

Anne Röthel

Körperliche Selbstbestimmung

Dogmen, Diskurse, Deutungen

Klostermann

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Vittorio Klostermann GmbH · Frankfurt am Main · 2024

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier  ISO 9706

Satz und Umschlaggestaltung: mittelstadt 21, Vogtsburg-Burkheim
Umschlagabbildung: Oskar Schlemmer (1888–1943), Bauhaustreppe,
1932, Öl auf Leinwand (Quelle: JJs / Alamy Stock Foto)

Druck und Bindung: docupoint GmbH, Barleben

Printed in Germany

ISSN 2193-2964

ISBN 978-3-465-04642-4

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	9
Erstes Kapitel: Worum es in diesem Buch geht	11
I. Anlass und Anliegen	11
II. Gegenstand und Gliederung	17
III. Vom Wert körperlicher Selbstbestimmung	20
1. Weil der Körper unser ungleiches Schicksal ist	20
2. Weil der Körper nicht vollständig aufklärlich ist	21
Zweites Kapitel: Drei Studien	27
Vorbemerkungen	27
I. Körperliche Selbstbestimmung im Behandlungsverhältnis	31
1. <i>Behandlung, Körper und Selbstbestimmung</i>	31
2. Aufbrüche	34
2.1 Weichenstellung für das Willensdogma	34
2.2 Anfänge der ärztlichen Aufklärungspflicht	39
2.3 »An diesen Grundsätzen ist festzuhalten«	42
3. Konsolidierungen	45
3.1 Recht auf Entscheidung nach »ureigensten Maßstäben«	46
3.2 Gerichtliche Kontrolle über die Aufklärungspflicht	51
3.3 Gesetz zur Verbesserung der Rechte der Patientinnen und Patienten	53
4. Gegendiskurse	54
4.1 Legitime Fremdbestimmung	55
4.2 Illegitimes Eindringen des Rechts	64
4.3 »Hard cases make bad law«	66
5. Deutungen	68
5.1 Andauernde Asymmetrien	69
5.2 Doppeldeutige Rechtsdogmen	74
5.3 Ausblick	79

II. Körperliche Selbstbestimmung im Sorgeverhältnis	82
1. Kindsein, Körper und Selbstbestimmung	82
2. Ausgangspunkte	88
2.1 Erziehungsgewalt und Züchtigungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1896	88
2.2 Überschlägige richterliche Kontrolle	94
2.3 Dogmatische Kontinuität auf neuen Fundamenten	103
3. Aufbrüche	108
3.1 Das Recht auf gewaltfreie Erziehung	109
3.2 Das Kind als »Wesen mit eigener Würde«	116
3.3 Medizinische Mitsprache- und Vetorechte	122
4. Gegendiskurse	124
4.1 Legitime Fremdbestimmung	125
4.2 Illegitimes Eindringen des Rechts	131
4.3 Dafür ist das Grundgesetz »weder gedacht noch ergiebig«	134
5. Deutungen	137
5.1 Kehrseiten der Liebe	138
5.2 Offene Versprechen	145
5.3 Doppeldeutige Rechtsdogmen	154
5.4 Jenseits generationaler Ordnung	164
III. Körperliche Selbstbestimmung im Betreuungsverhältnis	170
1. Erwachsenenschutz, Körper und Selbstbestimmung	170
2. Ausgangspunkte	175
2.1 »Alle Geisteskranken sind willensunfähig«	175
2.2 Zwangspflegschaft und andere »Rechtswohltaten«	179
2.3 »Freie Hand«	182
2.4 Entrechtung zur »Sicherung der Volksgemeinschaft«	188
3. Aufbrüche	194
3.1 Kontinuität der Institutionen	195
3.2 Natürlicher Wille und Richtervorbehalt	197
3.3 Vom »rechtsfreien Raum« zum Betreuungsrecht	204
3.4 Zwangsbehandlungen zwischen Fürsorge und »Freiheit zur Krankheit«	214
3.5 Andere Körperwünsche: Befolgungspflichten	222
4. Gegendiskurse	225
4.1 Legitime Fremdbestimmung	227
4.2 Illegitimes Eindringen des Rechts	232
4.3 Betreuung als Privatrechtsverhältnis	233

5.	Deutungen	237
5.1	Dunkler Betreuungsalltag	238
5.2	Doppeldeutige Rechtsdogmen	245
5.3	Selbstverständliche Sonderrechtsverhältnisse	251
Drittes Kapitel: Dogmen, Diskurse, Deutungen		257
I.	Auf getrennten Wegen	259
II.	Dogmen	263
1.	Phasen und Rechtsstruktur	263
2.	Patriarchale Phase	267
3.	Paternalistische Phase	268
4.	Partizipative Phase	271
5.	Postkategoriale Phase	274
III.	Diskurse	277
1.	Felder	277
2.	Formate und Foren	282
IV.	Deutungen	285
1.	Patriarchales Dilemma: Vertrauen und Macht	286
2.	Paternalistisches Dilemma: Wissen und Irrtum	286
3.	Partizipatives Dilemma: Wille und Zukunft	288
4.	Postkategoriales Dilemma: Allgemeinheit und Unsichtbarkeit	289
V.	Ein vorläufiges Ende: körperliche Selbstbestimmung in der Moderne	291
Personenverzeichnis		293
Literaturverzeichnis		295

Erstes Kapitel: Worum es in diesem Buch geht

I. Anlass und Anliegen

Dieses Buch studiert die Entwicklung des Rechts auf körperliche Selbstbestimmung von Kindern, Entmündigten bzw. Betreuten und Patientinnen im Verhältnis zu Eltern, Vormündern bzw. Betreuern und Ärzten. Anlass war die Beobachtung, dass körperliche Selbstbestimmung rechtlich unterschiedlich verstanden wird, je nachdem, um welche Personen und Verhältnisse es geht. Dies war zunächst überraschend. Ist körperliche Selbstbestimmung also gar kein allgemeines und gleiches Recht, wie es gemeinhin heißt, sondern ein abstufbares, schattiertes, graduelles, verhältnismäßiges Recht? Tatsächlich werden die hier unternommenen Studien an unzähligen Beispielen zeigen, wie sich Krankheit und Kindheit, Alter und Anderssein auf das rechtliche Verständnis von körperlicher Selbstbestimmung auswirken. Es gibt eine lange Tradition des Messens mit verschiedenem Maß. Körperliche Selbstbestimmung hat eine zumeist übersehene Ungleichheitsdimension. Zwar stellt sich das Recht heute historisch einmalig hinter körperliche Selbstbestimmung. Wir kennen ein Recht auf Krankheit und ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben, und auch der Selbstbestimmungswunsch schwangerer Frauen hat seinen Ort im deutschen Recht gefunden. Körperliche Integrität und Autonomie zählen zu den Grundwerten unserer Rechtsordnung.¹ Der Schutz körperlicher Integrität bildet ein zentrales Motiv für die Entstehung von Staaten und Rechtsordnungen. Auch wir stehen in dieser Tradition. Das Grundgesetz verspricht und verteidigt den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und Selbstbestimmung.² Körperliche Selbstbestimmung gilt zweifellos als Menschenrecht. Aber es ist kein gleiches Recht aller Menschen. Manches gehört inzwischen der Vergangenheit an. Nach langen und schwierigen Debatten bedeutet es für die rechtliche Bewertung einer Vergewaltigung keinen Unterschied mehr, ob es sich bei dem Opfer um die Ehefrau oder um eine Fremde handelt. Unserer Zeit gelten Ehe und Geschlecht nicht mehr als Legitimation für unterschiedliche Rechtsansprüche auf körperliche Selbstbestimmung. Doch sind auch dem gegenwärtigen Recht Schattierungen mitgegeben. Nach wie vor gibt es Personengruppen,

¹ Exemplarisch *Schwarte / Wulf* (2003); *van der Walt / Menke* (2007).

