

Professorin Dr. Anne Röthel, Hamburg\*

## Autonomie im Familienrecht der Gegenwart

Für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts lagen Autonomie und Familienrecht weit auseinander. Dagegen erzählen wir uns die Geschichte des Familienrechts im 20. Jahrhundert als eine Geschichte großer Autonomiegewinne. Doch gibt Autonomie dem Familienrecht weder eine eindeutige Entwicklungsrichtung noch einen unanfechtbaren Bestand an Argumenten mit. Vielmehr unterliegt Autonomie im Familienrecht immer wieder schwierigen und grundsätzlichen Aushandlungsprozessen. Der folgende Beitrag nimmt die jüngeren Debatten über die Rechtsstellung intersexueller Personen (BGH, Beschluss v. 22. 6. 2016 = JZ 2016, 1067) und über die Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen (§ 1631d BGB) zum Anlass, die in diesen Fragen jeweils gegen eine Orientierung des Familienrechts auf Autonomie angeführten Bedenken zu überprüfen.

### I. Autonomie und Familienrecht

Autonomie ist keine leichthin fassbare Größe.<sup>1</sup> Autonomie verklammert als Hintergrundvorstellung ein Bündel von Rechten, Rechtsgütern, Rechtsinstituten und Prinzipien, denen gemeinsam ist, den Einzelnen und sein individuelles Wünschen („Selbstbestimmung“) in den Mittelpunkt des Rechts zu rücken. Die Vehikel, durch die Autonomie von einer unspezifischen gesellschaftlichen Vorstellung in das „harte“ justiziable Familienrecht transportiert wird, sind einerseits die Grundrechte, andererseits die Rechtsinstitute des einfachen Rechts. Aus den Grundrechten haben sich immer dichtere Autonomie-Erwartungen an das Familienrecht herauskristallisiert, vom Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper<sup>2</sup> und das eigene Sterben<sup>3</sup> über das Recht auf Identität,<sup>4</sup> das Recht auf Selbstdarstellung,<sup>5</sup> das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung,<sup>6</sup> das Recht auf selbstbestimmte Sexualität<sup>7</sup> und das Recht auf Reproduktion.<sup>8</sup> Als

wesentliche Quellen dieses grundrechtlichen Autonomieprofils gelten die allgemeine Handlungsfreiheit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde.<sup>9</sup> Doch beschreiben die Grundrechte zunächst nur die Außengrenzen des für Autonomie durch das Recht geöffneten Raums. Die Einsicht, dass Leib und Leben, Persönlichkeit und Sexualität, Ehe und Familie Grundrechtsschutz genießen, bedeutet in erster Linie, dass der Staat diese Rechte grundsätzlich nicht antasten darf, etwa durch körperliche Zwangsbehandlungen.<sup>10</sup> Er ist darüber hinaus in gewissen Grenzen verpflichtet, diese Rechte auch gegen Beeinträchtigungen Dritter zu schützen.<sup>11</sup> Vor allem aber folgt aus den Grundrechten die Erwartung an das einfache Recht, mit Rechtsinstituten und Handlungsformen einen Raum zu schaffen, in dem sich Persönlichkeit, geschlechtliche Selbstwahrnehmung und sexuelle Orientierung, Paarbeziehung und Elternschaft sowie Selbstbestimmung bei Alter und Krankheit im Rechtsleben entfalten können.<sup>12</sup> Es ist das einfache Personen- und Familienrecht, das den Einzelnen mit seinen Rechtsinstituten, Verfahren, Registern, Handlungsformen und Ansprüchen erst in die Lage versetzt, in Bezug auf seine Rechte und Rechtsgüter nach den eigenen Wünschen zu leben und diesen Wünschen zu rechtsförmiger Anerkennung zu verhelfen.

Heute vermittelt Autonomie einen gemeinsamen Bezugspunkt für die gesamte Breite dessen, was wir gemeinhin unter Familienrecht fassen. Zugleich klingt Autonomie nicht so bedeutungsschwer und gesprächsbegrenzend wie Menschenwürde. Daher werden familienrechtliche Debatten derzeit eher über Autonomie als über Menschenwürde geführt, wenn es um die Verarbeitung von neuen Bedürfnissen oder neuen Gefährdungslagen geschieht: Es geht um „Patientenautonomie“, „Elternautonomie“, „sexuelle Autonomie“, „Autonomie im Alter“ und „reproduktive Autonomie“. Auf diese Weise lassen sich familienrechtliche Debatten auch leichter über das Denken in den Kategorien „verfassungsrechtlich zulässig“ und „verfassungsrechtlich geboten“ hinausführen. Bei aller Unschärfe, die mit Autonomie verbunden ist, ist sie zu einer integrierenden Vorstellung im Familienrecht geworden: wie ein großer Raum, der von mehreren Seiten betreten werden kann, ohne dass sich die Gesprächspartner hierarchisieren müssten.

\* Die Autorin lehrt Privatrecht an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag bündelt Eindrücke von unserer Ringvorlesung des Jahres 2014/2015 „Autonomie im Recht“ und beruht auf einem Vortrag, den ich am 18. 10. 2016 auf Einladung der Karlsruher Juristischen Studiengesellschaft gehalten habe. *Christian Bumke* danke ich ein weiteres Mal dafür, meinen Gedanken zu mehr Klarheit und Ordnung verholfen zu haben.

1 Dies lässt sich schon daran ablesen, wie unterschiedlich Autonomie in Rechtsdiskursen verwendet werden kann. Häufig begegnet Autonomie als beschreibendes Synonym für jede Art von rechtlich eröffneter oder abgesicherter Selbstentscheidung, Willensverwirklichung und Handlungsfreiheit. Aber Autonomie kann auch rechtspolitisch und rechtskritisch auf das Recht bezogen werden als gesellschaftliches Ideal und Leitvorstellung. Es handelt sich bei Autonomie daher um einen stark assoziativen und in vielerlei Hinsicht „diffizilen“ Begriff mit weitem Begriffsfeld; siehe nur die Beiträge in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht* (erscheint 2017), dort insbesondere die Einführung von *Bumke* (S. 3 ff.) und meinen Überblick über die Forschungsgespräche über Autonomie (S. 45 ff.).

2 Gestützt auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG *BVerfGE* 128, 282, 268 f. und auch schon *BVerfGE* 79, 174, 201.

3 Gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG *BGHSt* 55, 191, 204 = JZ 2011, 532 (dazu *Engländer* JZ 2011, 513).

4 *BVerfGE* 35, 202, 220; 79, 256, 268.

5 *BVerfGE* 35, 202, 220; siehe auch *BVerfGE* 54, 148, 155 f.; 82, 236, 269; dazu *Britz*, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*, 2007, S. 44 ff.

6 *BVerfGE* 79, 256, 268 f.; 96, 56, 63 ff.

7 *BVerfGE* 47, 46, 73.

8 *BVerfGE* 79, 174, 201 f.; 128, 109, 130 f.; Weiterführungen bei *Coester-Waltjen*, in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, S. 222 ff.; *Gutmann*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung*,

2016, S. 63, 67 ff.; *Heun*, in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, S. 49, 51 ff.; *Lindner*, in: *Rosenau* (Hrsg.), *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsgesetz für Deutschland*, 2012, S. 127, 137 ff.

9 So *BVerfGE* 49, 286, 298; später etwa *BVerfGE* 115, 1, 14. Im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird Autonomie teilweise enger in Bezug zur Menschenwürde gesehen, etwa bei *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG, Kommentar*, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 137, 157; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, *GG, Kommentar*, Stand: 1958, hier zitiert nach dem Sonderdruck der Kommentierungen von *Dürig* zu Art. 1 und 2 GG, 2003, Art. 1 Rn. 18: Autonomie als Kern der Menschenwürde. Eine Gegenseite geht dahin, Autonomie sowohl als „äußere“ Handlungsfreiheit als auch innere „Entschließungsfreiheit“ allein in Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit einerseits, Allgemeines Persönlichkeitsrecht andererseits) abzubilden, unter „Abkoppelung“ von Art. 1 Abs. 1 GG; siehe *Britz* (Fn. 5), S. 6 ff., 25 f.

