

Ethics – Society – Politics

Papers of the 35th International
Wittgenstein Symposium
August 5 – 11, 2012
Kirchberg am Wechsel

Volume XX

Editors

Martin G. Weiss
Hajo Greif

WISSENSCHAFT · FORSCHUNG
NIEDERÖSTERREICH



Printed in cooperation with the
Department for Science and Research
of the Province of Lower Austria

Kirchberg am Wechsel, 2012
Austrian Ludwig Wittgenstein Society

Distributors

Die Österreichische Ludwig Wittgenstein Gesellschaft
The Austrian Ludwig Wittgenstein Society

Markt 63, A-2880 Kirchberg am Wechsel
Österreich / Austria



www.alws.at

ISSN 1022-3398
All Rights Reserved
Copyright 2012
by the authors

Copyright will remain with the author, rights to use with the society. No part of the material may be reproduced or utilised in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, informational storage, and retrieval systems without written permission from the society.

Pre-Proceedings, Abstracta-Heft und Programm wurden mit Hilfe eines von Joseph Wang, Universität Innsbruck erarbeiteten Datenbankprogramms erstellt.
Kontakt: <joseph.wang@uibk.ac.at>

Pre-Proceedings, Book of Abstracts and Programme were produced using a database application developed by Joseph Wang, University of Innsbruck, Austria.
Contact: <joseph.wang@uibk.ac.at>

Visuelle Gestaltung: Hajo Greif, Sascha Windholz
Druck: Eigner Druck, A-3040 Neulengbach

Der Mutmassliche Wille im Deutschen Transplantationsgesetz

Christoph Schmidt-Petri

Regensburg, Deutschland | schmidtpetri@gmail.com

In Deutschland wird in der Praxis der erweiterten Zustimmungslösung zur Organspende das folgende dreistufige Verfahren angewendet: Ist ein Organspendeaussweis vorhanden oder der tatsächliche Wille des Verstorbenen beispielsweise aus Gesprächen zu Lebzeiten bekannt, muß er unter allen Umständen befolgt werden. Ist aber ein solcher tatsächlicher Wille nicht bekannt, ist bei der Entscheidungsfindung des nächsten Angehörigen der sogenannte ‚mutmaßliche Wille‘ zu beachten. Falls auch dieser nicht feststellbar ist, wird dem nächsten Angehörigen unter Verweis auf das Totensorgerecht die freie Entscheidung überlassen, ob der Leichnam für eine Organ- und/oder Gewebeentnahme zur Verfügung stehen soll. In diesem kurzen Artikel möchte ich dafür argumentieren, daß die Berufung auf den mutmaßlichen Willen im zweiten Schritt unzulässig ist.

Der mutmaßliche Wille ist ein relativ kontroverses juristisches Konstrukt, das in vielerlei Kontexten auftritt, aber nur gewohnheitsrechtlich geregelt ist (Mitsch 2012). Einführend läßt er sich analog zur sogenannten ‚Geschäftsführung ohne Auftrag‘ (§§ 677-687 BGB) verstehen, bei der ein ‚Geschäftsführer‘ die Geschäfte eines ‚Geschäftsherrn‘ führt, ohne explizit beauftragt worden zu sein. Beispielhaft wäre ein Fall, in dem der Geschäftsherr während eines Interkontinentalflugs unerreichbar ist, sein Nachbar (der Geschäftsführer) aber zulässigerweise glaubt, daß er ein Feuer in dessen Gartenhaus auch dann durch Wassereinsatz löschen darf, wenn er sich dabei die Hose schmutzig macht. Er ist dann berechtigt, für den betriebenen Aufwand eine Entschädigung einzufordern, insofern die Geschäftsführung dem Interesse und dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht (bzw. durch öffentliches Interesse oder Unterhaltspflichten gerechtfertigt wird). Generell gilt, wie §677 BGB ausführt, daß „das Geschäft so zu führen [ist], wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.“

