

Freiwilligkeit als Verfahren: zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht

Wagner, Elke; Fateh-Moghadam, Bijan

Veröffentlichungsversion / Published Version

Sammelwerksbeitrag / collection article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Wagner, E., & Fateh-Moghadam, B. (2008). Freiwilligkeit als Verfahren: zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht. In K.-S. Rehberg (Hrsg.), *Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel 2006. Teilbd. 1 u. 2* (S. 1114-1121). Frankfurt am Main: Campus Verl. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-152882>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Freiwilligkeit als Verfahren

Zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht*

Elke Wagner und Bijan Fateh-Moghadam

1. Selbstverfügung als Rechtsproblem

Der Vorschlag vor der Durchführung jeder Blinddarm-Operation das Gutachten einer interdisziplinären »Ethikkommission« einzuholen, würde wohl nicht nur bei Medizinern auf Unverständnis stoßen. Für die Praxis der Lebendorganspende scheint anderes zu gelten: Seit dem 1. Dezember 1999 darf in Deutschland eine Organentnahme zu Transplantationszwecken bei einem Lebenden nur dann vorgenommen werden, eine Kommission gutachtlich dazu Stellung genommen hat, »ob begründet tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einwilligung in die Organspende nicht freiwillig erfolgt oder das Organ Gegenstand verbotenen Handel-treibens« ist (§ 8 Absatz 3 Satz 2 Transplantationsgesetz – TPG).

Fragt man nach dem normativen Grund für diesen rechtlichen Sonderstatus der medizinischen Praxis liegt der Hinweis auf den fehlenden Heileingriffscharakter und die Schädigung des gesunden Spenders nahe. Dies genügt jedoch bei näherem Hinsehen nicht, steht es doch dem Einzelnen in unserer Rechtsordnung in weitem Umfang frei steht sich selbst zu gefährden: Der mündige Bürger darf Formel-1-Rennen fahren, Drachenfliegen, Boxen, und ungeschützten Geschlechtsverkehr haben, um nur einige Beispiele zu nennen. Auch Verletzungshandlungen im Rahmen sado-masochistischer Sexualpraktiken können, wie der Bundesgerichtshof im Jahr 2004 entschieden hat, erst dann nicht mehr gerechtfertigt werden »wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird«²

* Der Beitrag greift auf Ergebnisse zurück, die im Zusammenhang mit dem von der DFG geförderten Münchner Forschungsprojekt »Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende« gewonnen wurden. Gesamtdarstellung der Ergebnisse in: Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam, Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende (2006). Mit Bezug zum Vortragsthema: Wagner/Fateh-Moghadam (2005).

2 BGH NJW 2004, 2458, 2460 und nahezu wortgleich BGH NJW 2004, 1054, 1056f.

2. Die Lebendorganspende als Irritation der Medizin und des Rechts

Das erste interessante soziologische Datum an den prozeduralen Vorschriften des TPG ist daher, dass der bloße Hinweis auf die autonome Entscheidung zur Selbstgefährdung bei der medizinischen Praxis der Lebendorganspende offenbar nicht als guter Grund dafür ausreicht, diese genauso wie die genannten nicht-medizinischen selbstgefährdenden Praktiken zu behandeln. Vielmehr zeigt hier gerade die Rechtsentwicklung, dass die medizinische, aber nicht-therapeutische Praxis einem besonderen Rechtsregime unterworfen wird.

Aus medizinsoziologischer Perspektive verweist dieser Befund auf die Irritation einer medizinischen Praxis, die sich traditionell als paternalistische Profession des Heilens in der hippokratischen Tradition beschreibt und deren oberstes Prinzip das Nicht-Schädigungsgebot ist: *Primum non nocere* – First do no harm.

