

Indikation und informed consent

– Indikatoren eines Gestaltwandels von Medizin und Medizinrecht –

1. Medizinisches Handeln: Legitimation durch Indikation und Information

Informed consent und Indikation stellen auch medizinrechtlich nicht nur wichtige Basisgrößen der normativen Verfaßtheit des Arzt-Patient-Verhältnisses dar, sondern sind »Kernstücke ärztlicher Legitimation«.¹ Und sie bilden, was noch nicht immer mit der angemessenen Klarheit gesehen zu werden scheint, zusammen mit der standardgemäßen Behandlung, »die drei zusammenhängenden, nebeneinander erforderlichen Elemente rechtmäßigen ärztlichen Eingreifens«.² Neben die gewissermaßen selbstverständliche, auch rechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung des medizinischen Standards treten so nach überkommenem Verständnis *Information und Indikation* als normative Voraussetzungen einer medizinischen Intervention beim Patienten. Für beide Normkonzepte sind aktuelle, teils widersprüchliche Tendenzen der Begründung und Befestigung wie auch der Problematisierung und Relativierung zu beobachten.

Insofern ist die jüngst getroffene medizinethische Feststellung von zentraler Bedeutung, wonach ein »Gestaltwandel der Medizin« nicht zuletzt auf einen jedenfalls partiellen Paradigmenwechsel von der traditionellen »indikationsgebundenen Medizin« zu einer »neuen wunscherfüllenden Medizin« zu beobachten sei und damit eine gewisse Verlagerung von der »Bedürftigkeit« des kranken oder krankheitsgefährdeten Menschen als anthropologischer Grundkategorie der indikationsorientierten Medizin zum »Begehren« (Nachfrage) als einer vordringenden Orientierungsgröße insbesondere der modernen Medizin.³ In Katalogen einer so thematisierten wunscherfüllenden Medizin stehen eine »wunschgesteuerte genetische Diagnostik« und die Reproduktionsmedizin mit ihren vielfältigen medizintechnischen Optionen oben.⁴ »Wunsch Kinder«⁵ in der Fortpflanzungsmedizin und »Wunschsektio«⁶ in der Gynäkologie sind

1 Adolf Laufs: *Arztrecht*, 5. Auflage. 1993, Rz. 690.

2 Adolf Laufs in: Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, 2002, § 6 Rz. 1 f.; ähnlich Christian Katzenmeier: *Arzthaftung*, 2002, S. 272: »drei grundsätzliche Voraussetzungen«; Laufs: *Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht*, 1992, S. 93: »die drei Legitimationselemente ärztlichen Handelns«.

3 Akademie für Ethik in der Medizin: *Call for Abstracts*, bezogen auf die Jahrestagung der AEM 2005 unter dem Generalthema »Wunscherfüllende Medizin«.

4 Akademie für Ethik in der Medizin, a.a.O.

5 Zu dem damit angesprochenen Problemzusammenhang etwa Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.): *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, 2001.

6 Kathrin Becker-Schwarze: *Rechtliche Probleme bei der Sektio auf Wunsch?*, *Zentralblatt für Gynäkologie* 2001, 1; Gisela Bockenheimer-Lucius: *Zwischen »natürlicher Geburt« und »Wunschsektio« – Zum Problem der Selbstbestimmtheit in der Geburtshilfe*, *Ethik in der Medizin* 2002, 186; P. Husslein/M. Langer: *Elektive Sektio vs. vaginale Geburt – ein Paradigmenwechsel in der Geburtshilfe?*, *Der Gynäkologe* 2000, 849.

nur sprachlich besonders akzentuierte Ausschnitte dieser Problematik. Von der damit nur angedeuteten Relativierung der traditionellen *Indikationsmedizin* und dem Bedeutungszuwachs einer maßgeblich medizintechnisch induzierten und gesellschaftlich rezipierten *Wunschmedizin* sind unter den medizinrechtlichen Leitprinzipien wenige so unmittelbar betroffen wie das Indikationskonzept und das informationelle Konsensprinzip. Es ist auf den ersten Blick paradox, daß sich diese Diskussion über Leistungsexpansion und Subjektivierung medizinischer Handlungsgründe ausgerechnet in Zeiten der Knappheit einerseits und der Objektivierung der Medizin durch immer strengere Evidenz- und Effizienznachweise andererseits entwickelt. Allerdings trifft insofern das Wortspiel mit den »Inseln des Überflusses im Meer der Knappheit«⁷ keineswegs alle hier einschlägigen Medizinfelder, wie die ganz unterschiedlichen Knappheitslagen in Genmedizin, Fortpflanzungsmedizin und Transplantationsmedizin unterstreichen. Jedoch wird für die Normativität der Medizin angesichts der medizinischen Entwicklung die Frage immer drängender, ob und wie weitgehend *Eindeutigkeitsverluste des Indikationskonzepts* eine Kompensation durch Information erfahren können, sollen oder müssen. In einer Kurzformel geht es um das Problem von *Kommunikation als Kompensation bei zweifelhafter oder fehlender Indikation*.

Es ist hier auch auf den Zusammenhang von Indikationskonzept und Krankheitsbegriff wie auch die Eindeutigkeitsverluste beider hinzuweisen. Dabei darf aus juristischer Sicht das sich im einzelnen »Fall« häufig stellende Problem der Feststellbarkeit und Qualifizierung eines bestimmten Zustandes als gesund oder krank sowie auch der Differenz zwischen zwei Zuständen im Zeitablauf eines »Schadensfalls« nicht verwechselt werden mit der Frage nach dem grundsätzlichen Stellenwert des Krankheits-/Gesundheitsbegriffs für medizinisches Handeln und seiner normativen Bewertung. »Gewiss sind die Grundbegriffe Krankheit und Gesundheit pragmatische Standards, über die sich diskutieren lässt. Aber das ändert nichts an ihrem Geltungsanspruch.«⁸ Die grundlegenden Probleme resultieren aus dem Umstand, daß die Medizin zunehmend in Zustände und Befindlichkeiten des Menschen intervenieren kann, die vordem nicht dem Krankheits-Gesundheits-Schema zugeordnet wurden (Fortpflanzungsmedizin, Schönheitsoperationen, genetische Dispositionen). Dann erhebt sich die Frage, ob bereits das Faktum der medizinischen Interventionsmöglichkeit eine Zuordnung zu diesem Schema rechtfertigt. Daß die Beantwortung dieser Grundsatzfrage auch rechtliche Folgeprobleme etwa auf der arztrechtlichen Pflichtenebene oder der sozialrechtlichen Leistungsebene nach sich ziehen kann, liegt auch vor dem Hintergrund der jüngeren medizinrechtlichen Zeitgeschichte auf der Hand.

7 Günter Feuerstein: Inseln des Überflusses im Meer der Knappheit. Angebotsexpansion und Nachfragesteuerung im Kontext gentechnischer Leistungen, in: Günter Feuerstein/Ellen Kuhlmann (Hrsg.), Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patient-Verhältnis, 1999, S. 95.

8 Dietmar Mieth: IVF-Elternschaft außerhalb der Ehe?, in: Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 169 (170); grundlegend Dirk Lanzerath: Krankheit und ärztliches Handeln. Zur Funktion des Krankheitsbegriffs in der medizinischen Ethik, 2000.

1. *Informed consent*

Die Information und sodann die informierte Einwilligung des Patienten in die Behandlung, nunmehr auch hier zu Lande angliedert: der *informed consent* gilt als Leitprinzip und Prüfstein des Arzt-Patient-Verhältnisses. Und das durch dieses Prinzip zu sichernde Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist »fundamentale Orientierungsnorm«⁹ innerhalb dieses Verhältnisses. Dies gilt nicht nur für eine medizinethische, sondern auch für eine medizinrechtliche Normbildung, für die das Selbstbestimmungspostulat und damit das informationelle Konsensprinzip durch einfaches Recht wie Verfassungsrecht zum »normativen Bezugspunkt«¹⁰ erhoben wird. Damit steht dieses Autonomiepostulat im Gesamtzusammenhang der neuzeitlichen Rechts- und Staatsphilosophie und der darin zentralen Auseinandersetzung um Selbstbestimmung und Autonomie. Dieser Kontext kann für das allgemeine Verhältnis von Recht und Autonomie an dieser Stelle genauso wenig nachgezeichnet werden wie für den spezielleren Zusammenhang von Medizinrecht und Autonomie.¹¹ Es kann hier auch nur am Rande darauf verwiesen werden, daß »Informierte Einwilligung als Schutzprinzip« auch über den Bereich des Medizinrechts hinaus als grundlegendes Rechtsprinzip zur Sicherung von Entscheidungsautonomie thematisiert wird.¹² Allerdings ist es in medizin- und rechtshistorischer Perspektive eher erstaunlich, daß sich Patientenautonomie einschließlich der informationellen Selbstbestimmung des Patienten als Normkonzept erst relativ spät, als »Errungenschaften relativ neuen Datums«¹³, herausgebildet hat. In der bereits in die Jahre gekommenen Bundesrepublik vollzieht sich die einschlägige Modernisierung des Patientenrechts im Kern erst in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts. Nach anfangs teilweise scharfen Auseinandersetzungen zwischen Recht und Medizin ist mittlerweile das ruhigere Fahrwasser einer Konsolidierung erreicht worden und die jedenfalls grundsätzliche Anerkennung des informationellen Konsensprinzips steht außer Diskussion. Es gilt so auch und gerade von Rechts wegen: »Die Einwilligung als Legitimationsgrund für ärztliches Handeln setzt eine einwilligungsmöglichende Aufklärung voraus.«¹⁴

Die Aufwertung nicht nur von Integrität, sondern auch von Information und Autonomie in der Medizin gilt danach nicht nur für den in dieser Hinsicht auch aus historischen Gründen besonders sensiblen Bereich der medizinischen Forschung, sondern auch für das individuelle Arzt-Patient-Verhältnis. Es können medizinische Interven-

9 Reiner Anselm: Gestützte Selbstbestimmung – Perspektiven einer Ethik der Freiheit trotz körperlicher Abhängigkeit, in: Peter Bartmann/Ingolf Hübner (Hrsg.), Patientenselbstbestimmung. Paradigmenwechsel und Herausforderung im Gesundheitswesen, 2002, S. 71, 76.

10 Wolfram Höfling/Heinrich Lang: Das Selbstbestimmungsrecht. Normativer Bezugspunkt im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: Günter Feuerstein/Ellen Kuhlmann (Hrsg.), a.a.O., S. 17.

11 Dazu ausführlicher Reinhard Damm: Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus. Medizinrechtliche Probleme der Selbstbestimmung in der modernen Medizin, MedR 2002, 375 ff.

12 Marita Körner: Informierte Einwilligung als Schutzkonzept, in: Dieter Simon/Manfred Weiss (Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums, Festschrift für Spiros Simitis, 2000, S. 131.

13 Ellen Kuhlmann: Aufklärung im Dienste der Ressourcenpolitik? Eine empirische Studie zur ärztlichen Informationspolitik, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), a.a.O., S. 37, 43.

14 Höfling/Lang, a.a.O., S. 21.

tionen ihre rechtliche Legitimation grundsätzlich nur aus der freiwilligen Zustimmung des zuvor hinreichend über die für seine Entscheidung relevanten Sachfragen informierten Patienten, Probanden oder Klienten beziehen. Das Recht der Patientenaufklärung hat sich so zu einem wesentlichen Ausschnitt des Medizinrechts entfaltet. Dieser erfährt auf verfassungsrechtlicher Grundlage vielfältige Ausdifferenzierungen in Bereichen des einfachen Rechts, so etwa in der zivilrechtlichen Begründung und haftungsrechtlichen Absicherung der Patientenaufklärung. Und schließlich unterstreichen auch in *internationaler Perspektive* die außerordentlich intensiven grenzüberschreitenden Diskussionen über die normativen und praktischen Fragen des informed consent die diesem Konzept zugewiesene Bedeutung. Nicht zufällig ist dem Grundsatz des »free and informed consent« in dem europäischen *Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin* ein herausgehobener Stellenwert eingeräumt.¹⁵

Allerdings steht dieser nunmehr auf den ersten Blick mit großer Selbstverständlichkeit daher kommende normative Grundsatz und medizinrechtliche »Prüfstein«¹⁶ von Selbstbestimmung und informed consent insbesondere in jüngster Zeit wieder auf dem kritischen Prüfstand. Von zentraler Bedeutung sind insofern Hinweise auf Diskrepanzen zwischen Normativität und Empirie, zwischen Rechts- und Realstrukturen dieser Konzepte.¹⁷ Hierher gehören Hinweise auf die empirisch feststellbare Endlichkeit von Autonomie, auf »imperfekte Autonomie« in Realsituationen¹⁸ und Warnungen vor einem gegenüber seinen Auswirkungen »blinden Autonomiebegriff«¹⁹. Und es geht um »Gefährdungen«, vor deren Hintergrund »den erreichten gesicherten Bestand des – auch verfassungsrechtlich gebotenen – informed consent« heute weniger ein Rückfall in paternalistische Strukturen als vielmehr die rasante Entwicklung der Medizin und die durch diesen Fortschritt erzeugten Problemlösungsansätze (bedroht)«. ²⁰

2. Indikation

Es geht andererseits auf der fachwissenschaftlichen Handlungsebene wie rechtlichen Pflichten Ebene um die Indiziertheit einer medizinischen Maßnahme und daher medizinrechtlich um Begriff und Bedeutung medizinischer *Indikation als Normkonzept*. Als medizinische Indikation gilt der »Grund zur Anwendung eines bestimmten diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens in einem Krankheitsfall, der seine Anwendung hinreichend rechtfertigt«. ²¹ Der gute »Grund« und die »hinreichende Recht-

15 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 4. April 1997 (Kapitel II und Art. 5. I).

16 Höfling/Lang, a.a.O., S. 21.

17 Damit sind auch allgemeine, auch jenseits von Medizinrecht und Patientenautonomie geführte Diskussionen betroffen; vgl. in diesem Zusammenhang ausführlich Damm: Privatautonomie und Verbraucherschutz – Legalstruktur und Realstruktur von Autonomiekonzepten, VersR 1999, 129 ff.

18 Damm: Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus, MedR 2002, 375.

19 Ellen Kuhlmann, a.a.O., S. 40.

20 Höfling/Lang, a.a.O., S. 23.

21 Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260. Auflage, 2004, Stichwort »Indikation«.

fertigung« einer Verfahrensanwendung können oder konnten jedenfalls nach überkommenem Verständnis nur aus objektiv medizinwissenschaftlicher Kriterienbildung bezogen werden. »Die ärztliche Profession entwickelt auf der Grundlage medizinischer Wissenschaft und ärztlicher Erfahrung diagnostische und therapeutische Behandlungsstandards, die bei Vorliegen eines definierten Krankheitsbildes eingesetzt werden, die m.a.W. indiziert sind. Der Arzt ist durch seine professionellen Sorgfaltspflichten daran gebunden, bei medizinisch definierten Situationen definierte Behandlungsmethoden auszuwählen und diese fehlerfrei auszuführen.«²²

Insofern gilt es allerdings Mißverständnisse zu vermeiden. Objektivierung der Kriterien für eine Indikation kann nicht bedeuten, daß dabei von der subjektiven Befindlichkeit des konkreten Patienten hinsichtlich seines Gesundheits-/Krankheitszustandes abgesehen werden könnte. Indiziert, also gut begründet und hinreichend gerechtfertigt, kann der Einsatz einer Behandlungsmethode naturgemäß immer nur beim je betroffenen Patienten in der je konkreten Situation sein. »Selbstverständlich ist, daß diese Standards im einzelnen Fall stets darauf zu prüfen sind, ob sie für den konkreten Patienten passend und angemessen sind.«²³ Vielschichtiger als diese Selbstverständlichkeit ist die Feststellung: »Die medizinische Indikation folgt nicht naturwissenschaftlicher Logik, sondern erweist sich als wertender professioneller Entschluß, in den Abwägungen über Risiken und Chancen, über lebenswerte Umstände und lebensbeeinträchtigende Behinderungen eingehen, die nach Maßgabe professioneller Aufgaben und mit begrenztem professionellen Wissen über Lebensumstände und Wertewelt unterschiedlicher Patienten bestimmt werden. Konnte schon die medizinische Indikation anders ausfallen, so gelten erst recht für verschiedene Patienten verschiedene Konkretisierungen ihres gesundheitlichen Interesses.«²⁴ Das Verhältnis zwischen fachwissenschaftlicher Objektivität und Patientenindividualität ist offensichtlich vielschichtig: »Die Annahme der Indiziertheit einer medizinischen Behandlung stellt keine schlichte Schlußfolgerung aus naturwissenschaftlicher Sachgesetzlichkeit, sondern eine wertende Entscheidung dar. In sie gehen Urteile über Behandlungsbedarf, Behandlungserfolg, Behandlungsrisiken und Nebenwirkungen, mithin über das Leben des Patienten ein.«²⁵ Indiziertheit ärztlichen Handelns und gesundheitliches Interesse des Patienten sind nicht identisch, Patientenwohl und ärztliche Indikation können nicht gleichgesetzt werden.²⁶

Allerdings müssen mit Blick auf diese offensichtlich auf einen komplexen Tatbestand abzielenden Differenzierungen folgende Gesichtspunkte auseinander gehalten werden: Die medizinische Indikation bezieht sich von vornherein auf einen konkreten Patienten und beschränkt sich nicht auf die Identifizierung eines generalisierend auf Krankheitstypen abstellenden medizin-/naturwissenschaftlichen Zusammenhangs. Die Indikation schließt weiter neben den körperlichen auch situativ lebensweltliche Kon-

22 Robert Francke: *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, 1994, S. 42.

23 Francke, a.a.O., S. 42.

24 Francke, a.a.O., S. 123 f.

25 Francke, a.a.O., S. 42 f.

26 Francke, a.a.O., S. 44, 123.

sequenzen der Behandlung für *diesen* Patienten ein. Aber, und dies ist von zentraler Bedeutung, die Indikation findet ihre Ausgangsbegründung in dem vom ärztlichen Sachverstand vorzuhaltenden medizinischen Wissen über kausale Wirkzusammenhänge. Und es ist daher auch die schon auf der Indikationsebene relevante patientenspezifische Konkretisierung des »Grundes« für den Einsatz oder Nichteinsatz einer Behandlung von der anderen Frage zu unterscheiden, ob der Patient in eine *indizierte* Behandlung (nach hinlänglicher Aufklärung) seinerseits *einwilligt*. Die Pflicht des Arztes zur Berücksichtigung der je individuellen Patientensituation auf der Ebene der medizinischen »Rechtfertigung« ist zu unterscheiden von der letztlich dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zugewiesenen Entscheidung über die Durchführung der Behandlung.

