

G-BA, ein gestuftes System von Folgen der Nichteinhaltung von Qualitätsanforderungen nach den §§ 136 bis 136c SGB V festzusetzen; allerdings ist seither nur in wenigen Fällen das passiert, was der G-BA sich selbst in der QFD-RL als einer Art Rahmenrichtlinie in Konkretisierung des Gesetzes vorgegeben hat: Es fehlt in weiten Teilen an der themenspezifischen Umsetzung in den einzelnen Richtlinien. Vor diesem Hintergrund bleibt es in der Tat abzuwarten, ob sich das höchste Sozialgericht die Sichtweise des LSG Sachsen-Anhalt vom Herbst 2023 zu eigen machen wird und sich bei Fallgestaltungen, die einen Zeitraum nach dem 1. 1. 2016 betreffen, durch § 137 SGB V an der bislang angenommenen Verknüpfung von Missachtung und Vergütungswegfall gehindert sehen wird. Man sollte eigentlich nicht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung wetten, aber wenn man es täte, besteht wohl eher wenig Hoffnung für die Leistungserbringer.

Dass die Sichtweise des BSG angesichts der Tatsache, dass der BGH die vermeintlich „streng formale Betrachtungsweise“ des BSG übernommen hat, nicht nur vergütungsrechtliche Konsequenzen, sondern auch „kaum abzuschätzende und unverhältnismäßige Strafbarkeitsrisiken“ mit sich bringt, darf hierbei nicht aus dem Blick geraten<sup>77</sup>.

Gefordert ist allen voran der G-BA selbst, der jetzt endlich das umsetzen sollte, was § 137 SGB V ihm abverlangt. Aber auch das BMG als Aufsichtsbehörde und letztlich der

Gesetzgeber werden sich fragen lassen müssen, wie lange sie den aktuellen Rechtszustand noch hinnehmen wollen.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

77) So *Prütting/Wolk*, JZ 2022, 1101, die zugleich kritisieren, dass auch das BVerfG als „Steigbügelhalter“ dieser Betrachtungsweise fungiert, ohne sie hinreichend zu hinterfragen.

<https://doi.org/10.1007/s00350-024-6737-4>

## Zur (Un-)Zulässigkeit geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen bei Transidentität und Intergeschlechtlichkeit: Ein vergleichender Blick aus Sicht des Strafrechts\*

Nina Schrott

*Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage der Rechtmäßigkeit- bzw. Rechtswidrigkeit geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen bei transidenten wie intergeschlechtlichen Personen als grundsätzlich tatbestandlichen Körperverletzungen i. S. d. §§ 223 ff. StGB. Nach Klärung der begrifflichen, medizinischen und rechtlichen Grundlagen werden hierzu die Möglichkeiten ausgelotet, die nach aktueller Rechtslage für die Betroffenen (bzw. deren Eltern) bestehen, in derartige Eingriffe (stellvertretend) einzuwilligen. Anstatt hierbei allein auf die (nicht) bestehende Heilanzeigen einer Maßnahme abzustellen, werden weitere „Zwischenindikationen“ vorgeschlagen, um sachgerechtere Einwilligungsergebnisse zu erzielen. Ein Vergleich der beiden Behandlungsgebiete offenbart Gemeinsamkeiten wie Unterschiede in der strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbewertung und ihrer Begründung.*

### I. Einleitung

Ob, wann und wie geschlechtsangleichende Behandlungsmaßnahmen bei transidenten bzw. intergeschlechtlichen Personen durchgeführt werden dürfen, ist nach wie vor Gegenstand zum Teil heftiger gesellschaftspolitischer wie (rechts-)wissenschaftlicher Debatten<sup>1</sup>. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen dabei neben sozialrechtlichen Fragen

hinsichtlich der Kostenübernahme sowie personenstandsrechtlichen Angelegenheiten („Drittes Geschlecht“) insbesondere der „richtige“ Umgang mit Behandlungswünschen transidenter Minderjähriger sowie das – inzwischen in § 1631e BGB zumindest teilnormierte – Verbot von Anpassungseingriffen an Kindern mit Varianten der Geschlechterentwicklung. Dagegen werden geschlechtsangleichende Maßnahmen an Erwachsenen kaum einmal gesondert in den Blick genommen.

Auch eine spezifische Gegenüberstellung der beiden Phänomene findet sich trotz unübersehbarer Wesensverwandtschaft vergleichsweise selten<sup>2</sup>. Stattdessen kommt es

\* Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verf. am 11. 11. 2023 auf einer Sitzung des AWMF-Arbeitskreises „Ärzte und Juristen“ in Dresden gehalten hat. Für die Veröffentlichung wurde der Text aktualisiert und erweitert.

1) Vgl. z. B. *Novotny*, ZEIT Magazin Nr. 26/2022; *Lindenberg*, MedR 2019, 208; *Lindenberg*, Rechtsfragen medizinischer Intervention, 2020; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020; *Schrott*, medstra 2021, 358; *Wagner/Hiort/Frieltz*, Pädiatrie up2date, 18 (2023), 207.  
2) Aus der jüngeren Vergangenheit aber *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023; *Maurer*, Die Behandlung trans- und intergeschlechtlicher Personen im deutschen Recht de lege lata und de lege ferenda, in: *Januszkiewicz et al.*, Geschlechterfragen im Recht, 2021, S. 151; vgl. auch *Groß/Neuschäfer-Rube/Steinmetzer* (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, 2008.

entweder zu einer in der Regel unbeabsichtigten inhaltlich-materiellen Vermengung (bisweilen gar Verwechslung) von Transidentität und Intergeschlechtlichkeit<sup>3</sup> oder aber die beiden Bereiche werden lediglich formal *miteinander* abgehandelt, nicht aber inhaltlich *aufeinander* bezogen. Dabei kann ein dezidiert vergleichender Blick durchaus erhellend sein, macht er doch parallele Argumentationsstrukturen deutlich, deckt bestehende rechtliche wie tatsächliche Divergenzen auf und verhindert so sowohl die unbedachte, relevante Unterschiede einblendende Übertragung von transidenten Begründungszusammenhängen auf intergeschlechtliche Sachverhalte (*vice versa*) als auch eine Überdifferenzierung zwischen beiden Komplexen durch das Generieren künstlicher Unterschiede.

Der vorliegende Beitrag wählt daher einerseits eine umfassende, keine Personengruppe ausschließende Perspektive; andererseits sollen im Rahmen einer vergleichenden Abschlussanalyse insbesondere auch Erklärungsansätze für Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der rechtlichen Bewertung beider Behandlungsfelder in den Fokus rücken (VI.). Hierzu werden zunächst die begrifflichen, medizinischen und rechtlichen Grundlagen geschlechtsangleichender Maßnahmen knapp erläutert (II.), einige Vorüberlegungen zum Indikationsbegriff bei Transidentität und Intergeschlechtlichkeit getätigt (III.) sowie Zulässigkeitsfragen geschlechtsangleichender Maßnahmen bei trans- wie intergeschlechtlichen einwilligungsfähigen und -unfähigen Personen geklärt (IV. und V.). Der Beitrag endet mit einem kurzen Fazit (VII.).

## II. Grundlagen

### 1. Medizinisch-begriffliche Verortung

Zur terminologischen Rekapitulation seien zunächst noch einmal knapp und in etwas vereinfachter Form die wesentlichen Begrifflichkeiten nachvollzogen:

#### a) Intergeschlechtlichkeit und Transidentität

Unter *intergeschlechtlichen*<sup>4</sup> bzw. *intersexuellen* Personen (auch: Differences of Sex Development – DSD/Varianten der Geschlechtsentwicklung) versteht man Menschen, deren geschlechtliche Entwicklung von der üblichen („normalen“) Geschlechtsentwicklung abweicht, indem sich inneres und/oder äußeres Genitale im Widerspruch zur chromosomalen Geschlechtsdeterminierung befinden („biologische Uneindeutigkeit“)<sup>5</sup>. Einfacher ausgedrückt: Chromosomen, Gene, Keimdrüsen, Hormone und innere und äußere Geschlechtsorgane und Geschlechtsmerkmale einer Person entsprechen nicht alle demselben, d.h. weiblichen bzw. männlichen, Geschlecht.

Dagegen bezeichnet *Transidentität* (auch: Transgeschlechtlichkeit bzw. Transsexualität) die Inkongruenz der biologisch eindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmale eines Menschen mit seiner erlebten Geschlechtszugehörigkeit<sup>6</sup>. Die empfundene Geschlechtsidentität stimmt nicht mit dem bei Geburt zugewiesenen (biologisch eindeutigen) Geschlecht überein. Die Betroffenen haben das Gefühl, „im falschen Körper“ gefangen zu sein. Dabei wird die dauerhafte Gewissheit, sich dem (in aller Regel)<sup>7</sup> biologisch anderen Geschlecht zugehörig zu fühlen, die Ablehnung der mit dem biologischen Geschlecht verbundenen Rollenerwartungen und der drängende Wunsch, sozial und juristisch anerkannt im gewünschten Geschlecht zu leben, als *Geschlechts- bzw. Genderinkongruenz* bezeichnet<sup>8</sup> (vgl. ICD-11, 17 HA60/61<sup>9</sup>). Tritt ein erheblicher Leidensdruck hinzu, spricht man von *Geschlechtsdysphorie* (vgl. DSM-5)<sup>10</sup>.