Das Irritierende der Lebendorganspende besteht nun darin, dass sie der ärztlichen Logik des Heilens gleichzeitig folgt und widerspricht. Für den Empfänger stellt die Transplantation häufig die einzige oder jedenfalls die beste Therapie dar, um dessen Gesundheitszustand zu verbessern oder sogar um dessen Leben zu retten. Für den gesunden Spender stellt die Organentnahme dagegen keinen Heileingriff dar, sondern eine Schädigung seiner körperlichen Integrität, die zudem mit – je nach betroffenem Organ – mehr oder weniger großen gesundheitlichen Kurz- und Langzeitrisiken verbunden ist. Über die medizinische Indikation lässt sich die Organentnahme beim Spender daher nicht rechtfertigen. Mit der Praxis der Lebendorganspende hat die moderne Medizin mithin eine Entscheidungslage produziert, sie mit eigenen Mitteln nicht bewältigen kann, denn: medizinische Gründe dafür einer gesunden Person ein gesundes Organ zu entnehmen gibt es nicht. Die Legitimation des Eingriffs ist alternativlos auf den autonomen Willen des Organspenders angewiesen, für den die Medizin keine alleinige Zuständigkeit beanspruchen kann und der folgerichtig in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit.

3. Die Lebendspendekommission als prozedurales Lösungsmodell

Hatten kritische Strömungen in den Sozialwissenschaften lange Zeit den Paternalismus einer autoritären Medizin im Fokus, die Patienten wie Haustiere oder kleine Kinder behandle (Freidson), so ist es nunmehr der autonome Wille des Organspenders, der »Mythos der Freiwilligkeit«, der suspekt wird:

So bezweifelt etwa der Soziologe Günther Feuerstein – in einer »sozialwissenschaftlichen Erläuterung« zur Kommentierung des § 8 TPG in einem juristischen Kommentar zum TPG (Höfling) – dass die lebensrettende Organspende einer Mutter oder eines Vaters zugunsten ihres Kindes »durch wirkliche Freiwilligkeit« gekennzeichnet sei (Feuerstein 2003). Das essentialistische Verständnis von Freiwilligkeit, das sich auch bei zahlreichen Juristen, Moralphilosophen und Psychologen finden lässt, führt dann dazu, dass immer tiefer in die Psyche des Organspenders hineinzusehen versucht wird um dessen »wahren Motive« und die Authentizität seines Willens zu erforschen.

Die essentialistische Rede von »wirklicher Freiwilligkeit«, »wahrer Selbstbestimmung« etc. führt indes soziologisch schon deshalb nicht weiter, weil sie die Soziologie vor eine Aufgabe stellt die sie nicht lösen kann: nämlich ihrerseits bessere Kriterien für wirkliche Freiwilligkeit anzugeben als die klassischen normativen Wissenschaften, die Philosophie und die Rechtswissenschaften. Sie verfehlt zudem den notwendigen Zuschreibungscharakter des normativen Freiwilligkeitsbegriffs. Geht man dagegen von einem normativen bzw. konstruktivistischen Freiwilligkeitsbegriff aus, ändert sich die Blickrichtung – in einem Effekt der dem des (radikalen) labeling approach in der Kriminologie vergleichbar ist – geraten die rechtlichen Zuschreibungsprozesse und die Instanzen in den Blick, die praktisch über die Möglichkeit der Verfügung über den eigenen Körper entscheiden. Dies verweist in rechtssoziologischer Perspektive zum einen auf die rechtlich materiellen Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung, wie sie vor allem im Strafrecht entwickelt wurden. Zum anderen aber zunehmend auf rechtliche Verfahrensmodelle, in denen die Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit von Selbstverfügungen verhandelt wird.

Damit sind wir wieder bei dem Forschungsgegenstand angelangt, den wir im Folgenden empirisch näher beleuchten wollen: Den Lebendspendekommissionen des Transplantationsgesetzes. Die 23 nach Landesrecht gebildeten Kommissionen sind ganz überwiegend mit einem Volljuristen, einem Psychologen und einem Mediziner besetzt. Diese Gutachter stehen nun vor der anspruchsvollen Aufgabe, das Kriterium der Freiwilligkeit der Organspende zu operationalisieren. Wie funktioniert Patientenautonomie als empirische Praxis in so einem Verfahren und was bedeutet diese Form des prozeduralen Paternalismus für die Betroffenen? Wir sind dieser Frage in München zum einen mittels einer bundesweiten quantitativen Studie nachgegangen, zum anderen aber auch mittels einer qualitativen Interviewstudie, deren Ergebnisse nachfolgen skizziert werden.

