

Indem somit die Ausführungen der Yogyakarta-Prinzipien 2006 und YP+10 auf internationaler Ebene durch die Vereinten Nationen in den General Comments diverser Menschenrechtsverträge, durch Kampagnen wie »Free & Equal« sowie auf regionaler Ebene durch den Europarat herangezogen werden, erreichen diese rechtspolitische Wirkung und tragen zur Weiterentwicklung von internationalem Recht bei.

4.5 Nationale Maßnahmen

In diesem Abschnitt werden diejenigen rechtspolitischen nationalen Maßnahmen in den Bereichen Verfassungsrecht, Personenstandsrecht und Arztrecht analysiert, die thematisch auf intergeschlechtliche Menschen Anwendung finden können. Hierbei wird außerdem die Umsetzung internationaler Menschenrechtsdokumente, wie sie zuvor erläutert wurden, mit in den Blick genommen.

4.5.1 Deutsches Recht

Hinsichtlich der Grenzen der elterlichen Sorge im Rahmen des Familienrechts wird auf die Arbeit von Tönsmeier verwiesen, die zu dieser speziellen Rechtsfrage ihre Dissertation verfasst hat.⁴⁸³ Sie kommt zu dem Schluss, dass die elterliche Sorge in Bezug auf geschlechtsverändernde Eingriffe an Kindern, die nicht als lebensrettend indiziert sind, von Gesetzes wegen gänzlich ausgeschlossen ist oder zumindest stark eingeschränkt wird.⁴⁸⁴ Im medizinischen Alltag gelte dennoch die Einwilligung der Eltern als Legitimierung für die Eingriffe.⁴⁸⁵ Rechtsschutzmöglichkeiten für Inter*Kinder gebe es bislang nicht.⁴⁸⁶ Insoweit wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht auf das Familienrecht, sondern stattdessen auf das Arztrecht eingegangen werden.

Verfassungsrecht

Unter Verfassungsrecht wird dasjenige öffentliche Recht verstanden, das sich mit der Staatsform, der Funktion der jeweiligen Staatsorgane und den Grundrechten befasst.⁴⁸⁷ Als Grundrechte werden diejenigen Rechte bezeichnet, die nach dem Grundgesetz, der Verfassung Deutschlands, jeder Person als subjektive Rechte gewährt sind.⁴⁸⁸ Die Grundrechte stimmen inhaltlich weitgehend mit den Menschenrechten überein (Art. 1-18 GG) und werden als »Jedermann«-Grundrechte bezeichnet wie Art. 2 GG.⁴⁸⁹ Als »Bürgerrechte« werden diejenigen Grundrechte bezeichnet, die sich auf »alle Deutschen«, also alle Bürger_innen mit der deutschen Staatsangehörigkeit beziehen, wie Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit).⁴⁹⁰ Die Grund- und Menschenrechte

483 Tönsmeier (2012).

484 Tönsmeier (2012: S. 262).

485 Tönsmeier (2012: S. 262).

486 Tönsmeier (2012: S. 262).

487 Trenczek/Tammen/Behlert/von Boetticher (2014: S. 57f).

488 Creifelds (2014: S. 588f).

489 Creifelds (2014: S. 588f).

490 Creifelds (2014: S. 588f).

sind nach deutschem Rechtsverständnis absolute Rechte, die sich gegen Dritte und auch gegen den Staat richten.⁴⁹¹

Im Folgenden soll das Grundgesetz daraufhin untersucht werden, inwieweit hier Prinzipien der internationalen Ebene bereits umgesetzt werden oder sich anderweitige Schutzmechanismen für Inter*Menschen ableiten lassen. Es soll in dieser Arbeit jedoch keine Grundrechtsverletzung in rechtlicher Hinsicht geprüft werden. Dies hat Kolbe bereits in ihrer Dissertation umfassend vorgenommen.⁴⁹²

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen internationalem und nationalem Recht ergibt sich aus dem Wortlaut des Grundgesetzes keine eindeutige Priorität, ob internationales Recht nach der monistischen oder dualistischen Theorie in Deutschland anzuwenden ist. Art. 25 GG und Art. 59 Abs. 2 GG sind mit beiden Theorien vereinbar.⁴⁹³ Nach Byrnes/Renshaw handelt es sich um eine monistische Rechtsordnung, da Deutschland ein »civil law system«⁴⁹⁴ und kein »common law system« ist.⁴⁹⁵ Obwohl Deutschland zwar ein »civil law system« ist, verweisen die deutsche Literatur und die Rechtspraxis auf beide Theorien.⁴⁹⁶

Aus Art. 25 GG ergibt sich, dass »die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.« Der Wortlaut besagt, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts automatisch Bestandteil des deutschen Rechts sind. Diese Wortwahl ist ein Hinweis auf die monistische Theorie. Zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählt auch Völkervertragsrecht, wie einzelne Menschenrechtsverträge, sofern diese bereits »bestehendes Völkergewohnheitsrecht kodifizieren«.⁴⁹⁷ Vom Rang her haben völkergewohnheitsrechtliche Regeln bzw. zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) zumindest Verfassungsrang oder »Überverfassungsrang«.⁴⁹⁸ Letzteres deshalb, da die Verpflichtung besteht, das innerstaatliche Recht völkerrechtskonform zu interpretieren und anzuwenden.⁴⁹⁹ Dies ergibt sich schon aus Art. 27 WVK, wonach bei einer Kollision zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht, dem internationalen Recht der Anwendungsvorrang eingeräumt werden muss.⁵⁰⁰ Ebenso ergibt sich dies aus Prinzip 7 der Bangalore Principles⁵⁰¹:

491 Creifelds (2014: S. 588f; 1019).

492 Kolbe (2010).

493 Hofmann (2012).

494 Das *common law system* basiert, anders als das *civil law system* nicht auf Gesetzen, sondern auf Präzedenzfällen und wird daher auch oft als Richterrecht bezeichnet, da die richterliche Auslegung so zur Rechtsentwicklung beiträgt, Laidler (2005: S. 277ff).

495 Byrnes/Renshaw (2014: S. 460f).

496 Creifelds (2014: S. 990); Hobe (2014: S. 244ff); Paech/Stuby (2013: S. 504ff).

497 Hobe (2014: S. 244).

498 Hobe (2014: S. 245).

499 Hobe (2014: S. 245).

500 Paech/Stuby (2013: S. 507).

501 Bangalore Principles on the Domestic Application of International Human Rights Norms, 1988. Nach deren Prinzip 4 finden diese Prinzipien vorrangig Anwendung in einem *common law system*, da hier ein Transformationsakt erforderlich ist, um das internationale Recht in nationales Recht zu inkorporieren. Obwohl Deutschland zwar kein *common law system* ist, können nach Ansicht der Verfasserin die Bangalore Principles durchaus Anwendung finden, da auch nach deutschem

»It is within the proper nature of the judicial process and well-established judicial functions for national courts to have regard to international obligations which a country undertakes – whether or not they have been incorporated into domestic law – for the purpose of removing ambiguity or uncertainty from national constitutions, legislations or common law.«

Hiernach soll eine Bindung an völkerrechtliche Verpflichtungen bestehen, wenn ein Vertragsstaat den Vertrag zwar lediglich unterzeichnet, diesen aber noch nicht in nationales Recht umgesetzt (transformiert) hat.

Nach Art. 59 Abs. 2 GG »bedürfen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes.« Dass solche Verträge hier der Zustimmung oder der Mitwirkung bedürfen, spricht von einem dualistischen Ansatz mit Verweis auf die Transformations- oder Adoptionstheorie.⁵⁰² Die deutsche Praxis geht dahin, dass mit dem Zustimmungsgesetz gleichzeitig der Vertragstext im Bundesgesetzblatt Teil II publiziert wird und somit die völkerrechtlichen Vorschriften zu deutschem Recht werden.⁵⁰³ Im Anschluss hieran erfolgt die Ratifikation, die hier im Rahmen der dualistischen Theorie die Funktion hat, den anderen Vertragspartnern zu signalisieren, dass der völkerrechtliche Vertrag »innerstaatlich in Kraft gesetzt ist«. ⁵⁰⁴ Durch die Transformation erlangt ein völkerrechtlicher Vertrag damit die Stellung eines Bundesgesetzes, das aber auch in diesem Fall wiederum völkerrechtskonform zu interpretieren und anzuwenden ist.⁵⁰⁵

Hieraus ergibt sich die Verpflichtung Deutschlands, Menschenrechtsverträge, die internationales Recht darstellen, völkerrechtskonform auszulegen.

Recht auf Anerkennung vor dem Gesetz, Identität und Diskriminierungsverbot

Das Recht auf Anerkennung von Inter*Menschen vor dem Gesetz wird deutlich in den Yogyakarta-Prinzipien 2006 (Prinzip 3) und YP+10 (Prinzip 31) gefordert. Eine solche explizite Anerkennung vor dem Gesetz findet sich im Grundgesetz bislang nicht. Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich lediglich der allgemeine Gleichheitssatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Dieser allgemeine Gleichheitssatz ist ein Menschenrecht und bezieht sich auf alle natürlichen Personen.⁵⁰⁶ Es handelt sich um ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung, das jeder Person aufgrund ihres Menschseins zusteht.⁵⁰⁷

Rechtsverständnis ein Transformationsakt erforderlich ist, wie sich aus Art. 59 Abs. 2 GG und der Transformationstheorie nach dem dualistischen Ansatz ergibt. Die Bangalore Principles wurden vom Human Rights Unit des Commonwealth Secretariat im Marlborough House in London 1988 verabschiedet, HRU (1988).

502 Hobe (2014: S. 244).

503 Creifelds (2014: S. 990); Hobe (2014: S. 244).

504 Hobe (2014: S. 246).

505 Hobe (2014: S. 245); Paech/Stuby (2013: S. 512).

506 Osterloh (2007: S. 181, Rn.: 69).

507 Osterloh (2007: S. 176, Rn. 38).

Aus dem Grundgesetz ergibt sich gemäß Art. 3 Abs. 1 GG eine allgemeine Anerkennung vor dem Gesetz, indem alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Ebenfalls ergibt sich hieraus ein Diskriminierungsverbot. Der generelle Schutz vor Diskriminierung ist das Leitprinzip im internationalen und nationalen Menschenrechtsschutz.⁵⁰⁸

Im Grundgesetz findet sich der Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit, der die personale Identität⁵⁰⁹ umfasst, in Art. 2 Abs. 1 GG. Es handelt sich hier um ein allgemeines Freiheitsrecht, das zudem ein Menschenrecht ist.⁵¹⁰ Art. 2 Abs. 1 GG schützt nicht nur die Identität, sondern auch die persönliche Integrität, also die »geistig-sittliche Persönlichkeit« sowie deren »Selbstverwirklichung in der sozialen Umwelt«.⁵¹¹ Zur Identität eines Menschen zählt außerdem die »Kenntnis der eigenen Abstammung«.⁵¹²

Als allgemeines Freiheitsrecht übt Art. 2 Abs. 1 GG somit eine Auffangfunktion aus, die einen lückenlosen Grundrechtsschutz garantieren soll.⁵¹³ Dieser besteht zum einen darin, dass das Individuum vor staatlichen Eingriffen geschützt werden soll, und zum anderen aus der Pflicht des Staates, jeden Menschen gegen Eingriffe Dritter zu schützen.⁵¹⁴ Dies erfolgt dadurch, dass der Staat Eingriffe Dritter in Grundrechtspositionen gesetzlich verbieten muss, sofern diese Eingriffe nicht vom Grundgesetz gerechtfertigt sind und überdies die »gesetzlichen Eingriffsverbote effektiv durchzusetzen« hat.⁵¹⁵

Recht auf Gesundheit und körperliche Integrität

Das Recht auf Gesundheit findet sich in Art. 12 CEDAW sowie in Art. 24 CRC und ergibt sich ebenso aus dem Folterverbot in Art. 37 CRC und der Antifolterkonvention. Folter stellt eine massive Verletzung des Rechts auf Gesundheit dar und zielt gerade auf die Zerstörung derselben ab.

Im Grundgesetz selbst gibt es keine Norm, die ein explizites Recht auf Gesundheit verbrieft. Aus dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG, ergibt sich jedoch, dass der Staat auch für die Gesundheit verantwortlich ist, und dass er insoweit Regelungen zur gesetzlichen Krankenversicherung auf Bundesebene mit dem SGB V (5. Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung) geschaffen hat, mit der »Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu verbessern«, § 1 S. 1 SGB V. In dem Gedanken der Wiederherstellung oder Verbesserung der Gesundheit ist ferner das Recht auf Genesung enthalten, wie es Art. 39 CRC fordert.

Ein explizites Recht auf körperliche und seelische Integrität wird auf internationaler Ebene in den YP+10 in Prinzip 32 genannt. Eine dementsprechend weit gefasste Vorschrift gibt es im Grundgesetz bislang nicht.

508 Lohrenscheit/Thiemann (2009: S. 21).

509 Murswiek (2007: S. 128, Rn. 74).

510 Murswiek (2007: S. 113ff, Rn. 1, 7, 39).

511 Murswiek (2007: S. 114, Rn. 9, 10).

512 Murswiek (2007: S. 128, Rn. 75 a).

513 Murswiek (2007: S. 115, Rn. 10).

514 Murswiek (2007: S. 117, Rn. 24).

515 Murswiek (2007: S. 118, Rn. 27).

Art. 2 Abs. 1 GG enthält im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Recht auf eigenverantwortliche Gestaltung des äußeren Erscheinungsbildes. Hierzu zählen bereits die Gestaltung der Haare und des Bartes sowie das Tragen von Ohrschmuck.⁵¹⁶

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit wird in Art. 2 Abs. 2 GG geschützt. Nach Murswiek sind alle Menschen, einschließlich Ungeborene, in objektiver und subjektiver Hinsicht in ihrer körperlichen Integrität geschützt.⁵¹⁷ Das Recht »schützt die konkrete Körperlichkeit des Menschen und ergänzt damit den Schutz der Integrität der geisig-sittlichen Persönlichkeit [...] und der körperlichen Existenz [...] um den Schutz der vom Willen des Rechtsträgers umfassten Integrität der Körpersphäre, deren äußere biologisch-physiologische Grenze den Schutzbereich objektiv festlegt.«⁵¹⁸ Hierzu gehört nach Murswicks Ansicht ebenfalls das »Freisein von ›pathologischen Zuständen‹ und somit auch von psychischen Krankheiten.«⁵¹⁹

Rechtspolitische Würdigung

Hinsichtlich des Rechts auf Anerkennung vor dem Gesetz verweist Osterloh auf Radbruch, der konstatiert hat, dass »Gleichheit immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit ist«, da es »weder zwei identische Menschen noch zwei identische Sachverhalte, sondern immer nur verschiedene Menschen und Sachverhalte [gibt], die unter einem oder mehreren bestimmten Gesichtspunkten [...] vergleichbar sind.«⁵²⁰

Insoweit wird hier die Verschiedenheit der Menschen bereits anerkannt und eine Ungleichbehandlung derjenigen Fälle angenommen, die nicht vom gesetzlichen Tatbestand einer Norm erfasst sind.⁵²¹ Dies zeigt sich an den unten stehenden Ausführungen zum Personenstandsrecht. Die Verschiedenheit der Menschen führte hier zur Ungleichbehandlung von Inter*, da diese bis zur Novellierung des Personenstandsgesetzes nicht vom gesetzlichen Tatbestand der Norm erfasst waren und demzufolge in das binäre Geschlechtersystem eingeordnet werden mussten.⁵²² Hierbei handelt es sich zugleich um eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes, das sich ebenfalls aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus den Artt. 2, 10 CEDAW und Art. 2 CRC ergibt.

In seinem Beschluss vom 10. November 2017 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass der Diskriminierungsschutz mit dem Merkmal Geschlecht in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auch Menschen umfasst, die eine non-binäre Geschlechtsidentität besitzen.⁵²³ Zweck dieses Diskriminierungsverbotes ist es, Menschen, die zu »strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppen« gehören, zu schützen.⁵²⁴ Hiernach sind besonders diejenigen Menschen gefährdet, deren geschlechtliche Identität nicht dem Zweigeschlechtermodell entspricht.⁵²⁵

516 Murswiek (2007: S. 141, Rn. 132).

517 Murswiek (2007: S. 146, Rn. 147).

518 Murswiek (2007: S. 146, Rn. 148).

519 Murswiek (2007: S. 146, Rn. 149).

520 Osterloh (2007: S. 170, Rn. 1).

521 Osterloh (2007: S. 170, Rn. 2).

522 Plett (2009: S. 157).

523 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 21, Rn. 58).

524 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 21, Rn. 59).

525 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 21, Rn. 59).

Um Menschen in ihrer Verschiedenheit anzuerkennen und vor Diskriminierung zu schützen, wäre es jedoch hilfreich, wie von den Yogyakarta-Prinzipien 2006 und YP+10 vorgeschlagen, die Aspekte der sexuellen Orientierung, Geschlechtsidentität, Ausdruck der Geschlechtlichkeit und Geschlechtsmerkmale in den Gesetzestext des Grundgesetzes aufzunehmen. Das BVerfG verfestigt in seinem Beschluss vom 10. November 2017 zwar noch einmal die Ansicht des Gesetzgebers, dass der Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität bereits durch Art. 3 Abs. 1 GG rechtlich erfüllt sei⁵²⁶. Es bleibt hierbei lediglich bei einer weiten Interpretation des Gesetzestextes und verlangt keine Änderung des Wortlauts.

Eine solche Anerkennung würde außerdem das Recht auf Identität von Inter*Kindern, Art. 8 CRC, wahren. Identität ist in Art. 8 CRC nicht abschließend definiert, sondern bietet Raum für eine weite Auslegung. Aus der Zusammenschau von Art. 8 CRC mit den YP 2006 und YP+10 ergibt sich, dass die Geschlechtsmerkmale, ebenso wie der Name, zur Identität eines Menschen (dazu) gehören und die Person insoweit einzigartig machen. Durch die rechtliche Anerkennung könnte ein Interkind seine Identität ohne rechtswidrige Eingriffe, Art. 8 Abs. 1 CRC, behalten.

