

# Freiwilligkeit als Verfahren

## Zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht<sup>1</sup>

Von Elke Wagner und Bijan Fateh-Moghadam

Wer krank ist, sucht für gewöhnlich einen Arzt auf. Diese Einsicht mag zunächst banal erscheinen, zeigt aber anschaulich, was von praktischen Ärzten erwartet wird: Die heilende Behandlung von Krankheiten. Umgekehrt richtet sich auch der medizinische Blick nach dem Krankheitsbild von Körpern<sup>2</sup>, und in weiten Teilen hat die Medizinsoziologie ihre Aufgabe darin gesehen, diesen Blick im Rahmen der Debatte um das Arzt-Patienten-Verhältnis zu dekonstruieren. Die daraus resultierende Kritik an der Asymmetrie der Beziehung von dominanten Ärzten zu entmündigten Laien kennzeichnet weite Teile der Medizinsoziologie (vgl. hierzu Parsons 1951/1968; Siegrist 1977; Freidson 1979; Rothman 1991; im Überblick Lachmund/Stollberg 1992; Stollberg 2001). Der vorliegende Text analysiert das Arzt-Patienten-Verhältnis aus der Perspektive eines Sonderfalles medizinischer Tätigkeit – der Praxis der Lebendorganspende. Im Hinblick auf das Phänomen nicht-therapeutischer ärztlicher Eingriffe ist es weniger interessant, *dass* das Arzt-Patienten-Verhältnis paternalistisch geprägt ist. Die Frage, der wir nachgehen, ist vielmehr, *wie* sich die medizinische Praxis auf ein modernes Behandlungsverfahren einstellt, das mit dem herkömmlichen Selbstverständnis von Medizin als paternalistischer Profession des Heilens *prima facie* schwer vereinbar erscheint, und welche Funktion dabei rechtliche Verfahrensmodelle erfüllen. Die These, die wir im Folgenden diskutieren, besagt, dass die Lebendspendekommissionen des Transplantationsgesetzes (TPG) als eine Art *Problem-Auslagerungsinstanz* angesehen werden können, mit deren Hilfe die medizinische Praxis in einer Entscheidungslage entlastet wird, welche sie mit medizinischem Wissen allein nicht bearbeiten könnte. Während in den Lebendspendekommissionen die Authentizität von Entscheidungen in Rekurs auf den autonomen Willen von Spendern verhandelt wird, kann sich die medizinische Praxis uneingeschränkt dem Organempfänger und damit der Sache widmen, die sie ausmacht: Kranke Körper heilen. Zur Darlegung dieses Zusammenhangs, der bereits in anderweitigem Kontext unter der These der Ethisierung und Deprofessionalisierung der Medizin diskutiert wird (Bollinger/Hohl 1981; Bauch 1996; Saake 2003), werden wir in einem ersten Schritt erläutern, inwiefern die Lebendorganspende als Problem medizinischer Praxis auftritt (1) und die Lebendspendekommission als rechtlich-prozedurale Lösung hierfür angesehen werden kann (2). In Rekurs auf empirisches Material aus Experteninterviews mit Mitgliedern von Lebendspendekommissionen<sup>3</sup> können wir dabei zeigen, dass diesen Kommissionsverfahren ein von medizinischer Praxis abweichendes Patientenkonzent unterliegt. Die Kommission interessiert sich in erster Linie nicht wie typischerweise die Medizin für *Körper*, sondern für die *authentische Rede von Personen* in Bezug auf die Plausibilisierung eines *autonomen Willens*. Was die Ver-

- 1) Wir bedanken uns bei Pirous Fateh-Moghadam, Thomas Gutmann und Daniel B. Lee für hilfreiche Hinweise und den Teilnehmern des Colloquiums Sociologicum (Lehrbereich Armin Nassehi) in München für die Diskussion des Manuskripts, sowie bei Ulrich Schroth und Wilhelm Vossenkuhl, aus deren Seminar »Paternalismus in Medizinethik und Medizinrecht« in der Evangelischen Akademie in Tutzing im Juli 2004 die Idee für diesen Text hervorgegangen ist.
- 2) »Wo fehlt es Ihnen?« – so beginnen typischerweise Gespräche in einer Arztpraxis.
- 3) Hierbei handelt es sich um Experteninterviews, die mit neun Mitgliedern von Lebendspendekommissionen 2003 im Zusammenhang mit dem von der DFG geförderten Forschungsprojekt »Patientenautonomie am Beispiel der Lebendspende von Nieren« geführt wurden. Für die Erhebung des Datenmaterials bedanken wir uns bei Jasmin Pfortner. Zu den Ergebnissen des DFG-Projektes siehe demnächst Schroth / Schneewind / Gutmann / Fateh-Moghadam (2005).

fahrlösung mit der medizinischen Praxis gemeinsam hat, ist ihre asymmetrische Form: Sowohl der Patient als Körper (Medizin) als auch der Patient als autonomer Entscheider (Verfahren) wird durch eine asymmetrische Struktur erzeugt. Die verfahrensmäßige Verklammerung von Medizin und Recht durch das Kommissionsmodell stellt sich dabei als eine engere Form von struktureller und operativer Koppelung dar (3). Zusammenfassend kann die Prozeduralisierung medizinischer Entscheidungsprozesse als Lösungsversuch für eine Legitimationskrise moderner Medizin und modernen Medizinrechts gekennzeichnet werden, der seinerseits zu Irritationen und Folgeproblemen in Medizin *und* Recht führt. Die hier vorgestellten dynamischen Prozesse begreifen wir in Anschluß an Nassehi als eine Ausprägung einer Gesellschaft der Gegenwarten (Nassehi 2003, S. 165), die nicht mehr ohne weiteres auf bewährte Traditionen zurückgreifen kann, um Selbststabilisierung zu erzeugen, sondern dies in Echtzeit neu erproben muss.

## 1. Die Lebendorganspende als Problem medizinischer Praxis

Die Krankenbehandlung im Krankenhaus folgt ganz überwiegend spezifischen krankenhausbzw- medizininternen Routinen, ohne dass die Behandlungssituation als problematisch angesehen werden würde. Der Vorschlag, vor der Durchführung einer Blinddarmoperation das Gutachten einer (Ethik-)Kommission einzuholen, würde – nicht nur bei den behandelnden Ärzten – auf Unverständnis stoßen. Für die Praxis der Lebendorganspende scheint anderes zu gelten, obwohl diese Form der Organersatztherapie, insbesondere bei der Niere, bereits als weithin etablierte Standardbehandlung mit steigender praktischer Bedeutung gelten muss (Gutmann/Schroth 2002). Diese Sonderstellung lässt sich rekonstruieren, wenn man den Blick zunächst auf den Normalfall kurativ-medizinischer Behandlung richtet.

### 1.1 Der medizinische Code: Krankheit und Gesundheit

Der medizinische Blick plausibilisiert sich traditionell über das Heilen von Krankheiten. Die Medizin orientiert sich an der Unterscheidung *krank/gesund*, wobei Krankheit und nicht Gesundheit der Normalfall ist. Die Medizin interessiert sich für Krankheiten, die behoben werden müssen. Sie versteht sich als »Wissenschaft von den Ursachen, Wirkungen und der Vorbeugung und Heilung der Krankheiten (Psyhyrembel 2002, S. 1132). Einer der Kernsätze des *Hippokratischen Eides* besagt: »Ich werde die Grundsätze der Lebensweise nach bestem Wissen und Können zum Heil der Kranken anwenden, dagegen nie zu ihrem Verderben und Schaden.« (Sass 1999). Heiltauftrag und Schädigungsverbot bedingen sich in dieser Formel gegenseitig. Die Orientierung an Krankheit und Therapie zeigt sich auch im *Medizinrecht*, welches sich selbst als in einem besonders engen Verhältnis zur ärztlichen Ethik stehend beschreibt (Laufs 2002, S. 29; Schroth 2004, S. 480)<sup>4</sup>. Die Anknüpfung an das ärztliche Ethos des Heilens veranlasst die Rechtswissenschaft dazu, für die Beurteilung ärztlicher Tätigkeit spezielle medizinrechtliche Kategorien zu entwickeln, die teilweise quer zu der traditionellen Dogmatik der juristischen Fachdisziplinen verläuft. So soll nach einer in der strafrechtlichen Literatur noch immer stark vertretenen Meinung der *ärztliche Heileingriff* von vorneherein nicht den Tatbestand der strafrechtlichen Körperverletzung (§ 223 StGB) erfüllen<sup>5</sup>: der sei-

4) Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) führt in diesem Zusammenhang aus: »Was die Standesethik vom Arzte fordert, übernimmt das Recht weithin als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.« (BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925, 1930). Ob diese These einer genauen rechtlichen, insbesondere rechtsvergleichenden Analyse der rechtlichen Regelung moderner biomedizinischer Verfahren standhalten würde, darf bezweifelt werden.

5) Mit der Folge, dass es nach dieser Ansicht auf die Einwilligung des Patienten für die Frage der Strafbarkeit wegen Körperverletzung nicht mehr ankommt und auch der eigenmächtige Heileingriff straflos bleibt – jedenfalls, wenn dieser *lege artis* und erfolgreich durchgeführt wird.

nen Heilaufrag erfüllende Arzt – und nur dieser – dürfe schließlich nicht mit dem ›Messerstecher‹ auf eine Stufe gestellt werden<sup>6</sup>. Das Handbuch des Arztrechts (Laufs 2002, S. 60) nennt die *medizinische Indikation* bei der Erläuterung der drei Grundelemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns – vor dem *informed consent* und der Einhaltung der *lex artis* – an erster Stelle. Der Begriff der medizinisch indizierten Heilbehandlung wird dabei auf solche Eingriffe und Behandlungen begrenzt, »die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zwecke erforderlich sind und vorgenommen werden, um Krankheiten zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern« (vgl. Ulsenheimer 2002, S. 1232)<sup>7</sup>. Umgekehrt bedeutet dies freilich, dass in dem Moment, indem es um *nicht-therapeutische* Verfahren, wie kosmetische Operationen oder die Organlebenspende geht, auch der privilegierte rechtliche Sonderstatus endet. Mit der angeleglichen Gleichstellung des Arztes mit dem ›Messerstecher‹ durch das Strafrecht hat dann auch die genannte Ansicht der traditionellen Medizinrechtsliteratur offenbar keine Probleme mehr (vgl. Ulsenheimer 2002, S. 1232).

### 1.2 Körper vs. Person – der medizinische Blick und die medizinische Ethik

Aus *soziologischer Perspektive* ist an dieser Ausrichtung auf die Legitimationskriterien *medizinische Indikation*, *Heileingriff* und *lex artis* interessant, dass sich diese vornehmlich über das medizinische Wissen über den Körper bestimmen lassen. Dies entspricht den Befunden der Medizinsoziologie, die den ärztlichen Blick als einen Blick auf den Körper beschreibt. Parsons, der auch als Begründer der Medizinsoziologie gilt, hat die medizinische Perspektive in erster Linie als besonderes Rollenverhalten im Hinblick auf den *emotional/affektiv neutralen* Bezug zur Körperlichkeit beschrieben: »Eines der Merkmale, das die Definition der Rolle des Arztes (...) charakterisiert, ist eine ›neutrale‹ Haltung in dem Sinne, dass er verdrängt, was sonst ›normale‹ emotionale Reaktionen wären. (Parsons 1964/1968, S. 414). Vom Arzt werde erwartet, dass er sich etwa beim Anblick eines weiblichen Körpers nicht sexuellen Neigungen hingibt, sondern seine Untersuchung durchführt. Aus dieser Analyse des professionellen ärztlichen Tuns zog Parsons Schlussfolgerungen, an welchen sich weite Teile der Medizinsoziologie nach ihm abarbeiten sollten: »To the doctor's obligation to use his authority ›responsibly‹ in the interest of the patient, corresponds the patient's obligation faithfully to accept the implications of the fact that he is ›Dr. X's patient' and so long as he remains in that status must ›do his part' in the common enterprise.« (Parsons 1951/1968, S. 465). Freidson greift dieses seitens Parsons als funktional beschriebene paternalistische Rollenverhalten des Mediziners in der Arzt-Patienten-Interaktion in kritischer Absicht auf. Vom Patienten werde erwartet, dass er sich widerspruchlos »den Händen des Experten überlässt und auf dessen Urteilsfähigkeit und seine guten Absichten vertraut. Man erwartet, dass er eine Rolle übernimmt, die der eines Haustiers oder eines Kindes ähnelt, das von dem Wohlwollen und dem überlegenen Wissen des sorgenden Erwachsenen abhängig ist.« (Freidson 1979, S. 293). Sowohl interaktionstheoretische Studien zur Situation von Patienten in psychiatrischen Anstalten (Goffman 1977), als auch Gesprächsanalysen zum Verhalten des Arztes bei der Visite (Siegrist 1977), bis hin zu aktuellen Ansätzen zur Frage der Gegenmacht von Laien im Gesundheitswesen (Giddens 1997, S. 138 ff) scheinen an diese Kritik Anschluss gefunden zu haben (im Überblick Stollberg 2001). Dieser knappe Überblick über die professionssoziologische Perspektive auf medizinische Praxis möge genügen – gezeigt werden sollte damit vor allen Dingen eines<sup>8</sup>: Die ärztliche Orientierung am Körper bei der Heilung von Krankheiten hat in der medizinso-

6) Ganz anders dagegen die ständige Rechtsprechung seit der Reichsgerichtsentscheidung RGSt 25, 375 und Teile der neueren Literatur (zum Streitstand Tag 2000, S. 13 ff.).

7) Unter Hinweis auf die Definition in § 161 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs von 1960 (E 1960).

