



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Organtransplantationsrecht“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Veronika Kräftner

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2016 / Vienna 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.- Prof. DDr. Christian Kopetzki

Vorwort

Diese Arbeit ist großteils während meiner Tätigkeit als Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung Medizinrecht, der Universität Wien entstanden. Die damit verbundenen Privilegien, sowohl hinsichtlich der Nutzung von Ressourcen als auch in Hinblick auf fachliche Austauschmöglichkeiten, haben mir das Verfassen dieser Arbeit zweifelsfrei erheblich erleichtert.

Nichts desto trotz hat mich dieses Dissertationsvorhaben nicht nur wissenschaftlich, sondern auch persönlich in vielerlei Hinsicht herausgefordert. Umso glücklicher bin ich, die Arbeit und den mit ihr verbundenen Lebensabschnitt nunmehr abgeschlossen zu haben und meine volle Aufmerksamkeit neuen Aufgaben und in den letzten Jahren vernachlässigten Beschäftigungen widmen zu können.

Mein Dank gilt allen, die mich bei der Verwirklichung dieses Projekts unterstützt haben.

Dazu zählt zunächst Univ.-Prof. DDr. *Christian Kopetzki*, der nicht nur die Betreuung dieser Dissertation übernommen hat, sondern von dessen umfassendem Fachwissen – insb auch im Bereich des Transplantationsrechts – und dessen wissenschaftlicher Erfahrung ich als Assistentin profitieren durfte.

Mein Dank gilt weiters Hon.-Prof. Dr. *Gerhard Aigner* und Univ.-Prof. Dr. *Iris Eisenberger*, M.Sc. (LSE), die sich beide dankenswerterweise ohne zu zögern zur Begutachtung meiner Dissertation bereit erklärt haben, sowie meinen ehemaligen Kolleginnen der Abteilung Medizinrecht.

Schließlich danke ich meiner Familie, meinen Freunden und besonders meinem Freund *Andreas*. Sie alle haben mich während der letzten Jahre moralisch und in der Phase der Fertigstellung dieses Werkes auch tatkräftig unterstützt. Ohne ihr Verständnis, ihre Geduld und ihren Beistand dürfte ich dieses Vorwort heute nicht schreiben.

Wien, im Mai 2016

Veronika Kräftner

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort.....	III
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands.....	1

Teil 1: Grundlagen

I. Medizinische Grundlagen und medizingeschichtliche Entwicklung	7
A. Begriffsdefinitionen	7
B. Voraussetzungen der Transplantationsmedizin	8
1. (Medizinischer) Todesbegriff und Testverfahren	8
a) Herz-Kreislauf-Tod.....	9
b) Hirntod	10
c) Testverfahren zum Nachweis des Hirntodes.....	14
aa) Hirntoddiagnostik bei erhaltenem Spenderkreislauf.....	14
bb) Hirntodfeststellung nach Kreislaufstillstand	16
2. Haltbarkeit von Organen	20
3. Immunologie.....	21
C. Medizingeschichtliche Entwicklung und Stand der Transplantationsmedizin ...	23
II. Das Problem des Organmangels und Alternativen zur Transplantation	
menschlicher Organe.....	27
A. Zahlen und Fakten	27
B. Möglichkeiten der Beeinflussung des Spenderaufkommens.....	28
1. Rechtliche Rahmenbedingungen	28
a) Postmortale Organspende	28
aa) Regelungsmodelle bei der Leichenspende.....	28
bb) Auswirkungen auf das Organpotenzial und Fazit für Österreich.....	31
b) Lebendspende	32
2. Organisationsoptimierung	33
C. Alternativen zur Transplantation menschlicher Organe	34
1. Künstliche Organe	35
2. Organzüchtung.....	35
3. Xenotransplantation.....	36

III. Rechtsentwicklung in Österreich	38
A. Die Rechtslage bis 1982	38
B. Der Anlassfall und die KAG-Novelle 1982	41
C. Weitere Entwicklungen und der Weg zum OTPG	46
IV. Unions- und völkerrechtliche Determinanten des Transplantationsrechts	50
A. Die RL 2010/53/EU	50
1. Entstehungsgeschichte	50
2. Regelungsziel und wesentlicher Inhalt	51
3. Kompetenzrechtliche Deckung	54
a) Allgemeine kompetenzrechtliche Grundlagen	54
b) Art 168 AEUV als Kompetenzgrundlage im Gesundheitswesen	56
c) Kompetenzrechtliche Deckung der OrganRL durch Art 168 Abs 4 lit a AEUV	59
d) Deckung der OrganRL durch alternative Kompetenzgrundlagen	65
B. Der Aktionsplan	68
C. Die Biomedizinkonvention des Europarates und ihr Zusatzprotokoll zur Transplantation	69
1. Entstehungsgeschichte	69
2. Wesentlicher Inhalt	70
3. Bindungswirkung für Österreich	74
V. Grundrechtliche Aspekte der Organtransplantation	77
A. Allgemein grundrechtsdogmatische Fragen	77
B. Organentnahme vom (hirn-)toten Spender	80
1. Ende des grundrechtlichen Lebens- und Integritätsschutzes	81
2. Widerspruchslösung und Verfügungsrecht über den Leichnam	84
a) Verfügungsrecht über den eigenen Leichnam zu Lebzeiten	85
b) Verfügungsrecht (naher Angehöriger) über den Leichnam nach dem Tod	88
c) Fazit	90
C. Organentnahme vom lebenden Spender	91
1. Schutzpflichten zugunsten von Lebendspendern und deren Grenzen	91
2. Beschränkungen der Lebendspende und Selbstbestimmungsrecht der Organspender	92
a) Risikobeschränkung	93

b) Ausschluss Minderjähriger	95
D. Schutzansprüche des Organempfängers	98

Teil 2: Einfachgesetzliche Rechtslage

I. Geltungsbereich des OTPG	105
A. Örtlicher Anwendungsbereich	105
B. Sachlicher Anwendungsbereich.....	105
1. Organbegriff	106
a) Allgemeines	106
b) Vascularized composite allografts	109
c) Organteile.....	110
2. Herkunft des Organs	112
3. Verwendungszweck.....	113
a) Transplantation des Organs als solches	113
b) Bestimmung zur Transplantation in den menschlichen Körper.....	115
c) Autologe Transplantationen.....	116
d) Weitere Sonderfälle	117
4. Verhältnis zu AMG und MPG.....	118
II. Organentnahme vom verstorbenen Spender	119
A. Gegenstand der Entnahme	119
B. Entnahmeumfang und Wahrung der Pietät.....	120
C. Entnahmezweck	122
D. Fehlen eines Widerspruchs	124
1. Widerspruchsberechtigte und Zeitpunkt des Widerspruchs	125
a) Widerspruch durch den Verstorbenen selbst zu Lebzeiten.....	126
b) Widerspruchsrecht des gesetzlichen Vertreters vor dem Tod des Vertretenen	128
aa) Begriff der gesetzlichen Vertretung.....	128
bb) Widerspruch der gesetzlichen Vertreter als Vertretungsakt.....	129
cc) Umfang der Widerspruchsbefugnis gesetzlicher Vertreter.....	132
dd) Widerspruchserklärung durch gewillkürte Stellvertreter?	133
2. Form und Inhalt der Erklärung	134
a) Allgemeines	134
b) Das Widerspruchsregister	137

3.	Das Vorliegen der Widerspruchserklärung	140
a)	Allgemeines	140
b)	Durch Dritte übermittelter Widerspruch.....	144
4.	Widerrufbarkeit und Erlöschen des Widerspruchs.....	145
5.	Informationspflicht?	146
E.	Entnahmeort	149
F.	Vorrang der Organentnahme vor der Entnahme von Geweben	151
G.	Organentnahme und Verdacht auf gerichtlich strafbare Handlung.....	152
H.	Die Todesfeststellung	153
1.	Todesbegriff als Rechtsfrage.....	153
2.	Der Todesbegriff des OTPG	155
a)	Notwendigkeit und Fehlen eines gesetzlich definierten Todesbegriffs..	155
b)	Todesbegriff der Empfehlung des OSR zur Hirntoddiagnostik	156
c)	Hirntodbegriff des OTPG als Ergebnis rechtswissenschaftlicher Auslegung.....	159
3.	Methoden der Todesfeststellung	161
I.	Eingriffe während der „Schwebezeit“	165
J.	Zulässigkeit der Intravitalkonservierung.....	169
K.	Organentnahme und Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen.....	170
L.	Anforderungen an todesfeststellende Ärzte.....	171
M.	Ort der Todesfeststellung	173
III.	Organentnahme vom Lebendspender	174
A.	Einwilligung und ihre Grenzen	174
1.	Einwilligungsumfang	175
2.	Einwilligungsfähigkeit und Möglichkeit vertretungsweiser Einwilligung ..	176
a)	Allgemeines	176
b)	Minderjährige	177
c)	Erwachsene	179
3.	Aufklärung	180
a)	Gegenstand und Umfang der Aufklärung.....	181
b)	Form der Aufklärung	186
c)	Aufklärende Person und Aufklärungsadressat	186
d)	Zeitpunkt der Aufklärung	187
4.	Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit	188

5. Formvoraussetzungen der Einwilligungserklärung.....	190
6. Widerrufbarkeit der Einwilligungserklärung.....	191
7. Spenderauswahl – Risikobeurteilung und Risikobegrenzung.....	193
8. Subsidiarität der Lebendspende.....	199
9. Beschränkung des Empfängerkreises.....	200
10. Besonderheiten der medizinisch indizierten Organentnahme.....	202
B. Entnahmeort.....	204
C. Medizinische Nachsorge für Lebendspender.....	204
D. Sozialversicherungsrechtliche Absicherung von Lebendspendern.....	205
IV. Gewinn- und Werbeverbote.....	208
A. Unentgeltlichkeit der Spende gem § 4 Abs 1-3 OTPG.....	208
1. Begriff der Spende und Begünstigte.....	209
2. Finanzieller Gewinn oder vergleichbarer Vorteil.....	210
B. Verbot gewinnorientierter Rechtsgeschäfte gem § 4 Abs 5 OTPG.....	213
C. Werbeverbot.....	215
V. Organübertragung und Organallokation.....	217
A. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Implantation.....	217
B. Ort der Transplantation.....	218
C. Auswahl des Organempfängers.....	219
1. Problemstellung.....	219
2. Normativer Rahmen der Organallokation.....	220
a) Zuständige Stellen der Organzuteilung.....	220
b) Rechtliche Qualifikation der Allokationsentscheidung.....	223
c) Materielle Allokationskriterien.....	224
aa) Vorgaben durch das OTPG.....	225
bb) Verfahrensanweisungen der GÖG.....	229
cc) Kriterien der Stiftung Eurotransplant International.....	231
3. Zusammenfassung und Kritik.....	232
4. Regelungsvorschlag.....	235
VI. Qualitätssicherung, Organvigilanz und Berichtswesen.....	239
A. Die Organ- und Spendercharakterisierung.....	239
B. Transport von Organen.....	242
C. Rückverfolgbarkeit.....	242
D. Organvigilanz.....	243

1. Gegenstand der Meldepflicht	244
2. Meldepflichtige Stellen und Adressaten der Meldung.....	245
3. Form der Übermittlungen im Rahmen des Systems für Qualität und Sicherheit.....	248
4. Die Rolle der Stiftung Eurotransplant International im System für Qualität und Sicherheit.....	248
E. Aufzeichnungen und Berichte	250
F. Internationaler Organaustausch	251
1. Organaustausch innerhalb der EU	251
2. Organaustausch mit Drittstaaten	253
VII. Anonymität und Datenschutz.....	254
A. Wahrung der Anonymität von Spender und Empfänger	254
1. Absicherung durch Verschwiegenheitspflichten.....	254
2. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht	258
B. Datenverkehr und Datenschutz.....	259
VIII. Rechtsfolgen von Verstößen gegen das OTPG.....	262
A. Verwaltungsbehördliche Strafbarkeit.....	262
B. Gerichtliche Strafbarkeit	264
1. Organentnahme vom verstorbenen Spender	264
2. Organentnahme vom Lebendspender.....	268
3. Sonstige Fragen der strafrechtlichen Verantwortung im Zusammenhang mit Organtransplantationen.....	271
Literaturverzeichnis.....	275
Verzeichnis sonstiger wichtiger Dokumente.....	293
Zusammenfassung/Abstract	297

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB) JGS 1811/946 idF BGBl I 2015/87
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union (Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen; Reihe L: Rechtsvorschriften)
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 47 (konsolidierte Fassung)
aF	alte Fassung
AKH	Allgemeines Krankenhaus Wien
aM	anderer Meinung
AMG	Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) BGBl 1983/185 idF BGBl I 2013/162
Anm	Anmerkung
arg	argumento
Art	Artikel
ÄrzteG	Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998) BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2016/9
ÄsthOpG	Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) BGBl I 2012/80
ASVG	Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG) BGBl 1955/189 idF BGBl I 2015/162
AT	Allgemeiner Teil
AUVA	Allgemeine Unfallversicherungsanstalt
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl 1991/51 (WV) idF BGBl I 2013/161

BASG	Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen
BGBI	Bundesgesetzblatt (österreichisch bzw deutsch)
BGBIG	Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004 (Bundesgesetzblattgesetz – BGBIG) BGBI I 2003/100 idF BGBI I 2013/33
bgld KAG	Gesetz vom 27. April 2000 über die Krankenanstalten im Burgenland (Burgenländisches Krankenanstaltengesetz 2000 – Bgld. KAG 2000) LGBl 2000/52 idF LGBl 2014/51
B-KUVG	Bundesgesetz vom 31. Mai 1967 über die Kranken- und Unfallversicherung öffentlich Bediensteter (Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz – B-KUVG) BGBI 1967/200 idF BGBI I 2015/162
BlgNR	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BlutRL	RL 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, AB L 2003/33, 30.
BM	Bundesminister
BMG	Bundesminister/Bundesministerium für Gesundheit oder Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriengesetz 1986 – BMG) BGBI 1986/76 (WV) idF BGBI I 2014/11
BMGK	Bundesminister/Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz
BMGU	Bundesminister/Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz
BMJ	Bundesminister/Bundesministerium für Justiz
BMSV	Bundesminister/Bundesministerium für soziale Verwaltung
BReg	Bundesregierung
BSG	Bundesgesetz über die Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen in Blutspendeinrichtungen (Blutsicherheitsgesetz 1999

	– BSG 1999) BGBl I 1999/44 idF BGBl I 2009/107
Bsp	Beispiel, -e
bspw	beispielsweise
BSV	Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales betreffend den Gesundheitsschutz von Spendern und die Qualitätssicherung von Blut und Blutbestandteilen (Blutspenderverordnung – BSV) BGBl II 1999/100 idF BGBl II 2015/461
BSVG	Bundesgesetz vom 11. Oktober 1978 über die Sozialversicherung der in der Land- und Forstwirtschaft selbständig Erwerbstätigen (Bauern-Sozialversicherungsgesetz – BSVG) BGBl 1978/559 idF BGBl I 2015/162
BT	Besonderer Teil
BT-Drs	Drucksache des deutschen Bundestages
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I 2014/102
bzw	beziehungsweise
ca	circa
d	deutsch, -e, -er, -es (vor einer anderen Abkürzung)
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift, Deutschland)
DBD	Donation after brain determination of death
DCD	Donation after cardiac death
ders	derselbe
dh	das heißt
dies	dieselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift, Deutschland)
DSG 2000	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000) BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2015/132
(d)TPG	Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG) BGBl I S 2206/2007 idF BGBl I S 2423/2013
dTPG-OrganV	Verordnung über die Anforderungen an die Organ- und Spen-

dercharakterisierung und an den Transport von Organen sowie über die Anforderungen an die Meldung schwerwiegender Zwischenfälle und schwerwiegender unerwünschter Reaktionen (TPG-Verordnung über Qualität und Sicherheit von Organen – TPG-OrganV) BGBl I S 188/2013 idF BGBl I S 601/2014 (idF der Berichtigung BGBl I S 1582/2014)

EB	Erläuternder Bericht
EBMRB	Erläuternder Bericht zur MRB
EBZP	Erläuternder Bericht zum 2. ZPMRB
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EEG	Elektroenzephalogramm/Elektroenzephalografie
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft, -en
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl C 2006/321E, 1 (konsolidierte Fassung)
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 (EGVG) BGBl I 2008/87 (WV) idF BGBl I 2013/33
Einl	Einleitung
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELGA	Elektronische Gesundheitsakte
(E)MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK) BGBl 1958/210 idF BGBl III 2010/47
endg	endgültig
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
et al	et alii/et aliae (und andere)
etc	et cetera
ETS	European Treaty Series
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABl C 2012/326, 13 (konsolidierte Fassung)

f	und der/die folgende
FamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (Zeitschrift)
FASIM	Verband der intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs
ff	und fortfolgende
FMedG	Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG) BGBl 1992/275 idF BGBl I 2015/35
FN	Fußnote
FS	Festschrift
G(es)mbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GEEVO	Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend zur Festlegung von Standards für die Gewinnung von zur Verwendung beim Menschen bestimmter menschlicher Zellen und Geweben (Gewebeentnahmeeinrichtungsverordnung – GEEVO) BGBl II 2008/191 idF BGBl II 2016/24
gem	gemäß
GewebeRL	Richtlinie 2004/23/EG der Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl L 2004/102, 48
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland BGBl S 1/1949 idF BGBl I S 2438/2014
ggf	gegebenenfalls
GÖG	Gesundheit Österreich GmbH
GÖGG	Bundesgesetz über die Gesundheit Österreich GmbH (GÖGG) BGBl I 2006/132 idF BGBl I 2014/32
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 391 (konsolidierte Fassung)
grds	grundsätzlich
GSG	Bundesgesetz über die Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung

	und Verteilung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen (Gewebesicherheitsgesetz – GSG) BGBl I 2008/49 idF BGBl I 2013/162
GSVG	Bundesgesetz vom 11. Oktober 1978 über die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz – GSVG) BGBl 1978/560 idF BGBl I 2015/162
GTelG	Bundesgesetz betreffend Datensicherheitsmaßnahmen bei der Verwendung elektronischer Gesundheitsdaten (Gesundheitstelematikgesetz 2012 – GTelG 2012) BGBl I 2012/111 idF BGBl I 2013/83
GuKG	Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz – GuKG) BGBl I 1997/108 idF BGBl I 2016/8
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift, Deutschland)
GZ	Geschäftszahl
HB	Handbuch
HBD	Heart-beating donors
HebG	Bundesgesetz über den Hebammenberuf (Hebammengesetz – HebG) BGBl 1994/310 idF BGBl I 2016/8
HeimAufG	Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG) BGBl I 2004/11 idF BGBl I 2010/18
hL	herrschende Lehre
HL(A)	Humane Leukozyten(antigene)
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
IMABE	Institut für Medizinische Anthropologie und Bioethik
inkl	inklusive
insb	insbesondere

IPR-G	Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) BGBl 1978/304 idF BGBl I 2015/87
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
J Med Ethics	Journal of Medical Ethics (Zeitschrift, GB)
JAMA	Journal of the American Medical Association (Zeitschrift, USA)
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift)
JB	Jahrbuch
JGS	Justizgesetzsammlung
Jhdts	Jahrhunderts
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift, Deutschland)
KAG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1956 über Krankenanstalten (Krankenanstaltengesetz – KAG) BGBl 1957/1 (seit BGBl I 2002/65 unter dem Titel KAKuG)
KAKuG	Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz – KAKuG) BGBl 1957/1 idF BGBl I 2016/3 (bis BGBl I 2002/65 unter dem Titel KAG)
Kap	Kapitel
KOM	Dokument der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
krnt KAO	Kärntner Krankenanstaltenordnung 1999 (K-KAO) LGBl 1999/26 (WV) idF LGBl 2015/46
lat	lateinisch
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
LGBl	Landesgesetzblatt
LH	Landeshauptmann
lit	litera
Lit	Literatur
ME	Ministerialentwurf

mE	meines Erachtens
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift, Deutschland)
MPG	Bundesgesetz betreffend Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) BGBl 1996/657 idF BGBl I 2014/32
MRB	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, ETS 164
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nach (§[§]) ...	Nachbemerkungen (zu §[§]) ...
NHB(D)	Non-heart-beating (donors)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift, Deutschland)
nö KAG	NÖ Krankenanstaltengesetz (NÖ KAG) LGBl 9440-0 (WV) idF LGBl 9440-39
NR	Nationalrat
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift, Deutschland)
ÖBIG	Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
oö KAG	Oö. Krankenanstaltengesetz 1997 (Oö. KAG 1997) LGBl 1997/132 (WV) idF LGBl 2015/140
OrganDurchführungsRL	Durchführungsrichtlinie 2012/25/EU der Kommission vom 9. Oktober 2012 zur Festlegung von Informationsverfahren für den Austausch von zur Transplantation bestimmten Organen zwischen den Mitgliedstaaten, ABl L 2012/275, 27
Organhandelskonvention	Konvention des Europarates gegen den Handel mit menschlichen Organen, ETS 216
OrganRL	Richtlinie 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, ABl L 2010/207, 14; berichtigt (von RL 2010/45/EU auf RL 2010/53/EU) durch ABl L 2010/243, 68
ÖSG	Österreichischer Strukturplan Gesundheit
OSR	Oberster Sanitätsrat

OSR-G	Bundesgesetz über den obersten Sanitätsrat (OSR-Gesetz) BGBl I 2011/70
OTPG	Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen (Organtransplantationsgesetz – OTPG) BGBl I 2012/108
ÖVP	Österreichische Volkspartei
OVVO	Verordnung des Bundesministers für Gesundheit über die Organvigilanz (Organvigilanzverordnung – OVVO) BGBl II 2014/141
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht (Zeitschrift)
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
PatVG	Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG) BGBl I 2006/55
PersFrG	Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2
RdM	Recht der Medizin (Zeitschrift)
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RL-Vorschlag	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, KOM(2008) 818 endg
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung (Zeitschrift)
S	Seite, -n
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaft
schwOrganzuteilungsVO	Verordnung über die Zuteilung von Organen zur Transplantation vom 16. 3. 2007 (Organzuteilungsverordnung) SR 810.212.4 (Stand 1. 6. 2015)
schwTPG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. 10. 2004 (Transplantationsgesetz), SR

	810.21 (Stand 1. 1. 2014)
sog	sogenannt, -e, -er, -es
StG	Kaiserliches Patent, wodurch eine neue, durch die späteren Gesetze ergänzte, Ausgabe des Strafgesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen vom 3. September 1803, mit Aufnahme mehrerer neuer Bestimmungen, als alleiniges Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme der Militärgränze, kundgemacht, und vom 1. September 1852 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBI 1852/117 (aufgehoben durch BGBl 1974/422)
StGB	Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60 idF BGBl I 2015/154
StGBI	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StGG	Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBI 1867/142 idF BGBl 1988/684
stmk KAG	Gesetz vom 16. Oktober 2012 über Krankenanstalten in der Steiermark (Stmk. Krankenanstaltengesetz 2012 – StKAG) LGBl 2012/111 idF LGBl 2013/87
StPO	Strafprozeßordnung 1975 (StPO) BGBl 1975/631 (WV) idF BGBl I 2015/112
StProtNR	stenographische Protokolle des Nationalrates
str	strittig
StV von St. Germain	Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 (Staatsvertrag von St. Germain) StGBI 1920/303 idF BGBl III 2002/179 (DFB)
SZ	Sammlung Zivilrecht
ua	unter anderem
UbG	Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz – UbG) BGBl 1990/155 idF BGBl I 2010/18

uU	unter Umständen
VCA	vascularized composite allograft, -s
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (Zeitschrift, Deutschland)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
vlbG BestG	Gesetz über das Leichen- und Bestattungswesen (Bestattungsgesetz – BestG) LGBl 1969/58 idF BGBl 2013/47
VO	Verordnung (von Organen der Europäischen Union oder nationale Verordnungen)
Vor (§[§]) ...	Vorbemerkungen (zu §[§]) ...
VStG	Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBl 1991/52 idF BGBl I 2013/33
wr KAG	Wiener Krankenanstaltengesetz 1987 LGBl 1987/23 idF LGBl 2014/33
wr LBG	Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz (WLBG) LGBl 2004/38 idF LGBl 2013/29
WV	Wiederverlautbarung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Zeitschrift)
1. ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/2010 idF BGBl III 1998/30
2. ZPMRB	Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe, ETS 186
zT	zum Teil

Einleitung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands

Organtransplantationen sind aus der modernen Medizin nicht mehr wegzudenken und ermöglichen die Rettung unzähliger Menschenleben. Anders als andere Behandlungsmethoden sind Transplantationen menschlicher Organe jedoch durch die faktische Verfügbarkeit von Spenderorganen limitiert. Jede Transplantation setzt eine Entnahme eines (passenden) Spenderorgans vom lebenden oder verstorbenen Spender¹ voraus. Hauptaufgabe und Herausforderung des Organtransplantationsrechts war es daher seit jeher, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Organentnahme zu regeln und dabei eine Abwägungsentscheidung zwischen den Interessen der Organempfänger auf Erhalt eines oftmals lebensrettenden Transplantats einerseits und den entgegengesetzten Interessen der Organspender bzw deren Angehörigen andererseits zu treffen.

Durch die Verankerung der Widerspruchslösung in den knappen Bestimmungen der §§ 62a ff KAG im Jahr 1982 wurde hinsichtlich der Leichenspende dem Gesundheitsschutz potentieller Organempfänger der grundsätzliche – wenngleich nicht uneingeschränkte – Vorrang gegenüber dem Interesse der Organspender bzw deren Angehörigen an der Unversehrtheit des Leichnams eingeräumt. Eine umfassende gesetzliche Regelung des Themenbereichs der Organtransplantation fehlte jedoch lange Zeit, sodass viele rechtlich heikle Fragen sowohl hinsichtlich der Leichenspende (zB Todesbegriff, Organallokation usw) als auch hinsichtlich der spezialgesetzlich völlig unregulierten Lebendspende (zB Spenden Einwilligungsunfähiger, Organhandelsverbot) unbeantwortet blieben. Aufgrund der rechtlichen Ausgestaltung verwandter Rechtsgebiete, wie dem Gewebesicherheitsrecht, tauchten zudem neue Abgrenzungsfragen auf. Wenngleich der Ruf nach einem eigenen Transplantationsgesetz bereits längere Zeit laut wurde, war es erst die Pflicht zur Umsetzung der 2010 erlassenen Richtlinie der Europäischen Union „über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe“, die den Ausschlag für eine neuerliche legislative Auseinandersetzung mit dem Themenbereich gab. Ergebnis des Gesetzgebungsprozesses war das „Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen“ (Organtransplantationsgesetz – OTPG), das Ende 2012 in Kraft trat. Mit diesem wurde erstmals eine sowohl Lebend- als auch Leichenspenden umfassende spezialgesetzliche Gesamtsregelung für den Bereich des Transplantationsrechts angestrebt.

¹ Zugunsten der leichteren Lesbarkeit wird in der folgenden Arbeit auf eine alternative Verwendung männlicher und weiblicher Formen verzichtet. Mit jeder Nennung der männlichen Form ist selbstverständlich mit gleicher Wertschätzung auch die weibliche Form umfasst.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, einen systematischen Überblick über die geltende Rechtslage auf dem Gebiet des Organtransplantationsrechts nach Inkrafttreten des OTPG zu geben und dabei weiterhin bestehende Rechtsunsicherheiten aufzuzeigen. Dadurch soll nicht nur ein Beitrag zur wissenschaftlichen Aufarbeitung des Themenbereichs geleistet, sondern zugleich auch eine Orientierungshilfe für die Praxis geschaffen werden.

Gegenstand der Untersuchung ist lediglich die Entnahme und Transplantation vom Geltungsbereich des OTPG erfasster *menschlicher Organe*. Nicht umfasst sind daher zum einen Spenden sonstiger Gewebe und Zellen menschlichen Ursprungs und zum anderen alternative Behandlungsmethoden wie die Transplantation von Organen tierischen Ursprungs, gezüchteter oder künstlicher Organe. Wenngleich der Schwerpunkt der Arbeit ein öffentlich-rechtlicher ist, werden in einem interdisziplinären Ansatz auch mit dem Themenbereich verbundene zivilrechtliche, strafrechtliche sowie unions- und völkerrechtliche Aspekte behandelt.

Inhaltlich gliedert sich diese Arbeit in zwei Teile: Der erste Teil befasst sich mit den Grundlagen des Transplantationsrechts und beginnt mit einer Darstellung der für die weitere rechtliche Auseinandersetzung unabdingbaren medizinischen Grundlagen der Organtransplantation sowie der medizingeschichtlichen Entwicklung des Transplantationswesens (Kap I). Im Anschluss wird das Problem des Organmangels beleuchtet und werden Alternativen zur Transplantation menschlicher Organe aufgezeigt (Kap II). Es folgt ein Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Organtransplantationsrechts (Kap III). Der nächste Abschnitt beschäftigt sich mit den unions- und völkerrechtlichen Determinationen des Transplantationsrechts (Kap IV), bevor abschließend eine Darstellung ausgewählter grundrechtlicher Aspekte des Organtransplantationsrechts (Kap V) folgt.

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich einer Darstellung der geltenden einfachgesetzlichen Rechtslage auf dem Gebiet der Leichen- und Lebendspende von Organen nach Inkrafttreten des OTPG. Zunächst wird hier der Geltungsbereich des OTPG (insb in Abgrenzung vom GSG) erläutert (Kap I). Es folgt eine umfassende Darstellung der Rahmenbedingungen der Organentnahme vom verstorbenen (Kap II) und vom lebenden (Kap III) Spender. Das folgende Kapitel thematisiert die Werbe- und Gewinnverbote des OTPG (Kap IV). Danach wird das Thema der Organübertragung iSd Implantation sowie

das heikle – in der österreichischen Literatur bislang vernachlässigte – Thema der Organallokation untersucht (Kap V). Daran anschließend werden die Vorgaben des OTPG hinsichtlich Qualitätssicherung, Organvigilanz und Berichtswesen (Kap VI) betrachtet. Nach ergänzenden Ausführungen zu Anonymität und Datenschutz (Kap VII) werden abschließend die Rechtsfolgen von Verstößen gegen das OTPG thematisiert (Kap VIII).

Teil 1: Grundlagen

I. Medizinische Grundlagen und medizingeschichtliche Entwicklung

Dieses Kapitel soll einen groben Überblick über die – für die nachfolgende rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung unabdingbaren – medizinischen Grundlagen der Organtransplantation bieten.

A. Begriffsdefinitionen

Unter einer Transplantation (lat *transplantare* = verpflanzen) wird die Übertragung von Zellen, Geweben oder Organen auf ein anderes Individuum oder an eine andere Körperstelle zu therapeutischen Zwecken verstanden.² Zweck einer Transplantation ist es, Organe oder Gewebe, deren Funktionen vollständig oder erheblich ausgefallen sind, durch funktionsfähige Organe oder Gewebe zu ersetzen.³ Selten unterstützen Transplantate auch im Körper eingeschränkt funktionstüchtige Organe (sog *auxiliäre Transplantation*).⁴ Indikation für die Organtransplantation ist „das terminale Versagen eines Organs oder Organsystems, das durch anderweitige, medikamentöse, intensivmedizinische oder chirurgische Therapie nicht mehr zu beheben bzw. zu beeinflussen ist“.⁵

Organe werden medizinisch als aus Zellen und Geweben zusammengesetzte funktionelle Einheiten des Körpers definiert.⁶ Bei Geweben handelt es sich um einen Verband von Zellen gleichartiger Differenzierung und deren Interzellulärsubstanz.⁷

Je nach Grad der Übereinstimmung zwischen Spender und Empfänger können Transplantationen beim Menschen in autologe (Empfänger und Spender sind ident), syngene (Empfänger und Spender sind genetisch ident, zB eineiige Zwillinge) und allogene (genetisch unterschiedliche Individuen derselben Spezies) Transplantationen unterteilt werden. Von xenogenen Transplantationen spricht man hingegen bei der Übertragung von Organen zwi-

² *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch Online Stichwort „Transplantation“ (Stand 266. Auflage, degruyter.com).

³ Vgl *Wollenek/Wolner*, Transplantation von Organen und Geweben. Ein Überblick aus medizinischer Sicht, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 10 (11).

⁴ *Karpf*, Transplantationen von Organen Verstorbener in Österreich und Großbritannien (2010) 8.

⁵ *Kniepeiss*, Solide Organtransplantation in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 11 (11).

⁶ *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Organ“.

⁷ *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Gewebe“.

schen Individuen verschiedener Spezies. Nach der Übereinstimmung zwischen Explantations- und Transplantationsort kann weiters zwischen orthotop (örtliche Übereinstimmung) und heterotop (keine örtliche Übereinstimmung) unterschieden werden.⁸

Entsprechend der Herkunft des Organs wird zwischen Lebend- und Leichenspende unterschieden: Bei der postmortalen Transplantation (Leichenspende) handelt es sich um eine Organentnahme von einem toten Spender mit anschließender Übertragung auf einen lebenden (aber idR schwer kranken) Empfänger; bei der Lebendspende um eine Organexplantation von einem lebenden Spender mit anschließender Übertragung auf einen Empfänger.⁹

B. Voraussetzungen der Transplantationsmedizin

1. (Medizinischer) Todesbegriff und Testverfahren

Der Eintritt des Todes ist Voraussetzung für die Organentnahme bei der Leichenspende. Was auf den ersten Blick selbstverständlich klingt, wirft bei genauerer Betrachtung eine Reihe von Fragen auf. Denn eine exakte *naturwissenschaftliche* Grenze zwischen Leben und Tod gibt es nicht.¹⁰ Bei rein biologischer Betrachtung stellt der Tod keinen Zeitpunkt, sondern – ebenso wie die Entstehung des menschlichen Lebens – einen Prozess dar.¹¹ Dementsprechend teilt auch das klinische Wörterbuch den Tod als Ende des Lebens eines Individuums in drei Phasen ein: den klinischen Tod als völligen Kreislaufstillstand mit potenziell reversibler Aufhebung jeder Großhirnaktivität, den Hirntod und den biologischen Tod als Ende aller Organ- und Zellfunktionen.¹²

Die Auffassung der Medizin darüber, zu welchem Zeitpunkt während dieses Prozesses der Individualtod des Menschen festgestellt werden kann, unterlag mit fortschreitenden medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen einem Wandel.¹³

⁸ Vgl den Überblick bei *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Transplantation“; vgl außerdem mwN *Karpf*, Transplantationen 8.

⁹ *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) Einleitung Rz 15.

¹⁰ mwN *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 179 f.

¹¹ Vgl *Jox*, „Hirntod“: historische Entwicklung, aktuelle Kontroversen und künftige Perspektiven, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 79 (87); *Kopetzki*, Organgewinnung 36.

¹² *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Tod“.

¹³ Für einen medizingeschichtlichen Überblick vgl *Müller/Rath*, Sterben und Todesfeststellung in der Medizingeschichte, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 1.

a) Herz-Kreislauf-Tod

Aus Angst vor dem Scheintod entwickelte die Medizin zunächst die Lehre von den „sicheren Todeszeichen“.¹⁴ Lange Zeit galt man daher als tot, wenn zB Leichenstarre und Totenflecken auftraten. Bis etwa Mitte des 20. Jhdts wurde schließlich das Aussetzen der Atmung und der Herzaktion bzw das Vorliegen des Kreislaufstillstandes („Herz-Kreislauf-Tod“; „klinischer Tod“) als Eintritt des Individualtodes gewertet.¹⁵ Die Todesgrenze wurde dort gesetzt, wo „der Arzt am Ende war“ und „nichts mehr ‚machen‘ konnte“.¹⁶

Durch die Entwicklung der sog „Cardio-pulmonalen Reanimation“ um 1960 als heute allgemein bekannte Reanimationsmethode durch Kompression des Herzens und Lufteinblasung in die Lunge konnte bei rechtzeitiger Einleitung der Reanimation jedoch vielfach erfolgreich verhindert werden, dass das Aussetzen der Atmung und der Herzaktion zwingend zum Tod führten.¹⁷ Erstmals wurde es somit möglich, einen eingetretenen Herz-Kreislaufstillstand wieder umzukehren.¹⁸ Auf diesen Erkenntnissen basierende neue Techniken der Intensivmedizin, insb die künstliche Beatmung, Ernährung und die Entwicklung der Herz-Lungen-Maschine, stellten die bis dahin gültige Definition des Todes als Herz-Kreislauf-Tod in Frage. Denn mit diesen war es möglich, über längere Zeiträume Atmung und Herzaktion künstlich aufrechtzuerhalten und somit den Eintritt des Herz-Kreislauf-Todes aufzuschieben. Bei Zugrundelegung der üblichen Todeskriterien lebten Patienten mit künstlich aufrechterhaltener Herz- und Kreislauffunktion definitionsgemäß noch, selbst wenn mit einer Wiederherstellung von Spontanatmung und Kreislauf nicht mehr zu rechnen war. Es galt somit alternative Kriterien für die Abgrenzung zwischen dem Individualtod und der bloß (irreversiblen) Bewusstlosigkeit eines Menschen und damit auch für den Abbruch einer Behandlung zu finden.¹⁹

¹⁴ Vgl Jox in Kröll/Schaupp 80 f.

¹⁵ Vgl Mayrhofer, Die Todesfeststellung, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 54 (54); Kopetzki, Organgewinnung 36. Für einen Überblick über die Geschichte der Todesbestimmung seit der Antike vgl Janczak, Die postmortale Organspende im Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland im Kontext europaweiter Angleichungsversuche (2010) 16 ff; Franta, Die geschichtliche Entwicklung des Transplantationsrechts (2005) 19.

¹⁶ Geilen, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, in Eser (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 200 (208).

¹⁷ Vgl Mayrhofer in Brandstetter/Kopetzki 54 f.

¹⁸ Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht (2009) 39 f.

¹⁹ Vgl zum Ganzen mwN Kopetzki, Organgewinnung 37 f; Bonelli, Der Status des Hirntoten, *imago hominis* 2013, 79 (80).

b) Hirntod

Mitte des 20. Jhdts entwickelte die Medizin in der Folge das Kriterium des Hirntodes.²⁰ Da die Hirnfunktion bei fehlender Durchblutung – zB infolge eines Herzstillstandes – bereits nach weniger Minuten irreversibel erlischt, während die Wiederbelebenszeit für andere Organe länger ist, kann es gelingen, den Kreislauf zu einem Zeitpunkt künstlich zu reanimieren und aufrechtzuerhalten, zu dem zwar die Gehirntätigkeit irreversibel erloschen ist, sonstige Organe jedoch noch vital sind.²¹ Unter Bedingungen der Intensivmedizin kann in solchen Fällen der Eintritt des Herzstillstandes und damit auch der weitere Sterbeprozess verzögert werden. Die Entdeckung dieses – wegen der deutlichen Zeitdifferenz zwischen Verlust der Hirnfunktion und Herzstillstand – „dissoziiert“ genannten Hirntodes geht auf die französischen Ärzte *Mollarét* und *Goulon* zurück, die im Jahr 1959 das neue Syndrom als „coma dépassé“ beschrieben.²²

Nach Entwicklung eines interdisziplinären Konsenses²³ beschloss im Jahr 1968 eine Kommission aus Theologen, Juristen und Medizinern der Harvard Medical School eine Deklaration zum Tod des Menschen²⁴, deren Ziel es war, ebendieses „irreversible Koma“ und somit den Hirntod als neues Todeskriterium zu definieren.²⁵ Als Gründe für die Neudefinition führte die Deklaration zum einen die Problematik des Behandlungsabbruches und zum anderen die Bedürfnisse der sich in Entwicklung befindlichen Organtransplantationsmedizin an.²⁶ Am selben Tag beschloss auch der Weltärztebund die „Declaration of Sydney on Human Death“²⁷, welche ebenso auf den Hirntod als Tod des Menschen abstellte.²⁸ Ebenfalls im selben Jahr folgte ein entsprechender Beschluss des österreichischen Obersten Sanitätsrates (OSR).²⁹

²⁰ *Kopetzki*, Organgewinnung 38.

²¹ *MwN Kalchschmid*, Die Organtransplantation. Überlegungen de lege lata und de lege ferenda (1997) 112 f.

²² Vgl *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 104; *Schroth* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) Vor §§ 3, 4 Rz 10 ff; *Jox* in *Kröll/Schaupp* 82.

²³ Vgl *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 105.

²⁴ *Ad hoc Committee of the Harvard Medical School*, A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, JAMA 1968, Vol 205, No 6, 85 ff.

²⁵ Vgl *Kalchschmid*, Organtransplantation 110; *Jox* in *Kröll/Schaupp* 82; *mwn Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 105.

²⁶ Vgl auch *Jox* in *Kröll/Schaupp* 82.

²⁷ *World Medical Assembly*, Declaration of Sydney on Human Death, J Med Ethics 2007, 701.

²⁸ Vgl dazu näher *Machado* et al, The Declaration of Sydney on human death, J Med Ethics 2007, 699 ff.

²⁹ *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 23.

Der Hirntod wird nach heute herrschendem medizinischen Verständnis definiert als „Tod des Individuums durch Organtod des Gehirns“. Der Organtod des Gehirns beschreibt den Zustand der irreversibel erloschenen Gesamtfunktion von Großhirn, Kleinhirn und Hirnstamm (uU bei durch kontrollierte Beatmung aufrechterhaltener Herz- und Kreislauffunktion).³⁰ Gegenthesen zum Gesamthirntod, wonach bereits der Tod des Hirnstammes (so etwa in Großbritannien vertreten) oder des Großhirnes und damit der irreversible Verlust des Bewusstseins als eines „Teilhirtodes“ ausreichen würden,³¹ haben sich in Österreich hingegen nicht durchgesetzt. Vom „Gesamthirntod“ sind demnach jene Zustandsbilder zu unterscheiden, die mit einer nur teilweise fehlenden Hirntätigkeit einhergehen, wie beispielsweise das apallische Syndrom („Wachkoma“) oder die Anenzephalie.³²

Die Gesamtfunktion des Gehirns fällt aus, wenn ansteigender Druck im Gehirnschädel die Gehirndurchblutung zum Stillstand bringt und das Gehirn dadurch irreversibel abstirbt. Ursache hierfür können primäre oder sekundäre Hirnschädigungen sein. Bei Ersteren ist unmittelbar das Gehirn selbst betroffen – bspw bei Verletzungen, Blutungen oder Tumoren, wobei zwischen supra-tentoriellen (im Großhirn) und infra-tentoriellen (im Bereich Kleinhirn/Hirnstamm) Schädigungen unterschieden wird. Sekundäre Hirnschädigungen entstehen hingegen indirekt, meist aufgrund von Sauerstoffmangel – bspw durch Atem- und Herz-Kreislaufstillstand.³³

Der Verlauf des körperlichen Absterbens stellt sich nach heutigen medizinischen Erkenntnissen folgendermaßen dar: Der Eintritt des Herz-Kreislaufstillstandes führt (ohne rechtzeitige Einleitung von Reanimationsmaßnahmen) aufgrund der unterschiedlichen Ischämietoleranz zuerst zum Hirntod, dann zum Organtod, zum Gewebetod und zuletzt zum Zelltod. Zudem kann aufgrund einer spezifischen Erkrankung zuerst der Gesamthirntod eintreten, der (wiederum ohne das Ergreifen von intensivmedizinischen Maßnahmen)³⁴

³⁰ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Hirntod“; vgl auch *Oberster Sanitätsrat*, Empfehlung zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme, 5 http://www.goeg.at/cxdata/media/download/empfehlungen_hirntoddiagnostik.pdf.

³¹ Vgl dazu näher etwa *Schroth* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Vor §§ 3, 4 Rz 25 ff.

³² Vgl dazu näher *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 92 ff; *Oduncu*, Hirntod und Organtransplantation. Medizinische, juristische und ethische Fragen (1998) 79 ff; *Kalchschmid*, Organtransplantation 144 ff.

³³ Zum Ganzen *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 78.

³⁴ Beim Ausfall der gesamten Hirnfunktion findet keine Einatmung mehr statt, sodass eine künstliche Beatmung des Spenders und eine medikamentöse Unterstützung des Kreislaufs notwendig sind. Vgl *Breyer/van den Daele/Engelhard/Gubernatis/Kliemt/Kopetzki/Schlitt/Taupitz*, Organmangel. Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar? (2006) 24.

in Folge zum Herz-Kreislaufstillstand führt, der wiederum den Organ-, den Gewebe- und schließlich den Zelltod zur Folge hat.³⁵

Dem Gesamthirntodkonzept als Individualtod liegt im Wesentlichen die als „biologisch“ bezeichnete Definition³⁶ des Todes zugrunde, wonach der Mensch dann tot ist, wenn seine „Fähigkeit zur *Integration und zentralen Steuerung seiner Körperfunktionen* irreversibel erloschen ist“.³⁷ Der Hirntod als Todeskriterium wird von Befürwortern infolgedessen durch die zentrale Koordinations- und Integrationsfunktion des Gehirns innerhalb des Organismus begründet („Integrationsthese“)³⁸: Der irreversible Funktionsverlust des Gehirns zerstöre die Steuerung und Integration von Atmung und Kreislauf unwiederbringlich, so dass der Organismus als ein integriertes Ganzes nicht mehr vorhanden sei, auch wenn einzelne Zellen noch intakt seien oder einzelne Organfunktionen wie die Atmung noch durch medizinische Maßnahmen ersetzt werden könnten.³⁹ Der Tod des Gehirns mache demnach „die Weiterexistenz des Individuums ‚Mensch‘ in seiner Komplexität unmöglich“, da ab diesem Zeitpunkt nur noch „ein Konglomerat von Körperorganen, aber nicht mehr eine menschliche Person mit Regenerationschancen als physische Ganzheit“ bestehe.⁴⁰ Solange hingegen Teile der Stammhirnfunktion vorhanden seien (wie bspw. beim apallischen Syndrom), sei die Ganzheit des Organismus noch gegeben, da die integrierende Selbstregulierung – wenn auch unterstützt durch medizinische Maßnahmen – durch den Organismus selbst erfolgt.⁴¹

³⁵ *Schroth* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Vor §§ 3, 4 Rz 10 ff. Vgl. für eine ausführliche Darstellung des Verlaufs der jeweiligen Sterbeprozesse auch *Norba*, Rechtsfragen 39 ff.

³⁶ Für eine Auseinandersetzung mit den Ebenen Todesdefinition-Todeskriterium-Testverfahren vgl. unten S 153.

³⁷ Zu dieser und anderen Todesdefinitionen und den jeweils „dazugehörenden“ Todeskriterien *Birnbacher*, Fünf Bedingungen für ein akzeptables Todeskriterium, in *Ach/Quante* (Hrsg.), *Hirntod und Organverpflanzung* (1997) (49) 55 f. Diese Begründung des Hirntodkonzeptes geht insb. auf die Ausführungen im Bericht der amerikanischen Bioethikkommission aus dem Jahr 1981 (*President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behaviour Research*, *Defining Death. Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death* https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559345/defining_death.pdf?sequence=1&isAllowed=y) zurück. Vgl. dazu auch *Jox* in *Kröll/Schaupp* 83 f.

³⁸ Für eine ausführliche Begründung des Hirntodkriteriums vgl. *Bonelli*, Das Konzept des Organismus als Ganzheit und die praktischen Konsequenzen bei Non-Heart-Beating Donors, *imago hominis* 1998, 37 (37 f); *ders.*, *imago hominis* 2013, 79 ff. Vgl. zur Integrationsthese und Kritik an dieser auch *Schaupp*, Das Hirntodkonzept – Theologisch-ethische Sicht, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg.), *Hirntod und Organtransplantation* (2014) 97 (102 ff).

³⁹ MWN *Jox* in *Kröll/Schaupp* 84.

⁴⁰ *Kalchschmid*, *Organtransplantation* 116.

⁴¹ *Schwarz*, Biologische Grundphänomene von Lebewesen, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg.), *Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens* (1995) 3 (14).

Die Gleichsetzung von Individualtod und (Gesamt-)Hirntod hat in Folge in der medizinischen Wissenschaft weltweit Anerkennung und auch Niederschlag in zahlreichen nationalen und internationalen Dokumenten und Rechtsordnungen gefunden.⁴² Dennoch gab es seit der Etablierung – und gibt es immer noch – von medizinischer und medizinethischer, vor allem aber von philosophischer und rechtswissenschaftlicher Seite, umfassende Kritik unterschiedlichster Art am Hirntodkonzept.⁴³ So wurde das Hirntodkonzept bspw. von Beginn an vom Philosophen *Jonas* als mit der biologischen Wirklichkeit des Sterbens nicht vereinbare Erfindung der Transplantationsmedizin zur Beschaffung von Spenderorganen dargestellt („pragmatische Umdefinierung des Todes“).⁴⁴ Auf verfassungsrechtlicher Ebene kritisieren insb. *Höfling* und *Rixen* die Gleichsetzung von Hirntod und Individualtod und plädieren dafür, Hirntote nicht als Tote, sondern als Sterbende und damit Lebende zu qualifizieren.⁴⁵ Aus empirischer Sicht löste zuletzt das White Paper „Controversies in the Determination of death“ der amerikanischen Bioethikkommission aus dem Jahr 2008⁴⁶ eine erneute Diskussion über den Hirntod aus.⁴⁷ Darin wird die bisher als Begründung für das Hirntodkriterium dienende Integrationsfunktion des Gehirns für den ganzen Organismus, nicht hingegen das Konzept des Hirntodes als solches, in Frage gestellt. Vielmehr wird versucht, eine neue Begründung für die Bedeutung des Gehirns für den Gesamtorganismus und somit für das Hirntodkonzept zu finden.⁴⁸

⁴² *Kalchschmid*, Organtransplantation 116 mit zahlreichen Bsp in FN 501; mwN *Jox* in *Kröll/Schaupp* 79, 83.

⁴³ Für eine Auseinandersetzung mit Kritik am Hirntodkonzept vgl. mwN etwa *Bonelli*, Leben-Sterben-Tod, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg.), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 83 (105 ff); *Schroth* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Vor §§ 3,4 Rz 5 f und 17 ff; *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 87 ff; *Vollmann*, Das Hirntodkriterium heute. Begriffserklärung und medizinethische Kontroversen, in *Schlich/Wiesemann* (Hrsg.), Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung (2001) 45 (56 ff); *Schaupp* in *Kröll/Schaupp* 97 ff; *Janczak*, Postmortale Organspende 31 ff. Siehe auch die Beiträge in *Hoff/in der Schmitten* (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium (1995).

⁴⁴ Vgl. zB *Jonas*, Technik, Medizin und Ethik (1996) 219 ff. Für eine geschichtliche Auseinandersetzung mit diesem Vorwurf vgl. *Wiesemann*, Notwendigkeit und Kontingenz. Zur Geschichte der ersten Hirntod-Definition der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie von 1968, in *Schlich/Wiesemann* (Hrsg.), Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung (2001) 209 ff.

⁴⁵ ZB *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin (1996) 48 ff mwN in FN 185; *dieselben* in *Höfling* (Hrsg.), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 3 Rz 3 und 13 ff; *Rixen*, Lebensschutz am Lebensende (1999); *Höfling*, Transplantationsmedizin und dead donor rule, MedR 2013, 407.

⁴⁶ *President's Council on Bioethics*, Controversies in the Determination of death. A White Paper by the President's Council on Bioethics <https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559343/Controversies%20in%20the%20Determination%20of%20Death%20for%20the%20Web.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁴⁷ Vgl. *Jox* in *Kröll/Schaupp* 84. Für eine umfassende Auseinandersetzung mit dem Hirntodkriterium vgl. zuletzt auch *Deutscher Ethikrat*, Hirntod und Entscheidung zur Organspende. Stellungnahme <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-hirntod-und-entscheidung-zur-organspende.pdf>.

⁴⁸ Vgl. auch *Höfling/Rixen* in *Höfling* (Hrsg.), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 3 Rz 19a sowie (mit einem alternativen Lösungsvorschlag) *Schaupp* in *Kröll/Schaupp* 97 ff.

Die insb in Deutschland emotional geführte – mittlerweile auch in Österreich aufgegriffene⁴⁹ – Diskussion über die Richtigkeit der biologischen Todesdefinition sowie des medizinischen Hirntodkriteriums soll an dieser Stelle nicht fortgesetzt werden. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich in diesem Punkt darauf darzulegen, dass (1) die Frage nach dem Todesbegriff eine Rechtsfrage darstellt und der Gesetzgeber das Hirntodkonzept im eben dargestellten Sinn als Inhalt des rechtlichen Todesbegriffs im Transplantationsrecht übernommen hat (vgl S 153 ff) und (2) dieser Todesbegriff sich auch mit dem grundrechtlichen Todesbegriff (vgl S 81 ff) deckt.

c) Testverfahren zum Nachweis des Hirntodes

Mangels für jedermann ersichtlicher äußerer Todeszeichen⁵⁰ ist es Aufgabe der Medizin, Diagnoseverfahren festzulegen, die den Zustand des Gesamthirntodes mit hinreichender Sicherheit erkennen lassen. Das angewendete Verfahren der Hirntodfeststellung hängt dabei vom pathologischen Zustand des Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme ab.⁵¹

aa) Hirntoddiagnostik bei erhaltenem Spenderkreislauf

Bereits die 1968 durch das Komitee der Harvard Medical School erarbeitete Deklaration enthielt Kriterien der Hirntoddiagnostik bei erhaltenem Spenderkreislauf.⁵² In einem Gutachten aus dem Jahr 1982 beschrieb auch der OSR die Leitsymptome des Hirntodes.⁵³ Wichtigste Erkenntnisquelle für den Stand der medizinischen Wissenschaft auf dem Gebiet der Hirntoddiagnostik bei intensivmedizinisch erhaltenem Spenderkreislauf ist in Österreich heute die (seit 1997 existierende,⁵⁴ zuletzt 2013 überarbeitete) „Empfehlung zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme“ des OSR.⁵⁵

⁴⁹ Vgl die Beiträge in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), *Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion* (2016).

⁵⁰ *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 99. Zur Problematik der phänomenologischen Ähnlichkeit Hirntoter zu Lebenden vgl auch *Jox* in *Kröll/Schaupp* 90 f.

⁵¹ *Norba*, Rechtsfragen 44 ff.

⁵² Vgl Report of the Ad hoc Committee, 85 f.

⁵³ Vgl dazu *Holzabek/Kopetzki*, Rechtsgrundlagen von Organtransplantationen, *Wk klinische Wochenschriften* 1986, 417 (419); *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 24 f.

⁵⁴ Zum Inhalt der Empfehlung des OSR zur Durchführung der Hirntoddiagnostik aus 1997 vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 26 ff.

⁵⁵ Zur rechtlichen Bedeutung der Empfehlungen des OSR im Zusammenhang mit den Methoden der Todesfeststellung vgl unten S 161 f.

Laut der aktuellen Empfehlung⁵⁶ ist zunächst zu prüfen, ob die spezifischen Voraussetzungen für die Vornahme einer Hirntoddiagnostik vorliegen: So darf die Hirntoddiagnostik nur bei einer akuten primären (etwa durch Verletzung, Blutung, Tumor)⁵⁷ oder sekundären (etwa in Folge eines Sauerstoffmangels, Kreislaufstillstandes oder Schockzustandes)⁵⁸ Hirnschädigung durchgeführt werden und gewisse Krankheitsbilder (wie zB Intoxikationen, Hypothermie) müssen ausgeschlossen werden. Bei Vorliegen einer hoch dosierten Medikation von zentral wirksamen Substanzen ist eine spezifische Vorgehensweise (insb eine 12-stündige Wartezeit) einzuhalten.

Anschließend folgt die Untersuchung, welche sich aus einer klinisch-neurologischen Untersuchung, einer ergänzenden Untersuchung und dem Nachweis der Irreversibilität der klinischen Ausfallssymptome zusammensetzt:

Zuerst wird der irreversible Funktionsausfall des Gehirns mittels Überprüfung der klinischen Symptome durch eine klinisch neurologische Untersuchung (Überprüfung des Komas, Überprüfung des Fehlens sämtlicher Hirnstammreflexe und der schlaffen Tetraplegie, positiver Apnoetest) festgestellt.

Im Anschluss muss eine ergänzende Untersuchung in Form eines 30-minütigen Null-Linien-Elektroenzephalogramms (EEG) durchgeführt werden. Wenn die Durchführung eines EEG nicht möglich ist, muss stattdessen eine transkranielle Dopplersonographie (TCD)/farbcodierte Duplex-Sonographie (FDS) oder eine Computertomographie-Angiographie (CTA) zum Nachweis des zerebralen Kreislaufstillstandes durchgeführt werden.

Sofern die vorherigen Schritte die Diagnose Hirntod bestätigen, muss im Anschluss mittels einer zweiten klinischen Untersuchung der Nachweis der Irreversibilität des Zustandes erbracht werden, bevor der Hirntod festgestellt werden kann.

Wenn die klinische Untersuchung durch besondere Umstände oder das Verletzungsmuster (zB Gesichtsschädelzertrümmerung) keine ausreichende Beurteilung zulässt, kann der

⁵⁶ Zum in Folge dargestellten Ablauf der Hirntoddiagnostik vgl Empfehlung zur Hirntoddiagnostik, 5 ff.

⁵⁷ Vgl *Steinbereithner*, Hirntod und Intensivmedizin, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 69 (73).

⁵⁸ Vgl *Steinbereithner* in *Schwarz/Bonelli* 73.

Hirntod dennoch festgestellt werden, wenn zusätzlich zur klinisch-neurologischen Untersuchung zwei ergänzende Untersuchungen das Vorliegen des Hirntodes bestätigen. Wenn hingegen keine der ergänzenden Untersuchungen durchführbar ist sowie eine primäre supratentorielle Läsion vorliegt und keine Beeinträchtigung durch zentral wirksame Substanzen gegeben ist, kann an deren Stelle ein altersabhängiger Beobachtungszeitraum von 12 bis 72 Stunden zwischen erster und zweiter klinischer Untersuchung treten.⁵⁹

bb) Hirntodfeststellung nach Kreislaufstillstand

Unter „donation after cardiac death“ (DCD) oder auch „non-heart-beating donors“ (NHBD) versteht man die Organentnahme von Patienten mit (irreversiblen) Herzstillstand ohne vorherigen Hirntodnachweis iSd eben dargestellten Verfahrens.⁶⁰ Die Bezeichnung DCD-Spende bzw NHB-Spende besagt dabei zunächst einmal lediglich, dass eine Entnahme von einem Spender ohne aufrechtes Herzkreislaufsystem (bzw nach Kreislaufstillstand) vorgenommen wird.⁶¹ Die ersten Transplantationen in den 50er Jahren mussten mangels Möglichkeit der apparativen Aufrechterhaltung der Herzkreislauffunktion auf diese Art vorgenommen werden. Durch den hierbei eingetretenen Sauerstoffmangel verschlechterte sich die Qualität der Organe jedoch, sodass man sich in weiterer Folge (nach der Etablierung des Hirntodes) auf die Organentnahme von durchbluteten „heart-beating-donors“ (HBD bzw DBD [„donation after brain determination of death“]) konzentrierte. Erst der zunehmende Mangel an Spenderorganen und die aufgrund des technischen Fortschritts verbesserten Resultate von DCD-Spenden führten in den 90er Jahren dazu, diese Kategorie wieder in Betracht zu ziehen.⁶² Am AKH Wien werden bspw seit 1984 wieder vereinzelt Organe von DCD-Spendern zum Zweck der Transplantation entnommen.⁶³ Im Jahr 2014 wurden in Österreich Transplantationen mit den Organen von sechs DCD-Spendern realisiert.⁶⁴ Die Organüberlebenskurven von DCD-Nieren sind heute unter Voraussetzungen eines modernen Behandlungsmanagements denen von DBD-Nieren-

⁵⁹ Zum Ablauf der Hirntoddiagnostik vgl außerdem *Schwarz/Errath/Kober/Grims*, Aktuelle Empfehlung für die Hirntoddiagnostik (2013) in Österreich und die Frage zur derzeitigen Validität, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 57 (60 ff).

⁶⁰ Vgl *Kopetzki*, Non-heart-beating donors aus rechtlicher Sicht, *imago hominis* 1998, 49 (49).

⁶¹ Vgl *Norba*, Rechtsfragen 45.

⁶² Vgl zu diesen Entwicklung mwN *Norba*, Rechtsfragen 45 f sowie *Lenherr/Krones/Schwarz*, Organspende nach Herz-Kreislaufstillstand im USZ (Donation after Circulatory Determination of Death, DCD), in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 115 (115 f).

⁶³ *Pokorny* et al, Transplantation mit Nieren von Non-heart-beating-donors, *imago hominis* 1998, 29 (30).

⁶⁴ *Gesundheit Österreich GmbH*, Transplant-Jahresbericht 2014, 19 <http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/txjahresbericht2014.pdf>.

transplantaten nahezu gleichzusetzen.⁶⁵ Aufgrund der dennoch vorhandenen medizinischen Nachteile sollte eine intentionale Konversion eines potenziellen DBD-Spenders in einen DCD-Spender vermieden werden.⁶⁶

Während das Vorgehen bei der Todesfeststellung bei erhaltenem Spenderkreislauf mittels Hirntoddiagnostik in Österreich bereits 1982 durch das OSR-Gutachten standardisiert wurde, fehlte lange Zeit ein vergleichbares Dokument für die Todesfeststellung bei DCD-Spendern.

Wie dargestellt zeigen Herz- und Atemstillstand als solche den Tod nicht verlässlich an, da diese durch rechtzeitigen Beginn der Reanimation innerhalb der Wiederbelebenszeit⁶⁷ aufgehoben werden können.⁶⁸ Zwischen Herz-Kreislaufstillstand und Hirntod besteht jedoch ein Zusammenhang, da der Herz-Kreislaufstillstand nach heutigen medizinischen Erkenntnissen unter normalen Bedingungen zum Verlust des Bewusstseins nach bereits 15-20 Sekunden⁶⁹ und in weiterer Folge zu einer irreversiblen Schädigung des Gehirns nach wenigen Minuten führt.⁷⁰ Insb die Frage, wie lange ein Herzstillstand andauern muss, bevor dieser durch Eintritt des Gesamthirntodes mit hinreichender Sicherheit als irreversibel anzusehen ist („Beobachtungszeit“, „No-Touch-Phase“), wurde und wird in der Wissenschaft⁷¹ und auch in internationalen Dokumenten nicht einheitlich beantwortet. So waren etwa die Autoren des Maastricht-Protokolls bereits 1995 davon überzeugt, dass nach Ablauf einer zehnminütigen No-Touch-Phase beim Patienten infolge fehlender Sauerstoffversorgung des Gehirns der Hirntod eingetreten sein muss.⁷² Im Gegensatz dazu erklärte der Wissenschaftliche Beirat der deutschen Bundesärztekammer 1998 in einer Mitteilung, ein Herz- und Kreislaufstillstand von 10 Minuten bei normaler Körpertemperatur sei „bisher

⁶⁵ *Lenherr/Krones/Schwarz* in *Kröll/Schaupp* 115 f.

⁶⁶ Mit näheren medizinischen Ausführungen *Lenherr/Krones/Schwarz* in *Kröll/Schaupp* 127 f.

⁶⁷ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichworte „Reanimation“ und „Wiederbelebenszeit“. Die Wiederbelebenszeit des Gehirns beträgt dabei nur 3-4 Minuten, weil das Herz idR für einige Minuten nach dem Stillstand keine ausreichende Perfusion erzeugen kann. Vgl *Pape/Kurtz/Silbernagl* (Hrsg), *Physiologie*⁷ (2014) 957.

⁶⁸ *Bonelli*, *Leben und Hirntod aus der Perspektive des Arztes, imago hominis* 1994, 55 (56).

⁶⁹ *Pape/Kurtz/Silbernagl*, *Physiologie*⁷ 956.

⁷⁰ *Bonelli*, *imago hominis* 1994, 56; *ders*, *imago hominis* 1998, 39.

⁷¹ Die Angaben bewegen sich idR in einem Rahmen von 3 bis 10 Minuten. Vgl zB *Pape/Kurtz/Silbernagl*, *Physiologie*⁷ 956 f (7-10 Minuten), *Bonelli*, *imago hominis* 2013, 81 (8-10 Minuten), mwN *Kalchschmid*, *Organtransplantation* 108 (5 Minuten); *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Ischämietoleranz“ (3-5 Minuten).

⁷² Dazu *Norba*, *Rechtsfragen* 49.

nicht als sicheres ‚Äquivalent zum Hirntod‘ nachgewiesen“ und könne deshalb „nicht die Todesfeststellung durch Nachweis von sicheren Todeszeichen ersetzen“. ⁷³

In Österreich entwarf 1996 das Institut für Medizinische Anthropologie und Bioethik (IMABE) ein Konsenspapier über die Beurteilung der Organspende von NHB-Spendern ⁷⁴, das es dem Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz (BMGK) zur Beurteilung übersandte. Darin wies das IMABE darauf hin, dass es sinnvoll wäre, ein einheitliches Vorgehen für NHBD festzulegen, und lieferte selbst einen Vorschlag für ein solches Vorgehen. Insb solle nach Beendigung von Reanimationsmaßnahmen eine Frist von mindestens 15 Minuten verstreichen, in der unter EKG-Kontrolle keine Herztätigkeit mehr nachweisbar ist, und eine Überprüfung der Pupillenreaktion folgen. Das BMGK wies in seiner Reaktion ⁷⁵ darauf hin, dass die sofortige Feststellung des Todes (ohne das Abwarten sicherer Todeszeichen) nur durch den Einsatz spezieller und sensitiver Nachweisverfahren nach den wissenschaftlich anerkannten Methoden erfolgen könne. Keinesfalls könne aus medizinischer Sicht hingegen der Ausfall der Herzaktivität über einen gewissen Zeitraum (etwa von 15 Minuten) in allen Fällen mit dem Eintreten des Hirntodes gleichgesetzt werden. Zudem kritisierte das BMGK die fehlende Einbeziehung eines Facharztes für Neurologie bei der Ausarbeitung und lehnte den Vorschlag im Ergebnis ab. ⁷⁶

1998 wurde unter Beteiligung führender österreichischer (Transplantations-)Mediziner ein „Konsensvorschlag“ zur Organentnahme von NHB-Spendern veröffentlicht. ⁷⁷ Nach darin vertretener Auffassung trete gemäß medizinwissenschaftlichen Erkenntnissen der Funktionsausfall des Gehirns in 5 bis 10 Minuten nach einem Herz-Kreislaufstillstand ein. In solchen Fällen erübrige sich „ein spezieller Nachweis des Hirntodes“, da er „eine notwendige Konsequenz des Herzstillstandes“ darstelle. Im Hinblick auf das klinische Vorgehen wurde in dem Konsenspapier vorgeschlagen, nach Beendigung der Reanimationsmaßnahmen eine Frist von mindestens 10 Minuten (iS einer „No-Touch Phase“) verstreichen zu lassen und danach nochmals die Pupillenreaktion zu überprüfen.

⁷³ *Bundesärztekammer*, Mitteilung Organentnahme nach Herzstillstand („Non heart-beating donor“), DÄBl 1998, Heft 50, A-3235.

⁷⁴ *IMABE*, Entwurf: Konsenspapier über die ethische Beurteilung der Organspende von NHB-Donors, zitiert nach *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 28 f.

⁷⁵ BMGK vom 26. 7. 1996, ZI 22.320/31-II/D/GL/96, zitiert nach *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 29 ff.

⁷⁶ Vgl zum Ganzen *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 28 ff.

⁷⁷ *Auner/Bonelli/Lenz et al*, Konsensvorschlag: Richtlinien zur Organentnahme von Non-Heart-Beating (NHB) – Donors, *imago hominis* 1998, 27 f.

Im Jahr 2013 beschloss schließlich der OSR die (vom Verband der intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs [FASIM] erarbeitete) „Empfehlung zur Durchführung der Todesfeststellung bei einer geplanten Organentnahme nach Hirntod durch Kreislaufstillstand“⁷⁸. Ziel der Einführung des strukturierten DCD-Programms soll nach deren Präambel sein, der sinkenden Anzahl von Organspenden entgegenzuwirken. Zur näheren Umschreibung der Kategorien von DCD-Spendern wird die sog. „Maastricht-Klassifikation“⁷⁹ herangezogen, wobei das in der Empfehlung umschriebene Prozedere für sämtliche Kategorien Gültigkeit besitzen soll. In Hinblick auf die deutsche Übersetzung der Kategorien von DCD-Spendern und auch das Prozedere bei der Todesfeststellung orientiert sich die Empfehlung an den „Medizinisch-ethischen Richtlinien“ der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen⁸⁰.

Laut dieser aktuellen Empfehlung des OSR kann der Tod nicht nur durch den irreversiblen Funktionsausfall des gesamten Gehirns infolge primärer oder sekundärer Gehirnschädigung eintreten, sondern auch durch einen „anhaltenden Kreislaufstillstand, der die Durchblutung bis zum irreversiblen Funktionsausfall des gesamten Gehirns unterbricht“⁸¹. Am Beginn der Todesfeststellung nach Kreislaufstillstand muss demnach immer der anhaltende, nicht mit dem Überleben des Patienten vereinbare, Kreislaufstillstand stehen, wobei die Feststellung desselben entweder über invasive Blutdruckmessung oder mittels Echokardiographie zu erfolgen hat. Zum Zeitpunkt der Diagnose des Kreislaufstillstandes muss eine Körpertemperatur von minimal 34,0°C dokumentiert sein. Darauf folgt eine Beobachtungszeit von zehn Minuten, in der keine Reanimationsmaßnahmen durchgeführt werden. Am Ende des Beobachtungszeitraums muss der Funktionsausfall des gesamten Gehirns durch klinische Untersuchung (Mindestkriterien: Koma, keine Pupillenreaktion auf Lichtreiz bei mittel- bis maximalweiten Pupillen, schlaffe Tetraplegie, fehlender Korneareflex, fehlender Hustenreflex und Apnoe) diagnostiziert werden. Die klinische Untersuchung hat

⁷⁸ *Oberster Sanitätsrat*, Empfehlung zur Durchführung der Todesfeststellung bei einer geplanten Organentnahme nach Hirntod durch Kreislaufstillstand http://www.goeg.at/cxdata/media/download/empfehlungen_todesfeststellung_kreislaufstillstand.pdf.

⁷⁹ Kategorie I: Tod bei Ankunft im Krankenhaus; Kategorie II: Tod nach erfolgloser Reanimation; Kategorie III: Tod nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen; Kategorie IV: Kreislaufstillstand bei vorgängigem Tod infolge primärer Hirnschädigung. Vgl. dazu näher *Norba*, Rechtsfragen 48 ff; *Höfling/Rixen* in *Höfling*, TPG² § 3 Rz 21 ff.

⁸⁰ *Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen. Medizin-ethische Richtlinien http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/d_RL_FeststellungTod.pdf.

⁸¹ Dazu und zum in Folge beschriebenen Prozedere der Todesfeststellung siehe Empfehlung zur Todesfeststellung nach Hirntod durch Kreislaufstillstand, 4.

gemäß dem Vier-Augen-Prinzip zu erfolgen. Eine Zusatzuntersuchung wird für nicht notwendig erachtet, „da der beobachtete Kreislaufstillstand über 10 Minuten eine Durchblutung des Gehirns ausschließt und damit ein irreversibler Funktionsausfall aller zerebralen Funktionen“ feststeht.⁸²

2. Haltbarkeit von Organen

Bei fehlender Durchblutung („Ischämie“) bleiben Organe nur über bestimmte Zeiträume lebensfähig. Diese ohne wesentliche Schädigung des Organs tolerierte Zeit der Blutfreiheit wird Ischämiezeit bzw Ischämietoleranz genannt.⁸³ Man unterscheidet zwischen der „warmen Ischämiezeit“ im Spenderkörper als dem Zeitraum zwischen Kreislaufstillstand und Organentnahme und der „kalten Ischämiezeit“ außerhalb des Körpers (im gekühlten und konservierten Zustand) als dem Zeitraum zwischen Explantation und Wiederdurchblutung nach Reimplantation des Organs.⁸⁴

Warme Ischämiezeiten können heute durch Maßnahmen der sog „Intravitalkonservierung“ bis zur Explantation (also bei „heart-beating-donors“) größtenteils vermieden werden.⁸⁵ Bei DCD-Spendern besteht hingegen eine längere Zeit der Mängeldurchblutung im Körper, die zu einer Schädigung führen kann.⁸⁶ Die verschiedenen Organe sind auf eine fehlende Sauerstoffversorgung im Körper unterschiedlich sensibel: Das Herz bleibt noch 15 bis 30 Minuten funktionstüchtig, die Leber 30 Minuten, die Lunge 60 Minuten und die Niere 120 Minuten. In der Folge kommt es langsam zum Absterben sämtlicher Organe und Zellen.⁸⁷

Auch die kalte Ischämiezeit ist organspezifisch sehr unterschiedlich ausgeprägt: Sie liegt beim Herz bei etwa 4-5 Stunden, bei der Lunge bei etwa 6 Stunden, bei der Pankreas bei 8-12 Stunden, bei der Leber bei 10-18 Stunden und bei der Niere bei etwa 24-48 Stunden.⁸⁸ Diese organspezifischen Zeiten einer möglichen Organkonservierung stellen demnach die Grenzen für den Transport und somit zugleich den (internationalen) Organaustausch dar.

⁸² Empfehlung zur Todesfeststellung nach Hirntod durch Kreislaufstillstand, 5.

⁸³ MwN *Kopetzki*, Organengewinnung 35; *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Ischämietoleranz“ („Widerstandsfähigkeit eines Gewebes gegenüber einer [...] Ischämie“).

⁸⁴ *Kopetzki*, Organengewinnung 35; *Mayrhofer* in *Brandstetter/Kopetzki* 58.

⁸⁵ *Kopetzki*, Organengewinnung 35.

⁸⁶ *Breyer* et al, Organmangel 26.

⁸⁷ *Bonelli*, *imago hominis* 1994, 56; *derselbe*, *imago hominis* 2013, 83.

⁸⁸ Die Angaben differieren hier. Vgl etwa *Largiadèr* (Hrsg), Checkliste Organtransplantation² (1999) 13 sowie *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 21.

Eine längerfristige Konservierung ist nur für gewisse Gewebe wie zB Blut, Haut oder Knochen möglich, sodass die Einrichtung von „Organbanken“ zurzeit nicht in Frage kommt.⁸⁹ Durch die Abstimmung der Operationstermine und die räumliche Nähe zwischen Explantations- und Implantationsort besteht bei der Lebendspende der Vorteil, dass die Blutversorgung des Organs nur für minimale Zeiträume unterbrochen werden muss.⁹⁰

3. Immunologie

Der Erfolg einer Transplantation hängt entscheidend von dem Wechselspiel zwischen Spenderzellen und Empfängerorganismus ab.⁹¹ Da im Spendergewebe eine Vielzahl spezifischer Antigene enthalten sind, die nach erfolgter Implantation bei Kontakt zum Blutstrom des Empfängers von dessen Körper (den sog „Immunzellen“) als fremd erkannt werden, werden die Antigen-tragenden Zellen und damit allogene Transplantate durch Abwehrmechanismen des Empfängerorganismus bekämpft. Diese können zur Zerstörung des Transplantats führen.⁹² Die Intensität der Abwehrreaktion hängt vom Grad der immunologischen Verwandtschaft zwischen Spender und Empfänger ab. Voraussetzung einer guten Organverträglichkeit und damit wichtiges Kriterium für die Auswahl des Organempfängers ist demnach eine möglichst geringe genetische Differenz zwischen den Gewebeeigenschaften von Spender und Empfänger.⁹³ Die Verträglichkeit eines Implantats ist umso besser, je mehr idente Antigene – insb übereinstimmende Blutgruppenantigene und sog „HL-Antigene“ (Humane Leukozytenantigene) – vorhanden sind.⁹⁴ Vor jeder Transplantation ist somit zur Gewährleistung einer möglichst weitgehenden HLA-Kompatibilität eine Gewebstypisierung von Spender und Empfänger notwendig.⁹⁵ Die Übereinstimmung im HLA-System spielt bei der Zuteilung der verschiedenen Organe eine unterschiedlich große Rolle.⁹⁶

⁸⁹ Vgl mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 36.

⁹⁰ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 33.

⁹¹ *Schlich*, Transplantation – Geschichte, Medizin, Ethik der Organverpflanzung (1998) 35.

⁹² Vgl *Schlich*, Transplantation 36; *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 12 ff.

⁹³ *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 13.

⁹⁴ Vgl *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 13; *Schlich*, Transplantation 36 ff; *Kopetzki*, Organgewinnung 40.

⁹⁵ Vgl *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „HLA-System“; *Kopetzki*, Organgewinnung 41.

⁹⁶ Vgl *Schlich*, Transplantation 39.

Bei den Abwehrreaktionen des Körpers unterscheidet man je nach Aggressivität der Reaktion zwischen der sog „hyperakuten Abstoßung“, der „akuten Abstoßung“ und der „chronischen Abstoßung“.⁹⁷

Von einer hyperakuten Abstoßung spricht man, wenn Patienten (aufgrund einer Vorsensibilisierung, zB wegen vorangegangener Transplantationen, Schwangerschaften oder Transfusionen) bereits bestimmte Antikörper gegen Gewebemerkmale des Spenders aufweisen, die ein transplantiertes Organ innerhalb wenigen Stunden irreversibel zerstören können. Ein positiver Nachweis derartiger Antikörper (im Rahmen einer sog „Kreuzprobe“/„cross-match“) steht einer Transplantation entgegen.⁹⁸ Diese Form der Abstoßungsreaktion ist pharmakologisch nicht beeinflussbar.⁹⁹

Akute Abstoßungen treten bei allogenen Transplantaten zumeist in den ersten drei bis sechs Monaten nach der Transplantation auf.¹⁰⁰ Die Gefahr einer solchen Organabstoßung kann durch die sorgfältige Auswahl des Organempfängers zwar verringert, nicht aber gänzlich ausgeschlossen werden.¹⁰¹ Um Abstoßungsreaktionen zu verhindern und damit das Überleben des Spenderorgans im Körper des Organempfängers zu ermöglichen, erhält der Empfänger eines allogenen Transplantats idR für den Rest seines Lebens sog Immunsuppressiva¹⁰², also Medikamente, die die immunologischen Abwehrvorgänge des Körpers gegen körperfremdes Gewebe unterdrücken sollen.¹⁰³ Die Einnahme von immunsuppressiven Medikamenten bringt allerdings eine Reihe potenzieller Nebenwirkungen mit sich: So führt die Medikation zu einer chronischen Schwächung der Immunabwehr des Körpers mit erhöhter Anfälligkeit für Infektionen und weiteren möglichen Nebenwirkungen wie beispielsweise Wundheilungsstörungen oder Tumorbildungen.¹⁰⁴

Die Ursachen chronischer Abstoßungsreaktionen ist einer jenseits des dritten Monats auftretenden, über Monate bis Jahre fortschreitenden, chronischen Verschlechterung der

⁹⁷ Vgl *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 14; *Schlich*, Transplantation 39.

⁹⁸ Vgl *Breyer et al*, Organmangel 15; *Schlich*, Transplantation 39 f.

⁹⁹ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Abstoßungsreaktion“.

¹⁰⁰ Vgl *Norba*, Rechtsfragen 83 f; *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 15.

¹⁰¹ *Kopetzki*, Organgewinnung 42.

¹⁰² Für einen Überblick über verwendete Substanzen vgl mwN *Breyer et al*, Organmangel 14.

¹⁰³ *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 34; *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 16.

¹⁰⁴ Vgl dazu etwa mwN *Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 34.

Transplantatfunktion, sind noch weitgehend ungeklärt und einer (pharmakologischen) Therapie nur begrenzt zugänglich.¹⁰⁵

C. Medizingeschichtliche Entwicklung und Stand der Transplantationsmedizin

Die Idee der Transplantation, geschädigte Organe und Körperteile durch funktionstüchtige zu ersetzen, ist bereits seit der Antike Gegenstand zahlreicher Mythen und Legenden¹⁰⁶ und hat eine lange medizinische Geschichte.¹⁰⁷

Bis zum Beginn der 1880er Jahre blieb es zunächst bei traditionell plastisch-chirurgischen Verpflanzungstechniken an der Körperoberfläche, insb Hauttransplantationen. Erst mit der um 1880 von *Kocher* entwickelten Vorstellung der Behandlung komplexer innerer Krankheiten durch das Ersetzen eines die Krankheit verursachenden versagenden Organs durch ein fremdes setzte der Übergang zur Transplantationsmedizin iSd heutigen Verständnisses ein.¹⁰⁸ Im Jahr 1883 wurde schließlich erstmals eine Schilddrüse mit dem Ziel der Behandlung einer inneren Krankheit verpflanzt.¹⁰⁹

Nach Schaffung erster notwendiger medizinischer Grundlagen für die Transplantation durch die Entdeckung der Blutgruppen durch *Landsteiner* 1900 und die Weiterentwicklung gefäßchirurgischer Techniken¹¹⁰ begann zu Beginn des 20. Jhdts eine Experimentalphase der Transplantation: *Ullmann* startete 1902 experimentelle Versuche mit Hundenieren. 1905 gelang *Zirm* in Österreich die erste erfolgreiche Hornhautübertragung der Welt am Menschen.¹¹¹ Im Rahmen seiner Experimente erkannte *Carell* die unterschiedlichen Erfolgsraten zwischen allogenen und autogenen Transplantationen. *Schöne* kreierte für die

¹⁰⁵ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Abstoßungsreaktion“; *Norba*, Rechtsfragen 83 f.

¹⁰⁶ Vgl *Janczak*, Postmortale Organspende 48; *Dippel*, Zur Entwicklung des Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz –TPG) vom 5.11.1997, in FS *Hanack* (1999) 665 (666 f); *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 11.

¹⁰⁷ Für einen Überblick über die Geschichte der Transplantation vgl mwN *Dippel* in FS *Hanack* 666 ff; *Schlich*, Transplantation 11 ff. Für einen tabellarischen Überblick siehe auch *Janczak*, Postmortale Organspende 49 ff.

¹⁰⁸ *Dippel* in FS *Hanack* 668.

¹⁰⁹ *Schlich*, Transplantation 11.

¹¹⁰ Vgl mwN *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 11 f.

¹¹¹ Vgl *Piza*, Die gegenwärtige Bedeutung der Organtransplantation, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 7 (9).

Unverträglichkeit mit fremdem Gewebe 1912 den Begriff der „immunologischen Abstoßungsreaktion“.¹¹²

Der tatsächliche Durchbruch der Transplantationsmedizin gelang erst nach dem Zweiten Weltkrieg. Dabei wurde zunächst die Niere „das bevorzugte Organ der Transplantationsmedizin nach 1945“.¹¹³ Für die Vornahme der ersten langfristig erfolgreichen Nierentransplantation zwischen eineiigen Zwillingen (bei der sich das Problem immunologischer Abwehrreaktionen nicht stellte) im Jahr 1954 wurde der Chirurg *Murray* später mit dem Nobelpreis ausgezeichnet.¹¹⁴ 1958 entdeckte der französische Hämatologe *Dausset* das für die Auswahl eines geeigneten Organspenders wesentliche HLA-System.¹¹⁵ 1962 erfolgte unter chemischer Immunsuppression die erste erfolgreiche Transplantation der Niere eines nichtverwandten Spenders.¹¹⁶ Die erste erfolgreiche Herztransplantation wurde 1967 durch *Barnard* in Südafrika durchgeführt.¹¹⁷ Um passende Organe und Empfänger zusammenzubringen wurden in weiterer Folge Organisationen zur Organvermittlung – darunter auch die 1967 ins Leben gerufene Stiftung Eurotransplant – eingerichtet.¹¹⁸ Aufgrund immer neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse entwickelten sich einige Organtransplantationen bis in die 1980er Jahren zu klinischen Routineverfahren.¹¹⁹ Durch die ständige Verbesserung der Immunsuppressiva, insb durch die Entdeckung des Immunsuppressivums Cyclosporin A durch *Borel*, konnten Abstoßungsreaktionen erheblich verringert und somit die Überlebenschancen der Transplantate verbessert werden.¹²⁰ Die Entwicklung von Herz-Lungen-Maschinen ermöglichte die Aufrechterhaltung des Spenderkreislaufes und somit die notwendige Durchblutung des Spenderorgans bis zur Organentnahme. Der Wandel des medizinischen und in weiterer Folge auch juristischen Todesbegriffs weg vom Herz-Kreislauf-Tod hin zum Hirntod in der zweiten Hälfte des 20. Jhdts legitimierte schließlich Organentnahmen bei solcherart apparativ aufrecht erhaltener Herz-Kreislauf-Funktion.¹²¹

¹¹² Vgl *Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki* 12.

¹¹³ *Schlich*, Transplantation 15.

¹¹⁴ *Breyer* et al, Organmangel 13.

¹¹⁵ *Karpf*, Transplantationen 6 f; *Janczak*, Postmortale Organspende 50.

¹¹⁶ *Schlich*, Transplantation 16.

¹¹⁷ *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 14.

¹¹⁸ *Schlich*, Transplantation 17.

¹¹⁹ *Breyer* et al, Organmangel 13.

¹²⁰ *Dippel* in FS *Hanack* 670.

¹²¹ *Kopetzki*, Organengewinnung 2; *Höfling/Rixen* in *Höfling*, TPG² § 3 Rz 20.

Heute ist die Transplantation eine etablierte Behandlungsmethode zur Wiederherstellung der Funktion zerstörter eigener Organe.¹²² Selbst bei Verfügbarkeit konservativer Behandlungsmethoden – wie der Dialyse bei Nierenversagen – stellt die Transplantation die sowohl sozial verträglichere als auch wirtschaftlich sinnvollere Maßnahme dar.¹²³ Nach dem Stand der Chirurgie können mittlerweile rein technisch bereits die meisten Organe transplantiert werden.¹²⁴ Die Grenzen der Transplantationsmedizin liegen heute primär in der Beherrschung von immunologischen Abstoßungsreaktionen.¹²⁵ Von tatsächlicher klinischer Bedeutung sind insb Transplantationen von Niere, Bauchspeicheldrüse, Leber, Herz und Lunge¹²⁶ und zunehmend auch vom Dünndarm^{127, 128}. Die Transplantation vieler weiterer Organe – wie bspw Speiseröhre, Milz und Magen – befindet sich hingegen noch im Versuchsstadium.¹²⁹ In Betracht kommen mittlerweile außerdem Transplantationen ganzer Gliedmaßen, großflächige Gesichtstransplantationen oder Uterustransplantationen.¹³⁰ Auch die Übertragung von Teilen eines Organs (insb Teile der Leber, der Pankreas, des Dünndarms sowie der Lunge) ist möglich.¹³¹ Bestimmte Erkrankungen erfordern zudem die gleichzeitige Transplantation mehrerer verschiedener Organe (wie zB Leber und Niere, Leber und Lunge, Niere und Pankreas).¹³²

Dank ständiger medizinischer Fortschritte vor allem im Umgang mit immunbedingten Abstoßungsreaktionen konnten die Fünf-Jahres Überlebensraten (von früher 30-40 %) erheblich gesteigert werden.¹³³ Heute liegt die internationale Fünf-Jahres-Transplantatfunktionsrate nach einer Nierentransplantation bei 79,8 %, nach einer Pankreastransplantation bei 67,7 %, nach einer Herztransplantation bei 72,8 %, nach einer Lebertransplantation bei 66,1 % und nach einer Lungentransplantation bei 54,4 %.¹³⁴

¹²² *Oduncu in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 16.

¹²³ MwN *Kopetzki*, Organgewinnung 3.

¹²⁴ *Kopetzki*, Organgewinnung 29.

¹²⁵ *Kopetzki*, Organgewinnung 3.

¹²⁶ *Kopetzki*, Organgewinnung 29.

¹²⁷ Vgl zur Dünndarmtransplantation *Oduncu in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 68 ff.

¹²⁸ Für eine nähere Darstellung der verschiedenen Transplantationsarten vgl zB *Breyer et al*, Organmangel 16 ff; *Wollenek/Wolner in Brandstetter/Kopetzki* 21 ff sowie *Kniepeiss in Kröll/Schaupp* 11 ff; *Oduncu in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 37 ff.

¹²⁹ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 30; *Kalchschmid*, Organtransplantation 24.

¹³⁰ Vgl *Norba*, Rechtsfragen 30 f.

¹³¹ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland (2004) 20 f.

¹³² *Breyer et al*, Organmangel 23.

¹³³ *Oduncu in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl Rz 34.

¹³⁴ Zahlen zitiert nach *Deutsche Stiftung Organtransplantation*, Organspende und Transplantation in Deutschland – Jahresbericht 2012 http://www.dso.de/uploads/tx_dsodl/DSO_JB12_d_Web.pdf.

