

Drittes Kapitel: Dogmen, Diskurse, Deutungen

Die drei Studien haben gezeigt, dass körperliche Selbstbestimmung im deutschen Recht seit der Wende zum 20. Jahrhundert insgesamt zu einem *allgemeineren* Recht geworden ist. Auch Kinder und psychisch Kranke haben ein Recht auf körperliche Selbstbestimmung. Eltern, Betreuerinnen oder Ärzte sind nicht kraft Sitte, Rechtsstatus oder überlegenen Wissens dazu befugt, über den Kopf von Kindern, Betreuten oder Patientinnen zu entscheiden. Für das Recht sind Patienten, Kinder und Betreute im Hinblick auf körperliche Selbstbestimmung zwar nach wie vor *besonders*. Behandlung, elterliche Sorge und Betreuung sind als *besondere* Verhältnisse im Bürgerlichen Recht geregelt. Doch sind die Abstände zwischen dem, was rechtlich allgemein (»normalerweise«) gilt, und dem, was rechtlich für Patientinnen, Kinder und Betreute im Hinblick auf körperliche Selbstbestimmung gilt, geringer geworden. Das Recht kennt noch die Kategorien der Patienten, Kinder und Betreuten. Aber diese Zuordnungen legitimieren nicht mehr mit derselben Selbstverständlichkeit wie an der Wende zum 20. Jahrhundert Bewertungsunterschiede, wenn es darum geht, Gewalt als solche zu identifizieren, Integritätsverletzungen zu sanktionieren und Fremdentscheidungen zurückzuweisen. Dass es Kinder, Patienten und Betreute für das Recht »gibt«, rechtfertigt nicht mehr aus sich heraus Abstufungen bei körperlicher Selbstbestimmung. Das Messen mit zweierlei Maß, wenn es um körperliche Integrität und Selbstbestimmung geht, ist problematischer geworden.

Diese Verallgemeinerungstendenz von körperlicher Selbstbestimmung lässt sich außerdem als Inklusions- und als Emanzipationstendenz beschreiben. In dem körperliche Selbstbestimmung allgemeiner wurde und zunehmend Patienten, Kinder und Betreute einschloss, wurde sie zugleich *inklusive* in dem Sinne, dass Patientinnen, Kinder und Betreute, wenn es um Rechtsgarantien für körperliche Selbstbestimmung geht, heute in größerem Ausmaß mitgeschützt und mitberechtigt sind.¹ Sie sind also einbezogen in die rechtlichen Vorstellungen von körperlicher Selbstbestimmung. Diese Entwicklung lässt sich noch auf eine andere Weise erzählen: als Ausdruck von *Emanzipation*, also einem Prozess der

¹ »Inklusion« wird hier verstanden als Einbeziehung in bestehende Rechtszusammenhänge. Zumeist wird »Inklusion« allerdings spezifischer verstanden als das Recht, in bestimmten sozialen Bezügen (Arbeit, Schule, Kultur) leben zu können; näher *Hericks* (2021).

Befreiung und Freisetzung aus früherer Fremdbestimmung.² Die Studien haben vielfältig gezeigt, wie Patienten, Kinder und Betreute Ansprüche und Rechte zur Sicherung ihrer körperlichen Selbstbestimmung erhalten haben, die zuvor in den Händen von Ärzten, Eltern und Betreuerinnen lagen. Je nach Perspektive lassen sich diese Rechtsverschiebungen also lesen als Verallgemeinerung *des* Rechts auf körperliche Selbstbestimmung, als Inklusion *von* Patienten, Kindern und Betreuten und als errungene Emanzipation *aus* ärztlicher, elterlicher und vormundschaftlicher Fremdbestimmung.

Die beobachteten Zugewinne an rechtlicher Gewähr für körperliche Selbstbestimmung zugunsten von Patienten, Kindern und Betreuten lassen sich außerdem beschreiben als *Personalisierung* und *Juridifizierung*. Mehr rechtliche Gewähr für körperliche Selbstbestimmung bedeutete mehr rechtliche Aufmerksamkeit für die physische Person, die das Bürgerliche Recht bei der Organisation von Behandlung, elterlicher Sorge und Erwachsenenschutz über lange Zeit – im Vergleich zum Vermögen – allenfalls am Rande interessiert hatte. Bei der ursprünglichen Konzeption des Eltern-Kind-Verhältnisses sowie der Vormundschaft und Pflegschaft ging es vorrangig um das Vermögen. Das Bürgerliche Recht fürchtete weniger den gewaltsamen Vater als den verschwenderischen Vormund. Die Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung war im Bürgerlichen Recht also zugleich eine Hinwendung zur Person. Diese Personalisierung war daneben auch eine Juridifizierung und Justiziabilisierung des ärztlichen, elterlichen und vormundschaftlichen Körperhandelns. Die Zugewinne an rechtlicher Gewähr für körperliche Selbstbestimmung vollzogen sich über expliziteres, dichter und gerichtlich in höherem Ausmaß kontrolliertes Recht (dazu noch Kap. 3 II.1).

² Zum Begriff *Greiffenhagen* (1973).

I. Auf getrennten Wegen

Die Rechtsentwicklung zu mehr körperlicher Selbstbestimmung teilt die Entwicklungsrichtung und gewisse Gemeinsamkeiten im Verlauf; darauf wird noch einzugehen sein (»Phasen«, Kap. 3 II.). Dennoch ergibt sich daraus nicht leicht ein einheitliches Gesamtbild. Eher im Gegenteil: Auf den ersten Blick verweigern sich die Nahaufnahmen dem suchenden Blick nach Mustern und geben nicht wenige Rätsel auf. Wie kommt es, dass sich die rechtlichen Dogmen zugunsten von Patientinnen bereits um 1900 verschoben hatten, für Betreute dagegen erst in der Zeit nach der Wiedervereinigung und für Kinder vor allem ab den 2000er Jahren? Warum sind die Ausgangspunkte und Geschwindigkeiten so unterschiedlich, warum liegen die Zeitpunkte der dogmatischen Aufbrüche so weit auseinander? In diesen Fragen bleiben die Ergebnisse der Nahaufnahmen sperrig und eigensinnig. Die Verallgemeinerung körperlicher Selbstbestimmung, die sich seit der Wende zum 20. Jahrhundert im Recht vollzogen hat, lässt sich nicht auf eine einzige gesellschaftliche Kraft, ein hervorstechendes gemeinsames historisches Ereignis oder auch nur auf einen einzigen juristischen Akteur zurückführen. Die Rechtsprechung stellte sich mal auf die eine, mal auf die andere Seite, und die Entwicklungen vollzogen sich segmentiert und zeitversetzt. Wanderungsbewegungen und Querverweise blieben die Ausnahme. In ihren Nahaufnahmen haben die Studien ein mehr verwirrendes als deutliches Bild von den Entwicklungskräften entstehen lassen, mitunter wie Spuren im Sand, die sich immer wieder verlaufen. Verallgemeinerung, Inklusion und Emanzipation, Personalisierung und Juridifizierung gingen weder allein auf das Konto sozialer Bewegungen, noch haben sich die historischen Großereignisse des 20. Jahrhunderts darin gleichmäßig und nachhaltig eingeschrieben. Die körperliche Selbstbestimmung von Patienten, Kindern oder Entmündigten tauchte zwar immer mal wieder als Thema auf und überkreuzte sich mit politischen Programmen und sozialen Bewegungen, mit der Weimarer Zeit, dem Nationalsozialismus, 1968 oder dem Beitritt. Doch lässt sich kein allgemeines Muster zeichnen. Die rechtlichen Dogmen zu körperlicher Selbstbestimmung von Patienten, Kindern und Entmündigten wurden nicht kontinuierlich, richtungsgleich politisiert und historisch erfasst, sondern mehr punktuell und ausschnittshaft.

Um nur einige Wegmarken in Erinnerung zu rufen: Die Weimarer Zeit diskutierte einerseits darüber, wie man die gerade erst gesicherte körperliche Selbstbestimmung von Patientinnen wieder korrigieren könne durch strafrechtliche Privilegien der Heilbehandlung (Kap. 2 I.4.1.2.), war andererseits aber auch erfasst von den Anliegen der Reformpädagogik und ihrer Ablehnung von Körperstrafen, wenngleich folgenlos (Kap. 2 II.2.2.). Gleiches galt für die körperliche Selbstbestimmung Entmündigter: Die Irrenrechtsbewegung hatte nur für kurze Zeit ein gedankliches Fenster geöffnet; an den rechtlichen Dogmen änderte sich jedoch

nichts (Kap. 2 III.2.4.). Nochmals anders wirkten sich die Jahre des Nationalsozialismus auf die Dogmenentwicklung aus. In Bezug auf Patienten verteidigte das Reichsgericht sein langjähriges Eintreten für körperliche Selbstbestimmung gegen ideologische Überformungen (»An diesen Grundsätzen ist festzuhalten«, Kap. 2 I.2.3.). Für Kinder blieb es bei der patriarchalen Konzeption des Sorgeverhältnisses, auch wenn Überlegungen bestanden, die Vormundschaftsgerichte stärker zur ideologischen Kontrolle elterlichen Erziehungshandelns einzuschalten (Kap. 2 II.2.2.2.). Gezielte ideologische Vereinnahmung erfasste hingegen das Vormundschaftsrecht, das noch weniger als zuvor Sicherungen für körperliche Selbstbestimmung kannte, sondern mehr zu einem Entrechtungsbehelf wurde (Kap. 2 III.2.4.).

Wiederkehrend begegneten allerdings das Inkrafttreten des Grundgesetzes und die beginnende innerdeutsche Teilung. Beides bewirkte auf allen drei Referenzgebieten eine Zäsur; auch entwickelten sich die rechtlichen Dogmen in West und Ost zusehends auseinander, was hier allerdings nur angedeutet werden konnte (Kap. 2 I.3., II.4.3., III.3.). Bezogen auf die Bundesrepublik lag die Zäsur vor allem im Einfluss der Grundrechte und des Bundesverfassungsgerichts (Kap. 2 I.3.1., II.2.3., III.3.2.). Doch wirkten sich die Grundrechte bei näherer Betrachtung letztlich asynchron und ungleichmäßig auf die körperliche Selbstbestimmung von Patienten, Kindern und Entmündigten aus. Für Entmündigte legte das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1960 mit der Aufwertung des natürlichen Willens als rechtlich erheblicher Wille den Grundstein für die Juridifizierung des Vormundschaftsverhältnisses (Kap. 2 III.3.2.–3.4.). Aus dem Jahr 1968 stammte dann die Formel vom Kind als Grundrechtsträger und »Wesen mit eigener Würde« (Kap. 2 II.3.2.). Doch wurde erst im Jahr 1979 in einem Sondervotum zum Behandlungsverhältnis das Recht auf Entscheidung »nach ureigensten Maßstäben« entwickelt (Kap. 2 I.3.1.), das seit dem Jahr 2011 die Grundlage für die grundrechtliche »Freiheit zur Krankheit« bildet (Kap. 2 III.3.4.2.). Jenseits der unterschiedlichen Einsatzzeitpunkte fällt aber wieder eine Gemeinsamkeit auf: Auf allen Referenzgebieten ließ sich studieren, wie die Grundrechte seit den 1950er Jahren die bundesrepublikanischen juristischen Debatten veränderten. Mit ähnlicher Wirkmacht wurden die Grundrechte zu wesentlichen Bezugspunkten des Argumentationshaushalts, und zwar in beide Richtungen, sowohl für als auch gegen eine weitere Verallgemeinerung körperlicher Selbstbestimmung. In bemerkenswerter Parallelität begegnen auf allen Feldern dann auch Strategien, die Aussagekraft der Grundrechte für körperliche Selbstbestimmung zu neutralisieren: Die Grundrechte seien für die Sicherung körperlicher Selbstbestimmung von Kindern »weder gedacht noch ergiebig« (Kap. 2 II.4.3.), das Grundgesetz würde dadurch »abgenutzt« und gäbe für das Vormundschaftsverhältnis nichts her (Kap. 2 III.4.3.). Doch liegt darin keine Besonderheit der Debatten über körperliche Selbst-

bestimmung. Ähnliches ist nachlesbar in den Debatten der 1950er und 1960er Jahre über die Verwirklichung der Gleichberechtigung.³

Gemessen an den historischen Großereignissen des 20. Jahrhunderts lässt sich aus der Entwicklung des Rechts auf körperliche Selbstbestimmung also nur schwer ein gemeinsamer Stoff formen. Die betrachteten Felder teilen zwar die große Entwicklungsrichtung. Sie waren aber unterschiedlich anfällig für politische Ströme (Weimar, Nationalsozialismus), und sie haben mit beachtlichen Zeitsprüngen auf Veränderungen der Rechtsumwelt (Grundgesetz) reagiert. So gesehen gab es nicht den einen Weg zur Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung, sondern verschiedene Wege. Darin spiegelt sich wider, dass Patientinnen, Kinder und Bevormundete politisch als verschiedene und in sich heterogene Gruppen wahrgenommen wurden. Ihre Anliegen erschienen disparat und ohne das mobilisierende »Moment der Masse« (Hedwig Richter). Es war widerspruchsfrei möglich, je nach Fallgruppe einen anderen Standpunkt einzunehmen. So konnte der Rechtswissenschaftler Dieter Giesen im Behandlungsverhältnis zugunsten der Patienten für die Körperverletzungsdoktrin werben und dennoch im Sorgeverhältnis den Fortbestand des elterlichen Züchtigungsrechts verteidigen.⁴ Darin klingt schon an, dass körperliche Selbstbestimmung politisch nicht eindeutig ist und daher zu »Überkreuzungen« von politischen Positionen führt.⁵ Denn körperliche Selbstbestimmung ist vordergründig eine liberale Position (Freiheitsgewinn). Allerdings rückt die damit befürchtete Kriminalisierung von Ärztinnen oder Eltern das Anliegen in die Nähe konservativer Positionen, die wiederum traditionell eher auf Abgrenzung zu Emanzipationsforderungen zielen, die ihrerseits als links wahrgenommen werden.