8) Zu weiteren Implikationen der Medizinsoziologie aus professionssoziologischer Sicht siehe etwa unterschiedliche Anschlüsse von Oevermann (1990, 2000), Stichweh (1988a und 1988b).

ziologischen Reflexion der ›Arzt-Patienten-Interaktion‹ vor allen Dingen deshalb Kritik erfahren, weil sie sich nicht so sehr für den Patienten als kranken *Menschen* im Sinne eines symmetrischen Sprechers interessiere, sondern nur mehr für den kranken *Körper*, bei dessen Behandlung der *Wille* allenfalls als Störfaktor in Betracht kommt.

Bei der Formulierung dieser normativen Kritik am paternalistischen Arzt-Patienten-Verhältnis gerät der ›kritischen‹ Medizinsoziologie indes die Frage aus dem Blick, warum es dem professionellen Arzt, aller medizinethischen Selbstreflexion zum Trotz, nicht gelingt, den Patienten in seiner Ganzheitlichkeit wahrzunehmen. Anders gestaltet sich die Analyse aus einer konstruktivistischen Perspektive, die sich dafür interessiert, warum sich die medizinische Praxis genau so (und nicht anders) plausibilisiert, wie es die (medizin)-soziologische Kritik beschreibt (vgl. Saake 2003). David Armstrong wendet anschließend an Foucaults poststrukturalistische Analyse des medizinischen Wissens die Perspektive auf den ›medizinischen Blick‹, der wie andere Momente moderner Vergesellschaftung dazu beigetragen habe, überhaupt erst so etwas wie die Rede vom individuellen Körper und vom Subjekt hervorzu-bringen: »In the beginning there was no Man. Disease was not mapped onto human anatomy as there was no body on which to inscribe the contours of illness (...).« (Armstrong 2002, S. 5, vgl. im weiteren Foucault 1976). Der medizinische Körper als Ansammlung von Geweben und Organen stellt sich aus der poststrukturalistischen Perspektive als Effekt eines neuen Diskurses dar, der sich um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert im Zuge des Aufkommens der Klinik als medizinische Organisation vollzieht und den heutigen anatomischen Blick überhaupt erst begründet (Foucault 1976). Die Entzifferungsautorität des ›horchenden‹ Kliniklers gegenüber den Symptomen habe sich mit dem ›zeigenden‹ Erspähen pathologischer Anatomie verknüpft. Damit wurde eine anatomisch-klinische Erfahrung konstituiert, in der ein beobachtender am individuell vorfindbaren Phänomen orientierter Blick von einem absoluten, logischen Blick in seiner Wahrnehmung integriert wurde; der einzelne, besondere Fall wurde unter eine allgemeine Logik des Wissens von Krankheiten subsumiert. Im Anschluss an Foucaults Untersuchung analysiert auch Hirschauer den chirurgischen Blick des 20. Jahrhunderts in einer ethnographischen Untersuchung als »ein Erkennen, das mit allen Mitteln versucht, die lokalen Beschränkungen des Auges aufzuheben.« (Hirschauer 1996, S. 116). Das Objekt der Chirurgie, der Körper des Patienten, oszilliere zwischen einem teleologischen Körper der Anatomie und der alltäglichen Gestalt und rituellen Vereinnahmung des bewohnten Körpers. »Der Erkenntniswille der Chirurgie erinnert sich daher immer wieder selbst ›ethisch‹ an die Wertschätzungen von Personen und normalen Körpern als lebensweltliche Einbindungen, die er versucht ist, hinter sich zu lassen« (Hirschauer 1996, S. 116). Während sich die ethnographische Perspektive darauf beschränkt, sich über die Ausbildung solch eines Blicks zu wundern und diesen äußerst eindrucksvoll sichtbar zu machen (zur Ethnographie im weiteren Hirschauer / Amann 1997, Emerson / Fretz / Shaw 1995), kann man weitergehend versuchen diesen im Hinblick auf die Funktionalität für gesellschaftliche Problemlösungsweisen zu erklären (Luhmann 1991).<sup>9</sup> Man kann auf diese Weise sehen, dass der professionelle Blick des Arztes unter den – historisch kontingenten – Praxisbedingungen im Organisationsalltag Krankenhaus in weiten Teilen gar nicht anders kann, als den Patienten auf den Körper zu reduzieren, um seinem Heilaufrag nachzukommen. Und gerade in dem Verweis auf den kranken Körper gelingt es dem Arzt auch den Patienten auf eine medizinische Behandlung zu dessen Heilung einzustellen.<sup>10</sup> Die Reduktion des Patienten auf den

9) Siehe im weiteren die Debatte zwischen Nassehi / Saake 2002 und Hirschauer / Bergmann 2002.

10) Nur insoweit muss sich der medizinische Blick auch für die Person des Patienten interessieren. Über den Verweis auf Krankheit und Therapie (also wiederum: im Verweis auf den *Körper*) gelingt es dem Arzt Patienten als Psyche zu stabilisieren und im medizinischen Sinne handlungsfähig zu werden. Das Gespräch mit dem Patienten und zum Beispiel die Operation eines kranken Körpers am OP-Tisch stellt somit eine Gleichzeitigkeit ungleicher Phänomene dar, die sich gegenseitig ergänzen, um medi-

Körper hat also auch einen praktischen Sinn, der hilft Organisationsabläufe unter Bedingungen knapper Zeit zu bewältigen. Die Versuche der Medizinethik und des Medizinrechts, die blinden Flecken dieses Blicks zu heilen, indem sie die Medizin im Sinne der Ausführungen Hirschauers an die Wertschätzung von Personen erinnern, machen die praktisch notwendige Beschränktheit dieses Blicks nur erneut sichtbar. Um so mehr kann man sich dann wiederum darüber wundern, dass sich die Lebendorganspende als eine medizinische Praxis entfaltet, die neben dem Krankheitswert des Empfängers vor allen Dingen die Autonomie der Entscheidungsfindung beim Spender in den Blick nimmt. Während sich die herkömmliche medizinische Praxis entfalten kann, wenn es ihr gelingt im Verweis auf den kranken Körper den Patienten als Psyche zu stabilisieren, konstituiert sich die Praxis der Lebendspende im Verweis auf den freien Willen und ein Verfahren, das zunächst auf Destabilisierung abstellt: Der (gesunde) Spender muss im Befragungs-Verfahren sichtbar machen können, das er sich über negative Folgen des Eingriffs im Klaren ist.

### 1.3 Die Organentnahme beim Lebenden als Irritation medizinischer Praxis

Die zunehmende praktische Bedeutung der Lebendorganspende kann zunächst durchaus aus der beschriebenen Normalfall-Logik ärztlicher Tätigkeit erklärt werden. Blickt man auf den kranken *Empfänger*, so stellt die Transplantation häufig die einzige oder jedenfalls die beste Therapie dar, um dessen Leben zu retten oder dessen Gesundheitszustand zu verbessern. Mit der Entwicklung der Transplantationsmedizin – bereits die erste erfolgreiche Nierentransplantation im Jahr 1954 war eine Lebendorganspende zwischen eineiigen Zwillingen<sup>11</sup> – stand der Medizin eine Behandlungsoption offen, die sich aus medizinischer Sicht vielfach als die Therapie der Wahl darstellt. Dies gilt auch und gerade für die Lebendorganspende, da die aus postmortalen Organspenden gewonnenen Organe den medizinischen Bedarf bei weitem nicht decken und die Lebendspende aus medizinischer Sicht mit spezifischen Vorteilen verbunden ist. So sind die Erfolgsaussichten einer Nierentransplantation bei einer Lebendorganspende signifikant höher als bei der Transplantation postmortal entnommener Organe (Cecka und Terasaki 1997). Gleichzeitig hat man für chronisch Nierenkranke nach Transplantationen im Vergleich zu Dialysebehandlung eine deutliche Verlängerung der Lebenszeit nachweisen können (Wolfe et al 1999; Land 2003). Als Problem wird die Praxis der Lebendorganspende erst dann sichtbar, wenn man den Blick auf den Organspender richtet. Die *dunkle Seite* der Lebendspende zeigt sich in der Notwendigkeit einer gesunden Person im Rahmen eines operativen Eingriffs ein gesundes Organ zu entnehmen. Für den Spender ist die Organentnahme also ein Eingriff, der ihn schädigt und – je nach betroffenem Organ – mit mehr oder weniger großen Kurzzeit- und Langzeitrisiken verbunden ist<sup>12</sup>, ohne dass die-

---

zinische Praxis am Laufen zu halten. Diesen Zusammenhang hat Irmhild Saake in ihrer Studie zur *Performanz des Medizinischen* (2003) herausgearbeitet: »(...) der Arzt kann – um die optimale Entscheidung zu treffen – nicht einfach nur den Körper behandeln, er muss den Patienten selbst miteinkalkulieren.« Über das Gespräch mit dem Patienten und die Darlegung der Behandlungsmöglichkeiten hat der Arzt »den Körper befreit von sämtlichen möglichen ›Störvariablen‹, die durch einen am Sinn des Ganzen zweifelnden Patienten entstehen können.« (Saake 2003, S. 444f).

- 11) Dem Chirurgen Joseph E. Murray gelang 1954 in Boston erstmals eine Nierentransplantation zwischen eineiigen Zwillingen, die von dauerhaftem Erfolg war. Die Option der postmortalen Organtransplantation gewann dagegen erst nach der Lösung des Abstoßungsproblems durch die Entwicklung wirksamer Immunsuppressiva an Bedeutung (Land 2003).
- 12) Dem Mediziner Land zufolge ist das Morbiditäts- und Mortalitätsrisiko bei Nierentransplantationen zwar äußerst gering, dennoch hält auch Land die operative Entnahme einer Niere für »kein(en) vollkommen ungefährlichen Eingriff« (Land: 2003, S. 213). Bei einer Teilleberspende, bei der man vor allem mit perioperativen Komplikationen rechnen muss, sind diese Risiken deutlich höher (Eigler 1997). Verlässliche statistische Daten über die Gefährdung des Spenders liegen mangels aussagekräftiger Follow-up-Studien und mangels obligatorischer Lebendspenderegister in den meisten Ländern nicht vor.

sen ein therapeutischer Nutzen gegenüber steht. Auch die Berücksichtigung der Fremdnützigkeit der Organentnahme, der Aspekt der *Heilhilfe*, ändert nichts daran, dass die Organentnahme selbst kein medizinisch indizierter Heileingriff ist und somit *prima facie* gegen das medizinethische Nichtschadensprinzip verstößt: »*Primum non nocere*: ›Above all (or first) do no harm.« (Beauchamp / Childress 2001, S. 113; vgl. dazu differenzierend Schroth 2004, S. 463 ff.). Mit dem Ausbau dieses noch jungen Zweigs der Hochleistungsmedizin ist mithin eine *Irritation*, d.h. die Kommunikation einer überraschenden Erwartung (Luhmann 1993, S. 257) verbunden, die darin besteht, dass ärztliches Handeln unabhängig von dem traditionellen Legitimationskriterium der medizinischen Indikation gerechtfertigt sein und sogar die Schädigung und Gefährdung eines gesunden Patienten umfassen soll<sup>13</sup>. Die These der Irritation lässt sich unter anderem an der signifikanten Zunahme der Kommunikation über die Lebendorganspende ablesen. Zu beobachten ist eine Zunahme der Produktion von Texten, die sich mit den medizinischen, psychologischen, ethischen, theologischen, juristischen und – wie hier – soziologischen Aspekten der Lebendorganspende befassen<sup>14</sup>, die ihrerseits auf unzähligen Kongressen und Symposien verhandelt werden<sup>15</sup>. Im politischen System lässt sich die entstandene normative Verunsicherung daran ablesen, dass die Lebendorganspende im Transplantationsgesetz von 1997 eine eigenständige Regelung erfahren hat, die gegenwärtig erneut Gegenstand der rechts- und gesundheitspolitischen Diskussion ist<sup>16</sup>. § 8 TPG legt die Voraussetzungen der Organentnahme beim Lebenden im Detail fest und unterwirft die Lebendorganspende zahlreichen, zum Teil umstrittenen Beschränkungen<sup>17</sup>. Die vielfältigen rechtlichen Schranken und deren prozedurale Absicherung belegen, dass der Verweis auf die gesundheitlich schlechte Situation des Organempfängers und auf die Autonomie des Spenders offenbar nicht als gute Gründe ausreichen, um die Lebendorganspende, wie jedes andere medizinisch-therapeutische Verfahren zu behandeln. Und erst recht kann die Lebendorganspende nicht wie andere, *nicht-medizinische*, selbstgefährende Praktiken, etwa riskante Sportarten (Boxen, Drachenfliegen), ungeschützter Geschlechtsverkehr oder einverständliche Verletzungshandlungen im Rahmen sado-masochistischer Sexualpraktiken behandelt werden<sup>18</sup>. Was sich hier abzeichnet, ist offenbar ein Folgeproblem der

- 13) Dies gilt freilich auch für eine Reihe anderer nicht-therapeutischer ärztlicher Verfahren, wie der Schönheitschirurgie, der sogenannten Gefälligkeitsterilisation, dem Schwangerschaftsabbruch, dem Humanexperiment, etc., die in ähnlicher Weise diskutiert werden können und die interessanterweise häufig mit spezifischen Verfahrenslösungen verbunden sind (Saliger 2003).
- 14) Beiträge aus allen Bereichen umfasst etwa der Sammelband »Transplantation«, Oduncu/Schroth/Vossenkuhl (2003); aus der neueren juristischen Literatur, die sich speziell mit der Lebendorganspende befasst seien exemplarisch genannt: Pfeiffer (2003); Zillgens (2004); Schreiber (2004); sowie unter Einbeziehung der ethischen Aspekte Gutmann/Schroth (2002).
- 15) Zuletzt etwa: Symposium »Ethik der Lebendorganspende« am 11. September 2004, Akademie der Wissenschaften Mainz; The Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor, Forum des Ethik-Komitees der Transplantation Society/National Kidney Foundation, U.S. vom 01. – 04. April 2004 in Amsterdam/Niederlande; Internationaler Kongress der Deutschen Transplantationsakademie: »Ethik und Organtransplantation im Spiegel globaler Entwicklungen« am 14.12.2002, München (Gutmann et al. 2004).
- 16) Öffentliche Anhörung »Organlebendspende« der Enquete-Kommission »Ethik und Recht der modernen Medizin« am 1. März 2004. Der Zwischenbericht der Enquete-Kommission zur Organlebendspende wird voraussichtlich im März 2005 veröffentlicht.
- 17) Die umstrittenste Beschränkung stellt die Beschränkung des Spenderkreises in § 8 I 2 TPG auf genetisch oder emotional eng verwandte Personen dar (zur Kritik umfassend Gutmann/Schroth 2002, S. 2 – 24), die zur Unzulässigkeit altruistischer anonymer Pool-Spenden führt und die Möglichkeit von sog. Überkreuz-Lebendspenden einschränkt (dazu jetzt die Entscheidung des Bundesdesozialgerichts (BSG), JZ 2004, S. 464 mit Anm. Schroth, S. 469 ff.).
- 18) Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können etwa einverständliche Verletzungshandlungen im Rahmen sado-masochistischer Sexualpraktiken bis zur Grenze der Voraussicht konkreter Todesgefahr im Rahmen von § 228 Strafgesetzbuch (StGB) durch Einwilligung gerechtfertigt sein (BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, S. 2458 = Neue Zeitung für Strafrecht (NSTZ) 2004, S. 621).