In Österreich wurden im Jahr 2014 735 Organtransplantationen mit den Organen 207 verstorbener Organspender durchgeführt. Bezogen auf die Einwohnerzahl Österreichs sind das 24,3 Organspender pro Million Einwohner. Insgesamt weitere 77 Transplantationen – davon 71 Nieren und 6 Lungen – konnten mit den Organen lebender Spender erfolgen.¹³⁵ Unter den Leichenspendern waren 6 DCD-Spender.¹³⁶ Das meist transplantierte Organ war die Niere (446), gefolgt von Leber (142), Lunge (134), Herz (68) und Pankreas (21).¹³⁷ In Innsbruck wurden einem Patienten zudem zwei Hände transplantiert.¹³⁸

¹³⁵ Transplant-Jahresbericht 2014, 3.

¹³⁶ Transplant-Jahresbericht 2014, 19.

¹³⁷ Transplant-Jahresbericht 2014, 21.

¹³⁸ Transplant-Jahresbericht 2014, 3.

II. Das Problem des Organmangels und Alternativen zur Transplantation menschlicher Organe

Durch die immer größer werdenden medizinischen Möglichkeiten nimmt auch der Bedarf an menschlichen Organen für Transplantationszwecke zu. Dieser gesteigerten Nachfrage nach Organen steht jedoch nur ein begrenztes Angebot an (menschlichen) Spenderorganen gegenüber.¹³⁹ Es stellt sich somit mittlerweile der Organmangel als Hauptproblem und „limitierender Faktor“ der Transplantationsmedizin dar.¹⁴⁰

A. Zahlen und Fakten

Die österreichische Versorgungslage ist im internationalen Vergleich¹⁴¹ nach wie vor als gut zu bezeichnen, obwohl immer noch Menschen versterben, die auf den Organwartelisten stehen und keine Chance auf eine Organtransplantation erhalten.¹⁴² Ende 2014 waren in Österreich insgesamt 921 Personen auf der Warteliste (673 für Niere, 86 für Leber, 72 für Lunge, 57 für Herz und 33 für Pankreas).¹⁴³ Damit ging im Jahr 2014 die Zahl der auf der Warteliste für eine Organtransplantation befindlichen Personen im Vergleich zum Vorjahr um 7 % zurück.¹⁴⁴ Die mittlere Verweildauer auf der Warteliste bis zur Transplantation im Zeitraum von 2009 bis 2014 betrug für eine Niere 42,1 Monate, eine Leber 3,5 Monate, ein Herz 4,2 Monate, eine Lunge 3,2 Monate und eine Pankreas 7,4 Monate.¹⁴⁵ Im Zeitraum von 2009 bis 2014 verstarben 2 % der auf eine Pankreas, 5 % der auf eine Niere, 6 % der auf eine Lunge, 8 % der auf ein Herz und 16 % der auf eine Leber wartenden Patienten noch vor der in Aussicht gestellten Transplantation.¹⁴⁶ In Deutschland versterben vergleichsweise ca 30 % der Patienten auf der Warteliste zur Organtransplantation.¹⁴⁷

¹³⁹ Vgl. *Janczak*, Postmortale Organspende 57.

¹⁴⁰ Vgl. *Kopetzki*, Organgewinnung 3. Zum durch den Organmangel bedingten Problem der Allokation verfügbarer Organe vgl. unten S 219 ff.

¹⁴¹ Für einen aktuellen Überblick über das Spenderaufkommen in Deutschland und der Schweiz vgl. *Kahn*, Spenderaufkommen und Organtransplantation in Österreich, Deutschland und der Schweiz, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation (2014) 23 (26 ff). Siehe für einen internationalen Vergleich auch *Transplant-Jahresbericht 2014*, 23 f.

¹⁴² *Transplant-Jahresbericht 2014*, XVI.

¹⁴³ *Transplant-Jahresbericht 2014*, 20.

¹⁴⁴ *Transplant-Jahresbericht 2014*, 3.

¹⁴⁵ *Transplant-Jahresbericht 2014*, 44.

¹⁴⁶ *Transplant-Jahresbericht 2014*, 43.

¹⁴⁷ *Weber in Höfling* (Hrsg.), *Transplantationsgesetz Kommentar*² (2013) § 4 Rz 2.

B. Möglichkeiten der Beeinflussung des Spenderaufkommens

Die Lücke zwischen dem Bedarf an Organen und der tatsächlichen Verfügbarkeit könnte zum einen durch eine Steigerung der postmortalen Organspenden und zum anderen durch eine Zunahme an Lebendspenden erreicht werden, wobei jeweils unterschiedliche Einflussfaktoren zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸

1. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Transplantationsrate hängt wesentlich von den rechtlichen Rahmenbedingungen ab, unter denen eine Organentnahme vom Lebenden oder Verstorbenen zulässig ist. Inwieweit diese Rahmenbedingungen in Österreich das Organaufkommen beschränkend beeinflussen und durch welche Änderungen die Transplantationsrate erhöht werden könnte, soll im Folgenden kurz hinterfragt werden. Bei allen Vorschlägen zur möglichen Beeinflussung des Organaufkommens bleibt zu bedenken, dass diese sich immer entweder im Rahmen der bestehenden einfachgesetzlichen Rechtslage oder – sofern sie auf eine Änderung derselben abzielen – innerhalb jener Grenzen halten müssen, die dem (einfachen) Gesetzgeber durch höherrangige Normen (Verfassungsrecht, Unionsrecht, Völkerrecht) vorgegeben sind.¹⁴⁹

a) Postmortale Organspende

aa) Regelungsmodelle bei der Leichenspende

Bei der Leichenspende hat das angewendete Regelungsmodell wesentlichen Einfluss auf das Aufkommen an Leichenorganen.¹⁵⁰ Die Modelle unterscheiden sich insb dahingehend, inwiefern die rechtliche Zulässigkeit der Organentnahme von Willenserklärungen der Spender selbst oder deren Angehörigen abhängt.¹⁵¹

Bei der Notstandslösung ist die Organentnahme *ohne* Einwilligung und sogar *gegen* den erklärten Willen des Spenders zulässig. Die Abwägung zwischen dem postmortalen Per-

¹⁴⁸ Für eine umfassende Auseinandersetzung mit Rahmenbedingungen und Einflussfaktoren auf die Verfügbarkeit von Organen vgl *Breyer et al*, Organmangel 49 ff sowie mwN *Bader*, Organmangel und Organverteilung (2010) 9 ff.

¹⁴⁹ *Breyer et al*, Organmangel 179.

¹⁵⁰ Vgl dazu unten S 31.

¹⁵¹ *Kopetzki*, Organgewinnung 10. Vgl zu den verschiedenen Regelungsmodellen ausführlich etwa *Kalchschmid*, Organtransplantation 60 ff; *Bader*, Organmangel 20 ff; *Hohmann*, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz (2003) 64 ff; *Janczak*, Postmortale Organspende 65 ff.

sönlichkeitsrecht des Spenders und den Gesundheitsinteressen des Empfängers erfolgt hier ausschließlich zugunsten des Organempfängers.¹⁵² Das Notstandsmodell ermöglicht einen uneingeschränkten Zugriff auf Leichenorgane und basiert auf dem Gedanken einer umfassenden „Sozialpflichtigkeit“ der Bürger.¹⁵³

Bei der Zustimmungslösung bzw. Einwilligungslösung ist die Organentnahme hingegen nur dann zulässig, wenn der Verstorbene zu Lebzeiten (bzw. nach seinem Tod einer seiner Angehörigen) der Organentnahme zugestimmt hat.¹⁵⁴ Erst die Zustimmungserklärung legitimiert den ansonsten unzulässigen Eingriff.¹⁵⁵ Dieses Modell räumt – im Gegensatz zur eben dargestellten Notstandslösung – dem Willen des Verstorbenen bzw. seiner Angehörigen und damit dem postmortalen Persönlichkeitsrecht Vorrang gegenüber den Interessen des Organempfängers ein.¹⁵⁶

Einen Kompromiss zwischen diesen „idealtypischen“ Modellen stellt die Widerspruchslösung dar. Hierbei ist die Organentnahme grundsätzlich erlaubt. Durch die positive Abgabe einer widersprechenden Erklärung des Verstorbenen selbst zu Lebzeiten (oder dessen Angehörigen post mortem) wird die Entnahme jedoch unzulässig. Diese vermittelnde Lösung wahrt die grundsätzliche Möglichkeit zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Spenders, die mangelnde Kenntnis der Widerspruchsmöglichkeit bzw. die sonstige Untätigkeit seitens des Spenders wirkt sich allerdings zugunsten des Organempfängers aus, da sie zur Zulässigkeit der Entnahme führt.¹⁵⁷

Sowohl die Widerspruchs- als auch die Zustimmungslösung können in zwei Formen verwirklicht sein: Einer weiten Form, die auch zur Berücksichtigung von Willenserklärungen Angehöriger post mortem verpflichtet, sowie einer engen Form, die nur Erklärungen des Spenders selbst (bzw. seines gesetzlichen Vertreters) zu Lebzeiten für verbindlich er-

¹⁵² *Janczak*, Postmortale Organspende 71; *Kopetzki*, Organgewinnung 10.

¹⁵³ *Kopetzki*, Organgewinnung 10; *Kalchschmid*, Organtransplantation 65.

¹⁵⁴ *Kopetzki*, Organgewinnung 10.

¹⁵⁵ Vgl. mwN *Kalchschmid*, Organtransplantation 60 f.

¹⁵⁶ Vgl. *Kopetzki*, Organgewinnung 10; *Kalchschmid*, Organtransplantation 61.

¹⁵⁷ Vgl. *Kopetzki*, Organgewinnung 11; *Kalchschmid* 66 ff. Einen Kompromiss zwischen Zustimmungslösung und Widerspruchslösung, der nahe am Modell der weiten Zustimmungslösung liegt, stellt die sog. „Informationslösung“ dar. Vgl. dazu etwa *Kalchschmid*, Organtransplantation 68; *Janczak*, Postmortale Organspende 70 f. sowie *Bader*, Organmangel 23.

klärt.¹⁵⁸ Bei der weiten Zustimmungslösung wird die Entscheidung de facto im überwiegenden Fall von den Angehörigen getroffen.¹⁵⁹

Zur Widerspruchslösung, vor allem aber auch zur Zustimmungslösung, können außerdem Elemente einer Informations- bzw. Entscheidungspflicht hinzutreten: Bei der Zustimmungslösung sollen diese zur vermehrten Abgabe von Einwilligungserklärungen führen. So wurde in Deutschland etwa die „Entscheidungslösung“ als Variante der dort geltenden weiten Zustimmungslösung eingeführt. Sie soll den – laut statistischen Angaben bestehenden¹⁶⁰ – „Abstand zwischen der hohen Organspendebereitschaft in der Bevölkerung [...] und dem tatsächlich dokumentierten Willen zur Organspende“ verringern, „ohne die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen durch eine Erklärungspflicht einzuschränken“.¹⁶¹ Zu diesem Zweck werden verschiedene Stellen zur Aufklärung der Bevölkerung über Möglichkeiten, Voraussetzungen und Bedeutung der Organspende und zur Zurverfügungstellung von Organspendeausweisen und geeigneten Aufklärungsunterlagen verpflichtet. Zudem müssen Krankenkassen und private Krankenversicherungen die Bürger dazu auffordern, eine Erklärung zur Organspende abzugeben.¹⁶² Auch in anderen Ländern mit Einwilligungslösung ist Öffentlichkeitsarbeit ein wichtiger Punkt, um die Organspendezahlen zu steigern.¹⁶³ In Ländern mit Widerspruchslösung soll durch eine Informationsverpflichtung hingegen sichergestellt werden, dass „im Unterlassen einer Widerspruchserklärung der ‘wirkliche Wille‘ des Verstorbenen bzw der Angehörigen zum Ausdruck kommt“.¹⁶⁴

Im internationalen Vergleich zeigt sich, dass Notstandsmodelle kaum mehr verwirklicht sind.¹⁶⁵ Hingegen sind in Europa und auch international sowohl verschiedene Formen der

¹⁵⁸ Vgl zu den beiden Varianten statt vieler *Bader*, Organmangel 20 ff.

¹⁵⁹ Vgl *Bader*, Organmangel 26 FN 117, wonach die Entscheidung für die Organspende in Deutschland im Jahr 2008 bspw nur in 6,3 % alle Fälle aufgrund des schriftlich erklärten Willens des Verstorbenen und in 19,9 % auf dem mündlich erklärten Willen des Verstorbenen basierte.

¹⁶⁰ Vgl dazu etwa *Bundeszentrale über gesundheitliche Aufklärung*, Repräsentativbefragung: Einstellung, Wissen und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organ- und Gewebespende http://www.dso.de/uploads/tx_infoc/BZGA_Umfrage_2013.pdf.

¹⁶¹ BT-Drs 17/9030, 4. Zu Modellen mit Entscheidungsverpflichtung vgl mwN *Bader*, Organmangel 21.

¹⁶² Vgl § 2 dTPG sowie dazu ausführlich *Engels* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 2.

¹⁶³ So startete Swisstransplant gemeinsam mit Facebook eine Aktion für die Organspende, indem Facebook-Nutzer in der Schweiz in ihrem Profil anzeigen können, ob sie potenzielle Organspender sind oder nicht. Eine solche Funktion hat bereits in den USA und Großbritannien zu einem merklichen Anstieg an potenziellen Organspendern geführt. Vgl dazu *Kahn* in *Kröll/Schaupp* 33.

¹⁶⁴ MwN *Kopetzki*, Organgewinnung 11.

¹⁶⁵ *Kopetzki*, Organgewinnung 11. Umgesetzt wurde dieses Konzept etwa in Bulgarien, das die Notstandslösung allerdings 2007 zugunsten der Widerspruchslösung aufgab. Vgl dazu mwN *Bader*, Organmangel 24 (FN 110).

Widerspruchslösung als auch der Zustimmungslösung verbreitet, wobei die Widerspruchslösung überwiegt.¹⁶⁶

bb) Auswirkungen auf das Organpotenzial und Fazit für Österreich

Tendenziell ist das Organaufkommen in Ländern mit Zustimmungslösung im Vergleich zu Ländern mit Widerspruchsmoellen geringer.¹⁶⁷ Länder mit weiter Widerspruchslösung oder solche, in denen trotz gesetzlich vorgesehenem engen Widerspruchsmoell faktisch oftmals postmortal erklärte Widersprüche Angehöriger berücksichtigt werden, haben ein etwa doppelt so hohes Organaufkommen pro Kopf wie vergleichbare Länder mit der erweiterten Zustimmungslösung. In Ländern, in denen eine enge Widerspruchslösung tatsächlich praktiziert wird, ist das Organaufkommen pro Kopf sogar noch höher.¹⁶⁸ Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass neben dem Regelungsmodell auch zahlreiche andere Faktoren Einfluss auf die Spenderquote haben.¹⁶⁹

Mit der engen Widerspruchslösung kommt in Österreich von jenen Regelungsmodellen, die international verwirklicht und mit nationalem Verfassungsrecht¹⁷⁰ und internationalem Recht¹⁷¹ vereinbar sind, ohnehin das „entnahmefreundlichste“ zur Anwendung. Ein weiteres Organpotenzial steht unter dem Aspekt des gewählten Regelungsmodells somit nicht offen.¹⁷²

Aufgrund der Widerspruchslösung wären bei der Leichenspende auch Anreizsysteme allenfalls in Form von Unterlassungsanreizen denkbar.¹⁷³ Vor dem Hintergrund der vorherrschenden geringen Widerspruchsrate von knapp 0,35 % der österreichischen Wohnbevölkerung¹⁷⁴ spielt allerdings auch das Bedürfnis nach der Implementierung von Unterlassungsanreizen eine untergeordnete Rolle. So wurde seit Bestehen des Registers bis

¹⁶⁶ Für Beispiele der in den verschiedenen Ländern angewendeten Regelungsmodelle vgl *Bader*, Organmangel 21 ff sowie *Norba*, Rechtsfragen 312. Für einen Überblick über die Regelungsmodelle in Europa siehe außerdem Transplant-Jahresbericht 2014, 12.

¹⁶⁷ Vgl *Kalchschmid*, Organtransplantation 61 ff; *Breyer et al*, Organmangel 114; skeptisch *Bader*, Organmangel 30.

¹⁶⁸ Vgl *Breyer et al*, Organmangel 114. Für eine Auseinandersetzung mit dem Einfluss der jeweiligen Regelungsmodelle auf die Spenderquote vgl auch *Bader*, Organmangel 25 ff.

¹⁶⁹ Vgl *Bader*, Organmangel 30 sowie unten S 33 f.

¹⁷⁰ Für eine grundrechtliche Betrachtung der Widerspruchslösung (und anderer Regelungsmodelle) vgl unten S 84 ff.

¹⁷¹ Vgl dazu *Breyer et al*, Organmangel 189 ff sowie zur MRB unten S 73.

¹⁷² Darüber hinaus ist in Österreich auch die Entnahme von DCD-Spendern zulässig, sodass auch unter diesem Gesichtspunkt durch die nationale Rechtslage das Potenzial an Spendern nicht verringert wird.

¹⁷³ *Breyer et al*, Organmangel 109.

¹⁷⁴ Vgl dazu näher unten S 140.

2014 insgesamt erst bei 16 potenziellen Organspendern von einer Organentnahme abgesehen, weil eine Eintragung im Widerspruchsregister vorgelegen ist.¹⁷⁵ Zwar beschränkt sich die Möglichkeit der Erklärung eines Widerspruchs nicht auf eine Eintragung im Widerspruchsregister.¹⁷⁶ Auch schriftlich überbrachte Widersprüche spielen jedoch für das Unterbleiben von Organentnahmen eine geringe Rolle.¹⁷⁷ Da im Ergebnis nur ein sehr niedriger Anteil der Bevölkerung einen rechtlich wirksamen Widerspruch erhebt, ist das durch Setzen von Unterlassungsanreizen erzielbare Spenderpotenzial bei der postmortalen Spende vernachlässigbar.¹⁷⁸ Eine nähere Darstellung der möglichen Anreizmodelle finanzieller oder nicht-finanzieller Natur (insb das in der deutschen Literatur wegen der geltenden Zustimmungslösung vielfach thematisierte Reziprozitätsmodell¹⁷⁹) im Bereich der Leichenspende erübrigt sich somit.¹⁸⁰

Ein viel größeres Potenzial liegt in der strengeren Handhabung der geltenden engen Widerspruchslösung. So unterbleiben in Österreich Organentnahmen oftmals aufgrund von Widerspruchserklärungen Angehöriger, obwohl sie rechtlich zulässig wären,¹⁸¹ sodass von einer „gelebten weiten Widerspruchslösung“ die Rede ist. Im Jahr 2014 wurde etwa zumindest 66 Mal aufgrund eines mündlich überbrachten Widerspruches (etwa durch Angehörige, bei denen sich oftmals nicht feststellen lässt, ob es sich um eine Erklärung des Verstorbenen selbst oder um deren eigenen Willen handelt), von einer Organentnahme abgesehen.¹⁸²

b) Lebendspende

Bei der Lebendspende könnten Anreizsysteme eine Rolle spielen, da hier die Zulässigkeit der Organentnahme eine „motivationsfähige“ Einwilligungserklärung voraussetzt.¹⁸³ Eine Möglichkeit den Lebendspenderanteil zu erhöhen bestünde also darin, Anreize in Form

¹⁷⁵ Vgl Transplant-Jahresbericht 2014, 16.

¹⁷⁶ Zu möglichen Formen der Widerspruchserklärung vgl unten S 134 ff.

¹⁷⁷ Vgl Transplant-Jahresbericht 2014, 91, wonach im Jahr 2014 nur dreimal ein schriftlich überbrachter Widerspruch Grund für das Nichtzustandekommen einer Organentnahme bei einem Verstorbenen mit Hirnschädigung in Krankenanstalten mit lokalen Transplantationsbeauftragten war.

¹⁷⁸ In diese Richtung auch *Janczak*, Postmortale Organspende 187.

¹⁷⁹ Dabei sollen Spenderwillige bei der Organverteilung selbst bevorzugt werden. Vgl dazu zB *Breyer et al*, Organmangel 116 ff; *Bader*, Organmangel 69 ff; *Janczak*, Postmortale Organspende 183 ff.

¹⁸⁰ Insgesamt zur Problematik von Anreizmodellen vgl etwa *Breyer et al*, Organmangel 109 ff; *Bader*, Organmangel 66 ff; *Janczak*, Postmortale Organspende 183 ff.

¹⁸¹ Vgl zu dieser geübten Praxis *Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Leitfaden Rechtliche Grundlagen Widerspruch gegen Organspende, 1 http://www.goeg.at/cxdata/media/download/5_rechtliche_grundlagen_15.pdf. Vgl auch *Breyer et al*, Organmangel 114; *Bader*, Organmangel 22.

¹⁸² Vgl Transplant-Jahresbericht 2014, 91.

¹⁸³ *Breyer et al*, Organmangel 109.

einer finanziellen Vergütung oder eines sonstigen Vorteils für die Spende zu setzen. Im Fall finanzieller Anreize kann weiter danach differenziert werden, von wem (Empfänger, Staat im weiten Sinn etc) das Angebot der Gegenleistung ausgeht.¹⁸⁴ Die Palette der denkbaren Möglichkeiten reicht von „Anerkennungszahlungen“ bzw einem Organankauf zu festgelegten Preisen durch die Versicherungsgemeinschaft iS eines „Ankaufmonopols“ bis zum freien Markt für Organe.¹⁸⁵ Finanzielle Vergütungen, die über einen bloßen Nachteilsausgleich hinausgehen, stoßen jedoch schnell an die Grenzen des nationalen und internationalen Rechts¹⁸⁶ und werden auch ethisch kontroversiell beurteilt.

Andere rechtlich beschränkende Faktoren für die Lebendspende¹⁸⁷ bestanden in Österreich entweder nie (wie insb eine Beschränkung des Empfängerkreises von Lebendorganspenden oder eine Subsidiarität der Lebendspende gegenüber der Leichenspende) oder wurden durch das OTPG bereits beseitigt (zB durch eine bessere Absicherung von Lebendspendern in Form eines Abbaus versicherungsrechtlicher Nachteile oder der Verbesserung der Nachsorge)¹⁸⁸. Zur Erhöhung der Spenderrate denkbar wäre allenfalls die Lockerung gewisser Entnahmevoraussetzungen (etwa Streichung der starren Altersgrenze)¹⁸⁹ im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen.

Angesichts der mit der Lebendspende verbundenen Gesundheitsgefährdung wird die Erhöhung des Organaufkommens durch Maßnahmen zur Ausweitung der Lebendspende idR nur subsidiär gegenüber Maßnahmen zur Erhöhung des postmortalen Spenderaufkommens in Betracht gezogen.¹⁹⁰

2. Organisationsoptimierung

Die Zahl der verwirklichten Organtransplantationen hängt nicht nur von den rechtlichen Rahmenbedingungen ab, unter denen die Organentnahme zulässig ist. Daneben haben auch

¹⁸⁴ Breyer et al, Organmangel 111 f.

¹⁸⁵ Dazu mit Argumenten für und gegen solche Modelle ausführlich Breyer et al, Organmangel 125 ff und 233 f; vgl auch Bader, Organmangel 11. Zu verschiedenen Stufen der Kommerzialisierung und deren Zulässigkeit vgl König in Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) Vor §§ 17, 18 Rz 5 ff.

¹⁸⁶ Vgl mwN Bader, Organmangel 11. Zu den Gewinn- und Werbeverboten des OTPG vgl unten S 208 ff. Zum europa- und völkerrechtlichen Rahmen vgl Breyer et al, Organmangel 191 ff und 209 sowie unten S 53 und S 74.

¹⁸⁷ Vgl zur deutschen Rechtslage Breyer et al, Organmangel 123 ff; Bader, Organmangel 10 f.

¹⁸⁸ Vgl zu diesem Faktor mwN Bader, Organmangel 11.

¹⁸⁹ Zur grundrechtlichen Beurteilung der Altersgrenze des OTPG vgl unten S 95 ff.

¹⁹⁰ Breyer et al, Organmangel 229.

zahlreiche andere Umstände (ua Gesundheitssystem, Finanzierung, Infrastruktur, soziokulturelle Anschauungen, Religion, Aufklärungspolitik) Einfluss auf das Organaufkommen.¹⁹¹ Insb bei der Leichenspende geht ein großer Teil von Organen bereits durch fehlende Erkennung bzw Meldung potenzieller Spender im Krankenhaus verloren. Eine Minderung des Organmangels wäre daher auch durch die Verbesserung von Abläufen in der Organisation der postmortalen Organspende möglich.¹⁹² Die wichtigsten Stufen im Organisationsprozess der Leichenspende sind dabei die Spendererkennung und -meldung, die Hirntoddiagnostik, die Abklärung medizinischer Kontraindikationen, die Fortsetzung der Intensivmaßnahmen beim Spender, die Explantation, der Transport und zuletzt die Implantation des Organs.¹⁹³ Jede Stufe dieses Prozesses stellt „eine Art Filter dar, an dem sich immer wieder neu entscheidet, ob ein potenzieller Spender auch tatsächlich zum Organspender wird“.¹⁹⁴

Demnach liegt im Bereich der Förderung der Organspende (vgl § 59d KAKuG) „das Hauptaugenmerk auf der Unterstützung und Durchführung geeigneter Maßnahmen, die dazu beitragen, in Österreich ein möglichst hohes Organaufkommen zu realisieren, indem Verstorbene als potenzielle Organspender erkannt, in weiterer Folge auch gemeldet und entsprechend intensivmedizinisch betreut werden“.¹⁹⁵

C. Alternativen zur Transplantation menschlicher Organe

Einen anderen Ausweg aus der vorherrschenden Organknappheit könnte die Nutzung von alternativen Therapieformen zur „klassischen“ Transplantation menschlicher Organe bieten. Neben den – mit den verschiedenen Möglichkeiten zT in hohem Maße einhergehenden – Hürden ethischer und rechtlicher Natur, auf welche hier nicht näher eingegangen werden kann, scheitert die Umsetzung alternativer Methoden oftmals noch an den Grenzen der

¹⁹¹ *Dujmovits*, Organtransplantation, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.21.3.1.3 (Stand 3. 2015, rdb.at). Dass das jeweilige Lösungsmodell nicht der einzige Faktor für die Spenderquote ist, sondern zudem auch andere Faktoren eine wesentliche Rolle spielen, zeigt sich etwa daran, dass in Bulgarien selbst unter – dort bis 2007 geltender – reiner Notstandslösung aufgrund infrastruktureller und organisatorischer Rahmenbedingungen nur eine Spenderquote von 1,5 Spender/Million Einwohner erreicht wurde. Siehe dazu und zu weiteren Bsp für die eingeschränkte Rolle des Regelungsmodells mwN *Bader*, Organmangel 30 f.

¹⁹² *Breyer et al*, Organmangel 49. Für eine umfassende Auseinandersetzung mit Möglichkeiten zur Steigerung der Identifikations- und Melderate vgl *Breyer et al*, Organmangel 65 ff. Vgl auch *Bader*, Organmangel 14 ff.

¹⁹³ *Breyer et al*, Organmangel 51.

¹⁹⁴ *Breyer et al*, Organmangel 49.

¹⁹⁵ Siehe dazu (samt ausführlicher Darstellung der zu diesem Zweck gesetzten Maßnahmen und deren Einfluss auf das Organaufkommen) Transplant-Jahresbericht 2014, 73 ff.

medizinischen Machbarkeit. Mit der ständigen Weiterentwicklung der medizinischen Wissenschaft ist jedoch damit zu rechnen, dass alternative Therapieformen früher oder später zu einer Linderung des Problems des Organmangels beitragen werden können.¹⁹⁶

1. Künstliche Organe

Eine mögliche Alternative zur Transplantation menschlicher Organe könnte der Ersatz menschlicher Organe durch Maschinen („künstliche Organe“) darstellen. Der künstliche Ersatz gewisser, weniger komplexer Körperteile (wie bspw künstliche Gelenke, Herzklappen oder Herzschrittmacher) ist längst selbstverständlicher Teil der modernen Medizin.¹⁹⁷ Einen großen Erfolg stellte insb die Entwicklung der Hämodialyse als „künstliche Niere“ dar, die den Ausfall der menschlichen Nieren lange Zeit – wenn auch unter erheblicher Einschränkung der Lebensqualität – kompensieren kann.¹⁹⁸ Ein kurzfristiger Ersatz der Herz-Lungenfunktion kann durch die sog extrakorporale Membranoxygenation erfolgen.¹⁹⁹ Mittlerweile werden auch vereinzelt ganze Kunstherzen eingesetzt, die die Pumpfunktion im Kreislauf übernehmen sollen. Derzeit liefern diese aber noch keinen dauerhaften Organersatz, sondern dienen lediglich als Überbrückungssystem bis zur tatsächlichen Organtransplantation.²⁰⁰ Der Einsatz künstlicher Organe würde gegenüber der klassischen Transplantation menschlicher Organe die Vorteile aufweisen, dass künstliche Organe in beliebiger Menge hergestellt werden könnten und zudem das Problem von Abstoßungsreaktionen umgangen werden könnte.²⁰¹

2. Organzüchtung

Bei diesem Ansatz geht es um die Möglichkeit aus entnommenen adulten oder fetalen (Stamm-)Zellen Gewebe oder auch ganze Organe außerhalb des Körpers heranwachsen zu lassen.²⁰² In der Züchtung von Geweben (sog „tissue engineering“) konnten bereits einige

¹⁹⁶ Vgl zum Ganzen mwN *Bader*, Organmangel 72.

¹⁹⁷ Vgl *Schlich*, Transplantation 96; *Janczak*, Postmortale Organspende 61.

¹⁹⁸ *Kühn*, Die Motivationslösung. Neue Wege im Recht der Organtransplantation (1998) 24 f; *Hohmann*, Transplantationswesen 46.

¹⁹⁹ *Kühn*, Motivationslösung 25.

²⁰⁰ *Janczak*, Postmortale Organspende 61; vgl auch *Kühn*, Motivationslösung 25; *Kalchschmid*, Organtransplantation 50; *Hohmann*, Transplantationswesen 46. Zur ersten erfolgreichen Kunstherztransplantation in Österreich 2014 mit anschließender Transplantation eines Spenderherzes im Herbst 2015 siehe <http://kurier.at/lebensart/gesundheit/erster-kunstherz-patient-oesterreichs-bekam-neues-herz/150.593.779>.

²⁰¹ *Janczak*, Postmortale Organspende 61.

²⁰² *Schlich*, Transplantation 95, 98. Vgl dazu auch *Hohmann*, Transplantationswesen 47 ff.

Erfolge erzielt werden.²⁰³ Die Technik der Gewebezüchtung besteht darin, auf ein biologisch abbaubares Gerüst Zellen „auszusäen“. Nach der Versorgung mit den richtigen Nährstofflösungen und Wachstumsfaktoren überwachsen die Zellen das Gerüst und bilden ein Gewebeimplantat. Neben Haut, Knochen und Knorpel wurden auf diese Weise etwa auch bereits Herzklappen gezüchtet. Zwar stellt die Züchtung innerer Organe eine weitaus größere Herausforderung dar, die Entwicklungen auf dem Gebiet verlaufen jedoch rapide. Mittels Organzüchtung wäre auch die Herstellung von patientenidentischen Geweben vorstellbar, die aufgrund der genetischen Identität vom Körper nicht abgestoßen werden würden.²⁰⁴

3. Xenotransplantation

Seit längerer Zeit sind auch Tiere als mögliche Quelle transplantabler Organe Gegenstand intensiver Forschung. Bei der sog „Xenotransplantation“ sollen Organe zwischen Individuen verschiedener Spezies übertragen werden. Das größte – derzeit noch nicht hinreichend beherrschbare – Problem bei dieser Art der Transplantation ist die Abstoßung des fremden Gewebes.²⁰⁵ Die Unterdrückung der (insb bei durchbluteten Organen) auftretenden, schweren Abstoßungsreaktionen erfordert derzeit so hohe Gaben von Immunsuppressiva, dass die Nebenwirkungen den Nutzen übersteigen.²⁰⁶ Ziel weltweiter Bemühungen von Forschungsgruppen ist es daher, eine immunologische Toleranz gegenüber dem fremden Gewebe zu erzeugen bzw durch Veränderungen der Erbsubstanz der Tiere die Immunabwehr des menschlichen Körpers zu überlisten.²⁰⁷ Zudem wurde festgestellt, dass sog „konkordante“ Spezies (zB Affe und Mensch) bei Organübertragung weniger häufig mit hyperakuten Abstoßungen reagieren als nach stammesgeschichtlicher Verwandtschaft weiter voneinander entfernte Tierarten (zB Schwein und Mensch).²⁰⁸ Neben der Immunreaktion stellen die artspezifischen Funktionen und die Physiologie tierischer Organe weitere Probleme dar. So ist bspw die Pumpfunktion eines Schweineherzens nicht auf den aufrechten Gang

²⁰³ So konnten Gewebestücke aus menschlicher Haut von ca 1 cm² bereits auf die 10.000fache Fläche vergrößert werden und bspw auf großflächige Brandwunden übertragen werden, vgl *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz (2001) Einführung Rz 7. Vgl auch *Janczak*, Postmortale Organspende 61 f.

²⁰⁴ Vgl zum Ganzen *Schlich*, Transplantation 98 ff.

²⁰⁵ *Dahl*, Xenotransplantation. Tiere als Organspender für Menschen? (2000) 16; vgl auch *Oelert*, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin (2002) 175 f.

²⁰⁶ *Schlich*, Transplantation 102.

²⁰⁷ Vgl *Schlich*, Transplantation 102 ff; *Dahl*, Xenotransplantation 18 ff.

²⁰⁸ *Schlich*, Transplantation 103; *Dahl*, Xenotransplantation 17 f.

des Menschen eingestellt.²⁰⁹ Weiters besteht bei Xenotransplantationen das Risiko von Infektionen mit bisher für Menschen nicht gefährlichen Viren.²¹⁰

²⁰⁹ *Schlich*, Transplantation 104; vgl auch *Dahl*, Xenotransplantation 16 f.

²¹⁰ Vgl *Schlich*, Transplantation 104 f; *Dahl*, Xenotransplantation 20 ff; *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz Einführung Rz 6. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Xenotransplantation vgl bspw *Beckmann et al*, Xenotransplantation von Zellen, Geweben oder Organen (2000) sowie (aus tierethischer Sicht) *Dahl*, Xenotransplantation.

III. Die Rechtsentwicklung in Österreich

A. Die Rechtslage bis 1982

Eine nennenswerte Auseinandersetzung mit der Thematik der Organtransplantation in der rechtswissenschaftlichen Literatur begann erst in der zweiten Hälfte des 20. Jhdts.²¹¹ Da zunächst weder die Lebend- noch die Leichenspende spezialgesetzlich geregelt war,²¹² wurde ihre Zulässigkeit anhand allgemeiner zivil- und strafrechtlicher Bestimmungen beurteilt.²¹³ Überlegungen unter dem Blickwinkel des öffentlich-rechtlichen (Leichen-) Rechts wurden hingegen kaum angestellt.²¹⁴ Während die wesentlichen Voraussetzungen für eine zulässige Lebendspende (insb die Bedeutung der zwingend notwendigen Einwilligung des Spenders) weitgehend unumstritten waren,²¹⁵ wurden im Hinblick auf die Leichenspende in der zivil- bzw strafrechtlichen Lehre verschiedenste Auffassungen vertreten.²¹⁶

Schon § 306 StG stellte ua das eigenmächtige Hinwegbringen von Leichenteilen aus Grabstätten oder anderen Aufbewahrungsorten unter Strafe.²¹⁷ In einem Erlass aus dem Jahr 1955 vertrat das Bundesministerium für soziale Verwaltung (BMSV) die Auffassung, eine ohne Zustimmung der Angehörigen erfolgte Entnahme von Leichenteilen erfülle den Tatbestand des § 306 StG und bedürfe somit einer Rechtfertigung.²¹⁸ *Harbich*²¹⁹ sah in der Bestimmung hingegen die Pietät als das geschützte Rechtsgut, weshalb seiner Ansicht nach der Tatbestand bei Transplantationen generell ausschied. Vielmehr wollte *Harbich* die Frage nach dem Verfügungsrecht über den Leichnam aus dem Erbrecht beantworten: Da

²¹¹ Vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 37. Zur Rechtslage und zur juristischen Auseinandersetzung mit der Lebend- und Leichenspende vor diesem Zeitpunkt vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 32 ff.

²¹² Lediglich in § 3 Abs 3 vlbG BestG idF LGBl 1969/58 fand sich eine Bestimmung, die die Entnahme von Organen und Organteilen explizit auch für Zwecke der Heilbehandlung für zulässig erklärte, wenn die Angehörigen des Verstorbenen zugestimmt hatten und der Verstorbene nicht eine gegenteilige Anordnung getroffen hatte. Vgl dazu und zu den Leichen- und Bestattungsgesetzen der übrigen Länder näher *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 52 ff. Bereits 1973 wurden zudem in § 120 Abs 2 ASVG (BGBl 1973/31) und korrespondierenden Bestimmungen in den anderen Sozialversicherungsgesetzen Regelungen zur Absicherung von Lebendspendern aufgenommen.

²¹³ Vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 37; *Kopetzki*, Organgewinnung 13.

²¹⁴ *Kopetzki*, Organgewinnung 13.

²¹⁵ Vgl mwN *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 35 ff sowie *Rieder*, Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen de lege lata et ferenda, ÖJZ 1978, 113 (115 f); *Loebenstein*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 309 (310).

²¹⁶ Für eine umfassende Darstellung der Literaturmeinungen vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 42 ff.

²¹⁷ Vgl dazu *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 38 und 40; *Kopetzki*, Organgewinnung 16.

²¹⁸ Erlass des BMSV vom 21. 4. 1955, ZI V-37.649-20/JA/55. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit sah das BMSV im „übergesetzlichen Notstand“. Vgl zum Ganzen näher *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 38 ff sowie mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 16.

²¹⁹ *Harbich*, Das Recht zu sterben – Lebensverlängerung um jeden Preis? RZ 1968, 115 (126).

der Leichnam im Eigentum des Erben stehe, sei für die Entnahme von Leichenteilen grundsätzlich dessen Einwilligung notwendig. Zudem sei zu Lebzeiten jedermann berechtigt mittels letztwilliger Verfügung selbst über seinen Leichnam zu disponieren. Verfüge der Chirurg weder über die Zustimmung des Erben noch über eine zu Lebzeiten abgegebene Einwilligung des Verstorbenen, so könne er sich dann, wenn die Transplantation der Rettung des Lebens eines anderen Menschen diene, auf die mutmaßliche Einwilligung des Verstorbenen und auch des Erben berufen. Denn „in einem zivilisierten Staat“ sei nicht anzunehmen, dass jemand „eine für ihn völlig nutzlose und auch wertlose Sache nicht hergeben würde, wenn er damit einen anderen Menschen retten kann“. Für die Transplantation spreche auch das „öffentliche Interesse am Körper, am Leben und an der Gesundheit des Einzelnen und der staatlich jederzeit geförderte Zweck der Heilbehandlung“.²²⁰

Diese Lösung *Harbichs* basierte allerdings auf der bereits damals vom OGH ausdrücklich abgelehnten²²¹ Annahme, der Leichnam sei als Teil der Verlassenschaft anzusehen und konnte sich insofern nicht durchsetzen.²²²

Zu einem anderen Ergebnis kam, ebenfalls aufgrund einer rein zivilrechtlichen Betrachtung, *Edlbacher*. Er qualifizierte den Leichnam als anspruchige, verkehrsfähige, herrenlose Sache, die nicht in den Nachlass und damit auch nicht ins Eigentum der Erben falle.²²³ Im Hinblick auf das Recht über Leichenteile zu verfügen bejahte er – unter Berufung auf Gewohnheitsrecht²²⁴ – ein Verfügungsrecht des Verstorbenen selbst zu Lebzeiten als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Liege keine Anordnung des Verstorbenen vor, räumte er den nahen Angehörigen, unabhängig von ihrer Erbenstellung, als Ausfluss ihres eigenen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich ein Zustimmungsrecht zur Organentnahme ein.²²⁵ Grenzen des Verfügungsrechts der nahen Angehörigen erblickte *Edlbacher* in den guten Sitten, eigennützigen Beweggründen sowie der Verknüpfung mit einer Gewinnerzielungsabsicht.²²⁶ Für die Bestimmung der Reihenfolge der Verfügungsbefugnis unter den nahen

²²⁰ Vgl. zum Ganzen auch *Kopetzki*, Organengewinnung 14; *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 44 f.

²²¹ OGH 3 Ob 219/31 SZ 13/127.

²²² M.w.N. *Kopetzki*, Organengewinnung 14; *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449 (453).

²²³ *Edlbacher*, ÖJZ 1965, 450 f.

²²⁴ Zu methodischer Kritik an der Berufung auf Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle vgl. *Kopetzki*, Organengewinnung 15. Zustimmung hingegen *Kalchschmid*, Organtransplantation 55.

²²⁵ *Edlbacher*, ÖJZ 1965, 452 f.

²²⁶ *Edlbacher*, ÖJZ 1965, 454.

Angehörigen schlug *Edlbacher* ein Abstellen auf das tatsächliche Naheverhältnis zwischen den Angehörigen und dem Verstorbenen vor.²²⁷

Die – bei Organentnahmen unter Zeitdruck stehende – notwendige Ermittlung des tatsächlichen Naheverhältnisses stellte die *Praktikabilität* dieses Modells in Frage.²²⁸ So hätte die von *Edlbacher* geforderte Zustimmung durch den Verstorbenen oder seine nahen Angehörigen bereits für sich genommen die Entnahmemöglichkeiten erheblich eingeschränkt. Zudem wurde im Erlass des BMSV und in der Literatur die Wirksamkeit einer Einwilligungserklärung sowohl vom Schwerkranken selbst als auch von nahen Angehörigen unmittelbar nach Todeseintritt aufgrund eines Verstoßes gegen „Sitte und Pietät“ in Frage gestellt.²²⁹

Der 1974 erlassene § 190 StGB²³⁰ stellte schließlich klar, dass wegen „Störung der Totenruhe“ ua zu bestrafen war, wer „Teile eines Leichnams [...] einem Verfügungsberechtigten entzieht“. In weiterer Folge vertrat die überwiegende strafrechtliche Lehre, dass auch die ohne Zustimmung eines Verfügungsberechtigten durchgeführte Entnahme von Leichenteilen zu Transplantationszwecken von diesem Tatbestand umfasst sei. Sofern der Verstorbene nicht bereits selbst zu Lebzeiten der Entnahme zugestimmt hatte, wurde eine ohne Einwilligung eines Verfügungsberechtigten durchgeführte Organexplantation folglich grds als strafbar angesehen.²³¹ Als zustimmungsberechtigte Verfügungsberechtigte wurden die nächsten Angehörigen, gemessen an der engsten Verbundenheit und unabhängig von ihrer Stellung als Erben, angesehen.²³²

Um dieses – aufgrund der notwendigen Zustimmung „transplantationsfeindliche“ – Ergebnis zu vermeiden wurden in der Literatur unter Rückgriff auf rechtfertigenden Notstand bzw rechtfertigende Pflichtenkollision versucht, eine straflose Entnahme auch *ohne* Zustimmung der Verfügungsberechtigten zu begründen: Die Rechtfertigung sollte bei Abwägung zwischen der ärztlichen Pflicht zur Lebensrettung und der Pflicht zur Wahrung der Totenruhe zum Schutz postmortaler Persönlichkeitsrechte immer dann greifen, wenn für

²²⁷ *Edlbacher*, ÖJZ 1965, 454.

²²⁸ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 15.

²²⁹ MwN *Kopetzki*, Organgewinnung 15.

²³⁰ IdF BGBl 1974/60.

²³¹ Vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch² (1979) § 190 Rz 9; *Foregger/Serini*, Strafgesetzbuch² (1978) § 190, 331; *Rieder*, ÖJZ 1978, 117; *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 310 sowie mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 16.

²³² Vgl *Leukauf/Steininger*, StGB² § 190 Rz 8; vgl auch *Foregger/Serini*, StGB² § 190, 331 („Hinterbliebene“).

einen zum Entnahmezeitpunkt schon vorhandenen konkreten Organempfänger eine ernste und nicht anders abzuwendende Gefahr bestand und keine Zeit blieb, die Zustimmung des Verfügungsberechtigten einzuholen.²³³ Nicht rechtfertigen konnte der Notstand nach hL mangels „unmittelbar drohenden Nachteils“ hingegen die Entnahme für Gewebebanken und damit „auf Vorrat“ bei Fehlen eines konkreten Organempfängers.²³⁴ *Rieder*²³⁵ sah zudem bei Vorliegen einer ausdrücklich ablehnenden Erklärung keinen Spielraum für eine Berufung auf rechtfertigenden Notstand. Andere versuchten ohne Einwilligung vorgenommene Transplantationen unter Berufung auf die in § 25 KAG enthaltene Obduktionserlaubnis zu rechtfertigen.²³⁶

B. Der Anlassfall und die KAG-Novelle 1982

Auslöser für einen Gesetzgebungsprozess zur Regelung der Leichenspende war ein Strafprozess im Jahre 1978, der die auf dem Gebiet der Transplantation herrschende Rechtsunsicherheit aufzeigte: Ein Arzt eines Krankenhauses wurde wegen eines Verstoßes gegen § 190 StGB in erster Instanz schuldig gesprochen, weil aufgrund seiner Anordnung Unfalltoden ohne Einwilligung der Angehörigen Knochensplinter entnommen wurden, um diese ua auf eine Knochenbank zu legen. Der Arzt wurde zwar in zweiter Instanz aus formalen Gründen freigesprochen, der Fall erregte unter der Ärzteschaft dennoch großes Aufsehen und Unruhe.²³⁷

In Reaktion auf das Verfahren versuchte das Justizministerium mittels – auch an alle Staatsanwaltschaften gerichteter und diesen gegenüber als Weisung zu deutender²³⁸ – Presseaussendung zu beruhigen: Es hätte „nicht zu einem Strafverfahren gegen Primarius Dr. N kommen [...] dürfen“, da „die ärztliche Entnahme von Leichenteilen zu Heilzwecken in einem Krankenhaus nicht eine von Fall zu Fall verschieden zu lösende Notstandsfrage ist, sondern auf Grund einer auf § 25 des Krankenanstaltengesetzes 1957 gestützten

²³³ Vgl mwN dazu *Leukauf/Steininger*, StGB² § 190 Rz 11; *Rieder*, ÖJZ 1978, 117 f; *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 310; *Kopetzki*, Organgewinnung 16.

²³⁴ Vgl *Leukauf/Steininger*, StGB² § 190 Rz 11; *Rieder*, ÖJZ 1978, 118; *Kopetzki*, Organgewinnung 17.

²³⁵ *Rieder*, ÖJZ 1978, 118.

²³⁶ So bspw *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977) 83. Diesbezüglich kritisch *Kopetzki*, Organgewinnung 17 (mwN in FN 25).

²³⁷ Vgl zu diesem „Anlassfall“ *Fuhrmann*, Transplantate – § 190/1 StGB, RZ 1980, 259 (259); *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 68 ff; *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte der Verwendung von Organen Verstorbener, Lebender und Ungeborener, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 90 (90 f).

²³⁸ *Fuhrmann*, RZ 1980, 259.

Güterabwägung nicht rechtswidrig sein kann“. Die Ärzte könnten daher „vor Strafverfolgung wegen pflichtgemäßer Ausübung ihres Berufes“ sicher sein.²³⁹

In der Literatur wurde dennoch die Meinung vertreten, dass die erstgerichtliche Entscheidung nach geltender Rechtslage richtig und die Berufung auf § 25 KAG verfehlt war.²⁴⁰ Da dieses Ergebnis nicht „im Interesse einer fortschrittlichen Heilkunde“ sein könne, versuchte *Fuhrmann* Interpretationsmöglichkeiten zu entwickeln, die es ermöglichten bei geltender Rechtslage auch bei der Entnahme auf Vorrat weitere strafrechtliche Verfolgungen zu vermeiden. Dafür schlug er neben einer „Erweiterung des Erfordernisses der ‚unmittelbar drohenden Gefahr‘“ beim rechtfertigenden Notstand auch eine „teleologische Reduktion des Tatbestandes des § 190“ vor.²⁴¹

Die bestehende rechtliche Unsicherheit und der durch sie bedingte Rückgang der Zahl der durchgeführten Transplantationen²⁴² führte dazu, dass in der Literatur und von Seiten der Ärzteschaft zunehmend Stimmen laut wurden, die eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Frage forderten.²⁴³

Im Jänner 1982 brachte die Bundesregierung schließlich eine Regierungsvorlage ein, die die Organentnahme von Verstorbenen zu Heilzwecken einer ausdrücklichen Regelung zuführen und damit die bestehenden Unsicherheiten beseitigen sollte.²⁴⁴ Ziel war, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Anlassfall, die rechtliche Absicherung der Ärzte bei Transplantationen sicherzustellen, um negativen Entwicklungen für den medizinischen Fortschritt auf diesem Gebiet entgegen zu wirken²⁴⁵ und eine Zunahme an Transplantationen zu erreichen.²⁴⁶

Im Entstehungsprozess²⁴⁷ der Regelung standen im Wesentlichen zwei Fragen im Vordergrund: Zum einen auf welchen Kompetenztatbestand die Regelung gestützt und in welches

²³⁹ Zitiert nach *Fuhrmann*, RZ 1980, 259.

²⁴⁰ So etwa *Fuhrmann*, RZ 1980, 259 f; *Leukauf/Steininger*, StGB² § 190 Rz 10.

²⁴¹ *Fuhrmann*, RZ 1980, 260.

²⁴² Vgl StProtNR 15. GP 11625.

²⁴³ *Rieder*, ÖJZ 1978, 118; *Fuhrmann*, RZ 1980, 259 f. Vgl auch mwN *Franta*, Geschichtliche Entwicklung, 72 FN 255 sowie *Kopetzki*, Organgewinnung 18 FN 3.

²⁴⁴ Vgl ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 2.

²⁴⁵ Vgl StProtNR 15. GP 11623.

²⁴⁶ Vgl StProtNR 15. GP 11625.

²⁴⁷ Für eine ausführliche rechtshistorische Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 62a KAG vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 56 ff.

Gesetz sie aufgenommen werden sollte und zum anderen inwieweit der Wille des Verstorbenen bzw seiner Angehörigen für die Entnahmezulässigkeit entscheidend sein sollte.²⁴⁸

Aus kompetenzrechtlicher Sicht wurde insb eine Subsumtion unter die Kompetenztatbestände des Gesundheitswesens (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG), des Zivilrechtswesens bzw des Strafrechtswesens (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG), der Heil- und Pflegeanstalten (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) und des Leichen- und Bestattungswesens (Art 15 B-VG) diskutiert.²⁴⁹ Hinsichtlich des Ortes der Verankerung wurde sowohl eine Aufnahme in das KAG (entweder durch die Schaffung einer neuen Entnahmeerlaubnis²⁵⁰ oder durch Verankerung in der obduktionsrechtlichen Regelung des § 25 KAG²⁵¹) als auch die Schaffung eines Rechtfertigungsgrundes im Rahmen des § 190 StGB²⁵² in Erwägung gezogen. Für Befürworter der Subsumtion unter die Landeskompetenz des Leichen- und Bestattungswesens kamen als Regelungsort hingegen die landesrechtlichen Leichen- und Bestattungsgesetze in Betracht.²⁵³ Dass nur die Regelung der Leichenspende, nicht aber der Lebendspende, intendiert war, dürfte den Ausschlag dafür gegeben haben, dass die Schaffung eines eigenen Transplantationsgesetzes damals „nicht ernsthaft in Betracht gezogen wurde“.²⁵⁴

Die Erläuterungen stützten die vorgeschlagene transplantationsrechtliche Regelung schließlich auf den Kompetenztatbestand des Gesundheitswesens (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG). Begründend wird ausgeführt, dass das Ziel der geplanten Regelung „die Rettung des Lebens eines Menschen bzw. die Wiederherstellung der Gesundheit“ sei, während Zweck des Leichen- und Bestattungswesens „die Überwachung der Totenbeschau und der Handhabung der Gesetze über das Begräbniswesen, in Betreff der Begräbnisplätze, der

²⁴⁸ Vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 56 und 60.

²⁴⁹ Vgl zum Ganzen *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 62 ff sowie insb zu den Bemerkungen des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes zur kompetenzrechtlichen Problematik in Zusammenhang mit einer gesetzlichen Regelung der Organentnahme aus dem Jahr 1972 (GZ 83.855-2a/72), *dies*, Geschichtliche Entwicklung 65 f.

²⁵⁰ So bspw der Vorschlag der AUVA aus dem Jahr 1978. Vgl dazu *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 74 f.

²⁵¹ Vgl *Fuhrmann*, RZ 1980, 259. Für eine Legitimation der Organentnahme für Heilzwecke ohne Zustimmung durch eine diesbezügliche Klarstellung in § 25 Abs 1 KAG sprach sich bereits 1969 der OSR aus. Vgl dazu *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 62 f. Abweichend von der später in der RV zur KAG-Novelle vertretenen Ansicht, sprach sich auch das BMGU in einer Anfragebeantwortung im Jahr 1978 noch für eine ergänzende Klarstellung in § 25 KAG aus. Vgl wiederum *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 74.

²⁵² So bspw *Fuhrmann*, RZ 1980, 259.

²⁵³ So sprach sich bspw *Walter* 1972 in einem vom BMJ beauftragten Gutachten für eine Subsumtion unter den Kompetenztatbestand des „Leichen- und Bestattungswesens“ aus. Vgl *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 63 f.

²⁵⁴ *Kopetzki*, Organgewinnung 19. So war auch *Fuhrmann* seinerzeit der Auffassung, die Schaffung eines eigenen Transplantationsgesetzes stelle (rechtspolitisch, legistisch und weltanschaulich) ein so schwieriges Unterfangen dar, dass es „noch geraume Zeit dauern“ werde bis ein solches Gesetz vorliegt (*Fuhrmann*, RZ 1980, 259).

Ausgrabung und Überführung von Leichen, ...“ sei. Vorschriften über die Durchführung von Organentnahmen zum Zweck der Transplantationen fielen sohin nach dieser Begriffsbestimmung nicht unter den Begriff des Leichen- und Bestattungswesens. Was den „gleichfalls theoretisch in Frage kommenden Kompetenztatbestand“ Heil- und Pflegeanstalten betreffe, enthalte das KAG zwar im grundsatzgesetzlichen Teil eine die Obduktion betreffende Regelung, doch sei „daraus nicht abzuleiten, daß dieser Kompetenztatbestand des Art. 12 B-VG extensiv, dh. über organisatorische Regelungen hinausgehend, zu verstehen“ sei.²⁵⁵ Als Ort der Verankerung wurde letztlich trotz Subsumtion unter Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG das KAG gewählt: Unter dem Titel „Entnahme von Organen oder Organteilen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation“ wurden die §§ 62a bis c als unmittelbar anwendbares Bundesrecht²⁵⁶ eingefügt. Begleitende Grundsatzbestimmungen zur Verschwiegenheits- und Dokumentationspflicht wurden in §§ 9 und 10 KAG aufgenommen.²⁵⁷

Auch der inhaltlichen Entscheidung, inwieweit die Entnahme von einer Zustimmungserklärung abhängig sein soll bzw ob etwaige Widersprüche beachtet werden müssen, ging eine lange Auseinandersetzung voraus.²⁵⁸ Justizminister *Broda* vertrat bereits bei der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage im Jahr 1972 iSd Notstandslösung, dass zur Abwendung eines ernstlichen Gesundheitsschadens stets Organe entnommen werden dürfen.²⁵⁹ Dieser Meinung *Brodas* schloss sich in einer weiteren parlamentarischen Anfrage 1978 auch die Bundesministerin für Gesundheit und Umweltschutz an.²⁶⁰ Dementsprechend wurde in § 62a Abs 1 der RV zunächst das Modell der Notstandslösung verankert und folgende Formulierung vorgeschlagen: „Es ist zulässig, Verstorbenen einzelne Organe und Organteile zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen“.²⁶¹ Mit der Begründung, dass „den höherwertigen Rechtsgütern Rettung menschlichen Lebens und Wiederherstel-

²⁵⁵ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3. Für eine umfassende Auseinandersetzung mit kompetenzrechtlichen Fragen in Zusammenhang mit §§ 62a ff KAG vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 59 ff.

²⁵⁶ Soweit es sich auf den Kompetenztatbestand des Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG stützt, enthält das KAG (und nunmehr das KAKuG) nur Grundsatzregelungen, für deren Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung die Länder zuständig sind. Darüber hinaus enthält es im II. Teil jedoch auch auf verschiedene Kompetenztatbestände (ua Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) gestütztes, fugitives, unmittelbar anwendbares Bundesrecht, das in einer inhaltlichen Nahebeziehung zum Krankenanstaltenrecht steht. Vgl dazu *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I³ (2013) 377 (388 ff, 480).

²⁵⁷ RV 969 BlgNR 15. GP 1.

²⁵⁸ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 2.

²⁵⁹ Dazu *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 67.

²⁶⁰ Dazu *Franta*, Geschichtliche Entwicklung 72 ff.

²⁶¹ RV 969 BlgNR 15. GP 1.

lung der Gesundheit absoluter Vorrang“ (gegenüber der Pietät und der Achtung religiöser und philosophischer Überzeugungen) zukomme, wurde „davon Abstand genommen, eine Regelung im Sinne der sogenannten ‚Widerspruchslösung‘ bzw. ‚Zustimmungslösung‘ zu treffen“.²⁶²

Der Ausschuss für Gesundheit und Umweltschutz hielt an diesem absoluten Vorrang des Gesundheitsschutzes nicht fest. Vielmehr hielt er es „im Hinblick auf die Wahrung religiöser und philosophischer Überzeugungen“ für „geboten, auch einen im Zeitpunkt der vorgesehenen Entnahme vorliegenden Widerspruch des Verstorbenen bzw. seines gesetzlichen Vertreters zu beachten“. Daher stellte er den Antrag, den vorgeschlagenen § 62a Abs 1 KAG um folgenden Satz zu ergänzen: „Die Entnahme ist unzulässig, wenn den Ärzten eine Erklärung vorliegt, mit der der Verstorbene oder, vor dessen Tod, sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat. Die Entnahme darf nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen“.²⁶³ Damit sollte sichergestellt werden, dass „niemand gegen seinen Willen gezwungen wird, ein Organ zu spenden“ und dass es für jeden „eine absolute Garantie gibt, daß sein Wille respektiert wird“ und, wenn er es wünscht, „die Integrität seines Körpers erhalten bleibt“.²⁶⁴ Vorgeschlagen wurde somit eine enge Widerspruchslösung.

Der abgeänderte Gesetzesentwurf wurde in Folge vom NR einstimmig beschlossen²⁶⁵ und mit BGBl 1982/273 kundgemacht.

Mit diesem grds dem Gesundheitsinteresse der Organempfänger Vorrang vor der Totenruhe der Leichenspende einräumenden Regelungsmodell knüpfte der Gesetzgeber an die traditionelle Interessenabwägung des österreichischen Obduktionsrechts an.²⁶⁶ Eine gesellschaftspolitische Diskussion im Hinblick auf das gewählte Regelungsmodell – wie sie bei-

²⁶² ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 2.

²⁶³ Vgl AB 1089 BlgNR 15. GP 1 f. Der zweite aufzunehmende Satz sollte dabei die Anführung des Wortes „einzelne“ im ersten Satz unterstreichen.

²⁶⁴ Vgl StProtNR 15. GP 11626.

²⁶⁵ Vgl StProtNR 15. GP 11628.

²⁶⁶ Vgl StProtNR 15. GP 11626 (BM *Steyrer*: „Seit dem Jahre 1770 besitzt Österreich ein sehr modernes Obduktionsgesetz, das damals den Vorrang der Wissenschaft vor der Totenruhe arrogiert und festgestellt hat. [...] Ich glaube, daß analog diesem modernen Obduktionsgesetz eine solche Novelle zum Organ- und Transplantationsgesetz Berechtigung hat, weil hier das Vorrecht des Lebens vor der Totenruhe statuiert wurde.“) sowie dazu mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 20 und *Kopetzki*, Das Organtransplantationsgesetz (OTPG) 2012, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 35 (35 f).

spielweise im Vorfeld des Beschlusses des deutschen Transplantationsgesetzes geführt wurde²⁶⁷ – blieb in Österreich weitgehend aus.²⁶⁸

Neben der grundsätzlichen Entscheidung für die Widerspruchslösung (§ 62a Abs 1 KAG), enthielt die gesetzliche Regelung der Leichenspende im KAG Bestimmungen betreffend die Todesbestimmung (§ 62a Abs 2 KAG) und den Ort der Organentnahme (§ 62a Abs 3 KAG) sowie ein Gewinnverbot (§ 62a Abs 4 KAG), eine Ausnahme vom datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht (§ 62b KAG) und eine Verwaltungsstrafbestimmung zur Absicherung der Entnahmevoraussetzungen des § 62a KAG (§ 62c KAG).

C. Weitere Entwicklungen und der Weg zum OTPG

Seit Inkrafttreten der §§ 62a-c KAG im Jahr 1982 waren diese wiederholt Gegenstand rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung.²⁶⁹ Das Regelungsmodell der Widerspruchslösung wurde dabei überwiegend positiv beurteilt.²⁷⁰

Die Aktivität des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Transplantationsrechts beschränkte sich in weiterer Folge auf geringfügige und punktuelle Modifikationen: Mit BGBl 1993/801 wurde in § 10 Abs 1 Z 8 KAG zunächst eine Verpflichtung der Krankenanstalt zur Dokumentation von Widersprüchen gem § 62a KAG verankert. Nach einer Umbenennung des KAG in „Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten“ (KAKuG) mit BGBl I 2002/65 wurde § 62a Abs 1 KAKuG durch BGBl I 2004/35 dahingehend ergänzt, dass eine Widerspruchserklärung auch dann vorliegt, „wenn sie in dem beim Österreichischen Bundesinstitut für Gesundheitswesen geführten Widerspruchsregister eingetragen ist“. Mit BGBl I 2007/101 wurden in den §§ 62d und e KAKuG nähere Regelungen zum Wider-

²⁶⁷ Zum schwierigen Weg der Gesetzwerdung in Deutschland vgl statt vieler *Dippel* in FS Hanack 665 ff.

²⁶⁸ Vgl *Kopetzki*, Organengewinnung 22. Dass dieser Weg von den Parteien bewusst gewählt wurde, bringt der Abgeordnete *Wiesinger* (ÖVP) in seiner Wortmeldung (StProtNR 15. GP 11624) klar zum Ausdruck: „Wir hätten jetzt als Opposition [...] zwei Wege gehen können. Den einen Weg, nämlich zu sagen, ganz typisch, das ist hier eben ein materialistisches Gesetz, wo der Körper als Reparaturlager angesehen wird, und wir hätten in relativ kurzer Zeit eine sehr starke, unerfreuliche, emotionsgeladene Diskussion in der Öffentlichkeit gehabt. Wir sind bewußt diesen Weg nicht gegangen [...]“

²⁶⁹ Lediglich beispielhaft seien genannt: *Eder-Rieder*, Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, ÖJZ 1984, 289; *Holczabek/Kopetzki*, Wk klinische Wochenschriften 1986, 417; *Kopetzki*, Organengewinnung; *Kalchschmid*, Organtransplantation; *Hohmann*, Transplantationswesen sowie die Beiträge in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987); *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999); *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (2001).

²⁷⁰ MwN *Kopetzki*, Organengewinnung 22 f. Ablehnend hingegen *Edlbacher*, Der Stand der Persönlichkeitsrechte in Österreich, ÖJZ 1983, 423 (426).

spruchsregister geschaffen und eine Abfragepflicht der entnehmenden Krankenanstalt ausdrücklich verankert.²⁷¹ Im Rahmen der Erlassung des GSG mit BGBl I 2008/49 wurde § 62a KAKuG um einen Absatz 5 ergänzt, welcher den Vorrang von Organentnahmen vor der Entnahme von Zellen und Gewebe sicherstellen sollte.²⁷²

Die knappen Bestimmungen im KAKuG zur Leichenspende führten dazu, dass einige Rechtsfragen unbeantwortet bzw umstritten blieben. Die Lebendspende war zudem (abgesehen von ihrer krankenversicherungsrechtlichen Absicherung²⁷³) weiterhin nicht spezialgesetzlich geregelt und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen daher nach allgemeinen Regelungen des Zivil- und Strafrechts zu beurteilen. Trotz diesbezüglicher Forderungen in der Literatur²⁷⁴ blieben legislative Maßnahmen in Richtung einer umfassenden Regelung der Organtransplantation lange Zeit aus.

Erst die Verpflichtung zur Umsetzung der (Lebend- und Leichenspende betreffenden) RL 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe²⁷⁵ (in Folge: OrganRL) gab schließlich den Ausschlag für eine neuerliche rechtspolitische Auseinandersetzung mit dem Transplantationsrecht. Der quantitative Umfang der zur Umsetzung der RL notwendigen Bestimmungen dürfte zur Entscheidung beigetragen haben, diese nicht erneut ins KAKuG zu integrieren, sondern ein eigenes – auch die Lebendspende umfassendes – Materiengesetz zu schaffen. Am 9. 10. 2012 langte eine Regierungsvorlage hinsichtlich der Erlassung eines „Bundesgesetz[es] über die Transplantation menschlicher Organe (Organtransplantationsgesetz – OTPG)“ im Nationalrat ein.²⁷⁶ Durch dieses sollten „die der Richtlinienumsetzung dienenden Bestimmungen mit bereits bestehenden Regelungen“ auf dem Gebiet der Organtransplantation – insb der bewährten Widerspruchslösung – „zusammengefasst werden“. Für die bislang nicht explizit geregelte Lebendspen-

²⁷¹ Darüber hinaus wurde in § 62a Abs 1 KAKuG die Wortfolge „beim Österreichischen Bundesinstitut für Gesundheitswesen“ durch die Wortfolge „bei der Gesundheit Österreich GesmbH, Geschäftsbereich ÖBIG“ ersetzt.

²⁷² Daneben wurde in § 62c Abs 2 KAKuG ausdrücklich die Versuchsstrafbarkeit verankert.

²⁷³ Eine ausdrückliche krankenversicherungsrechtliche Absicherung von Lebendspendern durch § 120 Abs 2 ASVG (BGBl 1973/31) sowie Bestimmungen der korrespondierenden Sozialversicherungsgesetze erfolgte bereits 1973.

²⁷⁴ ZB (mit Entwurf eines Transplantationsgesetzes) *Barta/Kalchschmid*, Entwurf eines Transplantationsgesetzes (TPG ...), in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (2001) 43 (43 ff); *Hohmann*, Transplantationswesen 230.

²⁷⁵ Vgl dazu näher unten S 50 ff.

²⁷⁶ RV 1935 BlgNR 24. GP. Die RV wich dabei insb durch die Einführung einer Altersgrenze von 18 Jahren für die Lebendspende in einem wesentlichen Punkt vom Ministerialentwurf (401/ME 24. GP) ab.

de sollte erstmals ebenfalls „ein ausdrücklicher rechtlicher Rahmen“ vorgegeben werden.²⁷⁷

Aufgrund eines Abänderungsantrages der Abgeordneten *Oberhauser* und *Rasinger* als Mitglieder des Gesundheitsausschusses kam es in Folge noch zu geringfügigen Änderungen gegenüber der RV.²⁷⁸

Am 13. 11. 2012 (und damit nach Ablauf der Umsetzungsfrist der OrganRL²⁷⁹) wurden das OTPG und die begleitenden Bestimmungen bzw erforderlichen Anpassungen im KAKuG, dem AMG, dem GSG und dem GÖGG vom Nationalrat einstimmig beschlossen²⁸⁰ und in weiterer Folge mit BGBl I 2012/108 kundgemacht. Eine nennenswerte bioethische Diskussion im Vorfeld blieb wiederum aus.²⁸¹ In kompetenzrechtlicher Hinsicht wurde das Bundesgesetz in den Erläuterungen auf Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“), Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG („Gesundheitswesen“), Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG („Heil- und Pflegeanstalten“) sowie § 2 Abs 1 DSG 2000 gestützt. Die Bestimmungen des OTPG selbst werden „im Wesentlichen“ dem Kompetenztatbestand Gesundheitswesen zugerechnet.²⁸²

Angeregt durch mehrere Stellungnahmen²⁸³ und auf selbständigen Antrag des Gesundheitsausschusses²⁸⁴ wurden zugleich im ASVG sowie in den sonstigen Versicherungsge-

²⁷⁷ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 3.

²⁷⁸ In den §§ 9 und 10 wurden eine Verpflichtung zur Erstellung und Aushändigung eines risikobasierten Nachsorgeplanes für Lebendspender und eine entsprechende Ermächtigung zur Erarbeitung diesbezüglicher Verfahrensanweisungen aufgenommen. Vgl AB 1980 BlgNR 24. GP 1 f.

²⁷⁹ Gem Art 31 Abs 1 OrganRL wäre diese von den Mitgliedstaaten bis spätestens 27. 8. 2012 umzusetzen gewesen.

²⁸⁰ StProtNR 24. GP, 179. Sitzung 108.

²⁸¹ Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 35 („bioethische Fundamentaldiskussionen über das Transplantationsrecht im Allgemeinen und manche seiner Detailspekte im Besonderen [...], wie sie für andere Staaten charakteristisch sind, fanden weder im Parlament noch in den Medien statt“). Kritik mancher Abgeordneter an gewissen Aspekten des Gesetzes blieb jedoch nicht aus. Vgl zB StProtNR 24. GP, 179. Sitzung 101 (Abgeordneter *Karlsböck*: „[...] ich möchte die Gelegenheit für den Versuch nützen, im Rahmen dieser Debatte eine Diskussion über etwas Grundsätzliches, Ethisches anzustoßen, nämlich über die Problematik, die hinter der [...] Totspende [...] steht. [...] Rechtlich gesehen ist der Hirntod ein Kunstgriff, um Menschen, die noch nicht ganz tot sind, die Organe entnehmen zu können [...].“)

²⁸² ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 3. Zu kompetenzrechtlichen Überlegungen vgl *Heissenberger*, Das Bundesgesetz über die Transplantation menschlicher Organe und dessen wesentliche Neuerungen, RdM 2013/35, 50 (50 f) (insb hinsichtlich der Abgrenzung jener Bestimmungen, die unter den Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ zu subsumieren waren und daher in den ersten Teil des KAKuG aufgenommen wurden) sowie (zum GSG) *Stöger*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Kompetenzfragen der Gewebesicherheit, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 12 (43 ff).

²⁸³ Vgl bspw Stellungnahme des Landeskrankenhauses-Universitätsklinikums Graz, 5/SN-401/ME; Stellungnahme des Dachverbands Organtransplantierte Österreich, 10/SN-401/ME; Stellungnahme des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, 25/SN-401/ME.

²⁸⁴ Vgl AB und Antrag 1981 BlgNR 24. GP.

setzen Bestimmungen zur besseren sozialversicherungsrechtlichen Absicherung von Lebendspendern beschlossen.²⁸⁵

Mit BGBl II 2014/141 wurde gestützt auf die Ermächtigungen der §§ 14 Abs 4 und 17 Abs 2 OTPG die „Verordnung des Bundesministers für Gesundheit über die Organvigilanz“ (OVVO) erlassen.²⁸⁶

Das OTPG brachte damit erstmals eine sowohl die Lebend- als auch die Leichenspende umfassende, systematische Regelung des Rechtsgebiets der (Organ-)²⁸⁷Transplantation.²⁸⁸ Auch nach Inkrafttreten des OTPG und der begleitenden Bestimmungen weist die österreichische Regelung im internationalen Vergleich insgesamt noch immer eine geringe Determinierungsdichte auf.²⁸⁹

²⁸⁵ Siehe Bundesgesetz mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz und das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz geändert werden BGBl I 2012/107.

²⁸⁶ Die OVVO dient der Umsetzung der OrganDurchführungsRL.

²⁸⁷ Der sachliche Anwendungsbereich des OTPG beschränkt sich im Gegensatz zu den früheren Bestimmungen des KAKuG auf „solide“ Organe. Vgl zum Organbegriff des OTPG unten S 106 ff.

²⁸⁸ Vgl *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 35.

²⁸⁹ *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 38. So bleibt etwa die heikle Frage der Organallokation (vgl dazu unten S 219 ff) weiterhin gesetzlich weitgehend unregelt.

IV. Unions- und völkerrechtliche Determinanten des Transplantationsrechts

Das heute in Österreich geltende OTPG hat seinen Ursprung in weiten Teilen in der OrganRL. Entstehungsgeschichte, Regelungsziele und wesentlicher Inhalt dieser RL sollen daher dargestellt werden. In weiterer Folge wird ausgehend vom „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ die Frage beleuchtet, inwieweit die OrganRL von den Kompetenzen der Union gedeckt ist und der europäische Gesetzgeber somit zu deren Erlass befugt war. Auf den Aktionsplan als weiteren einschlägigen sekundärrechtlichen Akt wird ebenfalls hingewiesen. Zuletzt wird auf die Biomedizinkonvention des Europarates (in Folge: MRB) samt 2. Zusatzprotokoll (in Folge: 2. ZPMRB) als wesentliche völkerrechtliche Determinante des Transplantationsrechts eingegangen.

A. Die RL 2010/53/EU

1. Entstehungsgeschichte

Aufbauend auf zahlreichen Vorarbeiten hat die Kommission am 30. 5. 2007 eine Mitteilung betreffend Maßnahmen auf EU-Ebene zur Organspende und -transplantation an das Europäische Parlament und den Rat übermittelt.²⁹⁰ Diese enthielt Vorschläge für verschiedene EU-Maßnahmen im Bereich der Organtransplantation, darunter auch Maßnahmen auf Grundlage des damaligen Art 152 Abs 4 lit a EGV. In Reaktion darauf hat nach einer diesbezüglichen Schlussfolgerung des Rates²⁹¹ am 22. 4. 2008 das Europäische Parlament eine Entschließung zur Organspende und -transplantation²⁹² verabschiedet. Darin betont es, ua einem Vorschlag der Kommission für eine RL mit Vorschriften zur Sicherstellung der Qualität und Sicherheit der Organspende mit Interesse entgegenzusehen.²⁹³ Bereits Ende desselben Jahres legte die Kommission (zeitgleich mit einem Aktionsplan für Organspende und -transplantation²⁹⁴) einen entsprechenden RL-Entwurf²⁹⁵ vor. Nach umfangreicher

²⁹⁰ KOM(2007) 275 endg. Vgl dazu *Pühler/Middel/Schirmer/Hübner*, Zur Mitteilung der EU-Kommission zu Organspende und -transplantation [KOM (2007) 275 endg.], MedR 2007, 584 ff.

²⁹¹ Schlussfolgerungen des Rates zum Thema „Organspende und -transplantation“, ABl C 2012/396, 12.

²⁹² Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. April 2008 zu Organspende und -transplantation: Maßnahmen auf EU-Ebene, 2007/2210(INI).

²⁹³ Vgl zu diesen Entwicklungen die Einleitung der Begründung zum nachfolgenden Richtlinienentwurf KOM(2008) 818 endg 3.

²⁹⁴ Vgl dazu näher unten S 68 f.

²⁹⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, KOM(2008) 818 endg.

Überarbeitung des Entwurfes aufgrund zahlreicher Stellungnahmen der Mitgliedstaaten²⁹⁶ wurde schließlich die „Richtlinie 2010/45/EU des Europäischen Parlaments und des Rates der EU vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe“ erlassen und unter ABl L 2010/207, 14 kundgemacht. Die Bezeichnung der RL wurde in weiterer Folge durch ABl L 2010/243, 68 auf RL 2010/53/EU berichtigt.

2. Regelungsziel und wesentlicher Inhalt

Gegenstand der OrganRL ist gem Art 1 die Festlegung von „Vorschriften zur Sicherstellung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmte menschliche Organe“, mit dem Ziel, „ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten“. Durch gemeinsame Qualitäts- und Sicherheitsstandards auf Unionsebene erhofft sich der Unionsgesetzgeber den Organaustausch zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern, dadurch die Zahl der verfügbaren Organe zu erhöhen und durch die somit erzielbare bessere Übereinstimmung die Transplantationsqualität zu verbessern.²⁹⁷

Die OrganRL gilt für „Spende, Testung, Charakterisierung, Bereitstellung, Konservierung, Transport und Transplantation von Organen, die zu Transplantationszwecken bestimmt sind“. Werden solche Organe hingegen für Forschungszwecke verwendet, gilt die RL nur, insofern die Organe „zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt sind“ (Art 2 OrganRL). Die OrganRL enthält ua eine autonome Definition des Begriffs „Organ“. Darunter ist „ein differenzierte[r] Teil des menschlichen Körpers, der aus verschiedenen Geweben besteht und seine Struktur, Vaskularisierung und Fähigkeit zum Vollzug physiologischer Funktionen mit deutlicher Autonomie aufrechterhält“ zu verstehen.²⁹⁸

Zur Reduzierung der Risiken und zur Maximierung des Nutzens einer Organtransplantation verpflichtet die OrganRL die Mitgliedstaaten zur Implementierung eines Systems für Qualität und Sicherheit für alle Phasen von der Spende bis zur Transplantation und Entsorgung insb durch die Schaffung entsprechender Verfahrensanweisungen.²⁹⁹ Darüber hinaus legt die OrganRL Anforderungen an die an der Transplantation beteiligten Institutionen

²⁹⁶ Vgl dazu und insb zu der von der Bundesrepublik Deutschland geäußerten Kritik hinsichtlich der Rechtssetzungskompetenz der EU *Bulach in Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) Einführung Rz 1.

²⁹⁷ Vgl ErwGr 4-6 OrganRL.

²⁹⁸ Art 3 lit h OrganRL. Nicht unter die OrganRL fallen somit Blut (RL 2002/98/EG) sowie Gewebe und Zellen (RL 2004/23/EG).

²⁹⁹ Vgl Art 4 Abs 1 und 2 sowie ErwGr 9 OrganRL.

(von den Bereitstellungorganisationen³⁰⁰ gem Art 3 lit k OrganRL über die Transplantationszentren³⁰¹ gem Art 3 lit r OrganRL bis hin zu den Labors³⁰²) und Personen³⁰³ fest. Im Vorfeld einer Transplantation sollen genügend Informationen verfügbar gemacht werden, um potenzielle Spender zu beurteilen und eine fundierte Nutzen-Risiko-Analyse vornehmen zu können.³⁰⁴ Demgemäß normiert Art 7 iVm dem Anhang der OrganRL einen Satz von Mindestangaben (Teil A des Anhangs), die – abgesehen von besonderen (Not-)Fällen – für jede Spende erhoben werden müssen, sowie ergänzende Angaben (Teil B des Anhangs), die uU zusätzlich zu erheben sind. Art 8 OrganRL enthält Anforderungen an den Transport der Organe. Gem Art 10 OrganRL haben die Mitgliedstaaten durch Einführung eines Spender- und Empfängeridentifikationssystems sicherzustellen, dass alle Organe vom Spender bis zum Empfänger zurückverfolgt werden können und die für eine lückenlose Rückverfolgbarkeit erforderlichen Daten mindestens 30 Jahre aufbewahrt werden. So soll gewährleistet werden, dass im Fall von Komplikationen Warnungen ausgelöst werden können. Durch die Verknüpfung mit der Verpflichtung zur Schaffung eines Systems für die Meldung, Untersuchung, Registrierung und Übermittlung von Informationen über schwerwiegende Zwischenfälle und unerwünschte Reaktionen im Zusammenhang mit Organtransplantationen (Art 11 OrganRL) sollen „lebenswichtige Interessen der Betroffenen“ geschützt werden.³⁰⁵

Das Kapitel III der OrganRL enthält Vorschriften zum „Schutz des Spenders und des Empfängers sowie [zur] Auswahl und Beurteilung der Spender“. Spenden von Organen Lebender und Verstorbener dürfen zunächst nur freiwillig erfolgen (Art 13 Abs 1 OrganRL). Die Bereitstellung von Organen darf gem Art 14 OrganRL erst erfolgen, „wenn alle im betreffenden Mitgliedstaat geltenden Anforderungen an die Einwilligung, Ermächtigung oder das Fehlen eines Widerspruchs erfüllt sind“. Darüber hinaus enthält Art 15 OrganRL zur Sicherstellung des höchstmöglichen Schutzes von Lebendspendern weitere Vorgaben hinsichtlich deren Auswahl, der zu führenden Aufzeichnungen sowie der Nachsorge der Lebendspender. Während Art 15 Abs 2 des RL-Vorschlages³⁰⁶ noch explizit vorsah, nicht nur Lebendspender auszuschließen, deren Spende „ein Gesundheitsrisiko für andere“ (zB

³⁰⁰ Siehe Art 5 und 6 OrganRL.

³⁰¹ Siehe Art 9 OrganRL.

³⁰² Siehe Art 7 Abs 4 OrganRL.

³⁰³ Vgl Art 12 sowie Art 4 Abs 3 OrganRL.

³⁰⁴ Vgl ErwGr 11 und 12 OrganRL.

³⁰⁵ Vgl ErwGr 15 OrganRL. Das Meldesystem der OrganRL soll zudem mit jenem auf Grundlage der GewebeRL verbunden werden (vgl Art 11 Abs 5 OrganRL sowie ErwGr16 OrganRL).

³⁰⁶ KOM(2008) 818 endg.

durch Krankheitsübertragung) darstellt, sondern auch solche, deren Spende „ein schwerwiegendes Risiko für sie selbst darstellen könnte“ und damit *offen* auch paternalistische Züge trug,³⁰⁷ spricht Art 15 Abs 2 der OrganRL nur noch allgemein vom Ausschluss von Personen „deren Spende zu unzumutbaren Gesundheitsrisiken führen könnte“. Zudem wird in ErwGr 23 der OrganRL festgehalten, dass der potenzielle Lebendspender „eine unabhängige Entscheidung auf der Grundlage aller sachdienlichen Informationen treffen können“ muss und daher „im Voraus über Zweck und Art der Spende sowie Folgen und Risiken aufgeklärt werden“ sollte. Im verbindlichen Text der OrganRL findet sich das Erfordernis des „informed consent“ hingegen nicht.³⁰⁸ Daneben normiert die OrganRL in Art 13 ein umfassendes Organhandelsverbot: Demnach hat nicht nur die Spende – abgesehen von gewissen Entschädigungen (Abs 2) – „unentgeltlich“ zu erfolgen (Abs 1), sondern auch „die Bereitstellung von Organen auf nichtkommerzieller Grundlage“ zu erfolgen (Abs 4). Begleitet wird dieses Organhandelsverbot von einem Verbot, „für den Bedarf an Organen oder deren Verfügbarkeit in der Absicht“ zu werben, „finanziellen Gewinn oder vergleichbare Vorteile in Aussicht zu stellen oder zu erzielen“ (Abs 3).

Art 16 OrganRL enthält Vorgaben für den Schutz von im Zusammenhang mit Organspenden verarbeiteten personenbezogenen Daten, insb um die Identifizierung von Spendern und Empfängern zu verhindern.

Gem Art 17 OrganRL haben die Mitgliedstaaten eine oder mehrere³⁰⁹ zuständige Behörden zu benennen, welche die durch die RL übertragenen Aufgaben (insb durch Maßnahmen gem Art 17 Abs 2 OrganRL) zu erfüllen haben.³¹⁰ Zusätzlich errichtet die Kommission „zum Zweck des Informationsaustauschs über die bei der Durchführung dieser Richtlinie gewonnenen Erfahrungen“ ein „Netzwerk der zuständigen Behörden“ (Art 19 OrganRL), an dem sich die Mitgliedstaaten „nach Möglichkeit“³¹¹ zu beteiligen haben. Der Organaustausch mit Drittstaaten muss gem Art 20 OrganRL überwacht werden (Abs 1 und 2). Er ist nur gestattet, wenn sichergestellt wird, dass die Organe zurückverfolgt werden können und

³⁰⁷ Vgl dazu *Bruckmüller/Schumann*, Organmangel und Organspende – Europarechtliche Rechtsetzung und nationaler Anpassungsbedarf, in *Kierein/Lanske/Wenda* (Hrsg), JB Gesundheitsrecht 2010 (2010) 67 (72).

³⁰⁸ Art 15 Abs 1 des RL-Vorschlages (KOM[2008] 818 endg) enthielt hingegen noch eine solche Aufklärungsverpflichtung.

³⁰⁹ Vgl jedoch ErwGr 24 OrganRL, der die Empfehlung Rec(2006)15 des Ministerkomitees des Europarats wiederholt, nach der es sich empfiehlt, „eine einzige gemeinnützige, amtlich anerkannte Einrichtung mit der Gesamtverantwortung für Spende, Zuteilung, Rückverfolgbarkeit und Rechenschaftspflicht zu betrauen“.

³¹⁰ Die Mitgliedstaaten können gem Art 17 Abs 1 2. Satz „alle oder einen Teil der Aufgaben“, die einer zuständigen Behörde gem der OrganRL übertragen wurden, allerdings auch „einer anderen Stelle übertragen, die gemäß den einzelstaatlichen Vorschriften als dafür geeignet befunden wurde“.

³¹¹ Vgl Art 17 Abs 2 lit f OrganRL.

Qualitäts- und Sicherheitsanforderungen erfüllt werden, die jenen der OrganRL gleichwertig sind (Abs 3). Art 21 OrganRL ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu, Vereinbarungen mit europäischen Organisationen für Organaustausch zu schließen und gewisse Aufgaben an diese zu delegieren.

Gem Art 23 der OrganRL sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Verstöße gegen die aufgrund der RL erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften (entsprechend dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot³¹²) „wirksam, angemessen und abschreckend“ zu sanktionieren.

Art 29 OrganRL ermächtigt die Kommission „zur einheitlichen Umsetzung“ der RL ausführliche Durchführungsvorschriften zu gewissen Aspekten des Organaustauschs zwischen Mitgliedstaaten zu erlassen. Auf dieser Grundlage basiert die „Durchführungsrichtlinie 2012/25/EU der Kommission vom 9. Oktober 2012 zur Festlegung von Informationsverfahren für den Austausch von zur Transplantation bestimmten Organen zwischen den Mitgliedstaaten“ (in Folge: OrganDurchführungsRL). Durch die dort enthaltenen einheitlichen Regeln für die Verfahren der Übermittlung von Informationen über die Charakterisierung von Organen und Spendern und für die Sicherstellung der Rückverfolgbarkeit von Organen sowie die Meldung schwerwiegender Zwischenfälle und unerwünschter Reaktionen sollen „für die ausgetauschten Organe die höchsten Qualitäts- und Sicherheitsstandards“ gewährleistet werden.³¹³

3. Kompetenzrechtliche Deckung

a) Allgemeine kompetenzrechtliche Grundlagen

Für die *Abgrenzung* der Zuständigkeiten der Union gilt der „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“ (Art 5 Abs 1 1. Satz EUV). Das bedeutet, dass die Union nur innerhalb der Grenzen jener Zuständigkeiten tätig werden darf, „die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“. Alle „der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten“ verbleiben hingegen bei den Mitgliedstaaten (Art 5 Abs 2 EUV). Die EU verfügt somit anders als der nationale Gesetzgeber über keine sog „Kompetenz-Kompetenz“, sodass ohne Zustimmung der Mitgliedstaaten (im Wege einer Vertragsänderung) keine neuen Kompetenzen auf die EU übertragen

³¹² Dazu und zu sonstigen unionsrechtlichen Anforderungen an mitgliedstaatliche Sanktionen vgl mwN *Bruckmüller/Schumann* in JB Gesundheitsrecht 2010 73 f.

³¹³ Vgl ErwGr 27 OrganRL.

gen werden können.³¹⁴ Der Inhalt der bestehenden Ermächtigungen ist „durch Auslegung anhand von Ziel und Zweck der betreffenden Bestimmung in Verbindung mit dem Grundsatz des *effet utile* zu ermitteln“.³¹⁵

Bei der *Ausübung* der übertragenen Zuständigkeiten hat die Union zudem die Prinzipien der „Subsidiarität“ und der „Verhältnismäßigkeit“ zu beachten (vgl Art 5 Abs 1 2. Satz EUV).³¹⁶ Nach dem Subsidiaritätsprinzip des Art 5 Abs 3 EUV wird die Union in den Bereichen, die nicht (gem Art 3 AEUV) in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit (1) „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen“ von den Mitgliedstaaten nicht „ausreichend verwirklicht werden können“, sondern (2) „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“.³¹⁷ Beide dieser Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.³¹⁸ Maßnahmen der Union dürfen zudem gem Art 5 Abs 4 EUV nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit inhaltlich und formal „nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß“ hinausgehen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betrifft somit die *Intensität* der Maßnahme in Hinblick auf ihre Bindungswirkung (zB RL vor VO) und ihre Regelungsdichte,³¹⁹ während das Subsidiaritätsprinzip die vorgelagerte Frage behandelt, *ob* die EU überhaupt handeln soll.³²⁰

Art 2 AEUV gibt einen Überblick über die Arten der Zuständigkeiten der Union und unterscheidet insb zwischen ausschließlichen Zuständigkeiten (Abs 1), geteilten Zuständigkeiten (Abs 2) sowie Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen (Abs 5). Die Art 3 bis 6 AEUV konkretisieren die jeweiligen Kategorien.³²¹ Im Rahmen der in Art 3 AEUV abschließend aufgezählten Sachgebiete, in denen der EU eine ausschließliche Zuständigkeit zukommt, sind (abgesehen von engen Ausnahmen) allein die Organe der EU

³¹⁴ Langguth in Lenz/Borchart (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 5 EUV Rz 5. Vgl zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung statt vieler mwN Lienbacher in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 5 EUV Rz 6 ff; Streinz in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 5 EUV Rz 8 ff.