² Zuletzt Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u. a., BVerfGE 153, 182–310 (259 ff.) – Suizidhilfe; systematisch *Hermes* (1987).

die dem Recht im Hinblick auf körperliche Selbstbestimmung »besonders« sind. Für Kinder und Betreute ist körperliche Selbstbestimmung ein anderes Recht als für »normale« Erwachsene. Diese überraschende Einsicht gab Anlass zu den hier versammelten Studien.

Die Studien analysieren *exemplarisch* die *Entwicklung* der rechtlichen Vorstellungen von körperlicher Selbstbestimmung für drei Personengruppen: für Patienten, Kinder und Entmündigte bzw. wie sie seit 1992 heißen: Betreute. Die Auswahl beruht darauf, dass bislang keine vergleichende Untersuchung dazu vorliegt, wie sich Kindsein, Krankheit und Anderssein auf die rechtlichen Dogmen auswirken. Während die Bedeutung von Geschlecht und Intimität für körperliche Selbstbestimmung im Rechtszusammenhang inzwischen dicht aufgearbeitet ist, bildeten Kinder und Betreute über lange Zeit eine weitgehend unerforschte und geradezu übersehene Personengruppe. Anders liegen die Dinge mit Blick auf Patienten. Es empfahl sich daher, die Gruppe der Patienten aus analytischen Gründen einzubeziehen. Auf diese Weise ließen sich Referenzpunkte gewinnen, um die Rechtsentwicklung für Kinder und Betreute lesen und theoretisch deuten zu können.

Die Untersuchungen beginnen an der Wende zum 20. Jahrhundert und reichen bis in die Gegenwart. Das Buch erläutert, worin sich rechtliche Bewertungsunterschiede bei der Identifikation von Gewalt und körperlichem Zwang äußerten, wie sie legitimiert wurden und wodurch ihre Legitimation brüchig wurde. Die Studien zeichnen u. a. nach, mit welchen Argumenten Entscheidungsvorrechte für Ärzte eingefordert wurden, warum ein elterliches Züchtigungsrecht über lange Zeit richtig erschien, weshalb Jugendliche nicht ohne Zustimmung ihrer Eltern in eine medizinische Behandlung einwilligen können und unter welchen veränderlichen Voraussetzungen Zwangsbehandlungen als rechtmäßig gelten.

Manches davon gehört inzwischen der Vergangenheit an. Seit der Wende zum 20. Jahrhundert haben sich die rechtlichen Grundannahmen über die körperliche Selbstbestimmung von Kindern, Entmündigten und Patientinnen weitgehend gedreht. Inzwischen sind Körperstrafen verboten und Zwangsbehandlungen nur in engen, gerichtlich kontrollierten Grenzen zulässig. Eltern, Ärzte und Vormünder haben nicht mehr »freie Hand«, wie sie ihre Kinder erziehen, Patienten behandeln oder für ihre Mündel Sorge tragen. Die Rechtsidee von körperlicher Selbstbestimmung ist auch auf die Menschen zugelaufen, die über lange Zeit nicht wirklich mitgemeint waren, wenn es um körperliche Selbstbestimmung ging: kranke und gebrechliche Menschen, besonders junge und besonders alte Menschen, »Sieche« und »Irre«, unvernünftige und wahnsinnige Menschen. Das Recht unterscheidet zwar nach wie vor zwischen Kindern und Erwachsenen, es knüpft an Gesundheit und Krankheit an und kennt Vernünftige und Unvernünftige. Aber das Recht schaut inzwischen aufmerksamer hin, wenn es um körperliche Selbstbestimmung im Verhältnis zu Eltern, Betreuern und Ärztinnen geht. Die jüngere Geschichte körperlicher Selbstbestimmung lässt sich also als Inklusions- und Emanzipations-

geschichte erzählen. Sie handelt davon, wie körperliche Selbstbestimmung zunehmend auch ein Recht von Kindern, Betreuten und Patienten geworden ist und wie Kinder, Betreute und Patienten aus körperlichen Fremdbestimmungsverhältnissen befreit wurden.

Das Buch verfolgt zwei *Anliegen*. Erstens geht es darum, die bislang zumeist übersehenen Ungleichheitsdimensionen von körperlicher Selbstbestimmung sichtbar zu machen und präzise auszumessen. Tatsächlich hat die Ausklammerung und Verbesonderung von Kindern, Kranken und Entmündigten bzw. Betreuten im Hinblick auf die körperliche Selbstbestimmung bislang kaum je interessiert. Sie ist John Stuart Mill so wenig aufgefallen wie den Gegenwartsstimmen der Paternalismuskritik.³ Den Studien geht es aber nicht nur um die Vergangenheit. Sie komplettieren zugleich unser Wissen vom gegenwärtigen Recht und werden ans Licht bringen, worin sich die Verallgemeinerung vollenden ließe.

Zweitens geht es darum, die Rechtsentwicklung auf den drei Feldern »Behandlung«, »elterliche Sorge« und »Erwachsenenschutz« zu rekonstruieren und zu analysieren. Es interessieren Gemeinsamkeiten, Muster und Ähnlichkeiten im Hinblick auf Akteure, Auslöser, Argumente und Antagonismen. War die Verallgemeinerung körperlicher Selbstbestimmung mehr ein Werk der Rechtsprechung oder von sozialen Bewegungen und politischer Gesetzgebung? Welche Rolle spielte die Rechtswissenschaft, welche das Grundgesetz? Wie wurden Abstufungen von körperlicher Selbstbestimmung begründet, und wann bzw. warum funktionierten manche Argumente nicht mehr?

Zum Ertrag der Studien gehört zunächst der Nachweis, dass für alle drei studierten Personengruppen im Verlauf des 20. Jahrhunderts eine *Verallgemeinerung* des Rechts auf körperliche Selbstbestimmung stattgefunden hat. Diese Rechtsverschiebung lässt sich zugleich lesen als *Inklusion* von Patientinnen, Kindern und Entmündigten bzw. Betreuten sowie als *Emanzipation* aus ärztlicher, elterlicher und vormundschaftlicher Fremdbestimmung. Diese Zugewinne sind außerdem beschreibbar als *Personalisierung* und *Juridifizierung*. Die Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung bedeutete eine Hinwendung des Bürgerlichen Rechts zur physischen Person; diese Entwicklung wiederum vollzog sich über expliziteres, dichteres und gerichtlich enger kontrolliertes Recht. Die Einzelanalysen belegen allerdings auch, dass sich die körperliche Selbstbestimmung von Patienten, Kindern und Entmündigten bzw. Betreuten *asynchron* entwickelte. Die Felder reagierten unterschiedlich auf die historischen Großereignisse des 20. Jahrhunderts und ihre undogmatischen Kräfte. Eine Erklärung liegt in der

³ Siehe einerseits *Mill* (1859) 173; andererseits aus deutschen Gegenwartsdebatten *Gutmann* (2006) 190 Fn. 3: »Es ist im Folgenden also nicht die Rede von Schutznormen in Bezug auf Kinder, bewusstlose, betrunkene, geistesranke oder demente Menschen«; ähnlich *von der Pfordten* (2010) 312–315; *Hillgruber* (1992) 121–125. Differenzierend *Wapler* (2015) 359 ff.

politischen Uneindeutigkeit von körperlicher Selbstbestimmung, weil sich darin liberale, linke und konservative Positionen »überkreuzen«. Auch in der Rechtsprechung formte sich keine einheitliche Haltung zu körperlicher Selbstbestimmung; je nach Vorverständnis war sie mal Verfechterin, mal Antagonistin (Kap. 3 I.). Dagegen ergibt der Rechtsdiskurs ein einheitlicheres Bild: Er war im Wesentlichen Kritikediskurs, der sich in bemerkenswerter und auffälliger Gleichförmigkeit auf strukturähnliche axiomatische Annahmen zu den Betroffenen (z. B. »alle Geisteskranken sind willensunfähig«), wirkungsähnliche normative Quellen (Natur, Sitte, Ethos) und Rechtsvorstellungen stützte (»illegitimes Eindringen« des Rechts, »heilsamer Zwang«, »Sonderfall«, »dafür ist das Grundgesetz nicht gemacht« etc.), um Verallgemeinerungsforderungen für körperliche Selbstbestimmung zurückzuweisen.

