

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

Reihe herausgegeben von

Andreas Spickhoff, Ludwig-Maximilians-Universität München
München, Deutschland

Philine Diesselhorst

Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen

 Springer

Philine Diesselhorst
Juristische Fakultät
Ludwig-Maximilians-Universität München
München, Deutschland

Inauguraldissertation Zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität zu München

ISSN 1431-1151

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

ISBN 978-3-662-66884-9

ISBN 978-3-662-66885-6 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-66885-6>

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

Springer

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en), exklusiv lizenziert an Springer-Verlag GmbH, DE, ein
Teil von Springer Nature 2023

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht
ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags.

Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und
die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in
diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung
zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die
Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in
diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch
die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des
Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen
und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Planung/Lektorat: Manuela Schwietzer

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von
Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis April 2022 Berücksichtigung finden.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff für die Anregung des Themas, die hervorragende Betreuung und stets gewährte wissenschaftliche Freiheit sowie die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe Medizinrecht. Darüber hinaus möchte ich mich für die prägende und lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl bedanken. Besonderer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Anantol Dutta für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein Dank gilt ferner allen Kollegen und Freunden, die mir mit anregenden Diskussionen und gutem Rat zur Seite standen. Besonders danken möchte ich Frau Hendrike Diesselhorst und Frau Magdalena Januszkiewicz für das Korrekturlesen des Manuskripts.

Zuletzt gilt mein Dank meiner Familie und meinem Partner Florian Liezaske, die mich stets und bedingungslos unterstützen.

München, Deutschland
Dezember 2022

Philine Diesselhorst

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Untersuchungsgegenstand	3
II. Gang der Untersuchung	4
B. Grundlagen	7
I. Begriffsbestimmung	7
1. Definition von Transidentität	8
2. Definition von Intersexualität	9
3. Abgrenzung beider Phänomene	11
II. Prävalenz	12
1. Prävalenz von Transidentität	12
2. Prävalenz von Intersexualität	13
III. Der medizinische Umgang mit Transidentität	13
1. Medizinische Möglichkeiten	14
a) Supression von Sexualhormonen	14
b) Geschlechtsangleichende endokrinologische Maßnahmen	14
c) Geschlechtsangleichende operative Maßnahmen	15
2. Aktuelle Leitlinien zur Behandlung transidenter Personen	16
IV. Der medizinische Umgang mit Intersexualität	17
1. Erscheinungsformen der Intersexualität	17
a) 46,XX-Formen	18
b) 46,XY-Formen	19
c) DSD durch numerische Aberration der Geschlechtschromosome	21
2. Medizinische Möglichkeiten	21
a) Endokrinologische Behandlung	22
aa) Hormontherapie bei endokrinen Störungen	22
bb) Sexualhormonersatztherapie	22
b) Operative Maßnahmen	23
aa) Feminisierende Genitaloperationen	23
bb) Maskulinisierende Genitaloperationen	24

cc) Gonadektomie	24
3. Moneys optimal gender policy	24
4. Aktuelle Leitlinien zur Behandlung intersexueller Personen.	26
V. Zusammenfassung	27
C. Transidentität und Intersexualität im Personenstandsrecht	29
I. Bedeutung des Geschlechts im Recht	30
II. Transsexuellengesetz	32
1. Entstehungsgeschichte des TSG	32
2. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum TSG.	33
a) Altersgrenze „große“ und „kleine“ Lösung	34
b) Anrede	35
c) Rückänderung des Vornamens	35
d) Antragsberechtigung ausländischer Personen	36
e) Ehelosigkeitserfordernis.	37
f) Operations- und Sterilisationszwang	38
3. Analyse der aktuellen Rechtslage nach dem TSG	38
a) „Transsexuelle Prägung“	39
b) Begutachtungserfordernis	40
c) Familiengerichtlicher Genehmigungsvorbehalt.	42
d) Eltern-Kind-Verhältnis.	43
4. Zusammenfassung	44
III. Personenstandsgesetz	45
1. Regelungsgehalt des PStG bezüglich Intersexualität.	45
2. Anwendungsbereich der §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG: „Variante der Geschlechtsentwicklung“.	47
3. Anwendbarkeit der §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG auf „lediglich empfundene Intersexualität“?.	48
IV. Personenstandsrechtliche Behandlung transidenter und intersexueller Personen im Vergleich	49
V. Rechtspolitische Bewertung und Reformvorschläge	51
VI. Auswirkungen auf den Untersuchungsgegenstand.	53
VII. Zusammenfassung	55
D. Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen	57
I. Allgemeine Voraussetzungen rechtmäßiger ärztlicher Behandlungen	57
1. Indikation	58
a) Medizinische Indikation.	58
b) Rechtliches Indikationsverständnis	60
c) Prozess der Indikationsstellung	61