10 Dazu *BVerfGE* 128, 282, 300 ff.

11 Siehe *BVerfGE* 101, 361 ff.; 120, 180 ff. zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

12 So für die Privatautonomie *BVerfGE* 89, 214, 231 f.

## II. Veränderliche Autonomie

Der Rückblick lehrt indes, dass Autonomie und Familienrecht nicht immer so nah beieinander lagen. Für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts stand das Familienrecht für den Ort im Privatrecht, dem es am wenigsten um Autonomie zu tun ist, sondern primär um Ordnung, um Säkularisierung und Sittengesetz, um Bevölkerungs- und Beschäftigungspolitik, um die Wahrung von Institutionen, die das eigene Wünschen im Zivilisationsinteresse mehr bändigen als befördern.<sup>13</sup> Nach wie vor wird das Familienrecht häufig in seiner Andersartigkeit gemessen am Schuldvertragsrecht wahrgenommen. Während es dem Familienrecht um die Ausprägung von Statusverhältnissen durch weithin zwingendes Recht gehe,<sup>14</sup> stehe das Vermögensrecht unter dem Leitstern der Privatautonomie: „Anders als das Privatrecht sonst ist das Familienrecht vorwiegend zwingendes Recht.“<sup>15</sup> – Doch wird man heute ein anderes Bild vom Verhältnis von Autonomie und Familienrecht zeichnen müssen. Fast scheint es, als hätte sich das Blatt gewendet: Während sich Autonomie im Familienrecht im Verlauf des 20. Jahrhunderts zu einer Leitvorstellung entwickelt hat, wird nun im vertraglichen Vermögensrecht das Läuten der „Totenglocke“ der Privatautonomie vernommen.<sup>16</sup> Von solcher Endzeitstimmung im Hinblick auf Autonomie ist im Familienrecht wenig zu spüren, jedenfalls wenn man von den Aufregungen rund um die Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Angehörigenbürgschaften einmal absieht.

Um nur einige Beispiele zu nennen: Wir kennen keine Entmündigung mehr, sondern haben mit der rechtlichen Betreuung die Selbstbestimmung des schutzbedürftigen Erwachsenen und die Subsidiarität der Fremdentscheidung in den Mittelpunkt des Erwachsenenschutzrechts gerückt. Die Entscheidung über den eigenen Körper und das eigene Sterben sind im Verlauf des vergangenen Jahrhunderts der rechtsgeschäftlichen Bestimmung überhaupt erst zugeführt worden und werden inzwischen ganz selbstverständlich unter den Topoi „Patientenautonomie“ und „Autonomie im Alter“ als Fragen von Autonomie thematisiert. Ähnlich lassen sich die großen Entwicklungslinien im Recht der Partnerschaften zusammenfassen. Oder wie es für das Eherecht resümiert wurde: „Gesetzgebung und Rechtsprechung der ersten Jahrhunderthälfte [des 20. Jh., Anm. der Verf.] basierten auf dem Konzept der Heteronomie, die großen Reformen der zweiten Hälfte ... zogen die Idee der Autonomie vor.“<sup>17</sup> Das Recht hat sich aus den Inhalten der ehelichen Lebensgemeinschaft weithin zurückgezogen.<sup>18</sup> Hinzu kommt die rechtsförmige Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften mit Inkrafttreten des LPaG und die Aufwertung nichtehelichen Zusammenlebens zur Rechtsgemeinschaft.<sup>19</sup> Die rechtlichen Kategorien, mit denen

Paarbeziehungen heute vom Recht gebündelt werden, decken eine bislang ungekannte Bandbreite von Lebensentwürfen ab.

Schließlich haben auch im Kindschaftsrecht Verschiebungen stattgefunden, die sich als stärkere Orientierung auf Autonomie resümieren lassen. Das Kind wurde vom Objekt väterlicher Herrschaft zum mündigen Subjekt,<sup>20</sup> und sowohl bei der Zuweisung als auch bei der Ausübung der elterlichen Sorge ist der Gedanke der Autonomie in den Vordergrund gerückt.<sup>21</sup> Alles dies zusammengenommen leuchtet es daher ein, wenn *Dagmar Coester-Waltjen* resümiert: Das Familienrecht „der Gegenwart respektiert ... wenigstens weithin (vornehmlich bei der Gestaltung der persönlichen Beziehungen) die Autonomie der Familienmitglieder.“<sup>22</sup>

## III. Ausgewählte Gegenwartsdebatten

Doch ist dieses Familienrecht der Gegenwart keine statische Angelegenheit. Ständig werden neue Fragen an Rechtsprechung und Gesetzgebung herangetragen, und immer wieder gilt es, rechtliche Vorstellungen von Autonomie zu präzisieren und über das Verhältnis von Autonomie und Familienrecht zu verhandeln. Mit welchen Schwierigkeiten dies verbunden ist und wie sich gleichwohl hier und dort „Haltepunkte“ ausmachen lassen, soll an zwei Beispielen erläutert werden: der nicht-medizinischen Beschneidung von Jungen und der Rechtsstellung intersexueller Personen. Beide Beispiele machen erfahrbar, wie leicht wir an Punkte gelangen, an denen bisherige Vorstellungen darüber, wo das Familienrecht dem individuellen Willen Grenzen ziehen sollte, ins Wanken geraten und sowohl gesellschaftspolitisch als auch rechtlich neu auszutarieren sind. Darüber hinaus stehen diese beiden Debatten exemplarisch für unterschiedliche Wirkweisen von Autonomie im Familienrecht. Im Verhältnis von Elternrecht und Beschneidung wird Autonomie thematisiert als Frage der Anerkennung von Selbstregelungsbefugnissen in familialen Innenverhältnissen (1.), während die Rechtsstellung von intersexuellen Personen Autonomie als Verteidigung von Grundrechtsgütern thematisiert, hier das Recht auf Integrität und Identität (2.).

### 1. Autonomie und Elternrecht am Beispiel der Beschneidung

Im Eltern-Kind-Verhältnis begegnet Autonomie heute in mehrfacher Gestalt als Leitvorstellung: einerseits als Autonomie des Kindes, wenn es darum geht, dass dem Kind ein möglichst großer Raum der Selbstentscheidung gegenüber seinen Eltern gesichert werden soll,<sup>23</sup> andererseits als Elternautonomie im Hinblick auf die Zuweisung<sup>24</sup> und schließlich – worum es im Folgenden gehen wird – die Reichweite der elterlichen Sorge. Charakteristisch für die Elternautonomie ist ihre Festlegung auf ein bestimmtes Ziel: Das Elternrecht steht den Eltern zur „Pflege und Erziehung“ ihrer Kinder zu (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG). Daraus erklärt sich das Wächteramt des Staates (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG), das seinen einfachen

<sup>13</sup> Siehe nur *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, § 53, S. 343; ähnlich *Windscheidt/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 3, 9. Aufl. 1906, §§ 490, 513; mit Blick auf die Ehe Motive zum BGB bei *Mugdan*, Bd. IV, 1899, S. 301.

<sup>14</sup> Vgl. *Muscheler*, Familienrecht, 3. Aufl. 2013, § 6 Rn. 95; *Windel*, in: *Lipp/Röthel/Windel*, Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 1, 10 f.

<sup>15</sup> *Koch*, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl. 2013, Einf vor § 1297 Rn. 46; genauso *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 66.

<sup>16</sup> Etwa *Reppen*, in: *Isensee* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2008, S. 13 ff.; Relativierungen bei *Röthel*, in: *Bumke/Röthel* (Fn. 1), S. 91, 98 ff.

<sup>17</sup> *Struck* FuR 1996, 118 ff.

<sup>18</sup> Nachzeichnung bei *Röthel*, in: *Röthel/Löbnig/Helms*, Ehe, Familie, Abstammung, 2010, S. 9 ff.

<sup>19</sup> *BGHZ* 177, 193 ff.

<sup>20</sup> *BVerfGE* 59, 360, 387 f.; *BGHZ* 29, 33 ff.

<sup>21</sup> *BVerfGE* 61, 358, 374 ff.; 84, 168 ff.

<sup>22</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 19.

<sup>23</sup> Dazu etwa *Reuter* AcP 192 (1992), 109, 125 ff.; sowie eingehend *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 89 ff. (verfassungsrechtlich), S. 329 ff. (rechtsphilosophisch).