So ergibt sich für diesen Zusammenhang eine dreidimensionale Kompetenzbestimmung: »(1) Es obliegt allein dem Patienten in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts zu entscheiden, *ob* eine inhaltlich bestimmte Heilbehandlung erfolgt. (2) Es obliegt alleiniger Entscheidung des Arztes, *wie* die Behandlung ausgeführt und – in dem durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gezogenen Rahmen – welche Behandlungsmethode eingesetzt wird. (3) Die *kommunikative Seite* des Behandlungsprozesses steht, soweit es sich nicht um Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung des Patienten im rechtlichen Sinne, sondern um Orientierung und Lernen handelt, in gemeinsamer Verantwortung von Arzt und Patient.«²⁷ Es wird also die medizinische Indikationsstellung und damit das Indikationsmodell ebenso wenig der Patientenselbstbestimmung zugewiesen wie die Entscheidung über die Behandlungsdurchführung nach Indikationsstellung der professionellen Kompetenz überantwortet wird. Damit ist eine grundsätzliche Differenzierung zwischen *Indikations- und Entscheidungsebene* bezeichnet, die für die weitere Entwicklung sowohl der Medizin als Fachwissenschaft als auch des einschlägigen Medizinrechts, darüber hinaus für die gesellschaftliche Wahrnehmung von »Medizinkultur« von zentraler Bedeutung sein wird.

II. Information und Indikation als Verbundkomplex

Weit mehr als Information und Indikation je für sich interessieren hier Verbindungslinien und wechselseitige Abhängigkeiten zwischen beiden Aspekten. Daher werden zunächst einige im Medizinrecht vertraute Grundsätze berührt, die für diese Verknüpfung relevant sind. Im Anschluß daran geht es auch insofern um die Frage nach neuen, möglicherweise paradigmatischen Entwicklungstendenzen, die das Verhältnis von Information und Indikation in Medizin und Medizinrecht graduell oder gar prinzipiell umgestalten könnten.

Im Medizinrecht wird nicht nur allgemein von einer Verknüpfung zwischen Indikation und Information ausgegangen, sondern spezifischer auf eine »Formel vom reziproken Zusammenhang zwischen Indikation und Aufklärungspflicht«²⁸ abgestellt. In

²⁷ Francke, a.a.O., S. 122 f.

²⁸ Laufs: Arztrecht, Rz. 200.

diesem Zusammenhang geht es nicht zuletzt um Normbildung im Bereich der Risikoauflklärung. Insofern wird eine gradualisierte Wechselbeziehung zwischen Indikation und ärztlicher Aufklärungspflicht häufig so formuliert: »Je dringender die Indikation, je notwendiger der Eingriff, desto leichter wiegt die Aufklärungspflicht.«²⁹ Und umgekehrt gilt: »Je weniger dringlich der Eingriff sich nach medizinischer Indikation und Heilungsaussicht in zeitlicher und sachlicher Hinsicht für den Patienten darstellt, desto intensiver hat die Aufklärung zu sein.«³⁰ Dieser Grundsatz wird auch aus dem Blickwinkel der modernen Medizin unterstrichen: »Je weniger indiziert eine Maßnahme ist, um so ausführlicher muß über sie aufgeklärt werden«³¹, oder noch anschaulicher: »Je weicher die Indikation, desto härter die Aufklärung«³².

Entsprechendes gilt für medizinische Einzelsektoren, etwa den wichtigen Arzneimittelbereich: »Je weniger dringlich die Arzneibehandlung, desto eher ist umfassende Aufklärung über ihre Risiken geschuldet.«³³ Allerdings verdient insofern bei genauerer Betrachtung nur die zweite Regel uneingeschränkte Zustimmung, während die erste problematisch ist. Bei hoher Dringlichkeit der Behandlung wiegt die Aufklärungspflicht kaum leichter, es kommt aber aus zeitlichen Gründen und je nach Situation eine Beschränkung des Aufklärungsumfangs in Betracht. Es kann mit anderen Worten auch bei vitaler Indikation die ärztliche Aufklärung nicht in ihrer Bedeutung relativiert, sondern nur hinsichtlich ihrer Ausführlichkeit reduziert werden.³⁴ »Auch bei vitaler Indikation des Eingriffs verlangt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, daß sein Arzt ihm die Möglichkeit läßt, über den Eingriff selbst zu entscheiden und ihn gegebenenfalls abzulehnen, auch wenn ein solcher Entschluß medizinisch unvernünftig ist.«³⁵ Wenn daher vom »reziproken Zusammenhang«³⁶, »unausweichlichen Korrelat«³⁷, »umgekehrten Verhältnis«³⁸ von Indikation und Information die Rede ist oder betont wird, es bestehe eine »inverse correlation between the degree of indicatedness and the necessary amount of information and counselling«³⁹, dann müssen diese Formulierungen durchgängig im Licht der gerade angestellten Präzisierung gelesen werden.

29 Laufs: Arztrecht, Rz. 198.

30 Katzenmeier, a.a.O., S. 328.

31 Jörg Schmidtke: Vererbung und Ererbtes. Ein humangenetischer Ratgeber, 1997, S. 95.

32 Husslein/Langer: Elektive Sektio vs. vaginale Geburt – ein Paradigmenwechsel in der Geburtshilfe?, Der Gynäkologe 2000, 849 (854).

33 Dieter Hart: Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, 1990, S. 129 (mit weiteren Nachweisen).

34 Damm: Medizintechnik und Arzthaftungsrecht. Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen, NJW 1989, 737 (741); Francke/Hart: Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, S. 27, 47; Dieter Giesen: Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, 1995, S. 245 (Rz. 279).

35 BGHZ 90, 103 (105 f.).

36 Laufs, a.a.O., Rz. 200.

37 Katzenmeier, a.a.O., S. 309.

38 Paul Bockelmann: Strafrecht des Arztes, 1968, S. 59.

39 Jörg Schmidtke: »Health purposes« vs. Informationelle Selbstbestimmung. The Point of View of the Geneticist, in: Michael Fuchs, Dirk Lanzerath, Matthias Schmidt (Hrsg.), Prädiktive Gentests. »Health purposes« und Indikationsstellung als Kriterien der Anwendung, 2004, S. 67 (68).

Danach bleibt bei Auffassungsunterschieden in Einzelfragen jedenfalls der Befund eines normativen Bandes zwischen »Indikationslage« und »Informationslage« gesichert. Dies spiegelt sich bereits in den einschlägigen, in Medizin und Medizinrecht gleichermaßen geläufigen terminologischen Wendungen wie *vitale* und *nicht vitale Indikation* oder auch *absolute* und *relative Indikation*⁴⁰ und der je einschlägigen informationellen Normbildung wieder. Konsequenterweise gilt dies auch für die Pflichtengenerierung durch *Haftungsrecht* im Bereich von »Indikationsfehlern«.⁴¹ Diese werden abgegrenzt vom »Behandlungsfehler im engeren Sinne«, der Regelverstöße im Rahmen einer *gewählten* Behandlungsmethode betrifft, während es bei einem Indikationsfehler um die *Wahl* der Behandlungsmethode geht. »Die Indikation steht zwischen Diagnose und Therapie. Sie beinhaltet die ... zentrale Feststellung, welche medizinische Methode zur Heilung des diagnostizierten Krankheitsbefundes bei dem konkreten Patienten »angezeigt«, d.h. angemessen und/oder erforderlich ist.«⁴² Es geht dabei immer um die »medizinisch indizierte Behandlung« – und umgekehrt: »Die Wahl einer medizinisch nicht indizierten Behandlung stellt einen absoluten Indikationsfehler dar.«⁴³

Mit dem Begriff des »absoluten Indikationsfehlers« ist zugleich der des »relativen Indikationsfehlers«⁴⁴ angedeutet, eine Terminologie, die grundsätzlich mit der Unterscheidung von »absoluter Indikation« und »relativer Indikation« korrespondiert.⁴⁵ Ein relativer Indikationsfehler kann aus haftungsrechtlicher Perspektive vorliegen bei der »Nicht-Wahl einer erprobten Methode, die einen besseren Heilerfolg bei geringerem Risiko versprochen hätte.«⁴⁶ Es geht also bei dieser Variante um das Problem der Abgrenzung zwischen mehreren »gleichermaßen indizierten Behandlungsmöglichkeiten« und »alternativen indizierten Behandlungsmethoden«.⁴⁷ Die damit im Kontext Indikation einschlägige Thematik medizinischer Behandlungsalternativen stellt ganz allgemein ein wichtiges Problemfeld des Medizinrechts und nicht zuletzt der haftungsrechtlichen Pflichtenstruktur dar, das Rechtsprechung und Literatur immer wieder beschäftigt. Der Zusammenhang zwischen Wahl der Behandlungsmethode und Aufklärungspflichten des Arztes ist ein grundlegender, der über das Verhältnis von ärzt-

40 Absolute und relative Indikation als medizinische Leitfiguren mit normativen Konsequenzen spielen nicht zufällig in der Humangenetik und bei den Rechtsproblemen der Wahl zwischen »natürlicher Geburt« und »Wunschsektio« eine zentrale Rolle; zu dem ersten Bereich Schmidtke, a.a.O., S. 68 (»absolute and relative indication«), zur Wunschsektio Kathrin Becker-Schwarze: Rechtliche Probleme bei der Sektio auf Wunsch, Zentralblatt für Gynäkologie, 2001, 1 ff; Gisela Bockenheimer-Lucius: Zwischen »natürlicher Geburt« und »Wunschsectio« – Zum Problem der Selbstbestimmtheit in der Geburtshilfe, Ethik in der Medizin 2002, 186 ff.

41 Gert Brüggemeier: Deliktsrecht, 1986, Rz. 652 ff.

42 Brüggemeier, a.a.O., Rz. 652.

43 Brüggemeier, a.a.O., Rz. 652.

44 Brüggemeier, a.a.O., Rz. 652 f.

45 Zur absoluten und relativen Indikation von Entbindungsmethoden Becker-Schwarze, a.a.O., S. 1 (4 f.).

46 Brüggemeier, a.a.O., Rz. 652.

47 Brüggemeier, a.a.O., Rz. 652.

licher Entscheidungskompetenz (»Therapiefreiheit«) und Patientenselbstbestimmung beim Bestehen »echter Behandlungsalternativen« entscheidet⁴⁸. Wesentlich ist insofern die Feststellung, daß es bei dem Verhältnis von »Indikationsfehlerhaftung« und »Indikationsaufklärung« bezeichnenderweise um die »Abmilderung der Indikationsfehlerhaftung durch (Indikations-)Aufklärung«⁴⁹ in Situationen geht, in denen aus der fachwissenschaftlichen Orientierung alleine noch keine eindeutige, alternativlose Handlungsanweisung für den Arzt resultiert. Schon vor mehr als zwei Jahrzehnten ist der Grundsatz aufgestellt worden: »Je fraglicher die *Indikation* erscheint, weil eine sinnvolle Alternative in Betracht kommt, desto strengeren Maßstäben soll die *Instruktion* des Patienten im Dienste des ›informed consent‹ genügen«.⁵⁰ An dieser Stelle war insofern nur auf den Zusammenhang von Behandlungsalternativen, Indikation und Information hinzuweisen.

III. Entwicklungstendenzen und Problemzuwachs

Als Zwischenfeststellung und Tendenzaussage kann festgehalten werden: *Eindeutigkeitsverluste der Indikation* führen zu einem *Bedeutungszuwachs der informationellen Dimension* im Rahmen des Arzt-Patient-Verhältnisses. In dem Maße, in dem die Orientierungskraft der Indikation als im Ausgangspunkt objektiver fachwissenschaftlicher Steuerunggröße relativiert wird oder schwindet, kommt es zu einer (weiteren) Aufwertung subjektiver Patientenorientierungen im Entscheidungsprozeß. *Rechtgüterspezifisch* ist dies im hier interessierenden Zusammenhang gleichbedeutend mit einem gesteigerten Gewicht des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. *Pflichtenspezifisch* gewinnt als Grundlage für die Wahrnehmung dieses Patientenrechts die vorgängige und hinreichende Aufklärung des Rechtsträgers naturgemäß ebenfalls größeres Gewicht.

Die damit herausgestellte Wechselbezüglichkeit von *Indikation* und *Information* ist bereits mit Blick auf die zurück liegende Medizin- und Medizinrechtsentwicklung ein wichtiges, wenn auch in ihrer Bedeutung noch nicht durchgängig angemessen gewürdigtes Faktum. Allerdings ist mit diesem Befund der noch wichtigere und hier im Mittelpunkt stehende Umstand noch gar nicht angesprochen: Es bliebe das Zwischenergebnis zum normativen Verhältnis von Indikation und Information unvollständig, wenn es nicht um einen für diesen Beitrag entscheidenden Ausblick auf Entwicklungsperspektiven dieses Verhältnisses ergänzt würde, die aus den Besonderheiten der *modernen Medizin* resultieren. Für diese Medizin stehen nicht zuletzt Bereiche wie Genmedizin, Fortpflanzungsmedizin und Organtransplantation. Die Eigenart dieser und anderer Medizinsektoren besteht gerade darin, daß die (Mit-)Entscheidungskompetenz, aber damit auch Entscheidungsverantwortung und Entscheidungslast des Patienten

48 Dazu Damm: Medizintechnik und Arzthaftungsrecht, NJW 1989, 737; Katzenmeier, a.a.O., S. 311 ff. (mit zahlreichen Nachweisen).

49 Brüggemeier, a.a.O., Rz. 653.

50 Bernd-Rüdiger Kern/Adolf Laufs: Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 194 (als eine der »Grundregeln zur Aufklärungspflicht des Arztes nach deutschem Recht«; auch abgedruckt bei Laufs: Arztrecht, Rz. 253 (Hervorhebungen hinzugefügt).

ten nicht nur eine erhebliche Aufwertung erfahren hat, sondern in den Mittelpunkt des medizinischen Geschehens und der hierauf bezogenen Normbildungsprozesse rückt. Dem liegen zahlreiche und teilweise komplexe Entwicklungen zugrunde. Dazu gehören die Expansion medizintechnischer Möglichkeiten, damit einher gehende begriffliche Grenzverwischungen und Eindeutigkeitsverluste von »Gesundheit« und »Krankheit«⁵¹, zunehmende nichtmedizinische Folgen medizinischer Interventionen, schließlich auch Konsensverluste hinsichtlich einschlägiger gesellschaftlicher Wertorientierungen bei der Entscheidung über den Einsatz medizinischer Optionen.