#### b) Sex, Gender und Geschlechtsidentität

Sex ist als biologisches Geschlecht zu verstehen. Gender hingegen meint das sog. soziale Geschlecht, mithin die gesell-

schaftlich geprägte und individuell erlernte Geschlechterrolle. Der Begriff *Geschlechtsidentität* (*gender identity*) bezieht sich wiederum auf das subjektive Geschlechtererleben einer Person und ist damit Ausdruck des psychischen Geschlechts<sup>11</sup>. Dieses präsentiert sich als Ergebnis eines psychosozialen Interaktionsprozesses, der seinerseits von vielen verschiedenen Faktoren beeinflusst wird. Insbesondere kommen hierbei die Faktoren Anlage und Erziehung („nature vs. nurture“) zum Tragen<sup>12</sup>.

#### c) Geschlechtsangleichende Maßnahmen

Unter geschlechtsangleichenden (z. T. auch -bestimmenden, -anpassenden, -vereindeutigenden oder -zuweisenden)<sup>13</sup> Maßnahmen versteht man medizinische Eingriffe, die dazu führen sollen, dass das grundsätzlich eindeutige biologische Geschlecht einer Person so weit wie möglich und gewünscht an das erlebte (andere) Geschlecht angenähert wird (bei Transidentität) bzw. intergeschlechtliche Personen im gewünschten Umfang biologisch „vereindeutigt“ werden.

Der Begriff umfasst typischerweise endokrine Therapien (d.h. gegengeschlechtliche Hormonbehandlungen und Sexualhormonersatztherapien), Epilationsbehandlungen, die Mastektomie (Entfernung der Brustdrüsen), die Mammaaugmentation (Brustvergrößerung), genitalangleichende operative Maßnahmen (d.h. feminisierende und maskulinisierende Operationen), Gonadektomien (Entfernung der Keimdrüsen) sowie Stimm-, Sprech- und Sprachtherapien<sup>14</sup>. Der Fokus dieses Beitrags liegt auf der Vornahme genitalangleichender operativer Maßnahmen als eingriffintensivster Behandlungsmaßnahme. Gleichwohl gelten die dahingehenden Überlegungen – zumindest dem Grunde nach – in weiten Teilen auch für die übrigen Therapiemaßnahmen.

### 2. Rechtliche Grundlagen medizinischer Behandlungsmaßnahmen (auch) bei Transidentität und Intergeschlechtlichkeit

Wie bei grundsätzlich jeder medizinischen Maßnahme lassen sich auch bei Eingriffen bei Trans- und Intergeschlecht-

- 3) So geschehen z.B. bei *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 129, Rdnr. 6.
- 4) Die Begrifflichkeit wird inzwischen auch in § 9 Nr. 3 SGB VIII verwendet.
- 5) Ausführlich zu den terminologischen und medizinischen Grundlagen *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 50 ff., 58 ff.; *Lindenberg*, *Rechtsfragen medizinischer Intervention*, 2020, S. 31 ff., 36 ff. jew. m. w. N.
- 6) Ausführlich *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 7 ff.; *Siedenbiedel*, *Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht*, 2016, S. 32 ff.; *Dorn/Keck*, *gynäkologie + geburtshilfe* 27 (2022), 40.
- 7) Zur geschlechtsangleichenden Operation einer non-binären Person s. aber BSG, Urt. v. 20.10.2023 – B 1 KR 16/22 R.
- 8) *Dorn/Keck*, *gynäkologie + geburtshilfe* 27 (2022), 40.
- 9) ICD-11 (11. Version der internationalen statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme) der WHO, in Kraft getreten am 1.1.2022, abrufbar unter <https://icd.who.int/en> [31.1.2024].
- 10) DSM-5 (5. Auflage des Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) der Amerikanischen Psychiatrischen Gesellschaft (APA). 2022 wurde die überarbeitete Fassung DSM-5-TR (Text Revision) veröffentlicht, vgl. <https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm>; zum Ganzen auch *Harney/Huster/Kohlenbach*, *MedR* 2023, 127, 128; *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 8.
- 11) *Schweizer*, in: *Schweizer/Richter-Appelt*, *Intersexualität kontrovers*, 1. Aufl. 2012, S. 19, 24; *Schweizer/Richter-Appelt*, in: *Briken/Berner*, *Praxisbuch sexuelle Störungen*, 1. Aufl. 2013, S. 77, 78.
- 12) Ausführlich *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 88 ff.
- 13) Die Begrifflichkeiten werden im Rahmen dieses Beitrags synonym verwendet.
- 14) Zusammenfassend *Dorn/Keck*, *gynäkologie + geburtshilfe* 27 (2022), 40, 41 f. Juristische Angleichungsmaßnahmen u.a. nach § 22 Abs. 3 PStG bzw. § 45b PStG bleiben außer Betracht.

lichkeit grob drei rechtliche Dimensionen voneinander unterscheiden:

#### a) Zivil- und Sozialrecht

Auf zivilrechtlicher Ebene erfolgt zunächst der Abschluss eines entsprechenden Behandlungsvertrags (§§ 630a ff. BGB). Hierfür ist grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit der beteiligten Personen erforderlich. Bei minderjährigen Patientinnen und Patienten erfolgt der Vertragsschluss in der Regel als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)<sup>15</sup>. In sozialrechtlicher Hinsicht geht es dagegen um Fragen der Erstattungsfähigkeit und Abrechenbarkeit der medizinischen Leistungen. Relevant wird in diesem Zusammenhang insbesondere § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V, wonach Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung haben, wenn diese notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Jedenfalls in groben Zügen entspricht die „Krankenbehandlung“ damit einer medizinisch indizierten Maßnahme<sup>16</sup>.

#### b) Strafrecht

Im hier primär interessierenden Bereich des Strafrechts wiederum ist grundsätzlich jede medizinische Behandlungsmaßnahme, und damit auch jeder geschlechtsangleichende Eingriff an transidenten und intergeschlechtlichen Personen, als tatbestandliche Körperverletzung (§§ 223 ff. StGB) einzustufen, die jedoch einer Rechtfertigung über das Institut der – ggf. stellvertretenden – Einwilligung zugänglich ist<sup>17</sup>.

### III. (Vor-)Überlegungen zum Indikationsbegriff bei Transidentität und Intergeschlechtlichkeit

Ob geschlechtsangleichende Maßnahmen zulässig im Sinne von (straf-)rechtlich erlaubt sind, hängt deshalb entscheidend davon ab, ob in ihre Vornahme wirksam eingewilligt werden kann. Letzteres – sprich: die Möglichkeit zur Einwilligung – ist wiederum eng verknüpft mit der Klassifizierung eines geschlechtsangleichenden Eingriffs als Heilbehandlung, mithin als medizinisch indizierte, ärztlich angezeigte Maßnahme<sup>18</sup>.

Nach klassischer Lesart kann eine ärztliche Behandlung immer dann als medizinisch indiziert gelten, wenn sie sich auf eine konkret benannte Erkrankung bezieht (Diagnose), im konkreten Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum individuell erstrebten Therapieziel führt (Prognose) und individuelles Risiko, Schwere und Nutzen des Eingriffs in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (Abwägung)<sup>19</sup>.

#### 1. Die fetischisierte Indikation

Nicht selten wird der Indikation dabei, bisweilen auch unter dem „Label“ der Sittenwidrigkeit, die Rolle eines monolithischen Türöffners – bzw. bei Nicht-Indikation eines gestrengen Gatekeepers – zugesprochen. Danach kann in indizierte geschlechtsangleichende Maßnahmen stets, in nicht indizierte Eingriffe nie eingewilligt werden<sup>20</sup>.

Dass zumindest grundsätzlich eine Möglichkeit bestehen muss, in medizinisch angezeigte ärztliche Behandlungen, gleich welcher Art, rechtswirksam einwilligen zu können, leuchtet intuitiv ein und bedarf auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgütererhaltung kaum einer näheren Begründung. Dagegen vermag die bloße Umkehrung des dichotomen Ansatzes – keine Einwilligung (smöglichkeit) bei Nicht-Indikation –, wenn überhaupt, nur auf den ersten Blick zu überzeugen: Denn abgesehen vom Faktum des inzwischen allgemein als zulässig anerkannten kosmetischen, d.h. nicht indizierten, Eingriffs<sup>21</sup> blendet eine dergestaltige Binarität, der Geschlechterbinarität nicht unähnlich,

zahlreiche relevante Zwischenformen und –ausprägungen schlichtweg und ohne Not aus. Im Einzelnen:

#### 2. Unzulänglichkeiten des klassischen Indikationsbegriffs im Bereich Transidentität und Intergeschlechtlichkeit

Virulent werden diese Unzulänglichkeiten der klassischen Dichotomie „indiziert – nicht indiziert“ insbesondere mit Blick auf zwei Indikationsparameter: den der *Diagnose* und den der *Prognose*.

So lässt sich im Bereich der Transgeschlechtlichkeit eine Krankheit im medizinischen Sinne lediglich bei Annahme der Diagnose *Geschlechtsdysphorie* (vgl. DSM-5) feststellen. Besteht dagegen noch kein hinreichender Leidensdruck mit Krankheitswert, steht also „lediglich“ ein Geschlechtsinkongruenzerleben im Raum, wäre der Diagnoseparameter nicht erfüllt – jedenfalls sofern man in diesem Zusammenhang mit weiten Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums primär auf die medizinischen Klassifizierungskategorien abstellt. Denn die aktuelle ICD-11-Klassifikation ordnet Genderinkongruenz ausdrücklich dem Bereich der „Trans-Gesundheit“ zu, möchte also Transgeschlechtlichkeit im Vergleich zur Vorgängernomenklatur des ICD-10 („Störungen der Geschlechtsidentität“) ausdrücklich entpathologisieren<sup>22</sup>. Nach klassisch-binärer Indikationseinwilligungslogik läge daher in diesen Fällen eine nicht indizierte und damit einer Einwilligung unzugängliche Maßnahme vor. Allerdings steht dieses Ergebnis in direktem Widerspruch zur (jedenfalls weitgehend) konsentierten Forderung, transgeschlechtlichen Personen grundsätzlich einen möglichst frühen Zugang zu adäquater Gesundheitsversorgung zu ermöglichen<sup>23</sup>. Gleichzeitig

15) Vgl. *Lauf/Birck*, NJW 2018, 2230, 2233.