Zum Ertrag der Studien gehören außerdem Einsichten über das Zusammenspiel von bestimmten dogmatisch charakterisierbaren Entwicklungsphasen mit jeweils spezifischen Rechtsstrukturen (Kap. 3 II.). Die Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung führte von patriarchalen Verständnissen über paternalistische Verständnisse zu einer Phase partizipativer Verständnisse und wird langfristig auf ein postkategoriales Verständnis zulaufen. Charakteristisch für jede dieser Phasen sind unterschiedliche Vorstellungen von Behandlung, Sorge und Erwachsenenschutz, z. B. im Hinblick auf ihr Rechtsideal (Fremdsorge – Fürsorge – Selbstsorge), die leitenden Paradigmen (Vertrauen – Wissen – Wollen), die Bezeichnung der Betroffenen (kategorisierend – pauschalierend – individualisierend) und vor allem die Art der Regulierung (Generalklausel – explizite Eingriffsschwellen; Missbrauchskontrolle – Inhaltskontrolle). Eine weitere Einsicht besteht darin, dass jedes Verständnis von körperlicher Selbstbestimmung auf ein anderes Dilemma zuläuft (Kap. 3 IV.). Sonst wären die Verhandlungen über die Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung nicht so kontrovers verlaufen, und sonst hätten sich im Verlauf des letzten Jahrhunderts leichthin einheitlichere Rechtsstandpunkte herausgebildet. Für patriarchale Verständnisse ist Vertrauen das prägende Paradigma. Doch eröffnet Vertrauen Raum für Macht. Darin besteht das Dilemma patriarchaler Verständnisse. Genauso ringen paternalistische Verständnisse mit dem Widerstreit von Wissen und Irrtum. Partizipative Verständnisse stehen vor dem Dilemma, wie sie den Konflikt auflösen zwischen dem gegenwärtigen Willen und der Idee einer möglichst offenen Zukunft, und postkategoriale Verständnisse müssen sich der Frage stellen, wie es gelingen kann, körperliche Selbstbestimmung so allgemein wie möglich zu fassen und dennoch besondere Bedürfnislagen nicht unsichtbar zu machen, stehen also vor dem Dilemma von Verallgemeinerung und Unsichtbarkeit.

Die Studien werden im Großen und Ganzen die Erzählung von der Aufstiegsbewegung der Moderne in Richtung »mehr Selbstbestimmung« bestätigen. Aber sie dienen vor allem dazu, die Leerstellen und Lücken der herkömmlichen Erzählung

zu füllen. Denn die vermeintlich glatten Erzählungen geraten ins Stocken und verstummen, wenn es darum geht zu entziffern, *wie* und *gegen welche Widerstände* das Erreichte erreicht wurde. Was hilft die Vorstellung von der untergründigen, großen, idealen Aufwärtsbewegung in Richtung körperlicher Selbstbestimmung, wenn wir nur schwer benennen können, wie es dazu gekommen ist? Wie können wir unsere Gegenwart realistisch einschätzen, ohne ein näheres Bild davon zu haben, welchen Ereignissen und Kräfteformationen sich frühere Umorientierungen verdanken? In diesen Fragen werden die Fortschrittserzählungen überschlägig. Manches klingt mystisch, anderes nach anonymer Automatik. Wäre es richtig, dass menschliche Existenz »emanzipative Existenz«⁴ ist, so fragt man sich, woher eigentlich immer wieder neue Handlungszwänge kommen, die dann durch immer wieder neue Emanzipationsbewegungen zu überwinden sind. Auch die Vorstellung, als wäre ein heimliches »Programm« (Jürgen Habermas) am Werk, eine untergründige, selbsttätige »Gesellschaftsmechanik« (Norbert Elias),⁵ ein objektiv-intentionaler Zusammenhang (Axel Honneth)⁶ in Richtung mehr Selbstbestimmung, hält nicht allen Nachfragen stand. Liegt darin nicht ein fundamentaler Widerspruch, dass wir den Emanzipationspfad hiernach gar nicht von selbst gegangen sind, sondern in heimlicher Logik letztlich geführt von fremder Hand? Dann müsste die Menschheit ein fügsames, passives Medium sein. Aber wenn es so wäre, fragte Simone de Beauvoir, »wie könnte der Mensch dann überhaupt handeln?«⁷ Auch gilt der Moderne das Recht als gestaltbares, kontingentes Menschenwerk. Warum sollten wir uns also damit begnügen, den zurückgelegten Weg leichthin im allgemeinen Lauf einer nicht näher durchschauten Entwicklungsmechanik aufgehen zu lassen?

Es gibt einen letzten Grund, warum ich den großen Erzählungen nicht vorbehaltlos vertraue. Wir können an uns selber spüren, dass die Erzählungen vom gesellschaftlichen Fortschreiten in Selbstbestimmung etwas Wohltuendes haben: Sie sind wie Seelenbalsam, wenn man an der Gegenwart verzweifeln möchte, sie vermitteln Optimismus und Zukunftsglauben. Durch ihre groß angelegte Perspektive sind sie geradezu immun gegen Widerlegungen: »Ein nach vorne gerichteter zukunftsoptimistischer Blick betrachtet das aussterbende schlechte Alte mit Ungeduld und ohne echtes Interesse«, so erklärte sich Hans Joas die Wirkmächtigkeit des »Traums von der gewaltfreien Moderne«.⁸ Müssten nicht schon die jüngsten europäischen Erfahrungen aus Pandemie und Krieg lehren, dass kör-

⁴ *Greiffenhagen* (1973a) 48.

⁵ *Elias* (1939/1997a) 323–347.

⁶ *Honneth* (1992) 256–273.

⁷ *de Beauvoir* (1944/2020) 50: « Seulement l'idée de l'évolution suppose une continuité humaine ; pour qu'un acte se prolonge dans le temps comme des ondes dans l'éther, il faudrait que l'humanité soit un milieu docile, passif ; mais alors comment se ferait-il que l'homme agisse ? »

⁸ *Joas* (1994) 31.

perliche Selbstbestimmung stets gefährdet ist und dass Gewalt, auch physische Gewalt, eine »Kontinuität in der Moderne«⁹ bildet? Bereits der Rückblick auf das 20. Jahrhundert zeigt, dass wir uns vor Vereinfachungen hüten müssen. Es ist vulkanisches Gestein, auf dem der rechtliche Schutz körperlicher Selbstbestimmung ruht, und ein unheilvolles Amalgam aus Umständen und Kräften kann immer wieder große Teile von dem, was vermeintlich vor allen Zeitläufen in Sicherheit gebracht schien, anfechten und zunichtemachen (»Kippunkt«, Kap. 3 II.5.). Dennoch werden auch unsere derzeitigen Erfahrungen der großen Positivverzählung von der fortschreitenden Selbstbestimmung vermutlich nichts anhaben können. Denn darin liegt genau die Eigentümlichkeit von großen Erzählungen:¹⁰ dass es ihnen gelingt, gegenläufige Entwicklungen als bloße Episoden auszuweisen, als Ausnahmen von der Regel, als Nachwehen oder letzte Abwärme, als kurzfristige Einschübe, die den Meta-Trend intakt lassen. Die großen Erzählungen verführen zum Träumen und senken die Bereitschaft, Signale für Widersprechendes überhaupt aufzunehmen. Im Glauben an die Mechanik der selbstbestimmungsorientierten Moderne gerät Gegenläufiges zur bloßen Phase, zur vergänglichen Übergangsperiode. Wie sonst hätte Norbert Elias, ein aus Deutschland vertriebener Jude, im Jahr 1936 im Exil zu der Überzeugung kommen können, dass Gesellschaften im Zivilisationsprozess auf physische Gewaltfreiheit und Pazifizierung gleichsam zwangsläufig zustreben?¹¹