Erfolge moderner Hochleistungsmedizin und der darin zum Ausdruck kommenden medizinischen Optionssteigerung (Nassehi 2003, S. 168 ff.). Die medizinische Option der Lebendorganspende erfordert eine Entscheidung, die der Performanz des Medizinischen gleichzeitig entspricht (Empfängerperspektive) und entgegensteht (Spenderperspektive): Kranke Körper gesund zu machen.

## 2. Die Lebendspendekommission als prozedurales Lösungsmodell

Die rechtliche Antwort auf das Problem der Lebendorganspende besteht nicht nur in der Festschreibung von materiell-inhaltlichen Voraussetzungen der Lebendorganspende, sondern auch in deren prozeduraler Absicherung durch ein Kommissionsmodell nach § 8 Abs. 3 Satz 2 TPG.<sup>19</sup> Danach ist eine Organentnahme beim Lebenden nur zulässig, wenn eine »nach Landesrecht zuständige Kommission gutachtlich dazu Stellung genommen hat, ob begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einwilligung in die Organspende *nicht freiwillig* erfolgt oder das Organ Gegenstand verbotenen Handelns« ist (§ 8 Abs. 3 Satz 2 TPG). Nach einem kurzen Überblick über die rechtlichen und praktischen Rahmenbedingungen dieser Kommissionen (2.1) analysieren wir deren Selbstbeschreibung anhand von Experteninterviews, die mit Kommissionsmitgliedern geführt wurden (2.2).

### 2.1 Die Kommissionslösung des TPG

Die 23 bei den Landesärztekammern gebildeten Kommissionen sind ganz überwiegend entsprechend der Mindestvorgabe des TPG mit einem Volljuristen, einem Mediziner und einer in psychologischen Fragen erfahrenen Person besetzt; in Bremen gehört der Kommission darüber hinaus auch ein Patientenvertreter an. Das Kommissionsverfahren steht in der Regel am Ende der Vorbereitung einer Lebendorganspende. Erst nach der Durchführung aller notwendigen medizinischen Voruntersuchungen bei Spender und Empfänger und nach Abschluss der medizinischen, zum Teil auch psychologischen Aufklärungs- und Beratungsgespräche im Transplantationszentrum wird das Spender-Empfänger-Paar bei der Lebendspendekommission vorgestellt (Hillebrand et al. 2001). Das eigentliche Kommissionsverfahren ist aufgrund der Vielzahl landesrechtlicher Ausführungsbestimmungen äußerst divergent geregelt (Fateh-Moghadam 2003), schließt aber ganz überwiegend die persönliche Anhörung des Spenders, zum Teil auch die des Empfängers ein. Sobald die Stellungnahme der Kommission vorliegt, kann die Transplantation erfolgen, sofern sich nicht aus dem Votum oder zwischenzeitlich eingetretenen Gründen Bedenken ergeben haben. Rechtlich sind die Transplantationszentren nicht unmittelbar verpflichtet entsprechend den Empfehlungen der Kommission zu handeln, sie müssen diese aber berücksichtigen und sehen sich einem erheblichen faktischen Befolungsdruck ausgesetzt – wir kommen darauf zurück (3).

Sachlich-inhaltlich orientiert sich das Kommissionsmodell an der autonomen, *freiwilligen* Entscheidung des Spenders, die nach der normativen Entscheidung des TPG der zentrale Legitimationsfaktor für die Organentnahme bei einem lebenden Spender ist. In der Sachdimension kann die Kommissionslösung daher als prozedurales Modell zur Absicherung von Autonomiebedingungen verstanden werden (Fateh-Moghadam et al 2004a, 2004b). Dies gilt auch

---

19) Das TPG folgt damit dem Trend zu prozeduralen Lösungen im Medizinrecht, vgl. dazu den instruktiven Überblick bei Saliger 2003; zur rechtstheoretischen Debatte um prozedurales Recht als Antwort auf eine Steuerungskrise regulativen Rechts vgl. die Beiträge in Grimm 1990, sowie Teubner 1989, S. 117 ff; Habermas 1998, S. 516 ff; Callies 1999 (dazu unten 3.2). Zu denkbaren Anknüpfungspunkten zu den Theorien prozeduraler Gerechtigkeit vgl. Alexy 1978/1983, 1995; Habermas 1998, S. 541 ff; Tschentscher 1999. Zur rechtssoziologischen Debatte über Verfahrenslösungen im Recht siehe Bora 1994, 1999 und Bora / Epp 2000.

für die Prüfung von Anhaltspunkten für Organhandel, jedenfalls dann, wenn man mit Schroth das Rechtsgut des Organhandelsverbots (§§ 17, 18 TPG) in der Absicherung der Rahmenbedingungen der Möglichkeit autonomer Entscheidungen erblickt (Schroth 2001). Die medizinische Leitunterscheidung von *krank / gesund* wird also durch die Unterscheidung *freiwillig / nicht-freiwillig* ergänzt. In der *Zeitdimension* bewirkt das Verfahren vor den Lebendspendekommissionen eine Temporalisierung des Entscheidungsprozesses. Verfahrenslösungen basieren insoweit auch auf der im Alltagsverständnis verbreiteten Intuition, dass eine länger vorbereitete Entscheidung eine bessere Entscheidung ist, weshalb man wichtige Entschlüsse erst einmal ›überschlafen‹ sollte. Vor allem aber wird von der im Medizinrecht sonst typischen, fragmentarischen Ex-post-Kontrolle im Konfliktfall<sup>20</sup> auf die präventive Absicherung der Freiwilligkeit der Organspende in jedem Einzelfall umgestellt. Schließlich löst das Kommissionsverfahren den Entscheidungsfindungsprozess aus dem Kontext der Transplantationszentren und bezieht die Kompetenz unabhängiger Gutachter aus verschiedenen Fachdisziplinen (Medizin, Psychologie, Rechtswissenschaften) mit ein (*Sozialdimension*).

Es ist weniger das inhaltliche Prinzip des *informed consent*, das schließlich auch für jeden anderen medizinischen Eingriff Geltung beansprucht, als dieses Verfahrensmoment, das die Differenz der Regelung der Lebendorganspende zum ärztlichen Heileingriff markiert. Nach *normativem* Verständnis trägt dieses Verfahren der besonderen Schutzbedürftigkeit von Lebendorganspendern Rechnung (Nickel et al. 2001), die sich vor allem daraus ergibt, dass sich die Ärzte im Transplantationszentrum in einem strukturellen *Interessenkonflikt* befinden: »Kidney transplantation generates income, research opportunities, and prestige for the center. Centers also have an altruistic desire to help a potential transplant recipient, which at times may be stronger than a donor's desire to do so.« (Steiner/Gert 2000, S. 678)<sup>21</sup>. Während die Transplantationszentren also ein strukturelles Interesse an der Durchführung möglichst zahlreicher Transplantationen haben, obliegt es ihnen nach dem Transplantationsgesetz zugleich den Spender systematisch mit negativen Informationen über eigene und fremde Risiken der Transplantation zu konfrontieren. In us-amerikanischen Transplantationszentren hält man offenbar die Möglichkeit, diesem Interessenkonflikt durch Appelle an die Neutralität der beteiligten Ärzte zu begegnen für plausibel: »The only solution is for the center to adopt a neutral posture when it counsels donors (...).« (Steiner/Gert 2000, S. 678). Der deutsche Gesetzgeber zeigt sich skeptischer, wenn er darauf setzt, den Transplantationszentren bei der ›Selbstkontrolle‹ eine »zusätzliche verfahrensrechtliche Sicherheit« durch die Einschaltung der unabhängigen Gutachterkommission zu bieten<sup>22</sup>. Während also aus normativer Sicht durchaus gute Gründe für die Einrichtung des Kommissionsverfahrens genannt werden, steht die Transplantationsmedizin diesen Institutionen zum Teil skeptisch gegenüber, da man in ihnen einen Ausdruck des Misstrauens und einer staatlichen Bevormundung sieht<sup>23</sup>. Bei einer distanzierteren, soziologischen Betrachtung stellt sich indes die Frage, inwiefern die Kommissionen nicht nur normativ legitim sondern auch *funktional* für die Transplantationsmedizin sind (dazu unten 3.).

20) Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts, vgl. die empirische Untersuchung von Orben (2004).

21) Der Moralphilosoph Bernard Gert analysiert hier gemeinsam mit einem Nephrologen äußerst instruktiv die Interessenkonflikte von Transplantationszentren bei der Spenderauswahl und die damit verbundenen normativen Problemstellungen.

22) Amtliche Begründung zum TPG, BT-Dr. 13/4355, S. 21.

23) So wurde die im ursprünglichen Gesetzentwurf für ein Bundestransplantationsgesetz der Schweiz vorgesehene Kommissionslösung nach heftiger Kritik seitens der Ärztenverbände wieder »gekippt«.

## 2.2 Patientenautonomie als Verfahren: Authentische Spender und Empfänger

Wie sich die Entscheidungsmaßstäbe und Personenkonzepte der interdisziplinären Gutachterkommissionen zur herkömmlichen Form medizinischer Entscheidungsfindung verhalten, soll im Weiteren anhand von Interviewauszügen mit Mitgliedern von Lebendspendekommissionen aufgezeigt werden.<sup>24</sup> Die Interviews wurden im Anschluss an Verfahren einer differenztheoretisch informierten Hermeneutik untersucht. Das vorliegende Material wird danach allein als Text, der seine eigene Plausibilität und (hier: wissenschaftliche) Anschlussfähigkeit selbst erzeugt betrachtet, und nicht als eine substantielle Verkörperung von Zusammenhängen, die unmittelbar Rückschlüsse auf eine kontextfrei zugängliche Realität geben könnten oder als Idealtypen, die auf eine exakt so funktionierende Praxis verweisen würden (vgl. Nasahi / Saake 2002; im weiteren Schneider 1991, 1992, 1994; im Hinblick auf die Unterschiede zur objektiven Hermeneutik Oevermannscher Provenienz Sutter 1997). Die Texte verweisen eher auf perspektivenabhängige, aber auch perspektiventypische Formen des Umgangs mit der Lebendorganspende, die uns aufgrund des uns zur Verfügung stehenden Materials und im Hinblick auf die uns hier interessierende Fragestellung aufgefallen sind.<sup>25</sup> Inwiefern diese Selbstbeschreibungen der Kommissionsmitglieder auf die tatsächliche Praxis der Entscheidungsfindung in den Kommissionen verweist, müssen wir offen lassen.

Ein Psychologe, der Mitglied einer Lebendspendekommission ist, berichtet über die Form der Entscheidungsfindung im Gremium und expliziert hierzu seine Perspektive auf das gesetzlich vorgegebene Kriterium der offenkundigen besonderen persönlichen Verbundenheit zwischen Spender und Empfänger (§ 8 Abs.1 Satz 2 TPG). Dabei werden zunächst die Schwierigkeiten deutlich, diesen unbestimmten Rechtsbegriff praktisch umzusetzen (vgl. hierzu auch Fateh-Moghadam et. al. 2004b).