Die Kenntnis um die eigene Abstammung sollte künftig im Lichte des Rechts auf Wahrheit, Prinzip 37 der YP+10 ausgelegt werden, wozu außerdem der Zugang zu den Krankenakten gehört. Die Kenntnis um die Abstammung legt nicht nur den rechtlichen Hintergrund der familiären Zuordnung eines Menschen offen, sondern auch den biologischen. Das Wissen aus den Krankenakten kann zu der Erkenntnis führen, dass geschlechtsverändernde Eingriffe vorgenommen wurden, die das Geschlecht eines Kindes verändert haben.

Die Yogyakarta-Prinzipien haben in der Fassung YP+10 explizit Bezug genommen auf das äußere Erscheinungsbild, indem die Merkmale Geschlechtsausdruck (gender expression) und Geschlechtsmerkmale (sex characteristics) in die Präambel neben Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung hinzugefügt wurden. Zum äußeren Erscheinungsbild im Sinne der YP+10 gehören demzufolge das Tragen von Kleidung entsprechend der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks der jeweiligen Person sowie das äußere Erscheinungsbild der Genitalien und der sekundären Geschlechtsmerkmale ab Beginn der Pubertät.

In seinem Beschluss vom 10. Oktober 2017 tenoriert das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), dass die geschlechtliche Identität vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist.⁵²⁷ Dies umfasst auch die Geschlechtsidentität »derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen«.⁵²⁸ Wenn nach Art. 2 Abs. 1 GG bereits Körperschmuck und Körperbehaarung als Recht auf eigenverantwortliche Gestaltung der äußeren Erscheinung erfasst sind, muss dies im Sinne einer menschenrechtsbasierten Auslegung nach den YP+10 erst recht für alle körperlichen Merkmale gelten.

Kolbe hat in Bezug auf Intergeschlechtlichkeit herausgearbeitet, dass das Recht auf körperliche und psychische Unversehrtheit den Schutz vor Zwangssterilisation bzw.

526 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 22, Rn. 62).

527 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 1).

528 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 1).

Zwangskastration umfasst, ebenso wie den Schutz vor körperlichen und seelischen Verletzungen, Verunstaltungen und Schmerzen.⁵²⁹ Hinsichtlich der medizinischen Behandlung von Inter*Kindern durch geschlechtsverändernde chirurgische und hormonelle Eingriffe, kommt es durch die Operation zu körperlichen und seelischen Verletzungen, durch die Gonadenentnahme zur Unfruchtbarmachung und insgesamt zu Schmerzen.⁵³⁰ Hierdurch handelt es sich um Eingriffe, die die »Beschaffenheit der Körpersubstanz verändern« und pathologische Zustände erst hervorrufen und nicht davon freimachen.⁵³¹ Psychische Krankheiten wie Depressionen als Folge dieser Zwangsbehandlungen wurden ebenfalls berichtet.⁵³² Eine Rechtfertigung dieser gezielten Eingriffe in die körperliche Integrität ist nach Murswieck nur dann gegeben, wenn hiermit »übergeordnete Zwecke«, verwirklicht werden.⁵³³

Gesellschaftliche Normvorstellungen über sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität, Geschlechtsausdruck oder Geschlechtsmerkmale können nach Ansicht der Verfasserin nicht als übergeordnete Zwecke interpretiert werden. Anders als bei Notwehr, wo eine konkrete Gefahr für einen anderen Menschen abgewendet wird, wird die Gesellschaft nicht verletzt, indem Menschen bestimmten Normen hinsichtlich ihres äußeren Erscheinungsbildes oder ihrer Identität nicht entsprechen wollen oder können.

Indem die oben genannte »Integrität der Körpersphäre« auch den »Willen des Rechtsträgers« umfasst und das äußere Erscheinungsbild »eigenverantwortlich gestaltet« werden darf, ist an dieser Stelle zu hinterfragen, ob das Recht auf körperliche und psychische Integrität als absolutes höchstpersönliches Recht auszulegen ist.⁵³⁴ Ein höchstpersönliches Recht ist, wie unter 4.1.3 ausgeführt, ein Recht, das dem einzelnen Menschen aufgrund seiner Persönlichkeit zusteht und mit dieser untrennbar verbunden ist, beispielsweise das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper.⁵³⁵ Ein absolutes höchstpersönliches Recht »ist allgemein und ausnahmslos vertretungsfeindlich, d.h. bei Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person kann es nicht ausgeübt werden.«⁵³⁶ Das Recht kann in diesem Fall auch (noch) nicht ausgeübt werden. Dies umfasst beispielsweise das Recht, nicht in medizinische Maßnahmen einzuwilligen, die nicht im unmittelbaren gesundheitlichen Interesse der urteilsunfähigen minderjährigen Person liegen. Ein relatives höchstpersönliches Recht ist dagegen vertretungsfreundlich, sodass die gesetzlichen Vertreter_innen für eine urteilsunfähige minderjährige Person in eine medizinische Maßnahme einwilligen können, die medizinisch indiziert, damit also notwendig ist und auch nicht weiter aufgeschoben werden kann.⁵³⁷

529 Kolbe (2010: S. 158) mit weiteren Verweisen.

530 Kolbe (2010: S. 158) mit weiteren Verweisen; Littlefield (2018).

531 Murswieck (2007: S. 147, Rn. 154).

532 Ausführlich dazu der Erfahrungsbericht von Völling (2010).

533 Murswieck (2007: S. 150, Rn. 174).

534 Näf-Hofmann/Näf (2011: S. 160 mit Verweis auf Widmer Blum 2010, S. 50): Es wird zwischen absoluten und relativen höchstpersönlichen Rechten differenziert.

535 Büchler (2013: S. 95).

536 Näf-Hofmann/Näf (2011: S. 160 mit Verweis auf Widmer Blum 2010, S. 50).

537 Büchler (2013: S. 95ff).

Kolbe (2010) kommt zu dem Schluss, dass Eltern nicht einwilligungsberechtigt in geschlechtsverändernde Eingriffe sind und fordert ein Verbot, wonach es den Eltern untersagt ist, in geschlechtsverändernde Behandlungen einzuwilligen.⁵³⁸ Tönsmeyer (2012) geht noch weiter, indem sie schlussfolgert, dass irreversible Eingriffe »der Fremdbestimmung der Eltern ausdrücklich zu entziehen« sind, indem eine erteilte Einwilligung von Gesetzes wegen für unwirksam erklärt wird.⁵³⁹

Büchler (2013) sieht das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche und psychische Integrität schließlich als absolutes höchstpersönliches Recht, auch bei urteilsunfähigen Kindern, an und kommt zu dem Ergebnis, dass diese nur selbst entscheiden können, sofern keine lebensbedrohliche Situation vorliegt, die durch den Eingriff abgewendet werden soll.⁵⁴⁰

Entgegengesetzter Auffassung ist Lorenz (2017), die zwar anerkennt, dass »ein uneingeschränktes Selbstbestimmungsrecht« logisch sein mag, wenn das minderjährige Kind einsichtsfähig ist.⁵⁴¹ Dennoch kommt sie zu dem Schluss, dass Minderjährige bislang nur ausnahmsweise ein Recht zur Alleinentscheidung haben und verweist hier auf die Testierfreiheit ab 16 Jahren, § 2229 Abs. 1 BGB.⁵⁴² Außerdem gäbe es bislang ihrer Meinung nach keine Möglichkeit, wie die Einsichtsfähigkeit gesichert werden kann.⁵⁴³ Die körperliche Integrität von Minderjährigen könne demzufolge nur dadurch geschützt werden, indem die Eltern »in alle Eingriffe in die körperliche Integrität ihres Kindes« einbezogen werden.⁵⁴⁴

Diese Ansicht wird von der Verfasserin nicht geteilt. Sie teilt hier die Auffassung von Kolbe und Tönsmeyer, dass Eltern nicht in irreversible geschlechtsverändernde Eingriffe einwilligen dürfen sollen. Außerdem besteht hier stets die Gefahr, dass Eltern selbst nicht umfassend aufgeklärt wurden und ihrerseits nicht einsichtsfähig sind, um die Konsequenzen einer solchen Entscheidung zu erfassen. Überdies sollten Eltern davor geschützt werden, die emotionale Bürde einer möglichen Fehlentscheidung lebenslang zu tragen.

Die Verfasserin schließt sich im Weiteren der Ansicht Büchlers an. Hierfür spricht die Auslegung von Art. 2 GG, wonach der »Wille des Rechtsträgers« geschützt ist und die äußere Erscheinung eigenverantwortlich gestaltet werden darf. Beide Begriffe implizieren, dass es um höchstpersönliches Handeln geht. Indem Eingriffe in die körperliche Integrität nur durch übergeordnete Zwecke gerechtfertigt werden können und vertretungsfeindlich sind, liegt der Rückschluss nahe, dass die körperliche und psychische Integrität als ein absolutes und höchstpersönliches Recht auszulegen ist. Dies impliziert, dass die elterliche Sorge in diesem Fall einzuschränken ist, es sei denn, es handelt sich um eine lebensbedrohliche medizinische Notlage für das Kind.

538 Kolbe (2010: S. 179, 201).

539 Tönsmeyer (2012: S. 267).

540 Büchler (2013: S. 99).

541 Lorenz (2017: S. 784).

542 Lorenz (2017: S. 784).

543 Lorenz (2017: S. 784ff).

544 Lorenz (2017: S. 788).

Personenstandsrecht

Das Personenstandsrecht ist in Deutschland im Personenstandsgesetz (PStG), der Personenstandsverordnung (PStV) und den dazu gehörigen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Personenstandsgesetz (PstG-VwV) geregelt.⁵⁴⁵ Kolbe hat sich mit dem Personenstandsrecht bereits sehr ausführlich in ihrer Dissertation aus dem Jahr 2010 auseinandergesetzt. Sie kommt zu dem Schluss, dass das Personenstandsgesetz in der damals geltenden Fassung bis 2010 intergeschlechtliche Menschen in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt und diese wegen ihres non-binären Geschlechts diskriminiert.⁵⁴⁶ Sie fordert die Schaffung einer weiteren Geschlechtskategorie aufgrund der individuellen Selbstzuordnung bzw. alternativ dazu die gänzliche Abschaffung der Kategorie Geschlecht im Personenstandsrecht.⁵⁴⁷ Um Wiederholungen zu vermeiden, sollen daher im Folgenden die Neuerungen nach 2010 dargestellt werden.

Rechtsnatur

Mit dem Mantel- bzw. Artikelgesetz zur Reform des Personenstandsrechts (Personenstandsrechtsreformgesetz – PStRG) hat der Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates am 19. Februar 2007 in Art. 1 PStRG das Personenstandsgesetz (PStG) beschlossen. Das Personenstandsgesetz ist seiner Rechtsnatur nach ein Zustimmungsgesetz.

Inhalt und Reform

Inhaltlich regelt das PStG den Personenstand, der diesen in § 1 Abs. 1 PStG definiert als »die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung einschließlich ihres Namens. Der Personenstand umfasst Daten über Geburt, Eheschließung, Begründung einer Lebenspartnerschaft und Tod sowie damit in Verbindung stehende familien- und namensrechtliche Tatsachen«.

Kapitel 5 (§§ 18-27 PStG) regelt die Vorschriften bezüglich der Geburt eines Kindes. So muss die Geburt eines Kindes beim Standesamt, in dessen Zuständigkeitsbereich es geboren ist, angezeigt, § 18 PStG und im Geburtenregister beurkundet werden, § 21 PStG. Zur Beurkundung gehören die Angaben von Vornamen und Familienname des Kindes (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 PStG), Ort, Tag, Stunde und Minute der Geburt (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 PStG), das Geschlecht des Kindes (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG) sowie die Vornamen und Familiennamen der Eltern sowie auf Wunsch eines Elternteils seine rechtliche Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist (§ 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG).

Aufgrund der Forderung in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG, das Geschlecht des Kindes zwingend eintragen zu müssen, gab es bislang für intergeschlechtlich geborene Kinder keine

545 BMIBH: https://www.personenstandsrecht.de/Webs/PERS/DE/rechtsbereiche/personenstandsrecht/personenstandsrecht-node.html;jsessionid=E1E17407263D6A555657A4CE682C872B.1_cid364 (Stand: 10.08.2018).

546 Kolbe (2010: S. 182).

547 Kolbe (2010: S. 182ff). Auch Adamietz spricht sich für eine Abschaffung der Kategorie Geschlecht aus und geht mit ihrer Forderung noch weiter, indem sie nicht nur die Abschaffung von Geschlecht im Personenstandsrecht, sondern im gesamten Recht als Alternative nennt (Adamietz, 2012: S. 21).

Möglichkeit, einer binären Geschlechtszuordnung zu entgehen. Wie Kolbe mit Verweis auf das Bundesverfassungsgericht ausführt, ging die deutsche Rechtsordnung hierbei davon aus, dass es lediglich die zwei Geschlechter »weiblich« und »männlich« gibt.⁵⁴⁸ Die Zuordnung zu einem dieser beiden Geschlechter unmittelbar nach der Geburt wurde bislang von Seiten der Hebamme, eines Entbindungspflegers oder einer Ärztin/eines Arztes vorgenommen.⁵⁴⁹ Da bei Neugeborenen die Geschlechtsidentität noch nicht bekannt ist, erfolgte die Geschlechtsbestimmung anhand der primären Geschlechtsmerkmale und damit des äußerlichen Erscheinungsbildes.⁵⁵⁰

Bislang schwieg das PStG zu den Fällen, in denen eine eindeutige Geschlechtszuweisung eines Kindes nicht möglich ist. Insbesondere eine Eintragung als Zwitter oder Hermaphrodit wurde als unzulässig betrachtet, da es sich hierbei um keinen Rechtsbegriff handele.⁵⁵¹

Mit dem Mantel- und Zustimmungsgesetz vom 07.05.2013 zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)⁵⁵² wurde das PStG mit Wirkung zum 01. November 2013 geändert. § 22 PStG wurde in seiner Überschrift von »Fehlende Vornamen« (a.F.) zu »Fehlende Angaben« (n.F.) geändert und zusätzlich Absatz 3 eingefügt: »Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.«

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu sehr knapp wie folgt: »Die vorgesehene Regelung in § 22 Absatz 3 PStG nimmt sich der Problemstellungen des deutschen Ethikrates zum Thema ›Intersexualität‹ (Drucksache 17/9088) an und stellt klar, dass die Geschlechtsangabe im Geburtseintrag offen bleibt, wenn diese nicht zweifelsfrei feststeht.«⁵⁵³

Im Jahr 2016 hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) in Karlsruhe in seinem Beschluss vom 22. Juni 2016 mit dem Aktenzeichen XII ZB 52/15 mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Geburtseintrag dahingehend geändert werden kann, dass als Geschlecht »inter« oder »divers« eingetragen wird.⁵⁵⁴ Nachdem der BGH die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen hatte, hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) am 10. Oktober 2017 mit dem Aktenzeichen 1 BvR 2019/16 tenoriert, dass eine Grundrechtsverletzung vorliegt, wenn durch das Personenstandsrecht kein anderer positiver Geschlechtseintrag außer »weiblich« und »männlich« zugelassen wird.⁵⁵⁵

Vom Sachverhalt her hat die antragstellende Person zunächst beim zuständigen Standesamt eine Chromosomenanalyse vorgelegt und die Berichtigung ihres Geburtseintrages beantragt.⁵⁵⁶ Der Antrag lautete dahingehend, dass das bisherige Geschlecht

548 Kolbe (2010: S. 88).

549 Kolbe (2010: S. 89) mit Verweis auf Weick in Staudinger, § 1, Rn. 12.

550 Kolbe (2010: S. 89) mit weiteren Verweisen.

551 Kolbe (2010: S. 91) mit weiteren Verweisen.

552 BGBl. I S. 1122 (Nr. 23), 2440.

553 BT-Drucksache 17/12192, 30.01.2013, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/121/1712192.pdf> (Stand: 20.11.2013).

554 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15.

555 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 1).

556 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 8, Rn. 11).

»weiblich« gestrichen wird und durch die Geschlechtsangabe »inter/divers«, hilfsweise nur »divers« ersetzt wird.⁵⁵⁷ Aus der Chromosomenanalyse ergab sich, dass der Chromosomensatz ein X-Chromosom aufwies, aber ein zweites Gonosom fehlte.⁵⁵⁸ Das Standesamt hat den Antrag mit der Begründung abgelehnt, dass die Rechtsordnung eine binäre Geschlechterordnung vorsehe und es daher nicht möglich sei, ein drittes Geschlecht in das Geburtenregister einzutragen.⁵⁵⁹

In der ersten Instanz beim Amtsgericht scheiterte der Antrag mit der Begründung, dass auch die geänderte Fassung des Personenstandsgesetzes von 2013 keine Geschlechtsangabe mit »inter« oder »divers« ermögliche.⁵⁶⁰ Es bestünde lediglich die Option, keinen Geschlechtseintrag vornehmen und den bisherigen Eintrag mit »weiblich« streichen zu lassen.⁵⁶¹

In der Beschwerdeinstanz hat das Oberlandesgericht die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, dass »das Tatbestandsmerkmal ›Geschlecht‹ in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG nicht verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden [müsse], dass es neben ›männlich‹ oder ›weiblich‹ als drittes Geschlecht ›inter‹ oder ›divers‹ gebe. § 22 Abs. 3 PStG sei in der jetzt gültigen Fassung nicht verfassungswidrig«.⁵⁶²

Ansicht des Bundesgerichtshofs 2016

In seinen Gründen besträtigt der BGH zunächst die Argumentation der vorherigen Instanzen und führt weiter aus, dass auch keine verfassungskonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG erfolgen müsse, um einen positiven dritten Geschlechtseintrag zu ermöglichen.⁵⁶³ Er begründet dies mit einer systematischen Auslegung der Vorschrift innerhalb der Rechtsordnung.⁵⁶⁴ Hiernach erfüllen die Geschlechtsangaben im Personenstandsregister eine »dienende Funktion« für die »persönliche Rechtsstellung« der Menschen im »materiellen Familienrecht«, das wiederum von einem binären Geschlechtersystem ausgeht.⁵⁶⁵ Der Eintrag im Personenstandsregister habe lediglich eine »deklaratorische«, also klarstellende, Wirkung und keine »konstitutive«, rechtsbegründende oder rechtsgestaltende, Wirkung.⁵⁶⁶ Der BGH verweist hier auf die Gesetzesbegründung, wonach Inter*-Menschen in ihrer »sexuellen Identität« zwar vor Benachteiligung geschützt werden sollen, aber explizit kein neues Geschlecht in der Rechtsordnung geschaffen werden soll.⁵⁶⁷ Der BGH erkennt mit Bezug zum Gesetzgeber an, dass es non-binäre Menschen gibt, die sich in die bestehenden Kategorien nicht einordnen lassen. Fehlende Regelungen im Familienrecht hinsichtlich Abstammung und Partnerschaft

557 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 8, Rn. 11).