Der ersatzweise Bezug auf den mutmaßlichen Willen soll hier gewährleisten, daß (im Regelfall) das Selbstbestimmungsrecht des Geschäftsherrn, dessen tatsächlicher Wille nicht in Erfahrung gebracht werden kann, ansonsten aber alleine ausschlaggebend gewesen wäre, soweit wie möglich gewahrt bleibt. Der Geschäftsführer kann daher nicht jegliche Veränderungen am Eigentum des Geschäftsherrn vornehmen, die er selbst für angebracht hält, sondern nur die, die dem (tatsächlichen oder) mutmaßlichen Willen entsprechen. Beispielsweise wäre es wohl unzulässig, unter Berufung auf den mutmaßlichen Willen des Nachbarn einfach dessen Gartenhaus mit einem neuen Anstrich zu versehen.

Da er indirekt ermittelt werden muß, ist es naturgemäß schwierig, über den mutmaßlichen Willen verlässliche Aussagen zu treffen. In diesen Paragraphen wird der mutmaßliche Wille daher vereinfachend stets als dem *Interesse* des Geschäftsherrn entsprechend aufgefasst. Dies ist aber in anderen juristischen Kontexten nicht erforderlich, wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat: „Objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin vernünftig und normal sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend,

haben keine eigenständige Bedeutung, sondern dienen lediglich der Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens“ (BGHSt 35, 246, 249f). Der mutmaßliche Wille muß also, um einen Anspruch auf Beachtung zu haben, genauso wenig den ‚objektiven‘ Interessen einer Person entsprechen wie ihr tatsächlicher Wille im täglichen Leben.

Im deutschen Transplantationsgesetz (TPG) spielt der mutmaßliche Wille eine entscheidende Rolle. Laut TPG muß bei Unkenntnis des tatsächlichen Willens der mutmaßliche Wille ‚beachtet werden‘:

§4 Entnahme mit Zustimmung anderer Personen
(1) [...] Ist auch dem nächsten Angehörigen eine solche [schriftliche oder mündliche] Erklärung nicht bekannt, so ist die Entnahme [...] nur zulässig, wenn ein Arzt den nächsten Angehörigen über eine in Frage kommende Organ- oder Gewebeentnahme unterrichtet und dieser ihr zugestimmt hat. [...] Der nächste Angehörige hat bei seiner Entscheidung einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu beachten. Der Arzt hat den nächsten Angehörigen hierauf hinzuweisen.

Der ‚mutmaßliche Wille‘ eines Verstorbenen ist, wie ich nun ausführen möchte, ein äußerst fragwürdiges Konstrukt.¹ Wie bereits erwähnt, geht es bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens in erster Linie darum, den derzeit unbekannt – und deswegen derzeit nur ‚mutmaßlichen‘ – aber dennoch plausiblerweise zumindest dispositionell vorhandenen Willen zu ergründen. Der tatsächliche Wille sollte sich also im Idealfall vom mutmaßlichen Willen nur dadurch unterscheiden, daß der tatsächliche Wille un-zweideutig kundgetan wurde.

Mutmaßungen wären nicht erforderlich, könnte man den Betroffenen über seinen Willen befragen. Es liegt also nahe, den mutmaßlichen Willen als gemutmaßte Antwort auf eine hypothetische an den Betroffenen gerichtete Frage zu verstehen: Wenn ich ihn jetzt darüber befragen *könnte*, was er möchte, was würde er wohl antworten? Nun ist bei einem Toten eine solche Befragung offenkundig widersinnig, denn ein Toter hat trivialerweise keinen Willen. In diesem speziellen Falle kann der mutmaßliche Wille also nicht der Wille sein, den er kundtäte, würde er gefragt. Auch in der Zukunft wird ein Toter nie wieder einen Willen kundtun können, man kann also auch nicht auf eine zukünftige Bestätigung der Entscheidung abzielen. Um dem mutmaßlichen Willen eines Toten überhaupt etwas entsprechen lassen zu können, muß es sich daher um den Willen des Verstorbenen zu Lebzeiten handeln.²