Auch in der Rechtsprechung formte sich keine einheitliche Haltung zu körperlicher Selbstbestimmung. Die Entwicklung vollzog sich auf den einzelnen Feldern nicht nur weitgehend unabhängig voneinander, sondern mit entgegengesetzten Vorzeichen. Es war das Reichsgericht, das sich »freihändig«, allein aus eigenen dogmatischen Erwägungen, ohne gesetzliche Grundlage oder verfassungsrechtliche Erwartung, auf die Seite der Patienten stellte und die Weichen für die Körperverletzungsdoktrin stellte (Kap. 2 I.2.1.). Dagegen ließ das Reichsgericht Eltern und Vormündern die viel zitierte »freie Hand« und hatte selbst gegen schärfste Körperstrafen nichts einzuwenden (Kap. 2 II.2.2., III.2.3.). Der Bundesgerichtshof schrieb diese Linien bruchlos fort und sah abermals keinen Widerspruch darin, in der Frage der körperlichen Selbstbestimmung je nach Feld eine andere Haltung einzunehmen (Kap. 2 I.3.2., II.2.3., III.3.1.). Auch in der Rechtsprechung formte sich körperliche Selbstbestimmung von Patientinnen, Kindern und Ent-

³ Exemplarisch *Bosch* (1952).

⁴ Einerseits *Giesen* (1979); andererseits *Giesen* (1990) 50–54.

⁵ Hier folge ich *Priester* (1999) 317.

mündigten bzw. Betreuten also nicht zu einem einheitlichen Thema, sondern blieb heterogen und offen für unterschiedliche Haltungen. Warum misstraute das Reichsgericht den Ärzten so sehr und den Eltern und Vormündern vergleichsweise so wenig? Warum wurde die Rechtsprechung auf dem Feld der ärztlichen Behandlung zum Motor für die Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung, und warum ging es ihr gegenüber Kindern und Entmündigten eher darum, die eingeübte Praxis der überschlägigen Beurteilung zu konservieren und zu verteidigen? Die Rechtsdogmatik hält dafür keine Antwort bereit. Dies spricht dafür, andernorts zu suchen. Eine Erklärung könnte das unterschiedliche Ausmaß an Selbstbetroffenheit sein und die damit verbundenen unterschiedlichen »Vorverständnisse«.⁶ Gemessen an ihren lebensweltlichen Erfahrungen und eigenen Rollen waren die beteiligten Richter – in der Mehrheit Männer in ihren 50er Jahren⁷ – möglicherweise nicht ganz neutral und urteilten (auch) aus ihrer jeweils eigenen Perspektive als Eltern oder als Patienten. Nachweislicher ist der Einfluss von disziplinären Abgrenzungsreflexen. Als sich die Rechtsprechung hinter die Selbstbestimmungsanliegen von Patienten stellte und Einwilligung und Aufklärung zu »echten«, vollständig kontrollierbaren Rechtspflichten aufwertete, drängte sie zugleich den Deutungsanspruch der Medizin zurück. Die weichenstellenden Entscheidungen zur körperlichen Selbstbestimmung riefen nicht nur Rechte der Patienten aus, sondern zugleich Rechte der Gerichte in Gestalt von Letztentscheidungsansprüchen gegenüber Ärzten und Medizin, wie an den einschlägigen Urteilen explizit ablesbar ist (Kap. 2 I.3.2).⁸ Daher lässt sich die Parteinahme für Patienten auch als Resultat eines eigentümlichen disziplinären Ringens verstehen, das die Haltung der Rechtsprechung in diesem Feld (mit-)beeinflusste. Unabhängig von den unterschiedlichen gesetzlichen Ausgangspunkten liegt in der disziplinären Konstellation gegenüber der Medizin also eine Erklärung dafür, warum die Rechtsprechung sich zwar hinter Patienten, nicht aber hinter Kinder, Entmündigte und Betreute stellte.

⁶ Klassisch *Esser* (1970); zur Justizsoziologie *Rehbinder* (2014) 135–149.

⁷ Als das Reichsgericht seine Leitentscheidung zum Willensdogma (Reichsgericht, Urteil vom 31. Mai 1894, III 1406/94, RGSt 25, 375–389) fasste, setzte sich der III. Senat – soweit ersichtlich – zusammen aus sechs Richtern, von denen der jüngste im Entscheidungsjahr 55 Jahre (Max Gustav Neiß, geb. 1839) und der älteste 69 Jahre alt war (Melchior Stenglein, geb. 1825), gefolgt vom Senatspräsidenten (heute: Vorsitzender Richter) im Alter von damals 70 Jahren (Wolf von Wolff, geb. 1824). Wenig anders dürfte die Alterszusammensetzung beim Bundesgerichtshof gewesen sein, als der VI. Zivilsenat am 9. Dezember 1958 seine Grundsatzentscheidung zur ärztlichen Aufklärungspflicht traf (BGHZ 29, 46–62). Zu dieser Zeit bewegte sich das Alter aller Richter zwischen 47 und 67 Jahren, und die einzigen drei zu dieser Zeit am Bundesgerichtshof tätigen Richterinnen (Else Koffka, geb. 1901, Gerda Krüger-Wieland, geb. 1910, und Elisabeth Krumme, geb. 1897) waren nicht dem VI. Zivilsenat zugeordnet.

⁸ Leitentscheidung ist Bundesgerichtshof, Urteil vom 9. Dezember 1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46–62 (57).

II. Dogmen

Die rechtlichen Dogmen zur körperlichen Selbstbestimmung von Patienten, Kindern und Entmündigten gerieten zwar nicht zur selben Zeit in Bewegung (»Aufbrüche«) und reagierten unterschiedlich auf die undogmatischen Kräfte des 20. Jahrhunderts. Dennoch lassen sich *Entwicklungsgemeinsamkeiten* aufzeigen. Die in diesem Buch nachverfolgten Entwicklungen zur Verallgemeinerung körperlicher Selbstbestimmung lassen sich idealtypisch drei Phasen zuordnen: einer patriarchalen Phase (Kap. 3 II.2.), einer paternalistischen Phase (Kap. 3 II.3.) und einer partizipativen Phase (Kap. 3 II.4.). Die Charakterisierung als patriarchal, paternalistisch und partizipativ stützt sich wesentlich darauf, wie Fremdbestimmungsbefugnisse jeweils *begründet* werden. Patriarchale Begründungen knüpfen an eine *Stellung* an. Typisches Beispiel ist die Begründung des Züchtigungsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 aus der »väterlichen Gewalt« (Kap. 2 I.2.1.). Paternalistische Begründungen verweisen auf das *objektive Wohl* der Betroffenen. Diese Art der Begründung begegnete auf allen Feldern im Verlauf des 20. Jahrhunderts; für Eltern, Vormünder und später Betreuerinnen wurde sie zur entscheidenden Richtschnur. Partizipative Begründungen rücken den Willen und ein *subjektives Wohl* der Betroffenen in den Vordergrund und stützen sich daher auf ihre Einbeziehung. Diese Art der Begründung von körperlichen Befugnissen spiegelt sich in subjektivierten Entscheidungsmaßstäben wider sowie in Anhörungs- und Aufklärungspflichten (Kap. 2 I.2.2.). Denkt man die Verallgemeinerungstendenz konsequent weiter, müsste der nächste Schritt darin liegen, die Verbesonderung von Patientinnen, Kindern und Betreuten als solche aufzuheben. Dies würde bedeuten, dass Patienten, Kinder und Betreute nicht mehr »als« Patienten, Kinder und Betreute rechtlich angesprochen würden, also ohne Fremd-Klassifizierung durch Kategorisierung⁹, sondern anlässlich konkreter Bedürfnisse und Lagen. Diese Dogmenphase wäre als postkategorial (Kap. 3 II.5.) zu beschreiben.

1. Phasen und Rechtsstruktur

Die hier idealtypisch als patriarchal, paternalistisch und partizipativ ausgewiesenen Entwicklungsphasen stehen nicht nur für unterschiedliche dogmatische Begründungen, sondern für eine Fülle weiterer charakteristischer Unterschiede. Stichwortartig betreffen sie:

⁹ Hier wird Kategorie vor allem als Gegensatz zur Gruppe verwandt um zum Ausdruck zu bringen, dass es um eine Fremdzuordnung geht; ob die Zuordnung wandelbar oder beeinflussbar ist, ist dagegen unerheblich; näher Froese (2022) 57 ff.

- die leitenden Paradigmen (z. B. Vertrauen – Wissen – Wollen) und normativen Quellen (Sitte, Ethos – Medizin, Pädagogik, Psychiatrie – Recht),
- die impliziten Ideale (Fremdsorge – Fürsorge – Selbstsorge),
- die rechtlichen Maßstäbe für Fremdentscheidungen (Disziplinierung, Erziehung – Schutz – Assistenz, Rehabilitation),
- die Rechtmäßigkeit von Zwang (wenn angeordnet – wenn vernünftig – wenn mutmaßlich gewollt),
- die Regulierungsdichte (Generalklausel – Einzeltatbestände – explizite subjektive Rechte),
- die Kontrolldichte (Missbrauchskontrolle – objektive Inhaltskontrolle – »Selbstbestimmtheitskontrolle«),
- die Art der Bezeichnung der Betroffenen (kategorisierend – pauschalierend – individualisierend),
- die impliziten Verhaltenserwartungen an die Betroffenen (gehorsam – verständig – kooperativ),
- die vom Recht geprägten Rollen der Betroffenen (unterworfen – geschützt – einbezogen),
- die Anforderungen an die rechtliche Erheblichkeit des Willens (einwilligungsfähiger Wille – freier Wille – natürlicher Wille) sowie das rechtliche Gewicht des nur-natürlichen Willens (unbeachtlich – verfahrensmäßig beachtlich – bedeutsam),
- und schließlich das zentrale Dilemma (Vertrauen/Macht – Wissen/Irrtum – Wille/Zukunft).

Ein wesentlicher Ertrag dieses Buches ist die Einsicht in die Zusammenhänge zwischen Dogmenphasen und Rechtsstruktur. Es konnte gezeigt werden, dass patriarchale Konzeptionen von körperlicher Selbstbestimmung typischerweise verwirklicht waren durch Generalklauseln mit geringem Maßstabsanspruch, ablesbar an der Wendung von der »freien Hand« für Eltern und Vormünder (Kap. 2 II.2.2., III.2.3.) und der Forderung, Ärztinnen sollten »freier gestellt« werden (Kap. 2 I.4.1.2.). Der rechtliche Regelungsanspruch war gering (Paradigma: Vertrauen), die bewusst gelassenen Leerstellen sollten durch Sitte und Ethos gefüllt werden. Gerichtlicher Rechtsschutz war auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt. Praktikabilität und Rechtssicherheit spielten eine entscheidende Rolle, Individualisierungen wurden vermieden. Von hier aus bedeutete die dogmatische Umorientierung auf paternalistische Konzeptionen von körperlicher Selbstbestimmung eine fundamentale Maßstabs- und Kontrollverdichtung, die sich dann bei partizipativen Konzeptionen weiter steigerte und noch weiter gesteigert werden könnte. Im Verlauf dieser Entwicklung wurden auf allen Feldern dichtere rechtliche Maßstäbe für körperliche Fremdentscheidungen ausgeprägt, und es entstand eine immer größere Zahl an speziellen Genehmigungsvorbehalten

und expliziten Grenzziehungen. Eine zentrale Beobachtung ist daher, dass sich die zunehmende Anerkennung und Absicherung von körperlicher Selbstbestimmung auf allen Feldern in Gestalt einer Verrechtlichung und insbesondere einer Justiziabilisierung vollzog. Die Rechtsprechung wurde zu einem maßgeblichen Akteur. Diese Verrechtlichung und Justiziabilisierung ging – zwangsläufig – mit einer Relativierung außerrechtlicher Handlungsorientierungen einher. Zuerst wurden Ethos und Sitte abgelöst von medizinischem, psychiatrischem und pädagogischem Wissen, und an der Schwelle von paternalistischen zu partizipativen Konzeptionen relativierte sich das Gewicht außerrechtlichen Wissens durch rechtseigene Maßstäbe und vor allem die Aufwertung subjektiver Wahrheiten (»Recht zur Entscheidung nach ureigensten Maßstäben«, »Freiheit zur Krankheit«). Die insgesamt beobachtete Tendenz, dass körperliche Selbstbestimmung seit der Wende zum 20. Jahrhundert zu einem allgemeineren Recht geworden ist, folgte also einem bestimmten Muster an rechtsstrukturellen Veränderungen. Charakteristisch waren:

- die Verdichtung und Vereindeutigung¹⁰ der rechtlichen Maßstäbe (Explizierung) und ihrer gerichtlichen Kontrolle (Justiziabilisierung),
- die Aufwertung des Einzelfalls (Individualisierung),
- die Ausprägung subjektiver Rechte (Subjektivierung),
- die zunehmende Verdrängung außerrechtlicher Handlungsorientierungen (Verrechtlichung).

Es wurde bereits angesprochen, dass sich die in den drei Studien nachgezeichnete Dogmenentwicklung für die Begründung von körperlichen Entscheidungsbefugnissen auf drei Grundtypen zurückführen lässt: auf patriarchale, paternalistische und partizipative Verständnisse. Es konnte beobachtet werden, wie sich die Rechtsdogmen zunehmend in Richtung paternalistischer und schließlich partizipativer Verständnisse entwickelten, wenngleich von unterschiedlichen Ausgangspunkten und mit verschiedenen Geschwindigkeiten. Die Zuordnung zu diesen Grundtypen ist dabei nicht trennscharf und abrupt gemeint, sondern wird im Folgenden als *Phase* bezeichnet. Das soll verdeutlichen, dass die Charakterisierungen als patriarchal, paternalistisch oder partizipativ jeweils so zu verstehen sind, dass sie stärker oder schwächer ausgeprägt sein können. Außerdem soll mit der Bezeichnung als Phase zum Ausdruck gebracht werden, dass die Übergänge fließend sind. Bevor die Phasen näher beschrieben werden (unten Kap. 3 II.2.–4.), lassen sich ihre Eigentümlichkeiten in folgender Übersicht veranschaulichen:

¹⁰ Anders: *T. Bauer* (2018).