<sup>24</sup> Siehe nur *Coester* FamRZ 1996, 1181 ff.; *Büdenbender* AcP 197 (1997), 197 ff.

rechtlichen Ausdruck wiederum in den staatlichen Handlungsbefugnissen bei Gefährdungen des Kindeswohls (§ 1666 BGB) gefunden hat. Wie weit die elterlichen Vorstellungen über ein gutes Leben gehen dürfen und ab wann Jugendämter und Gerichte im Namen des Kindeswohls korrigierend eingreifen dürfen oder müssen, ist Gegenstand fortwährender gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Ausverhandlungen. In mitunter rasanter Geschwindigkeit finden Umbewertungen und Trendwenden statt. Nach erschütternden Erfahrungen von Kindesmissbrauch und Vernachlässigung lesen sich die Reformen des Jugendhilfe- und Kindschaftsrechts der Jahre 2005,<sup>25</sup> 2008<sup>26</sup> und 2011<sup>27</sup> als Trendumkehr in Richtung „mehr“ staatliches Wächteramt. Die Jugendhilfe wurde zum Mitträger des Wächteramts ernannt, die Eingriffsschwellen für Behörden und Familiengerichte wurden gesenkt, ihre Aufgaben in Richtung Prävention und Vorfeldschutz weiterentwickelt, und es sind auf Länderebene Screeningverfahren etabliert worden.<sup>28</sup> Im Schrifttum ist diese Betonung des Wächteramts als „fundamentale Akzentverschiebung“ im Gesamtkonzept des staatlichen Kindesschutzes wahrgenommen worden.<sup>29</sup>

#### a) LG Köln, Urteil vom 7. 5. 2012 und § 1931d BGB

In dieses rechtspolitische Gesamtbild hatte es sich bruchlos eingefügt, als das *LG Köln* in einem Strafverfahren die Vorstellung entwickelte, dass Eltern nicht wirksam in eine nicht-medizinisch motivierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Jungen einwilligen könnten.<sup>30</sup> Doch ist die weitere Entwicklung bekanntlich anders verlaufen: Nur wenige Monate später korrigierte der Gesetzgeber zugunsten des elterlichen Sorgerechts und entschied mit § 1631d BGB, dass die Personensorge grundsätzlich auch das Recht umfasst, „in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll“.<sup>31</sup> Im familienrechtlichen Schrifttum hat vielen indes die Haltung des *LG Köln* mehr eingeleuchtet als der Gegenstandspunkt des Gesetzgebers. Es wurden einerseits die medizinischen Annahmen über Komplikationen und Langzeitfolgen bezweifelt, von denen sich der Gesetzgeber bei seiner Einschätzung hat leiten lassen.<sup>32</sup> Andererseits wurde eingewendet, dass es sich bei der Beschneidung um eine irreversible Veränderung der körperlichen Integrität handelt, die schon aufgrund ihrer Irreversibilität nicht vom Elternrecht gedeckt sei.<sup>33</sup> In den ersten Reaktionen auf die gesetzliche Regelung überwog daher die Kritik. Dass sich der Gesetzgeber gleichwohl für die Eröffnung einer elterlichen Einwilligungsbefugnis in die Beschneidung von männlichen Kindern aus nicht-medizinischen Gründen entschied, war vielen nur in Anerkennung

der Religionsfreiheit, nicht aber im Hinblick auf die Elternautonomie erklärbar.<sup>34</sup>

Vergegenwärtigt man sich noch einmal, welchen Weg das Familienrecht zur heutigen Kindeswohlorientierung hinter sich hat, ist diese Haltung verständlich. Sie erinnert uns daran, dass die Emanzipation des Kindes aus naturalistisch begründeter elterlicher Gewalt und die Überwindung elterlicher Herrschaftsrechte noch nicht so lange zurück liegen. Daher haben Elternrechte und eine darauf gestützte Elternautonomie in diesem Ausverhandlungsprozess über die nicht-medizinische Beschneidung von Jungen praktisch keine Rolle gespielt. Dogmatisch steht dahinter die Vorstellung des Elternrechts als Pflichtrecht. Das Elternrecht, sei „kein Freiheitsrecht zu Selbstbestimmung“.<sup>35</sup> Es sei den Eltern nicht um ihrer selbst willen gewährt, sondern gehe vollständig in der Verpflichtung gegenüber dem Kind auf, so die ganz überwiegende Lesart des Elternrechts im familienrechtlichen Schrifttum.<sup>36</sup> Elternautonomie tritt danach nur als elterliches Interpretations- und Konkretisierungsprimat des Kindeswohls in Erscheinung.

Diese Konzeption des Elternrechts als ein ausschließlich fremdnütziges, ganz in der Kindesverpflichtung aufgehendes Recht hatte den seinerzeit wichtigen Vorzug, die Eltern-Kind-Beziehungen in das Recht zu überführen, ohne den Eltern ein Herrschaftsrecht über ihr Kind einzuräumen.<sup>37</sup> Dafür wird auch die bisherige Deutungspraxis des *BVerfG* für Art. 6 Abs. 2 GG fruchtbar gemacht.<sup>38</sup> Wie die Reaktionen der Familienrechtswissenschaft in der Beschneidungsdebatte zeigen, weckt der Hinweis auf Elternautonomie heute eher Unbehagen, Skepsis und Misstrauen. Elternautonomie klingt in den Ohren vieler als heimliche Rückkehr zu überwundenen Herrschaftsvorstellungen im Eltern-Kind-Verhältnis. Zugleich ist man sich ziemlich sicher, vor welchen elterlichen Gefahren ein Kind mit den Mitteln des Rechts zu schützen ist. Damit deuten sich zwei Punkte an, von denen aus sich eine Gegenseite entwickelt lässt. Die gesetzliche Entscheidung zugunsten der Elternautonomie unterstreicht die Rechtssubjektivität der Eltern (unten b) und dient der Bewältigung von Wissens- und Wertungsfragen (unten c). Dies bezeichnet zugleich typische Vorzüge von Autonomieorientierung bei der Regulierung von familiären Innenverhältnissen, die sich auf das Innenverhältnis von Ehegatten/Lebenspartnern und auf Erwachsenenschutzverhältnisse übertragen lassen.

#### b) Autonomie und Rechtssubjektivität

Jede Anerkennung von Autonomie bedeutet Anerkennung von Rechtssubjektivität. Daher begegnet eine Konzeption des Elternrechts, bei der Elternautonomie nur kindbezogen

<sup>25</sup> Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz vom 6. 9. 2005 (BGBl. I S. 2729).

<sup>26</sup> Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. 7. 2008 (BGBl. I S. 1188).

<sup>27</sup> Bundeskinderenschutzgesetz vom 22. 12. 2011 (BGBl. I S. 2975).

<sup>28</sup> Etwa §§ 5 ff. LKiSchG Rh-Pf.

<sup>29</sup> Schumann, in: Festschrift für Bruder Müller, 2014, S. 729, 741.

<sup>30</sup> *LG Köln* JZ 2012, 805, 806 (mit Anm. Rox).

<sup>31</sup> Eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20. 12. 2012 (BGBl. I S. 2749).

<sup>32</sup> Schumann, in: Festschrift für Bruder Müller, 2014, S. 729, 733 ff.

<sup>33</sup> So auch das zentrale Argument von *LG Köln* JZ 2012, 805, 806: Der Körper des Kindes werde „dauerhaft und irreparabel verändert“; gleichsinnig Dethloff, Familienrecht, 31. Aufl. 2015, § 13 Rn. 64: Eingriff in die körperliche Unversehrtheit; Spickhoff FamRZ 2013, 337, 342: Kindeswohlgefährdung wegen der „begrenzten Reversibilität“ des Eingriffs.

<sup>34</sup> So etwa Spickhoff FamRZ 2013, 337, 342, der in Zweifel zieht, ob „wirklich andere als religiös zwingende Gründe einen entsprechenden Eingriff in die körperliche Integrität eines Kindes [legitimieren]“; ihm folgend Schumann, in: Festschrift für Bruder Müller, 2014, S. 729, 734, 736.

<sup>35</sup> Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2015, § 1626 Rn. 7.

<sup>36</sup> Diese Betonung findet sich im Zusammenhang mit der Beschneidungsdebatte etwa bei Spickhoff FamRZ 2013, 337 ff.; allgemein P. Huber, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 1626 Rn. 3, 7: „Pflichtrecht“; Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Fn. 9), Art. 6 Rn. 142; relativierend Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 43 ff.: keine vollständige „Aufzehrung“ des Elternrechts durch die Elternpflicht.

<sup>37</sup> Reuter AcP 192 (1992), 108, 112.