16) Ähnlich *Harney/Huster/Kohlenbach*, MedR 2023, 127, 134; *Dieselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 107 f. Zu den materiellen Anforderungen einer „Krankenbehandlung“ *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 27 SGB V, Rdnrn. 12 ff. m. w. N.; vgl. auch *Hauck*, NJW 2013, 3334.

17) So jedenfalls die wohl h. M., s. nur BGHSt 11, 111, 112; 43, 306, 308; *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 223 StGB, Rdnr. 18; *Hardtung*, JuS 2008, 864, 868 f.; zum Streitstand *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser et al.*, StGB, 6. Aufl. 2023, § 228 StGB, Rdnrn. 56 ff.

18) Sie ist aber nicht mit ihr gleichzusetzen. Ausführlich hierzu *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 411 ff., 607 ff.; a. A. jedenfalls hinsichtlich der stellvertretenden Einwilligung *Kern*, NJW 1994, 753, 756.

19) *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 256 f.; vgl. auch *Sternberg-Lieben*, in: FS f. *Seebode*, 2008, S. 401, 412; *Marckmann*, in: *Dörries/Lipp*, Medizinische Indikation, 1. Aufl. 2015, S. 113, 118; *Anschütz*, Indikation, 1982, S. 37; *Kern*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 53, Rdnr. 1; *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. VI, Rdnr. 95.

20) Exemplarisch (auch) zu den Folgen *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 42, Rdnr. 42: „Ärztliche Eingriffe, die eine Geschlechtsanpassung oder -umwandlung zum Gegenstand haben, sind allerdings nur bei Indikation zulässig. [...] Bei fehlender Indikation kommt ein wirksamer Vertrag nicht zustande, und es entsteht ebenso wenig ein Honoraranspruch.“; kritisch hierzu aber z. B. *Nitschmann*, ZStW 2007, 542, 558.

21) Inzwischen wohl ganz h. M., s. nur BGH, NJW 1978, 1206; BGH, NJW 1991, 2349; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 223 StGB, Rdnr. 50 m. w. N.; *Ulsenheimer/Gaede*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2020, Rdnr. 572.

22) S. hierzu bereits Fn. 9; vgl. auch *Dorn/Keck*, gynäkologie + geburtshilfe 27 (2022), 40.

23) Zu den krankensicherungsrechtlichen Folgen s. *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 101 f.; vgl. auch jüngst BSG, Urt. v. 20.10.2023 – B 1 KR 16/22 R.

lässt man außer Acht, dass geschlechtsangleichende Therapiemaßnahmen das Inkongruenzerleben der Betroffenen nachweislich verbessern können<sup>24</sup>.

Im Bereich der Intergeschlechtlichkeit ist es wiederum v. a. der Indikationsparameter Prognose, der bei Anwendung der klassischen Indikationsdefinition Probleme bereitet<sup>25</sup>: Zwar lassen sich unschwer einerseits geschlechtsangleichende Behandlungsmaßnahmen identifizieren, die (eindeutig) medizinisch angezeigt sind, weil sie entweder akute Lebensgefahren abwehren (z. B. bei AGS mit Salzverlust<sup>26</sup>) oder aber konkrete Gesundheitsgefahren beseitigen (z. B. Entfernung einer tumorösen Keimdrüse), bzw. andererseits Eingriffe benennen, die allein der Anpassung an die Zweigeschlechternorm und damit rein kosmetischen Zwecken dienen<sup>27</sup>. Wirklich umstritten sind jedoch vor allem solche Maßnahmen der Geschlechtsangleichung, die, zumeist im Neugeborenen- bzw. frühen Klein(st)kindalter durchgeführt, mit dem jedenfalls primären Ziel unternommen werden, die Entwicklung einer stabilen Geschlechtsidentität der betroffenen Kinder zu gewährleisten – obwohl die diesbezüglichen Erfolgsaussichten solcher frühen Eingriffe mindestens unklar sind, mithin offen ist, ob Risiko, Schwere und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

In beiden Fällen, bei Transidentität wie Intergeschlechtlichkeit, würde eine Gleichsetzung dieser jedenfalls nicht eindeutig indizierten Eingriffe mit rein kosmetischen Maßnahmen jedoch weder der komplexen medizinisch-tatsächlichen Sachlage noch den verfassungsrechtlichen Zielvorgaben im Hinblick auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und freie Entfaltung der Geschlechtsidentität gerecht werden<sup>28</sup>. Es sprechen daher gute Gründe dafür, sich von einem ohnehin nur vermeintlich klaren indikationsbasierten Einwilligungsaufwärtismus zu verabschieden und einen Blick über den indikationszentristischen Tellerrand zu wagen. Danach bildet der materielle Gehalt des Indikationskriteriums zwar nach wie vor einen wichtigen Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeitsbeurteilung geschlechtsangleichender Maßnahmen. Gleichwohl sind Abstufungen dahingehend erforderlich, dass Indikation und Nicht-Indikation einer Maßnahme lediglich die zwei äußeren Pole eines Spektrums der (Un-)Zulässigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen bilden.

### 3. Modifiziert indizierte und fraglich/zweifelhaft indizierte Maßnahmen als mögliche „Zwischenindikationen“

Als weitere „Zwischenindikationen“ werden u. a. die Kategorien der sog. „modifiziert indizierten“<sup>29</sup> (bei Transidentität) bzw. der sog. „fraglich/zweifelhaft indizierten“<sup>30</sup> Maßnahmen (bei Intergeschlechtlichkeit) vorgeschlagen:

Unter *modifiziert indizierten* Maßnahmen sind Behandlungen an transgeschlechtlichen Personen zu verstehen, bei denen mangels ausgeprägten Leidensdrucks (noch) keine psychische Krankheit im Sinne einer Geschlechtsdysphorie diagnostiziert wurde, deren Geschlechtsidentität aber als hinreichend stabil ausgeprägt gilt, d. h. zu einem relativen Abschluss gelangt ist<sup>31</sup>. Hier können angleichende Maßnahme das Inkongruenzerleben nachhaltig vermindern, sodass der Eingriff dann i. S. e. Risiko-Nutzen-Abwägung doch als angezeigt, eben als modifiziert indiziert gelten kann<sup>32</sup>.

*Fraglich/zweifelhaft indizierte* Eingriffe im Bereich der Intersexualität bezeichnen dagegen Maßnahmen, die weder lebenserhaltend sind bzw. konkrete körperliche Funktionsstörungen beseitigen noch allein aus kosmetischen Anpassungsgründen erfolgen. Stattdessen werden sie mit dem Ziel durchgeführt, durch frühe Eingriffe eine stabile Geschlechtsidentitätsentwicklung im Sinne psychosozialer und -sexueller Gesundheit zu gewährleisten, obwohl die Erfolgsaussichten diesbezüglich mindestens unklar sind<sup>33</sup>.

### 4. Zwischenfazit

Damit lassen sich im Bereich der Transidentität grob drei Indikationsstufen unterscheiden<sup>34</sup>:

- (1) Indizierte Maßnahmen: Wegen eines (erheblichen) Leidensdrucks liegt eine psychische Erkrankung i. S. d. DSM-5 (Geschlechtsdysphorie) bzw. ICD-10 („Transsexualismus“) vor; psychiatrische oder psychotherapeutische Maßnahmen sind nicht hinreichend erfolgsversprechend.
- (2) Modifiziert indizierte Maßnahmen: Mangels hinreichenden Leidensdrucks besteht (noch) keine Krankheitsdiagnose; Vorliegen einer stabilen Geschlechtsidentität; unklar, ob hierfür Selbsteinschätzung der Betroffenen oder ärztliche Einschätzung maßgeblich; Therapiemaßnahmen vermindern nachweislich das Inkongruenzerleben.
- (3) Nicht indizierte Maßnahmen: (noch) keine Krankheitsdiagnose; (noch) keine hinreichend stabile Geschlechtsidentität; Therapiemaßnahmen bewirken allenfalls eine vorläufige bzw. vorübergehende Reduktion des Inkongruenzerlebens.

Bei Eingriffen bei Intergeschlechtlichkeit ist wie folgt zu differenzieren<sup>35</sup>:

- (1) Indizierte Maßnahmen: Geschlechtsbestimmende Maßnahmen zur Abwendung von Lebensgefahren, körperlichen Funktionsstörungen und relevant-konkret erhöhten Entartungsrisiken (rein therapeutische geschlechtsbestimmende Maßnahmen).
- (2) Fraglich/zweifelhaft indizierte Maßnahmen: Normanpassende Maßnahmen zur Gewährleistung einer stabilen psychosexuellen und -sozialen Entwicklung

24) So das Ergebnis zahlreicher Studien; s. z. B. *Park et al.*, *Ann. Plast Surg.* 2022, 431; *Meier/Papadopoulos*, *Handchir Mikrochir Plast Chir* 2021, 556; Überblick bei *Coleman et al.*, *International Journal of Transgender Health* 23 (2022), 1, 128 ff.; bzgl. Hormonbehandlungen *Harney/Huster/Kohlenbach*, *MedR* 2023, 127, 130f.; ausführlich *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 121 ff.

25) Dagegen ist der Diagnoseparameter bei Intergeschlechtlichkeit jedenfalls dann unproblematisch zu bejahen, wenn man auf die nach wie vor gebräuchliche (chromosomenkonstellationsbezogene) medizinische DSD-Klassifikation des ICD-11 abstellt, so z. B. jüngst *Wagner/Hiort/Frielitz*, *Pädiatrie up2date*, 18 (2023), 207, 208.