Phase Kriterien	patriarchal	paternalistisch	partizipativ	postkategorial
Maßstab	Fremdsorge	Fürsorge	Selbtsorge	Selbtsorge
Legitimation	Status	objektives Wohl	subjektives Wohl	
Anliegen	Behandlung, Sicherung, Disziplinierung	Heilung, Erziehung, Schutz	Rehabilitation, Assistenz, Förderung	
Haltung zu Zwang	zulässig, wenn angeordnet	zulässig, wenn vernünftig	zulässig, wenn unvermeidbar	zulässig, wenn mutmaßlich gewollt
Paradigma	Vertrauen	Wissen	»Freiheit zur Krank- heit«	
Eingangsschwelle	kategorisierend	pauschalierend	individualisierend	individualisiert
Markierung	Patient, Kind, Entmündigter	krank, minderjährig, betreut	einwilligungsunfähig, betreuungsbedürftig, »krankheitsbedingt«	situative, anlassbezo- gene Schuttschwelle
Rechtsrahmen	desinteressiert	verdichtet	expliziert	definiert
Art der gesetzlichen Regulierung	Generalklausel	Richtervorbehalte	explizite Eingriffs- schwellen	definierte Selbstbe- stimmungsfähigkeit
normative Quelle	Sitte, Ethos, Praxis	Medizin, Psychiatrie, Pädagogik	Rechte und Wille	Autonomie
Kontrolldichte	Missbrauchskontrolle, »Versagen«	zunehmende Inhalts- kontrolle	vollständige Maßstabskontrolle	Klarungsverfahren
Betroffene	unterworfen	geschützt	einbezogen	allgemein
Verhaltens- erwartungen	gehorsam	»verständlich«	»aufgeklärt«	
Bedeutung des natürlichen Willens	./.	Auslöser	bedeutsam, aber nicht zwingend	
Entscheidungs- findung	frei	»therapeutisches Privileg«	Überzeugungsver- such, »shared decision making«	

Abb. 2: Überblick über Phasen der Verallgemeinerung

2. *Patriarchale Phase*

Charakteristisch für die hier idealtypisch als *patriarchal* bezeichnete Phase ist, dass körperliche Befugnisse in erster Linie auf bestimmte Stellungen der Ermächtigten zurückgeführt werden, die sich erklären mit überschlägigen Vorstellungen über die jeweils Betroffenen. Es entsteht ein hierarchisches Über-/Unterordnungsverhältnis, das auf Vorrechten (Eltern, Vormünder) und Defiziten (Kinder, Mündel) gründet. Zwang und Gewalt sind legitim, von den Betroffenen wird Gehorsam erwartet.

In wesentlichen Zügen entspricht dies dem Zuschnitt körperlicher Befugnisse von Eltern und Vormündern bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Kap. 2 II.2., III.2.). Eltern und Vormündern waren *als* Eltern bzw. Vormündern weitreichende, allgemein gehaltene körperliche Befugnisse über »ihre« Kinder bzw. Mündel eingeräumt. Paradigmatisch ist die Wendung, die das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 in § 1627 für die väterliche Gewalt fand: »Der Vater hat *kraft der elterlichen Gewalt* das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen« (Hervorhebung nicht im Original). Diesem Muster folgte das Vormundschaftsrecht in § 1800: »Das Recht und die Pflicht des Vormundes, für die Person des Mündels zu sorgen, bestimmt sich nach den für die elterliche Gewalt geltenden Vorschriften [...]«. Damit ging einher, dass auch die Befugnisse nicht auf einen einzigen Zweck und insbesondere nicht allein auf den Schutz der Betroffenen festgelegt waren. Eltern und Vormünder waren weder ausschließlich noch ausdrücklich dem Wohl der Kinder bzw. Mündel verpflichtet. Vielmehr wurden auch eigennützige und gemeinnützige Erklärungen für körperliche Befugnisse akzeptiert, vom Schutz der Familie über die Anforderungen des »Sittengesetzes« (Kap. 2 II.2.2.) bis zur »Volksgesundheit« und anderen Allgemeininteressen (Kap. 2 III.2.4., III.3.2.). Legitime Anliegen waren nicht nur Heilung und Erziehung, sondern genauso Züchtigung, Zwangsmaßregelung, vorbeugende »Sicherung« und allgemeine Sozialdisziplinierung zur »Hebung von sittlichen Mängeln« (Kap. 2 II.2.3.). Das leitende Paradigma für die Rechtsstruktur war *Vertrauen*: Eltern und Vormündern war bewusst »freie Hand« eingeräumt, wie sie ihre unbestimmten Befugnisse ausübten. Der Rechtsrahmen war »desinteressiert«. Das Privatrecht schaute mehr auf das Vermögen als auf den Körper (Kap. 2 II.2.2., III.2.3.).

Wesentliche normative Quelle war nicht das Recht, sondern eine Mischung aus gesellschaftlicher Praxis (Sitte) und Selbstverständnis (Ethos). Sorge- und Vormundschaftsverhältnis waren als privatrechtliche Innenverhältnisse konzipiert und wurden dadurch abgesetzt von der allgemeinen Rechtsgeltung (Kap. 2 II.4.2., III.4.3.). Körperliches Handeln und Entscheiden von Eltern und Vormündern war dem »sittlichen Gebiete« zugeordnet und wurde auf diese Weise als nicht-rechtlich ausgegeben. Rechtliche Maßstäbe galten als äußerlich und wur-

den zurückgewiesen. Entsprechend zurückgenommen und beschränkt war die rechtliche Kontrolle. Wie Eltern und Vormünder ihre körperlichen Befugnisse ausübten, war kaum justiziabel. Bis in die 1960er Jahre wurden körperliche Entscheidungen von Eltern und Vormündern mit Blick auf das »selbständige Bestimmungsrecht« (Kap. 2 III.2.3.) des Vormunds und die den Eltern »von Natur verliehene Aufgabe« (Kap. 2 II.2.3.) lediglich »überschlägig« kontrolliert (Kap. 2 II.2.2.). Gerichtskontrollen waren nur als nachgelagerte Missbrauchskontrollen vorgesehen. Außerdem waren sie an hohe individuelle Schwellen geknüpft. Die charakteristische Begründung der Befugnisse über die persönliche Stellung der Eltern bzw. des Vormunds brachte es mit sich, dass gerichtliches Einschreiten nicht nur eine offensichtliche Überschreitung der sittlichen Maßstäbe voraussetzte, sondern zusätzlich an den Nachweis eines individuellen Versagens, also Verschuldens, geknüpft war. Kennzeichnend für patriarchale Verständnisse von körperlicher Selbstbestimmung waren außerdem bestimmte Annahmen über die Betroffenen. Das Recht ging von pauschalen Defizitdiagnosen aus. Entmündigte, »Geisteskranke« und Minderjährige galten axiomatisch als nicht willensfähig (Kap. 2 III.2.1.). Sie waren Objekt und Gegenstand elterlichen bzw. vormundschaftlichen Körperhandelns. Die rechtlichen Verhaltenserwartungen richteten sich auf Gehorsam (Kap. 2 II.2.1.).

Dieses patriarchale Verständnis körperlicher Entscheidungsbefugnisse von Eltern und Vormündern konnte sich so lange halten, wie sich zwei Grundannahmen plausibel machen ließen. Die erste Grundannahme war, dass es in körperlichen Entscheidungen weniger um richtig oder falsch, also um Wissen gehe, sondern um Fragen der Sitte und um Vertrauen gegenüber Eltern und Vormündern. Und die zweite Grundannahme war, dass Kinder und Entmündigte in Körperfragen pauschal unfähig seien, einen rechtserheblichen Willen zu bilden. Diese Grundannahmen gerieten im Verlauf der bundesrepublikanischen Rechtsentwicklung unter Druck. Dies bedeutete den Übergang zu paternalistischen Verständnissen von körperlichen Entscheidungsbefugnissen.

3. *Paternalistische Phase*

Charakteristisch für *paternalistische* Begründungen ist, dass dichtere rechtliche Maßstäbe für die Beurteilung von körperlichen Befugnissen ausgeprägt werden. Anders als in patriarchalen Phasen genügt nicht mehr der Verweis auf eine bloße Stellung als Eltern, Vormund oder Arzt. Die wesentliche Begründung für körperliche Befugnisse wird im Wohl der Betroffenen gesehen, wobei die Ausdeutung des Wohls von einer Frage des Vertrauens in die Einschätzungen von Eltern und Vormündern zunehmend zu einer Frage von überprüfbarem Wissen wird. Am Übergang von patriarchalen zu paternalistischen Verständnissen liegen Begrün-

dungen mit einem objektiv verstandenen Wohl der Betroffenen; »objektiv« meint hier Vorstellungen vom körperlichen Wohl, die auf gesellschaftlich geteilte Güter und Präferenzen zielen wie Gesundheit, Integrität oder Autonomie. Werden dagegen subjektive Wohlvorstellungen der Betroffenen zur rechtlichen Richtschnur, markiert dies den Übergang zu partizipativen Verständnissen (Kap. 2 II.4.).

Paternalistische Verständnisse von körperlichen Befugnissen zeichnen sich auch durch eine zunehmende gerichtliche Kontrolldichte aus. Elterliches oder vormundschaftliches Handeln, das bis dahin nur »überschlägig« kontrolliert worden war (Kap. 2 II.2.2., III.2.3.), wurde auf die Verwirklichung eines objektiv gedachten Wohls festgelegt. Dies geschah insbesondere durch Richtervorbehalte (Kap. 2 III.3.2.). Sie bewirkten, dass vor bestimmten, als besonders einschneidend bewerteten Entscheidungen die Zustimmung eines Gerichts einzuholen war. Wo das Recht vorher im Wesentlichen konturenlos und korrekturfrei darauf vertraut hatte, dass Eltern und Vormünder ihre nur mit dem Begriff der Sorge positiv umschriebenen Befugnisse zum Besten der Kinder und Mündel ausüben, wurden Verfahren und infolgedessen auch konkretere inhaltliche Maßstäbe ausgeprägt. Diese Entwicklung setzte in den 1960er Jahren ein (»Aufbrüche«, Kap. 2 II.3., III.3.). Im Kindschaftsrecht und im Vormundschaftsrecht kam es zu formellen und materiellen Verdichtungen der rechtlichen Anforderungen an körperliche Fremdentscheidungen. Anfangspunkte waren der zwingende richterliche Genehmigungsvorbehalt für vormundschaftliche Unterbringungen im Jahr 1962 (Kap. 2 III.3.2.) und die Neufassung des elterlichen Sorgeauftrags im Jahr 1979 (Kap. 2 II.3.2.). Seitdem genügen die Blankette Erziehung und Fürsorge, Elternstellung und vormundschaftliches Bestimmungsrecht nicht mehr zur Begründung körperlicher Befugnisse. Zugleich wurden eigennützige und gemeinnützige Erklärungen konsequenter zurückgewiesen. Die eigenen Belange der Eltern oder Vormünderinnen sowie die Interessen der Familie oder der Allgemeinheit konnten immer weniger im Wohl des Kindes oder des Mündels untergebracht werden. Es setzte sich das Bild von der elterlichen Sorge als einem treuhänderischen, also fremdnützigen Recht durch. Auch wurde deutlicher zwischen der vormundschaftlichen Unterbringung im Interesse der Betroffenen und der öffentlich-rechtlichen Unterbringung aus Gründen des Allgemeininteresses unterschieden (Kap. 2 III.5.2.1.). Diese zunehmend konsequentere Verpflichtung der elterlichen und vormundschaftlichen Befugnisse auf objektive Fremdnützigkeit (»Wohl«) spiegelte sich in veränderten Rechtsstrukturen wider: Es fanden Positivierungs- und Justizialisierungsprozesse statt. An die Stelle pauschaler Ermächtigungen (»Sorge«) traten Einzelbestimmungen. Im Vormundschaftsverhältnis setzte diese Entwicklung bereits im Jahr 1962 ein mit dem schon erwähnten Richtervorbehalt für Unterbringungen (Kap. 2 III.3.2.). Dieser Positivierungs- und Justizialisierungsprozess erreichte im Jahr 1992 mit Inkrafttreten des Betreuungsrechts eine neue Stufe, als zusätzliche Regelungen über medizinische Behandlungen

und Sterilisationen getroffen wurden. Zugleich verdichteten sich die Maßstäbe für Zwangseinweisungen (Kap. 2 III.3.3.). Besonders anschaulich lässt sich dieser Prozess der Explizierung, Verdichtung und Justiziabilisierung ablesen an den immer voraussetzungsreicheren und detaillierteren Regelungen zu Unterbringung und Zwangsbehandlung. Was im Jahr 1962 mit einem Zweizeiler begann (»Eine Unterbringung des Mündels, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig; das Vormundschaftsgericht soll den Mündel vor der Entscheidung hören«, Kap. 2 III.3.2.), wurde im Jahr 1992 zu einer Regelung mit vier Absätzen und zwei Unternummern (Kap. 2 III.3.3.2.). Und Zwangsbehandlungen wurden überhaupt erst mit Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes im Jahr 1992 geregelt; im Bürgerlichen Gesetzbuch von 2023 ist daraus in § 1832 eine Vorschrift geworden, die in den üblichen Ausgaben mit fünf Absätzen und sieben kumulativen Voraussetzungen gut eine Druckseite ausmacht. Im Verlauf dieser neuen Positivierung änderte sich auch das inhaltliche Leitbild der körperlichen Bestimmungsbefugnisse. Das rechtliche Regelungsflecht handelt sichtbarer vom Willen und von den Wünschen der Betroffenen. Damit ist der allmähliche Übergang in die partizipative Phase markiert (Kap. 3 II.4.).