558 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 8, Rn. 11).

559 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 8, Rn. 11).

560 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 8, Rn. 12).

561 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 8, Rn. 12).

562 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15, (S. 5, Rn. 13).

563 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15, (S. 5, Rn. 13).

564 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15, (S. 5, Rn. 14).

565 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15, (S. 5, Rn. 15).

566 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15, (S. 8, Rn. 24).
Creifelds (2014: S. 281).

567 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15, (S. 5f, Rn. 15, 17).

würden es dennoch rechtfertigen, kein weiteres Geschlecht in den Gesetzestext aufzunehmen.⁵⁶⁸ Schließlich kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass »durch die Schaffung eines weiteren Geschlechts staatliche Ordnungsinteressen in weitaus erheblicherem Umfang betroffen« wären, sodass die Belange von Inter*Menschen hier zurückstehen müssten.⁵⁶⁹ Außerdem seien sich Inter*Menschen untereinander und Expert_innen bislang nicht einig, wie deren Interessen ausreichend geschützt werden könnten.⁵⁷⁰

Ansicht des Bundesverfassungsgerichts 2017

In seinem Beschluss vom 10. Oktober 2017 hat das BVerfG die Beschlüsse der vorherigen Instanzen, einschließlich denjenigen des BGH aufgehoben und das Verfahren bis zu einer gesetzlichen Neuregelung ausgesetzt.⁵⁷¹

Das BVerfG kommt unter Berücksichtigung von Stellungnahmen diverser politischer Verbände und Aktivist_innenverbänden⁵⁷² zu dem Schluss, dass durch die bisherige Regelung im Personenstandsgesetz das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und das Recht, vor geschlechtsbezogener Diskriminierung geschützt zu werden, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, von Inter*Menschen verletzt werden.⁵⁷³

Das PStG 2013 ermögliche neben dem Geschlechtseintrag »weiblich« oder »männlich« zwar die Streichung einer bestehenden geschlechtlichen Zuordnung oder die Leerstelle durch »fehlende Angaben«, aber keine weitere positive Eintragungsoption.⁵⁷⁴ Vielmehr würde durch die Leerstelle das Zweigeschlechtermodell weiter bestehen, die Anerkennung einer weiteren Geschlechtsidentität aber ausgeschlossen bleiben und eine Löschung vermuten lassen, dass es an der Geschlechtlichkeit an sich fehle.⁵⁷⁵

Das BVerfG stellt klar, dass es den Personenstand für keine »Marginalie« hält, sondern dieser »in zentralen Punkten die rechtlich relevante Identität einer Person [umschreibe]« und durch die »Verwehrung der personenstandsrechtlichen Anerkennung

568 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15. (S. 6, Rn. 16).

569 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15. (S. 10, Rn. 27).

570 BGH, 22.06.2016, Az.: XII ZB 52/15. (S. 10, Rn. 27).

571 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 3).

572 Stellungnahmen wurden abgegeben von: Landesregierung des Freistaats Thüringen, der Deutsche Ethikrat, die Bundesärztekammer, das Deutsche Institut für Menschenrechte e.V., der Bundesverband der Deutschen Standesbeamtinnen und Standesbeamten e.V. (BDS), die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung e.V. (DGfS), der Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. (BDP), die Deutsche Gesellschaft für Psychologie e.V. (DGPs), die Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V. (dgti), der Intersexuelle Menschen e.V., der Lesben- und Schwulenverband in Deutschland (LSVD) e.V., das Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK), das Studienzentrum der EKD für Genderfragen in Kirche und Theologie, die Bundesvereinigung Trans* e.V. (BVT*), der Trans-InterQueer e.V. (TrIQ) sowie eigeninitiativ der Verband für lesbische, schwule, bisexuelle, trans*, intersexuelle und queere Menschen in der Psychologie e.V. (VLSP) sowie der freie Zusammenschluss von studentInnenschaften (fzs) e.V., BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 10, Rn. 18ff).

573 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 1, Tenor).

574 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 16, Rn. 42ff).

575 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 16f, Rn. 43).

der geschlechtlichen Identität«, »die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit einer Person spezifisch [gefährde].⁵⁷⁶

Das BVerfG widerspricht der Auffassung des BGH, indem es den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag bereits für sich identitätsstiftend und konstitutiv hält, ohne dass es hierbei auf weitere materiell-rechtliche Auswirkungen in anderen Rechtsgebieten wie dem Familienrecht ankomme.⁵⁷⁷

Das BVerfG kommt zu dem Schluss, dass das Grundgesetz kein Zweigeschlechtermodell zwingend vorschreibt.⁵⁷⁸ Ebenfalls sei es nach dem Grundgesetz nicht erforderlich, dass das Merkmal Geschlecht notwendiger Bestandteil des Personenstandsrechts sei.⁵⁷⁹

Auch Belange Dritter können nach dem BVerfG nicht als Rechtfertigung für die Beibehaltung der binären Geschlechterkategorie herangezogen werden. Dritte würden weder gezwungen, sich einem non-binären Geschlecht zuzuordnen, noch würde sich an deren Personenstand etwas ändern, wenn eine weitere Eintragungsoption bestehe.⁵⁸⁰

Ebenso wenig greife das Argument des bürokratischen und finanziellen Mehraufwands, der mit der Umstellung in der Verwaltung verbunden wäre.⁵⁸¹ Dieser sei hinzunehmen, da die Grundrechtsverletzung, »in der eigenen geschlechtlichen Identität durch das Recht ignoriert zu werden«, schwerer wiegt.⁵⁸²

Schließlich stünden einer weiteren Eintragungsoption auch nicht Ordnungsinteressen des Staates entgegen, wie sie vom BGH vorgetragen wurden.⁵⁸³ Das BVerfG schreibt hierzu, dass es vielmehr dann zu Unklarheiten komme, wenn das Gesetz durch die fehlende Angabe eine Leerstelle enthalte.⁵⁸⁴ Das materielle Recht regelt in diesem Falle nicht, welche »geschlechtsbezogenen Vorschriften« für Menschen ohne Geschlechtseintrag anwendbar sein sollen, noch gibt es »eigenständige Regelungen« für solche Situationen.⁵⁸⁵ Stattdessen könne ein weiterer Geschlechtseintrag für ebendiese Klarheit sorgen, da so nicht der Rückschluss gezogen werden könne, dass der Eintrag »versehentlich unterblieben« sei.⁵⁸⁶

Abschließend wird dem Gesetzgeber bis Dezember 2018 aufgegeben, eine gesetzliche Neuregelung zu treffen.⁵⁸⁷

Rechtspolitische Würdigung

Das Personenstandsgesetz in der Fassung von 2013 sieht zum ersten Mal die Möglichkeit vor, auf den Eintrag eines Geschlechtes zu verzichten, sofern die Voraussetzung

576 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 17, Rn. 45).

577 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 18, Rn. 47).

578 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 18, Rn. 50).

579 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 18, Rn. 50).

580 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 19, Rn. 51).

581 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 19, Rn. 52).

582 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 19, Rn. 52).

583 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 20, Rn. 53).

584 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 20, Rn. 54).

585 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 20, Rn. 54).

586 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 20, Rn. 54).

587 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, (S. 23, Rn. 66).

vorliegt, dass das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Damit ist Deutschland das erste Land der Europäischen Union, das diese Möglichkeit im Personenstandswesen zulässt und das zweite Land weltweit nach Australien.⁵⁸⁸ Australien hat das Sex Discrimination Amendment (Sexual orientation, gender identity and intersex status, SDA) erlassen, das am 01. August 2013 in Kraft getreten ist.⁵⁸⁹ Im SDA wird Intergeschlechtlichkeit als »intersex status« definiert und verweist ausdrücklich in seinem Verlauf darauf, dass es mehr als zwei Geschlechter gibt. Damit ist Australien weltweit führend, was die Umsetzung von Antidiskriminierungsgesetzen auf nationaler Ebene im Bereich von Inter*-Rechten angeht.

Trotz der Änderung wird die Regelung im PStG 2013 kritisiert. So spricht Silvan Agius, Policy Director von ILGA Europe, davon, dass die neue Regelung mit einem »unbestimmten« Geschlecht das mediale Interesse geweckt habe, aber geschlechtszuweisende Operationen an Kleinkindern immer noch erfolgen und durch diese Regelung nicht verhindert werden können.⁵⁹⁰

Weitere Kritik findet sich bei Rath in der TAZ durch Lucie Veith, Vorsitzende des Verbands Intersexuelle Menschen e.V., die »von einem Schritt in die richtige Richtung« spricht, oder bei Beate Rudolph, Direktorin des Deutschen Instituts für Menschenrechte, die hier eine »Minimallösung« sieht. Ebenso wird befürchtet, dass damit eine »Pflicht zum »Zwangsoouting« für intersexuelle Kinder begründet und dadurch indirekt der Druck zu geschlechtsbestimmenden Operationen erhöht werde.⁵⁹¹

Erik Schneider von TGLuxembourg kritisierte in einem persönlichen Gespräch mit Verweis auf OII-Australien, dass die fehlende Pflicht, ein Geschlecht einzutragen, noch lange keine Operationen an nicht-zustimmungsfähigen Menschen verhindern könne.

Theilen (2016) hat den Beschluss des BGH kritisiert, dass Intergeschlechtlichkeit damit weiter »unsichtbar bleibt« und durch das PStG 2013 weiter rechtliche Unklarheiten bestehen bleiben.⁵⁹²

Der Beschluss des BVerfG wurde von der Presse vielfach besprochen und überwiegend positiv aufgenommen.⁵⁹³ Fokke schrieb dazu, dass durch diesen Beschluss Deutschland im internationalen Vergleich neben Indien, Pakistan, Australien, Nepal

588 Heine (2013), <https://www.spiegel.de/international/germany/third-gender-option-to-become-avail-able-on-german-birth-certificates-a-916940.html> (Stand: 21.11.2013).

589 https://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/bill_em/sdaogiaisb2013865/memo_o.html (21.11.2013). Das SDA spricht hier von »intersex status« anstelle von »intersex«, da es sich hier um eine bessere Beschreibung einer Eigenschaft bzw. eines Merkmals handelt. Definiert wird »intersex status« im SDA wie folgt: »The definition recognises that being intersex is a biological condition, not a gender identity. It does not require a person who is intersex to identify as either male or female in order to access protections under the SDA. The definition is not intended to create a third sex in any sense. It does, however, recognise that sex is not a binary concept and that an intersex person may have the biological attributes of both sexes, or lack some of the biological attributes considered necessary to be defined as one or other sex.«

590 Agius (2013), <https://www.spiegel.de/international/europe/third-gender-option-in-germany-a-sma-ll-step-for-intersex-recognition-a-917650.html> (Stand: 21.11.2013).

591 Rath (2013), <https://www.taz.de/!122018/> (Stand: 21.11.2013) und Schneider in einem persönlichen Gespräch vom 08.01.2014.

592 Theilen (2016).

593 Groll (2017); LTO (2017); Witte/Ziegler (2017).

und wenigen Staaten der USA eines der wenigen Länder ist, in dem ein weiteres Geschlecht eingetragen werden könnte, und in Europa ist es sogar das erste Land.⁵⁹⁴

Kritisiert und abgelehnt wird der Beschluss dagegen von einer rechtlichen Mindermeinung, wie Märker. Er kommt zu dem Schluss, dass die Verfassungsbeschwerde bereits unzulässig gewesen sei, da es sich, seiner Ansicht nach, bei der beschwerdeführenden Person mit dem Turner-Syndrom »eindeutig« um eine Frau in genetischer Hinsicht gehandelt habe und diese nicht persönlich betroffen war.⁵⁹⁵ Es sei aus der Chormosomenanalyse nicht bewiesen, dass die Person »weder Mann noch Frau« war.⁵⁹⁶ Er bemängelt, dass kein Gutachten vorgelegen habe, mit dem die »Objektivierbarkeit« des geschlechtlichen Empfindens hätte belegt werden müssen und es somit am Rechtsschutzbedürfnis fehle.⁵⁹⁷ Märker schreibt weiter, dass die Verfassungsbeschwerde unbegründet sei, da nach den gegenwärtigen »naturwissenschaftlichen Erkenntnissen« »in rein biologischer Hinsicht [...] Intersexualität beim Menschen objektiv betrachtet aber nicht [existiert].«⁵⁹⁸ »Intersexuelle Menschen sind [...] eindeutig männlich oder weiblich; da sie [...] jedoch nicht zur Geschlechtsreife gelangen, und somit steril sind, kann man sie als »nicht eindeutig Mann oder Frau« klassifizieren.«⁵⁹⁹ Die Anerkennung eines dritten Geschlechts wäre seiner Ansicht nach »naturwidrig«, da es »kein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich« gäbe und »Menschen ohne Geschlecht nicht existieren«.⁶⁰⁰

Die Ansicht Märkers ist aus Sicht der Verfasserin insofern zu vernachlässigen, als sie sich nicht mit der aktuellen naturwissenschaftlichen Forschung auseinandersetzt. Märker verweist bei seinen naturwissenschaftlichen Quellen ausschließlich auf Literatur des umstrittenen⁶⁰¹ Evolutionsbiologen Ulrich Kutschera, die sich im Internet unter anderem auf der konservativen Webseite www.kath.net/news/61646 findet.⁶⁰² Er verleugnet in seinem Artikel ferner das individuelle geschlechtliche Empfinden eines Menschen und fordert stattdessen eine »Objektivierbarkeit«⁶⁰³ durch ein Gutachten. Menschliche Empfindungen können jedoch der Natur der Sache nach nicht verobjektiviert werden, da Empfindungen und Gefühle stets subjektiv wahrgenommen werden. Seine pauschale Aussage, dass Inter* steril seien und Intergeschlechtlichkeit beim Menschen nicht vorkommen würde, ist falsch und stellt eine Verallgemeinerung basierend auf unzureichendem Literaturstudium sowie eine Leugnung der rechtlichen Anerkennung nicht-binärer Menschen dar. Seine Auffassung stellt daher allenfalls eine subjektive Wertung des höchstrichterlichen Beschlusses dar, aber ohne wissenschaftlich fundierten Gehalt.

594 Fokke (2017).

595 Märker (2018: S. 2).

596 Märker (2018: S. 2).

597 Märker (2018: S. 2).

598 Märker (2018: S. 3).

599 Märker (2018: S. 3).

600 Märker (2018: S. 3f).

601 Gubernator (2017).

602 Märker (2018: S. 2, Fn 9, 14, 15, 16, 21).

603 Märker (2018: S. 2).

Aus Sicht der Verfasserin erscheint eine Revision des binären Geschlechtersystems im Personenstandsrecht und auch im gesamten Recht, wie von Adamietz⁶⁰⁴ und Kolbe⁶⁰⁵ angesprochen, zwingend erforderlich.⁶⁰⁶ Zunehmend wird gesellschaftlich und wissenschaftlich der Begriff der Geschlechtervielfalt diskutiert, der sich von einer detaillierten Kategorisierung und Festlegung der Anzahl der Geschlechter löst. Auch das Sichtbarwerden von Menschen unterschiedlicher Geschlechtszugehörigkeiten durch entsprechende Aktionen in der Gesellschaft (Kanada, Deutschland und weltweit) spricht für eine weitergehende Reform. Das Recht ist insoweit ein Spiegel der Gesellschaft, indem soziale Strömungen, Trends und politische Programme widergespiegelt werden. Eine sich verändernde Gesellschaft zieht kontinuierliche rechtliche Reformen nach sich, um sich an die Bedürfnisse der Menschen anzupassen und um Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu erhalten.

Arztrecht

Nachdem bislang die Stellung intergeschlechtlicher Menschen im Recht besprochen wurde, geht es in den folgenden Abschnitten um die Frage, wo die rechtlichen Grenzen ärztlicher Handlungsmacht bei der Behandlung intergeschlechtlicher minderjähriger Kinder liegen.

Die Grenzen können sich einerseits aus dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten_innen ergeben, andererseits direkt aus arztrechtlichen Vorschriften, die beispielsweise bestimmte Vorgehensweisen untersagen.

Dem ärztlichen Personal kommt gegenüber ihren Patienten_innen, wie bereits zuvor dargelegt, eine vielfältige Machtposition zu, da es nicht nur die verbale Definitionsmacht für sich beansprucht, zu bestimmen, wer und was intergeschlechtlich ist, über überlegene fachlich-medizinische Kenntnisse⁶⁰⁷ verfügt, sondern auch über physische Macht⁶⁰⁸, indem es medizinische Eingriffe, sei es durch Operationen oder Hormonbehandlungen, an intergeschlechtlichen Kindern und Erwachsenen vornimmt.