³¹⁵ Geiger in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV⁵ (2010) Art 5 EUV Rz 3.

³¹⁶ Allgemein zu diesen beiden Prinzipien statt vieler Geiger in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV⁵ Art 5 EUV Rz 5 ff.

³¹⁷ Vgl hierzu ErwGr 28 OrganRL: „Da die Ziele dieser Richtlinie [...] von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können und daher unter Berücksichtigung des Umfangs der Maßnahmen besser auf Unionsebene zu verwirklichen sind, kann die Union in Einklang mit dem in Art 5 des Vertrages über die Europäische Union niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden“.

³¹⁸ Geiger in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV⁵ Art 5 EUV Rz 12; Langguth in Lenz/Borchart, EU-Verträge⁶ Art 5 EUV Rz 22.

³¹⁹ Geiger in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV⁵ Art 5 EUV Rz 18.

³²⁰ Langguth in Lenz/Borchart, EU-Verträge⁶ Art 5 EUV Rz 36.

³²¹ Vgl zum Ganzen mwN Pelka in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 2 AEUV Rz 1 ff.

befugt legislativ tätig zu werden, während die Mitgliedstaaten unbedingt und dauerhaft von der Rechtsetzung ausgeschlossen sind.³²² Den Regelfall des Kompetenzverhältnisses bildet die geteilte Zuständigkeit. In den erfassten Bereichen können grds Union und Mitgliedstaaten tätig werden und verbindliche Rechtsakte setzen. Die Kompetenz der Mitgliedstaaten wird jedoch sofern und soweit ausgeschlossen, als die Union von ihrer Regelungskompetenz (durch Erlass von Sekundärrecht) Gebrauch gemacht hat.³²³ Gem der Generalklausel des Art 4 Abs 1 AEUV liegt eine geteilte Zuständigkeit immer dann vor, wenn der EU durch die Verträge außerhalb der in den Art 3 AEUV (ausschließliche Zuständigkeiten) und Art 6 AEUV (Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen) genannten Bereichen eine Zuständigkeit übertragen wird. Die Aufzählung des Art 4 Abs 2 AEUV ist somit nur eine exemplarische Darstellung typischer Hauptfelder einer geteilten Zuständigkeit.³²⁴ Die „weichen“ Koordinierungs-, Unterstützungs- und Ergänzungskompetenzen (Art 6 AEUV) stellen als dritte Kategorie jene Bereiche dar, für die grds die Mitgliedstaaten zuständig sind. Deren Zuständigkeit darf hier durch Maßnahmen der EU lediglich unterstützt, nicht hingegen verdrängt werden. Zwar können Maßnahmen dieser Kategorie auch in Form verbindlicher Rechtsakte gesetzt werden, es besteht jedoch ein strenges „Harmonisierungsverbot“.³²⁵ Vor allem kommt in diesen Bereichen die finanzielle oder anderweitige Förderung von Projekten durch die Union als Unterstützung der Mitgliedstaaten in Betracht.³²⁶

Weder Art 2 AEUV noch die Art 3 ff AEUV sind für sich befugnisbegründend. Der konkrete Umfang einer Unionszuständigkeit und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich vielmehr erst aus den Vertragsbestimmungen zu den einzelnen Bereichen.³²⁷

b) Art 168 AEUV als Kompetenzgrundlage im Gesundheitswesen

Ein eigenständiger³²⁸ Politikbereich und – vorerst vergleichsweise schwacher³²⁹ – Kompetenztitel „Gesundheit“ wurde erst 1992 mit dem Vertrag von Maastricht³³⁰ durch Aufnah-

³²² Vgl mwN *Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ (2010) Art 2 AEUV Rz 3; *Pelka in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 2 AEUV Rz 8 ff.

³²³ Vgl *Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 2 AEUV Rz 4; *Pelka in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 2 AEUV Rz 13 ff.

³²⁴ *Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ (2010) Art 4 AEUV Rz 2 f; *Pelka in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 4 AEUV Rz 2 f.

³²⁵ *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 2 AEUV Rz 35 (Stand 52. Lfg, 1. 2014).

³²⁶ *Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 2 AEUV Rz 6 sowie zum Ganzen näher *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 2 AEUV Rz 34 ff.

³²⁷ *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 2 AEUV Rz 15.

me in den Aufgabenkatalog des Art 3 Abs 1 lit o EGV („Beitrag zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus“) und Einfügen eines Art 129 EGV unter dem Titel „Gesundheitswesen“ geschaffen.³³¹ Durch den 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam³³² wurde die Kompetenz der EU im Bereich des Gesundheitsschutzes erweitert, indem sie erstmals nicht mehr auf eine bloß ergänzende und fördernde Tätigkeit beschränkt war, sondern durch Art 152 Abs 4 EGV in begrenztem Rahmen ermächtigt wurde, legislativ-harmonisierende Maßnahmen zu erlassen.³³³ Mit 1. 12. 2009 wurde durch den Vertrag von Lissabon³³⁴ der EGV in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) umbenannt und hat eine neue Artikelabfolge erhalten. Mit der Überführung von Art 152 EGV in Art 168 AEUV kam es erneut zu Klarstellungen und Konkretisierungen, aber auch zu neuerlichen Kompetenzerweiterungen.³³⁵

Heute kann in Bezug auf die in Art 168 AEUV eingeräumten Kompetenzen im Gesundheitswesen³³⁶ unterschieden werden zwischen jenen Bereichen, in denen gem Art 2 Abs 2 und Art 4 Abs 2 lit k AEUV („gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte“) eine geteilte Zuständigkeit zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten besteht, und jenen (sonstigen) Bereichen der Gesundheitspolitik, in denen die Union gem Art 2 Abs 5 und Art 6 lit a

³²⁸ Zur Rolle gesundheitlicher Aspekte auf Gemeinschaftsebene vor 1992 vgl *Berg* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 168 AEUV Rz 1 f; *Schneider* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 168 Rz 1 (Stand 143. Lfg, 2012); *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 168 AEUV Rz 1 f (Stand 44. Lfg, 5. 2011); *Lurger* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 168 AEUV Rz 3.

³²⁹ So besaß die EU weiterhin keine Kompetenz für Maßnahmen mit materiellem Regelungscharakter, sondern blieb darauf beschränkt, durch Fördermaßnahmen und Empfehlungen einen „Beitrag“ zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus zu leisten. Siehe mwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht (2011) 4 FN 19; vgl auch *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 3; *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 3; *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 4.

³³⁰ ABI C 1992/191, 1.

³³¹ Vgl dazu *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 4; *Schneider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 2; *Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ (2010) Art 168 AEUV Rz 1.

³³² ABI C 1997/340, 1.

³³³ *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 4; *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 4; *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 8.

³³⁴ ABI C 2007/306, 1.

³³⁵ Für eine Darstellung der Änderungen vgl zB *Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 168 AEUV Rz 2; *Fischer* in *Lenz/Borchart* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 168 AEUV Rz 2; *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 9.

³³⁶ Der (nicht näher definierte) Begriff der Gesundheit umfasst neben der körperlichen auch die geistige Gesundheit. Art 168 AEUV kann jedoch nur insoweit herangezogen werden, als die Allgemeinheit vor Gesundheitsgefahren geschützt werden soll, sodass mit Gesundheitswesen (als Übersetzung von „public health“) die öffentliche Gesundheit (vgl Art 4 Abs 2 lit k AEUV) gemeint ist. Zu diesen Elementen des Gesundheitsbegriffs sowie zur (primär) präventiven Ausrichtung des „Gesundheitswesens“ vgl *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 168 AEUV Rz 4 ff; *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 7 ff; *Schneider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 4 f; *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 2 sowie 10 f.

AEUV („Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit“) lediglich befugt ist, Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Koordinierung zu ergreifen.³³⁷ Darüber hinaus hat die EU nach der Querschnittsklausel des Art 168 Abs 1 1. Satz AEUV generell bei allen ihren Maßnahmen „ein hohes Gesundheitsschutzniveau“ sicherzustellen.³³⁸

Art 4 Abs 2 lit k AEUV („hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte“) verweist auf Art 168 Abs 4 AEUV,³³⁹ der in lit a eine geteilte Zuständigkeit und somit eine materielle Rechtsetzungskompetenz der EU hinsichtlich „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate“ („Substanzkompetenz“) enthält. In diesem Bereich kann die EU „eine autonome Gesundheitspolitik verfolgen“, ohne dabei an ein Harmonisierungsverbot gebunden zu sein.³⁴⁰ Von der EU gestützt auf Art 168 Abs 4 lit a AEUV getroffene Regelungen stellen jedoch lediglich Mindestanforderungen dar und hindern die Mitgliedstaaten somit nicht daran, selbst strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen (Art 168 Abs 4 lit a letzter Satz AEUV).³⁴¹ Die Sperrwirkung des Art 2 Abs 2 AEUV wird insofern relativiert.³⁴² Aus dem Hinweis auf das „ordentliche Gesetzgebungsverfahren“ (nach Art 294 AEUV) in Art 168 Abs 4 erster Satz AEUV ergibt sich (iVm Art 289 Abs 1 AEUV), dass als „Maßnahmen“ nur VO, RL und Beschlüsse in Betracht kommen.³⁴³ Für den Erlass von (Mindest-)Qualitäts- und Sicherheitsstandards eignen sich aufgrund des den Mitgliedstaaten verbleibenden Handlungsspielraumes RL am besten.³⁴⁴

Außerhalb der Handlungsfelder des Art 168 Abs 4 AEUV und damit in allen anderen Tätigkeitsfeldern der EU in der Gesundheitspolitik gem Art 168 AEUV bleibt es bei den unterstützenden, koordinierenden und ergänzenden Zuständigkeiten iSd Art 6 AEUV, die jegliche Harmonisierung ausschließen.³⁴⁵ Dementsprechend wird die Union in Art 168

³³⁷ Vgl bspw *Berg in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 6; *Lurger in Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 38; *Fischer in Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 168 AEUV Rz 11 f.

³³⁸ Vgl bspw *Lurger in Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 24; *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 82 f.

³³⁹ *Lenski in Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 4 AEUV Rz 19.

³⁴⁰ MwN *Wollenschläger*, Die Transplantation menschlicher Organe als neues Feld der EU-Gesundheitspolitik: Kompetentielle Möglichkeiten und Grenzen nach Lissabon und die neue EU-Richtlinie zur Organtransplantation, in FS Scheuing (2011) 447 (454).

³⁴¹ Vgl *Berg in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 21; *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 46.

³⁴² *Wollenschläger* in FS Scheuing 454.

³⁴³ Vgl *Fischer in Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 168 AEUV Rz 14; *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 41.

³⁴⁴ *Berg in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 22.

³⁴⁵ Vgl *Fischer in Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 168 AEUV Rz 11 f.

Abs 5 AEUV zum Erlass von Fördermaßnahmen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ermächtigt bzw kann der Rat gem Abs 6 dieser Bestimmung unverbindliche Empfehlungen abgeben.³⁴⁶ Zu den ergänzenden Tätigkeiten zählt weiters die Förderung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten gem Art 168 Abs 2 AEUV.³⁴⁷

c) Kompetenzrechtliche Deckung der OrganRL durch Art 168 Abs 4 lit a AEUV

Auf Grundlage der „Substanzkompetenz“ (damals des Art 152 Abs 4 EGV) wurden bereits die BlutRL (national umgesetzt durch das BSG) sowie die GewebeRL (national umgesetzt durch das GSG) erlassen. Auch die OrganRL stützt sich nun „insbesondere“ auf Art 168 Abs 4 AEUV. Dieser stellt somit nach Auffassung des Unionsgesetzgebers die Rechtsgrundlage dar, die die hauptsächliche oder überwiegende Zielsetzung oder Komponente der OrganRL erfordert.³⁴⁸ Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob Art 168 Abs 4 lit a AEUV eine ausreichende kompetenzrechtliche Grundlage für alle in der OrganRL enthaltenen Bestimmungen darstellt.

Der Wortlaut des Art 168 Abs 4 lit a AEUV deckt lediglich „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards“ ua für Organe. Unter Standards iSd Art 168 AEUV sind „Parameter für die Beschaffenheit von Substanzen“ zu verstehen,³⁴⁹ die insofern erforderlich sind, als sie den grenzüberschreitenden Austausch vereinfachen.³⁵⁰ Da der Wortlaut des Art 168 Abs 4 lit a AEUV außerdem eine Einschränkung auf *qualitäts- und sicherheitsrelevante* Standards vornimmt, ist bei der Abgrenzung der Unionskompetenz zu jener der Mitgliedstaaten darauf abzustellen, ob ein zu regelnder Faktor direkt oder indirekt Einfluss auf die qualitative Beschaffenheit oder Sicherheit der Substanz und damit auf die Gesundheit der Empfänger haben kann.³⁵¹ In Betracht kommen daher bspw Vorgaben für

³⁴⁶ Dazu näher *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 64 ff.

³⁴⁷ *Lurger in Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 43.

³⁴⁸ Vgl dazu bspw EuGH 8. 9. 2009, C-411/06, *Kommission/Parlament und Rat* („Ergibt die Prüfung eines Gemeinschaftsrechtsakts, dass er zwei Zielsetzungen hat oder zwei Komponenten umfasst, und lässt sich eine von ihnen als die hauptsächliche oder überwiegende ausmachen, während die andere nur nebensächliche Bedeutung hat, so ist der Rechtsakt nur auf eine Rechtsgrundlage zu stützen, und zwar auf die, die die hauptsächliche oder überwiegende Zielsetzung oder Komponente erfordert“) sowie mwN *Stöger in Kopetzki* 13 (FN 10).

³⁴⁹ *Berg in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 21; ebenso *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 45.

³⁵⁰ Vgl *Berg in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 26; *Lurger in Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 21.

³⁵¹ *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 8; *Kopetzki*, Die EG als Normsetzer im Gesundheitsrecht vor dem Hintergrund des Art. 152 EGV? in *Lilie/Bernat/Rosenau* (Hrsg), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem (2009) 139 (142).

effiziente Tests der Spender bzw der gespendeten Substanzen, für die Lagerung der Substanzen, für die entsprechende Dokumentation, das Meldewesen sowie qualitäts- und sicherheitsbezogene Vorgaben für den Betrieb und das Personal von beteiligten Einrichtungen.³⁵²

Ausdrücklich unberührt von der Kompetenz des Art 168 Abs 4 lit a AEUV bleiben gem Art 168 Abs 7 letzter Satz AEUV „die einzelstaatlichen Regelungen über die Spende oder die medizinische Verwendung von Organen und Blut“.³⁵³ Der als Folge zT vertretenen Auffassung, wonach der Spendevorgang generell³⁵⁴ bzw sämtliche Maßnahmen in Hinblick auf Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Organentnahme³⁵⁵ nicht auf Art 168 Abs 4 lit a AEUV gestützt werden könnten, ist in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen. Vielmehr können sich die Harmonisierungskompetenz bezüglich Qualitäts- und Sicherheitsstandards und der phasenformulierte Vorbehalt hinsichtlich der Spende und medizinischen Verwendung von Organen überschneiden.³⁵⁶ Gewisse Voraussetzungen für die Spende bzw Bestimmungen über eine ordnungsgemäße Entnahme sind also dann von der Kompetenz des Art 168 Abs 4 lit a AEUV erfasst, wenn sie Auswirkungen auf die Organbeschaffenheit haben und sich insofern als qualitäts- und sicherheitsrelevant erweisen.³⁵⁷

Keine qualitätsrelevanten Faktoren sind nach hM ethische und rechtspolitische Aspekte. Auf die Bestimmung des Art 168 Abs 4 lit a AEUV können sich deshalb keine Bestimmungen über Patientenrechte bzw den Schutz der Spender stützen.³⁵⁸ Auch die Frage der Verteilung der verfügbaren Organe („Allokation“) fällt als nicht qualitätsrelevante Frage der „Verwendung“ nicht unter die Substanzkompetenz der EU.³⁵⁹

³⁵² Zu diesen und weiteren Bsp für erfasste Faktoren vgl *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 45; *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 25.

³⁵³ Diese Bereiche stellen Aspekte der „medizinischen Versorgung“ dar, bezüglich derer gem Art 168 Abs 7 Satz 1 AEUV „die Verantwortung der Mitgliedstaaten“ generell gewahrt werden muss. Vgl *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 21.

³⁵⁴ In diese Richtung *Norba*, Rechtsfragen 341 f.

³⁵⁵ So etwa *Nickel/Schmid-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz Einführung Rz 16.

³⁵⁶ Vgl dazu *Wollenschläger* in FS Scheuing 455.

³⁵⁷ Vgl *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 26; *Wollenschläger* in FS Scheuing 455; in diese Richtung wohl im Ergebnis auch *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 45 sowie *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 21.

³⁵⁸ Vgl *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 45; *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 26; *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 21; *Kopetzki* in *Lilie/Bernat/Rosenau* 142; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 8.

³⁵⁹ Vgl mwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 9.

Der überwiegende Teil der Bestimmungen der OrganRL legt ohne Zweifel Qualitäts- und Sicherheitsstandards fest und hält sich somit im Rahmen der Substanzkompetenz.³⁶⁰ So haben etwa die Anforderungen an die beteiligten Organisationen und Personen, die Organ- und Spendercharakterisierung und den Transport sowie die Bestimmungen über die Rückverfolgbarkeit und das zu implementierende Meldesystem direkt, aber jedenfalls indirekt, Einfluss auf die Qualität und Sicherheit der Organe. Auch die Regelung über den Organ-austausch mit Drittländern des Art 20 OrganRL hat offensichtlich das Ziel, Unionsbürger vor den Gefahren von nicht ausreichenden Qualitätsstandards unterliegenden Organen aus Drittstaaten zu schützen und stellt somit eine spezifisch sicherheitsbezogene Regelung dar.³⁶¹

Einzelne Bestimmungen der OrganRL lassen eine solche qualitäts- und sicherheitsbezogene Relevanz – zumindest auf den ersten Blick – hingegen nicht erkennen, sodass ihre kompetenzrechtliche Deckung fraglich ist. Dazu zählen vorwiegend die Bestimmungen des Kapitels III und hier insb die Regelungen über die Grundsätze der Freiwilligkeit (Art 13 Abs 1 und Art 14 OrganRL) und Unentgeltlichkeit (Art 13 OrganRL) der Organspende.³⁶²

So verpflichtet Art 13 Abs 1 OrganRL die Mitgliedstaaten ua dazu sicherzustellen, dass Organspenden von lebenden und verstorbenen Spendern unentgeltlich erfolgen. Gem Art 13 Abs 4 OrganRL stellen die Mitgliedstaaten zudem sicher, dass die „Bereitstellung von Organen auf nichtkommerzieller Grundlage erfolgt“.³⁶³ Dieses Gewinnverbot flankierend bestimmt Art 13 Abs 3 OrganRL, dass „für den Bedarf an Organen oder deren Verfügbarkeit“ nicht in der Absicht geworben werden darf, „finanziellen Gewinn oder vergleichbare Vorteile in Aussicht zu stellen oder zu erzielen“.³⁶⁴

³⁶⁰ So auch *Wollenschläger* in FS Scheuing 459 sowie zur kompetenzrechtlich ähnlichen Problematik der GewebeRL *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 9.

³⁶¹ Vgl *Stöger* in *Kopetzki* 38 f. Zustimmend auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 9 FN 49.

³⁶² Vgl für einen Überblick über den Meinungsstand zur kompetenzrechtlichen Deckung dieser Regelungen *Schneider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 20. Fraglich ist zudem die Kompetenz zur Auferlegung einer „Bemühungspflicht“ hinsichtlich der Nachsorge der Lebendspender in Art 15 Abs 4 OrganRL, da diese keinerlei Zusammenhang zur Substanzqualität und -sicherheit mehr aufweist. Vgl zur kompetenzrechtlichen Beurteilung einer solchen Bemühungspflicht (wenngleich in einem anderen Kontext) *Stöger* in *Kopetzki* 27 f.

³⁶³ Vgl zu der vorsichtigeren Formulierung des Art 12 Abs 1 und 2 GewebeRL, wonach die Mitgliedstaaten lediglich danach „streben“, unentgeltliche Spenden sicherzustellen sowie sicherzustellen, dass die Beschaffung von Geweben und Zellen als solche auf nichtkommerzieller Grundlage erfolgt, sowie zur begleitenden Diskussion zur Frage der kompetenzrechtlichen Deckung der Bestimmung *Stöger* in *Kopetzki* 27 ff, *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 10 ff.

³⁶⁴ Für eine Darstellung (sonstiger) medizinrechtlicher Werbe- und Gewinnverbote im unionsrechtlichen Kontext vgl *Schneider*, Medizinrechtliche Werbe- und Gewinnverbote und Gemeinschaftsrecht, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 217 ff.

Allein die Verfolgung ethischer Ziele kann, wie dargelegt, eine Berufung auf die Substanzkompetenz nicht rechtfertigen. Allerdings können Aspekte wie die Unentgeltlichkeit der Spende im Einzelfall einen unmittelbaren Sicherheitsbezug aufweisen.³⁶⁵ Eine kompetenzrechtliche Deckung der Bestimmungen zur Unentgeltlichkeit ist somit davon abhängig, ob mit ihnen (zumindest auch) qualitätsrelevante Aspekte verbunden sind, ob also ein durch die Spende erzielter Gewinn oder die Werbung mit einem solchen Einfluss auf die Organqualität und -sicherheit haben kann.

Der Unionsgesetzgeber sah bereits bezogen auf das Gewinn- und Werbeverbot der GewebeRL eine solche Relevanz gegeben.³⁶⁶ So wurde etwa die These aufgestellt, dass finanzielle Anreize vermehrt solche Menschen als Spender anlocken würden, die potenziell häufiger Träger von übertragbaren Krankheitserregern sind.³⁶⁷ Dem wurde in der Literatur entgegengehalten, dass die ohnehin zwingend vorgeschriebene Spendercharakterisierung eine sorgfältige Auswahl des Spenders und damit einen Ausschluss von Risikospendern gewährleistet und eine kompetenzrechtliche Deckung durch Art 168 Abs 4 lit a AEUV daher im Ergebnis verneint.³⁶⁸

Wohl auch aufgrund der zahlreich geäußerten Zweifel an der kompetenzrechtlichen Deckung der vergleichbaren Bestimmungen der Gewebe- und BlutRL, unternimmt die Union in ErwGr 19 der OrganRL einen (neuerlichen) Versuch der Rechtfertigung. So heißt es dort: „Um die Qualität und Sicherheit der Organe zu gewährleisten, sollten Organtransplantationsprogramme auf den Grundsätzen der freiwilligen und unentgeltlichen Spende beruhen. Dies ist von grundlegender Bedeutung, weil die Nichteinhaltung dieser Grundsätze zu unvermeidbaren Risiken führen könnte. Wenn die Spende nicht freiwillig und/oder zur Erzielung eines finanziellen Gewinns erfolgt, könnte die Qualität des Spendeprozesses gefährdet werden, da die Verbesserung der Lebensqualität oder die Rettung des Lebens eines Menschen nicht das hauptsächliche und/oder das einzige Ziel ist. Selbst wenn der Prozess unter Einhaltung angemessener Qualitätsstandards durchgeführt wird, könnte es

³⁶⁵ *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 45.

³⁶⁶ Vgl ErwGr 19 GewebeRL: „Freiwillige und unentgeltliche Spenden von Geweben und Zellen sind ein Faktor, der zu hohen Sicherheitsstandards für Gewebe und Zellen und deshalb zum Schutz der Gesundheit des Menschen beitragen kann“. Kritisch dazu *König*, Biomedizinkonvention des Europarats, EU und deutsches Organhandelsverbot, MedR 2005, 22 (26).

³⁶⁷ Vgl hierzu mwN kritisch *Kopetzki in Lilie/Bernat/Rosenau* 143 f sowie *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 11 f.

³⁶⁸ Vgl mwN *Stöger in Kopetzki* 28 f; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 12.

der Krankengeschichte im Hinblick auf die Erkrankungen und/oder Krankheiten, die vom Spender auf den Empfänger übertragen werden können, an ausreichender Präzision mangeln, wenn diese auf den Angaben eines potenziellen Lebendspenders oder der Angehörigen eines verstorbenen potenziellen Spenders beruhen, die die Erzielung eines finanziellen Gewinns anstreben oder sich in einer Zwangslage befinden. Dies könnte zu einem Sicherheitsproblem für potenzielle Empfänger führen, da das medizinische Personal nur begrenzt in der Lage wäre, eine angemessene Risikobewertung vorzunehmen.“

Dass finanziell motivierte Lebendspender bzw Angehörige von Leichenspendern für eine sorgfältige Risikobewertung notwendige Angaben bewusst vorenthalten könnten, um von der Spende nicht ausgeschlossen zu werden, wirkt zumindest plausibel.³⁶⁹ Berücksichtigt man zudem, dass die Mindestangaben für eine Spendercharakterisierung gem Teil A des Anhangs zur OrganRL oftmals lediglich auf Angaben der Spender selbst bzw deren Angehörigen basieren werden,³⁷⁰ mag der Ausschluss von Spendern, deren Motivation zur Spende keine altruistische ist, tatsächlich geeignet sein, einen Beitrag zur Organqualität und -sicherheit zu leisten. Mit dieser Argumentation könnte sich mE eine kompetenzrechtliche Deckung der den Spendevorgang betreffenden (harmonisierenden) Gewinn- und Werbeverbote des Art 13 OrganRL als Sicherheitskriterium begründen lassen.³⁷¹ Ein weitergehendes Gewinnverbot auch für den Umgang mit bereits gewonnenem Material kann mangels denkbarer Qualitätsrelevanz keinesfalls auf Art 168 Abs 4 lit a AEUV gestützt werden.³⁷²

Als weiteren Grundsatz jeder Organspende nennt Art 13 OrganRL die Freiwilligkeit. Art 14 OrganRL enthält die präzisierende Bestimmung, wonach „die Bereitstellung von Organen erst erfolgt, wenn alle im betreffenden Mitgliedstaat geltenden Anforderungen an die Einwilligung, Ermächtigung oder das Fehlen eines Widerspruchs erfüllt sind“.

³⁶⁹ So nun auch *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 45 („Es ist naheliegend, dass Spenden, die mit einem hohen Geldbetrag ‚entlohnt‘ werden, mit dem Risiko verbunden sind, dass der Spender, um in den Genuss des Geldbetrags zu kommen, seine für die Qualität der gespendeten Substanz wichtige medizinische Vorgeschichte nicht offenlegt“); vgl in diese Richtung mwN auch *Wollenschläger* in FS Scheuing 461, der in der Phase des Spendevorgangs jedoch einen besonders strengen Prüfungsmaßstab für erforderlich hält.

³⁷⁰ Vgl ErwGr 12 OrganRL. Laborwerte oder sonstige klinische Daten zur Identifizierung übertragbarer Krankheiten werden bspw erst im nicht zwingend zu erhebenden Teil B des Anhangs angeführt.

³⁷¹ So auch *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 45. Vgl auch *Schneider* in *Kopetzki/Mayer* 221, wonach „Gewinnverbote uU der Gewährleistung der Qualität von Organen, Blut etc dienen“ können.

³⁷² So zutreffend *Kopetzki* in *Lilie/Bernat/Rosenau* 144.

Dass insb die Wahl des Regelungsmodells bei der Leichenspende (mangels jeglicher Qualitätsrelevanz) vom Unionsgesetzgeber aufgrund der Substanzkompetenz nicht geregelt werden darf, scheint unstrittig.³⁷³ So heißt es auch in ErwGr 21 der OrganRL: „In der Union bestehen verschiedene Modelle zur Erteilung der Zustimmung zu einer Organspende, darunter Einwilligungssysteme, bei denen die Zustimmung zu einer Organspende ausdrücklich eingeholt werden muss, und Widerspruchssysteme, bei denen die Spende stattfinden kann, wenn es keinen Nachweis gibt, dass ihr widersprochen worden ist. [...] Die vorliegende Richtlinie lässt die breite Vielfalt an bereits bestehenden Zustimmungssystemen in den Mitgliedstaaten unberührt.“ Dementsprechend geht Art 14 OrganRL von einem sehr weiten Begriff der Freiwilligkeit aus, der mit dem Begriff „Ermächtigung“ wohl selbst gesetzliche Entnahmeerlaubnisse vom Verstorbenen ohne Widerspruchsmöglichkeit iSd Notstandslösung, jedenfalls aber Widerspruchslösungen umfasst und damit letztlich zu keiner Harmonisierung führt.³⁷⁴

Auch nähere, harmonisierende Anforderungen an das Kriterium der „Freiwilligkeit“ bei der Lebendspende iS einer freien Einwilligungserklärung nach vorheriger Aufklärung („informed consent“) sind der OrganRL nicht zu entnehmen. Solche würden nicht der Qualitätssicherung der Substanz,³⁷⁵ sondern vielmehr der Wahrung der Selbstbestimmung³⁷⁶ als Patientenrecht dienen, sodass eine kompetenzrechtliche Deckung durch Art 168 Abs 4 lit a AEUV ausscheiden würde.³⁷⁷ Auch die Begründung einer „mittelbaren“ Qualitätsrelevanz der (Selbstbestimmungs-)Aufklärung scheitert: Es mag zutreffen, dass im Aufklärungsgespräch regelmäßig zugleich der Gesundheitszustand des Spenders ermittelt wird. Aufgrund der unabhängig von der Freiwilligkeit vorgeschriebenen Spendercharakterisierung ist ein Aufklärungsgespräch samt Einwilligung aus qualitätssichernder Sicht jedoch entbehrlich.³⁷⁸ Zuletzt stützt auch die „Sicherungsklausel“ des Art 168 Abs 7 AEUV das

³⁷³ Vgl statt vieler *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 21, wonach zu den nicht qualitätsrelevanten Aspekten insb die Frage zählt, „ob Organe zur Transplantation ohne widersprechende Willenserklärung den Verstorbenen entnommen werden dürfen oder ob eine solche Entnahme und Verwendung nur mit ausdrücklicher Zustimmungserklärung erlaubt ist“. So auch *Wollenschläger* in FS Scheuing 461.

³⁷⁴ Vgl zur „bloß klarstellenden Wirkung“ des Art 14 OrganRL *Wollenschläger* in FS Scheuing 461 f. Zur Problematik der Kompetenzüberschreitung auch durch bloße Wiederholung vgl (wenn auch in anderem Zusammenhang) jedoch *Stöger* in *Kopetzki* 35.

³⁷⁵ Vgl zutreffend *Stöger* in *Kopetzki* 34, wonach ohne Einwilligung entnommene Gewebe und Zellen (und ebenso Organe) nicht von vornherein schlechterer Qualität sind, als mit Einwilligung des Spenders entnommene.

³⁷⁶ *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 13.

³⁷⁷ Vgl dazu auch *Schmidt am Busch*, Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem (2007) 237.

³⁷⁸ Vgl dazu auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 13 f. Missverständlich insofern *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 25 und ihm folgend *Schneider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV

Ergebnis, dass legislative Maßnahmen der EU iSd Art 168 Abs 4 AEUV³⁷⁹ in der Frage der Einwilligung als Teilaspekt der Spende ausscheiden sollen.³⁸⁰ Soweit das Erfordernis der Freiwilligkeit des Art 13 OrganRL lediglich als Ausschluss von Spenden „in einer Zwangslage“³⁸¹ zu verstehen ist, lassen sich vergleichbare Überlegungen zur Qualitätsrelevanz wie im Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeit anstellen.

d) Deckung der OrganRL durch alternative Kompetenzgrundlagen

Da die Deckung einzelner Bestimmungen der OrganRL durch Art 168 Abs 4 lit a AEUV wie dargestellt zumindest zweifelhaft ist, soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit diese Bestimmungen eine Deckung in sonstigen („nebensächlichen“) Kompetenzgrundlagen finden könnten.

Hinsichtlich der (nicht-harmonisierenden) Bestimmungen der OrganRL zur Freiwilligkeit stellt sich die Frage, ob die Befugnis zum Erlass von Fördermaßnahmen gem Art 168 Abs 5 AEUV als Kompetenzgrundlage herangezogen werden könnte. Zwar ist es grundsätzlich möglich, dass im Bereich der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen (iSd Art 6 AEUV) auch verbindliche Rechtsakte ergehen können.³⁸² Es ist allerdings strittig, ob RL als Instrumente der *Rechtsangleichung* als Handlungsformen des Art 168 Abs 5 AEUV überhaupt zulässig sind oder ob von den im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu erlassenden Rechtsakten (vgl Art 289 Abs 1 AEUV) nur Beschlüsse und VO in Betracht kommen.³⁸³ Zudem gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung für *jedliches* amtliche Handeln der Organe und Einrichtungen der EU.³⁸⁴ Da die Kompetenz im Gesundheitswesen gem Art 168 AEUV generell lediglich auf den Schutz der Gesundheit

Rz 4 f, die in der Aufklärung des Spenders einen (qualitätsrelevanten) Beschaffenheitsparameter sehen wollen.

³⁷⁹ Sieht man in der Sicherungsklausel des Abs 7 keine Bereichsausnahme, sondern lediglich eine Kompetenzschränke für legislative Maßnahmen (so etwa *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 78), kommt dieser für Maßnahmen nach Art 168 Abs 5 und 6 AEUV aufgrund ihres nicht-harmonisierenden Charakters hingegen keine eigenständige Bedeutung zu. Vgl dazu auch *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 21.

³⁸⁰ MwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 14.

³⁸¹ In diese Richtung ErwGr 19 OrganRL, der die Elemente „freiwillig“ und „unentgeltlich“ als Aspekte der Uneigennützigkeit einordnet.

³⁸² *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 6 AEUV Rz 17 (Stand 52. Lfg, 1. 2014).

³⁸³ So *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 67. AA *Kingreen* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 168 AEUV Rz 16; *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 168 AEUV Rz 19 und *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 44; *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 33; *Schneider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 27, die auch RL für zulässig erachten.

³⁸⁴ *Bast* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 5 EUV Rz 23 ff (Stand 51. Lfg, 9. 2013).

der Bevölkerung abzielt, beschränkt sich auch der Anwendungsbereich der ergänzenden Tätigkeit der EU auf Maßnahmen zur Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, zur Verhütung von Humankrankheiten und zur Beseitigung der Ursachen für die Gefährdung der körperlichen und geistigen Gesundheit (Art 168 Abs 1 2. Satz AEUV).³⁸⁵ Auch aus diesem Grund muss bezweifelt werden, ob Regeln zur Freiwilligkeit *inhaltlich* auf Art 168 Abs 5 AEUV gestützt werden können.

Weiters wäre als Kompetenzgrundlage an die Grundrechtecharta (in Folge: GRC) zu denken. Diese normiert in Art 3 Abs 2 unter dem Titel „Recht auf Unversehrtheit“, dass im Rahmen der Medizin und der Biologie insb „die freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung entsprechend den gesetzlich festgelegten Einzelheiten“ (lit a) sowie „das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen“ (lit c), beachtet werden müssen. Um einer im Entstehungsprozess bereits befürchteten Kompetenzerweiterung der EU über den Umweg des Grundrechtskatalogs entgegenzuwirken, wird eine solche an mehreren Stellen mittels „Kompetenzschutzklauseln“ ausdrücklich ausgeschlossen.³⁸⁶ So betont zunächst Art 51 Abs 2 GRC, dass die GRC den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus ausdehnt und weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union begründet, noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändert. Auch Art 6 Abs 1 2. Satz EUV stellt klar, dass durch die Bestimmungen der Charta die „in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert“ werden. Wo die Union keine Kompetenz hat, kann sie sich somit nicht auf die GRC berufen, um eine Regelung zu erlassen. Auch die GRC ist daher nicht geeignet, allfällige Mängel einer kompetenzrechtlichen Deckung der OrganRL durch Art 168 Abs 4 AEUV zu substituieren.³⁸⁷

Dritter kompetenzrechtlicher Anknüpfungspunkt könnte die Binnenmarktkompetenz des Art 114 AEUV sein, die gem Art 4 Abs 2 lit a AEUV zu den geteilten Kompetenzen zählt.³⁸⁸ Sie ist „in Hinblick auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes als Ziel der Rechtsangleichung [...] die geeignete Rechtsgrundlage, um Hindernisse für die

³⁸⁵ Vgl *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 8.

³⁸⁶ Vgl dazu *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 51 Rz 37 ff.

³⁸⁷ Vgl zum Ganzen mwN *Stöger* in *Kopetzki* 32 f; *Wollenschläger* in FS Scheuing 460 und *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 24 f, 27.

³⁸⁸ *Fischer* in *Lenz/Borchart* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 114 AEUV Rz 1; *Herrnfeld* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 114 AEUV Rz 1.

Verwirklichung der Grundfreiheiten zu beseitigen, die sich aus den Unterschieden in den Rechtsordnungen [...] ergeben“.³⁸⁹ Wegen der funktionalen Ausrichtung kann grds jede Sachmaterie Gegenstand einer auf Art 114 AEUV gestützten Maßnahme der EU sein. Dies jedoch nur dann, wenn aus dem Rechtsakt objektiv und tatsächlich hervorgeht, dass er den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.³⁹⁰ Vorschriften, die sowohl den Gesundheitsschutz iSd Art 168 AEUV als auch das Funktionieren des Binnenmarktes zum Ziel haben, können grds auch in Bereichen, in denen Art 168 Abs 5 AEUV keine Harmonisierung zulässt, auf Art 114 AEUV gestützt werden, sofern sie erforderlich sind, um konkrete Beschränkungen der Grundfreiheiten abzubauen und somit tatsächlich zur Verbesserung der Marktbedingungen beitragen.³⁹¹ Unter diesen Voraussetzungen wird Art 114 AEUV also *grds* nicht von Art 168 AEUV verdrängt.³⁹² Da jedoch nicht erkennbar ist, inwieweit die kompetenzrechtlich bedenklichen Bestimmungen der OrganRL (insb Freiwilligkeit und Organhandels- und Werbeverbote) das Ziel verfolgen, tatsächlich den Binnenmarkt zu verwirklichen,³⁹³ ist die Anwendbarkeit der Binnenmarktcompetenz bereits aus diesem Grund zu verneinen. Auf eine nähere Auseinandersetzung mit dem strittigen Verhältnis von Art 114 AEUV und Art 168 Abs 4 (lit a) AEUV³⁹⁴ kann daher verzichtet werden.³⁹⁵ Hingewiesen sei darauf, dass darüber hinaus bereits die Qualifikation von Organen menschlichen Ursprungs als Ware und damit die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit umstritten ist.³⁹⁶

³⁸⁹ MwN *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 114 AEUV Rz 9.

³⁹⁰ Siehe mwN aus der Rsp *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 114 AEUV Rz 9; vgl auch *Herrnfeld* in *Schwarze* Art 114 AEUV Rz 12.

³⁹¹ Vgl *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 31; *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 114 AEUV Rz 44 und Art 168 Rz 24; *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 106.

³⁹² MwN *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 16. Sind die Anwendungsvoraussetzungen des Art 114 AEUV erfüllt, kann auf Art 114 AEUV nach Auffassung des EuGH selbst dann zurückgegriffen werden, wenn der Verwirklichung anderer Ziele – insb auch des Gesundheitsschutzes – „maßgebende“ oder „entscheidende“ Bedeutung zukommt. Vgl *Herrnfeld* in *Schwarze* Art 114 AEUV Rz 12, 25; *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 114 AEUV Rz 44.

³⁹³ Vgl (in Hinblick auf vergleichbare Bestimmungen der GewebeRL) mwN *Kopetzki* in *Lilie/Bernat/Rosenau* 144 FN 19; ebenso *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 20 f.

³⁹⁴ Für ein Verdrängen des Art 114 AEUV durch Art 168 Abs 4 lit a AEUV als *lex specialis* vgl *Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV Rz 31; *Schneider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 8; *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 114 AEUV Rz 44; *Kopetzki* in *Lilie/Bernat/Rosenau* 148; *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV Rz 105; *Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV Rz 16; aA *Stöger* in *Kopetzki* 19 FN 45, der sich für eine Berufung auf die Binnenmarktcompetenz hinsichtlich „normaler Warenaspekte“ von Körpersubstanzen ausspricht.

³⁹⁵ Für ein generelles Verdrängen des Art 114 AEUV im Anwendungsbereich des Art 168 Abs 4 lit a AEUV spricht der Umstand, dass Art 152 Abs 4 lit a EGV geschaffen wurde, um Substanzen menschlichen Ursprungs gerade *nicht* der „wirtschaftlichen Logik des Binnenmarktes“ zu überlassen und damit einer Betrachtung des menschlichen Körpers als Handelsgut entgegenzuwirken. Vgl mwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 7 und 19; *Stöger* in *Kopetzki* 17; *Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 168 AEUV Rz 15.

³⁹⁶ Zwar würden Organe als körperliche Objekte, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, dem Warenbegriff definitionsgemäß unterliegen. Nach Auffassung der Kommission sind Leichen und Föten (und

Im Ergebnis können somit weder Art 168 Abs 5 AEUV noch die GRC oder die Binnenmarktkompetenz einen Beitrag zur Sanierung etwaiger Mängel der kompetenzrechtlichen Deckung der OrganRL durch Art 168 Abs 4 lit a AEUV leisten.

B. Der Aktionsplan

Der oben dargestellte Dualismus der Gesundheitskompetenzen schlägt sich in den „zweigleisigen“ unionsrechtlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Organtransplantation nieder: So steht die („harmonisierende“) OrganRL in engem Zusammenhang mit dem gleichzeitig mit dem RL-Entwurf vorgelegten und als Mitteilung der Kommission veröffentlichten „Aktionsplan im Bereich Organspende und -transplantation (2009-2015)“³⁹⁷ ³⁹⁸. Dieser soll als Fördermaßnahme iS der ehemaligen Koordinierungskompetenz des Art 152 Abs 2 EGV (nunmehr Art 168 Abs 2 AEUV) „auf eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten“ abstellen, „die auf der Ermittlung und Weiterentwicklung gemeinsamer Ziele und Leitlinien, einvernehmlich vereinbarten quantitativen und qualitativen Indikatoren und Benchmarks, einer regelmäßigen Berichterstattung sowie der Ermittlung und dem Austausch vorbildlicher Verfahren beruht“.³⁹⁹ „Herausforderungen“ des Aktionsplans sind die Erhöhung des Organangebots, die Förderung der Leistungsfähigkeit und Zugänglichkeit der Transplantationssysteme sowie die Verbesserung der Qualität und Sicherheit bei der Organspende und -transplantation.⁴⁰⁰ Diesen Herausforderungen und den jeweils zugeordneten Zielen soll von den Mitgliedstaaten durch zehn (ihrerseits in Einzelmaßnahmen gegliederte) „Schwerpunktmaßnahmen“⁴⁰¹ („priority acti-

damit uU auch Organe als Leichenteile) aus ethischen Gründen jedoch nicht als Gegenstände des Handels anzusehen. Vgl dazu *Terhechte* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 28 AEUV Rz 18, 22. In der Lit ist diese Frage str. Vgl dazu mwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 28 f; *Stöger* in *Kopetzki* 17 f; *Kingreen* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 36 AEUV Rz 121; *Lux* in *Lenz/Borchart* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 28 AEUV Rz 15; *Kamann* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 28 AEUV Rz 16; *Müller-Terpitz* in *Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht² (2014) Art 35 GRC Rz 71 f. Vgl auch Z 38 der Entschließung des Europäischen Parlaments zu Organspende und -transplantation (2007/2210[INI]), wonach Wirtschaftsterminologie im Zusammenhang mit Organspenden vermieden werden sollte, „da diese den Eindruck erweckt, dass Organe als Waren auf dem Binnenmarkt behandelt werden dürfen“.

³⁹⁷ KOM(2008) 819 endg.

³⁹⁸ Dazu näher *Wollenschläger* in FS Scheuing 456 f.

³⁹⁹ KOM(2008) 819 endg 2 f sowie *Wollenschläger* in FS Scheuing 457.

⁴⁰⁰ KOM(2008) 819 endg 2.

⁴⁰¹ KOM(2008) 819 endg 10 ff (Anhang 1): Förderung der Rolle der Transplantationskoordinatoren und Förderung von Qualitätsverbesserungsprogrammen in allen Krankenhäusern mit Organspendepotenzial; Austausch bewährter Verfahren im Bereich Lebendspendeprogramme zwischen den EU-Mitgliedstaaten; Förderung von Lebendspenderegistern; Verbesserung der Fachkenntnis und Kommunikationskompetenz der Angehörigen der Gesundheitsberufe und Selbsthilfegruppen in Fragen der Organtransplantation; Erleichterung der Identifizierung potenzieller Organspender sowie der grenzüberschreitenden Organspende in Europa;

ons“) begegnet werden. Der Aktionsplan soll „als Grundlage für eine allgemeine Bewertung des Erfolgs der Mitgliedstaaten bei der Verwirklichung der genannten gemeinsamen Ziele dienen“. ⁴⁰² Zur Bewertung der gemachten Fortschritte wurde 2012 eine „Halbzeitüberprüfung“ durchgeführt und der Bericht ⁴⁰³ 2014 veröffentlicht. ⁴⁰⁴

C. Die Biomedizinkonvention des Europarates und ihr Zusatzprotokoll zur Transplantation

1. Entstehungsgeschichte

Das „Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin“ (MRB) stellt ein völkerrechtliches Übereinkommen im Rahmen des Europarates dar. Ziel des Übereinkommens ist die Wahrung der Integrität sowie der sonstigen Grundrechte und Grundfreiheiten jedes Menschen „im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin“ ⁴⁰⁵ durch die Festlegung von Mindeststandards ⁴⁰⁶. Es wurde am 4. 4. 1997 in Oviedo zur Unterzeichnung aufgelegt und trat mit 1. 12. 1999 in Kraft. Bisher sind der Konvention 29 Staaten beigetreten und weitere 6 Staaten haben das Übereinkommen unterzeichnet. ⁴⁰⁷ Mit 1. 5. 2006 trat das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe (2. ZPMRB) in Kraft, das bislang von 13 Staaten ratifiziert und von weiteren 9 unterzeichnet wurde. ⁴⁰⁸

Förderung von Organisationsmodellen für die Organspende und -transplantation in den EU-Mitgliedstaaten; Förderung EU-weiter Vereinbarungen zu verschiedenen Aspekten der Transplantationsmedizin; Erleichterung des Organaustauschs zwischen nationalen Behörden; Bewertung der Posttransplantationsergebnisse; Förderung eines gemeinsamen Akkreditierungssystems für Programme der Organspende/-beschaffung und -transplantation.

⁴⁰² KOM(2008) 819 endg 9.

⁴⁰³ SWD(2014) 147 end.

⁴⁰⁴ Vgl zum Ganzen auch *Wollenschläger* in FS Scheuing 456 f; *Bulach* in *Höfling*, TPG² Einführung Rz 18 sowie (insb zur Kompetenzgrundlage) *Stöger* in *Kopetzki* 16.

⁴⁰⁵ Vgl zu dieser Zielsetzung die Präambel sowie Art 1 MRB.

⁴⁰⁶ Vgl Art 27 MRB, wonach das Übereinkommen nicht so ausgelegt werden darf, „als beschränke oder einträchtige es die Möglichkeit einer Vertragspartei, im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin einen über dieses Übereinkommen hinausgehenden Schutz zu gewährleisten“. Vgl zu diesem Günstigkeitsprinzip *Kopetzki*, Zur Bindungswirkung der Biomedizinkonvention des Europarates und ihren Grenzen, in FS Fuchs (2014), 225 (242 ff).

⁴⁰⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=&DF=&CL=GER>.

⁴⁰⁸ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=186&CM=8&DF=23/08/2010&CL=GER>.

2. Wesentlicher Inhalt

Neben allgemeinen Bestimmungen zur Einwilligung⁴⁰⁹ (Kapitel II; Art 5-9) beinhaltet die MRB einen eigenen Abschnitt über die „Entnahme von Organen und Geweben von lebenden Spendern zu Transplantationszwecken“ (Kapitel VI; Art 19 und 20). Art 19 Abs 2 MRB verschärft das allgemeine Einwilligungserfordernis des Art 5 MRB zum einen durch die Notwendigkeit einer ausdrücklichen und eigens für diesen Fall erteilten Einwilligung und zum anderen durch das Formerfordernis der Schriftlichkeit oder der Erteilung der Einwilligung vor einer amtlichen Stelle. Art 20 Abs 1 MRB schließt einwilligungsunfähige Personen grds sowohl von der Gewebe- als auch von der Organspende aus, ermöglicht aber in Hinblick auf regenerierbare Gewebe zugleich die Durchbrechung dieses Grundsatzes unter engen Voraussetzungen (Abs 2).⁴¹⁰ Art 19 Abs 1 MRB enthält neben dem Erfordernis eines therapeutischen Nutzens den Grundsatz der Subsidiarität der Lebendspende.⁴¹¹ Demnach darf einer lebenden Person ein Organ oder Gewebe „nur dann entnommen werden, wenn weder ein geeignetes Organ oder Gewebe einer verstorbenen Person verfügbar ist⁴¹² noch eine alternative therapeutische Methode von vergleichbarer Wirksamkeit besteht⁴¹³“.

Spezifische Anforderungen an die Leichenspende sind in der MRB selbst nicht enthalten. Art 21 MRB enthält allerdings bereits ein allgemeines – vom Transplantationsrecht losgelöstes⁴¹⁴ – Verbot „menschliche Körper und Teile davon [...] als solche“ zur Erzielung eines finanziellen Gewinns zu verwenden.⁴¹⁵ Vom Verbot nicht erfasst sollen Produkte wie

⁴⁰⁹ Vgl dazu *Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002) 197 (203 ff).

⁴¹⁰ Vgl *Kopetzki*, Die Biomedizinkonvention des Europarates und das Transplantationsrecht, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (2001), 121 (134 ff). Die Möglichkeit des Abweichens („darf [...] zugelassen werden“) vom Grundsatz, wonach Eingriffe an einwilligungsunfähigen Personen nur zu deren unmittelbaren Nutzen durchgeführt werden dürfen, stellt einen wesentlichen Kritikpunkt der Konventionsgegner dar. Vgl mwN *Dujmovits*, Das österreichische Transplantationsrecht und die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 55 (61). Auf Organe iSd OTPG ist die Ausnahme mangels Regenerierbarkeit derselben nicht anwendbar.

⁴¹¹ Vgl zur Frage des Bestands eines solchen Subsidiaritätsgrundsatzes nach geltendem österreichischen Recht unten S 199 f.

⁴¹² Vgl zur Bedeutung der Kriterien der Eignung und der Verfügbarkeit *Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 59 f; *Kopetzki* in *Barta/Weber* 130 f; *Breyer et al*, Organmangel 188 f.

⁴¹³ Für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Therapie ist nach Z 119 des Erläuternden Berichts zur MRB (EBMRB) auch der durch sie gewinnbare Grad an Lebensqualität zu berücksichtigen, sodass bspw eine Dialyse keine vergleichbare Therapie zur Nierentransplantation darstellen kann. Vgl dazu auch *Kopetzki* in *Barta/Weber* 131.

⁴¹⁴ *Breyer et al*, Organmangel 192.

⁴¹⁵ Die Wendung „als solche“ ist derart zu verstehen, dass sich das Gewinnverbot nur auf die unmittelbare Verwertung des biologischen Materials, nicht hingegen auf Akte der Verarbeitung, Untersuchung etc sowie

Haare und Nägel sein, deren Verkauf keine Verletzung der Menschenwürde darstellt.⁴¹⁶ Art 22 MRB bestimmt zudem, dass eine Änderung des Verwendungszwecks von entnommenen Teilen des menschlichen Körpers „angemessene Informations- und Einwilligungsverfahren“ voraussetzt.⁴¹⁷ Zudem fordert Art 28 MRB die Konventionsparteien auf, für eine öffentliche Diskussion über durch die Biomedizin aufgeworfene „Grundsatzfragen“ zu sorgen.

Das 2. ZPMRB enthält spezifische Vorgaben sowohl für die Lebend- als auch für die Leichenspende.⁴¹⁸ Es ist anwendbar auf Transplantationen von Organen und Geweben menschlichen Ursprungs (mit Ausnahme von Fortpflanzungsorganen und -geweben, embryonalen oder fetalen Organen und Geweben sowie Blut und Blutbestandteilen) zu therapeutischen Zwecken (Art 2 2. ZPMRB). Unter „Organen“ iSd 2. ZPMRB sind nach dem erläuternden Bericht (EBZP) vaskularisierte Organe oder Teile von Organen zu verstehen, deren Entfernung einen größeren chirurgischen Eingriff erfordert und die schnell transplantiert werden müssen.⁴¹⁹ Während Art 3 MRB die Vertragsparteien allgemein und eher vage zur Ergreifung geeigneter Maßnahmen zur Schaffung von gleichem Zugang zur Gesundheitsversorgung verpflichtet,⁴²⁰ normiert Art 3 2. ZPMRB ausdrücklich die Pflicht der Vertragsparteien, ein System zu gewährleisten, „das den Patienten gleichen Zugang zu Transplantationsleistungen ermöglicht“. (Leichen-)Organe⁴²¹ müssen „nach transparenten, objektiven und nach Maßgabe medizinischer Kriterien gebührend begründeten Regeln unter Berücksichtigung medizinischer Kriterien⁴²² allein den Patienten zugeteilt“ werden, die „in eine offizielle Warteliste eingetragen sind“.⁴²³ Nähere Vorgaben hinsichtlich der Gewichtung und Abwägung der verschiedenen zulässigen Kriterien enthält die Bestimmung

auf den Handel mit Arzneimitteln, die unter Verwendung von Humansubstanzen hergestellt worden sind, bezieht. Vgl EBMRB Z 132 sowie näher dazu *Kopetzki*, Die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, in FS Burgstaller (2004) 601 (612); *ders*, Ware Körper, in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* (Hrsg), Körper-Codes (2010) 61 (73 f); *Breyer et al*, Organmangel 192 f.

⁴¹⁶ EBMRB Z 133.

⁴¹⁷ Vgl dazu *Kopetzki* in FS Burgstaller 613 f.

⁴¹⁸ Zu Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der MRB und dem 2. ZPMRB vgl *Kopetzki* in *Barta/Weber* 141 f.

⁴¹⁹ EBZP Z 32.

⁴²⁰ Vgl dazu *Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 65; *Kopetzki* in *Taupitz* 201 f.

⁴²¹ Auf Lebendspenden ist die Bestimmung hingegen nicht anzuwenden. Vgl EBZP Z 37.

⁴²² Der EBZP geht dabei von einem weiten Verständnis der medizinischen Kriterien aus (Z 37: „in its broadest sense“). Umfasst sind alle Umstände, die Auswirkungen auf den Gesundheitszustand des Patienten, die Qualität des Transplantats und das Ergebnis der Transplantation haben können. Auch die Zulässigkeit nicht „klassisch“ medizinischer Kriterien soll offensichtlich nicht gänzlich ausgeschlossen werden. So nennt der EBZP als zulässiges Verteilungskriterium etwa ausdrücklich die Dauer der Wartezeit oder die Chancenminderung aufgrund seltener Gewebeeigenschaften. Vgl dazu *Kopetzki* in *Barta/Weber* 139 f. Zur Frage der Zulässigkeit der Einbeziehung sonstiger Kriterien vgl *Breyer et al*, Organmangel 202 f.

⁴²³ Vgl dazu EBZP Z 35-40 sowie *Dujmovits*, Grundrechtliche Aspekte des Gewebesicherheitsgesetzes, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsgesetz (2009) 56 (86 f).

nicht.⁴²⁴ Im Fall des internationalen Organaustausches muss das Verfahren zudem „eine effektive und gerechtfertigte Verteilung unter allen beteiligten Ländern“ sicherstellen.⁴²⁵ Weiters verpflichtet Art 3 2. ZPMRB zum Zweck der Sicherstellung der Rückverfolgbarkeit von Organen und Geweben zur Sammlung und Aufzeichnung der erforderlichen Informationen. Neben Bestimmungen hinsichtlich Berufspflichten und Verhaltensregeln (Art 4), Aufklärung (Art 5), Gesundheit und Sicherheit (Art 6) und medizinischer Nachsorge (Art 7) enthält das 2. ZPMRB in Art 8 ua eine Pflicht zur Aufklärung der Öffentlichkeit. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf eine Information über die Bedingungen für die Organentnahme einschließlich der Frage der Einwilligung „insbesondere im Hinblick auf die Entnahme bei verstorbenen Personen“, sodass eine Rechtsordnung, die das Nichtwissen der Bevölkerung „ausnützt“, den Vorgaben des ZPMRB nicht entspricht.⁴²⁶

Im Abschnitt über die Lebendspende (Kapitel III; Art 9-15 2. ZPMRB) wird in Art 9 zunächst das Subsidiaritätsprinzip des Art 19 Abs 1 MRB wiederholt.⁴²⁷ Zudem beschränkt Art 10 2. ZPMRB Lebendorganspenden zwischen Personen ohne „enge persönliche Beziehung“ insoweit, als er diese zwar unter den „von der Rechtsordnung bestimmten Bedingungen“ prinzipiell zulässt, jedoch für diesen Fall die „Billigung durch eine geeignete unabhängige Stelle“ vorschreibt. Art 11 2. ZPMRB enthält Untersuchungspflichten zum Zweck der Bewertung und Verringerung von Risiken für den Spender und verbietet Entnahmen bei einem „ernsthafte[n] Risiko“ für Leben oder Gesundheit des Spenders.⁴²⁸ Art 12 2. ZPMRB ergänzt die Aufklärungspflicht gegenüber dem Lebendspender um eine Pflicht zur Aufklärung über Rechte und Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz des Spenders sowie eine Pflicht zur Aufklärung durch eine weder an der Entnahme noch an der Transplantation beteiligte Person. Art 13 und 14 2. ZPMRB wiederholen im Wesentlichen⁴²⁹ die Vorgaben der MRB zur Einwilligung.

⁴²⁴ Breyer et al, Organmangel 200.

⁴²⁵ Dieser Beisatz rechtfertigt die Berücksichtigung des (nicht-medizinischen) Kriteriums der nationalen Austauschbilanz. Vgl dazu Breyer et al, Organmangel 201 f.

⁴²⁶ Vgl Dujmovits in Kopetzki 89.

⁴²⁷ Der EBZP Z 61 schränkt den Grundsatz jedoch insofern ein, als auch immer dann auf eine Lebendspende zurückgegriffen werden können soll, wenn damit voraussichtlich bedeutend bessere Ergebnisse als mit einer Leichenspende erzielt werden können.

⁴²⁸ Als Beispiel für ein solches nennt der EBZP Z 69 ein bedeutendes Risiko des Todes oder einer langfristigen schweren Behinderung.

⁴²⁹ Art 15 2. ZPMRB lockert zudem die Zulässigkeitsvoraussetzungen für vertretungsweise Einwilligungen in Zellentnahmen mit geringem Risiko und geringer Belastung. Vgl dazu Dujmovits in Kopetzki 82; Kopetzki in Barta/Weber 140 f.

Das IV. Kapitel (Art 16-19 2. ZPMRB) enthält erstmals spezifische Regelungen für die Leichenspende. Gem Art 16 2. ZPMRB dürfen Organe oder Gewebe einem Verstorbenen erst entnommen werden, wenn „der Tod dieser Person in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung festgestellt worden ist“. Das 2. ZPMRB verankert zwar kein verbindliches Todeskriterium, weist im EBZP aber darauf hin, dass in den meisten Staaten das Konzept des Hirntodes gilt⁴³⁰ und setzt somit dessen Zulässigkeit voraus.⁴³¹ In organisatorischer Hinsicht wird die Unabhängigkeit der todesfeststellenden Ärzte vorgeschrieben. In Hinblick auf das zu wählende Regelungsmodell bei der Leichenspende spricht Art 17 2. ZPMRB zwar zunächst von der Notwendigkeit der „nach der Rechtsordnung erforderlichen Einwilligung“, normiert jedoch im zweiten Satz, dass die Entnahme nicht erfolgen darf, „wenn die verstorbene Person ihr widersprochen hatte“. „Einwilligung“ ist in diesem Zusammenhang somit nicht zwingend is einer aktiven Zustimmung zu verstehen, sondern setzt auch die Zulässigkeit der Widerspruchslösung voraus.⁴³² Lediglich die Zulässigkeit einer Notstandslösung scheidet aufgrund der Bestimmung aus.⁴³³ Aus den Erläuterungen zu Art 17 2. ZPMRB lassen sich darüber hinaus gewisse Anforderungen an ein Widerspruchssystem ableiten:⁴³⁴ So müssen entsprechend Z 102 des EBZP⁴³⁵, sofern die Wünsche des Verstorbenen nicht hinreichend bekannt sind, vor einer Entnahme Bemühungen angestellt werden, die Angehörigen des Verstorbenen (über dessen ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen) zu befragen.⁴³⁶ Für die Zulässigkeit der Organentnahme von Spendern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im jeweiligen Staat haben, soll nach den Erläuterungen das Recht des Wohnsitzstaates bzw das Recht des Landes, dessen Staatsangehörigkeit der Spender besitzt, ausschlaggebend sein.⁴³⁷ Art 18 2. ZPMRB verpflichtet aus Gründen der Achtung des menschlichen Körpers dazu, angemessene Maßnahmen zur Wiederherstellung des Erscheinungsbildes des Leichnams nach einer Entnahme zu ergreifen. Art 19 2. ZPMRB schreibt die Ergreifung von Maßnahmen zur Förderung der Organ- und Gewebespende vor.

⁴³⁰ Vgl EBZP Z 94.

⁴³¹ *Kopetzki in Barta/Weber* 142.

⁴³² *Dujmovits in Kopetzki* 80.

⁴³³ *Kopetzki in Barta/Weber* 143; *Breyer et al, Organmangel* 190.

⁴³⁴ Zur generell beschränkten Bedeutung der Erläuterungen jedoch *Kopetzki in Barta/Weber* 144.

⁴³⁵ „Whatever the system, if the wishes of the deceased are not sufficiently established, the team in charge of the removal of organs must beforehand endeavour to obtain testimony from relatives of the deceased“.

⁴³⁶ Vgl dazu auch *Kopetzki in Barta/Weber* 143; *ders*, Rechtliche Aspekte der Widerspruchslösung, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 43 (50).

⁴³⁷ EBZP Z 103.

Art 20 2. ZPMRB stellt für die Implantation von Organen und Geweben, die ursprünglich zu einem anderen Zweck als der Transplantation entnommen wurden,⁴³⁸ verpflichtende Aufklärungs- und Einwilligungserfordernisse⁴³⁹ auf und erstreckt die Bestimmungen der Konvention mit Ausnahme des III. und IV. Kapitels (Entnahmeregeln) auf diese Fälle.⁴⁴⁰ Das folgende Kapitel VI erweitert das Gewinnverbot des Art 21 MRB, indem es neben der Erzielung eines finanziellen Gewinns auch die Erzielung anderer vergleichbarer Vorteile⁴⁴¹ mit dem Übereinkommen unterliegenden Organen und Geweben⁴⁴² verbietet (Art 21 Abs 1 2. ZPMRB). Das Verbot umfasst auch die Vergütung der Abgabe einer Zustimmungserklärungen oder des Unterlassens eines Widerspruchs zur Organentnahme.⁴⁴³ Dritte dürfen entsprechend den Erläuterungen zu dieser Bestimmung auch keinen Gewinn mit aus Organen oder Geweben entwickelten Produkten erzielen.⁴⁴⁴ Außerdem präzisiert Art 21 2. ZPMRB, dass Entschädigungen lebender Spender für Verdienstaufschlag und sonstige durch die Entnahme verursachte berechnete Ausgaben, Zahlungen zur Abgeltung für im Rahmen der Transplantation erbrachte medizinische oder technische Leistungen sowie Entschädigungen von Lebendspendern für ungerechtfertigte⁴⁴⁵ Schäden infolge der Entnahme nicht als Gewinn oder Vorteil zu betrachten sind.⁴⁴⁶ Art 21 Abs 2 2. ZPMRB verbietet zudem „Werbung hinsichtlich des Bedarfs an Organen oder Geweben oder deren Verfügbarkeit, um einen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil anzubieten oder zu erlangen“. Art 22 2. ZPMRB bekräftigt das Gewinnverbot durch die ausdrückliche Wiederholung des Verbots des Organ- und Gewebehandels. Zuletzt normiert Art 23 2. ZPMRB die Vertraulichkeit aller personenbezogenen Daten von Spender und Empfänger und setzt Bedingungen für deren Sammlung, Verarbeitung und Weitergabe fest.

3. Bindungswirkung für Österreich

Weder die MRB noch ihre Zusatzprotokolle entfalten für Österreich eine *unmittelbar* bindende Wirkung.⁴⁴⁷ Denn obwohl die besseren Gründe für einen Beitritt Österreichs spre-

⁴³⁸ Der EBZP nennt als Beispiele für eine solche Konstellation sog. „Dominotransplantationen“ (Z 108) sowie im Zuge einer medizinischen Behandlung entnommene Organe oder Gewebe (Z 109).

⁴³⁹ In Fällen des Art 20 2. ZPMRB ist auch eine vertretungsweise Einwilligung möglich. Vgl EBZP Z 110.

⁴⁴⁰ Art 20 2. ZPMRB konkretisiert die nicht-transplantationspezifische Regelung des Art 22 MRB. Vgl dazu mwN *Dujmovits in Kopetzki* 85 f.

⁴⁴¹ EBZP Z 113 nennt als Bsp etwa Sachleistungen. Vgl *Breyer et al, Organmangel* 193 f.

⁴⁴² Vgl EBZP Z 118.

⁴⁴³ *Dujmovits in Kopetzki* 82 f; *Breyer et al, Organmangel* 198.

⁴⁴⁴ Vgl EBZP Z 113 jedoch unter Verweis auf Z 115.

⁴⁴⁵ Erfasst ist nur ein über den – jeder Organentnahme immanenten – Entnahmeschaden hinausgehender Schaden. Vgl *Dujmovits in Kopetzki* 83 sowie EBZP Z 116.

⁴⁴⁶ Vgl *Breyer et al, Organmangel* 194 ff.

⁴⁴⁷ Generell zur Wirkung der MRB siehe *Kopetzki in FS Fuchs* 229.

chen,⁴⁴⁸ wurden die Übereinkommen bislang nicht ratifiziert und eine Ratifikation ist auch nicht absehbar.⁴⁴⁹ Selbst für den Fall eines Beitritts Österreichs wären die innerstaatlichen Rechtswirkungen der Konvention von verschiedenen weiteren Aspekten, wie insb der Art der Transformation ins nationale Recht, dem gewählten Rang im Stufenbau der Rechtsordnung und der Erklärung allfälliger völkerrechtlicher Vorbehalte iSd Art 36 MRB abhängig.⁴⁵⁰ Auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit Detailfragen der MRB und des 2. ZPMRB sowie mit den Divergenzen zwischen diesen und der geltenden nationalen österreichischen Rechtsordnung kann daher verzichtet werden.⁴⁵¹ Insgesamt entspricht das OTPG in vielen Punkten den Vorgaben der MRB sowie des 2. ZPMRB oder überschreitet deren Schutzniveau sogar. Manche der einstigen Konfliktpunkte mit der alten Rechtslage konnten durch das OTPG zudem bereits beseitigt werden.⁴⁵² Einige Bestimmungen (insb des 2. ZPMRB) bedürften jedoch im Falle eines Beitritts näherer Betrachtung in Hinblick auf ihre ausreichende Umsetzung im nationalen Recht bzw zumindest hinsichtlich des Bestands hinreichenden Rechtsschutzes.⁴⁵³ So unterschreitet die österreichische Rechtslage insb betreffend die widmungsändernde Verwendung von Organen (Art 20 2. ZPMRB), Allokationsregelungen zur Absicherung des gleichen Zugangs zu Transplantationsleistungen (Art 3 2. ZPMRB), die Aufklärung der Öffentlichkeit (Art 8 2. ZPMRB), die Subsidiarität der Lebendspende gegenüber der Leichenspende (Art 19 Abs 1 MRB sowie Art 9 2. ZPMRB), die dem EBZP entnehmbaren Anforderungen an ein Widerspruchssystem (Art 17 2. ZPMRB) sowie die Voraussetzung der engen Beziehung für die Lebendspende bzw in Ermangelung einer solchen die Billigung durch eine unabhängige Stelle (Art 10

⁴⁴⁸ Vgl (nach einer ausführliche Auseinandersetzung mit den Argumenten für und gegen einen Beitritt) einen Beitritt klar befürwortend *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt*, Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vom 11. Februar 2002 betreffend die Empfehlung für einen Beitritt Österreichs zur Biomedizinkonvention des Europarates <https://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=1111>; *Kopetzki*, Editorial: Österreich und die Biomedizinkonvention, RdM 2013/33, 41; *ders* in FS Fuchs 248 f.

⁴⁴⁹ Vgl zu den Hintergründen ausführlich *Kopetzki* in *Taupitz* 197 f; *ders* in *Barta/Weber* 122 ff; *ders* in FS Fuchs 227 ff.

⁴⁵⁰ *Dujmovits* in *Kopetzki* 78; *Kopetzki* in *Barta/Weber* 125 f; ausführlich zuletzt mwN *Kopetzki* in FS Fuchs 230 ff und 238 ff.

⁴⁵¹ Vgl aus der – für die angesichts der fehlenden Verbindlichkeit für Österreich und auch Deutschland – umfangreichen einschlägigen deutschsprachigen Literatur nur *Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 55 ff; *dieselbe* in *Kopetzki* 77 ff; *Kopetzki* in *Barta/Weber* 121 ff; *ders* in FS Fuchs 225 ff (mwN in FN 2); die Beiträge in *Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizinkonvention des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002); *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 (2003); *Radau*, Die Biomedizinkonvention des Europarates (2006) (insb 101 ff) sowie *Janczak*, Postmortale Organspende 194 ff.

⁴⁵² So etwa das Fehlen der von der MRB verlangten ausdrücklichen und schriftlichen Einwilligung oder eines ausdrücklichen Gewinnverbots für die Lebendspende in der nationalen Rechtsordnung. Vgl dazu *Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 70 ff; *Kopetzki* in *Barta/Weber* 133.

⁴⁵³ Derartige Rechtsschutzgarantien enthält sowohl die MRB (Art 23-25) als auch das 2. ZPMRB (Art 24-26). Vgl dazu auch *Dujmovits* in *Kopetzki* 88; *Kopetzki* in FS Fuchs 233 f.

2. ZPMRB) offensichtlich das geforderte Schutzniveau. Die damit einhergehenden Beschränkungen wären daher auf ihre Vereinbarkeit mit den materiellen Schranken des Art 26 MRB zu überprüfen.⁴⁵⁴

Eine gewisse *mittelbare* Wirkung kommt der Konvention für Österreich auch ohne Beitritt bereits zu.⁴⁵⁵ Der Einfluss zeigt sich etwa darin, dass einige Bestimmungen der MRB bzw des 2. ZPMRB sich in der GRC und somit in einem für Österreich bindenden Grundrechtskatalog wiederfinden. So entspricht etwa das Gewinnverbot des Art 3 Abs 2 lit c GRC im Wesentlichen Art 21 MRB.⁴⁵⁶ Sowohl die Erläuterungen zur GRC⁴⁵⁷ als auch sekundärrechtliche Akte wie die OrganRL⁴⁵⁸ nehmen ausdrücklich Bezug auf Bestimmungen der MRB. Zudem können die MRB und das 2. ZPMRB (abhängig vom jeweiligen Ratifikationsstand) bei der Auslegung unbestimmter Begriffe anderer europäischer Grundrechte, insb der EMRK, einen „europäischen Konsens“ iSd Auslegungsmethode des EGMR widerspiegeln und über diesen Umweg die geltende Rechtsordnung beeinflussen.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ Vgl dazu näher *Kopetzki* in FS Fuchs 235 ff; *Breyer et al*, Organmangel 184 f; *Dujmovits* in *Kopetzki* 78.

⁴⁵⁵ Vgl zum Ganzen mwN *Kopetzki* in FS Fuchs 247 f.

⁴⁵⁶ Zum Einfluss der MRB samt Zusatzprotokoll insb auf Art 3 GRC vgl *Breyer et al*, Organmangel 206 f; *Breitenlechner/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 3 Rz 6 f und 19.

⁴⁵⁷ ABI C 2007/303, 18.

⁴⁵⁸ Vgl ErwGr 19 OrganRL.

⁴⁵⁹ Vgl *Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 57; *Kopetzki* in *Barta/Weber* 124. Siehe dazu mit zahlreichen Bsp, in denen der EGMR – auch in Verfahren gegenüber Staaten, die die MRB nicht unterzeichnet haben – „obiter dictu“ auf Bestimmung der MRB Bezug genommen hat, *Kopetzki* in FS *Fuchs* 247 f FN 58 und 59.

V. Grundrechtliche Aspekte der Organtransplantation

Die einfachgesetzlichen Bestimmungen des OTPG unterliegen vielfach grundrechtlichen Vorgaben. Ihre umfassende Aufarbeitung kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht geboten werden.⁴⁶⁰ Das folgende Kapitel beschränkt sich vielmehr (nach kurzen allgemeingrundrechtsdogmatischen Hinweisen) auf die Bearbeitung *ausgewählter* grundrechtlicher Fragestellungen, die in der verfassungsrechtlichen Debatte des Themenbereichs Organtransplantation von wesentlicher Bedeutung sind. Der Fokus der Beurteilung liegt hierbei auf *nationalen* Grundrechten. Auf einschlägige Bestimmungen der GRC als für Österreich „bei der Durchführung des Rechts der Union“⁴⁶¹ bzw. „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“⁴⁶² verbindliche unionsrechtliche Grundrechtsquelle wird im jeweiligen Zusammenhang hingewiesen.⁴⁶³ Weitere grundrechtliche Bezüge werden im Rahmen der Darstellung der einfachgesetzlichen Rechtslage aufgezeigt.

A. Allgemein grundrechtsdogmatische Fragen

Die nationalen Grundrechte binden zunächst die hoheitlich handelnde Staatsgewalt in allen ihren Erscheinungsformen (Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung).⁴⁶⁴ Daneben

⁴⁶⁰ Für einen Überblick über hier zT nicht näher behandelte – durch das GSG aufgeworfene, in vielerlei Hinsicht aber auf das OTPG übertragbare – grundrechtliche Fragestellungen insb in Hinblick auf die Eigentums-, Erwerbs- und Meinungsfreiheit vgl *Dujmovits* in *Kopetzki* 56 ff; zum Grundrecht auf Datenschutz vgl *Lehner*, Gewebesicherheit und Datenschutz, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 247 (251 ff). Zur grundrechtlichen Beurteilung von Gewinnverboten (auch in Hinblick auf Art 3 Abs 2 lit c GRC) siehe *Kopetzki* in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* 71 ff, zu jener von Werbebeschränkungen vgl *Raschauer*, Werbung und Verfassung, in *Aicher* (Hrsg), Das Recht der Werbung (1984) 19 ff sowie *Bezemek*, Werbebeschränkungen am Prüfstand der Meinungsfreiheit, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), JB Öffentliches Recht 2011 (2011) 221 ff.

⁴⁶¹ Vgl Art 51 Abs 1 2. Halbsatz GRC.

⁴⁶² So unter Berufung auf EuGH-Rsp die Erläuterungen zu Art 51 GRC, ABl C 2007/303, 32. Für einen Überblick über den Meinungsstand in Hinblick auf Fallkonstellationen der Bindung der Mitgliedstaaten an die GRC und Abgrenzungsversuche in der EuGH-Rsp vgl statt vieler mwN *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 51 Rz 16 ff. Jedenfalls beim mittelbaren Vollzug (also bei der RL-Umsetzung und beim Vollzug von Umsetzungsvorschriften) ist eine Bindung an die GRC zu bejahen. Soweit das OTPG die OrganRL umsetzt, sind dessen Bestimmungen somit an der GRC zu messen. Zum (umstrittenen) Umfang der Bindungswirkung in dieser Konstellation, insb in unionsrechtlich nicht vollständig determinierten Bereichen, vgl etwa mwN *Kingreen* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 51 EU-GRCharta Rz 8 ff.

⁴⁶³ Rechte der GRC können nach jüngsten Rsp (VfGH 14. 3. 2012, U 466/11 VfSlg 19.632, bestätigt und näher begründet in VfGH 12. 3. 2014, B 166/2013 VfSlg 19.865) unter bestimmten Voraussetzung als „verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte“ auch einen Prüfungsmaßstab im Verfahren vor dem VfGH bilden. Vgl dazu statt vieler mwN *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 55 ff sowie *Grabenwarter*, Verfassungsrecht, Völkerrecht und Unionsrecht als Grundrechtsquellen, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 2 Rz 32 ff.

⁴⁶⁴ Vgl Statt vieler *Berka*, Verfassungsrecht⁵ (2014) Rz 1248.

ist fraglich, inwieweit auch das Handeln der („privaten“) Akteure der Transplantationsmedizin (Spender, Empfänger, Ärzte, Krankenanstalten, Eurotransplant) am Maßstab der Grundrechte zu messen ist.⁴⁶⁵

Sofern die an der Transplantation Beteiligten einer vom Staat betriebenen Krankenanstalt angehören, kommt eine Fiskalgeltung der Grundrechte in Betracht. Eine solche Grundrechtsbindung des Staates als Träger von Privatrechten (Art 17 B-VG) wird heute von der hL und Judikatur jedenfalls bei der Erfüllung typisch öffentlicher Aufgaben nahezu einhellig bejaht.⁴⁶⁶ Soweit es sich bei den Akteuren des Transplantationsrechts hingegen um echte Privatpersonen handelt, scheidet auch eine Fiskalgeltung der Grundrechte aus. Eine unmittelbare Drittwirkung, also eine direkte Bindung an die Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander, wird (abgesehen von Fällen ausdrücklicher Anordnung)⁴⁶⁷ von der hL abgelehnt.⁴⁶⁸ Gewisse Wirkungen der Grundrechte zwischen Privaten werden lediglich durch die grundrechtskonforme Interpretation von Bestimmungen des (Zivil-)Rechts (insb Generalklauseln und unbestimmte Gesetzesbegriffe) vermittelt („mittelbare Drittwirkung“).⁴⁶⁹

Das Fehlen einer unmittelbaren grundrechtlichen Bindung am Transplantationsprozess beteiligter Privater wird durch die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers relativiert.⁴⁷⁰ Denn die Funktion der meisten Grundrechte erschöpft sich heute nicht mehr darin, dass sie als auf staatliches Unterlassen gerichtete Abwehrrechte bloßen Schutz vor *staatlichen Eingriffen* bieten („liberale Freiheitsrechte“).⁴⁷¹ Vielmehr sind in den Grundrechtsgarantien nach heutigem Verständnis oftmals auch positive Gewährleistungspflichten enthalten, die

⁴⁶⁵ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 44 ff.

⁴⁶⁶ Vgl mwN *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) Rz 1/71; *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht StGG Vorbemerkungen Rz 72 ff (Stand 1. Lfg, 2001); *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 737 ff; *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 3 Rz 49; *Schulev-Steindl*, Drittwirkung und Fiskalgeltung in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 6 Rz 55 ff (insb Rz 63).

⁴⁶⁷ Dazu *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 46.

⁴⁶⁸ MwN *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 45; *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 6 Rz 7 ff.

⁴⁶⁹ Vgl mwN *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 47 f sowie *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 6 Rz 19 ff. Zur Drittwirkungsdiskussion vgl allgemein auch *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 1263 ff; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte Rz 1/73 ff; mwN *Berka* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht StGG Vorbemerkungen Rz 76 ff sowie *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 741 ff.

⁴⁷⁰ Vgl mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 45.

⁴⁷¹ Vgl zu dieser ursprünglichen Funktion der Grundrechte *Berka*, Verfassungsrecht Rz 1214; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte Rz 1/27; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 12 und 51.

den Staat zu einem bestimmten Handeln verpflichten, um die Inanspruchnahme der Grundrechte zu gewährleisten.⁴⁷² Diese Pflichten richten sich primär an den Gesetzgeber, der durch positive Maßnahmen insb auch für den entsprechenden Schutz der gewährleisteten Freiheiten vor Beeinträchtigungen von dritter (nichtstaatlicher) Seite sorgen muss („Schutzpflichten“).⁴⁷³ Ausdrücklich angesprochen sind positive Gewährleistungspflichten in Art 1 EMRK, der den Vertragsstaaten aufträgt, die in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu sichern. Positiven Pflichten kommt daher im Zusammenhang mit Grundrechten der EMRK (insb Art 2 EMRK, Art 8 EMRK) größere Bedeutung zu als bei den klassisch liberalen Abwehrrechten des StGG.⁴⁷⁴ Die Pflichten sind ua dann verletzt, wenn der Gesetzgeber unverhältnismäßige Eingriffe in das vom Grundrecht geschützte Rechtsgut durch (nichtstaatliche) Dritte zulässt.⁴⁷⁵

Die Grenze zwischen Eingriffen bzw Schranken iSd abwehrrechtlichen Grundrechtsdimension⁴⁷⁶ und positiven Schutzpflichten iSd Gewährleistungskomponente der Grundrechte lässt sich dabei nicht immer präzise definieren.⁴⁷⁷ Das Abgrenzungsproblem stellt sich etwa bei der Beurteilung von Gesetzen, die Eingriffe durch Private in einen grundrechtlich geschützten Bereich unter gewissen Voraussetzungen ausdrücklich *erlauben* (wie etwa § 5 OTPG die Organentnahme vom Verstorbenen bei Nichtvorliegen eines Widerspruchs).⁴⁷⁸ Stellen sich derartige Ermächtigungen selbst als aktives, staatliches, das Grundrecht beschränkendes Verhalten und damit als Eingriff durch den Gesetzgeber dar, obwohl die unmittelbare Eingriffshandlung (in Form der Organentnahme) im Einzelfall durch Private erfolgt, oder ist hier lediglich die Schutzpflichtkomponente in Hinblick auf den Eingriff durch Private betroffen, wie es bei Vorliegen einer „schwachen Erlaubnis“ durch Nichtregelung der Fall wäre?⁴⁷⁹ Die allgemein-grundrechtsdogmatische Frage⁴⁸⁰ muss an dieser

⁴⁷² Berka, Verfassungsrecht⁵ Rz 1221; Hengstschläger/Leeb, Grundrechte Rz 1/33. Dazu grundlegend Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997).

⁴⁷³ Vgl mwN Berka, Verfassungsrecht⁵ Rz 1222 ff; Kucsko-Stadlmayer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 57 ff.

⁴⁷⁴ Hengstschläger/Leeb, Grundrechte Rz 1/33.

⁴⁷⁵ Hengstschläger/Leeb, Grundrechte Rz 1/33.

⁴⁷⁶ Zur begrifflichen Unterscheidung zwischen Schranken und Grundrechtseingriffen vgl Berka in Kneihls/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht StGG Vorbemerkungen Rz 92; allgemein zum Eingriffsbegriff vgl mwN Berka in Kneihls/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht StGG Vorbemerkungen Rz 95 f; ders, Verfassungsrecht⁵ Rz 1285; Kucsko-Stadlmayer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 84 f.

⁴⁷⁷ Vgl mwN Wiederin in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 12 (Stand 5. Lfg, 2002); dazu und zum Folgenden auch Holoubek, Gewährleistungspflichten 58 f.

⁴⁷⁸ Auf diese Problematik hinweisend Kopetzki, Organgewinnung 48.

⁴⁷⁹ Vgl Kopetzki, Organgewinnung 49, wonach „zwischen der ausdrücklichen gesetzlichen Eingriffserlaubnis und dem bloßen Fehlen eines Eingriffsverbots [...] kein hinreichender Unterschied erblickt werden kann“, da „in beiden Fällen das in Frage stehende Verhalten keinem gesetzlichen Verbot unterliegt“. Vgl auch mwN

Stelle offen bleiben. Ihre Beantwortung bleibt jedoch letztlich ohne erhebliche Konsequenzen, da sich die dogmatische Struktur der Prüfung von Schutzpflichtverletzungen zwar in manchen Punkten von der Abwehrrechtsdogmatik unterscheidet, von dieser aber erheblich beeinflusst ist.⁴⁸¹ In beiden Fällen kommen die gleichen Grundsätze (wenn auch tendenziell mit einem größeren staatlichen Ermessensspielraum bei Schutzpflichten)⁴⁸² zur Anwendung.⁴⁸³ Insb „haben sich auch – mehr oder weniger – Schutz gewährende und daher – mehr oder weniger gravierende – Berührungen des Schutzbereichs gestattende Regelungen an den *materiellen Vorgaben*“ der grundrechtlichen Schrankenvorbehalte „zu orientieren“.⁴⁸⁴ Der Gesetzgeber darf auch bei der Erfüllung von Schutzpflichten keine Eingriffe durch Private erlauben, die er selbst nicht setzen dürfte.⁴⁸⁵ Für die grundrechtliche Beurteilung kann es somit keinen wesentlichen Unterschied machen, ob ein Gesetz einen Eingriff durch Private in einen grundrechtlich geschützten Bereich ausdrücklich erlaubt oder selbst unmittelbar in das Grundrecht eingreift.⁴⁸⁶

B. Organentnahme vom (hirn-)toten Spender

Im folgenden Kapitel wird der Frage nachgegangen, welchen grundrechtlichen Vorgaben eine Organentnahme vom hirntoten Spender unterliegt und inwiefern die eine enge Widerspruchslösung normierende Entnahmeerlaubnis des § 5 OTPG⁴⁸⁷ diesen gerecht wird.

Hillgruber in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK Rz 115 (Stand 11. Lfg, 2013), wonach Zurechnung privaten Verhaltens an einen Konventionsstaat dann erfolgen kann, „wenn die staatliche Rechtsordnung dieses Verhalten mit konstitutiver Wirkung erlaubt“.

⁴⁸⁰ Vgl grundlegend etwa *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2000); *Holoubek*, Gewährleistungspflichten.

⁴⁸¹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) § 19 Rz 5.

⁴⁸² *Kneihs*, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 9 Rz 34; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 19 Rz 7.

⁴⁸³ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 12. Zur str Frage der Übertragbarkeit der (Eingriffs-)Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage vgl mwN ebenso *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 15 sowie *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 40.

⁴⁸⁴ *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 40 (vgl auch Rz 34). Zur Bedeutung grundrechtlicher Schrankenvorbehalte für die Beurteilung staatlicher Schutzpflichten vgl auch mwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 66 (Stand 5. Lfg, 2002).

⁴⁸⁵ MwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 67.

⁴⁸⁶ So mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 49.

⁴⁸⁷ Zum Fehlen eines Widerspruchs als zentrale Entnahmevoraussetzung siehe umfassend unten S 124 ff.

1. Ende des grundrechtlichen Lebens- und Integritätsschutzes

Die Entnahme lebenswichtiger Organe beim *Lebenden* fällt in den Schutzbereich des durch Art 2 EMRK geschützten Rechts auf Leben. In dieses wird durch absichtliche oder unabsichtliche Tötung sowie der Tötung gleichzuhaltende hinreichend ernstliche lebensbedrohende Gesundheitsbeeinträchtigungen eingegriffen.⁴⁸⁸ Da die körperliche Integrität erst bei ernstlicher Lebensgefährdung, nicht hingegen für sich genommen, von Art 2 EMRK erfasst ist,⁴⁸⁹ stellt für die Entnahme „entbehrlicher“ Organe vom Lebenden Art 8 EMRK den Prüfungsmaßstab dar.⁴⁹⁰ Auf unionsrechtlicher Ebene entsprechen den Art 2 und 8 EMRK hinsichtlich „Bedeutung und Tragweite“ die Art 2 (Recht auf Leben) und Art 7 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) GRC (vgl Art 52 Abs 3 GRC).⁴⁹¹ Daneben wird das Recht auf körperliche Unversehrtheit auch ausdrücklich durch Art 3 Abs 1 GRC geschützt.⁴⁹²

Mit dem *Tod* endet allerdings die Grundrechtssubjektivität und mit ihr der Lebens- und auch der Integritätsschutz.⁴⁹³ Ob eine Organentnahme vom hirntoten Spender – wie sie durch § 5 OTPG zugelassen wird – am Recht auf Leben bzw am Recht auf körperliche Integrität gemessen werden muss, hängt also davon ab, ob ein hirntoter Mensch im grundrechtlichen Sinne lebt oder bereits tot ist.

⁴⁸⁸ Vgl statt vieler *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 10; *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 23 ff; *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 13 f (Stand 8. Lfg, 2011).

⁴⁸⁹ mwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 20 sowie *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 52.

⁴⁹⁰ Zur körperlichen Integrität als Schutzgut des Art 8 EMRK statt vieler *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 34; *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 32.

