

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

Vorwort

Damit aus einer Frage schließlich ein Buch werden kann, müssen viele glückliche Umstände zusammenkommen. Es beginnt beim Offensichtlichsten, bei Zeit und Raum. Es braucht Mittel und Muße. Aber zumeist braucht es noch viel mehr: Freunde, die an die eigenen Fähigkeiten glauben, Wegbegleiter, die den Sinn von Wissenschaft wachhalten, und nicht zuletzt das Verständnis derjenigen Menschen, die ihr Leben mit einem teilen.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat mir durch die Bewilligung der Vertretungsmittel nicht nur den nötigen zeitlichen Freiraum gegeben, sondern war zugleich Bestärkung und Ansporn, das Projekt auch wirklich anzugehen, ungeachtet der Pandemie. Umso dankbarer bin ich, dass Johanna Croon-Gestefeld dennoch im Jahr 2021 die Last der Lehrstuhlvertretung an der Bucerius Law School auf sich genommen hat, unter denkbar widrigsten Bedingungen. Ihr gilt mein besonderer Dank.

Alexandra Braun hat mich darin bestärkt, mich an einem Buch zu versuchen, das zwar vom Recht handelt, sich aber nicht nur an die Rechtswissenschaft richtet. Christian Bumke hat sich höchst geduldig vieles Ungeordnete angehört, was mir mitunter durch den Kopf ging und mich bei der Ordnung meiner Gedanken mit all seiner Freundschaft begleitet. Bettina Heiderhoff war nicht nur eine enthusiastische Leserin, sondern auch eine feinsinnige Beobachterin meiner Gemütszustände. Und wenn ich am Schluss des Buches das Dilemma jeder Sorgebeziehung angemessen erfasst haben sollte, verdanke ich ihr diesen Realitätssinn.

Als ich mit den Recherchen zu dem Buch begann, war die Buchausleihe ein mühevolleres Unterfangen. Ohne die vielen helfenden Hände im Lehrstuhlteam an der Bucerius Law School wäre der Anfang ein anderer gewesen. Leonard Jaritz und Raimund Reck, Franziska Schöche und Cathleen Woelcke, Kim Ducho, Veronika Martini und Eliana Korn, Leonard Pauli und Marlene Letsch haben beständig dazu beigetragen, dass auch abseitige Literatur aus den zunächst geschlossenen Bibliotheken auf wundersame Weise auf meinen Schreibtisch fand.

Das Unterfangen wäre einsamer gewesen, wenn sich das Lehrstuhlteam an der Bucerius Law School und zuletzt die Arbeitsgruppe am Max-Planck-Institut das Projekt nicht so zu eigen gemacht hätten. Ich kann dankbar sein für so viel konstruktive Kritik und tatkräftige Unterstützung. Sophia Schamberg und Philipp Poitiers haben die Anfänge begleitet. Lara Bucholski hat meine Neugierde für die Entwicklung des Entmündigungsrechts geteilt. Ohne Luise von Kügelgen gäbe es weder ein Literaturverzeichnis, noch könnte ich Genaueres zur Zusammensetzung der Spruchkörper sagen, die das Recht auf körperliche Selbstbestimmung im

Behandlungsverhältnis begründeten und verteidigten. Annika Diemke hat die Verfertigung meiner Gedanken von der Idee bis zu den letzten Fragen der Covergestaltung nicht nur mit größter Akkuratess, Sprachgefühl und ästhetischer Sicherheit, sondern gleichermaßen enthusiastisch wie empathisch begleitet. Ihrem Ethos und ihrem Esprit verdanke ich mehr, als hier Platz hätte. Als der Text auch die an Robert Musil geschulte Lektüre durch Felix Aiwanger überstanden hatte, rückten meine Ziele näher. Schließlich gilt mein Dank den Werkstattgesprächen und Seminaren, die die Entstehung begleiteten. Wem das Schreiben leicht von der Hand geht, weiß, dass man mitunter erst im Gespräch erfährt, wie weit ein leicht dahin geschriebener Gedanke wirklich trägt.

Am Max-Planck-Institut hat Johanna Detering es dankenswerterweise übernommen, aus meinen Skizzen die satzfertigen Graphiken zu erstellen. Annika Diemke und Anke Schild haben die Fahnen mit unermüdlicher Sorgfalt gelesen, als es mir an Geduld genauso wie an Abstand fehlte. Ein besonderes Glück auf den letzten Metern war schließlich der persönliche Kontakt zu Vittorio Klostermann und die verlagsseitig geteilte Einsatzfreude für schön gestaltete Bücher.

Mein Mann Heinz-Jürgen Klöpper hat die Entstehung mit seinem Ingenieursverstand in vielen fruchtbaren Gesprächen und fortdauernder Geduld begleitet. Als er immer wieder nachfragte, ob es nicht gut wäre, auch Ergebnisse zu haben, die sich abbilden ließen, versuchte ich mich daran. Und als ich ihm endlich eine Version meiner Einleitung aushändigen konnte, die für ihn verständlich war, wusste ich, dass mein Anliegen zu lesbarer Form gefunden hat.