Der Begriff Arztrecht bezieht sich auf die rechtlichen Regelungen der Ärzteschaft und ihrer Berufstätigkeit. Das Medizinrecht ist ein weitergehender Sammelbegriff als Arztrecht und schließt das EU-Recht, Arztrecht, Arzneimittel- und Medizinprodukte-recht mit ein. Am weitestgehenden ist der Term Gesundheitsrecht, der auf alle Rechtsvorschriften im Dienste der Gesundheit angewendet wird.⁶⁰⁹

Er umfasst daher auch unterschiedliche Rechtsgebiete, wie beispielsweise zivilrechtliche Vorschriften über den Behandlungsvertrag, in den am 01.11.2013 neu eingefügten §§ 630 a–h BGB, das Einsichtsrecht aus § 810 BGB oder öffentlich-

604 Adamietz (2012).

605 Kolbe (2010).

606 Die Einführung der »Ehe für alle« am 01. Oktober 2017 hat dazu geführt, dass zwar gleichgeschlechtliche Paare heiraten dürfen, aber eine rechtliche Zuordnung als Eltern bislang schwierig wird, da das BGB im Familienrecht nur von »Mutter« und »Vater« spricht. Eine Lösung ginge über eine Analogie zu den entsprechenden Vorschriften, wie §§ 1592 ff. Vaterschaft und Anerkennung BGB analog oder indem auf eine non-binäre Schreibweise umgestellt wird, wie »Elternteil/Elternteil«.

607 Tönsmeier (2012: S. 104).

608 Hager in Staudinger, BGB, § 823 Rn. 110.

609 Laufs/Kern (2010: § 5, Rn. 2).

rechtliche Vorschriften im Bereich des Sozialrechts, wie das SGB V für die gesetzliche Krankenversicherung oder auch das Strafrecht, wenn es um die Frage angeht, ob ein medizinischer Eingriff eine Körperverletzung darstellt.

In der zugrunde liegenden Arbeit geht es im Bereich des Arztrechts um das Verhältnis des medizinischen Personals zu ihren Patient_innen. Öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Vorschriften bleiben hier außen vor, da dies sonst den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

Die Rolle des ärztlichen Personals

»Seit alters grüdet die Idee des Arztes auf Wissenschaft und Humanität. Naturwissenschaftliche Erkenntnis und Nächstenliebe leiten den berufenen Arzt gleichermaßen.«⁶¹⁰

»Der Arzt hat Situationen, Gegebenheiten und Gefahren zu erkennen und zu begreifen durch Einsatz seiner theoretischen Kenntnis und seines praktischen Erfahrungswissens. Das Handeln fordert ihm persönliche Fertigkeiten und Fähigkeiten beim Gebrauch seiner Hilfsmittel ab. Als Berater und Begleiter soll der Arzt den Patienten führen, fördern und gesundheitlich erziehen, ihn auch als aufgeklärten Partner ernst nehmen.«⁶¹¹

Die eingehenden Zitate zeigen, dass sich die ärztliche Behandlung durch Sachkunde auszeichnen soll, die mit sachlicher Objektivität und professioneller Distanz einhergehen, ohne dabei eine emotional-empathische Grundhaltung vermissen zu lassen.⁶¹²

Laufs/Kern führen in ihrem Handbuch des Arztrechts dazu weiter aus, dass »die ärztliche Tätigkeit ihrem bleibenden Wesen nach auf einem spezifischen Helfen beruht, das heilen will«, bei dem es auf erfolgreiche Handlungen ankommt.⁶¹³ Das medizinische Handeln ist dabei von deontologischen Regeln bestimmt, die einerseits zum Schweigen, andererseits zur Aufklärung verpflichten und dabei den Wert des Einzel Lebens in den Vordergrund stellen.⁶¹⁴ Ebenso müssen die Grenzen ärztlichen Wirkens erkannt und respektiert werden.⁶¹⁵ Ein interdisziplinäres Experten_innen-team aus den Bereichen Medizin, Ethik, Recht, Philosophie und Theologie erarbeitet diese Regeln.⁶¹⁶ Diese werden ihrer Bezeichnung nach zwischen Richtlinien, Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen unterschieden.⁶¹⁷ Richtlinien sind hierbei verbindliche Regeln, die das Tun und Unterlassen der Ärzteschaft verbindlich festlegen und meist von Institutionen verabschiedet werden.⁶¹⁸ Ein Zuwiderhandeln gegen diese Richtlinien kann mit Sanktionen geahndet werden.⁶¹⁹ Im gleichen Maße verbindlich werden Standards

610 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 7).

611 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 13).

612 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 8).

613 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 9).

614 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 9).

615 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 9).

616 Bundesärztekammer, <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/> (Stand: 21.08.2018).

617 Bundesärztekammer, <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/> (Stand: 21.08.2018).

618 Bundesärztekammer, <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/> (Stand: 21.08.2018).

619 Bundesärztekammer, <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/> (Stand: 21.08.2018).

angesehen, die die Voraussetzungen der Qualität der ärztlichen Behandlung normativ vorgeben und durch ihre exakten Vorgaben eher als »technisch-imperative« verstanden werden.⁶²⁰

Leitlinien sind stattdessen als Entscheidungshilfen anzusehen, wie angemessen bei speziellen diagnostischen und therapeutischen Problemfällen vorgegangen werden soll, die der Ärzteschaft einen weiterreichenden Entscheidungs- und Handlungsspielraum belassen, von dem auch abgewichen werden kann.⁶²¹ Empfehlungen und Stellungnahmen sollen die Ärzteschaft und die Öffentlichkeit über Änderungen und wichtige Neuerungen informieren und aufklären und insbesondere die Ärzteschaft zu einer kritischen Reflexion anregen.⁶²²

Unterstützt werden die in Kliniken an Behandlungen beteiligten Ärzte_innen inzwischen auch von anderen Experten_innen wie beispielsweise aus den Bereichen Chemie, Pharmazie, Physik, Psychologie, Psychotherapie, Soziale Arbeit oder Bioingenieurwesen.⁶²³ Für die Vernetzung aller am Therapieverlauf beteiligten Experten_innen zum Wohle einer bestmöglichen Versorgung des kranken Menschen unter Berücksichtigung eines sparsamen Kostenmanagements hat sich inzwischen der Begriff des sog. »Disease Management« herausgebildet.⁶²⁴ Laufs/Kern erläutern mit weiteren Verweisen, dass es sich hier um »verbindliche und integrale Behandlungs- und Betreuungsprozesse handelt, die über ganze Krankheitsverläufe und über institutionelle Grenzen hinweggehen, welche auf Grund medizinischer Evidenz festgelegt werden und bezüglich Qualität, Ergebnissen und Kosten innerhalb definierter Rahmen liegen«. ⁶²⁵ Dies hat zur Folge, dass im klinischen Bereich ärztliche Entscheidungen nicht mehr allein, sondern in einem Team aus Experten_innen getroffen werden. Hierdurch wird die klinische Freiheit der Ärzteschaft eingeschränkt und weitere Kontrollmöglichkeiten geschaffen.⁶²⁶

Unter Berücksichtigung der Vielseitigkeit krankheitsbedingender Faktoren, hat die Ärzteschaft ihre eigenen Kompetenzen ständig zu überprüfen und soll mit den zu behandelnden Menschen einen sich wechselseitigen Vorsorge- und Risikodialog führen.⁶²⁷ Dadurch nimmt die öffentliche Verantwortung des ärztlichen Berufsstandes zu, was auch durch öffentliche Debatten um »ethisch-normative Grund- und Grenzfragen« oder die Einsetzung von Ethikkommissionen oder des Ethikrates deutlich wird.⁶²⁸

Die Stellung der Mediziner_innen hat sich demzufolge in den letzten Jahren stark gewandelt, insbesondere, was ihre Entscheidungskompetenz bezüglich der anzuwendenden Verfahren der zu behandelnden Menschen angeht. Das eingangs zitierte Leitbild, dass sich ein_e Mediziner_in durch Sachkunde und Humanität auszeichnen soll, gilt nach wie vor. Gerade der Humanitätsaspekt steht bei intergeschlechtlich geborenen

620 Bundesärztekammer, <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/> (Stand: 21.08.2018).

621 Bundesärztekammer, <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/> (Stand: 21.08.2018).

622 Bundesärztekammer, <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/> (Stand: 21.08.2018).

623 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 11).

624 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 11).

625 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 11) mit weiteren Verweisen.

626 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 11).

627 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 11).

628 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 11).

Kindern (und auch Erwachsenen) umso mehr im Vordergrund, da es darum geht, die Menschenwürde der beteiligten Personen zu respektieren.

Der ärztliche Heileingriff

Die medizinische Behandlung besteht in sog. (Heil-)Eingriffen, die, wie Laufs/Kern es darstellen, »mit dem Wort, der Arznei oder dem Medikament, mit Stahl oder Strahl« ausgeübt werden.⁶²⁹ Tönsmeier erwähnt mit weiteren Verweisen neben dem Eingriff auch die therapeutischen Maßnahmen, die erfolgen, um »Krankheiten (physische und psychische Störungen pathologischer Art), Leiden (länger andauernde Beeinträchtigungen des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens), Körperschäden (z.B. nicht krankhafte Entstellungen), körperliche Beschwerden (nicht unbedingt krankhafte oder vorübergehende Beeinträchtigungen des Wohlbefindens) oder seelische Störungen (z.B. Affekte oder Neurosen) nicht krankhafter Natur zu verhüten, zu heilen oder zu lindern«.⁶³⁰

Die Heilbehandlung muss darüber hinaus auch medizinisch notwendig sein.⁶³¹ Hiernach ist das ärztliche Tätigwerden dann als Heileingriff zu werten, wenn dieser durch die zugrunde liegende Krankheit erwirkt wurde.⁶³² Die Behandlung soll dabei darauf abzielen, die Krankheit zu heilen, zu bessern oder zu lindern und eine Verschlimmerung zu verhindern.⁶³³ Als medizinisch notwendig werden im Einzelfall Maßnahmen der Alternativmedizin oder die »Anwendung von Außenseitermethoden« anerkannt, sofern es sich hierbei um unheilbare Erkrankungen handelt.⁶³⁴

Die ärztliche Maßnahme hat nicht nur auf den zu behandelnden Menschen Einfluss, sondern zugleich auf sein familiäres und persönliches Umfeld.⁶³⁵ Da mit dem Eingriff stets Risiken verbunden sind, bedarf er eines rechtfertigenden Grundes (Apologetik), aus dem sich die »Richtlinien für das Ob, Wie und Wozu« ableiten lassen.⁶³⁶ Ärztlich legitimes Handeln ist an drei Bedingungen geknüpft: die Indikation, die Einwilligung nach Aufklärung (informed consent/le consentement libre et éclairé)⁶³⁷ und der Eingriff *lege artis*.⁶³⁸ Im Folgenden wird auf Ausführungen zum Eingriff *lege artis* (kunstgerechter Eingriff) verzichtet, da dies bereits unter dem Punkt 3.3.5 Medizinische Behandlungspraxis erläutert wurde.

629 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 10).

630 Tönsmeier (2012: S. 106f) mit weiteren Verweisen; Laufs, Kern (2010: § 50, Rn. 3).

631 Laufs/Kern (2010: § 50, Rn. 3).

632 Tönsmeier (2012: S. 106f) mit weiteren Verweisen.

633 Laufs/Kern (2010: § 50, Rn. 3).

634 Laufs/Kern (2010: § 50, Rn. 3).

635 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 10).

636 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 10).

637 Laufs/Kern (2010: § 6, Rn. 22).

638 Tönsmeier (2012: S. 105).

Indikation

Grundsätzlich muss jede ärztliche Behandlung indiziert, also angezeigt sein.⁶³⁹ Dies bedeutet, dass es eines Grundes bedarf, wenn ein bestimmtes diagnostisches oder therapeutisches Verfahren ange- oder verordnet wird, um die Anwendung der ärztlichen Maßnahme im Krankheitsfall zu rechtfertigen.⁶⁴⁰ Mit der Indikation ist zeitgleich eine Interessenabwägung verbunden.⁶⁴¹ Risiko, Schwere des Eingriffs, Erfolgsaussichten und erstrebter Zweck der Heilbehandlung müssen in angemessenem und vernünftigem Verhältnis zueinander stehen, wobei auch der gewagte operative Eingriff angezeigt sein kann.⁶⁴² Problematisch ist der Eingriff ohne Indikation.

Während früher kein Eingriff ohne entsprechende Indikationsstellung durchgeführt werden durfte, so nimmt mittlerweile die Zahl der Eingriffe im Bereich der »wunscherfüllenden Medizin« zu, bei der eine medizinische Indikation nicht erforderlich ist.⁶⁴³ Zu nennen sind hier chirurgische Schönheitsoperationen oder bestimmte pränatale diagnostische Maßnahmen wie zusätzliche Ultraschalls.⁶⁴⁴

Die kritisierten geschlechtsverändernden Eingriffe an intergeschlechtlichen Kindern wurden erst seit den 1950er Jahren entwickelt und können damit zwar als Ergebnis der modernen Chirurgie angesehen werden, doch stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit der Indikation.

Dient die Operation der normativen Geschlechtsangleichung, weil nach ärztlicher Ansicht der Penis zu klein oder die Klitoris zu groß ist, handelt es sich nach Ansicht der Verfasserin lediglich um eine kosmetische Operation (Schönheitsoperation), also eine »Korrektur des äußeren Erscheinungsbildes«⁶⁴⁵. Schönheitsoperationen sind jedoch nur in Ausnahmefällen medizinisch indiziert. Die Indikation liegt in einem solchen Fall dann vor, wenn der Mensch ohne die Korrektur des äußeren Erscheinungsbildes »seelisch leidet«.⁶⁴⁶ Soll allerdings nur das äußere Erscheinungsbild durch die Chirurgie »attraktiver« werden, so handelt es sich mangels medizinischer Indikation nicht um eine Heilbehandlung.⁶⁴⁷

Bei Neugeborenen und bei Kleinkindern, die noch nicht das 2. Lebensjahr vollendet haben, kann nach Ansicht der Verfasserin nicht davon ausgegangen werden, dass ein seelisches Leiden vorliegt, wenn deren primäre Geschlechtsorgane nicht den in der bisherigen Medizin vorherrschenden Normen entsprechen. In diesem Alter fehlt es noch am Bewusstsein einer geschlechtlichen Identität sowie am Bewusstsein für kulturell bedingte Schönheitsmaßstäbe. Kleinkinder erwerben ihre ästhetische Bildung zunächst durch ihre eigenen Wahrnehmungen und Vergleichsmöglichkeiten.⁶⁴⁸

639 Bundesärztekammer (2015).

640 Laufs/Kern (2010: § 49, Rn. 1).

641 Bundesärztekammer (2015).

642 Laufs/Kern (2010: § 49, Rn. 1).

643 Bundesärztekammer (2015).

644 Bundesärztekammer (2015); Laufs/Kern (2010: § 49, Rn. 8); Tönsmeier (2012: S. 106ff).

645 Finckenstein (2000: S. A-157).

646 Laufs/Kern (2010: § 49, Rn. 9); Tönsmeier (2012: S. 106ff).

647 Laufs/Kern (2010: § 49, Rn. 9); Tönsmeier (2012: S. 106ff).

648 Schäfer (2001: S. 7).

Die Geschlechtszugehörigkeit wird hierbei erst durch Geschlechtsdarstellungen und -attributionen erlernt, die interaktiv konstruiert und durch das sozio-geographische, kulturelle und zeitliche Umfeld des Kleinkindes geprägt wird.⁶⁴⁹ Ähnlich dazu schreibt Löffler, dass die Ausbildung der Geschlechtsidentität durch die Interaktion innerhalb gesellschaftlicher Strukturen beeinflusst wird, »die geschlechtlich verkodete und gesellschaftlich anerkannte Identifikationsangebote bereitstellen und somit Subjekte mit Männlichkeit oder Weiblichkeit versorgen können.«⁶⁵⁰

Laufs/Kern warnen zum Schutz der Patienten_innen und aus Arzthaftungsgründen in ihrem Handbuch zum Arztrecht davor, reine Wunschbehandlungen als inzidiert anzusehen, die weder der unmittelbaren Heilung noch Minderung des Leidens dienen.⁶⁵¹ Als reine Wunschbehandlung ist es daher nach Ansicht der Verfasserin zu werten, wenn die Eltern eine geschlechtsangleichende Operation an ihrem Kind vornehmen lassen wollen, weil sie den Wunsch haben, dass dieses in einer eindeutigen Geschlechtsrolle aufwächst. In diesem Fall kann nicht von einem Leiden des Kindes gesprochen werden, sondern von einem Leiden der Eltern, die sich nicht mit der Situation ihres Kindes abfinden können. Dementsprechend ist das Leiden der Eltern zu behandeln, beispielsweise durch eine speziell angelegte Familien-/Psychotherapie mit dem Ziel, ihr Kind anzunehmen.⁶⁵²

Einwilligung nach Aufklärung

Die Einwilligung (engl.: informed consent; und frz.: le consentement libre et éclairé) durch die Patient_innen nach erfolgter Aufklärung über den geplanten medizinischen Eingriff ist eine weitere Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit ärztlichen Handelns.⁶⁵³

Das informed consent Prinzip wurde auf internationaler Ebene bereits in der Helsinki-Deklaration⁶⁵⁴ von 1964 in den Nummern 25–32 verankert sowie auf europäischer regionaler Ebene in den Artt. 5–9 der Biomedizin-Konvention⁶⁵⁵ des Europarates von 1997. Von Bedeutung ist dieses Prinzip im Zusammenhang mit zivil- und strafrechtlichen Verfahren, wie bei Arzthaftungsfällen oder Körperverletzungsdelikten.⁶⁵⁶

649 Hirschauer (ZfS 1989: S. 112f).

650 Löffler (2011: S. 152f).

651 Laufs/Kern (2010: § 49, Rn. 8).

652 Beispiel wäre eine prozess- und erfahrungsorientierte Bonding-Therapie nach Dan Casriel eine, in der körperliche Nähe, emotionale Offenheit und vor allem Bindung erzeugt werden, Stauss (2006: S. 85ff).

653 Igl/Welti (2014: S. 438).

654 WMA Declaration of Helsinki – Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. Ausgearbeitet wurde diese Deklaration von der World Medical Association (WMA), einer internationalen Organisation von Ärzten_innen, die 1947 gegründet wurde und in enger Verbindung zur World Health Organization (WHO) steht. Ihr Ziel ist es, der Menschheit dadurch zu dienen, indem sie den höchstmöglichen internationalen Standard in medizinischer Forschung und Lehre, Ethik und Gesundheitsfürsorge anstrebt und diesen allen Mediziner_innen zur Verfügung zu stellen; <https://www.wma.net/en/60about/index.html> (Stand: 18.02.2013).