<sup>38</sup> Siehe nur *BVerfGE* 61, 358, 371 f.: „Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts gilt in erster Linie dem Schutz des Kindes. ... Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG statuiert ... Grundrecht und Grundpflicht zugleich. Man hat das Elternrecht daher ein fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit genannt (vgl. *BVerfGE* 59, 360 [376 f.]).“

und nicht auch elternbezogen gedacht wird, durchgreifenden Bedenken. Denn nicht nur Kinder, sondern auch Eltern sind Rechtssubjekte. Eltern sind „keine Erziehungsbeauftragten des Staates, denen das Erziehungsrecht nur um der Kinder willen anvertraut wird“, sondern „Individuen, die sich dafür entschieden haben, ihr Leben mit Kindern zu teilen und Verantwortung für deren Aufwachsen zu übernehmen.“<sup>39</sup> Daher ist, so *Friederike Wapler*, das Elternrecht zugleich ein eigenes Recht der Eltern gegenüber dem Staat darauf, ihr Leben mit ihren Kindern und ihre erzieherischen Entscheidungen nach eigenen Vorstellungen ohne staatlichen Einfluss zu gestalten und verantworten.<sup>40</sup>

Die Vorstellung eines auch elternbezogenen Elternrechts hat weitere Vorzüge. Denn dass das Elternrecht den Eltern die Selbstbestimmung über die Sorge und Pflege des Kindes ausschließlich im Interesse des Kindes verbürgt, dürfte die Realitäten des Familienlebens verfehlen.<sup>41</sup> Vielmehr wird auf diese Weise das zentrale Problem, um das es dem Recht im Eltern-Kind-Verhältnis geht, verklärt und verdeckt, anstatt es sichtbar, transparent und damit auch für das Recht zugänglicher zu machen: die gegebene Asymmetrie des Eltern-Kind-Verhältnisses.<sup>42</sup> Diese Asymmetrie beginnt schon damit, dass es die Eltern sind, die sich aus ganz eigenen Gründen heute bewusst, überlegt und intendiert dazu entschließen, ein Kind „haben“ zu wollen und um diese Grundentscheidung für ein Leben mit ihrem Wunschkind ihr eigenes Lebensmodell entwickeln und formen.<sup>43</sup> Auch der weitere Verlauf des Eltern-Kind-Verhältnisses ist über lange Zeit ein zwangsläufig asymmetrisches und ungleichgewichtiges Verhältnis. Mit dieser Konzeption des Elternrechts als ein auch um der Eltern willen eingeräumtes, elternbezogenes Recht zur Selbstbestimmung über die Fürsorge und Erziehung ihrer Kinder kommt man also einerseits der Rechtssubjektivität der Eltern näher, andererseits lassen sich die Realitäten des Eltern-Kind-Verhältnisses besser aufnehmen und abbilden.

### c) Autonomie als Regulierungsstrategie

Aber auch wenn man im Ausgangspunkt Elternautonomie als ein zugleich elternbezogenes Recht der Eltern verwirklicht, bleibt noch der Einwand, dass sich die Elternautonomie deshalb nicht auf die Entscheidung über die Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen erstreckt, weil es sich um einen irreversiblen Eingriff in die körperliche Integrität des Kindes handele und noch zu wenig über Langzeitfolgen bekannt ist. Doch wird mit diesen Einwänden auf Eigentümlichkeiten der Entscheidungssituation aufmerksam gemacht, die genauso gut in die Gegenrichtung gewendet

werden können und die uns erklären, warum die mit § 1631d BGB gesetzlich getroffene Entscheidung zugunsten der Elternautonomie eine kluge Regulierungsstrategie bedeutet. Die Anerkennung von Autonomie in familiären Innenverhältnissen eröffnet regulatorische Vorzüge, die sich hier exemplarisch studieren lassen.

#### aa) Autonomie als Regulierungsstrategie in ambivalenten Verhältnissen

Denn das Eltern-Kind-Verhältnis ist nicht nur ein zutiefst asymmetrisches Verhältnis, sondern auch ein Verhältnis, in dem Personen und Lebensläufe auf eine Weise miteinander verflochten sind, die in der Sozialwissenschaft als Ambivalenz umschrieben wird.<sup>44</sup> Eltern sind „Schicksal für ihre Kinder“,<sup>45</sup> im Guten wie im Schlechten, und zwar nicht nur in ökonomischer, sozialer und psychischer Hinsicht, sondern vor allem in körperlicher Hinsicht. Eltern treffen dadurch, wie sie sich selbst sehen und ihr eigenes Leben leben, unablässig Entscheidungen, die sich auf den weiteren Lebensverlauf, die körperliche Konstitution, die sozial-ökonomischen Chancen, die psychische Stabilität und die Identitätsbildung ihres Kindes auswirken.<sup>46</sup> Und diese schicksalhafte Angewiesenheit umfasst, auch wenn man dies vielleicht nicht wahrhaben will, zwangsläufig irreversible Einwirkungen auf den Körper des Kindes: Der von den Eltern für sich gewählte Lebensstil in Bezug auf Ernährung, Bewegung und Hygiene sowie die unterschiedliche Sensibilität für Gesundheitsrisiken, Umwelteinflüsse und jeweils andere Körperwahrnehmungen führen dazu, dass Eltern unumkehrbar und mitunter auch unheilbar auf den Körper und die Gesundheit ihrer Kinder einwirken.<sup>47</sup>

Von daher ist es schwierig, zulässige von unzulässigen Entscheidungen der Eltern danach abzugrenzen, ob die körperliche Integrität des Kindes irreversibel berührt ist oder nicht.<sup>48</sup> Wir müssen uns vielmehr eingestehen, dass es eine Frage der Prognose und vor allem der sozio-kulturellen Bewertung ist, wo in dem größeren Kontinuum von körperlichem Ausgesetztsein des Kindes die Zäsuren gezogen werden sollen. Beides stellt uns in der Beschneidungsfrage indes vor Schwierigkeiten: für die Prognose bedarf es plausiblen Wissens über die Langzeitfolgen (unten aa), und bei der Bewertung ist zu klären, welches Gewicht nicht-medizinischen Motiven der Eltern zukommen soll (unten bb). Autonomie erweist sich hier als eine Strategie, um solche Wissens- und Wertungsprobleme zu bewältigen.

#### bb) Autonomie als Regulierungsstrategie bei unsicherem Wissen

Wie sich eine frühkindliche Beschneidung langfristig auf die Kindesentwicklung auswirkt, woran sich ablesen lässt, ob eine positive Identifikation des Kindes mit dieser elterlichen

<sup>39</sup> So aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Wapler* (Fn. 23), S. 119 f.

<sup>40</sup> So zuletzt entfaltet von *Wapler* (Fn. 23), S. 115 ff.; nachdrücklich gegen die „Theorie vom Pflichtrecht“ *Muscheler*, Familienrecht, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 33; angedeutet auch bei *Britz FamRZ* 2015, 793, 794: „Das Elternrecht steht den Eltern aber auch um ihrer selbst willen zu.“ – Diese Vorstellung ist nicht unvereinbar mit den konzeptionellen Vorstellungen des *BVerfG* zum Elternrecht. Wenn das *BVerfG* ausführt, dass die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts „in erster Linie dem Schutz des Kindes“ gilt (*BVerfGE* 61, 358, 371), so lässt dies durchaus Raum für eine stärker elternbezogene Deutung des Elternrechts.

<sup>41</sup> Dieses Argument findet sich angedeutet auch bei *Wapler* (Fn. 23), S. 117 sowie schon ausgeführt von *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 211 ff.

<sup>42</sup> Zu der Unterscheidung zwischen symmetrischen und asymmetrischen personalen Beziehungen siehe schon *Röthel*, in: *dies.* (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, 2014, S. 9, 50 ff.

<sup>43</sup> Siehe nur *Burkart*, Die Entscheidung zur Elternschaft, 1994; *Stöbel-Rieber*, Kinderwunsch als Intention, 2000; *Christine Carl*, Gewollt kinderlose Frauen und Männer, 2002; *Nave-Herz*, in: *dies.* (Hrsg.), Familiensoziologie, 2014, S. 11 ff.

<sup>44</sup> *Lettke/Lüscher* Soziale Welt 53 (2007), 437 ff.; *Pillemer/Lüscher*, Inter-generational Ambivalences, 2004; *Pillemer/Müller-Johnson*, in: *Lettke/Lange* (Hrsg.), Generationen und Familien, 2007, S. 130 ff.

<sup>45</sup> *Coester*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2016, § 1666 Rn. 122.

<sup>46</sup> Zur entwicklungspsychologischen Eltern-Abhängigkeit der Ich-Bildung des Kindes *Ruppert*, Symbiose und Autonomie, 2010, S. 48 ff.; *Rochat*, in: *Fuchs/Sattel/Henningsen* (Hrsg.), The Embodied Self, 2010, S. 175 ff.; allgemein zum Zusammenhang von Identität und Sozialität die Beiträge von *Britz* und *Eifert*, in: *Bumke/Röthel* (Fn. 1), S. 353 ff., 365 ff.

<sup>47</sup> Genauso *Wapler* (Fn. 23), S. 542 ff.; und schon *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 333.

<sup>48</sup> Siehe aber etwa aus strafrechtlicher Sicht *Herzberg* ZIS 2012, 486, 494; aus verfassungsrechtlicher Sicht *Jestaedt*, in: Bonner Kommentar (BK) GG, Stand: 75. Lfg. 1995, Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 Rn. 136; und aus familienrechtlicher Sicht etwa *Schumann*, in: Festschrift für Bruder Müller, 2014, S. 729, 734, 736.