Hamburg, im August 2024

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, geisteskrank 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 Kritikdiskurs, 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) 311.

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.

ihren Nahaufnahmen verweigern sie sich der Vorstellung, dass die Entwicklung auch nur annähernd ein Selbstgänger war. Wir werden einer wechsellvollen und immer wieder gefährdeten Entwicklung gewahr werden, werden Stillstände und Sprünge aufzeichnen, Brüchen und Biegungen nachgehen, Hürden und Hindernisse identifizieren.

II. Gegenstand und Gliederung

Gegenstand der nachfolgenden Studien ist die *Entwicklung* des Rechts auf körperliche Selbstbestimmung von Patientinnen (Kap. 2 I.), Kindern (Kap. 2 II.) und entmündigten bzw. betreuten Erwachsenen (Kap. 2 III.) im Verhältnis zu Ärztinnen, Eltern und Vormündern bzw. Betreuerinnen. Im Schwerpunkt geht es dabei um Privatrecht. Denn die Rechtsstellung von Patienten im Verhältnis zu ihren behandelnden Ärztinnen, von Kindern im Verhältnis zu ihren Eltern und von entmündigten bzw. betreuten Erwachsenen im Verhältnis zu ihren Vormündern, Pflegern bzw. Betreuerinnen ist im deutschen Recht überwiegend dem Privatrecht zugeordnet. Behandlung, Sorge und Betreuung sind heute im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt. Doch ist körperliche Selbstbestimmung keine rein privatrechtliche Angelegenheit: Die Rechtmäßigkeit ärztlichen Handelns wird auch durch Strafnormen bestimmt, und das gegenwärtige Verständnis von körperlicher Selbstbestimmung ist zugleich vom Verfassungsrecht geprägt (Kap. 2 I.3.1., II.3.2., III.3.2.). Gegenstand der Untersuchung ist also nicht speziell die Entwicklung eines privatrechtlichen Rechts auf körperliche Selbstbestimmung, sondern die veränderliche Gestalt, die körperliche Selbstbestimmung in bestimmten, gemeinhin dem Privatrecht zugeordneten Rechtsverhältnissen angenommen hat.

Die Studien sind in weiten Teilen chronologisch angelegt. Die Beobachtungen beginnen an der Wende zum 20. Jahrhundert. Sie setzen mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein, verfolgen jeweils *Ausgangspunkte*, *Aufbrüche* und *Konsolidierungen* nach und enden in der Gegenwart der 2020er Jahre. Die chronologischen Rekonstruktionen werden ergänzt durch Abschnitte, die nicht chronologisch aufgebaut sind, sondern in denen die Dogmenverschiebungen aus zwei für den Rechtszusammenhang ungewöhnlichen Blickrichtungen analysiert werden, hier bezeichnet als *Gegendiskurse* und *Deutungen*. Die vergleichende Analyse der Gegendiskurse wird ans Licht bringen, dass die Rechtsentwicklung auf allen drei Feldern vom Rechtsdiskurs in wiederkehrenden Aussagenformationen und Argumentationsmustern zurückgewiesen und bekämpft wurde (Kap. 2 I.4., II.4., III.4.). Die Untersuchungen schließen jeweils mit *Deutungen* des geltenden Rechts. Hier geht es nicht um die innerrechtlichen Argumente und Sprachbilder des Rechtsdiskurses, sondern um Wahrnehmungen, Interpretationen und

Konfrontationen der Rechtsentwicklung aus und mit außerrechtlichen Perspektiven. Hintergrund ist die Beobachtung, dass die hier nachverfolgten Rechtsentwicklungen gerade deshalb so kontrovers aufgenommen wurden, weil ihre gesellschaftliche und ihre wissenschaftliche Bewertung uneindeutig war. Außerdem geht es hier um Konfrontationen der Rechtsentwicklung mit den Realitäten und Entfaltungsbedingungen für körperliche Selbstbestimmung. Hier interessieren Selbstzeugnisse und wissenschaftliche Konzepte, soziale Normen und gesellschaftliche Narrative, Befunde zur Rechtspraxis und Einsichten zu rechtssystematischen Fernwirkungen (Kap. 2 I.5., II.5., III.5.). Die Analysen werden Zusammenhänge aufzeigen zwischen den dogmatischen Entwicklungsphasen und fundamentalen Dilemmata (Kap. 3 II., IV.) und schließlich freilegen, worin die Rechtsentwicklung unvollendet ist.