Mit derselben Grundtendenz entwickelten sich die Rechtsdogmen für die elterlichen Bestimmungsbefugnisse. Auch hier haben seit den 1960er Jahren Explizierungs- und Justizialisierungsprozesse stattgefunden, die die elterlichen Befugnisse kontrollierbar auf inhaltlich dichtere Vorstellungen vom Kindeswohl festlegten. Pädagogisches Wissen, das über lange Zeit als irrelevant galt und zurückgewiesen werden konnte (Kap. 2 II.2.1.), ging schließlich nach mehreren Konkretisierungsschritten in Gestalt des Rechts auf gewaltfreie Erziehung in den Text des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein (Kap. 2 II.3.1.). Abermals sind die inhaltlichen Maßstäbe dichter geworden und eindeutiger verpflichtet worden auf ein als gerichtlich überprüfbar verstandenes objektives Wohl des Kindes, wenn gleich nicht in demselben Ausmaß wie im Betreuungsrecht. Parallel dazu wurde das Bild vom (»sittlichen«) Innenverhältnis brüchiger und rechtliche Maßstabbildung selbstverständlicher.

Die für die paternalistische Phase charakteristische Verdichtung der inhaltlichen Maßstäbe für körperliche Befugnisse spiegelt sich auch in der Beschreibung der Eingangsschwelle wider. Bewirkte die Entmündigung zunächst noch eine pauschale Entziehung jeder Handlungsfähigkeit (Kap. 2 III.2.1.), knüpft das geltende Betreuungsrecht konkreter und situativer an Bedürfnislagen an (»Betreuungsbedürfnis«). Es prägten sich differenziertere Willensschwellen heraus (natürlicher Wille, Wünsche, krankheitsbedingt unfreier Wille, freier Wille). Als mit dem Betreuungsrecht aus Entmündigten Betreute wurden, äußerte sich die Positivierung und Verdichtung zugleich in größerer Individualisierung. Weniger änderte sich indes für Minderjährige: Hier blieb im Recht die Vermutung leitend, dass Minderjährigkeit generell auf ein Fürsorgebedürfnis hinweist und paternal-

listische Bestimmungsbefugnisse zum Besten des Kindes legitimiert (»Sogwirkung der Volljährigkeit«, Kap. 2 II.5.3.3.). Gesetzliches Leitbild blieb die prinzipielle Letztentscheidungsbefugnis der Eltern; ein Recht auf körperliche Eigenzuständigkeit des selbstbestimmungsfähigen Minderjährigen ist mehr Theorie als Praxis (Kap. 2 II.5.2.).

4. *Partizipative Phase*

Charakteristisch für *partizipative* Verständnisse von körperlichen Bestimmungsbefugnissen ist, dass das individuelle, subjektive, nach eigenen Maßstäben selbst definierte Interesse zur inhaltlichen Richtschnur wird. Dieses Verständnis prägt die rechtlichen Beziehungen im Behandlungsverhältnis seit der Wende zum 20. Jahrhundert (Kap. 2 I.2., I.3.). Auch das gegenwärtige Betreuungsrecht trägt partizipative Züge (Kap. 2 III.3.3.–3.5.).

Partizipative Verständnisse gehen damit einher, dass körperliche Fremdentscheidungen justiziabel darauf verpflichtet sind, den individuellen Maßstäben der Betroffenen zu entsprechen. Zentrale normative Quelle ist ihr Wille. Abweichungen sind begründungsbedürftig (»krankheitsbedingt unfreier Wille«) und an explizite, ausdifferenzierte und vollständig kontrollierte rechtliche Schwellen und Verfahren geknüpft. Auch ein bloß natürlicher Wille, verstanden als der unfreie, nicht selbstbestimmte Wille, ist rechtlich bedeutsam, auch wenn er unter bestimmten, immer enger gefassten Voraussetzungen rechtmäßig übergangen werden kann. Charakteristisch sind Rechtsstrukturen, die auf Einbeziehung, Befähigung und Unterstützung zielen. Aus Betroffenen werden Subjekte, die nicht nur anzuhören, sondern einzubeziehen und insbesondere zu informieren (»aufzuklären«) sind. Aufklärungs- und Anhörungspflichten stellen ihre Beteiligung (»Partizipation«) sicher und garantieren, dass körperliche Entscheidungen den individuellen Wertvorstellungen und Wünschen der Betroffenen entsprechen. Zwang ist nur in äußersten Grenzfällen zulässig (wenn »unvermeidbar«). Das rechtliche Leitbild zielt auf Selbstdefinition sowie Aktivierung, Einbeziehung und gemeinsame bzw. unterstützte Entscheidungsfindung.

Das geltende Recht der medizinischen Behandlung kommt diesem Zuschnitt von körperlichen Befugnissen zumindest in einzelnen Beziehungen nahe. Als sich das Reichsgericht im Jahr 1894 auf das »Willensdogma« festlegte, stellte es die Weichen in Richtung eines partizipativen Grundverständnisses. Seither gilt der Patientenwille als »leitender und entscheidender Gesichtspunkt« (Kap. 2 I.2.1.). Erfahrung, Ethos oder Berufsstand tragen ärztliche Befugnisse genauso wenig wie Vernunft oder Zweckmäßigkeit (»Heilung«). Im Jahr 1979 war erstmals die Rede von einem Recht auf Entscheidung »nach ureigensten Maßstäben« (Kap. 2 I.3.1.). Von hier aus entwickelte sich die »Freiheit zur Krankheit« zum prägenden Topos

(Kap. 2 III.3.4.2.). Im Verlauf des 20. Jahrhunderts wurde diese Orientierung auf das subjektive, individuell bestimmte körperliche Wohl fester und sicherer. Dogmatische Gegenvorstellungen wie insbesondere die paternalistische Denkform des »therapeutischen Privilegs« (Kap. 2 I.4.1.4.) wies man konsequenter zurück. Parallel dazu wurde die Patientenaufklärung zur gesetzlichen Zentralperspektive auf das Behandlungsverhältnis. Dabei hielt man in den Anfangsjahren eine Aufklärung, also Information, der Patienten zwar für wünschenswert, meinte aber, dass man Ärztinnen dazu nicht verpflichten könnte. Eine umfassende Belehrung galt ausdrücklich als »sachlich falsch« (Kap. 2 I.2.2.). Später zweifelte man an der gerichtlichen Kontrollierbarkeit (»in der Hauptsache eine Frage des ärztlichen Taktes«, Kap. 2 I.2.2.). Im Jahr 1958 wurde die Aufklärung dann zur justiziablen ärztlichen Rechtspflicht erhoben (Kap. 2 I.3.2.). Damit verschoben sich die Verhaltenserwartungen. Aus Kranken und Patienten wurden Personen mit individuellem rechtlichem Aufklärungs-, Einbeziehungs- und Achtungsanspruch. Dennoch wäre es vorschnell, die körperlichen Befugnisse im Behandlungsverhältnis insgesamt der partizipativen Phase zuzuordnen. Die nähere Analyse der Rechtsdogmen hat paternalistische Residuen aufgezeigt. Die Art, wie Einwilligungsfähigkeit verstanden wird (Kap. 2 I.5.2.1.), begünstigt Beurteilungen entlang des objektiven Wohls, und das Entscheidungsmuster des Informed Consent (Kap. 2 I.5.2.) legt Patientinnen auf eine Empfängerrolle fest. An diesen Punkten ist körperliche Selbstbestimmung im Behandlungsverhältnis noch nicht partizipativ geformt. Derzeit geht es nicht um Assistenz, Unterstützung und Herstellung von Entscheidungsfähigkeit, sondern »nur« um Feststellung der Einwilligungs(un)fähigkeit. Wenn hier das Behandlungsverhältnis gleichwohl der partizipativen Phase zugeschlagen wird, so verdankt sich dies der Bedeutung des Willensdogmas und der grundsätzlichen Maßgeblichkeit subjektiver Wohlvorstellungen.

Auch auf den beiden anderen Feldern sind die körperlichen Bestimmungsbefugnisse von Eltern und Betreuerinnen inzwischen zunehmend auf Mitwirkung und Einbeziehung der Betroffenen angelegt. Tendenzen zu partizipativen Rechtsstrukturen und einer rechtlichen Aufwertung subjektiver Wohlvorstellungen prägen die rechtlichen Festlegungen des Betreuerhandelns. Subjektive Wohlvorstellungen sind auch hier prinzipiell beachtlich, selbst wenn sie, etwa nach medizinischen Maßstäben, objektiv unvernünftig erscheinen (»Freiheit zur Krankheit«). Die Rechtmäßigkeit von Zwangsbehandlungen kann nicht mehr allein damit begründet werden, dass die Behandlung dem Betroffenen nach medizinischen Maßstäben nützt (weil sie ihn heilt), sondern sie muss sich auch im Hinblick darauf rechtfertigen lassen, was die Anwendung von Zwang und das Übergehen des eigenen Willens für den Betroffenen und sein Selbstverständnis bedeutet. Darauf beruht das im Jahr 2013 Gesetz gewordene Erfordernis, dass die Rechtmäßigkeit der Einwilligung einer Betreuerin in eine Zwangsbehandlung einen vorhergehenden Überzeugungsversuch voraussetzt (Kap. 2 III.3.4.1.). In die-

selbe Richtung geht es, dass Betreuern in § 1821 des Bürgerlichen Gesetzbuchs seit dem Jahr 2023 ausdrücklich aufgetragen ist, Betreute dabei zu unterstützen, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen; außerdem sind Betreuerinnen rechtlich verpflichtet, die Wünsche der Betreuten festzustellen und diesen zu entsprechen, wenn nicht bestimmte Gründe dagegensprechen. Zwar lässt sich noch nicht absehen, wie ernst es das Recht mit diesen Pflichten meint und ob darüber überhaupt rechtsförmiger Streit entstehen wird. Auch sind diese Pflichten inhaltlich mehrfach zurückgenommen, insbesondere weil Betreuer einwenden können, dass die Wunschbefolgung ihnen selbst nicht zuzumuten ist (Kap. 2 III.3.5.). Dennoch spiegeln sich in diesen Regeln Veränderungen des rechtlichen Leitbilds der Betreuung wider, die die Betreuerbefugnisse rechtlich stärker auf Partizipation und Assistenz festlegen.

Anders liegen die Dinge mit Blick auf die körperlichen Befugnisse der Eltern. Zwar ist den Eltern seit dem Jahr 1980 in § 1626 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgetragen, die »wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln« zu berücksichtigen und in Fragen der Sorge mit dem Kind »Einvernehmen an[zustreben]« (Kap. 2 II.3.2.). Doch spiegelt sich diese Leitlinie bei Körperentscheidungen nicht in praktisch wirksamen Rechten des Kindes auf Anerkennung subjektiver Wohlvorstellungen wider. Denn dagegen stehen das Dogma vom elterlichen Co-Konsens und die Vorstellung, dass die elterliche Sorge nicht vor Erreichen der Volljährigkeit erlischt (Kap. 2 II.3.3.). Aus der Perspektive des Rechts liegt die Errungenschaft des 20. Jahrhunderts also »nur« darin, Eltern rechtsförmig auf das objektive Wohl verpflichtet zu haben: Ihre körperlichen Befugnisse sind nicht mehr patriarchal gestaltet, sondern auf eine paternalistische Grundorientierung festgelegt. Wollte man heute ein Resümee ziehen, würde man also zusammenfassen, dass das Recht das Behandlungsverhältnis am tiefgreifendsten auf ein partizipatives Verständnis körperlicher Befugnisse festgelegt hat, während die elterlichen Befugnisse vom Recht¹¹ eher unscharf und nur andeutungsweise partizipativen Idealen und der Wahrung subjektiver Wohlvorstellungen verpflichtet sind.

¹¹ Das ist keine Aussage über die gegenwärtig prägenden wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Erziehungs- und Verhaltensideale. Zu den Vorzügen und dem Bedeutungsgewinn partizipativer Erziehungsstile *Bauer / Hurrelmann* (2021) 223 ff.; siehe auch schon *D. Fuchs* (1996): partizipative Erziehung zur Förderung sozialer Kompetenz unter den besonderen Lebensbedingungen der reflexiven Moderne.

5. *Postkategoriale Phase*

Die nächste Entwicklungsstufe ließe sich als *postkategorial* beschreiben. In diesem Stadium wäre körperliche Selbstbestimmung unterschiedslos ein allgemeines Recht. Patientinnen, Kinder und Betreute wären keine hierfür maßgebliche rechtliche Kategorie. Das Recht würde nicht kategorial, durch Markierung der Betroffenen, sondern nur situativ und individuell reagieren. Im Vordergrund stünden konkrete Bedürfnislagen, denen durch rechtliche Entscheidungsassistenz oder -substitution begegnet würde.

Theoretisch sind postkategoriale Verständnisse von körperlicher Selbstbestimmung sowohl als paternalistische als auch als partizipative Verständnisse denkbar. Da die Anstöße für postkategoriales Recht aber darauf zielen, körperliche Selbstbestimmung zu verallgemeinern und dadurch zu stärken, wäre eine materielle Verknüpfung mit einem paternalistischen Wohl-Verständnis zwar theoretisch möglich, politisch allerdings unwahrscheinlich. Wenn überhaupt, dann dürften postkategoriale Verständnisse von körperlicher Selbstbestimmung dergestalt begegnen, dass sie konsequent am subjektiven, selbst definierten körperlichen Interesse orientiert sind. Im Unterschied zu den bisher betrachteten Begründungen für körperliche Bestimmungsbefugnisse würden aber kategorial definierte Eingangsschwellen vermieden. Aufgabe des Rechts wäre es nicht mehr, körperliche Selbstbestimmung (auch) von Kranken, Kindern oder Betreuten anzuerkennen oder zu garantieren. Sondern dem Recht wäre es darum zu tun, situativ erforderliche und individuell gewünschte Hilfestellungen bei der Verwirklichung körperlicher Selbstbestimmung rechtlich zu organisieren, ohne sich dabei auf kategorisierende Klassifikationen wie »Kind« oder »betreut« zu stützen. Rechtspolitische Anstöße in diese Richtung gehen von der Kindheitsforschung (Kap. 2 II.5.4.) und den Disability Studies (Kap. 2 III.5.3.) aus. Modellcharakter haben Rechtsvorstellungen, die zur UN-Behindertenrechtskonvention formuliert worden sind. Die bisherigen Abstufungen der Entscheidungszuständigkeit werden als diskriminierend zurückgewiesen und sollen durch Formen unterstützter Entscheidungsfindung (»supported decision making«) ersetzt werden (Kap. 2 III.5.4.).

