender: Notwendigkeit und Unmöglichkeit von Kategorisierungen

von Christiane Arndt

„Ist es ein Junge oder ein Mädchen?“ Die Frage nach dem Geschlecht ist eine der ersten, die Menschen gestellt wird und darüber hinaus eine der prägendsten. Meist wird bereits vor der Geburt die Antwort bestimmt und dadurch determiniert, ob wir rosa Kleider oder blaue Overalls angezogen bekommen, ob wir mit Puppen oder Autos spielen werden, ob wir unauffällig unser Leben leben können. Dies ist, in den Worten von Butler, der Beginn einer konstanten Performanz von Geschlecht, da wir von Beginn an ent-

weder als Frau oder als Mann agieren (müssen) und konträre Verhaltensweisen zu Unbehagen oder gar zu sozialen Sanktionen, sei es in Form von besorgten Gesichtern der Mitmenschen oder Intervention in Handlungsmöglichkeiten führen. Ein Außerhalb dieser männlich-weiblich Dichotomie darf es scheinbar nicht geben und gilt als sowohl medizinische als auch gesellschaftliche Unmöglichkeit. Transsexuelle und Transgendermenschen bewegen sich zwischen diesem „Wissen um die Unmöglichkeit des Erleb-

ten und der Erfahrung der Existenz dieses Unmöglichen“.<sup>2</sup>

Hier wird davon ausgegangen, dass Geschlecht wie auch Rasse oder Klasse sozial konstruierte Kategorien sind, in die sich Menschen einordnen müssen, um Teil der Gesellschaft zu sein, und dass sie sozialer Ausgrenzung ausgesetzt sind, wenn ihre Identität, ihr Empfinden oder ihr Lebensstil davon abweichen. Bei den sozialen Konstruktionsprozessen von Transgender sind insbesondere der medizinische und der rechtliche Diskurs als einflussreichste Wissensproduzenten und Handlungsweisende zu beachten. Dass es eine Herausforderung darstellt, diese zu Gunsten von Akzeptanz von Diversität aufzubrechen und Unordnung zu leben, kann hier nur ansatzweise demonstriert werden.

Die Unterscheidung von Gender, dem psychosozialen Geschlecht, und Sex, dem biologischen Geschlecht, hat sich mittlerweile in der Diskussion über Geschlechtsidentitäten, zumindest in den Sozial- und Geisteswissenschaften, etabliert. Dabei kann zwischen Geschlechtsidentitäten, als Erleben von Gender und sexuellen Identitäten, als Zuordnung zu männlich oder weiblich (oder einer Kombination davon) bzw. zu einer sexuellen Orientierung unterschieden werden.<sup>3</sup> Transgender wird oft als Oberbegriff für alle Formen der Abweichungen von der Zweigeschlechtlichkeitsnorm und der Heteronormativität verwendet.<sup>4</sup> Allerdings ist dies mit Vorsicht zu tun, denn die Diskussion über einen korrekten Terminus ist, wie bei allen

Konzepten, sehr vielschichtig. Viele Organisationen haben ihre eigenen Definitionen beginnend von Transgender (Transsexuelle, Drag-Kings und -Queens, Transidenten, Cross-Dresser etc.) bis zu queer lebenden Menschen (bei denen sich Geschlecht oder Sexualität nicht in der Zweigeschlechterordnung erfassen lassen).<sup>5</sup> Für manche wird Transgender auch zu sehr in Opposition von Transsexualismus angewandt, andere sehen in dem Begriff die Gefahr, eine neue (einheitliche) Identitätskategorie schaffen zu wollen, was insbesondere im politischen Kontext der Fall ist.<sup>6</sup> Trotz alledem gibt es im Moment (noch) keinen anderen Begriff, der in gleicher Art die Überschreitung der Geschlechtergrenzen beschreiben kann. Ein Bewusstsein über die Komplexität dieses Begriffs und die Reflexion über die Dynamik dieser Kategorie kann die Gefahr einer Vereinheitlichung reduzieren.

Transsexualität wird nur als eine Möglichkeit eines Transgender-Empfindens gesehen. Insbesondere im medizinischen und rechtlichen Diskurs ist sie restriktiv die klinische Bezeichnung für einen Menschen mit einer Geschlechtsidentitätsstörung aufgrund derer jemand ein Leben in dem Körper des anderen Geschlechts leben möchte und daher eine Geschlechtsumwandlung anstrebt. Dies führt auch dazu, dass Menschen, die keine Hormoneinnahme oder Operation, also keinen Geschlechtswechsel anstreben, die Identität als Transsexuelle/r abgesprochen wird. Transsexuellen wird in diesem Diskurs

die Selbstdefinition verwehrt, und das, was sie über sich aussagen, wird zu einem Symptom gemacht, welches etwas über sie aussagt.<sup>7</sup>

Eine Frage, die die Brisanz dessen aufzeigt, ist: Wenn ein Mensch als biologische Frau geboren wurde und durch eine Operation zum Mann wird, zeigt dieser Schritt uns nicht, dass er vorher keine Frau gewesen sein kann, obwohl wir es alle aufgrund des Körpers als zweifellose Realität angenommen hatten?<sup>8</sup>

Da lange Zeit eindeutige Antworten gesucht wurden, die einen schwerwiegenden Eingriff in die persönlichen Entscheidungen von Menschen implizieren, wird innerhalb des interdisziplinären Forschungsgebiets der „Gender Studies“ und den neueren „Queer Studies“ über diese rigide Auffassung von Geschlecht diskutiert. Basierend auf Konzepten des Poststrukturalismus wie der Dekonstruktion und des Machtdiskurses sowie weiterführend von der Bedeutung von Körperlichkeit wird Transsexualität nicht wie in der Medizin als psychopathologische Veranlagung betrachtet. Es erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit den Mechanismen der Wahrnehmung und Konstruktion der Kategorie Geschlecht. Dabei rücken die Identitätskonstruktionen der Menschen, deren biologisches Geschlecht nicht mit der empfundenen Geschlechtszugehörigkeit übereinstimmt, in den Fokus des Interesses. Ein Beispiel dafür ist, dass der Begriff Transsexualität den Zustand beschreiben kann, sich im zugewiesenen Geschlecht unwohl zu

fühlen, ohne eine Angleichung zum Wunschgeschlecht anzustreben. In diesem Zusammenhang werden Begriffe wie Transidentität und Transgender verwendet, die die Möglichkeiten des Erlebens weitaus offener definieren als dies im medizinischen, rechtlichen oder öffentlichen Diskurs der Fall ist. So weist Halberstam darauf hin, dass Transgender bedeuten kann, dass man/frau sich körperliche Veränderung wünscht, dies letztlich aber auch ein Wunsch nach Überwindung von Fremdheit impliziert, der nicht notwendigerweise mit dem Erlangen des oppositionellen Geschlecht erfüllt wird.<sup>9</sup> Die Vielfalt an Verlangen und Motiven für Transgender wird im dominanten Transsexualitätsdiskurs, der durchaus auch innerhalb der „Transgender-Communities“ existent ist, nicht in Betracht gezogen. Trans-Männer werden so als Grenzüberschreiter gesehen, Butches als ein „Dazwischen“. Der fehlende Wunsch nach Überwindung von Fremdheit durch Operation wird in diesem Diskurs als der unmöglichste Weg konstruiert. Heterosexualität dient dabei stets als Norm. Nico Beger fasst dies so zusammen: „Wir [sind] gezwungen, uns täglich zu verorten, ohne die Macht zu besitzen, unsere Verortung selbst vorzunehmen“.<sup>10</sup> Daraus folgt ein Kampf um Authentizität, um Echtheit, den vorwiegend diejenigen kämpfen müssen, deren Körper und/oder Psyche der Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit widersprechen. Wie können Transgender-Menschen mit einem Leben im auferlegten

Widerspruch und verwehrt Wahrnehmung und Akzeptanz ihrer Realität umgehen?

Die meisten sind sehr vertraut mit dem Zustand des Passings.<sup>11</sup> Jede/r Transgender muss sich tagtäglich der Zweigeschlechtlichkeit stellen. Davon zeugen auch die zahlreich vorhandenen Tests und Skalen wie die Harry Benjamin Skala, die Menschen anwenden, um sich zu definieren. Da bisher keine gesetzliche Definition für „Geschlecht“ existiert, wird die Geschlechtszugehörigkeit nach der äußeren körperlichen Beschaffenheit bestimmt. Das Bedürfnis nach Sicherheit in dieser Ordnung ist nicht zu unterschätzen. Nur bei einem gewollten kompletten Geschlechtswechsel werden Personen Rechte zugestanden unter Annahme, die Person wäre geheilt und somit wieder Teil der Ordnung.

Ein Punkt, der oft vernachlässigt wird, ist der Druck, der auch von Betroffenen-Vereinen ausgehen kann. Will man/frau nun gar nicht das Geschlecht wechseln, kann er/sie unter Umständen auch in der Transgender-Bewegung ausgegrenzt werden, da er/sie nicht als wahre/r Transsexuelle/r gilt. Andererseits kann ein Geschlechtswechsel u.U. zur „Transenschelte“<sup>12</sup> und zum Ausschluss aus bisherigen sozialen Gruppen/Organisationen führen, unter der Annahme, sich in gewisser Weise der Zweigeschlechtlichkeit zu beugen. Die Brisanz der Heteronormativität und die damit verbundenen Grenzziehungen zeigen sich somit nicht nur in der Gesellschaft, sondern auch zwischen

und sogar innerhalb dieser Organisationen. Der Identitätsdiskurs, der einerseits in der Queer-Theorie zu dekonstruieren versucht wird, erfährt andererseits in Transgender-Gruppen eine Art Essenzialisierung. Die meisten versuchen, mit Hilfe von Operationen, Psychotherapie etc. ihr Empfinden an ihren Körper anzupassen oder einen Leidensdruck und Symptome nachzuweisen, um Anerkennung im gesellschaftlich-rechtlichen Diskurs zu bekommen und Rechte einfordern zu können. Wenige wählen bewusst den Weg des ständigen Kampfes durch geschlechtliche Uneindeutigkeit, um sich und anderen Menschen außerhalb der vorhandenen Zuschreibungen zu begegnen. Somit realisiert der medizinisch-rechtliche Diskurs seine Kategorien sogar teilweise bei denjenigen, die ihn zu durchbrechen versuchen, sei es der/die queere Kritiker/in, der/die nur auf Basis der vorhandenen Dichotomie männlich-weiblich argumentieren kann oder der Person, deren Empfinden nicht mit dem Körper übereinzustimmen scheint.