Eine der wirklich zentralen Fragen, wenn nicht gar eine »Schicksalsfrage« der modernen Medizin, namentlich der Biomedizin, ist die, ob und in welchem Maße bestimmte Behandlungsmethoden überhaupt noch an eine spezifisch medizinische Indikation im traditionellen Verständnis gebunden bleiben. Es wird hier der allgemein konstatierte Trend hin zu »Grenzen der medizinischen Indikation«, »Eingriffen ohne Indikation«⁵² besonders deutlich. Es sind nicht zuletzt Schwerpunkte der Biomedizin, für die das Fehlen einer »strengen Indikation« oder die nur »geringe Ausprägtheit der Indiziertheit« hervorgehoben werden.⁵³

Hiermit ist aus der Perspektive dieses Beitrags die Frage verknüpft, ob und in welchem Maße »Indikationsverluste« durch »Informationsgewinne« kompensiert oder gar ersetzt werden könnten. Aus juristischer Perspektive wird definitiv festgestellt: »Die geringe Ausprägtheit der Indiziertheit hat u. a. zur Folge, daß die Anforderungen an Aufklärung und Einwilligung sehr hoch sind.«⁵⁴ Es stehen der fachwissenschaftliche Eigenwert ärztlichen Handelns und eine bislang noch kaum verarbeitete Aufwertung der Patienten- und Klientenentscheidung auf dem Prüfstand und damit Grundlagen und Reichweite von Legitimation und Autonomie auf Professionsebene einerseits und Betroffenenenebene andererseits.

IV. Medizinische Handlungsfelder zwischen Indikations- und Wunschmedizin

Das Gewicht der hier aufgeworfenen Fragen nach Stellenwert und wechselseitigem Verhältnis von Indikation und Information bei medizinischem Handeln bestimmt sich danach, ob sie nur singuläre Aspekte oder repräsentative Querschnittsprobleme betreffen. Es wird daher im Folgenden auf medizinische Fachgebiete eingegangen, bei denen sich diese Fragen mit besonderer Dringlichkeit stellen. Nicht zufällig handelt es sich dabei insbesondere um Sektoren der vielfach als solche gekennzeichneten »modernen Medizin«, in denen signifikante Gewißheitsverluste des Indikationskonzepts und Bedeutungszuwächse des informationellen Konsensprinzips auszumachen sind.

51 Dazu aus medizinethischer Sicht Dirk Lanzerath: *Krankheit und ärztliches Handeln. Zur Funktion des Krankheitsbegriffs in der medizinischen Ethik*, 2000.

52 Uhlenbruck/Laufs in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, § 11 Rz. 2.

53 Bernd-Rüdiger Kern: *Rechtliche Aspekte der Humangenetik*, MedR 2001, 9 (11).

54 Kern, a.a.O., S. 11.

1. Fortpflanzungsmedizin

a) »Assistierte«/»Artifizielle Reproduktion«

Im Bereich der »assistierten Reproduktion«⁵⁵ oder »artificialen Reproduktion«⁵⁶ oder auch »medizinisch unterstützten Fortpflanzung«⁵⁷ deuten schon unterschiedliche Terminologien auf verschiedene Sichtweisen und grundsätzlich auf Norm- und Wertkonflikte hin. Die dazu geführten Diskussionen und die einschlägigen Publikationen sind kaum noch überschaubar. An dieser Stelle geht es auch insofern nur um die besondere Bedeutung des Indikationsaspekts und des Informationskonzepts. Nicht zufällig ist dieser Medizinesektor als der »weitaus problematischste des Arztrechts«⁵⁸ bezeichnet worden. Die expandierende Medizintechnik und die immer wieder »neuen Möglichkeiten«⁵⁹ in Gestalt ganzer Kataloge künstlicher Fortpflanzungsvarianten⁶⁰ führen zu Nachfrageverhalten, Anspruchshaltungen und der Geltendmachung von Rechtspositionen. Der Elternwunsch nach einem Wunschkind ist zu einer prägenden Metapher geworden. Die zunehmende medizintechnische Steuerbarkeit der menschlichen Fortpflanzung und die ebenfalls wachsende technische Verfügbarkeit menschlicher Keimzellen und Embryonen wirft sowohl Fragen nach der (ethischen und rechtlichen) Zulässigkeit als auch nach der (wirtschaftlichen und leistungsrechtlichen) Zugänglichkeit mancher Technikvarianten auf. Danach stellt sich das *Indikationsproblem* grundsätzlich auf der *Zugangs- oder Zulässigkeitsebene*, der *Teilhabe- oder Leistungsebene* und *Durchführungs- oder Anwendungsebene*. Diese Ebenen werden hier mit Blick auf die Problematik der Indikation nur kurz angerissen. Es ist aber zu betonen, daß diese Beurteilungsebenen grundsätzlich auch für die anderen Medizinbereiche gelten, dort aber nicht noch einmal in dieser Weise nebeneinander gestellt werden.

aa) Auf der *Zulässigkeitsebene* geht es um Zugangsrechte und Zugangsgrenzen. Die Ausweitung der Bio- und insbesondere Reproduktionsmedizin als technologisches Projekt mit seiner permanenten Ausweitung des technisch verfügbaren Diagnose- und Behandlungsarsenals hat zu Spannungen zwischen medizintechnischen Optionen und normativen Positionen geführt. Verfügbarkeit und Akzeptierbarkeit von Medizintechnik können auseinanderfallen. Die Fortpflanzungsmedizin mit ihrem größer werden den Füllhorn von Reproduktionstechniken bietet anschauliche Beispiele für Rechtskonflikte zwischen freier Methodenwahl und regulativer Grenzziehung. So werden einerseits »reproduktive Autonomie«, das »Recht auf Fortpflanzung« und ein »Recht

55 Hierzu etwa die von der Bundesärztekammer formulierten »Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion«, DÄBl. 1998, A 3166.

56 So Laufs in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 129.

57 So die Terminologie in Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 85 ff., 153 ff., 255 ff.

58 Laufs in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 129 Rz. 1.

59 Laufs, a.a.O., § 129 Rz. 3.

60 Ausführlich zur Gesamtproblematik Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«: Schlussbericht, 2002, S. 61 ff., 94 ff., 132 ff., 146 ff.; Überblick über die diversen Technikvarianten etwa bei Dagmar Coester-Waltjen: Die künstliche Befruchtung beim Menschen, Gutachten zum 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. B 9 ff.; Monika Lanz-Zumstein: Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, 1990, S. 5 ff.

auf das eigene Kind« bis hin zum »Recht auf ein eigenes und gesundes/perfektes Kind« propagiert. Andererseits gibt es *medizinisch verfügbare*, aber *normativ problematische oder strikt verbotene Optionen*. Insofern sei auf Präimplantationsdiagnostik, Leihmutterchaft und Eizellenspende, außerdem auf insofern international unterschiedliche Rechtslagen verwiesen.

An den genannten Beispielen zeigt sich deutlich, welche Spannungen einschlägige Regulierungen, gar Verbote⁶¹ zwischen individuellen Rechten und regulatorischen Konzepten und auch zwischen *medizinischem Indikationskonzept und normativem Verbotskonzept* verursachen können. Für die *Eizellenspende* repräsentativ und auf die deutsche Rechtslage grundsätzlich übertragbar ist insofern eine Entscheidung des *österreichischen Verfassungsgerichtshofs*.⁶² Die Klägerinnen hatten sich gegen ihrer Auffassung nach grundrechtsverletzende Verbote des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes gewandt, wonach einmal die Samenspende verknüpft mit In-vitro-Fertilisation und zum anderen die Eizellenspende generell untersagt sind. Der Verfassungsgerichtshof hatte einige Mühe, die gesetzlichen Verbote zu rechtfertigen und damit die Abweisung der Klage auf der Grundlage des österreichischen Verfassungsrechts einschließlich der Europäischen Menschenrechtskonvention zu begründen. Die Rechtfertigungsbedürftigkeit von Freiheitsbeschränkungen und der unterschiedlichen Behandlung einerseits erlaubter und andererseits verbotener Reproduktionstechniken und die damit verbundenen Begründungsprobleme werfen nicht nur die Frage des Zugangs, sondern auch des gleichen Zugangs zu neuen Medizintechniken und somit nach der Meßlatte des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes auf.⁶³ Nicht zufällig machen Reproduktionsmediziner mit Blick auf die Eizellenspende geltend: »Ein Verbot in Deutschland erscheint nicht weiter gerechtfertigt im Sinne einer Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 3 GG). Eine Angleichung an europäische Verhältnisse ist wünschenswert.«⁶⁴ Auch das österreichische Verbot der Samenspende im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation stelle, entgegen der Auffassung des Verfassungsgerichtshofs, eine »krasse Ungleichbehandlung«⁶⁵ dar.

61 Vgl. für Deutschland § 1 II Nr. 1, 2 Embryonenschutzgesetz. Zur international unterschiedlichen Rechtslage etwa die Beiträge in Jochen Taupitz (Hrsg.): *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?*, 2002.

62 (Österreichischer) Verfassungsgerichtshof MedR 2000, 389; dazu etwa Brigitta Lurger: *Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof*, Deutsches und Europäisches Familienrecht 2000, 134; Dagmar Coester-Waltjen: *Fortpflanzungsmedizin, EMRK und österreichische Verfassung*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2000, 598. Bernat: *Urteilsanmerkung*, MedR 2000, 394; Richard Novak: *Fortpflanzungsmedizingesetz und Grundrechte*, in: Erwin Bernat (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik*, 2000, S. 62

63 Vgl. auch Art. 3 Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin: »Gleicher Zugang zur Gesundheitsversorgung«.

64 Thomas Karotzke: *Keimzellenspende – Medizinische, soziale und juristische Aspekte*, in: Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, 2001, S. 122 (130).

65 Herbert Zech: *Erfahrungen mit dem Fortpflanzungsmedizingesetz am Institut für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie (Bregenz): eine kritische Bestandsaufnahme*, in: Bernat (Hrsg.), a.a.O., S. 17 (19).

Der angesprochene Rechtskonflikt wirft auch tiefgreifende Probleme zwischen expandierender *medizinischer Indikation* und restriktiver *rechtlicher Regulierung* auf. Dies betrifft bereits die terminologische Fassung des Indikationsbegriffs: ist eine technisch verfügbare medizinische Option auch bei normativer Unverfügbarkeit »indiziert«? Vertreter der Reproduktionsmedizin scheinen dies mitunter als unproblematisch zu unterstellen, wenn etwa von den »Indikationen zur Eizellspende« im Sinne einer »wissenschaftlich begründeten Behandlungsform«⁶⁶ die Rede ist. In einer solchen Sichtweise würde die technische Option als bloß faktische Handlungsmöglichkeit mit der Indikation gleichgesetzt. Die bloße »Machbarkeit«, gegebenenfalls kombiniert mit der von Patienten artikulierten »Wünschbarkeit« einer technischen Interventionsmöglichkeit (hier zur Überwindung von Fertilitätsdefekten), würde den Indikationsstatus bestimmen und dies unabhängig von normativen/rechtlichen Restriktionen.⁶⁷ Die medizinische »Indikation« einer rechtlich untersagten medizinischen Option verweist auf begriffliche, kategoriale Probleme, insbesondere aber inhaltliche Probleme beim Umgang mit dem Indikationskonzept und insofern auch auf mögliche Normkonflikte zwischen Medizin und Recht.

Es ist an dieser Stelle noch einmal an die oben bereits angesprochene Kategorien- und Normbildung zu erinnern: einerseits an die Trias der Legitimationselemente für ärztliches Handeln, nämlich Indikation, informed consent und standardgemäße Behandlung; andererseits an die Definition der Indikation als der ärztliches Handeln rechtfertigende »Grund zur Anwendung eines medizinischen Verfahrens in einem Krankheitsfall« und die objektive fachwissenschaftliche, aber den individuellen Patientenkontext berücksichtigende Basis dieses Grundes. Es kommen daher für die Konturierung des Indikationsbegriffs drei ganz unterschiedliche Aspekte in den Blick: fachwissenschaftliche Handlungsoption, Patientenoption/-wille und gesellschaftliche Norm-/Rechtsbildung (Zulässigkeit, Verbot). Insofern ist die Trennung der ersten beiden Aspekte, also Indikation und Patientenautonomie, auf der Ebene des Indikationsbegriffs traditionell vorgegeben, aber zunehmend problematisch. Das Verhältnis zwischen dem ersten und dritten Aspekt, also Indikation und rechtliche Normbildung, ist bislang rechtlich kaum abschließend geklärt. Auf den ersten Blick könnte man dies mit dem Hinweis auf sich beruhen lassen, im Ergebnis sei eben eine verbotene Medizintechnik nicht verfügbar, ob »indiziert« oder nicht. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß eine Einbeziehung der rechtlichen Verfügbarkeit in das Indikationskonzept wohl nicht nur zu begrifflicher Integration dieses Rechtsaspekts bereits in die medizinische Begriffsbildung führen würde, sondern möglicherweise auch zu praktischen Folgen bei der Legitimation und Kommunikation ärztlichen (Nicht-)Handelns auf der Arzt-Patienten-Ebene. Nur zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, daß die Situation bei einer technisch, nicht aber normativ verfügbaren Behandlungsmethode deutlich von dem allgemeinen Problem der Entscheidungsbefugnis über die Wahl zwischen mehre-

66 Thomas Karotzke, a.a.O., S. 122 (128, 130).

67 Zum Aspekt der »Machbarkeit« und der Konfrontation der Reproduktionsmediziner mit »unterschiedlichsten Wünschen« seitens Patienten/Patientinnen Zech, a.a.O., S. 17.

ren verfügbaren Behandlungsmethoden zu unterscheiden ist.⁶⁸ Und es ist hervorzuheben, daß Befürworter eines »liberaleren« Fortpflanzungsmedizinrechts mit dem Plädoyer für die Zulassung bisher verbotener Techniken zwangsläufig auch ihrerseits wieder mit der Indikationsproblematik konfrontiert sind. So wird beispielsweise das aus der fortpflanzungsmedizinischen Praxis stammende grundsätzliche Votum für die Zulassung der Eizellspende mit deren Bindung an eine »strenge medizinische Indikation« verknüpft.⁶⁹

bb) Auch auf der *Teilhabe- oder Leistungsebene* taucht in der Sache die Indikationsproblematik auf. Hier geht es um Patientenrechte als Leistungsrechte auf Finanzierung medizinischer Leistungen. Einschlägige Probleme stellen sich grundsätzlich im sozial- wie privatversicherungsrechtlichen Sektor. Im Bereich der *gesetzlichen Krankenversicherung* hat der Patient Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie »notwendig« ist, um eine Krankheit zu erkennen oder zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern (§ 27 I, 1 SGB V). Und es ist nach der gesetzlichen Regelung (wenn auch an anderer Stelle⁷⁰) die »medizinische Notwendigkeit der Leistungen« gleichbedeutend mit der »Indikation« (§ 106 IIa Nr. 1 SGB V). Auch insofern sieht der Gesetzgeber besonderen Anlaß, auf die hier zur Debatte stehende Fortpflanzungsmedizin einzugehen. So gehören zur Krankenbehandlung unter bestimmten Voraussetzungen auch »Leistungen zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit« (§ 27 I, 4 SGB V) und, was hier mehr interessiert, der »künstlichen Befruchtung« in der Form von »Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft«. Diesem Leistungsrecht stehen allerdings alsbald Leistungsbegrenzungen gegenüber. So beschränkt sich die Leistungspflicht der GKV regelmäßig auf Fälle mit »hinreichender Aussicht« auf Erfolg, auf vier »Versuche« der künstlichen Befruchtung, auf den Einsatz bei Verheirateten und auf Ei- und Samenspende im homologen System und setzt eine vorherige *Beratung* durch einen anderen Arzt unter medizinischen und psychosozialen Gesichtspunkten zwingend voraus (§ 27a SGB V). Der Gesetzgeber hat insofern eine Sonderregelung für angemessen erachtet.

In bemerkenswerter Parallelität ist seitens der Ziviljustiz für die *Privatversicherung* entschieden worden.⁷¹ Auch insofern ging es um die Auslegung dessen, was als »medizinisch notwendige Heilbehandlung wegen Krankheit« anzusehen ist, also in der

68 Zur zivilrechtlichen Problematik von Behandlungsalternativen Damm: Medizintechnik und Arzthaftungsrecht. Behandlungsfehler und Aufklärungsfehler bei medizintechnischen Behandlungsalternativen, NJW 1989, 737; zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Wahl der Behandlungsmethode Francke: Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S.149 ff.