⁴⁹¹ Vgl die Erläuterungen zu Art 2, 7 und 52 GRC (ABI C 2007/303, 17 ff) sowie mwN *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 25 und 41. Zur nach hM bewirkten vollen inhaltlichen Identität vgl mwN *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 52 Rz 30 f; *Rumler-Korinek/Vranes* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 52 Rz 32.

⁴⁹² Näher zum Schutzgut des Art 3 Abs 1 GRC mwN *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 3 Rz 36. Für den Bereich der Medizin und Biologie verankert Art 3 Abs 2 lit a zudem explizit das (aus Art 8 EMRK ohnehin bereits abgeleitete) Prinzip der freien Einwilligung nach vorheriger Aufklärung („informed consent“).

⁴⁹³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 17 Rz 4 und § 20 Rz 2; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 24; *Kopetzki* Organgewinnung 51 f.

Die EMRK enthält keine Definition des Todes. Anders als hinsichtlich der Frage nach dem Beginn des Lebensschutzes,⁴⁹⁴ fehlt auch eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem grundrechtlich Todesbegriff und somit dem Ende des Schutzes des Art 2 und 8 EMRK.⁴⁹⁵ Dessen ungeachtet besteht in der Lehre zu Art 2 und 8 EMRK und den korrespondierenden Grundrechten auf Unionsebene weitgehend Einigkeit, dass nicht erst der Herz-Kreislauf-Tod, sondern bereits der irreversible Gesamthirntod des Menschen den im grundrechtlichen Sinn maßgeblichen Todeszeitpunkt darstellt.⁴⁹⁶ Die in Deutschland in Hinblick auf Art 2 GG in dieser Frage heftig geführte Diskussion⁴⁹⁷ hat auf Österreich bislang nicht übergeschlagen.

Bei der Auslegung des Todesbegriffs des Art 2 EMRK ist zu berücksichtigen, dass dieser – anders als bspw Art 2 GG – keine genuin innerstaatliche Verbürgung des Lebensschutzes darstellt, sondern eine solche völkerrechtlichen Ursprungs.⁴⁹⁸ Für das Ende des Lebens- und Integritätsschutzes durch die EMRK entscheidend ist daher, bis wann die Vertragsparteien das Leben schützen wollten und wollen.⁴⁹⁹ Bei einer „autonomen, am Standard der Rechtsordnungen der Konventionsstaaten und am Erkenntnisstand der Medizin orientierten Auslegung“ sprechen die besseren Gründe dafür, den Gesamthirntod als Todeszeitpunkt des Menschen im grundrechtlichen Sinn anzusehen.⁵⁰⁰ Auch die Erläuterungen zum

⁴⁹⁴ Dazu statt vieler mwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 14 ff; *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 8; *Lagodny* in *Pabel/Schmahl* (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention Art 2 Rz 24 ff (5. Lfg, 1. 2002).

⁴⁹⁵ *Hillgruber* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 EMRK Rz 23.

⁴⁹⁶ MwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 19; *ders*, Rechtliche Voraussetzungen der Hirntodbestimmung, in *Schwarz/Kröll/List* (Hrsg), Schädel-Hirn-Trauma/Hirntod (1995) 231 (233); *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 9; *ders* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 10; *Lagodny* in *Pabel/Schmahl*, IntKom-EMRK Art 2 Rz 49 f; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 24; *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) 182 ff; *Kopetzki*, Organgewinnung 53 ff. Zur GRC auch mwN *Frenz*, Handbuch Europarecht IV (2009) Rz 931; *Müller-Terpitz* in *Spickhoff*, Medizinrecht² Art 35 GRC Rz 58 sowie mwN *Breitenlechner/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 2 Rz 9 (FN 15); *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 2 Rz 33; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2013) Art 2 Rz 6.

⁴⁹⁷ Kritisch zur Gleichsetzung von Hirntod und Tod des Menschen insb *Höfling/Rixen* in *Höfling*, TPG² § 3 Rz 13 ff (mwN zu ablehnenden Stellungnahmen in der verfassungsrechtlichen Literatur in Rz 19); *Rixen*, Lebensschutz 247 ff; *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen 48 ff; *Lang* in *Epping/Hillgruber* (Hrsg), Grundgesetz Art 2 Rz 60 f (Stand 1. 9. 2014, beck-online.de) sowie zur GRC *Höfling* in *Tettinger/Stern* (Hrsg), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Art 2 Rz 24 f.

⁴⁹⁸ *Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 1.

⁴⁹⁹ Vgl zum Lebensbeginn *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 7 f.

⁵⁰⁰ *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 19. Allgemein zu Aspekten der Auslegung der EMRK *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 5 Rz 9 ff; *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl* (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention Art 8 Rz 15 ff (Stand 2. Lfg, 4. 1992).

2. ZPMRB⁵⁰¹ spiegeln einen für die Auslegung der EMRK relevanten europäischen Konsens hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Hirntodes wieder.⁵⁰²

Vor diesem Hintergrund können die in Deutschland von Verfechtern der Auffassung, der „tatsächliche“ Tod trete aus grundrechtlicher Sicht erst mit dem irreversiblen Ausfall des Herz-Kreislauf-Systems ein,⁵⁰³ hierfür vorgebrachten Argumente zumindest in Hinblick auf Art 2 EMRK nicht überzeugen. Zwar spricht sich etwa der Hirntodkritiker⁵⁰⁴ *Hillgruber* auch in Hinblick auf die EMRK dafür aus, „aus Gründen eines effektiven und umfassenden Grundrechtsschutzes die Konventionsberechtigung erst zum spätest möglichen Zeitpunkt enden zu lassen“.⁵⁰⁵ Selbst er räumt jedoch ein, dass unter Anlegen der für den Beginn des Lebens iSd Konvention entwickelten Maßstäbe⁵⁰⁶ vieles dafür spricht, dass der EGMR den Staaten auch in Hinblick auf das Todeskriterium einen weiten Einschätzungsspielraum gewähren wird.⁵⁰⁷

Eine nationale Bestimmung, die die Entnahme von Organen ausschließlich *nach* Eintritt des Hirntodes gestattet, steht somit nicht in Konflikt mit dem Recht auf Leben und dem Recht auf körperliche Integrität des Spenders.⁵⁰⁸ Lediglich eine gesetzliche Erlaubnis der Organentnahme auch *vor* Eintritt des Hirntodes wäre (als Erlaubnis der Organentnahme vom Lebenden) in Hinblick auf ihre Zulässigkeit an den genannten Grundrechten zu messen.⁵⁰⁹ Art 2 EMRK garantiert darüber hinaus eine verlässliche *Feststellung* des Todes in einem validen Prozedere.⁵¹⁰ Da § 5 OTPG die Entnahme vom Verstorbenen erst gestattet, nachdem der eingetretene Hirntod⁵¹¹ durch einen Arzt festgestellt wurde, für die Hirntoddiagnostik ein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes Verfahren vorgibt und die To-

⁵⁰¹ Vgl. EBZP Z 94 („[...] it can be noted that in most countries, the law defines the concept and the conditions of brain death“).

⁵⁰² Vgl. *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 Rz 19. Zur mittelbaren Wirkung der MRB und ihrer Zusatzprotokolle auf diesem Wege vgl. bereits oben S 76.

⁵⁰³ Diese sehen in der Entnahme lebenswichtiger Organe vom „lediglich“ Hirntoten konsequenterweise einen Eingriff in das Lebensrecht des Spenders und damit letztendlich einen grundrechtlich rechtfertigungsbedürftigen (und bei Vorliegen einer wirksamen Zustimmung mitunter auch rechtfertigungsfähigen) Unterfall der Lebendspende. Vgl. dazu etwa *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen 76 ff. Eine solche Rechtfertigung mag im Zustimmungsmo-
dell denkbar sein, scheidet im Regelungsmodell der Widerspruchslösung allerdings aus.

⁵⁰⁴ Vgl. etwa *Hillgruber* in *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Grundgesetz Art 1 Rz 5.1 (Stand 1. 12. 2014, beck-online.de).

⁵⁰⁵ *Hillgruber* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK Rz 24.

⁵⁰⁶ So verneinen VfGH und EGMR – anders als das deutsche BVerfG zu Art 2 GG – einen (zwingenden) Schutz des ungeborenen Lebens durch Art 2 EMRK. Dazu statt vieler *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 15 ff.

⁵⁰⁷ *Hillgruber* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK Rz 23.

⁵⁰⁸ Vgl. *Kneihls* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 10.

⁵⁰⁹ Vgl. *Kopetzki*, Organgewinnung 50.

⁵¹⁰ Vgl. *Kopetzki*, Organgewinnung 50.

⁵¹¹ Zur Maßgeblichkeit des Hirntodes auch auf einfachgesetzlicher Ebene vgl. unten S 159 ff.

desfeststellung verfahrensrechtlich durch das Erfordernis der Unabhängigkeit des todesfeststellenden Arztes absichert, erscheint die Entnahmeregelung in Hinblick auf den grundrechtlichen Lebens- und Integritätsschutz unproblematisch.⁵¹²

Körperliche Eingriffe am sterbenden Spender vor Feststellung des Hirntodes unterliegen hingegen in vollem Umfang dem grundrechtlichen Lebens- und Integritätsschutz. Sofern konsenslose Eingriffe an Sterbenden erlaubt werden, führt dies zu einem grundrechtlichen Rechtfertigungsbedarf in Hinblick auf Art 8 EMRK bzw bei Lebensgefährlichkeit des körperlichen Eingriffs in Hinblick auf Art 2 EMRK.⁵¹³ Die Zulässigkeit der Angiographie zum Nachweis des Hirntodes⁵¹⁴ wird als nicht ernstlich lebensgefährdender Eingriff einer solchen Rechtfertigung gem Art 8 Abs 2 EMRK zum Schutz des Lebens potenzieller Organempfänger zugänglich sein.

2. Widerspruchslösung und Verfügungsrecht über den Leichnam

Zu prüfen bleibt, ob die mit der Widerspruchslösung verbundene Beschränkung der Verfügungsmöglichkeit über den Leichnam sonstigen grundrechtlichen Vorgaben entspricht.⁵¹⁵ Anders als bspw das deutsche Verfassungsrecht⁵¹⁶ kennen weder die EMRK noch sonstige nationale Grundrechte ein umfassendes allgemeines Persönlichkeitsrecht.⁵¹⁷ Einige wesentliche Aspekte des Persönlichkeitsschutzes sind jedoch nach hM vom Recht auf Achtung des Privatlebens gem Art 8 EMRK mitumfasst.⁵¹⁸

⁵¹² Vgl (zu § 62a KAG aF) *Kopetzki*, Organgewinnung 50.

⁵¹³ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 51 und 55 sowie (zur Einbeziehung von Methoden der Hirntodfeststellung in den grundrechtlichen Bezugsbereich) *ders* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 19.

⁵¹⁴ Vgl hierzu näher unten S 165 ff.

⁵¹⁵ Für eine umfassende grundrechtliche Beurteilung der verschiedenen Regelungsmodelle aus deutscher Sicht vgl *Bader*, Organmangel 32 ff; *Breyer et al*, Organmangel 210 ff.

⁵¹⁶ Zur Betrachtung der Regelungsmodelle der Leichenspende unter dem Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art 2 Abs 1 GG vgl etwa *Bader*, Organmangel 34 f.

⁵¹⁷ *Hillgruber* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK Rz 21; *Kopetzki*, Organgewinnung 55.

⁵¹⁸ Vgl mwN *Hillgruber* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK Rz 21 FN 32; *Grabewarter/Pabel*, EMRK § 22 Rz 6; *Kopetzki*, Organgewinnung 56. Problematisch erscheint eine Beurteilung der Widerspruchslösung (ausschließlich) in Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der „Menschenwürde“ (so unter Übertragung der deutschen Lehre zu Art 1 GG *Kalchschmid*, Organtransplantation 163 f). Kritisch zu einer solchen Begründung eines (postmortalen) Persönlichkeitsschutzes mwN auch *Eisenberger*, Postmortaler Grundrechtsschutz am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes, in FS Funk (2003) 175 (180 f).

a) Verfügungsrecht über den eigenen Leichnam zu Lebzeiten

Fraglich ist zunächst, ob und inwieweit die Verfügungsmöglichkeit über den eigenen Leichnam zu Lebzeiten als postmortaler Aspekt des Persönlichkeitsschutzes in den Schutzbereich des Art 8 EMRK (bzw diesem entsprechend des Art 7 GRC) fällt.⁵¹⁹ Dieser umfasst ua das Recht jedes Menschen selbst darüber zu bestimmen, was mit seinem Körper geschieht.⁵²⁰ Dass auch die selbstbestimmte Verfügung zu Lebzeiten über den Umgang mit dem eigenen Körper *nach* dem Tod in der Form der Wahl der Bestattungsart in den Schutzbereich des Art 8 EMRK fällt, bestätigte die EKMR bereits 1981.⁵²¹ Dieser Auffassung schloss sich jüngst auch der VfGH⁵²² an. So sprach er aus, dass eine Rechtsvorschrift, die es unmöglich macht, den Wunsch einer Lebenden zu verwirklichen, im Falle ihres Todes ihren Leichnam nicht in einer Leichenkammer einer Bestattungsanlage unterzubringen, einen „Eingriff in das durch Art 8 EMRK verbürgte Recht auf Privatleben“ darstellt. Die selbstbestimmte Verfügung über den Leichnam zu Lebzeiten fällt somit grds in den Schutzbereich des Art 8 EMRK, sodass Einschränkungen dieser Entscheidungsfreiheit potenziell als Eingriff in das Privatleben zu werten sind.⁵²³ Unklar ist indes, ab welcher Intensität eine Beschränkung der Verfügungsmöglichkeit zugleich einen Grundrechtseingriff darstellt. In der zitierten Entscheidung der EKMR wurde bspw das Verbot die Asche auf eigenem Grund zu verstreuen aufgrund des Verbleibens ausreichender Entscheidungsmöglichkeiten nicht als Eingriff gedeutet.⁵²⁴

Übertragen auf die Regelungsmodelle der Leichenspende ist davon auszugehen, dass der Entzug *jeglicher* Entscheidungsmöglichkeit zu Lebzeiten über die Organentnahme nach dem eigenen Tod iS einer Notstandslösung *jedenfalls* einen Eingriff in Art 8 EMRK dar-

⁵¹⁹ ZT werden Verfügungsmöglichkeiten des Lebenden über den Leichnam nach dem Tod auch als vom Schutzbereich des Art 3 GRC umfasst erachtet. Vgl dazu *Frenz*, Europarecht IV Rz 933; mwN *Höfling* in *Tettinger/Stern* (Hrsg), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Art 3 Rz 5.

⁵²⁰ *Kneihls* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 31.

⁵²¹ EKMR 10. 3. 1981, 8741/79, *X./Deutschland* (Der Wunsch, dass die eigene Asche auf dem eigenen Grund und Boden verstreut wird, fällt in den Schutzbereich des Privatlebens).

⁵²² VfGH G 97/2013 RdM 2015/44, 30 (*Vašek*).

⁵²³ So im Ergebnis mwN bereits *Kopetzki*, Organgewinnung 55 f. Soweit die Entscheidung über den Umgang mit dem Leichnam religiös motiviert ist, wird der Schutz des Art 8 EMRK zudem durch Aspekte der Religionsfreiheit (Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV von Saint Germain, Art 9 EMRK) verstärkt. Vgl dazu sowie zur Vereinbarkeit der Widerspruchsmöglichkeit auch mit der Religionsfreiheit *Kopetzki*, Organgewinnung 58 sowie (aus deutscher Sicht) *Bader*, Organmangel 35 f und 51 f. Da dem Verfügungsrecht über den Leichnam kein Vermögenswert entspricht, ist die Eigentumsfreiheit des Art 5 StGG (Art 1 1. ZPEMRK) kein Maßstab für Beschränkungen desselben. Vgl VfGH G 97/2013 RdM 2015/44, 30 (*Vašek*) sowie *Kopetzki*, Organgewinnung 58. AA hingegen *Dujmovits* in *Kopetzki* 65 f, die einen Eigentumseingriff bejaht, diesen jedoch als gerechtfertigt erachtet.

⁵²⁴ Vgl dazu auch *Kopetzki*, Organgewinnung 56 f.

stellen würde.⁵²⁵ Ebenso klar scheint, dass eine Regelung, die die Organentnahmen nur mit höchstpersönlicher Einwilligung gestattet (iS einer engen Einwilligungslösung) keinen Eingriff darstellen kann.⁵²⁶ Ob „dazwischenliegende“ Regelungsmodelle (Widerspruchslösung, weite Einwilligungslösung) als Eingriff gedeutet werden müssen, ist indes fraglich.⁵²⁷ Gegen die Eingriffsqualifikation der Widerspruchslösung spricht, dass dem Spender hierbei die Möglichkeit verbleibt, eine Organentnahme durch einen Widerspruch zu Lebzeiten zu verhindern und dadurch sein Selbstbestimmungsrecht auszuüben.⁵²⁸ Durch die Widerspruchslösung wird dem Betroffenen keine unausweichliche Pflicht zur postmortalen Organspende auferlegt, sondern ihm lediglich die diesbezügliche Erklärungslast aufgebürdet.⁵²⁹ Die Tendenz in der Judikatur, bei der Prüfung der Eingriffsqualität keinen allzu hohen Maßstab anzulegen und die entscheidende Prüfung erst auf Rechtfertigungsebene vorzunehmen,⁵³⁰ könnte wiederum dafür sprechen, trotz des verbleibenden Entscheidungsspielraumes auch die Verschiebung der Erklärungslast auf den Betroffenen und damit die Widerspruchslösung als Eingriff in Art 8 EMRK zu werten. Bejaht man einen Eingriff, ist dessen Intensität jedenfalls als nicht sehr hoch einzuschätzen und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers dementsprechend größer.⁵³¹

Die abschließende Klärung der Eingriffsgrenzen ist entbehrlich, da sich die Vereinbarkeit der meisten⁵³² Regelungsmodelle mit Art 8 EMRK spätestens auf Rechtfertigungsebene

⁵²⁵ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 56 f.

⁵²⁶ Dies ergibt sich schon daraus, dass selbst zu Lebzeiten die körperliche Integrität nicht schlechthin, sondern (iSd Selbstbestimmungsrechts über die körperliche Integrität) nur insoweit geschützt ist, als in sie gegen den Willen des Betroffenen eingegriffen wird. Vgl dazu *Kneihls* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 32. Zur Beurteilung der engen Zustimmungslösung aus deutscher Sicht vgl mwN *Bader*, Organmangel 38 f.

⁵²⁷ Dies bezüglich der Widerspruchslösung letztlich offen lassend *Kopetzki*, Organgewinnung 57 f.

⁵²⁸ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 57; in diese Richtung in Hinblick auf das „positive Selbstbestimmungsrecht“ (wenn auch unter der weiteren Voraussetzung einer ausreichenden Aufklärung) mwN *Bader*, Organmangel 48 ff. Gleichzeitig bejaht dieser aber aufgrund des (mittelbaren) Zwangs zur Ausübung des Widerspruchsrechts einen Eingriff in das vom „negativen Selbstbestimmungsrecht“ umfasste Recht, sich nicht mit dem eigenen Tod auseinandersetzen zu müssen.

⁵²⁹ Vgl *Kopetzki* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 48.

⁵³⁰ Vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 84.

⁵³¹ Dazu allgemein *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 89.

⁵³² Lediglich bei der (in Europa ohnehin nicht mehr praktizierten) Notstandslösung ist zweifelhaft, ob diese zur Deckung des Organbedarfs und somit zum Schutz der Gesundheit Dritter notwendig und verhältnismäßig ist. Angesichts der niedrigen Widerspruchszahlen und der geringen Unterschiede in der Organverfügbarkeit zwischen Widerspruchs- und Notstandslösung ist dies wohl zu verneinen. Vgl *Breyer et al*, Organmangel 213. Für die Unzulässigkeit der Notstandslösung auch mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 57 sowie *ders* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 47 f. Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit (zur deutschen Rechtslage) hingegen *Wille*, Das Recht des Staates zur postmortalen Organentnahme, MedR 2007, 91 ff sowie (unter dem Aspekt des postmortalen Selbstbestimmungsrechts, nicht hingegen der Religionsfreiheit) *Bader*, Organmangel 55 ff. Für die Vereinbarkeit der – ohne Widerspruchsmöglichkeit geltenden – Obduktionserlaubnis des § 25 Abs 1 KAKuG mit Art 9 EMRK zuletzt OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15g (vgl auch unten FN 556).

zeigt. Gemäß dem materiellen Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK sind Eingriffe in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens statthaft, wenn diese gesetzlich vorgesehen sind und zur Erreichung der aufgezählten legitimen Ziele notwendig (iSv verhältnismäßig) sind.⁵³³ Im Zusammenhang mit Organtransplantationen stellt der Schutz der Gesundheit der potenziellen Organempfänger ein legitimes Ziel iSd Art 8 Abs 2 EMRK dar. Entscheidendes Kriterium ist, ob die geltende (enge) Widerspruchslösung auch verhältnismäßig ist. Die Widerspruchslösung ist zunächst ein geeignetes Mittel zur Erzielung eines hohen Organaufkommens und damit zum Schutz der Gesundheit potenzieller Organempfänger.⁵³⁴ Schwieriger zu beurteilen ist, ob der durch die aufgebürdete Erklärungslast (potenziell) bewirkte Eingriff in Art 8 EMRK notwendig iS des gelindesten noch zur Zielerreichung geeigneten Mittels ist. Schließlich stehen bei der Ausgestaltung der transplantationsrechtlichen Entnahmeerlaubnis vom Verstorbenen Regelungsmodelle mit verschieden hoher Eingriffsintensität zur Verfügung. Formen der Einwilligungslösung würden zwar ein gelinderes Mittel darstellen als Widerspruchsmodele. Durch die mit Zustimmungsmodele idR erzielte geringere Spenderquote zeigt sich allerdings, dass diese nicht in derselben Weise wie die Widerspruchslösung geeignet sind, den Organbedarf zu decken.⁵³⁵ Ein gelinderes, aber gleichsam wirksames Mittel zur Zielerreichung ist nicht ersichtlich.⁵³⁶ Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit ieS sprechen gute Gründe dafür, die Gesundheitsinteressen der Organempfänger bei einer Abwägung insgesamt höher zu bewerten, als das Interesse der Spender an der postmortalen Unversehrtheit des Leichnams auch ohne aktive Widerspruchserklärung.⁵³⁷ Somit ist die (enge) Widerspruchslösung insgesamt als angemessenes Mittel zur Erreichung des Ziels des Gesundheits- und Lebensschutzes potenzieller Organempfänger zu qualifizieren und der mit ihr allenfalls verbundene Eingriff in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht der Spender gerechtfertigt.⁵³⁸

An diesem Ergebnis ändert auch das Fehlen einer Informationsverpflichtung bzw die faktische Unkenntnis der Bevölkerung über den Bestand der Widerspruchsmöglichkeit

⁵³³ Vgl zu den Voraussetzungen der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen statt vieler *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 91 ff sowie *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 18 Rz 7 ff.

⁵³⁴ Vgl mwN *Bader*, Organmangel 50; *Breyer et al*, Organmangel 217 f.

⁵³⁵ Vgl *Bader*, Organmangel 50 sowie oben S 31.

⁵³⁶ *Breyer et al*, Organmangel 218.

⁵³⁷ Vgl *Kopetzki* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 47; *Bader*, Organmangel 50 f.

⁵³⁸ So auch *Kopetzki*, Organerwerb 57 f.

nichts.⁵³⁹ Zwar trifft es zu, dass die fehlende Kenntnis der Bevölkerung um die gesetzlich auferlegte Erklärungslast die Widerspruchsmöglichkeit faktisch beschränkt⁵⁴⁰ und die Argumente für eine Qualifikation der Widerspruchslösung als Grundrechtseingriff insofern stärkt. Gerade die Unwissenheit ist aber zum einen wohl (Haupt-)Ursache für die geringe Widerspruchsquote und damit das hohe Spenderaufkommen in Österreich. Eine Einschätzung dieses Modells als gelindestes zur Zielerreichung in diesem Ausmaß geeignetes Mittel ist somit durchaus argumentierbar. Zum anderen ist vertretbar, dass denjenigen, denen die Unversehrtheit ihres Leichnams besonders wichtig ist, zu deren Wahrung in Abwägung mit dem Interesse des Lebens- und Gesundheitsschutzes potenzieller Organempfänger nicht nur die Abgabe eines Widerspruchs,⁵⁴¹ sondern auch die aktive Auseinandersetzung mit dem Thema Organspende zugemutet werden kann.⁵⁴² Auch sonst stellt das Recht eine Holschuld dar. Da die Notwendigkeit eines Widerspruchs zur Verhinderung einer Organentnahme aus dem OTPG klar hervorgeht und es darüber hinaus (insb im Wege des Widerspruchsregisters) möglich ist, eine effektiv-wirksame Widerspruchserklärung abzugeben, führt das Fehlen aktiver Informationspflichten nicht zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der Widerspruchslösung.⁵⁴³

b) Verfügungsrecht (naher Angehöriger) über den Leichnam nach dem Tod

Von der durch Art 8 EMRK geschützten Verfügungsmöglichkeit über eigene postmortale Angelegenheiten *zu Lebzeiten* zu unterscheiden ist die Frage, ob auch noch *nach* Eintritt des Todes grundrechtlich geschützte Rechte des Verstorbenen selbst bestehen, die durch die Entnahmeerlaubnis des § 5 OTPG berührt sein könnten. Während in der zivilrechtlichen Lehre die Meinung vorherrscht, dass auch post mortem noch aktuelle Persönlichkeitsrechte des Toten selbst fortbestehen („unmittelbarer postmortaler Persönlichkeitsschutz“),

⁵³⁹ Für die Notwendigkeit einer öffentlichen Debatte aufgrund verfassungsrechtlicher Schutz- und Gewährleistungspflichten hingegen wohl *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.1.4 sowie aus deutscher Sicht mwN *Bader*, Organmangel 48, 51.

⁵⁴⁰ So auch *Kopetzki*, Organgewinnung 57; *Kopetzki in Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 53.

⁵⁴¹ Vgl dazu *Kopetzki in Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 48.

⁵⁴² Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 248 f; *Bader*, Organmangel 63 f. Für dieses Ergebnis könnte auch der in der (deutschen) grundrechtlichen Auseinandersetzung immer wieder vorkommende Aspekt des „negativen Selbstbestimmungsrechts“, sich zu Lebzeiten eben nicht mit (unangenehmen) Themen wie dem eigenen Tod und der Organentnahme auseinandersetzen zu müssen, vorgebracht werden. Vgl dazu wiederum mwN *Bader*, Organmangel 35 sowie in diese Richtung auch *Kopetzki in Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 48.

⁵⁴³ Zur Diskussion über den Bestand einer Informationspflicht auf einfachgesetzlicher Ebene siehe unten S 146 ff.

deren Verletzung durch Angehörige geltend gemacht werden kann,⁵⁴⁴ wird auf Grundrechtsebene ein solcher über den Tod hinauswirkender postmortaler Schutz von der hL verneint.⁵⁴⁵ Vielmehr erlöschen die Grundrechtssubjektivität und damit der Grundrechtsschutz mit dem Tod.⁵⁴⁶ Dieser Befund schließt jedoch nicht aus, dass ein gewisser – nach zivilrechtlicher Diktion – „mittelbarer postmortaler Persönlichkeitsschutz“ besteht. So ist der grds Bestand *eigener* durch Art 8 EMRK geschützter Rechte der nahen Angehörigen aus ihrer Beziehung zum Toten – darunter auch das Recht subsidiär über den Leichnam naher Angehöriger zu verfügen – in der Rsp des EGMR anerkannt.⁵⁴⁷ Ebenso wie bei Beschränkungen der Verfügungsmöglichkeiten über den eigenen Leichnam zu Lebzeiten stellt sich auch bei Beschränkungen von Verfügungsmöglichkeiten über den Leichnam Angehöriger die Frage, ab welcher Intensität von einem Eingriff in Art 8 EMRK auszugehen ist.⁵⁴⁸ Beim Ausschluss jeglicher Entscheidungsbefugnis naher Angehöriger über Organentnahmen, wie es bei der engen Widerspruchslösung grds der Fall ist, liegt ein Eingriff in das Recht auf Privatleben der Angehörigen nahe.⁵⁴⁹ Das öffentliche Interesse am

⁵⁴⁴ Für einen Überblick über den zivilrechtlichen Meinungsstand zum postmortalen Persönlichkeitsschutz siehe mwN *Schauer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 16 Rz 26 f (Stand 1. 10. 2013, rdb.at) sowie *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang Kommentar ABGB³ (2014) § 16 Rz 171 ff.

⁵⁴⁵ MwN *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte Rz 1/41. Für eine nähere Auseinandersetzung mit dem Bestand eines grundrechtlichen „postmortalen Persönlichkeitsschutzes“ vgl mwN *Eisenberger* in FS Funk 175 ff sowie zum deutschen Recht *Spilker*, Postmortaler Schutz durch das Grundgesetz, DÖV 2014, 637 ff.

⁵⁴⁶ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 17 Rz 4; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 24; *Hillgruber* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK Rz 21 sowie mwN *Eisenberger* in FS Funk 177 f. Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Geltendmachung von (zu Lebzeiten erfolgten) Verletzungen der Rechte eines Verstorbenen durch nahe Angehörige. So bejahen VfGH und EGMR bspw eine Beschwerdelegitimation von nahen Angehörigen des Opfers einer staatlichen Tötung. Ob es sich dabei um die postmortale Feststellung der Verletzung des Rechts des Getöteten selbst oder (zumindest auch) um die Geltendmachung eigener Rechte der Angehörigen handelt ist in der Lit str. Vgl dazu etwa *Hillgruber* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK Rz 22; *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 29; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 17 Rz 4.

⁵⁴⁷ Vgl zB EGMR 30. 10. 2001, 37794/97, *Pannullo und Forte/Frankreich* (Verzögerung der Rückgabe des Leichnams der verstorbenen Tochter nach Autopsie als Verletzung des Rechts der Eltern auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens); EGMR 17. 1. 2006, 61564/00, *Elli Poluhas Dödsbo/Schweden* (Weigerung den Transfer der Urne des Ehemanns zu genehmigen als Eingriff in das Privatleben der Ehefrau); EGMR 14. 2. 2008, 55525/00, *Hadri-Vionnet/Schweiz* (Beerdigung des Leichnams eines totgeborenen Kindes in einem Massengrab als Eingriff in durch Art 8 EMRK garantierte Rechte der Mutter) sowie EGMR 16. 1. 2014, 21885/07, *Kushtova ua/Russland* (Verweigerung der Herausgabe des Leichnams eines Terroristen als Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens der Mutter und der Geschwister). Zum Bestand eines solchen „Totensorgerechts“ der Angehörigen nach deutschem Verfassungsrecht vgl mwN auch *Bader*, Organmangel 36. AA noch *Kopetzki*, Organengewinnung 58 (FN 11).

⁵⁴⁸ Auch Beschränkungen von Verfügungsmöglichkeiten über den Leichnam Angehöriger können zudem die Religionsfreiheit (Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV von Saint Germain, Art 9 EMRK) berühren. Vgl OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15g, der einen Eingriff in Art 9 EMRK durch die Obduktionserlaubnis des § 25 Abs 1 KAKuG letztlich offen lässt, „allfällige Beschränkungen der Religionsausübung“ aber als durch das geschützte Gesundheitsinteresse gerechtfertigt erachtet.

⁵⁴⁹ In der deutschen Lit (vgl mwN *Bader*, Organmangel 39 und 52) wird indes zT vertreten, dass bei der engen Zustimmungs- und Widerspruchslösung wegen der Subsidiarität des Totensorgerechts eine Verletzung desselben aufgrund der respektierten Entscheidungsautonomie des Spenders von vornherein ausscheidet. Zudem wird gegen die Eröffnung von (insb deren eigenen Willen berücksichtigenden) Widerspruchsmög-

Schutz des Lebens potenzieller Organempfänger überwiegt aber auch hier jenes der Angehörigen an ihrer subsidiären Verfügungsbefugnis, sodass ein allfälliger Eingriff in Art 8 EMRK gerechtfertigt ist.

In Hinblick auf das durch Art 8 EMRK geschützte Recht naher Angehöriger hat der EGMR im Fall *Petrova*⁵⁵⁰ klargestellt, dass dann, wenn Angehörigen innerstaatlich ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird (also generell bei der weiten Widerspruchslösung bzw im Fall von gesetzlichen Vertretern auch bei der engen Widerspruchslösung), die Rechtslage aus grundrechtlicher Sicht in Hinblick auf die Umstände der Ausübung dieses Rechts hinreichend klar sein muss.⁵⁵¹ Zwingende *inhaltliche* Anforderungen an ein eingeräumtes Widerspruchsrecht, etwa in Form einer vorzusehenden Informationspflicht gegenüber widerspruchsberechtigten Angehörigen über die geplante Organentnahme oder die Widerspruchsmöglichkeit, sind der Entscheidung hingegen nicht zu entnehmen.⁵⁵²

c) Fazit

Insgesamt ist die (enge) Widerspruchslösung als solche⁵⁵³ sowie ihre konkrete rechtliche Ausgestaltung in Österreich als verfassungskonform zu beurteilen. Darüber hinaus stellt die enge Widerspruchslösung nicht nur *ein* zulässiges Widerspruchsmodell dar, sondern ist *das* Regelungsmodell, das die Rechte der Organspender bzw ihrer Angehörigen und den Gesundheitsschutz potenzieller Organempfänger am besten in Ausgleich bringt.⁵⁵⁴ Das Widerspruchsmodell fügt sich auch „harmonisch ins historisch gewachsene System der österreichischen Rechtsordnung“⁵⁵⁵ ein: Beschränkungen der Verfügungsmöglichkeit über den Leichnam aus öffentlichen Interessen gibt es in vielen Bereichen. Wenn solche bei der Obduktion im Interesse der Wissenschaft oder der Strafrechtspflege sogar *ohne* Bestand eines Widerspruchsrechts akzeptiert werden,⁵⁵⁶ muss dies jedenfalls auch für die Be-

lichkeiten Angehöriger vorgebracht, dass solche im Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht des Spenders selbst stehen würden. Vgl mwN Breyer et al, Organmangel 219 f.

⁵⁵⁰ EGMR 24. 6. 2014, 4605/05, *Petrova/Lettland*.

⁵⁵¹ Zur Erfüllung dieses Erfordernisses in Hinblick auf das Widerspruchsrecht gesetzlicher Vertreter gem § 5 Abs 1 OTPG vgl unten S 148.

⁵⁵² Vgl Kräftner, Anm zu EGMR 24. 6. 2014, 4605/05, *Petrova/Lettland*, RdM 2014/222, 338 (339).

⁵⁵³ So (wengleich in der konkreten Ausgestaltung wohl nur verbunden mit einer öffentlichen Debatte) Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap I.21.3.1.4.

⁵⁵⁴ Vgl Kopetzki in Barta/Kalchschmid/Kopetzki 48; Bader, Organmangel 64.

⁵⁵⁵ Kopetzki in Barta/Kalchschmid/Kopetzki 48.

⁵⁵⁶ Zur Vereinbarkeit der Obduktionserlaubnis des § 25 Abs 1 KAKuG mit Art 9 EMRK vgl zuletzt OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15g („Die Beseitigung diagnostischer Unklarheiten und die dafür notwendige Obduktion liegt angesichts seiner Bedeutung für die Entwicklung der Medizin und der Qualitätssicherung ärztlichen

schränkungen der Verfügungsmöglichkeiten iZm Organentnahmen zum unmittelbaren Lebensschutz Dritter *mit* Widerspruchsmöglichkeit gelten.⁵⁵⁷

C. Organentnahme vom lebenden Spender

Im folgenden Abschnitt sollen grundrechtliche Fragestellungen behandelt werden, die sich im Zusammenhang mit der Organentnahme vom lebenden Spender – somit vor Eintritt des Hirntodes – ergeben.

1. Schutzpflichten zugunsten von Lebendspendern und deren Grenzen

Je nachdem, ob eine Lebendorganspende eine konkrete Lebensgefahr für den Spender mit sich bringt oder nicht, beeinträchtigt diese entweder sein Leben gem Art 2 EMRK oder seine körperliche Integrität iSd Art 8 EMRK.⁵⁵⁸ Grundrechtlich geschützt sind jedoch nicht das Leben bzw die körperliche Integrität als solche, sondern das *Recht* auf Leben⁵⁵⁹ bzw das *Recht* auf Selbstbestimmung über die körperliche Integrität.⁵⁶⁰ Aus Art 2 und 8 EMRK ergibt sich daher eine Verpflichtung zum Schutz vor Organentnahmen *gegen* (oder ohne) den Willen des Spenders. Sofern der Grundrechtsträger in der Lage ist, in Form einer autonomen Willensentscheidung selbst über seine Rechte zu disponieren, besteht hingegen keine Pflicht zum Schutz des Einzelnen vor sich selbst.⁵⁶¹ Gegenüber Menschen, deren Entscheidungsautonomie aus welchen Gründen immer beeinträchtigt ist und die deshalb nicht in der Lage sind, einen eigenständigen Willen zu bilden, trifft den Staat aufgrund von Art 2 und 8 EMRK hingegen auch eine solche Pflicht zum Schutz vor sich selbst.⁵⁶² Aus

Handelns im Interesse der Gesundheit [...] und verfolgt damit ein allfällige Beschränkungen der Religionsausübung rechtfertigendes Ziel im Sinne des Art 9 Abs 2 EMRK.“).

⁵⁵⁷ Kopetzki in Barta/Kalchschmid/Kopetzki 48 f.

⁵⁵⁸ Vgl dazu und zu den einschlägigen Grundrechten der GRC mwN bereits oben S 81.

⁵⁵⁹ MwN Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 21.

⁵⁶⁰ Vgl Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995) 409. Vgl zu Art 3 Abs 1 GRC auch Dujmovits, Die EU-Grundrechtscharta und das Medizinrecht, RdM 2001, 72 (76) sowie in diese Richtung mwN etwa Borowsky in Meyer, GRC⁴ Art 3 Rz 39; Breitenlechner/Segalla in Holoubek/Lienbacher GRC Art 3 Rz 13 FN 24.

⁵⁶¹ Vgl mwN Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 21; Kneihs in Kneihs/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 12; Kneihs in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 32. Aus Art 2 EMRK ergibt sich daher eine Pflicht zum Verbot fremdbestimmter Lebensbeendigungen, nicht hingegen zum Verbot selbstbestimmter Lebensbeendigung oder Gefährdungen des eigenen Lebens. Dazu mwN Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 21; Kneihs in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 24.

⁵⁶² Vgl Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 21; Kneihs in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 32.

diesem Grund trifft den Staat auch die Verpflichtung, die Freiwilligkeit der Entscheidung hinreichend abzusichern.⁵⁶³

Das für medizinische Eingriffe allgemein geltende Erfordernis der freiwilligen Einwilligung einer einwilligungsfähigen Person ist eines „informed consent“ ist strafrechtlich durch die Körperverletzungsdelikte der §§ 83 ff StGB sowie durch das die Selbstbestimmung schützende Delikt des § 110 StGB gesichert. Durch die zusätzlichen Aufklärungs- und Einwilligungserfordernisse des § 8 OTPG und die Sicherung der Freiwilligkeit durch das Gewinnverbot des § 4 OTPG erfüllt der Gesetzgeber insgesamt die ihm in diesem Zusammenhang obliegenden Schutzpflichten. Organentnahmen, die den Vorgaben des OTPG entsprechen, stehen somit nicht in Konflikt mit dem Lebens- und Integritätsschutz der Spender gem Art 2 und 8 EMRK.

2. Beschränkungen der Lebendspende und Selbstbestimmungsrecht der Organspender

Art 8 EMRK enthält gegenüber dem Organspender nicht nur eine Pflicht, nicht von dessen Willen getragene Eingriffe in die körperliche Integrität zu unterlassen bzw vor solchen zu schützen, sondern verankert auch in positiver Hinsicht ein Recht auf Ausübung des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper.⁵⁶⁴ Auch Handlungen, die eine Gefahr für das eigene Leben bzw die eigene körperliche Integrität darstellen – wie die fremdnützige Lebendorganspende – sind durch Art 8 EMRK grundrechtlich geschützt.⁵⁶⁵ Normen, die die Selbstbestimmung über den eigenen Körper in Form von gesetzlichen Verboten gewisser medizinischer Eingriffe „paternalistisch“ einschränken oder nicht zur Absicherung der Autonomie notwendige Zulässigkeitsbeschränkungen für derartige Eingriffe aufstellen, sind daher nur unter den Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK zulässig.⁵⁶⁶ Dies gilt

⁵⁶³ Vgl mwN *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 21.

⁵⁶⁴ Vgl dazu mwN *Kneihs in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 31; *Dujmovits in Kopetzki* 75. Ob auch Art 3 Abs 1 GRC ein derartiges Recht auf Selbstbestimmung umfasst, ist str. Dafür *Voet van Vormizeele in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 3 GRC Rz 3; *Frenz*, Europarecht IV Rz 948; *Borowsky in Meyer*, GRC⁴ Art 3 Rz 35 sowie *Höfling in Tettinger/Stern*, GRC Art 3 Rz 6 und 9; *Kneihs in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9 Rz 54. AA hingegen *Jarass*, Charta² Art 3 Rz 5, der von Art 3 GRC (ähnlich wie von Art 2 GRC) nur den Erhalt der Unversehrtheit umfasst sieht, nicht aber die Selbstverletzung, für die der Schutz des Art 7 GRC einschlägig ist.

⁵⁶⁵ Vgl zur insofern vergleichbaren deutschen Rechtslage mwN *Gutmann in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 8 Rz 14; *Augsberg in Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 8 Rz 9. Hingegen kann aus Art 2 EMRK kein Recht auf den eigenen Tod (in Form der Selbsttötung oder der Beihilfe dazu) abgeleitet werden. Vgl mwN *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 22.

⁵⁶⁶ Zur Qualifikation von Rechtsvorschriften, die die Bedingungen von Gewebespenden regeln, als Eingriff in das aus Art 8 EMRK geschützte Verfügungsrecht vgl auch *Dujmovits in Kopetzki* 75.

unabhängig davon, ob die unmittelbar selbstgefährdende Handlung vom Grundrechtsträger selbst oder von einem Dritten vorgenommen wird.⁵⁶⁷ Grundrechtlich erfasst ist somit nicht nur ein „Zuwenig“ an Schutz von Lebendspendern, sondern auch ein „Zuviel“.

Zwar ordnet das OTPG weder eine Subsidiarität der Lebendspende gegenüber der Leichenspende noch eine Beschränkung des Empfängerkreises an und ist insofern – etwa im Vergleich zu Deutschland⁵⁶⁸ – vergleichsweise „liberal“. Dennoch enthält auch das OTPG paternalistische Elemente, die unter dem Blickwinkel der physischen Selbstbestimmung einer näheren Betrachtung bedürfen. Dies trifft insb auf § 8 Abs 1 und 5 OTPG zu, die das zulässigerweise einzugehende Risiko bei der Lebendspende und das Mindestalter des Lebendspenders regeln.

a) Risikobeschränkung

§ 8 Abs 5 OTPG verbietet Organentnahmen, wenn durch sie „ein ernstes Risiko für das Leben oder die Gesundheit“ des Spenders besteht. Die Bestimmung soll entsprechend den Erläuterungen dem Gesundheitsschutz des Spenders selbst dienen.⁵⁶⁹ Weder aus Art 2 EMRK noch aus Art 8 EMRK kann aber eine Pflicht zum Schutz des Lebens bzw der körperlichen Integrität gegen den Willen einer zur autonomen Willensentscheidung fähigen Person abgeleitet werden.⁵⁷⁰ Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts eines voll dispositionsfähigen Menschen sind durch Schutzpflichten zugunsten des eigenen Lebens (bzw der eigenen körperlichen Integrität) nicht „vorprogrammiert oder auch nur legitimiert“.⁵⁷¹ Der Eingriff⁵⁷² in das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Integrität durch § 8 Abs 5 OTPG könnte nur dann durch das Ziel des Schutzes der eigenen Gesundheit gerechtfertigt werden, wenn man bei Personen, die durch eine Organentnahme ein erhebliches Risiko eingehen, generell eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmungsfähigkeit unterstellt. Diese Annahme überzeugt allerdings nicht. So wird zu Recht betont, dass

⁵⁶⁷ So *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 8 Rz 17; aA *Schreiber*, Lebendspende 96 f.

⁵⁶⁸ Dort stellt sich das Problem der verfassungsrechtlichen Grenzen paternalistischer Zulässigkeitsbeschränkungen in verschärfter Weise. Vgl zu dieser Problematik statt vieler *Schroth*, Die gesetzlichen Begrenzungen der Lebendspende – wie viel Paternalismus ist legitim? in FS *Schreiber* (2003) 843 ff; *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 9 ff.

⁵⁶⁹ So eindeutig ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5.

⁵⁷⁰ Vgl dazu oben S 91.

⁵⁷¹ *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 12 FN 18. Vgl aus deutscher Sicht mwN auch *Norba*, Rechtsfragen 209.

⁵⁷² An der Qualifikation als Eingriff ändert auch der Umstand nichts, dass Adressat der verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen von Verstößen gem § 18 OTPG derjenige ist, der die Entnahme durchführt, nicht jedoch der Spender selbst.

es für potenzielle Lebendspender in Hinblick auf Lebensumstände und Beziehung zum Organempfänger durchaus eine individuell rationale Entscheidung sein kann, auch eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit und des Lebens bewusst in Kauf zu nehmen.⁵⁷³

Der mit § 8 Abs 5 OTPG verbundene Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Spenders wird unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers einer Rechtfertigung im Rahmen der Eingriffsgründe des Art 8 Abs 2 EMRK jedoch grds zugänglich sein: Zum einen kann die Entscheidung zu einer altruistischen Organspende trotz erheblicher Gesundheitsgefahr eine finanzielle Belastung des Gesundheitssystems zur Folge haben. Der Eingriff könnte somit mit dem Schutz des Gemeinwesens vor Lasten, die aus gefährdenden Organentnahmen entstehen könnten, begründet werden.⁵⁷⁴ Diese Begründung überzeugt umso mehr vor dem Hintergrund der (neben der krankenversicherungsrechtlichen Absicherung) nunmehr verwirklichten Einbeziehung von Lebendspenden auch in den Unfallversicherungsschutz.⁵⁷⁵ Soweit lebensgefährdende Organspenden in Frage stehen, wird eine Rechtfertigung zudem unter Rückgriff auf vergleichbare Argumente wie hinsichtlich der Zulässigkeit des Verbots der Tötung auf Verlangen (insb Schutz der Moral) möglich sein.⁵⁷⁶ Auch der auf einem Lebendorganspender lastende Erwartungsdruck, der es diesem erschweren kann bestehende Risiken hinreichend ernst zu nehmen, spricht dafür, die Absicherung der Einwilligung durch eine „willensunabhängige Schutzmaßnahme“ als zulässig zu erachten.⁵⁷⁷ Um eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts des Spenders zu vermeiden, sollte die Schwelle des zulässigerweise einzugehenden Risikos allerdings nicht zu niedrig angesetzt werden und das Verhältnis zwischen gesundheitlichem Risiko des Spenders und zu erwartendem Nutzen des Organempfängers in die Beurteilung miteinbezogen werden.⁵⁷⁸ Es spricht daher vieles dafür, den unbestimmten Begriff der „ernsten Gefahr für Leben und Gesundheit“ in § 8 Abs 5 OTPG⁵⁷⁹ (in Anlehnung an den Begriff der Sittenwidrigkeit) verfassungskonform eng auszulegen.

⁵⁷³ Gutmann in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 8 Rz 14.

⁵⁷⁴ Vgl *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 35; mwN *Norba*, Rechtsfragen 209; in diese Richtung auch *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 13 (38). Ein medizinischer Behandlungszwang könnte unter Rückgriff auf dieses Argument allerdings nicht gerechtfertigt werden. Vgl mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 416 f.

⁵⁷⁵ Vgl dazu unten S 206 f.

⁵⁷⁶ Vgl dazu umfassend *Kneihs*, Sterbehilfe 419 ff.

⁵⁷⁷ *Radau*, Biomedizinkonvention 106.

⁵⁷⁸ Vgl in diese Richtung *Radau*, Biomedizinkonvention 106; *Gutmann*, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, *MedR* 1997, 147 (153).

⁵⁷⁹ Vgl hierzu näher unten S 194 ff.

b) Ausschluss Minderjähriger

Grundrechtliche Zweifel bestehen am durch § 8 Abs 1 OTPG normierten, generellen Ausschluss Minderjähriger von der Lebendorganspende. Denn Grundrechtssubjekt ist jeder Mensch unabhängig von Alter und Geisteszustand.⁵⁸⁰ Einfache Gesetze, die der Grundrechtsausübung durch die Festlegung von Altersgrenzen Schranken setzen, sind daher daraufhin zu prüfen, ob sie vom Gesetzesvorbehalt (oder von immanenten Grundrechtsschranken) gedeckt sind.⁵⁸¹ Die Altersgrenze des § 8 Abs 1 OTPG stellt somit einen gesetzlichen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Integrität spendewilliger Minderjähriger gem Art 8 EMRK dar, der einer Rechtfertigung bedarf.⁵⁸²

Wie erörtert kommen paternalistische Schutzpflichten dann in Betracht, wenn es um den Schutz von Personen geht, denen die Fähigkeit zur autonomen Entscheidung fehlt.⁵⁸³ In diesen Fällen ist somit auch der Schutz des eigenen Lebens bzw der eigenen körperlichen Integrität gegen den Willen des Organspenders als legitimierender Grund für den Eingriff in Art 8 EMRK denkbar.⁵⁸⁴ Ist eine Person selbst nicht in der Lage, ihre Interessen wahrzunehmen, liegt die Wahrung ihres gesundheitlichen Wohls im öffentlichen Interesse des Gesundheitsschutzes iSd Art 8 Abs 2 EMRK.⁵⁸⁵ Die Selbstbestimmungsfähigkeit über die körperliche Integrität nach Art 8 EMRK ist jedoch nach hM am Maßstab der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu messen.⁵⁸⁶ Der Gesundheitsschutz des Minderjährigen selbst kann somit nur dann iS „legitimer Fremdbestimmung“ als Rechtfertigung dienen, wenn dem Betroffenen die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit tatsächlich fehlt.⁵⁸⁷ Auch aus gleichheitsrechtlicher Sicht (Art 7 B-VG) scheint es geboten, die rechtliche Einwilligungsmöglichkeit einer Person in einen medizinischen Eingriff von ihrer tatsächlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit und damit nicht von einer starren Altersgrenze abhängig zu

⁵⁸⁰ *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 23.

⁵⁸¹ Vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 1235 sowie mwN aus der Judikatur *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 25.

⁵⁸² Mit ausführlicher Begründung für die Berücksichtigung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit erst auf Ebene der Rechtfertigung und nicht bereits auf Ebene des Eingriffs in Art 8 EMRK *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 409 f.

⁵⁸³ Vgl oben S 91.

⁵⁸⁴ Das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes als Eingriffslegitimation und das Schutzgut der Selbstbestimmung über die körperliche Integrität können hier in ein und derselben Person zusammenfallen. Vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 412.

⁵⁸⁵ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 417; *ders*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 (7).

⁵⁸⁶ *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung 7 f; *ders*, Unterbringungsrecht I 418; *Kneihs*, Sterbehilfe 283.

⁵⁸⁷ *Kneihs*, Sterbehilfe 289; vgl auch *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung 7 f.

machen.⁵⁸⁸ Für die Rechtfertigung schematischer und damit möglicherweise von der tatsächlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit abweichender Altersgrenzen bedarf es zusätzlicher Gründe.⁵⁸⁹

Die in der (deutschen) Literatur für den absoluten Ausschluss Minderjähriger vorgebrachten Argumente des öffentlichen Interesses an einer praktikablen, sicheren und schnellen Feststellung der Zulässigkeit einer Spende und des damit verbundenen Vorteils der Rechtssicherheit einer starren Altersgrenze gegenüber einer Einzelfallbeurteilung⁵⁹⁰ können mE gerade bei der Lebendorganspende nicht überzeugen. Zum einen stehen der einzelfallbezogenen Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit in Hinblick auf medizinische Behandlungen – anders als im rechtsgeschäftlichen Bereich – generell „keine Aspekte der Verkehrssicherheit entgegen“.⁵⁹¹ Zum anderen sind gerade Lebendorganspenden seltene, zumeist planbare und auch langfristig geplante Eingriffe, die den Vorteil einer schnellen Beurteilung gerade nicht benötigen. In diesem Punkt unterscheiden sich Lebendorganspenden von vielen anderen medizinischen Behandlungen, bei denen dennoch eine Einzelfallbeurteilung vorgeschrieben ist. Darüber hinaus verzichtet der Gesetzgeber im Zusammenhang mit Organtransplantationen nicht generell auf das Erfordernis der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit, sondern nennt die Volljährigkeit lediglich als zusätzliches, starres Kriterium. Bei Volljährigen bleibt es somit bei der Einzelfallbeurteilung der Einwilligungsfähigkeit anhand der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit.⁵⁹² Als weiterer Grund für die Rechtfertigung der Volljährigkeit als Zulässigkeitskriterium wird mitunter „die besondere Anfälligkeit Minderjähriger dafür, manipuliert und ausgebeutet zu werden, und die Schwierigkeiten der Einschätzung möglicher familiärer Drucksituationen“⁵⁹³ angeführt. Diese Argumentation kann zwar grds nicht von der Hand gewiesen werden. Bedenkt man, dass familiäre Drucksituationen sich mit Erreichen der Volljährigkeit nicht schlagartig auflösen, muss jedoch bezweifelt werden, dass eine starre Altersgrenze ein geeignetes Mittel im Umgang mit diesem Problem darstellt.

Die bereits bei isolierter Betrachtung in Hinblick auf Art 8 EMRK bestehenden Zweifel werden darüber hinaus unter Sachlichkeitsgesichtspunkten verstärkt. Dabei ist die Sach-

⁵⁸⁸ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 398 f; *ders* in *Kopetzki*, Einwilligung 6.

⁵⁸⁹ Vgl *Kneihs*, Sterbehilfe 288 f.

⁵⁹⁰ Vgl mwN *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 20; *Schreiber*, Lebendspende 62.

⁵⁹¹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 399.

⁵⁹² Vgl (zur deutschen Rechtslage) *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 20 f.

⁵⁹³ *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 8 Rz 7; vgl auch *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz (2004) 77.

lichkeit des Art 8 Abs 1 OTPG vor dem Hintergrund der in der Rechtsordnung ansonsten verwirklichten Grundsätze der Einwilligung in Zusammenhang mit medizinischen Belangen zu beurteilen.⁵⁹⁴ Bei einem Vergleich verschiedener einschlägiger Bestimmungen zeigt sich die Inkonsistenz der Rechtsordnung: So ist die Blutspende von Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 6 Abs 1 BSV), ebenso ausgeschlossen wie die Organspende, während die Einwilligungsfähigkeit bei der Spende von Geweben mangels spezifischer Regelung im GSG nach allgemeinen Kriterien zu beurteilen ist und somit idR bei mündigen Minderjährigen bejaht werden kann.⁵⁹⁵ Ohne dass mit diesen Eingriffen ein mit jenem von Organtransplantationen vergleichbarer Nutzen Dritter verbunden wäre, können Minderjährige zudem ab Vollendung des 16. Lebensjahres (bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen) in ästhetische Operationen einwilligen (§ 7 Abs 1 und 2 ÄsthOpG) oder sich tätowieren lassen⁵⁹⁶. Die Ablehnung medizinischer Maßnahmen und damit mitunter auch die Entscheidung über Leben und Tod mittels Patientenverfügung setzt allein die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten voraus (§ 3 PatVG).⁵⁹⁷ Der Ausschluss Minderjähriger hängt also offensichtlich nicht (alleine) von der Intensität der mit dem Eingriff verbundenen Gesundheitsgefahr bzw den „lebenslangen Folgen“⁵⁹⁸ ab. Ebenso wenig ist ersichtlich, welche anderen Unterschiede im Tatsächlichen die Differenzierungen zu rechtfertigen vermögen.

Vor dem dargelegten Hintergrund wäre es aus grundrechtlicher Sicht vorzuziehen, eine Einzelfallbeurteilung der Zulässigkeit von Organspenden Minderjähriger anhand der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu normieren oder zumindest Ausnahmen von der starren Altersgrenze in besonders gelagerten Einzelfällen (in einem geregelten Verfahren)⁵⁹⁹ zuzulassen. Grundrechtlich unbedenklich wäre etwa auch eine Umwandlung des generellen Ausschlusses Minderjähriger in eine wiederlegbare Zweifelsregel zugunsten der Einwilligungsunfähigkeit minderjähriger Spender.⁶⁰⁰

⁵⁹⁴ Vgl allgemein *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung 5; *ders.*, Unterbringungsrecht I 397 f.

⁵⁹⁵ Vgl statt vieler mwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 119 ff.

⁵⁹⁶ Siehe § 2 Abs 1 VO des BM für Wirtschaft und Arbeit über Ausübungsregeln für das Piercen und Tätowieren durch Kosmetik (Schönheitspflege)-Gewerbetreibende, BGBl II 2003/141 idF BGBl II 2008/261.

⁵⁹⁷ Auf das sich daraus ergebende Spannungsverhältnis zwischen PatVG und OTPG hinweisend auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 47.

⁵⁹⁸ Vgl zu diesem Argument für die Altersgrenze von 18 Jahren *Schreiber*, Lebendspende 59 f.

⁵⁹⁹ Vgl in diese Richtung (wenngleich das Kriterium der Volljährigkeit grds befürwortend) *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 8 Rz 7.

⁶⁰⁰ Für die grundrechtliche Zulässigkeit von Zweifelsregeln für die Beurteilung der Fähigkeit zur Einwilligung in medizinische Behandlungen vgl *Kneihs*, Sterbehilfe 289 sowie *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung 6.

D. Schutzansprüche des Organempfängers

Der Gesundheitsschutz potenzieller Organempfänger wurde im Zusammenhang mit der Widerspruchslösung als Rechtfertigung für Eingriffe in Grundrechte der Organspender und ihrer Angehörigen herangezogen. Daneben stellt sich die Frage, ob und inwieweit den Organempfängern ein eigener grundrechtlicher Anspruch auf Schutz ihrer Gesundheit zukommt, der durch die derzeitige Ausgestaltung des Transplantationsrecht beeinträchtigt sein könnte.

Art 2 und 8 EMRK enthalten auch Schutzansprüche der Organempfänger zugunsten ihres Lebens bzw ihrer körperlichen Integrität. Solche Schutzpflichten werden, bezogen auf Bedrohungen durch Dritte, von der hL bejaht.⁶⁰¹ Str scheint hingegen, ob Schutzpflichten auch dann greifen, wenn die Gefährdung nicht durch menschliches Verhalten, sondern durch äußere Umstände wie etwa natürliche Krankheitsverläufe entsteht.⁶⁰² Lehnt man dies ab, würden Schutzansprüche der Organempfänger ausscheiden, da die Gefahr von deren Krankheit und nicht von einem Handeln Dritter ausgeht.⁶⁰³ Zunehmend wird jedoch auch in derartigen Konstellationen der Bestand von Schutzpflichten grds bejaht.⁶⁰⁴ Diese lassen sich allerdings „auch im Bereich medizinischer Versorgung nicht zu einem Leistungsrecht gegen den Staat verdichten“⁶⁰⁵. Solche echten grundrechtlichen Leistungsrechte, etwa iS eines individuellen sozialen „Rechts auf Gesundheit“ (bzw auf Gesundheitsleistungen) im Allgemeinen bzw einem „Recht auf ein Transplantat“ im Speziellen, können der nationalen Grundrechtsordnung bis heute nicht entnommen werden.⁶⁰⁶

Aus Art 2 EMRK werden indes staatliche Verpflichtungen dahingehend abgeleitet, den Zugang zu (verfügbaren und lebensrettenden) therapeutischen Leistungen zumindest nicht

⁶⁰¹ Vgl statt vieler mwN *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 64 ff sowie *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 22 Rz 51 ff.

⁶⁰² Vgl dazu mwN *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 69; *Kneihs in Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 19; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 20 Rz 19; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 244 f.

⁶⁰³ *Bader*, Organmangel 37.

⁶⁰⁴ MwN *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 69; vgl auch *Kneihs in Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 19; aus der deutschen Literatur mwN *Bader*, Organmangel 37. Einschränkend hingegen *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 364 ff.

⁶⁰⁵ *Kneihs in Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 20.

⁶⁰⁶ Vgl mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 46 f; *Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 15 (55); *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.1 sowie allgemein zur Problematik „sozialer Grundrechte“ mwN *Kucsko-Stadlmayer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 14.

durch staatliche Verbote zu verwehren⁶⁰⁷ bzw diesen keinen unverhältnismäßigen Schranken zu unterwerfen.⁶⁰⁸ Der Staat darf daher medizinisch mögliche Behandlungen nicht ohne hinreichenden Grund verhindern.⁶⁰⁹

Im Zusammenhang mit Organtransplantationen wird in der Literatur demnach eine grundrechtliche Pflicht des Gesetzgebers bejaht, Transplantationen nicht generell zu verbieten.⁶¹⁰ Bei der näheren Ausgestaltung der Entnahmevoraussetzungen wird dem Gesetzgeber jedoch sowohl bei der Lebend- als auch bei der Leichenspende ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommen.⁶¹¹ Dabei gilt es zu bedenken, dass Schutzpflichten gegenüber Organempfängern nur insoweit bestehen können, als gleichzeitig eine Befugnis zur Beschränkung grundrechtlicher Abwehransprüche der Organspender besteht.⁶¹²

Im Bereich der Leichenspende werden vor diesem Hintergrund allenfalls geschützte Grundrechtspositionen der Organempfänger durch die entnahmefreundliche enge Widerspruchslösung vom Gesetzgeber hinreichend berücksichtigt,⁶¹³ zumal weitergehende Eingriffsermächtigungen zur Realisierung eines erhöhten Spenderaufkommens (iS eines Notstandsmodells) in Hinblick auf die Grundrechte der Organspender bedenklich wären.⁶¹⁴

Bei der Lebendspende ist indes fraglich, ob der (durch die Zulässigkeitsbeschränkungen in § 8 Abs 1 und 5 OTPG bewirkte) Ausschluss gewisser potenzieller Organlebendspender

⁶⁰⁷ MwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 76; *ders* in *Kopetzki/Mayer* 55 f.

⁶⁰⁸ *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 20.

⁶⁰⁹ (Zum GG) *Breyer et al*, Organmangel 224. Vgl auch BVerfG 11. 8. 1999, 1 BvR 2181/98 ua, wonach Art 2 Abs 2 Satz 1 GG berührt wird, wenn staatliche Regelungen dazu führen, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt. Unklar ist auch hier wieder die Einordnung als Abwehr- oder Schutzanspruch. Für eine abwehrrechtliche Einstufung vgl etwa mwN *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 43; für eine Behandlung unter dem Aspekt der Schutzpflichten vgl demgegenüber die Nachweise in FN 607 und 608.

⁶¹⁰ *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 76; in diese Richtung bereits *Kopetzki*, Organgewinnung 47 FN 6; zustimmend *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 367 FN 1612. Vgl auch *Dujmovits* in *Kopetzki* 74, wonach ein gänzlich Verbot der Gewebespende ohne hinreichenden sachlichen Grund verfassungswidrig wäre.

⁶¹¹ Vgl allgemein *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK Rz 20; *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 71.

⁶¹² Zu diesem Verhältnis zwischen Abwehr- und Schutzfunktion der Grundrechte *Lagodny* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK Art 2 Rz 18 ff (insb Rz 19); vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 1222.

⁶¹³ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 47 FN 6.

⁶¹⁴ Vgl oben FN 532. Auch die „gelebte“ weite Widerspruchslösung wird mit Grundrechten des Organempfängers vereinbar sein. Vgl etwa *Bader*, Organmangel 39 f (mit Nachweisen zu weiteren diesbezüglich vertretenen Lehrmeinungen in FN 194), der vor dem Hintergrund der in Deutschland bestehenden grundrechtlichen Verbürgungen letztlich sämtliche Regelungsmodelle bis hin zur engen Einwilligungslösung als mit den Schutzpflichten gegenüber potenziellen Organempfängern vereinbar erachtet.

nicht Grundrechten der Organempfänger zuwiderläuft. Die Beschränkungen des § 8 Abs 1 und 5 OTPG sind auch aus Spendersicht nicht grundrechtlich geboten, sondern greifen vielmehr zugleich in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Selbstbestimmung über die körperliche Integrität der Spender ein. Die Risikobeschränkung des § 8 Abs 5 OTPG wird sich bei enger Auslegung angesichts der im Zusammenhang mit der Rechtfertigung des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht der Spender dargestellten Argumente auch diesbezüglich im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums halten.⁶¹⁵ Indes verstärkt der Aspekt des Empfängerschutzes die grundrechtlichen Bedenken gegen den durch § 8 Abs 1 OTPG erfolgten generellen Ausschluss minderjähriger Lebendspender.

Aus Art 2 EMRK (iVm Art 14 EMRK) ergibt sich auch die Pflicht zur Gewährleistung einer sachlichen und diskriminierungsfreien Verteilung von lebensnotwendigen Ressourcen wie Transplantaten.⁶¹⁶ Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben des OTPG (keine Einflussmöglichkeit von Leichenspendern auf die Person des Empfängers, Verbot des Organhandels) stellt die Zuteilung im Rahmen des Allokationsverfahrens für Patienten die einzige Möglichkeit dar, rechtmäßig an ein oftmals überlebensnotwendiges (Leichen-) Organ zu kommen. Insb vor diesem Hintergrund beinhalten die Gewährleistungsverpflichtungen eine „grundsätzliche Organisationsverantwortung des Staates“⁶¹⁷ im Bereich der Organallokation. Den Staat trifft eine Pflicht sicherzustellen, dass die Allokation von verfügbaren Spenderorganen „in einer Weise erfolgt, die das Recht der Patienten auf (Über-) Leben schützt“.⁶¹⁸ Indem der Gesetzgeber die Allokationsentscheidung als Entscheidung über Leben und Tod der normativ weitgehend ungebundenen Entscheidung Privater überlässt,⁶¹⁹ kommt er seiner Schutzverpflichtung nicht hinreichend nach.

Verdeutlicht werden die grundrechtlichen Ansprüche der Organempfänger in dessen Anwendungsbereich durch Art 35 GRC, der ua das Recht jedes Menschen „auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ verankert. Über die dargestellten grundrechtlich geschützten Positionen wesentlich hinausgehende Rechte der Organempfänger, etwa in Form eines echten Leistungsrechts auf ein Transplantat, ergeben sich auch aus dieser Bestimmung nicht. Zwar enthält Art 35 GRC

⁶¹⁵ Zur Möglichkeit der Rechtfertigung eines mit dem Rechtsregime für Gewebespenden allfällig erfolgten Eingriffs in die Grundrechte auf Leben und Privatleben des Empfängers vgl *Dujmovits in Kopetzki* 74.

⁶¹⁶ *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 76.

⁶¹⁷ *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2.

⁶¹⁸ *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 367.

⁶¹⁹ Zur Problematik des weitgehenden Fehlens eines normativen Rahmens der Organallokation vgl unten S 220 ff.

nach hM ein – nicht auf den Zugang beschränktes – individuelles Leistungsrecht auf tatsächliche Bereitstellung ärztlicher Versorgung.⁶²⁰ Der Zusatz, wonach das Recht nur „nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ besteht, führt jedoch als „innere“ Schranke dazu, dass nur der jeweils national gewährleistete Gesundheitsschutzstandard gesichert wird.⁶²¹ Auch das Recht auf Gesundheitsversorgung gem Art 35 GRC ist insofern ein Teilhaberecht an vorhandenen Gesundheitsleistungen.⁶²²

⁶²⁰ *Rudolf in Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 35 Rz 9; *Ribarov in Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 35 Rz 13; *Nußberger in Tettinger/Stern* (Hrsg), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Art 35 Rz 43; *Frenz*, Europarecht IV Rz 4252. Nach *Jarass*, Charta² Art 35 Rz 2 und *Kingreen in Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUUV⁴ (2011) Art 35 EU-GRCharta Rz 2 umfasst Art 35 Satz 1 hingegen auch hinsichtlich der ärztlichen Versorgung nur den Zugang.

⁶²¹ *MwN Ribarov in Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 35 Rz 15. Darüber hinaus wird allenfalls ein Anspruch auf einen Mindest- oder Grundbestand ärztlicher Versorgung abgeleitet. Vgl *Ribarov in Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 35 Rz 14 sowie *Rudolf in Meyer*, GRC⁴ Art 35 Rz 9 („existentielles Minimum gesundheitsschützender ärztlicher Versorgung“). *Frenz*, Europarecht IV Rz 4257 leitet einen solchen Kernbestand hingegen nicht aus Art 35 GRC, sondern lediglich aus Art 1-3 GRC ab.

⁶²² *Rudolf in Meyer*, GRC⁴ Art 35 Rz 9.

Teil 2: Einfachgesetzliche Rechtslage

I. Geltungsbereich des OTPG

A. Örtlicher Anwendungsbereich

Das OTPG gilt in räumlicher Hinsicht als Bundesgesetz mangels abweichender Bestimmung auf dem gesamten Bundesgebiet (Art 49 Abs 1 B-VG und § 12 BGBIG). Es richtet sich an alle Personen, die sich in Österreich aufhalten, unabhängig von deren Staatsangehörigkeit (Territorialitätsprinzip).⁶²³ Nach hM ist das OTPG zudem (trotz seines Bezugs zu zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechten) nicht dem Privatrecht, sondern dem öffentlichen Recht zuzuordnen, sodass das Territorialitätsprinzip auch nicht durch Regelungen des IPR-G eingeschränkt wird. Organentnahmen an Ausländern in Österreich sind daher unter denselben Voraussetzungen zulässig wie an Inländern.⁶²⁴ Faktisch dürfte im Fall des Ablebens von Ausländern in Österreich ein Gespräch mit den Angehörigen gesucht werden,⁶²⁵ worauf jedoch nach geltendem Recht kein Rechtsanspruch besteht. Auf Handlungen (zB Organentnahmen) außerhalb des österreichischen Bundesgebiets ist das OTPG nicht anzuwenden, selbst wenn die anschließende Implantation in Österreich vorgenommen wird.⁶²⁶ Um in diesen Fällen die Einhaltung von vergleichbaren Qualitäts- und Sicherheitsstandards sicher zu stellen, enthält § 17 OTPG Vorgaben für die Einfuhr von Organen aus Drittstaaten zum Zweck der Transplantation.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

Gegenstand des OTPG ist die Festlegung, „unter welchen Voraussetzungen menschliche Organe zu Transplantationszwecken entnommen und verwendet werden dürfen“ (§ 1 OTPG). Es gilt gem § 2 OTPG „für die Spende, Testung, Charakterisierung, Bereitstellung, Konservierung, den Transport und die Transplantation von Organen, die zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt sind“ (Abs 1), nicht hingegen „für die

⁶²³ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 172 f. Dazu allgemein statt vieler *Thienel* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 48, 49 B-VG (Stand 1. Lfg 1999) Rz 73.

⁶²⁴ Zum Ganzen ausführlich (zu § 62a KAKuG aF) *Kopetzki*, Organgewinnung 92 ff und 172 ff; zum OTPG *ders* in *Kröll/Schaupp* 43; ihm folgend zB *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.3. Für eine Anwendbarkeit des IPR-G hingegen *Kalchschmid*, Organtransplantation 149 f; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 28 ff sowie *Hohmann*, Transplantationswesen 154 f. Vgl außerdem die entsprechenden Reise- und Sicherheitshinweise des deutschen auswärtigen Amtes (<http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Laenderinformationen/00-SiHi/OesterreichSicherheit.html>).

⁶²⁵ Vgl die Information auf der Homepage der Gesundheit Österreich GmbH (<http://www.goeg.at/de/Widerspruchsregister>).

⁶²⁶ Vgl zu § 62a KAKuG aF *Kopetzki*, Rechtsgrundlagen der Organgewinnung zu Transplantationszwecken, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 60 (71).

Verwendung von Organen zu Forschungszwecken, sofern diese nicht zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt sind“ (Abs 2). Entgegen dieser Definition des Geltungsbereichs wird die eigentliche Transplantation⁶²⁷ iSd medizinischen Aktes der Implantation beim Empfänger durch die Bestimmungen des OTPG nicht erfasst.⁶²⁸

1. Organbegriff

a) Allgemeines

Zunächst soll der Organbegriff des OTPG (insb in Abgrenzung vom GSG) beleuchtet werden. § 3 Z 6 OTPG enthält eine Legaldefinition des Begriffs „Organ“, die wörtlich der Definition des Art 3 lit h OrganRL entspricht. Demnach ist ein Organ ein „differenzierte[r] Teil des menschlichen Körpers, der aus verschiedenen Geweben besteht und seine Struktur, Vaskularisierung und Fähigkeit zum Vollzug physiologischer Funktionen mit deutlicher Autonomie aufrechterhält. Als Organ gelten auch Teile von Organen, wenn ihre Funktion darin besteht, im menschlichen Körper unter Aufrechterhaltung der Anforderungen an Struktur und Vaskularisierung für den selben Zweck wie das gesamte Organ verwendet zu werden.“ Anders als § 62a KAKuG aF – dem ein weiter, auch alle Gewebe umfassender Organbegriff zu Grunde lag⁶²⁹ – geht das OTPG nunmehr von einem engeren Organbegriff aus. Sonstige Gewebe und Zellen, die nicht die Definition des OTPG erfüllen, unterliegen somit nur mehr dem GSG, das allerdings hinsichtlich der Entnahmevoraussetzungen teilweise wieder auf das OTPG zurückverweist.⁶³⁰

Die weite Definition des Gewebes in § 2 Z 2 GSG als aus Zellen bestehender Bestandteil des menschlichen Körpers würde zwar auch Organe iSd OTPG erfassen. § 1 Abs 3 Z 3 GSG schließt menschliche Organe und Organteile jedoch ausdrücklich von seinem Anwendungsbereich aus, „wenn sie zum selben Zweck wie das Organ im menschlichen Körper verwendet werden sollen“.⁶³¹ Für diese Ausnahme enthält das GSG in § 2 Z 5 eine ei-

⁶²⁷ Vgl die Legaldefinition des Begriffs „Transplantation“ in § 3 Z 14 OTPG („ein Verfahren, durch das bestimmte Funktionen des menschlichen Körpers durch die Übertragung eines Organs von einer/einem Spenderin/Spender auf eine/einen Empfängerin/Empfänger wiederhergestellt werden sollen“).

⁶²⁸ *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 56.

⁶²⁹ Vgl ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3 sowie StProtNR 15. GP 11626 („Knorpel-, Knochensplitter oder Hautteile“) sowie statt vieler mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 137; *Kalchschmid*, Organtransplantation 80; *Kalchschmid/Barta in Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 21. *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 93 f ging zur Vermeidung einer Doppelregelung davon aus, dass die eigenständige Entnahmeerlaubnis des § 4 Abs 5 GSG für Gewebe und Zellen als *lex specialis* § 62a KAKuG aF vorging.

⁶³⁰ Vgl *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 39 f.

⁶³¹ Vgl auch ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 4 f.

gene Definition von Organen als „alle – mit Ausnahme der Haut – aus verschiedenen Geweben bestehende und lebende Teile des menschlichen Körpers, die in Bezug auf Struktur, Blutgefäßversorgung und Fähigkeit zum Vollzug physiologischer Funktionen eine funktionale Einheit bilden“. Während also das OTPG auf die „Autonomie“⁶³² abstellt, kommt es nach dem GSG (vergleichbar mit der medizinischen Organdefinition)⁶³³ auf die „funktionale Einheit“ an. Trotz der insoweit abweichenden Formulierung ist davon auszugehen, dass die Definitionen sich inhaltlich decken.⁶³⁴ Anderenfalls würden solche Teile des menschlichen Körpers, die eine funktionale Einheit bilden, nicht aber das (nach zT vertretener Ansicht „strengere“)⁶³⁵ Erfordernis der Autonomie erfüllen, zwar aus dem Anwendungsbereich des GSG hinaus-, nicht aber in den Anwendungsbereich des OTPG hineinfallen. Dies würde nicht der wohl verfolgten Intention des Gesetzgebers einer abschließenden Regelung des Themenbereichs entsprechen. Ein aus Zellen bestehender menschlicher Körperteil muss daher – sofern es sich nicht um Blut oder Blutbestandteile iSd § 1 Abs 1 BSG iVm § 3 Abs 1 und 2 BSG handelt – immer entweder als Organ iSd OTPG oder als Gewebe iSd GSG qualifiziert werden.

In Bezug auf die Haut fällt auf, dass § 2 Z 5 GSG diese ausdrücklich von der Definition des Begriffs „Organ“ (iSd Ausnahme des § 1 Abs 3 Z 3 GSG) ausnimmt und somit dem Anwendungsbereich des GSG unterstellt. Das OTPG enthält hingegen keine korrespondierende Ausnahme der Haut von seinem Anwendungsbereich, sodass sich die Frage stellt, ob hinsichtlich der Haut eine kumulative Anwendung von GSG und OTPG intendiert war. Darauf, dass die Haut ein Organ im medizinischen Sinn ist,⁶³⁶ kommt es aufgrund der Legaldefinition des OTPG nicht an. Vielmehr muss gefragt werden, ob die Haut unter die Organdefinition des § 3 Z 6 OTPG fällt. Systematische Überlegungen legen nahe, dass eine Überschneidung des Anwendungsbereichs von GSG und OTPG hinsichtlich der Haut vom Gesetzgeber nicht bezweckt war. Vielmehr dürfte das Fehlen einer ausdrücklichen Ausnahme vom OTPG entweder auf dem Verständnis, die Haut entspreche ohnehin nicht

⁶³² Gemeint ist damit wohl die „Eigenständigkeit in Bezug auf eine spezifische Körperfunktion“. So *Gutmann/Wiese*, Zum rechtlichen Status von „vascularized composite allografts“, MedR 2014, 84 (85 FN 12).

⁶³³ Zur medizinischen Organdefinition als aus Zellen und Geweben zusammengesetzte funktionelle Einheit siehe oben S 7.

⁶³⁴ So auch *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 85. Dafür spricht auch, dass die Definition des Organs in Art 3 lit e der GewebeRL, die durch das GSG umgesetzt wurde und auf der § 2 Z 5 GSG „beruht“ (ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 5), ebenso wie die OrganRL und das OTPG auf die Autonomie abstellt. Als zusätzliches Element der Definition enthält Art 3 lit e GewebeRL das nicht ins nationale Recht übernommene Erfordernis der Lebensnotwendigkeit des Organs. Gegen eine Gleichsetzung des Wortes „lebensnotwendig“ mit „überlebensnotwendig“ zutreffend *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 85.

⁶³⁵ Vgl *Czerner in Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 1a Rz 4.

⁶³⁶ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Haut“ definiert die Haut als „oberflächengrößtes Organ“.

der Definition des § 3 Z 6 OTPG, oder aber auf einem legislatischen Versehen beruhen. Die Haut ist somit weiterhin ausschließlich nach dem GSG zu beurteilen.⁶³⁷ Dieses Ergebnis wird auch durch unionsrechtliche Überlegungen gestützt: Auch wenn eine entsprechende Ausnahme der Haut vom Organbegriff der GewebeRL selbst nicht entnommen werden kann, spricht die Begründung des Kommissionsentwurfs⁶³⁸ für die Einbeziehung der Haut in die GewebeRL.⁶³⁹ Die OrganRL – deren Organdefinition ins OTPG übernommen wurde – sollte wiederum nach dem Willen des Unionsgesetzgebers von der GewebeRL erfasste Gewebe und Zellen (und damit auch die Haut) von ihrem Anwendungsbereich ausnehmen.⁶⁴⁰

Aufgrund der nun notwendigen Weichenstellung zwischen GSG einerseits und OTPG andererseits gewinnt die präzise Abgrenzung zwischen Organen und Geweben an Bedeutung.⁶⁴¹ Die Qualifikation vieler Organe (insb der inneren Organe Herz, Lunge, Leber, Niere und Pankreas⁶⁴² aber wohl auch [Dünn-]Darm, Thymus, Schilddrüse) und Gewebe (zB Knochen, Knorpel, Sehnen, Arterien, Venen, Hornhaut, Nervenzellen, Gehirnzellen, Stammzellen, Keimzellen)⁶⁴³ ist unbestritten. In Grenzfällen (zB Gebärmutter, Eierstock und Hoden⁶⁴⁴ sowie Augapfel und Plazenta⁶⁴⁵) kann die exakte Unterscheidung zwischen Organen und Geweben hingegen schwierig sein.

Kriterien der Einordnung als Organ nach OTPG sind, ob es sich (1) um einen vaskularisierten Teil des menschlichen Körpers handelt, der (2) aus verschiedenen Geweben besteht, die (3) zusammen (in Bezug auf Struktur, Blutgefäßversorgung und Fähigkeit

⁶³⁷ So auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 40.

⁶³⁸ KOM(2002) 319 endg 2.

⁶³⁹ Vgl ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 5 sowie *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 92.

⁶⁴⁰ Vgl KOM(2008) 818 endg 4.

⁶⁴¹ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 40.

⁶⁴² Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 92; *Zeinhofer*, Der Anwendungsbereich des Gewebesicherheitsgesetzes, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 98 (134).

⁶⁴³ Vgl KOM(2002) 319 endg 2; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 60 f sowie mit weiteren Bsp (zum dTPG) *Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a Rz 27 und 29 sowie *Walter* in *Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht (2011) § 1a TPG Rz 11.

⁶⁴⁴ Für eine Einordnung von Ovarial- und Hodengewebe zur Gruppe der Gewebe *Polster*, Gewebesicherheitsgesetz 102; *Zeinhofer* in *Kopetzki* 139 sowie *Gesundheit Österreich GmbH*, Transplant-Jahresbericht 2013, 117 <http://www.goeg.at/cxdata/media/jahresbericht2013.pdf>. Für eine Einordnung von Eierstock und Hoden als Organ hingegen *König* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) § 1 Rz 4.

⁶⁴⁵ Der Transplant-Jahresbericht 2013, 118 ordnet Bulbus und Plazenta der Gruppe der Gewebe zu. Für eine Einordnung der Plazenta als Gewebe (zum dTPG) auch *Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a Rz 29; *Walter* in *Spickhoff*, Medizinrecht § 1a TPG Rz 13 sowie BT-Drs 16/3146, 21; aA *König* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 1 Rz 4. Da weder Bulbus noch Plazenta als solche transplantiert werden, unterfällt deren Entnahme zur Gewebegewinnung selbst bei einer Einordnung als Organ jedoch ohnehin nicht dem OTPG, sondern dem GSG. Vgl dazu unten S 113 ff.

zum Vollzug physiologischer Funktionen) eine funktionale Einheit mit deutlicher Autonomie bilden. „Verschiedene Gewebe“ liegen unter Zugrundelegung des medizinischen Verständnisses dann vor, wenn ein Teil des menschlichen Körpers nicht bloß aus einem Gewebstyp iSv Zellen mit gleichartiger Differenzierung (zB Epithel-, Binde-, Stütz-, Muskel-, Nerven- und Gliagewebe) samt deren Interzellulärsubstanz besteht,⁶⁴⁶ sondern aus verschiedenen Gewebstypen. Da das OTPG im Gegensatz zum GSG keine Regelungen über die Verarbeitung und Lagerung enthält, kann in Zweifelsfällen für die Einordnung der systematische Aspekt miteinbezogen werden, dass der Gesetzgeber als Organe iSd OTPG wohl primär solche Körperteile im Sinn hatte, die eine relativ kurze Ischämiezeit aufweisen und ohne wesentliche Verarbeitung und Lagerung innerhalb kurzer Zeit transplantiert werden müssen. Demgegenüber werden Gewebe vor der Implantation idR mehreren Bearbeitungsschritten unterzogen und für längere Zeit gelagert. Die sich aus diesen Unterschieden in der Verwendung ergebenden jeweils verschiedenen Anforderungen an Qualitätssicherungsmaßnahmen werden auch in der Literatur als wesentlicher Grund für die Ausnahme der Organe vom Anwendungsbereich des GSG angeführt.⁶⁴⁷

b) Vascularized composite allografts

Schwierig ist die Einordnung sog „vascularized composite allografts“ (VCA). Bei VCA-Transplantationen geht es um die allogene Übertragung von vaskularisierten komplexen Geweben wie Gliedmaßen⁶⁴⁸ (Finger, Hände, Arme, Zehen, Füße, Beine) und großflächigen Geweben (wie zB Gesicht[-steile]) von Leichenspendern.⁶⁴⁹ Dabei werden neben der Haut zT Blutgefäße, Knochen, Muskeln, Sehnen, Fettgewebe und Nerven zusammen verpflanzt.⁶⁵⁰ Es handelt sich bei einem VCA somit jedenfalls um einen aus verschiedenen Geweben bestehenden vaskularisierten Teil des menschlichen Körpers.⁶⁵¹ Auch eine funktionale Einheit ist gegeben.⁶⁵² Eine solche kann nach medizinischem Verständnis auch bei

⁶⁴⁶ Vgl dazu *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Gewebe“. Vgl auch *Polster*, Gewebesicherheitsgesetz 60.

⁶⁴⁷ So etwa *Polster*, Gewebesicherheitsgesetz 91 f und *Zeinhofer* in *Kopetzki* 134 f. Auch in ErwGr 9 der GewebeRL werden als Grund für die unterschiedliche Behandlung von Geweben und Organen die entscheidenden Unterschiede bei der Verwendung angeführt. Zu einer ähnlichen Argumentation bezüglich der Qualifikation von VCA als Organe vgl *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 86 f.

⁶⁴⁸ Zur Unterscheidung im medizinischen Sprachgebrauch – auf den aufgrund der Legaldefinition jedoch nicht abzustellen ist – zwischen Extremitäten und Organen vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 138 FN 7.

⁶⁴⁹ Vgl zum Begriff sowie zur medizinischen Geschichte *Pühler/Hübner*, Komplexe Gewebe – komplexe Fragen, MedR 2013, 11 (11 f).

⁶⁵⁰ MWN *Walter* in *Spickhoff*, Medizinrecht § 1a TPG Rz 9.

⁶⁵¹ *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 84 f; so wohl auch *Pühler/Hübner*, MedR 2013, 12.

⁶⁵² Für die Einordnung der Hand als funktionelle Einheit durch die Österreichische Gesellschaft für Medizinrecht vgl *Radner/Haslinger/Reinberg* (Hrsg), Krankenanstaltenrecht § 62a KAKuG Anm 4 (Stand 116. Lfg,

optisch scheinbar getrennten Strukturen bestehen (zB Riechorgan als funktionale Einheit hinsichtlich des Riechens).⁶⁵³ Eine funktionale Einheit in diesem Sinn liegt bspw auch bei Hand bzw Unterarm hinsichtlich des Greifens vor.⁶⁵⁴ Neben dem Wortlaut der Organdefinition spricht auch eine an Sinn und Zweck bzw an den rechtlichen Folgen einer konkreten Zuordnung orientierte Auslegung für eine Einordnung der VCA als Organe iSd OTPG.⁶⁵⁵ So ähneln die Anforderungen an eine VCA-Transplantation jenen sonstiger Organtransplantationen iSd OTPG: VCA werden wie „solide“ Organe insb nicht oder kaum weiterverarbeitet, unterliegen relativ kurzen Ischämiezeiten und bewirken eine starke Immunreaktion, wodurch eine Organisation und Allokation ähnlich jener bei soliden Organen erforderlich ist.⁶⁵⁶

c) Organteile

Auch Teile von Organen sind vom Anwendungsbereich des OTPG erfasst, wenn – in Abgrenzung von sonstigen Geweben – „ihre Funktion darin besteht, im menschlichen Körper unter Aufrechterhaltung der Anforderungen an Struktur und Vaskularisierung für den selben Zweck wie das gesamte Organ verwendet zu werden“ (§ 3 Z 6 2. Satz OTPG). Zur Auslegung können die ähnlich formulierte Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 3 Z 3 GSG sowie die Erläuterungen zu dieser und zu § 2 Z 5 GSG herangezogen werden. Demnach fallen Organteile insb dann unter den Organbegriff, wenn auch der Teil des Organs noch die Organdefinition erfüllt und zum selben Zweck wie das ganze Organ übertragen wird.⁶⁵⁷ Ein Organteil ist dem Wortlaut entsprechend somit ein Teil eines zunächst als Organ einzustufenden natürlichen Bestandteils des menschlichen Körpers, der als abtrennbare Unter-einheit noch denselben Zweck erfüllen kann wie das ganze Organ.⁶⁵⁸ Zudem muss der Organteil iSd § 3 Z 6 OTPG den an Organe gestellten Anforderungen an Struktur und Vaskularisierung noch entsprechen. Beispiele sind einzelne Lungenlappen⁶⁵⁹, ein Darmab-

2011). So mit umfassender Begründung auch *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 85. Ohne nähere Begründung eine physiologische Funktionseinheit im medizinisch-wissenschaftlichen Sinn verneinend hingegen *Pühler/Hübner*, MedR 2013, 11 f. Gegen eine Subsumtion von Gliedmaßen unter den Organbegriff (noch zu § 62a KAKuG aF) mwN *Hohmann*, Transplantationswesen 141.