Theoretische und praktische Widerstandstaktiken scheinen sinnvoll, würden jedoch wiederum in einem endlosen individuellen Kampf enden, der jedoch einer gesellschaftlichen Lösung bedarf. Daher ist eine politische Diskussion der Heteronormativität und nicht der Transsexualität, d. h. des Leidens am eigenen Körper, unabdingbar. Eine Änderung der Gesetze soll entgegen der gängigen Praxis nicht die Gesellschaft vor solchen „Abnormalitäten“ schützen, sondern

Individuen vor gesellschaftlicher Verordnungs von Geschlecht. Dabei ist „notwendig, Transsexuelle als Subjekte in und durch eigensinnige Praxen zu denken, die einen (gesellschaftlichen) Widerspruch lösen müssen, der (individuell) nicht zu lösen ist. Aber subjektiv gelöst werden muss“.<sup>13</sup>

Schenk sieht eine Möglichkeit für grundlegende Veränderungen zugunsten der Geschlechtervielfalt in einem neuen politischen Ansatz. Der bisherige ist geprägt durch eine Gruppenbezogenheit, die den Interessen von Einzelpersonen nicht gerecht werden kann da sie letztlich auf Ausgrenzung basiert. Daher fordert Schenk eine Politik, die auf die Lebenslage von Menschen bezogen ist und ohne die Kategorien Geschlecht, Geschlechtsrolle, sexueller Orientierung agiert. Sondergesetze, die nur auf einseitigen Definitionen beruhen, sollten in diesem Zusammenhang möglichst vermieden werden, um den Bedürfnissen aller entgegenzukommen.<sup>14</sup>

Darüber hinaus ist die Entstehung von Bündnissen zwischen z. B. Drag-King und Trans-Männer-Gruppen eine weitere grundlegende Notwendigkeit, die langfristig wirken kann. Die Verbreitung des Internets und die Möglichkeiten des persönlichen Austauschs treibt diese Entwicklung voran, wie an den zahlreichen Foren und Verbänden, wie TransInterQueer etc., zu erkennen ist. Diese können aktiv auf die Gestaltung der Zusammenarbeit einwirken und dementsprechend eine einflussreiche Basis zur Veränderung der Rechtsprechung und letztlich

der Lebenswelten bilden. Zweifellos ist dies ein sehr komplexer und komplizierter Prozess doch unabdingbar, um die gemeinsamen Ziele zu erreichen.

<sup>1</sup> Franzen, J./Beger, N., „Zwischen die Stühle gefallen.“ Ein Gespräch über queere Kritik und gelebte Geschlechterentwürfe, in: Polymorph (Hg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Berlin 2002, S. 56.

<sup>2</sup> Hirschauer, S., Die Soziale Konstruktion von Transsexualität, Frankfurt a. M. 1993, S. 337. Hirschauer spricht dabei nur von transsexuellen Menschen.

<sup>3</sup> Haeblerle, E.J., Zur Förderung sexueller Gesundheit – Handlungsempfehlungen. Bericht einer Regionalkonsultation der WHO und der PAHO, 2001, 05.06.2011. <http://www2.hu-berlin.de/sexology/GESUND/ARCHIV/DEUTSCH/PAHODE.HTM>

<sup>4</sup> Während Zweigeschlechterordnung die Zerteilung des Geschlechts und die Kausalität von biologischem Geschlecht und sexueller Orientierung vorschreibt, postuliert Heteronormativität Heterosexualität als soziale Norm.

<sup>5</sup> TransInterQueer e.V., <http://www.transinterqueer.org/index.php/uber-triq/begriffsklaerung.html>.

<sup>6</sup> Beger, N./Franzen, J./Genschel, C., Differente Bewegungen. Ein Gespräch über politische Aspekte von Transgender und anderen Bewegungen, in Polymorph (Hg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Ed. Polymorph. Berlin 2002, S. 218.

<sup>7</sup> Hirschauer, a.a. O., S. 121.

<sup>8</sup> Zum Beispiel der Fall William Money; Franzen, J., Grenzgänge: Judith „Jack“ Halberstam und C. Jacob Hale: weibliche Maskulinität, Transmänner und die Frage nach Bündnissen, in: Polymorph (Hg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Berlin 2002, S. 75.

<sup>10</sup> Franzen, J./ Beger, N., a.a.O., S. 55.

<sup>11</sup> Dieser Begriff hat seine Bedeutung im Zusammenhang mit dem Rasse-Diskurs in der postkolonialen Kritik entwickelt (in der Gesellschaft als „weiß“ wahrgenommen werden) und impliziert somit einen aktiven Prozess des Unsichtbarmachens von Differenz.

<sup>12</sup> Franzen, J./ Beger, N., a.a.O., S. 54.

<sup>13</sup> Genschel, C. zit. in ebd., S. 53.

<sup>14</sup> Schenk, C., Normalität« durch Sondergesetze? Gesellschaftspolitische Normierung des Geschlechts am Beispiel des Transsexuellengesetzes, in: Forum Wissenschaft 2003 (03). <http://www.bdwi.de/forum/archiv/archiv/441262.html>.

Christiane Arndt studiert seit 2010 Interkulturelle Kommunikation mit den Schwerpunkten Migration und Gender. Zudem arbeitet sie als Projektmitarbeiterin bei QSIInova-ein Projekt zur beruflichen Integration von Migrant\_innen in Berlin.

## Der Behandlungsanspruch bei Transsexualität im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung und in weiteren Leistungssystemen

von Maria Busse

Transsexuelle Personen mit dem Wunsch nach Angleichung ihres äußeren Erscheinungsbildes an das andere Geschlecht durch geschlechtsangleichende Operationen stehen häufig vor der Frage, wer die Kosten für die Behandlung trägt und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um einen entsprechenden Leistungsanspruch zu haben. Zwar regelt § 27 SGB V grundsätzlich die Kostentragungspflicht der GKV für die Krankenbehandlung, die Anwendung auf Behandlungsmaßnahmen bei Transsexualität erweist sich allerdings im Einzelnen als kompliziert.

### Transsexualität als Versicherungsfall

Die Kosten für die Behandlung von betreffenden Personen werden nur dann von der GKV übernommen, wenn es sich bei Transsexualität gemäß § 27 Abs. 1 SGB V um eine Krankheit handelt. Seit der frühen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist der Begriff „Krankheit“ als jeder regelwidrige körperliche und geistige Zustand, der ärztliche Heilbehandlung notwendig macht und/oder zu Arbeitsunfähigkeit führt, definiert.<sup>1</sup> Dabei wird Regelwidrigkeit konkretisiert als die

Abweichung des Gesundheitszustandes des Versicherten vom Leitbild eines gesunden Menschen.<sup>2</sup> Die Notwendigkeit der Heilbehandlung ist nur dann gegeben, wenn durch sie der regelwidrige körperliche oder geistige Zustand beseitigt oder verbessert, Verschlechterung verhindert oder Beschwerden gemindert werden können.<sup>3</sup>

Das LSG Stuttgart nahm in seinem Urteil vom 27.11.1981 unter Anlegung eines weiten Begriffsverständnisses zunächst noch an, dass Regelwidrigkeit auch bei einem vom Normalzu-

stand abweichenden Verhältnis zwischen seelischem und körperlichem Zustand vorliege, und es sich deshalb bei Transsexualität um eine Krankheit im Sinne der zu dieser Zeit noch geltenden Reichsversicherungsordnung (RVO) handele.<sup>4</sup>

Das BSG bezog sich mit seinem Urteil vom 6.8.1987 nicht auf dieses Begriffsverständnis, sondern stellte auf das Vorliegen eines mit der Transsexualität verbundenen Leidensdrucks ab, der die Regelwidrigkeit begründe.<sup>5</sup> Ausschlaggebend für diese Entscheidung war, dass es nach Auffassung des BSG auch transsexuelle Menschen gäbe, die zwar ein anormales Identitätsbewusstsein in Bezug auf ihr Geschlecht haben, aber, auch vor dem Hintergrund mangelnder Behandlungsbedürftigkeit, nicht als krank angesehen werden können.<sup>6</sup> Insofern sei der Krankheitswert der Transsexualität je nach Einzelfall zu bestimmen.<sup>7</sup>

### Leistungsumfang

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Bestimmung des Leistungsumfanges. Nicht in jedem Fall von Transsexualität (mit Krankheitswert) kann die Kostenübernahme für geschlechtsangleichende Maßnahmen gegenüber der GKV beansprucht werden. Bei der für Geschlechtsangleichung benötigten vollstationären Behandlung gemäß §§ 27 Abs. 1, 39 Abs. 1 SGB V muss es sich um eine notwendige Behandlungsmaßnahme im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB V handeln, welche die Krankheit heilt, Verschlim-

merung verhindert oder Beschwerden lindert. Darüber hinaus hat die Krankenbehandlung den Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsgebots gemäß § 12 Abs. 1 SGB V zu genügen. Dementsprechend entschied das BSG bereits in seiner frühen Rechtsprechung zur Leistungspflicht der GKV bei Transsexualität, dass die Kosten für geschlechtsangleichende Operationen dann zu tragen sind, wenn sich psychiatrische oder psychotherapeutische Maßnahmen als wirkungslos erweisen und die Operation das einzig noch verbleibende Mittel darstellt, das innere Spannungsverhältnis und den Leidensdruck zu lindern oder aufzulösen.<sup>8</sup> Dementsprechend lehnte das LSG Baden-Württemberg am 23.1.2004 und dem folgend das BSG am 20.6.2005 einen Kostenerstattungsanspruch für eine geschlechtsangleichende Operation (Mann-zu-Frau) ohne vorherige psychiatrische oder psychotherapeutische Behandlung ab und führte damit diese Position fort.<sup>9</sup> Das LSG Baden-Württemberg verneinte zudem die Erforderlichkeit der mit diesem Eingriff verbundenen Krankenhausbehandlung (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V).<sup>10</sup> Aufgrund der besonderen Konstruktion hinsichtlich des Krankheitswertes der Transsexualität grenzt das BSG seine Rechtsprechung hierzu ganz bewusst von seinen Entscheidungsgrundsätzen in Bezug auf die Kostenübernahme für andere Operationen am gesunden Körper, die psychisch motiviert sind, ab.<sup>11</sup> Es zeigt sich in diesen Fällen, in denen es eher um Verwirklichung eines Schönheitsideals gehe, bis auf

wenige Ausnahmefälle zurückhaltend und lehnt die Kostenübernahme trotz mangelnder Erfolge der Psychotherapie ab, da ansonsten eine Ausuferung des Krankenbehandlungsanspruchs zu befürchten sei.<sup>12</sup>