- aa) Parameter der (medizinischen) Indikationsstellung. 61
 - bb) Ergebnisse der Indikationsstellung 62
 - (1) Indikation und Indikationslosigkeit 62
 - (2) Zweifelhafte Indikation 63
 - (3) Kontraindikation 65
 - 2. Ärztlicher Standard 67
 - 3. Einwilligung. 69
 - a) Wesen und Funktion der Einwilligung. 69
 - b) Wirksamkeitsvoraussetzungen. 70
 - aa) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen 70
 - bb) Einwilligungsfähigkeit 71
 - (1) Personenbezogene Kriterien 71
 - (2) Eingriffs- und entscheidungsbezogene Kriterien. 73
 - (3) Zwischenergebnis 74
 - c) Einwilligungszuständigkeit des einwilligungsfähigen
 - Minderjährigen. 75
 - aa) Alleinige Einwilligungskompetenz des Sorgeberechtigten . . 76
 - bb) Vetorecht des einwilligungsfähigen Minderjährigen. 76
 - cc) Kumulative Einwilligungskompetenz 77
 - dd) Alleinige Einwilligungskompetenz des
 - einwilligungsfähigen Minderjährigen 78
 - d) Stellvertretende elterliche Einwilligung bei
 - einwilligungsunfähigen Minderjährigen 79
 - aa) Das Rechtsinstitut der elterlichen Sorge 79
 - bb) Grenzen der elterlichen Sorge 80
 - (1) Immanente Grenzen. 81
 - (a) *Gebot der Rücksichtnahme auf die wachsende
Selbstständigkeit des Kindes* 81
 - (b) *Kindeswohl* 83
 - (2) Außengrenzen 84
 - (a) *Stellvertretung im höchstpersönlichen Bereich*. 84
 - (b) *Ausgeübtes Vetorecht des einwilligungsunfähigen
Kindes* 87
 - (c) *Sittenwidrigkeitsklausel, § 228 StGB* 90
 - (d) *Spezielle Verbotsgesetze* 91
 - (3) Zwischenergebnis 91
 - 4. Zusammenfassung 91
 - II. Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten
 - Minderjährigen. 92
 - 1. Indikation 92
 - a) Medizinische Indikationsstellung 93
 - aa) Indikationsparameter „Diagnose einer Krankheit“ 93
 - (1) Kategorisierung nach dem DSM 94
 - (2) Kategorisierung nach der ICD 95

(3) Psychische Begleiterkrankungen	97
(4) Zwischenergebnis	98
bb) Konsequenzen der Indikationslosigkeit	99
(1) Implikationen von Indikation und Indikationslosigkeit	99
(2) Krankenversicherungsrechtliche Folgen	101
(3) Zwischenergebnis	102
b) Modifikation des Indikationsbegriffs	102
aa) Funktionswandel der Indikation	103
bb) Allgemeine Entgrenzungstendenzen	106
(1) Lösung des Indikationsbegriffs vom Begriff der Krankheit	106
(2) Subjektivierung des Krankheitsbegriffes	108
(3) Schaffung einer rechtlichen Indikationsart	109
cc) Trans-spezifische Modifikation	110
(1) Grenzen der Diagnosestellung	110
(2) Selbsteinschätzung als Diagnoseäquivalent	112
(3) Anforderungen an die Selbsteinschätzung	114
(4) Besonderheiten bei Minderjährigen	115
(5) Zwischenergebnis	116
c) Modifizierte Indikationsstellung	116
aa) Indikationsparameter „Selbsteinschätzung“	116
bb) Indikationsparameter „Prognose“	116
(1) Intendierte Behandlungsziele	117
(2) Hinreichende Wahrscheinlichkeit	118
(3) Prognosestellung	119
(a) <i>Suppression von Sexualhormonen</i>	119
(b) <i>Geschlechtsangleichende endokrinologische Maßnahmen</i>	121
(c) <i>Geschlechtsangleichende chirurgische Maßnahmen</i>	123
cc) Indikationsparameter „Abwägung“	124
(1) Risiko-Nutzen-Abwägung	124
(a) <i>Suppression von Sexualhormonen</i>	124
(b) <i>Geschlechtsangleichende endokrinologische Maßnahmen</i>	125
(c) <i>Geschlechtsangleichende chirurgische Maßnahmen</i>	126
(2) Kontraindikationsstellung	127
dd) Zwischenergebnis	127
2. Einwilligung	129
a) Einwilligung des einwilligungsfähigen Minderjährigen	129
aa) Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit	129
(1) Indizkriterien	129
(2) Regelaltersgrenzen	131