4. Patientenautonomie als Verfahren: authentische Spender und Empfänger

Wie sich die Entscheidungsmaßstäbe und Personenkonzepte der inter-disziplinären Gutachterkommissionen zur herkömmlichen Form medizinischer Entscheidungsfindung verhalten, wird im weiteren anhand einiger weniger Interviewauszüge mit Mitgliedern von Lebendspendekommissionen aufgezeigt. Im Rahmen der hier vorgestellten Studie, die eine größere quantitative Untersuchung mittels Fragebögen (Fateh-Moghadam u.a. 2006) ergänzt, wurden neun qualitative Experteninterviews mit Vertretern aus unterschiedlichen Kommissionen geführt und im Anschluss an Verfahren einer differenztheoretisch informierten Hermeneutik (vgl. Nassehi/Saake 2002) untersucht. Das vorliegende Material wird danach allein als Text, der seine eigene Plausibilität und (hier: wissenschaftliche) Anschlussfähigkeit selbst erzeugt betrachtet, und nicht als eine substantielle Verkörperung von Zusammenhängen, die unmittelbar Rückschlüsse auf eine kontextfrei zugängliche Realität geben könnten. Die Texte verweisen eher auf perspektivenabhängige, aber auch perspektiven-typische Formen des Umgangs mit der Lebendorganspende. Inwiefern diese Selbstbeschreibungen der Kommissionsmitglieder auf die tatsächliche Praxis der Entscheidungsfindung in den Kommissionen verweist, muss offen bleiben. Ein Psychologe erklärt:

»Der Fall den ich Ihnen vorher geschildert habe, von der Mutter und dem Sohn, der geht in diese Richtung (I: Mhm), das war eine sehr verstrickte Beziehung, das war eine enge persönliche Beziehung, gar keine Frage, aber sie war sehr verstrickt, und was in dem Beratungsprozess stattgefunden hat, ist eine Entstrickung gewesen in einer gewissen Weise, ja, der Sohn hat mehr an Freiräumen, an Atemmöglichkeit gehabt, und hat dann eine Entscheidung auch auf eine andere Weise fällen können, deswegen muss man darauf achten, dass enge persönliche Beziehungen nicht zu eng sind, (...).« (318–332, Herr H./Psychologe)

Sowohl die freundschaftliche (nicht enge) Beziehung zwischen Spender und Empfänger als auch die familiäre (enge) Beziehung kann aus dieser Perspektive zum Problem werden – bei Freunden besteht den Ausführungen einer weiteren von uns befragten Psychologin zufolge das Problem, »dass der (Spender) eben sagt, ich bin doch total überrollt worden« (Frau B; Z. 145); bei Familienangehörigen erweist sich die Möglichkeit der Druckausübung durch Familienmitglieder oder übertriebenem Hilfswunsch für Psychologen als Problem bei der Bestimmung des Freiwilligkeitsgrades der Spenderentscheidung. Durch die Anhörung in der Kommission kann es dann zu der bemerkenswerten Szene kommen, dass eine Mutter, die intuitiv den Wunsch äußert, ihrem kranken Kind ein Organ spenden zu wollen, nach ihren Motiven für ihre Spenderbereitschaft gefragt wird und Begründungen hierfür formulieren muss.

Die juristische Perspektive interessiert sich für die besondere persönliche Verbundenheit von Empfänger und Spender nur insoweit, als dieses Kriterium positivrechtlich vorgegeben ist. Der folgende Auszug aus einem Interview mit einem juristischen Mitglied einer Lebendspendekommission zeigt deutlich, dass es der rechtlichen Perspektive weniger um die psychische Bezogenheit zwischen Spender und Empfänger geht. Der von uns befragte Jurist interessiert sich vielmehr für die Zurechenbarkeit von Entscheidungen:

»(...) also ich gehe deshalb man davon aus, dass Freiwilligkeit erst mal von Personen gegeben ist und dass es Anhaltspunkte gibt, geben muss, die die Freiwilligkeit halt in Frage stellen. Auch ein Anhaltspunkt ist, dass die Freiwilligkeit in Frage stellt, ist beispielsweise, dass Wissensdefizite gegeben sind, also wenn Personen nicht hinreichend aufgeklärt sind, dann entscheiden sie auch nicht freiwillig (...)« (237–270, Herr G./Jurist).

Dass Menschenbild des Grundgesetzes, das einen zur Selbstbestimmung fähigen Menschen voraussetzt, produziert eine Vermutung für die Freiwilligkeit der Entscheidungen erwachsener Personen, so dass die paternalistische Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Organspenders begründungsbedürftig wird. Freiwilligkeit wird daher juristisch vor allem negativ, über die Abwesenheit von Autonomiedefiziten bestimmt.