»Dieser Begriff ist natürlich in einer gewissen Weise auch auslegbar, ja, und darüber unterhalten wir uns dann schon, dass wir zum Beispiel sagen, ist es, wenn die Leute sich, was weiß ich, alle drei Monate mal sehen oder sich drei Jahre nicht gesehen haben, ist das eine enge persönliche Beziehung, ja, also was steht dahinter und da versuche ich da in meiner Rolle als Psychologe auch zu sagen, dass enge persönliche Beziehungen auch etwas, die müssen ja gelebt sein, ja, sie müssen sich auch dokumentieren in der Beziehungsgeschichte [I: Mhm] und sie müssen auch so etwas wie eine Zukunft haben und das kann man manchmal eben halt nicht erkennen und natürlich besteht hier auch ein Zusammenhang zu dem, was das Thema Organhandel angeht, also wenn man diese, wenn man diesen Gedanken weiterführt, könnte es durchaus sein, dass man Leute, die keine engen persönlichen Beziehungen haben und gleichzeitig aber eine Transplantation, die doch ein risikoreich sein kann, ins Auge fassen, da kommt sozusagen der Verdacht des Organhandels eher mit ins Spiel als bei Personen, die etwas aus dem Grunde tun, um einer anderen Person auch zu helfen und sie zu unterstützen, das wird ja immer mit altruistisch bezeichnet, wobei ich das kein so gutes Wort finde in dem Zusammenhang, aber gemeint ist, dass

- 24) Zur Untersuchung dieser Frage wurden neun Mitglieder von Lebendspendekommissionen entsprechend den Standards qualitativer Interviewführung befragt. Die im Text zitierten Auszüge geben so weit durch herkömmliche Transkriptionsverfahren möglich das gesprochene Wort wieder. Klarnamen wurden anonymisiert. Einem unserer Gutachter verdanken wir den Hinweis, dass sich durchaus alternative (konversationsanalytische) Transkriptionsmöglichkeiten (GAT) zu dem hier angewandten Verfahren finden lassen, die den Charakter der Mündlichkeit besser erhalten hätten. Siehe hierzu im weiteren Selting (1997), Kowal und O'Connell (2003). Wir nehmen diesen Hinweis dankend zur Kenntnis, gehen aber gleichzeitig davon aus, dass die Ergebnisse unserer Studie hiervon nicht weiter beeinträchtigt werden, zumal hier auch keine Konversations- sondern lediglich eine Interviewanalyse vorgenommen wurde.
- 25) Dass Divergenzen nicht nur zwischen den verschiedenen Perspektiven bestehen, sondern auch innerhalb jeweiliger Blickrichtungen (Medizin, Psychologie, Recht) hat bereits eine quantitative Studie sichtbar gemacht (Fateh-Moghadam et. al. 2004a). Uns geht es in der vorliegenden Studie weniger um die Beschreibung statistischer Verteilungen von Einschätzungen, sondern darum, wie sich in den uns vorliegenden Texten unterschiedliche Perspektiven typischerweise entfalten und welche Probleme im Hinblick auf die Lebendorganspende gelöst werden.

das also Beziehungen sind, wo nicht ein Geben und Nehmen der zentrale Punkt ist.« (Herr H. / Psychologe, Z. 143 – 176).

Mit dieser Aussage zeigt der psychologische Gutachter zunächst, dass das gesetzliche Kriterium der persönlichen Verbundenheit, durch welches unter anderem der Gefahr des Organhandels begegnet werden sollte, von ihm als ein plausibler Grund für die Entscheidung zur Organlebenspende angesehen wird. Das *Erleben* von persönlicher Verbundenheit wird über das Kriterium der Zeit sichtbar gemacht: Beziehungen erweisen ihre Stabilität über eine Vergangenheit und eine Zukunft und die Häufigkeit gegenwärtiger Kontakte. Interessanterweise weist die psychologische Perspektive der Bezogenheit zwischen Spender und Empfänger aber auch über die Frage des Organhandels hinaus erhebliche Bedeutung für die Frage der *Freiwilligkeit* der Organspende zu. In diesem Zusammenhang kann dann die gesetzlich vorgeschriebene persönliche Verbundenheit sogar zum Problem werden: Persönliche Bindungen müssen eng sein, dürfen aber auch nicht zu eng sein, um aus psychologischer Perspektive *Freiwilligkeit* zu garantieren. Der Spender aber auch der Empfänger soll durch die besondere Berücksichtigung der Beziehungsform davor bewahrt werden aus innerem Verantwortungsgefühl eine unüberlegte Spontanentscheidung zu treffen, die er im Nachhinein bereuen könnte<sup>26</sup>. Das angemessene Maß an Bezogenheit zum Organempfänger ist es deshalb, wonach Psychologen sich richten, wenn es darum geht, die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung zu beurteilen<sup>27</sup>. Genau dies wird auch noch einmal an einem weiteren Interviewzug mit dem eben schon zitierten Psychologen sichtbar:

»Der Fall den ich Ihnen vorher geschildert habe, von der Mutter und dem Sohn, der geht in diese Richtung [I: Mhm], das war eine sehr verstrickte Beziehung, das war eine enge persönliche Beziehung, gar keine Frage, aber sie war sehr verstrickt, und was in dem Beratungsprozess stattgefunden hat, ist eine Entstrickung gewesen in einer gewissen Weise, ja, der Sohn hat mehr an Freiräumen, an Atemmöglichkeit gehabt, und hat dann eine Entscheidung auch auf eine andere Weise fällen können, deswegen muss man darauf achten, dass enge persönliche Beziehungen nicht zu eng sind, also wenn da sozusagen nur noch Symbiose, aber nicht die Autonomie, die in guten, sagen wir mal persönlichen, engen persönlichen Beziehungen eine Rolle spielt, dass sozusagen diese Balance zwischen Autonomie und Bezogenheit gegeben ist, wenn das nicht gegeben ist, dann muss man schon genauer hinschauen, ja, deswegen muss man den Begriff der engen persönlichen Beziehung unter diesen zentralen Dimensionen auch betrachten, einmal eben Autonomie und das andere Mal Bezogenheit.« (Herr H. / Psychologe, Z. 318 – 332).

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

26) Damit reagieren Psychologen auch auf wissenschaftliche Erkenntnisse zum Entscheidungsverhalten in moralisch schwierigen Situationen. US-Amerikanischen Studien zufolge treffen zwei Drittel der Lebendspender eine sogenannte *snap decision*, eine Spontanentscheidung, die getroffen wird, ohne dass weitere Sachinformationen eingeholt und weitere rationale Überlegungen angestellt würden (vgl. Schneewind 2003).

27) Die Bedeutung von Bezogenheit und Autonomie in der Spender-Empfängerbeziehung für die Patientenautonomie bei der Lebenspende betont auch eine neue Münchner Studie im Rahmen des bereits erwähnten DFG-Forschungsprojektes, oben Fn.: Schneewind/ Schmid 2005.

lich freiwillig, wenn eine Mutter sagt, ich spende meinem Kind, was kranke Nieren hat, eine, eine Niere, ähm, ich habe das Kind geboren und jetzt kriegt es, wird es zum zweiten Mal geboren praktisch und das will ich tun (...).« (Frau B; Z. 208ff).

Die juristische Perspektive interessiert sich für die *besondere persönliche Verbundenheit* von Empfänger und Spender nur insoweit, als dieses Kriterium positivrechtlich vorgegeben ist. Der folgende Auszug aus einem Interview mit einem juristischen Mitglied einer Lebendspendekommission zeigt deutlich, dass es der rechtlichen Perspektive weniger um die psychische Bezogenheit zwischen Spender und Empfänger geht. Der von uns befragte Jurist interessiert sich vielmehr für die Zurechenbarkeit von Entscheidungen an steuerungs- und verantwortungsfähige, *zurechenbare* Subjekte und gerät deshalb typischerweise in Begründungsnöte, wenn die Entscheidung zur Organspende zwar den juristischen Freiwilligkeitskriterien entspricht, aber die Anforderungen an die gesetzlich vorgeschriebene persönliche Verbundenheit im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 2 nicht erfüllt sind<sup>28</sup>:

» (...) umgekehrt muss ich sagen vor kürzester Zeit hatte ich einen Fall, da wollte ein Cousin einer Cousine spenden, (...), da war nach meiner Ansicht die Voraussetzung für die Lebendspende nicht gegeben, weil es an der besonderen Nähe gefehlt hat, und da habe ich mich geärgert über das Gesetz, weil das Gesetz Verwandtschaftsverhältnisse dritten Grades und vierten Grades nicht als Verwandtschaftsverhältnisse akzeptiert und da gab es auch für mich keinen Grund in irgendeiner Hinsicht an der Spenderbereitschaft auch ethische und moralische Bedenken zu haben und da fand ich, dass das Gesetz so formuliert war, dass man eigentlich der Lebendspende nicht zustimmen konnte, weil es eben die besondere persönliche Verbundenheit nicht gab (...).« (Herr G. / Jurist, Z. 197 ff).

Begründet wird die rechtliche Perspektive mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten über den eigenen Körper (Art. 2 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 1. Abs. 1 GG). Danach haben *Personen*<sup>29</sup> das Recht »ihr Leben nach ihrer eigenen Vorstellung des Guten zu führen, solange sie nicht anderen dadurch Schaden zufügen« (Gutmann / Schroth 2003, S. 277). Für die Lebendorganspende heißt dies, dass dem Spender das Recht zukommt, ein gewisses Risiko einzugehen, um einem ihm nahe stehenden Menschen zu helfen. Das Menschenbild des Grundgesetzes, das einen zur Selbstbestimmung fähigen Menschen voraussetzt<sup>30</sup>, produziert eine Vermutung für die Freiwilligkeit der Entscheidungen erwachsener Personen, so dass die *paternalistische* Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Organspenders begründungsbedürftig wird, genauer: verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein muss (Fateh-Moghadam 2005; Esser 2000). Freiwilligkeit wird daher juristisch vor allem negativ, über die Abwesenheit von Autonomiedefiziten bestimmt (Schroth 2005). Über den Ausschluss dieser Defekte werden lediglich bestimmte Mindeststandards als Voraussetzung für die Zuschreibung normativer Zuständigkeit gesichert. Sichtbar gemacht werden kann dies weniger über eine stabile soziale Beziehung als über das Verfügen von Sachinformationen über die möglichen Operationsrisiken (Fehlen von Wissensdefiziten), die Selbstständigkeit der Entscheidungsfindung (Fehlen von Willensmängeln; Ausschluss von Drohung und Täuschung), sowie die Entscheidungskompetenz (Einsichts- und Urteilsfähigkeit; Volljährigkeit). Ein bloß inneres, moralisches Verpflichtungsgefühl stellt dagegen in der Regel kein relevantes juristisches Datum dar. Fol-

28) In der medizinrechtlichen Literatur ist daher umstritten, ob das Fehlen der besonderen persönlichen Verbundenheit von der Kommission überhaupt selbständig festgestellt werden darf, da diese ja nach dem Wortlaut des Gesetzes nur über Anhaltspunkte für die Unfreiwilligkeit und Organhandel zu befinden haben (Vgl. einerseits Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler 2001, § 8, Rn. 35; Preisigke 2003, S. 838; andererseits Fateh-Moghadam et. al 2004 b, S. 87 f.).

29) Zur Person als Rechtsbegriff auch im Hinblick auf bioethische Fragestellungen vgl. Damm 2002a und 2002b sowie Seelmann 2004.

30) Die Menschenwürdegarantie lässt – in Zusammenschau mit dem gesamten Grundrechtskatalog – ein verfassungsrechtliches Menschenbild erkennen, dass stark von der Achtung eines selbstbestimmten Lebensentwurfes geprägt ist (Herdegen 2003: Art 1, 25).

gender Textauszug mit dem eben bereits angeführten juristischen Gutachter soll diesen Zusammenhang verdeutlichen:

»(...) also ich gehe deshalb man davon aus, dass Freiwilligkeit erst mal von Personen gegeben ist und dass es Anhaltspunkte gibt, geben muss, die die Freiwilligkeit halt in Frage stellen. Auch ein Anhaltspunkt ist, dass die Freiwilligkeit in Frage stellt, ist beispielsweise, dass Wissensdefizite gegeben sind, also wenn Personen nicht hinreichend aufgeklärt sind, dann entscheiden sie auch nicht freiwillig, weil sie eine hinreichende Tatsachenbasis haben müssen, um erst mal zu entscheiden. In der Juristerei erfüllen die Funktion, die Aufklärungspflichten erfüllen die Funktion, die Leute entscheidungskompetent zu machen, d.h. das Nicht-Vorliegen von Wissensdefiziten ist für mich dann auch ein Zeichen dafür, dass Freiwilligkeit gegeben ist, umgekehrt, wenn Wissensdefizite gegeben sind, würde ich sagen, es ist jedenfalls Anhaltspunkt für eine nicht freiwillige Entscheidung. Weiter ist ein Anhaltspunkt für nicht Freiwilligkeit, dass jemand getäuscht worden ist, wobei man die Täuschung eben bestimmen kann, also wenn jemandem ein x für ein u vorgemacht wird, dann ist die Entscheidung für mich auch nicht mehr freiwillig, würde ich auch rügen, wenn ich das Gefühl hätte, das wäre der Fall. Und der Dritte ist, dass jemand irgendwelchem Druck ausgesetzt ist, beispielsweise so ein Druck, wenn irgendjemandem gedroht würde, wenn er nicht zur Lebendspende bereit ist, dann zeige ich dich an, dass du Steuerhinterziehung begangen hast, dann würde ich das auch werten als Zeichen für Unfreiwilligkeit, also das wäre für mich auch, also das sind die drei Momente, die eine Entscheidung zu einer unfreiwilligen machen und von der ich sagen würde, die kennzeichnen eigentlich eine unfreiwillige Entscheidung. Umgekehrt ist noch weiter für mich erforderlich, dass man halt eine gewisse Kompetenz hat qua Alter, d.h. man muss 18 Jahre alt sein, sonst kann man nach dem Transplantationsgesetz nicht sich freiwillig entscheiden, kann man natürlich darüber diskutieren, aber das hat nun mal der Gesetzgeber so gesehen, und weiter muss er entscheidungskompetent sein und entscheidungskompetent ist er dann halt, wenn keine Willens, wenn er die Fähigkeit hat sich einen Willen bilden zu können, wobei ich davon ausgehe, dass es so bestimmt wird wie im Strafrecht, also wenn einer nicht in der Lage ist, jedenfalls kognitiv Sachverhalte wahrzunehmen oder sich zu steuern, dann hat er halt nicht die Kompetenz, die man als Einsichtsfähigkeit dann auch definieren kann. (...)« (Herr G. / Jurist, Z. 237 – 270).