69 Thomas Karotzke: Keimzellspende – Medizinische, soziale und juristische Aspekte, in: Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 122 (131); Eberhard Nieschlag u.a.: Keimzellspende: Möglichkeiten und Entwicklungen, in: Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.), a.a.O., S. 109 (112, 121).

70 Es kann hier nicht näher auf die sozialrechtliche Terminologie und Systematik im Umgang mit dem Begriff des »Notwendigen« eingegangen werden. Dies gilt nicht zuletzt auch für die zentralen Vorschriften der §§ 12 I, 1 und 70 I, 2 SGB V, nach denen einschränkend die »Leistung« bzw. die »Versorgung« das »Maß des Notwendigen nicht überschreiten« darf.

71 BGHZ 99, 228.

Sache ebenfalls um die Indikation.⁷² Nach dieser Rechtsprechung ist die In-vitro-Fertilisation mit anschließendem Embryotransfer zwar grundsätzlich als notwendige und daher erstattungsfähige Heilbehandlung anzusehen. Aber auch hier ist der Grundsatz alsbald relativiert worden. So war in dem konkreten Fall nur für verheiratete Paare zu entscheiden, im übrigen wird die Grundaussage auch hier auf eine begrenzte Zahl von »Versuchen« und auf das homologe System begrenzt.

Auch diese Entscheidung belegt Schwierigkeiten, die im Bereich der Fortpflanzungsmedizin beim Umgang mit medizinischen und medizinrechtlich relevanten Grundbegriffen wie *Krankheit*, *Heilbehandlung* und *Indikation* bestehen. So ist in der Rechtsprechung bereits umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen ungewollte Kinderlosigkeit als Krankheit anzusehen ist.⁷³ Der diese Frage verneinende *Bundesgerichtshof* betrachtet dann allerdings die auf einer Eileiterstörung beruhende Sterilität der Klägerin als »eigene Krankheit«.⁷⁴ Für den privatversicherungsrechtlichen Bereich ist nach dieser Entscheidung »als Krankheit unabhängig von den *subjektiven Vorstellungen* des Versicherungsnehmers ein *objektiv nach ärztlichem Urteil* bestehender anomaler Körper- oder Geisteszustand zu verstehen«.⁷⁵ Und es wird dann mit erheblichem terminologischen und systematischen Aufwand die Begriffskette von *Krankheit* über *Heilbehandlung* bis zur *medizinischen Notwendigkeit* entfaltet. Im Anschluß an das zitierte fachwissenschaftlich orientierte Verständnis von Krankheit ist als »Heilbehandlung jegliche ärztliche Tätigkeit anzusehen, die durch die betreffende Krankheit verursacht worden ist, sofern die Leistung des Arztes von ihrer Art her in den Rahmen der medizinisch notwendigen Krankenpflege fällt und auf Heilung oder Linderung der Krankheit abzielt«.⁷⁶ Dieses Kriterium sieht der Bundesgerichtshof im Gegensatz zum Berufungsgericht auch bei der homologen In-vitro-Fertilisation als erfüllt an.⁷⁷ Schließlich geht es noch um die offensichtlich voraussetzungsvolle Bestimmung dessen, was als »medizinisch notwendige« (also indizierte) Heilbehandlung anzusehen ist: »Von der Notwendigkeit einer Behandlung ist auszugehen, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Zeitpunkt der Behandlung vertretbar ist, sie als medizinisch notwendig anzusehen ... Das ist im allgemeinen der Fall, wenn eine wissenschaftlich allgemein anerkannte Behandlungsmethode zur Verfügung steht, die geeignet ist, die Krankheit in dem beschriebenen Sinne zu heilen oder zu lindern. Soweit es sich um den Ersatz vitaler körperlicher Funktionen handelt, entspricht das dem allgemeinen Verständnis der Krankenversicherungsbedingungen«.⁷⁸

72 So die Formulierung im Leitsatz von BGHZ 99, 228 und in den vom Gericht zitierten Versicherungsbedingungen der privaten Krankenversicherung.

73 Verneinend im Grundsatz für Kinderlosigkeit als solche BGHZ 99, 228 (230); anders dagegen LG Nürnberg-Fürth NJW 1984, 1828; LG Stuttgart VersR 1985, 776; SG Gelsenkirchen NJW 1984, 1839.

74 BGHZ 99, 228 (230).

75 BGHZ 99, 228 (230) (Hervorhebungen hinzugefügt).

76 BGHZ 99, 228 (231).

77 BGHZ 99, 228 (231).

78 BGHZ 99, 228 (233 f.).

In unmittelbarem Anschluß hieran kommt es dann für die Fortpflanzungsmedizin zu einer Gratwanderung zwischen objektiven und subjektiven Elementen der Begriffsbildung, dem Verhältnis von Krankheits-, Heilbehandlungs- und Indikationsbegriff sowie dem Gewicht der Patientinnenautonomie: »Das körperliche Leiden der Klägerin besteht ... nicht in ihrer Kinderlosigkeit und nicht (nur) in ihrer Eileiteranomalie. Die fehlende Fortpflanzungsfähigkeit betrifft zwar nicht in dem Sinne eine vitale körperliche Funktion, daß die Kranke nicht auch ohne diese Fähigkeit weiterleben könnte. Jedoch entzieht sich der in Ausübung des *Selbstbestimmungsrechts* gefaßte Entschluß von Ehegatten, ein gemeinsames Kind zu haben, der rechtlichen Nachprüfung auf seine Notwendigkeit. Daher ist es schon im Ansatz verfehlt, die Frage nach der ›Notwendigkeit‹ der *Erfüllung des Wunsches* nach einem von den Eheleuten stammenden Kind zu stellen.«⁷⁹ An dieser Stelle wäre eine genauere Zuordnung der Aspekte »Selbstbestimmungsrecht« und »Wunscherfüllung« zur medizinrechtlichen Begriffsentfaltung von Krankheit, Heilbehandlung und Indikation sowie des Standorts von Patientenautonomie innerhalb oder außerhalb dieser Trias von Interesse gewesen. Erst dann ließe sich die Tragweite der vom Gericht zunächst für den Indikationsbegriff unterstrichenen Trennschärfe zwischen objektiven und subjektiven Elementen der Begriffs- und Systembildung genauer einschätzen. Dies ist weder für die zivil- noch die sozialrechtliche Ebene von nur theoretischem Interesse, sondern potentiell praxis- und entscheidungsrelevant, da es auch im je konkreten Fall einen Unterschied machen mag, ob es an einer Krankheit, einer Heilbehandlung, an der Indikation dieser Behandlung oder an der selbstbestimmten Entscheidung des Patienten hinsichtlich der Behandlung fehlt.

Ergänzend sei hinzugefügt, daß es nach der grundsätzlichen höchstrichterlichen Bejahung von Krankheit, Heilbehandlung und Indikation noch zu bemerkenswerten Einschränkungen der Leistungsansprüche kommt, deren Einordnung in den vordem entwickelten Begründungsgang nicht ohne weiteres auf der Hand liegt. So sind, *erstens*, nach dem vorläufig erreichten Ergebnis des Gerichts die Kosten der IVF »im Grundsatz voll zu erstatten«. Indes unterstehe auch das private Versicherungsverhältnis, und dies »sogar in besonderem Maße«, den Grundsätzen von Treu und Glauben: »Der Versicherungsnehmer muß bei der Inanspruchnahme dieser besonders kostenträchtigen und nicht vital lebensnotwendigen Behandlung in angemessener Weise Rücksicht auf den Versicherer und die Versichertengemeinschaft nehmen«. Es muß deshalb die IVF nicht nur das einzige Mittel zur Herbeiführung der Schwangerschaft sein und bei der betroffenen Frau eine »deutliche Erfolgsaussicht« bestehen, sondern es kann auch der »Versuch nicht beliebig oft wiederholt« werden.⁸⁰ Das Privatrecht reguliert hier nach klassischer Generalklauselmethode, was der Sozialgesetzgeber regulativ vorgibt, wenn nach § 27a SGB V neben der Erforderlichkeit der Behandlung deren »hinreichende Aussicht« auf Erfolg und eine Obergrenze von vier »Versuchen« vorgesehen sind.

Es wird, *zweitens*, für die Leistungsebene weiter danach unterschieden, ob der medizinische Defekt bei dem/der Versicherten oder dem Partner liegt. Es besteht hinsicht-

79 BGHZ 99, 228 (234), mit Hinweis auf insoweit abweichende Rechtsprechung (Hervorhebungen nicht im Original).

80 Alle Zitate BGHZ 99, 228 (235).

lich einer IVF kein Kostenerstattungsanspruch der Frau, wenn diese selbst »gesund« ist: »Sie ist nicht schon deshalb krank ..., weil ein gemeinsamer Kinderwunsch infolge der Fortpflanzungsunfähigkeit ihres Partners nicht verwirklicht werden kann«. ⁸¹ Und schließlich, *drittens*, hatte das Gericht entsprechend des die Ziviljustiz prägenden Einzelfallbezugs in einer weiteren, medizintechnisch vorgegebenen Differenzierung über die heterologe IVF und andere Reproduktionstechniken nicht zu entscheiden. Insofern deutet der BGH lediglich an: »Der Senat hat andere Möglichkeiten moderner Biotechnologie, etwa die heterologe In-vitro-Fertilisation, nicht in seine Betrachtung eingeschlossen. Diese anderen Anwendungsgebiete werfen je eine Fülle von Problemen eigener Art auf, die eine schlichte Übertragung der hier maßgebenden Grundsätze verbieten«. ⁸²

Auch diese drei Gesichtspunkte unterstreichen, daß eine strikt objektivierbare medizinwissenschaftliche Kriterienbildung des (hier: leistungsbezogenen) Indikationsrechts aus verschiedenen Richtungen unter Druck gerät, so hier mit Blick auf Wirtschaftlichkeitsaspekte, den Krankheitsbegriff und biotechnologische Entwicklungen. Es geht, in der Sprache des Sozialrechts, hinsichtlich des Maßstabs des Indizierten nicht bloß um die Bestimmung des »Notwendigen«, sondern immer auch um das »Maß des Notwendigen«, dessen Überschreitung gesetzlich untersagt ist (§§ 12 I, 1 und 70 I, 2 SGB V). Wie sehr die Leistungsebene unter dem Aspekt der biomedizinischen Entwicklung mit »ethischen Grenzen« und »Fragen von außerordentlicher Brisanz« in Berührung kommt, zeigt die kontroverse sozialrechtliche Entwicklung zur intrazytoplasmatischen Spermajektion (ICSI). ⁸³

cc) Auf der *Durchführungs- oder Anwendungsebene* geht es um die Bestimmung der Indikation in der Praxis (technisch wie normativ) zugänglicher Technikvarianten. Diese Bestimmung kann in besonders sensiblen medizinischen Bereichen wie der Reproduktionsmedizin auf normativer Ebene ihren Niederschlag in Gesetzen ⁸⁴ und professionsinternen Regeln ⁸⁵ finden. Dabei ist die Indikationsproblematik auch ausweislich der Normtexte deutlich von beschränkenden Zulässigkeitsgrenzen zu unterscheiden. ⁸⁶ *Aufklärung und Beratung* erhalten einen besonderen Stellenwert und müs-

81 BGH NJW 1998, 824 (hier wiederum offengelassen der Kostenerstattungsanspruch eines sterilen Mannes hinsichtlich In-vitro-Fertilisation bei seiner fortpflanzungsfähigen Frau).

82 BGHZ 99, 228 (235 f.).

83 Hierzu mit Rechtsprechungs-, Literatur- und Zitathinweisen Damm: Systembezüge individueller Patientenrechte. Zur Gesellschaftlichkeit von Gesundheit aus rechtlicher Perspektive, in: Angela Brand/Dietrich von Engelhardt/Alfred Simon/Karl-Heinz Wehkamp (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 48 (58).

84 So bei Vorliegen eines Fortpflanzungsmedizingesetzes; zur Indikation etwa Art. 5 schweizerisches FortpflanzungsmedizinG.

85 Zu Indikationen und Kontraindikationen für IVF, Embryotransfer und ICSI in der Regelbildung der BÄK deren »Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion« (dort unter Punkt 3.2).

86 So beispielsweise hinsichtlich bestimmter Paarbeziehungen, »Alter und persönliche Verhältnisse« und nicht zuletzt des »Kindeswohls«, vgl. Art. 3 schweizerisches FortpflanzungsmedizinG; »stabile Paarbeziehungen« bei Nichtverheirateten, Ausschluß gleichgeschlechtlicher Paare und »alleinstehender« Frauen, vgl. die genannten Richtlinien der BÄK (unter 3.2.3: »Elterliche Voraussetzungen«).

sen nicht nur sehr detailliert die originär medizinischen Aspekte beinhalten, sondern sollen umfassender die »relevanten medizinischen, juristischen und sozialen Gesichtspunkte« berücksichtigen, überdies soll dem Paar eine »kompetente Beratung über dessen mögliche psychische Belastung und die für das Wohl des Kindes bedeutsamen Voraussetzungen zuteil« werden.⁸⁷

b) Pränataldiagnostik

So intensiv wie kaum in einem anderen Bereich ist für die pränatale Diagnostik das Indikationskonzept einschließlich seiner Verknüpfung mit der Informations-, Beratungs- und Selbstbestimmungsproblematik auf fachwissenschaftlicher, rechtlicher, rechtspolitischer und auch gesellschaftlicher Ebene diskutiert worden. Insgesamt besteht auf diesem Gebiet ein besonders deutlich ausgeprägtes Spannungsverhältnis zwischen *Indikationsmedizin* und *Wunschmedizin*. Letztlich geht es nicht isoliert um fachwissenschaftliche Fragen nach Indikationen und Methoden, sondern, auch im internationalen Vergleich, um die Auswirkungen unterschiedlicher Gesundheitssysteme⁸⁸ und medizinethischer Orientierungen, nicht zuletzt um die Reichweite des rechtlichen Schutzes ungeborenen Lebens und der Freigabe der Abtreibung.

Diese Diskussion findet vor dem Hintergrund eines »dramatischen Anstiegs«⁸⁹ der Anwendung dieser Diagnostik statt. Insofern geht es um die Gleichzeitigkeit einer »Ausweitung des Indikationskatalogs« und einer »gesteigerten Nachfrage durch Schwangere«⁹⁰ und auch um die unterschiedlichen Verwendungsweisen des Indikationsbegriffs als Indikation eines pränataldiagnostischen Verfahrens einerseits und der Indikation im Sinne des Abtreibungsrechts andererseits. Insgesamt liegt den tiefgreifenden Entwicklungen auf diesem Gebiet ein komplexes Gemisch medizintechnischer, ökonomischer und rechtlicher Rahmenbedingungen zugrunde, auf die an dieser Stelle nicht im Einzelnen einzugehen ist. Festzuhalten ist aber für die hier interessierende Themenstellung, daß die »Ausweitung der Indikationen«, die »Aufweichung der Altersindikation« bei gleichzeitiger »Ausweitung der »psychologischen Indikation«⁹¹ im Zentrum der einschlägigen Debatten stehen. Die Bundesärztekammer hat in ihren »Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen« zur Aufgabe der Altersgrenze von 35 Jahren festgestellt: »Die strenge Einhaltung einer unteren Altersgrenze der Schwangeren als definierte medizinische Indikation zur invasiven pränatalen

87 BÄK-Richtlinien (unter 3.2.2 und 3.4); vgl. auch § 7 österreichisches FortpflanzungsmedizinG.

88 Irgard Nippert: Was kann aus der bisherigen Entwicklung der Pränataldiagnostik für die Entwicklung von Qualitätsstandards für die Einführung neuer Verfahren wie der Präimplantationsdiagnostik gelernt werden?, in: Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 293 (296).

89 Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«, Schlussbericht, 2002, S. 176; dort auch Angaben zur quantitativen Entwicklung und zu den Steigerungsraten einzelner Methoden der Pränataldiagnostik, a.a.O., S. 159, 162 f.