Nun stehen wir aber vor einem epistemischen Problem: Wie soll der mutmaßliche Wille eines Verstorbenen ermittelbar sein, wenn eine tatsächliche Willensäußerung zu Lebzeiten nicht stattgefunden hat? Welche Anhaltspunkte lassen sich nun noch ausmachen? Dieses epistemische

¹ Ich gehe hier nicht auf die ebenfalls problematische Tatsache ein, daß auch unter Juristen keine Einigkeit darüber herrscht, wie ‚beachten‘ in diesem Kontext zu verstehen ist, wobei u.a. ‚Folge leisten‘ und ‚zur Kenntnis nehmen‘ vertreten werden.

² Auch dies gilt nur, wenn der Verstorbene zu Lebzeiten zumindest zeitweise einwilligungsfähig war. Andernfalls kann die Berufung auf einen ‚mutmaßlichen Willen‘ keinerlei Sinn ergeben (Merkel 1995).

Problem stellt sich prinzipiell ebenso bei auslegungsbedürftigen Patientenverfügungen, bei der Organ- und Gewebespende ist es aber besonders verzwickelt, wie mit dem folgenden Beispiel verdeutlicht werden soll.

Stellen wir uns eine Person vor (nennen wir sie zur Veranschaulichung Frau Maier), die viele Jahre in leitender Position in der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO) tätig war und in Folge eines Unfalls einen Hirntod stirbt. Frau Maier führt weder einen Organspendeausweis bei sich, noch hat sie sich gegenüber ihren Angehörigen je explizit zu einer möglichen Organspende geäußert. Über einen tatsächlichen Willen ist also nichts bekannt. Was lässt sich dann über ihren mutmaßlichen Willen aussagen? Einerseits scheint die Antwort auf der Hand zu liegen, schließlich hat sie sich beruflich für die Transplantationsmedizin engagiert. Also darf man wohl davon ausgehen, daß sie der Organ- und Gewebespende nicht völlig ablehnend gegenüber stand. Andererseits hätte man auch von ihr – gerade von ihr! – erwarten dürfen, daß sie einen Organspendeausweis ausfüllt. Wenn *Frau Maier* es nicht tut, wer dann? Aber ist angesichts dieser Tatsache vielleicht gerade das Fehlen eines Spenderausweises ein Zeichen dafür, daß sie – möglicherweise, weil sie detaillierten Einblick in die Problematik hatte – gegenüber der Organ- und Gewebespende gewisse, aus beruflichen Gründen vielleicht nie offen ausgesprochene Vorbehalte hatte?

Wie lautet der mutmaßliche Wille von Frau Maier? Es erscheint in diesem Fall praktisch unmöglich, eine Aussage darüber zu treffen, was Frau Maier zu Lebzeiten ‚wohl gewollt hätte‘. Allem Anschein nach *hat* sie nämlich nichts gewollt. Sonst hätte sie wohl einen Organspendeausweis ausgefüllt.

Man mag nun weitere Gründe für oder gegen eine postmortale Einwilligung in die Organ- und Gewebespende in Betracht ziehen. Eine Berufung auf Weltanschauungen (wie Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft), kulturelle oder soziale Hintergründe erscheinen jedoch ebenfalls kaum tragfähig. Selbst wenn sich eine Religionsgemeinschaft ganz explizit für die Organspende ihrer Mitglieder ausspräche, ließe sich (wie gesagt: bei Unkenntnis eines tatsächlichen Willens, der natürlich auch in religiösen Glaubensbekenntnissen erklärt werden kann) nicht mit hinreichender Sicherheit voraussetzen, daß jedes ihrer Mitglieder *für sich selbst* eine Organspende wünscht. Da die Ermittlung des mutmaßlichen Willens aber zwangsläufig ungewisser ist als die des tatsächlichen Willens, muß gerade die nur subsidiäre mutmaßliche Einwilligung besonders sorgfältig überprüft werden.