Die hier versammelten Studien werden zwar die große Richtung bestätigen: dass körperliche Selbstbestimmung seit der Wende zum 20. Jahrhundert zu einem allgemeineren Recht geworden ist. Aber die Studien werden zugleich ans Licht bringen, dass hier keine selbsttätige untergründige Mechanik am Werk war und auch kein ursprünglicher Wesenszug menschlichen Strebens, sondern dass wir es mit dem Ringen konkreter Koalitionen und Kräfteformationen zu tun haben, die zu bestimmten Zeitpunkten und aus benennbaren Motivationen reformierend oder konservierend in rechtliche Debatten und damit in den Entstehungszusammenhang des Rechts eingegriffen haben: »Konkrete Personen und Gruppen sind die Bestimmer von Wirklichkeit«, betonten schon Peter L. Berger und Thomas Luckmann und mahnten an, sich ernsthaft für das »Wer?« zu interessieren.¹² In den nachfolgenden Studien wird dann auch ein etwas anderes Bild von den Entwicklungsprozessen entstehen: Es ähnelt mehr einer von Abbruchkanten und Einkerbungen zerklüfteten Küstenlinie als einer großen Wellenbewegung, die in harmonischem Bogen allmählich ausläuft. Die Studien belegen den Optimismus der Moderne und ihrer großen Erzählung von Selbstbestimmung, aber in

⁹ Lindenberger / Lüdtke (1995); Baberowski (2018).

¹⁰ Zur Beharrungskraft von Leiterzählungen Croon-Gestefeld (2022) 73 ff.

¹¹ Elias (1939/1997a) 448 f.

¹² Berger / Luckmann (1969/1977) 124–138.

III. Vom Wert körperlicher Selbstbestimmung

Dieses Buch ist aus der Perspektive geschrieben, dass körperliche Selbstbestimmung einen elementaren Wert bezeichnet und vom Recht so allgemein und weitreichend wie nur irgend möglich verwirklicht werden sollte. Warum bestehe ich auf dieser positiven Bewertung von körperlicher Selbstbestimmung?

1. *Weil der Körper unser ungleiches Schicksal ist*

Die erste Erklärung lautet: weil Körperlichkeit auf eine bestimmte, nämlich ungleiche und schicksalhafte Weise zu unserer menschlichen Lebensform gehört. Unsere Körper sind unser ungleiches Schicksal, und eine Art, die Ungleichheit dieses Schicksals zu lindern, besteht in der Gewährleistung von körperlicher Selbstbestimmung, so allgemein und weitreichend wie möglich.

Wir leben in bestimmten Körpern, die uns Erfahrungen ermöglichen, Zumutungen auferlegen und schließlich unsere Lebenszeit begrenzen. Als körperliche Wesen werden wir altern und einmal sterben, haben wir Hunger und Durst, fürchten wir Schmerz und Gewalt, suchen wir Nähe und Genuss. Unser Körper ist unser gemeinsames Schicksal – aber er ist nicht unser gleiches Schicksal. Denn wir werden in unterschiedliche Körper geboren, und ein großer Teil der Lebensklugheit besteht darin, sich mit dem gegebenen Körper zu arrangieren. Und wir wissen, dass unsere Körper uns verletzlich machen. Die Vorstellung, angeschossen, misshandelt, überfahren, geschlagen oder sonst verletzt zu werden, bereitet den meisten Angst. Körperlicher Schmerz, die Aussicht auf vorstellbaren Schmerz und die Erinnerung an erfahrenen Schmerz machen deutlich, dass es um *uns* geht, wenn andere unserem Körper Gewalt antun.¹⁶ Denn wir spüren im Schmerz, genauso wie in Hunger, Durst oder Müdigkeit, ganz unmittelbar etwas »von uns«. Ähnlich tief in uns eingelassen sind Gefühle von Ohnmacht und Missachtet-Sein, wenn Eltern, Kirchen oder staatliches Recht über unseren Körper (mit-)bestimmen. Körperliche Fremdbestimmung hinterlässt Spuren, die an uns sichtbar bleiben und sich in uns einschreiben, manchmal nur vorübergehend, manchmal dauerhaft, mal nur für uns wahrnehmbar, mal für andere. Unser Körper ist nicht bloß eine äußere Hülle, die uns für andere identifizierbar macht, sondern selbst Träger und Ausdruck von Biographie, Individualität und Identität: »Die Person bildet sich in ihrem und durch ihren Leib«, erläutert der Philosoph Thomas Fuchs¹⁷ in der Tradition der Leibphilosophie nach Hermann Schmitz.¹⁸ Ihm gilt der Leib als

¹⁶ Hier nach *Böhme* (2008) 156; die Grundlagen finden sich bei *Schmitz* (1965) § 43 sowie §§ 56 ff.

¹⁷ *T. Fuchs* (2020) 183–185.

¹⁸ *Schmitz* (1965).

der »universale Resonanzboden, wo alles Betroffensein des Menschen seinen Sitz hat.«¹⁹ Darum also treten die meisten so leidenschaftlich für körperliche Selbstbestimmung ein: weil unsere körperlichen Erfahrungen etwas mit unserer persönlichen Weise zu tun haben, in der Welt zu sein, also unserer »Weltbeziehung« (Hartmut Rosa). Der Körper tritt »nicht zwischen Selbst und Welt, sondern er ist der konstituierende Ausgangspunkt für beide.«²⁰ Mit körperlicher Selbstbestimmung verteidigen wir nicht nur ein Leben ohne Angst vor Schmerz, sondern die Möglichkeit von einem Leben in Freiheit, Identität und Würde.²¹ Auch für das Bundesverfassungsgericht ist körperliche Selbstbestimmung eine Forderung, die sich unmittelbar aus dem Menschsein ergibt. Denn nur dann, wenn der Mensch über seine eigene körperliche Existenz nach eigenen Maßstäben bestimmen kann, bleibt er »als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt.«²²

Allerdings können wir uns den Körper, in den wir hineingeboren werden, nicht selbst aussuchen, und kein Recht der Welt wird je Gebrechen, Veranlagungen, Unfälle, Krankheiten oder Infektionen verhindern können oder uns auch nur das Schicksal des Alterns abnehmen. Um es nochmals in Erinnerung zu rufen: Der Körper ist unser gemeinsames, aber nicht unser gleiches Schicksal. Dasselbe Dilemma begegnet im Hinblick auf körperliche Selbstbestimmung. Über den eigenen Körper selbst bestimmen zu können, wird kaum je dasselbe bedeuten: nicht nur weil sich die Selbstbestimmungswünsche voneinander unterscheiden, sondern auch weil die Körper, auf die sich die Selbstbestimmung bezieht, unterschiedlich sind. Zwar kann das Recht dieses fundamentale Gerechtigkeitsproblem, das sich uns mit unserer Körperlichkeit stellt, nicht lösen. Aber das Recht kann die Chancen darauf beeinflussen, in körperlicher Selbstbestimmung zu leben.

2. *Weil der Körper nicht vollständig aufklärlich ist*

Außerdem bestehe ich auf der rückhaltlos positiven Bewertung von körperlicher Selbstbestimmung, weil Selbstbestimmung den Ausweg aus mehreren Wissensproblemen bietet.