655 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin.

656 Entgegen der Meinung der Literatur bedeutet auch nach der heutigen Rechtsprechung »jeder ärztliche Eingriff tatbestandlich eine Körperverletzung gemäß § 223 StGB [...] [, der] daher zu ihrer

Die Einwilligung ist die vorherige Zustimmung⁶⁵⁷, zur Durchführung einer medizinischen Maßnahme und bedeutet, dass sie, sofern kein medizinischer Notfall vorliegt, zu erfolgen hat, bevor die medizinische Behandlung beginnt, § 630 d BGB. Ein medizinischer Notfall liegt bei einer Krankheit oder Verletzung vor, die den Mensch in Lebensgefahr bringt oder die Gefahr besteht, dass es zu schweren gesundheitlichen Schäden kommt, sofern kein umgehender ärztlicher Eingriff erfolgt.⁶⁵⁸ Die Einwilligung wird nun erstmals explizit in § 630 d BGB geregelt und ist Bestandteil der Vorschriften des Behandlungsvertrages.

Exkurs: Behandlungsvertrag

Der Behandlungsvertrag wurde mit den Vorschriften §§ 630 a–d BGB neu in das BGB aufgenommen und ist am 26. Februar 2013 als Teil des sog. Patientenrechtegesetzes (PatRG, Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)⁶⁵⁹ in Kraft getreten.⁶⁶⁰ Das PatRG hat zum Ziel, die Rechte der Patienten_innen zu stärken, da diese bislang nur unzureichend und nicht einheitlich gesetzlich geregelt waren.⁶⁶¹ Es handelt sich um ein Artikelgesetz, das aus insgesamt fünf Artikeln besteht und in seinem Art. 1 den Behandlungsvertrag kodifiziert, der bislang zusammen mit der Arzthaftung allein durch Richterrecht geregelt war.⁶⁶²

Der Behandlungsvertrag ist als individueller Dienstvertrag zwischen Patient_in und Behandelndem_r (der die nicht zwangsläufig Arzt_Ärztin sein muss) zu qualifizieren, wobei Leistungsgegenstand die medizinische Behandlung ist und Gegenleistung das Honorar, § 630 a Abs. 1 BGB. Offengelassen wurde, wer als Behandelnde_r anzusehen ist, sodass dies auch eine Institution (Krankenhausträger) sein kann.⁶⁶³ Das Gesetz nennt als vertragliche Hauptleistung die medizinische Behandlung, die nicht mit ärztlicher Behandlung gleichzusetzen ist, sodass hierunter auch die biomedizinische Forschung zu subsumieren ist⁶⁶⁴. Ferner werden mit der Bezeichnung »Behandelnde_r« andere im Gesundheitsbereich Tätige erfasst, wie beispielsweise Hebammen, Ergotherapeuten_innen, Heilpraktiker_innen oder Psychotherapeuten_innen.⁶⁶⁵

Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten bedarf«, Laufs/Kern (2010: § 138, Rn. 1). Im Zivilverfahren findet die Aufklärungsrüge im Schadensprozess (Arzthaftung) Anwendung und trägt mit einer Beweislastumkehr zugunsten der Patienten_innen zu deren Stärkung und Schutz bei, Laufs/Kern (2010: § 6, Rn. 25).

657 Nach überwiegender Rechtsauffassung wurde die Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung bislang nicht direkt aus § 183 BGB abgeleitet und nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden. Sie erlaubte stattdessen, dass tatsächliche Handlungen vorgenommen werden, die in den Rechtskreis der einwilligenden Patienten_innen eingreifen, vgl. Tönsmeier (2012: S. 114 mit weiteren Verweisen).

658 Laufs/Katzenmeier/Lipp (2009: IV. Die ärztliche Hilfespflicht, Rn. 7 mit weiterem Verweis).

659 BGBl 2013 I S. 277ff.

660 Lippert (2013: S. 715).

661 Katzenmeier (NJW 2013: S. 817).

662 Hart (MedR 2013, S. 159).

663 Lippert (2013: S. 715).

664 Lippert (2013: S. 715).

665 Bahner (2013: S. 74); Katzenmeier (2013: S. 818).

Neu eingeführt wird der Begriff der Informationspflicht in § 630 c BGB. Zu unterscheiden ist die Informationspflicht von der Aufklärungspflicht (zu dieser siehe die Abschnitte zur Zwischenüberschrift »Einwilligung und Aufklärungspflicht«). Die Informationspflicht betrifft die Sicherungsaufklärung (oder therapeutische Aufklärung nach altem Recht), § 630 c Abs. 2 S. 1 BGB, die wirtschaftliche Aufklärung, § 630 c Abs. 3 BGB, sowie die Fehleroffenbarungspflicht, § 630 c Abs. 2 S. 2 BGB.⁶⁶⁶

Ausführlich geregelt wird die Einwilligung in § 630 d BGB:

»(1) Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Absatz 1 Satz 1 die Maßnahme gestattet oder untersagt. Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt. Kann eine Einwilligung für eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

(2) Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus, dass der Patient oder im Fall des Absatzes 1 Satz 2 der zur Einwilligung Berechtigte vor der Einwilligung nach Maßgabe von § 630 e Absatz 1 bis 4 aufgeklärt worden ist.

(3) Die Einwilligung kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen formlos widerrufen werden.«

Die Einwilligung wird durch den Behandlungsvertrag nun ausdrücklich als Vertragspflicht genannt und hebt sich damit vom bisherigen deliktsrechtlichen Verständnis ab. Hiernach wurde sie von der ständigen Rechtsprechung als Rechtfertigungsgrund für den als tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifizierten Heileingriff angesehen.⁶⁶⁷ Indem somit jede medizinische Maßnahme (mit Ausnahme des medizinischen Notfalls/unaufschiebbare Maßnahme) von der vorher erteilten Einwilligung abhängig gemacht wird, soll das Selbstbestimmungsrecht der Patienten_innen gestärkt werden.⁶⁶⁸

Einwilligung und Selbstbestimmungsrecht

Die Einwilligung ist Ausfluss der Patienten_innen-autonomie (Selbstbestimmungsrecht), welche wiederum Bestandteil des Persönlichkeitsrechts ist.⁶⁶⁹ Dieses wurzelt in den Grundrechten der Menschenwürde und Freiheit des Menschen sowie im Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 GG.⁶⁷⁰ Aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG lässt sich ein allgemeines Abwehrrecht

666 Hart (2013: S. 160); Katzenmeier (2013: S. 818).

667 Katzenmeier (2013: S. 820).

668 Katzenmeier (2013: S. 820).

669 Igl/Welti (2014: S. 353); Katzenmeier (2013: S. 819).

670 Igl/Welti (2014: S. 353); Quaas/Zuck (2008: § 2 II 2. a) aa)); Tönsmeier (2012: S. 112ff).

ableiten, das »einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung [gewährt], der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist.«⁶⁷¹

Im Arztrecht wird das Selbstbestimmungsrecht konkret aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet, da hiernach der kranke Mensch »das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität« habe.⁶⁷² Dies bedeutet, dass die Patienten_innen nach ihrem freien, autonom gebildeten Willen über das Ob (Eingriff in physische und psychische Integrität) und Wie (welche Methode) ihrer Behandlung entscheiden, nachdem sie hierüber aufgeklärt wurden.⁶⁷³

Hinsichtlich der geschlechtsverändernden Operationen stellt sich die Frage nach den Interessen des Kindes und den gesellschaftlichen geschlechts-binären Normerwartungen. Eine solche Operation kann durchaus aufgeschoben werden, sofern es an der Indikation fehlt, es sich um keinen medizinischen Notfall handelt und auch beim Kind noch kein entsprechender Leidensdruck vorhanden ist, allenfalls bei den Eltern.⁶⁷⁴

Einwilligung und Aufklärungspflicht

Die Aufklärungspflicht ist eine rechtliche Anforderung, wonach Patienten_innen persönlich und mündlich derart über die geplante Behandlung informiert werden, dass sie im Wesentlichen erfahren, was mit ihnen beabsichtigt ist, § 630 e Abs. 2 BGB. Unterschieden wird in medizinischer Sicht zwischen Diagnose-/Verlaufs- und Risikoaufklärung, § 630 e Abs. 1 BGB.⁶⁷⁵ Die Diagnoseaufklärung beinhaltet die Aufklärung über medizinische Befunde, deren Bedeutung und weitere Verdachtsmomente.⁶⁷⁶ In der Verlaufsaufklärung geht es um die Art des Heileingriffs, dessen Verlauf, Ziel, mögliche Alternativen und Verzicht der Behandlung. Mögliche und typische Komplikationen sollen in der Risikoaufklärung erläutert werden.⁶⁷⁷ Tönsmeier nennt hierzu noch die Aufklärung über Nebenwirkungen, die Dringlichkeit des Eingriffs, Erfolgchancen und Kostenalternativen.⁶⁷⁸

Rechtlich unterschieden werden nach dem neuen Behandlungsvertrag die Sicherungsaufklärung als Informationspflicht und Teil der Vertragshauptpflicht »Behandlung«, § 630 c Abs. 2 S. 1 BGB, und die Selbstbestimmungsaufklärung als eigenständige vertragliche Hauptleistung »Aufklärungspflicht«, § 630 e Abs. 1 BGB.⁶⁷⁹

Mit diesem durch die Aufklärung gewonnenem Wissensstand sollen die Patienten_innen sodann ihre eigene Entscheidung abwägen und über ihre eigene gesundheitliche Situation selbst bestimmen können.⁶⁸⁰ Das Erfordernis der Einwilligung dient da-

671 Laufs/Kern (2010: § 57 Rn. 15ff); Quaas/Zuck (2008: § 2 II 2. a) aa)) mit weiteren Verweisen auf BVerfGE 6, 32 (41); 6, 389 (443); 27, 1 (6) u.a.

672 Laufs/Kern (2010: § 57 Rn. 15ff); Quaas/Zuck (2008: § 2 II 2. a) aa)) mit weiterem Verweis auf BVerfGE 52, 171 (174f.).

673 Büchler (2013: S. 53); Quaas/Zuck (2008: § 2 II 2. a) aa)).

674 Tönsmeier (2012: S. 122).

675 Igl/Welti (2014: S. 355).

676 Igl/Welti (2014: S. 355).

677 Büchler (2013: S. 63).

678 Tönsmeier (2012: S. 116f) mit weiteren Verweisen.

679 Hart (2013: S. 161).

680 Laufs/Kern (2010: § 6, Rn. 22).

mit einerseits dem Schutz der Willensfreiheit, dem Selbstbestimmungsrecht und der körperlichen Integrität der Patient_innen, aber auch der Beweissicherung von ärztlicher Seite.⁶⁸¹

Im Fall von Christiane Völling, der vom Landgericht Köln am 06. Februar 2008⁶⁸² entschieden wurde, hat das Gericht entschieden, dass Einwilligung und Aufklärung hätten erfolgen müssen. Bei der vorgenommenen Operation hat sich während dessen Verlauf herausgestellt, dass eine weibliche Anatomie mit den entsprechenden Geschlechtsorganen vorlag und gerade keine »gemischtgeschlechtlichen Organe«.⁶⁸³ Der behandelnde Arzt hätte an dieser Stelle die Operation abbrechen müssen, da von Christiane Völling für die Entnahme intakter weiblicher Geschlechtsorgane keine Einwilligung vorlag und sie zuvor auch nicht über den neuen Befund aufgeklärt wurde.⁶⁸⁴ Demzufolge war die vorgenommene Operation rechtswidrig und die Schadensersatzklage erfolgreich.

Die Rolle von Patient_innen

»Den Gegenstand der Medizin bildet der gesunde, der krankgewordene, der zu heilen und der genesende Mensch.«⁶⁸⁵ Die Würde des_r selbstbestimmenden Patient_in hat dabei stets Vorrang vor dem medizinischen Fachwissen und den technischen Fertigkeiten der Ärzteschaft.

Im Mittelpunkt der ärztlichen Behandlung soll der individuelle Mensch mit seinem jeweiligen Lebenslauf und nicht die Allgemeinheit stehen.⁶⁸⁶ Gleichwohl soll in die ärztliche Behandlung der kulturelle und gesellschaftliche Kontext des zu behandelnden Menschen miteinbezogen werden.⁶⁸⁷

Die Rolle von Patient_innen wurde durch die Einführung des Patientenrechtegesetzes, wie unter Punkt 4.3 (Exkurs: Behandlungsvertrag) dargestellt, wesentlich gestärkt. Eine ärztliche Behandlung richtet sich grundsätzlich nach dem Selbstbestimmungsrecht von Patient_innen, wobei diese jederzeit das Recht haben, eine Behandlung abzulehnen.⁶⁸⁸

Sind die zu behandelnden Personen minderjährig, sind sie dennoch altersgerecht aufzuklären und müssen neben den personensorgeberechtigten Personen in den angeordneten Eingriff einwilligen, § 630 e Abs. 5 BGB. Fehlt es an der Einwilligungsfähigkeit, weil die Patient_innen sich aufgrund ihres noch sehr jungen Alters noch nicht verständigen können, so sind in der Regel die Sorgeberechtigten als Stellvertreter_in befähigt, die Einwilligung zu erteilen.⁶⁸⁹ Sollten die Sorgeberechtigten einen notwendigen Ein-

681 Igl/Welti (2014: S. 392); Schweizer BGE 117 Ib 197 Rn. 7, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/b1117197.html> (Stand: 18.02.2014).

682 LG Köln, 06.02.2008, Az.: 25 O 179/07.

683 LG Köln, 06.02.2008, Az.: 25 O 179/07.

684 LG Köln, 06.02.2008, Az.: 25 O 179/07.

685 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 9).

686 Laufs/Kern (2010: § 1, Rn. 7).

687 Clark (1983); Laufs/Kern (2010: § 2, Rn. 7).

688 Laufs/Kern (2010: § 50, Rn. 7ff); Tönsmeyer (2012: S. 113).

689 Tönsmeyer (2012: S. 119).

griff verweigern, kann deren Einwilligung durch eine Entscheidung des Familiengerichts ersetzt werden, § 1666 BGB.⁶⁹⁰

Tönsmeyer kommt zu dem Ergebnis, dass im Falle von geschlechtsverändernden Operationen grundsätzlich keine Eilbedürftigkeit besteht und von Seiten des ärztlichen Personals die beteiligten Kinder und deren Sorgeberechtigte umfassend aufgeklärt werden müssen.⁶⁹¹ Die Sorgeberechtigten können zwar ihr Kind vertreten, wenn es um die Einwilligung in die Operation geht, aber nicht, wenn das Selbstbestimmungsrecht tangiert ist.⁶⁹² Dieses hänge vom »subjektiven Empfinden« der jeweiligen beteiligten Kinder und »deren individuellen Geschlechtsidentität« ab.⁶⁹³

Rechtspolitische Würdigung

Aus den Ausführungen zum Arztrecht ergibt sich, dass sich die Rolle von Ärzt_innen gewandelt hat, dass sie zunehmend in einem multidisziplinären Team eingebunden sind und dass der technische Fortschritt viele neue Behandlungsmethoden, vor allem im Bereich der Wunschmedizin, ermöglicht. Gerade deshalb ist es wichtig, dass das Fachpersonal von einer empathisch-emotionalen Grundhaltung und nicht von wirtschaftlichen Interessen geprägt ist, die die Würde des zu behandelnden Menschen in den Vordergrund stellt und die diesen respektiert. Das familiäre und kulturell-gesellschaftliche Umfeld darf dabei nicht entscheidend die Wahl der Behandlung beeinflussen. Insoweit dürfen entsprechende Vorstellungen von Geschlechternormen nicht ausschlaggebend sein, um geschlechtsverändernde Operationen durchzuführen. Varianten des äußeren genitalen Erscheinungsbildes stellen keine Krankheit und schon gar keinen medizinischen Notfall dar, sondern zielen lediglich darauf, das Aussehen der äußeren Geschlechtsorgane den herrschenden Normvorstellungen anzupassen. Haben Eltern Probleme, ihr Kind, das Varianten der Geschlechtsentwicklung aufweist, zu akzeptieren, so sind die Eltern zu behandeln, aber nicht das Kind. Es darf hier keine Problemverlagerung zulasten eines einwilligungsunfähigen Menschen kommen. Letztlich muss der behandelte Mensch mit den Konsequenzen der dauerhaften körperlichen Veränderungen leben, aber nicht die Eltern, die eine Gewissensentscheidung zu treffen haben. Wunschbehandlungen, wie kosmetische Veränderungen an Geschlechtsorganen, die durch die Eltern angeregt werden, sind daher abzulehnen, weil es bereits an einer medizinisch notwendigen Indikation fehlt.

Ärztliches Handeln soll darauf abzielen, keine Krankheit zu verschlimmern, sondern diese im besten Falle zu heilen. Durch geschlechtsverändernde Operationen oder eine entsprechende Hormontherapie soll es gerade nicht zu einer Verschlimmerung des körperlichen Wohlbefindens kommen. Wie unter Punkt 3.3.5 Medizinische Behandlungspraxis dargestellt, weisen gerade diese Operationen eine hohe Zahl an negativen Konsequenzen, wie Fistelbildung, Inkontinenz, Verlust des Sexualempfindens und Depressionen auf, sodass hier eher von einer Verschlimmerung als von einer Verbesserung oder gar Heilung auszugehen ist.

690 Deutsch/Spieckhoff (2003: S. 387); Laufs/Kern (2010: § 50, Rn. 7ff).

691 Tönsmeyer (2012: S. 121).

692 Tönsmeyer (2012: S. 121).

693 Tönsmeyer (2012: S. 121).

Ärztliches Handeln findet seine Grenzen überdies im Selbstbestimmungsrecht der zu behandelnden Personen, selbst wenn diese aufgrund ihrer Minderjährigkeit noch einwilligungsunfähig sind. Hier liegt seit 2013 mit der Einführung des Patientenrechtegesetzes eine deutliche Stärkung der Autonomie von Patient_innen vor.

