

3.2. Das Transplantationsrecht zwischen öffentlichem und privatem Recht

3.2.1. Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht prägt auch heute noch das juristische Denken. In der Lehre wird dabei gerne auf die Definition des Privatrechts als das „Recht der staatsunabhängigen Gesellschaft“³³⁹ zurückgegriffen und damit eine Abgrenzung zum öffentlichen Recht als jenes Recht, das die Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und dem Individuum betrifft, versucht.³⁴⁰

Das Privatrecht kennzeichnet sich also im Wesentlichen durch die Autonomie und die sich daraus ergebende Gestaltungsfreiheit der beteiligten Parteien, während das öffentliche Recht innerhalb der Rahmenbedingungen des Rechtsstaates den Einzelnen nicht der Willkür des Staates ausliefert, sondern hoheitliche Handlungsbefugnisse beschränkt und einer nachprüfenden Kontrolle zugänglich macht.³⁴¹ Gleichzeitig findet das Privatrecht seine Grenzen im zwingenden Recht, wenn zB die Interessen Schwächerer betroffen sind oder es um den Schutz öffentlicher Interessen geht.³⁴²

Ungeachtet ihrer theoretischen Begründbarkeit kann die Dualität zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht negiert werden, da sie dem geltenden Recht in jedem Fall zugrunde liegt.³⁴³ Da nun aus ein und demselben Lebenssachverhalt genauso privatrechtliche wie öffentlich-rechtliche Ansprüche erwachsen können, wird deutlich, dass auf der Ebene des konkreten Lebenssachverhaltes beide Teile der Rechtsordnung trotz ihrer Dualität zusammenwirken.³⁴⁴ Viele solcher sogenannter **Querschnitts-**

339 Den Begriff verwendet *F. Bydlinski*, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994) 319 (340): „Das Privatrecht erweist sich – in einem wichtigen ersten Erkenntnisschritt – nunmehr deutlich als das Recht der relativ staatsunabhängigen Gesellschaft.“ Allgemein zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 14 ff. Umfassend zu Abgrenzung bei *F. Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988); *F. Bydlinski*, Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“ (1994).

340 *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1 Rz 4.

341 *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1 Rz 4.

342 *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1 Rz 4. Zum Umfang der zivilrechtlichen Privatautonomie vgl. umfassend bei *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter (2005) 71 ff.

343 *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 17.

344 *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 Rz 30; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 41.

materien enthalten sowohl privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Aspekte.³⁴⁵ Als klassische Beispiele dafür kennt die Lehre das KAKuG³⁴⁶ oder auch das Vergaberecht;³⁴⁷ ebenso wie das Arbeitsrecht an der Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht angesiedelt ist,³⁴⁸ ist auch das Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht geprägt von öffentlich-rechtlichen Anteilen, wie zB dem Firmenbuchrecht.

Obleich die kurz dargestellte Gemengelage öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Vorschriften auf vielen Rechtsgebieten zu lebhaft geführten Diskussionen geführt hat,³⁴⁹ findet eine Auseinandersetzung mit dem Ineinandergreifen von zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Regelungen auf dem Gebiet des Organtransplantationsrechts in der neueren Literatur oft nur eingeschränkt statt und beläuft sich in der repetitiven Darstellung der öffentlich-rechtlich festgelegten Grundsätze mit zivilrechtlichen Einsprengseln. Dabei stellt gerade der Vorgang der Organtransplantation mit seiner zunehmend differenzierten Ausgestaltung und vermehrt auftretender legislativer Tätigkeit des Gesetzgebers eine besondere Querschnittsmaterie dar, auf deren Gebiet sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vorschriften und Interessen treffen. Die Überlagerung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Vorschriften ist geradezu typisch für viele Rechtsverhältnisse aus dem Bereich des Gesundheitsrechts. Exemplarisch sei hier auf die Aufklärungspflicht des Arztes verwiesen, die sich einerseits schon aus dem Behandlungsvertrag ergibt, andererseits aber ihren gesetzlichen Niederschlag zB in § 51 Abs 1 ÄrzteG findet und deren Verletzung dort auch mit verwaltungsstrafrechtlichen und disziplinarrechtlichen Konsequenzen behaftet ist.