⁶⁵³ Vgl mwN *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 85.

⁶⁵⁴ Vgl mwN *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 85.

⁶⁵⁵ *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 86 sowie (für eine Einordnung „nach den rechtlichen Folgen“) *Walter* in *Spickhoff*, Medizinrecht § 1a TPG Rz 9.

⁶⁵⁶ *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 86 f sowie *Pühler/Hübner*, MedR 2013, 12 f. Letztere ordnen VCA zwar den Geweben zu, kritisieren diese Einordnung jedoch aus den genannten Gründen.

⁶⁵⁷ ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 4 f.

⁶⁵⁸ Vgl mwN *Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a Rz 5.

⁶⁵⁹ *Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a Rz 5 und 25; *Polster*, Gewebesicherheitsgesetz 93.

schnitt⁶⁶⁰ oder Lebersegmente⁶⁶¹. Schwierig ist die Einordnung von Pankreasinseln (Langerhans'sche Inseln) als isolierbare Teile des als Organ zu qualifizierenden Pankreas. Diese können (weitgehend) die Funktion der Bauchspeicheldrüse übernehmen und erfüllen damit das Kriterium der Verwendung für denselben Zweck wie das ganze Organ.⁶⁶² Fraglich ist hingegen, ob sie noch den strukturellen Anforderungen des § 3 Z 6 OTPG im Sinne einer gewissen Komplexität genügen.⁶⁶³ Gegen eine Einordnung von Pankreasinseln als Organe spricht, dass diese nicht mittels operativen Eingriffes „transplantiert“ werden, sondern über die Pfortader in die Leber injiziert werden und zumeist zwei bis drei Pankreata verschiedener Spender für eine Übertragung benötigt werden. Zudem können Pankreasinseln beim Spender nicht unmittelbar entnommen und ohne weitere Be- und Verarbeitungsschritte an einen Empfänger übertragen werden. Vielmehr werden die Inseln in einem mehrstündigen komplexen Verfahren aus dem Pankreas isoliert, gereinigt und in eine anwendungsfähige Suspension überführt.⁶⁶⁴ Es ist daher davon auszugehen, dass Pankreasinseln substanziell bearbeitet und daher als „biotechnologisch bearbeitetes Gewebeprodukt“ als Arzneimittel für neuartige Therapien iSd VO (EG) 1394/2007⁶⁶⁵ sowie § 1 Abs 6a AMG einzustufen sind. Bei unionsrechtskonformer Interpretation müssen sie daher als Gewebe eingeordnet werden, um nicht der arzneimittelrechtlichen Ausnahme von Organen des § 1 Abs 3 Z 12 AMG⁶⁶⁶ zu unterfallen. Nicht der Definition des § 3 Z 6 OTPG (und auch nicht der Ausnahme des § 1 Abs 3 Z 3 GSG) unterfallen Herzklappen, da ihre Funktion nicht darin besteht, im Körper für denselben Zweck wie das ganze Herz verwendet zu werden.⁶⁶⁷ Diese fallen daher in den Anwendungsbereich des GSG.⁶⁶⁸

⁶⁶⁰ Polster, Gewebesicherheitsgesetz 93 und Zeinhofer in Kopetzki 134.

⁶⁶¹ Czerner in Höfling, TPG² § 1a Rz 5.

⁶⁶² So etwa Czerner in Höfling, TPG² § 1a Rz 7. Zwar werden Pankreasinseln insofern nicht zum gleichen Zweck wie das ganze Organ verwendet, als sie lediglich die sog endokrine Funktion (Blutzuckerregelung) ersetzen können, die lediglich 1-2% der Pankreaszellen übernehmen, nicht hingegen die sog exokrine Funktion (Bereitstellung von Verdauungssaft). Allerdings erfolgt auch die Pankreastransplantation vor allem zur Wiederherstellung der endokrinen Funktion. Vgl dazu Straßburger/Meilicke/Cichutek, Arzneimittelrechtliche Anforderungen an Arzneimittel für neuartige Therapien aus humanen Pankreata, MedR 2010, 835 (839).

⁶⁶³ Für eine Einordnung als Gewebe Polster, Gewebesicherheitsrecht 93. Für eine grds (vgl jedoch die Ausnahme des § 1a Z 1 letzter Halbsatz dTPG) Subsumtion unter den Organbegriff des § 1a Z 1 dTPG, der allerdings ausdrücklich auch *einzelne* Gewebe umfasst, soweit diese den Anforderungen an Struktur, Blutgefäßversorgung und Verwendungszweck entsprechen, Czerner in Höfling, TPG² § 1a Rz 7 sowie Walter in Spickhoff, Medizinrecht § 1a TPG Rz 7 f und 15.

⁶⁶⁴ Zum Ganzen Straßburger/Meilicke/Cichutek, MedR 2010, 839.

⁶⁶⁵ So Straßburger/Meilicke/Cichutek, MedR 2010, 839; Czerner in Höfling, TPG² § 1a Rz 7.

⁶⁶⁶ Vgl dazu unten S 118.

⁶⁶⁷ Vgl Bundesärztekammer, Erweiterte und aktualisierte Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Gewebegesetz (BT-Drs 16/3146), 76 <http://bundesaeztekammer.de/downloads/ZRegStell20070124.pdf>; kritisch Czerner in Höfling, TPG² § 1a Rz 9.

⁶⁶⁸ So auch Polster, Gewebesicherheitsrecht 61. Zur GewebeRL vgl KOM(2002) 319 endg 2. Zum dTPG vgl Czerner in Höfling, TPG² § 1a Rz 27; Middel/Scholz in Spickhoff (Hrsg), Medizinrecht² (2014) § 1a TPG Rz 6.

2. Herkunft des Organs

Das OTPG ist nur auf menschliche Organe anzuwenden. § 1 OTPG spricht ausdrücklich von „menschliche[n]“ Organen und § 3 Z 6 OTPG von Teilen des „menschlichen Körpers“. Nicht vom Anwendungsbereich des OTPG erfasst sind daher zunächst „künstliche Organe“ wie Herzschrittmacher⁶⁶⁹ sowie Organe tierischen Ursprungs (Xenotransplantate).⁶⁷⁰ Auch mittels „tissue engineering“⁶⁷¹ künstlich gezüchtete Organe unterliegen nicht dem OTPG. Dieses soll nur auf entnommene⁶⁷² bzw. gespendete⁶⁷³ Organe anwendbar sein, wobei als Spende (gem § 3 Z 11 OTPG) nur das Zurverfügungstellen von *Organen* zu Transplantationszwecken, nicht hingegen das Zurverfügungstellen von biologischem Ausgangsmaterial für die Organzucht zu qualifizieren ist.

Erfasst sind hingegen sowohl Organe von lebenden Spendern als auch solche von Verstorbenen. Ob darüber hinaus auch embryonale bzw. fötale Organe von Tot- oder Fehlgeburten⁶⁷⁴ in den Geltungsbereich des OTPG fallen, lassen das OTPG und auch die OrganRL offen. Der Wortlaut „menschlich“ zwingt nicht zu einem Ausschluss embryonaler Organe, sondern kann als bloße Abgrenzung von „tierischen“ oder „künstlichen“ Organen verstanden werden.⁶⁷⁵ Zur Interpretation des Wortes „menschlich“ können das GSG und die als Vorbild dienende GewebeRL herangezogen werden, die ebenso auf menschliche Zellen und Gewebe Bezug nehmen.⁶⁷⁶ Der Unionsgesetzgeber wollte von der GewebeRL auch fötale Zellen und Gewebe erfasst wissen.⁶⁷⁷ Er überlässt es jedoch den Mitgliedstaaten, den Umgang mit spezifischen Arten von Zellen und Geweben zu verbieten.⁶⁷⁸ Ist die Verwendung solcher Zellen in den Mitgliedstaaten aber erlaubt, müssen alle Bestimmungen der RL zur Anwendung kommen, „die angesichts der besonderen Risiken dieser Zellen ausgehend vom Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse und ihrer besonderen Art zum Schutz

⁶⁶⁹ Statt vieler *Kopetzki*, Organgewinnung 139.

⁶⁷⁰ Vgl *Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a Rz 15.

⁶⁷¹ Vgl dazu allgemein *Gassner*, Tissue Engineering im Normenschungel, MedR 2001, 553.

⁶⁷² Vgl § 1 OTPG.

⁶⁷³ Vgl § 3 Z 1 OTPG, der die Bereitstellung als „einen Prozess, durch den gespendete Organe verfügbar gemacht werden“, definiert.

⁶⁷⁴ Zur Abgrenzung von (lebendgeborenen und in Folge) verstorbenen Menschen vgl unten S 119 f. Die Organentnahme von lebenden Leibesfrüchten während aufrechter Schwangerschaft ist – sofern medizinisch überhaupt möglich – jedenfalls unzulässig. Vgl mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 133.

⁶⁷⁵ Auch das dTPG spricht von Organen als Teilen des „menschlichen“ Körpers und bezieht embryonale Gewebe und Organe in den Anwendungsbereich mit ein. Das dTPG lässt diesbezüglich jedoch keine Zweifel, da es in § 4a eine eigene Entnahmeerlaubnis für tote Embryonen und Föten enthält. Vgl dazu mwN *Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a Rz 12 sowie *Weber* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 4a Rz 1 ff TPG.

⁶⁷⁶ Vgl § 1 sowie § 2 Z 1 und 2 GSG.

⁶⁷⁷ ErwGr 7 GewebeRL.

⁶⁷⁸ Vgl Art 4 Abs 3 sowie ErwGr 12 GewebeRL.

der öffentlichen Gesundheit und zur Wahrung der Grundrechte erforderlich sind“.⁶⁷⁹ Die hL zum GSG geht daher von der Einbeziehung embryonaler Zellen und Gewebe in dessen Anwendungsbereich aus.⁶⁸⁰ So sollen bspw. „bei der Gewinnung und/oder der Verwendung embryonaler Stammzellen die Qualitäts- und Sicherheitsstandards des GSG zu berücksichtigen“ sein.⁶⁸¹ Es sprechen somit gute Gründe dafür, embryonale Organe dem Anwendungsbereich und damit dem Schutz des OTPG zu unterstellen. Von der Frage nach der grundsätzlichen Einbeziehung embryonaler Organe in den Anwendungsbereich ist die Frage zu unterscheiden, ob das OTPG eine für diese anwendbare Entnahmeerlaubnis enthält⁶⁸² oder lediglich die qualitäts- und sicherheitsrelevanten Bestimmungen anzuwenden sind.

3. Verwendungszweck

Eine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs erfährt das OTPG dadurch, dass es nur für Organe gilt, die „zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt“ sind (§ 2 Abs 1 OTPG). § 1 Abs 1 GSG stellt demgegenüber auf den weiteren Begriff der „Verwendung beim Menschen“⁶⁸³ ab.

a) Transplantation des Organs als solches

Nach dem OTPG muss ein Organ bzw. Organteil *als solcher* als Gegenstand der Transplantation in Aussicht genommen werden (vgl. § 2 Abs 1 OTPG „Organe[n], die zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt sind“).⁶⁸⁴ Dies darf allerdings „nicht im Sinne einer vollständigen Kongruenz zwischen entnommenen und transplantierten Gewebsanteilen verstanden werden“.⁶⁸⁵ So steht der geringfügige Verlust an Gewebe, der durch die (abhängig vom jeweiligen Organ und dem Stand der medizinischen Wissenschaft) notwendige Präparation eines Organs zwischen Entnahme und Implantation zwangsläufig entsteht,

⁶⁷⁹ ErwGr 12 GewebeRL. Die Beschränkungen des FMedG für den Umgang mit entwicklungsfähigen Zellen bleiben durch das GSG daher unberührt. Vgl. dazu etwa *Zeinhofer* in *Kopetzki* 136 ff. Dementsprechend soll auch das dTPG auf menschliche Keimzellen nur soweit zu Anwendung kommen, als Regelungen zur Qualität und Sicherheit in Umsetzung der GewebeRL getroffen werden und deren Gewinnung und Verwendung zur Übertragung nach den Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes im Rahmen der medizinisch unterstützten Befruchtung erlaubt ist (BT-Drs 16/3146, 23).

⁶⁸⁰ Vgl. *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 61 und 96 ff; *Zeinhofer* in *Kopetzki* 136.

⁶⁸¹ *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 101.

⁶⁸² Vgl. dazu unten S 119 f.

⁶⁸³ § 2 Z 11 GSG definiert diese als „medizinischen Einsatz von Zellen oder Geweben in oder an einem menschlichen Empfänger sowie extrakorporale Anwendungen“.

⁶⁸⁴ So (zu § 62a KAKuG aF) bereits *Kopetzki*, Organgewinnung 142.

⁶⁸⁵ *Kopetzki*, Organgewinnung 142.

der Anwendung des OTPG nicht entgegen.⁶⁸⁶ Die Grenzen der Veränderungen, denen ein entnommenes Organ unterworfen werden darf, damit dessen Übertragung noch als Transplantation iSd OTPG qualifiziert werden kann, zeigt die Definition des § 3 Z 14 OTPG auf. Demnach ist eine Transplantation ein Verfahren, durch das bestimmte Funktionen des menschlichen Körpers durch die Übertragung eines *Organs* wiederhergestellt werden sollen. Der Anwendungsbereich des OTPG ist daher nur dann eröffnet, wenn das nach einer allfälligen Bearbeitung tatsächlich zur Implantation bestimmte Gewebe noch als Organ (bzw als Organteil) iSd § 3 Z 6 OTPG zu qualifizieren ist und durch dessen Übertragung eine bestimmte Funktion des Körpers wiederhergestellt werden soll. Diese Lesart des Anwendungsbereichs des OTPG steht auch in Einklang mit dem Ausschluss von Organen aus dem Anwendungsbereich des GSG durch § 1 Abs 3 Z 3. Demnach gilt das GSG nur dann nicht für Organe und Teile von Organen, „wenn sie zum selben Zweck wie das Organ im menschlichen Körper verwendet werden sollen“ – also im Rahmen einer Verwendung zur Organtransplantation.⁶⁸⁷ Nach den Erläuterungen soll der Ausschluss zudem nur dann greifen, „wenn die transplantierten Organe nach ihrer Transplantation dieselbe Funktion im menschlichen Körper erfüllen wie vor ihrer Entnahme“.⁶⁸⁸ In der Literatur wird hieraus geschlossen, dass dann, wenn Organe zu anderen Zwecken – wie etwa zur Gewinnung von Stammzellen oder sonstigen Stoffen zur weiteren Verarbeitung – entnommen werden, der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 3 Z 3 GSG nicht erfüllt ist.⁶⁸⁹ Wenn also Organe oder Organteile zur Gewinnung von Geweben oder Zellen zu einem anderen Zweck als zu deren Transplantation (bspw zur extrakorporalen Anwendung oder zur Arzneimittelherstellung) entnommen werden, ist jedenfalls nicht das OTPG,⁶⁹⁰ sondern allenfalls das GSG („Verwendung beim Menschen“) anzuwenden.

Aufgrund der bisherigen Überlegungen kann auch die Frage⁶⁹¹ geklärt werden, welches Gesetz anwendbar ist, wenn zunächst ein Organ iSd OTPG entnommen wird, anschließend aber nur ein dann als Gewebe zu qualifizierendes Teil transplantiert wird (zB Bulbus zur Abtrennung der Hornhaut, Plazenta zur Entnahme der Amnionmembran als Hornhauter-

⁶⁸⁶ Vgl mwN zum medizinischen Transplantationsbegriff *Kopetzki*, Organgewinnung 142 f.

⁶⁸⁷ *Zeinhofer* in *Kopetzki* 133 sowie ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 4, wonach sich Z 3 auf die Transplantation menschlicher Organe und Organteile bezieht.

⁶⁸⁸ ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 5.

⁶⁸⁹ *Zeinhofer* in *Kopetzki* 133; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 92. Zur (vom GSG wörtlich übernommenen) Ausnahmebestimmung der GewebeRL auch *Stöger* in *Kopetzki* 15 FN 20. („[...] sodass ein Organ, das zur Gewinnung verschiedener Gewebe verwendet wird und daher nicht zum gleichen Zweck wie das ganze Organ im menschlichen Körper verwendet werden soll, unter die Gewebe-RL fällt“).

⁶⁹⁰ Vgl dazu grundlegend *Kopetzki*, Organgewinnung 148 ff.

⁶⁹¹ Auf die Problematik hinweisend *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 40.

satz)⁶⁹². In diesem Fall ist weder das OTPG noch die Ausnahme des § 1 Abs 3 Z 3 GSG anwendbar. Da abgesehen von dieser Ausnahme auch Organe der weiten Definition des Gewebes in § 2 Z 2 GSG („alle aus Zellen bestehenden Bestandteile des menschlichen Körpers“) unterfallen, unterliegt der beschriebene Vorgang inkl der Entnahme dem GSG.

b) Bestimmung zur Transplantation in den menschlichen Körper

Für die Anwendbarkeit des OTPG kommt es darauf an, ob das Organ zur Transplantation in den menschlichen Körper „bestimmt“ ist. Dass die Transplantation ex post nicht durchgeführt werden kann, ändert nichts an der ex ante zu beurteilenden Anwendbarkeit des OTPG. Wenn sich *nach* der Entnahme eines ursprünglich zur Transplantation *bestimmten* Organs herausstellt, dass dieses zwar nicht für eine Transplantation als solches iSd OTPG geeignet ist, aber die Gewinnung anderer Gewebe zur Verwendung beim Menschen möglich ist, unterliegt das weitere Vorgehen nicht mehr dem OTPG, sondern dem GSG.⁶⁹³

§ 2 Abs 2 OTPG stellt zudem klar, dass das OTPG „nicht für die Verwendung von Organen zu Forschungszwecken“ gilt, „sofern diese nicht zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt sind“. Anwendbar soll das OTPG hingegen dann sein, wenn Organe zwar zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung entnommen wurden, jedoch zur Transplantation in den menschlichen Körper *bestimmt* sind.⁶⁹⁴ Für die Anwendbarkeit kommt es somit lediglich darauf an, ob das Organ letztendlich iSd § 3 Z 14 OTPG transplantiert werden soll, wobei die Definition der Transplantation nur erfüllt ist, wenn durch die Übertragung eine Körperfunktion wiederhergestellt werden soll. Ob zusätzliche Forschungszwecke (vor der Transplantation oder durch diese) verfolgt werden, ist irrelevant. Auch Organe, die bei klinischen Versuchen in den menschlichen Körper transplantiert werden, müssen daher die festgelegten Qualitäts- und Sicherheitsstandards erfüllen.⁶⁹⁵

⁶⁹² In den beiden genannten Fällen ist jedoch bereits die Qualifikation der Ursprungssubstanz als Organ unklar. So geht etwa die GÖG in den Verfahrensanweisungen zur Organentnahme bei Verdacht auf eine gerichtlich strafbare Handlung (vgl unten FN 913) davon aus, dass die Entnahme von Bulbi dem GSG unterliegt, gibt aber keinen Aufschluss darüber, ob dieses Ergebnis nicht bereits Folge der Qualifikation des Bulbus als sonstiges Gewebe ist. Davon, dass die Entnahme der Amnionmembran dem GSG unterliegt, geht auch § 3 Abs 4 GEEVO aus.

⁶⁹³ Vgl für eine ähnliche Argumentation zur „Umwidmung“ im Verhältnis zwischen der Pankreasentnahme zur Transplantation und zur Inselzellentnahme *Pühler/Middel/Hübner*, Pankreasinseln, MedR 2010 23 (25). Für die Zulässigkeit der weiteren Verwendung der Gewebe wird in diesem Fall bei Lebendspenden jedoch eine zusätzliche Einwilligung notwendig sein.

⁶⁹⁴ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4.

⁶⁹⁵ KOM(2008) 818 endg 4.

c) Autologe Transplantationen

Fraglich ist, ob das OTPG auch autologe Transplantationen in einer Übertragung von einer Stelle des (lebenden) Körpers auf eine andere Stelle des gleichen Körpers in seinen Anwendungsbereich einbezieht. § 3 Z 14 OTPG definiert die Transplantation als Vorgang der Übertragung eines Organs von einem Spender auf einen Empfänger, ohne den Fall der Identität von Spender und Empfänger anzusprechen.

Das Fehlen einer klaren Regelung in diesem Bereich ist wohl darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber keine Fälle der autologen Verwendung im Rahmen des Anwendungsbereichs des OTPG vor Augen hatte. Tatsächlich liegen die typischen Fälle der autologen Spende (zB Entnahme von Knochenmark zur Züchtung von Zelllinien, Übertragung gesunder Hautteile bei Verbrennungsoptionen)⁶⁹⁶ im Anwendungsbereich des GSG.⁶⁹⁷ Aufgrund seiner Organdefinition ist das OTPG allerdings auch auf gewisse Organe anzuwenden, hinsichtlich derer eine autologe Übertragung möglich ist. In Frage kommt etwa die autologe Verpflanzung von Fingern oder Zehen als Ersatz fehlender Finger zum Erhalt der Greiffunktion, vergleichbar mit VCA-Transplantationen.⁶⁹⁸

Mangels längerfristiger Aufbewahrungsmöglichkeit solcher Organe handelt es sich dabei vorrangig – wenn nicht sogar ausschließlich – um Fälle, in denen Entnahme und Implantation innerhalb ein und desselben medizinischen Eingriffs erfolgen. Eben diese Fälle nimmt in Umsetzung der GewebeRL⁶⁹⁹ selbst das GSG, das ansonsten ausdrücklich auch die „autologe Verwendung“⁷⁰⁰ von Zellen und Geweben erfasst, von seinem Anwendungsbereich aus (§ 1 Abs 3 Z 1 GSG). Dass eine entsprechende Ausnahme im OTPG fehlt, spricht schon aus systematischen Gründen dafür, autologe Organspenden erst gar nicht dem Anwendungsbereich des OTPG zuzuordnen.

Die Entnahme zur Rückübertragung auf dieselbe Person unterscheidet sich zudem in vielerlei Hinsicht von sonstigen allogenen Transplantationen. Wesentliche Divergenzen ergeben sich insb daraus, dass durch autologe Transplantationen kein fremdnütziger Zweck verfolgt wird, sondern der Eingriff für den Empfänger insgesamt eine medizinisch indizier-

⁶⁹⁶ Vgl mwN *Schmidt-Recla* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 8c Rz 1.

⁶⁹⁷ Auch die Entnahme von Ovarialgewebe vor einer Strahlentherapie und dessen anschließende Replantation zum Erhalt der Fortpflanzungsfähigkeit werden in den Anwendungsbereich des GSG fallen. Vgl hierzu oben FN 644.

⁶⁹⁸ Diese erfolgen jedoch definitionsgemäß (allogen) vom verstorbenen Spender (vgl *Pühler/Hübner*, MedR 2013, 11). Dass eine Lebendspende von VCA jedenfalls unzulässig ist (so *Gutmann/Wiese*, MedR 2014, 89 FN 54) ist in Hinblick auf das genannte Bsp verfehlt.

⁶⁹⁹ Art 2 Abs 2 lit a GewebeRL.

⁷⁰⁰ Vgl die Begriffsdefinition in § 2 Z 17 GSG.

te Heilbehandlung darstellt.⁷⁰¹ Außerdem ist keine vom Spender verschiedene dritte Person als Empfänger beteiligt. Daraus ergibt sich, dass weder Vorgaben zur Absicherung der Unentgeltlichkeit (§ 4 OTPG) noch Sonderbestimmungen zur Einwilligung, die der Fremdnützigkeit der Organspende Rechnung tragen sollen (§ 8 OTPG)⁷⁰², notwendig sind. Auch eine Vielzahl der qualitäts- und sicherheitsbezogenen Vorschriften des OTPG (zB Organ- und Spendercharakterisierung zum Schutz des Empfängers gem § 11, Transport gem § 12, Rückverfolgbarkeit gem § 13) ist für autologe Organübertragungen unpassend.

Im Ergebnis sprechen daher die besseren Gründe dafür, den Begriff der Transplantation teleologisch zu reduzieren und autologe Organtransplantationen nicht dem OTPG zu unterstellen. Die Zulässigkeit solcher Transplantationen ist vielmehr anhand der allgemeinen Voraussetzungen für medizinische Heilbehandlungen zu beurteilen.⁷⁰³ Als Transplantation iSd § 3 Z 14 OTPG ist daher bei einer an Zweck und Systematik orientierten Auslegung lediglich die Übertragung eines Organs von einem Spender auf einen von diesem unterschiedlichen Empfänger und als Spende iSd § 3 Z 11 OTPG nur das Zurverfügungstellen von Organen an eine dritte Person zu verstehen.

d) Weitere Sonderfälle

Vom Anwendungsbereich des OTPG grds⁷⁰⁴ erfasst bleiben hingegen Fälle, in denen Organe im Rahmen eines medizinisch indizierten Eingriffs entnommen werden, aber nicht im Zuge einer Heilbehandlung bei der spendenden Person selbst wieder verwendet, sondern einer dritten Person übertragen werden sollen (zB im Rahmen einer sog Domino-Transplantation⁷⁰⁵).⁷⁰⁶ Auch in diesem Fall sind die Organe gem § 2 Abs 1 OTPG zur Transplantation bestimmt.

⁷⁰¹ Vgl *Schmidt-Recla* in *Höfling*, TPG² § 8c Rz 3; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 114 und 118; *Leischner*, Gewinnung vom lebenden Spender, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 176 (191).

⁷⁰² Die ohnehin bestehenden grundrechtlichen Bedenken hinsichtlich § 8 Abs 1 OTPG (vgl dazu oben S 95 ff) würden sich bei einer Anwendbarkeit der Bestimmung auf die medizinisch indizierte Entnahme zu autologen Zwecken verstärken, sodass eine verfassungskonforme Interpretation gegen die Anwendbarkeit spricht.

⁷⁰³ Das dTPG bezieht hingegen auch autologe (Organ-)Transplantationen in seinen Anwendungsbereich ein. Es enthält für diese jedoch gesonderte Entnahmevoraussetzungen, die lediglich die für ärztliche Heileingriffe ohnehin geltenden allgemeinen Grundsätze verankern und damit den Unterschieden zwischen autologen und allogenen Spenden Rechnung tragen. Vgl dazu *Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a Rz 15 sowie *Schmidt-Recla* in *Höfling*, TPG² § 8c Rz 1 ff.

⁷⁰⁴ Dem Umstand, dass der Eingriff in die körperliche Integrität in diesem Fall medizinisch indiziert ist, ist jedoch in Hinblick auf die Entnahmevoraussetzungen Rechnung zu tragen. Vgl dazu unten S 202 f.

⁷⁰⁵ Davon spricht man, wenn aus operationstechnischen Gründen einem Organempfänger im Rahmen einer Transplantation auch ein eigentlich gesundes Organ entnommen werden muss, das dann einem anderen Empfänger wieder eingepflanzt werden kann.

Nicht in den Anwendungsbereich des OTPG fallen sog „kapselgeschützte Organtransplantationen“. Darunter ist eine medizinische Vorgehensweise zu verstehen, bei der ein Fötus im Mutterleib getötet und unter Entfernung sonstiger Gewebe auf benötigte Organe reduziert wird, um diese im Organismus der Mutter dazu zu nützen, die Funktion deren Organe zu ersetzen.⁷⁰⁷ Das OTPG ist hier nicht anzuwenden, da es sich nicht um Transplantationen iSd § 3 Z 14 OTPG handelt.

4. Verhältnis zu AMG und MPG

Da Organe – nach ihrer Entnahme – als Körper(bestand)teile und damit als Stoffe iSd § 1 Abs 4 Z 3 AMG zu qualifizieren sind,⁷⁰⁸ wären diese bei Erfüllen der sonstigen Voraussetzungen des Arzneimittelbegriffs des § 1 Abs 1 AMG grds vom Anwendungsbereich des AMG erfasst. § 1 Abs 3 Z 12 AMG stellt jedoch ausdrücklich klar, dass es sich bei Organen und Organanteilen iSd OTPG nicht um Arzneimittel handelt. Die Bestimmungen des AMG gelangen demzufolge nicht zur Anwendung.⁷⁰⁹ § 4 Abs 1 Z 4 MPG nimmt Organe ebenso vom Anwendungsbereich des MPG aus.⁷¹⁰ Die produktrechtlichen Ausnahmen gelten dem Wortlaut nach, solange ein Organ iSd § 3 Z 6 OTPG vorliegt. Ihre Anwendbarkeit hängt somit nicht davon ab, ob die Organe zur Transplantation in den menschlichen Körper bestimmt sind und daher das OTPG anwendbar ist.

⁷⁰⁶ Vgl § 8b dTPG, der in diesem Fall die Zulässigkeit der Übertragung von einer Einwilligung des einwilligungsfähigen Spenders abhängig macht. Dazu mwN *Schmidt-Recla* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 8b 1 ff sowie zu Überlegungen vor Inkrafttreten des § 8b dTPG *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* § 8 Rz 3 ff.

⁷⁰⁷ Vgl dazu *Kopetzki*, Organgewinnung 133 f; zur strafrechtlichen Beurteilung mwN *Eder-Rieder*, Strafrechtliche Aspekte der „kapselgeschützten“ Organtransplantation, ÖJZ 1990, 627.

⁷⁰⁸ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 9.

⁷⁰⁹ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 9.

⁷¹⁰ Die in Z 4 enthaltenen Ausnahmen vom Ausschluss des Anwendungsbereichs sind für Organe nicht einschlägig.

II. Organentnahme vom verstorbenen Spender

§ 5 OTPG regelt, unter welchen Voraussetzungen Organentnahmen von Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation zulässig sind. Die Norm knüpft dabei an die bisherige Entnahmeerlaubnis des KAKuG an, indem sie die Formulierung des § 62a KAKuG aF über weite Teile wörtlich übernimmt.⁷¹¹ Im Wesentlichen erlaubt § 5 OTPG, „Verstorbene einzelne Organe zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen“, sofern keine Erklärung vorliegt, mit der zu Lebzeiten eine Organspende ausdrücklich abgelehnt wurde und die Entnahme nicht „zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche“ führt. Die einzelnen Elemente der Entnahmeerlaubnis sollen im Folgenden dargestellt werden.

A. Gegenstand der Entnahme

Gegenstand der Entnahmeerlaubnis des § 5 Abs 1 OTPG sind die Organe Verstorbener. Durch die neue Organdefinition des § 3 Z 6 OTPG erfasst § 5 OTPG nur mehr Organe iS,⁷¹² während die bisher ebenfalls unmittelbar erfassten sonstigen Gewebe und Zellen nunmehr ausschließlich dem GSG unterliegen. § 4 Abs 5 GSG verweist hinsichtlich der Entnahmevoraussetzungen bei Verstorbenen allerdings wiederum auf § 5 OTPG.

„Verstorben“ ist jedenfalls ein lebend geborener Mensch⁷¹³ nach seinem Tod.⁷¹⁴ In den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder wird auf das Vorliegen einer „Leiche“ abgestellt und werden nicht lebend geborene Leibesfrüchte unabhängig von ihrem Entwicklungsgrad ausdrücklich in den Anwendungsbereich einbezogen.⁷¹⁵ Hingegen ging die hM

⁷¹¹ Daher kann – soweit im Folgenden nicht abweichend dargestellt – auf die bisherige Literatur zu § 62a KAKuG aF verwiesen werden.

⁷¹² Zum Organbegriff des OTPG vgl oben S 106 ff.

⁷¹³ Zur Definition der Lebendgeburt vgl § 8 Abs 1 Z 1 HebG („als lebendgeboren gilt unabhängig von der Schwangerschaftsdauer eine Leibesfrucht dann, wenn nach dem vollständigen Austritt aus dem Mutterleib entweder die Atmung eingesetzt hat oder irgendein anderes Lebenszeichen erkennbar ist, wie Herzschlag, Pulsation der Nabelschnur oder deutliche Bewegung willkürlicher Muskeln, gleichgültig, ob die Nabelschnur durchgeschnitten ist oder nicht oder ob die Plazenta ausgestoßen ist oder nicht“). In Hinblick auf die Rechtsfähigkeit wird gem § 23 ABGB bis zum Beweis des Gegenteils eine Lebendgeburt vermutet; vgl dazu *Schauer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 23 Rz 1 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at); *Aicher* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 23 Rz 1 (Stand 1. 7. 2015, rdb.at).

⁷¹⁴ Arg § 5 Abs 1 OTPG („vor deren/dessen Tod“). Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 130. Zu Todesbegriff und Todesfeststellung im Zusammenhang mit der Leichenspende vgl unten S 153 ff.

⁷¹⁵ Vgl zB § 1 Abs 1 und 2 vlbG BestG; § 1 Abs 1-4 wr LBG. Zum strittigen Begriff des Leichnams gem § 190 StGB vgl mwN *Mayer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 190 Rz 24 ff (Stand 24. Lfg, 5. 2011, lexisnexus.at).

zu § 62a KAKuG aF mit guten Gründen davon aus, dass Tot- und Fehlgeburten⁷¹⁶ keine „Verstorbenen“ sind und somit nicht von der Entnahmeerlaubnis erfasst waren.⁷¹⁷ Durch die nun erfolgte Einbeziehung embryonaler Organe in den Anwendungsbereich des OTPG⁷¹⁸ stellt sich die Frage, ob dadurch auch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Entnahmeerlaubnis des § 5 Abs 1 OTPG erfolgt ist. Für ein Festhalten an der bisherigen – auch dem Wortlaut jedenfalls besser gerecht werdenden – Interpretation spricht die wörtliche Übernahme der Formulierung sowie die Aussage der Erläuterungen, wonach „der Inhalt des derzeitigen § 62a KAKuG in § 5 [OTPG] überführt“ wird.⁷¹⁹ Dadurch sollte wohl auch die bisherige hL und damit das Verständnis des Begriffs des „Verstorbenen“ übernommen werden, sodass nur die Organe lebend geborener Menschen der Entnahmeerlaubnis des § 5 OTPG iS einer Widerspruchslösung unterliegen.⁷²⁰

B. Entnahmeumfang und Wahrung der Pietät

Wie schon § 62a Abs 1 KAKuG aF beschränkt auch § 5 Abs 1 OTPG den Umfang der Entnahme dem Wortlaut nach auf „einzelne“ Organe. Die Bedeutung dieser Einschränkung wurde von der bisherigen Lehre uneinheitlich beurteilt. So wurde vertreten, die Anzahl der zulässigerweise entnehmbaren Organe sei durch die Bezugnahme auf „einzelne“ Organe zahlenmäßig überhaupt nicht limitiert.⁷²¹ Andere Autoren hielten im Gegensatz entweder die Entnahme mehrerer Organe überhaupt oder aber ab einer gewissen Anzahl für unzulässig.⁷²²

⁷¹⁶ Als Totgeburt gilt eine Leibesfrucht gem § 8 Abs 1 Z 2 HebG dann, wenn keines der Lebenszeichen einer Lebendgeburt (vgl FN 713) erkennbar ist und sie ein Geburtsgewicht von mindestens 500 Gramm aufweist. Eine Fehlgeburt (§ 8 Abs 1 Z 3 HebG) liegt bei Fehlen von Lebenszeichen und einem Geburtsgewicht der Leibesfrucht von weniger als 500 Gramm vor.

⁷¹⁷ MWN *Kopetzki*, Organgewinnung 130 f; *Kalchschmid*, Organtransplantation 73; *Karpf*, Transplantationen 41; *Etzl*, Organentnahme aus Leichen, in *Plöchl* (Hrsg), *Ware Mensch* (1996) 27 (29).

⁷¹⁸ Vgl dazu oben S 112 f.

⁷¹⁹ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4.

⁷²⁰ So im Ergebnis auch *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.4.

⁷²¹ *Kopetzki*, Organgewinnung 139; *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 96.

⁷²² Vgl etwa *Eder-Rieder*, ÖJZ 1984, 293. Für eine zahlenmäßige Beschränkung auf mehrere iSv zwei oder drei Organen *Kalchschmid*, Organtransplantation 82 f; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 21 f sowie *Barta*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich, in *Barta/Weber* (Hrsg), *Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa* (2001) 19 (34 f), der jedoch bei einer „großzügigen“ Auslegung die Betrachtung von paarig angelegten Organen als ein Organ für möglich hält. *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.3 geht von einer „mengenmäßige[n] Schranke zwischen einem und mehreren“ aus.

Einzelne Organe bedeutet zunächst jedenfalls keine Beschränkung auf *ein* einziges Organ.⁷²³ Selbst unter Berücksichtigung des Willens des historischen Gesetzgebers der Beschränkung auf „einzelne wenige“⁷²⁴ Organe lässt sich aus der Formulierung ebenso wenig eine konkrete zahlenmäßige Beschränkung gewinnen.⁷²⁵ Zulässig sind daher grds auch en-bloc Entnahmen wie die kombinierte Herz-Lungen Transplantation⁷²⁶ und sonstige Multiorganentnahmen.⁷²⁷ Lediglich die Entnahme aller oder der meisten Organe (bzw die Spende des ganzen Körpers) wird durch die einschränkende Formulierung ausgeschlossen.⁷²⁸ Zusätzliche Grenzen in *quantitativer* Hinsicht können sich allenfalls aus dem Zusammenspiel mit § 5 Abs 1 letzter Satz OTPG ergeben. Dieser normiert in *qualitativer* Hinsicht, dass die Entnahme „nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen“ darf. Der intendierte enge Zusammenhang zwischen der Beschränkung auf einzelne Organe und dem Verunstaltungsverbot wird auch in den Erläuterungen sichtbar: Mit der Beschränkung auf einzelne Organe sollte sichergestellt werden, dass der Leichnam eines Spenders „auch nach Durchführung einer Entnahme in einem solchen Zustand verbleibt, der der Würde eines Toten entspricht und durch den eine Verletzung zur Pietät nicht erfolgt“⁷²⁹ und dass „sämtliche Vorgänge in Zusammenhang mit der Organspende, so jedenfalls auch die Organentnahme, unter Achtung der Würde“ des Spenders durchgeführt werden.⁷³⁰ Auch wenn die Pietät einen unbestimmten Begriff darstellt, handelt es sich bei einer „Verunstaltung“ nach hM jedenfalls um eine wesentliche nachteilige Veränderung der *äußeren* Erscheinung.⁷³¹ Während es daher bei der Entnahme innerer Organe idR zur Pie-

⁷²³ Erschließt man die Bedeutung des Wortes „einzelne“ (unter Berücksichtigung seiner Synonyme) im allgemeinen Sprachgebrauch, sind darunter einige, wenige, eine kleinere Zahl oder ein paar zu verstehen (<http://www.duden.de/rechtschreibung/Einzelne>).

⁷²⁴ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3 sowie dazu *Radner/Haslinger/Reinberg*, Krankenanstaltenrecht § 62a KAKuG Anm 5.

⁷²⁵ Insb da § 62a KAKuG aF auch sonstige Gewebe in den Organbegriff miteinbezogen hat, scheint zweifelhaft, wie eine solche zahlenmäßige Begrenzung vornehmbar sein hätte sollen.

⁷²⁶ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.3 stellt für die Zulässigkeit von en-bloc-Entnahmen darauf ab, ob es sich um „klar abgegrenzte (einzelne) Organkombinationen“ handelt.

⁷²⁷ So (bei Wahrung des äußeren Erscheinungsbildes) auch *Etzl* in *Plöchl* 30; *Janczak*, Postmortale Organspende 83 ff sowie zuletzt auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 41.

⁷²⁸ So *Holzabek/Kopetzki*, Wr Klinische Wochenschrift 1986, 418 sowie *Kopetzki* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 44. *Stellamor/Steiner*, Handbuch des Österreichischen Arztrechts I (1999) 204 halten eine Organentnahme dann für unzulässig, wenn sie „so exzessiv“ stattfindet, dass keine Leiche mehr übrig bleibt. Zur Unzulässigkeit der – trotz diesbezüglicher Ankündigungen in der Presse (zB <http://www.welt.de/vermischtes/article137912632/2017-soll-der-erste-Kopf-transplantiert-werden.html>) wohl noch utopischen – „Ganzkörpertransplantation“ (als Folge einer Hirnverpflanzung) vgl mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 140 f.

⁷²⁹ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3. Zu diesem Zusammenhang auch *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 96.

⁷³⁰ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4.

⁷³¹ Vgl *Holzabek/Kopetzki*, Wr Klinische Wochenschrift 1986, 418; *Kopetzki*, Organgewinnung 140; *Kalchschmid*, Organtransplantation 84; *Etzl* in *Plöchl* 30; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*,

tätswahrung ausreicht, die geöffneten Körperhöhlen ordnungsgemäß operativ zu verschließen, sind bei Entnahmen äußerlich sichtbarer Organe (insb Extremitäten, Entnahme des Augapfels) zur Wahrung der Pietät rekonstruktive Maßnahmen (zB Prothese, Glasauge) erforderlich.⁷³² In Einzelfällen (man denke an die Transplantation des ganzen Gesichts) kann der Pietätsschutz eine Entnahme auf Grundlage des § 5 OTPG sogar gänzlich ausschließen.⁷³³

C. Entnahmezweck

§ 5 Abs 1 OTPG erlaubt die Entnahme von Organen ausschließlich zu dem Zweck, um durch deren Transplantation (iSd § 3 Z 14 OTPG) das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Dadurch sind zunächst andere Behandlungsmethoden als Transplantationen iS einer Substanzübertragung von einem Spender auf einen Empfänger kein durch § 5 OTPG legitimierter Entnahmezweck. Zudem handelt es sich nur dann um eine Transplantation, wenn das Organ als solches übertragen werden soll und nicht bloß einzelne daraus gewonnene Gewebe.⁷³⁴ Der Begriff der Wiederherstellung der Gesundheit ist nicht zu eng zu verstehen: Auch die Entnahme zum Zweck einer Transplantation, die zwar nicht geeignet ist, die Gesundheit iS einer völligen Genesung „wiederherzustellen“, diese jedoch iS einer therapeutischen Zielsetzung erheblich verbessert, muss zulässig sein.⁷³⁵ Auch ein Heilversuch wird dem geforderten therapeutischen Zweck gerecht.⁷³⁶ Ob der angestrebte Zweck der Lebensrettung oder Wiederherstellung der Gesundheit durch die Transplantation des Organs erzielt werden kann, ist nicht entscheidend für

HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.4; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 23; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 178.

⁷³² Vgl statt vieler *Kopetzki*, Organgewinnung 140; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 23; *Mayer*, Der Umgang mit der Leiche (2010) 92. Gegen den Entfall einer Verunstaltung durch plastische Rekonstruktionsmaßnahmen jedoch *Hohmann*, Transplantationswesen 141. Diesbezüglich skeptisch auch *Barta* in *Barta/Weber* 36 sowie *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.4. Der in den Erläuterungen (ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4) zum Ausdruck kommende Wille, den Inhalt des § 62a KAKuG in § 5 OTPG zu überführen, spricht jedoch dafür, dass der Gesetzgeber auch in diesem Punkt die bisherige hM bestätigen wollte.

⁷³³ So etwa *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.4; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 178.

⁷³⁴ Vgl dazu ausführlich oben S 113 ff.

⁷³⁵ Vgl in diese Richtung auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 86; *Janczak*, Postmortale Organspende 85 f.

⁷³⁶ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.2. Auch aus § 8 Abs 2 KAKuG, wonach Pfinglinge von Krankenanstalten nur nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft behandelt werden dürfen, ergibt sich keine Unzulässigkeit der Anwendung neuartiger Verfahren der Organtransplantation. Vgl dazu *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs* 447 f.

die Zulässigkeit der Entnahme, sofern der Eingriff nicht ex ante aussichtslos war.⁷³⁷ Selbst eine letztlich nicht erfolgte Transplantation, etwa mangels eines passenden Empfängers, führt nicht zur nachträglichen Unrechtmäßigkeit der Entnahme.⁷³⁸ Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Entnahme und Implantation ist aus rechtlicher Sicht nicht zwingend notwendig,⁷³⁹ wenngleich bei Organen iSd OTPG zumeist aufgrund ihrer kurzen Ischämiezeit eine längerfristige Aufbewahrung nicht in Frage kommt. Die Entnahme von Organen, die nach dem Stand der Medizin gegenwärtig oder in absehbarer Zeit nicht erfolgreich transplantiert werden können, ist hingegen unzulässig.⁷⁴⁰

Auch eine vor der tatsächlichen Organentnahme erfolgte Entnahme einer Blut-, Zell- oder Gewebeprobe (zB Lymphknotengewebe) vom Verstorbenen zum Zweck der notwendigen Typisierung ist zulässig. Diese ist zwar vom Wortlaut des § 5 Abs 1 OTPG streng genommen nicht erfasst, da es sich zum einen nicht um eine *Organentnahme* handelt und zum anderen die entnommene Substanz auch nicht selbst zur Transplantation bestimmt ist. Würde man die Substanzentnahme zur Typisierung für unzulässig halten (bzw von einer Einwilligung der Verfügungsbefugten abhängig machen), wäre jedoch ein zentraler Schritt, der für den Erfolg einer Transplantation von großer Bedeutung ist, unmöglich, was der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Die hL⁷⁴¹ hat sich aus diesem Grund bereits bisher für eine analoge Anwendung des § 62a KAKuG aF auf die zum Zweck der Typisierung notwendige Entnahme von Geweben und Blut ausgesprochen. Diese Auffassung wird durch den neu eingefügten Satz 2 des § 5 Abs 1 OTPG bekräftigt, wonach die Beurteilung und Auswahl der Organe entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu erfolgen haben.⁷⁴² Auch § 11 OTPG schreibt nun *vor* einer Organentnahme zum Schutz des Empfängers eine Organ- und Spendercharakterisierung zur Beurteilung und Auswahl eines geeigneten Spenders vor.⁷⁴³ Die begleitende Substanzentnahme zum Zweck der Typisierung ohne Einwilligung ist daher aufgrund analoger Anwendung des § 5 OTPG zulässig,

⁷³⁷ *Kopetzki*, Organengewinnung 142; *Kalchschmid*, Organtransplantation 86; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 20 sowie (zum GSG) *Kopetzki*, Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote und Gewinnung vom verstorbenen Spender, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 142 (171).

⁷³⁸ Vgl *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.2.

⁷³⁹ Vgl *Kopetzki*, Organengewinnung 143; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 21; *Etzl* in *Plöchl* 31.

⁷⁴⁰ *Kopetzki*, Organengewinnung 143; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 20 f.

⁷⁴¹ Vgl zB *Kopetzki*, Organengewinnung 146 ff; *Kalchschmid*, Organtransplantation 89 f; *Janczak*, Postmortale Organspende 86; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 82 f.

⁷⁴² Zur Beurteilung der Spendereignung in Hinblick auf den Organempfänger vgl näher unten S 193 f.

⁷⁴³ Zur Organ- und Spendercharakterisierung vgl unten S 239 ff.

darf allerdings ebenso wie die Organentnahme nur vom Verstorbenen, also erst nach Feststellung des Todes, vorgenommen werden.⁷⁴⁴

§ 5 OTPG trifft keine Aussage über die Zulässigkeit der Entnahme von Organen zu anderen Zwecken als zu deren Transplantation. Organentnahmen zu Transplantationszwecken sind (bei Einhaltung der enthaltenen Voraussetzungen) durch die Entnahmeerlaubnis des § 5 OTPG gedeckt, ohne dass im Umkehrschluss eine abschließende Regelung auf die Unzulässigkeit von Organentnahmen zu anderen Zwecken geschlossen werden kann. Das OTPG ist vielmehr auf diese nicht anzuwenden und ihre Zulässigkeit nach allfälligen anderen Rechtsgrundlagen zu beurteilen.⁷⁴⁵

D. Fehlen eines Widerspruchs

In der zentralen Frage, inwieweit die Zulässigkeit einer postmortalen Organentnahme von einer Willenserklärung aus der „Spendersphäre“ abhängen soll, tritt durch das OTPG keine Änderung ein.⁷⁴⁶ So betonen auch die Materialien den Willen, durch die unveränderte Übernahme in § 5 Abs 1 OTPG an der „bewährten“ (engen) Widerspruchslösung festzuhalten.⁷⁴⁷ Eine Organentnahme ist somit dann zulässig, wenn den Ärzten keine Erklärung vorliegt, mit der der Verstorbene oder, vor dessen Tod, sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat. Eine Erklärung liegt auch dann vor, wenn sie in dem bei der Gesundheit Österreich GmbH geführten Widerspruchsregister eingetragen ist (vgl § 5 Abs 1 Satz 3 und 4 OTPG).

Dem Festhalten an der Widerspruchslösung widerspricht auch nicht der aus Art 13 Abs 1 OrganRL übernommene Grundsatz, wonach Organe nur „freiwillig“ gespendet werden dürfen (§ 4 Abs 1 OTPG).⁷⁴⁸ Denn auch Art 13 OrganRL liegt ein sehr weiter, jedenfalls auch Widerspruchslösungen umfassender Begriff der Freiwilligkeit zugrunde. Diesem wird schon dann entsprochen, wenn alle im betreffenden Mitgliedstaat geltenden Anforderungen erfüllt sind.⁷⁴⁹ Bei postmortalen Organspenden im Modell der Widerspruchslösung stellt

⁷⁴⁴ Vgl dazu unten S 168 f.

⁷⁴⁵ Vgl zum Ganzen *Kopetzki*, Organgewinnung 148 ff; *Holczabek/Kopetzki*, Wv Klinische Wochenschrift 1986, 418.

⁷⁴⁶ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 41.

⁷⁴⁷ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 3 f.

⁷⁴⁸ So auch *Bruckmüller/Schumann* in *JB Gesundheitsrecht* 2010 81; im Ergebnis auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 42, der § 5 Abs 1 OTPG jedoch als einschränkende *lex specialis* zum Freiwilligkeitsgrundsatz des § 4 Abs 1 OTPG deutet.

⁷⁴⁹ Vgl dazu oben S 63 f.

die Freiwilligkeit somit eine Fiktion dar, die bei Fehlen eines Widerspruchs unabhängig davon unterstellt wird, ob die mangelnde Erklärung auf einer bewussten und somit tatsächlich freiwilligen Entscheidung beruht oder nicht.⁷⁵⁰ Dieses Verständnis der Freiwilligkeit bei der Leichenspende kommt auch in den Definitionen des § 3 OTPG zum Ausdruck. So wird – „von allen Elementen einer individuellen Entscheidung entkleidet“⁷⁵¹ – die Spende als jedes „Zurverfügungstellen von Organen“ (Z 11) und der Leichenspender als „jeder Verstorbene, dem Organe zu Transplantationszwecken entnommen werden“ (Z 12) definiert. Dem Erfordernis der Freiwilligkeit kommt insofern kein normativ-einschränkender Charakter, sondern bloß symbolische Funktion zu.⁷⁵²

Zwar handelt es sich bei der Widerspruchserklärung um eine einseitige öffentlich-rechtliche Willenserklärung Privater,⁷⁵³ da die Erklärung auf die Gestaltung der Rechtslage abzielt⁷⁵⁴ und auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Rechtsvorschrift ergeht.⁷⁵⁵ Soweit jedoch keine einschlägigen Vorschriften im OTPG selbst enthalten sind, sind zur Beurteilung der Wirksamkeit von Widerspruchserklärungen subsidiär zivilrechtliche Bestimmungen analog anzuwenden.⁷⁵⁶ Auch den Materialien zu § 62a KAKuG aF ist zu entnehmen, dass „etwa“ auftretende Fragen „im Einklang mit dem bürgerlichen Recht zu lösen“ sind.⁷⁵⁷

1. Widerspruchsberechtigte und Zeitpunkt des Widerspruchs

Widerspruchsberechtigt ist gem § 5 Abs 1 OTPG der Verstorbene selbst bzw vor dessen Tod sein gesetzlicher Vertreter. Sonstige Personen, wie etwa Angehörige des Verstorbenen ohne Stellung als gesetzliche Vertreter, haben ebenso wenig das Recht einer Organentnahme zu widersprechen wie gesetzliche Vertreter nach dem Tod des Vertretenen.⁷⁵⁸ Da-

⁷⁵⁰ *Kopetzki in Kröll/Schaupp 42.*

⁷⁵¹ *Kopetzki in Kröll/Schaupp 42.*

⁷⁵² *Vgl Kopetzki in Kröll/Schaupp 42.*

⁷⁵³ Dazu ausführlich *Kopetzki, Organgewinnung 222*; diesem folgend *Kalchschmid, Organtransplantation 91 f.*

⁷⁵⁴ *Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 1240.*

⁷⁵⁵ *Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 1234.*

⁷⁵⁶ Spezifisch zu § 62a KAKuG aF *Kopetzki, Organgewinnung 223 ff* sowie *Kalchschmid, Organtransplantation 92 FN 383*; allgemein *Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 1244 ff.* Auch § 9 AVG – mag er auch mangels behördlichen Verfahrens einer Verwaltungsbehörde im vorliegenden Fall nicht (unmittelbar) anwendbar sein – verweist hinsichtlich der Beurteilung der Rechts- und Handlungsfähigkeit auf die Vorschriften des Zivilrechts.

⁷⁵⁷ *Vgl AB 1089 BlgNR 15. GP 1.*

⁷⁵⁸ Statt vieler *Kopetzki, Organgewinnung 231.* Darin kann bezüglich naher Angehöriger zwar ein Eingriff in deren subsidiäres Verfügungsrecht nach Art 8 EMRK, nicht aber eine Verletzung desselben erblickt werden. *Vgl dazu oben S 88 ff.*

ran ändert auch der Umstand nichts, dass Widerspruchserklärungen Angehöriger tatsächlich häufig berücksichtigt werden und von einer Organentnahme Abstand genommen wird.⁷⁵⁹ Da das OTPG keine Entnahmepflicht, sondern nur eine Entnahmeerlaubnis statuiert, ist die Beachtung einer ablehnenden Haltung nicht widerspruchsbefugter Angehöriger zulässig.⁷⁶⁰ Die Ärzte sind jedoch in diesem Fall zur Beachtung des Widerspruchs nicht verpflichtet und die Organentnahme bleibt rechtlich zulässig.

a) Widerspruch durch den Verstorbenen selbst zu Lebzeiten

Widerspruchsberechtigt ist zunächst der Verstorbene selbst zu Lebzeiten. Die Abgabe einer wirksamen Widerspruchserklärung setzt als Willenserklärung eine gewisse Handlungsfähigkeit des Erklärenden voraus. Das OTPG selbst regelt nicht, nach welchen Kriterien diese zu beurteilen ist, sodass per analogiam auf die Grundsätze des Zivilrechts zurückzugreifen ist.

Sucht man im Zivilrecht nach Kriterien der Widerspruchsfähigkeit des Spenders, scheinen weder die starren Regeln der allgemeinen Geschäftsfähigkeit⁷⁶¹ noch die erbrechtlichen Bestimmungen über die Testierfähigkeit passend.⁷⁶² Vielmehr hängt die Widerspruchsfähigkeit als Verfügung über ein Persönlichkeitsrecht⁷⁶³ nach herrschender Meinung von der natürlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen (als „besondere Handlungsfähigkeit in persönlichen Angelegenheiten“)⁷⁶⁴ ab.⁷⁶⁵ Zwar wurde das Kriterium der Einsichts- und Urteilsfähigkeit primär für die Einwilligung in medizinische Behandlungen entwickelt und mit BGBl I 2000/135 in § 146c ABGB (nunmehr § 173 ABGB) veran-

⁷⁵⁹ Vgl zu dieser gelebten Praxis oben S 32.

⁷⁶⁰ Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 41 f; *Kopetzki*, Organengewinnung 231.

⁷⁶¹ Diese gelten für rechtsgeschäftliche Verfügungen und Verpflichtungen. Vgl dazu *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 170 Rz 2 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

⁷⁶² So auch *Kopetzki*, Organengewinnung 226 f.

⁷⁶³ mwN *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 16 Rz 26. Zur Körperspende als praemortal erklärte Verfügung über den Leichnam vgl OGH 1 Ob 222/12x RdM 2013/103 (*Kräftner*).

⁷⁶⁴ Vgl *Barth/Dokalik*, Personensorge, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 147 (156) (mwN zu dieser Auffassung in FN 708 sowie zur aA, wonach es sich bei der Einsichts- und Urteilsfähigkeit um einen Teilaspekt der Geschäftsfähigkeit handle, in FN 710).

⁷⁶⁵ Zum Widerspruch gegen die Organentnahme mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 226; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.1; *Karpf*, Transplantationen 83 f; *Janczak*, Postmortale Organspende 90 f sowie *Hohmann*, Transplantationswesen 146. So wohl auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 92, die jedoch in weiterer Folge die Kriterien der Fähigkeit zum Abschluss eines Vertrages gem § 865 ABGB prüft. Allgemein zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Kriterium für Verfügungen über Persönlichkeitsrechte mwN *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 158 f.

kert.⁷⁶⁶ Beim Widerspruch handelt es sich jedoch insofern um eine vergleichbare Willenserklärung, als mit ihr der Betroffene ebenfalls über einen Eingriff in seine körperliche Integrität – wenn auch erst nach seinem Tod – verfügt.⁷⁶⁷ Auch die Materialien nehmen auf den Begriff der „natürlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ Bezug.⁷⁶⁸ Abzustellen ist daher nicht etwa auf starre Altersgrenzen oder darauf, ob ein Sachwalter bestellt ist, sondern (unter sinngemäßer Anwendung der zur Einwilligung in medizinische Behandlungen entwickelten Kriterien) darauf, ob der Betroffene im Zeitpunkt der Erklärung in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite der Organentnahme bzw des Widerspruchs zu derselben zu erkennen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen. Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit setzt sich aus einem kognitiven und einem voluntativen Element zusammen, die beide gegeben sein müssen, um die Widerspruchsfähigkeit bejahen zu können.⁷⁶⁹ Erwachsene, die weder psychisch krank noch geistig behindert sind – wofür das Fehlen eines Sachwalters allenfalls als Indiz anzusehen ist – verfügen idR über die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Bei psychisch kranken und geistig behinderten Menschen muss geprüft werden, ob die Krankheit auch die Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Entscheidung über die Organentnahme ausschließt. Bei Minderjährigen kann als Richtlinie auf die Zweifelsregel des § 173 Abs 1 ABGB für medizinische Behandlungen zurückgegriffen werden, wonach bei mündigen Minderjährigen (ab dem 14. Lebensjahr) die Einsichts- und Urteilsfähigkeit vermutet wird.⁷⁷⁰

Sowohl im Hinblick auf Minderjährige als auch auf psychisch kranke oder geistig behinderte Erwachsene ist zu beachten, dass an die Einsichtsfähigkeit im Kontext des Widerspruchs nach § 5 OTPG keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Da der Widerspruch zur Organentnahme – anders als die Einwilligung in eine medizinische Behandlung – einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit gerade nicht legitimiert, sondern diesen erst verbietet, fehlt hier jegliche Schutzbedürftigkeit der Betroffenen.⁷⁷¹ Die

⁷⁶⁶ Vgl allgemein zu § 173 ABGB statt vieler *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 173 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

⁷⁶⁷ MwN *Kopetzki*, Organengewinnung 226 FN 5.

⁷⁶⁸ AB 1089 BlgNR 15. GP 1.

⁷⁶⁹ Zur Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit vgl statt vieler *Kletečka*, Einwilligung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.4.4.2.3 (Stand 3. 2015, rdb.at); *Stormann in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar Ia⁴ § 173 ABGB Rz 11 (Stand 9. 2013, lexisnexis.at); *Stabentheiner in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 146d ABGB Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at) sowie zu § 4 Abs 1 UbG *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012) Rz 248 f.

⁷⁷⁰ Statt vieler *Kopetzki*, Organengewinnung 227; *Kalchschmid*, Organtransplantation 93 f.

⁷⁷¹ So etwa mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 227. Vgl auch *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.1. Insofern kann die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit beim Widerruf eines (etwa durch den gesetzlichen Vertreter erklärten) Widerspruchs (vgl dazu unten

Einzelfallbeurteilung kann daher durchaus dazu führen, dass uU auch Personen, denen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Hinblick auf (gewisse) medizinische Behandlungen fehlt, widerspruchsfähig sind. Bereits der Umstand, dass eine Person einer Organentnahme widerspricht, stellt zumindest ein Indiz dafür dar, dass diese Bedeutung und Tragweite ihrer Willensäußerung einschätzen kann.⁷⁷² Von der Unwirksamkeit einer Willenserklärung wegen fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit sollte daher nur in offensichtlichen Fällen ausgegangen werden.

Ist der Betroffene einsichts- und urteilsfähig, kann dieser selbst den Widerspruch zur Organentnahme wirksam erklären. Die Wirksamkeit der Widerspruchserklärung gem § 5 Abs 1 OTPG ist auch nicht in analoger Anwendung des § 173 Abs 2 ABGB von einer zusätzlichen Zustimmungserklärung des gesetzlichen Vertreters abhängig. Denn mit dem Widerspruch ist keine – und auch mit dessen Widerruf als *contrarius actus*⁷⁷³ keine schwere oder nachhaltige – Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden.

b) Widerspruchsrecht des gesetzlichen Vertreters vor dem Tod des Vertretenen

Neben dem Verstorbenen selbst soll gem § 5 Abs 1 OTPG auch dem gesetzlichen Vertreter ein Widerspruchsrecht zukommen; dies jedoch ausschließlich *vor* dem Tod des Vertretenen. Entscheidend für die Widerspruchsbefugnis ist lediglich, dass der Widerspruch vor dem Todeszeitpunkt *erklärt* wurde, nicht hingegen, dass die Erklärung den Ärzten auch bereits vor dem Tod vorliegt.⁷⁷⁴

aa) Begriff der gesetzlichen Vertretung

Der Begriff der gesetzlichen Stellvertretung wird allgemein in Hinblick auf die Art des Entstehens einer Vertretungsmacht in Abgrenzung insb von der rechtsgeschäftlichen (= gewillkürten) Stellvertretung verwendet. Die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters entsteht demnach entweder unmittelbar kraft Gesetz oder durch einen auf Gesetz beruhenden individuellen Hoheitsakt, in aller Regel in Form einer Bestellung durch Ge-

S 145 f), der zum Wiederaufleben der Entnahmeerlaubnis führt, anders ausfallen als hinsichtlich des Widerspruchs selbst.

⁷⁷² So *Kopetzki*, Organengewinnung 227 f; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.1.

⁷⁷³ Vgl dazu unten S 145 f.

⁷⁷⁴ *Kopetzki*, Organengewinnung 231; mwN *Janczak*, Postmortale Organspende 97.

richt.⁷⁷⁵ Als gesetzliche Vertreter in Frage kommen zunächst die Eltern (bzw jeder obsorgebefugte Elternteil⁷⁷⁶) eines minderjährigen Kindes oder sonstige Obsorgeberechtigte (Großeltern, Pflegeeltern oder andere Personen iSd § 204 ABGB einschließlich der Jugendwohlfahrtsträger), denen (auch) die gesetzliche Vertretung zukommt und nicht bloß die tatsächliche Pflege, Erziehung und Vermögensverwaltung.⁷⁷⁷ Als gesetzliche Vertreter bei volljährigen Personen kommen neben Sachwalter und Kurator außerdem vertretungsbefugte nächste Angehörige⁷⁷⁸ in Betracht. Ebenso um einen Fall der gesetzlichen Vertretung handelt es sich bspw beim (für den eigentlich vertretungsbefugten Verein handelnden) Patientenanwalt nach UbG⁷⁷⁹ und dem Bewohnervertreter nach HeimAufG⁷⁸⁰. Nicht um gesetzliche Vertretung handelt es sich hingegen bei allen Formen der gewillkürten Stellvertretung.

bb) Widerspruch der gesetzlichen Vertreter als Vertretungsakt

Unter Berufung auf die Einordnung des Widerspruchsrechts als Persönlichkeitsrecht und damit als absolut vertretungsfeindliches „höchstpersönliches“ Recht wird von der hM vertreten, es könne sich beim Widerspruch des gesetzlichen Vertreters nicht um einen Vertretungsakt handeln. Vielmehr stelle das eingeräumte Widerspruchsrecht ein eigenes Recht des Vertreters dar. Es soll daher vom gesetzlichen Vertreter unabhängig von einem Widerspruch durch den Verstorbenen selbst und somit bei Vorliegen dessen Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch kumulativ ausgeübt werden können.⁷⁸¹ Zudem soll das Widerspruchsrecht unabhängig vom konkreten Umfang der jeweiligen Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters bestehen.⁷⁸²

⁷⁷⁵ Vgl *Rubin in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 28 ff (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

⁷⁷⁶ Für alle Handlungen, die nicht unter § 167 Abs 2 und 3 ABGB fallen und damit auch für den Widerspruch nach § 5 OTPG gilt Einzelvertretungsbefugnis. Vgl statt vieler *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 167 Rz 3 f (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

⁷⁷⁷ Zur Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhältnis vgl statt vieler mwN *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 158 Rz 2 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

⁷⁷⁸ Zur Qualifikation als gesetzliche Vertretung vgl *Schauer in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 284b Rz 2 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at).

⁷⁷⁹ Vgl *Kopetzki*, Grundriss Unterbringungsrecht³ Rz 448.

⁷⁸⁰ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 180 ff.

⁷⁸¹ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 225 f; *Kalchschmid*, Organtransplantation 94 ff; *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.1 sowie *Janczak*, Postmortale Organspende 94 f, die jedoch zunächst – insofern widersprüchlich – noch davon ausgeht, dass es (nur) dann Aufgabe des gesetzlichen Vertreters ist, eine Widerspruchserklärung abzugeben, wenn es dem Betroffenen an der nötigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt. AA *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 203; kritisch auch *Mayer*, Umgang mit der Leiche, 85 FN 425.

⁷⁸² So *Kopetzki*, Organgewinnung 228 FN 14. *Ders in Kröll/Schaupp* 44 geht jedoch davon aus, dass ein Widerspruch durch vertretungsbefugte nächste Angehörige nicht greift, da ein solcher nicht als „Rechtsgeschäft des täglichen Lebens“ gewertet werden kann.

Es erscheint allerdings widersprüchlich, das Widerspruchsrecht einerseits als derart persönlich einzuschätzen, dass es keiner Vertretung zugänglich sein soll, andererseits – und als Konsequenz der Vertretungsfeindlichkeit – dritten Personen ein umfänglich sogar über bloße Fälle der Vertretung hinausreichendes eigenes Recht zur Verfügung über eben dieses „höchstpersönliche“ Recht einzuräumen. So bezeichnen etwa *Koziol/Welser* vertretungsfeindliche Rechtsgeschäfte treffend als solche Akte, die „derart von der höchstpersönlichen Entscheidung der Parteien abhängen, dass es dem Gesetz unerträglich erschien, einem fremden Willen verpflichtende Kraft zu verleihen“.⁷⁸³

Zwar handelt es sich bei der Erklärung des Widerspruchs zur Organentnahme als Verfügung über den Leichnam tatsächlich um die Ausübung eines Persönlichkeitsrechts. Der Prämisse, aus der Einordnung als solches folge (zwingend) dessen Höchstpersönlichkeit und Vertretungsfeindlichkeit,⁷⁸⁴ kann jedoch in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. So räumt die Rechtsordnung auch an verschiedenen anderen Stellen dritten Personen explizit die Möglichkeit der Verfügung über Persönlichkeitsrechte ein,⁷⁸⁵ ohne dass es sich dabei um ein eigenes Recht handelt: Bei der Vorsorgevollmacht (§§ 284f ff ABGB) als Form der gewillkürten Vertretung, die im Fall der Einwilligungsunfähigkeit des Betroffenen die vertretungsweise Einwilligung in eine medizinische Behandlung – und damit eine Verfügung über das Persönlichkeitsrecht der körperlichen Integrität – ausdrücklich zulässt, liegt schon entsprechend der unmissverständlichen Bezeichnung jedenfalls eine Vertretungshandlung vor. Auch § 173 Abs 1 Satz 2 ABGB stellt für die Einwilligung in medizinische Behandlungen bei mangelnder Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen selbst auf die Zustimmung der Person ab, die mit der „gesetzlichen Vertretung“ bei Pflege und Erziehung betraut ist. Entgegen der früher vertretenen Auffassung⁷⁸⁶ kann daher nicht mehr mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass es sich um keinen Vertretungs-

⁷⁸³ *Koziol-Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁴ (2014) Rz 625.

⁷⁸⁴ In diese Richtung *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 368 f; diesem folgend zuletzt OGH 13. 12. 2014, 1 Ob 222/12x.

⁷⁸⁵ In anderen Fällen (zB § 3 PatVG) wird die Höchstpersönlichkeit bzw Vertretungsfeindlichkeit eindeutig angeordnet. Schwierigkeiten bei der Einordnung eines Rechts als höchstpersönlich und vertretungsfeindlich ergeben sich insb dort, wo dem Gesetz nicht ausdrücklich entnehmbar ist, ob eine Verfügung durch dritte Personen möglich sein soll oder nicht (man denke etwa an den Schwangerschaftsabbruch nach § 96 StGB oder die „Körperspende“). In diesen Fällen ist die Möglichkeit einer Vertretung für das jeweilige Persönlichkeitsrecht im Einzelfall zu beurteilen. Vgl für mögliche Abgrenzungskriterien mwN *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 166 ff; *Kräftner*, Anm zu OGH 13. 12. 2014, 1 Ob 222/12x, RdM 2013/103, 153 (154 f) sowie *Pierer*, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters in Fragen der Personensorge, EF-Z 2014/4, 14.

⁷⁸⁶ Für eine Einwilligung des Sorgeberechtigten „im eigenen Namen in Ausübung seines höchstpersönlichen Sorgerechts“ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 368 f, 373 ff. Zum Meinungsstand vor der (erstmaligen) Klarstellung durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (BGBl I 2000/135) vgl *Aicher* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 16 Rz 17 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

akt, sondern um die Ausübung eines aus dem Erziehungsrecht resultierenden selbständigen Rechts der Sorgeberechtigten im eigenen Namen handle. Vielmehr ist auch die Zustimmung zur medizinischen Behandlung Minderjähriger als vertretungsweise Einwilligung und *nicht* als Ausübung eines eigenen Rechts zu verstehen.⁷⁸⁷ Hinsichtlich der korrespondierenden Einwilligungsbefugnis des Sachwalters in medizinische Behandlungen eines einwilligungsunfähigen Erwachsenen (§ 283 ABGB) scheidet eine Qualifikation als „eigenes Recht“ mangels (zwingender) Nahebeziehung zwischen Sachwalter und Besachwaltertem ebenfalls aus.⁷⁸⁸ In allen genannten Fällen handelt es sich somit, obwohl ein Persönlichkeitsrecht betroffen ist, um Vertretungshandlungen.

Diese Argumente lassen sich ebenso auf die Widerspruchserklärung gem § 5 OTPG übertragen. Aufgrund des Abstellens auf den Widerspruch eines *gesetzlichen Vertreters* kommen als Widerspruchsberechtigte nicht nur Personen mit besonderer Nahebeziehung zum Vertretenen, sondern bspw auch der Jugendwohlfahrtsträger oder ein „fremder“ Sachwalter in Frage, bei denen für die Annahme eines eigenen Rechts keine Gründe ersichtlich sind.⁷⁸⁹ Ein eigenes Recht als Ausfluss des postmortalen Persönlichkeitsrechts wäre allenfalls bei nahen Angehörigen denkbar, auf die § 5 Abs 1 OTPG jedoch gerade nicht abstellt. Beim Widerspruchsrecht nach § 5 OTPG handelt es sich im Ergebnis nicht um ein vertretungsfeindliches Recht.⁷⁹⁰ Bei der durch § 5 Abs 1 OTPG explizit eröffneten Möglichkeit des Widerspruchs durch den gesetzlichen Vertreter geht es also nicht um die Ausübung eines eigenen Rechts, sondern um eine Vertretungshandlung.⁷⁹¹

⁷⁸⁷ Vgl ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 29, wo von der „elterliche[n] Befugnis zur stellvertretenden Zustimmung“ die Rede ist. So geht auch *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.4.4.2.1, davon aus, dass sich aus der Höchstpersönlichkeit der Einwilligung lediglich ergibt, dass bei *gegebener* Einsichts- und Urteilsfähigkeit die Einschaltung eines Vertreters nicht möglich ist. Ebenso *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 173 Rz 4, wonach (nur) bei *gegebener* Einsichts- und Urteilsfähigkeit die Zustimmung zur medizinischen Behandlung ein höchstpersönliches Recht darstellt, bei der eine Vertretung hinsichtlich der Einwilligung ausscheidet.

⁷⁸⁸ *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar I⁴ § 268 ABGB Rz 10 (Stand 11. 2011, lexisnexis.at).

⁷⁸⁹ So auch *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 203.

⁷⁹⁰ So zuletzt auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 44 FN 34. Ob man Rechten, bezüglich derer Verfügungen durch gesetzliche Vertreter möglich sind, die Höchstpersönlichkeit aberkennt (so zB *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 268 ABGB Rz 10), sie als relativ höchstpersönlich bezeichnet (mit Hinweis auf die schweizer Lehre *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 365 [369] sowie jeweils mit Bsp für absolute und relative höchstpersönliche Rechte *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 165 ff) oder sie zwar als höchstpersönlich, aber ausnahmsweise dennoch der Verfügung durch Dritte zugänglich einordnet (so OGH 7 Ob 355/97z RdM 1998/6 [*Kopetzki*]), ist im Ergebnis nicht erheblich.

⁷⁹¹ Die vertretungsweise Erklärung eines Widerspruchs ist als Handlung zum Schutz der postmortalen Unversehrtheit des Leichnams auch mit dem Wohl des Vertretenen vereinbar. Vgl auch unten S 145.

cc) Umfang der Widerspruchsbefugnis gesetzlicher Vertreter

Zweck der gesetzlichen Vertretung ist es, Defizite der Handlungsfähigkeit natürlicher Personen auszugleichen.⁷⁹² Typischerweise⁷⁹³ kommt daher eine gesetzliche Vertretung nur bei Fehlen der konkreten Handlungsfähigkeit in Frage. Besteht hingegen eine eigene Handlungsfähigkeit, so ist in diesem Umfang der gesetzliche Vertreter nicht zur Vertretung berechtigt.⁷⁹⁴ Ein solches Verständnis gebietet auch eine verfassungskonforme Interpretation in Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Art 8 EMRK. Auch das Widerspruchsrecht nach § 5 OTPG kommt dem gesetzlichen Vertreter daher nur insoweit zu, als der Betroffene selbst nicht in der Lage ist einen Widerspruch zu erklären. Ein darüber hinausgehendes eigenes Widerspruchsrecht des Vertreters ist entgegen der hM⁷⁹⁵ nicht normiert. Auch der Hinweis im Ausschussbericht⁷⁹⁶, wonach die Bedeutung widersprechender Erklärungen eines Minderjährigen, der über die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, und seines gesetzlichen Vertreters im Einklang mit dem bürgerlichen Recht zu lösen sind, muss nicht auf ein eigenes Widerspruchsrecht des gesetzlichen Vertreters hindeuten.⁷⁹⁷ Die Ausführungen können ebenso als Hinweis auf die damalige (mittlerweile aufgrund der gesetzlichen Klarstellung überholte) zivilrechtliche Lehrmeinung zur Einwilligung in ärztliche Behandlungen verstanden werden, die auch bei gegebener Urteilsfähigkeit dem Recht des Minderjährigen das eigene höchstpersönliche Zustimmungsrecht der Sorgeberechtigten gegenüberstellte und sich mit dem Verhältnis entgegengesetzter Erklärungen auseinandersetzte.⁷⁹⁸

Gesetzliche Vertreter sind nach der Systematik des Zivilrechts zudem zu Vertretungshandlungen immer nur im Rahmen der ihnen jeweils zukommenden Befugnisse legitimiert. Zum Widerspruch befugt sind daher von den oben als potenzielle gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen genannten Personen nur jene, denen – je nach Zuordnung – die gesetzliche Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung bzw die bloße gesetzliche Ver-

⁷⁹² Vgl zB *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 21 Rz 8.

⁷⁹³ Eine bereichsspezifische gesetzliche Vertretung trotz voller Handlungsfähigkeit ordnen hingegen ausdrücklich § 14 UbG sowie §§ 8 ff HeimAufG an.

⁷⁹⁴ Zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit *Barth/Dokalik in Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 167; zur Geschäftsfähigkeit mwN *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 167 Rz 1 sowie § 170 Rz 12; vgl auch 9 ObA 53/03 i SZ 2003/117.

⁷⁹⁵ Vgl die Nachweise in FN 781.

⁷⁹⁶ AB 1089 BlgNR 15. GP 1.

⁷⁹⁷ Vgl zu diesem Argument *Kopetzki*, Organgewinnung 226 FN 4.

⁷⁹⁸ MwN *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374; vgl auch mwN *Aicher in Rummel*, ABGB³ § 16 ABGB Rz 17.

tretung⁷⁹⁹ zukommt. Als Angelegenheit der Personensorge fällt der Widerspruch gem § 5 OTPG nur dann in den Wirkungsbereich eines Sachwalters, wenn dieser entweder gem § 268 Abs 3 Z 3 ABGB für alle Angelegenheiten bestellt ist oder aber der Bestellungsbeschluss auch diese Angelegenheit der Personensorge umfasst.⁸⁰⁰ Ein sonstiger bereichsspezifischer gesetzlicher Vertreter wie ein Kurator, naher Angehöriger⁸⁰¹ oder Vertreter nach UbG⁸⁰² und HeimAufG ist hingegen nicht zur Erklärung eines Widerspruchs legitimiert.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass bei gegebener Einsichts- und Urteilsfähigkeit nur die betroffene Person selbst einen Widerspruch zur Organentnahme gem § 5 Abs 1 OTPG erklären kann. Dem gesetzlichen Vertreter kommt in diesem Fall keine Widerspruchsbefugnis zu. Fehlt dem Betroffenen selbst hingegen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, ist der gesetzliche Vertreter in seinem jeweiligen Wirkungsbereich befugt, vertretungsweise einen Widerspruch zur Organentnahme zu erklären.

dd) Widerspruchserklärung durch gewillkürte Stellvertreter?

Eine gewillkürte Stellvertretung bei der Verfügung über Persönlichkeitsrechte ist nicht generell ausgeschlossen.⁸⁰³ Da § 5 Abs 1 OTPG jedoch ausdrücklich *gesetzlichen* Vertretern ein Widerspruchsrecht einräumt und es sich wohl um eine abschließende Regelung handeln soll, kommt eine gewillkürte Stellvertretung bei der Erklärung eines Widerspruchs zur Organentnahme nicht in Frage.⁸⁰⁴ Aus diesem Grund scheidet auch eine Widerspruchserklärung durch Vorsorgebevollmächtigte gem §§ 284f ff ABGB aus.⁸⁰⁵

⁷⁹⁹ Zur Geltendmachung von Persönlichkeitsrechten als Fall der bloßen gesetzlichen Vertretung vgl *Stabenbentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 144 ABGB Rz 1b (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 158 Rz 2.

⁸⁰⁰ Dass auch die Angelegenheiten der Personensorge (abgesehen vom persönlichen Kontakt und der rein faktischen Bemühungspflicht hinsichtlich der ärztlichen und sozialen Betreuung) und damit insb die rechtliche Vertretungsbefugnis in Angelegenheiten der Personensorge nur dann in die Zuständigkeit eines Sachwalters fallen, wenn sich dies aus dem Bestellungsbeschluss ergibt, ist mittlerweile unumstritten. Vgl dazu statt vieler *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 268 ABGB Rz 7.

⁸⁰¹ Die gesetzliche Vertretungsbefugnis nach §§ 284b ff ABGB umfasst nur „Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens“, „Rechtsgeschäfte zur Deckung des Pflegebedarfs sowie die Geltendmachung von Ansprüchen, die aus Anlass von Alter, Krankheit, Behinderung oder Armut zustehen“ sowie die Zustimmung zu geringfügigen medizinischen Behandlungen. Die Abgabe eines Widerspruchs nach § 5 OTPG fällt daher nicht in den Wirkungsbereich eines vertretungsbefugten nächsten Angehörigen. So auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 44.

⁸⁰² Zum Umfang der Vertretungsbefugnis des Patientenanwalts nach UbG vgl etwa *Kopetzki*, Grundriss Unterbringungsrechts³ 471 ff (insb 481).

⁸⁰³ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 169 f.

⁸⁰⁴ So ausdrücklich etwa *Karpf*, Transplantationen 83.

⁸⁰⁵ So auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 44. Das Formular zur Eintragung eines Widerspruchs ins Widerspruchsregister (FN 825) geht unzutreffend von der Möglichkeit der gewillkürten Stellvertretung aus, wenn es die jeweils erforderlichen Dokumente einer bevollmächtigten Person aufzählt. Für eine Einbeziehung Vorsorgebevollmächtigter *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 174 FN 892.

2. Form und Inhalt der Erklärung

a) Allgemeines

Eine Organentnahme ist immer dann unzulässig, wenn den Ärzten eine *Erklärung* vorliegt, mit der eine Organspende *ausdrücklich* abgelehnt wurde. Liegt eine solche Erklärung nicht vor, ist die Entnahme hingegen zulässig.

Als Willenserklärung entfaltet der Widerspruch nur dann eine rechtliche Wirkung, wenn neben dem inneren Erklärungswillen auch ein äußerer Erklärungstatbestand gesetzt wird.⁸⁰⁶ Da § 5 OTPG für die Form der Erklärung keine Vorgaben enthält, kann der Widerspruch entsprechend dem Grundsatz der Formfreiheit⁸⁰⁷ in jeder praktikablen Form und damit sowohl schriftlich als auch mündlich oder unter Zuhilfenahme technischer Geräte (Telefon, E-Mail, Fax,...) erklärt werden.⁸⁰⁸ Auch aus dem Wort „vorliegen“ kann kein Erfordernis der Schriftlichkeit abgeleitet werden,⁸⁰⁹ zumal diesem nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht nur die Bedeutung des „sich (als Material zur Begutachtung) in jemandes Händen befinden“ zukommt, sondern auch des „als Faktum für eine entsprechende Beurteilung zu erkennen sein“ bzw „als zu berücksichtigende Tatsache für etwas bestehen“⁸¹⁰. Gefordert wird vom Gesetz jedoch eine ausdrückliche Erklärung. § 863 ABGB stellt ausdrückliche Erklärungen (durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen) stillschweigenden bzw konkludenten Erklärungen (durch Handlungen, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen, dass eine Willenserklärung gewollt ist) gegenüber.⁸¹¹ Allgemein angenommene Zeichen als Unterform der ausdrücklichen Erklärung unterscheiden sich von stillschweigenden Erklärungen dadurch, dass bei ersteren typische Erklärungszeichen verwendet werden, während bei zweiteren der Erklärungswert aus den Begleitumständen geschlossen wird. Ausdrückliche und stillschweigende Erklärungen stehen einander grds gleich, sofern nicht gesetzlich an-

⁸⁰⁶ Vgl mwN *Kalchschmid*, Organtransplantation 92.

⁸⁰⁷ Vgl zB *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 571; *Kalss* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 883 Rz 1 (1. 6. 2014, rdb.at).

⁸⁰⁸ So statt vieler zutreffend mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 234 f; *Janczak*, Postmortale Organspende 9; *Füszl*, Das neue Organtransplantationsgesetz, ÖZPR 2013/19, 26; *Hohmann*, Transplantationswesen 146. Für die Notwendigkeit einer schriftlichen Erklärung ohne Begründung hingegen *Gaisbauer*, Gesetzliche Regelung der Organentnahme zum Zwecke der Transplantation in Österreich, VersR 1983, 520 (521).

⁸⁰⁹ *Kopetzki*, Organgewinnung 235; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.3; in diese Richtung jedoch *Eder-Rieder*, ÖJZ 1984, 291.

⁸¹⁰ <http://www.duden.de/rechtschreibung/vorliegen>.

⁸¹¹ Vgl *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 332 ff.

deres angeordnet wird.⁸¹² Dies ist durch die Normierung der Ausdrücklichkeit des Widerspruchs in § 5 OTPG erfolgt, sodass zwar eine Erklärung durch Worte und allgemein angenommene Zeichen (zB ein Kopfnicken bzw Kopfschütteln) möglich ist, nicht hingegen konkludente Erklärungen. So kann etwa allein aus der Vertretung einer bestimmten Weltanschauung durch einen Patienten, von der bekannt ist, dass sie Organentnahmen negativ gegenübersteht, nicht auf die Ablehnung einer Organentnahme geschlossen werden.⁸¹³ Ob das Schweigen iSd „Nicht-Widersprechens“ abweichend vom allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz⁸¹⁴ als Zustimmung zur Organentnahme zu deuten ist,⁸¹⁵ kann dahingestellt bleiben. Denn eine Zustimmung wird für die Entnahmezulässigkeit eben gerade nicht gefordert; das bloße Nicht-Vorliegen eines Widerspruchs reicht aus.⁸¹⁶

Ein Eintrag im Widerspruchsregister⁸¹⁷ ist zwar die verlässlichste, jedoch nicht die einzige Möglichkeit einen Widerspruch zu erklären. Auch ein mündlich gegenüber dem Krankenhauspersonal geäußelter Widerspruch ist möglich. Schriftliche Erklärungen wären bspw in Form eines eigens verfassten „negativen Spenderausweises“, eines Vermerks auf sonstigen Ausweisen oder im Aufnahmebogen einer Krankenanstalt denkbar.⁸¹⁸ Ebenfalls möglich wäre die Aufnahme eines Widerspruchs in eine Patientenverfügung, wobei ein solcher nicht den Wirksamkeitsvoraussetzungen bzw der Wirkung des PatVG unterliegen würde.⁸¹⁹ Sofern zukünftig möglich⁸²⁰ käme auch eine Aufnahme in die elektronische Gesund-

⁸¹² Zum Ganzen mwN *Rummel in Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 863 ABGB Rz 17 ff (Stand 1. 11. 2014, rdb.at). Im Zivilrecht wird zT selbst dort, wo der Gesetzestext ausdrückliche Erklärungen verlangt (zB § 892 ABGB), dies nur als Erfordernis einer „hinreichend deutlichen“ Erklärung interpretiert, die konkludente Erklärungen nicht grundsätzlich ausschließt.

⁸¹³ *Kopetzki*, Organengewinnung 235 f; vgl auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 100; *Karpf*, Transplantationen 87 f.

⁸¹⁴ *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 335 f.

⁸¹⁵ So etwa *Kalchschmid*, Organtransplantation 101; *Karpf*, Transplantationen 88; *Hohmann*, Transplantationswesen 145. Zu Recht kritisch *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation (1978) 122 f. Für einen Überblick über den Meinungsstand vgl auch *Janczak*, Postmortale Organspende 88 f.

⁸¹⁶ Vgl auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 41.

⁸¹⁷ Dazu unten S 137 ff.

⁸¹⁸ Vgl zu Möglichkeiten der Erklärung eines Widerspruchs zB *Janczak*, Postmortale Organspende 101 ff; *Karpf*, Transplantationen 88.

⁸¹⁹ Gegenstand einer Patientenverfügung iSd PatVG sind lediglich Erklärungen, mit denen ein Patient eine medizinische Behandlung zu Lebzeiten ablehnt und die dann wirksam werden sollen, wenn dieser im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichts-, urteils- oder äußerungsfähig ist, nicht hingegen auf eine postmortale Wirkung abstellende Widersprüche nach OTPG. Diese können zwar als sonstige Inhalte gem § 11 PatVG aufgenommen werden, unterliegen jedoch nicht den Wirksamkeitsvoraussetzungen des PatVG. Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 44; *Memmer*, Patientenverfügung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.8.1.2.4 (Stand 3. 2015, rdb.at); *König*, Patientenverfügung, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 379 (382).