Entscheidung eher wahrscheinlich oder eher unwahrscheinlich ist, oder ob sich darüber überhaupt generalisierbare Aussagen treffen lassen – darüber ist man sich derzeit offenbar nicht nur uneinig, sondern auch unsicher. Diese Wissensprobleme lassen sich bewältigen, indem man die Entscheidung, wie in § 1631d BGB vorgesehen, in erster Linie in die Hände der Eltern legt und darauf vertraut, dass – solange generalisierbares Wissen nicht verfügbar ist – „in aller Regel den Eltern das Wohl ihres Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution.“<sup>49</sup> Dies dient zugleich größerer Sachnähe und Einzelfallgerechtigkeit: Autonomie ermöglicht die Individualisierung von Entscheidungen, die sich möglicherweise gar nicht sinnvoll generalisieren lassen, weil die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte, Rahmenbedingungen und Auswirkungen zu verschieden sind.<sup>50</sup>

### cc) Autonomie als Regulierungsstrategie in pluralen Gesellschaften

In der Beschneidungsfrage auf elterliche Autonomie zu setzen, hat schließlich einen weiteren Vorteil. Es lässt sich weltanschauliche Neutralität in einer Frage wahren, deren Beantwortung in hohem Maße kulturabhängig ist und über die derzeit weder ein übergreifender Konsens noch überhaupt eine von Zurückweisungen freie Diskussion möglich ist. Die Beschneidungsdebatte ist geradezu ein „paradigmatischer Fall der Kulturkonflikte in einer pluralistischen oder multikulturellen Gesellschaft.“<sup>51</sup> Ganz generell wird Autonomie als adäquate Regulierungsstrategie im Umgang mit kultureller Diversität empfohlen.<sup>52</sup> Auch aus diesem Grund war der deutsche Gesetzgeber gut beraten, die Entscheidung über die Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen mit § 1631d BGB in die Hände der Eltern zu legen und ihrer Autonomie anzuvertrauen. Wir treffen auf ähnliche Gründe und Einsichten, die dazu geführt haben, dass das Recht heute bei der Bestimmung des persönlichen Innenverhältnisses der Ehegatten in erster Linie auf die Autonomie der Ehegatten setzt: Inhaltliche Bestimmungen darüber, was die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) in persönlicher Hinsicht ausmacht, werden – abgesehen vom allgemeinen Rechtsgüterschutz und Grundvorstellungen über Gleichberechtigung<sup>53</sup> – vom Recht nicht mehr entwickelt. Als wesentlicher Vorzug dieser Orientierung auf die Autonomie der Ehegatten wurde schon in den 1980er Jahren hervorgehoben, dass das Recht auf diese Weise den Herausforderungen pluraler Gesellschaften besser gerecht würde. Die Ehe sei als „offener Rahmen“ zu konzipieren, weil der Gesetzgeber, „bei seiner Regelung ... auch die Entwicklung der verschiedenen Auffassungen und Ideologien der hauptsächlich gesellschaftlichen ‚Gruppen‘ oder ‚Kräfte‘ berücksichtigen [muss], die im Rahmen einer offenen – pluralistischen – Verfassung sehr viel stärkeren Wandlungen unterworfen sind als im Rahmen ‚geschlossener Systeme‘.“<sup>54</sup> Genauso lassen sich heute die Vorzüge familienrechtlicher Autonomieorientierung im Eltern-

Kind-Verhältnis bezeichnen: Elternautonomie erweist sich als eine Regulierungsstrategie, mit der eine Rechtsordnung weltanschauliche Neutralität wahren und den Gelingensbedingungen für eine offene, plurale Gesellschaft gerecht zu werden vermag.

## 2. Autonomie und Geschlecht am Beispiel der Intersexualität

In anderer Gestalt, Begründung und Wirkungsweise begegnet Autonomie im Zusammenhang mit körperlicher Integrität und Identität. Hier geht es nicht um das Austarieren von Autonomie und Schutz zwischen Familienmitgliedern oder das Verhältnis von „innen“ und „außen“ oder von Vertrauen und Misstrauen gegenüber der Familie, sondern um die Bestimmung über Individualrechtsgüter. Die heute an das Familienrecht drängend herangetragene Frage, ob eine intersexuelle Person einen Rechtsanspruch darauf hat, sich als „intersexuell“ im Personenstandsregister eintragen zu lassen, ist wesentlich die Frage danach, inwieweit das Recht Geschlechtszuordnungen aufzwingen darf oder umgekehrt dazu aufgerufen ist, an der selbstbestimmten Selbstdarstellung des Einzelnen mitzuwirken oder diese jedenfalls zu begünstigen.

### a) §§ 21, 22 PStG und BGH, Beschluss vom 22. 6. 2016

Nach geltendem Personenstandsrecht (§ 21 PStG) wird im Geburtenregister auch das Geschlecht eines Kindes als „männlich“ oder „weiblich“ beurkundet. Kann ein Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist es möglich, die Geburt ohne Geschlechtsangabe einzutragen (§ 22 Abs. 3 PStG).<sup>55</sup> Indes sind Eintragungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ nicht zulässig.<sup>56</sup> Die hiergegen gerichtete Beschwerde einer als „Mädchen“ eingetragenen Antragstellerin, die eine Änderung ihres Geschlechtseintrags in „inter“ oder „divers“ begehrte, wurde zuletzt in allen Instanzen bis zum *BGH* zurückgewiesen.<sup>57</sup> Der Gesetzgeber des Jahres 2013 hielt es für ausreichend, dass sich intersexuelle Personen „ohne“ Geschlecht eintragen können,<sup>58</sup> und der XII. Zivilsenat des *BGH* schob nach, dass das geltende Recht auch nicht gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verstöße.<sup>59</sup>

Rechtspolitisch befinden wir uns an einer Weggabelung, wo das Familienrecht den Weg in Richtung mehr oder weniger Autonomie gehen könnte. Der Gesetzgeber des Jahres 2013 hat sich für eine personenstandsrechtliche Minimalbewältigung entschieden, der XII. Zivilsenat des *BGH* hat die gefundene Lösung verteidigt, und weite Teile des familienrechtlichen Schrifttums halten diesen Weg für richtig.<sup>60</sup> Die Entscheidungsgründe stützen sich auf zwei Argumente, die

<sup>49</sup> *BVerfGE* 59, 360, 376 f.; 61, 358, 371 f.

<sup>50</sup> So wird etwa die Elternautonomie im Hinblick auf die Zuweisung des Sorgerechts erklärt; siehe nur *Coester-Waltjen* JURA 2009, 105, 109.

<sup>51</sup> *Hörnle/Huster* JZ 2013, 328, 339.

<sup>52</sup> So *Foblets*, in: *Bumke/Röthel* (Fn. 1), S. 387 ff.

<sup>53</sup> Darin unterscheidet sich das derzeitige Eheverständnis von der Vorstellung eines privaten Raums, in den das Recht überhaupt nicht dringen könne oder solle, auch nicht zum Schutz der Frau vor körperlicher Gewalt oder seelischer Misshandlung. Zum verfassungsrechtlichen Eheverständnis gehört schließlich auch die Vorstellung der Ehe als einer „Partnerschaft von gleichberechtigten Partnern“ (*BVerfGE* 37, 217, 249 ff.; 103, 89, 101). An diesen Linien enden nach geltendem Recht weltanschauliche Neutralität und Autonomieorientierung.

<sup>54</sup> *Pawlowski*, in: *Festschrift für Coing*, Bd. I, 1982, S. 636, 652.

<sup>55</sup> Eingefügt durch Personenstandsrechts-Änderungsgesetz vom 7. 5. 2013 (BGBl. I S. 1122, 2440).

<sup>56</sup> Nr. 21.4.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (BAnz 2010, Nr. 57a), geändert durch PStG-VwV-ÄndVwV vom 3. 6. 2014.

<sup>57</sup> *OLG Celle* FamRZ 2015, 2096 ff.; *BGH* JZ 2016, 1067 ff. mit Anm. *Froese*; am 2. 9. 2016 wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.

<sup>58</sup> Die mit § 22 Abs. 3 PStG eröffnete Möglichkeit, das Geschlecht offen zu lassen, wurde in der Gesetzesbegründung ausdrücklich als Regelung der Intersexualität angesehen („nimmt sich der Frage der Intersexualität an“), siehe BT-Drucks. 17/12192, S. 11.

<sup>59</sup> *BGH* JZ 2016, 1067, 1068 Rn. 22 ff.

<sup>60</sup> *Helms*, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, 2015, S. 25 ff.; *ders.*, in: *Festschrift für Brudermüller*, 2014, S. 301, 305 ff.; *Bockstette* StAZ 2013, 169, 171 ff.; *Gegensichten bei Sieberichs* FamRZ 2013, 1180 ff.; *Gössl* StAZ 2015, 171 ff.; *Theilen* StAZ 2014, 1, 3 ff.