Die Entscheidung im Fall Christiane Völling hat überdies gezeigt, dass bei unvorhergesehenem Operationsverlauf, diese abgebrochen werden muss, um die Patient_in über die neue Situation aufzuklären und um deren Einwilligung abzuwarten. Selbst ein kunstgerecht durchgeführter Eingriff kann bei fehlender (oder fehlerhafter) Aufklärung und unterbliebener Einwilligung damit rechtswidrig sein.

Die Verfasserin stimmt hier mit Tönsmeier überein, dass die Eltern nicht als gesetzliche Vertreter eines einwilligungsunfähigen Kindes das Selbstbestimmungsrecht für dieses ausüben können. Insoweit liegt hier eine Grenze für geschlechtsverändernde Eingriffe. Es kann und muss in diesen Situationen abgewartet werden, wie der beteiligte junge Mensch sich selbst später dazu positioniert.

Aus dem Arztrecht ergeben sich damit sowohl aus der Rolle der Ärzteschaft als auch aus der Rolle der Patient_innen heraus klare Grenzen der Behandlung bei Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung.

4.5.2 Kanadisches Recht und Politik

Kanada ist eine parlamentarische konstitutionelle Monarchie⁶⁹⁴ mit Königin Elizabeth II. als Staatsoberhaupt (vertreten durch die Generalgouverneurin Julie Payette⁶⁹⁵) und Justin Trudeau als Regierungschef.⁶⁹⁶ Es besitzt ein Föderalstaatssystem, das wie in Deutschland zwischen der Bundes- und der Landesebene unterscheidet, wobei Kanada nicht in Bundesländer, sondern in zehn Provinzen und drei Territorien⁶⁹⁷ unterteilt wird.⁶⁹⁸

Einführung Rechtssystem in Kanada und in Québec

Das Rechtssystem in Kanada ist ein gemischtes Rechtssystem (Bijuralismus), in dem zwei Rechtstraditionen nebeneinander angewendet werden.⁶⁹⁹ Der Québec Act von 1774 begründete den Bijuralismus in Québec, wonach sich das Strafrecht nach dem britischen Recht ausrichtet und das Zivilrecht nach dem französischen Recht.⁷⁰⁰ Ebenso

694 Horner (2007: S. 19ff).

695 Governor General of Canada (2018).

696 Prime Minister: <https://pm.gc.ca/eng/prime-minister-justin-trudeau> (Stand: 23.07.2018).

697 Provinzen: Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland and Labrador, Nova Scotia, Ontario, Prince Edward Island, Québec, Saskatchewan; Territorien: Northwest Territories, Nunavut und Yukon, <https://www.gc.ca/othergov-autregouv/prov-eng.html> (Stand: 24.10.2013).

698 Horner (2007: S. 19ff); Trilsch (2012: S. 145); <https://www.gc.ca/aboutgov-ausujetgouv/structure/menu-eng.html> (Stand: 20.10.2013).

699 Diese rechtliche Besonderheit ist das Erbe der Kolonisierung durch Frankreich und Großbritannien: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/harmonization/bijurilx/aboutb-aproposb.html> (Stand: 20.10.2013); Laidler (2005: S. 277, 284).

700 Horner (2007: S. 44).

wurde durch den Québec Act als Amtssprache Französisch für die Provinz Québec festgelegt.⁷⁰¹

Beim Bijuralismus handelt sich um die parallele Anwendung von civil law und common law in der Provinz Québec.⁷⁰² Das civil law in Québec geht auf die kontinental-europäische Rechtstradition und das common law auf die angelsächsische bzw. anglo-amerikanische zurück.⁷⁰³ In allen anderen Provinzen und Territorien wird dagegen das common law angewendet.⁷⁰⁴ Der Anwendungsbereich des civil law erstreckt sich in der heutigen Zeit auf das gesamte Zivilrecht in Québec und derjenige des common law auf das gesamte öffentliche Recht, einschließlich des Strafrechts.⁷⁰⁵

Was das Verhältnis von Bundesrecht zu Provinzrecht angeht, so herrscht Gleichrang, es sei denn, es handelt sich um eine nicht ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis, die zu einem Widerspruch zwischen Bundes- und Provinzrecht führt.⁷⁰⁶ Dann gilt ähnlich wie in Deutschland der Vorrang von Bundesrecht vor Landes-/Provinzrecht.⁷⁰⁷ Die Aufteilung der Gesetzgebungsbefugnis in Bundes- und Provinzrecht wurde im kanadischen Verfassungsgesetz von 1867 (Constitution Act, 1867, bzw. Loi constitutionnelle de 1867) vorgenommen, das auch als Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 (British North America Act, 1867, bzw. Britisch-Nordamerika-Akte), bezeichnet wird.⁷⁰⁸

Verfassungsrecht

Beim Verfassungsrecht handelt es sich um öffentliches Recht, sodass hier die common law Prinzipien Anwendung finden und zwar sowohl auf föderaler Ebene, als auch in der Provinz Québec.

Ausgehend vom common law Ansatz wird das Rechtssystem in Kanada und in Québec demzufolge als dualistisches Rechtssystem aufgefasst, wonach ein völkerrechtlicher Vertrag erst durch einen innerstaatlichen Rechtsakt in nationales Recht umgewandelt werden muss, um Geltung zu erlangen.⁷⁰⁹

Beaulac arbeitet in diesem Zusammenhang heraus, dass die kanadische Rechtsprechung selbst nach einer Transformation nicht an internationale Verträge gebunden ist, da diese keinen Verfassungsrang haben und somit von anderen Gesetzen verdrängt werden können.⁷¹⁰ Allerdings hat das Oberste Verfassungsgericht in seiner Entscheidung *Baker vs. Canada*⁷¹¹ im Jahr 1999 eine völkerrechtskonforme Auslegung und An-

701 Horner (2007: S. 44).

702 In allen anderen Provinzen und Territorien findet dagegen nur das common law Anwendung, <http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/law> (Stand: 22.10.2013).

703 Das common law System basiert, anders als das civil law nicht auf Gesetzen, sondern auf Präzedenzfällen, und daher wird es auch oft als Richterrecht bezeichnet, da die richterliche Auslegung so zur Rechtsentwicklung beiträgt, Laidler (2005: S. 277ff); Horner (2007: S. 116f).

704 Rieck/Hewel: AuslFamR, Kanada Vor Rn. 1.

705 Laidler (2005: S. 282).

706 Rieck/Hewel (2013: AuslFamR, Kanada Vor Rn. 1).

707 Laidler (2005: S. 284).

708 Brouillet (2012); Larcoursière/Provencher/Vaugeois (2001: S. 321).

709 Beaulac (2004: S. 225ff); Beaulac (2018: S. 10); Byrnes/Renshaw (2014: S. 464).

710 Beaulac (2004: S. 225ff); Beaulac (2018: S. 2, 10).

711 *Baker v. Canada (Minister of citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

wendung eines internationalen Menschenrechtsvertrages (hier die Kinderrechtskonvention) vorgenommen, obwohl Kanada zu diesem Zeitpunkt diese Konvention noch nicht in nationales Recht inkorporiert hatte.⁷¹² Dies beweist, dass auf höchstgerichtlicher Ebene durchaus internationales Recht berücksichtigt wird, auch, wenn es hierzu keine einheitliche Rechtspraxis gibt und eine völkerrechtskonforme Auslegung von (noch) nicht inkorporiertem Recht in der kanadischen Literatur und Rechtsprechung sehr umstritten ist.⁷¹³

Nachdem Kanada und Québec im Bereich des Verfassungsrecht dem common law Rechtskreis angehören, müssten demzufolge ebenfalls die Bangalore Principles Anwendung finden.⁷¹⁴ Beaulac bezieht sich in seinen Analysen zwar nicht auf diese, stellt aber vereinzelte richterliche Aussagen dar, die inhaltlich zumindest das Prinzip 7 der Bangalore Prinzipien wiedergeben.⁷¹⁵

Ähnlich wie in Deutschland gibt es in Kanada Verfassungen auf Bundesebene sowie auf Provinz- und Territorialebene. Die Verfassung auf kanadischer Bundesebene setzt sich aus mehreren Rechtsakten zusammen und besteht nicht wie das deutsche Grundgesetz aus nur einem einzelnen Gesetzestext.⁷¹⁶ Zu diesen Rechtsakten gehören der Constitution Act, 1867, sowie der Canada Act, 1982, der sich wiederum aus dem Constitution Act, 1982, und der Canadian Charter of Rights and Freedoms zusammensetzt.⁷¹⁷

Verfassung Kanadas	
British North American Act, 1867 = Constitution Act, 1867	Canada Act, 1982 = Constitution Act, 1982 + Canadian Charter of Rights and Freedoms

(Abb. 4: Verfassung Kanadas, Schema der Verfasserin)

Mit dem Constitution Act, 1867, wurden das Land Kanada und dessen Parlament sowie die Provinzen Québec, Ontario, New Brunswick und Neuschottland gegründet.⁷¹⁸ Er regelt außerdem die Gewaltenteilung (»division of powers«) zwischen Bundes- und Provinzebene und trifft Regelungen zum Schutz von Minderheitensprachen.⁷¹⁹ Der Constitution Act, 1867, wurde nach den Prinzipien der britischen Verfassung⁷²⁰ ver-

712 Beaulac (2018: S. 20f).
713 Beaulac (2018: S. 20f); Horner (2007: S. 78).
714 Byrnes/Renshaw (2014: S. 464).
715 Beaulac (2004); Beaulac (2018).
716 Horner (2007: S. 200f).
717 Horner (2007: S. 200f).
718 Brouillet (2012); Horner (2007: S. 201f).
719 Brouillet (2012); Francis/Jones/Smith (2000: S. 8f); Horner (2007: S. 201f); Larcoursière/Provencher/Vaugois (2001: S. 321).
720 Anders als in Deutschland, wo die Verfassung in einem einzigen Rechtsdokument besteht, setzt sich die Verfassung in Großbritannien aus mehreren unterschiedlichen Rechtsdokumenten sowie ungeschriebenen Rechtsregeln zusammen, Blackburn (2015).

fasst und gab Großbritannien zu diesem Zeitpunkt bis zum Erlass des Statute of Westminster, 1931⁷²¹, noch die rechtliche Möglichkeit, die kanadische Verfassung zu ändern, kanadische Gesetze für nichtig zu erklären und die kanadische Außenpolitik zu bestimmen.⁷²²

Seit den 1960er Jahren hat es eine zunehmend stärker werdende Unabhängigkeitsbewegung in der Provinz Québec gegeben, die 1980 zu einem Referendum geführt hat.⁷²³ Der damalige, aus Québec stammende, Premierminister Pierre Trudeau konnte die Québecer aber zu einem Verbleib im Föderalstaat bewegen, indem er Verfassungsänderungen versprochen hatte.⁷²⁴

Zu diesen kam es dann 1982 mit dem Erlass des Canada Act trotz der Gegenstimme von Québec.⁷²⁵ Dieser beinhaltet zunächst den Constitution Act, 1982, der den Grundsatz in section 52 aufstellt, dass die kanadische Bundesverfassung niederrangiges Recht auf Provinz- oder Territorialebene bricht,⁷²⁶ ähnlich dem deutschen Grundsatz »Bundesrecht bricht Landesrecht« (Art. 31 GG):

»Primacy of Constitution of Canada

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.«

Außerdem erreichten Frauengruppen und First Nations Vereinigungen, dass parallel zum Constitution Act, 1982, auch Menschenrechte in die Verfassung aufgenommen wurden, da weder im Constitution Act, 1867, noch im Constitution Act, 1982, Grund- und Menschenrechte vorgesehen waren.⁷²⁷ Hierzu wurde mit der Canadian Charter of Rights and Freedoms ein eigenes Rechtsdokument geschaffen und dieses in die Verfassung integriert.⁷²⁸ Erstmals wurde hier die Gleichbehandlung von Frauen und Männern festgeschrieben sowie die Rechte von First Nations anerkannt.⁷²⁹

Damit wurde erst verhältnismäßig spät ein Menschenrechtskatalog in die Verfassung aufgenommen. Dies liegt daran, dass entsprechend britischer Rechtstradition angenommen und darauf vertraut wurde, dass das kanadische Parlament sowie der Provinz-/Territorialgesetzgeber die gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundfreiheiten nicht beschneiden und die Gerichte das Gesetz auch in entsprechend grundfreiheitsfreundlicher Weise auslegen und anwenden würden.⁷³⁰

721 Mit dem Statute of Westminster erlangte Kanada seine Unabhängigkeit, Francis/Jones/Smith (2000: S. 266); Horner (2007: S. 202).

722 Horner (2007: S. 202).

723 Francis/Jones/Smith (2000: S. 448ff, 529); Horner (2007: S. 207).

724 Horner (2007: S. 206).

725 Larocoursière/Provencher/Vaugeois (2001: S. 519).

726 Horner (2007: S. 214).

727 Francis/Jones/Smith (2000: S. 529); Horner (2007: S. 210ff); Larocoursière/Provencher/Vaugeois (2001: S. 460ff).

728 Francis/Jones/Smith (2000: S. 529); Horner (2007: S. 214).

729 Francis/Jones/Smith (2000: S. 529).

730 Mintz/Close/Croci (2015: S. 283).

Der Menschenrechtsschutz in Kanada ist sowohl auf Bundes- als auch Provinz-/Territorialebene geregelt. Auf föderaler Ebene sind hier der Canadian Human Rights Act of 1977 sowie die Canadian Charter of Rights and Freedoms of 1982 zu nennen und auf provinzieller Ebene für Québec die Charter of Human Rights and Freedoms of 1976.⁷³¹

Der materielle Zusammenhang eines bestimmten Rechtes mit einer ausdrücklich geregelten Zuständigkeit entscheidet darüber, auf welcher Ebene (Bund oder Provinz) Menschenrechte angewendet werden.⁷³² Dies entspricht in etwa der deutschen Zuständigkeitsregel, ob es sich um eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes oder der konkurrierenden Gesetzgebung mit Zuständigkeit der Länder, im Falle von Kanada der Provinzen und Territorien, handelt.

Menschenrechtssystem Kanada – Québec	
Bundesebene	
Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982 zuständig: Supreme Court of Canada + Canadian Human Rights Act, 1977 zuständig: Canadian Human Rights Commission -> Canadian Human Rights Tribunal	Bestandteil der Bundesverfassung Bundesgesetz
Provinzebene: Québec	
Charter of Human Rights and Freedoms, 1976 zuständig: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ⁷³³	Verfassungsrang auf Provinzebene, vergleichbar der deutschen Länderverfassung

(Abb. 5: Menschenrechtssystem Kanada – Québec, Schema der Verfasserin)

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Die Canadian Charter of Rights and Freedoms (CCRF) ist Teil I des Constitution Act 1982 und setzt sich aus 34 Artikeln zusammen.⁷³⁴ Die Charta garantiert allen Kanadier_innen Gleichheits- und Freiheitsrechte.⁷³⁵ Sie stellt zusammen mit den anderen Vorschriften des »Constitution Act 1982« die Verfassung Kanadas auf Bundesebene dar.

731 CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018); <https://www.cdpdj.qc.ca/en/droits-de-la-personne/vos-droits/Pages/charte-origine.aspx> (Stand: 10.09.2018).

732 Trilsch (2012:S. 145).

734 CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018).

735 CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018).

Inhalt

Inhaltlich werden in der Charta die folgenden Rechte aufgelistet:

»fundamental freedoms (section 2 CCRF),
 democratic rights (sections 3 to 5 CCRF),
 mobility rights (section 6 CCRF),
 legal rights (section 7 to 14 CCRF),
 equality rights (section 15 CCRF)
 language rights (section 16 to 23 CCRF)«⁷³⁶

Weiter erhält Art. 27 CCRF das Bekenntnis zur kulturellen Vielfalt, indem die Charta stets im Lichte des Erhalts und Weiterentwicklung des multikulturellen Erbes von Kanada auszulegen ist.⁷³⁷

Hinsichtlich des Rangverhältnisses zu anderen Gesetzen wird der Grundsatz in Art. 52 aufgestellt, dass die kanadische Bundesverfassung niederrangiges Recht auf Provinz- oder Territorialebene bricht,⁷³⁸ ähnlich dem deutschen Grundsatz »Bundesrecht bricht Landesrecht« (Art. 31 GG).

Die Gleichheitsrechte (»equality rights«) finden sich in Art. 15 CCRF und sind ähnlich wie Art. 3 GG formuliert:

»Equality Rights
 Equality before and under law and equal protection and benefit of law
 15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.«

Hier besteht, wie in Art. 3 GG, ein Bezug zu sex im Sinne von Geschlecht. Die Aufzählung der Diskriminierungsgründe in Art. 15 CCRF ist jedoch nicht abschließend und kann daher über »discrimination on other grounds« erweitert werden.⁷³⁹ Im Zuge der sogenannten »charter-protected categories« wurde sexual orientation inzwischen als weiteres Kriterium zu sex anerkannt.⁷⁴⁰ Bislang ist allerdings weder von der Seite der Trans* noch von derjenigen der Inter* eine Beschwerde anhängig, mit dem Ziel gender identity und sex characteristics als charter-protected categories anerkennen zu lassen.⁷⁴¹ Findlay prognostiziert jedoch einen positiven Ausgang, sobald eine entsprechende Beschwerde anhängig werden würde.⁷⁴²

Zuständig für die Entscheidung über Beschwerden ist der Supreme Court of Canada, der oberste Verfassungsgerichtshof Kanadas.⁷⁴³ Hinsichtlich der Auslegung der Charta wurde vom Supreme Court of Canada der sogenannte »purposive approach«

⁷³⁶ Mintz/Close/Croci (2015: S. 284).

⁷³⁷ Mintz/Close/Croci (2015: S. 284).

⁷³⁸ Horner (2007: S. 214).

⁷³⁹ Horner (2007: S. 222).

⁷⁴⁰ Findlay.

⁷⁴¹ Findlay.

⁷⁴² Findlay.