Der Fall von Frau Maier ist somit zwar konstruiert, aber keineswegs tendenziös. Es wäre zu erwarten gewesen, daß in einer solchen Konstellation die Ermittlung des mutmaßlichen Willens besonders unproblematisch ist. Bei Personen, die mit der Organspende zu Lebzeiten nie direkt zu tun gehabt haben, dürften die Schwierigkeiten noch größer sein. Es ist nicht zu erkennen, welche Anhaltspunkte zur Ermittlung eines mutmaßlichen Willens bei einer Organspende zulässig sein könnten.

In der Tat glaube ich, daß die folgende noch stärkere These gelten muß: eine Person, die sich nie explizit zu Organ- und Gewebespende geäußert hat, einen *tatsächlichen* Willen also nicht erklärt hat, kann überhaupt keinen *mutmaßlichen* Willen im Sinne des TPG haben. Falls sie Wünsche darüber gehabt haben sollte, ob ihre Organe nach ihrem Tode entnommen werden sollten, aus welchem Grund hätte sie mit dieser Überzeugung hinter den Berg gehalten? Es handelt sich schließlich um eine Entscheidung, bei der, *insofern sie denn wirklich getroffen*

wird – und zwar unabhängig davon, wie sie ausfallen mag – mit Sicherheit davon auszugehen ist, daß es der betroffenen Person wichtig ist, daß genau das geschieht, was sie sich selber wünscht. Wenn sich jemand also einmal dafür (bzw. dagegen) entschieden hat, seinen Leichnam zur Organentnahme freizugeben, ist es ihm vermutlich wichtig, daß seinem Leichnam auch wirklich (oder eben nicht) Organe entnommen werden (insofern medizinisch möglich). Darüber hinaus gilt auch, daß das Umsetzen des eigenen Wunsches vergleichsweise einfach ist – es muß ja nur ein Organspendeausweis ausgefüllt werden. Ein kostspieliger Gang zum Notar oder eine entblößende öffentliche Erklärung vor Zeugen ist nicht erforderlich.

Das Fehlen eines Organspendeausweises bzw. einer ausdrücklichen anderen Erklärung würde somit nicht nur zeigen, daß der potentielle Spender zu Lebzeiten keine relevanten Wünsche hinsichtlich einer Organspende *ausgedrückt* hat, sondern daß er schlicht gar keine *hatte*.³ Aber wenn es guten Grund zu der Annahme gibt, daß er gar keine Wünsche hatte, dann muß die Frage nach dem *mutmaßlichen* Willen zwangsläufig negativ beantwortet werden. Der ‚mutmaßliche Wille‘ ist letztlich eine Mutmaßung über den tatsächlichen Willen; wenn klar ist, daß es keinen relevanten tatsächlichen Willen gab, können solche Mutmaßungen nur ins Leere gehen.⁴

Dies gilt im Übrigen ganz besonders dann, wenn wir mit Sicherheit sagen können, daß der potentielle Spender sich tatsächlich mit der Frage der Organspende auseinandergesetzt hat, wie es die im Deutschen Bundestag unlängst allseits befürwortete ‚Entscheidungslösung‘ vorsieht. Zu sagen, daß eine Person, der ein Organspendeausweis in den Briefkasten zugestellt wird (ideal: die ihn per Einschreiben mit Rückschein empfangen hat), ihn aber nicht ausfüllt, vermutlich für (bzw. gegen) eine Organ- und Gewebespende sei, ist nachgerade absurd. Wenn sich jemand trotz Aufforderung weder für noch gegen eine Spende ausgesprochen *hat*, es aber hätte tun können, kann es kaum zulässig sein über ihn zu behaupten, daß er sich wohl für (oder gegen) eine Spende ausgesprochen *hätte*. Wenn er das wirklich getan *hätte*, dann hätte er es *getan*!