90 Irgard Nippert, a.a.O., S. 295.

91 Zitate aus Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«, a.a.O., S. 156, 158.

Diagnostik, die auf das altersabhängige Risiko der Mütter für Chromosomenanomalien des Kindes abhob, wurde inzwischen verlassen«. ⁹² Damit wurde das Alter der Schwangeren tendenziell durch die Ermittlung spezifischer Risiken ersetzt. ⁹³ Allerdings wurde diese Orientierung am Risiko im Einzelfall ihrerseits seit Beginn der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts durch Ausweitung der »psychologischen Indikation« relativiert, eine Entwicklung, die sich aufgrund des »Nachfragedrucks« vor allem seitens junger und gut ausgebildeter Frauen der oberen Mittelschicht und Oberschicht vollzog. Diese Frauen »akzeptierten die bestehende Definition des Altersrisikos nicht und versuchten entweder die Grenze für die geltende Altersindikation zur PD für sich persönlich zu senken oder völlig zu umgehen«. ⁹⁴ Im Ergebnis »unterminierte die Anpassung der Indikation zur PD an die Nachfrage im gewissen Sinn das Konzept der medizinischen Indikation, das sich an der Höhe des Risikos orientiert«. ⁹⁵ Neben diesen nachfrageorientierten Expansionstendenzen wird mit Blick auf die Seite der Ärzteschaft auf eine »angebotsinduzierte Nachfrage« verwiesen, insbesondere mit Hinweisen auf die medizintechnische Entwicklung ⁹⁶, das Arzthaftungsrecht ⁹⁷ und das leistungsspezifische Sozialrecht ⁹⁸. Insgesamt hat sich die »Entwicklung der PD von der eng gefaßten Indikation für Schwangere mit einem a priori erkennbar erhöhten genetischen Risiko hin zum Angebot der Abklärung genetischer Risiken für alle Schwangere« vollzogen. ⁹⁹ Insofern könnte man in abweichender Akzentuierung für diesen Bereich von einer Abschaffung statt von einer Ausweitung des Indikationskonzepts sprechen oder auch davon, daß nicht ein spezifisches Risiko der Schwangerschaft, sondern die Schwangerschaft als solche pränataldiagnostische Interventionen indiziert.

Vor diesem Hintergrund sind zwei Aspekte von besonderem Interesse. Der eine betrifft die *fachwissenschaftliche Reaktion* hinsichtlich des Indikationsbegriffs und der andere, wie sich zeigen wird damit zusammenhängend, der auch hier offensichtliche Bedeutungszuwachs der *informationellen Dimension* ärztlichen, hier pränataldiagnostischen Handelns. Für den ersten Gesichtspunkt sei auf eine fachwissenschaftliche Stellungnahme verwiesen. Danach besteht das Problem, »dass der klassische Indikationsbegriff, der immer das medizinisch Notwendige impliziert (Indikation = zwingender Grund), in einem Bereich nicht greifen kann, der in erster Linie einer persönlichen

92 Bundesärztekammer: Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, DÄBL. 1998, A 3236.

93 Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«, a.a.O., S. 159.

94 Nippert, a.a.O., S. 295; Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«, a.a.O., S. 167.

95 Nippert, a.a.O., S. 295; die Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«, a.a.O., S. 179, stellt bündig fest: »Die Erfahrungen mit der PND zeigen, dass der Versuch der Begrenzung auf bestimmte Indikationen ... gescheitert ist«.

96 Dazu etwa Nippert, a.a.O., S. 296.

97 Dazu etwa Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«, a.a.O., S. 160 f., 173 ff., in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung, insbesondere BGHZ 89, 95 (1983) und den unterschiedlichen Positionen des ersten und zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts.

98 Dazu Enquete-Kommission »Ethik und Recht der modernen Medizin«, a.a.O., S. 162 ff.

99 Nippert, a.a.O., S. 293.

Abwägung unterliegt: Pränataldiagnostische Maßnahmen sind also nicht in dem gleichen Sinn indiziert wie etwa eine lebensrettende Operation, wohl aber besteht bei jeder Schwangerschaft eine Indikation zu einer Aufklärung über vorgeburtlich-diagnostische Möglichkeiten.¹⁰⁰ Dieser Hinweis des Humangenetikers bildet den Entwicklungsprozeß der Pränataldiagnostik im Brennpunkt Indikation gut ab. Er löst aber gewiß noch nicht die damit aufgeworfenen Probleme. Ist die »persönliche Abwägung« der betroffenen Person als solche *indikationsbegründend* oder *Voraussetzung der Indikation* oder in der Folge einer angemessenen Aufklärung und Beratung *Voraussetzung des Einsatzes einer objektiv indizierten medizinischen Maßnahme*? Die erste Variante liefe auf einen bemerkenswerten Gestaltwandel des Indikationskonzepts hinaus und zwar auch dann, wenn man in Rechnung stellt, wie sehr diese Diagnostik persönlichen Entscheidungsbedarf aufwirft. Die zitierte sprachliche Wendung einer »Indikation zu einer Aufklärung« verknüpft auch in medizinrechtlich relevanter Weise *Indikation und Information* und damit auch den zweiten mit dem ersten der soeben angesprochen Aspekte. Soweit mit dieser Formel lediglich, in einer gewissermaßen umgangssprachlichen Verwendung des Indikationsbegriffs, die in der pränataldiagnostischen Situation zweifellos ganz zentrale Bedeutung von Aufklärung und Beratung unterstrichen werden soll, kann dem nur zugestimmt werden. Wenn allerdings der Indikationsbegriff in diesem Zusammenhang in seinem bislang medizinisch wie medizinrechtlich vertrauten, fachterminologisch verfestigten Sinn des »Grundes« für den Einsatz der medizinischen Maßnahme verstanden sein sollte, wäre der Diskurs nicht zu Ende, sondern erst eröffnet. Denn es wäre mit der Formel von der »indizierten Aufklärung« die Frage aufgeworfen, ob in diesem Medizinbereich *Indikation und Information* verknüpft, aber inhaltlich doch geschieden bleiben sollten oder ob *Information statt Indikation* zu einer auch normativ sehr grundsätzlichen Umbildung nicht nur der Terminologie, sondern auch der Normativität ärztlichen Handelns führen sollte.

Ungeachtet dieser Grundsatzfragen nach dem Verhältnis von Indikation und Information auf der Legitimationsebene besteht auch in diesem Bereich wohl Übereinstimmung hinsichtlich der besonderen Bedeutung von Aufklärung und Beratung auf der Durchführungsebene pränataldiagnostischer Praxis. Insofern spielt nicht zufällig der Befund vielfach »mangelhafter Beratungsleistung« und daher die Forderung nach ausreichenden und »qualifizierten Beratungskonzepten« eine auch rechtspolitisch zentrale Rolle.¹⁰¹

100 Schmidtko: Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, in: Stefan F. Winter/Hermann Fenger/Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, 2001, S. 440.

101 Vgl. nur Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin, a.a.O., S. 179 ff.; Heribert Kantenich: Assistierte Reproduktion: Probleme der Information, Aufklärung und zur Problematik neuer technischer Verfahren, in: Bundesgesundheitsministerium (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin, 2001, S. 256.

2. *Sektio auf Wunsch*

Der Begriff der Indikation hat in der Geburtshilfe lange Zeit eine untergeordnete Rolle gespielt, war er doch reserviert für Fälle einer drohenden oder eingetretenen Geburtskomplikation.¹⁰² In den Ländern der sogenannten Ersten Welt ist es jedoch in den letzten 20 Jahren zu einer Verdoppelung der Sektiorate gekommen, die weder medizinisch noch statistisch ohne weiteres erklärt werden kann.¹⁰³ Zu Recht wird von medizinischer Seite darauf verwiesen, daß die damit angedeuteten Entwicklungstendenzen keineswegs auf bloß isolierten Verhaltens- und Orientierungsänderungen hinsichtlich der Schnittentbindung beruhen. Vielmehr konnte erst die Veränderung komplexer Rahmenbedingungen zu dieser Steigerung der Sektiorate führen. Insofern wird auf die Reduktion von Mortalität und Morbidität bei der Sektio einerseits und die zunehmende Sensibilisierung für Probleme der vaginalen Geburt andererseits verwiesen, aber auch auf den forensischen Druck auf die Ärzteschaft sowie die zunehmende Bedeutung des Patientenwillens¹⁰⁴. Dem kann hier nicht im einzelnen nachgegangen werden. An dieser Stelle ist von entscheidender Bedeutung, daß mit Blick auf das auch hier unter Druck geratene Indikationskonzept von einem »Paradigmenwechsel« und »tiefgreifenden Wandel in der Geburtshilfe«¹⁰⁵ die Rede ist. Die Frage, wie eine Geburt zu erfolgen hat, unterliegt wie auch andere Bereiche der Medizin einer sich wandelnden gesellschaftlichen Bewertung.¹⁰⁶ Die Entwicklung der Geburtshilfe hat zu einem Mehr an Technisierung und Technikgläubigkeit auch in diesem Medizinbereich geführt.¹⁰⁷ Der Konflikt zwischen Technik und »Natürlichkeit« hat in der aktuellen Diskussion um Wunschsektio und Indikation einen neuen Höhepunkt erreicht.

In dieser medizinisch, medizinethisch und medizinrechtlich geführten Debatte spielt die Neubewertung des Indikationsbegriffes und der Stellenwert der Information der Schwangeren eine zentrale Rolle.¹⁰⁸ Dabei wirft die Unterscheidung zwischen indizierter Sektio und Wunschsektio auch deshalb Probleme auf, weil die quantitative Ausweitung der elektiven Sektio nicht zuletzt über die verstärkte Anerkennung »relativer« Indikationen erfolgt ist.¹⁰⁹ Es ist aufschlußreich, daß mittlerweile auf drei Varianten dieser Ausweitung verwiesen wird: Erweiterung der medizinischen Indikation,

102 Die vaginale Geburt wurde und wird von der Rechtsprechung als Methode der ersten Wahl angesehen, so etwa in BGH VersR 1991, 703 f. Hierzu näher Becker-Schwarze: Rechtliche Probleme bei der Sektio auf Wunsch?, Zentralblatt für Gynäkologie, 2001, 1 ff. (4).

103 Husslein/Langer, Elektive Sektio vs. vaginale Geburt – ein Paradigmenwechsel in der Geburtshilfe?, Der Gynäkologe 2000, 849 (850).

104 Husslein/Langer, a.a.O., S. 850 f.

105 Husslein/Langer, a.a.O., S. 850.

106 Bockenheimer-Lucius, Zwischen »natürlicher Geburt« und »Wunschsektio« – Zum Problem der Selbstbestimmtheit in der Geburtshilfe, Ethik in der Medizin 2002, 187 f.

107 Gerd Eldering, Die sanfte und sichere Geburtshilfe – »Alternative« komplementäre Wege, Der Gynäkologe 1999, 31 ff.

108 Bockenheimer-Lucius, a.a.O., S. 188.

109 So auch Becker-Schwarze, a.a.O., S. 2, die zutreffend darauf hinweist, daß die rechtliche Auseinandersetzung in der Praxis gerade durch die Ausdehnung »relativer« Indikationsstellungen umgangen werde.

psychische Indikation und Wunschsektio im engeren Sinne nach unkomplizierter Schwangerschaft und ohne Vorliegen irgendeiner medizinischen oder psychischen Indikation.¹¹⁰ So spannt sich ein »weiter Bogen von zwingenden medizinischen Indikationen bis zu mehr oder weniger ausschließlichem Patientenwunsch«. ¹¹¹ Durch die unter Geburtshelfern teilweise bevorzugte Bezeichnung als elektive Sektio wird dieser Patientenwunsch und der frei gewählte Charakter des Eingriffs unterstrichen, »das Problem der Indikation jedoch verschleiert«. ¹¹² Aufschlußreich ist denn auch das fachwissenschaftliche Postulat, wonach die Wunschsektio vor dem Hintergrund der Veränderungen in der medizinischen Bewertung von Vaginal- und Schnittentbindung und der »zunehmenden Bedeutung des Patientenwillens« auch bei »Fehlen jeglicher medizinischer Notwendigkeit« und daher »ohne Vorliegen medizinischer Indikation« einsetzbar sein sollte, aber dann zugleich kompensatorisch und »zwangsläufig eine besonders aufwendige Aufklärung« für erforderlich gehalten wird. ¹¹³ Dies entspricht jedenfalls in der Grundtendenz dem rechtlichen Votum, wonach »das Minus auf Seiten der Indikation durch ein Plus an Aufklärung ausgeglichen werden (muß)«. ¹¹⁴ Auch dieses Kompensationskonzept kommt allerdings nicht an dem Umstand vorbei, daß ihm eine Relativierung des Indikationskonzepts zugrunde liegt – oder gar schon seine Verabschiedung in einem wichtigen Medizinbereich? Insofern steht für den Bereich der Geburtshilfe die Medizinererwägung im Raum: »Vielleicht müssen wir daher umdenken und den bisher als unantastbar geltenden Begriff der Indikation ein wenig in Frage stellen«. ¹¹⁵ Allerdings wirft dieses Infragestellen des Indikationsbegriffs weitreichende Folgefragen für Medizin und Medizinrecht auf, deren genauere Formulierung, geschweige denn Beantwortung noch kaum aufgenommen worden ist.

3. Transplantationsmedizin

Besondere Bedeutung kommt dem Indikationskonzept im Zusammenhang der Transplantationsmedizin und ihrer rechtlichen Verfassung zu. Dabei sind zwei Bereiche mit gänzlich unterschiedlichen Problemstellungen zu unterscheiden. So geht es einmal um

110 Husslein/Langer, a.a.O., S. 850, mit Konkretisierungen in medizinischer Hinsicht; Bockenheimer-Lucius, a.a.O., S. 191 f., weist daraufhin, daß auch die Wunschsektio nicht als völlig indikationslos angesehen werden könne, da der Wunsch der Frau zumeist auf realen Befürchtungen und nicht auf einer Laune beruhe. Insofern muß allerdings angemerkt werden, daß der Begriff der Indikation auf diesem Wege aus seinem medizinisch-fachwissenschaftlichen Kontext herausgelöst wird.

111 Husslein/Langer, a.a.O., S. 850; zu den im herkömmlichen Sinne absoluten Indikationen der Sektio etwa die Beiträge von Husslein/Langer, a.a.O.; Bockenheimer-Lucius, a.a.O., S. 189, einschließlich des Hinweises, daß auf diese *absoluten* Indikationen (etwa lebensbedrohliche Blutungen oder Ruptur der Nabelschnur) etwa 10% aller Kaiserschnitte entfallen und daß es sich bei den verbleibenden 90% aller Schnittentbindungen um *relative* Indikationen handele.

112 Bockenheimer-Lucius, a.a.O., S. 190.

113 Husslein/Langer, a.a.O., S. 849.

114 Klaus Ulsenheimer: Ist ein Eingriff ohne medizinische Indikation eine Körperverletzung? Wunschsektio – aus rechtlicher Sicht, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, 61 (63).

115 Husslein/Langer, a.a.O., S. 854.

die Frage, wann eigentlich von einer *Indikation für eine Organtransplantation* auszugehen ist, zum anderen um den besonders problematischen Stellenwert medizinischer und informationeller Voraussetzungen der *Lebendspende*. In beiden Bereichen stellen sich sowohl auf medizinischer als auch rechtlicher Seite sehr grundsätzliche, jeweils aber recht unterschiedliche Fragen.

a) Indikation einer Transplantation

Für den ersten Aspekt der Indikationsbestimmung für eine Transplantation ist aus rechtlicher Sicht die Feststellung von zentraler Bedeutung, daß es insofern wichtige *gesetzliche Kriterien* und ausführliche, durch den Gesetzgeber im Wege der Delegation (§ 16 TPG) initiierte Regelwerke in Form von Richtlinien der Bundesärztekammer gibt.¹¹⁶ Es soll hier nicht auf die mittlerweile vielfach erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Regelungs- und Delegationskonzept des Gesetzgebers mit seinem weitgehenden Verzicht auf eigenständige Regelungen im Parlamentsgesetz zugunsten einer Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer eingegangen werden.¹¹⁷ Die gesetzliche Regelung beschränkt sich auf die Grundentscheidung, wonach über die Aufnahme in die jeweiligen Wartelisten »nach Regeln, die dem *Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft* entsprechen, insbesondere nach *Notwendigkeit* und *Erfolgsaussicht* einer Organübertragung« zu entscheiden ist (§ 10 II Nr. 2 TPG). Diese Regelung betrifft zwar zunächst die Wartelistenproblematik, die normative Kriterienbildung kehrt aber, wenn auch nicht so »indikationsnah«, bei der außerordentlich komplexen Problematik der Organallokation wieder. Nicht von ungefähr taucht hierzu die gleiche Grundformel wörtlich wieder auf (§ 12 III TPG). Allerdings hebt das Gesetz für die Allokationsfrage (»insbesondere«) »Erfolgsaussicht und Dringlichkeit« hervor, demgegenüber mit Blick auf die Wartelisten und im engeren Sinne indikationsspezifisch das Begriffspaar »Notwendigkeit und Erfolgsaussicht«. »Beiden Begriffen kommt damit eine in der Praxis wohl entscheidende, gesetzestechisch aber nur indizielle Wirkung mit Blick auf die Aufnahme auf die Warteliste zu.«¹¹⁸ Weder das Gesetz noch die Richtlinien enthalten eine Definition dieser beiden für die Aufnahmeentscheidung zentralen Begriffe, die überdies bei näherer Betrachtung zahlreiche Probleme bergen.¹¹⁹ Die sehr ins Detail gehenden Richtlinien schließen aber nicht zuletzt die für die einzelnen Transplantationsarten einschlägigen *Indikationen und Kontraindikationen* ein. Dabei sind die Richtlinien im hier interessierenden Zusammenhang übereinstimmend strukturiert. So geht es hinsichtlich der Wartelistenentscheidung jeweils um »Gründe für die Aufnahme« und »Gründe für die Ablehnung«, wobei in klassischer Terminologie die Aufnahmegründe als »Indikationen« und die Ablehnungsgründe als »Kontraindikationen« bezeichnet werden.