Des Weiteren kann der Behandlungsanspruch auf bestimmte Maßnahmen beschränkt werden. So ist etwa der operative Brustaufbau bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen im Allgemeinen nicht vom Leistungsanspruch umfasst, da für die Brustentwicklung (Gynäkomastie) die Hormontherapie eingesetzt wird.<sup>13</sup> Auch wenn durch die Hormontherapie lediglich ein geringer Brustumfang erreicht werden kann, ist darin kein regelwidriger Körperzustand zu sehen, da auch das natürliche Brustwachstum bei Frauen unterschiedlich ist und es somit keinen festgelegten Normbereich gibt, von dem das Erscheinungsbild der transsexuellen Frau abweichen kann.<sup>14</sup> Insofern würde die Leistungsgewährung eine Ungleichbehandlung gegenüber biologischen Frauen darstellen, bei denen trotz psychischer Erkrankung infolge geringen Brustumfangs die Kosten für eine Brustvergrößerung von der GKV ebenfalls nicht bzw. nur unter der engen Voraussetzung einer äußerlich entstellenden Wirkung übernommen werden.<sup>15</sup> Ferner solle auch bei Transsexualität nicht jede denkbare Behandlungsmöglichkeit gewährt werden, da es keinen Anspruch auf eine möglichst große Annäherung an ein subjektiv vorgestelltes Idealbild gebe.<sup>16</sup>

Einschränkungen erfährt der Be-

handlungsanspruch auch hinsichtlich des Leistungserbringers, da er sich nicht auf die optimale Versorgung in einer beliebig ausgewählten (Privat-) Klinik beziehe, sondern auf die Behandlung in einem gemäß § 108 SGB V zugelassenen Krankenhaus, die gemäß §§ 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 137c SGB V den Regeln der ärztlichen Kunst, anerkannten Qualitätsstandards und dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügt.<sup>17</sup> Demgegenüber können im Einzelfall die Kosten für die Epilation der Gesichts-/Barthaare durch ein spezialisiertes Kosmetikstudio, wenn kein geeigneter Vertragsarzt für die Behandlung zur Verfügung steht, und die stimmangleichende Behandlung durch Stimmbandoperation, die nicht in den deutschen Standards enthalten ist,<sup>18</sup> bei einer transsexuellen Frau vom Behandlungsanspruch gemäß § 27 Abs. 1 SGB V umfasst sein.<sup>19</sup>

### **Der Behandlungsanspruch in weiteren Leistungssystemen**

#### ***Private Krankenversicherung (PKV):***

Auch in der PKV ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 lit. a, Abs. 2 S. 1 der Musterbedingungen des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V. von 2009 (MB/KK 2009) das Vorliegen einer Krankheit Voraussetzung für die Kostenübernahme der notwendigen Heilbehandlung. Bei der Bestimmung des Krankheitswertes rekurriert das OLG Köln in seiner Entscheidung vom 11.04.1994 ebenso wie bereits das BSG auf den mit der Transsexualität verbundenen Leidensdruck, der für

jeden Einzelfall zu bestimmen sei.<sup>20</sup> Im Hinblick auf die Erforderlichkeit somatischer Eingriffe als notwendige Heilbehandlung bezieht es sich auf die erfolglose psychotherapeutische Behandlung und darüber hinaus auf die Regelungen des TSG zur Personenstandsänderung (§§ 1, 8 TSG),<sup>21</sup> da diese zum Zeitpunkt der Entscheidung noch die operative Geschlechtsangleichung verlangt haben.<sup>22</sup> Dabei soll eine möglichst weitgehende Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erfolgen; eine nur teilweise Angleichung sei dagegen nicht ausreichend.<sup>23</sup> Das KG Berlin lehnte demgegenüber in seinem Urteil vom 27.01.1995, die Notwendigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen ab, da dadurch eine Heilung der Transsexualität nicht mit Gewissheit erreicht werden könne.<sup>24</sup> Der EGMR hielt diese Anforderungen an die medizinische Notwendigkeit der Heilbehandlung für zu hoch; eine zu erwartende Linderung des mit der Transsexualität verbundenen Leidensdrucks sei ausreichend für die Feststellung der Notwendigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen.<sup>25</sup> Es sah daher im Urteil des KG einen Konventionsverstoß (Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 8 Abs. 1 EMRK).<sup>26</sup>

#### ***Strafvollzugsrecht:***

Im Strafvollzugsrecht ergibt sich der Anspruch des Strafgefangenen auf ärztliche Heilbehandlung bei Vorliegen einer Krankheit aus § 58 Nr. 1 StVolzG. Auch in diesem Bereich wird seit dem Beschluss des OLG Karlsruhe

vom 30.11.2000 nach dem Vorbild des BSG auf den Leidensdruck abgestellt, der den Krankheitswert der Transsexualität begründet.<sup>27</sup> Den Strafgefangenen stünden dabei grundsätzlich eine Behandlung zu, die deren Leiden zu lindern vermag.<sup>28</sup> Unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit könnten jedoch der Umfang der aufwändigen Behandlungsmaßnahmen eingeschränkt werden, wenn etwa nur kurze oder mittelfristige Haftstrafen zu erwarten sind, da sich insbesondere langwierige Psychotherapien und der Alltagstest nur schwer im Rahmen der Haft realisieren lassen.<sup>29</sup> In seinem Beschluss vom 17.04.2007 hat das OLG Karlsruhe sodann einer transsexuellen Maßregelvollzugspatientin auf Grundlage der §§ 15 Abs. 1, 8 Abs. 1 Unterbringungsgesetz BW (UbrGG BW) einen Anspruch auf operative Maßnahmen zur Geschlechtsangleichung zugestanden.<sup>30</sup> Trotz der mit der Gefangenschaft verbundenen Einschränkungen, können demnach auch im Strafvollzug Behandlungsmaßnahmen bei Transsexualität bis hin zu operativen Eingriffen beansprucht werden.

#### ***Beamtenrechtliches Beihilferecht:***

Das OVG Nordrhein-Westfalen grenzte in seinem Urteil vom 24.01.2011 geschlechtsangleichende Behandlungsmaßnahmen bei Transsexualität von sonstigen Eingriffen in einen gesunden Körper zur mittelbaren Beeinflussung eines seelischen Leidens ab und schloss sich ebenfalls der Auslegung des BSG zum Begriff der notwendigen Krankenbehandlung an.<sup>31</sup>



## Bewertende Zusammenfassung

Für viele transsexuelle Personen ist das Bestehen eines Leistungsanspruchs für geschlechtsangleichende Operationen eine grundlegende Voraussetzung, diese kostspieligen Behandlungsmaßnahmen vornehmen lassen zu können. Gleichwohl haben medizinische Studien zu Behandlungsverläufen bei transsexuellen Patienten gezeigt, dass operierte Transsexuelle zum einen bedeutend besser psychosozial integriert und zum anderen zufriedener mit der Behandlung sind als die Nichtoperierten.<sup>32</sup> Darüber hinaus wirkt sich die Bewilligung von Leistungen für geschlechtsangleichende Maßnahmen auf verschiedene Rechtsgebiete aus – so waren etwa bis zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.01.2011<sup>33</sup> Operationen zur Angleichung der äußeren Geschlechtsmerkmale gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des Geschlechtswechsels. Insofern stellt also die Ermöglichung geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen für die Betroffenen einen wesentlichen Faktor für die Realisierung eines Lebens im empfundenen Geschlecht dar.

Zwar beachten die vorgestellten Leistungssysteme die Besonderheiten der Transsexualität bei der Bewilligung von Leistungen, allerdings unterliegt der Behandlungsanspruch sowohl bei der Bestimmung des Leistungsfalles als auch im Leistungsumfang verschiedenen Beschränkungen,

sodass nicht alle transsexuellen Personen die gewünschte Behandlung erhalten. Berücksichtigt man die Rechtsprechung des BVerfG zu Fragen der Transsexualität, so ist zudem erkennbar, dass dieses deutlich sensibler mit den einzelnen Aspekten dieses Phänomens umgeht. So wird etwa der Prozess der Geschlechtsangleichung als „das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität“<sup>34</sup> charakterisiert, der „nicht von unzumutbaren Voraussetzungen abhängig gemacht“<sup>35</sup> werden dürfe. Auch der EGMR äußerte sich zurückhaltend hinsichtlich der Beurteilung der Notwendigkeit geschlechtsangleichender Operationen, indem er ausführte, dass aufgrund der Schwere des Eingriffs „nicht angenommen werden kann, dass die Entscheidung einer Person für eine Geschlechtsumwandlung in irgendeiner Weise willkürlich oder unbesonnen wäre“.<sup>36</sup> Vor diesem Hintergrund sollten daher auch die Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen zu geschlechtsangleichenden Maßnahmen weniger restriktiv gehandhabt werden.

<sup>1</sup> BSGE 13, 134 (136); 35, 10 (12).

<sup>2</sup> BSGE 26, 240 (242).

<sup>3</sup> BSGE 28, 199 (201); 35, 10 (12).

<sup>4</sup> LSG Stuttgart, NJW 1982, 718 (718 f.); so i. E. auch SG Hildesheim, Breithaupt 1980, 636 (637).

<sup>5</sup> BSGE 62, 83 (83).

<sup>6</sup> BSGE 62, 83 (83 f.).

<sup>7</sup> Ebenda (84).

<sup>8</sup> BSGE 62, 83 (84); so auch Bayerisches LSG, Breithaupt 1987, 531 (535); in Bezug auf die Hormonbehandlung: LSG Stuttgart, NJW 1982, 718 (719).

<sup>9</sup> BSG, B 1 KR 28/04 B, Beschluss vom 20.06.2005, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 5 [31.10.2011]; LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 2159/02, Urteil vom 23.01.2004, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 23 f. [31.10.2011].

<sup>10</sup> LSG Baden-Württemberg, ebenda, Rn. 21.

<sup>11</sup> BSG, NJW 1993, 2398 (2399 f.).

<sup>12</sup> Ebenda (2399); vgl. auch BSG, NZS 1999, 242 (245).

<sup>13</sup> Sächsisches LSG, L 1 KR 31/98, Urteil vom 03.02.1999, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 34 [31.10.2011].

<sup>14</sup> Sächsisches LSG, ebenda; vgl. auch SG Aachen, S 13 KR 100/09, Urteil vom 22.09.2009, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 18 [31.10.2011], das darüber hinaus eine entstellende Wirkung verneint.

<sup>15</sup> Vgl. BSG, NZS 2009, 95 (96); BSGE 93, 252 (254).