3.2.2. Entwicklung des Transplantationsrechts

Die Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der Organtransplantation verläuft parallel zu ihrem Aufkommen sowie ihrer beständigen Fortentwicklung als anerkannte Behandlungsmethode in der Medizin. Vor der Etablierung der Organtransplantation als Behandlungsmethode waren die Auseinandersetzungen mit Rechtsfragen betreffend die Verfügung über den menschlichen Körper vor allem dogmatischer Natur – die praktische Relevanz beschränkte

345 Zum Begriff der Querschnittsmaterie vgl auch bei *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 1 Rz 12; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 41.

346 *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹ (2013) 194.

347 *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 41.

348 *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht² (2012) 1; *Mosler* in *ZellKomm*² AngG § 18 Rz 15 mwN.

349 Vgl nur die umfassende Auseinandersetzung auf dem Gebiet des Anlegerschutzes bei *Lamplmayr*, Der arbeitsteilige Vertrieb von Wertpapieren (2015) 79 ff.

3.3.3. Zweck und therapeutische Zielsetzung

Vom OTPG erfasst ist grundsätzlich nur die Entnahme von Organen, durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen gerettet oder die Gesundheit eines anderen Menschen wiederhergestellt werden kann.⁴⁰³ § 2 Abs 2 OTPG nimmt die Verwendung von Organen zu Forschungszwecken, sofern diese nicht zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt sind, explizit von der Anwendbarkeit aus. Steht von vornherein fest, dass das entnommene Organ einem anderen Menschen wiedereingesetzt werden soll, kann am entnommenen Organ auch Forschung betrieben werden.⁴⁰⁴

Wesentliches Momentum für die Anwendbarkeit des OTPG auf eine Organentnahme ist also zunächst eine beabsichtigte Übertragung eines Organs (Transplantation). Vom Gesetzeswortlaut umfasst ist hier die **allogene Transplantation**, das heißt die Übertragung eines Organs von einem Spender auf einen von diesem unterschiedlichen Empfänger. Ob die **autologe Transplantation** (Spender und Empfänger des entnommenen Organs sind hier ident) auch vom Geltungsbereich des OTPG miterfasst ist, lässt der Gesetzgeber hingegen offen.⁴⁰⁵

Ebenso grundlegend für das Verständnis des Transplantationsbegriffs gem OTPG ist die Bindung der Transplantation an ein ihr übergeordnetes Ziel, nämlich an die Lebensrettung bzw die Wiederherstellung der Gesundheit des Empfängers des entnommenen Organs. Diese Zweckbindung ist für die Entnahme von Organen aus Verstorbenen explizit in § 5 Abs 1 OTPG festgelegt und stellt einen Rechtfertigungsgrund für den ansonsten möglicherweise in Betracht kommenden Straftatbestand der Störung der Totenruhe gem § 190 StGB dar; zu einem anderen Zweck darf ein Organ nicht entnommen werden.⁴⁰⁶

Hinsichtlich der Entnahme von Organen aus Lebenden spiegelt sich dieser übergeordnete Zweck der Organentnahme in § 8 Abs 3 OTPG wieder, welcher die Aufklärung des Lebendspenders unter anderem über die Aspekte des therapeutischen Zwecks des entnommenen Organs, den potentiellen Nutzen für den Empfänger sowie die zu erwartenden Erfolgsaus-

403 *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* Kap 1.21.3.4.2.

404 Dazu und zur Missbrauchsgefahr insb bei Totenspenden vgl *Wagner/Ecker in Neumayr/Resch/Wallner*, Gesundheitsrecht OTPG § 2 Rz 2.

405 *Wagner/Ecker in Neumayr/Resch/Wallner*, Gesundheitsrecht OTPG § 2 Rz 3 mwN zur autologen Spende gem GSG.