26) Adrenogenitales Syndrom (AGS) mit Salzverlust(krise): Lebensbedrohliche Störung des Mineralhaushalts, die eine (zusätzliche) Hormonsubstitution erforderlich macht.

27) Ausführlich *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 287 ff.

28) Vgl. BVerfGE 147, 1: Schutz der geschlechtlichen Identität durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.

29) Ausführlich *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 110 ff., 116 ff.

30) Ausführlich *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 263 f., 273 ff., 281 f.

31) Ob hierfür auf die Selbsteinschätzung der Betroffenen oder aber die Meinung der (behandelnden) Ärzteschaft zurückgegriffen werden soll, müsste freilich noch geklärt werden. Für ein Abstellen auf „die Selbsteinschätzung des Patienten [...] aus Sicht des Arztes“ *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 140, 112.

32) Vgl. *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 110 ff., 166 f.

33) Vgl. *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 281 f., 263 f.

34) Vgl. auch *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 140 f. Kontraindizierte Maßnahmen bleiben außer Betracht.

35) Ausführlich *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 270 ff., 717.

bei (mindestens) unklaren Erfolgsaussichten (normanpassend-therapiebezogene geschlechtsbestimmende Maßnahmen).

- (3) Nicht indizierte Maßnahmen: Normanpassende Maßnahmen zur kosmetischen „Normalisierung“ ohne therapeutische Zwecksetzung (normanpassend-kosmetische geschlechtsbestimmende Maßnahmen).

#### IV. Die (Un-)Zulässigkeit geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen bei Transidentität

##### 1. Die aktuelle Rechtslage bei transidenten (einwilligungsfähigen) Erwachsenen

###### a) Keine einschlägigen spezialgesetzlichen Regelungen

Die Zulässigkeit geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen bei transsexuellen einwilligungsfähigen Erwachsenen bestimmt sich nach den allgemeinen (straf-)rechtlichen Regeln. Dies liegt schlichtweg daran, dass keine einschlägigen spezialgesetzlichen Vorschriften existieren:

So regelt das Transsexuellengesetz (TSG)<sup>36</sup> lediglich die Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags, mithin Personenstandsangelegenheiten transgeschlechtlicher Menschen. Vorschriften in Bezug auf medizinische Behandlungsmaßnahmen enthält es dagegen nicht<sup>37</sup>. Und auch das geplante „Selbstbestimmungsgesetz“ (SBGG)<sup>38</sup>, welches an die Stelle des TSG treten soll, beinhaltet in seiner Entwurfsfassung keinerlei diesbezüglich relevante Vorschriften<sup>39</sup>.

Die Regelungen des Kastrationsgesetzes (KastrG) sind ebenfalls nicht einschlägig, da selbst bei Gonadektomien die Herbeiführung der Funktionsuntüchtigkeit der Keimdrüsen – anders als im Rahmen des KastrG gefordert – kein primär beabsichtigtes Behandlungsziel darstellt und die Maßnahmen darüber hinaus auch nicht „gegen die Auswirkungen eines abnormen Geschlechtstriebes“ (vgl. § 1 KastrG) gerichtet sind<sup>40</sup>. § 1631c BGB, der ein Sterilisationsverbot für Kinder normiert<sup>41</sup>, sowie § 1631e BGB, der die Behandlung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung regelt, bleiben angesichts ihres insofern eindeutigen Wortlauts ausdrücklich auf (bei § 1631e BGB: intergeschlechtliche) Minderjährige beschränkt, sodass weder für eine direkte noch eine – eine planwidrige Regelungslücke erfordernde – (ggf. doppelt) analoge Anwendung auf transgeschlechtliche Erwachsene Raum bleibt<sup>42</sup>.

Aktuelle Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen der medizinischen Fachgesellschaften wie etwa die AWMF S3-Leitlinie zu Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit (2018)<sup>43</sup> entfalten jedenfalls keine (straf-)rechtliche Bindungswirkung hinsichtlich der Zulässigkeitsbewertung, wenngleich sie für die Bestimmung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte durchaus von Relevanz sind<sup>44</sup>.

In der Folge sind die Eingriffe an den allgemeinen Regeln, insbesondere den zur Einwilligung entwickelten Grundsätzen, zu messen. Nähere Betrachtung verdient hierbei insbesondere die Einwilligungsschranke des § 228 StGB.

###### b) Die Sittenwidrigkeitsklausel des § 228 StGB

aa) Exkurs: Die „Anwendbarkeit“ der Sittenwidrigkeitsklausel bei geschlechtsanpassenden Maßnahmen bei Transidentität und Intergeschlechtlichkeit<sup>45</sup>

Gemäß § 228 StGB zeitigt eine Einwilligung jedenfalls dann keine Rechtfertigungswirkung, wenn die Tat gegen „die guten Sitten“ verstößt. Nach neuerer Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur kommt es dabei allerdings nicht auf etwaige gesellschaftliche Moralvorstellungen und/oder die Verwerflichkeit der mit der Tat verfolgten Zwecke an, sondern entscheidend ist allein die Schwe-

re der hierdurch drohenden Gefahren<sup>46</sup>. Folglich kommt die Sittenwidrigkeitsklausel im Bereich ärztlichen Handelns grundsätzlich nur dann zum Tragen, wenn der Einwilligende durch die Behandlung der konkreten Gefahr schwerwiegender Gesundheitsschädigungen oder gar des Todes ausgesetzt wird. Jedenfalls intersubjektiv einsehbarer, objektiv „vernünftige“ Zwecke wie die medizinische Indikation eines Eingriffs können hierbei allerdings nach ganz überwiegender Meinung sittenwidrigkeitskompensierend herangezogen werden<sup>47</sup>. Zum Teil wird auch die subjektive Vernünftigkeit bzw. Einsehbarkeit des mit der Körperverletzungstat verfolgten Zweckes für ausreichend erachtet<sup>48</sup>.

Wenngleich trans- bzw. intergeschlechtlichen Anpassungsbehandlungen in aller Regel wohl nicht das konkrete Risiko eines tödlichen Verlaufs innewohnt, so stellen sie doch zumeist äußerst eingriffsintensive Maßnahmen dar, die nicht selten einen irreversiblen Substanzverlust zur Folge haben, mit Sterilität einhergehen und im sensiblen Bereich geschlechtlicher Selbstfindung und -bestimmung operieren<sup>49</sup>. Zum Teil fühlen sich Betroffene auch im Nachhinein durch die Eingriffe „verstümmelt“ und damit tatsächlich schwerwiegend an ihrer Gesundheit geschädigt. Hinzukommt die traditionell enge Verquickung von In-

36) Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) v. 10. 9. 1980, BGBl. I S. 1654.

37) § 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG, der das Erfordernis eines geschlechtsändernden operativen Eingriffs für die Feststellung eines geänderten Geschlechtseintrags vorsah, ist mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar und bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung nicht anwendbar (BVerfG, Beschl. v. 11. 1. 2011 – 1 BvR 3295/07, BGBl. I S. 224).

38) Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag; Referentenentwurf abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Synopse/Synopse\\_Selbstbestimmung\\_ReFE.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Synopse/Synopse_Selbstbestimmung_ReFE.pdf?__blob=publicationFile&v=2) [31. 1. 2024].

39) Vgl. Infopapier des BMFSFJ, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/199386/fcbf85e4b7a3219867c9df6e2a2d25dc/selbstbestimmungsgesetz-infopapier-data.pdf> [31. 1. 2024].

40) Ebenso *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht, 2016, S. 137; bzgl. Intergeschlechtlichkeit *Rothärmel*, MedR 2006, 274, 280.

41) Ohnehin ist nach h. M. auch bei § 1631c BGB erforderlich, dass die Sterilität das Primärziel der Behandlung darstellt. Dies ist – wie erwähnt – bei geschlechtsangleichenden Eingriffen grundsätzlich nicht der Fall; vgl. auch *Augstein*, in: *Augstein*, TSG, 1. Aufl. 2012, § 8 TSG, Rdnr. 2.

42) Zum beschränkten Anwendungsbereich des § 1631e BGB *Schwedler*, in: *Gsell et al.* (GesamtHrsg.), BGB, Stand: 1. 3. 2023, § 1631e BGB, Rdnr. 10.

43) Aktuell in Überarbeitung; abrufbar unter: <https://register.awmf.org/de/leitlinien/detail/138-001> [31. 1. 2024].

44) Vgl. BGH, NJW-RR 2014, 1053, 1055; GesR 2008, 361; ArztR 2008, 135; OLG Köln, GesR 2013, 411, 412; *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht, 2016, S. 151 ff.; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 133, 150 m. w. N.; *Ulsenheimer/Gaede*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2020, Rdnrn. 81 ff.

45) Für den Hinweis, auf diesen Aspekt noch einmal gesondert einzugehen, danke ich herzlich Herrn Prof. Dr. *Henning Rosenau*.

46) S. nur BGHSt 49, 34, 42; 49, 166, 170 f.; 60, 166, 176 ff.; *Hardtung*, in: *Erb/Schäfer*, StGB, 4. Aufl. 2021, § 228, Rdnr. 36; *Eschelbach*, in: *von Heintschel-Heinegg*, StGB, 60. Ed. 1. 2. 2024, § 228, Rdnr. 24; ausführlich *Nitschmann*, ZStW 2007, 542, 563 ff.

47) S. nur *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 228 StGB, Rdnr. 6; vgl. auch *Richter*, Indikation und nicht-indizierte Eingriffe, 2018, S. 290 f.