⁷⁴³ Mintz/Close/Croci (2015: S. 285).

entwickelt, wonach die Rechte und Freiheiten stets zweckgebunden auszulegen sind, im Sinne eines »unremitting protection of individual rights and liberties«. ⁷⁴⁴

Rechtspolitische Würdigung

Auffallend ist, dass die Rechte und Freiheiten, die in der Charta enthalten sind, nicht den Status von absoluten Rechten haben. ⁷⁴⁵ Enthalten ist dies im »reasonable limits clause« ⁷⁴⁶, in Art. 1 CCRF:

»The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.«

Dies entspricht auf dem ersten Blick der Schrankenregelung im deutschen Grundgesetz, wonach Grundrechte durch ein anderes Bundesgesetz eingeschränkt werden können, solange es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht widerspricht. Allerdings enthält das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 2 GG den Wesensgehaltsgrundsatz, wonach ein Grundrecht nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf, sondern der Kern des Grundrechts erhalten bleiben muss. ⁷⁴⁷

Auf den zweiten Blick gibt es einen solchen Wesensgehaltsgrundsatz nicht im kanadischen Verfassungstext. Vielmehr ist die Schranke (limitation) so zu gestalten, dass sie im Einklang mit den Werten und Prinzipien einer freien und demokratischen Gesellschaft steht. ⁷⁴⁸

Dies ermöglicht jedoch einen weiten Ermessensspielraum für die Gerichte, da Werte und Prinzipien in einer freien und demokratischen Gesellschaft einem ständigen Wandel unterliegen und so die Gefahr von Willkür erheblich größer ist.

Zusätzlich zum reasonable limits clause gibt es in Art. 33 CCRF den notwithstanding clause, wonach das Parlament oder der Provinz-/Territorialgesetzgeber die Möglichkeit haben, befristet auf fünf Jahre, bestimmte Rechte und Freiheiten durch ein entsprechendes Gesetz außer Kraft zu setzen. ⁷⁴⁹ Es besteht hier die rechtliche Möglichkeit, dass diese Befristung beliebig oft wiederholt werden kann.

»Exception where express declaration

33 (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

[....]

Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

⁷⁴⁴ Horner (2007: S. 226).

⁷⁴⁵ Horner (2007: S. 216); Mintz/Close/Croci (2015: S. 284).

⁷⁴⁶ Mintz/Close/Croci (2015: S. 285).

⁷⁴⁷ Bpb (2015).

⁷⁴⁸ Horner (2007: S. 216).

⁷⁴⁹ Horner (2007: S. 226); Mintz/Close/Croci (2015: S. 287).

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).⁷⁵⁰

Aus Art. 33 Abs. 1 CCRF ergibt sich, dass durch den notwithstanding clause die Freiheitsrechte in Art. 2 CCRF, die Justizgrundrechte in Art. 7-14 CCRF und die Gleichheitsrechte in Art. 15 CCRF mit einem entsprechenden Gesetz beliebig oft ausgehebelt werden könnten. Es handelt sich hierbei um wesentliche Rechte, die den Kern der Menschenrechte bilden. Diese können durch den notwithstanding clause für eine unbestimmte Zeit durch ein entsprechendes Bundes- oder Provinz-/Territorialgesetz komplett außer Kraft gesetzt werden.⁷⁵¹ Mit dem notwithstanding clause würde im Anwendungsfalle folglich sogar das Prinzip, dass Bundesrecht dem Landesrecht vorgeht, aus Art. 52 Constitution Act 1982 durchbrochen.

Eine Wesensgehaltsgarantie sowie die Anerkennung notstandsfester Menschenrechte ist damit in der Canadian Charter of Rights and Freedoms nicht enthalten.

Hieraus ergibt sich, dass die Canadian Charter of Rights and Freedoms keine absoluten, notstandsfesten Menschenrechte kennt und diese zudem in ihrem Wesensgehalt angetastet werden können. Ferner greift der Diskriminierungsschutz hier lediglich, wenn es sich um Handlungen (oder Unterlassungen) handelt, die von Seiten der Regierungen (Bundes- oder Provinz-/Territorialebene) ausgeübt werden und nicht von anderen Individuen, privaten Firmen oder Organisationen.⁷⁵² Eine Drittwirkung der Grundrechte, wie dies in Deutschland inzwischen durchaus anerkannt ist, wird hier abgelehnt.⁷⁵³

Soweit damit eine Rechtsverletzung an Inter* in privaten Krankenhäusern ausgeübt wird, scheidet demzufolge ein Rückgriff auf die Canadian Charter of Rights and Freedoms aus. Mangels entsprechender Beschwerde wurden im Rahmen von Art. 15 CCRF (Gleichheitsrechte) die Rechte von Inter* bislang noch nicht als charter-protected categories anerkannt, doch würde hier eine rechtliche Möglichkeit bestehen. Die Yogyakarta-Prinzipien wurden hier lediglich durch die Anerkennung der Kategorie der sexuellen Orientierung umgesetzt. Ferner ist festzustellen, dass in der Charta keine Vorschriften hinsichtlich des Schutzes der körperlichen und psychischen Integrität enthalten sind.

Canadian Human Rights Act

Der Canadian Human Rights Act (CHRA) wurde als Bundesgesetz ohne Verfassungsrang 1977 noch vor der Canadian Charter of Rights and Freedoms erlassen. Der CHRA

⁷⁵⁰ Art. 33 CCRF.

⁷⁵¹ Anm.d.Verf.: In der aktuellen globalen politischen Situation, in der rechtspopulistische Kräfte weltweit an Einfluss gewinnen, ist dies eine verfassungsrechtliche Schwachstelle. Durch diese Regelung können freiheitliche und demokratische Grundprinzipien sehr schnell und einfach abgeschafft werden, um einem totalitären Regime den Weg zu ebnen.

⁷⁵² CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018).

⁷⁵³ CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018).

findet Anwendung auf die Bereiche der Bundesministerien samt deren Organisationen, Banken, Post, Zoll, staatliche Gefängnisse und das Militär und betrifft hier den Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebung.⁷⁵⁴

Zuständig für Beschwerden nach dem CHRA ist die Canadian Human Rights Commission, die unabhängig von der Regierung arbeitet, das öffentliche Interesse repräsentiert und die Regierung zur Verantwortung ziehen kann.⁷⁵⁵ Im Wege von Mediation versucht sie, die streitigen Vorfälle zu klären.⁷⁵⁶ Erst, wenn eine gütliche Einigung nicht möglich ist, besteht die Möglichkeit, das Canadian Human Rights Tribunal anzurufen.

Inhalt

In Art. 3 CHRA werden die Diskriminierungsverbote genannt, die sich vom Wortlaut her auf Geschlecht, sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität und -ausdruck und genetische Charakteristika beziehen:

»Prohibited grounds of discrimination

3 (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.«

Bereits im Jahr 1996 wurde das Merkmal der sexuellen Orientierung als Diskriminierungsgrund aufgenommen.⁷⁵⁷ Allerdings wurde der CHRA erst im Juni 2017 mit der Verabschiedung von Bill C-16 um die Kategorien gender identity and expression in seinem Wortlaut erweitert und damit die Rechte von Trans* anerkannt.⁷⁵⁸

Schon am 24. August 2017 hat der kanadische Minister für Immigration, Refugees and Citizenship Ahmed Hussen angekündigt, dass ab dem 31. August 2017 die Möglichkeit besteht, in kanadischen Pässen ein »X« als Geschlecht eintragen zu lassen.⁷⁵⁹ Zuständig für die Ausgabe der Pässe ist die Behörde namens Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC) der kanadischen Regierung.⁷⁶⁰ Neben der Ausgabe von Pässen, betrifft der »X«-Geschlechtseintrag auch andere Dokumente⁷⁶¹, die von IRCC ausgegeben werden.⁷⁶² Die IRCC ist damit die erste kanadische Bundesbehörde, die die Vorgaben von Bill C-16 in die Praxis umsetzt.⁷⁶³ Die kanadische Regierung hat ange-

754 Educloi.qc.ca (2017).

755 CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 13.09.2018).

756 CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/our-work> (Stand: 13.09.2018).

757 Government of Canada (2018b).

758 CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/statement-trans-rights-are-finally-human-rights-canadian-law> (Stand: 13.09.2018).

759 Ahluwalia (2017); Busby (2017); Government of Canada (2017).

760 Ahluwalia (2017); Government of Canada (2017).

761 Anm.d.Verf.: Zu nennen wäre hier als Beispiel die *permanent resident card*, die einen Daueraufenthaltstitel darstellt.

762 Ahluwalia (2017); Government of Canada (2017).

763 Ahluwalia (2017); Government of Canada (2017).

kündigt, hinsichtlich anderer Regierungsdokumente, die von anderen Bundesbehörden ausgegeben werden, Bill C-16 entsprechend zügig zu implementieren.⁷⁶⁴

Ferner wird die Multidimensionalität von Diskriminierung in Art. 3.1 CHRA anerkannt:

»Multiple grounds of discrimination

3.1 For greater certainty, a discriminatory practice includes a practice based on one or more prohibited grounds of discrimination or on the effect of a combination of prohibited grounds.«

In Art. 5 CHRA werden die diskriminierenden Handlungen aufgelistet:

»Discriminatory Practices

Denial of good, service, facility or accommodation

5 It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination.«

Der CHRA soll hiernach Menschen in Kanada vor Diskriminierung schützen, wenn diese bei der Bundesregierung angestellt sind oder von Bundesbehörden Dienstleistungen erhalten.⁷⁶⁵ Ebenso gilt dies, wenn es sich anstelle der Bundesregierung um die Selbstverwaltung von First Nations handelt oder von Unternehmen, wie Banken oder Telekommunikationsunternehmen, sofern diese föderal reguliert werden.⁷⁶⁶

Rechtspolitische Würdigung

Bereits mit der erfolgreichen Beschwerde von Christin Milloy aus dem Jahr 2011 (noch bevor Bill C-16 in Kraft trat), gegen Employment and Social Development Canada (ESDC) hat sich die Canadian Human Rights Commission positiv hinsichtlich der Anerkennung von Trans*-Rechten ausgesprochen.⁷⁶⁷ Die Beschwerde war insofern erfolgreich, als ESDC hinsichtlich der Erhebung von Daten im Sozialversicherungsnummernregister in ihren Dokumenten einen dritten Geschlechtseintrag (3rd option) einzufügen und die Option zuzugestehen hatte, dass die Angaben von sex/gender freiwillig sind.⁷⁶⁸ Insoweit werden auch durch diese Änderung Inter* miterfasst, sodass für diesen Bereich eine Anerkennung vor dem Gesetz besteht.

Durch die Erweiterung des Wortlauts des CHRA um die beiden Merkmale gender identity and -expression mit Bill C-16 werden die Yogyakarta-Prinzipien berücksich-

⁷⁶⁴ Government of Canada (2017).

⁷⁶⁵ CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018).

⁷⁶⁶ CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018).

⁷⁶⁷ CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/joint-news-release-trans-activist-settles-human-rights-case-about-gender-collection-1> (Stand: 13.09.2018).

⁷⁶⁸ CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/joint-news-release-trans-activist-settles-human-rights-case-about-gender-collection-1> (Stand: 13.09.2018).

tigt. Die Möglichkeit, in Pässen und künftig in anderen Bundesregierungsdokumenten einen Geschlechtseintrag mit »X« vornehmen zu lassen, stellt eine erste rechtliche Anerkennung von Inter*-Rechten dar. Die Zuordnung erfolgt hier über die Kategorie gender identity and expression. Die Möglichkeit eines geschlechtsneutralen Geschlechtseintrags wurde von Seiten der Lobbygruppen positiv begrüßt und in der Presse selbst in Deutschland gewürdigt.⁷⁶⁹ Kanada ist damit das erste Land auf dem amerikanischen Kontinent, das einen solchen Eintrag Stand 2018 zulässt.⁷⁷⁰

Auch wenn diese rechtliche Option weltweit für Anerkennung gesorgt hat, ist dennoch festzustellen, dass diese Möglichkeit bislang nur für die Ausgabe von offiziellen Regierungsdokumenten auf Bundesebene wie Reisepass oder Personalausweis besteht. Nicht erfasst sind hiervon andere Dokumente, die einen Geschlechtseintrag enthalten, wie Krankenversichertenkarten, Führerscheine oder Geburtsurkunden.⁷⁷¹ Für deren Ausstellung sind wiederum nach Provinz-/Territorialrecht die Regierungen auf Provinz- oder Territorialebene zuständig.⁷⁷²

Hinsichtlich der diskriminierenden Praktiken in Art. 5 CHRA könnte diese Vorschrift auf die Behandlung von intergeschlechtlichen Kindern in staatlichen Krankenhäusern Anwendung finden. Intergeschlechtliche Kinder würden nach lit. b) negativ im Unterschied zu anderen Menschen, insbesondere Erwachsenen, behandelt werden, da von Erwachsenen die Einwilligung in die Behandlung eingeholt werden kann und muss. Bei Kindern ist dies indes nicht möglich, solange sich das Kind selbst noch nicht mitteilen kann oder auch noch nicht über die nötige Entscheidungsreife verfügt. Da es allerdings keine absoluten Rechte nach der kanadischen Rechtsauffassung gibt, würde an dieser Stelle die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter im Rahmen der elterlichen Sorge die rechtliche Legitimierung für den Eingriff in den kindlichen Körper darstellen.

Festzuhalten ist ferner, dass im CRHA Vorschriften zum Schutz der körperlichen und psychischen Integrität eines Menschen fehlen.

Québec Charter of Human Rights and Freedoms

Die Charter of Human Rights and Freedoms (CHRF) bzw. Charte des droits et libertés de la personne du Québec, ist die Verfassung der Provinz Québec.

Menschenrechtsvorschriften auf Provinz- oder Territorialebene sollen Menschen schützen, soweit es sich um Provinz- oder Territorialgesetzgebung handelt. Die CHRF findet Anwendung auf die Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung wie Bildung (Schulen), Hotel- und Gaststättengewerbe, gewerblicher Handel und Transport, Arbeits- oder Wohnungsmarkt, öffentliche Toiletten, Theater, Kinos und öffentliche Parks zu nennen.⁷⁷³ Zuständig zur Entscheidung über Beschwerden ist die Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Art. 57 CHRF.

769 Busby (2017); Eisele (2017); Thiele (2017).

770 Busby (2017).

771 Ashley (2017).

772 Ashley (2017).

773 CHRC: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/human-rights-in-canada> (Stand: 10.09.2018); Educational.qc.ca (2017).

In Québec hat sich 1963 die Nichtregierungsorganisation *Ligue des droits de l'homme*, heute *Ligue des droits et libertés*, gegründet mit dem Ziel, dass die Regierung ein Gesetz zum Schutz der Menschenrechte erlässt.⁷⁷⁴ Im Oktober 1974 wurde der Entwurf als Bill-50 der Regierung von Québec vorgelegt, am 27. Juni 1975 wurde die *Charter of Human Rights and Freedoms* einstimmig angenommen und am 28. Juni 1976 ist sie in Kraft getreten.⁷⁷⁵

Inhalt

Die Charta ist in sieben Teile und 139 Artikel (sections) unterteilt. Im ersten Teil finden sich *Human Rights and Freedoms*. Der erste Teil untergliedert sich wiederum in die folgenden fünf Kapitel und umfasst 56 Artikel:

- »Chapter I Fundamental Freedoms and Rights
- Chapter I.1 Right to Equal Recognition and Exercise of Rights and Freedoms
- Chapter II Political Rights
- Chapter III Judicial Rights
- Chapter IV Economic and Social Rights
- Chapter V Special and Interpretative Provisions«.

In Kapitel I.1 findet sich in Art. 10 CHRQ das Recht auf Anerkennung vor dem Gesetz sowie das Recht auf Ausübung der Menschenrechte und Freiheiten.

»10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, gender identity or expression, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap. Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.«

Im Jahr 1977 wurde das Merkmal *sexual orientation* in Art. 10 CHRQ hinzugefügt. Damit war die Charta von Québec, das erste kanadische Verfassungsdokument, das die sexuelle Orientierung als Diskriminierungsgrund anerkannt hatte.⁷⁷⁶

Am 10. Juni 2016 wurden durch Bill-103 (»An Act to strengthen the fight against transphobia and improve the situation of transgender minors in particular«) die Kategorien *gender identity or expression* zu den Diskriminierungsgründen in Art. 10 CHRQ hinzugefügt und zugleich die entsprechenden Vorschriften im *Civil Code of Québec* bezüglich des Personenstands geändert.⁷⁷⁷

774 CDPJ: <http://w4.cdpdj.qc.ca/en/droits-de-la-personne/vos-droits/Pages/charte-origine.aspx> (Stand: 14.09.2018).

775 CDPJ: <http://w4.cdpdj.qc.ca/en/droits-de-la-personne/vos-droits/Pages/charte-origine.aspx> (Stand: 14.09.2018).

776 Government of Canada (2018b).

777 Educloqi.qc.ca (2017); Hicks/Pindera (2016).

Rechtspolitische Würdigung

Ähnlich wie schon beim CHRA werden durch die Aufnahme der Kategorien der sexuellen Orientierung, Geschlechtsidentität und -ausdruck die Yogyakarta-Prinzipien umgesetzt. Das Merkmal der sex characteristics in Bezug auf Inter* fehlt jedoch auch hier. Ebenso fehlen Vorschriften hinsichtlich des Schutzes der körperlichen und psychischen Integrität einer Person.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse eine offene und befürwortende Haltung hinsichtlich der Anerkennung von Rechten für Trans* hat. Dies wird dadurch ersichtlich, dass sich auf deren Homepage zahlreiche Materialien zur Information und Aufklärung befinden.⁷⁷⁸ Es ist daher zu erwarten, dass auch die Rechte von Inter* nach der Charta in Québec anerkannt werden würden, sobald eine entsprechende Beschwerde vorliegt.

Personenstandsrecht

Die für diese Arbeit relevanten Vorschriften des Personenstandsrechts in Québec sind im Civil Code of Québec/Code Civil du Québec (CCQ) geregelt.