<sup>16</sup> LSG Berlin-Brandenburg, L 1 KR 243/09, Urteil vom 11.02.2011, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 47 [31.10.2011]; Sächsisches LSG, L 1 KR 31/98, Urteil vom 03.02.1999, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 37 [31.10.2011]; SG Aachen, S 13 KR 100/09, Urteil vom 22.09.2009, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 20 [31.10.2011].

<sup>17</sup> Bayerisches LSG, L 4 KR 203/01, Urteil vom 30.10.2003, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 34 [31.10.2011].

<sup>18</sup> Standards der „Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen“ der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung, der Akademie für Sexualmedizin und der Gesellschaft für Sexualwissenschaft aus dem Jahr 1997, abgedruckt in: Becker, S./Bosinski, H./Clement, U. et al., Psychotherapeut 42 (1997), 256 (261); basierend auf den Behandlungsstandards der Harry-Benjamin-International-Gender-Dysphoria-Association [HBIGDA] (Mittlerweile World Professional Association for Transgender Health [WPATH]), die in der sechsten Version aus dem Jahr 2001 vorliegen, vgl. Meyer, W./Bockting, W./Cohen-Kettenis, P. et al., The HBIGDA's Standards of Care for GID, abrufbar im Internet: <http://www.wpath.org/Documents2/socv6.pdf> [31.10.2011].

<sup>19</sup> SG Düsseldorf, S 4 KR 78/07, Urteil vom

11.12.2007, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 19 ff. [31.10.2011]; SG Bayreuth, S 6 KR 73/96, Urteil vom 27.02.1998, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de> [31.10.2011].

<sup>20</sup> OLG Köln, VersR 1995, 447 (449); ebenso im Anschluss BGH, VersR 1995, 447 (448).

<sup>21</sup> OLG Köln, ebd.

<sup>22</sup> Die Notwendigkeit der geschlechtsangleichenden Operation für die Personenstandsänderung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 11. Januar 2011 für verfassungswidrig erklärt; vgl. BVerfG, NJW 2011, 909 (913).

<sup>23</sup> OLG Köln, VersR 1995, 447 (449).

<sup>24</sup> KG Berlin, VersR 1996, 832 (833).

<sup>25</sup> EGMR, van Kück gegen Deutschland, Urteil vom 12.06.2003, NJW 2004, 2505 (2506).

<sup>26</sup> Ebenda (2507, 2509).

<sup>27</sup> OLG Karlsruhe, NJW 2001, 3422 (3423).

<sup>28</sup> Ebenda.

<sup>29</sup> Ebenda (3424).

<sup>30</sup> OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2007, 357 (358).

<sup>31</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, 1 A 527/08, Urteil vom 24.01.2011, im Internet abrufbar: <http://www.juris.de>, Rn. 65 ff. [31.10.2011].

<sup>32</sup> Hepp, U./Klaghofer, R./Burkhard-Kübler, R./Buddeberg, C., Behandlungsverläufe transsexueller Patienten, Nervenarzt, 2002 (73), 283 (283, 286 f.)

<sup>33</sup> BVerfG, NJW 2011, 909.

<sup>34</sup> BVerfGE 121, 175 (190); 116, 243 (264).

<sup>35</sup> BVerfG, NJW 2011, 909 (910).

<sup>36</sup> EGMR, van Kück gegen Deutschland, Urteil vom 12.06.2003, NJW 2004, 2505 (2507).

Maria Busse ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

## Zwischen Ethik und Recht: Zum ärztlichen Umgang mit Behandlungsfehlern

von Univ.-Prof. Dr. med. Dr. med. dent. Dr. phil. Dominik Groß

Jede ärztliche Behandlung birgt ein Risiko für Fehler. Diese triviale Feststellung steht in einem eigentümlichen Kontrast zu tradierten Vorstellungen von ärztlicher Unfehlbarkeit und einer „Fehlerkultur“, die weithin von schamhaftem Verschweigen und Angst vor Sanktionen geprägt ist.

### Häufigkeit und Definitionen

Der „Behandlungsfehler-Statistik 2010“ zufolge haben die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern im Jahr 2010 insgesamt 7.355 Anträge zu mutmaßlichen Behandlungsfehlern bearbeitet. In knapp 2200 Fällen wurde ein Risikoaufklärungsmangel oder Behandlungsfehler festgestellt, und in 1821 Fällen wurde ein fehlerbedingter Gesundheitsschaden ermittelt, der patientenseitig einen Anspruch auf Entschädigung begründete.<sup>1</sup>

Das 2005 gegründete „Aktionsbündnis Patientensicherheit“ (APS) – eine gemeinsame Initiative von Vertretern der Gesundheitsberufe und deren Verbänden sowie von Patientenorganisationen – hat sich in den vergangenen Jahren mit Verve des Themenfeldes angenommen und im Zuge seiner Aufklärungsmaßnahmen folgende Schlüsselbegriffe und Definitionen vorgeschlagen:<sup>2</sup>

- Unerwünschtes Ereignis: Ein schädliches Vorkommnis, das eher auf der Behandlung denn auf der Er-

krankung beruht. Es kann vermeidbar oder unvermeidbar sein.

- Vermeidbares unerwünschtes Ereignis: Ein unerwünschtes Ereignis, das vermeidbar ist.
- Kritisches Ereignis: Ein Ereignis, das zu einem unerwünschten Ereignis führen könnte oder dessen Wahrscheinlichkeit deutlich erhöht.
- Fehler: Eine Handlung oder ein Unterlassen, bei dem eine Abweichung vom Plan, ein falscher Plan oder das Fehlen eines Plans vorliegt. Ob daraus ein Schaden entsteht, ist für die Definition des Fehlers nicht maßgeblich.
- Beinahe-Schaden: Ein Fehler, der zu einem Schaden hätte führen können, bei dem der Schaden jedoch ausgeblieben ist.

### Fehlertypen und -konstellationen

Insgesamt lassen sich sechs verschiedene Fehlertypen differenzieren:<sup>3</sup>

- Diagnosefehler: Hierunter fallen das Nichterheben erforderlicher Befunde, eine falsche Befundung, die Fehlinterpretation erhobener

Befunde und das Stellung einer falschen Diagnose.

- Behandlungsfehler im strengen Wortsinn: Hierzu zählen eine fehlerhafte Indikationsstellung, eine fehlerhafte Behandlungsmethode, eine fehlerhafte Durchführung der Maßnahme sowie eine fehlerhafte Nachsorge bzw. Nachkontrolle.
- Organisationsverschulden: Gemeint sind hier Organisationsfehler in Praxis, Praxisklinik oder Klinik, die auf die Behandlung zurückwirken. Beispiele hierfür sind Mängel im Bereich der Instrumente oder Gerätschaften, Mängel bezüglich der Aufklärung, Mängel bei den inneren Abläufen (z. B. zu späte Übermittlung aussagekräftiger Befunde) oder der Einsatz unerfahrener Ärzte, z. B. im Notfalldienst.
- Übernahmeverschulden: Ein Beispiel hierfür bietet der Fall, dass ein Arzt die Behandlung eines Patienten übernimmt, obwohl er den fachlichen Anforderungen für ebendiese Behandlung nicht genügt.
- Fehlerhafte Sicherungsaufklärung: Angesprochen sind hier nicht oder fehlerhaft kommunizierte Verhaltensmaßregeln oder sonstige Patientenhinweise, die für den Erfolg der bereits erfolgten Behandlungsmaßnahme erforderlich wären oder drohende Gesundheitsgefahren bei falschem Verhalten verhüten sollen.
- Nichtbehandlung: Wird eine gebotene Behandlung vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen, ist dies wie ein Behandlungsfehler zu werten.
- Schnittstellenfehler: Hierunter sind

Kooperationsfehler zu verstehen, d. h. Fehler, die auf unzureichende oder fehlerhafte Kommunikation mit nachfolgenden Informationsverlusten bzw. fehlerhafter Informationsweitergabe – z. B. bei Überweisungsfällen – zurückzuführen sind.

Wenn man nicht nach den Abläufen differenziert, sondern nach den häufigsten „Fehlerkonstellationen“, so ist festzustellen, dass Medikationsfehler und Eingriffs- oder Patientenverwechslungen besonders häufig auftreten:

Medikationsfehler werden definiert als Medikamentengaben, die in anderer Weise verabreicht oder verschrieben werden als es fachlich geboten wäre. Hierbei werden verschiedene Fehlerkategorien differenziert: (a) ungeeignetes oder nicht zugelassenes Medikament, (b) zusätzliche Dosis, (c) Dosierungsfehler, (d) Unterlassung einer erforderlichen Verordnung, (e) falscher Verabreichungsweg (z. B. intramuskulär statt oral), (f) ungeeignete Darreichungsform, (g) falsche Verabreichungstechnik und (h) falscher Verabreichungszeitpunkt.

Auch bei den Eingriffs- oder Patientenverwechslungen sind vier Varianten zu unterscheiden: (a) Der Eingriff wurde an der falschen Körperseite vorgenommen (Seitenverwechslung); (b) Es liegt keine Seitenverwechslung vor, der Eingriff wurde aber gleichwohl an einem falschen Ort vorgenommen; (c) Es wurde der falsche Eingriff vorgenommen; (d) Der Eingriff wurde am falschen Patienten vorgenommen.

In Deutschland kommt es ca. 100

bis 240 mal im Jahr zu derartigen Verwechslungsfällen mit juristischen Konsequenzen. Die Dunkelziffer dürfte viel höher liegen: Immerhin berichtet etwa ein Fünftel aller Chirurgen von mindestens einer Verwechslung im Laufe des Berufslebens.<sup>4</sup>

Die beschriebenen Ereignisse sind deutlich abzugrenzen gegenüber Zwischenfällen, die im Rahmen Behandlungsmaßnahmen auftreten können, die a priori als riskant gelten müssen und deren Risiken in den vorausgehenden Aufklärungsgesprächen angesprochen werden.

#### **Fehler und Fehlermanagement: Die ethische Perspektive**

Aus ethischer Sicht verdient das Themenfeld „Behandlungsfehler“ in zweifacher Hinsicht Beachtung: (1) Jeder Fehler – und der ggf. hierdurch verursachte Schaden – läuft dem „Nichtschadensgebot“ zuwider und hat insofern eine ethische Dimension. Von daher ist es ein naheliegendes ethisches Gebot, Voraussetzungen zu schaffen, die geeignet sind, Behandlungsfehlern entgegenzuwirken und diese zu minimieren. (2) Daneben hat auch der spezifische Umgang mit einem derartigen Fehler – von der Fehlerkommunikation bis zum Fehlermanagement – ethische Implikationen. Hier werden zentrale Grundwerte wie Selbstbestimmung, Verantwortung, Vertrauen und Wahrhaftigkeit berührt.