Postkategoriale Konzepte von körperlicher Selbstbestimmung lassen sich sowohl als *Zielpunkt* als auch als *Kippunkt* deuten. Einerseits wäre damit die Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung im Recht vollendet: Wenn körperliche Selbstbestimmung in keiner Hinsicht mehr rechtlich an Kategorien geknüpft wäre, wäre körperliche Selbstbestimmung ein vollendetes allgemeines Recht. Es ginge nicht allgemeiner. Dies würde zugleich Raum eröffnen, um nun andere (allgemeine) Begrenzungen körperlicher Selbstbestimmung zu thematisieren. In der postkategorialen Phase würde es nur noch um »die« körperliche Selbstbestimmung gehen. Wo sich segmentierte Kritikdiskurse zugunsten einzelner Personengruppen derzeit behindern durch Ab- und Ausgrenzungen,

könnten sie dasselbe Feld bearbeiten und in ihren Anliegen zusammenfinden. Zugleich könnte sich der Reflexionsrahmen erweitern, indem die implizite gedankliche »Streckdecke« (Martin Greiffenhagen) durchbrochen würde: Es ginge fortan nicht mehr allein um bloße Angleichung, also »Fortschritte im herrschenden Muster«.¹²

Aber der Übergang zu einem postkategorialen Rechtsideal könnte auch einer *Steigerungslogik* (Hartmut Rosa) folgen und Forderungen nach weitergehendem Rückzug des Rechts nähren. Wenn sich körperliche Selbstbestimmung in privatrechtlichen Verhältnissen auf gesellschaftlich akzeptierte Weise ganz ohne rechtliche Kategorien wahren, verwirklichen und organisieren lässt, vielleicht lässt sich körperliche Selbstbestimmung dann in diesen Verhältnissen überhaupt ohne »zu viel« Recht organisieren? Das einmal Erreichte an körperlicher Selbstbestimmung könnte selbstverständlich werden, nicht mehr als Errungenschaft spürbar sein, bevor es allmählich zur »geborgten Landschaft« wird. Die »geborgte Landschaft« bezeichnet einen Kunstgriff der Gartengestaltung, bei der die äußere Landschaft so geschickt in den eigenen Garten einbezogen wird, dass sich auf kleinstem kultiviertem Raum noch natürliche Weite evozieren lässt. Indem Grenzen überdeckt und Blicke gezielt gelenkt werden, öffnet sich die diesseitige Szenerie in die Jenseitslandschaft, und was jenseits liegt, wird herangeholt für den Gesamteindruck: Die Jenseitslandschaft wird einbezogen und damit zugehörig gemacht, also »geborgt«.¹³ Genau das könnte geschehen, wenn körperliche Selbstbestimmung so allgemein (und selbstverständlich) geworden ist, dass sie im einfachen Recht nicht mehr in Erscheinung tritt. Körperliche Selbstbestimmung könnte verschwimmen in einer mehr vorgestellten als wirklich geprüften Rechtslandschaft, der die kritische Aufmerksamkeit für die realen Grenzen von körperlicher Selbstbestimmung abhandengekommen ist. Dieser Mechanismus begegnete in Gestalt des Einwands »Sie haben doch längst Rechte« im Zusammenhang mit der rechtlichen Gleichberechtigung der Frau und im Zusammenhang mit den Debatten über Kinderrechte.¹⁴ Und dieser Mechanismus könnte abermals wirksam werden, wenn körperliche Selbstbestimmung so selbstverständlich geworden ist, dass Abschleifungen nicht mehr sofort registriert werden. Dies könnte dazu führen, Gegenläufiges zu überblenden (»Es gibt doch längst körperliche Selbstbestimmung«). Es wären dieselben Gewöhnungseffekte und derselbe desinteressierte Bagatellisierungsmechanismus, mit denen sich Hans Joas erklärte, warum sich die Moderne gegen alle Widerlegungen als »gewaltfrei« beschreiben

¹² Auf diese Engführung hat hingewiesen: Narr (1973) 198 f.

¹³ Das Prinzip der »geborgten Landschaft« (chinesisch *jìè jǐng*, japanisch *shakkei*) gilt als fundamentales Konzept der ostasiatischen Gartengestaltung; zeitgenössische Beschreibungen bei Kuitert (2015); Stepanova (2010) 162 ff. – Das lyrische Potential der »geborgten Landschaft« hat Poschmann (2016) entfaltet.

¹⁴ Näher Röthel (2020) 647 ff.

konnte – nur mit entgegengesetzten Vorzeichen.¹⁵ Warum sollte sich die Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung nicht genauso wie andere Ideale der Moderne schließlich in ihr Gegenteil wenden, an sich selber scheitern und einer »Dialektik der Aufklärung« zum Opfer fallen?¹⁶ Es würde den soziologischen Zeitdiagnosen unserer Steigerungslogik entsprechen, die als unschädlich wahrgenommene Überwindbarkeit von Kategorien misszuverstehen als ungefährliche Überwindbarkeit von Recht überhaupt. Der Rückzug des Rechts würde nicht nur bedeuten, dass sich das Recht von dem Anspruch verabschiedet, sich für die Voraussetzungen von körperlicher Selbstbestimmung zu interessieren und Schutzbedürfnisse zu registrieren. Der Rückzug des Rechts könnte vor allem den Boden dafür bereiten, dass sich mit dem Aufleben von gesellschaftlicher Macht eine patriarchale Ausgangssituation wiederherstellt.¹⁷

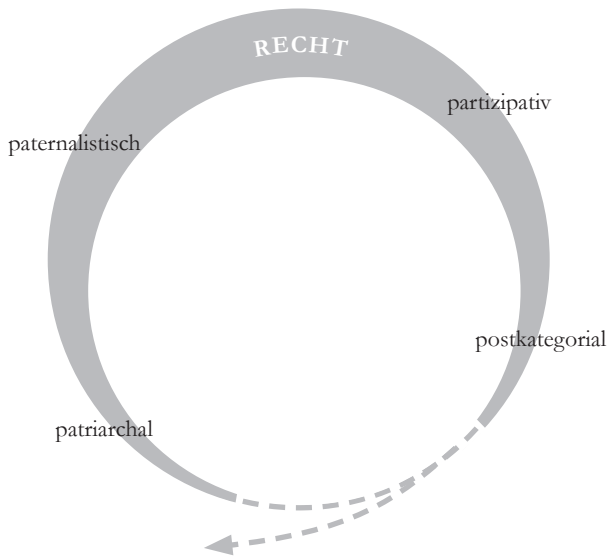


Abb. 3: Kippunkte und Kreisläufe

¹⁵ Joas (1994) 311; dazu schon oben Kap. 1 I.

¹⁶ Klassisch Horkheimer/Adorno (1947); außerdem Taylor (1991); aus den deutschen Debatten Beck (1986); Beck/Giddens/Lash (1986); aus jüngerer Zeit Rosa (2019) 808–822 und schon Rosa (2005) 428–460.

¹⁷ Eine andere Prognose formuliert Marietta Auer im Hinblick auf die Rechtseinrichtungen Eigentum, Erbrecht und Ehe: Sie blieben zwangsläufig in einer »halbmodernen« Balance, weil das Recht auf diese Weise verhindert, dass sich die Rechtseinrichtungen selbst entwerten und damit ihre Funktionsfähigkeit verlieren; dazu Auer (2014).

III. Diskurse

Der Rückblick auf die rechtliche Formung körperlicher Befugnisse von Ärztinnen, Eltern und Vormündern bzw. Betreuerinnen hat eine gemeinsame Entwicklungsrichtung und geteilte dogmatische Phasen sichtbar gemacht. Daraus ergeben sich weitere Gemeinsamkeiten und Strukturähnlichkeiten im Hinblick auf die thematischen Gegenstände (Felder) und die Art und Weise (Formate und Orte), in der auf den drei Referenzgebieten über die gemeinsame Rechtsentwicklung verhandelt wurde.

1. *Felder*

Die in diesem Buch unternommenen Studien haben gezeigt, dass die Rechtsentwicklung in Richtung Verallgemeinerung, Inklusion und Emanzipation im Wesentlichen zwei wiederkehrenden Einwänden ausgesetzt war. Der erste Einwand lautete, dass körperliche Fremdbestimmung durch Ärztinnen, Eltern und Vormünder bzw. Betreuerinnen legitim ist, weil es um besonderes Tun (Heilen, Erziehen, Fürsorge) von besonderen Personen (Ärzten, Eltern, Vormünder, Betreuerinnen) gegenüber besonderen Personen (Kindern und Kranken) geht. Die Verallgemeinerung körperlicher Selbstbestimmung wurde zurückgewiesen, weil sie den Eigentümlichkeiten der jeweiligen Verhältnisse nicht gerecht werde. Hier konnte im Einzelnen nachverfolgt werden, wie diese Verbesonderung im Rechtsdiskurs hergestellt und verteidigt wurde (»legitime Fremdbestimmung«, Kap. 2 I.4.1., II.4.1., III.4.1.). Der zweite Einwand richtete sich speziell gegen den Modus des Rechts und kritisierte die Ausprägung rechtlicher Maßstäbe als illegitim, etwa im Hinblick auf Vorstellungen von Privatheit, privater Selbstregulierung und Privatrechtlichkeit (»illegitimes Eindringen des Rechts«, Kap. 2 I.4.2., II.4.2., III.4.2.). Hier konnte nachverfolgt werden, wie der Rechtsdiskurs Verrechtlichung zu einem negativen Phänomen umwertete und daraus Kritik herstellte.

Mit Verbesonderung und Verrechtlichung wurden jeweils Veränderungen thematisiert, und große Teile des Rechtsdiskurses reagierten darauf im Modus der konservierenden Gegenwehr: Es ging darum, das jeweils bestehende Recht *als* Verbesonderung und *gegen* Verrechtlichung zu verteidigen. Diese negative, also von der Kritik ausgehende Bezeichnung von Diskursfeldern lässt sich mit dem Wissen um die geteilten dogmatischen Phasen (Kap. 3 II.) nun um eine thematische Beschreibung von Diskursfeldern ergänzen. Die Gesprächslandschaft lässt sich thematisch aufgliedern entlang der leitenden Paradigmen, also Vertrauen, Wissen und Autonomie (Kap. 3 II.1.). Wenn Vertrauen, Wissen und Autonomie hier zur Bezeichnung von Diskursfeldern verwendet werden, dann ist damit gemeint, dass Vertrauen, Wissen und Autonomie in unterschiedlichen Zusammenhängen,

mit unterschiedlichen Verständnissen und auch mit unterschiedlicher Zielrichtung als Argumente und Themen begegnen. Diese Offenheit und Weite soll mit der Bezeichnung als Feld sprachlich abgebildet werden. Und diese thematischen Diskursfelder stehen zugleich in systematischem Zusammenhang mit den drei Elementen des Verbesonderungsdiskurses, also besondere Stellung (Ärzte, Eltern, Betreuerinnen), besonderer Handlungssinn (Heilung, Erziehung, Fürsorge) und besondere Betroffene (unwissend, unvernünftig, unfrei): Die Bedeutung von Vertrauen bezieht sich (auch) auf die *Stellung* von Ärztinnen, Eltern und Betreuern, die Bedeutung von Wissen zielt (auch) auf Vorstellungen über den *Handlungssinn*, und die Bedeutung von Autonomie bezieht sich (auch) auf Vorstellungen über die Fähigkeiten und Eigenschaften der *Betroffenen*.

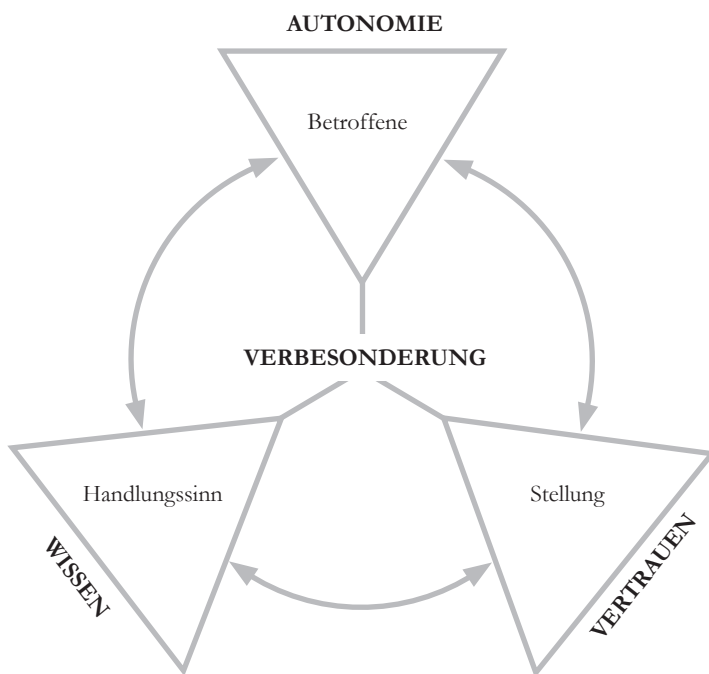


Abb. 4: Diskursfelder

Vertrauen begegnet über den gesamten Beobachtungszeitraum in verschiedensten Gesprächsfäden über die Abmessung von körperlicher Selbstbestimmung. Einerseits trifft man wiederkehrend auf die Forderung, dass das Recht den Ärztinnen, Eltern, Vormündern bzw. Betreuerinnen vertrauen solle. Hier thematisierte Vertrauen die jeweilige Stellung. In dieselbe Richtung ging es, wenn mit Vertrauen

angesprochen wurde, dass das Recht außerrechtlichen Normen (Ethos) oder der Selbstregulierung (Praxis) vertrauen solle. Andererseits ging es auch darum, das Behandlungs-, Sorge- und Betreuungsverhältnis als Vertrauensverhältnis zu beschreiben. Beide Themen begegneten auch in der Betonung, dass Behandlung, elterliche Sorge und Betreuung dem Privatrecht zugehörten. Es mutet auf den ersten Blick paradox an, dass sich die systematische Verortung im Privatrecht gegen körperliche Selbstbestimmung wenden ließ, schließlich gilt die Privatautonomie und damit die »Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben« (Werner Flume) als die regulatorische Idee des Privatrechts. Aber das Privatrechtsargument funktionierte hier über lange Zeit¹⁸ genau in der Gegenrichtung: Es begünstigte die Höherbewertung von Vermögensinteressen (und das Desinteresse für die Person), es erklärte die Wertschätzung für Praktikabilität, und vor allem wurde es als Plädoyer für Privatheit im Sinne von Staatsfreiheit (Kap. 2 II.5.3.) und für geringere Grundrechtsbindung (Kap. 2 III.4.2.) eingesetzt. Wann immer betont wurde, dass es sich bei Behandlung, Sorge und Betreuung um private Rechtsverhältnisse handele, schwang dabei die Forderung mit, dass das Recht auch wegen der systematischen Zuordnung von Behandlung, Sorge und Betreuung zum Privatrecht und wegen der privatrechtlichen Natur der Verhältnisse Ärzten, Eltern und Betreuerinnen vertrauen solle.