Das erste Wissensproblem betrifft die geläufigen Kategorien, mit denen das Recht herkömmlich Abstufungen, Schattierungen und Gradierungen in Bezug auf körperliche Selbstbestimmung vornimmt, insbesondere die Kategorien Alter, Krankheit und Behinderung. Wir müssen in Rechnung stellen, dass diese Kate-

¹⁹ Schmitz (1990) 116.

²⁰ Rosa (2019) 144–151.

²¹ Zur Identitätsbedeutung von Leib und Körper *Gugutzer* (2001) 126 ff.; siehe auch *Pollmann* (2018): Integrität als »Ganzheit« und »Unversehrtheit« im weiteren Sinne.

²² Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u. a., BVerfGE 153, 182–310 (264) – Suizidhilfe.

gorien zu einem Anteil, über dessen Ausmaß wir genauso unsicher wie unwissend sind, gesellschaftlich »konstruiert« sind und also vom Recht (mit-)hergestellt werden.²⁵ Heute wissen wir, dass nicht alle Unterschiede, die Gesellschaften an die Unterscheidung »Frau« und »Mann« geknüpft haben, auf biologischen Tatsachen beruhen. Daher wäre es genauso unbedarft, Krankheit, Kindheit, Behinderung, Alter, Gebrechlichkeit, Psychotik etc. ohne Weiteres als universelle, nicht-kontingente Kategorien zu übernehmen. Allerdings lässt sich über das Ausmaß der Gesellschaftlichkeit dieser Kategorien kein Einvernehmen herstellen. Dies lehren die Debatten, die sich im Anschluss an Simone de Beauvoirs Diktum « On ne naît pas femme: on le devient »²⁴ entfaltet haben. Seitdem wird unterschieden zwischen dem Geschlecht in einem biologischen Sinn (*sex*) und seiner sozialen Bedeutung (*gender*). Später warf Judith Butler die Frage auf, woher wir eigentlich die Gewissheit nehmen, dass ein dem sozialen Geschlecht vorgelagertes, körperlich gegebenes »biologisches Geschlecht« überhaupt existiert. Sie ging den von Simone de Beauvoir vorgezeichneten Weg – « dans la collectivité humaine rien n'est naturel »²⁵ – nochmals weiter und konfrontierte die Denkgewohnheiten mit der Vorstellung, dass auch die scheinbare Materialität des »biologischen Geschlechts« diskursiv erzeugt werde. In ihren Augen ist das »biologische Geschlecht« nicht eine schlichte Tatsache oder ein Zustand des Körpers, sondern »ein Prozess, bei dem regulierende Normen das »biologische Geschlecht« materialisieren und diese Materialisierung durch eine erzwungene ständige Wiederholung jener Normen erzielen.«²⁶ Seither schwelt in Bezug auf die Kategorie Geschlecht eine Kontroverse, die sich nicht einfach beilegen und abschließen lässt, weil sie auf eine der Erkenntnis nur begrenzt zugängliche Frage zuläuft. Wie sollte sich mit letzter Gewissheit aufklären lassen, ob es einen vorgesellschaftlichen Ausgangspunkt gibt, wenn wir nicht ausschließen können, dass auch wir selbst und unser Denken immer schon »bis zum Hals« diskursiv geformt sind? Um sich aus dieser Schlinge zu befreien, müsste man sich in einen irrealen vorgesellschaftlichen Nullpunkt versetzen, gewissermaßen »mit einem Schlag den ganzen Wald neu anpflanzen«, wie Simone de Beauvoir unser Dilemma vorhergesehen hat.²⁷ Und weil das nicht möglich ist, müssen wir uns mit einem letzten Rest Unaufklärlichkeit abfinden.

Dieses Dilemma besteht nicht nur in Bezug auf die Kategorie Geschlecht.²⁸ Für die Kategorie Rasse werden inzwischen vergleichbare Debatten geführt.²⁹ Aber auch im Hinblick auf Krankheit, Kindsein oder Alter lässt sich nicht allgemein-

²⁵ Beginnend bei *Berger/Luckmann* (1969/1977).

²⁴ *de Beauvoir* (1949/1976) 13.

²⁵ *de Beauvoir* (1949/1976) 644.

²⁶ *Butler* (1997) 21.

²⁷ *de Beauvoir* (1949/1976) 645.

²⁸ *Ásta* (2018).

²⁹ *Liebscher* (2021).

gültig angeben, wo die Grenzen verlaufen zwischen vorgesellschaftlich Wirklichem und diskursiv Geformtem. Es gibt keine Gewissheit über einen unbezweifelbaren Anfangspunkt, und auch hier sind menschliches Denken und materielle Welt unentwirrbar miteinander vermengt und ineinander verstrickt. Wir müssen in Rechnung stellen, dass wir in für uns unsichtbaren »kausalen Schleifen« oder »Looping«-Effekten, wie die US-amerikanische Sozialphilosophin Sally Haslanger sie nennt, gefangen sind. Damit meint sie, dass wir die Welt auf eine Weise beeinflussen, die unsere Überzeugungen wahr werden lässt. Wenn wir, so ihr Beispiel, eine gebaute Umwelt schaffen, die für Menschen mit Behinderung unzugänglich ist, weil wir sie nicht als aktive Mitglieder der Gesellschaft wahrnehmen und sie daher auch nicht mitbedenken, dann lässt sich später konstatieren, dass Menschen mit Behinderungen tatsächlich nicht am gesellschaftlichen Leben teilnehmen und keine Beiträge dazu leisten.³⁰ Jedenfalls ist der Körper in vielen Hinsichten zu einer erkenntnistheoretischen Herausforderung geworden. Es gibt nur wenig Gewissheiten darüber, was am Körper »natürlich« und gegeben und was gestaltet ist, was bloßes Schicksal und was vorwerfbares Menschenwerk ist. Niemand kann mit ernstlicher Gewissheit präzise angeben, in welchem Ausmaß unsere Vorstellungen von Krankheit, Alter, Behinderung, Gebrechlichkeit vordiskursiv gegeben sind, und niemand kann ausschließen, dass das Recht selbst wesentlichen Anteil daran hat, dass diese Kategorien als wirklich wahrgenommen werden. Dieselben Zusammenhänge zwischen Wirklichkeit und Überzeugungen könnten am Werk sein, wenn Gesellschaften Auffassungen davon entwickeln, wie Kinder oder alte, kranke, gebrechliche, neurotische, psychotische Menschen »wirklich« sind, und darauf Regelungen stützen, die ihnen bestimmte Aspekte von körperlicher Selbstbestimmung im Interesse von Heilung, Erziehung und Fürsorge absprechen. In letzter Konsequenz heißt das, dass wir mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass sich das Recht seine Gründe für körperliche Fremdbestimmung in einem nicht übersehbaren Ausmaß selbst verschafft.

Aber wir haben nicht nur in Rechnung zu stellen, dass die Kategorien, mit denen im Rechtszusammenhang körperliche Selbstbestimmung abgestuft wird, nicht in einem vorrechtlichen Sinne gegeben und damit »wirklich« sind. Ich bestehe auch deshalb auf körperlicher Selbstbestimmung, weil wir es in den meisten Fällen mit unlösbaren Begründungsproblemen zu tun bekommen, wenn es um die Bewertung von körperlichen Entscheidungen geht. Die Probleme beginnen schon dann, wenn es um die Abstimmung von körperlichem *Handeln* (Freiheitsgebrauch) mit Gesundheit und Leben geht.³¹ Noch unermesslicher werden die Begründungsprobleme, wenn es um die Bewertung von körperlichen Entscheidungen für sich selbst geht. Für manche lautet ein Minimalkonsens, dass Ent-

³⁰ Haslanger (2021) 11.