116 Abdruck der einschlägigen Richtlinien in DÄBl. 2000, A 396 ff.; vgl. außerdem bei Wolfram Höfling (Hrsg.): Transplantationsgesetz. Kommentar, 2003, S. 539 ff. (im folgenden zitiert Höfling/Verfasser). Die Richtlinien haben wiederholt Fortschreibungen erfahren dazu etwa Höfling/Höfling, a.a.O., § 16 Rz. 32, Fn. 58, 59.

117 Dazu etwa Höfling/Höfling, a.a.O., § 16 Rz. 1 ff., 7 ff., 16 ff.; Axel Hollenbach: Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis, 2003, S. 319 ff., 333 ff.

118 Wolfram Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 32.

119 Hierzu aus interdisziplinärer Sicht Höfling/Feuerstein, a.a.O., Anhang 2 zu § 16.

Im hier interessierenden Zusammenhang sind die folgenden Gesichtspunkte von entscheidender Bedeutung: Erstens ist die Verknüpfung von »Annahme eines Patienten zur Organübertragung und seine Aufnahme in die Warteliste« (§ 10 II Nr. 1 TPG) hervorzuheben. Hieraus ergibt sich der zwingende Zusammenhang der Aufnahme in die Warteliste mit der Annahme als Patient zur Organübertragung und damit der medizinisch begründeten »Notwendigkeit« einer solchen Intervention, also der Indikation. Zum anderen handelt es sich um eine zentrale normative Vorgabe, wenn schon das Gesetz die Grundentscheidung an den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und damit an objektivierbare professionelle Kriterienbildung knüpft. Und drittens, an dieser Stelle besonders wichtig, ist gerade mit Blick auf diese Ausgangsorientierung an originär medizinischen Gesichtspunkten hervorzuheben, daß insofern Relativierungen medizinischer Objektivierbarkeit in Betracht zu ziehen sind. So ist die »gelegentlich ventilierte These (abzulehnen), die Entscheidung über die Aufnahme auf die Warteliste orientiere sich an rein medizinischen Kriterien.«¹²⁰

Insofern wird insbesondere auf zwei Gesichtspunkte verwiesen. Einmal heben die Richtlinien bereits in ihren Vorbemerkungen und damit bereits vor aller Ausdifferenzierung von Indikationen und Kontraindikationen hervor: »Bei der Entscheidung über die Aufnahme in die Warteliste für eine Organtransplantation ist abzuwägen, ob die *individuelle medizinische Gesamtsituation* des Patienten einen *längerfristigen Transplantationserfolg* erwarten läßt.«¹²¹ Ob die damit hervorgehobene »Längerfristigkeit« des Erfolges unter dem Gesichtspunkt der prospektiven Überlebenszeit auch eine Berücksichtigung des Alters und allgemein eine »Bewertung der Lebenszeit«¹²² umfaßt, soll hier nicht weiter verfolgt, aber doch vermerkt werden. Es ist aber, zweitens, mit Blick auf Reichweite und Grenzen des Indikationskonzepts festzuhalten, daß das *transplantationsmedizinische Indikationsrecht* auch in anderer Weise im streng medizinwissenschaftlichen Sinne nicht medizinische Kriterien einbezieht.

Dies gilt namentlich für den Regel- und Regelungsbereich der *Kontraindikationen*. Insofern taucht in den Richtlinien implizit oder ausdrücklich unter dem Aspekt »Psychosoziales« der Gesichtspunkt »unzureichender Compliance« als Kontraindikation auf.¹²³ Dabei wird folgende Definition zugrunde gelegt: »Compliance eines potentiellen Organempfängers bedeutet über die Zustimmung zur Transplantation hinaus seine Bereitschaft und Fähigkeit, an den vor und nach einer Transplantation erforderlichen Behandlungen und Untersuchungen mitzuwirken.«¹²⁴ Im übrigen wird in der Transplantationsmedizin unter non-compliance üblicherweise der »sorglose Umgang« mit immunsuppressiven Medikamenten, die Überschreitung von Lebensstil- und Ernährungsvorschriften sowie das Nichteinhalten von Untersuchungsterminen verstanden.¹²⁵

120 Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 54.

121 So jeweils in allen drei Richtlinien zu den Wartelisten (Hervorhebungen hinzugefügt).

122 Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 49.

123 So ausdrücklich in den Richtlinien für die Wartelisten zur Herz-, Herz-Lungen- und Lungentransplantation.

124 Zitiert nach Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 40, Fn. 69.

125 Vgl. samt weiteren Nachweisen Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 40.

Fortschreibungen der Richtlinien sind auch als Reaktion der *Bundesärztekammer* auf Kritik an dem Compliance-Konzept zu verstehen. So ist nunmehr formuliert worden: »Compliance ist kein unveränderliches Persönlichkeitsmerkmal, sie kann aus verschiedenen Gründen im Lauf der Zeit schwanken, gehört aber zu den Grundvoraussetzungen für den Erfolg jeder Transplantation ... Anhaltende fehlende Compliance schließt die Transplantation aus.«¹²⁶ Daß etwa »Nikotin-, Alkohol- oder sonstiger Drogenkonsum« und andere »vermeidbare gesundheitliche Risiken« vor der Aufnahme in die Warteliste abgestellt sein sollten¹²⁷ oder daß nach dem Richtlinien text zur Lebertransplantation bei Patienten mit alkoholinduzierter Zirrhose erst nach mindestens sechs Monaten völliger Alkoholabstinenz oder erfolgreicher Entzugsbehandlung eine Aufnahme auf die Warteliste in Betracht kommt¹²⁸, erscheint unmittelbar plausibel. Es ist aber auch insofern die für Medizinrecht und Medizinethik grundsätzliche Frage nach der Legitimation einer Intervention in subjektive Lebensgestaltung und der Postulierung von Lebensführungspflichten zu bedenken. »Krankheitseinsicht und Kooperationsfähigkeit des Patienten müssen einen längerfristigen Transplantationserfolg sowie eine ausreichende Compliance auch in schwierigen Situationen ermöglichen.«¹²⁹ Diese Richtlinienvorgabe schließt offensichtlich die Notwendigkeit subjektiver Bewertungen von subjektiven Befindlichkeiten des Patienten auch jenseits eines originär fachwissenschaftlichen Indikationskonzepts ein, wird aber in der Richtlinie als »Einschränkung der Indikationen« begriffen.¹³⁰ Daß dies problematisch ist, wird auch durch den nunmehr aufgenommenen Richtliniengrundsatz unterstrichen: »Bevor deswegen (d.h. wegen anhaltender fehlender Compliance) die Aufnahme in die Warteliste endgültig abgelehnt wird, ist der *Rat einer psychologisch erfahrenen Person* einzuholen.«¹³¹ Auch in diesem Zusammenhang kommt es so zu einer Verknüpfung von problematischer (Kontra-)Indikation und Beratung.

Die damit angesprochenen Probleme sind insgesamt erheblich vielschichtiger, als hier auszuführen ist. An dieser Stelle geht es, wie durchgängig, nur um den Problem-ausschnitt der Bestimmung von Reichweite und Grenzen der originär medizinwissenschaftlichen Anteile an der Normbildung und Entscheidungsfindung. Es ist offensichtlich, daß die soeben angedeuteten Entscheidungskriterien in erheblichem Maße

126 Zitate nach Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 45. Es ist, mit der Kommentierung von Lang, ergänzend darauf hinzuweisen, daß es bei der hier betroffenen Fortschreibung der Richtlinien auch um die kontrovers beurteilte Problematik der Beherrschung der deutschen Sprache als Aspekt der Compliance ging. Nunmehr soll gelten: »Sprachliche Verständigungsschwierigkeiten können die Compliance beeinflussen, stehen aber allein einer Organtransplantation nicht entgegen«, vgl. Höfling/Lang, ebenda.

127 Hans-Ludwig Schreiber/Axel Haverich: Richtlinien für die Warteliste und für die Organvermittlung, DÄBl. 2000, A 386. Bei den Autoren handelt es sich um Mitglieder in einschlägigen Kommissionen der Bundesärztekammer.

128 Richtlinie für die Warteliste zur Lebertransplantation (unter dem Gesichtspunkt »Einschränkung der Indikationen«).

129 So etwa die vorgenannte Richtlinie für die Warteliste zur Lebertransplantation, zitiert nach Höfling (Hrsg.), a.a.O., S. 583.

130 Vgl. bei Höfling (Hrsg.), a.a.O., S. 583.

131 Zitiert nach Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 45 (Hervorhebung hinzugefügt).

subjektiven Wertungen der entscheidenden Institutionen und Personen die Tür öffnen.¹³² Die gesetzlichen Selektionskriterien erscheinen »nur auf den ersten Blick in hohem Maße wertneutral, objektiv und rational«.¹³³ In Wirklichkeit sind in erheblichem Maße »materielle Gerechtigkeitsprobleme« betroffen, die »mit medizinischen Argumenten (allein) nicht zu beantworten« sind.¹³⁴

Dies ist, soweit unvermeidlich, kein Skandalon, aber offenlegungs- und begründungsbedürftig. Es sind daher zwei Aspekte in die Normdiskussion einzubeziehen, die darin bislang keineswegs selbstverständlich sind, nämlich Aspekte der *Normtransparenz* und der *Normkompetenz*. Es sollte ein *Transparenzgebot* und *Differenzierungsgebot* hinsichtlich des Nebeneinanders objektivierbarer und nicht objektivierbarer Anteile der einschlägigen Entscheidung mit Blick auf Normgehalt und Entscheidungskultur selbstverständlich sein. Und es sollte die Diskussion darüber vertieft werden, wie weit originär medizinische, also fachwissenschaftliche professionsinterne Kompetenz für die Normbildung (exklusiv) zuständig ist. Bei dieser Grundsatzproblematik¹³⁵ geht es nicht um den praktizierten Zuschnitt von Fachdisziplinen und ihres Ausbildungskanons, sondern um die qualitativen Differenzen inhaltlicher (normativer und/oder naturwissenschaftlicher) Kriterienbildung. Auf dieser letztgenannten Ebene entscheidet sich die Frage nach Reichweite und Grenzen originärer *Professionsvorbehalte* bei der Normbildung und Entscheidungsfindung. Daher verfängt der Hinweis wenig, daß sich die medizinische Wissenschaft nicht auf die klinischen Fächer und genetische Grundlagenforschung beschränke, sondern auch die Medizinsoziologie, Gesundheitsökonomie und weitere Bereiche umfasse.¹³⁶ In der Sache geht es keineswegs um die Eliminierung angemessener, aber nicht fachwissenschaftlicher Kriterien, sondern um deren zutreffende Qualifizierung. Deshalb verdient die Aussage grundsätzlich Zustimmung: »Sachgerechter erscheint es, sich zu einer subjektiv konnotierten Auswahlentscheidung zu bekennen und zur Abwehr damit verbundener Gefahren die Auswahlentscheidungen verfahrensrechtlich abzusichern«.¹³⁷ Allerdings geht es insofern nicht ausschließlich um verfahrensrechtliche Sicherungen, sondern auch um Konse-

132 So zu Recht Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 43, und öfter.

133 So für die Allokationsebene Höfling, a.a.O., § 12 Rz. 24.

134 Höfling, a.a.O., § 12 Rz. 25 ff.

135 Diese Problematik stellt sich auch in anderen Bereichen der medizinrechtlichen Normbildung. Es sei insofern nur auf die außerordentlich aktuelle Thematik *ärztlicher Leitlinien* verwiesen. Auch dabei geht es um professionsinterne Normbildung und zugleich um die Grenzen eines medizinischen Professionsvorbehaltes. Dazu Reinhard Damm: *Beratungsleitlinien. Norm- und Standardbildung zu medizinischem Beratungshandeln*, in: Dieter Hart (Hrsg.), *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht. Rechte und Empirie professioneller Normbildung*, 2005 (im Erscheinen).

136 So – allerdings im Kontext der verfassungsrechtlichen Legitimation der Richtlinien – in einer Sachverständigenstellungnahme Holznel, Ausschuß-Drs. 601/13, S. 6 f.; zit. nach Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 54. Zu Recht ist dem entgegengehalten worden, mit der gleichen zweifelhaften Berechtigung könne für die Transplantationsmedizin durchgängig juristische Kriterienbildung mit dem Hinweis reklamiert werden, medizinische Ausbildung schließe auch medizinrechtliche Fächer und Bezüge ein, vgl. Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 55.

137 Höfling/Lang, a.a.O., § 10 Rz. 56.

quenzen hinsichtlich der materiellen Normbildung. Dies betrifft auch die Qualifizierung einer Norm zwischen rechtlicher und fachwissenschaftlicher Standardbildung und die Reichweite der betroffenen Professionskompetenz.

b) Lebendspende: primäre Indikation, sekundäre Indikation und Information

Die Organentnahme bei lebenden Organspendern wirft hinsichtlich des Indikationskonzepts und seiner Verknüpfung mit dem Informationskonzept besonders schwerwiegende Probleme auf. Die Lebendspende ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig, die mit dem Transplantationsgesetz von 1997 auch gesetzlich festgelegt worden sind (§ 8 TPG). Das Verhältnis von Indikation und informed consent erscheint hier in zugespitzter Form, da von einer medizinischen Indikation im eigentlichen Sinne aus Sicht des Organspenders von vornherein keine Rede sein kann. Im Unterschied zu anderen therapeutischen Interventionen geht es bei dem Spender nicht um einen Eingriff, dessen Risiko durch einen Nutzen für dieselbe Person aufgewogen wird. »Vielmehr steht hier das Risiko, das der Organspender eingeht, dem erwarteten Nutzen für eine andere Person – dem Organempfänger – gegenüber. Für die Medizin bedeutet diese *interpersonelle Nutzen/Risiko-Bilanzierung* einen *ethischen Paradigmenwechsel*.¹³⁸ So könnte mit Blick auf diese interpersonelle Bilanzierung statt von einer individuellen Indikation von einer *interpersonellen Indikation* gesprochen werden, um diesen entindividualisierten Risiko/Nutzen-Verbund von Spender und Empfänger zu kennzeichnen.

Im übrigen ist jenseits dieser allgemeinen Bestimmung der indikationsspezifischen Gesamtsituation ein weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Ungeachtet des Fehlens einer *primären Indikation* beim Spender hinsichtlich der Grundentscheidung für eine Organspende ist von einer gewissermaßen *sekundären Indikation* hinsichtlich transplantationsmedizinischer Einzelmaßnahmen auszugehen. Damit wird auf den wichtigen Umstand verwiesen, daß mit Blick auf *Geeignetheit des Spenders* und die *Eignung des Spenderorgans* die Zulässigkeit der Lebendspende, auch bei gegebener Freiwilligkeit, an objektivierbare »ausschließlich anhand medizinischer Kriterien«¹³⁹ zu bestimmende Gegebenheiten geknüpft ist. Insofern geht es einmal um die Risikosituation beim Spender (voraussichtliches Ausmaß von Operationsrisiko und Gesundheitsbeeinträchtigung, § 8 I, 1 Nr. 1c TPG) und zum anderen um die Eignung des Organs für den Empfänger (§ 8 I, 1 Nr. 2 TPG; etwa mit Blick auf den Gesundheitszustand des Spenders und die Gefahr einer Übertragung von »spenderseitigen Krankheiten«¹⁴⁰).

Geht so das Kriterium einer spenderbezogenen individuellen Indikation gegen Null, so muß auf der anderen Seite das Informationserfordernis eine konsequente Aufwer-

138 Höfling/Feuerstein, a.a.O., Anhang 2 zu § 8: Erläuterungen zur Lebendspende aus sozialwissenschaftlicher Perspektive, Rz. 1 (Hervorhebungen hinzugefügt).