Fehler sind nicht gleichzusetzen mit moralischem Fehlverhalten, aber ein

Fehler kann ein Fehlverhalten nach sich ziehen – etwa, dann, wenn er verschwiegen oder kleingeredet wird und damit ein zweifelhaftes Licht auf die moralische Integrität und die Persönlichkeit des betreffenden Behandlers wirft.<sup>5</sup> Tatsächlich herrscht hierzulande eine negative Fehlerkultur vor, d.h. Fehler werden traditionell als individuelles Fehlverhalten oder Versagen qualifiziert und als solche sanktioniert – mit der Folge, dass Fehlerereignisse von den „Verursachern“ u. U. schamhaft verschwiegen, im Nachhinein „plausibilisiert“ oder zu Petitessen erklärt werden. Diese Verhaltensweisen sollten keinesfalls mit einem moralischen Verdikt versehen werden: Tatsächlich kann nur bei einem nicht-straftenden, nicht-personalisierten Umgang mit Fehlern davon ausgegangen werden, dass unerwünschte Ereignisse offen kommuniziert werden. Dies erfordert eine neue Fehlerkultur, d. h. die Betrachtung eines jeden Fehlers auch als „Lern- und Trainingschance“ und als „Lernstoff“, – getreu dem Motto: Man muss nicht jeden Fehler selber machen, um Lehren daraus zu ziehen.

#### **Faktoren, die das Fehlerrisiko erhöhen**

Ethisch verantwortliche Lösungs- und Bewältigungsstrategien müssen bei den Faktoren ansetzen, die das Fehlerrisiko erhöhen. Im Einzelnen sind dies:

- Zeit-, Arbeits- und Leistungsdruck sowie Überlastung: Wer als verant-

wortlicher Arzt Fehler in seinem Team reduzieren will, muss das Ausmaß der zeitlichen, arbeits-technischen und psychischen Belastung der Mitglieder des Behandlungsteams im Blick behalten und im Bedarfsfall Möglichkeiten einer Entlastung schaffen.

- Institutionelle Defizite: Fehlverhalten ist zwar vordergründig einer Person zuzuschreiben, häufig aber institutionell bedingt („Betriebskultur“). Fehler müssen deshalb auch von der Institution, in der sie sich ereignen, ernst genommen werden. Dies bedeutet, den „Schuldigen“ nicht zu stigmatisieren und sich als Institution nicht „reinzuwaschen“, sondern konkrete Schritte zu ihrer künftigen Vermeidung zu ergreifen.<sup>6</sup> Besonders innovative Gegenmaßnahmen sind scheinbar paradoxe Interventionen wie die Initiative „Fehler des Monats“: So wird etwa im Rahmen des „Risikomanagements Weblog“ im Intranet der Berliner Charité monatlich ein besonders lehrreicher Fehler ausgewählt und vorgestellt. Ziele sind der Abbau von Hemmungen im Umgang mit Fehlern und der sukzessive Erwerb von Sicherheitswissen.<sup>7</sup> Dieselben Ziele verfolgt die Initiative „Jeder Fehler zählt“ ([www.jeder-fehler-zaehlt.de](http://www.jeder-fehler-zaehlt.de)): Hierbei handelt es sich um ein „Fehlerberichts- und Lernsystem für Hausarztpraxen“, das vom Frankfurter „Institut für Allgemeinmedizin“ etabliert worden ist. Neben dem erwähnten „Risikomanagement Weblog“ verdienen zwei weitere Pro-

jekte als Ausdruck einer modernen, positiven Fehlerkultur auf der Ebene der Institutionen Erwähnung: „Berichtssysteme“ wie das „Critical Incident Reporting System (CIRS)“ und „Morbidity- und Mortalitätskonferenzen“: Berichtssysteme haben die Aufgabe, Risiken und kritische Ereignisse, die zu einem Fehler führen können, zu melden, um so risikoreiche Situationen ausmachen zu können. Sie erhöhen so die Versorgungsqualität der Einrichtung und fördern die Patientensicherheit. Bei Morbidity- und Mortalitätskonferenzen handelt es sich um regelmäßige, strukturierte Besprechungen besonders schwerer Krankheitsverläufe; die Diskussionen sollen strukturiert und sachlich verlaufen, der Ton sollte wertschätzend sein. Die Konferenzen dienen als Forum des Austauschs und der kritischen Auseinandersetzung mit dem eigenen Vorgehen.

- Fehlende Vorbilder, fehlende Fehlervermeidungsstrategien: Neben der notwendigen Nejustierung des institutionellen Umgangs mit Fehlern kommt dem Rollenverhalten des Vorgesetzten besondere Bedeutung zu: Das Verhalten eines um eine positive Fehlerkultur bemühten, selbstkritischen Arztes wird ebenso Nachahmung finden wie ein unachtsames oder nachlässiges Verhalten desselben. Fehlerereignisse sollten vom Praxisinhaber kurzfristig im Rahmen von Mitarbeiterbesprechungen aufgearbeitet werden. Dies ist nicht allein mit

Blick auf den betroffenen Patienten und die Vermeidung künftiger Fehler geboten, sondern zugleich Ausdruck einer Lernkultur. Zudem wirkt das Eingestehen von Fehlern entlastend. Schließlich wird diskutiert, das Handlungsfeld Fehlermanagement und Patientensicherheit zum festen Bestandteil der Ausbildung zu machen, um den angehenden Ärzten bereits frühzeitig positive Rollenmodelle zu vermitteln. Eine erste, vom Aachener Institut für Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin angestoßene und mit mehreren Klinikern durchgeführte Lehrinitiative „Patientensicherheit“ im Aachener Modellstudiengang Medizin erbrachte deutliche Hinweise auf den Nutzen einer frühzeitigen Unterrichtung im Fehlermanagement.<sup>8</sup>

- Nachlässigkeit: Auch die Einhaltung von Vorschriften und Leitlinien kann nur gelingen, wenn diese regelmäßig rekapituliert bzw. eingeübt und entsprechende Fortbildungs- und Auffrischungsmaßnahmen durchgeführt werden. Regeln und neue Erkenntnisse müssen „gelebt“ und umgesetzt werden, um zu einem alltäglichen Standard zu werden. Dies gelingt nur dann, wenn sie allgemein bekannt sind (d. h. regelmäßig in Erinnerung gerufen werden), wenn sie für alle verbindlich sind (vom leitenden Arzt bis zum „angelernten“ Praktikanten), wenn sie einheitlich gehandhabt werden (d. h. es dürfen keine „abgekürzte Verfahrensweisen“ für „arrivierte“ Teammitglieder bestehen), wenn sie gekannt

sind (d. h. wenn ihre Umsetzung eingeübt wird) und schließlich, wenn sie Teil des alltäglichen Tuns werden (d. h. wenn der Transfer von der Theorie in die Praxis erfolgt).<sup>9</sup>

- Vermeidungs- und Kaschierverhalten gegenüber dem Patienten: Das offene Gespräch mit dem Patienten über Behandlungsfehler bedeutet weder fachliche Kapitulation noch persönliches Versagen. Es ist vielmehr ein Zeichen von Verantwortungsbewusstsein und Professionalität, zeugt von Respekt und Achtung gegenüber dem Patienten und dokumentiert den ärztlichen Anspruch, seinem Patienten Rechenschaft abzulegen. Zudem wird sich das Risiko eines möglichen Rechtsstreits reduzieren. Auch wenn juristisch keine unmittelbare Pflicht des Arztes zur Offenbarung eines Behandlungsfehlers besteht – sofern aus dem Fehler nicht die dringende Notwendigkeit weitere Behandlungsmaßnahmen folgt<sup>10</sup> –, empfiehlt sich ein offener, unverstellter Umgang mit einem Fehlerereignis. Wer dieser Maxime folgt, agiert im Praxisalltag sicherer und souveräner als ein Arzt, der es sich zur Gewohnheit gemacht hat, etwaige Behandlungsfehler nach Möglichkeit zu kaschieren, und so riskiert, „enttarnt“ zu werden und nachfolgend das Vertrauen des Patienten zu verlieren.

### **Der kommunikative Umgang mit Behandlungsfehlern**

Fraglos ist es für jeden Arzt eine große

Herausforderung, seinem Patienten bzw. dessen Betreuer Fehler zu gestehen. Doch auch hierfür gibt es ein Repertoire von Gesprächsregeln, die helfen können, schwierige kommunikative Klippen zu umschiffen.

Wer einen Fehler anspricht, kann sich an folgenden Regeln orientieren:<sup>11</sup>

1. Der Fehler sollte zeitnah kommuniziert werden – zum einen, um geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen zu können, zum anderen aber auch, um sicherzustellen, dass der Patient nicht en passant bzw. auf Umwegen davon erfährt.
2. Das Gespräch sollte in einer geschützten Umgebung geführt werden – ohne Zuhörer, Geräuschkulisse und nicht „zwischen Tür und Angel“.
3. Fehlerkommunikation ist grundsätzlich „Chefsache“: Es macht wenig Sinn, die Fehlerkommunikation an die Person zu delegieren, die den Fehler verursacht hat (z. B. an die Fachangestellte), oder ganz grundsätzlich eine bestimmte nachgeordnete Person mit derartigen Gesprächen zu beauftragen. Unabhängig von der „Schuldfrage“ sollte der leitende Arzt diese wichtige Aufgabe übernehmen – einmal, um gegenüber dem Patienten und dem Team die eigene Verantwortlichkeit (Letztverantwortung) zu demonstrieren, und zum anderen, um dem Patienten zu signalisieren, dass er in dem Gespräch ein wichtiges, nicht delegierbares Anliegen sieht und der Gesundheit des Patienten erste

Priorität einräumt.