³¹ Günther/Volkman (2022).

scheidungen, die eine offene Zukunft erhalten, besser sind als Entscheidungen, die Zukunft nehmen.³² Doch muss man dann noch begründen, warum Zukunftsinteressen vor Gegenwartsinteressen rangieren und welche bzw. wessen Zukunft eigentlich offen gehalten werden soll. Liegt darin nicht eigentlich eine Instrumentalisierung der gegenwärtigen Person und ihrer Selbstbestimmung, fragt eindringlich der deutsche Rechtsphilosoph Thomas Gutmann und wirbt für ein präsentistisches Verständnis von Selbstbestimmung. Andernfalls würden wir der je gegenwärtigen Person auferlegen, »nie etwas anderes sein zu dürfen als Treuhänderin ihrer künftigen Erscheinungsweisen«.³³ Der junge oder kranke Mensch, wie er jetzt ist, würde gegen den Menschen ausgespielt, der dieser jetzt junge oder kranke Mensch *vielleicht* einmal sein wird. Für Simone de Beauvoir liefe dies auf einen Verrat hinaus: Man verrät den jetzigen Menschen auf Kosten des späteren, oder den späteren auf Kosten des jetzigen.³⁴ Dieselben Einwände erheben sich im Übrigen gegen allzu anspruchsvolle, »perfektionistische« Vorstellungen von Selbstbestimmung, etwa wenn es heißt, nur »authentische« und »wertkohärente« Körperwünsche seien anzuerkennen.³⁵ Dahinter stehen Lebensideale von »Selbst-Treue«, Originalität und »innerer Tiefe«.³⁶ Aber ein Lebensideal ist noch keine begründbare Verpflichtung. Und wer vermag anzugeben, was das »eigentliche«, wertkohärente, der eigenen Originalität verpflichtete Selbst ist, das durch unauthentische Wünsche verfehlt werden könnte?³⁷

Aber auch wenn man sich darauf einigen wollte, dass »offene Zukunft« und »Selbst-Treue« Bewertungsmaßstäbe für körperliche Entscheidungen an die Hand geben, lässt sich kaum fester Grund gewinnen. Schon für uns selbst können wir nicht sicher sein, dass wir eine Entscheidung, die wir heute treffen, auch morgen noch richtig finden (und umgekehrt), und genauso lässt sich alltäglich beobachten, wie weit die Auffassungen darüber auseinandergehen, welcher Umgang mit dem eigenen Körper der jeweils richtige ist. Medizin und Biotechnologie eröffnen immer neue Körpermöglichkeiten, jede Jugend bringt spezifische ästhetische Körperideale hervor, Kulturkreise kreieren ihre jeweils eigenen Körperpraktiken, Weltanschauungen schlagen sich in unterschiedlichsten Körpergeboten nieder etc. Seit den Studien von Marcel Mauss wissen wir, dass selbst so universell und natürlich erscheinende körperliche Tätigkeiten wie Schlafen oder Schwimmen

³² Auf dieser Linie liegen Überlegungen, wonach Paternalismus zur Maximierung von Freiheit (für die deutsche Debatte etwa *Enderlein* [1996] 52 ff.; *Eidenmüller* [2015] 374 ff.) oder jedenfalls zum Schutz vor völligem Freiheitsverlust gerechtfertigt ist (für die deutsche Debatte dazu *Klimpel* [2003] 29–33).

³³ *Gutmann* (2006) 208.

³⁴ *de Beauvoir* (1949/2020) 74–76; gleichsinnig gegen einen pauschalen Primat der Zukunft *Wapler* (2015) 408–416.

³⁵ Exemplarisch für die deutsche Debatte *Quante* (2002) 192 ff. und 320 ff.

³⁶ *Taylor* (1991/1995) 34–39; gleichsinnig *Rosa* (2010).

³⁷ *B. Rössler* (2017) 266–268.

unterschiedlichste Formen annehmen können.⁵⁸ Abermals begegnet das schon angesprochene Wirklichkeitsproblem. Wer in Rechnung stellt, dass die Bewertungsmaßstäbe für körperliche Entscheidungen in einem aus der Gegenwart nicht sicher vorhersehbaren Ausmaß zeitlich gebunden, gesellschaftlich geformt und zugleich veränderlich sind, wird sich hüten, abschließende Urteile über körperliche Entscheidungen treffen zu wollen. Zugleich stellen sich körperliche Entscheidungen jeweils anders dar, wenn sie aus der Perspektive der Medizin oder der Erziehung oder der Wirtschaft oder einer Weltanschauung oder des Sports betrachtet werden.⁵⁹ Unsere ausdifferenzierte Gegenwart liefert »keinen Fixpunkt, dem man die einzig richtige und letztverantwortliche Behandlung des Körpers anvertrauen könnte.« Der Körper ist »polykontextural« geworden (Karl-Heinrich Bette).⁴⁰ Man kann Tätowierungen für sich ablehnen oder auf anderen Körpern abstoßend finden, doch ist damit nicht begründet, dass der Wunsch, sich tätowieren zu lassen, deshalb universalisierbar schlecht wäre. Was für die einen eine vernünftige, weil lebensrettende Behandlung ist, etwa eine Bluttransfusion, verletzt für Zeugen Jehovas ein Tabu. Für große Teile der Bevölkerung bedeutete es einen ersehnten Segen, als Impfungen gegen Covid-19 in Reichweite gerieten; andere lehnen Impfungen leidenschaftlich ab. Wir werden uns wohl auch nicht darauf einigen können, dass es vorzugswürdiger sei, Psychopharmaka einzunehmen als psychotische Schübe zu riskieren, dass man gut daran tue, das Altern aufzuhalten, oder dass das Leben stets dem Tod vorzuziehen sei. Wir befinden uns in einem unermesslich großen Gelände an tatsächlich möglichen und ethisch nicht eindeutigen körperlichen Entscheidungen. Nur selten zieht das gegenwärtige Recht äußere Grenzen für Körperentscheidungen. Derzeit ist Klonen unzulässig, Organe sind unverkäuflich, der Konsum mancher Drogen steht unter Strafe, Leihmutterchaft ist verboten etc. Aber dazwischen spannt sich ein unübersichtlicher und tiefer Raum von rechtlich erlaubten Körperentscheidungen auf, bei denen wir weder wissenschaftliche Gewissheit noch allgemeingültigen Konsens erzielen werden.

Das Recht erlegt uns keine Rechtfertigungspflicht auf, wenn wir den Tod dem Leben oder die Krankheit der Gesundheit vorziehen. Diese Fragen gelten heute als höchstpersönlich und nehmen teil am Achtungsanspruch jedes Einzelnen als Subjekt, wie es das Bundesverfassungsgericht betont.⁴¹ Daher leuchtet es nicht ein, wenn wir hier irgendwelchen fremden Maßstäben gehorchen sollten. Selbst für vermeintlich elementare Fragen, bei denen eine von vielen geteilte Beantwortung auf der Hand liegen könnte, suchen wir vergeblich nach allgemeingültigen Bewertungen und damit nach Maßstäben für »bessere« und »schlech-

⁵⁸ *Mauss* (1936/1950).

⁵⁹ *Bette* (2005) 25–52; *Bette* (1999) 58–74.

⁴⁰ *Bette* (1999) 138–144.