Der Bezug auf einen mutmaßlichen Willen im TPG erscheint also unbefriedigend. Insofern wir annehmen wollen, daß (im Falle der Organ- und Gewebespende) in Abwesenheit eines erklärten Willens von einem mutmaßlichen Willen überhaupt sinnvollerweise gesprochen werden kann – was mir zumindest sehr gewagt erscheint – ist es jedenfalls selbst im oben geschilderten Idealfall schwer zu erkennen, wie sich dieser ermitteln ließe. Als generelles Instrument für nicht-ideale Szenarien wäre er also auf jeden Fall ungeeignet.

Dieses Argument mag aber, gerade Praktikern, etwas spitzfindig erscheinen. Da, insofern kein mutmaßlicher Wille ermittelbar ist, ohnehin die nächsten Angehörigen die Entscheidung treffen müssen bzw. dürfen, ist es für das weitere Vorgehen unerheblich, ob der Angehörige nun den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen akkurat wiederge-

³ Ähnlich verhält es sich beim Abfassen eines letzten Willens. Es wäre völlig abwegig, bei Nichtvorliegen eines Testaments oder einer anderen expliziten Äußerung unter Berufung auf den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zu behaupten, daß der Erblasser sein Vermögen wohl dem Roten Kreuz vermachen wollte. Wäre dem so, wäre doch unter praktisch allen denkbaren Umständen ein explizites Testament zu erwarten gewesen.

⁴ Man mag es für möglich halten, daß der nicht geäußerte aber tatsächlich vorhandene Wunsch war, daß der nächste Angehörige nach seinen eigenen Wünschen entscheiden solle. Da der Angehörige im zweiten Schritt aber zuerst den *mutmaßlichen* Willen beachten muß, bestünde dann die Gefahr, daß der Angehörige sich über diesen täuscht. Er würde dann vielleicht nicht, wie beabsichtigt, nach *seinen* Maßstäben und Wünschen die Entscheidung treffen. Auch in einem solchen Szenario wäre also eine entsprechende Erklärung die einzig sinnvolle Maßnahme. Ein plausibler mutmaßlicher Wille kann also auch dies nicht sein.

ben kann oder nicht. Denn wenn der Angehörige nach reiflicher Überlegung nichts über den mutmaßlichen Willen aussagen kann, steht ihm de jure eine Entscheidung zu, bei der er sich gar nicht mehr durch den (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Willen des Verstorbenen leiten lassen muß.

Gerade moralisch besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen dem zweiten und dem dritten Schritt der dreistufigen Entscheidungsfindung. Viele Angehörige mag die Entscheidung, ob der Leichnam einer – typischerweise unerwartet und durch einen tragischen Unfall – verstorbenen (z.B.) Tochter oder Ehefrau für eine Organentnahme verwendet werden sollte, in eine gewisse emotionale Zwangslage bringen. Einem Angehörigen dürfte es nicht ohne weiteres einsichtig erscheinen, daß in einer solchen Situation gerade das getan werden sollte, was er persönlich wünscht. Wieso sollte ausgerechnet bei der emotional und ethisch hochkomplexen, ja buchstäblich intimen Frage der Organspende er das Sagen haben? Zu Lebzeiten hat die Tochter sich ja auch (z.B.) gegen den Willen des Vaters die Nase piercen lassen. Wenn er bereits auf diese Aspekte des Lebens seiner Angehörigen keinerlei moralisch oder rechtlich legitimierten Zugriff hatte, wieso nun gerade wenn es um die Organ- und Gewebespende geht, bei der der gesamte Körper einer ‚Totaloperation‘ unterzogen wird? Wieso sollte ihm diese unangenehme Entscheidung *aufgezwungen* werden können? Einer Person, die solche Überlegungen anstellt, dürfte sicher emotional geholfen sein, wenn ihr die Möglichkeit gegeben wird, sich auf einen mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zu berufen. Man kann sich so auch ohne explizite Willensäußerung des Verstorbenen zumindest im Unterbewußtsein den Eindruck verschaffen, daß der Verstorbene ‚es sicher so gewollt hätte‘.