ähnlich auch im familienrechtlichen Schrifttum formuliert wurden. Erstens: es mache für eine Person „im Ergebnis keinen – verfassungsrechtlich bedeutsamen – Unterschied“, ob sie ohne Geschlechtseintrag oder mit „inter“ oder „divers“ eingetragen wäre, weil das materielle Familienrecht keine spezifischen Regelungen für intersexuelle Personen bereithält. Die hier begehrte Eintragung sei also „rein deklaratorischer Natur“. <sup>61</sup> Und zweitens: Der Anerkennungsanspruch intersexueller Personen sei nicht mit dem Anerkennungsanspruch transsexueller Personen zu vergleichen:

„Während es bei der Transsexualität um den Wechsel der Zuordnung zwischen den beiden durch die Rechtsordnung anerkannten Geschlechtern geht, lassen sich Intersexuelle weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen. Anders als bei der Zuordnung zu einem schon bestehenden Geschlecht wären durch die Schaffung eines weiteren Geschlechts staatliche Ordnungsinteressen in weitaus erheblicherem Umfang betroffen.“ <sup>62</sup>

Diese Argumentation ist nicht ungewöhnlich. Wir stehen vor zwei typischen Einwänden, wenn es darum geht, ob die Rechtsordnung Autonomie durch rechtsförmige Anerkennung gewährleisten soll. Der erste Einwand geht dahin, ob der Anerkennungsanspruch überhaupt „materiell berechtigt“ ist (sogleich b), und der zweite Einwand zielt auf die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung (unten c).

#### b) Autonomie und Richtigkeitskontrolle

Indes ist es alles andere als selbstverständlich, danach zu fragen, ob der Eintragungswunsch materiell berechtigt, also vernünftig, sinnvoll oder „nur deklaratorisch“ ist. Dies galt es auch schon im Medizinrecht zu klären, als es um die rechtliche Struktur des Verhältnisses von ärztlicher Heilbehandlung und Patientenwillen ging. Heute gehen wir indes davon aus, dass die körperliche Integrität verfassungsrechtlich geschützt ist als das Recht, frei und ohne Rechtfertigungspflicht darüber zu entscheiden, welche medizinische Behandlung eine Person für sich wünscht oder ablehnt. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt die Unversehrtheit des Menschen nicht um seiner Gesundheit willen, sondern gewährleistet „zuvörderst Freiheitsschutz im Bereich der leiblich-seelischen Integrität“. <sup>63</sup> Geschützt ist „die körperliche Integrität und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht.“ <sup>64</sup> Dies schließt die Befugnis ein, medizinisch „vernünftige“ Behandlungen aus sehr individuellen und für Dritte möglicherweise nicht leicht nachvollziehbaren Gründen abzulehnen. Für das einfache Recht hatte sich schon das RG auf diese Seite geschlagen, als es sowohl für das Strafrecht als auch für das Zivilrecht entschied, dass der lege artis durchgeführte, erfolgreiche, aber eigenmächtige Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung darstellt. <sup>65</sup> Damit soll nicht gesagt sein, dass dies ein immer geradliniger und leichter Weg war: Was sich jetzt so leicht hin schildern lässt als grundrechtliches Substrat und einfachrechtliche Anerkennung der Patientenautonomie ist das Ergebnis eines längeren Prozesses, der in seinen Umbrüchen und Entwicklungssprüngen auch immer wieder von Unsicherheit begleitet war,

zuletzt als es um Fragen der Form, <sup>66</sup> der Bindungswirkung, <sup>67</sup> der Reichweite <sup>68</sup> und der Bestimmtheit <sup>69</sup> von Patientenverfügungen ging oder als sich Ärzte noch in den 2000er Jahren schwer damit taten, einen Patienten trotz seines erklärten Willens „verhungern“ zu lassen. <sup>70</sup>

Das Recht auf sexuelle Identität weist eine ähnliche rechtliche Struktur auf wie das Recht auf körperliche Integrität. Genauso wie die körperliche Integrität als Freiheitschutz und nicht als Gesundheitsschutz konzipiert ist, wird der Achtungsanspruch sexueller Identität heute nicht als Schutz eines richtigen Geschlechts, sondern als Schutz der „selbst empfundenen geschlechtlichen Identität“ verstanden, <sup>71</sup> mag sich diese innerhalb herkömmlicher Typisierungen oder eben jenseits davon bewegen. Dies hat das BVerfG für transsexuelle Personen in vielen Schritten entwickelt. Die verfassungsrechtliche Reaktionsschwelle für die rechtliche Anerkennung des Wunsches nach Geschlechtsänderung wird dort gezogen, wo die „selbst empfundene Geschlechtlichkeit“ ... „nachhaltig in Widerspruch“ zu dem rechtlich zugeordneten Geschlecht gerät. <sup>72</sup> Der Anerkennungsanspruch muss also von einer gewissen Ernsthaftigkeit sein; in den Strukturen des einfachen Rechts ist damit die Rechtsmissbrauchsgrenze umschrieben. Indes hängt der verfassungsrechtliche Achtungsanspruch des Rechts auf geschlechtliche Identität nicht davon ab, welche konkreten Vorteile oder Veränderungen sich aus der Anerkennung der empfundenen Geschlechtlichkeit ergeben. Verbürgt ist vielmehr ein Recht auf geschlechtliche Identität, das gerade nicht unter dem Vorbehalt besseren Wissens oder richterlicher Vernünftigkeit steht. Ob die gewünschte Eintragung als „inter“ oder „divers“ auch familienrechtliche Folgen nach sich zieht oder aus der Außensicht „nur deklaratorisch“ ist, verfehlt den grundrechtlichen Individualanspruch des Rechts auf geschlechtliche Identität, wie es sich in der Rechtsprechung des BVerfG als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verfestigt hat. <sup>73</sup> Genauso wenig lässt sich dem Anerkennungsanspruch ausweichen mit dem Einwand, es gehe ja „nur“

<sup>61</sup> BGH JZ 2016, 1067, 1068 Rn. 24.

<sup>62</sup> BGH JZ 2016, 1067, 1068 Rn. 27.

<sup>63</sup> BVerfGE 52, 131, 173 f.; ähnlich später BVerfGE 89, 120, 130: geschützt ist das „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als Freiheitsrecht.“

<sup>64</sup> BVerfGE 128, 282, 300.

<sup>65</sup> Grundlegend RGSt 25, 375, 377 ff.; BGHSt 11, 111, 114 ff. sowie RGZ 68, 431, 433 f.; BGHZ 29, 46, 49 f.; zustimmend G. Wagner, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 759; für eine Gegenseitigkeit Larenz/Cannaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 383 f.

<sup>66</sup> Röthel AcP 211 (2011), 196, 201 ff.

<sup>67</sup> Spickhoff AcP 208 (2008), 345, 404 ff.

<sup>68</sup> BGHZ 154, 205, 214 ff.: nur bei irreversiblen Grundleiden; anders die schließlich getroffene Regelung in § 1901a Abs. 3 BGB.

<sup>69</sup> BGH NJW 2016, 3297 ff.

<sup>70</sup> Siehe aber LG Traunstein NJW-RR 2003, 221; OLG München FamRZ 2003, 557; dagegen BGHZ 163, 195 ff. Nachzeichnung der Rechtsentwicklung bei Lemmerz, Die Patientenverfügung, 2014, S. 15 ff., 66 ff.

<sup>71</sup> So zuletzt BVerfGE 128, 109, 124 (= JZ 2011, 363 mit Anm. Grünberger): „Steht bei einem Transsexuellen das eigene Geschlechtsempfinden nachhaltig in Widerspruch zu dem ihm rechtlich ... zugeordneten Geschlecht, gebieten es die Menschenwürde in Verbindung mit dem Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit, dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Rechnung zu tragen und seine selbst empfundene geschlechtliche Identität rechtlich anzuerkennen...“ (Hervorhebungen nicht im Original); siehe auch schon BVerfGE 121, 175, 190 f.; 116, 243, 264; 115, 1, 14; stärker objektivierend noch BVerfGE 49, 286, 298: „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten es daher, den Personenstand dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution angehört“ (Hervorhebung nicht im Original). – Einen weiteren Schritt in Richtung geschlechtlicher Autonomie könnte das Recht gehen, indem die personenstandsrechtliche Eintragung der Geschlechtlichkeit nicht als Eintragung einer überprüfbaren „Tatsache“, sondern als Eintragung einer „Willenserklärung“ konzipiert wird; anders das geltende Recht, siehe nur Bockstette StAZ 2013, 169, 172. Skeptisch zu einer „Versubjektivierung“ Froese AöR 140 (2015), 599, 614 ff.