Auch jenseits dieser systematischen Ebene war Vertrauen ein durchgehendes Thema in den Verhandlungen über die körperlichen Befugnisse und begegnete in vielen Spielarten. Willensdogma und Aufklärungspflicht wurden als »Miss-trauen gegen die Ärzte« gedeutet, und es hieß, dass sich die »Vertrauensstellung« der Ärzte »nicht in Regulative zwingen [lasse]« (Kap. 2 I.4.2.). In langer Tradition warben viele dafür, das Arzt-Patienten-Verhältnis als »Vertrauens-Sache« zu begreifen (Kap. 2 I.4.2.). Außerdem sei zu befürchten, dass die »Berufung auf den Rechtsstandpunkt«, gemeint war die Geltendmachung von Patientenrechten, die Vertrauensbeziehung »beschädigt« (Kap. 2 I.4.2.). Die Rechtsprechung solle vielmehr »Respekt« gegenüber der ärztlichen Standesethik üben und auf das gute ärztliche Tun vertrauen (Kap. 2 I.4.3.). Auch im Eltern-Kind-Verhältnis funktionierte Vertrauen über viele Jahrzehnte als plausibles Argument, um körperliche Bestimmungsbefugnisse zu begründen oder jedenfalls zu begründen, warum ihre Ausübung nicht näher rechtlich zu kontrollieren sei (Kap. 2 II.4.1.1., II.4.2.2.). Besonders nachhaltig begegnete die Vertrauensforderung in den Debatten über die Rechtsstellung Entmündigter und Betreuter. Dies zielte zugleich auf die behandelnden Ärzte, deren »Fürsorgetätigkeit« Kranke mit ihrer ganzen Person »ver-

¹⁸ Anders allerdings im Betreuungsrecht, wo die Zuordnung zum Privatrecht die Anerkennung körperlicher Selbstbestimmung auf lange Sicht mehr begünstigte als beeinträchtigte, weil sie dazu beitrug, öffentliche Interessen als Erklärung für körperliche Fremdbestimmung zurückzuweisen; näher Kap. 2 III.5.2.1.

trauensvoll übergeben [sind]« (Kap. 2 III.4.1.1.). Auch die ersten Überlegungen zugunsten eines Richtervorbehalts für Unterbringungen wurden in den 1920er Jahren als unbegründetes »Misstrauen« gegen die Anstaltspsychiatrie kritisiert (Kap. 2 III.4.1.1.). Zugleich zielte die Rede vom Vertrauen auf das Verhältnis zu den Vormündern bzw. Betreuerinnen und prägte die Debatten um die weitere Ausgestaltung des Betreuungsrechts seit den 1990er Jahren (Kap. 2 III.4.2.).

Das zweite Diskursfeld, auf dem sich die Verhandlungen über körperliche Selbstbestimmung in allen drei Referenzgebieten immer wieder begegneten, betrifft die Bedeutung von *Wissen* für die rechtliche Ausformung von körperlichen Bestimmungsbefugnissen. Dabei ging es erstens darum, ob Wissen überhaupt bedeutend sein soll für die Bestimmung körperlicher Befugnisse. Zweitens ging es darum, welches bzw. wessen Wissen gemeint sein könnte. Dies zielte auf den Sinn ärztlichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Handelns als Heilung, Erziehung und Fürsorge sowie auf das Verhältnis von außerrechtlichen Bewertungen zu rechtlichen Bewertungen. Im Behandlungsverhältnis lief dies offen auf einen disziplinären Konflikt zur Medizin hinaus, den die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärung im Sinne eines Letztentscheidungsrechts für sich entschied (Kap. 2 I.3.2.). Anders verhielt es sich im Sorgeverhältnis für die Bewertung von elterlichem Erziehungshandeln. Dort wurde ganz grundsätzlich bezweifelt, ob eindeutiges außerrechtliches Wissen, hier der Pädagogik, überhaupt zur Verfügung stehe. Elterliches Handeln lasse sich nicht eindeutig bewerten, sondern sei mehr eine Frage der »Einstellung« oder der »Überzeugung«, war eine häufig anzutreffende Haltung in den 1970er Jahren (Kap. 2 II.4.1.1.). Es gebe keine absolute »Vernunft« der Erziehung, sondern diese sei »immer relativ und damit wandelbar und vergänglich« (Kap. 2 II.4.1.1.). Erst später stützte man sich explizit auf die Wissensbestände von Sozialpsychologie, Gewaltforschung, Soziologie, Pädiatrie und Pädagogik (Kap. 2 II.3.1.). Doch wurde das zunehmende Gewicht pädagogischen Wissens für die Rechtsdogmen dann wiederum als »Wissenschaftsgläubigkeit« kritisiert. Und noch im Jahr 1999 war nachlesbar, man könne »nicht wissen«, ob Prügeln dem Wohl der Kinder dient oder nicht (Kap. 2 II.4.1.1.). Wiederum anders wurden die Linien zwischen außerrechtlichem (psychiatrischem) Wissen und Recht im Vormundschafts- bzw. Betreuungsverhältnis gezogen. Hier neigten viele dazu, psychiatrisches Wissen zu rezipieren. Ein disziplinäres Ringen wie gegenüber der (somatischen) Medizin war weniger spürbar. Als den Vormündern im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 weitgehend »freie Hand« bei Unterbringungen und Zwangsbehandlungen gelassen war, entsprach dies den damaligen psychiatrischen Lehrmeinungen der »kustodialen Psychiatrie« (Kap. 2 III.4.1.1.). Juristinnen übernahmen das psychiatrische Motiv vom »unfreien« Kranken, der durch das traurige Schicksal seiner pathologischen Persönlichkeitsveränderungen seiner Freiheit beraubt werde (Kap. 2 III.4.1.2.). Außerdem haben die Studien gezeigt, wie sich das Recht schon dadurch, dass es Vormund-

schaft und Betreuung zu Sonderrechtsverhältnissen ausprägte, Grundannahmen der wissenschaftlichen Psychiatrie zu eigen machte, indem es deren wechselnde Etiketten und Grenzziehungen in das Recht transformierte (Kap. 2 III.5.3.).

Das dritte Diskursfeld, das hier mit *Autonomie* bezeichnet ist, betrifft die Überlegungen dazu, ab wann ein Wille rechtlich als Ausdruck von Selbstbestimmung anzuerkennen ist. Außerdem geht es in diesem Feld um die Vorstellungen, die man sich von den Willensfähigkeiten der Betroffenen gemacht hat, und schließlich um die Gründe, warum dem Willen der Betroffenen rechtliches Gewicht beizumessen ist. Auf allen drei Referenzgebieten ist darüber verhandelt worden, ob und ggf. unter welchen Umständen Kranke, Kinder oder Entmündigte bzw. Betreute dazu in der Lage sind, einen vom Recht anzuerkennenden Willen zu bilden. Für das Behandlungsverhältnis hieß es, Patienten stünden medizinischen Maßnahmen »unkundig« und oft »mit völlig falschen, auf einem dilettantischen Halbwissen beruhenden Auffassungen gegenüber«. Ärzte müssten in Rechnung stellen, dass die meisten Patienten »nach ihrer intellektuellen und psychischen Konstitution« die medizinische Wahrheit gar nicht ertragen könnten und auch nicht hören wollten (Kap. 2 I.4.1.4.). Auch die Auseinandersetzung über die körperlichen Bestimmungsbefugnisse der Eltern sowie der Vormünder und Betreuer wurde auf dem Feld der Autonomie geführt. Es ging einerseits darum, ob Kinder und Jugendliche eigentlich dazu neigen, sich »vorschnell« und »unüberlegt« für Behandlungen zu entscheiden oder Körperwünsche auszuprägen (Kap. 2 II.4.1.3.). Andererseits ging es um die Vorstellungen, die man sich über die Willensfähigkeit von psychisch Kranken machte. Dabei wurden zwei Fragen thematisiert. Erstens ging es um die Auswirkungen von bestimmten Krankheitsbildern auf die Fähigkeit zu selbstbestimmtem Entscheiden und zu »sinnvollem und vernunftgemäßem Verhalten« (Kap. 2 III.4.1.2.). Dies begann bei pauschalierenden und axiomatischen Vorstellungen (»Alle Geisteskranken sind willensunfähig«, Kap. 2 III.2.1.). Später war nachlesbar, die Betroffenen hätten ihre »wirkliche Freiheit« nicht durch das Recht, sondern durch ihre Krankheit verloren (Kap. 2 III.4.1.2.) oder seien generell »besonders labil und beeinflussbar« (Kap. 2 III.4.1.3.). Und zweitens ging es darum, welche Anforderungen das Recht an die Willensbildung stellen darf oder sollte, damit eine Willensäußerung als Ausdruck von Selbstbestimmung anzuerkennen ist. Hier spielte das Bundesverfassungsgericht eine zentrale Rolle. Es prägte die Begriffe und Abstufungen, mit denen bis heute im Rechtszusammenhang über den Willen verhandelt wird. Der »natürliche« Wille genauso wie der »krankheitsbedingt unfreie« Wille gehen auf das Bundesverfassungsgericht zurück (Kap. 2 III.3.2., III.3.4.). Damit ist bereits ein weiterer Gesichtspunkt angesprochen, unter dem sich die Diskurse ordnen und gliedern lassen: nach der Art und Weise, wie über körperliche Selbstbestimmung verhandelt wurde (Formate), und nach den Orten (Foren), an denen diese Verhandlungen stattfanden.

2. *Formate und Foren*

Es konnte bereits gezeigt werden, dass die Verallgemeinerung körperlicher Selbstbestimmung mit einer Justizialisierung einherging. Damit wurden Richterinnen und Gerichte zu maßgeblichen Akteuren der Rechtsentwicklung (Kap. 3 II.1.). Dieser Bedeutungsgewinn von Rechtsprechung lässt sich unter einem weiteren Gesichtspunkt analysieren: als ein bestimmtes Diskursformat. Rechtsprechung erzeugt nicht nur Entscheidungen, sondern auch Sprache und Gedächtnis. Rechtsprechung vollzieht sich in Sprache, und Rechtsprechung speichert, wie über Sachverhalte gesprochen wird. Dadurch erlaubt Rechtsprechung Rückschlüsse auf Anschauungen, Praxen und Debatten. In diesem Sinn waren beispielsweise die wenigen Entscheidungen des Reichsgerichts zum elterlichen Züchtigungsrecht nicht nur als konkrete Entscheidungen über einzelne Züchtigungssachverhalte aufschlussreich, sondern auch in ihren Seitenbemerkungen über die Anschauungen »ganzer Volkskreise« (Kap. 2 II.2.2.). Genauso lässt sich die weichenstellende Entscheidung des Reichsgerichts zum Willensdogma im Behandlungsverhältnis nicht nur als juristisches Urteil lesen, sondern auch als ein Dokument über die widerstreitenden Auffassungen zur Medizin, dem Berufsstand der Ärzte und den daraus anzuerkennenden Befugnissen (Kap. 2 I.2.1.). Ähnlich dokumentarisch können die Elektroschock-Urteile gelesen werden: nicht nur als gerichtliche Festlegung auf die ärztliche Aufklärungspflicht, sondern auch als Wiedergabe medizinischer Praxis (Kap. 2 I.3.2.). Hier begegnet Rechtsprechung als ein Format, in dem nicht nur über einen Anlassfall entschieden wird, sondern zugleich Praxen, Anschauungen und Kontroversen versprachlicht, aufgenommen und überliefert werden. Rechtsprechung ist aber nicht nur ein Wissensspeicher. Der Rückblick auf die Diskursverläufe zu körperlicher Selbstbestimmung hat auch Beispiele dafür gegeben, wie bloße Sachverhalte zu Auslösern von Debatten und Veränderungsprozessen wurden. Die Empörung, die auf die Wasserschlauch-Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1986 folgte (Kap. 2 II.3.1.), beruhte nicht nur darauf, dass das Gericht die elterliche Praxis im Ergebnis billigte, sondern mehr noch auf dem Sachverhalt, der auf diese Weise ans Licht kam und diskutiert werden konnte. Dieses Hinübergreifen von Rechtsprechung auf Sachverhalte und ganze Lebensbereiche hat Jürgen Habermas als »Kolonialisierung« kritisiert und für eine »Entjustizialisierung« plädiert.¹⁹ Die hier nachverfolgten Entwicklungen zeichnen ein helleres Bild von den Wirkungen von Rechtsprechung. Vor allem im Behandlungsverhältnis und im Betreuungsverhältnis vollzog sich die Verallgemeinerung körperlicher Selbstbestimmung über expliziteres Recht und damit über mehr Rechtsprechung. Rechtsprechung wurde wahrgenommen als Garant für Sachverständigkeit und Kontrolle, als Schutz gegen Willkür. Hierauf

¹⁹ Habermas (1981/1995) 522 ff., 546; Gegenseiten etwa bei Loick (2017) 234 ff.; Berghahn (1997).

gründete sich Ende der 1950er Jahre der bundesrepublikanische Ruf nach stärkerer Gerichtsbeteiligung in Unterbringungsverfahren: Die »Einschaltung des kritisch prüfenden Richters« sollte das durch Psychiatrie-Skandale erschütterte Vertrauen wiederherstellen (Kap. 2 III.3.2).