48) So z. B. *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 13, Rdnr. 41, 44c, 47 f.; ebenso *Schroth*, in: FS f. *Volk*, 2009, S. 719, 726 f.; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorgan-spende, 2008, S. 129 ff.

49) Ähnlich *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 140.

dikation und Sittenwidrigkeit, die dazu führt, dass – wie bereits erwähnt – Unzulässigkeitserwägungen hinsichtlich nicht indizierter geschlechtsangleichender Maßnahmen nicht selten unter dem „Label“ der Sittenwidrigkeit geführt werden. Wohl (auch) vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass die Sittenwidrigkeitsbeurteilung von Rechtsprechung und Schrifttum nach wie vor als zentraler Zulässigkeitsaspekt geschlechtsangleichender Maßnahmen behandelt wird<sup>50</sup>.

#### bb) Sittenwidrige geschlechtsangleichende Behandlungen bei Transidentität?

Einig ist man sich inzwischen darüber, dass jedenfalls (eindeutig) indizierte geschlechtsangleichende Maßnahmen bei Transidentität, d. h. letztlich Eingriffe bei diagnostizierter Geschlechtsdysphorie, nicht sittenwidrig sind<sup>51</sup>. Begründet wird dies völlig zu Recht damit, dass diese – so der BGH bereits 1971 – der „Vermeidung schwerster seelischer und körperlicher Beeinträchtigungen“<sup>52</sup> und damit einem intersubjektiv mehr als nachvollziehbaren Zweck dienen<sup>53</sup>.

Dagegen scheinen Rechtsprechung und zumindest Teile der Literatur bei *nicht* indizierten geschlechtsangleichenden Maßnahmen bei Transgeschlechtlichkeit die Sittenwidrigkeit bejahen zu wollen: So heißt es in der oben zitierten Entscheidung des BGH weiter, eine geschlechtsanpassende Operation bei Transidentität könne

„wegen der mit ihr verbundenen Schwere des Eingriffs in organisch gesunde Körperteile und wegen ihrer die gesamte Persönlichkeit verändernden Auswirkung *nur in ganz eindeutigen Ausnahmefällen*, in denen sie zur Vermeidung schwerster seelischer und körperlicher Beeinträchtigungen unerlässlich erscheint, als *nicht sittenwidrig* bewertet werden“<sup>54</sup>.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei einem herabgesetzten Beeinträchtigungsgrad, wie er mangels diagnostizierter Geschlechtsdysphorie *per definitionem* bei modifiziert bzw. nicht indizierten Behandlungsmaßnahmen gegeben ist, Sittenwidrigkeit angenommen werden müsste. Einer solchen Lesart schließen sich ausdrücklich auch *Kern/Rehborn* in ihrem einflussreichen, zuletzt 2019 erschienenen „Handbuch des Arztrechts“ an, in welchem sie geschlechtsanpassende Maßnahmen deshalb auch „nur bei Indikation“ für zulässig erachten<sup>55</sup>.

(Noch) Begründbar bleibt die Annahme von Sittenwidrigkeit allerdings allenfalls in Bezug auf (eindeutig) nicht indizierte Behandlungsmaßnahmen, d. h. bei Eingriffen an Personen mit (noch) nicht im erforderlichen Maße ausgeprägter Geschlechtsidentität. Denn nur in diesen Fällen lässt sich argumentieren, es fehle insofern an einem hinreichend kompensierend wirkenden „vernünftigen“ Eingriffszweck, weil angleichende Maßnahmen bei (noch) instabiler Geschlechtsidentität kaum geeignet erscheinen, das ebenfalls „unstete“ geschlechtliche Inkongruenzerleben tatsächlich dauerhaft und nachhaltig zu verringern<sup>56</sup>. Dagegen greifen diese Argumente nicht hinsichtlich modifiziert indizierter Maßnahmen, da in diesen Fällen zwar noch kein (erheblicher) Leidensdruck mit Krankheitswert besteht, die Therapiemaßnahmen jedoch nachweislich das – jetzt ebenfalls verstetigte – individuelle Inkongruenzerleben zumindest verringern können<sup>57</sup>. Diese Zielsetzung wiederum lässt sich, unabhängig vom Bestehen einer Indikation, zwanglos als intersubjektiv wie subjektiv vernünftig und damit als tauglicher sittenwidrigkeitskompensierender Zweck begreifen<sup>58</sup>.

#### c) Zwischenfazit

Nach überzeugender Ansicht kann daher sowohl in (eindeutig) indizierte wie auch in modifiziert indizierte transgeschlechtliche Maßnahmen wirksam eingewilligt werden.

Eine Einwilligung in (eindeutig) *nicht* indizierte Eingriffe lehnt die wohl h. M. dagegen nach wie vor ab.

#### 2. Die aktuelle Rechtslage bei transidenten einwilligungsfähigen Minderjährigen

Ist der transidente Minderjährige einwilligungsfähig, kann er also nach seiner geistigen und sittlichen Reife Bedeutung und Tragweite des konkreten Eingriffs und seiner Gestattung ermitteln, ist er nach überzeugender, gleichwohl umstrittener Ansicht auch als alleinentscheidungsbefugt anzusehen<sup>59</sup>. Dies gebietet bereits sein verfassungsrechtlich abgesichertes Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG.

Folglich gelten hinsichtlich der Zulässigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen grundsätzlich dieselben Über-

- 50) S. nur BGHZ 57, 63, 71; BVerfGE 49, 286, 299; *Walter*, JZ 1972, 263, 264 ff.; *Correll*, NJW 1999, 3372, 3374; *Nitschmann*, ZStW 119 (2007), 547, 552; *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 137 ff.; *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht, 2016, S. 121; *Pfäfflin*, in: *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 640, 658 f.; vgl. auch *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 149, Rdnr. 81.
- 51) Vgl. BGHZ 57, 63, 71; BVerfGE 49, 286, 299; *Pfäfflin*, in: *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 640, 658; *Nitschmann*, ZStW 2007, 542, 573 ff.; *Walter*, JZ 1972, 263, 264 ff.; *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht, 2016, S. 124 m. w. N.; s. auch *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 129, Rdnr. 5, § 149, Rdnr. 81.
- 52) BGHZ 57, 63, 71; ebenso BVerfGE 49, 286, 299.
- 53) Ausführlich *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 138 f.
- 54) BGHZ 57, 63, 71, Hervorhebungen durch die Verf.; s. auch BVerfGE 49, 286, 299; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 149, Rdnr. 81.
- 55) *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 42, Rdnr. 42; ähnlich *Richter*, Indikation und nicht-indizierte Eingriffe, 2018, S. 301.
- 56) Ähnlich *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 140 f. Selbst bei Anlegen eines subjektiven Vernünftigkeitmaßstabs wäre fraglich, ob eine Entscheidung, die das eigene – subjektive – Inkongruenzerleben allenfalls kurzzeitig lindert, gleichzeitig aber i. d. R. irreversible Folgen zeitigt und damit ein künftiges Reagieren auf das eigene (geänderte) Geschlechtererleben zumindest erheblich erschwert, tatsächlich noch als *nicht* subjektiv defizitär, mithin als autonom zu qualifizieren wäre. Zum Ganzen s. bereits Fn. 48.
- 57) S. hierzu bereits Fn. 24.
- 58) I. E. ebenso *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 138 f.; wohl auch *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht, 2016, S. 125.
- 59) Nach a. A. liegt die primäre Entscheidungsbefugnis bei den Eltern bzw. ist ein Co-Konsens zwischen Eltern und Kind erforderlich; z. T. werden umfassende Veto-Rechte des Minderjährigen statuiert. Ausführlich *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 321 ff. m. w. N. Unbeantwortet muss an dieser Stelle die – ohnehin primär der medizinischen Einzelfallentscheidung überantwortete – Frage bleiben, wann von einer solchen („natürlichen“) Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit des transgeschlechtlichen Minderjährigen auszugehen ist. Angesichts der i. d. R. bestehenden Eingriffstiefe und Komplexität geschlechtsangleichender Maßnahmen wird dies jedoch in aller Regel erst relativ spät anzunehmen sein; ähnlich *Diesselhorst*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 131 f.; bei operativen Eingriffen i. d. R. bei 17–18 Jahren. I. T. anders *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht, 2016, S. 163, die für die Einwilligungsfähigkeit die Geschlechtsidentitätsreife des Minderjährigen „als Grundvoraussetzung“ verlangt.

legungen wie bei transgeschlechtlichen Erwachsenen. Insofern bestehen, zumindest nach hiesiger Sicht, keine relevanten Unterschiede zwischen einwilligungsfähigen Erwachsenen und einwilligungsfähigen Minderjährigen. Insbesondere finden keine einwilligungskompetenz-unabhängigen Spezialregelungen für Nicht-Volljährige Anwendung: § 1631c BGB greift lediglich dann, wenn die Sterilität primäres Ziel der Behandlung ist. Geschlechtsangleichende Maßnahmen bei Transidentität bewirken jedoch allenfalls als nicht abwendbare Nebenfolge die Unfruchtbarkeit der Betroffenen. § 1631e BGB wiederum bleibt in seinem Anwendungsbereich ausdrücklich auf einwilligungsunfähige intergeschlechtliche Kinder beschränkt, sodass mangels planwidriger Regelungslücke auch eine (doppelt) analoge Anwendung auf einwilligungskompetente transidente Minderjährige ausscheiden muss. Den einschlägigen Behandlungsleitlinien und Stellungnahmen der medizinischen Fachgesellschaften fehlt es jedenfalls an (straf-)rechtlicher Verbindlichkeit<sup>60</sup>.