139 Höfling/Esser, a.a.O., § 8 Rz. 41, 49.

140 Höfling/Esser, a.a.O., § 8 Rz. 48; die Bedeutung dieses Aspekts ist jüngst – wiewohl keine Lebendspende betreffend – durch den tragischen Fall einer tödlich verlaufenen Übertragung von tollwutinfizierten Organen unterstrichen worden. Daß der transplantierende Arzt zur Einhaltung der allgemein gebotenen medizinischen Standards verpflichtet ist, ist selbstverständlich.

tung erfahren: Da die Lebendspende sich für den Spender nicht als ärztlicher Heileingriff darstellt, sind an die Aufklärung und Einwilligung strenge Anforderungen zu stellen.¹⁴¹ Das Gesetz läßt es insofern mit der selbstverständlichen Grundvoraussetzung von Aufklärung und Einwilligung (§ 8 I Nr. 1b TPG) nicht bewenden, sondern legt die in diesem Zusammenhang geltenden Anforderungen an den informed consent nun in § 8 II TPG im einzelnen nieder. Diese Anforderungen erfahren noch dadurch eine weitere Aufwertung, daß als Spender nur volljährige und einwilligungsfähige Personen in Betracht kommen (§ 8 I Nr. 1a TPG) und darüber hinaus der Freiwilligkeitsaspekt noch einer besonderen, wenn auch nur »negatorischen« Kommissionsbegutachtung unterliegt (§ 8 III, 2 TPG).¹⁴² Der gesetzlich vorgeschriebene »Aufwand zur Erkundung der Motive einer Lebendorganspende ist nicht nur durch die rein medizinischen Risiken und Komplikationen gerechtfertigt, denen sich der Spender aussetzt, sondern auch durch die psychische und soziale Konfliktodynamik, die sich im Gefolge einer Organspende zum Nachteil des Spenders und des Empfängers entfalten kann.«¹⁴³ Dies wird dadurch unterstrichen, daß nach § 8 II, 2 TPG zur Aufklärung nicht nur ein weiterer Arzt hinzuzuziehen ist, sondern, »soweit erforderlich«, auch noch »andere sachverständige Personen«. Hierbei wird es sich regelmäßig um Personen mit psychologischem Sachverstand handeln, so daß letztlich eine »psychologische Beratung und Aufklärung«¹⁴⁴ zu gewährleisten sein wird. Überdies wird in der Literatur mit gutem Grund dafür plädiert, an das Kriterium der Erforderlichkeit nicht nur keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, sondern sogar § 8 II, 2 TPG insofern als »Mußvorschrift« zu lesen.¹⁴⁵ Es ist somit auch nach der gesetzlichen Regelung das Fehlen einer Indikation auf Spenderseite durch ein Konzept umfassender *Aufklärung und Beratung* zu kompensieren.

4. Genetische Diagnostik

Nicht zufällig spielt das Verhältnis von Indikation und Information im Bereich der genetischen Diagnostik eine besondere Rolle. Den dafür maßgeblichen Gründen liegen die Eigenarten von Gentests am Menschen zugrunde. Hervorgehoben seien folgende Gesichtspunkte: *Erstens* können Gentests in ihrer besonders problematischen Form prädiktiver Tests grundsätzlich auch auf die Aufdeckung von Eigenschaften des Patienten/Klienten/Ratsuchenden zielen, die keinerlei Krankheitswert haben, also schon deshalb aus dem traditionellen Konzept einer medizinischen Indikation herausfallen. *Zweitens* kann es um die Diagnose eines Krankheitsbildes gehen, für das es zwar Diagnostik, aber (noch) keine therapeutische oder präventive Option gibt. Dies betrifft die in diesem Zusammenhang häufig thematisierte »Schere« zwischen Diagnostik und Therapie, teilweise in dramatischen Grenzbereichen, wie etwa bei Chorea Huntington. *Drittens* sind, mit Überschneidungen mit dem zweiten Gesichtspunkt, Situationen in

141 Laufs/Uhlenbruck/Ulsenheimer: Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 131 Rz. 13.

142 Vgl. dazu etwa die Kommentierung bei Höfling/Esser, a.a.O., § 8 Rz. 112.

143 Höfling/Feuerstein, a.a.O., Anhang 2 zu § 8, Rz. 1.

144 Höfling/Esser, a.a.O., § 8 Rz. 99.

145 Höfling/Esser, a.a.O., § 8 Rz. 99.

Betracht zu ziehen, in denen die Diagnostik zwar auf gesundheitsrelevante Eigenschaften der Testperson zielt, die Zwecksetzung des Tests aber nicht auf originär medizinische Optionen abzielt, sondern auf Entscheidungen der Familien- und Lebensplanung (namentlich Fortpflanzung, aber möglicherweise auch Berufswahl oder sonstige Entscheidungen betreffend). Insofern geht es um die nichtmedizinischen Folgen medizinischer Interventionen, insbesondere um Entscheidungen Betroffener nach Kriterien, bei denen es sich nicht um medizinische Kriterien handelt. Auch insofern stellt sich die Frage, ob in diesen Konstellationen das medizinische Indikationskonzept noch eine Orientierungsleistung für ärztliches Handeln und eine Steuerungsleistung bei der normativen, auch rechtlichen Bewertung dieses Handelns entfalten kann.

Die künftige Entwicklung der Anwendungsfelder der Gendiagnostik wird in erheblichem Umfang davon abhängen, ob und wie weit diese Diagnostik an das Vorliegen einer medizinischen Indikation oder doch jedenfalls an eine gesundheitsbezogene Zwecksetzung gebunden sein wird. Die hierzu geführten Diskussionen auf medizinischer, medizinethischer und medizinrechtlicher Ebene belegen die Bedeutung dieser Problematik: Die Themenverknüpfungen »Health purposes« und Indikationsstellung als Kriterien der Anwendung« prädiktiver Gentests¹⁴⁶, »Gesundheitszwecke und Humangenetik«¹⁴⁷ und die Frage nach einem »Indikationsvorbehalt«¹⁴⁸ für Gentests weisen stellvertretend darauf hin. Dabei sind *zwei Fragen* zu unterscheiden: Einmal geht es um die *Grundentscheidung*, ob eine Indikations- oder Gesundheitszweckbindung genetischer Tests überhaupt angemessen erscheint und zum anderen um die Folgefrage, wann im *Einzelfall* eine solche Diagnostik indiziert ist.

Die *erste Frage* wird bislang, soweit ersichtlich, nur von wenigen in der Weise beantwortet, daß es für eine Genanalyse keinerlei Indikation bedürfe, weil eine solche Analyse »völlig risikolos« sei und daher »jeder nach freiem Belieben« berechtigt sei, bei sich selbst eine solche Untersuchung durchführen zu lassen.¹⁴⁹ Mit der Zurückweisung dieser Extremposition ist jedoch noch keine genauere rechtliche Orientierung gewonnen, die bei genauerer Betrachtung recht voraussetzungsvoll ist. Die gestellte Frage hat ihren Ausgangspunkt bei der prognostischen Feststellung der *Enquetekommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«*, daß »nicht bei allen heute und in der Zukunft möglicherweise zu Verfügung stehenden Gentests davon ausgegangen werden (kann), dass sie medizinischen Zwecken dienen«. Es wird insofern neben Abstammungs- und Identitätsfeststellung auf mögliche »Lifestyle-Tests« hingewiesen

146 Michael Fuchs/Dirk Lanzerath/Matthias C. Schmidt (Hrsg.): Prädiktive Gentests. »Health purposes« und Indikationsstellung als Kriterien der Anwendung, 2004.

147 Andreas Vieth: Gesundheitszwecke und Humangenetik. Medizinethische Argumente für die Bindung prädiktiver Gentests an Gesundheitszwecke, 2004; zur »Bindung an Gesundheitszwecke« auch Bert Heinrichs: Prädiktive Gentests. Regelungsbedarf und Regelungsmodelle: Eine ethische Analyse, 2004, S. 64 ff.

148 Damm: Gesetzgebungsprojekt Gentestgesetz – Regelungsprinzipien und Regelungsmaterialien, MedR 2004, 1 (9 ff.).

149 Angelika Schmidt: Genetische Beratung im Spiegel des Rechts, Medizinische Genetik 1993, 395; zitiert und kritisiert bei Eberhard Buchborn: Konsequenzen der Genomanalyse für die ärztliche Aufklärung in der prädiktiven Medizin, MedR 1996, 441 (442).

und damit auf Tests hinsichtlich solcher »Merkmale, die ohne jeden Krankheitswert sind«. ¹⁵⁰ Die *Deutsche Forschungsgemeinschaft* hat in einer Stellungnahme zu prädiktiven Gentests als mögliche zukünftige Anwendungsgebiete prädiktiver Tests solche »am Übergang von Krankheitsbezug und Bedeutung für die Lebensgestaltung (life style)« herausgestellt. Sie ist sich im übrigen sicher, »dass die steigenden Möglichkeiten der genetischen Diagnostik neue Angebots- und Nachfragemechanismen in Gang setzen« werden, und verweist auf die offenkundig und zunehmend auf dem »privaten nichtmedizinischen Markt« angebotenen Tests. ¹⁵¹ Vor diesem Hintergrund erscheinen grundsätzlich Konflikte vorprogrammiert. Es geht, auch im Zusammenhang mit der Indikationsproblematik, um die Bindung an normiertes ärztliches Handeln, um die Kommerzialisierung marktfreier Tests und nicht zuletzt, auch rechtlich besonders heikel, um die Selbstbestimmung Testwilliger.

Als generelle Orientierung und normatives Minimum zum Verhältnis von *Indikation* und *informed consent* sollte jedenfalls als *Grundregel* gelten: Die freie Selbstbestimmung ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die Vornahme genetischer Tests oder auch: ohne Selbstbestimmung, Freiwilligkeit und Einwilligung kein Test, aber auch mit Einwilligung nicht jeder Test. ¹⁵² »Das informationelle Selbstbestimmungsrecht bildet einerseits einen Generalvorbehalt, ohne den prädiktive Tests stets und ausnahmslos unzulässig sind. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht verneint folglich bei fehlender Einwilligung die Rechtmäßigkeit prädiktiver genetischer Tests, aber umgekehrt schafft sie nicht die Zulässigkeit prädiktiver genetischer Tests, wenn das informationelle Selbstbestimmungsrecht gewahrt ist«. ¹⁵³ In der bisherigen Normdiskussion und Rechtsbildung findet dieser Grundsatz deutlichen Wiederklang: »Der Einsatz prädiktiver Gentests darf nur zu medizinischen Zwecken und bei Vorliegen einer medizinischen Indikation erfolgen«. ¹⁵⁴ Auch das *Europäische Biomedizinübereinkommen* enthält einen Indikationsvorbehalt in der Form, daß prädiktive Tests, neben Forschungszwecken, »nur für Gesundheitszwecke« eingesetzt werden sollen. Allerdings könnte diese Regel zunehmend ins Wanken geraten. Ihrer Begrün-

150 Enquete-Kommission »Recht und Ethik der modernen Medizin«: Schlussbericht, 2002, S. 353, 357.

151 Deutsche Forschungsgemeinschaft: Prädiktive Diagnostik. Wissenschaftliche Grundlagen, praktische Umsetzung und soziale Implementierung, Stellungnahme der Senatskommission für Grundsatzfragen der Genforschung, 2003, S. 27, 35.

152 Vgl. auch Jochen Taupitz: Humangenetische Diagnostik zwischen Freiheit und Verantwortung. Gentests unter Arztvorbehalt, in: Honnefelder/Propping (Hrsg.), Was wissen wir, wenn wir das menschliche Genom kennen?, 2001, S. 265 (272), mit dem Hinweis, daß auch hinsichtlich prädiktiver Gentests »die Einwilligung des Patienten zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung der Behandlung ist, vielmehr zusätzlich das Vorliegen einer medizinischen Indikation und gegebenenfalls die Erfüllung weiterer Voraussetzungen (wie z. B. die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Sinne der GKV) erforderlich ist.«

153 Meinhard Heinze: Juristische Aspekte, in: Fuchs/Lanzerath/Schmidt (Hrsg.), Prädiktive Gentests. »Health purposes« und Indikationsstellung als Kriterien der Anwendung, 2004, S.73 (85 f.).

154 So der vormalige beim Bundesgesundheitsministerium angesiedelte Ethik-Beirat: Prädiktive Gentests. Eckpunkte für eine ethische und rechtliche Orientierung, 2000.

dung ist hier nicht näher nachzugehen¹⁵⁵, aber doch festzuhalten: »Dass es sinnvolle Verwendungsweisen medizinischer Verfahren gibt, bedeutet eben noch nicht, dass ihre generelle Nutzung angemessen ist.«¹⁵⁶ Die insofern weiter ausdifferenzierenden Begründungen können hier nicht im einzelnen dargelegt werden. Sie sind mit Hinweis auf die Eigenart dieser Medizintechnik einschließlich der Eigenart der betroffenen genetischen Daten und der mit ihrem Umgang verbundenen Risiken breit diskutiert, allerdings keineswegs zu einem Konsens gebracht worden.¹⁵⁷ Bei allen verbleibenden Problemen der Grenzbestimmung (etwa hinsichtlich der begrifflichen Trennschärfe von Krankheit, Gesundheit und Gesundheitszwecken) ist normativ, auch aus medizinethischer Sicht, eine »Begrenzung prädiktiver Diagnostik auf Gesundheitszwecke« als »ethisch gerechtfertigt und begrifflich nicht unmöglich« angesehen worden.¹⁵⁸ Die Konsequenzen einer solchen Grundposition sind hier ebenfalls nur andeutbar. Dies gilt namentlich für die Implikationen eines Indikationsvorbehaltes für einen Arzt- und Beratungsvorbehalt¹⁵⁹ und Kombinationsmodelle als Regelungsansatz.¹⁶⁰

Der ersten Frage nach dem Ob einer Bindung genetischer Tests an einen Indikations-/Gesundheitszweck folgt die *zweite Frage* nach dem Wie einer näheren Bestimmung dessen, was in der humangenetischen Praxis als Indikation in Betracht kommt. Die damit angesprochenen Probleme sind nicht weniger voraussetzungsvoll als die mit der ersten Frage verbundenen. Bezeichnenderweise stammt die Frage nach den »Testindikationen« von einem Humangenetiker: »Wann sind genetische Tests eigentlich ›indiziert?«. ¹⁶¹ Es ist dies nicht nur eine medizinische, sondern auch eine medizinrechtliche Frage und insofern auch eine Frage für den Gesetzgeber. Regelungen und Regelungsentwürfe¹⁶² weisen insofern beträchtliche Unterschiede auf. Nur einen Problemeinstieg bietet eine schlanke Norm nach dem Muster: »Zu medizinischen Zwecken dürfen prädiktive Untersuchungen nur durchgeführt werden, wenn sie nach ärztlicher Indikation der Vorsorge, der Behandlung oder der Familienplanung der betroffenen Person dienen«. ¹⁶³ Sie wirft ihrerseits wieder auf die Frage zurück, was »Indikation« bedeutet. Dabei sind zwei Gesichtspunkte auseinander zu halten, die einerseits den *Krankheitsbezug* und andererseits den *Informations- und Konsensbezug* des Indikationsbegriffs betreffen.

155 Dazu ausführlicher Damm MedR 2004, 1 (9 ff.), mit weiteren Nachweisen.

156 Stefan May/Markus Holzinger: Autonomiekonflikte in der Humangenetik. Professionssoziologische und professionsrechtliche Aspekte einer Theorie reflexiver Modernisierung, 2003, 76.

157 Knappe Kennzeichnungen von Risikopotentialen etwa bei Vieth: Gesundheitszwecke und Humangenetik, S. 102 ff., 206 ff.; Ludwig Siep: »Health purposes« als ethisches Kriterium zur Eingrenzung prädiktiver genetischer Tests. Philosophische Aspekte, in: Fuchs/Lanzeth/Schmidt (Hrsg.), a.a.O., S. 59; Bert Heinrichs, a.a.O., S. 37 ff.

158 Ludwig Siep, a.a.O. S. 59 (64).

159 Ausführlich dazu Damm MedR 2004, 1 ff. (9 ff., 12 f., 13 f.).

160 Bert Heinrichs, a.a.O., S. 66, 69, 71 ff.

161 Jörg Schmidtke: Vererbung und Ererbtes. Ein humangenetischer Ratgeber, 1997, S. 95.

162 Näher hierzu Damm, MedR 2004, 1 (11 f.).

163 So in einem Gesetzentwurf der Datenschutzbeauftragten zu einem »Gesetz zur Sicherung der Selbstbestimmung bei genetischen Untersuchungen« aus dem Jahre 2001 (dort § 10 I).