Wie emotional wünschenswert dies für den Angehörigen auch sein mag, verlagert es doch in einer unzulässigen Art die moralische Verantwortung für die Organentnahme. Nur vermeintlich trifft (oder befürwortet) der Verstorbene die Entscheidung, tatsächlich trifft sie aber der Angehörige – und zwar bereits im zweiten Schritt, wo ihm dies auch de jure nicht zusteht. Vor diesem Hintergrund ist es also durchaus bedenkenswert, daß fast 70% aller Organ- und Gewebespenden durch den ‚mutmaßlichen Willen‘ des Verstorbenen rechtlich abgesichert werden (laut DSO, siehe Breyer und Kliemt 2007: 473). Äußerst selten tritt hingegen der Fall ein, daß der dritte Schritt des TPG benötigt wird. Angesichts der oben ausgeführten Schwierigkeiten wäre das Gegenteil zu erwarten gewesen.

Des Weiteren besteht hier ein nicht zu vernachlässigendes Problem der Beeinflussung durch die beteiligten Ärzte. Die ‚soziale Erwünschtheit‘ der Organ- und Gewebespende – die unbestrittene Tatsache, daß es als politisch korrekt angesehen wird, sich für die Organ- und Gewebespende auszusprechen,⁵ könnte dazu führen, daß sich die Angehörigen tendenziell ebenfalls für eine solche Spende aussprechen, wenn sie über den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen befragt werden.⁶ Es ist ein nachvollziehbares Bestreben, den Verstorbenen durch eine (von ihm wohl befürwortete) lebensrettende Spende in ein gutes Licht rücken zu wollen. Die nun gewissermaßen ‚überflüssigen‘ Organe mit ins Grab nehmen zu wollen mag hingegen als selbstsüchtig angesehen werden.

Ich fasse zusammen: Der mutmaßliche Wille, der, insofern er überhaupt als hier konzeptionell zulässig angenommen werden darf, kaum je mit hinreichender Gewißheit ermittelbar sein dürfte, kann als Feigenblatt für Angehörige dienen, um ihre Entscheidung – wie immer sie ausfallen mag, und aus welchen Gründen auch immer – dadurch zu rechtfertigen, daß es der Verstorbene ‚wohl so gewollt hätte‘. Er könnte auch als Instrument der Beeinflussung der Angehörigen durch die Ärzte gebraucht werden, die ihnen eine bestimmte Entscheidung nahelegen. Angesichts dieser Schwierigkeiten plädiere ich dafür, keine Entscheidungen über Organ- und Gewebespende unter Berufung auf den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zuzulassen.

Literatur

Breyer, Friedrich und Kliemt, Hartmut 2007 „Der Mangel an Spenderorganen – Ursachen und Lösungsmöglichkeiten aus ökonomischer Sicht“, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 227, 466-484.

Merkel, Reinhard 1995 „Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im appalischen Syndrom“, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 107, 545-575.

Mitsch, Wolfgang 2012 „Die mutmaßliche Einwilligung“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 5, 38-43.

Nationaler Ethikrat 2007 *Stellungnahme: Die Zahl der Organspenden erhöhen*, Berlin: Nationaler Ethikrat.

⁵ Sehr freimütig hier gerade der Nationale Ethikrat (2007: 39): „Das Ergebnis ist deutlich: Die Bereitschaft zur postmortalen Organspende ist ethisch als die objektiv vorzugswürdige Alternative anzusehen.“

⁶ Es ist natürlich schwer zu sagen, ob dies in der Realität tatsächlich ein Problem darstellt. Aber auch das ist ein Problem.