406 Vgl oben 2.3.2.3.2.

3. Die zulässige Gewinnung des Organtransplantats

sichten vorsieht. Um hier also einer allfälligen Strafbarkeit nach §§ 83 ff StGB zu entgehen und einen erhöhten Schutz für den Lebendspender zu gewährleisten, betrifft die den Eingriff rechtfertigende Einwilligung des Organspenders auch konkret solche Punkte der Aufklärung, die dezidiert das Ziel der in Aussicht genommenen Transplantation beschreiben: Explizit angeführt wird die Aufklärung über den therapeutischen Zweck des entnommenen Organs, den potentiellen Nutzen für den Empfänger sowie die zu erwartenden Erfolgsaussichten.⁴⁰⁷

Vom Anwendungsbereich des OTPG streng ausgenommen ist neben der bereits oben angeführten Verwendung der entnommenen Organe zu Forschungszwecken etwa auch die Entnahme von Organen zur Arzneimittelherstellung oder zur Kosmetikaherstellung.⁴⁰⁸ Der Transplantationszweck selbst ist dabei stets ex ante und abstrakt zu prüfen – ein Heilerfolg ist nach hL nicht notwendig, vielmehr **genügt ein nicht völlig aussichtsloser Heilversuch**.⁴⁰⁹ Zwischen Entnahme und Einpflanzung in einen Organempfänger ist gesetzlich kein zeitliches Naheverhältnis vorgesehen, womit auch Entnahmen für Organbanken auf Vorrat erlaubt sind.⁴¹⁰

Als potentiell problematisch erweist sich die Bindung der Zulässigkeit der Organentnahme an deren therapeutischen Zweck allerdings für all jene Fälle der Entnahme von Körpermaterial, die der **Analyse von Spendergewebe zur Abklärung dessen Kompatibilität mit dem Organempfänger** dienen: Zu dieser vorab durchgeführten Gewebetypisierung werden oftmals Mesenteriallymphknoten oder auch die Milz entnommen⁴¹¹ – das Ziel einer solchen Entnahme ist gemeinhin in erster Linie die Gewebetypisie-

407 Vgl zur Frage der Sittenwidrigkeit der Lebendorganspende ausführlich unten 3.5.3.

408 *Wagner/Ecker in Neumayr/Resch/Wallner*, Gesundheitsrecht OTPG § 2 Rz 1. Vgl in diesem Zusammenhang auch das Judikat des OGH 10 Os 104/86 SSt 22/75; SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 zur Entnahme von Hypophysen durch Prosekturgehilfen und den anschließenden Verkaufstätigkeiten. Zu Kosmetika vgl *Kalchschmid/Barta in Barta/Kalchschmid/Kopetzki*, Rechtspolitische Aspekte 13 (20).

409 *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* Kap I.21.3.4.2; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 166; vgl auch dort zur Einordnung des klinischen Versuchs in Zusammenhang mit dem GSG.

410 *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* Kap I.21.3.4.2. In der Praxis werden hier allerdings die unterschiedlichen Ischämiezeiten für die Organtransplantate schlagend.

411 Vgl die Verfahrensweisung zur „Vornahme einer Organentnahme bei Verdacht auf eine gerichtlich strafbare Handlung“, veröffentlicht als Erlass des BMJ in BMJ-S425.005/0005-IV/3/2014 sowie abrufbar bei GÖG, Verfahrensweisungen: Organentnahme bei Verdacht auf eine gerichtlich strafbare Handlung, https://transplant.goeg.at/sites/transplant.goeg.at/files/2017-06/VA_Organentnahme_gerichtstrafHandlung_final.pdf (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017) 2.

nahme beteiligten Organisationsstrukturen charakterisiert werden (3.4.4.). Das Hauptaugenmerk soll auf der rechtlichen Ausgestaltung des Widerspruchsrechts liegen, wobei hier auch Bezug zu angrenzenden zivilrechtlichen Fragestellungen genommen werden soll. Abschließend soll auch die Beschränkung der Entnahme von Organen durch das Rechtsgut der Pietät näher betrachtet werden (3.4.5.).