Auch die Rolle der Rechtswissenschaft lässt sich beschreiben im Hinblick darauf, wie und wo sie beteiligt war an den Diskursen um körperliche Selbstbestimmung. Es ist schon deutlich geworden, dass die Rechtswissenschaft, wenn sie sich beteiligte, vor allem durch Kritik in Erscheinung trat. Der wissenschaftliche Diskurs, der sich um die Verallgemeinerung der körperlichen Selbstbestimmung von Patientinnen, Kindern und Entmündigten bzw. Betreuten formte, war im wesentlichen Kritikdiskurs (Kap. 2 I.4., II.4., III.4.). Damit ist aber nicht gesagt, dass körperliche Selbstbestimmung auf den betrachteten Feldern ähnlich oder gleichmäßig rechtswissenschaftlich bearbeitet wurde. Solange sich das Recht nur wenig für die körperlichen Bestimmungsbefugnisse von Eltern und Vormündern interessierte, interessierte sich auch die Rechtswissenschaft nicht dafür. Die wissenschaftliche Aufmerksamkeit war abhängig vom Ausmaß der Positivierung und Justizialisierung. Das neue Betreuungsrecht des Jahres 1992 war neben den materiellen Neuerungen auch darin bedeutsam, dass es den Rechtsbereich im Verhältnis zu anderen Rechtsbereichen des Privatrechts aufwertete und dadurch rechtswissenschaftlich interessant machte. Als die Befugnisse der Betreuer näher geregelt wurden, führte dies dazu, dass sich überhaupt erstmals juristische Debatten in einem Feld entspannen, das bis dahin wissenschaftlich »relativ wenig« beachtet und bearbeitet worden war: Nun war ein regelrechter Befassungsschub beobachtbar (Kap. 2 III.3.3.). Es etablierten sich neue Foren für rechtspraktische und rechtspolitische Debatten; eigene juristische Zeitschriften wurden begründet, es entstanden Habilitationsschriften, und der ganze Rechtsbereich wird seither in besonderen Kommentaren begleitet. Die Positivierung wurde als Gradmesser für Bedeutung und Wichtigkeit wahrgenommen, und aus Bedeutung folgte Befassung auf den Foren der Rechtswissenschaft.

Dennoch ist Positivierung keine zwingende Voraussetzung dafür, dass körperliche Selbstbestimmung auf den Foren der Rechtswissenschaft verhandelt wird. Bis heute sind die Rechtsbeziehungen zwischen Ärztinnen und Patienten im Wesentlichen ein Werk der Rechtsprechung. Auch die gesetzliche Regelung des Behandlungsvertrags aus dem Jahr 2013 wurde in erster Linie als Rezeption eines schon stabilen dogmatischen Status quo wahrgenommen und nicht als eigenständige Positivierung (Kap. 2 I.3.3.). Doch war es nicht erst diese späte und mehr nachvollziehende Positivierung, die das Behandlungsverhältnis in die Foren der Rechtswissenschaft brachte. Schließlich hatte sich die Rechtswissenschaft bereits die gesamte Zeit, seitdem das Reichsgericht die Weichen in Richtung des Willensdogmas gestellt hatte (Kap. 2 I.2.1.), damit befasst und darüber verhandelt. Rechtswissenschaftliche Befassung kann also durch Positivierung begünstigt werden,

ist aber nicht davon abhängig. Die rechtswissenschaftliche Attraktivität des Behandlungsverhältnisses wird auch darauf beruht haben, dass es um Strafbarkeit und Haftung ging, mithin um Gegenstände, die selbstverständlicher dem Regiebereich des Rechts und damit der Wissenschaft zugeschlagen waren als Urteile über die Rechtmäßigkeit von Zwangsbehandlungen oder Züchtigung.

IV. Deutungen

Die hier nachverfolgten Entwicklungen, die seit der Wende zum 20. Jahrhundert dazu geführt haben, dass körperliche Selbstbestimmung zu einem allgemeineren Recht geworden ist, lassen sich je nach Ausgangspunkt unterschiedlich deuten: als Errungenschaft oder als Gefährdung, als Anerkennung oder als Überforderung, als notwendig oder als unpraktikabel etc. Körperliche Selbstbestimmung ist für Gesellschaften und damit auch für das Recht eine bleibende Herausforderung und nicht mit einer einfachen Formel zu haben. Sonst wären die hier nachverfolgten Verhandlungen über körperliche Selbstbestimmung nicht so kontrovers verlaufen, und sonst hätten sich im Verlauf des letzten Jahrhunderts leichthin einheitlichere Rechtsstandpunkte herausgebildet. Darin zeigt sich, dass die Ausformung von körperlicher Selbstbestimmung auf tiefgreifende Dilemmata zuläuft. Jedes Verständnis von körperlichen Bestimmungsbefugnissen – patriarchal, paternalistisch, partizipativ oder postkategorial – mündet in ein eigenes Dilemma. Bei patriarchalen Verständnissen ist es das Dilemma von Vertrauen und Macht. Paternalistische Verständnisse stehen vor dem Dilemma von Wissen und Irrtum. Partizipative Verständnisse ringen mit dem dilemmatischen Widerstreit von Wollen und Zukunft, und postkategoriale Verständnisse stehen vor der Frage, wie sie Allgemeinheit und Sichtbarkeit miteinander in Einklang bringen.

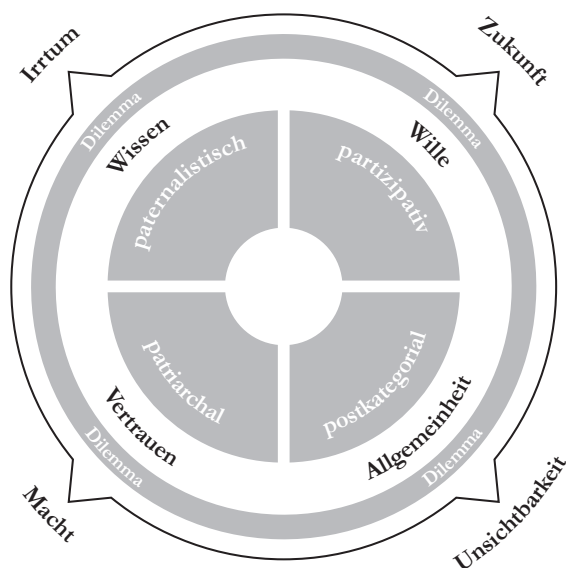


Abb. 5: Dilemmata

1. *Patriarchales Dilemma: Vertrauen und Macht*

Patriarchale Begründungen für körperliche Bestimmungsbefugnisse (Kap. 3 II.2.) können für sich in Anspruch nehmen, Körperentscheidungen staatsfern, unjuristisch und privat zu regeln. Behandlung, Sorge und Betreuung sind hiernach in erster Linie private Rechtsverhältnisse, und auch die daraus folgenden Befugnisse bestimmen sich selbstregulierend und nach dem Selbstverständnis von Eltern, dem Ethos von Ärztinnen und dem Ermessen von Vormündern bzw. Betreuerinnen. Das prägende Paradigma ist *Vertrauen*, die wesentlichen Vorzüge sind Privatheit und Praktikabilität; außerdem bedeutet Vertrauen Anerkennung. Dies ist die helle Deutung. Doch eröffnet Vertrauen Raum für *Macht*. Darin besteht das Dilemma patriarchaler Verständnisse von körperlicher Selbstbestimmung. Fürsorge kann umschlagen in Zwang, Erziehung in Unterdrückung, Schutz in Zwang. Dieses Risiko des Umschlagens ist umso größer, je asymmetrischer die betroffenen Beziehungen sind. Bezeichnenderweise wurden alle drei hier betrachteten Verhältnisse als ausgesprochen asymmetrisch beschrieben. Das Behandlungsverhältnis gilt der Medizinsoziologie ohnehin als asymmetrische Beziehung (Kap. 2 I.5.1.). Im Eltern-Kind-Verhältnis trifft eine »extreme Machtdifferenz« auf die »Kehrseiten der Liebe« (Kap. 2 II.5.1.). Und für Betreuungsverhältnisse ließ sich nachweisen, wie sich familiäre Asymmetrien mit pflegebedingten Asymmetrien aufaddieren und als »dunkler Betreuungsalltag« in das Betreuungsverhältnis hineinwirken (Kap. 2 III.5.1.). Diese Befunde erklären nicht nur, warum es Patienten, Kindern und Betreuten schwerfällt, ihre Körperwünsche gegenüber Ärztinnen, Eltern und Betreuerinnen zur Geltung zu bringen, selbst wenn ihnen dafür Rechte zur Seite stehen – also die Diskrepanz zwischen versprochenen und realisierten Rechten. Sie enthalten zugleich das wesentliche Argument, warum sich in der Abwägung zwischen den aner kennenswerten Vorzügen von Vertrauen gegenüber Ärztinnen, Eltern und Betreuern (Privatheit, Praktikabilität) und den dabei einzustellenden Risiken (Machtmissbrauch) die Gewichte zulasten der Risiken verschieben.

2. *Paternalistisches Dilemma: Wissen und Irrtum*

Als paternalistische Begründungen für körperliche Bestimmungsbefugnisse (Kap. 3 II.3.) galten hier Begründungen, die darauf zielten, ein objektiv gedachtes, wissenschaftlich substantiierbares Körperwohl von Patientinnen, Kindern und Betreuten zu garantieren. Das prägende Paradigma ist *Wissen*. Damit geht die Vorstellung einher, dass Körperentscheidungen inhaltlich bewertbar sind und auch vom Recht angemessen bewertet werden können. An das Recht richtet sich die Erwartung, gesellschaftlich geteilte und wissenschaftlich (medizinisch,

pädagogisch, psychiatrisch) begründbare Vorstellungen von Fürsorge und Schutz durchzusetzen. Paternalistische Verständnisse schützen Patientinnen, Kinder und Betreute vor unvernünftigen und ungewöhnlichen Körperwünschen sowie vor Selbstschädigung. So weit die helle Seite. Das Dilemma dieser Verweisung auf Objektivität, Nachweisbarkeit und Rationalität ist das allgemeine Dilemma von Wissenschaft: Immer besteht das Risiko, dass sich Einsichten als angreifbar, subjektiv oder vorübergehend herausstellen und Folgerungen als falsch erweisen – also das Risiko des Irrtums.²⁰ Allerdings besteht gerade in Bezug auf Körperentscheidungen ein besonders großes Irrtumsrisiko. Die drei Studien haben gezeigt, wie veränderlich die Perspektiven von Medizin, Pädagogik und Psychiatrie auf den Körper sind, wie sich körperliche Klassifikationen immer wieder gewandelt haben und wie schwankend die wissenschaftlich artikulierten Vorstellungen über Schädlichkeit und Nützlichkeit von Körperentscheidungen sind. Wir sind zahlreichen Grundannahmen begegnet, die inzwischen als überkommen gelten und nicht mehr »sagbar« (Achim Landwehr)²¹ sind: dass Aufklärung schädlich (Kap. 2 I.4.1.4.), Körperstrafen dagegen nützlich seien (Kap. 2 II.4.1.1.), und dass psychiatrischer Zwang in der Natur der Sache liege (Kap. 2 III.4.1.1.).

Zugleich ist in Rechnung zu stellen, dass gerade die Wissenschaften, die über den Körper Aufschluss geben (sollen), ihrerseits gesellschaftliche Verhältnisse (Macht) widerspiegeln und implizit daran mitwirken, hierarchische Ordnungen herzustellen oder zu stabilisieren (Kap. 2 II.5.4.). Der mit paternalistischen Verständnissen gegenüber patriarchalen Verständnissen erstrebte Vorteil von Objektivität, Neutralität und Rationalität wird bei Körperentscheidungen also in besonderem Maße durch die Gesellschaftlichkeit der den Körper bearbeitenden Wissenschaften aufgezehrt.²² Wenn die Gesellschaftlichkeit von Medizin, Psychiatrie, Pädagogik in Rechnung gestellt wird, liegt es nahe, überhaupt auf subjektive, relative, veränderliche Vorstellungen davon, was für Körper gut und nützlich ist, zu setzen. Damit geraten Verständnisse von körperlicher Selbstbestimmung in den Blick, die hier als partizipativ zusammengefasst wurden.

²⁰ Siehe nur *Luhmann* (1992) 15; Die moderne Gesellschaft ist gezwungen, die Relativität allen Wissens anzuerkennen; zur Zeitgebundenheit weiter 122 ff., zum Verhältnis von Wissenschaft und Gesellschaft 616 ff.

²¹ *Landwehr* (2001).

²² Zu den Wechselwirkungen von Gesellschaft und Wissenschaft einerseits *Foucault* (1963), andererseits, ohne die Betonung gesellschaftlicher Macht, *Luhmann* (1992) 648 ff., 666 ff.

3. *Partizipatives Dilemma: Wille und Zukunft*

Als partizipativ lassen sich Verständnisse von körperlicher Selbstbestimmung bezeichnen, die auf Einbeziehung und Ermächtigung der Betroffenen zielen (Kap. 3 II.3.). Charakteristisch ist die Aufwertung von Patientinnen, Kindern und Betreuten zu Akteuren und Subjekten. Das Rechtsideal zielt auf Befähigung, Rehabilitation und Unterstützung. Dies soll gelingen, indem Patienten, Kinder und Betreute in Entscheidungsprozesse einbezogen werden durch Aufklärung und Anhörung, durch gemeinsame Entscheidungsfindung und Überzeugungsversuche. Inhaltlich sollen Fremdentscheidungen subjektive Wohlvorstellungen widerspiegeln. Und Patientinnen, Kinder und Betreute gelten nicht pauschal als völlig unfähig zu einer rechtlich erheblichen Willensbildung. Vom Recht wird erwartet, dass es sich auch mit intuitiven oder spontanen Wünschen, die nur einem sogenannten natürlichen, nicht näher reflektierten und in diesem Sinne autonomen Willen entspringen, auseinandersetzt. Hier ist also der *Wille* das zentrale Paradigma.