Hinsichtlich des ersten Aspekts geht es im besonders sensiblen Bereich prädiktiver Gentests um Situationen, in denen es sich um Krankheitsdispositionen und (noch) nicht um manifeste Erkrankung handelt. Es paßt damit die bereits zitierte und überkommene Definition der Indikation als Grund zur Anwendung eines medizinischen Verfahrens im »Krankheitsfall«¹⁶⁴ jedenfalls beim Wort genommen nicht. Es muß also für diese Tests gewissermaßen definitionsgemäß hinsichtlich der Indikation (und damit auch der rechtlichen Rahmensetzung) nicht auf Krankheit, sondern allgemeiner auf medizinische oder gesundheitsbezogene Zwecke abgestellt werden, und es muß außerdem der im Wortsinn prädiktive Bezug der Vorsorge einbezogen sein. Dies paßt auch zu der allgemeinen medizinischen und medizinrechtlich akzeptierten Entwicklung, wonach »heute nicht nur die unmittelbar der Behebung des Leidens dienenden Maßnahmen indiziert (sind), sondern vor allem auch Maßnahmen vorbereitender, diagnostischer oder nachbehandelnder Art. Dies hat zwangsläufig zur Folge, daß die ›Heiltendenz‹ oder der ›Heilzweck‹ heute nicht mehr begrifflich zur ärztlichen Behandlung ... gezählt werden muß.«¹⁶⁵ So machen die Formulierungen in vorliegenden Regelungen und Regelungsentwürfen Sinn, wenn es danach hinsichtlich des Indikationsaspekts auch um »Vorsorge«, neben therapeutischen auch um »prophylaktische Zwecke« und »Lebensplanung« geht.¹⁶⁶ Und es sollte insofern auch die besonders dramatische Situation einer Diagnostik hinsichtlich nicht verhinderbarer und nicht therapierbarer Krankheiten eingeschlossen sein.¹⁶⁷ Nur unter Einbeziehung der gerade angesprochenen Diagnosesituation kann die schroffe Aussage vermieden werden, nach der »humangenetische Verfahren diagnostischer Art ... jeglicher medizinischer Indikation entbehren.«¹⁶⁸

Die Bedeutung des zweiten Aspekts, also des *Informations- und Konsensbezugs* des Indikationsbegriffs, wird in der einschlägigen Begriffs- und Normdiskussion sehr deutlich. So heißt es in »Richtlinien zur prädiktiven genetischen Diagnostik« der Bundesärztekammer: »Die Voraussetzung für eine prädiktive genetische Diagnostik ist dann gegeben, wenn ein Patient nach angemessener Aufklärung und Beratung eine solche Diagnostik für sich als angemessen erachtet.«¹⁶⁹ Da diese Formel im Abschnitt »Indikationsstellung« zu finden ist, ist davon auszugehen, daß der hier verwandte Begriff der »Voraussetzung« mit dem der Indikation gleichzusetzen ist. Daher ist er wohl nicht nur »mißverständlich.«¹⁷⁰ Es wird, den Richtlinien text beim Wort genommen, in der Sache

164 Pschyrembel: Klinisches Wörterbuch, Stichwort »Indikation«.

165 Uhlenbruck/Laufs in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 51 Rz. 8.

166 Zu Nachweisen und Problematik weiter Damm MedR 2004, 1 (10).

167 Dies auch zu dem Hinweis bei Peter Schröder: Gendiagnostische Gerechtigkeit. Eine ethische Studie über die Herausforderungen postnataler genetischer Prädiktion, 2004, S. 391, wonach eine zwingende und exklusive Bindung an therapeutische präventive Zwecke etwa Chorea Huntington aus diesem Sektor der Diagnostik ausgrenzen würde. Die Diagnose einer Disposition zu einer (gar besonders schwerwiegenden) Krankheit ohne präventive oder therapeutische Perspektive gehört ungeachtet dessen zum Spektrum gesundheitspezifischer Interventionen.

168 Uhlenbruck/Laufs, a.a.O., § 51 Rz. 8.

169 Bundesärztekammer: Richtlinien zur prädiktiven genetischen Diagnostik, 2003; Abdruck etwa in DÄBl. 2003, PP-277 (281).

die Entscheidung des aufgeklärten Patienten nicht nur als *eine* Voraussetzung der Diagnostik begriffen, sondern mit der Indikation gleichgesetzt. Darauf, daß es sich bei der informierten Einwilligung nur um eine notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für den Einsatz dieser Diagnostik handeln könnte, wird nicht weiter eingegangen.¹⁷¹ Es bleibt damit das Grundproblem unerörtert, ob der informed consent Voraussetzung der Indikation oder die Indikation selbst ist. Dann verbliebe auch hier für den Arzt nur noch eine »Indikation zu einer Aufklärung«. ¹⁷² Vor diesem Hintergrund ist die humangenetische Begriffsarbeit am Indikationskonzept aufschlußreich, die sich zwischen »objective criteria« und »subjective risk-benefit analyses« bewegt und insofern zu Recht feststellt: This difference is far, far more than only a twist of the tongue«. ¹⁷³

Vorliegende rechtliche *Regelungen und Regelungsentwürfe* weisen hinsichtlich des Indikationsbezugs eine beträchtliche Variationsbreite auf, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.¹⁷⁴ Nahezu durchgängig geht es um die Differenzierung nach medizinischen und nichtmedizinischen Tests, diagnostischen (manifeste Erkrankungen betreffende) und prädiktiven Tests, um Sonderregeln für pränatale Tests und solchen an Minderjährigen und Nichteinwilligungsfähigen. Ein seit Ende 2004 vorliegender *Diskussionsentwurf* des Bundesgesundheitsministeriums für ein »Gesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (Gendiagnostikgesetz)«¹⁷⁵ enthält zwar ausführliche Regelungen für »genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwecken«, aber keine ausdrückliche und jedenfalls grundsätzliche medizinische Zweckbindung solcher Tests. Demgegenüber sind, wenn auch nur grundsätzlich, Gentests bei nicht einwilligungsfähigen Personen und pränatale Tests »nur zu medizinischen Zwecken« zulässig. Im übrigen enthält der Entwurf im Rahmen seiner vorangestellten Begriffsbestimmungen eine ausführliche terminologische Bestimmung dessen, was unter »medizinischen Zwecken« zu verstehen sei. Das Grundkonzept des Diskussionsentwurfs stellt so Gentests zu medizinischen Zwecken in den Mittelpunkt, sieht aber von einer allgemeinen Bindung genetischer Tests an einen medizinischen Zweck ab. Dies beruht letztlich nicht auf dem Umstand, daß die dem Entwurfskonzept zugrunde gelegten vier »Primärzwecke«¹⁷⁶ (medizinische Zwecke, Klärung der Abstammung, Forschungszwecke, ge-

170 So Bert Heinrichs, a.a.O., S. 68 f.

171 So zu Recht Bert Heinrichs, ebenda.

172 So im Zusammenhang mit der Pränataldiagnostik die Formulierung von Schmidtke: Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, 2001, S. 439 (440).

173 Schmidtke: »Health purposes« vs. informationelle Selbstbestimmung. The Point of View of the Geneticist, in: Fuchs/Lanzerath/Schmidt (Hrsg.), Prädiktive Gentests. »Health purposes« und Indikationsstellung als Kriterien der Anwendung, 2004, S. 67 (68). Schmidtke kann sich dabei auf die unterschiedlichen Begriffsbestimmungen von Indikation in zwei medizinischen Lexika stützen (Psychembel einerseits, Roche-Lexikon der Medizin andererseits).

174 Dazu mit Nachweisen Damm MedR 2004, 1 ff. (11 f.).

175 Dazu ein knapper Überblick bei Wolfram Henn: Der Diskussionsentwurf des Gendiagnostikgesetzes. Ein Meilenstein der Patientenautonomie?, Ethik in der Medizin 2005, 34.

176 Diskussionsentwurf, Begründung (sub A. Allgemeiner Teil). Hinsichtlich der Regelungen zum Arbeits- und Versicherungsrecht geht der Entwurf davon aus, daß »die in diesen beiden Verwendungszusammenhängen vorgenommenen genetischen Untersuchungen ganz überwiegend solche zu medizinischen Zwecken (sind)«; vgl. ebenda, S. 2).

sundheitliche Zwecke der Lebensplanung) und weiteren Regelungen zum Arbeits- und Versicherungsbereich medizinische Zwecke im engeren Sinne des Arzt-Patient/Klient-Verhältnisses überschreiten. Vielmehr wird insofern in der Begründung alsbald die Position vertreten: »Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist die Anwendung von genetischen Untersuchungen auch nicht auf bestimmte (etwa medizinische) Zwecke beschränkt. Die Zulässigkeit genetischer Untersuchungen wird aber in den Fällen eingeschränkt, in denen ein besonderer Schutz der Betroffenen erforderlich ist.«¹⁷⁷ Insofern erscheint die Ausrichtung des Entwurfs in pragmatischer Hinsicht verständlich, aber die prinzipielle Freigabe genetischer Tests für beliebige (?) Zwecke unter Berufung auf eine verfassungsrechtliche Freiheitsvermutung weiter diskussionsbedürftig.

VI. Ausblick

Der nach dieser Untersuchung verbleibende Gesamteindruck ist der einer beeindruckenden Vielfalt von Medizinbereichen mit »Indikationsproblemen« und damit verbundenen »Informationsproblemen«, aus rechtlicher Sicht eines erheblichen Klärungsbedarfs zum Verhältnis von *Indikationsrecht* und *Informationsrecht*. Besonders repräsentativ sind insofern Handlungsfelder der modernen Medizin, auf denen das traditionelle medizinische Indikationskonzept seine Leitfunktion tendenziell zu verlieren scheint und das Informationskonzept einen weiteren Aufschwung erfährt. Es ist bislang in Medizin, Medizinethik und Medizinrecht dieses noch kaum in der angemessenen Deutlichkeit zur Kenntnis genommen worden: Dem Siegeszug von Information, Aufklärung und Beratung in der Medizin liegt einerseits sicher auch der normative Aufschwung des Autonomieprinzips zugrunde, aber andererseits und wohl mit zunehmendem Gewicht der objektive Entwicklungsprozeß der modernen Medizin. Die Ursachen für diesen Gestaltwandel der Medizin sind sicher vielfältig, aber insbesondere auf eine doppelte Expansion zurückzuführen: Einerseits geht es, auf der medizintechnischen Ebene, um »erweiterte Handlungsmöglichkeiten der Medizin«, andererseits und damit korrespondierend, auf einer normativen Ebene, um eine »Ausweitung der Zielsetzungen ärztlichen Handelns«. ¹⁷⁸ Die Folgen dieser Entwicklung sind weitreichend, aber bislang weitgehend ungeklärt. Sie betreffen Veränderungen der Professionalität, professionellen Autonomie und Verantwortung auf ärztlicher Seite einerseits und der (nicht nur, aber insbesondere informationellen) Autonomie und Verantwortung Betroffener (Patienten, Klienten, Probanden, Angehörige) andererseits.

Nicht zuletzt geht es um die *rechtlichen Konsequenzen* dieser Entwicklung. Betroffen ist die Zukunft des *Indikationsrechts* wie auch des medizinspezifischen *Informationsrechts* einschließlich ihrer Wechselbezüglichkeit. Dabei sind beide Ebenen rechtlicher Normbildung berührt: De lege lata geht es um das indikations- und informationspezifi-

177 Diskussionsentwurf, Begründung, S. 1. Von besonderem Schutzbedarf wird für die Bereiche nicht einwilligungsfähiger Personen, pränataler Tests, Reihenuntersuchungen, Lebensplanung sowie Arbeits- und Versicherungsverhältnisse ausgegangen.

178 Dirk Lanzerath: Krankheit und ärztliches Handeln. Zur Funktion des Krankheitsbegriffs in der medizinischen Ethik, 2000, S. 80 ff., 82 ff.

sche Recht wechselseitiger Rechte und Pflichten etwa im Vertrags- und Haftungsrecht, aber auch um Konsequenzen für das leistungsbezogene Sozialrecht. De lege ferenda geht es um Rechtspolitik und Gesetzgebung zur modernen Medizin, für die ausweislich konkreter Rechtssetzungsprojekte der Indikations-Informations-Komplex von zentraler Bedeutung ist. Und es wird das einschlägige einfache Recht beider Ebenen überwölbt von verfassungsrechtlichen Grundsätzen, die für die Entwicklung der modernen Medizin von maßgeblicher Bedeutung sind, allerdings gerade in diesem Bereich angesichts ihrer Weite auf vielfach kontroverse exegetische Bearbeitung angewiesen sind.

Für die Entwicklung des Medizinrechts wird es von entscheidender Bedeutung sein, ob und wie weit für die Entwicklung der Medizin Bindungskraft oder Bedeutungsverlust des Indikationsmodells prägend sein sollen, im übrigen die Frage, welcher Stellenwert dem Informationsmodell in den unterschiedlichen Szenarien weitgehender Beharrung oder weitergehenden Verzichts auf die Indikation als Steuerungsbegriff zukommen soll. Beide Fragen kann die Medizin nicht alleine beantworten, da es sich insofern weitgehend nicht um fachspezifisch medizinwissenschaftliche Probleme handelt, sondern um Fragen der normativen Gestaltung von medizinspezifischen, aber nicht medizinischen Entscheidungskompetenzen und Verantwortungslasten. Dieser Bereich wird von der Reichweite eines fachlichen Professionsvorbehaltes nicht umfaßt. Selbstverständlich ist mit diesem normativen Vorrang des Rechts auf der Geltungsebene keine Unzuständigkeit der Professionen auf der Normbildungsebene verbunden. Anderenfalls bliebe die engagierte Arbeit der Fachdisziplinen insbesondere an der Entwicklung von Beratungskonzepten und professionsinternen Beratungsnormen unverstänlich.¹⁷⁹

Für die konkrete Arbeit an der medizinrechtlichen Normbildung sollte danach gegenüber einer gewissermaßen naturwüchsigen Medizinentwicklung darauf beharrt werden, daß aus der Summe von angebotsorientierter technischer Machbarkeit und nachfrageorientierter Wünschbarkeit weder die Legitimität noch Legalität einer medizinischen Handlungsmöglichkeit resultieren kann. Daher spricht viel dafür, einem weiteren Abdriften der Medizin in eine indikationslose Dienstleistungsveranstaltung entgegenzuwirken. Der traditionelle Heilbefehl sollte als paradigmatische Leitgröße entschieden im Zentrum gehalten werden. Daraus folgt, daß auch weiterhin nicht die Grundregeln der *Indikationsmedizin*, sondern Ausweitungstendenzen der *Wunschmedizin* rechtfertigungsbedürftig sind. Demgegenüber verfängt letztlich auch der Hinweis nicht, daß die »medizinische Indikation nur notwendige Voraussetzung für den Heileingriff« sei, es sich bei einer »Fülle anderer ärztlicher Maßnahmen« aber gerade nicht um medizinisch indizierte Maßnahmen handle.¹⁸⁰ Dieser Hinweis verschiebt die

179 Hierzu Damm: Beratungsleitlinien. Norm- und Standardbildung zu medizinischem Beratungshandeln, in: Hart (Hrsg.), *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht. Recht und Empirie professioneller Normbildung*, 2005 (im Erscheinen).

180 Ulsenheimer: Ist ein Eingriff ohne medizinische Indikation eine Körperverletzung? Wunschsektio – aus rechtlicher Sicht, *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 2000, 61. Aus der »Fülle« medizinisch nicht indizierter Interventionen hebt Ulsenheimer hervor: »die rein kosmetische-ästhetische Operation, die Organentnahme vom Lebenden (§ 8 TPG), die Blutspende, das Humanexperiment, die In-vitro-Fertilisation ohne therapeutische Gründe, das Doping oder den Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten drei Monate nach Beratung gemäß § 218a I StGB«).

Fragestellung lediglich dahin, wodurch dieses Füllhorn medizinisch nicht indizierten ärztlichen Handelns eigentlich seine Rechtfertigung erfährt.

Was das *Informationskonzept* betrifft, so sollte dieses grundsätzlich auch weiterhin seine herausragende Bedeutung behalten, dies aber mit einem an der Selbstbestimmung des behandlungsbedürftigen Patienten orientierten Normzweck als *Autonomiekonzept*, nicht als Ersatz für ein preisgegebenes *Indikationskonzept*.