Danach kann der einwilligungsfähige transidente Minderjährige sowohl in indizierte als auch in modifiziert indizierte Behandlungsmaßnahmen wirksam einwilligen. Dagegen ist eine Einwilligung in (eindeutig) nicht indizierte Eingriffe nach h. M. nicht möglich.

### 3. Die aktuelle Rechtslage bei transidenten einwilligungsunfähigen Minderjährigen

#### a) Stellvertretende Einwilligung der personensorgeberechtigten Eltern

Ist der transidente Minderjährige nicht einwilligungsfähig, kommt allein eine stellvertretende Einwilligung (in der Regel) der personensorgeberechtigten Eltern in Betracht. Freilich können diese aber nicht in sämtliche Behandlungsmaßnahmen einwilligen. Denn einerseits sind die Grenzen der stellvertretenden Einwilligung ohnehin enger zu ziehen als die der Einwilligung des Rechtsgutsträgers selbst<sup>61</sup>. Andererseits bildet das Wohl des Kindes die maßgebliche Richtschnur und entscheidende Schranke jeglichen Elternhandelns<sup>62</sup>.

#### b) Keine (spezial-)gesetzlichen Einwilligungsschranken

(Spezial-)Gesetzlich normierte Einwilligungsschranken bestehen hingegen nicht. Insbesondere findet § 1631e BGB auf transidente Personen keine (analoge) Anwendung. Die Sittenwidrigkeit wiederum stellt generell i. R. d. stellvertretenden Einwilligung nach überzeugender Ansicht kein taugliches Kriterium dar bzw. entfaltet in Bezug auf die stellvertretende elterliche Einwilligung jedenfalls keine eigenständige Bedeutung<sup>63</sup>, da ein Handeln entgegen dem Kindeswohl bereits einen Verstoß gegen § 228 StGB impliziert, während schrankenkonformes Handeln niemals sittenwidrig im Sinne des § 228 StGB sein kann<sup>64</sup>.

#### c) Das Kindeswohl als zentrale Schranke der elterlichen Dispositionsbefugnis

Zentrale Schranke der elterlichen Dispositionsbefugnis bleibt damit das Kindeswohl als ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff. Dieses konstituiert sich vor dem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, §§ 1626 ff. BGB sowie den betroffenen Grundrechtspositionen des einwilligungsunfähigen Minderjährigen. Im Falle geschlechtsangleichender Maßnahmen bei Transidentität sind dies v. a. das Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG).

Ob die personensorgeberechtigten Eltern in geschlechtsangleichende Maßnahmen an ihren transidenten Kindern einwilligen können, hängt folglich entscheidend davon ab, ob diese „im Einklang“ mit dem Kindeswohl stehen. Insofern stellen sich schwierige, den hiesigen Rahmen

sprengende Fragen wie etwa die nach einem positiven oder negativen Kindeswohlbegrenzungsstandard (sind nur kindeswohlförderliche oder auch lediglich kindeswohlneutrale Behandlungen zulässig?) bzw. dem Bestehen eines elterlichen Interpretationsprimats hinsichtlich der Kindesinteressen<sup>65</sup>. Diese können aber jedenfalls dann außer Betracht bleiben, wenn die Kindeswohlzu- bzw. -abträglichkeit einer Maßnahme bereits objektiv „vorbeantwortet“ ist, da dann ohnehin kein Raum mehr für einen dahingehenden elterlichen Interpretationsvorrang verbleibt und die Argumentation den Bereich der umstrittenen Kindeswohlneutralität ausspart.

Unzweifelhaft der Fall sein wird dies bei (eindeutig) indizierten geschlechtsangleichenden Maßnahmen bei Transidentität, da in diesen Fällen die medizinische Indikation die Beantwortung der „Nützlichkeitsfrage“ letztlich „objektiv“ vorwegnimmt: Indizierte Maßnahmen dienen „objektiv“ der Gesundheit des Kindes und sind damit objektiv „kindeswohlförderlich“. In ihre Vornahme darf – ggf. muss – stellvertretend eingewilligt werden (können). Ist eine geschlechtsangleichende Maßnahme dagegen (eindeutig) nicht indiziert, so qualifiziert sie die wohl h. M. wie gesehen mangels kompensationsfähigen Behandlungszwecks als sittenwidrig. Es lässt sich daher gut vertreten, das Verdikt der Sittenwidrigkeit enthalte damit – rückübersetzt in Kindeswohlkategorien – bereits eine verobjektivierte Vorfestlegung hinsichtlich der Kindeswohlabträglichkeit dieser Behandlung<sup>66</sup>. Eine elterliche Einwilligungsmöglichkeit müsste dann ausscheiden.

Dagegen bringt eine modifiziert indizierte Indikation zum Ausdruck, dass zwar (noch) keine behandlungsbedürftige Krankheit i. S. e. Diagnoseparameters gegeben ist, jedoch eine dergestalt stabile Geschlechtsidentität vorliegt, dass Behandlungsmaßnahmen – nachweislich – das als nachteilig empfundene Geschlechtsinkongruenzerleben nachhaltig verbessern (können). Folglich wirkt auch eine lediglich modifizierte Indikation insofern verobjektivierend, als dass die Frage der grundsätzlichen medizinischen „Nützlichkeit“ einem etwaigen elterlichen Abwägungs- und Interpretationsprimat entzogen und i. S. e. allgemeinen „Kindeswohlzutraglichkeit“ vorbeantwortet ist<sup>67</sup>.

#### d) Zwischenfazit

Danach können die personensorgeberechtigten Eltern sowohl in eindeutig als auch in lediglich modifiziert indizierte Behandlungsmaßnahmen an ihren transgeschlechtlichen

60) S. hierzu bereits Fn. 44.

61) Die Notwendigkeit engerer Grenzen folgt bereits aus dem Umstand, dass es bei der stellvertretenden Einwilligung nicht zu einer „Übertragung“ von Autonomie und Selbstbestimmung (recht) als solche kommt, sondern nur zu einem Transfer der entsprechenden Ausübungsbefugnis; hierzu *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 505 ff.; vgl. auch *Schrott*, *medstra* 2021, 358, 364.

62) Ganz h. M., s. nur BVerfGE 59, 360, 376 f.; 60, 79, 88; *Höfling*, in: *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, 3. Aufl. 2009, § 155, Rdnr. 35; *Heiderhoff*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6 GG, Rdnrn. 101, 148; vgl. auch *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier*, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 6 GG, Rdnrn. 310, 358; kritisch aber *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 178.

63) *Jerouschek*, in: FS f. *Dencker*, S. 171, 177; *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115, 123; *Jansen*, *Forschung an Einwilligungsunfähigen*, 2015, S. 289; strenger *Hardtung*, in: *Erb/Schäfer*, StGB, 4. Aufl. 2021, § 228, Rdnr. 10: nicht zulässig.

64) Ausführlich *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 513.

65) Hierzu *Schrott*, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 573 ff., 589 ff.; *Schrott*, *medstra* 2021, 358, 362 f.

66) So *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 164: Kindeswohlabträglichkeit steht durch Sittenwidrigkeit bereits fest.

67) Ähnlich *Diesselhorst*, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, 2023, S. 160 f.

einwilligungsunfähigen Kindern einwilligen. Dagegen ist eine Einwilligung in indikationslose Maßnahmen nicht möglich; derartige Behandlungen sind daher unzulässig.

## V. Die (Un-)Zulässigkeit geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen bei Intergeschlechtlichkeit

### 1. Die aktuelle Rechtslage bei intergeschlechtlichen (einwilligungsfähigen) Erwachsenen

Die Rechtslage hinsichtlich geschlechtsangleichender Behandlungsmaßnahmen bei (einwilligungsfähigen) intergeschlechtlichen Erwachsenen ähnelt derjenigen bei transgeschlechtlichen Erwachsenen. Auch hier existieren aus den oben genannten Gründen keine spezialgesetzlichen Regelungen, die einer Einwilligung entgegenstünden. Medizinischen Leitlinien und Stellungnahmen der medizinischen Fachgesellschaften fehlt die (straf-)rechtliche Verbindlichkeit<sup>68</sup>.

Gewisse Unterschiede ergeben sich allerdings im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeitsbeurteilung nach § 228 StGB, die freilich auch im Bereich geschlechtsangleichender Maßnahmen bei transidenten Personen, wie gesehen, auf zum Teil durchaus tönernen Füßen steht. So bescheinigt das einschlägige Schrifttum<sup>69</sup>, sofern es sich überhaupt explizit mit der Frage der Sittenwidrigkeit auseinandersetzt, Eingriffen bei Intergeschlechtlichkeit ganz überwiegend – und angesichts des Bestehens kompensationsstauglicher Zwecke (Abwehr von Lebens-/Gesundheitsgefahren; Entwicklung einer stabilen Geschlechtsidentität; „Normalitätswünsche“) völlig zu Recht – „Sittenkonformität“, ohne dass es hierbei auf den Indikationsgrad der Maßnahmen ankäme<sup>70</sup>. Entsprechend werden auch (eindeutig) nicht indizierte rein kosmetische Eingriffe zur binären Angleichung zwischengeschlechtlicher Körper zutreffend als nicht sittenwidrig eingestuft<sup>71</sup>.

Danach kann der einwilligungsfähige intergeschlechtliche Erwachsene grundsätzlich in sämtliche geschlechtsangleichenden Behandlungsmaßnahmen einwilligen. Die Grenze der Sittenwidrigkeit wird dabei nur in absoluten Ausnahmefällen überschritten sein.