Die Untersuchung ist auf das deutsche Recht beschränkt. Dies mag in einer Zeit der Internationalisierung von Recht und Rechtswissenschaft und angesichts vielfältiger Migrationsbewegungen erklärungsbedürftig sein. Doch hat dieser Zuschnitt seinen Grund darin, dass die Betrachtungen im Jahr 1900 und damit zu einer Zeit einsetzen, als Behandlung, Sorge und Erwachsenenschutz ganz selbstverständlich als nationale Angelegenheiten galten. Im Grunde hat sich daran bis heute nicht viel geändert. Mir sind im Zusammenhang mit der Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts zwar immer wieder Verweise auf ausländische Rechtsentwicklungen begegnet, doch wurde daraus kein tragender Gesprächsfaden. Auch die Debatten über die Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht oder über die Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen wurden und werden wesentlich bezogen auf deutsche Verhältnisse geführt. Daher war die Grundannahme, dass rechtsvergleichende Analysen, die ohnehin nur punktuell leistbar gewesen wären, keinen sicheren Ertrag für das Verständnis der deutschen Rechtsentwicklung versprochen hätten. Aber ausgehend von dem hier abgeleiteten Entwicklungsmodell (Kap. 3 II.) werden sich zielführend bearbeitbare rechtsvergleichende Untersuchungen konzipieren lassen. Weniger verzeihlich ist eine andere Beschränkung, die sich im Verlauf der Untersuchung ergab. Die Rechtsentwicklung in der DDR konnte ich nur punktuell einfangen (etwa Kap. 2 I.3., II.4.3., III.3.3.1.). Ich bin mir schmerzlich bewusst, dass darin ein Versäumnis und zugleich eine vergebene Chance liegt. Denn das Wenige, was ich dazu erschließen konnte, deutet auf bemerkenswerte Unterschiede und Zeitsprünge hin, die es noch zu analysieren gilt.

Ein letzter Hinweis zur Terminologie. Die Studien bearbeiten die Entwicklung des Rechts auf körperliche Selbstbestimmung. *Körperliche Selbstbestimmung* wird dabei für das Anliegen dieser Untersuchung weit verstanden. Es geht sowohl um körperliche Integrität (Schutz vor Verletzungen) als auch um körperliche Autonomie (Schutz vor Fremdbestimmung). Zwar ist es im Rechtszusammenhang geläufig, zwischen körperlicher Integrität und körperlicher Autonomie zu unter-

scheiden. Dadurch werden Integrität und Autonomie einander gegenübergestellt: Integrität als Bestandsschutz des objektiven, gegebenen Körpers, Autonomie als Beachtlichkeit von Körperwünschen und Maßgeblichkeit subjektiven Leibseins. Bei dieser Gegenüberstellung geht allerdings verloren, dass eine Ohrfeige nicht nur die äußerliche, physisch verstandene körperliche Integrität verletzt, sondern auch den Wunsch, nicht geschlagen zu werden. Daher hat sich das Recht inzwischen von der dogmatischen Unterscheidung zwischen Integrität und Autonomie in Bezug auf den Körper gelöst. Denn es hat sich durchgesetzt, in Bezug auf den Körper Autonomie über die Integrität mit zu schützen. Die in Artikel 2 Absatz 2 des Grundgesetzes garantierte körperliche Unversehrtheit wird heute zugleich als Gewährleistung der Selbstbestimmung über den eigenen Körper verstanden.¹³ Außerdem muss man, wenn man zwischen Integrität und Autonomie unterscheiden will, auch sicher angeben können (und wollen), was eigentlich Integrität, also »den« menschlichen Körper ausmacht, und in welchen Fällen es einzig um Körperwünsche geht.¹⁴ Allerdings befinden sich die Vorstellungen über »den« menschlichen Körper in fortwährendem Wandel von kulturellen Praxen, gesellschaftlichen Normen, technischen Möglichkeiten und wissenschaftlichen Einsichten. Anthropologie, Körpersoziologie, Leib- und Sozialphilosophie, Medizingeschichte, Bioethik, Disability Studies etc. beobachten seit Langem die Veränderlichkeit von Körperidealen, Körpernormen und Körperpraktiken und interessieren sich für die Entstehungszusammenhänge und Veränderungskräfte.¹⁵ Dies spricht dafür, den Untersuchungsgegenstand nicht auf Integrität oder Autonomie festzulegen, sondern mit dem Begriff der körperlichen Selbstbestimmung das gesamte Feld auszumessen. Daher wird »körperliche Selbstbestimmung« hier abweichend von der herkömmlichen Terminologie als Oberbegriff für körperliche Integrität und Autonomie gewählt, um Ungleichheitsdimensionen sowohl im Hinblick auf besondere Bewertungen von Integritätsverletzungen als auch im Hinblick auf besondere Entscheidungszuständigkeiten zu analysieren.

¹³ Erstmals Sondervotum zu Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 25. Juli 1979, 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131–187 (173 f.); inzwischen ständige Rechtsprechung, siehe nur Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 23. März 2011, 2 BvR 882/09, BVerfGE 128, 282–322 (300); dazu noch unten Kap. 2 I.3.1.

¹⁴ Vgl. Röthel (2019).

¹⁵ Exemplarisch Ach/Pollmann (2006); Schlich/Wiesemann (2001); Schroer (2005); Sarrazin (2001); M. Lorenz (2000); Villa (2008); Alloa u. a. (2012); Röcke (2021); Lutz u. a. (2005); zum Forschungsstand der Disability Studies etwa Waldschmidt (2022).

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.²³ 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 Unauflöslichkeit 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-

²³ 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 *Asta* (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/Volkmann (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.³⁸ 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.³⁹ 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-

³⁸ *Mauss* (1936/1950).

³⁹ *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.