⁸²⁰ Nach derzeitiger Rechtslage gehören Widerspruchserklärungen nach § 5 OTPG nicht zu den „ELGA-Gesundheitsdaten“, die in ELGA verwendet werden dürfen (vgl § 2 Z 9 GTelG).

heitsakte (ELGA) in Frage. Wirkung entfalten die Erklärungen jeweils nur dann, wenn sie den entnehmenden Ärzten im Zeitpunkt der geplanten Entnahme auch „vorliegen“.⁸²¹

Die Zulässigkeit inhaltlicher Einschränkungen der Widerspruchserklärung, etwa in Form einer Beschränkung auf bestimmte Organe oder auf eine Entnahme nur für bestimmte Personen, war zu § 62a KAKuG aF wiederholt Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung.⁸²² Unter Berufung auf *Kopetzki* und in Übereinstimmung mit der bisherigen hM wird in den Erläuterungen zum OTPG⁸²³ klargestellt, dass „inhaltliche Einschränkungen der Widerspruchserklärung dahingehend, dass sich diese auf einzelne Organe beschränkt“ zu beachten sind, für „die Berücksichtigung weitergehender Wünsche oder Bedingungen“ hingegen kein Raum besteht, da die Bestimmung des § 5 OTPG „lediglich auf den Schutz der Entscheidungsautonomie über die körperliche Integrität abzielt“.⁸²⁴ Dementsprechend enthält nun auch das Formular für die Eintragung ins Widerspruchsregister der Gesundheit Österreich GmbH⁸²⁵ die Möglichkeit, in einem eigenen Feld jene Organe einzutragen, die entnommen werden dürfen und diese somit vom Widerspruch auszunehmen. Zwar wird mitunter immer noch vertreten, dass eine Organverfügung zugunsten bestimmter dritter Personen bei der Leichenspende zulässig sein soll, da kein Grund bestehe den Fall anders zu beurteilen als die Lebendspende.⁸²⁶ Diese Auffassung übersieht jedoch, dass der Lebendspende (Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ohne Pflicht zur Lebensrettung anderer) und der Leichenspende (grds Vorrang der Lebensrettung vor dem postmortalen Persönlichkeitsschutz mit bloßer Möglichkeit zum Widerspruch) eine völlig unterschiedliche Wertung zu Grunde liegt, die gegen eine Übertragbarkeit der Grundsätze der Lebendspende spricht. Ein Unterlassen des Widerspruchs zugunsten eines bestimmten Empfängers ist somit nicht möglich.⁸²⁷ Die Rechtsfolgen unzulässig beigefügter „Bedingungen“ auf den Widerspruch sind bisher ungeklärt. In Frage kommt entweder der Wegfall der unzulässigen Nebenbestimmung bei aufrechter Widerspruch oder die Nichtigkeit des gesamten Wider-

⁸²¹ Zu diesem einschränkenden Kriterium unten S 140 ff.

⁸²² ZB *Carstens*, Organtransplantation 143; *Kopetzki*, Organengewinnung 236; *Hohmann*, Transplantationswesen 146 f; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 176.

⁸²³ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4.

⁸²⁴ Dieser Auffassung folgend *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.4.

⁸²⁵ *Gesundheit Österreich GmbH*, Formular und Informationsblatt Widerspruch gegen eine Organ- und/oder Gewebe- und/oder Zellentnahme http://www.goeg.at/cxdata/media/download/widerspruchsformular_2016.pdf.

⁸²⁶ *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.4.10.

⁸²⁷ *Kopetzki*, Hirntod und Organtransplantation (Fallbesprechung – Österreichisches Recht), in *Elger/Biller-Andorno/Rütsche* (Hrsg), Ethik und Recht in Medizin und Biowissenschaften. Aktuelle Fallbeispiele aus klinischer Praxis und Forschung (2014) 106 (108).

spruchs mit der Folge der unbeschränkten Entnahmezulässigkeit,⁸²⁸ wobei der ersten Variante unter Anwendung der Auslegungsregeln für Willenserklärungen idR der Vorzug zu geben sein wird.

b) Das Widerspruchsregister

Eine besonders effektive Möglichkeit des Widerspruchs ist eine Eintragung in das sog. „Widerspruchsregister“. Dieses von der GÖG seit 1995 geführte EDV-gestützte Register dient dem Zweck, einen Widerspruch „gesichert zu dokumentieren, um eine Organentnahme wirksam zu verhindern“ (vgl. § 6 Abs 1 OTPG). Befugte Krankenanstalten haben rund um die Uhr die Möglichkeit das Register abzufragen.⁸²⁹ § 7 OTPG normiert eine entsprechende Verpflichtung der Entnahmeeinheiten, vor einer Organentnahme beim Verstorbenen durch eine Anfrage bei der GÖG sicherzustellen, dass keine Eintragung vorliegt.

Nähere Bestimmungen über das Widerspruchsregister enthält nun § 6 OTPG, der über weite Strecken den Inhalt des bisherigen § 62d KAKuG aF übernimmt. Abweichend vom Grundsatz der Formfreiheit muss eine Erklärung zum Eintrag ins Widerspruchsregister unterfertigt werden (§ 6 Abs 2 2. Satz OTPG), was Schriftlichkeit voraussetzt. Dafür steht ein Formular samt Informationsblatt bereit, das entweder auf der Homepage der GÖG heruntergeladen oder bei jener angefordert werden kann und ausgefüllt per Post oder eingeschickt per Mail unter Anschluss einer Kopie eines amtlichen Lichtbildausweises an die GÖG übermittelt werden muss. Das Widerspruchsregister wurde primär zur Registrierung der in Österreich lebenden Bevölkerung eingerichtet, nimmt aber auch Widersprüche von nicht im Inland lebenden Personen auf. Über eine erfolgte Eintragung wird von der GÖG eine Eintragungsbestätigung ausgestellt. Der Widerspruch kann jederzeit schriftlich widerrufen werden. In diesem Fall ist eine erfolgte Eintragung unverzüglich zu löschen (§ 6 Abs 4 OTPG).

Da im Widerspruchsregister personenbezogene Daten (Abs 3: Name, Geburtsdatum, Geschlecht, Sozialversicherungsnummer, Adresse, gegebenenfalls Name des gesetzlichen Vertreters) verarbeitet werden, verpflichtet § 6 OTPG zur Einhaltung verschiedener daten-

⁸²⁸ Zu diesen Möglichkeiten *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.4.

⁸²⁹ Vgl. dazu und zu den nachfolgenden Informationen zum Widerspruchsregister Transplant-Jahresbericht 2014, 11 ff sowie die Informationen auf der Homepage der GÖG (<http://www.goeg.at/de/Widerspruchsregister>) und dem Widerspruchsformular.

schutzrechtlicher Vorgaben (zB Datensicherungsmaßnahmen gem §§ 14 f DSG 2000). Identität und Rolle der Zugriffsberechtigten müssen bei jedem Zugriff nachgewiesen und protokolliert werden (Abs 10). Auch alle im Bereich des Widerspruchsregisters durchgeführten Datenverwendungsvorgänge, wie Eintragungen, Änderungen, Abfragen und Übermittlungen sind zu protokollieren (Abs 12). Seit 1. Jänner 2001 wird für jede Abfrage eine Abfragenummer vergeben, die der entnehmenden Stelle auch als Beleg für die erfolgte Abfrage dient.⁸³⁰

Zur Bereinigung des Widerspruchsregisters ist die GÖG gem § 6 Abs 9 OTPG zudem berechtigt, bei der Bundesanstalt Statistik Österreich Informationen zum Todeszeitpunkt und zur Todesursache von Personen, deren Daten im Register verarbeitet sind, anzufordern.⁸³¹

Mit der Erklärung des Widerspruchs erfolgt zugleich eine die Verwendung legitimierende Zustimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten iSd § 1 Abs 2 iVm § 4 Z 14 DSG 2000⁸³² (§ 6 Abs 2 OTPG). Dieses Einverständnis wird im Widerspruchsformular unter dem eigenen Punkt „Hinweise und Datenschutz“ hervorgehoben.⁸³³ Auch die datenschutzrechtliche Zustimmung erfordert als Willenserklärung eine gewisse Handlungsfähigkeit, ohne dass das DSG 2000 diesbezüglich nähere Vorgaben enthält. Zwar ist in der Literatur nicht unumstritten, ob für die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Zustimmung die Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder die allgemeine Geschäftsfähigkeit ausschlaggebend ist.⁸³⁴ Als Verfügung über Persönlichkeitsrechte ist mit der überwiegenden Meinung je-

⁸³⁰ Zum Abfrageprozess vgl *Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen Überprüfung des Vorhandenseins eines Widerspruches einer/eines Verstorbenen gegen eine Organentnahme http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_berprfungwiderspruch_gesamt.pdf.

⁸³¹ Vgl *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.5.

⁸³² Definiert als „die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, daß er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt“. Sofern man die im Widerspruchsregister verarbeiteten Daten als „sensible Daten“ iSd § 4 Z 2 DSG 2000 (zB Gesundheitsdaten) einordnet, müsste die Zustimmung gem § 9 Z 6 DSG 2000 „ausdrücklich“ erfolgen. Zu den (nach der momentanen Systematik des Widerspruchsformulars wohl nicht erfüllten) Anforderungen an eine ausdrückliche Zustimmung iSd DSG 2000 vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Datenschutzgesetz 2000² § 4 Anm 14 (Stand 7. 7. 2015, rdb.at).

⁸³³ „Mit der EDV-mäßigen Erfassung und Verarbeitung der oben stehenden personenbezogenen Daten sowie mit der Weitergabe des Widerspruches bei Anfrage durch berechtigtes Krankenanstaltenpersonal ist die Antragstellerin/der Antragsteller einverstanden. Des Weiteren ist die Antragstellerin/der Antragsteller damit einverstanden, dass diese Daten in regelmäßigen Abständen mit dem Datenbestand der Statistik Österreich (Sterberegister) abgeglichen werden“. Vgl auch *Gesundheit Österreich GmbH*, Datenschutzvereinbarung http://www.goeg.at/cxdata/media/download/wr_datenschutz_2014.pdf.

⁸³⁴ Für einen Überblick über den Meinungsstand vgl *Marous*, Zur Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht, EF-Z 2013/77, 105 (105 FN 9) sowie mwN *Kastelitz/Neugebauer*, Aspekte der datenschutzrechtlichen Zustimmung(sfähigkeit) Minderjähriger, in *Jahnel* (Hrsg), JB Datenschutzrecht 2011 (2011) 71 ff.

doch auch hier auf die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit abzustellen.⁸³⁵ Sofern der Betroffene nicht zustimmungsfähig ist, ist die Zustimmung vom gesetzlichen Vertreter zu erteilen.⁸³⁶ Der Auffassung, wonach eine gesetzliche Vertretung bei der Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung unzulässig sei,⁸³⁷ kann hingegen nicht gefolgt werden. Diese basiert auf der – jedenfalls in pauschaler Form verfehlten – Annahme, die Erteilung der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung liege ausschließlich im Interesse des Erklärungsempfängers.⁸³⁸ Tatsächlich führt ein Eintrag ins Widerspruchsregister zu einem effektiven Schutz der Unversehrtheit des Leichnams, sodass eine diesbezügliche Zustimmung zur Datenverwendung durchaus im Interesse des Vertretenen liegt. Die Geheimhaltung der Daten würde in diesem Fall einen Eingriff in den postmortalen Persönlichkeitsschutz durch eine Organentnahme begünstigen.⁸³⁹ Nicht nur die Widerspruchserklärung an sich, sondern auch die mit einem Eintrag ins Widerspruchsregister verbundene Zustimmung in die Datenverarbeitung kann daher bei Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen (das auch hier bei unter 14-Jährigen zu vermuten ist) vom gesetzlichen Vertreter erteilt werden.

Entgegen der dargestellten Beurteilung sowohl der Widerspruchsfähigkeit als auch der Fähigkeit zur datenschutzrechtlichen Zustimmung anhand der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit, geht das Widerspruchsformular undifferenziert davon aus, dass Widersprüche (entsprechend der gesetzlichen Vermutung des § 173 ABGB) für unmündige Minderjährige von gesetzlichen Vertretern und für mündige Minderjährige von diesen selbst abzugeben sind. Auch bei Erwachsenen geht das Widerspruchsformular von einer Widerspruchsbefugnis des Sachwalters scheinbar bereits bei Bestehen eines Bestellungsbeschlusses aus, ohne auf die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit abzustellen. Dieser Umstand ist wohl der mangelnden Überprüfbarkeit der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im konkreten

⁸³⁵ So unter Hinweis auf Parallelen zwischen der datenschutzrechtlichen Zustimmung und der Einwilligung gem § 173 ABGB im Ergebnis auch *Marous*, EF-Z 2013/77, 106 f, die jedoch auch das Erfordernis der zusätzlichen Zustimmung bei schwerwiegenden Heilbehandlungen gem § 173 Abs 2 ABGB auf sensible Daten übertragen will. Vgl auch *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 228 f, (zur vergleichbaren Fragestellung im Urheberrecht) *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4 (5 f) sowie *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rz 3/147. Für ein Abstellen auf die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit vgl zuletzt auch OLG Wien 13. 5. 2015, 18 Bs 63/15v EF-Z 2015/153 sowie bestätigend OGH 13. 1. 2016, 15 Os 176/15v.

⁸³⁶ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 4 Anm 14; *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) § 4 zu Z 14. Für einen Ersatz der Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter mit pflegschaftsgerichtlicher Genehmigung *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 3/147.

⁸³⁷ *Marous*, EF-Z 2013/77, 107; in diese Richtung (wenn auch eine Berücksichtigung des Kindeswohls andeutend) mwN aus der Literatur OLG Wien 13. 5. 2015, 18 Bs 63/15v EF-Z 2015/153.

⁸³⁸ Vgl *Marous*, EF-Z 2013/77, 107.

⁸³⁹ Für eine Einzelfallbeurteilung auch *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 229.

Einzelfall im Rahmen der Eintragung ins Widerspruchsregister geschuldet, ändert jedoch nichts an der rechtlichen Erheblichkeit ausschließlich dieses Kriteriums.

Die zahlenmäßig immer noch eher geringe Bedeutung des Widerspruchsregisters zeigt ein Blick auf statistische Daten.⁸⁴⁰ Im Jahr 2014 ließen sich 3.438 Personen in das Widerspruchsregister aufnehmen. Nach 20-jährigem Bestehen des Widerspruchsregisters beläuft sich mit Stichtag 31. Dezember 2014 die Gesamtzahl der Eintragungen auf 35.200. Von den Ende 2014 registrierten Personen wiesen 30.022 einen Wohnsitz in Österreich auf, was einer Eintragsrate von knapp 0,35 % der österreichischen Wohnbevölkerung entspricht. Von den 5.178 im Widerspruchsregister eingetragenen Personen mit Wohnsitz im Ausland stammen 4.774 aus Deutschland. Insgesamt haben sich seit Bestehen des Widerspruchsregisters 155 Personen wieder streichen lassen. Im Jahr 2014 wurde das Widerspruchsregister 720-mal konsultiert (davon 11 Doppelabfragen), wobei in rund 52,9 % der Fälle eine mögliche Organspende der Grund für eine Abfrage war.⁸⁴¹ Seit Bestehen des Registers wurde insgesamt erst bei 16 potenziellen Organ Spendern aufgrund einer Eintragung im Widerspruchsregister von einer Organentnahme abgesehen.

3. Das Vorliegen der Widerspruchserklärung

Damit ein Widerspruch die Unzulässigkeit der Organentnahme bewirkt, muss der Widerspruch nicht nur von einer dazu berechtigten Person ausdrücklich erklärt worden sein, sondern die Erklärung muss den Ärzten, die die Entnahme durchführen würden,⁸⁴² gem § 5 Abs 1 OTPG auch *vorliegen*.

a) Allgemeines

Eine Erklärung liegt entsprechend der ausdrücklichen Anordnung des § 5 Abs 1 Satz 4 OTPG jedenfalls dann vor, wenn sie im Widerspruchsregister eingetragen ist. Ein Eintrag im Widerspruchsregister führt daher zur Unzulässigkeit der Organentnahme, unabhängig davon, ob die Entnahmeeinheit ihrer Anfragepflicht gem § 7 OTPG nachgekommen ist und

⁸⁴⁰ Zum Ganzen Transplant-Jahresbericht 2014, 14 ff.

⁸⁴¹ Bei den restlichen 47,1 % handelte es sich um Abfragen vor einer beabsichtigten Gewebeentnahme.

⁸⁴² AB 1089 BlgNR 15. GP 1.

die entnehmenden Ärzte daher vom Vorliegen des Widerspruchs tatsächlich Kenntnis haben oder nicht.⁸⁴³

Abgesehen von diesem Fall lässt der Wortlaut offen, was genau unter dem „Vorliegen“ der Erklärung zu verstehen ist. Trotz seit Inkrafttreten des § 62a KAG bestehender Unsicherheiten wurde die Problematik auch durch das OTPG keiner klareren Regelung zugeführt. Um eine gewisse Effektivität des Widerspruchsrechts zu erreichen und die Möglichkeit einer einseitigen Disposition der Ärzte über das Wirksamwerden einer Erklärung zu vermeiden, scheint es einerseits nicht sachgerecht, allein auf die tatsächliche Kenntnisnahme durch die Ärzte abzustellen.⁸⁴⁴ Andererseits können aufgrund des engen zeitlichen Rahmens von Organtransplantationen keine allzu hohen Anforderungen an eine Nachforschungspflicht der Ärzte gestellt werden. Mit der heute hL ist daher davon auszugehen, dass aufgrund der vergleichbaren Zielsetzung der Risikoverteilung zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger für die Auslegung des Wortes „vorliegen“ auf die zivilrechtlichen Zugangsregeln für Willenserklärungen (§ 862a ABGB) zurückzugreifen ist.⁸⁴⁵

Entsprechend der zivilrechtlichen „Empfangstheorie“ ist eine Erklärung jedenfalls bei tatsächlicher Kenntnisnahme zugegangen. Außerdem erfolgt der Zugang immer auch dann, wenn die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass sich dieser unter normalen Verhältnissen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann und Störungen nur mehr in seiner Sphäre möglich sind (objektive Kenntnisnahmemöglichkeit). Damit soll verhindert werden, dass der Empfänger das Wirksamwerden der Erklärung verzögern oder vereiteln kann. Ob der Empfänger von der zugegangenen Erklärung tatsächlich Kenntnis hat, ist in diesem Fall unerheblich.⁸⁴⁶ Dieses Verständnis stützt auch die Bedeutung des Wortes „vorliegen“ im allgemeinen Sprachgebrauch („als Faktum für eine ent-

⁸⁴³ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 42; vgl. in diese Richtung auch *Mayer*, Umgang mit der Leiche 86 ff. sowie *Aigner*, Organentnahme bei Verstorbenen zu Transplantationszwecken gemäß § 62a KAG; Widerspruchsregister, RdM 1994, 119.

⁸⁴⁴ So jedoch zB *Gaisbauer*, VersR 1983, 521 („zulässig, wenn dem Arzt unbekannt geblieben ist, daß der Tote widersprochen hat“); in diese Richtung (mit gewissen Einschränkungen) auch *Radner/Haslinger/Reinberg*, Krankenanstaltenrecht § 62a KAKuG Anm 5 („auf eine Art und Weise bekannt gegeben [...], daß sie den Ärzten direkt oder unmittelbar zu Kenntnis gelangt“) sowie *Eder-Rieder*, ÖJZ 1984, 290. Mit überzeugenden Argumenten gegen ein solches Verständnis ausführlich *Kopetzki*, Organgewinnung 237 ff. sowie mwN *Janczak*, Postmortale Organspende 100 f.

⁸⁴⁵ Vgl. grundlegend *Kopetzki*, Organgewinnung 239 ff. sowie *Kalchschmid*, Organtransplantation 105; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.2; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 87 ff. Im Hinblick auf die vergleichbare Problematik bei der Patientenverfügung *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.8.4.1.1.

⁸⁴⁶ Zum Ganzen *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB-Praxiskommentar IV⁴ § 862a ABGB Rz 3 (Stand 4. 2014, lexisnexis.at); *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 862a ABGB Rz 2 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).

sprechende Beurteilung zu erkennen sein⁸⁴⁷). Die Beweislast für den Zugang der Erklärung trifft den, der sich auf ihren Zugang beruft, also jene Person, die den Widerspruch erklärt als „Absender der Erklärung“.⁸⁴⁸

Eine Organentnahme ist demnach unzulässig, wenn eine Erklärung derart in den Machtbereich der entnehmenden Ärzte gelangt ist, dass diese sich unter normalen Umständen Kenntnis davon verschaffen können. Bis zum Zugang in den Machtbereich des Empfängers reist die Erklärung auf Gefahr des Erklärenden, während Verlust und Veränderung im Bereich des Empfängers zu dessen Lasten gehen.⁸⁴⁹ Wann mit der Kenntnisnahme „unter normalen Verhältnissen“ gerechnet werden kann bzw wie weit der „Machtbereich“ des Arztes reicht, ist konkretisierungsbedürftig. Mit der Kenntnisnahme kann jedenfalls dann gerechnet werden, wenn eine Widerspruchserklärung derart abgegeben wird, dass sie „bei einem rechtskonformen Verhalten aller Beteiligten“ aus dem Machtbereich des Arztes von diesem wahrgenommen werden kann.⁸⁵⁰

Gem § 10 Abs 1 Z 8 KAKuG sind Krankenanstalten verpflichtet, im Rahmen der Krankengeschichte allfällige Widersprüche gem § 5 Abs 1 OTPG zu dokumentieren. Äußert ein Patient gegenüber dem Krankenanstaltenpersonal mündlich einen Widerspruch oder gelangt diesem ein solcher auf andere Weise zur Kenntnis, ist der Widerspruch umgehend zu dokumentieren. Auf andere Art zur Kenntnis gelangen kann eine Erklärung etwa aufgrund eines mit den Personalpapieren mitgeführten schriftlichen Widerspruchs oder eines durch Angehörige überbrachten – schriftlichen oder sonst verkörperten und zweifellos vom Patienten stammenden⁸⁵¹ – Widerspruchs. Auch in den Machtbereich der Krankenanstalt gelangende Erklärungen widerspruchsbefugter gesetzlicher Vertreter (persönlich gegenüber dem Krankenanstaltenpersonal, per Telefon, Brief usw) sind in die Dokumentation einzuschließen, da der Wortlaut des § 10 Abs 1 Z 8 KAKuG die Dokumentationspflicht nicht auf Widersprüche des Patienten selbst einschränkt.⁸⁵² Bei einem derart dokumentierten Widerspruch ist jedenfalls von seiner objektiven Kenntnisnahmemöglichkeit durch die entnehmenden Ärzte und somit von seinem „Vorliegen“ iSd § 5 Abs 1 OTPG auszugehen. Dass die entnehmenden Ärzte verpflichtet sind, die Krankengeschichte durchzusehen, ent-

⁸⁴⁷ Vgl oben FN 810.

⁸⁴⁸ Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 862a ABGB Rz 7.

⁸⁴⁹ Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 862a ABGB Rz 3.

⁸⁵⁰ *Kopetzki*, Organgewinnung 244.

⁸⁵¹ Zu den in diesem Zusammenhang bestehenden Einschränkungen vgl unten S 144.

⁸⁵² Vgl zu diesen Möglichkeiten *Kopetzki*, Organgewinnung 244 f.

spricht dem Sinn dieser Aufzeichnungen als Träger wichtiger Informationen über den Patienten.⁸⁵³ Auch wenn die Dokumentation rechtswidriger Weise nicht erfolgt ist oder die entnehmenden Ärzte keine Einsicht in die Dokumentation nehmen, ist in den genannten Fällen vom Vorliegen der Erklärung auszugehen, da das Krankenhauspersonal bzw der räumliche Bereich des Krankenhauses an sich dem Machtbereich des Arztes zuzurechnen ist und die Erklärung ab Zugang in diesen auf Gefahr des Empfängers reist.

Eine aktive Nachforschungspflicht bzw eine Pflicht, sich um einen Widerspruch zu bemühen (sei es in Form einer aktiven Information⁸⁵⁴ oder Befragung der widerspruchsberechtigten Personen oder in Form einer Suche nach schriftlichen Widerspruchserklärungen *außerhalb* des Machtbereichs des Krankenanstalt), besteht jedenfalls nicht.⁸⁵⁵ Lediglich eine Durchsicht der *mitgeführten* Personalpapiere wird verlangt werden können, zumal Krankenanstalten Vormerke über die Personalien der Patienten zu führen haben,⁸⁵⁶ was bei nicht äusserungsfähigen Patienten die Durchsicht der Papiere oft voraussetzt.⁸⁵⁷ Darüber hinaus können den Personalpapieren auch der sachgerechten medizinischen Behandlungen dienliche Hinweise (zB Medikamentenunverträglichkeit) zu entnehmen sein.⁸⁵⁸

Unter der Prämisse, dass Dokumentationspflichten gem § 10 Abs 1 Z 8 KAKuG ordnungsgemäß erfüllt wurden, dürfen die entnehmenden Ärzte dann vom Nichtvorliegen eines Widerspruchs iSd § 5 Abs 1 OTPG ausgehen, wenn sie sich vor der Entnahme versichert haben, dass (1.) weder die Krankengeschichte noch (2.) das Widerspruchsregister einen Widerspruch enthalten und (3.) auch den mitgeführten Personalien kein Widerspruch zu entnehmen ist.⁸⁵⁹

⁸⁵³ *Kopetzki*, Organgewinnung 245; für eine solche Verpflichtung auch *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.2; *Kalchschmid*, Organtransplantation 106, mwN *Hohmann*, Transplantationswesen 148.

⁸⁵⁴ Zur Frage nach dem Bestand einer Informationspflicht ausführlich unten S 146 ff.

⁸⁵⁵ mwN *Mayer*, Umgang mit der Leiche 89; *Karpf*, Transplantationen 91; *Aigner*, RdM 1994, 119.

⁸⁵⁶ ZB § 21 Abs 1 lit a nÖ KAG; § 36 Abs 1 stmk KAG sowie dazu *Kletečka-Pulker*, Dokumentation und Datenschutz, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.5.4.6 (Stand 3. 2015, rdb.at).

⁸⁵⁷ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 244; *Mayer*, Umgang mit der Leiche, 88.

⁸⁵⁸ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.8.4.1.1.

⁸⁵⁹ Darauf, dass sich zusätzlich „auch sonst keine Zweifel“ an der Nichtexistenz eines Widerspruchs ergeben (so etwa *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 19; *Hohmann*, Transplantationswesen 148) kann es hingegen schon aufgrund der Unbestimmtheit dieses Kriteriums nicht ankommen.

b) Durch Dritte übermittelter Widerspruch

Eine von den dargestellten Grundsätzen zT abweichende Beurteilung ist aus teleologischen Gründen hinsichtlich der Wirksamkeit von durch Dritte (insb Angehörige) „überbrachten“ Widerspruchserklärungen des Verstorbenen notwendig: Die Unterscheidung von tatsächlich vom Verstorbenen gegenüber Dritten abgegebenen und von diesen überbrachten Erklärungen und eigenen Widerspruchserklärungen Dritter ist unter dem einer Organentnahme inhärenten Zeitdruck faktisch nicht möglich. Die uneingeschränkte Berücksichtigung von durch Dritte überbrachten Widersprüchen würde dem Sinn der engen – Widersprüche durch Angehörige gerade *nicht* berücksichtigenden – Widerspruchslösung widersprechen. Die Gesamtsystematik der Regelung des § 5 OTPG (Notwendigkeit einer ausdrücklichen und vorliegenden Erklärung einer widerspruchsberechtigten Person) spricht dafür, dass sich der Gesetzgeber gegen die Berücksichtigung eines erst durch umfassende Beweiswürdigung ermittelbaren und vom Willen des Erklärungsüberbringers unterscheidbaren Willens des Verstorbenen entschieden hat.⁸⁶⁰ Nach der vom Gesetzgeber getroffenen Güterabwägung soll die Zulässigkeit der Organentnahme der Grundsatz und die Unzulässigkeit die Ausnahme sein.⁸⁶¹ Ein nachträgliches „Entlarven“ eines „Scheinboten“ und eine daraus resultierende Haftung⁸⁶² mögen zwar im Vertragsrecht, nicht jedoch im Zusammenhang mit der Organtransplantation eine gangbare Lösung sein. Eine mündliche Erklärung ist somit idR nur dann beachtlich, wenn sie unmittelbar gegenüber dem Krankenanstaltenpersonal abgegeben wurde, nicht hingegen wenn die Erklärung durch sonstige Personen übermittelt wird.⁸⁶³ Durch dritte Personen übermittelte Widerspruchserklärungen müssen nur dann berücksichtigt werden, wenn sie in schriftlicher oder sonst verkörperter (zB Tonband, notarielle Beglaubigung) und zweifellos vom Patienten stammender Form vorliegen.⁸⁶⁴

⁸⁶⁰ Vgl zum Ganzen ausführlich mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 245 ff.

⁸⁶¹ *Aigner*, RdM 1994, 119.

⁸⁶² Vgl etwa *Pletzer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 13 (Stand 1. 12. 2012, rdb.at).

⁸⁶³ *Kopetzki*, Organengewinnung 247; *Holczabek/Kopetzki*, Wv klinische Wochenschriften 1986, 419; *Eder-Rieder*, ÖJZ 1984, 291; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 89 f; *Karpf*, Transplantationen 91.

⁸⁶⁴ *Kopetzki*, Organengewinnung 247 FN 29. Für eine weitergehende Berücksichtigung in der Praxis vgl jedoch die Verfahrensanweisungen zur Überprüfung des Vorhandenseins eines Widerspruchs, 3 („Wenn anwesende Angehörige glaubhaft machen können, dass die/der Verstorbene zu Lebzeiten eine Organspende abgelehnt hat, ist diese Information als Widerspruch der/des Verstorbenen zu akzeptieren“).

4. Widerrufbarkeit und Erlöschen des Widerspruchs

Mangels schutzwürdiger Interessen des Erklärungsempfängers am Fortbestand des Widerspruchs ist unter Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze von der freien Widerrufbarkeit der Widerspruchserklärung durch jene Person, die sie abgegeben hat, auszugehen. Dafür spricht auch die Absicht des Gesetzgebers, die Organentnahme zu fördern, soweit dem nicht der aufrecht erklärte Wille einer widerspruchsbefugten Person entgegensteht. Ein Widerruf ist daher als *contrarius actus* unter denselben Bedingungen wie ein Widerspruch möglich. Auch ein mündlicher Widerruf einer schriftlichen Widerspruchserklärung führt zur Zulässigkeit der Organentnahme. Mit Vorliegen eines wirksam erklärten Widerrufs eines zuvor abgegebenen Widerspruchs (als welcher auch eine später erteilte Zustimmungserklärung zu deuten ist) lebt die Entnahmeerlaubnis des § 5 OTPG wieder auf.⁸⁶⁵

Anders stellt sich die Situation dar, wenn ein gesetzlicher Vertreter einen durch den Betroffenen selbst erklärten Widerspruch widerrufen möchte. Insb stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein Sachwalter befugt ist, einen zuvor durch den Vertretenen selbst im Zustand der Einsichts- und Urteilsfähigkeit erklärten Widerspruch zu widerrufen und auf diese Weise eine Organentnahme zu ermöglichen. Während der vom Gesetz ausdrücklich zugelassene Widerspruch durch den gesetzlichen Vertreter zur Unzulässigkeit der Organentnahme führt und insofern dem Schutz der postmortalen Integrität des Vertretenen dient,⁸⁶⁶ würde ein Widerruf gerade zu einem Eingriff in diese legitimieren. Eine derartige Verfügung über ein Persönlichkeitsrecht entspricht nicht dem Wohl des Vertretenen iSd § 275 Abs 1 letzter Satz ABGB⁸⁶⁷, sodass in diesem Fall ein vertretungsweiser Widerruf der Widerspruchserklärung nicht in Frage kommt.⁸⁶⁸

Ein Ungültigwerden von Willenserklärungen allein durch Zeitablauf kennt die Rechtsordnung grds nicht und wird auch durch das OTPG nicht angeordnet. Sofern kein Widerruf

⁸⁶⁵ Vgl zum Ganzen mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 229 f; *Janczak*, Postmortale Organspende 96.

⁸⁶⁶ Dies übersieht wohl *Kalchschmid*, Organtransplantation 94, die scheinbar das Fehlen eines Interesses des Betroffenen am Widerspruch und somit die Unvertretbarkeit desselben aus der Fremdnützigkeit der Organentnahme ableiten will.

⁸⁶⁷ Vgl zum Begriff des Wohles statt vieler *Barth/Ganner*, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 33 (83 ff).

⁸⁶⁸ Zur Wahrung des Wohls als Kriterium für die Zulässigkeit der vertretungsweisen Verfügung über Persönlichkeitsrechte vgl *Kräftner*, RdM 2013/103, 155. Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man mit *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 167 für die Vertretbarkeit darauf abstellt, ob ein „Handlungsbedarf besteht, weil sonst für das Leben des Pflegebefohlenen, seine Gesundheit oder sein Wohlbefinden ein Schaden droht“.

erfolgt, bleibt ein Widerspruch daher zeitlich unbeschränkt gültig.⁸⁶⁹ Auch dafür, dass ein von einem gesetzlichen Vertreter für einen Widerspruchsunfähigen abgegebener Widerspruch mit (Wieder-)Erlangen der eigenen Widerspruchsfähigkeit automatisch erlöschen soll,⁸⁷⁰ sind keine Gründe ersichtlich. Vielmehr ist der *Bestand* einer Willenserklärung idR nicht davon abhängig, dass diese von der ursprünglich erklärenden Person auch neuerlich *abgegeben* werden könnte. Im Fall des (Wieder-)Erlangens der eigenen Widerspruchsfähigkeit steht es einer Person jedoch selbstverständlich frei, einen zuvor durch einen gesetzlichen Vertreter erklärten Widerspruch zu widerrufen.⁸⁷¹

5. Informationspflicht?

Eine effektive Möglichkeit zur Ausübung des Widerspruchsrechts setzt voraus, dass die Widerspruchsberechtigten über die Möglichkeiten einer Widerspruchserklärung Bescheid wissen. In der Literatur wird daher diskutiert, ob und inwieweit den Staat oder sonstige Stellen eine Pflicht zur aktiven Information der Bevölkerung und somit zur Förderung von Widerspruchserklärungen trifft. „Präventive“ Möglichkeiten unabhängig vom Einzelfall wären bloße allgemeine Öffentlichkeitsarbeit,⁸⁷² ausdrückliche Hinweise in Aufnahmeformularen bzw die Aushändigung von Informationsblättern bei einem Eintritt ins Krankenhaus⁸⁷³ oder sogar die persönliche Information jedes Bürgers zB durch Zusendung entsprechender Informationsbroschüren⁸⁷⁴.

Diskutiert wird auch eine Informationspflicht über den Umstand einer geplanten Organentnahme und die Möglichkeit eines Widerspruchs zu Lebzeiten gegenüber widerspruchsberechtigten gesetzlichen Vertretern im Fall des „aktuell“ drohenden Todes des Vertretenen.⁸⁷⁵ Ebenso wäre eine solche Pflicht zur Information im Einzelfall gegenüber (nicht selbst widerspruchsbefugten) nahen Angehörigen⁸⁷⁶ oder dem Betroffenen selbst denkbar.

⁸⁶⁹ Vgl Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap I.21.3.3.5.

⁸⁷⁰ Davon geht ohne Anführung von Gründen das Widerspruchsformular aus, wenn darauf hingewiesen wird, dass bei Widersprüchen für unmündige Minderjährige der Eintrag mit Vollendung des 14. Lebensjahres endet und eine automatische Löschung erfolgt.

⁸⁷¹ Vgl in diese Richtung Kopetzki, Organgewinnung 230.

⁸⁷² Carstens, Organtransplantation 168 f.

⁸⁷³ Eder-Rieder, ÖJZ 1984, 290.

⁸⁷⁴ Hohmann, Transplantationswesen 149.

⁸⁷⁵ Karpf, Transplantationen 82 f.

⁸⁷⁶ So Hohmann, Transplantationswesen 149.

In vielen Fällen geht es bei der Auseinandersetzung nicht (nur) um die Frage, ob eine solche Informationspflicht *besteht*, sondern vielmehr darum, ob eine solche de lege ferenda *bestehen sollte*.⁸⁷⁷ Diese beiden Ebenen gilt es jedoch zu unterscheiden.

Eine wie immer geartete *gesetzliche* Verpflichtung zur Information der Bevölkerung über das Widerspruchsrecht ist der geltenden österreichischen Rechtsordnung nicht zu entnehmen.⁸⁷⁸ Für die Zulässigkeit der Organentnahme kommt es gerade nicht auf eine erklärte oder mutmaßliche Zustimmung an,⁸⁷⁹ die eine Informationspflicht implizit voraussetzen könnte.⁸⁸⁰ Vielmehr ist die Organentnahme bereits dann zulässig, wenn kein Widerspruch *vorliegt*, unabhängig davon, ob das Unterlassen der Erklärung eine bewusste Entscheidung des Spenders bzw dessen gesetzlichen Vertreters darstellt oder aber Folge deren Unwissenheit über die Möglichkeit und Notwendigkeit eines Widerspruchs ist.⁸⁸¹

Entgegen der von *Kalchschmid/Barta*⁸⁸² vertretenen Auffassung lässt sich eine Pflicht der Krankenanstalten zur Information der Angehörigen über die Bestimmung eines Patienten als Organspender auch aus den krankenanstaltenrechtlichen Ausführungsgesetzen der Länder nicht ableiten. Diese verpflichten lediglich zur Ermöglichung der Kontaktaufnahme auch außerhalb der Besuchszeiten für den Fall der nachhaltigen Verschlechterung des Gesundheitszustandes (vgl etwa § 35 Abs 1 Z 4 bglid KAG), allenfalls verbunden mit einer diesbezüglichen Verständigungspflicht (zB § 23 Abs 1 lit j kmt KAO). Eine Pflicht zur Aufklärung der Angehörigen über andere Umstände als den Gesundheitszustand des Patienten ergibt sich daraus nicht.⁸⁸³ Auch gegenüber gesetzlichen Vertretern wird zwar eine aus dem Zivil- bzw Verwaltungsrecht ableitbare (zB § 51 Abs 1 ÄrzteG) Pflicht zur Information über den Gesundheitszustand und somit jedenfalls auch über den drohenden Todes-

⁸⁷⁷ ZB *Karpf*, Transplantationen 82 („hilfreich“); *Eder-Rieder*, ÖJZ 1984, 290 („müsste“), *Schlich*, Transplantation 69 („ethisch einwandfreie Widerspruchsregelung“); *Kalchschmid*, Organtransplantation 102 („wäre erstrebenswert“).

⁸⁷⁸ So zB auch *Kopetzki*, Organgewinnung 248; *Kalchschmid*, Organtransplantation 101.

⁸⁷⁹ Vgl dazu auch oben S 135.

⁸⁸⁰ Vgl *Kalchschmid*, Organtransplantation 101 („Die Präsumierung einer Zustimmung aus dem Nichtvorhandensein eines Widerspruchs bedarf einer umfassenden Information der Bevölkerung“); *Carstens*, Organtransplantation 122 („Nur wer hierüber informiert ist, kann sich entscheiden; bei jedem anderen läuft die Vermutung eines positiven wie negativen Entschlusses auf eine Unterstellung hinaus“); in diese Richtung auch *Janczak*, Postmortale Organspende 89.

⁸⁸¹ *Kopetzki*, Organgewinnung 248.

⁸⁸² *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 18 FN 16; ähnlich (jedoch für ein Informationsrecht erst nach dem Todeseintritt) *Hohmann*, Transplantationswesen 145.

⁸⁸³ So auch *Karpf*, Transplantationen 82 f.

eintritt zu bejahen sein, nicht aber eine Information über eine geplante Organentnahme bzw die bestehende Widerspruchsmöglichkeit.⁸⁸⁴

Der aus diesem Befund resultierende Vorwurf, bei der Widerspruchslösung ohne Informationspflicht werde mit der Unwissenheit der Bevölkerung spekuliert,⁸⁸⁵ trifft ohne Frage zu und macht den „Reiz“ der Widerspruchslösung als Modell zur Erzielung einer hohen Quote potenzieller Spender gerade aus.⁸⁸⁶ Die zT empfundene Unzufriedenheit darüber und die Meinung, dass Informationspflichten bestehen *sollten*, ändert allerdings nichts daran, dass eine gesetzliche Pflicht dem geltenden Recht *nicht* zu entnehmen *ist*.

Rechtlich erheblich wären die erhobenen Einwände nur dann, wenn solche Informationspflichten verfassungs- oder unionsrechtlich geboten wären. Dies ist jedoch nicht der Fall.⁸⁸⁷ Insb ist auch aus der Entscheidung des EGMR im Fall *Petrova*⁸⁸⁸ nicht der Schluss zu ziehen, dass eine Informationspflicht gegenüber widerspruchsberechtigten Angehörigen (bzw gesetzlichen Vertretern) über den bevorstehenden Tod, die geplante Organentnahme oder die Widerspruchsmöglichkeit bestehen muss, sondern nur, dass der Rechtslage hinreichend klar entnehmbar sein muss, *ob* eine solche Pflicht besteht. Dies trifft wegen der durch das Abstellen auf das „Vorliegen“ der Widerspruchserklärung eindeutig erfolgten grundsätzlichen Einordnung derselben als „Bringschuld“⁸⁸⁹ ohne umfassende Nachforschungspflicht für das österreichische Recht zu.⁸⁹⁰

Relativiert könnte der Befund einer fehlenden Informationspflicht durch aktuelle Rsp zur Obduktion gem § 25 Abs 1 KAKuG werden. Im von den Gerichten beurteilten Fall machte die Mutter eines nach der Geburt obduzierten Kindes den Ersatz eines wegen des Anblicks des obduzierten Leichnams entstandenen Schockschadens geltend, weil sie nicht über das Ausmaß der Obduktion und die dabei erfolgte Organentnahme informiert wurde. Nach Auffassung des OGH⁸⁹¹ ist „Grundlage und Voraussetzung einer Aufklärungspflicht als Ausdrucksform der nebenvertraglichen Sorgfaltspflicht“, dass „die Aufklärung typischer-

⁸⁸⁴ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 249.

⁸⁸⁵ MwN *Carstens*, Organtransplantation 122.

⁸⁸⁶ Vgl mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 248.

⁸⁸⁷ Zur grundrechtlichen Beurteilung vgl oben S 87 f. Problematisch wäre das Fehlen von Informationspflichten allenfalls in Hinblick auf die Vorgaben des Art 8 2. ZPMRB (vgl dazu oben S 72), der jedoch für Österreich nicht (unmittelbar) verbindlich ist.

⁸⁸⁸ EGMR 24. 6. 2014, 4605/05, *Petrova/Lettland*.

⁸⁸⁹ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 42.

⁸⁹⁰ Vgl dazu näher *Kräftner*, RdM 2014/222, 339.

⁸⁹¹ OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15g.

weise geeignet ist, einen absehbaren Schaden zu verhindern oder – anders gewendet – deren Unterlassung typischerweise zu einem Schaden führt“. Dies verneint der OGH in Hinblick auf den *Verlauf* einer Obduktion, dessen *Ausmaß* und den Umstand, dass dabei auch Organe entnommen werden, weil diesbezüglich „gemeinhin eine Vorstellung“ bestehe, „die auch sehr weitgehende Maßnahmen nicht als unvorhersehbar oder besonders überraschend erscheinen lässt“. Der OGH erachtete im verfahrensgegenständlichen Fall die Haftung für einen Schockschaden somit nicht für gegeben und folgt damit der Auffassung des OLG Innsbruck⁸⁹² als Berufungsgericht. Ob eine grds Pflicht zur (im vorliegenden Fall erfolgten) Aufklärung über die *Tatsache* einer Obduktion besteht, ließ der OGH unbeantwortet.⁸⁹³ Das OLG bejahte eine solche prinzipielle Pflicht zur Aufklärung der Angehörigen über *Umstand* und *Grund* einer Obduktion als Nebenverpflichtung aus dem Behandlungsvertrag hingegen noch „unzweifelhaft“.

Folgt man der Auffassung des OLG, wäre wohl eine vergleichbare nebenvertragliche Pflicht zur Aufklärung über die Tatsache einer Organentnahme ebenfalls zu bejahen. Das Unterlassen einer solchen Aufklärung würde jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit der Organentnahme als solche führen.

E. Entnahmeort

Die Organentnahme vom Verstorbenen darf gem § 5 Abs 3 OTPG nur „in oder durch Entnahmeeinheiten“ vorgenommen werden, die die Voraussetzungen des § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG erfüllen.

Eine Entnahmeeinheit wird in § 3 Z 2 OTPG definiert als „eine Krankenanstalt oder ein mobiles Team, dessen sich die Krankenanstalt bedient, die/das die Bereitstellung⁸⁹⁴ von Organen durchführt oder koordiniert“. In § 3e KAKuG bzw den diesbezüglichen Landesausführungsbestimmungen⁸⁹⁵ werden die Entnahmeeinheiten verankert als rechtskräftig

⁸⁹² OLG Innsbruck 4. 12. 2014, 4 R 186/14f.

⁸⁹³ Vgl dazu auch *Kolmasch*, Anm zu OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15g, Zak 2015/686, 395. Der OGH verweist in seiner Entscheidung jedoch auf *Schwamberger*, Obduktion in Krankenanstalten, RdM 1998, 77, der – ohne nähere Begründung – die Auffassung vertritt, den Angehörigen sei, „insbesondere auf Befragen, bekanntzugeben, daß und aus welchen Gründen eine Obduktion durchgeführt wird“.

⁸⁹⁴ Vgl § 3 Z 1 OTPG („Prozess, durch den gespendete Organe verfügbar gemacht werden“). Die Entnahmeeinheiten übernehmen somit die Funktion als „Bereitstellungsorganisationen“ iSd Art 3 lit k und Art 5 OrganRL.

⁸⁹⁵ Vgl zB § 3c oö KAG; § 3d bgld KAG. Ausführungsbestimmungen zu § 3e KAKuG sowie zu anderen durch BGBl I 2012/108 geschaffenen Grundsatzbestimmung waren gem § 65 Abs 4j KAKuG binnen sechs Monaten ab Kundmachung vom Landesgesetzgeber zu erlassen.

bewilligte Krankenanstalten (iSd § 1 iVm § 2 KAKuG)⁸⁹⁶, die die Bereitstellung von Organen iSd OTPG durchführen oder koordinieren. Anders als bei den Transplantationszentren als Ort der Implantation⁸⁹⁷ muss die Errichtungs- und Betriebsbewilligung die Organentnahme nicht ausdrücklich abdecken.⁸⁹⁸ § 3e Abs 2 KAKuG normiert als Abweichung von der grundsätzlichen Standortsbindung von Krankenanstalten⁸⁹⁹ die Möglichkeit der Entnahmeeinheiten, sich „mobiler Teams“ zu bedienen, „die die Entnahme von Organen in den Räumlichkeiten anderer Krankenanstalten durchführen oder koordinieren“.⁹⁰⁰ Der Träger der Entnahmeeinheit ist gem § 3e Abs 3 KAKuG außerdem verpflichtet, gewisse Maßnahmen zur Qualitätssicherung (Zurverfügungstellen von Standardarbeitsanweisungen, Leitlinien, Ausbildungs- oder Referenzhandbüchern) zu ergreifen und durch eine entsprechende Dokumentation eine Rückverfolgbarkeit von Organen zu ermöglichen. Die Dokumentation ist für einen Zeitraum von 30 Jahren aufzubewahren.⁹⁰¹

Durch den Verweis auf § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG sollte im Hinblick auf das Gewinnverbot sichergestellt werden, dass Entnahmen nur in bzw durch öffentliche/n oder private/n *gemeinnützige/n* Krankenanstalten vorgenommen werden dürfen.⁹⁰² Da Eingriffe aber auch in Krankenanstalten ermöglicht werden sollten, die etwa in der Trägerschaft der gesetzlichen Sozialversicherung stehen und demnach die Voraussetzung der Aufnahmepflicht aller Anstaltsbedürftigen des § 16 Abs 1 lit b KAKuG idR nicht erfüllen, wurde von einem pauschalen Verweis auf die Kriterien der Gemeinnützigkeit des § 16 KAKuG abgesehen.⁹⁰³ Ausschlaggebend für die Zulässigkeit der Organentnahme ist somit lediglich, ob die jeweilige Krankenanstalt die Kriterien des § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG erfüllt. Dies ist – unabhängig vom Anstaltstyp – jedenfalls bei gemeinnützigen und damit idR bei

⁸⁹⁶ § 1 Abs 1 Z 6 KAKuG normiert dementsprechend die „Bereitstellung von Organen zum Zweck der Transplantation“ als legitime Zweckbestimmung einer Krankenanstalt. Vgl *Füszl*, Krankenanstaltenrecht, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap IV.1.5.1 (Stand 11. 2015, rdb.at).

⁸⁹⁷ Vgl dazu unten S 218.

⁸⁹⁸ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8. Die Errichtungs- und Betriebsbewilligung erfüllt hinreichend das in der OrganRL für Bereitstellungsorganisationen aufgestellte Zulassungserfordernis (vgl Art 3 lit a OrganRL).

⁸⁹⁹ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8.

⁹⁰⁰ Dies soll die in Österreich geübte Praxis legitimieren, wonach (sofern Entnahmekrankenhaus und Transplantationszentrum nicht ident sind) die Krankenanstalt, in der die tatsächliche Entnahme erfolgt, lediglich die Räumlichkeiten zur Verfügung stellt, während die die Entnahme durchführenden Ärzte als sog „mobile Teams“ von einer anderen Krankenanstalt (idR vom jeweiligen Transplantationszentrum) stammen. Vgl dazu ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8 sowie *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 49 (FN 49). Damit erübrigt sich die Notwendigkeit einer Transferierung des Spenders zum Zweck der Organentnahme und somit die Frage nach deren Zulässigkeit. Vgl dazu *Kopetzki*, Organgewinnung 159 ff.

⁹⁰¹ Die Vorschrift dient damit der Umsetzung der Art 4 Abs 3 und Art 10 Abs 3 OrganRL.

⁹⁰² Vgl ErläutRV 969 BlgNR 15 GP 4; ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4. Für einen Überblick über die verschiedenen Einteilungen der Krankenanstalten vgl *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 3 ff.

⁹⁰³ ErläutRV 969 BlgNR 15 GP 4; *Kopetzki*, Organgewinnung 156 f.

jeder öffentlichen Krankenanstalt der Fall.⁹⁰⁴ Da die Voraussetzung des § 16 Abs 1 lit b KAKuG nicht erfüllt werden muss, ist die Organentnahme auch in für die Aufnahme bestimmter Personengruppen vorbehaltenen Krankenanstalten (zB Krankenanstalten der gesetzlichen Sozialversicherung, Heereshospital) zulässig, soweit diese die sonstigen Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit erfüllen.⁹⁰⁵

Die Entnahme darf zusammenfassend entweder *in* einer die Voraussetzungen des § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG erfüllenden bewilligten Krankenanstalt oder aber *durch* ein mobiles Team, dessen sich eine solche Krankenanstalt außerhalb derselben bedient, durchgeführt werden. Im zweiten Fall muss der Entnahmeort selbst nicht den Voraussetzungen des § 5 Abs 3 OTPG entsprechen.⁹⁰⁶ Es muss sich jedoch entsprechend dem Willen des Gesetzgebers um eine Krankenanstalt handeln.⁹⁰⁷

F. Vorrang der Organentnahme vor der Entnahme von Geweben

Die Entnahme von Organen und Organanteilen iSd OTPG vom Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation hat aufgrund der Anordnung des § 5 Abs 4 OTPG Vorrang vor der Entnahme von Zellen und Geweben iSd GSG zur Anwendung beim Menschen. „Die Verfügbarkeit von Organen und Organanteilen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation darf nicht durch eine Entnahme von Zellen oder Geweben zur Anwendung beim Menschen beeinträchtigt werden“. Diese Vorrangregelung soll den Bedarf an Organtransplantaten sichern, die verglichen mit Zell- und Gewebetransplantaten weniger verfügbar sind.⁹⁰⁸ Zell- und Gewebentnahmen sind demnach nur subsidiär zulässig, wenn und soweit eine Organentnahme iSd OTPG entweder überhaupt nicht (mehr) möglich ist oder durch die Zell- bzw Gewebentnahmen die Gewinnung von zur Transplantation bestimmten Organen nicht unmöglich gemacht bzw beeinträchtigt (sachlicher Vorrang) oder verzögert (zeitlicher Vorrang) wird.⁹⁰⁹ „Sofern sich – aus medizinischen, organisatorischen oder logistischen Gründen – beides nicht konfliktfrei vereinbaren lässt, geht die Organgewinnung

⁹⁰⁴ Es handelt sich jedoch lediglich um ein Indiz, das die selbständige Prüfung der Voraussetzungen nicht ersetzt. Vgl dazu *Kopetzki*, Organgewinnung 157 f.

⁹⁰⁵ *Kopetzki*, Organgewinnung 157; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 180.

⁹⁰⁶ AA noch die hM zu § 62a KAKuG aF, der allerdings ausschließlich auf die Entnahme „in“ (nicht hingegen „durch“) eine Krankenanstalt abstellte. Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 155 f; *ders* in *Kopetzki* 173; *Kalchschmid*, Organtransplantation 148.

⁹⁰⁷ Vgl § 3e Abs 2 KAKuG („in den Räumlichkeiten anderer Krankenanstalten“) sowie ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8.

⁹⁰⁸ *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 165.

⁹⁰⁹ Vgl *Kopetzki* in *Kopetzki* 174.

vor“.⁹¹⁰ Umso mehr muss, obwohl vom Wortlaut des § 5 Abs 4 OTPG streng genommen nicht umfasst, die dem OTPG unterliegende Entnahme von Organen und Organteilen zum Zwecke der Transplantation derselben Vorrang vor der dem GSG unterliegenden Entnahme von Organen und Organteilen zur Gewinnung von Zellen und Geweben zur Anwendung am Menschen haben (zB Vorrang der Entnahme des Herzens zur Transplantation desselben vor der Entnahme des Herzens zur Gewinnung und Transplantation von als Gewebe zu qualifizierenden Herzklappen). Diese Gesichtspunkte sind von den entnehmenden Einrichtungen bzw den die Entnahme durchführenden Ärzten zu berücksichtigen.⁹¹¹

G. Organentnahme und Verdacht auf gerichtlich strafbare Handlung

Sofern bei einem Verstorbenen nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Tod durch eine Straftat verursacht worden ist, ist gem § 128 Abs 2 StPO die Obduktion des Leichnams zulässig. Die Kriminalpolizei hat dafür zu sorgen, dass die Leiche für den Fall der Obduktion zur Verfügung steht (Abs 1). In einem solchen Fall könnte sich ein Konflikt mit einer intendierten Organentnahme ergeben.⁹¹² Zu dieser Problematik wird in einer vom BMG in Auftrag gegebenen Verfahrensanweisung⁹¹³, deren Inhalt in weiterer Folge in einen Erlass des BMJ⁹¹⁴ aufgenommen wurde, Stellung genommen: Da für eine Organentnahme nur gesunde Organe in Frage kommen, die in keinem ursächlichen Verhältnis zum Tod des Patienten stehen, soll demnach das Erfordernis einer Obduktion die Durchführung einer Organentnahme nicht ausschließen, sofern es sich um die Entnahme von thorakalen und viszeralen Organen (wie zB Niere, Lunge, Leber, Herz) handelt. In diesen Fällen sei nicht zu erwarten, dass eine Organentnahme das Obduktionsergebnis verfälscht. Die Entnahme von Gewebepräparaten gemäß GSG soll hingegen erst nach Freigabe des Leichnams durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt werden dürfen.

Aus teleologischer Sicht ist jedoch nicht allein darauf abzustellen, ob es sich um die Entnahme innerer Organe, sonstiger Organe iSd OTPG (zB vascularized composite allografts) oder Gewebe iSd GSG handelt. Von der Zulässigkeit der Entnahme wird immer dann aus-

⁹¹⁰ *Kopetzki in Kopetzki* 174. Vgl auch die vergleichbare Bestimmung des § 9 Abs 3 dTPG.

⁹¹¹ ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 13.

⁹¹² Zum Verhältnis zwischen der gerichtlichen Obduktion und der transplantationsrechtlichen Entnahmeerlaubnis vgl *Kopetzki*, Organengewinnung 112 ff.

⁹¹³ *Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen Organentnahme bei Verdacht auf eine gerichtlich strafbare Handlung http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_organentnahme_gerichtstrafhandlung.pdf.

⁹¹⁴ BMJ-S425.005/0005-IV 3/2014.

zugehen sein, wenn durch die Entnahme eine Verfälschung des Obduktionsergebnisses nicht zu erwarten ist⁹¹⁵ und ein Abwarten der Freigabe des Leichnams aufgrund der geringen Haltbarkeit des Organs bzw Gewebes nicht möglich ist.

H. Die Todesfeststellung

Eine Organentnahme vom Verstorbenen ist erst zulässig, wenn ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt – der weder die Entnahme noch die Transplantation durchführt und auch sonst an diesen Eingriffen nicht beteiligt oder durch sie betroffen ist – den „eingetretenen Tod festgestellt hat“ (§ 5 Abs 2 OTPG). Eine Organentnahme vor Eintritt des Todes unterliegt hingegen dem Regime der Lebendspende. Das OTPG enthält allerdings weder Aussagen über den zugrundeliegenden Todesbegriff noch über die anzuwendenden Methoden der Todesfeststellung.

1. Todesbegriff als Rechtsfrage

Bei der Beantwortung der Frage, wann ein Mensch tot ist, können streng genommen drei Ebenen der Betrachtung unterschieden werden: 1. die Todesdefinition (Was ist der Tod?), 2. die jeweiligen Todeskriterien (Woran lässt sich der Tod erkennen?) und 3. das Testverfahren (Mit welchen Methoden lässt sich der Tod nachweisen?).⁹¹⁶ Die Diskussion um den Tod des Menschen kann auf jeder dieser Ebenen stattfinden.⁹¹⁷ Die Festlegung auf der zweiten und dritten Ebene kann dabei nur relativ zu der jeweils nächsthöheren Ebene vorgenommen werden,⁹¹⁸ sodass zwischen den Ebenen ein wechselseitiger Zusammenhang besteht.⁹¹⁹

Beim medizinischen (Gesamt-)Hirntodbegriff handelt es sich genau genommen nicht um eine Todesdefinition, sondern bereits um die zweite Ebene der Angabe eines Todeskriteriums für die zugrundeliegende biologische Todesdefinition⁹²⁰. Ein Kriterium muss der wissenschaftlich besten Begründung entsprechen, um einen verlässlichen Indikator für das

⁹¹⁵ In diese Richtung auch *Kopetzki*, Organengewinnung 114 f.

⁹¹⁶ Vgl statt vieler *Birnbacher* in *Ach/Quante* 51ff; *Norba*, Rechtsfragen 35 f. *Schlich*, Transplantation 58 ff sowie *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen 62 und *dieselben* in *Höfling*, TPG² § 3 Rz 10 ergänzen die Betrachtung um die Ebene der „Attribution“.

⁹¹⁷ *Norba*, Rechtsfragen 35.

⁹¹⁸ *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen 62.

⁹¹⁹ *Norba*, Rechtsfragen 35.

⁹²⁰ Dazu oben S 12.

Vorliegen eines Definitionsmerkmals darzustellen.⁹²¹ Ob das Kriterium Gesamthirntod die zugrundeliegende Todesdefinition erfüllt – dh ob der Gesamthirntod den Verlust der zentralen Steuerungsfunktion bedingt – ist daher *für sich genommen* eine wissenschaftliche Frage, die anhand des Standes des medizinischen Wissens zu beurteilen ist. Ein Kriterium ist jedoch immer ein Kriterium *für* eine jeweils zugrundeliegende Definition.⁹²² Das Todeskriterium „Hirntod“ basiert daher auf Prämissen zur Todesdefinition. Die Festlegung der Wesensmerkmale des Menschen in einer Todesdefinition kann ihrerseits *nicht* durch naturwissenschaftlich-medizinische Argumente bestätigt oder widerlegt werden.⁹²³ Vielmehr stecken in der Todesdefinition immer bestimmte Wertvorstellungen (anthropologisch, philosophisch-ethisch, religiös-weltanschaulich) über den Menschen.⁹²⁴ Einen wissenschaftlich *richtigen* Todesbegriff abseits einer definatorischen Festlegung kann es somit nicht geben.⁹²⁵ Die – Todesdefinition und Todeskriterium beinhaltende – Frage, ob der Hirntod nach der Wertung des Rechts den Individualtod des Menschen darstellen soll, also die Frage nach dem rechtlichen Todesbegriff *als Ganzes*, kann somit insgesamt nur das Rechtssystem beantworten.⁹²⁶ Es handelt sich um einen *normativen* Begriff, der durch wertende Übereinkunft erreicht wird.⁹²⁷ Mediziner sind hingegen „nicht kompetent, den Zustand festzulegen, der der Tod des Menschen von Rechts wegen sein *soll*“.⁹²⁸

Lediglich bei der auf dritter Ebene zu stellenden Frage, mittels welcher Testverfahren das Vorliegen der zugrundeliegenden Kriterien empirisch bewiesen werden kann, handelt es sich um eine rein medizinisch-wissenschaftliche Tatsachenfrage.⁹²⁹

⁹²¹ Vgl. *Schlich*, Transplantation 60; *Birnbacher*, Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren, in *Hoff/in der Schmitt* (Hrsg), Wann ist der Mensch tot? (1995) 28 (29).

⁹²² Vgl. *Birnbacher* in *Ach/Quante* 52.

⁹²³ *Schlich*, Transplantation 59; vgl. auch *Birnbacher* in *Hoff/in der Schmitt* 29 ff.

⁹²⁴ Vgl. *Eser*, Medizin und Strafrecht, in *Eser* (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 329 (363 f).

⁹²⁵ Vgl. *Birnbacher* in *Ach/Quante* 54.

⁹²⁶ Vgl. *Dippel* in *FS Hanack* 680.

⁹²⁷ MwN ausführlich auch *Kopetzki*, Organgewinnung 178 ff; *ders* in *Schwarz/Kröll/List* 232; aA offenbar *Janczak*, Postmortale Organspende 26.

⁹²⁸ *Höfling/Rixen* in *Höfling*, TPG² § 3 Rz 9. Zum Tod als Rechtsbegriff vgl. auch *Gutmann*, Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 179 (179 f).

⁹²⁹ Vgl. statt vieler *Birnbacher* in *Ach/Quante* 51 f; *Kopetzki* in *Schwarz/Kröll/List* 234 f.

2. Der Todesbegriff des OTPG

a) Notwendigkeit und Fehlen eines gesetzlich definierten Todesbegriffs

Noch Mitte des 19. Jhdts galt der Tod als „so einfaches Naturereignis, [...] daß derselbe nicht, so wie die Geburt, eine genaue Feststellung seiner Elemente notwendig macht“.⁹³⁰ Der Zeitpunkt des Todes war daher lange Zeit nicht Gegenstand juristischer Auseinandersetzung.⁹³¹ Anders als bei traditionellen Fragestellungen wie beispielsweise dem Erbrecht oder der Totenbeschau, bei denen eine rückblickende ex-post Beurteilung des Todeseintritts anhand bereits vorliegender sicherer äußerer Todeszeichen (wie Leichenstarre, Totenflecke) zumeist genügte, ergab sich im Zusammenhang mit der Leichenspende jedoch erstmals die Notwendigkeit der exakten Todesfeststellung zum frühestmöglichen Zeitpunkt unmittelbar während des Todesgeschehens.⁹³² Auch die mit der Eröffnung neuer intensivmedizinischer Handlungsoptionen einhergehende „Entnaturalisierung“ des Todes verstärkte das Bedürfnis nach einer Verrechtlichung des Todesbegriffs.⁹³³

Abweichend von der biologischen Wirklichkeit des prozesshaften Sterbevorgangs bedarf es aus rechtlicher Sicht somit einer scharfen Grenze zwischen dem Leben – mitsamt dem damit einhergehenden Schutz – und dem Tod.⁹³⁴ Aus rechtlicher Sicht kann ein Mensch nur leben oder tot sein – eine weitere Kategorie gibt es nicht.⁹³⁵ Es muss daher aus der Zeitspanne zwischen dem Herz-Kreislauf Stillstand, dem irreversiblen Ausfall der Hirnfunktion und dem Absterben sämtlicher Körperzellen ein Zeitpunkt herausgegriffen werden, der den rechtlichen Individualtod des Menschen darstellt.⁹³⁶

Obwohl die Rechtsordnung in vielfältiger Weise an den Tod anknüpft⁹³⁷ und es sich bei der Festlegung einer Todesdefinition um eine Wertentscheidung von großer Bedeutung handelt,⁹³⁸ enthält die österreichische Rechtsordnung bis heute weder auf einfachgesetzli-

⁹³⁰ Savigny, System des heutigen römischen Rechts II (1840) 17 zitiert nach Eser in Eser 362.

⁹³¹ Kalchschmid, Organtransplantation 112.

⁹³² MwN Kopetzki, Organgewinnung 176 f.

⁹³³ Vgl Luf, Anmerkungen zur Rechtsgeschichte des Todes, in Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 19 (20 ff).

⁹³⁴ Vgl Kopetzki, Organgewinnung 177.

⁹³⁵ Vgl auch Jox in Kröll/Schaupp 89.

⁹³⁶ MwN Janczak, Postmortale Organspende 23.

⁹³⁷ Für Bsp siehe Janczak, Postmortale Organspende 16. Vgl auch Luf in Körtner/Kopetzki/Müller 19 f.

⁹³⁸ Kopetzki in Schwarz/Kröll/List 232.

cher noch auf verfassungsrechtlicher Ebene⁹³⁹ eine allgemein gültige Definition des Individualtodes des Menschen. Anders als bspw im schweizerischen Transplantationsgesetz (in Folge: schwTPG), das eine Legaldefinition des Todes als Hirntod enthält,⁹⁴⁰ findet sich auch im OTPG für den Bereich des Transplantationsrechts keine ausdrückliche Festlegung, was unter dem Begriff des Todes zu verstehen ist.

b) Todesbegriff der Empfehlung des OSR zur Hirntoddiagnostik

Eine Definition des Todeskriteriums nimmt hingegen die Empfehlung zur Hirntoddiagnostik des OSR vor, wenn es dort heißt, „entsprechend dem aktuellen Stand der Wissenschaft“ sei „der Hirntod identisch mit dem Individualtod eines Menschen“⁹⁴¹. Ob und wenn ja welche rechtliche Bedeutung dieser Definition zukommt, hängt von der normativen Qualität des Dokuments ab.

Beim OSR handelt es sich um eine Kommission gem § 8 BMG, deren rechtliche Ausgestaltung sich im OSR-G findet. Dieses Expertengremium⁹⁴² ist beim BMG einzurichten und berät gem § 2 Abs 1 OSR-G den BMG „in wissenschaftlichen Angelegenheiten des Gesundheitswesens“, die in seinen Wirkungsbereich fallen, ua durch die Abgabe von Empfehlungen. Der OSR kann dem Bundesminister die Veröffentlichung einer Empfehlung vorschlagen.⁹⁴³ Bei der „Empfehlung zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme“ handelt es sich (ebenso wie bei der „Empfehlung zur Durchführung der Todesfeststellung bei einer geplanten Organentnahme nach Hirntod durch Kreislaufstillstand“) um eine solche veröffentlichte⁹⁴⁴ Empfehlung gem § 2 OSR-G. Die Stammfassung der Empfehlung zur Hirntoddiagnostik⁹⁴⁵ wurde im Jahr 1997 vom OSR beschlossen. In den Jahren 2003/4 und 2013 folgte jeweils eine Überarbeitung durch interdisziplinäre Expertengremien unter Koordination des ÖBIG mit anschließender Beschlussfassung durch den OSR.⁹⁴⁶

⁹³⁹ Zum Ende des grundrechtlichen Lebens- und Integritätsschutzes vgl oben S 81 ff.

⁹⁴⁰ „Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschließlich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind“ (Art 9 Abs 1 schwTPG).

⁹⁴¹ Empfehlung zur Hirntoddiagnostik, 5.

⁹⁴² Ihm hat jedenfalls ein Vertreter der Österreichischen Ärztekammer, ein Vertreter der Apothekerkammer und ein fachkundiger leitender Bediensteter des Bundesministerium für Gesundheit anzugehören (vgl § 3 Abs 1 OSR-G).

⁹⁴³ § 2 Abs 3 OSR-G.

⁹⁴⁴ Abrufbar unter <http://goeg.at/de/Bereich/Todesfeststellung.html>.

⁹⁴⁵ Zuvor waren die Leitsymptome des Hirntodes in einem Gutachten des OSR vom 26. 6. 1982 beschrieben. Vgl dazu *Holczabek/Kopetzki*, *Wr klinische Wochenschriften* 1986, 419.

⁹⁴⁶ <http://goeg.at/de/Bereich/Todesfeststellung.html>.

Was nun die normative Qualität dieser Empfehlung betrifft, zeigt sich, dass es für eine außenwirksame Verordnung bereits an den Mindestbedingungen⁹⁴⁷ fehlt: Beim OSR als Urheber des Aktes handelt es sich nicht um eine Verwaltungsbehörde, da dieser nicht einmal in abstracto zur Erlassung von Hoheitsakten befugt ist. Auch das Vorliegen einer Verwaltungsverordnung als Form der generellen Weisung („Erlass“)⁹⁴⁸ scheitert aufgrund der mangelnden Leitungs- und Weisungsbefugnis (Art 20 Abs 1 B-VG) des OSR. Eine normative Verbindlichkeit gegenüber weisungsunterworfenen Organen könnte mittels Rezeption der Empfehlung in einem Erlass des Bundesministers erreicht werden. Selbst ein solcher Erlass hätte jedoch keine unmittelbar bindende Wirkung gegenüber den Krankenanstalten, den Ärzten oder sonstigen Rechtsunterworfenen, sondern würde lediglich dem Bundesminister unterstellte Stellen (etwa die Organe der sanitären Aufsicht gem § 60 KAKuG⁹⁴⁹) binden. Anders als bspw im Lebensmittelrecht, wo Empfehlungen der Codexkommission – als dem OSR vergleichbares Expertengremium – mit Erlass des Bundesministers veröffentlicht werden,⁹⁵⁰ wurde eine solche Vorgehensweise in Bezug auf die Empfehlungen des OSR im Zusammenhang mit der Organspende nicht gewählt. Da auch sonst keine „echte“ Rechtsquelle auf die Empfehlung zur Hirntoddiagnostik verweist oder diese für verbindlich erklärt,⁹⁵¹ kommt der Empfehlung keine normative Qualität zu.⁹⁵²

Aber selbst fachliche Standards enthaltende Empfehlungen oder sonst wie bezeichnete Dokumente⁹⁵³ ohne normative Verbindlichkeit können eine rechtliche Relevanz entfalten, soweit es sich bei deren Inhalt um echte fachliche Standards iSv medizinisch-empirischen

⁹⁴⁷ Vgl dazu *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 724 ff.

⁹⁴⁸ Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 741 f; *Aigner*, Bindung an Ministerialerlässe? RdM 1994, 57.

⁹⁴⁹ Über den Umweg der Bindung der Krankenanstalten an die anerkannten Methoden der Wissenschaft (§ 8 Abs 2 KAKuG) könnte die Einhaltung der von einer Weisung rezipierten fachlichen Standards jedoch mit Mitteln der sanitären Aufsicht auch gegenüber Krankenanstalten durchgesetzt werden.

⁹⁵⁰ Vgl bspw die Empfehlung „Alkohol in Backerzeugnissen“, veröffentlicht mit Erlass BMG-75210/0027-II/B/13/2014 vom 24.7.2014.

⁹⁵¹ Vgl *Kopetzki*, Behandlung auf dem „Stand der Wissenschaft“ in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs (2010) 9 (31) sowie (mwN zur diesbezüglichen Problematik der dynamischen Verweisung auf fachliche Normen) 24 f; *Korinek*, Zum Erfordernis einer demokratischen Legitimation des Normenschaffens, ÖZW 2009, 40 (41 f).

⁹⁵² Zur fehlenden Normativität der Empfehlungen des OSR vgl auch *Kopetzki* in *Pfeil* 32 f; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.2; *Kalchschmid*, Organgewinnung 123.

⁹⁵³ Zur Unerheblichkeit der Bezeichnung eines Dokuments für dessen normative Verbindlichkeit vgl mwN *Kopetzki* in *Pfeil* 25. Zum Versuch, den Verbindlichkeitsgrad von Handlungsregeln aus der terminologischen Bezeichnung (Richtlinie – Leitlinie – Empfehlung) abzuleiten, vgl jedoch zB *Hart*, Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertung, MedR 1998, 8 (10 f).

Inhalten handelt.⁹⁵⁴ So werden Ärzte bzw Krankenanstalten an mehreren Stellen der Rechtsordnung entweder ausdrücklich (vgl § 49 Abs 1 ÄrzteG, § 8 Abs 2 KAKuG) oder aufgrund immanenter Verweisung durch die Verwendung fachspezifischer Rechtsbegriffe an den Stand der Wissenschaft („lex artis“) gebunden.⁹⁵⁵ Medizinische Standardfestlegungen können zur Konkretisierung und Feststellung des rechtlich gebotenen Standards als Beweismittel („generelles antizipiertes Sachverständigengutachten“) herangezogen werden. Wenn ein medizinischer Standard in einer Leitlinie aktuell und richtig abgebildet ist, kann er somit für Ärzte im Wege der gesetzlichen Bindung an den Stand der Wissenschaft eine gewisse Verbindlichkeit erlangen. Eine Missachtung einer solchen Leitlinie kann zur Annahme eines Verstoßes gegen den Stand der Wissenschaft führen und umgekehrt eine Einhaltung derselben ein Indiz für pflichtgemäßes Handeln darstellen. Da solche Standardfestlegungen jedoch nur *ein* mögliches Beweismittel darstellen, stehen sie in Konkurrenz zu anderen Beweismitteln und können daher (etwa durch ein Sachverständigengutachten) im Einzelfall widerlegt werden.⁹⁵⁶ Die Bedeutung eines solchen antizipierten Sachverständigengutachtens ist dabei insb von dessen Aktualität, dem Fehlen konkurrierender Richtlinien, der Zusammensetzung des erarbeitenden oder „erlassenden“ Fachgremiums sowie der Breite des dort erzielten Konsenses abhängig.⁹⁵⁷ So spricht die Rsp Aussagen von Expertengremien wie dem OSR eine erhebliche Indizwirkung für die fachliche Richtigkeit zu, ohne darin eine normative Regelung zu erblicken.⁹⁵⁸

Für die Beantwortung der Frage nach dem Todesbegriff des OTPG kann der Empfehlung zur Hirntoddiagnostik jedoch auch diese Bedeutung nicht beigemessen werden: Zwar unterstellt die enthaltene Formulierung („entsprechend dem aktuellen Stand der Wissenschaft ist der Hirntod identisch mit dem Individualtod eines Menschen“), der Hirntod als Todesdefinition sei das Ergebnis wissenschaftlicher Erkenntnisse. Dies ändert allerdings nichts an der erläuterten Einordnung der Festlegung des Todesbegriffs als Ergebnis normativer Übereinkunft und somit als nicht dem Stand der Wissenschaft unterliegende Rechtsfra-

⁹⁵⁴ Vgl *Kopetzki in Pfeil* 34.

⁹⁵⁵ Vgl *Kopetzki in Pfeil* 12 f.

⁹⁵⁶ Zum Ganzen mwN *Kopetzki in Pfeil* 34 f. Vgl zu dieser Wirkung auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 126; *ders*, Subnormative Verhaltenssteuerung in FS Schäffer (2006) 685 (700); *Hart*, MedR 1998, 12 ff. Insgesamt zur Beweisfunktion von fachlichen Leitlinien *Pflüger*, „Practice Guidelines“ und „Behandlungsleitlinien“ im amerikanischen und deutschen Recht, RdM 2000, 99; *Damm*, Wie wirkt „Nichtrecht“? Zeitschrift für Rechtssoziologie 2009, 3; *Stöger*, Rechtliche Aspekte von Qualitätssicherung in der Medizin, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.7.1 (Stand 3. 2015, rdb.at); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ (2014) Rz 362 ff.

⁹⁵⁷ MwN *Kopetzki in Pfeil* 35 ff.

⁹⁵⁸ Vgl dazu mit einem Überblick über einschlägige Rsp aus Österreich und Deutschland *Kopetzki in Pfeil* 37 ff.

ge.⁹⁵⁹ Sofern Empfehlungen sich nicht auf medizinische Fragen beschränken, sondern Aussagen zu ethischen oder rechtlichen Aspekten enthalten, deren Beantwortung keine der Beweiswürdigung unterliegenden Tatfragen darstellen, können die Aussagen nicht als Beweismittel für die Ermittlung eines Standards im dargestellten Sinn eingestuft werden.⁹⁶⁰

c) Hirntodbegriff des OTPG als Ergebnis rechtswissenschaftlicher Auslegung

Da eine ausdrückliche Regelung des Todesbegriffs in normativ verbindlicher Form fehlt und dieser als Gegenstand einer Rechtsfrage auch nicht der Ermittlung allein anhand des Standes der Wissenschaft zugänglich ist, ist der Inhalt des Rechtsbegriffs „Tod“ in § 5 Abs 2 OTPG mittels Auslegung zu ermitteln. Ein Abstellen auf den (irreversiblen) Herz-Kreislauf-Tod würde sich schon aus teleologischen Gründen als nicht zweckmäßig erweisen, da aufgrund der gegebenen Ischämiezeiten eine Organentnahme im Idealfall bei aufrechtertem Spenderkreislauf erfolgen sollte.⁹⁶¹ Wollte man dem Wort „Tod“ die Bedeutung Herz-Kreislauf-Tod zumessen, würde jede Explantation bei künstlich aufrechterhaltenem Spenderkreislauf begrifflich eine Organentnahme vom Lebenden darstellen und könnte nicht auf die lediglich auf „Verstorbene“ bezogene Erlaubnis des § 5 OTPG gestützt werden.⁹⁶² Auch eine Organentnahme von NHB-Spendern wäre bei vielen Organen faktisch unmöglich, wenn für die Zulässigkeit nicht auf den Eintritt des Hirntodes, sondern auf eine wie immer sonst definierte, später eintretende Irreversibilität des Herz-Kreislaufstillstandes abgestellt werden würde. Im Zweifel wird dem Gesetzgeber zudem nicht unterstellt werden können, mit dem verwendeten Begriff des Todes einen vom herrschenden medizinischen Verständnis abweichenden Inhalt verbinden zu wollen.⁹⁶³ Auch aus den Materialien zur Vorgängerbestimmung des § 62a KAKuG aF⁹⁶⁴ ist ersichtlich, dass bei der Entstehung der

⁹⁵⁹ Vgl dazu oben S 153 f. Eine solche Abgrenzung ist freilich oft mit großen Schwierigkeiten verbunden. Vgl dazu mwN *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 601.

⁹⁶⁰ Vgl *Kopetzki* in *Pfeil* 44 f. Dazu auch eingehend *Damm*, Beratungsleitlinien – Norm- und Standardbildung zu medizinischem Beratungshandeln, in *Hart* (Hrsg), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht (2005) 355 ff.

⁹⁶¹ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 183.

⁹⁶² *Kopetzki*, Organgewinnung 183; *Kalchschmid*, Organtransplantation 120. Die Zulässigkeit einer „tödlichen“ Organentnahme vom Lebenden mag zwar nach der deutschen Einwilligungslösung diskutabel sein (zur Aufgabe der „dead donor rule“ und ihren Konsequenzen vgl mwN zB *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen 76 ff; *Jox* in *Kröll/Schaupp* 93; *Schaupp* in *Kröll/Schaupp* 98 f), wäre jedoch keinesfalls mit der in Österreich derzeit verankerten Widerspruchslösung vereinbar. Vgl hierzu auch mwN *Gutmann* in *Körtner/Kopetzki/Müller* 190 ff.

⁹⁶³ *Kopetzki*, Organgewinnung 178 mwN.

⁹⁶⁴ StProtNR 15. GP 11625 („Das bedeutet [...], daß nach den heutigen medizinischen Erkenntnissen der Zentraltod eines Menschen dann eingetreten ist, wenn alle seine Gehirnfunktionen auf Dauer irreversibel sind oder wenn praktisch, allgemein ausgedrückt, der Gehirntod bereits eingetreten ist.“).

Entnahmeerlaubnis – unter Zugrundelegung herrschender medizinischer Erkenntnisse – als Tod der Gesamthirntod verstanden wurde.⁹⁶⁵ Den Materialien zu § 5 OTPG ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber weiterhin vom Hirntod als relevantem Todesbegriff ausgeht.⁹⁶⁶ Die historische und teleologische Auslegung führt somit in diesem Fall zu einem „statischen“ Verweis auf das zur Entstehungszeit vorherrschende medizinische Begriffsverständnis,⁹⁶⁷ sodass unter dem „Tod“ iSd § 5 Abs 2 OTPG der Gesamthirntod zu verstehen ist.⁹⁶⁸ Diese Deutung des *rechtlichen* Todesbegriffs als Rezeption eines bestimmten *medizinischen* Begriffsverständnisses ist dabei Ergebnis juristischer Auslegung, und ergibt sich nicht automatisch aus einem in der Medizin anerkannten Begriffsverständnis.⁹⁶⁹ Ein Wandel des medizinischen Todesbegriffs würde demnach auch nicht ohne weiteres auf den Rechtsbegriff des Todes durchschlagen, sondern bedürfte eines Ausdrucks des Willens des Gesetzgebers zur Änderung des geltenden rechtlichen Todesbegriffs.⁹⁷⁰

Dieses Verständnis des Todes als Hirntod entspricht auch dem herrschenden strafrechtlichen⁹⁷¹, zivilrechtlichen⁹⁷² und auch verfassungsrechtlichen⁹⁷³ Verständnis in Österreich. Zumindest in Konstellationen, in denen es um Fragen des Lebensschutzes geht, wird somit von einem einheitlichen juristischen Todesbegriff des Gesamthirntodes auszugehen sein.⁹⁷⁴ Dies ändert allerdings nichts daran, dass im Normalfall (abgesehen von Fällen intensivmedizinischer Behandlung) nach wie vor der Nachweis des klinischen Todes ausreicht, weil

⁹⁶⁵ So auch *Kopetzki*, Organengewinnung 184.

⁹⁶⁶ StProtNR 24. GP, 179. Sitzung 101.

⁹⁶⁷ Statt vieler mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 184; *Kopetzki* in *Schwarz/Kröll/List* 233 f; *Kalchschmid*, Organtransplantation 120; *Kneihs*, Sterbehilfe 185.

⁹⁶⁸ Dies muss mE auch für den äußerst umstrittenen Fall einer hirntoten Schwangeren gelten. Kritisch mwN *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67. Eine Organentnahme wird hier jedoch regelmäßig aus anderen Gründen (entgegenstehende Schutzinteressen des Embryos) ausscheiden. Vgl *Kopetzki*, Organengewinnung 206.

⁹⁶⁹ *Kopetzki*, Organengewinnung 178.

⁹⁷⁰ Vgl *Kopetzki* in *Schwarz/Kröll/List* 233 f. Aus rechtsstaatlichen Gründen für die Notwendigkeit einer formellen Gesetzesänderung bei einem Wandel des medizinischen Todesbegriffs mwN *Bruckmüller*, Hirntod und Organentnahme aus medizin(straf)rechtlicher Sicht, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 49 (62 ff). Für eine „Flexibilität der Todesdefinition“ hingegen *Moos* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² Vor §§ 75–79 StGB Rz 57 (Stand 1. 4. 2002, rdb.at).

⁹⁷¹ Vgl mit zahlreichen Nachweisen *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² Vor §§ 75–79 StGB Rz 52 ff; *Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch Vor §§ 75–79 Rz 51 ff (Stand 28. Lfg, 6. 2013, lexisnexus.at) sowie *Mayer*, Umgang mit der Leiche 14 f.

⁹⁷² Vgl mwN *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 16 Rz 9.

⁹⁷³ Zum Ende des grundrechtlichen Lebens- und Integritätsschutzes vgl oben S 81 ff.

⁹⁷⁴ In diese Richtung mwN *Kneihs*, Sterbehilfe 187. Für die Notwendigkeit eines einheitlichen Todesbegriffs zumindest im Strafrecht und im Organtransplantationsrecht *Bruckmüller* in *Körtner/Kopetzki/Müller* 56. Zur Frage nach dem Hirntod als verallgemeinerungsfähiges Todeskriterium vgl auch *Madea/Henssge/Dettmeyer*, Hirntod als allgemeiner Todesbegriff, MedR 1999, 162. Kritisch zu einem einheitlichen Todesbegriff mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 178 f.

dieser zugleich das Vorliegen des ihm binnen weniger Minuten⁹⁷⁵ folgenden Hirntodes bedingt.⁹⁷⁶

3. Methoden der Todesfeststellung

§ 5 OTPG enthält auch keine Aussage darüber, mittels welcher Symptome und unter Rückgriff auf welche Methoden der Eintritt des Hirntodes „bewiesen“ werden muss. Im Gegensatz zur Todesdefinition stellt die Frage nach den Methoden der Feststellung des Hirntodes keine Rechtsfrage, sondern eine rein empirische Frage dar, die anhand medizinisch-wissenschaftlicher Kriterien hinreichend beantwortet werden kann.⁹⁷⁷ Wird das Hirntodkriterium zugrunde gelegt, ist es in Folge allein Sache des Arztes „zu entscheiden, wie zuverlässig ein bestimmtes klinisches oder apparatives Testverfahren (oder eine Kombination solcher Verfahren) anzeigt, daß die Hirntätigkeit eines Menschen irreversibel und vollständig ausgefallen ist“.⁹⁷⁸

Das kommt auch in den Materialien klar zum Ausdruck, wenn die Feststellung des Todes „nach den anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft entsprechend dem jeweiligen Stand der medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse“⁹⁷⁹ erfolgen soll.

Auch die Rolle des OSR bei der Festlegung von Methoden der Todesfeststellung wird in den Materialien unterstrichen, wenn es heißt: „Sollten sich diesbezüglich Zweifel ergeben, könnten jederzeit die entsprechenden wissenschaftlichen Gremien (wie zB der Oberste Sanitätsrat oder ein medizinisches Fakultätsgutachten) um Klärung ersucht werden“⁹⁸⁰. Empfehlungen des OSR entfalten zwar auch in diesem Zusammenhang keine unmittelbare normative Bindungswirkung.⁹⁸¹ Hier kommt aufgrund der Einordnung der Methoden der Todesfeststellung als empirische Frage jedoch die Funktion der Empfehlungen als Ausdruck des aktuellen Erkenntnisstandes iS eines antizipierten Sachverständigengutachtens zum Tragen.⁹⁸² Die Empfehlungen zur Todesfeststellung haben somit aufgrund ihrer Aktualität, der Bedeutung des erlassenden Gremiums und der ausdrücklichen Bezugnahme in

⁹⁷⁵ Zur Dauer der Zeitspanne zwischen Herz-Kreislaufstillstand und Hirntod vgl unten S 163 f.

⁹⁷⁶ Vgl mwN Moos in Höpfel/Ratz, WK² Vor §§ 75–79 StGB Rz 52 und 54.

⁹⁷⁷ Kopetzki, Organgewinnung 182 f; Oduncu in Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG Einl Rz 77 sowie die Nachweise in FN 929.

⁹⁷⁸ Birnbacher in Ach/Quante 51 f.

⁹⁷⁹ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4.

⁹⁸⁰ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4.

⁹⁸¹ So auch Kopetzki in Kröll/Schaupp 45. Zur fehlenden normativen Qualität der Empfehlungen des OSR vgl auch oben S 157.

⁹⁸² Vgl Kopetzki in Kröll/Schaupp 45 f.

den Materialien eine erhebliche Indizwirkung für sich und entfalten im Wege der berufsrechtlichen Bindung an die „leges artis“ eine mittelbare rechtliche Erheblichkeit für die ärztliche Praxis.⁹⁸³ Die Einhaltung der Empfehlung führt grds zur Verneinung einer Fahrlässigkeit und schließt somit (straf)rechtliche Folgen aus.⁹⁸⁴

Mit dem Verzicht auf eine verbindliche Normierung von Verfahren der Todesfeststellung und dem Verweis auf den jeweiligen Stand der Wissenschaft hat der Gesetzgeber ermöglicht, den medizinischen Fortschritt berücksichtigen zu können, ohne eine Gesetzesänderung vornehmen zu müssen.⁹⁸⁵ Dadurch konnte einerseits die Empfehlung zur („klassischen“) Hirntoddiagnostik durch Aktualisierungen an neue wissenschaftliche Erkenntnisse angepasst werden und andererseits im Jahr 2013 mit der Empfehlung zur Todesfeststellung nach Hirntod durch Kreislaufstillstand auch eine neue (wenn auch bereits seit langer Zeit praktizierte) Art der Todesfeststellung verankert werden.⁹⁸⁶ Durch die Erstellung der letztgenannten Empfehlung wurde diese Art der Todesfeststellung nicht iS einer verbindlichen Festlegung „neu geschaffen“, sondern lediglich von einem Expertengremium als (nach deren Auffassung) dem Stand der Wissenschaft entsprechend anerkannt.

Aus rechtlicher Sicht scheinen auch keine guten Gründe ersichtlich, warum eine Organentnahme von Spendern ohne aufrechtes Herzkreislaufsystem (NHBD) unzulässig sein sollte: Zwar schließt das geltende Hirntodkonzept aus, den Herz-Kreislauf-Stillstand *für sich genommen* als Tod iSd OTPG zu deuten.⁹⁸⁷ Auch bei NHBD wird jedoch auf das dem § 5 Abs 2 OTPG zugrunde liegende Kriterium des Hirntodes abgestellt und nicht etwa ein zweiter Todesbegriff formuliert. Bei der Frage nach der Zulässigkeit von NHBD geht es also gerade *nicht* um die Zulassung eines neuen, abweichenden Todesbegriffs,⁹⁸⁸ sondern ausschließlich darum, ob zum Nachweis des Todesbegriffs „Hirntod“ in jedem Fall das bisher übliche Verfahren der Hirntoddiagnostik durchgeführt werden muss oder ob (allenfalls unter zusätzlichen Prämissen) aus dem Befund des Herz-Kreislauf-Stillstandes während eines gewissen Zeitraumes auf das Vorliegen des Hirntodes geschlossen werden

⁹⁸³ Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 46; *ders* in *Schwarz/Kröll/List* 234; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 177; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.2.