### 2. Die aktuelle Rechtslage bei intergeschlechtlichen einwilligungsfähigen Minderjährigen

Sofern wie hier eine Alleinentscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen intergeschlechtlichen Minderjährigen angenommen wird (s.o.), ist die Rechtslage vergleichbar mit der bei DSD-betroffenen Erwachsenen. Insbesondere existieren keine (spezial-)gesetzlichen Regelungen, die die Einwilligungsmöglichkeiten des einwilligungskompetenten Minderjährigen beschränken: § 1631e BGB gilt ausdrücklich nur für *nicht* einwilligungsfähige Kinder und auch § 228 StGB stellt – wie oben dargelegt – keine relevante Einwilligungsschranke dar.

Eine Einwilligung des einwilligungsfähigen intergeschlechtlichen Minderjährigen ist daher grundsätzlich in sämtliche geschlechtsangleichenden Behandlungsmaßnahmen zulässig.

### 3. Die aktuelle Rechtslage bei intergeschlechtlichen einwilligungsunfähigen Minderjährigen

#### a) Spezialgesetzliche Regelung seit 2021: § 1631e BGB

Seit 2021 existiert mit § 1631e BGB eine Norm, die die Vornahme geschlechtsangleichender Maßnahmen bei einwilligungsunfähigen intergeschlechtlichen Minderjährigen spezialgesetzlich regelt<sup>72</sup>. Der Anwendungsbereich der Vorschrift bleibt dabei angesichts des ausdrücklichen Wortlauts sowie der insoweit eindeutigen Gesetzesmaterialien auf exakt diese Personengruppe – einwilligungsinkompetente DSD-betroffene Nicht-Volljährige (vgl. § 2 BGB) – beschränkt<sup>73</sup>.

#### b) Verbot monoteleologischer normanpassend-kosmetischer Angleichungsmaßnahmen (§ 1631e Abs. 1 BGB)

§ 1631e Abs. 1 BGB verbietet die Einwilligung des/r Personensorgeberechtigten in Behandlungsmaßnahmen, die *allein* in der Absicht erfolgen, das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen. Dies umfasst jegliche Art der geschlechtsangleichenden Behandlung, d.h. sowohl chirurgische Eingriffe als auch hormonelle und/oder medikamentöse Behandlungsmaßnahmen<sup>74</sup>.

Umstritten ist hierbei insbesondere die Frage, wann ein „weiterer Grund“ hinzutritt, der die monoteleologische Ausrichtung der geschlechtsangleichenden Behandlung aufhebt und diese zu einer polyteleologischen und damit grundsätzlich Absatz 2 unterfallenden Maßnahme macht<sup>75</sup>. Laut Gesetzesbegründung liegt ein solcher „weiterer Grund“ jedenfalls bei einem eigenen (verfestigten) Behandlungswunsch des intergeschlechtlichen Kindes vor<sup>76</sup>. Dagegen soll die Beseitigung einer *nur befürchteten* (zukünftigen) psychischen Beeinträchtigung des Kindes durch seine nicht eindeutige Geschlechtszuordnung hierfür nicht ausreichen<sup>77</sup>.

#### c) Zulässigkeit polyteleologischer „unaufschiebbarer“ rein therapeutischer bzw. normanpassend-therapiebezogener Angleichungsmaßnahmen (§ 1631e Abs. 2 BGB)

„Unaufschiebbare“ geschlechtsangleichende operative Eingriffe, die nicht allein in Angleichungsabsicht erfolgen, sind nach § 1631e Abs. 2 BGB grundsätzlich zulässig, stehen jedoch unter einem familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalt (§ 1631e Abs. 3 BGB)<sup>78</sup>.

#### aa) Anwendungsbereich

§ 1631e Abs. 2 BGB adressiert ausschließlich operative Eingriffe an den inneren oder äußeren Geschlechtsmerkmalen

68) S. hierzu bereits Fn. 44.

69) Einschlägige Rechtsprechung sucht man hier ohnehin vergeblich.

70) So z.B. Schmidt am Busch, AöR 137 (2012), 441, 450; Grünwald, in: Cirener et al., StGB, 13. Aufl. 2023, § 228, Rdnr. 33; wohl letztlich auch Rothärmel, MedR 2006, 274, 280 und Kolbe, Intersexualität, Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 160 ff.; a.A. aber Petričević, Intergeschlechtlichkeit, Petričević, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit, 2017, S. 121 f., allerdings in Bezug auf die österreichische Rechtslage und wohl nur bei einem entgegenstehenden Willen des Kindes. Ausführlich zur Begründung Schrott, Intersex-Operationen, 2020, S. 379 ff., 404 ff.

71) Ausdrücklich Grünwald, in: Cirener et al., StGB, 13. Aufl. 2023, § 228, Rdnr. 33.

72) Die Neuregelung grundsätzlich begrüßend Coester-Waltjen/Henn, FamRZ 2021, 1589, 1595; kritischer Schrott, medstra 2021, 358, 359 ff.

73) BT-Dr. 19/24686, S. 25; Schwedler, in: Gsell et al. (GesamtHrsg.), BGB, Stand: 1.3.2023, § 1631e BGB, Rdnr. 10; Huber, in: Säcker et al., BGB, 9. Aufl. 2024, § 1631e BGB, Rdnrn. 5 f. S. hierzu auch bereits Fn. 42.

74) BT-Dr. 19/24686, S. 26; Kemper, FamRB 2021, 396, 396 f.; Coester-Waltjen/Henn, FamRZ 2021, 1589, 1590.

75) Vgl. Lugani, NZFam 2021, 281, 283; s. auch Coester-Waltjen/Henn, FamRZ 2021, 1589, 1592: viele Fragen offen.

76) BT-Dr. 19/24686, S. 25.

77) BT-Dr. 19/24686, S. 26.

78) Ausnahme: Der Eingriff ist nicht bis zur Erteilung der Genehmigung aufschiebbar, § 1631e Abs. 3 S. 1 BGB a.E. Sofern die materiellen Einwilligungsvoraussetzungen nach Absatz 1 und 2 vorliegen, wird ein Verstoß gegen das Genehmigungserfordernis aber zumindest in strafrechtlicher Hinsicht kein Körperverletzungs- (bzw. Tötungs)unrecht begründen können. Zu vergleichbaren Konstellationen im Bereich der Triage bzw. des Behandlungsabbruchs Engländer, medstra 2023, 142, 145; Fateh-Moghadam/Kohake, ZJS 1/2012, 98, 104 f.

des intergeschlechtlichen Kindes, die eine Angleichung seines körperlichen Erscheinungsbildes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts zur Folge haben könnten. Die Norm erfasst damit neben klassischen geschlechtsangleichenden Eingriffen im Urogenitalbereich (z. B. Vaginalplastiken) auch Gesichts- und Brustbehandlungen wie z. B. die Mastektomie und die Mammoplastik, nicht hingegen die Gabe von medikamentösen Pubertätsblockern, da insofern kein operativer Eingriff in Rede steht.

Die Maßnahmen müssen potentiell eine Geschlechtsangleichung zur Folge haben *können*, d. h. es muss sich um Eingriffe handeln, denen jedenfalls die abstrakte Gefahr innewohnt, dass ihre Durchführung zur Vermännlichung bzw. Verweiblichung des behandelten Kindes führt<sup>79</sup>. Letztlich ist dies eine Frage des konkreten Eingriffs; jedenfalls „klassische“ feminisierende bzw. maskulinisierende Genitaloperationen sind hiervon jedoch unzweifelhaft erfasst<sup>80</sup>.

#### bb) „Unaufschiebbarkeit“ des Eingriffs

Zusätzlich ist erforderlich, dass die potentiell geschlechtsangleichend wirkende Maßnahme nicht bis zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Kindes aufgeschoben werden kann. Unaufschiebbar ist ein Eingriff wiederum dann, wenn die Nachteile des Unterlassens schwerer wiegen als das Kindesinteresse an künftiger autonomer Entscheidung<sup>81</sup>.

Unzweifelhaft der Fall sein wird dies jedenfalls bei (vital) indizierten Eingriffen, da es hier um die Abwendung konkreter (d. h. akuter) Lebens- bzw. Gesundheitsgefahren geht<sup>82</sup>. Dagegen sollte hinsichtlich nicht indizierter normanpassend-kosmetischer Behandlungsmaßnahmen in aller Regel unproblematisch abgewartet werden können, da hier allein eine äußerliche Anpassung an das „normale“ männliche bzw. weibliche Erscheinungsbild bezweckt wird, ohne dass eine – ggf. zeitkritische – therapeutische Zielsetzung (mit-)verfolgt würde.

Schwieriger fällt die erforderliche einzelfallabhängige Abwägung hingegen hinsichtlich fraglich/zweifelhaft indizierter Maßnahmen aus, welche zwar die Entwicklung einer stabilen Geschlechtsidentität und damit psychosexuelle und –soziale Gesundheit anstreben, deren Erfolgsaussichten aber ebenso offen sind wie ihr inhärentes Zeitmoment umstritten ist: So wird nach wie vor in Teilen der Literatur ein möglichst früher Operationszeitpunkt angeraten, während die inzwischen wohl überwiegende Lehrmeinung wie auch die medizinischen Leitlinien und Behandlungsempfehlungen einer grundsätzlich abwartenden Haltung zuneigen<sup>83</sup>. In die Abwägung einzustellen wären danach jedenfalls die in der Regel hohe Eingriffsintensität der Maßnahmen, ihre etwaige Irreversibilität sowie die erheblichen Prognoseunsicherheiten<sup>84</sup>. Zumindest bei geschlechtsangleichenden Eingriffen an Neugeborenen und Klein(st)kindern ist zudem zu berücksichtigen, dass die Entwicklung der Geschlechtsidentität ohnehin erst nach der Pubertät zu einem relativen Abschluss gelangt, mithin zu einem (sehr) frühen Operationszeitpunkt kaum absehbar ist, in welche Richtung sich das Kind später entwickeln wird<sup>85</sup>. Regelmäßig wird daher auch bei fraglich/zweifelhaft indizierten Maßnahmen das Interesse des Kindes an einer (eigenen) künftigen autonomen Entscheidung höher zu gewichten sein als die bloße Möglichkeit der Beeinträchtigung der Geschlechtsidentitätsentwicklung durch Unterlassen des Eingriffs. Danach wären derartige Behandlungen aufschiebbar.