3.4.2. Schematischer Ablauf einer Organtransplantation bei postmortal explantiertem Organ

3.4.2.1. Meldung eines potentiellen Organspenders und Erhebung transplantationsrelevanter Daten

Am Beginn einer jeden allogenen und postmortalen Organtransplantation steht ein potentieller Organspender, welcher sich in aller Regel in einer sogenannten spenderbetreuenden Krankenanstalt⁴³⁹ befindet.⁴⁴⁰ Als potentieller Spender kommt jeder Patient ohne Alters- oder Ursacheneinschränkung in Frage;⁴⁴¹ einzige Kontraindikation ist ein metastasierender Tumor.⁴⁴² Grundsätzlich wird jeder potentielle Spender an das für die jeweilige spenderbetreuende Krankenanstalt zuständige Koordinationszentrum gemeldet.⁴⁴³

439 Zur spenderbetreuenden Krankenanstalt vgl 3.4.4.4.

440 Vgl zum Folgenden insb die Leitfäden: GÖG, Ablauf der Organspende (Variante für Tirol, Vorarlberg und Salzburg), https://transplant.goeg.at/sites/transplant.goeg.at/files/2017-06/2.5_Ablauf%20der%20Organspende_S%2CT%2CV_16_1_0.pdf (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017); GÖG, Intensivtherapie potentieller Organspender, https://transplant.goeg.at/sites/transplant.goeg.at/files/2017-06/4_Intensivtherapie_16_2.pdf (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017).

441 In Krankenanstalten mit besonders hohem Potenzial für die Betreuung von Organspendern werden seit 2009 sogenannte lokale Transplantationsbeauftragte bestellt, welche in der Regel in der Intensivstation ihrer Krankenanstalt tätig sind und als Ansprechpersonen für alle Arten von Fragen in Zusammenhang mit der Organtransplantation fungieren, vgl *ÖBIG-Transplant*, Transplant-Jahresbericht 2016, https://transplant.goeg.at/sites/transplant.goeg.at/files/2017-06/TX-Jahresbericht%202016_0.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.08.2017) 6, 77 ff und die gesetzliche Verankerung der Schaffung von lokalen Transplantationsbeauftragten (LTXB) als Fördermaßnahme für die Organtransplantation gem § 59d Abs 3 Z 1 lit b KAKuG. An welchen Krankenanstalten derzeit solche LTXB bestellt sind, findet sich unter GÖG, <http://www.goeg.at/de/Bereich/Lokale-TX-Beauftragte.html> (zuletzt abgerufen am: 22. 3. 2017).

442 Vgl GÖG, Ablauf der Organspende (Variante für Tirol, Vorarlberg und Salzburg), https://transplant.goeg.at/sites/transplant.goeg.at/files/2017-06/2.5_Ablauf%20der%20Organspende_S%2CT%2CV_16_1_0.pdf (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017).

443 Vgl GÖG, Ablauf der Organspende (Variante für Tirol, Vorarlberg und Salzburg), https://transplant.goeg.at/sites/transplant.goeg.at/files/2017-06/2.5_Ablauf%20der%20Organspende_S%2CT%2CV_16_1_0.pdf (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017).

4.2.2.3. Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit aufgrund der BMK

Die Biomedizinkonvention des Europarats⁷⁸³ wurde am 19. 11. 1996 vom Ministerkomitee des Europarats verabschiedet und ist völkerrechtlich am 01. 12. 1999 in Kraft getreten. Inzwischen wurde sie von der Mehrheit der Europaratsstaaten unterzeichnet⁷⁸⁴ und vor allem durch verschiedene Zusatzprotokolle erweitert – das 2. Zusatzprotokoll vom 24. 01. 2002 zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Geweben ist dabei eines von momentan vier existierenden Zusatzprotokollen, deren Inhalt das Rahmenübereinkommen der Biomedizinkonvention ergänzen und spezifizieren. Maßgebliche Grundsätze der Biomedizinkonvention sind der Schutz der Würde, Identität und Integrität des Menschen, der grundsätzliche Vorrang der Interessen des Individuums gegenüber Interessen der Gesellschaft und Wissenschaft sowie der gleiche Zugang zu Gesundheitsleistungen.⁷⁸⁵

Obwohl die Biomedizinkonvention bereits von zahlreichen Europaratsstaaten ratifiziert worden ist, ist dies unter anderem sowohl in Deutschland als auch in Österreich bisher nicht geschehen.⁷⁸⁶ Zurückgeführt wird dies vor allem auf die initial skeptische Haltung unterschiedlicher Interessensverbände zu einer möglichen Ratifikation der Biomedizinkonvention, da vor allem eine **Erosion des Schutzniveaus nach unten** befürchtet wurde.⁷⁸⁷ Insb auch aufgrund in der Literatur bisweilen kritisierter Vorbehalte zu den in der Konvention enthaltenen Regelungen zur **Forschung**

783 Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS 164); abgedruckt samt Erläuterndem Bericht in HRLJ 1997, 135.