⁹⁸⁴ *Bruckmüller* in *Körtner/Kopetzki/Müller* 60.

⁹⁸⁵ Vgl *Haslinger*, Hirntodfeststellung ohne Eingriffszustimmung? RdM 2005/51, 77 (77).

⁹⁸⁶ Zum Inhalt der beiden Empfehlungen vgl näher oben S 14 ff.

⁹⁸⁷ *Kopetzki*, *imago hominis* 1998, 49.

⁹⁸⁸ So jedoch mE verfehlt zB *Höfling/Rixen* in *Höfling*, TPG² § 3 Rz 8; *Janczak*, Postmortale Organspende 44 f.

darf.⁹⁸⁹ Eine Fixierung auf eine bestimmte Methode der Todesfeststellung wollte der Gesetzgeber eben gerade nicht vornehmen. So kann bspw auch nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass vor einer Entnahme von Gehörknöchelchen an einem pathologischen Institut der Hirntod nicht gesondert mittels Hirntoddiagnostik festgestellt werden muss, wenn bereits später auftretende äußerlich sichtbare Todeszeichen (wie etwa die Leichenstarre) vorliegen, die den zuvor eingetretenen Hirntod zwingend voraussetzen.⁹⁹⁰ Durch die Etablierung neuer Formen der Todesfeststellung darf es lediglich nicht zu einer Umdeutung des normativen Todeskriteriums und somit „zu keiner über die Gruppe der hirntoten Patienten hinausgehenden Erweiterung des Spenderkreises kommen“.⁹⁹¹

Kritik an der Empfehlung zur Todesfeststellung nach Hirntod durch Kreislaufstillstand (die nicht bereits den Hirntodbegriff als solchen betrifft) kann allenfalls dahingehend relevant sein, als die enthaltene medizinisch-wissenschaftliche Aussage für falsch oder zumindest zweifelhaft erachtet wird, dass die Feststellung des Kreislaufstillstandes (über invasive Blutdruckmessung oder mittels Echokardiographie bei einer Körpertemperatur von mindestens 34 Grad), die Einhaltung einer Beobachtungszeit von 10 Minuten ohne Reanimationsmaßnahmen und die Durchführung einer anschließenden klinischen Untersuchung den verlässlichen Schluss auf den Hirntod zulassen.⁹⁹²

Wenn es – was nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft wohl der Fall zu sein scheint⁹⁹³ – hingegen als medizinisch-empirische Tatsache angesehen werden kann, dass nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne nach Eintritt des Herzstillstandes der Gesamthirntod eintritt, steht Organentnahmen nach Ablauf dieser Zeitspanne auch *ohne* gesonderten Hirntodnachweis im bisher üblichen Verfahren aus rechtlicher Sicht nichts entgegen.⁹⁹⁴ Wie lange eine allfällige „Wartefrist“ zu dauern hat, ist dabei an jeweils verfügbaren medizinisch-wissenschaftlichen Erfahrungswerten zu bestimmen.⁹⁹⁵ Die 10-Minuten Frist der Empfehlung des OSR stellt hierbei nur – aber immerhin – ein starkes Indiz dar. Die sonsti-

⁹⁸⁹ Kopetzki, *imago hominis* 1998, 49 f.

⁹⁹⁰ Kopetzki, *Organgewinnung* 194.

⁹⁹¹ Kopetzki, *imago hominis* 1998, 49.

⁹⁹² So etwa Höfling, *MedR* 2013, 411, der diesbezüglich von einer „nicht erhärteten Hypothese“ spricht, sowie die Mitteilung zur Organentnahme nach Herzstillstand der deutschen Bundesärztekammer.

⁹⁹³ So etwa Bonelli, *imago hominis* 1998, 40; Auner/Bonelli/Lenz et al, *imago hominis* 1998, 27; Pokorny et al, *imago hominis* 1998, 33.

⁹⁹⁴ Vgl Kopetzki, *imago hominis* 1998, 50 f.

⁹⁹⁵ Vgl Kopetzki, *imago hominis* 1998, 51.

gen Angaben bewegen sich idR in einem Rahmen von 3 bis 10 Minuten.⁹⁹⁶ Nach *Lenherr/Krones/Schwarz*⁹⁹⁷ geht die medizinische Wissenschaft von einem Funktionsausfall des Gehirns nach idR spätestens drei Minuten aus, sodass diese die vom OSR empfohlene dreifache Dauer der „no-touch-Phase“ von 10 Minuten bereits als „auf der absolut sicheren Seite“ einstufen.

Ein Schluss vom Herzstillstand auf den Hirntod ist weiters nur zulässig, soweit bei Vorliegen eines Herzstillstandes keine Pflicht zur Einleitung oder Fortsetzung einer Reanimation besteht, die den Eintritt des Hirntodes möglicherweise noch verhindern könnte.⁹⁹⁸ Selbstverständlich muss ein Behandlungsabbruch immer unabhängig von einer geplanten Organentnahme erfolgen. Die Fragen nach dem Zeitpunkt des zulässigen Reanimations- bzw. Behandlungsabbruches zum einen und der Zulässigkeit der Organentnahme zum anderen dürfen nicht vermischt werden: Während die Behandlungspflicht mit der Aussichtslosigkeit weiterer Maßnahmen und damit mit der Unausweichlichkeit des *künftigen* Todeseintritts endet, darf eine Organentnahme gem § 5 Abs 2 OTPG erst nach *tatsächlichem Eintritt* des Hirntodes erfolgen.⁹⁹⁹ Die bloße ex-ante Prognose, dass der Hirntod nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne ohnehin eintreten *wird*, ist für eine Organentnahme nicht ausreichend.¹⁰⁰⁰

Auch wenn an beiden in den Empfehlungen verankerten Methoden der Hirntodfeststellung zT Kritik geäußert wird,¹⁰⁰¹ ist zurzeit nicht davon auszugehen, dass „ein gewichtiger Teil der medizinischen Wissenschaft und Praxis die angewendeten Methoden für bedenklich hält“¹⁰⁰². Der Inhalt der beiden Empfehlungen zur Todesfeststellung gibt somit den momentanen Stand der Wissenschaft wieder. Ein Wandel der medizinischen Erkenntnisse

⁹⁹⁶ Vgl zB *Pape/Kurtz/Silbernagl*, Physiologie⁷ 956 f (7-10 Minuten); *Bonelli*, imago hominis 2013, 79 (8-10 Minuten); *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Stichwort „Ischämietoleranz“ (3-5 Minuten); *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² Vor §§ 75–79 StGB Rz 52 (3 bis maximal 6 Minuten).

⁹⁹⁷ *Lenherr/Krones/Schwarz* in *Kröll/Schaupp* 127.

⁹⁹⁸ Vgl *Kopetzki*, imago hominis 1998, 50 f. Wann dies der Fall ist, kann in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert werden. Vgl dazu mwN zB *Hanack*, Todeszeitbestimmung, Reanimation und Organtransplantation, in *Eser* (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 234 ff; *Lenz*, imago hominis 1998, 35 f; *Auner/Bonelli/Lenz* et al, imago hominis 1998, 28. Vgl mwN zum Behandlungsabbruch auch *Bruckmüller* in *Körtner/Kopetzki/Müller* 59.

⁹⁹⁹ Vgl *Kopetzki*, imago hominis 1998, 51; aA offenbar *Kalchschmid*, Organtransplantation 110.

¹⁰⁰⁰ Vgl *Kopetzki*, imago hominis 1998, 50. Auch der bloße Ablauf jener (kürzeren) Zeit, nach der der Herzstillstand behoben werden muss, um den Hirntod noch verhindern zu können (weil das Herz idR für einige Minuten nach dem Stillstand keine ausreichende Perfusion erzeugen kann), dürfte demnach nicht ausreichen. Vgl *Pape/Kurtz/Silbernagl*, Physiologie⁷ 957.

¹⁰⁰¹ Zu Kritik an der „klassischen Hirntoddiagnostik“ vgl mwN etwa *Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB Vor §§ 75-79 Rz 52; *Jox* in *Kröll/Schaupp* 85 f.

¹⁰⁰² Zu diesem Kriterium für das Ende der Einstufung einer Methode als fachgerecht mwN *Kopetzki* in *Pfeil* 16.

könnte hier, anders als bezüglich des normativen Todesbegriffs, jedoch zu einer abweichenden Beurteilung der zulässigen Methoden der Todesfeststellung führen.

I. Eingriffe während der „Schwebezeit“

Aus rechtlicher und medizinischer Sicht war lange Zeit umstritten, ob während der sog. „Schwebezeit“ – als dem Zeitraum zwischen der ersten klinischen Untersuchung und der endgültigen Verifikation des Gesamthirntodes bei erhaltenem Spenderkreislauf¹⁰⁰³ – körperliche Eingriffe vorgenommen werden dürfen.¹⁰⁰⁴ Dabei ging es zum einen um die Frage der Zulässigkeit der invasiven Entnahme von Gewebeproben zur Gewebetypisierung¹⁰⁰⁵ während der Schwebezeit und zum anderen um die Zulässigkeit der – eine Injektion von Kontrastmitteln voraussetzenden – zerebralen Angiographie als invasives Verfahren der Hirntoddiagnostik. Bei der zerebralen Angiographie werden die rechtlichen Bedenken verstärkt durch die Tatsache, dass diese selbst zu einer zusätzlichen Schädigung des Spenderorganismus führen kann.¹⁰⁰⁶

Den Fragen kommt aufgrund der veränderten Art der nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft empfohlenen Todesfeststellung heute nur mehr eine geringere Bedeutung zu: So verlangte das ursprüngliche Gutachten des OSR aus dem Jahre 1982 zur Feststellung des Hirntodes entsprechend dem damaligen Stand der Wissenschaft, dass der Hirntod mittels wiederholter EEG-Untersuchungen über eine Schwebezeit von 6 (bzw bei Kindern 12) Stunden festgestellt wird.¹⁰⁰⁷ Demgegenüber reicht nach der aktuellen Empfehlung eine 30-minütige EEG-Ableitung aus. Durch diese verkürzte Dauer der Schwebezeit hat sich auch das Bedürfnis nach einer Gewebetypisierung *während* dieses Zeitraums minimiert. Eine längere Schwebezeit ergibt sich entsprechend der aktuellen Empfehlung nur dann, wenn zur Feststellung des Hirntodes eine zweite klinische Untersuchung nach einem Beobachtungszeitraum von 12-72 Stunden durchgeführt werden muss, weil keine der ergänzenden Untersuchungen möglich ist. Die umstrittene Angiographie kommt zudem nur noch subsidiär dann zur Anwendung, wenn ein EEG nicht möglich ist und auch nicht stattdessen die mittlerweile anerkannten nicht-invasiven Methoden der ergänzenden Untersuchung

¹⁰⁰³ Bei NHB-Spendern fehlt es an einer vergleichbaren Zeitspanne von relevanter Dauer.

¹⁰⁰⁴ Vgl mit jeweils umfassenden Nachweisen zur medizinischen und rechtlichen Literatur ausführlich *Kopetzki*, Organgewinnung 195 ff.

¹⁰⁰⁵ Zur Zulässigkeit der Gewebsentnahme zu Zwecken der Typisierung aufgrund der Entnahmeerlaubnis des § 5 OTPG vgl oben S 123 f.

¹⁰⁰⁶ *Kopetzki*, Organgewinnung 191 und 196.

¹⁰⁰⁷ Vgl dazu mwN *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² Vor §§ 75–79 StGB Rz 56.

zum Nachweis des zerebralen Kreislaufstillstandes (transkranielle Dopplersonographie und farbcodierte Duplex-Sonographie) zum Einsatz kommen.¹⁰⁰⁸ Die grundlegende Frage nach der Zulässigkeit von invasiven Eingriffen zwischen dem ersten und dem letzten nach dem Stand der Wissenschaft notwendigen Schritt der Hirntoddiagnostik bei erhaltenem Spen-derkreislauf bleibt jedoch bestehen.

Die Auffassung von *Steinbereithner, Holczabek* und *Pateisky*, wonach die Schwebezeit als Beweisfrist nicht als Lebenszeit, sondern als „Verifikationsfrist“ anzusehen ist, wodurch Eingriffe während dieser Zeit als unbedenklich anzusehen wären,¹⁰⁰⁹ kann mE nicht überzeugen.¹⁰¹⁰ Auch während der Schwebezeit lebt der Mensch im rechtlichen Sinn noch, da vor dem letzten notwendigen Schritt der Hirntoddiagnose der Hirntod eben gerade noch nicht entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft *feststeht*. Insofern kommt der Schwebezeit keine eigene rechtliche Bedeutung zu, sondern stellt sich vielmehr allgemein die Frage, ob – und wenn ja welche – Eingriffe am Lebenden zur Vorbereitung einer Organentnahme zulässig sind.¹⁰¹¹

Als körperlich invasive Eingriffe ohne medizinische Indikation würden sowohl die Angiographie als auch die (Blut- bzw) Gewebsentnahme am Lebenden zur Rechtfertigung der Körperverletzung grds einer wirksam erklärten Einwilligung (§ 90 StGB) bedürfen.¹⁰¹² Die Erteilung einer solchen Einwilligung könnte nur im Zusammenhang mit einer Einwilligung in die Organentnahme erwartet werden. Gerade das Fehlen des Erfordernisses der Einwilligung ist jedoch Merkmal der in Österreich geltenden Widerspruchslösung, sodass eine Rechtfertigung mittels Einwilligung idR ausscheidet.¹⁰¹³

Auch eine Berufung auf rechtfertigenden Notstand scheidet aus. Voraussetzung hierfür wäre das Vorliegen eines unmittelbar drohenden bedeutsamen Nachteils für ein Individual-

¹⁰⁰⁸ Zum Inhalt der aktuellen Empfehlung vgl oben S 15 f sowie dazu aus medizinischer Sicht *Schwarz/Errath/Köber/Grims* in *Kröll/Schaupp* 57 ff. Die in der Empfehlung aus dem Jahr 2005 enthaltene Einschränkung, wonach „die cerebrale Panangiographie nur im Zuge der Behandlung eines Patienten zu dessen Nutzen“ angewendet werden darf (vgl dazu *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.2), findet sich in der aktuellen Empfehlung hingegen nicht mehr.

¹⁰⁰⁹ So übereinstimmend *Steinbereithner/Holczabek/Pateisky*, Diskussionsbeiträge zur Sitzung der Österreichischen Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie vom 29. 3. 1973 zur Bestimmung des Todeszeitpunktes im Hinblick auf die Organtransplantation, *ÖJZ* 1973, 349 (350 f).

¹⁰¹⁰ Gegen einen solchen Versuch der Rechtfertigung auch *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.2. Für eine umfassende kritische Auseinandersetzung mit der Frage der Zuordnung der Schwebezeit zur Lebens- oder zur Todeszeit vgl mwN *Kopetzki*, *Organgewinnung* 201 ff.

¹⁰¹¹ Vgl *Kopetzki*, *Organgewinnung* 197 f.

¹⁰¹² Vgl *Kopetzki* in *Schwarz/Kröll/List* 235.

¹⁰¹³ Vgl *Haslinger*, *RdM* 2005/51, 79.

rechtsgut, der nicht anders als durch das eingesetzte Mittel abwendbar ist. Zudem müsste das gerettete Rechtsgut gegenüber dem durch die Rettungshandlung beeinträchtigten Rechtsgut eindeutig höherwertig und die Rettungshandlung ein angemessenes Mittel der Gefahrenabwehr sein.¹⁰¹⁴ Zwar mag eine Notstandssituation vorliegen, wenn sich eine unmittelbar drohende, bedeutsame Gefahr für das Leben des Organempfängers nur durch einen Eingriff in Rechtsgüter des Organspenders abwehren ließe. Soweit es um die Zulässigkeit der zerebralen Angiographie geht, scheidet rechtfertigender Notstand jedoch nach von manchen Autoren vertretener Auffassung schon deshalb aus, weil die Angiographie im Extremfall zum Herbeiführen des Hirntodes beitragen könne und die abzuwägenden Rechtsgüter des erlöschenden Lebens des Spenders und des zu rettenden Lebens des Organempfängers mangels Qualifizierbarkeit des Lebens als gleichwertig einzustufen seien.¹⁰¹⁵ Doch auch wenn man von einer bloß geringfügigen Gefährdungswahrscheinlichkeit des Lebens durch die Angiographie ausgeht, die nicht aus diesem Grund von vornherein einer Rechtfertigung entgegensteht,¹⁰¹⁶ muss eine Rechtfertigung im Ergebnis verneint werden. Denn selbst bei geringfügigen und ungefährlichen Eingriffen, wie der Gewebentnahme zur Typisierung, kommt eine Rechtfertigung mittels Notstand trotz Höherwertigkeit des zu rettenden Lebens gegenüber dem geringfügigen Eingriff in die körperliche Integrität mangels Angemessenheit nicht in Frage.¹⁰¹⁷ So schließt die hM selbst bei einer (ebenso geringfügigen und ungefährlichen) Blutabnahme gegen den Willen des Spenders zur Rettung eines Patienten aus einer unmittelbaren Lebensgefahr eine Berufung auf rechtfertigenden Notstand wegen Unangemessenheit aus, obwohl die Interessensabwägung für die Rettung des Lebens sprechen würde.¹⁰¹⁸ Dasselbe muss für die Gewebentnahme und umso mehr für die Angiographie gelten. Für dieses Ergebnis spricht zudem, dass die „Anwendung des ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes des rechtfertigenden Notstands“ ausscheiden soll, „wenn das Gesetz für die konkrete Rechts- oder Interessenkollision ohnedies eine ausdrückliche gesetzliche Regelung bereit hält und die zusätzliche Anwendung von Notstandsrecht dazu führen würde, die positiv-rechtliche Wertentscheidung“ (Zulässigkeit von Eingriffen in die Integrität des Organspenders zugunster der Lebensrettung des Emp-

¹⁰¹⁴ Zu diesen Elementen des rechtfertigenden Notstands statt vieler *Lewis* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² Nach § 3 StGB Rz 17 (Stand 1. 7. 2003, rdb.at).

¹⁰¹⁵ So etwa *Kopetzki*, Organengewinnung 199. Vgl dazu allgemein auch *Lewis* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB Rz 71 ff.

¹⁰¹⁶ Vgl *Lewis* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB Rz 74 und 89.

¹⁰¹⁷ Vgl mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 199 f; *Kalchschmid*, Organtransplantation 133.

¹⁰¹⁸ Vgl dazu mwN *Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch Nach § 3 StGB Rz 59 (Stand 10. Lfg, 4. 2004, lexisnexis.at); *Lewis* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB Rz 97 f.

fängers erst nach Feststellung des Todes) „zur Auflösung dieses Interessenkonflikts zu überspielen“.¹⁰¹⁹

Für die weitere Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit ist mE zwischen der Angiographie und sonstigen vorbereitenden Eingriffen zu unterscheiden: Zweifelsfrei zulässig wäre die Angiographie am Toten. Sofern die Untersuchungsmethode jedoch gerade zum Zweck des abschließenden Hirntodnachweises durchgeführt werden muss, ist genau jene Voraussetzung nicht erfüllt.¹⁰²⁰ Einen Ausweg aus diesem Dilemma kann hier mE § 5 OTPG selbst bieten. So erlaubt § 5 Abs 1 OTPG zwar eine *Organentnahme* nur von einem *Verstorbenen*, sodass hierin keine Rechtfertigung für eine Angiographie vor Feststellung des Todes zu erblicken ist.¹⁰²¹ Die damit verbundene Anordnung des § 5 Abs 2 OTPG, wonach eine Entnahme erst durchgeführt werden darf, wenn der eingetretene Tod (nach Maßgabe der medizinischen Wissenschaft) festgestellt wurde, setzt jedoch gleichzeitig die Zulässigkeit der Todesfeststellung mit dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Methoden voraus.¹⁰²² Es kann daher mit guten Gründen vertreten werden, dass § 5 OTPG eine implizite Erlaubnis der Durchführung einer Angiographie enthält, sofern eine solche zur sicheren Diagnostik *lege artis* notwendig ist.¹⁰²³

Eine vergleichbare Argumentation könnte auch zur vorbereitenden Gewebsentnahme zu Zwecken der Typisierung in Betracht kommen.¹⁰²⁴ So kann durch die frühestmögliche Gewebsentnahme noch vor Abschluss der Hirntoddiagnostik ohne Zweifel Zeit gewonnen werden.¹⁰²⁵ Anders als die Angiographie, die – bei Ausscheiden anderer Methoden – eine notwendige Voraussetzung für eine fachgerechte Hirntoddiagnostik und damit eine Organentnahme bei aufrechtem Spenderkreislauf darstellt, ist eine Gewebsentnahme aber weder Teil der notwendigen Todesfeststellung noch *zwingend* vor dieser durchzuführen. Durch die bestehende Möglichkeit der Intravitalkonservierung ist diese vielmehr auch noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich. Auch der Wortlaut des § 11 OTPG könnte gegen eine Zulässigkeit der Gewebsentnahme vor Feststellung des Hirntodes sprechen. Denn bei der

¹⁰¹⁹ Lewisch in Höpfel/Ratz, WK² Nach § 3 StGB Rz 28.

¹⁰²⁰ Vgl Kopetzki in Schwarz/Kröll/List 235.

¹⁰²¹ Eine Rechtfertigung durch die Entnahmeerlaubnis offen lassend Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.2.

¹⁰²² In diese Richtung argumentiert zunächst auch Haslinger, RdM 2005/51, 79, greift in weiterer Folge jedoch für die Begründung der Zulässigkeit die dargestellte Argumentation von Steinbereithner, Holczabek und Pateisky (FN 1009) auf.

¹⁰²³ AA Kalchschmid Organtransplantation 133.

¹⁰²⁴ In diese Richtung Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap I.21.3.4.5.

¹⁰²⁵ Vgl Mayrhofer in Brandstetter/Kopetzki 57.

Gewbestypisierung handelt es sich um eine Charakterisierung des Spenders iSd § 11 Abs 1 OTPG. Spender ist gemäß der Definition des § 3 Z 12 OTPG bei der Leichenspende aber erst der „Verstorbene“, also iSd OTPG der hirntote Spender.¹⁰²⁶

Diese Argumente lassen den Schluss zu, dass zwar invasive Methoden der Todesfeststellung zulässig sind, sofern sie zur gesicherten Diagnose notwendig sind.¹⁰²⁷ Sonstige invasive Eingriffe zu Zwecken der Typisierung wie insb die Gewebsentnahme sind hingegen erst nach Abschluss der Hirntoddiagnostik zulässig.¹⁰²⁸

J. Zulässigkeit der Intravitalkonservierung

Durch die künstliche Aufrechterhaltung bestimmter Körperfunktionen sowie die intensivmedizinische („organprotektive“) Behandlung¹⁰²⁹ nach Feststellung des Hirntodes kann die Funktion der Organe hirntoter Patienten zum Zweck der späteren Transplantation über einen bestimmten Zeitraum hinweg erhalten werden.¹⁰³⁰ § 5 OTPG trifft keine Aussage darüber, binnen welchem Zeitraum nach Eintritt bzw Feststellung des Hirntodes die Organentnahme erfolgen muss. Diesbezügliche Beschränkungen können sich, sofern man hirntote Spender mit aufrechem Kreislauf überhaupt als Leichen iSd Leichen- und Bestattungsrechts ansieht, aus den landesrechtlichen Regelungen des Bestattungsrechts,¹⁰³¹ zudem aus § 190 StGB¹⁰³² oder aus dem postmortalen Persönlichkeitsrecht ableiten.¹⁰³³ Die hM geht im Ergebnis zu Recht davon aus, dass die langanhaltende Aufrechterhaltung des Spenderkreislaufes allein zu Zwecken der Organkonservierung unzulässig ist.¹⁰³⁴ Zulässig muss aus teleologischen Gründen hingegen die Intravitalkonservierung über die zur Vorbe-

¹⁰²⁶ Dass die dem Empfängerschutz dienende Bestimmung des § 11 OTPG für sich genommen dazu führen kann, dass eine Gewbestypisierung zu einem früheren Zeitpunkt unzulässig ist, ist allerdings zu bezweifeln. Anderenfalls wäre nicht nur die Gewebsentnahme, sondern auch die Gewbestypisierung anhand von im Rahmen eines medizinischen Eingriffs entnommenen Proben vor Eintritt des Hirntodes unzulässig.

¹⁰²⁷ Nicht geleugnet kann die grundrechtliche Problematik werden, die dieses Ergebnis aufwirft. Vgl zur Möglichkeit der Rechtfertigung jedoch oben S 84.

¹⁰²⁸ So auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 90; *Hohmann*, Transplantationswesen 151; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 23. AA aus (rein) medizinisch und ethischer Sicht *Mayrhofer* in *Brandstetter/Kopetzki* 57.

¹⁰²⁹ ZB Substitution hormoneller Ausfälle, Temperaturregulation usw. Vgl dazu *Norba*, Rechtsfragen 71 sowie *Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Leitfaden Intensivtherapie potenzieller Organspender http://www.goeg.at/cxdata/media/download/4_intensivtherapie_16_1.pdf.

¹⁰³⁰ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 145; *Kalchschmid*, Organtransplantation 88; *Karpf*, Transplantationen 58.

¹⁰³¹ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 145 f; für einen Überblick über diesbezügliche Regelungen vgl zB *Mayer*, Umgang mit der Leiche 158.

¹⁰³² *Kopetzki*, Organgewinnung 146.

¹⁰³³ *MwN Kalchschmid*, Organtransplantation 88 f.

¹⁰³⁴ Vgl zB *Kalchschmid*, Organtransplantation 88 f; *Karpf*, Transplantationen 58.

reitung von Organtransplantationen (zB Gewebstypisierung) üblicherweise erforderliche Zeitdauer sein.

K. Organentnahme und Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen

Bei der Entnahme von Organen von HBD müssen auch *während* der Durchführung der Hirntoddiagnostik beim (definitionsgemäß noch lebenden) potenziellen Spender gewisse intensivmedizinische Maßnahmen fortgeführt werden, um die Funktionsfähigkeit der Organe zu erhalten.¹⁰³⁵ Hat nun ein Patient – etwa in Form einer Patientenverfügung – lebenserhaltende Maßnahmen wirksam abgelehnt, ohne auch einen Widerspruch zur Organentnahme erklärt zu haben, stellt sich die Frage, wie sich eine solche Ablehnung auf die Entnahmeerlaubnis nach § 5 OTPG auswirkt.¹⁰³⁶ In der bloßen Behandlungsablehnung kann jedenfalls kein gültiger Widerspruch iSd § 5 Abs 1 OTPG erblickt werden, da ein solcher nur ausdrücklich – nicht jedoch implizit – erklärt werden kann.¹⁰³⁷

Die hier in Frage stehenden intensivmedizinischen Maßnahmen zielen nicht auf eine „Behandlung“ iS der längerfristigen Lebenserhaltung des Spenders ab, sondern stellen Maßnahmen zur Ermöglichung der Durchführung einer gesicherten Hirntodfeststellung bei aufrechter Kreislauf bzw zur Organerhaltung während des dafür notwendigen Zeitraums dar. Bedenkt man diesen Umstand, lassen teleologische Überlegungen den Schluss zu, dass diese kurzfristigen Maßnahmen mit der Intention einer behandlungsbegrenzenden Verfügung in vielen Fällen inhaltlich ohnehin vereinbar sein werden.¹⁰³⁸ Aber selbst dann, wenn (ausdrücklich) auch eine solche kurzfristige Maßnahme während der Todesfeststellung untersagt werden sollte, legitimiert die gesetzliche Erlaubnis des § 5 OTPG mE nicht nur zur Hirntoddiagnostik selbst, sondern auch zur damit zwingend verbundenen, zeitlich eng begrenzten, intensivmedizinischen Behandlung und entzieht diese insofern der Verfü-

¹⁰³⁵ Vgl *Lipp*, Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung und Organspendeerklärung, notar 2014, 111 (114).

¹⁰³⁶ Vgl zum Verhältnis zwischen therapiebegrenzenden Voraussetzungen und der Zulässigkeit von Organentnahmen nach deutschem Recht (das in wesentlichen Punkten – insb Einwilligungslösung, Unzulässigkeit der Organentnahme von NHBD – von der Rechtslage in Österreich abweicht) *Bundesärztekammer*, Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung, DÄBl 2013, Heft 12, A-572 ff sowie darauf verweisend *Bundesärztekammer*, Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer: Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, DÄBl 2013, Heft 33-34, A-1580 ff; außerdem *Verrel*, Patientenverfügung, Therapiebegrenzung und Organspende, GuP 2012, 121 ff sowie *Lipp*, notar 2014, 111 ff.

¹⁰³⁷ Dazu oben S 134 f.

¹⁰³⁸ Vgl *Verrel*, GuP 2012, 122.

gungsmacht des Spenders.¹⁰³⁹ Eine längerfristige Aufrechterhaltung intensivmedizinischer Maßnahmen gegen den wirksam erklärten Willen des lebenden Spenders – etwa in Hinblick auf einen prognostizierten, erst noch abzuwartenden Hirntod – ist hingegen nicht durch § 5 OTPG zu rechtfertigen.¹⁰⁴⁰

Auch wenn man die Zulässigkeit intensivmedizinischer Maßnahmen entgegen der hier vertretenen Meinung verneint, kommt in der obigen Konstellation – anders als in Deutschland – immer noch eine Entnahme nach Hirntod durch Herzkreislaufstillstand in Frage, bei der sich kein Konflikt mit einer Ablehnung „lebenserhaltender“ Maßnahmen ergibt.¹⁰⁴¹

L. Anforderungen an todesfeststellende Ärzte

§ 5 Abs 2 OTPG stellt zunächst persönliche Anforderungen an den todesfeststellenden Arzt. Dieser muss zur selbständigen Berufsausübung berechtigt sein („ius practicandi“). Ein interdisziplinär zusammengesetztes Ärzteteam, wie es medizinische Standards einheitlich fordern¹⁰⁴² und wie es auch in der Praxis regelmäßig zum Einsatz kommt¹⁰⁴³, oder auch nur das übereinstimmende Urteil mehrerer Ärzte,¹⁰⁴⁴ verlangt § 5 OTPG hingegen nicht explizit. Auch eine gewisse Facharztausbildung des todesfeststellenden Arztes schreibt das OTPG nicht vor. Immer dann, wenn zur Hirntodfeststellung entsprechend dem Stand der Wissenschaft Diagnoseverfahren anzuwenden sind, deren fachgerechte Durchführung die Beherrschung gewisser Untersuchungsmethoden voraussetzt, müssen die todesfeststellenden Ärzte aber schon aus berufsrechtlicher Sicht über die erforderlichen Kenntnisse und die Berechtigung zur Anwendung dieser Methoden verfügen.¹⁰⁴⁵ Erfordert etwa die fachgerechte Hirntodfeststellung die Einbindung eines Neurologen und eines Radiologen, dann ist deren Beiziehung auch aus rechtlicher Sicht notwendig.¹⁰⁴⁶

Zur Vermeidung von Interessenkonflikten und um der potenziellen Gefahr einer verfrühten Todesfeststellung zu begegnen,¹⁰⁴⁷ normiert § 5 Abs 2 OTPG in organisatorischer Hinsicht, dass der todesfeststellende Arzt weder die *Entnahme* noch die *Transplantation*

¹⁰³⁹ Zu den vergleichbaren Argumenten in Hinblick auf die Zulässigkeit der Angiographie vgl oben S 168.

¹⁰⁴⁰ Vgl *Verrel*, GuP 2012, 125.

¹⁰⁴¹ Vgl *Verrel*, GuP 2012, 121.

¹⁰⁴² Vgl mwN *Kopetzki*, Organengewinnung 192 FN 1.

¹⁰⁴³ Vgl *Kalchschmid*, Organtransplantation 124; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 24.

¹⁰⁴⁴ Vgl *Carstens*, Organtransplantation 94 f.

¹⁰⁴⁵ *Kopetzki*, Organengewinnung 193; *ders* in *Schwarz/Kröll/List* 236.

¹⁰⁴⁶ Vgl *Kopetzki* in *Schwarz/Kröll/List* 236.

¹⁰⁴⁷ Vgl mwN *Janczak*, Postmortale Organspende 88.

durchführen darf, noch sonst an diesen Eingriffen *beteiligt* oder durch sie *betroffen* sein darf.

Ausgeschlossen sind daher zunächst jedenfalls Ärzte, die an der unmittelbaren Durchführung der Entnahme oder Transplantation in einem Ärzteteam mitwirken,¹⁰⁴⁸ oder sonst an diesen (etwa im Rahmen der Operationsvorbereitungen)¹⁰⁴⁹ beteiligt sind.

Als Bsp für eine Betroffenheit in anderer Weise nennen die Materialien eine (verwandtschaftliche oder sonstige) persönliche Beziehung zur Person des Spenders oder des Empfängers. Außerdem geht der Gesetzgeber von einer Betroffenheit solcher Ärzte aus, die zu dem die Entnahme bzw die Transplantation durchführenden Arzt „in einem Verhältnis der Über- oder Unterordnung stehen“.¹⁰⁵⁰ Ausgeschlossen ist damit jedes hierarchische Verhältnis zwischen todesfeststellendem und entnehmendem oder transplantierendem Arzt unabhängig von einer faktisch erfolgten Weisungserteilung.¹⁰⁵¹ Die gemeinsame Unterordnung des todesfeststellenden und des entnehmenden bzw transplantierenden Arztes unter ein weisungsbefugtes Organ wird hingegen *de lege lata* nicht schaden.¹⁰⁵² Als weiteres Bsp wird in der Literatur die „interessenmäßige Verflechtung mit den entnehmenden oder transplantierenden Ärzten, zB durch die Teilnahme an einem gemeinsamen Forschungsprojekt“, genannt.¹⁰⁵³ Der Begriff der Betroffenheit ist insgesamt weit auszulegen¹⁰⁵⁴ und umfasst im Sinne eines Auffangtatbestandes alle „wie immer gearteten Interessen an einer Entnahme oder Transplantation“, die die „volle Objektivität bei der Feststellung des eingetretenen Todes beeinträchtigen könnten“¹⁰⁵⁵. Dass der den Tod feststellende Arzt *de lege lata* generell auch von jenem Arzt, der das EEG beurteilt, unabhängig sein muss, ist hingegen nicht ersichtlich.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁴⁸ Vgl ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4.

¹⁰⁴⁹ Kalchschmid/Barta in Barta/Kalchschmid/Kopetzki 25.

¹⁰⁵⁰ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4; vgl auch Carstens, Organtransplantation 94 („Wartet der leitende Arzt, der den Empfänger betreut, ungeduldig auf den Tod des Spenders, so erweckt es nicht gerade Vertrauen, wenn er seine Assistenten mit der Todesfeststellung beauftragt [...]“).

¹⁰⁵¹ Kopetzki in Schwarz/Kröll/List 236.

¹⁰⁵² Kopetzki, Organgewinnung 195 FN 10.

¹⁰⁵³ Kopetzki, Organgewinnung 194 f.

¹⁰⁵⁴ So auch Kopetzki in Schwarz/Kröll/List 236.

¹⁰⁵⁵ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3 f.

¹⁰⁵⁶ So jedoch Kalchschmid/Barta in Barta/Kalchschmid/Kopetzki 24.

Die dargestellten Beschränkungen beziehen sich dem Wortlaut gemäß lediglich auf den todesfeststellenden *Arzt*, nicht jedoch auf bei der Todesfeststellung mitwirkendes sonstiges medizinisches Personal.¹⁰⁵⁷

M. Ort der Todesfeststellung

Die im Wesentlichen den Voraussetzungen für gemeinnützige Krankenanstalten entsprechenden Anforderungen des § 5 Abs 3 OTPG an Entnahmeeinheiten gelten nicht auch für den Ort der Todesfeststellung.¹⁰⁵⁸ IdR werden sich Ort der Todesfeststellung und Ort der Organentnahme decken.¹⁰⁵⁹ Während die Organentnahme jedoch außerhalb einer Krankenanstalt, die die Voraussetzungen des § 5 Abs 3 OTPG erfüllt, nur durch ein mobiles Team einer solchen in einer anderen Krankenanstalt erfolgen darf, darf die Todesfeststellung bei Einhaltung des dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Diagnoseverfahrens auch außerhalb von gemeinnützigen Krankenanstalten durch jeden die persönlichen Voraussetzungen des § 5 Abs 2 OTPG erfüllenden Arzt erfolgen.

Durch den Einsatz sog „Hirntoddiagnostik-Teams“ soll sichergestellt werden, dass Todesfeststellungen auch an Orten möglich sind, die selbst nicht über die organisatorischen oder medizinischen Möglichkeiten für die Hirntoddiagnostik verfügen.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁷ Für eine Einbeziehung plädierend *Carstens*, Organtransplantation 94.

¹⁰⁵⁸ Vgl *Kopetzki* in *Schwarz/Kröll/List* 237. In Hinblick auf den verfolgten Zweck der Absicherung des Gewinnverbots scheint dies verwunderlich.

¹⁰⁵⁹ Eine Transferierung des Organspenders nach Feststellung des Hirntodes in ein anderes Entnahmekrankenhaus wird oft schon aus medizinischen Gründen ausscheiden und auch sonst von der Zustimmung der Angehörigen abhängen. Vgl dazu *Kopetzki*, Organgewinnung 160.

¹⁰⁶⁰ Auf die Problematik hinweisend bereits *Kopetzki*, Organgewinnung 159 f. Derzeit bestehen zwei mobile Hirntoddiagnostik-Teams: eines im AKH Wien für die Region Ost (Wien, Niederösterreich und Burgenland), ein weiteres wird von Ärzten und medizinisch-technischen Fachkräften der Krankenanstalten Landes-Nervenklinik Wagner-Jauregg, AKH Linz, Landeskrankenhaus Steyr und Salzkammergut-Klinikum Vöcklabruck betreut und ist für den Raum Oberösterreich zuständig (Transplant-Jahresbericht 2014, 82). Vgl auch *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.3.2.2.

III. Organentnahme vom Lebendspender

Die §§ 62a ff KAKuG aF enthielten lediglich gesetzliche Vorgaben für die Organentnahme von Verstorbenen. Die Lebendspende von Organen¹⁰⁶¹ war hingegen bis zum Inkrafttreten des OTPG nicht explizit geregelt. Ihre grds Zulässigkeit wurde jedoch vom Gesetzgeber vorausgesetzt.¹⁰⁶² Mangels spezifischer Vorschriften wurden die Voraussetzungen für eine Organentnahme vom Lebenden anhand der von der zivil- und strafrechtlichen Lehre und Rsp entwickelten allgemeinen Kriterien für die Zulässigkeit medizinischer Eingriffe beurteilt.¹⁰⁶³

Mit den §§ 8 f OTPG wurden nun erstmals spezifische gesetzliche Regelungen für die Lebendspende geschaffen. Diese positivieren weitgehend jene Entnahmevoraussetzungen, die sich inhaltlich schon bisher aus allgemeinem Zivil- und Strafrecht ergaben. Darüber hinaus werden gewisse Anforderungen verschärft, neu geschaffen oder auch abweichend von der bisherigen hL verankert.¹⁰⁶⁴

A. Einwilligung und ihre Grenzen

Die Organentnahme vom Lebendspender zur allogenen Übertragung stellt idR einen nicht indizierten, ausschließlich fremdnützigen Eingriff in die körperliche Integrität und damit sowohl eine Körperverletzung iSd §§ 83 ff StGB¹⁰⁶⁵ als auch iSd weiteren Begriffs der §§ 1325 ff ABGB¹⁰⁶⁶ dar.¹⁰⁶⁷ Daher war schon bisher unumstritten, dass zur Rechtferti-

¹⁰⁶¹ Die Voraussetzungen für die Entnahme von Zellen und Geweben von Lebendspendern waren hingegen seit dessen Inkrafttreten im Jahr 2008 (BGBl I 2008/49) im GSG geregelt.

¹⁰⁶² *Kopetzki*, Organengewinnung 250; *Kalchschmid*, Organtransplantation 183. Vgl auf die Lebendorganspende bezugnehmend etwa bereits § 120 Abs 2 ASVG idF BGBl 1973/31.

¹⁰⁶³ Vgl etwa *Kopetzki*, Organengewinnung 250; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 32; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.1; *Heissenberger*, RdM 2013, 51.

¹⁰⁶⁴ Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 46 f.

¹⁰⁶⁵ Vgl statt vieler mwN *Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 83 StGB Rz 31 (Stand 1. 7. 2015, rdb.at); *Messner* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 83 Rz 84 (Stand 18. Lfg, 5. 2008, lexisnexis.at); *Tipold*, Die strafrechtliche Verantwortung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap II.2.3 und II.2.3.1 (Stand 11. 2015, rdb.at); *Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner*, Nierentransplantation unter eineiigen Zwillingen im Alter von 13 Jahren, RdM 2009/4, 10 (12).

¹⁰⁶⁶ *Kalchschmid*, Organtransplantation 186 f; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 1325 ABGB Rz 1 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at). Nach der – nicht unumstrittenen – „Körperverletzungsdoktrin“ des OGH stellt selbst der medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität durch einen Arzt eine rechtswidrige Körperverletzung iSd §§ 1325 ff ABGB dar. Vgl dazu etwa *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 1299 ABGB Rz 23a ff (Stand 1. 1. 2007, rdb.at); *Kletečka*, Zivil-

gung dieses Eingriffs (mangels sonstiger Rechtfertigungsgründe¹⁰⁶⁸) die Einwilligung des Spenders iSd § 90 StGB notwendig ist.¹⁰⁶⁹

Als primäre Rechtsgrundlage für Anforderungen an eine Einwilligung in die Organentnahme vom Lebendspender ist nun § 8 OTPG heranzuziehen. Dieser verankert das Einwilligungserfordernis explizit und stellt Mindestanforderungen für eine Einwilligung auf. Soweit sich aus dem OTPG keine spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen ergeben, sind zusätzlich weiterhin zivil- und strafrechtliche Grundsätze miteinzubeziehen.¹⁰⁷⁰ So verweisen auch die Erläuterungen zu § 8 OTPG hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der Einwilligung des Spenders auf die allgemeinen Regelungen des Zivilrechts.¹⁰⁷¹ Zudem decken sich die normierten Vorgaben über weite Teile wörtlich mit jenen des GSG für die Spende von Zellen und Geweben, sodass ergänzend auf die diesbezügliche Lehre¹⁰⁷² zurückgegriffen werden kann.

Zunächst sollen die Anforderungen an eine gültige Einwilligung in eine medizinisch nicht indizierte Organentnahme vom Lebenden zum Zweck der allogenen Übertragung als Regelfall der Lebendorganspende aufgezeigt werden. Anschließend wird auf Besonderheiten einer medizinisch indizierten Organentnahme hingewiesen.

1. Einwilligungsumfang

Die Entnahme darf nur durchgeführt werden, wenn der Spender seine Einwilligung „zur Entnahme und Testung sowie zur weiteren Verwendung des Organs“ erteilt hat (§ 8 Abs 3 OTPG). Die Einwilligung muss sich somit nicht nur auf die Entnahme selbst, sondern zugleich immer auch auf diagnostische Maßnahmen der Testung und die weitere Verwen-

rechtliche Haftung (Schadenersatz) in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap II.1.2.3 (Stand 3. 2015, rdb.at); mwN *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² (2005) 8 f.

¹⁰⁶⁷ Für einen Überblick über die zivil- und strafrechtliche Lehre und Rsp vgl *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 175 f.

¹⁰⁶⁸ Eine Berufung auf rechtfertigenden Notstand scheidet hier jedenfalls aus. Vgl dazu mwN *Kopetzki*, *Organgewinnung* 251.

¹⁰⁶⁹ Vgl statt vieler *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 90 StGB Rz 125 (Stand 1. 12. 2003, rdb.at); *Rieder*, *ÖJZ* 1978, 115; *Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner*, RdM 2009/4, 12; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.1; *Kopetzki*, *Organgewinnung* 250 f; *Kalchschmid*, *Organtransplantation* 185 ff; *Stellamor/Steiner*, *Arztrecht* I 205.

¹⁰⁷⁰ Für einen Überblick über die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung vgl *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 176 ff.

¹⁰⁷¹ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5. Auch wenn lediglich auf zivil-, nicht hingegen auf strafrechtliche Grundsätze explizit verwiesen wird, sind auch letztere für die Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung ergänzend heranzuziehen.

¹⁰⁷² Vgl insb mwN *Polster*, *Gewebesicherheitsrecht* 109 ff; *Leischner* in *Kopetzki* 176 ff.

dung¹⁰⁷³ des Organs beziehen. Die Einwilligung gem § 8 Abs 3 OTPG kann hingegen idR nicht zugleich als die Datenverwendung legitimierende Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSGVO 2000 dienen.¹⁰⁷⁴

2. Einwilligungsfähigkeit und Möglichkeit vertretungsweiser Einwilligung

a) Allgemeines

Um einer Organentnahme rechtswirksam zustimmen zu können, muss der Spender einwilligungsfähig sein. Für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit in eine medizinische Behandlung ist nach heute völlig herrschender (zivil- und strafrechtlicher) Lehre grds auf die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit abzustellen.¹⁰⁷⁵ Eine starre Altersgrenze oder die Bestellung eines Sachwalters sind für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit (anders als bei der generellen Geschäftsfähigkeit) nicht erheblich. Die in den §§ 173 und 283 ABGB aufgestellten Grundsätze für die Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf medizinische Behandlungen gelten nicht nur für indizierte Heilbehandlungen. Vielmehr sind auch alle nicht indizierten oder fremdnützigen medizinischen Eingriffe und damit auch Lebendorganspenden erfasst.¹⁰⁷⁶ Auch die Bezugnahme der Erläuterungen auf die Regelungen betreffend die Geschäftsfähigkeit¹⁰⁷⁷ vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷³ Die Einwilligung in die weitere Verwendung ist zwar nicht strafrechtlich, jedoch zivil- und datenschutzrechtlich geboten. Vgl dazu mwN *Leischner* in *Kopetzki* 180 f; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 115 sowie *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 136.

¹⁰⁷⁴ Eine datenschutzrechtliche Zustimmung zur Erhebung und Übermittlung von Daten würde eine vorherige Aufklärung über die Sachlage und die konkreten Umstände der jeweiligen Datenverwendung, insb die konkreten Datenempfänger und die genauen Verarbeitungszwecke, voraussetzen. Die bloße Aufklärung über Maßnahmen zum Schutz der Spenderdaten gem § 8 Abs 3 OTPG reicht für eine gültige Zustimmung zur Datenverwendung nicht aus (vgl *Lehner* in *Kopetzki* 253 f). Sofern sensible (Gesundheits-)Daten betroffen sind, hat eine Zustimmung zur Verwendung darüber hinaus immer ausdrücklich zu erfolgen (§ 9 Z 6 DSGVO 2000), sodass eine konkludente Einwilligung im Rahmen der Einwilligung in die Organentnahme auch aus diesem Grund ausscheidet. Vorsichtig für die grds Möglichkeit der Annahme einer konkludenten Zustimmung (zumindest zur Datenerhebung) *Leischner* in *Kopetzki* 206 sowie *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 148 f. Vgl zu datenschutzrechtlichen Aspekten der Organtransplantation auch unten S 259 ff.

¹⁰⁷⁵ Statt vieler mwN *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 3; *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB Rz 10 ff; *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 32 ff.

¹⁰⁷⁶ Vgl ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 54 und ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 19; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 1; *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} § 283 Rz 1 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at); *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB Rz 2 f; *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 173 und 210; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.1; *Kopetzki*, Organengewinnung 252; *Kalchschmid*, Organtransplantation 198 sowie 201; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 34; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 117; *Leischner* in *Kopetzki* 189 f.

¹⁰⁷⁷ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5.

¹⁰⁷⁸ Ebenfalls auf die Geschäftsfähigkeit abstellend *Füszl*, ÖZPR 2013, 27. Versteht man die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Teilaspekt der Geschäftsfähigkeit (vgl oben FN 764), ergibt sich insofern auch kein Widerspruch zur hL.

Das Kriterium der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist zudem nicht nur für die Einwilligung in die Entnahme selbst, sondern insgesamt für die Einwilligung in die Entnahme, Testung und weitere Verwendung gem § 8 Abs 3 OTPG anzuwenden.¹⁰⁷⁹

b) Minderjährige

Bei Minderjährigen wird die Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die Einwilligung in medizinische Behandlungen ab Vollendung des 14. Lebensjahres vermutet (vgl § 173 Abs 1 ABGB).¹⁰⁸⁰ Zwar sind die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit umso strenger, je schwerer der Eingriff ist,¹⁰⁸¹ und die Organlebenspende iSd OTPG ist regelmäßig als schwere Körperverletzung iSd § 84 StGB¹⁰⁸² bzw „schwerwiegende“ Behandlung iSd § 173 Abs 2 ABGB¹⁰⁸³ zu qualifizieren.¹⁰⁸⁴ Außerdem werden bei medizinischen Eingriffen abseits von Heilbehandlungen generell höhere Anforderungen an die konkrete Einwilligungsfähigkeit gestellt.¹⁰⁸⁵ Die bisherige hL ging dennoch mit guten Gründen davon aus, dass die Fähigkeit eines Minderjährigen zur Einwilligung in eine Organlebenspende nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist: Bei Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Hinblick auf die konkret geplante Entnahme wurde die Lebenspende (insb die Nierenspende) mit zusätzlicher Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gem § 173 Abs 2 ABGB¹⁰⁸⁶ auch vor Vollendung des 18. Lebensjahres (mitunter bereits vor Vollendung des 14. Lebensjahres¹⁰⁸⁷) als zulässig erachtet.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁷⁹ Für die Einwilligung in die weitere Verwendung sind zwar die §§ 173 und 283 ABGB für medizinische Behandlungen nicht unmittelbar anwendbar. Auch bei der Verfügung über abgetrennte Körpersubstanzen handelt es sich jedoch primär um einen Aspekt der persönlichkeitsrechtlichen Selbstbestimmung (vgl § 16 ABGB), sodass die besseren Gründe dafür sprechen, auch hier auf die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit (und nicht auf die für sachenrechtliche Verfügungen notwendige Geschäftsfähigkeit) abzustellen. Dazu mwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 128 ff; *Leischner* in *Kopetzki* 190.

¹⁰⁸⁰ Vgl dazu statt vieler *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB Rz 13; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 3.

¹⁰⁸¹ Vgl *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 3; *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.4.4.2.3.

¹⁰⁸² Vgl *Messner* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 84 Rz 31 ff (Stand 18. Lfg, 5. 2008, lexisnexis.at).

¹⁰⁸³ Vgl *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 5; *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB Rz 15; *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 185 f.

¹⁰⁸⁴ Vgl auch ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5.

¹⁰⁸⁵ *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 37 und 92.

¹⁰⁸⁶ Ob die zusätzliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters beim einwilligungsfähigen Minderjährigen ebenfalls der strikten Wohlbindung unterliegt und damit der Organlebenspende von Minderjährigen idR entgegensteht, ist strittig. Vgl dazu mwN *Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner*, RdM 2009/4, 13; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 124 f. Allgemein zum Charakter der Zustimmung gem § 173 Abs 2 ABGB mwN *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB Rz 17.

¹⁰⁸⁷ Diesbezüglich kritisch *Stormann* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar I⁴ § 146c ABGB Rz 18 (Stand 11. 2011, lexisnexis.at).

¹⁰⁸⁸ So mwN *Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner*, RdM 2009/4, 12 f; *Kopetzki*, Organgewinnung 252 f; *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 130. Restriktiver aber grds für den Ausnahmefall

Von diesem Verständnis abweichend normiert nun § 8 Abs 1 OTPG ausdrücklich ein *generelles* Verbot der Lebendorganspende „von Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben“. ¹⁰⁸⁹ Der Gesetzgeber unterstellt hier – entgegen der bisherigen hM – pauschal, dass Minderjährigen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit hinsichtlich Lebendorganspenden fehlt. Davon, dass § 8 Abs 1 OTPG dies lediglich „dem allgemeinen Zivilrecht entsprechend“ klarstellt, wie es die Erläuterungen glauben lassen wollen, ¹⁰⁹⁰ kann daher keine Rede sein. ¹⁰⁹¹ Auch weitere Überlegungen hinsichtlich der Zulässigkeit der vertretungsweisen Einwilligung in die Organentnahme von Minderjährigen ¹⁰⁹² erübrigen sich, da § 8 Abs 1 OTPG nicht etwa bloß Minderjährigen die Fähigkeit zur Einwilligung in die Organspende abspricht, sondern eine Organspende *von* Personen unter 18 Jahren generell für unzulässig erklärt. ¹⁰⁹³ Der absolute Ausschluss Minderjähriger von der Möglichkeit der Lebendorganspende, der keine abweichende Beurteilung und damit auch kein Abstellen auf die tatsächlichen Fähigkeiten des Minderjährigen im Einzelfall zulässt, steht dabei aus verfassungsrechtlicher Sicht in einem rechtfertigungsbedürftigem Spannungsverhältnis zum Recht auf Ausübung des Selbstbestimmungsrechts über die eigene körperliche Integrität gem Art 8 EMRK. ¹⁰⁹⁴

zustimmend *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 124 f. Für die Möglichkeit einer Einwilligung in eine fremdnützige Organentnahme durch Minderjährige unter strengen Voraussetzungen auch *Aigner*, Organersatz – Ökonomie und Allokation, RdM 2008/64, 100 (104) sowie diesem folgend (anders als noch in der Voraufgabe) *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 146c ABGB Rz 18.

¹⁰⁸⁹ Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 47; *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB Rz 18. Einen vergleichbaren Ausschluss Minderjähriger enthält auch § 6 Abs 1 BSV. Zu ähnlichen Beschränkungen im europäischen Vergleich siehe *Gutmann/Schroth*, Organlebenspende in Europa (2002) 55 ff.

¹⁰⁹⁰ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5. Entgegen der nach den Erläuterungen verfolgten Intention des Gesetzgebers, *kein* von den Regelungen des Zivilrechts abweichendes Sonderzivilrecht schaffen zu wollen, ist genau dies durch die Normierung der starren Altersgrenze von 18 Jahren geschehen.

¹⁰⁹¹ So auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 47 FN 42.

¹⁰⁹² Die Möglichkeit einer vertretungsweisen Einwilligung gesetzlicher Vertreter in Organspenden Einwilligungsunfähiger (Minderjähriger und auch Erwachsener) wurde bereits bisher zu Recht abgelehnt. Vgl etwa *Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner*, RdM 2009/4, 12; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.4; *Rieder*, ÖJZ 1978, 115; *Kopetzki*, Organgewinnung 253; *Kalchschmid*, Organtransplantation 200; *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 146c ABGB Rz 18; *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 130. Für Überlegungen zur Zulässigkeit in Hinblick auf die Spende regenerierbarer Gewebe vgl mwN *Aigner*, Einwilligung Minderjähriger in eine Knochenmarkspende, RdM 1998, 144; kritisch *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.4. Für einen Überblick über den Meinungsstand vgl auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 122 f; *Leischner* in *Kopetzki* 192 f.

¹⁰⁹³ So im Ergebnis auch *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB Rz 18.

¹⁰⁹⁴ Dazu ausführlich oben S 95 ff. Zur vergleichbaren deutschen Rechtslage vgl etwa *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 20.

c) Erwachsene

Mangels spezifischer Vorschriften im OTPG ist die Fähigkeit erwachsener Personen zur Einwilligung in die Organentnahme wie bisher allein anhand der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu beurteilen. Die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung eines Erwachsenen hängt somit davon ab, ob dieser in der Lage ist, die Bedeutung des konkreten Eingriffs einschließlich seines Risikos und seiner Folgen zu erfassen und sein Verhalten danach zu bestimmen. Ist dies der Fall, hat – auch wenn ein Sachwalter bestellt ist (vgl § 283 Abs 1 ABGB) – allein der Erwachsene selbst die Einwilligung in die Organentnahme zu erteilen.¹⁰⁹⁵ Anders als nach § 173 ABGB bedarf es bei gegebener Einwilligungsfähigkeit eines Erwachsenen auch bei schwerwiegenden medizinischen Behandlungen niemals der Zustimmung des Sachwalters.¹⁰⁹⁶ Angesichts der Intensität des Eingriffs und dessen Fremdnützigkeit wird bei der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Lebendorganspende ein strenger Maßstab anzulegen sein.¹⁰⁹⁷

Ist der Erwachsene hingegen einwilligungsunfähig, stellt sich die Frage, ob eine vertretungsweise Einwilligung (durch einen Sachwalter, Vorsorgebevollmächtigten oder nahen Angehörigen) möglich ist.

Eine vertretungsweise Einwilligung in eine Organentnahme durch den Sachwalter scheidet aufgrund dessen Bindung an das Wohl des Vertretenen gem § 275 Abs 1 ABGB aus.¹⁰⁹⁸ Ob die Organentnahme im Wohl des Besachwalterten liegt, ist zwar nicht ausschließlich vom Vorliegen einer medizinischen Indikation abhängig, sondern sind iS eines „Gesamtwohls“ alle objektiven Vor- und Nachteile abzuwägen.¹⁰⁹⁹ Anders als für die Spende regenerierbarer *Gewebe* (zB Knochenmark)¹¹⁰⁰ kommt das ausnahmsweise Bejahen einer Vereinbarkeit mit dem Wohl des Vertretenen für den Fall einer besonderen gefühlsmäßi-

¹⁰⁹⁵ Vgl statt vieler *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 283 Rz 2; *Leischner* in *Kopetzki* 194. Zu den Kriterien der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit vgl auch bereits oben S 127.

¹⁰⁹⁶ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 179; *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 283 Rz 2; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 125; aA *Kalchschmid*, Organtransplantation 202.

¹⁰⁹⁷ So auch *Kopetzki*, Organgewinnung 253.

¹⁰⁹⁸ So etwa mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 253 f; *Kalchschmid*, Organtransplantation 202; *Rieder*, ÖJZ 1978, 115; *Leischner* in *Kopetzki* 195; *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 210; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.4. Vgl auch die weiteren Nachweise in FN 1092.

¹⁰⁹⁹ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 125 f sowie ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20. Zur Wohlbindung iZm medizinischen Behandlungen vgl allgemein *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 184.

¹¹⁰⁰ Vgl dazu mwN *Aigner*, RdM 1998, 144; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 126; *Leischner* in *Kopetzki* 195; *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht² 210; kritisch *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.4.

gen Bindung zum Empfänger (zB Geschwisterverhältnis) für *Organspenden* aufgrund der Schwere des damit verbundenen Eingriffs nicht in Frage.¹¹⁰¹

Ebenso scheidet eine Einwilligung durch vertretungsbefugte nächste Angehörige (§§ 284b ff ABGB) aufgrund deren Wohlbindung gem § 284e Abs 1 ABGB aus.¹¹⁰² Außerdem sind Lebendorganspenden gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit verbunden und daher von der Angehörigenvertretung ohnehin ausgeschlossen (§ 284b Abs 3 ABGB).¹¹⁰³

Eine Möglichkeit zur vertretungsweisen Einwilligung in eine Lebendorganspende eines einwilligungsunfähigen Erwachsenen eröffnet hingegen eine Vorsorgevollmacht gem §§ 284f ff ABGB.¹¹⁰⁴ Zur wirksamen Errichtung sind – da Organspenden regelmäßig mit schweren Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit iSd § 283 Abs 2 ABGB verbunden sind – die erhöhten Gültigkeitserfordernisse des § 284f Abs 3 ABGB zu beachten. Anders als Sachwalter oder vertretungsbefugte nächste Angehörige sind Vorsorgevollmächtigte in erster Linie an den feststellbaren Willen des Vertretenen gebunden, sodass sie auch in eine nicht im objektiven Wohl des Vertretenen liegende Organentnahme einwilligen können.¹¹⁰⁵ Ist jedoch – auch noch nach Verlust der Einwilligungsfähigkeit – eine Ablehnung der Spende durch den Vertretenen erkennbar, ist die Organentnahme unzulässig, da davon auszugehen ist, dass der die Entnahme ablehnende Wille dem Wohl des Vertretenen nicht weniger entspricht (vgl § 284h Abs 1 ABGB).¹¹⁰⁶

3. Aufklärung

Schon vor Inkrafttreten des OTPG konnte eine Pflicht zur medizinischen Aufklärung auch für Lebendorganspenden dem allgemeinen Zivil- und Strafrecht entnommen werden. Zum

¹¹⁰¹ Vgl Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner, RdM 2009/4, 12.

¹¹⁰² Vgl Polster, Gewebesicherheitsrecht 128; Leischner in Kopetzki 196.

¹¹⁰³ Vgl Barth/Kellner, Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger, in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 461 (480 f).

¹¹⁰⁴ So auch Leischner in Kopetzki 196; Polster, Gewebesicherheitsrecht 127. AA wegen der Einordnung der Einwilligung in die Organlebenspende als höchstpersönliches Recht Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap I.4.4.3.2 sowie Ganner, Vorsorgevollmacht, in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 345 (356). Warum eine Vorsorgevollmacht in Hinblick auf die Lebendorganspende ausgeschlossen sein sollte, obwohl die Einwilligung in schwerwiegende medizinische Behandlungen ausdrücklich als möglicher Gegenstand einer Vorsorgevollmacht verankert wurde (§ 284f Abs 3 ABGB), bleibt offen.

¹¹⁰⁵ Leischner in Kopetzki 196; Polster, Gewebesicherheitsrecht 127. Allgemein zum Verhältnis von Wohl und Wille im Zusammenhang mit der Vorsorgevollmacht mwN Ganner in Barth/Ganner, HB Sachwalterrecht² 368 ff.

¹¹⁰⁶ Vgl Leischner in Kopetzki 196; Polster, Gewebesicherheitsrecht 127.

einen setzt eine rechtswirksame Einwilligung in eine medizinische Behandlung grds eine zuvor erteilte (Selbstbestimmungs-) ¹¹⁰⁷Aufklärung voraus (Grundsatz des „informed consent“). ¹¹⁰⁸ Wird der Patient nicht ausreichend aufgeklärt, ist dessen Einwilligung nicht wirksam und der nicht indizierte medizinische Eingriff bleibt zivil- und strafrechtlich eine rechtswidrige Körperverletzung. Zum anderen ist die Aufklärungspflicht zivilrechtlich als vertragliche Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag anerkannt und zudem an mehreren Stellen gesetzlich normiert (zB ÄrzteG, KAKuG). ¹¹⁰⁹

Die Pflicht zur Aufklärung des *Lebendspenders* und ihr notwendiger Inhalt – nicht hingegen die Pflicht zur Aufklärung des *Organempfängers* – werden nun in § 8 Abs 3 OTPG spezialgesetzlich verankert und damit einer ausführlicheren Regelung zugeführt. Durch diese umfassende Aufklärungspflicht „soll sichergestellt werden, dass Personen nicht voreilig oder infolge unrichtiger medizinischer Einschätzung ihrer gesundheitlichen Situation Lebendspenden durchführen und dadurch ernste Risiken für ihre Gesundheit oder ihr Leben entstehen“. ¹¹¹⁰

Sofern dem OTPG keine bereichsspezifischen Vorgaben zu entnehmen sind, ist subsidiär weiterhin auf die von Rsp und Lehre entwickelten allgemeinen Grundsätze der Aufklärung ¹¹¹¹ sowie insb auf den bisherigen Meinungsstand zur Aufklärung für den Fall der Organlebendspende zurückzugreifen. ¹¹¹²

a) Gegenstand und Umfang der Aufklärung

§ 8 Abs 3 OTPG konkretisiert den notwendigen Aufklärungsinhalt. Demnach muss der Patient über

- die geplante Entnahme;
- deren Zweck, insb

¹¹⁰⁷ Zur Differenzierung zwischen der Selbstbestimmungsaufklärung und der sog Sicherungsaufklärung bzw therapeutischen Aufklärung vgl etwa *Memmer*, Aufklärung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.3.2 (Stand 3. 2015, rdb.at); *Juen*, Arzthaftung² 97 ff.

¹¹⁰⁸ Vgl statt vieler mwN *Kalchschmid*, Organtransplantation 187 f; *Carstens*, Organtransplantation 44; *Tipold* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap II.2.6.2 und II.2.3.2; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.1.

¹¹⁰⁹ Für einen Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Aufklärung vgl *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung (2003) 53 ff.

¹¹¹⁰ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5.

¹¹¹¹ Für einen Überblick vgl *Juen*, Arzthaftungsrecht² 95 ff; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.

¹¹¹² Vgl zB *Rieder*, ÖJZ 1978, 115; *Kalchschmid*, Organtransplantation 187 ff; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 35 f.

- den therapeutischen Zweck des entnommenen Organs,
 - den potenziellen Nutzen für den Empfänger sowie
 - die zu erwartenden Erfolgsaussichten;
 - die mit der Entnahme verbundenen Risiken und Folgen;
 - eventuell notwendige weitere Untersuchungen nach der Entnahme;
 - die durchzuführenden analytischen Tests und Folgen anomaler Befunde;
 - die Notwendigkeit regelmäßiger medizinischer Nachkontrollen;
 - Maßnahmen zum Schutz des Spenders und seiner Daten sowie
 - bestehende Verschwiegenheitspflichten
- aufgeklärt werden.

Die verpflichtende Aufklärung über die geplante Entnahme ist der sog. Verlaufsaufklärung zuzuordnen, die die notwendigen Informationen über den Entnahmeprozess (also Art, Wesen, Umfang und Schwere des geplanten Eingriffs sowie der damit verbundenen Belastungen und Folgen) inkl. einer notwendigen Anästhesie vermitteln soll.¹¹¹³ Die Aufklärung hat dabei insb. auch auf das Wesen der Organspende als fremdnützigen Eingriff ohne medizinischen Nutzen für den Spender hinzuweisen. Die vorgeschriebene Aufklärung über mit der Entnahme verbundene Risiken und Folgen („Risikoaufklärung“) soll dem Spender eine Vorstellung davon vermitteln, welche Komplikationen und (Spät-)Folgen „selbst dann auftreten können, wenn die Behandlung entsprechend den Regeln der medizinischen Wissenschaft und mit größter ärztlicher Sorgfalt durchgeführt wird“.¹¹¹⁴ Dies umfasst etwa die Aufklärung über das allgemeine Operations- und Narkoserisiko, spezifische Risiken der konkreten Operation, mögliche chirurgische und postoperative Komplikationen und allgemeine aus dem Verlust des Organs bzw. Organteils folgende Risiken bzw. Einschränkungen.¹¹¹⁵ Letzteres setzt auch die Vermittlung eines gewissen medizinischen Wissens über die Funktionsweise und Bedeutung des zu entnehmenden Organs für den Organismus voraus.¹¹¹⁶ Bei der Entnahme eines paarig angelegten Organs (zB Nieren) ist insb. auf Risiken hinzuweisen, die sonst durch die Paarigkeit des Organs weitgehend ausgeglichen werden.¹¹¹⁷ So ist bspw. auf den Umstand hinzuweisen, bei einer späteren Schädigung des ver-

¹¹¹³ Vgl. Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap. I.3.2.1.2.1; zum GSG Polster, Gewebesicherheitsrecht 140 f.

¹¹¹⁴ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap. I.3.2.1.3.

¹¹¹⁵ Vgl. Rieder, ÖJZ 1978, 115; Kalchschmid, Organtransplantation 215 f.; Carstens, Organtransplantation 50 f.; Augsberg in Höfling, TPG² § 8 Rz 77.

¹¹¹⁶ Vgl. Augsberg in Höfling, TPG² § 8 Rz 75; Carstens, Organtransplantation 48.

¹¹¹⁷ Carstens, Organtransplantation 50.

bleibenden Organs möglicherweise selbst auf eine Organspende angewiesen zu sein.¹¹¹⁸ Die Risikoaufklärung hat sowohl eingriffsspezifische Risiken als auch patientenspezifische Risiken (in der Person des Spenders liegende besondere Faktoren wie Alter, Gewicht, anatomische Regelwidrigkeiten, Vorschädigungen usw) zu umfassen.¹¹¹⁹

Aufgrund der Fremdnützigkeit der Organspende ergeben sich in Hinblick auf einige Aspekte der Aufklärung Besonderheiten: An die Stelle der Heilungschance (bzw bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen des sonstigen erhofften Erfolgs) für sich selbst tritt beim Organspender „die von ihm vorgenommene Zweckbestimmung“.¹¹²⁰ Im Anwendungsbereich des § 8 OTPG kommt als Zweck der Organentnahme lediglich die Transplantation des Organs in Betracht. Da der Nutzen der Organspende also nicht – wie im Rahmen medizinischer Behandlungen sonst üblich – beim Spender selbst, sondern beim Empfänger eintreten soll, hat sich auch die diesbezügliche Aufklärung auf den Empfänger zu beziehen. Aufklärungsinhalt gegenüber dem *Organspender* ist somit auch der therapeutische Zweck des Organs, dessen potenzieller Nutzen sowie die zu erwartenden Erfolgsaussichten des Eingriffs beim *Empfänger*.¹¹²¹ Nur wenn der Spender die Belastung und das Risiko durch die Entnahme für ihn selbst mit dem Nutzen für den Empfänger abwägen kann, kann er die Bedeutung der Entscheidung hinreichend erfassen.¹¹²² Sofern sich die Einwilligung auf einen bestimmten Organempfänger beziehen soll, ist über den konkret zu erwartenden Nutzen für den spezifischen Empfänger aufzuklären, anderenfalls sind durchschnittliche Erfolgswerte heranzuziehen.¹¹²³ Zudem ist der Spender auch über die Diagnose, die Dringlichkeit der Behandlung sowie alternative Behandlungsmöglichkeiten (zB Dialysebehandlung)¹¹²⁴ in Hinblick auf den Empfänger aufzuklären, um eine informierte Entscheidung unter Berücksichtigung aller Elemente zu ermöglichen.

Da die Einwilligung gem § 8 Abs 3 OTPG neben der Entnahme auch die Einwilligung zur Testung und weiteren Verwendung des Organs umfasst, muss auch die Aufklärung die durchzuführenden analytischen Tests und Folgen anomaler Befunde sowie allfällig notwendige weitere Untersuchungen *nach* der Entnahme umfassen. Eine Einwilligung gem

¹¹¹⁸ Vgl *Kalchschmid*, Organtransplantation 216.

¹¹¹⁹ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.2.1.3.2; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 141.

¹¹²⁰ *Carstens*, Organtransplantation 51.

¹¹²¹ So bereits vor der gesetzlichen Verankerung *Kopetzki*, Organgewinnung 254; *Kalchschmid*, Organtransplantation 216; *Carstens*, Organtransplantation 51; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 35 f.

¹¹²² *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 143.

¹¹²³ Insoweit zu eng *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 54.

¹¹²⁴ *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 79; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 36.

§ 8 Abs 3 OTPG wird zudem auch die notwendige Einwilligung in analytische Tests, damit verbundene Blut- bzw Gewebsentnahmen sowie sonstige Untersuchungen zur Feststellung der Spendereignung im *Vorfeld* der Organentnahme implizieren.¹¹²⁵ Eine solche Einwilligung kann (und wird wohl idR) aber auch separat vor einer Einwilligung in die tatsächliche Organentnahme erteilt werden und unterliegt selbst nicht den Voraussetzungen (zB Formvorschriften, starre Altersgrenze) des § 8 OTPG.¹¹²⁶ Auch diese Einwilligung setzt ihrerseits eine Aufklärung voraus.¹¹²⁷

Außerdem ist auf die Notwendigkeit regelmäßiger medizinischer Nachkontrollen hinzuweisen. In diesem Rahmen ist auch über mögliche Folgen eines Unterlassens aufzuklären.¹¹²⁸ Die Pflicht zum Hinweis auf Kontrolluntersuchungen dient primär dazu, dem Patienten zu vermitteln, wie er sich verhalten soll um nachteilige Folgen der Entnahme zu verhindern oder zu minimieren und enthält somit Elemente der Sicherheitsaufklärung.¹¹²⁹ Eine Information über die Notwendigkeit regelmäßiger Nachkontrollen bereits vor der Einwilligung kann jedoch auch Einfluss auf die Entscheidung für oder gegen die Organentnahme haben¹¹³⁰ und ist insofern auch notwendiger Teil der Selbstbestimmungsaufklärung.

§ 8 Abs 3 OTPG enthält darüber hinaus eine Pflicht zur Aufklärung über Maßnahmen zum Schutz des Spenders und seiner Daten sowie über bestehende Verschwiegenheitspflichten. Dem Spender soll dadurch der hohe Stellenwert dieser Aspekte vermittelt werden.¹¹³¹ Die Wendung geht auf die gleichlautende Bestimmung des GSG zurück.¹¹³² Anders als dieses¹¹³³ enthält das OTPG jedoch wenig spezifische Vorschriften zum Schutz des Spenders¹¹³⁴, zu Datenschutzmaßnahmen¹¹³⁵ oder zu Verschwiegenheitspflichten¹¹³⁶, die zur Konkretisierung der Pflichten dienen könnten. Der notwendige Inhalt dieses Aspekts der

¹¹²⁵ So auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 142.

¹¹²⁶ Für die Notwendigkeit einer Einwilligung in die Gewinnung bereits vor der Untersuchung zur Feststellung der Eignung (zum GSG) jedoch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 150. Zur Trennung der Einwilligung in vorbereitende Eingriffe von jener zur eigentlichen Organentnahme vgl hingegen *Kalchschmid*, Organtransplantation 215 f.

¹¹²⁷ Vgl dazu etwa *Carstens*, Organtransplantation 49; *Kalchschmid*, Organtransplantation 215.

¹¹²⁸ *Leischner* in *Kopetzki* 205.

¹¹²⁹ Vgl *Leischner* in *Kopetzki* 204; *Heissenberger*, RdM 2013/35, 51 f.

¹¹³⁰ In diese Richtung auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 144.

¹¹³¹ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 145.

¹¹³² Vgl dazu *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 144 ff; *Leischner* in *Kopetzki* 204 f.

¹¹³³ Vgl etwa §§ 3, 5, 18 GSG.

¹¹³⁴ Neben der ohnehin ausdrücklich verankerten Pflicht zur Aufklärung über notwendige Nachuntersuchungen wäre einzig eine Pflicht zur Aufklärung über die Beschränkung durch § 8 Abs 5 OTPG denkbar.

¹¹³⁵ Vgl lediglich § 4 Abs 6 OTPG.

¹¹³⁶ Vgl lediglich § 12 Abs 4 OTPG.

Aufklärung ist daher ebenso unklar wie die Frage, wie ein Arzt als aufklärungspflichtige Person¹¹³⁷ der Verpflichtung zur Aufklärung über diese nicht-medizinischen Umstände gerecht werden kann.¹¹³⁸

Sinnvoll erscheint zudem eine Aufklärung über die sozialversicherungsrechtliche Absicherung¹¹³⁹ von Lebendspendern.¹¹⁴⁰ Eine Verpflichtung zu einer solchen ist dem OTPG nicht zu entnehmen, könnte sich allerdings als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag ergeben.¹¹⁴¹

Was die Intensität bzw den Umfang der Aufklärung über die dargestellten Aspekte betrifft, normiert § 8 Abs 3 OTPG, dass diese „umfassend“ zu erfolgen hat. Das Erfordernis der umfassenden Aufklärung entspricht dabei wohl der sog „Totalaufklärung“, wie sie generell im Fall von weder sachlich notwendigen (iS einer medizinischen Indikation) noch zeitlich vordringlichen Behandlungen verlangt wird.¹¹⁴² Dafür spricht auch die Schwere des Eingriffs und der mit ihm verbundenen Folgen bei einer Organentnahme. Eine Einschränkung des Aufklärungsinhalts (etwa aufgrund der dringenden Notwendigkeit der Transplantation für den Empfänger) ist in diesem Fall ausgeschlossen.¹¹⁴³ Insb ist daher auch über geringe Risiken aufzuklären. Da die Verweigerung der Einwilligung für den Spender keine Verschlechterung seines Gesundheitszustandes bewirkt und er somit keinem „Zugzwang“ unterliegt, kann bereits das geringste Risiko ausschlaggebend für eine Ablehnung sein.¹¹⁴⁴ § 8 Abs 3 letzter Satz OTPG schließt zudem einen rechtswirksamen Verzicht auf die medizinische Aufklärung für Organlebendspenden explizit aus.

¹¹³⁷ Dazu unten S 186 f.

¹¹³⁸ Verlangt können hier nur generelle Hinweise und keine umfassenden Auskünfte im rechtlichen Sinn werden. Vgl zum ÄsthOpG ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 8.

¹¹³⁹ Vgl dazu unten S 205 ff.

¹¹⁴⁰ Vgl für eine entsprechende Empfehlung zur Aushändigung eines vom BMG erstellten Merkblattes zur sozialversicherungsrechtlichen Situation von Lebendspendern *Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensweisungen Überprüfung der Einwilligung einer Lebendspenderin/eines Lebendspenders zur Organspende, 1 http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_einwilliguglsp_gesamt.pdf.

¹¹⁴¹ Für eine Pflicht zum Hinweis auf versicherungsrechtliche Aspekte vgl mwN *Rieder*, ÖJZ 1978, 115.

¹¹⁴² Dazu etwa *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.3.2.1; zur wortgleichen Formulierung im GSG *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 138 f. Zur besonderen Schutzbedürftigkeit altruistischer Spender vgl OGH 15. 9. 1999, 3 Ob 123/99f RdM 2000/13, 150.

¹¹⁴³ Vgl *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 101; *Leischner* in *Kopetzki* 200 f. Für das Erfordernis einer besonders strengen und umfassenden Aufklärung iZm der Lebendorganspende auch mwN *Kopetzki*, Organerwerb 254; *Carstens*, Organtransplantation 46 f.

¹¹⁴⁴ *Carstens*, Organtransplantation 49.

b) Form der Aufklärung

Abweichend vom allgemeinen Grundsatz, wonach eine mündliche Aufklärung in einem persönlichen Gespräch zwingend aber auch ausreichend ist und schriftliche Aufklärungsbefehle nur unterstützend hinzutreten können,¹¹⁴⁵ verankert § 8 Abs 3 OTPG ausdrücklich die Pflicht zur sowohl mündlichen als auch schriftlichen Aufklärung.

Die Aufklärung hat zudem in einer für den Spender „verständlichen Weise“ zu erfolgen. Dafür muss die Aufklärung auf eine an Intelligenz, Bildungsgrad und medizinisches Vorwissen angepasste Art vorgenommen werden.¹¹⁴⁶ Bei der Aufklärung medizinischer Laien muss daher die medizinische Fachsprache in allgemein verständliche Erläuterungen übersetzt werden.¹¹⁴⁷ Es ist sicherzustellen, dass der Spender die erteilten Informationen auch tatsächlich verstanden hat. Bei der deutschen Sprache nicht hinreichend sprachkundigen Lebendspendern sind ggf Übersetzer heranzuziehen.¹¹⁴⁸

c) Aufklärende Person und Aufklärungsadressat

§ 8 Abs 3 OTPG normiert den allgemeinen Grundsätzen der Aufklärung entsprechend, dass die Aufklärung durch einen Arzt zu erfolgen hat. Die Aufklärung an nichtärztliches Personal zu delegieren ist daher unzulässig.¹¹⁴⁹ Eine bestimmte fachliche Qualifikation des aufklärenden Arztes schreibt das OTPG nicht explizit vor.¹¹⁵⁰ Erforderlich ist jedenfalls, dass der Aufklärende über die notwendige Sachkenntnis in Hinblick auf den Eingriff im Allgemeinen und die Person des Spenders (und des Empfängers) betreffende Umstände im Speziellen verfügt.¹¹⁵¹ Ist dies der Fall, so ist auch eine Aufklärung durch einen Turnusarzt nicht grds ausgeschlossen.¹¹⁵² In Hinblick auf manche verpflichtende Aufklärungsinhalte

¹¹⁴⁵ Vgl statt vieler *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.7.

¹¹⁴⁶ Vgl *Carstens*, Organtransplantation 56.

¹¹⁴⁷ *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.7.1. So etwa ausdrücklich § 5 Abs 1 ÄsthOpG („in einer für medizinische Laiinnen [Laien] verständlichen Sprache“).

¹¹⁴⁸ Dazu näher *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.7.6.2.

¹¹⁴⁹ Dazu allgemein *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.5.2; *Prutsch*, Aufklärung 60.

¹¹⁵⁰ Die Notwendigkeit einer solchen kann sich jedoch aus den berufsrechtlichen Grenzen des jeweiligen Sonderfaches (vgl § 31 Abs 3 ÄrzteG) ergeben. In diese Richtung *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.5.1 und I.3.5.2.

¹¹⁵¹ Vgl *Prutsch*, Aufklärung 61.

¹¹⁵² Vgl mwN *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.5.2; aA mwN *Kalchschmid*, Organtransplantation 190.

(zB Datenschutzmaßnahmen) ist die Eignung eines Arztes als aufklärende Person generell fraglich.¹¹⁵³

Eine Unvereinbarkeit zwischen der Funktion als entnehmender bzw transplantiertender und aufklärender Arzt bzw sonstige Vorgaben zur Absicherung einer unabhängigen Aufklärung¹¹⁵⁴ werden nicht normiert. Andererseits ist es auch nicht notwendig, dass der die Organentnahme durchführende oder sonst ein behandelnder Arzt selbst die Aufklärung durchführt.¹¹⁵⁵ Der die Entnahme durchführende Arzt hat sich jedoch (etwa durch Kontrollfragen) zu vergewissern, ob der Patient ordnungsgemäß aufgeklärt wurde.¹¹⁵⁶

Die (Selbstbestimmungs-)Aufklärung soll die Einwilligung in eine medizinische Behandlung vorbereiten und muss deshalb gegenüber jener Person erfolgen, die auch die Einwilligung in die Behandlung erklärt.¹¹⁵⁷ Da eine Einwilligung durch gesetzliche Vertreter im Rahmen der Lebendorganspende ausscheidet, kommt als Aufklärungsadressat nur der Spender selbst bzw bei volljährigen einwilligungsunfähigen Spendern ein Vorsorgebevollmächtigter gem § 284f ABGB in Betracht.

d) Zeitpunkt der Aufklärung

Die Aufklärung über alle in § 8 Abs 3 OTPG genannten Aspekte hat „vor der Entnahme“ zu erfolgen. Soweit es sich um Elemente der Selbstbestimmungsaufklärung handelt, ergibt sich aus dem Zweck derselben zudem das Erfordernis, dass die Aufklärung auch vor der Abgabe der Einwilligungserklärung zu erfolgen hat. Der Aufklärungszeitpunkt ist dabei so zu wählen, dass dem Patienten eine angemessene Überlegungsfrist verbleibt, um in Ruhe und ohne Druck seine Entscheidung zu treffen.¹¹⁵⁸ Der Organspender muss die Möglichkeit haben, alle Vor- und Nachteile der Transplantation abwägen und überdenken zu können.¹¹⁵⁹ Einen zwingend einzuhaltenden zeitlichen Abstand zwischen Aufklärung und Einwilligung bzw Behandlung schreibt das OTPG hingegen nicht vor. Wegen der fehlenden medizinischen Indikation und Dringlichkeit des Eingriffs für den Lebendspender ist

¹¹⁵³ § 8 Abs 2 3. Satz dTPG trifft hier Vorsorge, indem erforderlichenfalls zusätzlich die Heranziehung eines Sachverständigen vorgeschrieben wird. Vgl dazu *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 85.

¹¹⁵⁴ Vgl etwa die Vorgaben des § 8 Abs 2 3. Satz dTPG.

¹¹⁵⁵ Vgl *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.5.2; *Prutsch*, Aufklärung 60.

¹¹⁵⁶ *Kalchschmid*, Organtransplantation 190; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 136; *Prutsch*, Aufklärung 62 f.

¹¹⁵⁷ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.6; *Leischner* in *Kopetzki* 199.

¹¹⁵⁸ Dazu näher *Juen*, *Arzthaftung*² 125 ff.

¹¹⁵⁹ Vgl *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 36.

diesem eine längere Bedenkzeit einzuräumen.¹¹⁶⁰ Die notwendige Überlegungsfrist vor Erteilung der Einwilligung ist im konkreten Einzelfall insb unter Berücksichtigung der Schwere des mit der Organentnahme verbundenen Eingriffs zu beurteilen.¹¹⁶¹ Jedenfalls ausreichend wird in Anlehnung an § 6 Abs 1 ÄsthOpG eine zweiwöchige Wartefrist sein.¹¹⁶²

Die Aufklärung darf allerdings auch nicht zu lange vor dem Eingriff erfolgen. Eine gewisse zeitliche Nähe zwischen Aufklärung, Einwilligung und Organentnahme sollte gegeben sein.¹¹⁶³

4. Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit

Gem § 4 Abs 1 OTPG dürfen Organe nur „freiwillig“ und „unentgeltlich“ gespendet werden.

Die Freiwilligkeit der Lebendspende ist insb durch das Erfordernis der Einwilligung nach erfolgter Aufklärung abgesichert. Eine wirksame Einwilligung setzt jedoch nicht nur „informed consent“, sondern auch „free consent“ voraus. Die Freiheit der Einwilligungsentscheidung kann allerdings nicht die Unabhängigkeit von sämtlichen äußeren Faktoren voraussetzen. Denn man ist immer gewissen Zwängen ausgesetzt und trifft Entscheidungen oftmals, um drohende Konsequenzen (von sich oder anderen) abzuwenden.¹¹⁶⁴ Ausgeschlossen ist die Wirksamkeit der Einwilligung vielmehr nur dann, wenn die äußeren Faktoren derart ausgeprägt sind, dass die Erklärung nicht mehr als Ausdruck der Selbstbestimmung gedeutet werden kann.¹¹⁶⁵

Die Einwilligungserklärung in die Organspende darf daher insb nicht mit Willensmängeln wie Zwang, illegaler Drohung oder Irrtum belastet sein.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁰ *Leischner* in *Kopetzki* 200; vgl auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 203 ff.

¹¹⁶¹ Umfassend zum Aufklärungszeitpunkt *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² 125 ff; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.8.1.2.

¹¹⁶² Die in den Verfahrensanweisungen zur Überprüfung der Einwilligung eines Lebendspenders, 2 angegebene Mindestfrist von 12 Stunden scheint angesichts der Schwere und Fremdнützigkeit des Eingriffs hingegen nicht ausreichend.

¹¹⁶³ Vgl *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3.8.1.2.

¹¹⁶⁴ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 90 Rz 132 (Stand 31. Lfg, 9. 2014, lexisnexus.at).

¹¹⁶⁵ Vgl *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 48.

¹¹⁶⁶ Vgl *Kopetzki*, *Organgewinnung* 254; *Carstens*, *Organtransplantation* 60 ff. Allgemein *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 136 ff.

Ein Irrtum hindert die Wirksamkeit der Einwilligung indes nur dann, wenn er „in dem Sinne wesentlich ist, dass ohne die betreffende Fehlvorstellung die Einwilligung nicht erteilt worden wäre“.¹¹⁶⁷ Zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen jedenfalls sog „rechtsgutbezogene Irrtümer“, dh solche Irrtümer, die zu einer Fehleinschätzung hinsichtlich Art, Bedeutung oder Reichweite des mit der Einwilligung zugelassenen Eingriffs in die körperliche Integrität führen.¹¹⁶⁸ Dazu zählen auch rechtsgutbezogene Irrtümer, die auf eine ungenügende Aufklärung des Einwilligenden zurückzuführen sind.¹¹⁶⁹ Umstritten ist hingegen die Erheblichkeit sonstiger, nicht rechtsgutbezogener Irrtümer. Die hM geht davon aus, dass auch Irrtümer, die der Einwilligung den ihr eigentlich zugedachten Sinn nehmen und durch Täuschung des Einwilligenden hervorgerufen werden, zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen können.¹¹⁷⁰ Unwirksam wäre demnach eine Einwilligung in eine Organentnahme, die durch Täuschung über den altruistischen Zweck an sich (Entnahme zu Forschungs- anstatt zu Transplantationszwecken) oder über die Person des konkreten Empfängers (Fremder anstatt nahestehende Person) erreicht wird.¹¹⁷¹ Dasselbe muss mE gelten, wenn über den zu erwartenden Nutzen bzw die Dringlichkeit der Spende für den Empfänger getäuscht wird. Da die Selbstbestimmungsaufklärung Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist, ist eine auf einem Irrtum über aufklärungspflichtige Umstände basierende Einwilligung ohnehin schon aus diesem Grund unwirksam.¹¹⁷²

Irrtümer des Einwilligenden, die lediglich eine erwartete Gegenleistung für die Einwilligung (etwa Entgelt für eine Organspende) betreffen, führen nach überwiegender Auffassung hingegen selbst dann nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung, wenn sie dieser den zugedachten Sinn nehmen und durch Täuschung bewirkt wurden.¹¹⁷³

Bei der Organspende an nahestehende Personen, insb bei der Angehörigenspende, wird auf dem Spender immer ein gewisser (emotionaler) Druck lasten. Dieser allein schließt die

¹¹⁶⁷ *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² § 90 StGB Rz 52; vgl auch Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 90 Rz 140.*

¹¹⁶⁸ *Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 90 Rz 140; Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² § 90 StGB Rz 53.*

¹¹⁶⁹ *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² § 90 StGB Rz 54.*

¹¹⁷⁰ *MwN Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² § 90 StGB Rz 56 ff; vgl auch Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 90 Rz 141 f.*

¹¹⁷¹ *Vgl mwN Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² § 90 StGB Rz 58; Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 90 Rz 142.*

¹¹⁷² *Vgl Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht Kap I.4.3.*

¹¹⁷³ *MwN Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² § 90 StGB Rz 61; aA mwN Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 90 Rz 143.*

Freiwilligkeit der Organspende nicht aus, kann sie aber ohne Zweifel beeinträchtigen.¹¹⁷⁴ Ob ein allfällig ausgeübter oder sonst vorhandener Druck den Spender soweit beeinflusst, dass von einer freien Einwilligung nicht mehr gesprochen werden kann, muss im Einzelfall – wohl im Rahmen der Beurteilung der Spendereignung in Hinblick auf psychische Risiken (vgl § 8 Abs 5 OTPG) – abgeklärt werden.