Der Blick des medizinischen Gutachters ergänzt die juristische und die psychologische Perspektive, indem er sich in erster Linie für das Vorliegen des medizinischen Wissens des Spenders und des Empfängers über das mit dem konkreten Eingriff verbundene gesundheitliche Risiko interessiert. Der Mediziner fungiert in der Kommission also nicht in der Rolle des Arztes, der einen Heilauftrag zu erfüllen hat, sondern als Experte für medizinische Risiken und Erfolgsaussichten, die Gegenstand der ärztlichen Aufklärungspflicht sind. Da diese Risiken individuell zu bestimmen sind, erfordert dies umfassende Kenntnisse über den Gesundheitszustand des Spenders und des Empfängers. Worauf es dem Arzt ankommt, ist, dass Spender und Empfänger sich bereits als informiert zeigen. Spender und Empfänger stehen so vor der anspruchsvollen Aufgabe, den medizinischen Gutachter davon zu überzeugen, dass sie nicht nur aufgeklärt wurden, sondern, dass sie diese Informationen auch verstanden haben und diese reproduzieren können. Ein medizinisches Kommissionsmitglied erklärt:

»(...) also zum Beispiel die Prozentzahlen des Sterblichkeitsrisikos oder die Verhältniszahlen, wie viele Todesfälle bei wie vielen Explantationen sind jetzt aufgetreten, mit welchem Risiko muss man rechnen, dass das wirklich auch als Zahl da ist, und nicht ah das kommt überhaupt nicht vor oder ganz selten, das denke ich, kann man heute nicht mehr akzeptieren, sondern der Patient oder der Spender die müssen wissen soviel Prozent Risiko besteht, dass eine Wundheilungsstörung auftritt, so oft tritt die und die Nachblutung auf, so hoch ist das Mortalitätsrisiko, aber das muss er vorher wissen (...), und man ist erstaunt, dass manche Patienten das nicht verstanden haben (...) und das

kann natürlich auch nicht sein, denn was nützt eine Aufklärung, wenn der Patient das nicht verstanden hat (...).« (338–376, Herr M./Mediziner)

Die Interviewausschnitte zeigen zunächst, dass den Kommissionsverfahren ein von medizinischer Praxis abweichendes Patientenkonzept unterliegt. Die Kommission interessiert sich in erster Linie nicht wie typischerweise die Medizin für kranke Körper, die geheilt werden, sondern für die authentische Rede von Personen in Bezug auf die Plausibilisierung eines autonomen Willens, der durch das Beratungsgespräch überhaupt erst hergestellt wird. Die inhaltlich jeweils unterschiedlich ausfallende Gutachterposition im Verfahren, die die Tabelle zeigt, erzeugt den Spender als eine mit einem autonomen Willen ausgestattete Person in wiederum jeweils unterschiedlicher Form. Um das Prädikat der »Freiwilligkeit« zu erhalten muss der Kandidat allerdings spezifische Anforderungen erfüllen. Dass diese Anforderungen hier äußerst voraussetzungsreich sind – voraussetzungsreicher als etwa bei der Kreditvergabe an Bankkunden, die sich qua einfachem Kreuzchen lebenslang verschulden können – haben die Interviewauszüge gezeigt: Wer könnte schon, wie aus psychologischer Sicht erwartet nicht nur auf eine gemeinsame Beziehungsgeschichte, sondern auch auf eine gemeinsame Zukunft mit Sicherheit verweisen?

Perspektive / Bezugsproblem	Medizinisch	Rechtlich	Psychologisch
Freiwilligkeit <i>Was ist Freiwilligkeit?</i>	Kognitiver Autonomiebegriff	Negativer Autonomiebegriff	Relationaler Autonomiebegriff
Plausibilisierung <i>Woran wird Freiwilligkeit sichtbar?</i>	=> Körperwissen Medizinisches Wissen über Risiken und Erfolgsaus- sichten.	=> Zurechenbarkeit Ausschluss von Defiziten; Absicherung von Mindestvoraussetzungen der Zuschreibung von Verant- wortung.	=> Bezogenheit Enge, aber nicht zu enge Bindung zw. Spender und Empfänger.
Personenkonzept <i>Welches Personenkonzept wird damit konstituiert?</i>	Der informierte Patient	Der selbstbestimmte Patient	Die gute Beziehung