⁴¹ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u. a., BVerfGE 153, 182–310 (264) – Suizidhilfe.

tere« Körperentscheidungen. Ist Altern eine Krankheit?, fragte der Bioethiker Thomas Schramme im Jahr 2009 – und ließ die Frage schließlich offen: Es »hängt von individuellen Werturteilen ab. Einige Menschen sehen das Altern als ihren ärgsten Feind, andere sehen es als elementaren Bestandteil ihres Lebens. Ich sehe keinen Weg, die eine oder andere Sichtweise endgültig zu rechtfertigen oder zurückzuweisen.«⁴² Damit sind die letzten Bezugspunkte für allgemeingültige Bewertungen von Körperentscheidungen in Wegfall geraten. Wer Krankheit für natürlich hält, das Altern nicht fürchtet und den Tod im Zweifel dem Verlust von Lebensfreude vorzieht, dem wird es nicht plausibel sein, warum man sich gesund ernähren oder sich bewegen sollte, warum es sinnvoll sein kann, Medikamente einzunehmen, Virusinfektionen vorzubeugen oder eine Wunde zu behandeln. Und umgekehrt kann es für jemanden, dessen oberstes Ziel es ist, 99 Jahre alt zu werden, zum Glaubenssatz werden, täglich 10.000 Schritte zu gehen. Wenn selbst Krankheit, Altern und Tod unserer Zeit ethisch nicht eindeutig bewertbar sind, dann wird auch der Kreis der Körperentscheidungen, die mit einer gewissen Allgemeingültigkeit als »besser« gelten können, immer kleiner.

Diese Beobachtungen schließen die Möglichkeit von plausiblen Letztbegründungen für ethische Bewertungen von Körperwünschen und Körpertechniken nicht völlig aus. Auch unsere Zeit bringt immer wieder solche Entwürfe hervor, und manche haben ihren Weg ins Recht gefunden, etwa in Gestalt der Verbote des Klonens oder des Organhandels.⁴³ Aber es sollte deutlich geworden sein, dass es für die körperlichen Alltagsfragen, für den großen Bereich diesseits der wenigen rechtlichen Verbote, keine von Wertbezügen und »Subsinnwelten« völlig abstrahierbaren Maßstäbe gibt, um allgemeingültig bessere Körperentscheidungen von schlechteren Körperentscheidungen zu trennen. Es ist dieses fundamentale Maßstabsproblem, das einen weiteren Grund dafür bildet, warum dieses Buch aus der Perspektive geschrieben ist, dass jede rechtliche Abstufung von körperlicher Selbstbestimmung problematisch und jedes rechtliche Mehr an körperlicher Selbstbestimmung erstrebenswert ist.

⁴² Schramme (2009) 263.

⁴³ Exemplarisch für jüngere Begründungsangebote Habermas (2002): Schutz der Gattung; Kersten (2004) 343 ff.: Verantwortung für die Würde künftiger Menschen; Lanzerath (2003): Gefährdung des »gemeinsamen Guts der wechselseitigen Unabhängigkeit der natürlichen Ausstattung«.

Zweites Kapitel: Drei Studien

Vorbemerkungen

Die nachfolgenden drei Studien gehen den Entwicklungen nach, die seit der Wende zum 20. Jahrhundert dazu geführt haben, dass körperliche Selbstbestimmung allmählich auf Personen zugelaufen ist, die zunächst nicht selbstverständlich mitgemeint waren: Patienten, Kinder und Entmündigte bzw. (wie sie seit 1992 heißen) Betreute. Sie alle galten dem Recht über lange Zeit als *besonders*, und »besonders« meinte in Bezug auf körperliche Selbstbestimmung *weniger*, unsichere, bezweifelte körperliche Selbstbestimmung. Handlungen, die ansonsten im Recht als unzulässige Gewalt, rechtswidriger Zwang und strafbare Verletzung galten, wurden gegenüber Patientinnen als Heilung, gegenüber Kindern als Erziehung und gegenüber Entmündigten als Fürsorge ausgewiesen.

Damit sich die nachfolgenden Nahaufnahmen mit ihren vielen Details und Sprüngen besser erfassen lassen, soll vorab auf einige Gemeinsamkeiten hingewiesen werden. Die Rechtsentwicklung teilt zwar die Entwicklungsrichtung (»mehr« körperliche Selbstbestimmung) und wird sich im Rückblick geteilten dogmatischen Phasen zuordnen lassen (patriarchal – paternalistisch – partizipativ, Kap. 3 II.). Doch sind die Entwicklungen auf den drei Feldern zu unterschiedlichen Zeitpunkten und von unterschiedlichen Ausgangspunkten erfolgt (»Aufbrüche«, Kap. 2 I.2., II.3., III.3.). Dabei traf die Rechtsentwicklung auf allen Feldern immer wieder auf dasselbe Muster von Einwänden und Begründungen, mit denen Abstufungen der körperlichen Selbstbestimmung gegenüber Patientinnen, Kindern und Entmündigten plausibel gemacht wurden (»Gegendiskurse«, Kap. 2 I.4., II.4., III.4.). Hier war meine erste Intuition, dass der Rechtsdiskurs diese Abstufungen diffus mit Nähe erklären und legitimieren würde. Ich dachte, dass Nähe hier als Argument genauso funktioniere wie zwischen Ehegatten das Argument der Intimität. Die dahinter stehende Begründungsmechanik wurde besonders offensichtlich in den Debatten über die Vergewaltigung in der Ehe. Bis zum Jahr 1997 war die Achtung der besonderen Intimität der Ehegatten eine im Rechtszusammenhang plausible Erklärung, warum »Ehegattennotzucht« nicht als Vergewaltigung im Sinne von § 177 des Strafgesetzbuchs strafbar war.¹ In

¹ Eine Reform war noch in den 1970er Jahren diskutiert, dann aber in Vorbereitung auf die Strafrechtsreform von 1974 nochmals abgelehnt worden. Der dazu geschaffene Sonderausschuss (BT-

anderen Fragen ist das Intimitätsargument bis heute wirksam, etwa um zu begründen, warum Ehegatten einander nur eingeschränkt zur Notwehr berechtigt sind² oder warum sie nicht wie fremde Dritte für jede Fahrlässigkeit haften, sondern nur für eigenübliche Sorgfalt einstehen müssen. Von hier aus schien es mir zunächst einleuchtend, auch das legitimierende Besondere der körperlichen Bestimmungsbefugnisse von Ärztinnen, Eltern, Vormündern und Betreuerinnen auf Nähe zurückzuführen. Doch zeigte sich schnell, dass die Parallele nicht weit trägt. Denn Körperbefugnisse von Ärztinnen, Eltern, Vormündern oder Betreuerinnen können schon deshalb nicht plausibel auf Nähe zurückgeführt werden, weil Nähe allenfalls für das Sorgeverhältnis typisch ist. Für das Behandlungsverhältnis fehlt eine solche Typik aber. Wenn überhaupt, dann wird nicht mit Nähe, sondern mit Vertrauen argumentiert (Kap. 2 I.5.2.3.). Mitunter führen ärztliche Behandlungen zu Nähe, allerdings einer eher eigentümlichen Nähe, die außerhalb der Behandlungssituation als Grenzüberschreitung wahrgenommen würde: wenn wir uns »freigemacht« haben oder uns mit weit geöffnetem Mund, gespreizten Beinen oder entblößtem Gesäß zumeist fremden Menschen offenbaren.