784 Zum Stand der Ratifikation vgl. *Europarat*, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures> (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017).

785 *Kopetzki*, Zur Bindungswirkung der Biomedizinkonvention des Europarates und ihren Grenzen, in FS Fuchs (2014) 226.

786 Vgl. *König*, MedR 2005, 22; *Taupitz*, Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates (2001); *Taupitz*, Die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin – akzeptabel, notwendig oder unannehmbar für die Bundesrepublik Deutschland? VersR 1998, 542; *Albers*, Die rechtlichen Standards der Biomedizin-Konvention des Europarates, EuR 2002, 801; *König/Busch/Beer/Müller*, Das Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin des Europarates und seine Zusatzprotokolle. Bestandsaufnahme und Handlungsbedarf im Rahmen des deutschen Rechts (2003); *Radau*, Die Biomedizinkonvention des Europarates (2006); *Spranger*, Recht und Bioethik (2010) 70 ff.

787 *Kopetzki* in FS Fuchs 226.

an nicht einwilligungsfähigen Patienten ist die Biomedizinkonvention bisher nicht ratifiziert worden.⁷⁸⁸

Die Frage nach der Freiwilligkeit oder der Unentgeltlichkeit der Organspende wird allerdings weder in der Biomedizinkonvention selbst, noch im 2. Zusatzprotokoll einheitlich gelöst. Art 21 Biomedizinkonvention hält fest, dass der menschliche Körper und seine Bestandteile nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns herangezogen werden dürfen.⁷⁸⁹ Art 16 f des 2. Zusatzprotokolls bestimmt zur Frage der Freiwilligkeit lediglich, dass Leichenspenden in Übereinstimmung mit der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zu erfolgen haben sowie dass die nach der jeweiligen Rechtsordnung erforderliche Einwilligung vorliegen muss.

Der Hinweis in ErwGr 19 RL 2010/53/EU auf Art 21 Biomedizinkonvention verdeutlicht auch in Zusammenschau mit obigen Ausführungen zur GRCh ein Argumentationsmuster, welches vor allem im medizinischen Bereich mit der Gewährleistung von Grundrechten in Kompetenzbereichen, die eigentlich bei den Mitgliedstaaten verbleiben, die Gefahr einer Unitarisierung in sich birgt.⁷⁹⁰

4.3. Qualität und Sicherheit von Organen im OTPG

4.3.1. Regelungsanspruch des OTPG

Soll beim Organempfänger eine Transplantation durchgeführt werden, so stellt die Transplantation eine medizinische Behandlung für den Patienten dar, die diesbezüglich den allgemeinen Pflichten des Behandlers zur Vornahme einer Behandlung *lege artis* nach dem Behandlungsvertrag unter-

788 Vgl dazu *Stühlinger/Baumgartner/Staudinger*, Medizinische Forschung an Patienten, die nicht zustimmen können, RdM 2008, 11; *Bernat*, Die Forschung an Einwilligungsunfähigen, RdM 2001, 104; *Wallner*, Nichttherapeutische Forschung an Einwilligungsunfähigen, RdM 2008, 132; *Merkel*, Nichttherapeutische klinische Studien an Einwilligungsunfähigen: Rechtsethisch legitim oder verboten? in *Bernat/Kröll* (Hrsg), Recht und Ethik der Arzneimittelforschung (2003) 171 ff. Für einen Beitritt zB *Aigner/Schwamberger/Kopetzki*, Biomedizinkonvention des Europarates – Viertes Zusatzprotokoll über genetische Tests, RdM 2009, 19 oder der Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vom 11. Februar 2002 betreffend die Empfehlung für einen Beitritt Österreichs zur Biomedizinkonvention des Europarates, <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=1111> (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017) und weiterführend zur Thematik die Stellungnahme der Bioethikkommission zur Forschung an nicht einwilligungsfähigen Personen – unter besonderer Berücksichtigung des Risikobegriffs, <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=51902> (zuletzt abgerufen am: 28. 08. 2017).