Tabelle 1: *Freiwilligkeit – Perspektivendivergenz*

4. Folgeprobleme

Wie verhalten sich nun die innerhalb der Lebendspendekommissionen versammelten unterschiedlichen professionellen Perspektiven zur professionellen Autonomie des Mediziners, inwiefern kann man hier von Auslagerung, inwiefern von Kooperation unterschiedlicher professioneller Perspektiven sprechen? Untersucht man die Folgen für die Eigenlogiken von Medizin und Recht, so lässt sich für die Medizin feststellen, dass die Implementierung des Kommissionsmodells die medizinische Autorität des Arztes im Transplantationszentrum gerade nicht aufhebt. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass die Kommissionen die medizinische Indikationsstellung und die Therapieentscheidung des behandelnden Arztes nicht überprüfen und sich allein auf die nicht-medizinische Frage der Patientenautonomie beschränken. Der medizinische Gutachter fungiert als Experte für das Risikowissen des Spenders und nicht als ärztlicher Supervisor. Die Lebendspendekommissionen liefern gute Gründe für Entscheidungen, die der Arzt allein aufgrund medizinischen Wissens nicht treffen und verantworten könnte. Denn medizinische Gründe dafür, einer gesunden Person, ein gesundes Organ zu entnehmen gibt es nicht.

Bleibt also alles beim Alten? Die nicht-medizinischen, »nur wunscherfüllenden« Aspekte der Lebendorganspende werden ausgelagert und zurück bleibt die traditionelle Medizin? Unseres Erachtens wäre es ein Fehlschluss zu glauben, die medizinische Praxis *als solche* bliebe von den beschriebenen Prozessen der Verrechtlichung ihres Gegenstandes gänzlich unberührt. Die Einbeziehung fachfremder professioneller Perspektiven qua externer Verfahren scheint vielmehr Ausdruck einer Dynamik zu sein, die eine medizinische Praxis verändert, die es gewohnt war alle Entscheidungen alleine zu treffen. Dies konnte gerade am Beispiel der Lebendorganspende gezeigt werden. Die Innovation besteht hier bereits darin, dass die Mediziner mit dem Kommissionsverfahren und seinen rechtlichen Implikationen rechnen müssen. Dies kann im Einzelfall durchaus dazu führen, dass der behandelnde Arzt einen Eingriff unterlässt, den er allein verantwortet hätte oder umgekehrt einen Eingriff mit dem Segen der Kommission vornimmt, den er für bedenklich gehalten hätte. Diese faktische Wirkungsmächtigkeit der Kommissionen führt dann zu dem juristischen Folgeproblem der rechtlichen Kontrollierbarkeit von Verfahren, die ihrerseits paternalistisch in die Freiheitsrechte von Spendern, Empfängern und Ärzten eingreifen.

Ob und inwieweit die für die Lebendorganspende beschriebenen Phänomene der Verantwortungsauslagerung und der Entmedizinisierung, das Selbstverständnis der Medizin insgesamt zu verändern beginnen, lässt sich kaum absehen. Gegenwärtig lässt sich nur beobachten, dass eine derartige Entwicklung soziologisch gesehen zu einer engeren strukturellen Koppelung unterschiedlicher professioneller

Perspektiven führt und unter normativen Gesichtspunkten als Trend zu einer *Gefälligkeitsmedizin* und *Kundenorientierung* problematisiert wird.

Literatur

- Fateh-Moghadam, Bijan u.a. (2006), »Die Praxis der Lebendspendekommissionen. Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen«, in: Schroth, Ulrich u.a. (Hg.), *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*, Göttingen, S. 119–187.
- Feuerstein, Günther (2003), »Sozialwissenschaftliche Erläuterung zu § 8«, in: Höfling, Wolfram (Hg.), *Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG)*, Berlin, Anhang 2 zu § 8, S. 248f.
- Nassehi, Armin/Saake, Irmhild (2002), »Kontingenz: Methodisch verhindert oder beobachtet? Ein Beitrag zur Methodologie der qualitativen Sozialforschung«, *Zeitschrift für Soziologie* Jg. 31, H. 1, S. 66–86.
- Wagner, Elke/Fateh-Moghadam, Bijan (2005), »Freiwilligkeit als Verfahren. Zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht«, *Soziale Welt*, H. 1, S. 73–93.