Der Blick des medizinischen Gutachters ergänzt die juristische und die psychologische Perspektive, indem er sich in erster Linie für das Vorliegen des medizinischen Wissens des Spenders und des Empfängers über das mit dem konkreten Eingriff verbundene gesundheitliche Risiko interessiert. Der Arzt fungiert in der Kommission also nicht in der Rolle des *Arztes*, der einen Heilauftrag zu erfüllen hat, sondern als Experte für medizinische Risiken und Erfolgsaussichten, die Gegenstand der ärztlichen Aufklärungspflicht sind. Da diese Risiken individuell zu bestimmen sind, erfordert dies umfassende Kenntnisse über den Gesundheitszustand des Spenders und des Empfängers. Worauf es dem Arzt ankommt, ist, dass Spender und Empfänger sich bereits als informiert zeigen. Die Aufklärung soll nicht in der Kommissions-Anhörung nachgeholt werden. Informationen über mögliche riskante Operationsverläufe sollen vorab eingeholt und verarbeitet worden sein. Spender und Empfänger stehen so vor der anspruchsvollen Aufgabe, den medizinischen Gutachter davon zu überzeugen, dass sie nicht nur aufgeklärt wurden, sondern, dass sie diese Informationen auch verstanden haben, diese reproduzieren können und auf dieser Grundlage eine stabile Entscheidung für die Organspende getroffen haben. Ein medizinisches Kommissionsmitglied erklärt:

»Also, ich denke, ich habe das schon ein bisschen angeschnitten, mir kommt es sehr darauf an, dass der, dass beide, dass der Spender und der Empfänger und unter Umständen auch die Familie genau wissen, was da passiert, welches Risiko sie eingehen, welchen Erfolg sie haben werden, aber auch welche Wirkungen, Nebenwirkungen, Schäden eventuell auftreten können, das müssen die Leute genau wissen und was das entscheidende ist, sie müssen das wissen und sie müssen darauf hingewiesen worden sein, es kann nicht sein, dass wir die Leute in der Kommission aufklären, sondern es muss vorher aufgeklärt sein, der Patient muss das vorher erfahren haben, und es ist eigentlich Pflicht des Transplantationszentrums dass das gemacht wird und es wird auch mittlerweile sehr gut gemacht, es wird unter Umständen also auch, nicht in jedem Fall, aber meistens, ein Aufklärungsbogen beigelegt, in dem drauf steht, was gesagt worden ist [I: Mhm], also zum Beispiel die Prozentzahlen des Sterblichkeitsrisikos oder die Verhältniszahlen, wie viele Todesfälle bei wie vielen Explantationen sind jetzt aufgetreten, mit welchem Risiko muss man rechnen, dass das wirklich auch als Zahl da ist, und nicht ah das kommt überhaupt nicht vor oder ganz selten, das denke ich, kann man heute nicht mehr akzeptieren, sondern der Patient

oder der Spender die müssen wissen soviel Prozent Risiko besteht, dass eine Wundheilungsstörung auftritt, so oft tritt die und die Nachblutung auf, so hoch ist das Mortalitätsrisiko, aber das muss er vorher wissen und im Idealfall muss das schriftlich dokumentiert sein, und man ist erstaunt, dass manche Patienten das nicht verstanden haben, dass die zwar aufgeklärt worden sind, aber das gar nicht verstanden haben und das kann natürlich auch nicht sein, denn was nützt eine Aufklärung, wenn der Patient das nicht verstanden hat, und das ist eigentlich Aufgabe des Transplantationszentrums, das auch so rüber zu bringen, dass der verstanden hat, um was es da geht, sonst ist eigentlich eine Entscheidung, eine freie Entscheidung gar nicht möglich, wenn ich nicht weiß, was mir passiert, kann ich doch nicht entscheiden.« (Herr I / Mediziner, Z. 268 – 292).

Der Arzt, der hier als Experte für medizinisches Risikowissen auftritt, richtet seinen Blick unter anderem deshalb auf die Notwendigkeit der Vorabinformation von Spendern, weil es ihm um die Stabilität der Entscheidung geht. Das Problem des Stabilhaltens einer Entscheidung in der Zeit verweist auf ein Grundproblem moderner medizinischer Aufklärungsarbeit. Wie kann der Arzt sichtbar machen, dass Patienten vor dem Eingriff so aufgeklärt wurden, dass sie mögliche Konsequenzen in vollem Umfang verstanden haben? Wurden alle Alternativen aufgezeigt? Hat der Patient über ausreichend *Zeit* zur Verarbeitung der Beratung verfügt? Der Spender kann das ausreichende Maß an Freiwilligkeit und Autonomie gegenüber dem Arzt deshalb vor allen Dingen über sein Risikowissen plausibilisieren, und nicht darüber, dass der Empfänger dringend ein Organ zur Gesundheit benötigt. Folgende Tabelle fasst die bisherigen Ergebnisse zusammen:

Tab.1:Freiwilligkeit – Perspektivendivergenz

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

Was man am Material sieht, ist zunächst, dass sich die Selbstbeschreibungen der Kommissionsmitglieder von der oben dargelegten Selbstplausibilisierung medizinischer Praxis grundlegend unterscheiden. Während letztere sich für Patienten als *Körper* interessiert und versucht die individuelle Person, *den Patienten als Menschen*, auszublenden, um die vorfindbaren besonderen Krankheitssymptome auf allgemeine medizinische Standards zurückzuführen und praktisches Handeln organisierbar zu machen, scheinen sich Lebendspendekommissionen vor allen Dingen für die Authentizität der individuellen *Personen* zu interessieren. Für die Behandlung des Organempfängers würde es zunächst ausreichen, auf dessen kranken Körper zu verweisen und Möglichkeiten einer wenn auch mit Risiken be-

hafteten Therapie in Aussicht zu stellen, um die Psyche des Patienten in einer Weise zu stabilisieren, die Medizin handlungsfähig werden lässt. Die therapeutische Absicht macht die Einwilligung des Organempfängers aus medizinischer Sicht *prima facie* plausibel, so dass weitere Nachforschungen über die Motive und die psychische Verfassung des Patienten als überflüssig erscheinen. Das Verfahren der Lebendspendekommissionen zielt dagegen darauf ab, individuelle Beweggründe des Organspenders zu evaluieren, die die prekäre Entscheidung zur Organspende erst plausibel machen. Die altruistische Zielsetzung der Organspende erklärt sich anscheinend nicht von selbst sondern muss gesondert unter Beweis gestellt werden. Die Stabilität der Entscheidung zur Organspende wird daher im Kommissionsverfahren über Belastungstechniken, etwa die Konfrontation mit Risiken und Worst-Case-Szenarien, geradezu auf die Probe gestellt. *Freiwilligkeit* von Entscheidungen macht sich dann fest an dem Maß an Authentizität von Spendern (und Empfängern). Um den riskanten Eingriff der Organentnahme qua Gutachten befürworten zu können, benötigt man offenbar gerade nicht unbeteiligte Personen, die sich durch einen körperlichen Defekt auszeichnen und deshalb bereit sind, sich einer Behandlung zu unterziehen. Gefordert sind nun Personen, deren Einwilligung in das riskante medizinische Unterfangen in Rückgriff auf den Grad von Authentizität – den autonomen *Willen* – plausibilisiert werden soll. Dieser Wille ist indes nicht einfach schon immer gegeben, sondern wird im Verfahren erzeugt: Mit der Formel *Stabilisierung durch Destabilisierung* könnte deshalb die Technik bezeichnet werden, über die im Verfahren eine (freiwillige) Entscheidung herbeigeführt wird. Die jeweils unterschiedlich ausfallende *asymmetrisch* strukturierte Gutachterposition im Verfahren erzeugt den Spender als eine mit einem autonomen Willen ausgestattete Person in wiederum jeweils unterschiedlicher Form. Soziologisch betrachtet, wird Freiwilligkeit als normatives Konstrukt den Organspendern nicht einfach unterstellt sondern unter jeweils spezifischen Aspekten *von den Gutachtern im Verfahren* erzeugt.<sup>31</sup> Strukturell betrachtet unterscheidet sich damit die Form des Verfahrens von derjenigen der medizinischen Profession gar nicht so sehr: In beiden Fällen wird das Personenkonzept durch Asymmetrien hervorgebracht – einmal durch das Verfahren, das auf eine mit einem autonomen Willen ausgestattete Person abstellt; einmal durch den medizinischen Blick, der eine körperlich erkrankte Person konstituiert, die behandelt und therapiert werden soll. Die Anforderungen, die an einen qualifizierten Organspender gestellt werden, erscheinen aus distanzierter Betrachtung äußerst voraussetzungsreich – voraussetzungsreicher als in anderen riskanten Entscheidungslagen, etwa bei Bank- und Versicherungsgeschäften, wo per einfachem Kreuzchen und Unterschrift die freiwillige Einwilligung in womöglich lebenslang (nicht) zu bewältigende Schulden erteilt werden kann. Wer könnte schon, wie etwa im Verfahren der Lebendspendekommission aus psychologischer Sicht erwartet, nicht nur auf eine gemeinsame Beziehungsgeschichte, sondern auch auf eine gemeinsame Zukunft mit Sicherheit verweisen? Wir wollen nun in einem weiteren Schritt klären, wie sich die asymmetrische Form der Erzeugung von Freiwilligkeit im Verfahren zur Logik des Rechts und der Medizin verhält.

31) Gerade aus konstruktivistischer Sicht ist es dann aber wenig plausibel der Rede von der Freiwilligkeit ihre Konstruiertheit in normativ-kritischer Absicht vorzuhalten. Bioethisch-kritische Positionen beklagen in diesem Zusammenhang einen »Mythos der Selbstbestimmung« (Feuerstein / Kuhlmann 1999) bzw. »Autonomiekonstrukte« (Schneider 2003, 2004). Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive erweist sich dieser Befund indes als wenig überraschend, handelt es sich bei Freiwilligkeit und Selbstbestimmung doch um *rechtsstaatsnotwendige* Fiktionen, die nicht aufgegeben werden können, ohne die Ordnung des Grundgesetzes durch eine autoritäre Ordnung zu ersetzen. Bei genauem Hinsehen scheinen dann gerade die genannten Positionen einem essentialistischen Verständnis von »wirklicher« und »falscher« Freiwilligkeit verhaftet, wobei offen bleibt, von welchem Standpunkt aus sie glauben, erstere für sich selbst in Anspruch nehmen zu können.

### 3. Lebendspendekommissionen als problemlösende Auslagerungsinstanz

Die Verfahrenslösung des TPG scheint in erster Linie nicht auf die seitens sozialwissenschaftlicher Kritik ersehnte Emanzipation des Patienten vom paternalistischen Arzt zu verweisen, sondern zunächst einfach nur die Überführung einer medizinisch nicht entscheidbaren Entscheidungslage in einen anderen (rechtlichen) Kontext darzustellen. Das ambivalente Problem des Umgangs mit dem gesunden Spender wird insofern gelöst, als man eine Einrichtung institutionalisiert, deren Aufgabe darin besteht, die zu entscheidende Frage durch eine gutachterliche Stellungnahme für den behandelnden Operateur wieder bearbeitbar zu machen. Unseres Erachtens handelt es sich dabei aber nicht um eine entdifferenzierende<sup>32</sup> Entwicklung (siehe etwa Münch 1995, S. 14, Habermas 1998 S. 46, S. 363)<sup>33</sup> oder eine systemspezifische Form der Selbststeuerung, die nicht von Außen gestört werden darf (Callies 1999)<sup>34</sup>, sondern vielmehr um eine strengere Form struktureller Koppelung differenter Logiken, die Praxis nicht behindert sondern überhaupt erst ermöglicht (vgl. Nassehi 2003).

#### 3.1 Strukturelle Koppelung und die Zweitcodierung der Transplantationsmedizin: Freiwilligkeit

Die ohnehin bestehende enge Koppelung von Medizin und Recht findet am Beispiel der Lebendorganspende eine weitere Anknüpfung, wenn die Form medizinischer Orientierung bei Entscheidungen (krank / gesund) über die in rechtlichen Verfahren geregelte Bestimmung von Freiwilligkeit ergänzt wird. Als Einrichtung, die von jedem System in Anspruch genommen wird, aber von jedem in unterschiedlichem Sinne (Luhmann 1997, S. 787)<sup>35</sup>, ist hier zunächst an das Erfordernis des *informed consent*, der freiwilligen Einwilligung des Spenders zu denken. Die Beachtung dieses Prinzips ist jedenfalls im transplantationsmedizinischen Kontext Teil des ärztlichen Selbstverständnisses und eine Anforderung der guten klinischen Praxis<sup>36</sup>. Zur inhaltlichen Bestimmung dieses Konzeptes ist die Medizin allerdings auf weitere Instanzen – insbesondere das Recht – angewiesen, denn medizinische Gründe dafür, einer gesunden Person ein Organ zu entnehmen, gibt es nicht<sup>37</sup>. Zugleich und vor allem, ist das Prinzip des *informed consent* aber ein zentraler Bestandteil des rechtlichen Entscheidungsprogramms bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des medizinischen Eingriffs. Die Lebendspendekommissionen bilden einen organisatorischen Rahmen, in dem die

32) Die Debatte um (Ent-)Differenzierung von Gesellschaft wollen wir im folgenden nicht en detail greifen, sondern statt dessen versuchen, am Fall der Lebendspendekommission zu diskutieren, was diese für gesellschaftliche Differenzierung empirisch bedeuten könnte. Vgl. zur Debatte um die Differenzierungsform von Gesellschaft im weiteren Tyrell 1978; Gerhards 1991; Schimank 1996; Münch 1995; Schwinn 1995; Heitmeyer 1997; Nassehi 1997, 2004.

33) Saliger erblickt entsprechend dieses normativen Ansatzes neben der sozialen Integrationskraft eine wesentliche Funktion der Verfahrensmodelle des Transplantationsgesetzes in der Sicherung der »Entscheidungsrichtigkeit« (Saliger 2003, S. 145). Im Hinblick auf die Lebendspendekommissionen müsste dies zu der Annahme führen, dass diese die Wahrscheinlichkeit einer »wirklich freiwilligen« Entscheidung erhöhen. Verfahren dienen nach dieser Ansicht zumindest auch in einem materiell-inhaltlichen Sinne der besseren Grundrechtsverwirklichung.