<sup>72</sup> BVerfGE 128, 109, 124; die Wendung von der „nachhaltig selbst empfundenen Geschlechtlichkeit“ begegnet auch schon in BVerfGE 121, 175, 190; 116, 243, 264; 115, 1, 15.

<sup>73</sup> Beginnend mit BVerfGE 49, 286, 298 ff., fortgeführt in BVerfGE 115, 1, 14 f.; 116, 243, 262 ff.; 121, 175, 190 ff.; 128, 109, 124; wie hier Theilen StAZ 2014, 1, 3 ff.; Zusammenführungen zum Recht auf geschlechtliche Identität etwa bei Britz (Fn. 5), S. 74; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 98 ff.

um das Personenstandsrecht und nicht darum, ob es medizinisch oder psychologisch gerechtfertigt ist, von einer Dualität der Geschlechter auszugehen,<sup>74</sup> oder „das eigentliche Problem“ von intersexuellen Personen liege gar nicht im Recht, sondern in der Gesellschaft.<sup>75</sup>

### c) Autonomie und die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung

Etwas anders liegen die Dinge im Hinblick auf die Erwägung, dass eine Eintragungsoption als „inter“ oder „divers“ deshalb nicht geboten sei, weil dadurch „Ordnungsinteressen in besonders starkem Maße berührt“ seien.<sup>76</sup> Hiermit wird das Verhältnis von Autonomie und Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung thematisiert. Wann immer mit Autonomie nicht nur die Verteidigung von Freiheit, sondern eine rechtsförmige Anerkennung in Rede steht, können sinnvollerweise nur solche Rechtsformen begehrt werden, die auch in der Rechtsordnung „funktionieren“ und die nicht ihrerseits das Funktionieren der Rechtsordnung in Frage stellen. „Funktionsfähigkeit“ ist daher ein Argument, das aus vielen Debatten rund um die Privatautonomie vertraut ist<sup>77</sup> und das auch im Umgang mit Patientenverfügungen begegnete.<sup>78</sup>

Natürlich wird die Rechtsordnung komplizierter, wenn man intersexuellen Personen eine Eintragung als „inter“ oder „divers“ eröffnet, und natürlich ergeben sich daraus Folgefragen, die im skeptischen Schrifttum auch schon eingehend ausgemalt worden sind.<sup>79</sup> Aber auch hier wird man noch einmal näher hinsehen und danach fragen müssen, in welchem Verhältnis die Vorenthaltung einer eigenen Eintragungsoption für intersexuelle Personen zu den befürchteten Schwierigkeiten in der Rechtsordnung steht. Schließlich besteht derzeit für intersexuelle Personen mit entsprechendem Eintragungswunsch keine Möglichkeit einer positiven Selbstbeschreibung ihrer empfundenen Geschlechtlichkeit. Wenn sie sich nicht als männlich oder weiblich führen lassen wollen, sind sie auf die Eintragung „kein Geschlecht“ unter dem Obertitel „fehlende Angaben“ verwiesen. Dieser Eintrag verfehlt nicht nur die empfundene Zwischen-Geschlechtlichkeit, sondern trägt mit der Negation jeder Geschlechtlichkeit Züge von Herabwürdigung.<sup>80</sup> Das geltende Recht versagt intersexuellen Personen das, was es der glücklichen Mehrheit mit eindeutig empfundener Geschlechtlichkeit bereithält: eine positive personenstandsrechtliche Anerkennung der für sich empfundenen und gewünschten Geschlechtlichkeit. Intersexualität wird negiert oder zum Übergangsphänomen ausgewiesen. Dadurch wird intersexuellen Personen nicht nur die Chance genommen, mit den Mitteln des Rechts unpassende Fremdbilder abzuschwächen,<sup>81</sup> vielmehr werden die bestehenden gesellschaftlichen Stereotype

einer rigiden geschlechtlichen Binarität noch weiter verstärkt.<sup>82</sup>

Gemessen an dieser einschneidenden Zurücksetzung der Belange intersexueller Personen ist umso sorgfältiger zu wägen, ob eine dritte Eintragungsoption<sup>83</sup> wirklich entsprechend gewichtige Beeinträchtigungen für das Funktionieren der Rechtsordnung nach sich zöge und ob etwaige Ordnungsinteressen auch folgerichtig durchgeführt worden sind.<sup>84</sup> Die familienrechtlichen Folgefragen in Bezug auf Ehe, Lebenspartnerschaft und Abstammung würden mit der Eröffnung einer Eintragung als „intersexuell“ jedenfalls nicht schwieriger als nach geltendem Recht, wo das Geschlecht „nur“ offen gelassen ist.<sup>85</sup>

## IV. Zusammenführung und Zukunftsfragen

Auf den ersten Blick liest sich die Entwicklung des Familienrechts seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert wie eine lange Geschichte der Autonomiegewinne. Die gesellschaftliche Wertschätzung von Autonomie ist weiter gestiegen, die verfassungsrechtlichen Erwartungen an die Autonomieorientierung des Familienrechts sind dichter geworden. Doch ist damit wenig gewonnen. Dass uns im Rückblick und auf lange Sicht eindeutig erscheint, dass das Familienrecht immer enger mit Autonomie verbunden wurde, bewahrt unsere heutigen Aushandlungsprozesse nicht vor Kontroversalität, polarisierender Schärfe und Unsicherheit. An den Zweifelspunkten wird es eben immer wieder schwierig und grundsätzlich. Nur wenig von dem, was im Nachhinein schnell als vertraut und selbstverständlich erscheint – etwa das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper und die Anerkennung von Patientenverfügungen oder die gleichmäßige rechtsförmige Anerkennung von Paarbeziehungen ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung –, ist leichtin errungen worden. Was die Patientenautonomie im Großen inzwischen hinter sich hat, ist derzeit für die geschlechtliche Autonomie zu klären. Und genauso wie im Innenverhältnis von Ehegatten/Lebenspartnern immer wieder das Verhältnis von Autonomie, Schutz und überindividuellen Ordnungsinteressen ausverhandelt worden ist, drängen auch im Innenverhältnis von Eltern und Kindern beständig neue Fragen – zuletzt die Beschneidung von Jungen aus nicht-medizinischen Gründen – in die Rechtswelt und fragen nach den Grenzlinien zwischen Elternautonomie und Kindeswohl. Das Recht wirkt in Wellenbewegungen mal mehr und mal weniger in familiäre Innenverhältnisse hinein. Es gibt Zeiten, in denen Autonomie „Konjunktur“ hat, und Zeiten, in denen dafür geworben wird, wieder mehr „Vertrauen“ in die Familie zu haben.<sup>86</sup> Mag die Grundtendenz auch in Richtung mehr Auto-

<sup>74</sup> In diese Richtung *Helms* (Fn. 61), S. 301, 309; gleichsinnig *Bockstette* StAZ 2013, 169, 172 und im Ergebnis auch *Froese* JZ 2016, 1060, 1070: die Bezeichnung des Geschlechts im Personenstandsregister sei „aufgrund der ordnenden Funktion der Sozialsphäre zuzuordnen und [dürfte daher] einschränkbar sein.“

<sup>75</sup> So lese ich indes *Helms* (Fn. 61), S. 27; ähnlich *Coester-Waltjen* JZ 2010, 852, 856.

<sup>76</sup> *BGH* JZ 2016, 1067, 1068 f. Rn. 27.

<sup>77</sup> *Röthel*, in: *Bumke/Röthel* (Fn. 1), S. 45, 59.

<sup>78</sup> *Röthel* AcP 211 (2011) 196, 211.

<sup>79</sup> Etwa im Hinblick auf die Unterscheidung von Ehe und Lebenspartnerschaft, die Abstammung und den internationalen Rechtsverkehr; näher *Helms* (Fn. 61), S. 25 ff.

<sup>80</sup> Gleichsinnig *Sieberichs* FamRZ 2013, 1179, 1181: Das geltende Recht führe zu einem „Status der rechtlichen ‚Geschlechtslosigkeit‘“.

<sup>81</sup> Angelehnt an *Britz* (Fn. 5), S. 74 schützt das Recht auf geschlechtliche Identität die „personenstandsrechtliche Anerkennung des gewünschten Geschlechts als Mittel zur Abschwächung eines aus Sicht des Individuums unpassenden Fremdbilds“.

<sup>82</sup> Gleichsinnig etwa *Kolbe* (Fn. 74), S. 185 ff.

<sup>83</sup> Oder langfristig die völlige Aufgabe des Geschlechtseintrags; dafür plädieren *Büchler/Cottier*, in: *Degele/Penkewitt* (Hrsg.), *Queering Gender – Queering Society*, Freiburger FrauenStudien 17 (2005), 115, 130 ff.