789 Vgl dazu *Kopetzki*, Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote und Gewinnung vom verstorbenen Soender, in *Kopetzki* (Hrsg) Gewebesicherheitsrecht (2009) 142 (153 f).

790 *Wollenschläger* in FS Scheuing 447 (460).

5. Das schadhafte Organtransplantat

5.1. Vorbemerkung

Wie in den vorangegangenen Abschnitten deutlich wurde, ergeben sich viele der auf dem Gebiet der Organtransplantation entstehenden Rechtsfragen aus dem Zivilrecht; Lösungen werden durch eine vor allem öffentlich-rechtlich geprägte Gesetzgebung festgelegt.

Während betreffend die sich auf Seiten des Organspenders ergebenden Rechtsprobleme mittlerweile eine umfangreiche Auseinandersetzung in der Literatur existiert und detaillierte Schutzvorschriften erarbeitet wurden,⁸³⁶ erfährt nun auch der Schutz der Interessen des Organempfängers durch die RL 2010/53/EU erstmals eine gesetzliche Konkretisierung, nämlich durch die Einführung eines Systems für Qualität und Sicherheit für allen Phasen der Organtransplantation. Ausweislich des ErwGr 6 bedarf es gemeinsamer Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Bereitstellung, den Transport und die Verwendung von Organen zwischen den Mitgliedstaaten, wodurch in der Folge der Organaustausch für Tausende europäischer Patienten, die diese Therapie jedes Jahr benötigen, erleichtert wird und die Chancen auf ein passendes Transplantat steigen. In der die Vorschriften betreffend Sicherheit und Qualität der Organe grundlegenden RL 2010/53/EU werden in Kapitel 1 noch allgemeine Begriffsbestimmungen angeführt, Kapitel 2 beinhaltet Vorschriften zu Qualität und Sicherheit von Organen; Kapitel 3 schließlich betrifft den Schutz des Spenders wie auch des Empfängers sowie Vorschriften zur Beurteilung und Auswahl des Spenders. Die Verringerung der Gefahren für den Organempfänger steht neben dem Schutz des Spenders im Mittelpunkt der Richtlinie; auch die Einführung einheitlicher Qualitätssicherungssysteme bezweckt letzten Endes eine möglichst umfassende Risikominimierung für den Organspender.⁸³⁷

Doch auch der genau durchgetaktete Prozess einer Organtransplantation ist potentiell fehleranfällig. Das Organtransplantat kann aus vielerlei Gründen

836 Vgl die Regelungen zur Organspende oben 3.

837 Vgl dazu schon oben ausführlich 4.

5.2.2. Vertragsparteien

5.2.2.1. Der Patient

Damit ein Behandlungsvertrag gültig zustande kommen kann, müssen die Vertragsparteien geschäftsfähig sein. Vor allem auf Seiten des Patienten ist das Vorliegen der **Geschäftsfähigkeit** zum rechtswirksamen Abschluss besonders bei Kindern und Jugendlichen **streng von der Einwilligungsfähigkeit** betreffend der in Aussicht genommenen medizinischen Behandlung **zu trennen**.⁸⁴³ Die Geschäftsfähigkeit stellt einen Unterfall der Handlungsfähigkeit dar und definiert sich nach hL als Fähigkeit, sich selbst durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln zu berechtigen oder zu verpflichten.⁸⁴⁴

Erst mit Erreichen des 18. Lebensjahres erlangt eine geistig gesunde Person ihre volle Geschäftsfähigkeit; im Unterschied dazu können sich Personen unter 7 Jahren wie auch unmündige Minderjährige weder durch eigene Handlungen berechtigen bzw verpflichten noch auch nur ein zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen.⁸⁴⁵ Selbst wenn die Kosten der Behandlung eines solchen Patienten grundsätzlich durch den Sozialversicherungsträger abgedeckt werden, können (theoretisch) Honoraransprüche des Arztes entstehen, weshalb ein Vertragsabschluss durch diese Personengruppen in der Lehre als nicht möglich angesehen wird.⁸⁴⁶

Geht es um Minderjährige, schließen die **Obsorgeberechtigten** den Behandlungsvertrag im eigenen Namen ab, wodurch nach *Kerschner*⁸⁴⁷ ein Vertrag zugunsten Dritter (nämlich des Minderjährigen) zustande kommt; daher besteht der Honoraranspruch des Arztes gegen die Obsorgeberechtigten.