34) Siehe hierzu im weiteren 3.2.

35) Zu einer ähnlichen Lesart der Koppelung des Rechts mit anderen gesellschaftlichen Systemen über ein und dasselbe kommunikative Ereignis als *Interferenz*, vgl. Teubner (1989).

36) Vgl. die Empfehlungen zur Lebendorganspende der Bundesärztekammer (Bundesärztekammer 2000).

37) So könnte man in Umkehrung einer Formulierung von Niklas Luhmann sagen, der im Hinblick auf die Verteilung knapper Ressourcen im Gesundheitswesen bemerkt hatte: »Medizinische Gründe, eine Heilung oder Verlängerung des Lebens die möglich ist, nicht zu versuchen, gibt es nicht« (Luhmann 1983, S. 170).

für die jeweilige Eigenlogik erforderlichen Informationen gutachtlich aufbereitet werden und dadurch wechselseitige Irritationen verdichten und aktualisieren. Man kann insoweit auch von *operativer Koppelung* sprechen, die die strukturelle Koppelung ergänzt (Luhmann 1997, S. 788)<sup>38</sup>. Das Transplantationsgesetz schafft durch das gesetzliche Kommissionsmodell mithin die Möglichkeit einer medizinischen Zweitcodierung (freiwillig/unfreiwillig), die die ärztliche Logik des Heilens ergänzt und praktikable Lösungen produziert. Die Lebendspendekommissionen lösen die zu entscheidende Frage der Zulässigkeit des Eingriffs am Körper des gesunden Spenders außerhalb der alltäglichen (medizinischen) Praxis – und zwar primär nicht in der Lösung der Frage nach dem Ausmaß von *Krankheit* sondern von *Freiwilligkeit und Autonomie*. So wie die politische Orientierung der Macht durch das Recht ergänzt wird, scheint sich in der praktischen Medizin das Abstellen auf Freiwilligkeit als Zweitcodierung zu der herkömmlichen Orientierung am Krankheitswert zu bewähren.

### 3.2 Folgeprobleme

Untersucht man nun die Folgen für die Eigenlogiken von Medizin und Recht, so lässt sich für die *Medizin* feststellen, dass die Implementierung des Kommissionsmodells die medizinische Autorität des Arztes im Transplantationszentrum gerade nicht aufhebt. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass die Kommissionen die medizinische Indikationsstellung und die Therapieentscheidung des behandelnden Arztes nicht überprüfen und sich allein auf die nicht-medizinische Frage der Patientenautonomie beschränken. Der medizinische Gutachter fungiert als Experte für das Risikowissen des Spenders und nicht als ärztlicher Supervisor. Zudem verbleibt die Letztverantwortung nach der Konzeption des TPG schon deshalb beim behandelnden Arzt, weil eine positive Stellungnahme aufgrund des fragmentarischen Prüfungsprogramms der Kommissionen für den Arzt kein Freibrief für den Eingriff sein kann. Auch eine negative Stellungnahme ist für den Arzt nicht unmittelbar rechtsverbindlich; sie wird aber in aller Regel eine faktische Bindungswirkung erzeugen<sup>39</sup> (Fateh-Moghadam 2003) und genau darin liegt die Entlastungswirkung für den Arzt: Die Lebendspendekommissionen liefern gute Gründe für Entscheidungen, die der Arzt allein aufgrund medizinischen Wissens nicht treffen und verantworten könnte. Dies gilt auch und gerade für die Entscheidung die Transplantation *nicht* durchzuführen, die der Arzt vor dem kranken Empfänger und seinem ärztlichen Gewissen verantworten muss.

Dass sich die rechtliche und die medizinische Perspektive auf die Lebendorganspende dabei scheinbar unmittelbar ergänzen, macht die unterschiedliche Berücksichtigung von Spender und Empfänger im Transplantationsgesetz sichtbar. Das Transplantationsgesetz orientiert sich sehr stark am Organspender. Nur für diesen werden etwa die materiellen Aufklärungspflichten konkretisiert und die Kommissionen haben nach dem Wortlaut des Gesetzes nur zu prüfen, ob die Einwilligung in die *Organspende* freiwillig erfolgt. In der normativen Diskussion setzt sich zwar zunehmend die Einsicht durch, dass die Lebendorganspende auch für den Empfänger kein üblicher Heileingriff ist, da die medizinischen Risiken des Spenders

38) An der Unterschiedlichkeit der Bezüge auf Freiwilligkeit im Verfahren lässt sich mithin auch die Multireferenz von Organisationen (organisierten Verfahren) ablesen. Konkurrierende Diskurse können über die Organisation von Verfahren aufeinander bezogen werden und Problemlösungsweisen erarbeiten, die wiederum jeweils unterschiedliche Anschlussmöglichkeiten erzeugen. Siehe im weiteren Teubner (1989), Luhmann (2000), Bora (2001, 2003), Tacke (2001), Nassehi (2002).

39) Dies zeigt der Fall einer Leberlebendspende in München, die durchgeführt wurde, obwohl die zuständige Kommission eine nicht stabile Entscheidung der Organspenderin festgestellt hatte. Dies war zwar rechtlich nicht von vorneherein unzulässig, wurde aber durch eine negative Presse (»Spende ohne Segen«, Der Spiegel 11/2003, S. 163; »Riskante Spende – Organe von Lebenden«, BR-Fernsehreportage ausgestrahlt am 24.06.2003) und durch die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sanktioniert: Erst der Normbruch macht die Norm sichtbar.

zugleich medizinisch-psychologische Risiken des Empfängers sind (Fateh-Moghadam 2003), der Gesetzgeber hat aber offenbar vor allem die Schutzbedürftigkeit des Organspenders vor Augen gehabt. In der Folge findet auch nach den landesrechtlichen Bestimmungen in der Regel eine persönliche Anhörung des Spenders in der Kommission statt, der Empfänger wird dagegen nur teilweise berücksichtigt. Die medizinische Praxis ist demgegenüber überwiegend auf die Therapie des Empfängers konzentriert, was unter anderem auch durch empirisch-psychologische Befunde bestätigt wird, nach denen sich die Organspender in der operativen Nachbetreuungsphase vernachlässigt fühlen (Jordan 2004). Zugespielt könnte man formulieren, dass die Blindheit der medizinischen Praxis für den Spender mit der Blindheit des Gesetzgebers für den Empfänger korrespondiert.

Bleibt also alles beim Alten? Die nicht-medizinischen Aspekte der Lebendorganspende werden ausgelagert und zurück bleibt die traditionelle Medizin, die so funktioniert, wie sie funktionieren muss? Unseres Erachtens wäre es ein Fehlschluss zu glauben, die medizinische Praxis »als solche« bliebe von den beschriebenen Prozessen der Verrechtlichung ihres Gegenstandes gänzlich unberührt. Die Einbeziehung externer Verfahren scheint vielmehr Ausdruck einer Dynamik zu sein, die eine medizinische Praxis verändert, die es gewohnt war alle Entscheidungen alleine zu treffen<sup>40</sup>. Dies konnte gerade am Beispiel der Lebendorganspende gezeigt werden. Die Innovation besteht hier bereits darin, dass die Mediziner mit dem Kommissionsverfahren und seinen rechtlichen Implikationen rechnen müssen. Dies kann im Einzelfall durchaus dazu führen, dass der behandelnde Arzt einen Eingriff unterlässt, den er allein verantwortet hätte oder umgekehrt einen Eingriff mit dem Segen der Kommission vornimmt, den er für bedenklich gehalten hätte. Und wenn Transplantationszentren Umgehungs- bzw. Anpassungsstrategien entwickeln sollten, mittels derer sie ihre Patienten auf das Kommissionsverfahren vorbereiten, wird dieser Einfluss nur erneut sichtbar. Ob und inwieweit die für die Lebendorganspende beschriebenen Phänomene der Verantwortungsauslagerung und der Entmedizinisierung, das Selbstverständnis der Medizin insgesamt zu verändern beginnen, lässt sich kaum absehen. Gegenwärtig lässt sich nur beobachten, dass eine derartige Entwicklung unter normativen Gesichtspunkten bereits als Trend zu einer »Gefälligkeitsmedizin« und »Kundenorientierung« (Bockenheimer-Lucius/Kettner 2005) problematisiert wird.

Betrachtet man die Folgeprobleme für das Recht, so zeigt die Forderung nach gerichtlicher Überprüfbarkeit der Verfahren der Lebendspendekommissionen sowie nach der Etablierung von einheitlichen Standards in materiell-inhaltlicher (Entscheidungskriterien) und prozedural-organisatorischer (Verfahrensgarantien) Hinsicht (Fateh-Moghadam 2003, Höfling 2004), dass auch die rechtliche Dynamik nach rechtsinternen Kriterien weiter läuft. Diese Forderung resultiert aus der verfassungsrechtlichen Überlegung, dass das mit faktischen Auskunftspflichten verbundene Kommissionsverfahren die Grundrechte von Spendern, Empfängern und Ärzten berührt und mithin seinerseits als *Verfahrenspaternalismus* legitimationsbedürftig wird. Die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2 TPG folgt damit – wie alle paternalistischen Normen – der Logik: Schutz (des Spenders) durch Eingriff (in seine und fremde Freiheitsbereiche). Die ambivalente Rolle der Kommissionen zwischen Beratung und Entscheidung muss daher im Rechtssystem als Störung empfunden werden, welcher im Zweifel durch weitere Verrechtlichung begegnet werden wird. Ein Verständnis medizinrechtlicher Kommissionsmodelle als Formen eines prozeduralen bzw. reflexiven Rechts,

40) So trafen die Transplantationszentren bis vor kurzem die Entscheidung über die Verteilung von Organen nach eigenen, vermeintlich medizinischen Regeln (Schmidt 1996). Es ist ein Kennzeichen der Moderne, dass die ärztliche Autorität in diesem Bereich erfolgreich in Frage gestellt wurde und eine demokratisch legitimierte und rechtsstaatliche Verteilungsordnung eingefordert wurde (Schmidt 2003; Gutmann/Fateh-Moghadam 2003).

welches das in die Krise geratene regulative Recht (Grimm 1990) durch subtilere, indirekte Formen der ›Fremdsteuerung durch Selbststeuerung‹ ersetzt (Teubner 1989, 1990; Ladeur 1990; Callies 1999), stößt hier auf Widerstände, die sich aus der Eigenlogik einer ausdifferenzierten (Grund-)Rechtsdogmatik ergeben. Dieser Zusammenhang lässt sich bereits an der Geschichte der Implementierung der Ethik-Kommissionen zur Kontrolle klinischer Arzneimittelstudien ablesen. In der Rechtstheorie werden diese Kommissionsverfahren als Formen von wissenschaftssystemspezifischer Selbststeuerung beschrieben, die nur unter systemeigenen Funktionalitätsverlusten rechtliche Regulierung erfahren könnten (Callies 1999). Die Folge funktionaler Differenzierung für das Recht müsse »ein Rückzug (...) auf indirekte Steuerung in Form der prozeduralen Strukturierung von Kommunikationsprozessen im gesteuerten System« sein (ebd.). Prozedurale Kommissionslösungen sind nach dieser Auffassung nur solange adäquat, als sie sich als Formen der Selbstkontrolle und Selbststeuerung der Wissenschaft darstellen. Eine rechtliche Einmischung in »wissenschaftlich orientierte Kommissionsmodelle« erscheint dagegen als »Holzhammer-Methode«, die nur unter Preisgabe der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems möglich sei (Callies 1999; S. 258). Die These der wissenschaftsinternen Selbststeuerung qua ethischer Selbstreflexion lässt sich indes gerade für die von Callies untersuchten klinischen Ethik-Kommissionen empirisch nicht bestätigen und muss spätestens durch die 12. AMG-Novelle<sup>41</sup>, die die klinischen Ethikkommissionen zu »Patientenschutzinstitutionen mit Behördencharakter« umstrukturiert als überholt gelten (Deutscher Bundestag 2004; Laufs 2004). Die Geschichte der klinischen Ethikkommissionen ist eine Geschichte zunehmender Verrechtlichung (Wölk 2002, Laufs 2004). Aus wissenschaftsinternen, ethischen Beratungsgremien werden öffentlich-rechtliche Gremien privilegierter Beratung (Schmidt-Aßmann 2001) und schließlich behördliche Entscheidungsgremien, die zwangsläufig auch der rechtlichen Kontrolle vor den Verwaltungsgerichten unterliegen (von Dewitz/Luft/Pestalozza 2004). Ein entsprechender Prozess scheint sich auch für die Lebendspendekommissionen anzudeuten (Fateh-Moghadam 2003; Höfling 2004). Bei der Beurteilung der Frage, ob Entscheidungen der Lebendspendekommissionen das Recht auf Leben und Gesundheit des potentiellen Organempfängers und das Selbstbestimmungsrecht des Organspenders berühren<sup>42</sup> und welche Konsequenzen hieraus für die Anforderungen an die rechtsstaatliche Legitimation und Kontrolle dieser Verfahren zu ziehen sind, werden die Gerichte nicht an systemtheoretische Steuerungsmodelle anknüpfen, die vor einer Verrechtlichung warnen<sup>43</sup>, sondern rekursiv an eigene Vorentscheidungen, wie die sogenannte Facharzt-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 33, 125), die der Möglichkeit der Delegation ssvon Fragen des allgemeinen Rechts an Gremien medizinischer Selbstverwaltung enge Grenzen setzt (dazu Gutmann/Fateh-Moghadam 2003)<sup>44</sup>. Da es dem Rechtssystem, wie allen anderen codierten Systemen, an einem Maß zur Selbstbeschränkung fehlt (Nassehi 2003), ist ein Verzicht auf diese Option eher unwahrscheinlich. Näher liegt die umgekehrte Prognose, dass Kommissionsmodelle im Medizinrecht im Zuge weiterer

41) Zwölftes Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 30. Juli 2004, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2004 Teil I Nr. 41, ausgegeben zu Bonn am 5. August 2004, 2031-2053.