Dennoch wird auf den drei Feldern ein gemeinsames Muster an Einwänden und Begründungen begegnen. Jeweils geht es um Verbesonderung, und diese Verbesonderung wird über drei Begründungsstränge auf drei Ebenen hergeleitet: auf der Ebene des *Handlungssinns*, auf der Ebene der *Betroffenen* und auf der Ebene der *Ermächtigten*. Der erste Begründungsstrang lautet, dass es im Verhältnis von Ärztinnen und Patienten, Eltern und Kindern, Vormündern und Entmündigten bzw. Betreuerinnen und Betreuten um Handlungen mit besonderem Sinn geht, nämlich um Heilung, Erziehung und Fürsorge. Der zweite Begründungsstrang zielt auf Eigentümlichkeiten der Betroffenen: weil Patienten »krank«, Kinder »unvernünftig« oder »unreif« und weil Entmündigte »wahnsinnig«, Betreute »geisteskrank« etc. sind. Der dritte Begründungsstrang zielt auf Eigentümlichkeiten der so Ermächtigten, also Besonderheiten in Stellung, Amt, Stand, Ethos, Kompetenz, Erfahrung von Ärztinnen, Eltern, Vormündern bzw. Betreuerinnen. Diese drei Begründungsstränge sind aufeinander bezogen: Vorstellungen vom besonderen Handlungssinn (Heilung, Erziehung, Fürsorge) legitimieren besondere Befugnisse (Heilauftrag, Elternrecht, Amt) und gründen sich wiederum auf Vorstellungen über besondere Bedürfnisse und Defizite in der Gruppe der Betrof-

Drucks. VI/3521, S. 39) verklausulierte dies als »überwiegend praktische Gründe« und ergänzte, dass »geschlechtliche Beziehungen zum Wesen der Ehe gehören« und dass eine Strafbarkeit als »staatliche[r] Eingriff in die internen Verhältnisse von Ehe oder Familie« mehr Schaden als Nutzen anrichte. Dies änderte sich erst mit dem 35. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1997, BGBl. I, S. 1607.

² Bundesgerichtshof, Urteil vom 26. Februar 1969, 3 StR 322/68, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1969, 802 f.; Bundesgerichtshof, Urteil vom 25. September 1974, 3 StR 159/74, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1975, 62 f.; rechtspolitische Kritik bei *VöB* (2013): Die Grundsätze sollten aufgegeben werden.

fenen als »Kranke«, »Unvernünftige« oder »Wahnsinnige«. Diese Vorstellungen schließlich werden ihrerseits hervorgebracht und genährt von den Annahmen über den Handlungssinn von Heilung, Erziehung, Fürsorge und Schutz. Also: ohne Erziehung weder Erziehungsbedürftige (Kinder) noch Erziehungsberechtigte (Eltern), ohne Medizin (Heilung) weder zu Heilende (Kranke) noch Heiler (Ärztinnen), und ohne Fürsorge weder Fürsorgebedürftige noch Fürsorgende.³ Dieser Mechanismus lässt sich als *Verbesonderungsgeflecht* abbilden:

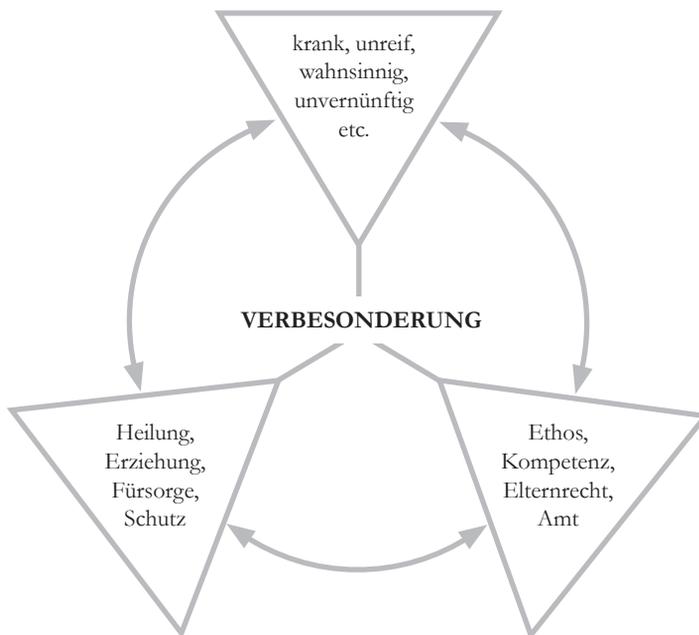


Abb. 1: *Verbesonderungsgeflecht*

In der Sprache des Rechts wird dieses Verbesonderungsgeflecht durch den Begriff des *Verhältnisses* zum Ausdruck gebracht. Es ist die Rede vom Arzt-Patienten-Verhältnis oder vom Eltern-Kind-Verhältnis, vom Behandlungs-, Sorge- oder Betreuungsverhältnis. Das klingt alltagssprachlich und möglicherweise banal, ist aber im Rechtszusammenhang bedeutungsvoll. Denn darin kommt nicht nur die *Verbesonderung* von Heilung, Erziehung und Fürsorge zum Ausdruck, die sich das Recht damit in seiner eigenen Sprache zu eigen macht. Zugleich begünstigt die Bezeichnung als Verhältnis Tendenzen zur *Abschließung*. Mit der Anerkennung

³ Zu diesen Wechselwirkungen etwa *Luhmann* (1991); *Parsons* (1951/1958).

eines besonderen Behandlungs- oder Eltern-Kind-Verhältnisses wird es zugleich möglich, zwischen einem Außen- und einem Innenverhältnis zu unterscheiden. Dies wiederum erhöht die Wirksamkeit von Argumenten gegen rechtliche Veränderungen: Indem die Beziehungen zwischen Ärztinnen und Patienten oder zwischen Eltern und Kindern als besondere Verhältnisse gedacht werden, wird es leichter möglich, Rechtsforderungen wie diejenige nach mehr körperlicher Selbstbestimmung als »Eingriff« in das (Innen-)Verhältnis zu deuten und als nicht sachgemäße, unangemessene etc. »Verrechtlichung« zurückzuweisen. Die im Rechtszusammenhang üblichen Bezeichnungen als Behandlungs-, Eltern-Kind- oder Betreuungsverhältnis wirken wie abwehrende Membranen gegen Forderungen nach mehr körperlicher Selbstbestimmung. Dieser Abwehrmechanismus wird auf allen drei Feldern begegnen als »illegitimes Eindringen des Rechts« (Kap. 2 I.4.2., II.4.2., III.4.2.).

Es gab also einige Hindernisse zu überwinden, damit körperliche Selbstbestimmung seit der Wende zum 20. Jahrhundert allmählich zu einem Recht auch von Patienten, Kindern und Betreuten werden konnte. Dies war kein Selbstläufer. Im Weg stand nicht nur die jeweilige rechtliche Verbesonderung als Verhältnis mit ihrer Tendenz zur Abschließung gegen als äußerlich gedachte Selbstbestimmungsrechte. Außerdem stand das ganze Verbesonderungsgeflecht (Abb. 1) mit seinen drei Begründungssträngen im Weg. Entsprechend viele Annahmen mussten sich verschieben. Um es am Beispiel der körperlichen Selbstbestimmung von Kindern zu erläutern: Die Anerkennung eines Rechts auf gewaltfreie Erziehung und die Verpflichtung zur Beachtung von Körperwünschen Minderjähriger waren erst möglich, als sich die Vorstellungen über Erziehung, über die Reichweite des Elternrechts und darüber, was das Kind zum Kind im Sinn des Rechts macht, verändert hatten (Kap. 2 II.3.). Es musste nicht nur in Zweifel gezogen werden, ob Körperstrafen und körperlicher Zwang überhaupt Ausdruck von Erziehung sein können (Handlungssinn), sondern es war auch zu hinterfragen, ob die Elternstellung ein Recht auf Körperstrafen und körperlichen Zwang umfassen kann, und ob eigentlich alle unter 18-Jährigen unreif oder unvernünftig sind. Umso mehr wird man sich fragen, welche Kräfte und Konstellationen dennoch zu einer Verschiebung der Rechtsdogmen geführt haben (»Aufbrüche«, Kap. 2 I.2., II.5., III.3.), welche typischen *Phasen* dabei durchlaufen wurden und wie sich diese Phasen jeweils im Recht niederschlugen (Kap. 3 II.). Beginnen wir also mit den dazu nötigen Nahaufnahmen.