bb) Grenzen der Einwilligungsbefugnis des Minderjährigen . . .	132
(1) Spezifische gesetzliche Bestimmungen	132
(a) § 1631c BGB	133
(b) §§ 2 ff. KastrG	135
(2) Sittenwidrigkeitsklausel, § 228 StGB	137
(a) Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsbegriffs	137
(b) Sittenwidrigkeit indizierter geschlechtsangleichender Maßnahmen	138
(c) Sittenwidrigkeit indikationsloser geschlechtsan- gleichender Maßnahmen	139
(d) Sittenwidrigkeit wegen Erfüllung des Tatbestandes des § 226a StGB	141
(e) Sittenwidrigkeit aufgrund spezialgesetzlicher Wertungen	142
(f) Zwischenergebnis	144
cc) Sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung, insbesondere Aufklärung	144
(1) Formelle Anforderungen an die Aufklärung	144
(2) Inhalt der Aufklärung	146
(3) Umfang der Aufklärung	147
(a) Reziprozitätsthese und Indikation	148
(b) Reziprozitätsthese und Dringlichkeit	150
(c) Zwischenergebnis	151
(4) Einschränkungen der Aufklärungspflicht	151
(5) Therapeutische (Sicherungs-) Aufklärung	152
dd) Zwischenergebnis	152
b) Stellvertretende Einwilligung durch die Sorgeberechtigten	153
aa) Spezielle Verbotsgesetze als Schranke der elterlichen Einwilligung	153
bb) Kindeswohl als zentrale Schranke der elterlichen Einwilligung	154
(1) Konkretisierung des Kindeswohls durch die Grundrechtsbetroffenheit des Kindes	155
(a) Menschenwürde	155
(b) Recht auf körperliche Unversehrtheit	157
(c) Selbstbestimmungsrecht	157
(d) Recht auf sexuelle Selbstbestimmung	158
(e) Zwischenergebnis	158
(2) Objektivierbarkeit des Kindeswohls	159
(3) Modell zur Bestimmung des Kindeswohls	161
(4) Anwendung auf die Fälle der Transidentität	162
(a) Keine Einwilligungsbefugnis bei würdeverletzenden Maßnahmen	162

(b) Elterliche Einwilligung in indizierte und kontraindizierte geschlechtsangleichende Maßnahmen.	163
(c) Elterliche Einwilligung in indikationslose geschlechtsangleichende Maßnahmen.	163
(d) Verweigerung der Einwilligungserteilung in geschlechtsangleichende Maßnahmen	164
(5) Zwischenergebnis	165
cc) Sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen der elterlichen Einwilligung.	165
3. Zusammenfassung	166
III. Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an intersexuellen Minderjährigen.	168
1. Indikation	168
a) Indikationsparameter „Diagnose einer Krankheit“	168
aa) Kategorisierung nach dem DSM	169
bb) Kategorisierung nach der ICD.	169
(1) Intersexualität „an sich“.	171
(2) Störungen im harnableitenden System	172
(3) Drohende Salzverlustkrise.	172
(4) Entartung der Keimdrüsen.	173
(5) Psychische Begleiterkrankungen.	174
cc) Zwischenergebnis	175
b) Alternativ: Indikationsparameter „Selbsteinschätzung“	175
c) Indikationsparameter „Prognose“	176
aa) Intendierte Behandlungsziele.	177
bb) Prognosestellung	177
(1) Therapeutische Maßnahmen	178
(2) Geschlechtszuweisende Maßnahmen	178
(3) Geschlechtsangleichende und -vereindeutigende Maßnahmen	181
(a) Endokrinologische Maßnahmen	181
(b) Chirurgische Maßnahmen.	182
cc) Zwischenergebnis	183
d) Indikationsparameter „Abwägung“	183
aa) Risiko-Nutzen-Abwägung	183
(1) Therapeutische Maßnahmen	183
(2) Geschlechtszuweisende Maßnahmen	184
(3) Geschlechtsangleichende und -vereindeutigende Maßnahmen	185
bb) Kontraindikationsstellung	186
e) Zwischenergebnis.	187
2. Einwilligung.	188
a) Einwilligung des einwilligungsfähigen Minderjährigen	188
aa) Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit.	189