<sup>84</sup> Diese Frage wirft *Gössl* StAZ 2015, 171, 173 auf. – Ordnungsinteressen sind auch angeführt worden, als der II. Zivilsenat des *BGH* im Jahr 2015 (NJW 2015, 2116, 2118 Rn. 19) über den Handelsregistereintrag einer transsexuellen Person zu entscheiden hatte. Der Schutz des Rechtsverkehrs und die besondere Integrität des Handelsregisters, so der *BGH*, erforderten den Fortbestand der Erkennbarkeit der ursprünglich geführten Vornamen im Handelsregister. Dazu die Kritik von *Croon-Gestefeld* StAZ 2016, 37 ff.: Dem Geheimhaltungsinteresse von Transsexuellen sei im Handelsregister eher ein stärkerer Schutz beizumessen als im Personenstands- und Melde-recht.

<sup>85</sup> Ausgeführt etwa bei *Helms* (Fn. 61), S. 16 ff.

<sup>86</sup> Siehe einerseits *Coester-Waltjen* JURA 2009, 105, 107; andererseits *Wapler* (Fn. 23), S. 138 ff.

nomie gehen, lösen Einzelfragen doch immer wieder Umorientierungen aus. Denn obwohl sich beispielsweise für das persönliche Innenverhältnis der Ehegatten die Vorstellung durchgesetzt hat, dass die Ehegatten grundsätzlich frei darin sind, welchen Inhalt sie ihrem persönlichen Miteinander geben,<sup>87</sup> hat sich das Recht aus dem persönlichen Innenverhältnis der Ehegatten niemals völlig zurückgezogen. Die Autonomie der Ehegatten in Bezug auf ihr persönliches Innenverhältnis zu achten hat nicht dazu geführt, das persönliche Innenverhältnis der Ehegatten als einen Raum von Privatheit völlig gegenüber dem Recht abzuschirmen. Immer wieder ist das Recht in Erscheinung getreten, um inhaltliche Vorstellungen über das persönliche Miteinander der Ehegatten rechtlich auszubilden und durchzusetzen, angefangen vom Gedanken der Gleichberechtigung von Mann und Frau, der die gesetzlichen Rollenstereotype beseitigte, bis hin zu der Einsicht, dass die Ehe keine Legitimation für männliche Macht darstellt. Heute geht es uns um den Schutz vor häuslicher Gewalt oder wie sich Zwangsheiraten identifizieren und verhindern lassen.

Gerade weil sich dies viele Neue im Familienrecht immer wieder schwierig, aufreibend und verunsichernd anfühlt, ist der Blick auf bereits beruhigte Debatten hilfreich. Erstens bereitet der Rückblick auf die inhaltliche Auseinandersetzung vor. Die Durchsicht beruhigter Debatten über Autonomie im Familienrecht hat Muster von Vorzügen und Einwänden offengelegt. Es hat sich als fruchtbar erwiesen, einerseits Fragen zusammenzufassen, die Autonomie über Individualrechtsgüter thematisieren (Körper, Geschlecht), und

<sup>87</sup> An dieser Entwicklung hatte das Verfassungsrecht maßgeblichen Anteil. Indem das *BVerfG* das verfassungsrechtliche Schutzgut der Ehe entwickelte als einen Raum, in dem die Ehegatten „über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können“ (*BVerfGE* 105, 313, 345 – LPartG, später *BVerfGE* 121, 175, 198 – Transsexuelle V), verpflichtete es das einfache Recht in Richtung Autonomie. Denn das Grundgesetz schützt die spezifische Privatsphäre von Ehe und Familie und „bekennt sich ... auch für diesen Lebensbereich zur Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit des Menschen“; so schon *BVerfGE* 6, 55, 71; später *BVerfGE* 35, 35, 40; 42, 234, 236.

andererseits Fragen zusammenzufassen, die Autonomie in familialen Innenverhältnissen thematisieren (Ehe/Lebenspartnerschaft, Eltern-Kind-Verhältnis). An diesen Ausschnitten ließen sich typische Vorzüge von Autonomieorientierung im Familienrecht ablesen. In familialen Innenverhältnissen kann Autonomie als Regulierungsstrategie dazu eingesetzt werden, um Wissensprobleme und Wandel zu bewältigen sowie um weltanschauliche Neutralität in „Kulturfragen“ zu gewährleisten (oben III.1.c.c.c). Und auch die Bedenken folgen ähnlichen Mustern: In Bezug auf familiäre Innenverhältnisse geht es um den Schutz vor Bemächtigung und Fremdbestimmung (oben III.1.b), in Bezug auf Individualrechtsgüter geht es um die Richtigkeit des Selbstbestimmungswunsches (oben III.2.b) und die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung (oben III.2.c).

Aber der Rückblick auf beruhigtere Debatten kann auch stimmungsmäßig einen Beitrag zu Rationalität, Sachlichkeit, Nüchternheit, Unaufgeregtheit leisten. Die hieraus gewonnenen Einsichten über typische Vorzüge und typische Hürden, die sich mit der Orientierung des Familienrechts auf Autonomie verbinden, werden uns die Aushandlungsprozesse über Zukunftsfragen zwar nicht abnehmen können, etwa wenn es darum geht, ob das deutsche Recht intentionale Co-Elternschaft<sup>88</sup> einführen oder Eizellspende und Leihmutterchaft künftig erlauben sollte.<sup>89</sup> Der Rückblick macht es uns aber möglicherweise leichter, uns einzugestehen, dass viele der großen Umorientierungen, mit denen das Familienrecht stärker auf Autonomie orientiert wurde, mit starken Fremdheitsgefühlen, ja mitunter auch regelrechter Angst verbunden waren – und dass sich beides aber wieder, mitunter erstaunlich schnell, zu Gewohntem und Vertrautem verflüchtigen konnte, wenn Autonomie ins rechtliche Leben gesetzt wurde.

<sup>88</sup> Dazu *Dethloff*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 8), S. 19, 23 ff.; *Helms* 71. DJT 2016, F 33 ff.; für eine Gegenseitigkeit *Coester-Waltjen* JURA 2009, 105: „Es gibt in der Mutter-Kind-Zuordnung keine autonomen Spielräume.“

<sup>89</sup> Siehe nur *Kaiser*, in: *Festschrift für Brudermüller*, 2014, S. 359 ff.; *Heun*, in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* (Fn. 8), S. 49 ff.; und *Gutmann*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 8), S. 63, 82 ff.

Dr. Kyriakos N. Kotsoglou, LL.M., Liverpool\*

## Das Fehlurteil gibt es nicht

### Zur Aufgabe des Tatrichters

Bei Juristen – meistens bei Strafrjuristen – ist die Rede sehr oft von Fehlurteilen. Verfehlt das Gerichtsurteil die objektive Wirklichkeit, so lasse es sich als Fehlurteil bezeichnen. Doch was ist der rechtsdogmatische Status eines Fehlurteils? Und was sind seine rechtlichen Konsequenzen? Die vorliegende

Studie verfolgt ein therapeutisches Ziel. Gezeigt wird, dass die dem Begriff des Fehlurteils zugrunde liegende Debatte auf einem Missverständnis beruht, nämlich auf der Verkenning des logisch-grammatischen Unterschiedes zwischen ‚Fehlurteilen‘ und ‚Fehlurteil‘. Jene Einsicht wird uns von einem rechtsdogmatischen Phantom befreien und es uns ermöglichen, die Aufgabe des Tatrichters genauer zu beschreiben.

## I. Die Achillesferse der Strafprozessrechtsdogmatik

### 1. Über Fehlurteile

Ein Gespenst geht um im Strafverfahren – das Gespenst des Fehlurteils. Von *Socrates* und *Jesus von Nazareth* über *N. Sacco/B. Vanzetti* und *Nikolai Kondratieff* bis *O. J. Simpson*

\* Der Autor ist Senior Lecturer an der Liverpool Hope University, Law Department. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den ich im Juli 2015 im Rahmen des Postgraduiertenseminars meines akademischen Lehrers Prof. Dr. Dres. h. c. *Ulfrid Neumann* (Frankfurt/Main) gehalten habe. Ihm sowie allen Teilnehmer/innen des Donnerstagsseminars möchte ich für wertvolle Kritik und Anregungen danken. Ebenfalls möchte ich mich beim Direktor der rechtstheoretischen Abteilung des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Universität Freiburg, Prof. Dr. *Matthias Jestaedt* bedanken. Ohne die großzügigen Freiräume, die er mir während meiner fünfjährigen Assistenzstätigkeit für eigene Forschung gelassen hat, wären sowohl die vorliegende als auch viele vorangegangene Studien nicht zustande gekommen.