Rechtsnatur und Inhalt

Der CCQ in der Fassung vom 01. März 2014 ist ein Provinzgesetz und regelt das Zivilrecht in Québec, ähnlich wie das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in Deutschland. Das Zivilrecht unterliegt in Québec der Tradition des civil law.⁷⁷⁹ Der CCQ wurde nach dem Vorbild des französischen Code Napoléon von 1804 verfasst.⁷⁸⁰ Die Erstfassung des CCQ ist 1866 in Kraft getreten.⁷⁸¹

Der CCQ ist in zehn Bücher gegliedert und diese wiederum in Titel und Kapitel. Buch eins regelt das Recht der Personen (law of persons) mit Ausführungen zu bürgerlichen (Menschen-)Rechten in Titel 1.⁷⁸² Titel 2 enthält Persönlichkeitsrechte.⁷⁸³ Hierzu zählen die Integrität der Person im Hinblick auf medizinische Maßnahmen und Kinderrechte. Die Vorschriften zur Integrität der Person sowie zu Kinderrechten stehen hier im CCQ in Bezug zum Arztrecht und werden aufgrund des sachlichen Zusammenhangs erst im anschließenden Abschnitt dieser Arbeit behandelt.

Titel 3 befasst sich mit besonderen Aspekten des Personenstandsrechts hinsichtlich Wahl und Eintrag des Namens, Geschlechtseintrag und -änderung.

»Acts of birth

111. The accoucheur draws up an attestation of birth.

An attestation states the place, date and time of birth, the sex of the child, and the name and domicile of the mother

115. A declaration of birth states the name assigned to the child, the sex and the place,

778 CDPD]: <https://www.cdpdj.qc.ca/en/droits-de-la-personne/motifs/Pages/genre.aspx> (Stand: 14.09.2018).

779 Baudouin (2012: S. XXI).

780 Baudouin (2012: S. XXII).

781 Mintz/Close/Croci (2015: S. 295).

782 Baudouin (2012: S. XXVII).

783 Baudouin (2012: S. XXVII).

date and time of birth of the child, the name and domicile of the father and of the mother, and the family relationship between the declarant and the child. Where the parents are of the same sex, they are designated as the mothers or fathers of the child, as the case may be.«

Es wird hier unterschieden zwischen einer attestation of birth (Geburtsnachweis), die von einem_r Geburtshelfer_in ausgestellt wird und einer declaration of birth (vergleichbar einer Geburtsanzeige), die von einem oder beiden Eltern ausgefüllt und an den civil registrar (Standesamt) weitergeleitet wird, Art. 103, 107 CCQ.⁷⁸⁴ Letztere ähnelt der deutschen Geburtsanzeige durch die Eltern an das Standesamt. Erst danach kann die Ausstellung einer Geburtsurkunde beim Standesamt beantragt werden.⁷⁸⁵ Bei allen drei Dokumenten ist bislang nur ein binärer Geschlechtseintrag möglich.⁷⁸⁶

Dass nur ein binärer Geschlechtseintrag erfolgen kann, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, CCQ, aber aus den zugrunde liegenden Formularen. Weder der CCQ noch andere Gesetze legen fest, wie das Geschlecht bestimmt wird.⁷⁸⁷ Es besteht stattdessen die stillschweigende Grundannahme, dass Geschlecht binär ist.⁷⁸⁸

Rechtspolitische Würdigung

Der CCQ hat seit 2013 wesentliche Änderungen im Bereich der Anerkennung von Trans*-Rechten erfahren, indem inzwischen für die Vornamens- und die Geschlechtsänderung (Art. 70, 71 CCQ) keine geschlechtsverändernden Operationen mehr erforderlich sind.⁷⁸⁹ Die zugrunde liegende Rechtsverordnung wurde bereits im Dezember 2013 verabschiedet, ist jedoch erst am 01. Dezember 2015 in Kraft getreten.⁷⁹⁰ Hinsichtlich der Anerkennung von Inter*-Rechten ist dies jedoch ohne Belang. Die Änderung des Geschlechtseintrags lässt auch hier nur den Eintrag des anderen Geschlechts zu, verbleibt also im binären System, und ermöglicht gerade keine neutrale dritte Option. Bei der Neuausstellung einer Geburtsurkunde ist nach wie vor nur ein binärer Geschlechtseintrag möglich.

Im Vergleich zu Québec, ist es in der Provinz Ontario seit Mai 2018 möglich, einen geschlechtsneutralen Eintrag in der Geburtsurkunde zu haben.⁷⁹¹ In den Nordwestterritorien sowie in der Provinz Neufundland und Labrador ist eine entsprechende non-binäre Geburtsurkunde seit 2017 erhältlich.⁷⁹² Alberta war im Dezember 2016 die erste kanadische Provinz, die es laut ihrer Gesetzgebung ermöglichte, bei den sogenannten vital statistics records, wie Geburts- und Sterbeurkunden sowie Führerschein und Krankenversichertenkarte geschlechtsneutrale Einträge vornehmen zu lassen.⁷⁹³

784 Directeur de l'état civil Québec (2016); Euducaloi.qc.ca (2018).

785 Directeur de l'état civil Québec (2018); Euducaloi.qc.ca (2018).

786 Directeur de l'état civil Québec (2016); Directeur de l'état civil Québec (2018); Euducaloi.qc.ca (2018).

787 Needham (2011).

788 Needham (2011).

789 Pucci (2015).

790 Pucci (2015).

791 Jao (2018).

792 Jao (2018).

793 Faiz (2018).

Seit Dezember 2015 ist ein Rechtsstreit⁷⁹⁴ am Superior Court in Montréal anhängig, mit dem Ziel u.a. die Art. 111, 115, 116, 124, 126 CCQ dahin gehend zu ändern, dass geschlechtsneutrale Einträge in der Geburts- und Sterbeurkunde möglich sind. Zur Begründung des Antrags wird vorgetragen, dass die Rechte aus der Canadian Charter of Rights and Freedoms sowie die Rechte aus der Charter of Human Rights and Freedoms von Québec verletzt sind.⁷⁹⁵

Arztrecht

Für das Arztrecht in Québec werden die Vorschriften aus dem CCQ im Zusammenhang mit den Kinderrechten sowie aus dem Code of Ethics of Physicians Québec analysiert. Es werden zunächst inhaltlich die beiden Rechtstexte vorgestellt und die rechtspolitische Würdigung für beide Texte gemeinsam vorgenommen, da dies nach Ansicht der Verfasserin am sinnvollsten erscheint.

Civil Code of Québec

Der CCQ enthält in Titel 2 Regelungen zu medizinischen Eingriffen im Zusammenhang mit der Integrität der Person und der Einwilligung in die medizinische Behandlung sowie hinsichtlich der Berücksichtigung von Kinderrechten.

»Title Two – Certain personality rights

Chapter I – Integrity of the Person

11. No person may be made to undergo care of any nature, whether for examination, specimen taking, removal of tissue, treatment or any other act, except with his consent [...]

If the person concerned is incapable of giving or refusing his consent to care, [...] a person authorized by law or by mandate given in anticipation of his incapacity may do so in his place.

12. A person who gives his consent to or refuses care for another person is bound to act in the sole interest of that person, taking into account, as far as possible, any wishes the latter may have expressed.

If he gives his consent, he shall ensure that the care is beneficial notwithstanding the gravity and permanence of certain of its effects, that it is advisable in the circumstances and that the risks incurred are not disproportionate to the anticipated benefit.

13. Consent to medical care is not required in case of emergency if the life of the person is in danger or his integrity is threatened and his consent cannot be obtained in due time.

It is required, however, where the care is unusual or has become useless or where its consequences could be intolerable for the person.

14. Consent to care required by the state of health of a minor is given by the person having parental authority or by his tutor.

A minor 14 years of age or over, however, may give his consent alone to such care. If his state requires that he remain in a health or social services establishment for over 12

794 Centre for Gender Advocacy c. Québec (Attorney General), 2015 QCCS 6026 (CanLII).

795 Centre for Gender Advocacy c. Québec (Attorney General), 2015 QCCS 6026 (CanLII).

hours, the person having parental authority or tutor shall be informed of that fact. [...] 18. Where the person is under fourteen years of age or is incapable of giving his consent, consent to care not required by his state of health is given by the person having parental authority or the mandatory, tutor or curator; the authorization of the court is also necessary if the care entails a serious risk for health or if it might cause grave and permanent effects.«

Im darauffolgenden Kapitel II geht es um den Respekt von Kinderrechten:

»32. Every child has a right to the protection, security and attention that his parents or the persons acting in their stead are able to give to him.

33. Every decision concerning a child shall be taken in light of the child's interests and the respect of his rights.

Consideration is given, in addition to the moral, intellectual, emotional and physical needs of the child, to the child's age, health, personality and family environment, and to the other aspects of his situation.

34. The court shall, in every application brought before it affecting the interest of a child, give the child an opportunity to be heard if his age and power of discernment permit it.«

Code of ethics of physicians

Der Code of ethics of physicians in Québec (CEPQ) in der Fassung vom 26. November 2002 ist ein Provinzgesetz, da der Bereich Gesundheitsfürsorge (health care) zu der Gesetzgebung der einzelnen Provinzen und Territorien gehört.⁷⁹⁶ Der CEPQ ist Ausfluss des Professional Code von 1973.⁷⁹⁷ Er bezieht sich allgemein auf das Verhalten von Ärzte_innen ihren Patient_innen gegenüber, ohne bestimmte Gruppen von Patient_innen näher zu bestimmen.

Inhalt

»2.03.06. The physician must, where his moral or religious convictions prevent him from prescribing or dispensing a treatment that may be appropriate, acquaint his patient with these factors; he must also advise him of the possible consequences of not receiving such treatment.

2.03.07. A physician must not interfere in the personal affairs of his patient in matters that are not within medical competence so as not to unduly restrict his patient's autonomy. [...]

2.03.09. A physician must seek to establish a relationship of mutual trust between the patient and himself and refrain from practising his profession in an impersonal manner. [...]

2.03.11. The physician must collaborate with his patient, his patient's relatives or any other person, in the legitimate interest of that patient.[...]

796 CIC (2012: S. 33).

797 Collège des médecins du Québec (2009: S. 94).

2.03.28. Except in an emergency, a physician must, before undertaking an investigation, treatment or research, obtain informed consent from the patient or his representative or any persons whose consent may be required by the law. [...]

2.03.31. The medical assessor or medical expert who examines a patient must:

- (a) acquaint that patient with the purpose of his work;
- (b) avoid requesting from that patient or giving him information or interpretations which are not pertinent to his work;
- (c) refrain, without just cause, from any word or gesture that could lessen the confidence of the patient in his physician;
- (d) communicate his report to the person or agency that requested the medical assessment or expertise. [...]

2.03.38. A physician must be loyal, honest and attentive to his patient.«

Rechtspolitische Würdigung

Das Recht auf körperliche Integrität ist in Québec nicht in der Verfassung, sondern im Civil Code in Art. 10 CCQ verankert.

Für einen medizinischen Eingriff ist die Einwilligung der beteiligten Person erforderlich. Insbesondere ist die Einwilligung nach Art. 11 CCQ erforderlich, wenn es sich um eine medizinische Maßnahme handelt. Ist die Person einwilligungsunfähig oder minderjährig, handelt an ihrer Stelle ein_e gesetzliche_r Vertreter_in, Art. 11 S. 2, Art. 14 CCQ. Dies ergibt sich ebenso aus sect. 2.03.28 CEPQ. Das Alter der Einwilligungsfähigkeit liegt in Québec bei 14 Jahren, Art. 14 S. 2 CCQ.

Die Kindeswohlinteressen sind bei allen Entscheidungen, die das Kind betreffen zu berücksichtigen, Art. 32, 33 CCQ. Das Kind hat nach Art. 34 CCQ das Recht, angehört zu werden, wenn dies nach seinem Alter und seiner Einsichtsfähigkeit her möglich ist. Dies bedeutet, dass auch im medizinischen Kontext ein minderjähriges Kind immer angehört werden muss. Für Kinder unter 14 Jahren kommt es auf deren Einsichtsfähigkeit an.

Bislang wurde vom Supreme Court of Canada erst ein Fall entschieden, indem das Sorgerecht von gesetzlichen Vertreter_innen in medizinische Eingriffe einzuwilligen, beschränkt wurde.⁷⁹⁸ Es handelt sich um die Einwilligung in die Sterilisierung eines minderjährigen Kindes mit einer geistigen Behinderung.⁷⁹⁹ Dem Kind sollte aus nicht-therapeutischen Gründen die Gebärmutter entfernt werden (Hysterektomie).⁸⁰⁰ Der Supreme Court of Canada hat sich hier für ein Verbot der Sterilisation zu nicht-therapeutischen Zwecken an einwilligungsunfähigen Personen ausgesprochen:

»The irreversible and serious intrusion [of a sterilization procedure] on the basic rights of the individual is simply too great to allow the court to act on the basis of possible advantages which, from the standpoint of the individual, are highly debatable.«⁸⁰¹

798 CMPA (2016: S. 25); E. (Mrs.) v. Eve, [1986] 2 SCR 388, 1986 CanLII 36 (SCC).

799 E. (Mrs.) v. Eve, [1986] 2 SCR 388, 1986 CanLII 36 (SCC).

800 E. (Mrs.) v. Eve, [1986] 2 SCR 388, 1986 CanLII 36 (SCC).

801 CMPA (2016: S. 25); E. (Mrs.) v. Eve, [1986] 2 SCR 388, 1986 CanLII 36 (SCC).

Selbst wenn eine Sterilisation aufgrund therapeutischer Notwendigkeit von medizinischer Seite aus angeraten sein mag, muss eine Abwägung zwischen medical benefits und der Schwere des Eingriffs in die physische und psychische Integrität der einwilligungsunfähigen Person getroffen werden.⁸⁰² In solchen Fällen soll die Meinung von psychiatrischer Seite und gegebenenfalls noch eine weitere Expert_innen-meinung eingeholt werden.⁸⁰³

Im Falle von einwilligungsunfähigen Inter*Kindern wird es also darauf ankommen, ob die Entfernung der Gebärmutter aus therapeutischen Gründen erfolgt oder nicht. Erfolgt dies nicht aus rein therapeutischen Gründen, würde sich aus der obigen Entscheidung des Supreme Court of Canada ein Einwilligungsverbot ableiten lassen. Hieraus folgt zudem eine Einschränkung der elterlichen Sorge und auch der medizinischen Handlungsbefugnis.

In den Fällen, in denen therapeutische Gründe vorliegen, muss nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die oben erwähnte Abwägung erfolgen. Art. 18 CCQ verlangt bei gravierenden Eingriffen, wozu auch die Sterilisation zählt, allerdings die Zustimmung des Gerichts.⁸⁰⁴

Der Code of ethics of physicians hat als zentrale Prinzipien den Respekt vor der Würde und dem Leben jedes einzelnen Menschen verbunden mit einem Diskriminierungsverbot.⁸⁰⁵ Daneben gibt es das weitere Hauptprinzip der Freedom of Choice and Consent.⁸⁰⁶ Dies betrifft die Freiheit hinsichtlich der Wahl des_r behandelnden Mediziners_in sowie die Einwilligung zu erteilen. Hinsichtlich des Erfordernisses der Einwilligung geht der Code of ethics of physicians hier weiter als der CCQ, indem sich die erteilte Einwilligung nicht auf Maßnahmen erstreckt, die medizinisch nicht notwendig sind (the patient's consent does not authorize practitioners to perform acts that are not medically required).⁸⁰⁷

Anders als im deutschen Recht, wo inzwischen die Schriftform für die Dokumentation der Einwilligung erforderlich ist, kann diese in Québec auch mündlich erteilt werden.⁸⁰⁸ Ähnlich wie in Deutschland muss vor der Erteilung der Einwilligung von medizinischer Seite über Diagnose, Art und Nebenwirkungen sowie Alternativen des Eingriffs aufgeklärt werden.⁸⁰⁹ Die beteiligten Menschen haben jederzeit das Recht Fragen zu stellen.⁸¹⁰ Ferner sind die Mediziner_innen verpflichtet, sicherzustellen, dass die zu behandelnden Menschen und gegebenenfalls deren gesetzliche Vertreter_innen die Aufklärung in die beabsichtigte Behandlung auch verstanden haben.⁸¹¹

Hinsichtlich ihres Verhaltens den zu behandelnden Personen gegenüber sollen Mediziner_innen ein vertrauensvolles Verhältnis schaffen, das von Loyalität, Ehrlichkeit

802 CMPA (2016: S. 25).

803 CMPA (2016: S. 25).

804 CMPA (2016: S. 25).

805 Collège des médecins du Québec (2009: S. 68).

806 Collège des médecins du Québec (2009: S. 68).

807 Collège des médecins du Québec (2009: S. 68).

808 Evans (2016).

809 Evans (2016).

810 Evans (2016).

811 Evans (2016).

und Fürsorge gekennzeichnet ist. Der Code of ethics of physicians verbietet explizit diskriminierendes und entwürdigendes Verhalten gegenüber behandelnden Menschen.

In Québec werden geschlechtsverändernde Operationen und Behandlungen von wenigen spezialisierten Ärzt_innen in den drei Krankenhäusern, CHUL⁸¹², Sainte-Justine und Montreal's Children ausgeführt, die sich alle in Montréal befinden.⁸¹³

Obwohl das Gesetz die vorherige umfassende Aufklärung und Einwilligung der zu behandelnden Menschen verlangt, wird dies im Falle von Inter*Kindern nicht umgesetzt. Vielmehr wird vom Comité Visibilité Intersexe kritisiert, dass die Entscheidung über eine solche Behandlung bis heute von medizinischer Seite vorgenommen wird.⁸¹⁴

Nach dem Arztrecht in Québec ergeben sich damit Grenzen der ärztlichen Behandlung und der elterlichen Sorge, wenn dies die Sterilisation aus nicht-therapeutischen Gründen betrifft. Mangels anhängiger oder bereits entschiedener Rechtsfälle gibt es bislang allerdings keine Rechtsprechung und keine Änderung der medizinischen Praxis hinsichtlich geschlechtsverändernder Operationen an Inter*Kindern.

812 Anm.d.Verf.: Centre hospitalier de l'Université de Montréal.

813 Bastien Charlebois/Dagenais/Gosselin (2015: S. 12).

814 Bastien Charlebois/Dagenais/Gosselin (2015: S. 12 mit weiteren Verweisen).