Ausnahmen kann es jedoch bei mündigen Minderjährigen geben: für Lehrlinge, die aufgrund ihres Lehrverhältnisses selbstständig sozialversichert sind, wird in der Lehre vertreten, dass diese im Einzelfall partiell geschäftsfähig sein können – dies sogar bei einem allfälligen sozialversicherungsrechtlichen Selbstbehalt, wobei idR auf die Höhe des dem Arzt zu

843 Zum streng von der Geschäftsfähigkeit zu trennenden Begriff der Einwilligung vgl *Kerschner*, RdM 2013, 214 (215). Zum Rechtsinstitut der Einwilligung ausführlich *Resch*, Einwilligung passim und oben 3.5.4.

844 *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 187 mwN.

845 *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 187 ff.

846 Vgl nur *Kerschner*, RdM 2013, 214 (216).

847 *Kerschner*, RdM 2013, 214 (221). Schließen die Obsorgeberechtigten als Vertreter des Kindes ab, geht *Kerschner* hier von einer privaten Schuldübernahme oder zumindest von einer Solidarschuld aus.

leistenden Entgelts abzustellen sein wird.⁸⁴⁸ Das bedeutet, dass der selbst sozialversicherte Lehrling einen Kassenarzt konsultieren kann und unter Bedachtnahme auf das zu leistende Entgelt den Behandlungsvertrag wirksam abschließen kann.⁸⁴⁹ Beim noch die Schule besuchenden mündigen Minderjährigen ist bei Kostendeckung des Eingriffs durch die Sozialversicherung keine Gefährdung der Lebensbedürfnisse entsprechenden § 170 Abs 2 2. Fall ABGB anzunehmen.⁸⁵⁰

Nach übereinstimmender hL kommt das Vertragsverhältnis zwischen Patient und Behandler immer direkt zwischen den Vertragsparteien zustande, und zwar unabhängig davon, ob der Patient als **Privatpatient** oder als **Kassenpatient** vorstellig wird.⁸⁵¹ Besonderes gilt aber immer dann, wenn es sich um einen Sonderklassepatienten handelt, da in diesem Fall auch der behandelnde angestellte Spitalsarzt in einem vertraglichen Verhältnis zum Patienten steht; in diesen Fällen haftet der behandelnde Arzt wie auch der Krankenanstaltenträger dem Patienten solidarisch aus dem Behandlungsvertrag.⁸⁵²

Nimmt ein Patient die Dienste einer öffentlichen Krankenanstalt in Anspruch, dann liegt zwar in der Aufnahme des Patienten ein Akt der öffentlichen Verwaltung und ist auch das Verhältnis zwischen Patient und Krankenanstalt betreffend die Pflegegebühren ein öffentlich-rechtliches, doch ansonsten erfolgt die medizinische Versorgung des Patienten iSv umfassender Anstaltspflege und ärztlicher Versorgung als Gesamtleistung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung; konsequenterweise besteht ein zivilrechtliches Verhältnis zwischen den Vertragsparteien und es kommen die Regelungen des allgemeinen Schadenersatzrechts zur Anwendung und nicht jene des AHG.⁸⁵³

5.2.2.2. Der Krankenanstaltenträger

Schließen zwei Parteien einen Vertrag ab, so werden dadurch wechselseitige Rechte und Pflichten iSe Sonderrechtsbeziehung begründet. Während

848 Vgl *Haidenthaler*, RdM 2001, 163.

849 So auch *Engeljähriger*, ÖJZ 1993, 493.

850 Vgl *Menardi*, ÖA 1998, 3 (6).

851 *Rill* in *Tomandl* 61; *Welser*, Das Zivilrecht und das Dreiecksverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger, Arzt und Patient, in *Tomandl* (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975) 110.

852 *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht² Kap 4 Rz 10.

853 *Engeljähriger*, ÖJZ 1993, 488 (495); vgl dazu auch schon oben 3.2.3.3.