Diese Willensorientierung hat viele helle Seiten. Sie erkennt an, dass sich die jeweils eigenen Körperwünsche nicht rechtfertigen lassen müssen vor gesellschaftlichen Vorstellungen oder disziplinären (medizinischen, psychiatrischen) Maßstäben. Dahinter steht die Anerkennung aller Menschen als Wesen mit Würde und Achtungsanspruch. Aber auch hier gibt es Punkte, an denen die Willensorientierung nicht mehr eindeutig positiv bewertet wird. Jemandem seinen Willen zu lassen, kann auch bedeuten, jemanden sich selbst zu *überlassen*. Spätestens dann, wenn ein aktueller natürlicher Wille die eigene Zukunft substantiell und irreversibel gefährdet, gerät die mit partizipativen Verständnissen von körperlicher Selbstbestimmung verfolgte Willensorientierung vor ein Dilemma. Es erschiene verantwortungslos, einem Vierjährigen seinen Willen zu lassen, der sich gegen ein fiebersenkendes Zäpfchen wehrt und sich damit in Lebensgefahr bringen würde.²³ Schließlich kann ein Wille auch zum Gefängnis werden und Zukunft nehmen anstatt Ausdruck von Freiheit zu sein. Dies erklärt die ethische Begründbarkeit von helfendem, freiheitsmaximierendem Zwang (Kap. 1 III.2.). Hierauf gründet sich die Billigung von Behandlungszwang gegenüber Personen unter akutem psychotischem Schub, wenn dies die Wiederherstellung der nicht-psychotischen kognitiven und affektiven Fähigkeiten verspricht.²⁴ Würden Recht und Gesellschaft in solchen Situationen jeden Willen absolut setzen, wäre es wie ein Wegschauen, während sich Kleinstkinder oder Personen in psychischen Ausnahmesituationen zukünftiger Lebensmöglichkeiten begeben. Dann geriete die Willensorientierung zur Ideologie. An irgendeinem Punkt müssen selbst partizipative Verständnisse, auch wenn sie dem Willen mehr Gewicht einräumen als

²³ Wapler (2015) 485 ff.: Recht auf offene Zukunft.

²⁴ Etwa *Deutscher Ethikrat* (2018) 118 ff.

paternalistische Verständnisse, von den Betroffenen absehen, wenn sich das Recht nicht dem Vorwurf der »Schutzlücke« aussetzen will (Kap. 2 III.3.4.1.).

Ein weiteres Dilemma von partizipativen Verständnissen liegt in der zunehmenden Komplexität der Rechtsstrukturen. Dieser Einwand begegnete immer wieder (Kap. 2 I.4.2., III.4.2.). Je mehr materielle und verfahrensmäßige Bedeutung dem wirklichen, individuellen Willen der Betroffenen eingeräumt ist, und je mehr die Betroffenen zu Wort kommen sollen, umso anspruchsvoller werden die Erwartungen an die dazu nötigen Rechtsstrukturen. Mindestens sind Anhörungen und Aufklärungen zu organisieren und zu dokumentieren. Im Weiteren hängt die Komplexität partizipativer Verständnisse davon ab, wie genau sich das Recht für die individuelle, konkrete Willensfähigkeit in der jeweiligen Entscheidungssituation interessiert. Die Schwelle für mangelnde Willensfähigkeit kann nicht nur unterschiedlich hoch angesetzt werden, sondern auch mehr oder weniger pauschal durch Alter (minderjährig), Rolle (Patientin) oder Rechtsstatus (entmündigt, betreut) bezeichnet werden. Der Willensorientierung von partizipativen Verständnissen entspricht eine prinzipielle Präferenz für konkret-individuelle Beurteilungen. Dies leitet über zu postkategorialen Verständnissen und dem damit verbundenen Dilemma von Allgemeinheit und Unsichtbarkeit.

4. *Postkategoriales Dilemma: Allgemeinheit und Unsichtbarkeit*

Die nächste denkbare Entwicklungsstufe auf dem Weg der Verallgemeinerung von körperlicher Selbstbestimmung (Kap. 3 I.) wurde hier als postkategorial beschrieben (Kap. 3 II.5.). Es ginge nicht mehr um Patientinnen, Kinder und Betreute, sondern um einzelne benannte Lagen und Bedürfnisse nach Entscheidungsassistenz oder Entscheidungssubstitution. Hierüber würde das Recht situativ und individuell entscheiden. Körperliche Selbstbestimmung würde dann im Ausgangspunkt als allgemeines und allen Menschen gleichermaßen zustehendes Recht gewährleistet. Das Paradigma dieses Verständnisses ist *Allgemeinheit*. Allgemeinheit hätte viele Vorzüge. Denn auf diese Weise ließen sich Rollenfestlegungen, Differenz- und Defizitdiagnosen (Kap. 2 II.5.4.) vermeiden. Es bedürfte keiner Definition von Eingangsschwellen mehr. Das Recht würde nicht mitwirken an der Bestätigung gesellschaftlicher Ordnungen, es müsste keine Altersgrenzen zwischen Kindsein und Erwachsensein ziehen und keine Zäsuren zwischen geistiger Normalität und Geisteskrankheit entwickeln. Untergründige »Sogwirkungen«, wie sie insbesondere von Altersgrenzen ausgehen, ließen sich vermeiden (Kap. 2 II.5.3.3.). Mit der Überwindung der Kategorien könnte das Recht auch seine diskriminierenden, markierenden Effekte hinter sich lassen. Idealerweise wäre es ein Ende des offensichtlichen »Messens mit zweierlei Maß« und der darin liegenden problematischen Ungleichbehandlung im Hinblick auf körperliche Selbstbe-

stimmung. Und das Recht müsste sich nicht mehr dem Einwand stellen, dass die verwendeten Kategorien gar nicht wirklich, sondern vom Recht selbst hergestellt (konstruiert) seien (vgl. Kap. 1 III.2.).²⁵

Doch wäre diese Allgemeinheit von körperlicher Selbstbestimmung nicht zu haben ohne Verluste an Sichtbarkeit. Darin liegt das Dilemma aller postkategorialen Regulierungsideale.²⁶ Der Nachteil von Kategorien ist zugleich ihr Vorzug: Indem Personen über Kategorien herausgehoben, markiert und verbesondert werden, werden sie zugleich sichtbar. Wenn das Recht zwischen Kindern und Erwachsenen unterscheidet, kann dies auch dazu dienen, Kinder rechtlich herauszuheben, um ihnen mehr Rechte oder Ansprüche zu gewähren, sie zu schützen und zu privilegieren. Je nachdem, wie rechtliche Kategorien gefasst sind, können sie gegenüber gesellschaftlichen Kategorien auch emanzipativer, also be-rechtigender und für die Betroffenen günstiger sein. Während 18-Jährige von ihren Eltern, ihren Lehrerinnen oder von ihrem Umfeld in einem gesellschaftlichen Sinn als nicht-erwachsen wahrgenommen werden können, sind sie für das Recht längst volljährig. Außerdem kann die Verwendung von Kategorien »dienende Bedeutungen« in Gruppen haben.²⁷ Schließlich kann die Zugehörigkeit zu einer Gruppe über Schutz entscheiden, wie Hannah Arendt am Beispiel der Staatsangehörigkeit vor Augen geführt hat.²⁸ Kategorien sind also immer beides: problematisch und potentiell nützlich. Dies gilt umso mehr, als im Sinne der Steigerungslogik einzurechnen ist, dass durch die Überwindung von Kategorien wie »Kind« oder »betreut« der Boden bereitet würde für einen Rückzug des Rechts überhaupt, so dass sich mit dem Aufleben von gesellschaftlicher Macht patriarchale Ausgangssituationen wiederherstellen (Kap. 3 II.5.).

²⁵ Zu diesem Einwand im Rechtszusammenhang zuletzt *Froese* (2022) 146 ff.

²⁶ Vgl. *Baer* (2022).

²⁷ *Froese* (2022) 340 ff.

²⁸ *Arendt* (1955/2005) 448–451.

V. Ein vorläufiges Ende: körperliche Selbstbestimmung in der Moderne

Damit ist dieses Buch an sein Ende gekommen. Es hat nachverfolgt, wie körperliche Selbstbestimmung im Verlauf des 20. Jahrhunderts zu einem allgemeineren Recht geworden ist. Sowohl die heilsame Spritze als auch die elterliche Ohrfeige gelten dem Recht heute unterschiedslos als Körperverletzung. Minderjährige und Betreute werden rechtlich gehört, wenn es um ihre Körperwünsche geht. Es haben sich die Maßstäbe und vor allem die Begründungen für körperliche Fremdentscheidungen geändert. War es in den Anfangsjahren des Bürgerlichen Gesetzbuchs plausibel, Fremdentscheidungsbefugnisse auf bestimmte Stellungen zu gründen sowie aus Wissen, Sitte, Selbstverständnis und Erfahrung abzuleiten, geht die Leiterzählung inzwischen dahin, dass körperliche Fremdentscheidungen einzig deshalb eröffnet sind, weil es den Betroffenen an der Fähigkeit zur Selbstbestimmung fehlt. Daher verlagerten sich die rechtlichen Debatten auf die Fragen, was unter einem rechtlich erheblichen Willen zu verstehen ist, wann ein Wille als selbstbestimmt anzusehen ist und ob es angemessen ist, wenn das Recht diese Fragen mit Vermutungen und Pauschalierungen beantwortet. Dies führte erstens zu *Ausdifferenzierungen* (Geschäftsfähigkeit und Einwilligungsfähigkeit; natürlicher und freier Wille; Wünsche und Veto). Zweitens prägten sich *Anknüpfungen* für Willensschwellen aus, in Anlehnung an das Alter (Volljährigkeit oder Minderjährigkeit), den Rechtsstatus (elterliche Sorge, Betreuung) und an medizinische Diagnosen (»krankheitsbedingt unfreier Wille«).

Dieses Buch ist aus der Perspektive geschrieben, dass körperliche Selbstbestimmung wertvoll und ungleiche körperliche Selbstbestimmung problematisch ist (Kap. 1 III.). Die Untersuchung hat die meist übersehene rechtliche Ungleichheitsdimension von körperlicher Selbstbestimmung sichtbar gemacht und erstmals präzise ausgemessen. Zugleich konnte die übergreifende Entwicklungsrichtung zugunsten größerer Allgemeinheit von körperlicher Selbstbestimmung aufgelöst werden in Einzeleinsichten zu Akteurinnen, Antagonismen, Argumentationsfeldern und Entwicklungsphasen. Dennoch schließt dieses Buch nicht mit leichten Einsichten. Es ist nicht damit getan, die auch dem gegenwärtigen Recht vertrauten Abstufungen und Schattierungen von körperlicher Selbstbestimmung, die mit Rollen, Kategorien und Status wie Patient, Kind oder Betreuung einhergehen, schlicht aufzugeben oder für ihre Abschaffung zu plädieren. Auch postkategoriale Konzeptionen von körperlicher Selbstbestimmung laufen auf Dilemmata zu und sind nicht ohne Nachteile zu haben (Kap. 3 IV.4.). Die reale Ungleichheitsdimension, die mit Kindsein und Schizophrenie, Suchtverhalten und demenziellen Symptomen einhergeht, lässt sich nicht dadurch beseitigen, dass Kinder und Betreute aus dem Recht als Bezugspunkte verschwinden oder zu vulnerablen Personen umetikettiert werden. Die schwierigen Fragen, mit denen sich Gesellschaf-

ten und Rechtsordnungen seit jeher auseinandersetzen, würden sich dennoch stellen. Medizinische Untersuchungen und Behandlungen bleiben mit exzeptionellen Zumutungen verbunden, Erziehung kommt nicht ohne Fremdbestimmung aus, und so wie die Dinge gegenwärtig liegen, werden wir damit leben müssen, dass unsere Psyche und unser Gehirn genauso anfällig für Erkrankungen bleiben wie unser Körper. Es wird also immer wieder darum gehen, die schwierige Mitte zwischen »zu wenig« und »zu viel« auszumessen. Auch dann wird körperliche Selbstbestimmung noch in dem Sinne ungleich bleiben, als unsere Körper genauso unterschiedlich sind wie die Lebensverhältnisse und Rahmenbedingungen, unter denen wir Körperwünsche entwickeln und in denen wir uns mit unserem körperlichen Schicksal herumschlagen. Körperliche Selbstbestimmung wird einen Teil ihrer Ungleichheitsdimension niemals abschütteln, weil die Körper, um die es geht, immer ungleich bleiben werden. Das Gewicht dieser Einsicht wird nach der Lektüre dieses Buchs eher noch drückender geworden sein. Mit umso größerem Nachdruck gilt es deshalb darauf zu bestehen, welches Wissen sich im Verlauf der drei Studien über körperliche Selbstbestimmung freilegen ließ: Wissen um Zusammenhänge von Rechtsdogmen und Rechtsstrukturen (Kap. 3 II.), Wissen darum, wie körperliche Fremdbestimmung verklärt wurde (Kap. 2 I.4., II.4., III.4.), Wissen darum, welchen Kräften und Koalitionen es zu verdanken ist, dass das Recht Schattierungen und Abstufungen körperlicher Selbstbestimmung gegenwärtig sensibler registriert als an der Wende zum 20. Jahrhundert, Wissen um Akteure, Argumente und Antagonisten (Kap. 3 I.) sowie Wissen darüber, wo und wie der Rechtsdiskurs diese Fragen verhandelte (Kap. 3 III.). Die Fragen nach dem »Wer?« und »Wie?«, die sich dieses Buch vorgenommen hat (Kap. 1 I.), sind damit beantwortet. Und mit etwas Abstand betrachtet haben die Nahaufnahmen dann letztlich doch ein Bild entstehen lassen, das sich in die große Erzählung der Moderne einfügt. In dem hier studierten Ausschnitt kann sich das deutsche Recht in der Tradition der Moderne und ihrer Sehnsucht nach Selbstbestimmung sehen. Allerdings nähren die Studien zugleich die Sorge, dass die Rechtsentwicklung dann auch die Schattenseiten der Moderne teilt: die Gefahr des Umschlagens und das Wissen um die Kontingenz allen Rechts. In dieser fundamentalen Vorläufigkeit und vor allem *Verletzlichkeit* gleicht die rechtliche Gewähr für körperliche Selbstbestimmung unserer Körperlichkeit überhaupt.