Der Gesprächsinhalt sollte folgende Aspekte umfassen:

1. Ungeschönte Schilderung der Tatsachen (als Ausdruck von Authentizität)
2. Kundtun des persönlichen, aufrichtigen Bedauerns (als Ausdruck von Schuldbewusstsein)
3. Aufklärung über mögliche Folgen sowie über mögliche Abhilfen (als Ausdruck von Verantwortlichkeit)
4. Angebot eines Behandlungs- bzw. Betreuungswechsels und alternative Hilfen (als Ausdruck von Selbstkritik)
5. Verdeutlichen der Bereitschaft, persönlich sowie – im übergeordneten Maßstab – als Team und als Einrichtung aus dem Fehler Konsequenzen ziehen zu wollen (als Ausdruck von Lernbereitschaft)
6. Regelmäßige Information über neue Erkenntnisse, Angebot der Nachkontrolle (als Ausdruck von Beziehungspflege und Vertrauensbildung)
7. Ggf. weiterführende Hilfsangebote an den Patienten oder die Angehörigen (als Ausdruck von Hilfsbereitschaft)

Wenn das Gespräch mit dem Patienten über den Fehler gelingt, wird das Vertrauen in den Behandler bzw. das Behandlersteam nicht nachhaltig erschüttert.<sup>12</sup>

### **Schlussbemerkungen**

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob Fehler, die folgenlos und unbe-

merkt geblieben sind, kommuniziert werden sollten. Hochreutener, Geschäftsführer der Stiftung für Patientensicherheit in Zürich, vertritt etwa den Standpunkt, dass Fehler in diesen Fällen nicht mitgeteilt werden sollen.<sup>13</sup> Für diese Praxis spricht – pragmatisch gesehen – die Tatsache, dass es keine Konsequenzen gibt, die aufzuklären wären, und dass jeder Bericht über fehlerhafte Ereignisse eine potentielle Belastung des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient darstellt und bei der betroffenen Person „unnötige“ Angst auslösen kann. Dagegen – und damit für eine Aufklärung – spricht allerdings die Tatsache, dass der Arzt mit einer solchen Offenbarung gegenüber dem Patienten und gegenüber dem Team seine persönliche Integrität unter Beweis stellt und im engsten Wortsinne „wahrhaftig“ agiert. Dass er für diesen Weg der Aufrichtigkeit mögliche persönliche Nachteile (Vertrauensverlust beim Patienten etc.) in Kauf nimmt, unterstreicht diesen Anspruch.

Letztlich ist die betreffende Frage in das Ermessen des jeweiligen Behandlers zu stellen. Die Erfahrung lehrt jedoch, dass ein mutiger kommunikativer Umgang mit den eigenen Fehlern von Seiten des Patienten zumeist mit Vertrauen belohnt wird.

<sup>1</sup> Statistik Behandlungsfehler, Bundesärztekammer stellt Behandlungsfehler-Statistik 2010 vor, 21.06.2011, <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.71.8899.9327.9605> [06.07.2011].

<sup>2</sup> Karl-Heinz Wehkamp, Fehlverhalten – Zwischen Fürsorge und Machtausübung, in: Judith Borgwart und Kai Kolpatzik (Hrsg.), Aus Fehlern

lernen. Fehlermanagement in Gesundheitsberufen, Springer Berlin 2010, S. S. 89-98.

<sup>3</sup> Andrea Ziegler und Peter Gaidzik, Behandlungsfehler, in: Christian Hick, Klinische Ethik, Springer Berlin 2007, S. 185-195.

<sup>4</sup> Kai Kolpatzik, Kein Fehler vor dem Schnitt, in: Judith Borgwart und Kai Kolpatzik (Hrsg.), Aus Fehlern lernen. Fehlermanagement in Gesundheitsberufen, Springer Berlin 2010, S. 66-75.

<sup>5</sup> Wehkamp, a.a.O.

<sup>6</sup> Marc-Anton Hochreutener, Wie sage ich's dem Patienten, in: Judith Borgwart und Kai Kolpatzik (Hrsg.), Aus Fehlern lernen. Fehlermanagement in Gesundheitsberufen, Springer Berlin 2010, S. 78-81.

<sup>7</sup> Claudia Christ-Steckhan, Hedwig François-Kettner, Beispiele aus dem Sicherheitsmanagement der Charité in: Judith Borgwart und Kai Kolpatzik (Hrsg.), Aus Fehlern lernen. Fehlermanagement in Gesundheitsberufen, Springer Berlin 2010, S. 127-133.

<sup>8</sup> Michael Rosentreter, Dominik Groß und Gereon Schäfer, Pilotprojekt "Patientensicherheit" in der medizinischen Lehre, GMS - Zeitschrift für Medizinische Ausbildung 28/1 (2011), S.1-11.

<sup>9</sup> Kai Kolpatzik, Kein Fehler vor dem Schnitt, a.a.O.

<sup>10</sup> Andrea Ziegler und Peter Gaidzik, Behandlungsfehler, in: Christian Hick, Klinische Ethik, Springer Berlin 2007, S. 185-195.

<sup>11</sup> Marc-Anton Hochreutener, Wie sage ich's dem Patienten, a.a.O.

<sup>12</sup> Wenn etwas schief geht – Kommunizieren und Handeln nach einem Zwischenfall. Schriftenreihe Nr. 1 der patientensicherheitschweiz, Zürich 2006

<sup>13</sup> Michael Rosentreter et al., Pilotprojekt „Patientensicherheit“ in der medizinischen Lehre, a.a.O.

Prof. Dominik Groß ist Direktor des Instituts für Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin des Universitätsklinikums Aachen, Inhaber des gleichnamigen Lehrstuhls und Vorsitzender des Klinischen Ethik Komitees.

## Christliche Leitbilder in der Medizinethik und Ökonomie: Widersprüche und Spannungsfelder

von Mirjam Thanner und Prof. Dr. med. Dr. phil. Dr. theol. h. c. Eckhard Nagel

Als Kernstück des ärztlichen Selbstverständnisses und der Medizinethik allgemein wird häufig der hippokratische Eid angeführt. Dieser nennt den Grundsatz, im Rahmen der Vertragsbeziehung zwischen Arzt und Patient primär das Wohl des Kranken im Blick zu haben – verbunden mit der Verpflichtung, die Situation des Patienten nicht auszunutzen: „Ärztliche Verordnungen werde ich zum Nutzen der Kranken anwenden; vor Schaden und Unrecht werde ich sie bewahren.“ Das Prinzip des Wohltuns findet sich auch in der so genannte *prinzipienorientierten Medizinethik* wieder und verpflichtet alle im Gesundheitswesen Tätigen dazu, dem Patienten zu nutzen und sein Wohlergehen zu fördern.<sup>1</sup> Für Christen entspricht die Aufforderung, sich dem leidenden Mitmenschen zuzuwenden, einer Einladung zum Leben in der Nachfolge Jesu. Diese Einladung reicht über die Zielgruppe der für spirituelle Begleitung vorrangig zuständigen Berufsgruppe der (Krankenhaus-)Seelsorgerinnen und Seelsorger mit explizit ritueller Kompetenz<sup>2</sup> hinaus und erstreckt sich letztlich auf jeden Patientenkontakt. Allerdings stellt gerade die Forderung nach christlicher Nächstenliebe im Berufsalltag der so genannte Leistungserbringer im Gesundheitswesen eine große Herausforderung dar: Nicht selten ergeben sich Widersprüche zu

ökonomischen Anforderungen, welche die betroffenen Handelnden ratlos in Spannungsfeldern zurücklassen. Die folgenden Ausführungen wollen aller Warnungen zum Trotz („Wer es zu unternehmen wagt, von einer Theologie des Arztes zu reden, hat von vornherein einen harten Stand.“<sup>3</sup>) exemplarisch einige dieser Widersprüche aufzeigen. Ausgangspunkte sollen die in gesundheitspolitischen Diskussionen genannten, meist mit negativen Konnotationen belegten Entwicklungsszenarien hin zu einer „Mehrklassenmedizin“ und einer reinen „Dienstleistungsmedizin“ sein.

### Prinzip des Wohltuns und Mehrklassenmedizin

„Die Sorge für die Kranken muss vor und über allem stehen: man soll ihnen so dienen, als wären sie wirklich Christus; hat er doch gesagt: ‚Ich war krank, und ihr habt mich besucht‘, und: ‚Was ihr einem dieser Geringsten getan habt, das habt ihr mir getan.‘“<sup>4</sup> In diesen Benediktinerregeln findet sich das Prinzip des Wohltuns wieder; zudem wird darin klar Position gegen eine Mehrklassenmedizin bezogen. Auch wenn sich Leistungserbringer den *barmherzigen Samariter* (Lukas 10, 25-37) zum Vorbild nehmen, können sie mit der im Berufsalltag wahrgenommenen Budgetierung von Leistun-

gen in Konflikt geraten, liest man doch in diesem Gleichnis die Forderung: „Pflege den Mann gesund! Sollte das Geld nicht reichen, werde ich dir den Rest auf meiner Rückreise bezahlen!“ Ökonomisch interpretiert entspricht dieses Beispiel dem Selbstkostendeckungsprinzip; gleichzeitig weist es darauf hin, dass aus christlicher Sicht der ärztliche Behandlungsauftrag unabhängig von der wirtschaftlichen Bonität des Patienten besteht – eine Bevorzugung privat Versicherter würde diesem Grundsatz zuwiderlaufen. Gemäß Paracelsus' Ärzte-Typologie<sup>5</sup> wird auch vom Ideal des *Lammarztes* gesprochen. Dieser ist von der Liebe zu seinem Patienten erfüllt und wirkt nicht allein aus sich heraus, sondern ist immer auch ein Instrument Gottes. „Hinter jedem Arzt steht Christus als Heiland, als Christus Medicus; hinter jedem Patient steht die Passio Christi, der leidende Christus.“<sup>6</sup> Der *Lammarzt* gibt sich ganz im Gegensatz zum *Wolfsarzt* bescheiden, geht auf den Kranken ein, macht sein Honorar von den Möglichkeiten des Kranken abhängig, schmeichelt ihm nicht – ist barmherzig. Auffällig ist, dass sich die christliche Sorge des Arztes nicht auf die Grenzen der Zahlungsfähigkeit des Kranken reduzieren lässt – der barmherzige Arzt behandelt arme Patienten kostenlos, geht persönlich in ihre „Spelunken und Hütten“ und hinterlässt dort auch noch Geld für die benötigten Medikamente.<sup>7</sup> Interessanterweise ist die Aufforderung, auf die Zahlungsfähigkeit des Patienten Rücksicht zu nehmen, bis heute nicht aus

den Regeln zur Berufsausübung verschwunden. So heißt es in der (Muster-)Berufsordnung für deutsche Ärztinnen und Ärzte: „Bei Abschluss einer Honorarvereinbarung hat der Arzt auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Zahlungspflichtigen Rücksicht zu nehmen.“<sup>8</sup>