(1) Indizkriterien	189
(2) Regelaltersgrenzen.	190
bb) Grenzen der Einwilligungsbefugnis des Minderjährigen . . .	191
(1) Spezifische gesetzliche Bestimmungen.	191
(a) § 1631c BGB.	191
(b) §§ 2 ff. KastrG.	192
(2) Sittenwidrigkeitsklausel, § 228 StGB	193
(a) <i>Sittenwidrigkeit medizinisch indizierter</i> <i>therapeutischer Maßnahmen.</i>	194
(b) <i>Sittenwidrigkeit modifiziert indizierter</i> <i>geschlechtsangleichender Maßnahmen</i>	194
(c) <i>Sittenwidrigkeit indikationsloser</i> <i>geschlechtszuweisender Maßnahmen</i>	194
(3) Zwischenergebnis	195
cc) Sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung, insbesondere Aufklärung	195
(1) Inhalt der Selbstbestimmungsaufklärung	196
(2) Einschränkungen der Selbstbestimmungsaufklärung . . .	197
(3) Therapeutische (Sicherungs-) Aufklärung.	197
b) Stellvertretende Einwilligung durch die Sorgeberechtigten	198
aa) Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung	198
(1) Anwendungsbereich des § 1631e BGB: „Varianten der Geschlechtsentwicklung“.	199
(a) <i>Grammatische Auslegung</i>	200
(b) <i>Systematische Auslegung</i>	201
(c) <i>Historische Auslegung</i>	202
(d) <i>Teleologische Auslegung</i>	203
(e) <i>Zwischenergebnis</i>	203
(2) Einwilligungsverbot des § 1631e Abs. 1 BGB	203
(3) Eingeschränkte elterliche Einwilligungsmöglichkeit gem. § 1631e Abs. 2 und 3 BGB.	205
(a) <i>Konzept des „weiteren Grundes“</i>	206
(b) <i>(Un-) Aufschiebbarkeit der Maßnahme</i>	207
(c) <i>Genehmigung durch das Familiengericht</i>	208
(4) Zeitliche Dringlichkeit gem. § 1631e Abs. 3 BGB	209
(5) Aufbewahrung der Patientenakte, § 1631e Abs. 6 BGB	210
(6) Sonstiger Regelungsgehalt des Gesetzes zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung	211
bb) Vergleich zur Rechtslage vor Einführung des Gesetzes zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung	211

- (1) Rechtslage vor Einführung des § 1631e BGB 212
- (2) Einwilligungsverbot des § 1631e Abs. 1 BGB 212
- (3) Eingeschränkte elterliche Einwilligungsmöglichkeit
gem. § 1631e Abs. 2 und 3 BGB 213
- (4) Elterliche Einwilligung in nicht operative
Maßnahmen 214
- (5) Zeitliche Dringlichkeit gem. § 1631e Abs. 3 BGB 215
- (6) Zwischenergebnis 215
- cc) Stellungnahme zum Gesetz zum Schutz von Kindern
mit Varianten der Geschlechtsentwicklung 216
- (1) Zu schmaler Anwendungsbereich des § 1631e BGB 217
- (2) Bedenken gegenüber einem familiengerichtlichen
Genehmigungsvorbehalt 218
- (3) Bedauerliche Komplexität und
Auslegungsspielräume 219
- (4) Abkehr von der Strenge des Referentenentwurfs 221
- (5) Fehlende Folgeregelungen zur Evaluierung,
Aufbewahrung der Patientenakte und zur Verjährung 222
- 3. Zusammenfassung 226
- IV. Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und
intersexuellen Minderjährigen im Vergleich 228
- 1. Ärztliche Maßnahmen an einwilligungsfähigen transidenten
und intersexuellen Minderjährigen 230
- 2. Ärztliche Maßnahmen an einwilligungsunfähigen transidenten
und intersexuellen Minderjährigen 231
- a) Rechtslage de lege lata 231
- b) Unterschiede in der rechtlichen Behandlung 232
- c) Ungleichbehandlung von einwilligungsunfähigen
transidenten und intersexuellen Minderjährigen durch §
1631e BGB? 233
- aa) Differenzierung wegen des Geschlechts 234
- bb) Rechtfertigung 235
- cc) Zwischenergebnis 237
- d) Überlegungen de lege ferenda 237
- 3. Zusammenfassung 240
- E. Ergebnisse 241**
- Literatur 249**