42) Vgl. dazu den Lebendspende-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG NJW 1999, 3399-3404.

43) So könnte man ein wenig polemisch die eben dargelegte Argumentation Callies (1999) interpretieren, der so sehr auf die Eigenlogik der Wissenschaft konzentriert ist, dass ihm die Eigenlogik des Rechts aus dem Blick zu geraten scheint.

44) Die Grundrechtsrelevanz vieler biomedizinischer Verfahren markiert auch den Unterschied zu der von Callies bemühten *Lex Mercatoria* als Beispiel für eine gelungene Selbstregulierung (dazu Liekweg 2002; Teubner 1996). Bei der Entscheidung über die Voraussetzungen klinischer Versuche am Menschen, der Lebendorganspende, der Forschung an Embryonen, geht es eben nicht um (regulierte) Selbstregulierung des Wissenschaftssystems, sondern um Fragen des allgemeinen Rechts – jedenfalls aus der Perspektive des (Verfassungs-)Rechts (Vgl. nur Scholz 1986).

Verrechtlichung sogar strafrechtlich abgesichert werden, wodurch der Gedanke eines weichen, prozeduralen Rechts eine überraschende repressive Wendung erfahren würde. Im Zusammenhang mit den Lebendspendekommissionen könnte das bedeuten, dass ein Arzt, der ein Organ bei einem Lebenden entnimmt, ohne vorher die Stellungnahme der Kommission einzuholen, sich bereits aufgrund dieses Verfahrensverstößes strafbar machen würde<sup>45</sup>. Eine derartige Vorverlagerung der Strafbarkeit durch *prozedurale Strafbegründung* ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht unproblematisch, da die Strafbarkeit hier unabhängig von einer tatsächlichen materiellen Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts eintreten könnte, wird aber nicht nur in der medizinrechtlichen Literatur diskutiert (Eser 2002), sondern offenbar auch vom Gesetzgeber aufgegriffen<sup>46</sup>. Ungeachtet der offenen Frage nach der Funktionalität und der Legitimation eines *prozeduralen Strafrechts*, zeigt sich hieran, wie weit sich die praktische Rechtsentwicklung – jedenfalls im Bereich des Medizinrechts – von den ursprünglich mit dem Gedanken eines prozeduralen Rechts verbundenen Prinzipien »Konsens statt Zwang« und der »Selbststeuerung der Medizin über ethische Selbstreflexion« entfernt hat.

#### 4. Fazit

Wie kann sich die medizinische Praxis auf ein Behandlungsverfahren einstellen, das sich zu ihrer herkömmlichen Logik ambivalent verhält, so lautete die Eingangsfrage unserer Untersuchung. Wir kommen zu dem Schluss, dass die Implementierung von rechtlich geregelten Kommissionsmodellen in der Medizin nicht zu Entfunktionalisierung (Callies 1999) und Entdifferenzierung (Münch 1995) selbstbezogener Logiken führt. Die medizinische Orientierung an Freiwilligkeit und Autonomie erweist sich als funktionale Lösung, wenn die herkömmliche Leitunterscheidung von krank / gesund sich als dysfunktional für die medizinische Praxis herausstellt. Die für gewöhnlich als asymmetrisch-paternalistisch wahrgenommene Medizin stellt sich am Beispiel der Lebendorganspende als eine vor allen Dingen am Wert der Autonomie orientierte Logik dar, weil sie sonst ihrem Heilauftrag nicht nachkommen könnte. Das normative Paternalismusproblem taucht dann ironischerweise unter veränderten Vorzeichen als Problem staatlicher bzw. rechtlicher Bevormundung von Ärzten und Patienten durch die gesetzlichen Beschränkungen der Lebendorganspende wieder auf (Gutmann 1999; Gutmann/Schroth 2002). Die symmetrische Position des Spenders als Person wird asymmetrisch durch das Gutachterverfahren erzeugt; Autonomie also heteronom zugeschrieben. Aus soziologischer Sicht erweisen sich Kommissionsverfahren nicht unbedingt als Emanzipation des Patienten vom paternalistischen Arzt, sondern weitaus schlichter als funktional, da sich hierüber unterschiedliche Perspektiven auf eine bislang neue Praxis einstellen können und für eine differente Bearbeitung eines gemeinsamen Bezugsproblems sorgen. Gesetzliche, rechtlich determinierte Kommissionsverfahren allein als Mittel der Fremdsteuerung zu begreifen, scheint an der Eigenrationalität einer Praxis vorbeizublicken, die sich für selbst produzierte Probleme eigene Lösungsansätze sucht. An der von uns dargestellten rechtlichen Dynamik auf dem Gebiet der Lebendorganspende kann man einen Modernisierungsprozess ablesen, in dem unterschiedliche Logiken einerseits sich voneinander zusehends abkoppeln und von althergebrachten Traditionen emanzipieren, gerade dadurch aber andererseits hochgradig voneinander abhängig werden. Insofern entfaltet sich die Lebendorganspende als ein Phänomen, das auf eine Gesellschaft der Gegenwart (Nas-

45) Derzeit sieht das TPG eine solche Strafnorm nicht vor.

46) Im Zuge der 12. AMG-Novelle wurde mit dem neu geschaffenen Straftatbestand des Beginns einer klinischen Studie ohne zustimmende Bewertung der »Ethik-Kommission« oder ohne Genehmigung der Bundesoberbehörde, § 96 Nr. 11 i.V.m. § 40 I 2 AMG n.F., eine solche prozedurale Strafnorm geschaffen.

sehi 2003) verweist, in der vorrangig das Problem besteht Optionssteigerungen funktionaler Differenzierung miteinander zu synchronisieren und aufeinander abzustimmen. Verfahren erscheinen hier insbesondere als eine Instanz der Zeitdimension, über die die Möglichkeit der Reflexion und der gegenseitigen Abstimmung eingebaut werden kann.

## Literatur

- Alexy, Robert (1978/1983): *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung.* Frankfurt a. M.
- Alexy, Robert (1995): *Recht – Vernunft – Diskurs.* Frankfurt a. M.
- Armstrong, David (2002): *A new history of identity. A sociology of medical knowledge.* New York.
- Bundesärztekammer (2000): *Empfehlungen zur Lebendorganspende,* Deutsches Ärzteblatt, Jg. 97, Heft 48, A 3287-A3288.
- Bauch, Jost (1996): *Gesundheit als sozialer Code. Von der Vergesellschaftung des Gesundheitswesens zur Medikalisierung der Gesellschaft.* Weinheim / München.
- Beauchamp, Tom L. / Childress, James F. (2001), *Principles of Biomedical Ethics,* Oxford.
- Bockenheimer-Lucius, Gisela / Kettner, Matthias (2005): *Auf dem Weg zu einer »Gefälligkeitsmedizin«?! In: Ethik in der Medizin 1, (Online first)*
- Bollinger, Heinrich / Hohl, Joachim (1981): *Auf dem Weg von der Profession zum Beruf.* In: *Soziale Welt* 32, S. 440 – 464.
- Bora, Alfons (1994): *Grenzen der Partizipation? Risikoentscheidungen und Öffentlichkeitsbeteiligung im Recht.* In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 15, S. 126 – 152.
- Bora, Alfons (1999): *Differenzierung und Inklusion. Partizipative Öffentlichkeit im Rechtssystem moderner Gesellschaften.* Baden-Baden.
- Bora, Alfons (2001): *Öffentliche Verwaltungen zwischen Recht und Politik. Zur Multireferentialität der Programmierung organisatorischer Kommunikationen.* In: *Tacke, Veronika (Hrsg.): Organisation und gesellschaftliche Differenzierung.* Wiesbaden, S. 171-191.
- Bora, Alfons (2003): *Politik und Recht. Krisen der Politik und die Leistungsfähigkeit des Rechts.* In: *Nas-sehi/Schroer 2003,* S. 189-216.
- Bora, Alfons / Epp, Astrid (2000): *Die imaginäre Einheit der Diskurse. Zur Funktion von »Verfahrens-gerechtigkeit«.* In: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1. S. 1 – 35.
- Callies, Graf-Peter (1999): *Prozedurales Recht. Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie,* hersg. Von Prof. Dr. Robert Alexy u. Prof. Dr. Ralf Dreier. Bd. 19. Baden-Baden.
- Cecka, J.M. und Terasaki, P.I. (1997): *Living donor kidney transplants: superior success rates despite histoincompatibilities.* *Transplant Proc.* 29, S. 203.
- Damm, Reinhard (2002a): *Personenrecht. Klassik und Moderne der Rechtsperson,* in: *Archiv für die civilistische Praxis* 202, S. 841-879.
- Damm, Reinhard (2002b): *Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus. Medizinrechtliche Probleme der Selbstbestimmung in der modernen Medizin.* In: *Medizinrecht* 8, S. 375 – 387.
- Deutscher Bundestag (2004): *Stellungnahme des Bundesrats und Gegenüberung der Bundesregierung zum Entwurf eines Zwölften Gesetzes zur Änderung des Arzneimittelgesetzes, BT-Drucksache 15/2360.*
- von Dewitz, Christian, Luft, Friedrich, Pestalozza, Christian (2004): *Ethikkommissionen in der medizinischen Forschung. Gutachten im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland für die Enquête-Kommission »Ethik und Recht der modernen Medizin«, Oktober 2004*
- Eigler, Friedrich-Wilhelm (1997): *Das Problem der Organspende vom Lebenden,* *Deutsche medizinische Wochenschrift* 122, S. 1398-1401.
- Emerson, Robert M. / Fretz, I. Rachel / Shaw, Linda L. (1995): *Writing ethnographic fieldnotes.* Chicago.

- Eser, Albin (2000): Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren. Eine Problemskizze, in; Albrecht, Peter-Alexis (Hrsg.), Sonderheft der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Winfried Hassmer zum sechzigsten Geburtstag, 43 – 49.
- Esser, Dirk (2000): Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken.
- Fateh-Moghadam, Bijan (2003): Zwischen Beratung und Entscheidung – Einrichtung, Funktion und Legitimation der Verfahren vor den Lebendspendekommissionen gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 TPG im bundesweiten Vergleich. In: *Medizinrecht* 5, S. 245 – 257.
- Fateh-Moghadam, Bijan (2005): Leitlinien für die Arbeit der Lebendspendekommissionen? Zur Legitimation von Verfahren im Medizinrecht, erscheint in Band 14 der Reihe *Medizinische Forschung*, Basel (Frühjahr 2005).
- Fateh-Moghadam, Bijan / Schroth, Ulrich / Gross, Christiane / Gutmann, Thomas (2004 a): Die Praxis der Lebendspendekommissionen. Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen. Teil 1: Freiwilligkeit. In: *Medizinrecht* 1, S. 19 – 34.
- Fateh-Moghadam, Bijan / Schroth, Ulrich / Gross, Christiane / Gutmann, Thomas (2004 b): Die Praxis der Lebendspendekommissionen. Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen. Teil 2: Spender-Empfänger-Beziehung, Organhandel, Verfahren. In: *Medizinrecht* 2, S. 82 – 90.
- Feuerstein, Günter / Kuhlmann, Ellen (1999) (Hrsg.): *Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patient-Verhältnis*. Bern.
- Foucault, Michel (1976): *Die Geburt der Klinik*. Frankfurt a. M.
- Freidson, Eliot (1979): *Der Ärztestand. Berufs- und wissenschaftssoziologische Durchleuchtung einer Profession*. Hrsg. von Jürgen Rohde u. Wolfgang Schoene. Stuttgart.
- Gerhards, Jürgen (1991): Funktionale Differenzierung der Gesellschaft und Prozesse der Entdifferenzierung. In: Fischer, Hans R.: *Autopoiesis. Eine Theorie im Brennpunkt der Kritik*. Heidelberg, S. 263 – 281.
- Giddens, Anthony (1997): *Jenseits von Links und Rechts*. Hrsg. von Ulrich Beck. Frankfurt a. M.
- Goffman, Erving (1977): *Asyle. Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*. Frankfurt a. M.
- Grimm, Dieter (1990) (Hrsg.): *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden.
- Gutmann, Thomas (1999): Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen. *NJW* 46, S. 3387 – 3389.
- Gutmann, Thomas / Schroth, Ulrich (2002): *Organlebendspende in Europa*, Berlin.
- Gutmann, Thomas / Schroth, Ulrich (2003): Rechtliche und ethische Aspekte der Lebendspende von Organen, in: Oduncu/Schroth/Vossenkuhl (2003), 271-292.
- Gutmann, Thomas / Fateh-Moghadam, Bijan (2003): Rechtsfragen der Organverteilung, in: Gutmann/Schneewind/Schroth/et al. (2003), 37-114.
- Gutmann, Thomas / Daar, Abdallah / Sells, Robert A. /et al. (2004): *Ethical, Legal, and Social Issues in Organ Transplantation*, Lengerich.
- Gutmann, Thomas / Schneewind, Klaus / Schroth, Ulrich / et al. (2003): *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, Berlin.
- Habermas, Jürgen (1998): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a. M.
- Heitmeyer, Wilhelm (Hrsg.) (1997): *Bundesrepublik Deutschland: Auf dem Weg von der Konsens- zur Konfliktgesellschaft*. Frankfurt a. M.
- Herdegen, Matthias (2003): Neu-Kommentierung Artikel 1 GG. In: Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hrsg.): *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. I, Stand: Feb. 2003.