### **Prinzip des Wohltuns und Dienstleistungsmedizin**

Dass das Ideal des *Lammarztes* heute anachronistisch wirkt, hängt wohl auch damit zusammen, dass gesundheitspolitisch eher ökonomische Anreize gesetzt werden, welche der Ausprägung von Paracelsus' Negativbeispiel des *Wolfsarztes* förderlich sind. Gemeint ist damit jener Arzt, der sein Augenmerk in erster Linie darauf legt, welcher Nutzen aus einem Patienten zu schlagen ist. So kann aus marktwirtschaftlicher Perspektive das ärztliche Dienstleistungsangebot an Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) zwar als Antwort auf ein klares Kundenbedürfnis gesehen werden, dennoch reißt die Diskussion über Notwendigkeit dieser Leistungen und die Vereinbarkeit dieses Angebots mit dem ärztlichen Behandlungsauftrag nicht ab. IGeL sind gemäß der Definition der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) und der ärztlichen Berufsverbände Leistungen, die nicht zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenkassen gehören, die aber dennoch von Patienten nachgefragt werden und die ärztlich empfehlenswert oder – je nach Intensität

des Patientenwunsches – zumindest ärztlich vertretbar sind. Sie werden auch als Wunsch- oder Komfortleistungen bezeichnet.<sup>9</sup> In Praxishandbüchern wird Ärzten empfohlen, bei Individuellen Gesundheitsleistungen stets auf Seriosität und Authentizität zu achten: „Der Patient darf nie den Eindruck gewinnen, dass sich die Praxis an ihm bereichern will oder dass er abgezockt werden soll. [...] Bieten Sie nur die Selbstzahlerleistungen an, die Sie selbst für sinnvoll und medizinisch empfehlenswert halten.“<sup>10</sup> Strittig bleibt, inwieweit Ärzte als Dienstleister den Wünschen ihrer Patienten nachkommen sollen oder dürfen: Für Gegner der so genannten wunscherfüllenden Medizin ist es lediglich einsichtig, dass gewerbliche Betriebe ihr Angebot der Nachfrage anpassen müssen – „gleich, ob die Nachfrage sinnvoll oder nur Effekt einer möglicherweise wahnwitzigen Mode ist“<sup>11</sup> – nicht aber Ärzte.

Nun ist aus der Perspektive der Wirtschaftsethik nicht davon auszugehen, dass das Verhältnis von altruistischem Verhalten und Gewinn ausschließlich konfliktären Charakter aufweist. Vielmehr wird diesbezüglich auch ein Fall der positiven Kompatibilität anerkannt.<sup>12</sup> Die Realisierung beider Ziele kann beispielsweise dann gelingen, wenn der Arzt mittellosen Patienten das Honorar ganz oder teilweise erlässt, dies aber öffentlichkeitswirksam wird, und so gleichzeitig ein guter Ruf erworben werden kann<sup>13</sup> – gemäß dem Motto: Tue Gutes und rede darüber. Dennoch bleibt ein

Wermutstropfen, liest man doch bei Matthäus 6, 1-4: „Hütet euch, eure Gerechtigkeit vor den Menschen zur Schau zu stellen; sonst habt ihr keinen Lohn von eurem Vater im Himmel zu erwarten. Wenn du Almosen gibst, lass es also nicht vor dir herposaunen [...], um von den Leuten gelobt zu werden.“ Gleichzeitig erscheint aus marktwirtschaftlicher Sicht die Information der Öffentlichkeit essentiell, denn nur auf diese Weise lässt sich ein vertrauenswürdiges Image eines Anbieters aufbauen.

### **Diskussion und Ausblick**

In einer Marktwirtschaft sind freiwillige (d. h. über bestehende Reglementierungen hinausgehende, beispielsweise aus christlicher Nächstenliebe motivierte) Sonderleistungen durch die Konkurrenz ausbeutbar, sofern sie beim Anbieter lediglich zu Kostensteigerungen führen. Sie verschaffen damit genau jenen Wettbewerbern ökonomische Vorteile, die diese Sonderleistungen nicht erbringen. Wer sich nicht an die Regeln des Wettbewerbs hält, der wird mit wirtschaftlichem Ruin bestraft, und zwar unabhängig davon, ob er im Wettbewerb nicht mithalten konnte oder aus ethischen Gründen nicht mithalten wollte: „Der Wettbewerb kann nicht zwischen fehlender Leistung und moralischer Zurückhaltung [...] unterscheiden. Er bestraft beides gleichermaßen.“<sup>14</sup>

Nimmt etwa ein Arzt bei der Honorarforderung Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit des Patienten, so

muss er mit ökonomischen Nachteilen rechnen, wenn es nach dem Opportunitätskostenkalkül eine gewinnbringendere Verwendungsart seiner Ressourcen gäbe, er also beispielsweise durch Patientenselektion einen zahlungsfähigeren Kunden behandeln könnte.<sup>15</sup> Orientiert er sich aber an christlichen Leitbildern, käme es ihm wohl „grausam, herzlos, unmenschlich vor, die Angst oder seelische Not des Patienten mit anzusehen, ohne etwas dagegen zu tun.“<sup>16</sup>

Der Arzt in der beschriebenen Situation hat die Wahl, den Spagat zwischen Herz und Kommerz zu ertragen oder sich unter Wettbewerbsbedingungen ausgebeutet zu fühlen. So oder so eine unbefriedigende Situation. Ein möglicher Ausweg wäre, medizinethisch kompatible ökonomische Anreize zu setzen. Bereits das Anstoßen einer Diskussion über die Ausgestaltung derartiger Anreize könnte ein erster Schritt in diese Richtung sein.

<sup>1</sup> Marckmann G, Mayer F. Ethische Fallbesprechungen in der Onkologie. Grundlagen einer prinzipienorientierten Falldiskussion. *Der Onkologe* 2009;15(10):980-88.

<sup>2</sup> Roser T, Hagen T, Forster C, Borasio GD. Einblicke in die spirituelle Begleitung am Lebensende - Empirische Erhebung im Hospiz und Palliativbereich. *Zeitschrift für Palliativmedizin* 2010;11(3):130-32.

<sup>3</sup> Leibbrand W. Der göttliche Stab des Askulap. Eine Metaphysik des Arztes. Salzburg 1939.

<sup>4</sup> Salzburger Äbtekonzferenz, editor. Die Regel des Heiligen Benedikt. 6 ed. Beuron, 1990.

<sup>5</sup> Engelhardt D von. Das Bild des Arztes in medizinhistorischer Sicht. In: Huth K, editor. *Arzt – Patient. Zur Geschichte und Bedeutung einer Beziehung.* Tübingen 2001, S. 31-47.

<sup>6</sup> Engelhardt D von. *Medizinische Ethik bei Pa-*

*racelsus. Medicina nei secoli* 1997(9/3):435-53.

<sup>7</sup> Dostojewskij FM. *Die Brüder Karamasow.* Zürich 1975.

<sup>8</sup> Bundesärztekammer, editor. (Muster-)Berufsordnung. Honorar und Vergütungsabsprachen (§ 12), 2006.

<sup>9</sup> Flintrop J, Gerst T. Individuelle Gesundheitsleistungen: Ausfransungen eines grauen Marktes. *Deutsches Ärzteblatt* 2005;102(8):A469-A72.

<sup>10</sup> Johannes H, Wölker T. *Qualitätsmanagement und Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL). Eine praxisnahe Organisationshilfe.* Neu-Isenburg: Ärzte Zeitung Verlagsgesellschaft mbH, 2004.

<sup>11</sup> Hundeiker M. *Arzt und Alternativmedizin. Ein Plädoyer für Ehrlichkeit.* Gynäkologische Praxis 2000;24(1/2):169-72.

<sup>12</sup> Homann K, Blome-Drees F. *Wirtschafts- und Unternehmensethik.* Göttingen, 1992.

<sup>13</sup> Lain Entralgo P. *Arzt und Patient. Zwischenmenschliche Beziehungen in der Geschichte der Medizin.* München 1969.

<sup>14</sup> Homann K, Blome-Drees F., a.a.O.

<sup>15</sup> Vilmar K. *Ärztliche Entscheidung im Spannungsfeld zwischen medizinischen Möglichkeiten, Kostendruck und Humanität.* *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung* 2000;870-76; Keller T. *Beziehungsmanagement im Arzt-Patient-Verhältnis. Der Einfluss der Qualität ärztlicher Dienstleistung auf die Patientenbindung.* Wiesbaden 2002.

<sup>16</sup> Balint M. *Der Arzt, sein Patient und die Krankheit.* Stuttgart <sup>10</sup>2001.

Dipl.-Gesundheitsökonomin Mirjam Thanner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Medizinmanagement und Gesundheitswissenschaften der Universität Bayreuth (IMG).

Prof. Eckhard Nagel, Mitglied des Deutschen Ethikrats, ist Geschäftsführender Direktor des IMG und seit September 2010 Ärztlicher Direktor des Universitätsklinikums Essen.

## Weil heute dein Geburtstag ist ...

### 10 Jahre Interdisziplinäres Wissenschaftliches Zentrum Medizin-Ethik-Recht

von Lysann Hennig, M.Mel.

Ein Geburtstagsständchen der anderen Art wurde am 21. Oktober 2011 anlässlich seines zehnjährigen Bestehens dem Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrum Medizin-Ethik-Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (MLU) zuteil, als Referenten von nah und fern jeweils aus ihrer Sicht zur Zukunft von Medizin, Ethik und Recht sprachen.

Eingestimmt in das Ständchen wurde mit den Worten des Dekans der Medizinischen Fakultät der MLU Prof. Dr. med. Michael Gekle, der zugleich betonte, dass gerade aktuelle Fragestellungen aus den Bereichen von Medizin und Recht nicht mehr aus der Sicht nur einer Disziplin beantwortet werden könnten, sondern dass in heutiger Zeit vielmehr eine – wie beispielhaft in dem Zentrum Medizin-Ethik-Recht verkörperte – Interdisziplinarität gefragt sei. Daher könne man dankbar sein, dass der Fakultätsrat im Juli 2001 dem Antrag auf Gründung eines Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrums Medizin-Ethik-Recht zustimmte, welches insbesondere aufgrund seines im Jahr 2004 etablierten Aufbau- und später Masterstudienganges jedes Jahr aufs Neue Studenten aus der ganzen Bundesrepublik anzieht.