Gleichwohl bleiben die i. R. d. § 1631e Abs. 2 BGB anzuwendenden Parameter vage und das Abwägungsergebnis insgesamt nur bedingt vorhersehbar.

#### d) Zwischenfazit

Damit sind monoteleologisch ausgerichtete normanpassend-kosmetische Angleichungsmaßnahmen an interge-

schlechtlichen Kindern grundsätzlich unzulässig, während in (vital) indizierte rein therapeutische Maßnahmen zur Geschlechtsangleichung unproblematisch stellvertretend einwilligt werden kann. Die Möglichkeit zur Stellvertreter-einwilligung in normanpassend-therapiebezogene Behandlungen mit fraglich-zweifelhafter Indikation ist wiederum regelmäßig zu verneinen, wenngleich dies letztlich Ergebnis eines einzelfallbezogenen Abwägungsprozesses ist.

## VI. Die rechtliche Lage im Vergleich

Fasst man die Einwilligungsmöglichkeiten hinsichtlich geschlechtsangleichender Maßnahmen bei Transidentität und Intergeschlechtlichkeit zusammen, ergibt sich folgende, etwas vereinfachte Zulässigkeitsübersicht: siehe hierzu die Tabelle auf S. 323.

Vergleicht man die beiden Spalten der Tabelle, fällt auf, dass die rechtliche Zulässigkeitsbewertung in weiten Teilen parallel verläuft. Gleichwohl ergeben sich bei näherer Betrachtung einige nennenswerte Unterschiede:

So wird zunächst deutlich, dass die Zulässigkeitsbeurteilung geschlechtsangleichender Maßnahmen bei *einwilligungsfähigen* DSD-Betroffenen weniger streng ausfällt als bei einwilligungskompetenten transidenten Personen, da erstere insbesondere auch in rein kosmetische geschlechtsangleichende Maßnahmen einwilligen können, während zumindest die wohl h. M. die Vornahme derartiger Eingriffe bei Transidentität als sittenwidrig beurteilt. Entscheidender Unterschied in der Bewertung scheint damit nach wie vor der heteronormativ aufgeladene Argumentationstopos biologischer Ein- bzw. Uneindeutigkeit zu sein: Wer seinen biologisch eindeutigen und damit nach gemeiner Vorstellung und Diktion *gesunden* Körper einer eingriffsintensiven Maßnahme unterziehen lassen möchte, unterliegt trotz autonomer Entscheidung – zumindest im Ergebnis – kritischerer paternalistischer (Zulässigkeits-)Kontrolle als derjenige, der sich, aus welchen Gründen auch immer, „lediglich“ seiner biologischen Uneindeutigkeit „entledigen“ möchte.

Dagegen fallen die Einwilligungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit *einwilligungsunfähigen* Personen im Falle der Transidentität wohl etwas umfassender aus als bei Intergeschlechtlichkeit. Denn § 1631e BGB ist zumindest dem Grunde nach auf ein Verbot nicht (eindeutig) indizierter geschlechtsangleichender Maßnahmen bei intersexuellen Kindern ausgerichtet und umfasst dabei – wie gesehen –

79) Vgl. BT-Dr. 19/24686, S. 27; Huber, in: Säcker et al., BGB, 9. Aufl. 2024, § 1631e BGB, Rdnr. 20.

80) Nicht erfasst ist dagegen z. B. die Entfernung einer Eierstockzyste; umstr. bzgl. Hodenhochstandsbehandlungen, vgl. BT-Dr. 19/24686, S. 27 [erfasst]; a. A. Coester-Waltjen/Henn, FamRZ 2021, 1589, 1592f.

81) BT-Dr. 19/24686, 27; Schwedler, in: Gsell et al. (GesamtHrsg.), BGB, Stand: 1.3.2023, § 1631e BGB, Rdnr. 17; z. T. anders Plett, J. Urol. Urogynäkol. AT 4 (2023), 146, 148, die „Unaufschiebbarkeit“ mit medizinisch indiziert gleichsetzt. Zu offenen Fragen i. R. d. „Unaufschiebbarkeit“ s. Schrott, medstra 2021, 358, 360f.

82) Z. B. Entfernung tumoröser Gonaden, s. BT-Dr. 19/24686, S. 27. I. E. ebenso Diesselhorst, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 213f.

83) So z. B. die S2k-Leitlinie Varianten der Geschlechtsentwicklung der AWMF (2016), AWMF-Register Nr. 174/0001, S. 19ff. Für einen frühen Operationszeitpunkt dagegen z. B. Westenfelder, Urologe [A] 2004, 379, 389; 9. bis 15. Lebensmonat als „geeignetes Operationsalter“. Zum Ganzen s. auch Schrott, Intersex-Operationen, 2020, S. 124f., 126ff. m. w. N.

84) S. hierzu auch Schrott, Medizinstrafrecht, 2024, S. 56f. (im Erscheinen).

85) Daneben fehlt es mangels Artikulationsfähigkeit an einem hinreichend erkennbaren natürlichen Kindeswillen, auf den zumindest ergänzend abgestellt werden könnte.

Tab. 1

	Transidentität	Intergeschlechtlichkeit
<b>Erwachsene</b> (einwilligungsfähig)	– bei allen indizierten (+) und modifiziert indizierte Maßnahmen wohl (+)  – bei nicht indizierten Maßnahmen nach wohl noch überwiegender Ansicht in Rspr. und Lit. (-), da Bewertung als sittenwidrig	– bei allen indizierten Maßnahmen (+)  – bei allen fraglich/zweifelhaft und nicht indizierten Maßnahmen grds. ebenfalls (+)  – Sittenwidrigkeit nur in absoluten Ausnahmefällen
<b>Minderjährige</b> (einwilligungsfähig)	Wenn Alleinentscheidungsbezugnis angenommen (umstr.), dann: s. o.	Wenn Alleinentscheidungsbezugnis angenommen (umstr.), dann: s. o.
<b>Minderjährige</b> (einwilligungsunfähig)	Stellvertretende Einwilligung der Eltern in:  – indizierte (+) und modifiziert indizierte Maßnahmen wohl (+)  – nicht indizierte Maßnahmen (-)	Stellvertretende Einwilligung der Eltern nach § 1631e BGB:  – Maßnahmen i. S. d. Abs. 1: (-)  – Maßnahmen i. S. d. Abs. 2: (+/-), je nach „Aufschiebbarkeit“; jedenfalls bei nicht indizierten Maßnahmen Einwilligungsmöglichkeit (-), bei indizierten grds. (+), bei fraglich/zweifelhaft indizierten i. d. R. (-), aber einzelfallbezogene Abwägung (→ Rechtsunsicherheit)

grundsätzlich auch fraglich/zweifelhaft indizierte Eingriffe, während im Bereich der Transgeschlechtlichkeit keine entsprechende (spezial-)gesetzliche Verbotsnorm existiert. Der verbleibende Argumentationsraum für potentielle Zulässigkeitsargumente v. a. hinsichtlich nicht klassischer Zwischenindikationen wie der modifizierten Indikation ist damit bei Transidentität zumindest größer und nicht durch gesetzliche Verbotsbestimmungen voreingeschränkt wie im Rahmen der Intergeschlechtlichkeit.

## VII. Fazit

Die Frage der Zu- bzw. Unzulässigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen bei Transidentität und Interge-

schlechtlichkeit lässt sich nicht allgemeingültig, sondern stets nur in Bezug auf den konkret in Rede stehenden Eingriff beantworten. Dabei gilt, dass in (eindeutig) indizierte Behandlungen grundsätzlich immer, d. h. sowohl in eigener Person als auch stellvertretend, wirksam eingewilligt werden kann. Dagegen sind (eindeutig) nicht indizierte Eingriffe an transidenten wie intergeschlechtlichen Einwilligungsunfähigen keiner (stellvertretenden) Einwilligung zugänglich. Es handelt sich dabei per se um unzulässige Behandlungen.

Im Bereich nicht-klassischer Indikationen (modifiziert bzw. fraglich/zweifelhaft indiziert) ist die Rechtsentwicklung nach wie vor im Fluss. Allerdings scheinen sich diesbezüglich insbesondere in der neueren Literatur hinsichtlich Transidentität zunehmend zulässigkeitsbejahende Stimmen durchzusetzen. Dagegen unterfällt jedenfalls das Gros fraglich/zweifelhaft indizierter Eingriffe an intergeschlechtlichen einwilligungsinkompetenten Minderjährigen der neu geschaffenen Verbotsregelung des § 1631e BGB.

Bestehende Unterschiede in der rechtlichen (Zulässigkeits-)Bewertung von geschlechtsangleichenden Maßnahmen bei trans- und intergeschlechtlichen Personen erklären sich einerseits vor dem Hintergrund der noch immer heteronormativ geprägten, zum Teil verkürzten Vorstellungen von biologischer Eindeutigkeit als Gesundheit (im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeitsbewertung nach § 228 StGB); andererseits vor der auf den Bereich der Intergeschlechtlichkeit beschränkten Verrechtlichung durch die Verbotsnorm des § 1631e BGB.

Binäre Argumentationsmuster (gesund – krank, eindeutig – uneindeutig, transient – intergeschlechtlich) bleiben damit – so scheint es jedenfalls – nach wie vor wirkmächtig.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.