- Hillebrand, G. F. / Schneeberger / Theodorakis, J. et al. (2001): Lebendnierenspende mit Verwandten und Nicht-Verwandten Spendern: 5 Jahre Münchner Modell, in: Kirste (Hrsg.), Nieren-Lebendspende, Rechtsfragen und Versicherungsregeln für Mediziner, Bd. 2, S. 45-52.
- Hirschauer, Stefan (1996): Die Fabrikation des Körpers in der Chirurgie. In: Borck, Cornelius (Hrsg.): Anatomien medizinischen Wissens. Medizin. Macht. Moleküle. Frankfurt a. M.
- Hirschauer, Stefan / Amann, Klaus (1997): Die Befremdung der eigenen Kultur. Frankfurt a. M.
- Hirschauer, Stefan / Bergmann, Jörg (2002): Willkommen im Club! Eine Anregung zu mehr Kontingenz-freudigkeit in der qualitativen Sozialforschung – Kommentar zu A. Nassehi und I. Saake in Zeitschrift für Soziologie 1, 31, S. 332 – 336.
- Höfling, Wolfram (2004): Schriftliche Stellungnahme zum Fragenkatalog zur Öffentlichen Anhörung »Organlebendspende« der Enquete-Kommission »Ethik und Recht der modernen Medizin« am 1. März 2004, Kom.Drs. 15/143.
- Jordan, J. (2004): Erfahrungen, Meinungen und psychisches Befinden von Nierenspenderrinnen und – spendern 3 bis 30 Jahre nach Nephrektomie, Vortrag auf dem Symposium »Ethik der Lebendorgan-spende« am 11.09.2004 in Mainz, Akademie der Wissenschaften Mainz, erscheint in Band 14 der Rei-he Medizinische Forschung, Basel (Frühjahr 2005).
- Kowal, Sabine und O'Connell, Daniel C. (2003): Zur Transkription von Gesprächen. In: Flick, Uwe et al (Hrsg.): Qualitative Sozialforschung. Ein Handbuch. Hamburg. S. 437 – 440.
- Ladeur, Karl-Heinz 1990: Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts. Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungsnetzen, in: Grimm, Dieter (1990): S. 187 – 216.
- Land, Walter (2003): Verwandte und nichtverwandte Lebendspende-Nierentransplantation. Klinische Er-gebnisse. In: Oduncu, Fuat S. / Schroth, Ulrich / Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.): Transplantation. Or-gangengewinnung und –allokation. Göttingen. S. 211 – 222.
- Lachmund, Jens / Stollberg, Gunnar (Hrsg) (1992): The Social Construction of Illness. Illness and Medi-cal Knowledge in Past and Present. Medizin, Gesellschaft und Geschichte, Jahrbuch des Instituts für Geschichte der Medizin der Robert Bosch Stiftung, hrsg. von Robert Jütte, Beiheft 1. Stuttgart.
- Laufs, Adolf (2002): Handbuch des Arztrechts, München.
- Laufs, Adolf (2004): Die neue europäische Richtlinie zur Arzneimittelprüfung und das deutsche Recht, in: Medizinrecht 11, 583-593.
- Liekweg, Tanja (2002): Das Recht der Weltgesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven auf die Globa-lisierung des Rechts am Beispiel der Lex Mercatoria, Witten/Herdecke (Online-publikation).
- Luhmann, Niklas (1983): Medizin und Gesellschaftstheorie, in: Medizin, Mensch, Gesellschaft 8 , 168 ff.
- Luhmann, Niklas (1990): Der medizinische Code. In: Ders.: Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivi-sche Perspektiven. S. 183 – 196. Opladen.
- Luhmann, Niklas (1991): Funktionale Methode und Systemtheorie. In: Soziologische Aufklärung 1. Auf-sätze zur Theorie sozialer Systeme. Darmstadt. S. 31 – 53.
- Luhmann, Niklas (1993): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a. M.
- Luhmann, Niklas (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. 2 Bd. Frankfurt a. M.
- Luhmann, Niklas (2000): Organisation und Entscheidung. Opladen.
- Münch, Richard (1995): Elemente einer Theorie der Integration moderner Gesellschaft. Eine Bestands-aufnahme. In: Berliner Journal für Soziologie 5,1. S. 5 – 24.
- Münch, Richard (1996): Risikopolitik. Frankfurt a. M.
- Nassehi, Armin (1997): Inklusion, Exklusion – Integration, Desintegration. Die Theorie funktionaler Dif-ferenzierung und die Desintegrationsthese. In: Heitmeyer, Wilhelm (Hrsg.): Bundesrepublik Deutsch-land: Auf dem Weg von der Konsens- zur Konfliktgesellschaft. Band 2. Frankfurt a. M.
- Nassehi, Armin (2002): Die Organisationen der Gesellschaft. Skizze einer Organisationssoziologie in ge-sellschaftstheoretischer Absicht. In: Allmendinger, Jutta und Hinz, Thomas: Organisationssoziologie. Sonderband der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie. Wiesbaden. S. 443 – 479.

- Nassehi, Armin (2003): Geschlossenheit und Offenheit. Studien zur Theorie der modernen Gesellschaft. Frankfurt a. M.
- Nassehi, Armin (2004): Die Theorie funktionaler Differenzierung im Horizont ihrer Kritik, in: Zeitschrift für Soziologie 33, Heft 2. S. 98 – 118.
- Nassehi, Armin / Saake, Irmhild (2002): Kontingenz – methodisch verhindert oder beobachtet? Ein Beitrag zur Methodologie der qualitativen Sozialforschung. Zeitschrift für Soziologie 31. S. 66 – 86.
- Nassehi, Armin / Schroer, Markus (2003): Der Begriff des Politischen. Soziale Welt Sonderband 14, Baden-Baden.
- Nickel, Lars Christoph/Schmidt-Preisigke, Angelika/Sengler, Helmut (2001): Transplantationsgesetz. Kommentar, Stuttgart.
- Oduncu, Fuat S./Schroth, Ulrich/Vossenkuhl, Wilhelm (2003) (Hrsg.): Transplantation. Organgewinnung und –allokation, Göttingen.
- Oevermann, Ulrich (1990): Klinische Soziologie. Konzeptualisierung, Begründung, Berufspraxis und Ausbildung. Frankfurt/Main.
- Oevermann, Ulrich (2000): Mediziner in SS-Uniformen: Professionalisierungstheoretische Deutung des Falles Münch. In: Kramer, Helgard (Hrsg.): Die Gegenwart der NS-Vergangenheit. Berlin, S. 18-76.
- Orben, Steffen (2004): Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler, Köln.
- Parsons, Talcott (1964 / 1968): Sozialstruktur und Persönlichkeit. Frankfurt a. M.
- Parsons, Talcott (1951 / 1968): The Social System. New York.
- Pfeiffer, Alexandra (2003), Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, Frankfurt a. M.
- Preisigke, Angelika (2003): Ausgewählte Probleme in der aktuellen Diskussion um die Lebendspende, in: Amelung/Beulke/Lilie u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, S. 838-843.
- Psyhyrembel (2002): Klinisches Wörterbuch, Berlin.
- Rothman, David J. (1991): Strangers at the bedside. A historie of how law and bioethic transformed medical decision making. New York.
- Saake, Irmhild (2003): Die Performanz des Medizinischen. Zur Asymmetrie in der Arzt-Patienten-Interaktion. Soziale Welt 54, S. 223-254.
- Saliger, Frank (2003): Legitimation durch Verfahren im Medizinrecht. In: Bernat, Erwin /Kröll, Wolfgang (Hrsg.), Recht und Ethik der Arzneimittelforschung, Wien, S. 124-170.
- Sass, Hans-Martin (1999): Medizin und Ethik, Stuttgart.
- Seelmann, Kurt (2004): Repräsentation als Element von Menschenwürde, in: Studia Philosophica, Vol. 63, Basel.
- Schimank, Uwe (1996): Theorien gesellschaftlicher Differenzierung. Opladen.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2001): Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen. Berlin / New York.
- Schmidt, Volker (1996): Politik der Organverteilung. Eine Untersuchung über die Empfängerauswahl in der Transplantationsmedizin, Baden-Baden.
- Schmidt, Volker (2003), Die Organverteilung nach dem Transplantationsgesetz: einige Neuerungen, in: Gutmann, Thomas; Schneewind, Klaus; Schroth, Ulrich et al.: Grundlagen einer gerechten Organverteilung, Berlin.
- Schneewind, Klaus (2003): Ist die Lebendspende von Nieren psychologisch verantwortbar? In: Oduncu, Fuat S. / Schroth, Ulrich / Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.): Transplantation. Organgewinnung und –allokation. Göttingen, S. 222 – 231.
- Schneewind, Klaus / Schmid, Ursula (2005): Bedingungen der Patientenautonomie bei Lebendnieren-spende. Ergebnisse einer psychologischen Studie, Manuskript, Veröffentlichung i.V.
- Schneider, Ingrid (2003): Ein Markt für Organe? In: Oduncu/ Schroth/Vossenkuhl (Hrsg): Transplantation. Organgewinnung und –allokation. S. 189 – 208.

- Schneider, Ingrid (2004): Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission »Ethik und Recht der modernen Medizin« zum Thema Organlebendspende, KOM.-Drs. 15/150.
- Schneider, Wolfgang Ludwig (1991): Objektives Verstehen. Rekonstruktion eines Paradigmas: Gadamer, Popper, Toulmin, Luhmann. Opladen.
- Schneider, Wolfgang Ludwig (1992): Hermeneutik sozialer Systeme. Konvergenzen zwischen Systemtheorie und philosophischer Hermeneutik. *Zeitschrift für Soziologie* 21, S. 420 – 439.
- Schneider, Wolfgang Ludwig (1994): Die Beobachtung von Kommunikation. Zur kommunikativen Konstruktion sozialen Handelns. Opladen.
- Scholz, Rupert (1986): Instrumentale Beherrschung der Biotechnologie durch die Rechtsordnung, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), *Bitburger Gespräche, Jahrbuch* 1, 59 ff.
- Schreiber, Markus (2004): Die gesetzliche Regelung der Lebendorganspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M.
- Schroth, Ulrich (2001): Das Organhandelsverbot. Legitimität und Inhalt einer paternalistischen Strafrechtsnorm, in: Schünemann et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin*, S. 869-890.
- Schroth, Ulrich (2004): Medizin-, Bioethik und Recht, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, S. 458-484.
- Schroth, Ulrich (2005): Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung des Lebendspenders in die Organentnahme. Manuskript. In: Schroth, et al: *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*. Göttingen. Veröff. in Vorbereitung.
- Schroth, Ulrich / Schneewind, Klaus / Gutmann, Thomas / Fateh-Moghadam, Bijan (2005): *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*. Göttingen. Veröff. in Vorbereitung.
- Schwinl, Thomas (1995): Funktionale Differenzierung – wohin? Eine aktualisierte Bestandsaufnahme. *Berliner Journal für Soziologie* 1, S. 25 – 41.
- Siegrist, Johannes (1977): *Lehrbuch der Medizinischen Soziologie*. München/Wien/Baltimore.
- Selting, Margret u. a. (1997): Gesprächsanalytisches Transkriptionssystem (GAT), in: *Linguistische Berichte*, Jg. 173, S. 91–122 bzw. [http://www.teachsam.de/deutsch/d\\_lingu/gespraechsanalyse/gespraech\\_9\\_4.htm](http://www.teachsam.de/deutsch/d_lingu/gespraechsanalyse/gespraech_9_4.htm).
- Der Spiegel (2003): »Spende ohne Segen«, Hamburg, S. 163.
- Steiner, Robert W. / Gert, Bernard (2000): Ethical Selection of Living Kidney Donors, *American Journal of Kidney Diseases*, Vol 36, S. 677-686.
- Stichweh, Rudolf (1988) (Hrsg.): *Inklusion in Funktionssysteme der modernen Gesellschaft*. In: Mayntz, Renate et. al.: *Differenzierung und Verselbständigung: zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme*. Köln. S. 261 – 295.
- Stichweh, Rudolf (1988): *Differenzierung des Wissenschaftssystems*. In: Mayntz, Renate et. al.: *Differenzierung und Verselbständigung: zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme*. Köln, S. 45 – 117.
- Stollberg, Gunnar (2001): *Medizinsoziologie*. Bielefeld.
- Sutter, Tilmann (1997): Rekonstruktion und doppelte Kontingenz. Konstitutionstheoretische Überlegungen zu einer konstruktivistischen Hermeneutik. In: Ders. (Hrsg.): *Beobachten verstehen, Verstehen beobachten. Perspektiven einer konstruktivistischen Hermeneutik*. Opladen, S. 303 – 337.
- Tacke, Veronika (2001): Funktionale Differenzierung als Schema der Beobachtung. In: Dies. (Hrsg.): *Organisation und gesellschaftliche Differenzierung*, Wiesbaden, S. 141 – 169.
- Tag, Brigitte (2000): *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, Berlin.
- Teubner, Gunther (1989): *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M.
- Teubner, Gunther (1990): Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts, in: Grimm (1990), S. 115 – 154.
- Teubner, Gunther (1996): Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: *Rechtshistorisches Journal*, 15, S. 255-290.

- Tschentscher, Axel (1999): Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, Baden Baden.
- Tyrell, Hartmann (1978): Anfragen an die Theorie der gesellschaftlichen Differenzierung. *Zeitschrift für Soziologie* 7: S. 175 – 193.
- Ulsenheimer (2002): Der Arzt im Strafrecht, in: Laufs (2002), § 138.
- Wölk, Florian (2002): Zwischen ethischer Beratung und rechtlicher Kontrolle – Aufgaben und Funktionswandel der Ethikkommissionen in der medizinischen Forschung am Menschen, in: *Ethik in der Medizin* 14: S. 252 – 269.
- Wolfe, W. et al. (1999): Comparison of mortality in all patients on dialysis, patients on dialysis awaiting transplantation, and recipients of a first cadaveric transplant, in: *New England Journal of Medicine* 341: S. 1725-1730.
- Zillgens, Barbara (2004): *Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende*, Frankfurt a.M.