Als erster Gratulant sprach Herr Prof. Dr. med. Wolfgang Böhmer über die ethischen Normen im Wandel der Zeit und führte die Zuhörer von der Geschichte der Medizin im Altertum mit ersten Sektionen und Mumifizierungen über das spätere Sektionsverbot der christlichen Kirche zwecks Störung der Totenruhe hin zu den medizinethischen und -rechtlichen Problemen des 20. und 21. Jahrhunderts wie beispielsweise die Stammzellforschung und die Reproduktionsmedizin. Daran anknüpfend, machte Herr Prof. Dr. med. Paolo Fornara auf das Dilemma zwischen Ethik, Medizin und Recht bei der Nierenallokation als ein weiteres Problem der neueren Zeit aufmerksam. In diesem Rahmen stellen sich beispielsweise die heiklen Fragen, ob man nicht einen „weniger“ Kranken aufgrund seiner besseren Überlebenschancen bei der Verteilung der Organe bevorzugen oder einen Patienten mit gesundheitsschädigenden Gewohnheiten oder Abhängigkeiten von Drogen oder Alkohol auf der Warteliste weiter nach hinten setzen sollte. Zu hinterfragen sei auch eine alterskorrigierte Allokation, da ein Zwanzigjähriger auf der Warteliste vielleicht nicht einmal die Chance habe, so lange zu leben wie ein Fünfundsechzigjähriger

bereits gelebt habe, sodass eben der Zwanzigjährige zu bevorzugen sei. Frau Prof. Dr. math. Dr. rer. pol. Marlies Ahlert sprach über die Akzeptanz der Priorisierung in der Medizin und beantwortete damit zugleich teilweise die zuvor von Herrn Fornara aufgeworfenen Fragen hinsichtlich der Allokationsgerechtigkeit. So stellte sie unter anderem eine Befragung der Bevölkerung zur Organallokation vor, in welcher auch der mitverschuldete Gesundheitszustand durch Alkohol- oder Drogenmissbrauch zur Sprache kam. Dabei äußerten jedoch lediglich 53 % der Befragten, dass dieser Aspekt Berücksichtigung finden sollte. Immerhin 59 % äußerten den Wunsch, dass eine Rücksichtnahme auf das Alter dahingehend, dass jüngere Patienten älteren vorzuziehen seien, erfolgen sollte. Ebenfalls stimmte der Jurist Prof. Dr. iur. Andreas Spickhoff in das Geburtstagsständchen ein, als er über das geplante Patientenrechtegesetz und dessen Inhalt referierte. Spannend und sehr erkenntnisreich war schlussendlich auch der eher ungewohnte Blick auf das türkische sowie koreanische Medizinrecht. Dabei stellte einerseits Prof. Dr. iur. Hakan Hakeri von der Ondokuz Mayıs Universität in Samsun/Türkei die Rezeption des deutschen Medizinrechts und der deutschen Medizinethik in der Türkei vor und zeigte auf, dass es sich beim türkischen Medizinrecht aufgrund der starken Verknüpfung und engen Zusammenarbeit zwischen Deutschland und der Türkei in diesem Bereich beinahe um ein „law made in Germany“

handelt, da gewissermaßen auch die Themen überschwappten. Gleichwohl weise das türkische Recht aber auch seine eigenen Besonderheiten auf, da im Gegensatz zum deutschen Recht in der Türkei beispielsweise sogar theoretisch das Klonen erlaubt sei. Andererseits berichtete der aus Korea von der Dong-A Universität Busan angereiste Prof. Dr. iur. Tae Young Ha ebenso über eine Rezeption des deutschen Medizinrechts in Korea. Höchste Aktualität wies auch Herrn Prof. Dr. theol. Klaus Tanners Vortrag über den Umgang mit dem ethisch Strittigen am Beispiel des Lebensschutzes am „Anfang“ menschlichen Lebens auf, in welchem er auf das neue EuGH-Urteil vom 18.10.2011 Bezug nahm, wonach Verfahren, die durch die Entnahme von Stammzellen die Zerstörung von Embryos nach sich ziehen, von der Patentierung auszuschließen sind, wenn die Verwendung menschlicher Embryonen allein zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung erfolgt. Nach diesen erkenntnisreichen Ausführungen blieben einem am Ende des Tages wohl einerseits die von Herrn Tanner zitierten und mahnenden Worte Immanuel Kants im Gedächtnis: „Das Bewusstsein eines inneren Gerichtshofs im Menschen ist das Gewissen“, sowie andererseits auch die abschließenden Wünsche und Hoffnungen des Direktoriumsmitgliedes Herrn Prof. Dr. iur. Reimund Schmidt-De Caluwe, dass dem MER wohl auch in den nächsten 50 Jahren neue und spannende interdisziplinäre Fragen zu beantworten bleiben.

## **Heterologe Eizellspende, Abstammungstests und praktischer Workshop – meris-Herbsttagung am 22.10.2011**

*von Lysann Hennig, M.mel.*

Nach mehreren Tagungsveranstaltungen in Wittenberg fand die diesjährige Veranstaltung des meris e. V. in Halle (Saale) statt. Neben den Referaten unter dem Thema Orientierungen und Perspektiven wurde sie um einen Workshop zu medizinethischen Themen ergänzt.

Mit der Frage, warum die heterologe Eizellspende eigentlich verboten ist, hatte sich Clemens Heyder aus philosophischer Sicht beschäftigt. Seinen Überlegungen folgte eine angeregte wie ebenso spannende Diskussion. Der anschließende Workshop war von den diesjährigen Studenten des Masterstudienganges ins Leben gerufen, vorbereitet und gestaltet worden. Vier Fälle aus der Praxis wurden vorgestellt, mit welchen sich die Studenten selbst im Rahmen ihrer Praktika in den verschiedenen Kliniken, Krankenhäusern und Rechtsanwaltskanzleien konfrontiert sahen. Aufgegriffen wurden dabei Allokationsprobleme bei der Organspende, Kommunikationsschwierigkeiten am Krankenbett sowie das Problem der Einwilligungsfähigkeit eines Patienten. Nachdem sich die Teilnehmer zur Untersuchung und Beurteilung eines konkreten Falles entschlossen hatten, setzten sich diese entsprechend ihrer fachlichen Qualifikation in kleinen Gruppen zusammen, um nun „unter ihres gleichen“

den Fall ausführlich zu diskutieren. Während die Mediziner den Fall eher praktisch begutachteten und eine gemeinsame Erarbeitung einer Patientenverfügung mit dem Patienten forderten, wiesen die Juristen auf das Problem der Gefahr einer Strafbarkeit ärztlichen Handelns hin, da sich der behandelnde Arzt entweder aufgrund einer nicht gewollten Weiterbehandlung einer Körperverletzung oder im Falle einer unerwünschten unterlassenen Weiterbehandlung eines Totschlags durch Unterlassen strafbar machen könnte. Im Zweifel solle aber stets der Grundsatz „in dubio pro vita“ gelten. Die Philosophen hingegen entwickelten ihre Ideen, indem sie sich erst mal mit dem Autonomiebegriff und den verschiedenen Lebensmodellen auseinandersetzten und darauf ihre Entscheidung stützten. Erstaunt war man jedoch, als schlussendlich die Ergebnisse der unterschiedlichen Disziplinen doch nicht allzu weit voneinander entfernt waren, wenngleich jede Fachrichtung ihren eigenen Ansatzpunkt wählte. Danach referierte Dr. Susann Bräcklein über die Abstammungstests in Theorie und Praxis und gab dabei einen kleinen Einblick in die Entstehungsweise des Grundsatzurteils des BVerfG vom 13. Februar 2007 hinsichtlich der heimlichen Vaterschaftstests.



## Im Porträt

von Romy Petzold, M.mel.

### Prof. Dr. med. Friedrich Röpke

Einer gängigen Meinung nach sollte, wer selbst keine Kinder oder jüngeren Geschwister hat, weder in einem pädagogischen Beruf, noch als Kinderarzt, geschweige als Gynäkologe arbeiten, der Frauen mit Kinderwunsch berät. Ist also im Umkehrschluss jemand mit sechs jüngeren Geschwistern und drei Söhnen für eine dieser Berufsgruppen umso mehr prädestiniert?

Gewiss steht außer Frage, dass der langjährige Direktor der Klinik und Poliklinik für Geburtshilfe und Reproduktionsmedizin der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Herr Prof. Dr. Röpke, fachlich zu den oberen 10.000 seiner Disziplin weltweit gehört, und sein Wissen zudem absolut faszinierend und zugleich mit Ehrfurcht vor den Vorgängen am Beginn eines individuellen menschlichen Lebens vermitteln kann.



Foto: Wiebke Fisser

Die Angabe „weltweit“ stammt hier nicht von ungefähr: Prof. Dr. Röpke wurde in Bumbuli (Tansania) geboren, war nach seinem Studium in Halle zunächst als Landarzt tätig, spezialisierte sich bis zur Zuwendung zum „intrauterinen Patienten“ und war zweimal ein Jahr Gastprofessor am College of Medical Sciences der Addis Abeba University in Gondar (Äthiopien). Ihn hält auch heute nichts von der einen oder anderen beruflich oder privat motivierten Reise in die weite Welt ab.

Ob hier oder irgendwo anders in der Welt: Der umfassende Respekt vor der Persönlichkeit seiner Patientinnen und Patienten und seine eigene Glaubwürdigkeit, die er als Grundlage für ein Vertrauensverhältnis nennt und umsetzt, ist ihm menschlich genauso wichtig wie fachlich das interdisziplinäre Arbeiten, ohne das kein Fortschritt möglich wäre.

## Impressum

### Redaktionsanschrift:

meris e. V.  
Interdisziplinäres Wissenschaftliches Zentrum  
Medizin-Ethik-Recht  
Juridicum, Raum 0.30  
Universitätsplatz 5  
06108 Halle (Saale)

meris@jura.uni-halle.de  
www.meris.uni-halle.de/merkblatt

### Druck:

Druckerei der Martin-Luther-Universität  
Hoher Weg 4  
06120 Halle (Saale)

Druck mit freundlicher Unterstützung  
der Stiftung Rechtsstaat Sachsen-Anhalt e. V.

### Redaktionsleitung:

Heidi Ankermann  
Dr. Andreas Walker  
Sven Wedlich

### Redaktion:

Helena Bebert  
Dr. Adam Gasiorek-Wiens  
Lysann Hennig  
Dr. Kerstin Junghans  
Romy Petzold  
Martina Resch  
Stephanie Schmidt  
Philipp Skarupinski

### Gastautoren dieser Ausgabe:

Christiane Arndt  
Dr. Susann Bräcklein  
Maria Busse  
Prof. Gerfried Fischer  
Prof. Dominik Groß  
Lisa Hahn  
Dr. Angela Kolbe  
Prof. Eckhard Nagel  
Juana Remus  
Mirjam Thanner  
Carla Weinhardt

### Gestaltung:

Andreas Walker  
Sven Wedlich

Das MERKblatt erscheint zweimal im Jahr.  
Thema des nächsten Heftes  
**Medizinethik im kulturellen Kontext**  
(Mai 2012)

*Alle in der Zeitschrift verwendeten Texte, Fotos und grafischen Gestaltungen sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwendung darf, auch auszugsweise, nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Herausgebers erfolgen. Eine kommerzielle Weitervermarktung des Inhalts dieser Zeitschrift ist untersagt.*