Auch die Zwangssituation Inhaftierter kann gegen eine Freiwilligkeit der Einwilligung sprechen. Dies vor allem dann, wenn im Zusammenhang mit der Organentnahme Haftverkürzungen oder -vergünstigungen angestrebt¹¹⁷⁵ oder in Aussicht gestellt werden bzw anderenfalls Nachteile erwartet oder angedroht werden.¹¹⁷⁶ Dass eine Haftsituation an sich die Freiwilligkeit zwingend ausschließt, ist hingegen nicht anzunehmen.¹¹⁷⁷

Das Erfordernis der Unentgeltlichkeit gem § 4 Abs 1 OTPG wird durch das umfassende Gewinnverbot- und Werbeverbot der Abs 2 bis 5 (vgl dazu unten S 208 ff) näher ausgestaltet.

5. Formvoraussetzungen der Einwilligungserklärung

§ 8 Abs 4 OTPG normiert für die Einwilligungserklärung spezielle Formvorschriften. Die Einwilligung muss in schriftlicher Form festgehalten werden. Das Schriftstück muss datiert sein und vom Spender (eigenhändig) unterschrieben werden. Das Schriftstück selbst, also der Text der Einwilligungserklärung, muss hingegen dem Wortlaut gemäß nicht eigenhändig verfasst werden, sodass bspw auch vorgefertigte Formulare verwendet werden können.¹¹⁷⁸ Kann ein Spender mangels eigener Einwilligungsfähigkeit durch einen Vorsorgebevollmächtigten vertreten werden,¹¹⁷⁹ gelten auch für den Vertreter die Formvorschriften.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁴ Vgl *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.1; *Kalchschmid*, Organtransplantation 219; *Carstens*, Organtransplantation 61.

¹¹⁷⁵ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.1.

¹¹⁷⁶ Vgl *Kalchschmid*, Organtransplantation 218 f.

¹¹⁷⁷ So auch mwN *Carstens*, Organtransplantation 61 f; *Kalchschmid*, Organtransplantation 218 f; aA mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 254.

¹¹⁷⁸ *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 146; *Leischner* in *Kopetzki* 208. So zum Erfordernis der Schriftlichkeit gem § 8 BSG ErläutRV 1430 BlgNR 20. GP 38. Auch gem § 886 ABGB erfordert Schriftform prinzipiell nur die eigenhändige Unterschrift unter dem (auch fremdhändigen oder gedruckten) Text. Vgl dazu *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 886 ABGB Rz 2 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).

¹¹⁷⁹ Vgl zu dieser Möglichkeit oben S 180.

¹¹⁸⁰ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 146.

Nur dann, wenn der einwilligungsfähige Spender (bzw der Vertreter) zur eigenhändigen Unterschriftsleistung nicht in der Lage ist, muss gem § 8 Abs 4 3. Satz OTPG die Einwilligung (in Form der mündlichen Einwilligungserklärung) stattdessen vor drei Zeugen¹¹⁸¹ abgegeben werden. Diese haben die Einwilligung wiederum in einem die Erklärung festhaltenden Schriftstück durch ihre Unterschrift zu bestätigen. Zur Unterschriftsleistung nicht in der Lage ist eine Person jedenfalls, wenn sie des Schreibens unkundig oder wegen eines (körperlichen) Gebrechens unfähig ist (vgl § 886 ABGB). Die Vorschrift wird jedoch auch dann zum Tragen kommen, wenn der Spender (etwa weil er blind ist oder das Lesen nicht beherrscht) den Text des die Einwilligung festhaltenden Schriftstückes nicht lesen kann.¹¹⁸² In diesem Fall ist der Text dem Spender von einem der Zeugen in Gegenwart der anderen beiden Zeugen zunächst vorzulesen.¹¹⁸³ Hinsichtlich der notwendigen Eigenschaften der Zeugen ordnet § 8 Abs 4 OTPG an, dass diese „weder am Eingriff selbst beteiligt“ sein noch „ein persönliches Interesse an der Organspende“ haben dürfen. Dadurch sind jedenfalls der Organempfänger und die an der Organentnahme mitwirkenden Ärzte und Angehörigen sonstiger Gesundheitsberufe ausgeschlossen.¹¹⁸⁴ Aber auch alle sonstigen Personen, die in einem persönlichen Naheverhältnis zum Empfänger stehen oder an deren Unbefangenheit sonst Zweifel bestehen, sind als Zeugen ungeeignet. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen müssen die Zeugen zudem eigenberechtigt und sprachkundig sein.¹¹⁸⁵

6. Widerrufbarkeit der Einwilligungserklärung

Die Einwilligungserklärung kann jederzeitig schriftlich oder mündlich widerrufen werden (§ 8 Abs 4 letzter Satz OTPG). Aus Beweissicherungsgründen ist insb aufgrund der schriftlich festzuhaltenden Einwilligung zu empfehlen, einen Widerruf ebenfalls schriftlich festzuhalten.¹¹⁸⁶

Das Ende der Widerrufsmöglichkeit einer Erklärung ist im Allgemeinen „mit dem Zeitpunkt anzusetzen, in dem die Tathandlung ein Stadium erreicht hat, das eine Vermeidung

¹¹⁸¹ Zur Forderung nach der Mitwirkung von drei – anstatt wie nach dem GSG ausreichend von einem – Zeugen *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 146 f.

¹¹⁸² Vgl *Leischner* in *Kopetzki* 208; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 146.

¹¹⁸³ So (zur Testierfähigkeit) *Knechtel* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 581 Rz 2 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at).

¹¹⁸⁴ Vgl zum GSG bereits *Leischner* in *Kopetzki* 209; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 147 f.

¹¹⁸⁵ So auch *Leischner* in *Kopetzki* 209; vgl etwa § 591 ABGB (Testament) sowie § 284f ABGB (Vorsorgevollmacht).

¹¹⁸⁶ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 150 f.

der gestatteten Rechtsgutsbeeinträchtigung praktisch nicht mehr zulässt“.¹¹⁸⁷ Ein Widerruf der Einwilligung in die Organentnahme ist daher bis zum Beginn des operativen Entnahmeeingriffs bzw bis zur Einleitung der Narkose möglich.¹¹⁸⁸ Wird die Entnahme trotz zuvor erfolgten Widerrufs vorgenommen, liegt mangels gültiger Einwilligung eine rechtswidrige Körperverletzung vor.

Fraglich scheint, ob ein Widerruf auch noch *nach* der Organentnahme wirksam erklärt werden kann. Dies hätte zur Folge, dass die weitere Verwendung (dh insb die Implantation) des bereits entnommenen Organs unzulässig wäre. Die Rechtsgutsbeeinträchtigung der körperlichen Integrität kann nach erfolgter Entnahme nicht mehr vermieden werden. Die Einwilligung muss jedoch nicht nur die Entnahme, sondern – zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts der Verfügung über abgetrennte Körpersubstanzen¹¹⁸⁹ – auch die Testung und weitere Verwendung umfassen.¹¹⁹⁰ Dies spricht dafür, dass auch die Einwilligung in die weitere Verwendung widerrufen werden kann. So spricht sich etwa *Binder* dafür aus, dass ein bereits entnommenes Organ bei einem nachträglichen Widerruf nicht mehr verwendet werden darf.¹¹⁹¹ Auf ein solches weites Verständnis der Widerrufsmöglichkeit deutet auch der Wortlaut des § 8 Abs 4 OTPG hin, wenn explizit ein „jederzeit[iger]“ Widerruf ermöglicht wird. Eine Widerrufsmöglichkeit auch noch nach der Entnahme wird – nicht zuletzt aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit der ausdrücklich eingeräumten Widerrufsmöglichkeit bei der extrakorporalen Gewinnung gem § 4 Abs 4 GSG – auch nach der vergleichbaren Bestimmung des § 4 Abs 3 GSG angenommen.¹¹⁹² Ein Widerruf nach Entnahme mit der Folge der Unzulässigkeit der weiteren Organverwendung ist daher möglich.¹¹⁹³ Ein solcher Widerruf wird faktisch allerdings nur selten zum Tragen kommen, da bei Organtransplantationen – anders als bei Gewebetransplantationen – idR keine längere Phase der Aufbewahrung zwischen Entnahme und Verwendung tritt, während der eine Willensänderung und in Folge ein Widerruf durch den Spender zu erwarten wären. So heißt es auch in den Erläuterungen zum OTPG, dass ein Widerruf „sinnvollerweise ledig-

¹¹⁸⁷ MwN *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 65; vgl auch *Leischner* in *Kopetzki* 210.

¹¹⁸⁸ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 151; *Leischner* in *Kopetzki* 210; *Carstens*, Organtransplantation 63.

¹¹⁸⁹ Vgl mwN *Leischner* in *Kopetzki* 180 f und 210.

¹¹⁹⁰ Art 13 2. ZPMRB betrifft hingegen nur die Einwilligung in den Entnahmeprozess und die Widerrufbarkeit derselben. Vgl EBZP Z 78.

¹¹⁹¹ *Binder*, Das rechtliche Fortleben des menschlichen Körpers nach dem Tode, JAP, 1998/99, 228 (231). Für den Fall, dass die Substanzen sogleich nach der Entnahme einem bestimmten Empfänger zukommen sollen (was bei Organlebendspenden regelmäßig der Fall ist), zustimmend *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 152.

¹¹⁹² *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 151 ff; *Leischner* in *Kopetzki* 210 f. Hier soll die Widerrufsmöglichkeit mit erfolgter „Zweckumwidmung“ bzw „Widmungszuführung“ enden.

¹¹⁹³ Vgl zum dTPG *Schmidt-Recla* in *Höfling*, TPG² § 8b Rz 16.

lich bis zum Zeitpunkt der Entnahme“ erfolgen kann.¹¹⁹⁴ Spätestens erlischt das Widerrufsrecht zu jenem Zeitpunkt, in dem das Organ dem gewidmeten Verwendungszweck zugeführt wird, also mit Beginn der Implantation beim Organempfänger.¹¹⁹⁵

7. Spenderauswahl – Risikobeurteilung und Risikobegrenzung

Die Beurteilung und Auswahl der Spender haben entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu erfolgen (§ 8 Abs 2 OTPG). Eine vergleichbare Formulierung findet sich – bezogen auf die Organe – auch in der Entnahmeerlaubnis von verstorbenen Spendern (§ 5 Abs 1 OTPG). Aus dem Zusammenhang mit § 11 Abs 3 OTPG ergibt sich, dass für die Spenderbeurteilung und -auswahl die mittels Organ- und Spendercharakterisierung zu erhebenden Informationen¹¹⁹⁶ heranzuziehen sind. Die Charakterisierung dient dem Zweck, die Eignung des Organs zur Transplantation bzw des Spenders zur Organspende zu beurteilen, „um eine ordnungsgemäße Risikobewertung vorzunehmen, die Risiken für die/den Empfängerin/Empfänger zu minimieren und die Organzuteilung¹¹⁹⁷ zu optimieren“ (vgl § 3 Z 7 und Z 13 OTPG). § 8 Abs 2 OTPG betrifft demnach die Eignung des Spenders in Hinblick auf die Interessen des (bei der Lebendspende idR konkret bestimmten) *Organempfängers*. Bei Vorliegen welcher durch die Charakterisierung ermittelten Eigenschaften von der Ungeeignetheit des Organs bzw des Spenders aus Sicht des Organempfängers auszugehen ist, lässt das Gesetz offen. Gegen die Eignung des Organs bzw Spenders wird aus Sicht des Empfängerschutzes etwa die Gefahr einer Übertragung gefährlicher Krankheiten sprechen.¹¹⁹⁸ Ansonsten hat die Entscheidung anhand des jeweiligen Standes der medizinischen Wissenschaft zu erfolgen, wobei zur Orientierung die Auswahlkriterien des § 3 GEEVO dienen können.¹¹⁹⁹ Auch wenn dies nicht ausdrücklich normiert ist, wird – wie bei der Leichenspende – die Entnahme vom Lebendspender zudem nur dann zulässig sein, wenn durch die Transplantation des Organs das Leben des Empfängers gerettet bzw dessen Gesundheit wiederhergestellt werden soll. Die Organtransplantation muss also zumindest einen gewissen medizinischen Nutzen für den Empfänger erwarten lassen, also geeignet sein, zu einer Verbesserung seines Gesundheitszustandes zu

¹¹⁹⁴ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5.

¹¹⁹⁵ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 152 f; *Leischner* in *Kopetzki* 210 f.

¹¹⁹⁶ Zur Organ- und Spendercharakterisierung gem § 11 OTPG vgl unten S 239 ff.

¹¹⁹⁷ Die Organzuteilung spielt lediglich bei der Leichenspende sowie bei ungerichteten Lebendspenden eine Rolle. Vgl dazu näher unten S 219 f.

¹¹⁹⁸ Vgl Anlage A und B zum OTPG.

¹¹⁹⁹ Vgl dazu näher *Leischner* in *Kopetzki* 181 f. Vgl außerdem (bezogen auf die Entnahme vom Verstorbenen) *Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Leitfaden Kriterien für Organspende http://www.goeg.at/cxdata/media/download/1_spenderkriterien_16_1.pdf.

führen.¹²⁰⁰ Wenn das zu entnehmende Organ – etwa wegen mangelnder Gewebeverträglichkeit oder aus anatomischen Gründen – gänzlich ungeeignet ist, einen solchen Erfolg beim konkreten Empfänger zu erzielen, wird die Auswahl des Spenders bzw des Organs somit nicht dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen. Darüber hinaus ist das Ausmaß des zu erwartenden Nutzens für den Empfänger auch für die Beurteilung der hinnehmbaren Risiken für den (Lebend-)Spender zu berücksichtigen.

Bei der Lebendspende hat die Spenderauswahl auch in Hinblick auf das gesundheitliche Risiko des Spenders selbst zu erfolgen.¹²⁰¹ Diesbezüglich normiert § 8 Abs 5 OTPG, dass eine Entnahme nicht durchgeführt werden darf, wenn dadurch (ex-ante) ein ernstes Risiko für das Leben oder die Gesundheit des Spenders besteht.¹²⁰² Vor der Organentnahme ist der Lebendspender daher „den erforderlichen Untersuchungen zu unterziehen, um die physischen und psychischen Risiken für [...] seine Gesundheit zu beurteilen“. Die Risikobeurteilung hat durch einen Arzt (bzw hinsichtlich der psychologischen Risiken einen Psychologen) zu erfolgen. Der Auffassung zur ähnlich formulierten Bestimmung des GSG, wonach die Einwilligung zur Entnahme bereits *vor* dieser Untersuchung einzuholen ist,¹²⁰³ ist mE nicht zu folgen. Schließlich sind es erst die Ergebnisse der Untersuchung, die eine verlässliche Risikoeinschätzung zulassen und damit eine Entnahme entweder generell ausschließen oder eine für die Einwilligung notwendige Risikoaufklärung ermöglichen.

Unklar ist, was unter einem ernststen Risiko für Leben oder Gesundheit zu verstehen ist. Gemeint könnte damit zum einen ein Ausschluss von Spendern mit individuellen Risikofaktoren in Bezug auf eine konkret geplante Organspende sein. Ein solches Verständnis würde jedoch zu einem aus den unterschiedlichen Risiken der jeweiligen Operationen resultierenden Wertungswiderspruch führen: So kann eine Lebendniere spende trotz eines erhöhten Operationsrisikos aufgrund individueller Risikofaktoren immer noch risikoärmer sein, als eine Leber- oder Lungenteilspende eines Gesunden.¹²⁰⁴ Der Wortlaut spricht

¹²⁰⁰ Vgl (wenngleich aus Sicht des Spenderschutzes) *Kalchschmid*, Organtransplantation 226; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 39. Zum dTPG, das diesen Aspekt der Empfängerindikation explizit verankert, vgl *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 38 ff sowie *Norba*, Rechtsfragen 210. Für dieses Ergebnis spricht auch § 8 Abs 3 OTPG, der eine Pflicht zur Aufklärung des Organspenders ua über „den therapeutischen Zweck des entnommenen Organs“ vorschreibt.

¹²⁰¹ Vgl zum GSG ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 6.

¹²⁰² Vgl die entsprechenden Wendungen in § 4 Abs 2 GSG und Art 11 2. ZPMRB. Vergleichbare Beschränkungen enthalten viele europäische Transplantationsgesetze. Vgl dazu mwN *Gutmann/Schroth*, Organlebendspende 48 ff.

¹²⁰³ MwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 150.

¹²⁰⁴ Vgl zum Ganzen (jedoch zur anderslautenden Formulierung des dTPG) *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 32 f; *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 8 Rz 14.

vielmehr dafür, das ernste Risiko als eine für alle Arten der Lebendspende gleichermaßen geltende „Obergrenze“ der zulässigen Gefährdung zu verstehen.

Bei welcher Schwelle der Gefährdung von Leben und Gesundheit diese Obergrenze anzusetzen ist, bleibt klärungsbedürftig. Die Materialien weisen lediglich darauf hin, dass das „allgemeine Narkoserisiko“ nicht als ernstes Risiko einzuschätzen ist.¹²⁰⁵ Das scheint selbstverständlich, da § 8 Abs 5 OTPG ansonsten jeglicher Lebendorganspende einen Riegel vorschieben würde. Darüber hinaus ist zur Auslegung des § 8 Abs 5 OTPG auf die allgemeine strafrechtliche Lehre zu den Grenzen der rechtfertigenden Wirkung einer Einwilligung gem § 90 StGB zurückzugreifen, die alleine anzuwenden wäre, wenn die bereichsspezifische Verankerung von Zulässigkeitsgrenzen des § 8 Abs 5 OTPG nicht bestehen würde.¹²⁰⁶

Demnach sind zunächst Eingriffe in die körperliche Integrität, mit denen der Tod bzw eine konkrete Lebensgefahr verbunden ist – jedenfalls bei hoher Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Ausgangs – einer rechtfertigenden Einwilligung generell nicht zugänglich.¹²⁰⁷ Dies gilt im Ergebnis unabhängig von der in der strafrechtlichen Lehre und Rsp umstrittenen Frage, ob Gegenstand der Einwilligung der Erfolg oder die gefährliche Handlung ist.¹²⁰⁸ In diesem Sinne ist auch der Wortlaut des § 8 Abs 5 OTPG („ernstes Risiko für das Leben“) zu verstehen. Eine Einwilligung in die Entnahme von in concreto lebenswichtigen Organen ist somit ausgeschlossen.¹²⁰⁹ Wenn vor einer geplanten Organentnahme (mit hoher Wahrscheinlichkeit) feststeht, dass diese mit einem Weiterleben des Spenders unvereinbar ist, darf die Entnahme nicht stattfinden.¹²¹⁰ Nicht paarig angelegte Organe dürfen einem Lebendspender somit nur dann entnommen werden, wenn sie für dessen Weiterleben entbehrlich sind.¹²¹¹ Die Entnahme eines paarig angelegten Organs (insb Nieren) bzw eines Organteils (zB Lungenflügel, Lebersegment) ist nur zulässig, wenn die Funktion des verbleibenden Organs bzw des verbleibenden Organteils nach der Entnahme ausreicht, um das Leben aufrechtzuerhalten.¹²¹²

¹²⁰⁵ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5.

¹²⁰⁶ Vgl zur gleichlautenden Beschränkung des GSG *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 154.

¹²⁰⁷ MwN *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 38 ff, 174, 185.

¹²⁰⁸ Für einen Überblick über den Meinungsstand vgl *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 20 ff sowie (mit einem vermittelnden Ansatz) *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 35 ff.

¹²⁰⁹ MwN *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 128 sowie 135.

¹²¹⁰ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 33.

¹²¹¹ *Kopetzki*, Organgewinnung 251.

¹²¹² Vgl *Kalchschmid*, Organtransplantation 180; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 37.

Wenn das Leben nicht mit einer entsprechend hohen Wahrscheinlichkeit bedroht ist, ist mE nicht von einer absoluten Unzulässigkeit der Organentnahme auszugehen. Vielmehr ist hier eine Beurteilung anhand der in Folge dargestellten Kriterien der Zulässigkeit sonstiger Gesundheitsgefährdungen vorzunehmen.¹²¹³ Dasselbe muss gelten, wenn die Lebensgefahr nicht unmittelbar besteht, sondern lediglich langfristig eine Gefahr für das Leben absehbar ist (zB Nierenspende trotz erhöhtem Risiko einer späteren Niereninsuffizienz).¹²¹⁴

Zur Auslegung der Grenzen einer gem § 8 Abs 5 OTPG zulässigen Gesundheitsgefährdung ist auf § 90 Abs 1 StGB zurückzugreifen. Demnach ist die Einwilligung in eine Körperverletzung immer dann wirksam möglich, wenn die Verletzung *als solche* nicht gegen die guten Sitten verstößt. Es kommt also nicht auf die Sittenwidrigkeit der Einwilligung, sondern allein auf die Sittenwidrigkeit der Verletzung selbst an.¹²¹⁵ Die Funktion des „Sittenwidrigkeitskorrektivs“ besteht darin, die grds anerkannte Dispositionsbefugnis des Einzelnen über seine körperliche Integrität zugunsten eines gewissen Mitspracherechts der Rechtsgemeinschaft einzuschränken.¹²¹⁶ Auch der Gedanke des Schutzes vor unüberlegten Entscheidungen und damit letztlich vor sich selbst¹²¹⁷ bzw der vom Gesetzgeber generell unterstellte Zweifel an der Freiheit gewisser Entscheidungen werden zur Begründung dieser Beschränkung der Verfügungsmöglichkeit herangezogen.¹²¹⁸ Die Sittenwidrigkeit einer Handlung ist zunächst abhängig von Art, Schwere und Reversibilität des Eingriffs in die körperliche Integrität.¹²¹⁹ Handlungen, die ex-ante eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 1 StGB) oder eine Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen (§ 85 StGB) befürchten lassen (bzw der entsprechende Verletzungserfolg), wären bei einem strikten Abstellen auf die genannten Kriterien somit für sich genommen immer sittenwidrig.¹²²⁰

Dass Lebendorganspenden trotz der mit ihnen regelmäßig verbundenen schweren Körperverletzungen von der Rechtsordnung grds anerkannt sind, kommt im OTPG jedoch klar

¹²¹³ Vgl in diese Richtung auch *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 94; *Carstens*, Organtransplantation 74 f.

¹²¹⁴ Für die absolute Unzulässigkeit der Organentnahme in diesem Fall hingegen *Schreiber*, Lebendspende 94.

¹²¹⁵ mwN *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 71.

¹²¹⁶ mwN *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 67; *Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 157.

¹²¹⁷ Zu Recht kritisch *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 68.

¹²¹⁸ Vgl mwN *Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 158.

¹²¹⁹ *Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 160.

¹²²⁰ *Zerbes in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 169; *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 78.

zum Ausdruck. Dies unterstreicht die herrschende strafrechtliche Lehre, wonach bei schweren Körperverletzungen für die Beurteilung der Sittenkonformität auch die Beweggründe für den Eingriff einzubeziehen sind. Ethisch hochstehende Motive bzw ein rechtlich positiv zu bewertender Zweck der Handlung können demnach die Schwere des Erfolgs kompensieren und auch bei schweren Verletzungen eine Übereinstimmung mit den guten Sitten herstellen.¹²²¹ Mit der Schwere der Gefährdung bzw Verletzung steigen dabei die Anforderungen an eine positive Bewertung des Zwecks.¹²²² „Der vom angestrebten Zweck verkörperte Wert“ muss jeweils so gewichtig sein, „dass seine Realisierung auch um den Preis einer einverständlichen Körperverletzung der jeweils in Frage stehenden Schwere aus der Sicht der Rechtsgemeinschaft noch angemessen erscheint“.¹²²³ In die Abwägung sind auch relevante Umstände wie etwa das Bestehen einer verfahrensmäßigen Absicherung gegen leichtfertige oder missbräuchliche Eingriffe¹²²⁴ oder die Höhe der Gefahr¹²²⁵ miteinzubeziehen.

Die Rettung des Lebens oder die Wiederherstellung der Gesundheit eines schwer Kranken kann nach hM auch die Entnahme wichtiger Organe rechtfertigen.¹²²⁶ Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Organentnahme nach § 8 Abs 5 OTPG ist im jeweiligen Einzelfall eine Risiko-Nutzen-Abwägung vorzunehmen: Die Schwere der vorhersehbaren Körperverletzung bzw der Gefährdung der Gesundheit beim Spender ist gegen den Nutzen abzuwägen, den die Transplantation für den Empfänger verspricht. Dabei müssen die zu erwartenden Vorteile beim Empfänger zu den zu erwartenden Nachteilen beim Spender in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹²²⁷ Dass die zu erwartenden Vorteile beim Organempfänger die Nachteile extrem überwiegen¹²²⁸ bzw die Nachteile verhältnismäßig geringfügig sind¹²²⁹, ist hingegen nicht erforderlich.¹²³⁰ Die strafrechtliche Lehre tritt generell für eine

¹²²¹ MwN *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 163 ff; *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 76 und 78. Bei leichten Körperverletzungen kommt es auf die verfolgten Motive hingegen nach hM nicht an, sodass hier eine Einwilligung ohne weitere Prüfung der Beweggründe möglich ist. Vgl dazu statt vieler auch *Lewisch* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB Rz 232.

¹²²² *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 170 f.

¹²²³ MwN *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 78.

¹²²⁴ *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 78.

¹²²⁵ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 170.

¹²²⁶ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 171.

¹²²⁷ MwN *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 131; vgl auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 155 f; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.2; *Cars- tens*, Organtransplantation 74 ff; *Hohmann*, Transplantationswesen 157. Vgl außerdem *Kalchschmid*, Organtransplantation 225 sowie *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 38, die das Erfordernis eines angemessenen Verhältnisses zwischen Nutzen und Risiko aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ableiten.

¹²²⁸ So *Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 69.

¹²²⁹ MwN *Kopetzki*, Organengewinnung 251.

restriktive Auslegung des Sittenwidrigkeitskorrektivs ein und will einen Eingriff in die körperliche Integrität nur bei einer eindeutigen gesellschaftlichen Ablehnung als sittenwidrig einordnen.¹²³¹ Auch eine grundrechtskonforme Auslegung unter angemessener Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des Spenders führt zu einer restriktiven Anwendung.¹²³² Von der Sittenwidrigkeit einer Organlebenspende und damit zugleich von einem Ausschluss des Spenders von der Lebenspende wegen eines ernststen Risikos für seine Gesundheit gem § 8 Abs 5 OTPG ist demnach nur bei einem groben Missverhältnis zwischen Nutzen und Risiko auszugehen.¹²³³

Unabhängig vom Nutzen für den Empfänger werden in der Lehre gewisse Eingriffe mit besonders schweren Folgen für die Gesundheit (zB schwere Verstümmelungen durch die Spende von Extremitäten, Persönlichkeitsveränderungen) generell als unzulässig angesehen.¹²³⁴ Aufgrund des hohen gesellschaftlichen Werts von Organspenden ist mit *Burgstaller/Schütz* jedoch davon auszugehen, dass „der Bereich, in dem Organentnahmen zu Transplantationszwecken aufgrund der Schwere der Beeinträchtigung des Spenders unter allen Umständen als [...] unzulässig anzusehen sind“, wiederum restriktiv festzusetzen ist.¹²³⁵ Nicht notwendigerweise unzulässig sind der Wertung des § 90 Abs 2 StGB entsprechend – jedenfalls sofern der Spender das 25. Lebensjahr vollendet hat – Organentnahmen, die die Unfruchtbarkeit des Spenders zur Folge haben.¹²³⁶

In allen Fällen, in denen § 8 Abs 5 OTPG anhand der dargestellten Kriterien nicht zur Unzulässigkeit der Spende führt, ist dem jeweiligen Gesundheitsrisiko mit einer erhöhten Sorgfalt bei der Aufklärung zu begegnen, um dem Spender die entstehende Gefährdung vor Augen zu führen.

¹²³⁰ So auch mwN *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 131.

¹²³¹ Vgl mwN *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 167; *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 70.

¹²³² Vgl auch *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* § 8 Rz 14; *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 131.

¹²³³ Für eine weites Verständnis der Sittengemäßheit auch *Bruckmüller/Schumann* in *JB Gesundheitsrecht* 2010 88.

¹²³⁴ Vgl *Kopetzki*, *Organgewinnung* 255; *Kalchschmid*, *Organtransplantation* 219; *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 106; *Rieder*, *ÖJZ* 115. Zu weit jedoch *Schreiber*, *Lebenspende* 94, der sich für die Unzulässigkeit der Entnahme auch bei Verlust des Seh-, Hör- oder Sprechvermögens, bei Absehbarkeit der Funktionslosigkeit eines verbleibenden (paarig angelegten) Organs und überhaupt bei erheblicher Beeinflussung der Lebensführung ausspricht.

¹²³⁵ *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 133.

¹²³⁶ Vgl mwN *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 133; aA mwN etwa *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 106; *Kopetzki*, *Organgewinnung* 255.

Da es sich beim Verbot der Organentnahme bei einer ernsten Gefahr für Leben bzw Gesundheit des Spenders gem § 8 Abs 5 OTPG um eine Konkretisierung der Gute-Sitten-Klausel handelt, macht eine Missachtung des Verbots zugleich auch aus strafrechtlicher Sicht die Einwilligung in die Organentnahme unwirksam.¹²³⁷

8. Subsidiarität der Lebendspende

Das österreichische OTPG enthält – anders als viele andere europäische Transplantationsgesetze¹²³⁸ – keine ausdrückliche Subsidiarität der Lebendspende gegenüber der Leichenspende bzw gegenüber sonstigen Therapieformen. Eine solche könnte sich allenfalls im Wege der zur Beurteilung der Zulässigkeit von Lebendspenden vorzunehmenden Risiko-Nutzen-Analyse ergeben, wenn man alternative Behandlungsmöglichkeiten in diese miteinbezieht. Stünde ein Leichenorgan oder eine sonstige Therapiemöglichkeit mit vergleichbaren oder besseren Erfolgschancen¹²³⁹ zur Verfügung, wäre nach von manchen Autoren vertretener Auffassung eine Lebendspende unzulässig.¹²⁴⁰

Mit anderen therapeutischen Methoden (Dialyse, sonstige intensivmedizinische Behandlungen) kann unter Berücksichtigung der Lebensqualität jedoch meist ohnehin kein mit einer Lebendspende vergleichbarer medizinischer Nutzen erzielt werden. Auch gegenüber der Leichenspende weist die Lebendspende therapeutische Vorteile auf.¹²⁴¹ Zudem ist es Ausdruck der Selbstbestimmung des Organempfängers, sich für eine Lebendorganspende und gegen ein Organ eines Verstorbenen bzw eine sonstige Therapie zu entscheiden. Lehnt ein potenzieller Organempfänger daher ein Leichenorgan oder eine sonstige Therapie – aus welchen Gründen auch immer – ab oder lässt sich erst gar nicht auf die Warteliste für ein Leichenorgan setzen, kann dies nicht zur Unzulässigkeit der verbleibenden Möglichkeit der Lebendspende führen. Im Verhältnis zwischen Lebend- und Leichenspende bleibt zudem zu bedenken, dass ein Verbot der Transplantation eines verfügbaren Organs eines

¹²³⁷ Vgl Zerbes in *Triffierer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 181 und 185 sowie dazu näher unten S 270 f.

¹²³⁸ Vgl etwa § 8 Abs 1 Z 3 dTPG oder Art 12 lit d schwTPG.

¹²³⁹ Vgl auch Art 19 Abs 1 MRB.

¹²⁴⁰ So *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.5; *Carstens*, Organtransplantation 78 f; *Etzl*, Organentnahme beim lebenden Spender, in *Plöchl* (Hrsg), *Ware Mensch* (1996) 75 (85); im Ergebnis (jedoch mit mE verfehlter Begründung über eine WHO-Empfehlung und den ärztlichen Grundsatz des „primum non nocere“) auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 224 sowie *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 37 f und diesen folgend *Hohmann*, Transplantationswesen 155 f.

¹²⁴¹ Vgl dazu näher *Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*, Lebendspende von soliden Organen. Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen, 7 f http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/Lebendspende_D_08.pdf.

Lebendspenders bei Vorhandensein eines passenden Leichenorgans dem nächstplatzierten Anwärter auf der Warteliste das Leichenorgan vorenthalten würde. Unter Rückgriff auf diese und andere Argumente wird selbst in Bezug auf Rechtsordnungen, in denen eine Subsidiarität *ausdrücklich* angeordnet ist, versucht, deren unerwünschte und verfassungsrechtlich für bedenklich erachtete Wirkungen einzudämmen.¹²⁴²

Für die österreichische Rechtsordnung ergeben sich im Ergebnis faktisch keine Beschränkungen der Zulässigkeit der Lebendspende aufgrund von Subsidiaritätsüberlegungen.¹²⁴³ Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Meinung im Zeitpunkt der geplanten Organlebenspende tatsächlich verfügbare und gleichwertige Alternativtherapien – unabhängig von einem diese ablehnenden Willen des Organempfängers – in die Beurteilung der Sittenkonformität einbezieht, würde deren Verfügbarkeit nicht schlechthin zur Unzulässigkeit einer Lebendorganspende führen. Vielmehr würden Alternativtherapien einer Lebendspende allenfalls dann entgegenstehen, wenn sich aus deren Verfügbarkeit ein grobes Missverhältnis in der Nutzen-Risikoanalyse ergeben würde.¹²⁴⁴

9. Beschränkung des Empfängerkreises

Auch der zulässige Empfängerkreis einer Lebendorganspende wird vom OTPG nicht festgelegt. Während § 8 Abs 1 dTPG in Deutschland – aus Angst vor kommerziellen Motiven bei Organspenden außerhalb enger persönlicher Bindungen¹²⁴⁵ – den Empfängerkreis auf nahe Verwandte, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte und „andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen“, beschränkt,¹²⁴⁶ ist der österreichischen Rechtsordnung keine vergleichbare Begrenzung zu entnehmen.¹²⁴⁷ Eine solche ergibt sich auch nicht unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit, da hinter einer Spende ohne besonderes Naheverhältnis ebenfalls aner kennenswerte Moti-

¹²⁴² Vgl etwa mwN ausführlich *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* § 8 TPG Rz 22 ff; *Gutmann/Schroth*, Organlebenspende 25 ff; *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 42 ff.

¹²⁴³ So zum GSG auch *Leischner* in *Kopetzki* 216; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 110.

¹²⁴⁴ Vgl zu diesem Maßstab oben S 197 f.

¹²⁴⁵ *Schreiber*, Wann darf ein Organ entnommen werden, in *Ach/Quante* (Hrsg), Hirntod und Organverpflanzung (1997) 199 (201 f). Vgl zu derartigen Bedenken auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 227 f.

¹²⁴⁶ Dazu und zu (verfassungsrechtlichen Bedenken) bezüglich der Beschränkung vgl mwN etwa *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* § 8 Rz 26 ff; *Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8 Rz 47 ff.

¹²⁴⁷ Statt vieler *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.3; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 40; *Kopetzki*, Organgewinnung 250; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 150.

ve stehen können.¹²⁴⁸ Zulässig sind demnach auch Organspenden an Fremde und somit auch sog Überkreuzspenden („Cross-Over-Spenden“). Das Motiv der Spende und damit die Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit wird hier allerdings in besonderem Maße zu prüfen sein. Faktisch finden Organlebendspenden aus Gründen der höheren persönlichen Motivation zur Spende aber auch aufgrund der immunologischen Kompatibilität vorwiegend zwischen Verwandten statt.¹²⁴⁹

Eine „Widmung“ der Spende und damit eine Beschränkung auf einen bestimmten Empfänger im konkreten Einzelfall kann und wird idR durch den Lebendspender selbst erfolgen. Diesem steht es frei, eine Einwilligung zur Entnahme des Organs nur hinsichtlich einer bestimmten Person als Empfänger zu erteilen.¹²⁵⁰ Die Einwilligung rechtfertigt dann nur die Verwendung der Spende für den aufgeklärten und eingewilligten Zweck. Zulässig sind jedoch grds auch sog „ungerichtete altruistische“ Spenden, dh Lebendorganspenden, bei denen die Einwilligung unabhängig von der Person des Organempfängers abgegeben wird.¹²⁵¹ Bei Anonymität von Spender und Empfänger weist die altruistische Spende gegenüber der Spende im Angehörigenkreis sogar Vorteile in Hinblick auf die Wahrung der Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit der Spende auf.¹²⁵² Im Fall von ungerichteten Lebendspenden stellen sich Allokationsfragen, die jenen bei der Organentnahme vom Verstorbenen ähneln. Anders als bei der Leichenspende muss es bei der Lebendspende jedoch auch zulässig sein, die Einwilligung von der Einhaltung gewisser Allokationskriterien abhängig zu machen.¹²⁵³

¹²⁴⁸ Zutreffend *Bruckmüller/Schumann* in JB Gesundheitsrecht 2010 86 f. Vgl auch *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 131, der bei Organspenden zu Gunsten nahestehender Personen allenfalls eine erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeit in Betracht zieht.

¹²⁴⁹ Vgl *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.3.

¹²⁵⁰ ErläutRV 1935 B1gNR 24. GP 5; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.4.2.3; mwN *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 150 sowie *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 54.

¹²⁵¹ Vgl dazu Verfahrensanweisungen zur Überprüfung der Einwilligung eines Lebendspenders, 3 sowie *Hohmann*, Organtransplantation 158.

¹²⁵² Dazu etwa *Hohmann*, Transplantationswesen 84 f und 158; vgl auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 265.

¹²⁵³ Vgl zum Sonderfall der Domino-Lebendtransplantation *Gutmann/Wiese*, Die Domino-Transplantation von Organen, MedR 2015, 315 (319). Zu Fragen der Allokation bei Lebendspenden vgl auch unten S 219 f.

10. Besonderheiten der medizinisch indizierten Organentnahme

Die Organentnahme zur Übertragung auf einen Dritten¹²⁵⁴ erfolgt in der Regel ausschließlich fremdnützig und daher ohne medizinische Indikation für den Spender.¹²⁵⁵ Das OTPG ist jedoch auch dann anwendbar, wenn bei einer sog „Domino-Transplantation“¹²⁵⁶ ein Organ zwar im Rahmen eines medizinisch indizierten Eingriffs entnommen wird, in weiterer Folge jedoch einer dritten Person übertragen werden soll.¹²⁵⁷ Ob die weitere Verwendung zu Transplantationszwecken im Zeitpunkt der Entnahme bereits „geplant“ war oder die „Umwidmung“ erst nach der Entnahme erfolgt, ist unerheblich.¹²⁵⁸ Dem Umstand, dass der Eingriff in die körperliche Integrität in diesem Fall medizinisch indiziert ist, ist in Hinblick auf die Entnahmevoraussetzungen Rechnung zu tragen. Das GSG tut dies bspw, indem es spezifische Voraussetzungen für die Zulässigkeit der weiteren Verwendung von im Rahmen einer medizinischen Behandlung entnommenen Geweben und Zellen normiert (§ 4 Abs 4 GSG), die Zulässigkeit der Entnahme selbst aber der Beurteilung nach allgemeinen Regeln überlässt.¹²⁵⁹ Auch § 8b dTPG enthält Sondervorschriften für die Übertragung von Organen, die im Rahmen einer medizinischen Behandlung entnommen wurden.¹²⁶⁰ Dem OTPG ist eine solche Differenzierung nicht zu entnehmen. Das Fehlen einer spezifischen Regelung für medizinisch indizierte Entnahmen kann allerdings nicht zur Folge haben, dass § 8 OTPG auch in diesem Fall undifferenziert anzuwenden ist.

Vielmehr ist aus teleologischen und systematischen Überlegungen davon auszugehen, dass die *Organentnahme* aufgrund einer medizinischen Indikation nicht den Voraussetzungen des OTPG unterliegt, sondern alleine anhand der allgemeinen Regeln für medizinisch indizierte Heilbehandlungen (insb hinsichtlich Einwilligungsfähigkeit und Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung) zu beurteilen ist. Die Spende iSd § 3 Z 11 OTPG („jedes Zurverfügungstellen von Organen zu Transplantationszwecken“), die den Anwendungsbereich

¹²⁵⁴ Die Organentnahme zur autologen Verwendung fällt hingegen aus teleologischen und systematischen Gründen nicht in den Anwendungsbereich des OTPG. Vgl dazu oben S 116 f.

¹²⁵⁵ Vgl auch ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5.

¹²⁵⁶ Davon spricht man, wenn aus operationstechnischen Gründen einem Organempfänger im Rahmen einer Transplantation auch ein eigentlich gesundes Organ entnommen werden muss, das dann einem anderen Empfänger wieder eingepflanzt werden kann.

¹²⁵⁷ Vgl dazu oben S 117.

¹²⁵⁸ Insofern verwirrend *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 111 f.

¹²⁵⁹ Vgl dazu *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 111 f und 128 f; *Leischner* in *Kopetzki* 179.

¹²⁶⁰ Die rechtlichen Voraussetzungen der Organentnahme richten sich in diesem Fall nicht nach § 8 dTPG, sondern nach den allgemeinen Regeln für die Einwilligung des Patienten in einen Heileingriff. Vgl mwN *Gutmann/Wiese*, MedR 2015, 317.

des OTPG eröffnet, erfolgt in diesem Fall durch die Widmung des entnommenen Organs zu Transplantationszwecken. Die hierfür notwendige Einwilligung in die weitere Verwendung kann – und muss aufgrund der bestehenden Narkose faktisch idR – bereits vor der Entnahme erteilt werden. Die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung in die weitere Verwendung setzt eine zuvor erteilte Aufklärung über all jene Aspekte des § 8 Abs 3 OTPG voraus, die nicht allein dazu dienen, eine selbstbestimmte Entscheidung über die Entnahme selbst zu ermöglichen. Eine Anlehnung an § 4 Abs 4 GSG erscheint hier sinnvoll.¹²⁶¹ Die sonstigen Vorgaben des § 8 Abs 3 und 4 OTPG (Form der Aufklärung, Unzulässigkeit eines Aufklärungsverzichts, Form und Widerrufbarkeit der Einwilligung) sind auch bei der bloßen Einwilligung in die weitere Verwendung einzuhalten.¹²⁶²

Klärungsbedürftig bleibt die Bedeutung des § 8 Abs 1 OTPG bei der Spende von Organen, die aufgrund einer medizinischen Indikation entnommen werden. Dem Wortlaut gemäß ist eine „Organspende“ Minderjähriger unzulässig. Versteht man nun unter einer Organspende „jedes Zurverfügungstellen von Organen zu Transplantationszwecken“¹²⁶³, wäre auch eine Einwilligung in die weitere Verwendung eines einem Minderjährigen aufgrund einer medizinischen Indikation entnommenen Organs zu Transplantationszwecken absolut unzulässig. Dass einem Minderjährigen die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit¹²⁶⁴ zur Einwilligung in die weitere *Verwendung* eines aus medizinischer Indikation ohnehin zu entnehmenden Organs generell fehlt, lässt sich nicht mit guten Gründen vertreten. Eine Abwägung zwischen dem Interesse des Minderjährigen und dem Interesse der potenziellen Organempfänger legt hier eine teleologische Reduktion des Verbots des § 8 Abs 1 OTPG nahe.¹²⁶⁵ Ob bei Fehlen der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Spenders selbst eine vertretungsweise Einwilligung in die weitere Verwendung des Organs zulässig ist, hängt vom Maßstab ab, den man für eine die Einwilligung ausschließende „Wohlfährdung“ ansetzt.¹²⁶⁶

¹²⁶¹ Vgl dazu *Leischner in Kopetzki* 202; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 140.

¹²⁶² Vgl § 4 Abs 4 GSG.

¹²⁶³ § 3 Z 11 OTPG.

¹²⁶⁴ Vgl zum Abstellen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch bei der Einwilligung in die weitere Verwendung oben S 177.

¹²⁶⁵ Auch nach § 8b dTPG kommt es in diesem Sonderfall auf die Volljährigkeit des Spenders nicht an. Vgl dazu *Schmidt-Recla in Höfling*, TPG² § 8b Rz 4 sowie *Gutmann/Wiese*, MedR 2015, 318.

¹²⁶⁶ Für die grds Möglichkeit der vertretungsweisen Einwilligung *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 133 f sowie *Leischner in Kopetzki* 196 f.

B. Entnahmeort

Anders als bei der Organentnahme von Verstorbenen (§ 5 Abs 3 OTPG) enthalten die Regeln für die Lebendspende keine Vorgaben in Hinblick auf den zulässigen Entnahmeort. Dennoch besteht kein Zweifel, dass auch eine Organentnahme vom Lebenden nur in einer Entnahmeeinheit oder durch eine mobiles Team einer solchen (vgl § 3e KAKuG) vorgenommen werden darf. Auch die Entnahme vom Lebendspender stellt eine Bereitstellung iSd § 3 Z 1 OTPG dar, die von einer Entnahmeeinheit iSd § 3 Z 2 OTPG durchzuführen oder zu koordinieren ist.¹²⁶⁷ Als Entnahmeeinheit für die Gewinnung vom Lebendspender kommt jede rechtskräftig bewilligte Krankenanstalt in Frage, ohne dass es auf die Erfüllung der sonstigen Kriterien des § 5 Abs 3 OTPG¹²⁶⁸ ankommen würde. In Hinblick auf den verfolgten Zweck der Absicherung des – für Lebendspenden ebenso wie für Leichenspenden geltenden – Gewinnverbots, scheint diese Differenzierung inkonsequent.

C. Medizinische Nachsorge für Lebendspender

Sofern dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechend der Art der Spende zum Schutz des Spenders angezeigt ist, sind diesem nach der Spende regelmäßige medizinische Kontrollen anzubieten (§ 8 Abs 5 letzter Satz OTPG). § 9 OTPG verpflichtet die jeweilige Entnahmeeinheit, *jedenfalls* drei Monate nach der Spende eine solche Nachkontrolle anzubieten. Auch danach müssen Entnahmeeinheiten Lebendspender in „dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Abständen“ schriftlich daran erinnern, dass sie sich zu ihrem eigenen Schutz einer fachärztlichen Nachkontrolle unterziehen sollen („Recall-System“).¹²⁶⁹ Ebenso wie die *Frequenz* derartiger Erinnerungen überlässt das OTPG auch die *Parameter*, welche die Kontrolluntersuchung umfassen soll, bewusst dem Stand der medizinischen Wissenschaft.¹²⁷⁰ Bei der Nachsorgepflicht handelt es sich lediglich um eine Leistungsverpflichtung der Entnahmeeinheit, aus der keine korrespondierende Verpflichtung der Lebendspender (etwa zur Duldung der Untersuchungen) entspringt.¹²⁷¹ Auf Initiative des Gesundheitsausschusses wurde ins OTPG zudem eine Verpflichtung der Entnahmeeinheiten aufgenommen, für jeden Organlebendspender einen

¹²⁶⁷ Vgl auch Art 5 OrganRL sowie § 3 Z 12 OTPG, wo von einer Willensbeurkundung gegenüber „dem bei einer Entnahmeeinheit tätigen Personal“ die Rede ist.

¹²⁶⁸ Zu den Anforderungen an den Entnahmeort bei der Leichenspende vgl oben S 149 ff.

¹²⁶⁹ Damit wird die Bemühungspflicht des Art 15 Abs 4 OrganRL umgesetzt. Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 5 f.

¹²⁷⁰ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6.

¹²⁷¹ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 48. Vgl auch ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6 („Ob Lebendspenderinnen/Lebendspender dieser Erinnerung Folge leisten, liegt in ihrer Ingerenz als mündige Bürgerinnen/Bürger“).

„individuellen, risikobasierten Nachsorgeplan“ zu erstellen und diesen dem Spender auszuhandigen (§ 9 letzter Satz OTPG). Dadurch soll eine auf den jeweiligen Spender „individuell zurechtgeschnittene langfristige Nachsorge, unter Bedachtnahme auf den individuellen Gesundheitszustand sowie sämtliche für die Nachsorge relevanten Risikofaktoren“ sichergestellt werden.¹²⁷² Zur konkreten Ausgestaltung des Nachsorgeplans sollen insb die gem § 10 Z 9 OTPG zu erlassenden Verfahrensanweisungen dienen.

Der im Rahmen des Begutachtungsverfahrens und auch schon zuvor von verschiedener Seite geäußerten Forderung nach einem Lebendspenderregister, in welchem die Daten aller Lebendspender zentral erfasst und wissenschaftlich ausgewertet werden können,¹²⁷³ wurde trotz diesbezüglicher Vorarbeiten des ÖBIG seit 2006¹²⁷⁴ durch das OTPG nicht nachgekommen. Stattdessen soll das Ziel der Datengewinnung über die mit der Lebendspende verbundenen Risiken und Komplikationsraten durch die im Einsatz befindliche bundesweit einheitliche Ergebnisqualitätsmessung aus Routinedaten (A-IQI) erfüllt werden.¹²⁷⁵

D. Sozialversicherungsrechtliche Absicherung von Lebendspendern

Gem § 120a Abs 1 ASVG (und den korrespondierenden Bestimmungen in anderen Sozialversicherungsgesetzen)¹²⁷⁶ ist die nicht auf Gewinn gerichtete Spende von Körperteilen zur Übertragung in den Körper eines anderen Menschen durch einen Versicherten ex-lege dem Versicherungsfall der Krankheit (iSd § 120 Z 1 ASVG) gleichzuhalten.¹²⁷⁷ Leistungen für den Spender sind daher von dessen Krankenversicherung zu tragen.¹²⁷⁸ Gem § 120a Abs 1 2. Satz ASVG gilt der Versicherungsfall der Krankheit „mit dem Zeitpunkt als eingetreten, in dem die erste ärztliche Maßnahme gesetzt wird, die der späteren Entnahme des Körperteiles voranzugehen hat“. Erfasst sind daher auch alle notwendigen Untersuchungen zur Bestimmung der Spendereignung („Typisierung“).¹²⁷⁹ Durch eine begleitende Novelle zum

¹²⁷² AB 1980 BlgNR 24. GP 2.

¹²⁷³ Vgl etwa 5/SN-401/ME; 11/SN-401/ME; 16/SN-401/ME; 18/SN-401/ME; 20/SN-401/ME.

¹²⁷⁴ Vgl dazu die Informationen auf der Homepage der GÖG abrufbar unter <http://www.goeg.at/de/Bereich/Lebendspende.html>.

¹²⁷⁵ AB 1980 BlgNR 24. GP 2 f. Kritisch zur Eignung etwa 11/SN-401/ME. Vgl auch Art 15 Abs 3 OrganRL, der lediglich fordert, dass „ein Register der Lebendspender geführt wird oder Aufzeichnungen über Lebendspender angefertigt werden“.

¹²⁷⁶ § 80a Abs 1 GSVG; § 76a Abs 1 BSVG; § 53a Abs 1 B-KUVG.

¹²⁷⁷ Die ausdrückliche Gleichstellung ist notwendig, da ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand beim Spender idR nicht vorliegt.

¹²⁷⁸ Vgl *Popperl* in *Popperl* (Hrsg), Allgemeines Sozialversicherungsgesetz § 120a ASVG (Stand 50. Lfg, 2. 2013, lexisnexus.at).

¹²⁷⁹ ErläutRV 404 BlgNR 13. GP 86; *Aigner*, RdM 2008/64, 104.

OTPG¹²⁸⁰ wurde in § 120a ASVG und den Parallelbestimmungen zudem klargestellt, dass der Versicherungsfall auch die Nachkontrollen nach § 9 OTPG mitumfasst. Insgesamt wird durch die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen sichergestellt, dass es für alle Phasen der Lebendspende durch inländische Spender – unabhängig von einer allfälligen Leistungspflicht einer Empfängerversicherung – immer einen leistungspflichtigen Krankenversicherungsträger gibt.¹²⁸¹

In Rechtsordnungen anderer Staaten (etwa in Deutschland) hat hingegen die Krankenversicherung des Empfängers sämtliche Geld- und Sachleistungen auch für den Spender zu erbringen.¹²⁸² Daher normiert § 120a Abs 2 ASVG für grenzüberschreitende Fälle, in denen weder nach dem Unionsrecht oder einem von Österreich geschlossenen Abkommen noch nach den jeweiligen ausländischen Rechtsvorschriften eine Erstattung der Kosten der Spende durch den ausländischen Träger vorgesehen ist, die Pflicht des Trägers der Krankenversicherung des Empfängers die mit der Spende notwendig verbundenen Sachleistungen für den Spender wie für einen eigenen Versicherten zu erbringen.¹²⁸³ Als eigenständige Leistung der Krankenbehandlung gilt auch die Übernahme der für eine Organtransplantation notwendigen Anmelde- und Registrierungskosten bei einer Organbank (vgl § 133 Abs 3 3. Satz sowie § 150a ASVG).¹²⁸⁴

Durch die vom Gesundheitsausschuss anlässlich der Beratungen zum OTPG initiierte Einbeziehung von Lebendorganspenden in den Tatbestand des § 176 Abs 1 Z 2 ASVG¹²⁸⁵ konnte zudem eine wesentliche Verbesserung der Absicherung von Lebendspendern erzielt werden.¹²⁸⁶ Unfälle, die sich bei Lebendorganspenden gem OTPG ergeben, werden dadurch Arbeitsunfällen gleichgestellt, sodass den Spendern ein beitragsfreier Unfallversicherungsschutz zusteht. Dieser umfasst neben der Unfallheilbehandlung und anderen Sachleistungen im Fall der Minderung der Erwerbsfähigkeit auch den Anspruch auf eine lebenslange Rente. Mit dieser Erweiterung der sozialen Absicherung sollte der „herausragenden altruistischen Haltung“ von Lebendspendern „gebührend Rechnung getragen wer-

¹²⁸⁰ Bundesgesetz mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz und das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz geändert werden BGBl I 2012/107.

¹²⁸¹ Vgl *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 48.

¹²⁸² ErläutRV 197 BlgNR 24. GP 5; *Poperl in Poperl*, ASVG § 120a ASVG.

¹²⁸³ Vgl dazu näher ErläutRV 197 BlgNR 24. GP 5 f; *Poperl in Poperl*, ASVG § 120a ASVG.

¹²⁸⁴ Vgl auch *Aigner*, RdM 2008/64, 104.

¹²⁸⁵ IdF BGBl I 2012/107.

¹²⁸⁶ Kritisch zum bisherigen Fehlen einer solchen Absicherung *Aigner*, RdM 2008/64, 104.

den“. Da § 176 ASVG einen Unfall bei der Organspende voraussetzt, lösen komplikationslose Organspenden keine solche Leistungsverpflichtung der Unfallversicherung aus.¹²⁸⁷

¹²⁸⁷ Zum Ganzen AB 1981 B1gNR 24. GP 1 f. Vgl auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 48; *Heissenberger*, RdM 2013/35, 52 sowie *Füszl*, ÖZPR 2013/19, 27.

IV. Gewinn- und Werbeverbote

Im zweiten Abschnitt enthält das OTPG unter dem Titel „Grundsätze der Organspende“ gemeinsame Vorgaben für Lebend- und Leichenspenden (§ 4 OTPG). Neben dem Erfordernis der Freiwilligkeit (zu dessen jeweils unterschiedlicher Bedeutung für die Leichen- und Lebendspende vgl S 124 f und S 188 ff) wird hier insb ein umfassendes bereichsspezifisches¹²⁸⁸ Gewinn- und Werbeverbot für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe verankert, das erstmals auch Lebendorganspenden¹²⁸⁹ erfasst.¹²⁹⁰ Für den Bereich des Organtransplantationsrechts wird der Gesetzgeber damit dem unionsrechtlichen Gewinnverbot des Art 3 Abs 2 lit c GRC¹²⁹¹ umfassend gerecht.

A. Unentgeltlichkeit der Spende gem § 4 Abs 1-3 OTPG

Gem § 4 Abs 1 OTPG dürfen Organe nur unentgeltlich gespendet werden.¹²⁹² Diesen Grundsatz konkretisierend verankert § 4 Abs 2 OTPG ein Verbot, „Spendern von Organen oder dritten Personen für eine Spende einen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil zukommen zu lassen oder zu versprechen“. Abs 3 normiert, unter welchen Voraussetzungen nicht von der Erzielung eines solchen unzulässigen finanziellen Gewinns oder vergleichbaren Vorteils auszugehen ist: Demnach stehen § 4 Abs 1 und 2 OTPG „der Gewährung einer angemessenen Entschädigung lebender [...] Spender für Verdienst-

¹²⁸⁸ Ein allgemeines Verbot der Kommerzialisierung menschlicher Körpersubstanzen nach dem Vorbild des Art 21 MRB bzw des Art 3 Abs 2 lit c GRC findet sich in der österreichischen Rechtsordnung nicht. Für einen Überblick über weitere bereichsspezifische Gewinnverbote im Zusammenhang mit menschlichem Körpermaterial siehe *Kopetzki* in *Kopetzki* 154 sowie ausführlich zum Ganzen *Kopetzki* in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* 61 ff.

¹²⁸⁹ Entgegen der hM bereits bisher für eine analoge Anwendung des Gewinnverbots für Leichenspenden gem § 62a Abs 4 KAKuG aF auch auf Lebendspenden *Kalchschmid*, Organtransplantation 229; *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 40; *Hohmann*, Transplantationswesen 160. Dagegen zutreffend etwa *Kopetzki*, Organgewinnung 256; *Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 71; *Aigner*, RdM 2008/64, 103. Eine Strafbarkeit der gewinnorientierten Lebendspende konnte bisher nur bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen aus dem Tatbestand des „Menschenhandels“ gem § 104a StGB folgen. Dazu etwa *Schwaighofer* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 104a StGB (Stand 1. 5. 2014, rdb.at) sowie unten S 271 f.

¹²⁹⁰ Für eine kritische Auseinandersetzung mit Verboten der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers vgl *Kopetzki* in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* 61 ff.

¹²⁹¹ „Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen“. Zum sachlichen Schutzbereich des Art 3 Abs 2 lit c GRC vgl mwN näher *Borowsky* in *Meyer*, GRC⁴ Art 3 Rz 45; *Breitenlechner/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 3 Rz 23; *Höfling* in *Tettinger/Stern*, GRC Art 3 Rz 20; *Jarass*, Charta² Art 3 Rz 16. Umstritten ist die Qualifikation der Vorschrift als Grundrecht oder bloßer Grundsatz mit beschränkter Justiziabilität. Vgl dazu mit einem Überblick über den Meinungsstand *Breitenlechner/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 3 Rz 28 (FN 52) sowie außerdem *Kneihs*, Art 3 GRC als verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht, RdM 2014/174, 276. Zu Inhalt und Bindungswirkung von Art 3 Abs 2 lit c GRC vgl außerdem *Kopetzki* in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* 74 ff.

¹²⁹² § 4 Abs 1 OTPG setzt Art 13 Abs 1 OrganRL um. Ihm kommt jedoch keine eigenständige Bedeutung zu, was sich auch daran zeigt, dass Verstöße gegen § 4 Abs 1 OTPG (anders als solche gegen § 4 Abs 2, 4 und 5 OTPG) in § 18 OTPG nicht eigens verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert werden.

entgang und anderer Ausgaben, die durch die Spende und die damit verbundenen medizinischen Maßnahmen verursacht werden, und der Gewährung von Schadenersatz im Fall des Eintritts eines Schadens in Folge der Spende und der sonstigen damit in Zusammenhang stehenden medizinischen Maßnahmen nicht entgegen“. Die Vorgaben des § 4 Abs 2 und 3 OTPG decken sich damit inhaltlich mit jenen des § 4 Abs 6 und 7 GSG für die Spende von Zellen und Geweben.¹²⁹³

1. Begriff der Spende und Begünstigte

Von § 4 Abs 2 OTPG erfasst ist lediglich die Vorteilsgewährung als Gegenleistung *für die Spende*. Spende iSd § 3 Z 11 OTPG ist „jedes Zurverfügungstellen von Organen zu Transplantationszwecken“. Darunter fällt jedenfalls das Zurverfügungstellen des Organs durch den Spender. Verboten ist es daher insb für die Einwilligung in eine Lebendspende¹²⁹⁴ einen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil zukommen zu lassen oder auch nur zu versprechen. Unzulässig soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch das Gewähren oder Versprechen eines finanziellen Gewinns oder vergleichbaren Vorteils für das Unterlassen eines Widerspruchs zur Organentnahme vom Verstorbenen (bzw für den Widerruf eines solchen) sein.¹²⁹⁵

Auf die Person des Begünstigten kommt es hingegen nicht an. Solange es sich um eine Vorteilsgewährung *für die Spende* handelt, verbietet § 4 Abs 2 OTPG nicht nur eine Gewinnerzielung durch den Organspender selbst (dh den ursprünglichen Substanzträger), sondern auch durch dritte – natürliche oder juristische – Personen (zB gesetzliche Vertreter, Ärzte, ...).¹²⁹⁶ So wäre etwa auch der Fall erfasst, dass einer Person ein finanzieller Vorteil dafür geboten wird, dass sie einen Dritten zur Organspende bewegt.

Fraglich ist, ob daneben auch die „Bereitstellung“ durch die Entnahmeeinheit – also gem § 3 Z 1 OTPG der Prozess, durch den gespendete Organe verfügbar gemacht werden – vom Begriff der Spende und damit vom Verbot des § 4 Abs 2 OTPG erfasst ist. Die Sys-

¹²⁹³ Zu den Gewinnverboten des GSG vgl *Kopetzki in Kopetzki* 153 ff; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 258 ff.

¹²⁹⁴ Erfasst ist auch die Einwilligung in die weitere Verwendung bei der medizinisch indizierten Organentnahme.

¹²⁹⁵ So zur gleichlautenden Bestimmung des § 4 Abs 6 (bzw 7) GSG ErläutRV 261 BlgNR 23. GP 7; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 264. Von § 62a Abs 4 KAKuG aF (nunmehr § 4 Abs 5 OTPG) war dieser Fall hingegen nicht erfasst. Vgl dazu *Kopetzki*, Organgewinnung 260; *Kalchschmid*, Organtransplantation 153; *Aigner*, RdM 2008/64, 101; anders hingegen *Kopetzki in Kopetzki* 163.

¹²⁹⁶ *Kopetzki in Kopetzki* 155; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 258.

tematik der Begriffsdefinitionen (Differenzierung zwischen der *Spende* und der Bereitstellung *gespenderter* Organe) spricht zunächst gegen eine solche Einbeziehung. Dafür spricht aus unionsrechtlicher Sicht, dass Art 13 Abs 4 OrganRL die Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass auch „die Bereitstellung von Organen auf nichtkommerzieller Grundlage erfolgt“. Zudem wird auch die Parallelbestimmung des § 4 Abs 6 GSG – wenngleich auf Grundlage leicht abweichender Begriffsdefinitionen – dahingehend verstanden, dass die Gewinnerzielung mit der Durchführung der Entnahme erfasst ist.¹²⁹⁷ In diese Richtung deutet auch, dass die Organentnahme vom Verstorbenen gem § 5 Abs 3 OTPG in oder durch Entnahmeeinheiten, die im Wesentlichen den Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit entsprechen, zu erfolgen hat.¹²⁹⁸ Eine unionsrechtskonforme, systematische und teleologische Auslegung¹²⁹⁹ legt daher nahe, eine Gewinnerzielung mit dem Prozess der Bereitstellung durch die Entnahmeeinheiten gem § 4 Abs 2 OTPG für unzulässig zu erachten.

Jede anschließende Gewinnerzielung mit gespendeten Organen (zB durch Transport, Lagerung oder dem Handel mit Organen) ist hingegen nicht von § 4 Abs 2 OTPG,¹³⁰⁰ sondern allenfalls von dessen Abs 5 (dazu unten S 213 ff) erfasst.

2. Finanzieller Gewinn oder vergleichbarer Vorteil

Das Verbot der Erzielung eines finanziellen Gewinns oder vergleichbaren Vorteils erfasst neben Geldleistungen auch alle sonstigen vermögenswerten Zuwendungen (wie zB Sachleistungen, berufliche Förderung usw) unabhängig von der Art des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts.¹³⁰¹

Die in § 4 Abs 3 OTPG enthaltene Klarstellung, welche Leistungen an den Lebendspender *nicht* als verbotene Gewinn- bzw Vorteilszuwendungen anzusehen sind, macht deutlich, dass § 4 Abs 2 OTPG nur eine „Vorteilsgewährung“, nicht jedoch einen „Nachteilsausgleich“ verbietet: Unzulässig sind vermögenswerte Zuwendungen, die den Begünstigten finanziell besser stellen, als dies ohne die Spende der Fall wäre. Vom Verbot nicht um-

¹²⁹⁷ Vgl *Kopetzki in Kopetzki* 155, 160; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 258 f. Letztere geht von einem noch weiteren Spendebegriff aus, indem sie auch die Abgabe von Spendermaterial von der Entnahmeeinheit an die Gewebebank miteinbezieht. Zum BSG vgl *Schneider in Kopetzki/Mayer* 246.

¹²⁹⁸ Für den Zusammenhang zwischen dem Gewinnverbot (wenn auch bezogen auf § 62a Abs 4 KAKuG aF) und den Anforderungen an die Entnahmekrankenanstalt vgl ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4.

¹²⁹⁹ Vgl auch ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4, wonach Ziel des Gewinnverbots ist, geschäftliche Interessen „an der Durchführung von Transplantationen und Entnahmen“ auszuschließen.

¹³⁰⁰ *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 259; *Kopetzki in Kopetzki* 155.

¹³⁰¹ *Kopetzki in Kopetzki* 156; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 262. Vgl auch EBMRB Z 113.

fasst sind hingegen solche Zuwendungen, die nur jene tatsächlichen Nachteile bzw Aufwendungen ausgleichen, die durch die Spende und die sonstigen mit ihr in Zusammenhang stehenden medizinischen Maßnahmen entstehen.¹³⁰² Neben der ausdrücklich für zulässig erklärten Entschädigung für den verursachten Verdienstentgang ist daher auch der Ausgleich sonstiger tatsächlich verursachter Ausgaben des Spenders, wie etwa angemessener Reise- und Aufenthaltskosten, erfasst.¹³⁰³ In diesem Fall handelt es sich nicht um ein Entgelt für die Spende, das geeignet wäre, eine Person zur Einwilligung in eine Lebendspende zu motivieren.¹³⁰⁴ Pauschalierungen, die sich an Durchschnittsaufwendungen orientieren, sind dann zulässig, wenn zwischen dem Aufwand auf Seiten des Betroffenen (bzw dem entstandenen Schaden) und der gewährten Gegenleistung ein angemessenes Verhältnis besteht.¹³⁰⁵ Anderenfalls liegt die Vermutung nahe, dass die Gegenleistung eben doch als unmittelbares „Entgelt für die Spende“ gegeben wird. Jeder durch die Spende erzielte vermögenswerte Vorteil ohne entsprechenden Aufwand bzw Nachteil ist in Hinblick auf § 4 Abs 2 OTPG problematisch, mag er auch noch so geringfügig sein oder sozialadäquat erscheinen (man denke etwa an Geschenke wie eine Reise oder eine Essenseinladung).¹³⁰⁶ Unzulässig ist jegliche Form von finanziellem Anreiz für eine Organspende.¹³⁰⁷

§ 4 Abs 3 OTPG lässt auch den Ersatz von Schäden zu, die in Folge der Spende und der damit in Zusammenhang stehenden medizinischen Maßnahmen eintreten. Der zulässige Ersatz umfasst nicht nur den Ausgleich materieller Schäden (wie Behandlungskosten), sondern auch aller zivilrechtlich ersatzfähigen immateriellen Schäden (insb Schmerzensgeldzahlungen).¹³⁰⁸ Systematische und teleologische Überlegungen legen nahe, die *Zulässigkeit* solcher Entschädigungszahlungen nicht vom Vorliegen sämtlicher schadenersatzrechtlicher Haftungsvoraussetzungen (insb vom Verschulden) abhängig zu machen. Vielmehr ist von einer großzügigeren – lediglich das Vorliegen eines Schadens und den Kausalzusammenhang zur Organentnahme voraussetzenden – Auslegung des Begriffs „Schadenersatz“ auszugehen.¹³⁰⁹ Zulässig soll nach *Kopetzki* jedoch lediglich die Abgeltung von „planwidrigen Gesundheitsschäden“ sein, nicht hingegen die Abgeltung von ma-

¹³⁰² *Kopetzki* in *Kopetzki* 156 f. Vgl auch *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 262.

¹³⁰³ Vgl *Kopetzki* in *Kopetzki* 157; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 262.

¹³⁰⁴ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4.

¹³⁰⁵ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 262; *Kopetzki* in *Kopetzki* 157.

¹³⁰⁶ Mit guten Argumenten für die Zulässigkeit derartig geringfügiger „Erscheinungsformen zwischenmenschlicher Dankbarkeit“ zum leicht abweichend formulierten Art 21 2. ZPMRB *Breyer et al*, Organmangel 197 f.

¹³⁰⁷ Zu möglichen Anreizsystemen vgl oben S 32 f.

¹³⁰⁸ *Kopetzki* in *Kopetzki* 157; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 263.

¹³⁰⁹ Dazu mwN *Kopetzki* in *Kopetzki* 157 f; dies offen lassend *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 263.

teriellen Schäden oder der Ersatz von immateriellen Nachteilen (zB Angst), die mit einer Organspende regelmäßig verbunden sind.¹³¹⁰ Einen über bestehende zivilrechtliche Regelungen hinausreichenden originären *Anspruch* auf Schadenersatz räumt § 4 Abs 3 OTPG nicht ein. Aufgrund systematischer und teleologischer Überlegungen muss auch die präventive Gewährung eines Versicherungsschutzes zur Abdeckung jener potenziell mit der Spende verbundenen Schäden zulässig sein, hinsichtlich derer eine nachträgliche Gewährung von Schadenersatz zulässig ist.¹³¹¹

Obwohl § 4 Abs 3 OTPG ausdrücklich nur eine Entschädigung für Ausgaben und Schäden des Lebendspenders für zulässig erklärt, enthält das OTPG auch hinsichtlich sonstiger Begünstigter kein generelles Verbot vermögenswerter Zuwendungen für die Spende, sondern nur ein Verbot der Gewinn- bzw Vorteilserzielung. Der durch den deklarativen Ausnahmekatalog des § 4 Abs 3 OTPG einschränkend konkretisierte Gewinnbegriff gilt somit unabhängig von der Person des Begünstigten.¹³¹² Bedeutung hat dies insb, soweit die Bereitstellung durch die Entnahmeeinheit als Teilaspekt der „Spende“ betroffen ist. Auch in diesem Zusammenhang bleibt die angemessene Abgeltung des tatsächlichen sachlichen und personellen Aufwands der Entnahmeeinheit zulässig.¹³¹³ Sofern kein vermögenswerter „Überschuss“ erzielt wird, kann die Abgeltung auch hier in pauschalierter Form erfolgen.¹³¹⁴ Unter den genannten Voraussetzungen widerspricht daher die pauschalisierte Förderung an spenderbetreuende Krankenanstalten aus den Mitteln zur Förderung des Transplantationswesens (§ 59 Abs 6 Z 2 lit a sowie § 59d KAKuG) nicht dem Gewinnverbot des § 4 Abs 2 OTPG.¹³¹⁵

Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot des § 4 Abs 2 OTPG verstoßen, werden ausdrücklich unter die Sanktion der zivilrechtlichen Nichtigkeit gestellt. Ob eine Gewinnerzielungsabsicht durch den Lebendspender darüber hinaus auch zur Sittenwidrigkeit der Spende iSd § 90 StGB und damit zur Unzulässigkeit der Einwilligung und zur gerichtlichen Strafbarkeit nach §§ 83 ff StGB führt, ist umstritten, aber im Ergebnis zu verneinen.¹³¹⁶

¹³¹⁰ *Kopetzki in Kopetzki* 159. Vgl in diese Richtung auch EBZP Z 116.

¹³¹¹ Vgl *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 53 FN 65; *Kopetzki in Kopetzki* 159.

¹³¹² So zum GSG *Kopetzki in Kopetzki* 160.

¹³¹³ Vgl *Kopetzki in Kopetzki* 160; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 262.

¹³¹⁴ Vgl *Kopetzki in Kopetzki* 157; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 262.

¹³¹⁵ AA – jedoch ohne Begründung und wohl abgeleitet aus § 62a Abs 4 KAKuG aF – *Hohmann*, Transplantationswesen 161 sowie *Kalchschmid/Barta in Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 33 FN 80.

¹³¹⁶ Vgl dazu näher unten S 271.

B. Verbot gewinnorientierter Rechtsgeschäfte gem § 4 Abs 5 OTPG

Neben dem – ausschließlich auf die Spende bezogenen – Gewinnverbot des § 4 Abs 2 und 3 OTPG wurde auch das Gewinnverbot des § 62a Abs 4 KAKuG aF in § 4 Abs 5 OTPG überführt. Demnach dürfen Organe „nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein, die auf Gewinn gerichtet sind“. Anders als bisher gilt das Verbot nicht mehr nur für die Leichen-, sondern nunmehr auch für die Lebendspende.¹³¹⁷

Der Begriff des Gewinns ist wie in § 4 Abs 2 OTPG auszulegen, sodass nur ein nach Ausgleich tatsächlich verursachter Aufwendungen erzielter finanzieller Überschuss unzulässig ist.¹³¹⁸ Durch die finale Formulierung des § 4 Abs 5 OTPG („auf Gewinn gerichtet“) ist zudem nur ein Einnahmeüberschuss verboten, der auch angestrebt wurde.¹³¹⁹

Das Verbot des § 4 Abs 5 OTPG gilt im Anwendungsbereich des OTPG¹³²⁰ für jegliches Rechtsgeschäft, das ein Organ zum Gegenstand hat. Auslegungsbedürftig ist jedoch, wann ein Organ „Gegenstand“ eines Rechtsgeschäftes ist. Insb können hierbei Fälle, in denen *Organe als solche* Gegenstand des Rechtsgeschäfts sind, von Fällen abgegrenzt werden, in denen sonstige *auf Organe bezogene* Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden.¹³²¹ Nach zutreffender Ansicht beschränkt § 4 Abs 5 OTPG nur jene Rechtsgeschäfte, bei denen *für die Hingabe eines Organs als solches* ein Gewinn angestrebt wird („Organverkauf“), nicht hingegen Rechtsgeschäfte, die sich auf sonstige Arbeits- oder Dienstleistungen *in Bezug auf Organe* (zB Durchführung der Entnahme oder der Transplantation, Organtransport) beziehen. Mit Letzteren darf daher gem § 4 Abs 5 OTPG auch eine Gewinnerzielung verfolgt werden.¹³²² Für eine solche enge Auslegung des § 4 Abs 5 OTPG sprechen auch verfassungsrechtliche Überlegungen: Während auf nationaler Ebene keine grundrechtlich be-

¹³¹⁷ Kopetzki in Kröll/Schaupp 52.

¹³¹⁸ Vgl mwN Kopetzki, Organgewinnung 257; Polster, Gewebesicherheitsrecht 264.

¹³¹⁹ Kopetzki, Organgewinnung 258; Kopetzki in Kopetzki 163; Polster, Gewebesicherheitsrecht 264.

¹³²⁰ Auf Organe, die nicht zur Transplantation bestimmt sind, ist § 4 Abs 5 OTPG nicht anzuwenden. Vgl mwN Kopetzki, Organgewinnung 260 f; Kalchschmid, Organtransplantation 154; Mayer, Umgang mit der Leiche 97; aA Brandstetter in Brandstetter/Kopetzki 97.

¹³²¹ Vgl auch Art 21 MRB sowie Art 21 Abs 1 2. ZPMRB, wonach der menschliche Körper und Teile davon „als solche“ nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns (oder vergleichbaren Vorteils) verwendet werden dürfen.

¹³²² Mit umfassender Begründung zum Ganzen Kopetzki, Organgewinnung 258 ff. Vgl zu diesem Ergebnis auch Kalchschmid, Organtransplantation 153; Mayer, Umgang mit der Leiche 96 f. AA Radner/Haslinger/Reinberg, Krankenanstaltenrecht § 62a KAKuG Anm 2. Zu weit Polster, Gewebesicherheitsrecht 261 und 264 sowie zT widersprüchlich Kopetzki in Kopetzki 163 f. Vgl auch ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4, wonach die Entlohnung der beteiligten Personen nicht eingeschränkt werden soll.

gründbaren Argumente ersichtlich sind, die gegen eine kommerzielle Vermarktung von Körpersubstanzen ohne gleichzeitige Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts des Spenders¹³²³ sprechen, lösen Kommerzialisierungsverbote ihrerseits als Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche (Selbstbestimmung, Eigentum, Erwerbsfreiheit) Rechtfertigungsbedarf aus.¹³²⁴ Auch auf unionsrechtlicher Ebene steht Art 3 Abs 2 lit c GRC lediglich einer Nutzung des menschlichen Körpers und Teilen davon „als solche“ zur Erzielung von Gewinnen entgegen.

Ebenfalls nicht vom Gewinnverbot erfasst ist der Handel mit Folgeprodukten, für die Organe zwar das Ausgangsmaterial waren (zB Arzneimittel), die jedoch selbst nicht mehr als Organe iSd OTPG zu qualifizieren sind.¹³²⁵ Das Gewinnverbot des § 4 Abs 5 OTPG ist zudem auf Rechtsgeschäfte, deren Gegenstand sonstige Gewebe oder Zellen iSd GSG sind, nicht (mehr) anzuwenden.¹³²⁶

Da ausgleichsfähige Aufwendungen für die Überlassung selbst idR nicht in Frage kommen werden, steht § 4 Abs 5 OTPG im Ergebnis jedem Entgelt entgegen, das für die Überlassung des Organs als solches bezahlt wird. Ein Entgelt für die Verarbeitung der Substanz oder deren Transport bleibt hingegen zulässig – mit diesen Leistungen darf sogar Gewinn erzielt werden. Ab einem gewissen Missverhältnis zwischen erbrachter Leistung und bezahltem Entgelt (zB bei einer Überlassung nach erfolgter Verarbeitung) werden sich allerdings Zweifel ergeben, ob das Entgelt in Wahrheit nicht doch für die Überlassung der Körpersubstanz als solche gewährt wird.

Für Verstöße gegen § 4 Abs 5 OTPG ist die Sanktion der zivilrechtlichen Nichtigkeit zwar nicht ausdrücklich angeordnet. Die absolute Nichtigkeit derartiger Rechtsgeschäfte ergibt sich jedoch aufgrund des mit § 4 Abs 5 OTPG verfolgten Normzwecks aus der Gesetzwid-

¹³²³ Das Selbstbestimmungsrecht des (Lebend-)Spenders wird bereits durch § 4 Abs 1 bis 3 OTPG hinreichend abgesichert.

¹³²⁴ *Kopetzki in Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* 71 f.

¹³²⁵ Vgl *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 53.

¹³²⁶ Während der ursprüngliche Pauschalverweis des § 4 Abs 5 GSG idF BGBl I 2008/49 auf „die sonstigen Voraussetzungen des § 62a“ KAKuG auch das Gewinnverbot des § 62a Abs 4 KAKuG aF umfasste und dessen Anwendbarkeit auf die Leichenspende von Geweben erstreckte, umfasst der nunmehrige Verweis des § 4 Abs 5 GSG idF BGBl I 2012/108 auf § 5 OTPG das jetzt in § 4 Abs 5 OTPG angesiedelte Gewinnverbot nicht mehr. Das Gewinnverbot des § 4 Abs 6 GSG entspricht inhaltlich jenem des § 4 Abs 2 OTPG und gilt demnach nur für die Spende. Gewinnerorientierten Rechtsgeschäften in der nachfolgenden Verwendungskette von Zellen und Geweben steht das GSG nunmehr also nicht mehr entgegen. Vgl *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 53 f.

rigkeit gem § 879 Abs 1 1. Fall ABGB.¹³²⁷ Sofern weder ein Verstoß gegen § 4 Abs 2 OTPG noch gegen § 4 Abs 5 OTPG vorliegt, ist eine zivilrechtliche Nichtigkeit gewinnorientierter Geschäfte im Zusammenhang mit Organen auch nicht unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 1 2. Fall ABGB zu begründen.¹³²⁸

C. Werbeverbot

Gem § 4 Abs 4 OTPG dürfen „Werbungen für den Bedarf an Organen oder deren Verfügbarkeit [...] keine Bezugnahme auf finanziellen Gewinn oder vergleichbare Vorteile enthalten“.¹³²⁹ Anders als das Werbeverbot des § 3 Abs 9 GSG¹³³⁰ ist jenes des § 4 Abs 4 OTPG allgemein formuliert und verpflichtet nicht nur Entnahmeeinheiten unmittelbar.

In Ergänzung des § 4 Abs 2 OTPG, der das Gewähren und Versprechen eines finanziellen Gewinns oder vergleichbaren Vorteils für eine Spende an eine bestimmte Person im Einzelfall verbietet, setzt § 4 Abs 4 OTPG bereits früher an, indem er die Werbung mit finanziellen Vorteilen „für den Bedarf an Organen oder deren Verfügbarkeit“ gegenüber einem abstrakten potenziellen Spenderkreis für unzulässig erklärt.¹³³¹ Als Werbungen für den Bedarf an Organen oder deren Verfügbarkeit sind in diesem Zusammenhang alle Informationsmaßnahmen zu verstehen, „die darauf abzielen, Anreize zur Spende [...] zu schaffen“¹³³² oder dies faktisch tun.

Es ist daher verboten, Lebendspender durch das Inaussichtstellen eines finanziellen Gewinns oder vergleichbaren Vorteils für die Spende anzuwerben. Ebenso unzulässig ist es, Personen durch das Inaussichtstellen eines finanziellen Gewinns entweder davon abzuhalten, einen Widerspruch abzugeben, oder dazu zu bewegen, einen solchen zurückzunehmen. Nicht vom Werbeverbot umfasst sind hingegen sowohl bloße Informationskampagnen über

¹³²⁷ Vgl dazu allgemein *Krejci in Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 879 ABGB Rz 21 ff (Stand 1. 11. 2014, rdb.at); *Graf in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,02} § 879 Rz 2 ff (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

¹³²⁸ Überzeugend mwN *Kopetzki in Kopetzki* 164 ff. *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 259 ff hält hingegen auch eine Sittenwidrigkeit sonstiger gewinnorientierter Rechtsgeschäfte mit Körpersubstanzen (zB von gewinnorientierten Lagertätigkeiten) für denkbar.

¹³²⁹ Die Erläuterungen betonen, dass das Werbeverbot der Sicherstellung der Qualität und Sicherheit von Organen dient, indem verhindert werden soll, dass Personen lediglich deshalb Lebendspenden durchführen, weil ein finanzieller Gewinn oder vergleichbarer Vorteil in Aussicht gestellt wird (ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 4).

¹³³⁰ Vgl dazu *Kopetzki in Kopetzki* 160 f; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 265 f.

¹³³¹ Vgl in diese Richtung zur Abgrenzung auch *Kopetzki in Kopetzki* 160; *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 265.

¹³³² *Kopetzki in Kopetzki* 160.

die Organspende, die nicht als Werbung zu qualifizieren sind,¹³³³ als auch Werbung für die Organspende, die nicht auf finanziellen Gewinn oder vergleichbare Vorteile Bezug nimmt.¹³³⁴

¹³³³ Auch wenn der Begriff der Werbung iSd OTPG nicht gesetzlich definiert ist und die Bestimmung eines allgemeinen Werbebegriffs schwierig ist (vgl dazu etwa *Mayer Georg S.*, Werbe-Recht-Praxis [2007] 45), werden Informationen, die einen finanziellen Gewinn in Aussicht stellen, regelmäßig zur Spende motivieren und somit als Werbung iSd OTPG zu qualifizieren sein.

¹³³⁴ Vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 266.

V. Organübertragung und Organallokation

Während das OTPG nun für die *Organentnahme* sowohl vom Verstorbenen als auch vom Lebenden spezifische Vorschriften enthält, bleibt die Phase der tatsächlichen *Organtransplantation* (iSd Übertragung des Organs vom Spender auf den Empfänger; vgl § 3 Z 14 OTPG) nach wie vor weitgehend ungeregt. Dasselbe gilt für die Auswahl der Person des Organempfängers. Das Fehlen von Vorschriften zu den Voraussetzungen des operativen Eingriffs der Implantation ist darauf zurückzuführen, dass sich hierbei kaum transplantations-spezifische Rechtsprobleme stellen, die Sondervorschriften notwendig machen würden.¹³³⁵ Ursache für das Fehlen verbindlicher Regeln der Organallokation ist hingegen wohl die Schwierigkeit einer legislativen Lösung der sich stellenden komplexen und verfassungsrechtlich heiklen Rechtsfragen.¹³³⁶

A. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Implantation

Für den Organempfänger stellt die Implantation in aller Regel¹³³⁷ aufgrund der therapeutischen Zielsetzung eine medizinisch indizierte Behandlung dar, deren Zulässigkeit dennoch eine Einwilligung voraussetzt (vgl § 110 StGB¹³³⁸ sowie §§ 1325 ff ABGB). Mangels spezifischer Vorschriften im OTPG entsprechen die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung (insb hinsichtlich Einwilligungsfähigkeit, Möglichkeit der vertretungsweisen Einwilligung, Aufklärung, Handeln bei Gefahr-in-Verzug) jenen sonstiger indizierter Heilbehandlungen.¹³³⁹ Auf eine Darstellung wird daher an dieser Stelle verzichtet.

¹³³⁵ So auch *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 56.

¹³³⁶ Vgl *Aigner*, RdM 2008/64, 102 („[...] aus der Sicht eines im Gesundheitswesen verantwortlichen Legisten muss [...] auf die nahezu unlösbare Aufgabe hingewiesen werden, in gesetzestauglicher Sprache abstrakt, der notwendigen Einzelfallsituation allerdings ebenso gerecht werdend, für die Thematik der Verteilungsgerechtigkeit nach medizinischen Kriterien ein Normenkonzept zu erarbeiten. Es soll daher ausdrücklich dahingestellt bleiben, ob dieser Aspekt tatsächlich auf legislativer Ebene eine Verbesserung erfahren könnte oder der Natur nach auf Leerformeln beschränkt bleiben müsste.“).

¹³³⁷ Lediglich Organimplantationen ohne therapeutische Zielsetzung (wie etwa allein zu kosmetischen Zwecken bzw im Rahmen von rein wissenschaftlichen Versuchen) würden den Voraussetzungen für eine Einwilligung in nicht indizierte Eingriffe (§ 90 StGB) unterliegen. Zu den Voraussetzungen von Eingriffen im Zuge medizinischer Forschung – insb unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit – vgl mwN etwa *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 105 ff. Eine *Organentnahme* ohne jegliche therapeutische Zielsetzung kann jedoch weder auf § 5 OTPG noch auf § 8 OTPG gestützt werden.

¹³³⁸ Die medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Behandlung stellt hingegen nicht auch eine Körperverletzung iSd §§ 83 ff StGB dar. Vgl dazu statt vieler mwN *Messner* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 83 Rz 81 f.

¹³³⁹ Vgl *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.2 sowie ausführlich zum Ganzen *Kopetzki*, Organengewinnung 125 ff.

B. Ort der Transplantation

Aus Zusammenschau von § 3 Z 15 OTPG und § 3f KAKuG bzw den diesbezüglichen Landesausführungsbestimmungen¹³⁴⁰ ergibt sich, dass die eigentliche Organübertragung in sog „Transplantationszentren“ zu erfolgen hat. Transplantationszentren sind Krankenanstalten, deren von der Landesregierung gem dem jeweiligen Landeskrankenanstaltengesetz erteilte Bewilligung die Vornahme von Transplantationen im Sinne des OTPG umfasst (§ 3f Abs 1 KAKuG). Die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Bewilligung soll dem Umstand Rechnung tragen, „dass die Durchführung von Organtransplantationen ein hohes Maß an ärztlicher Kompetenz erfordert und daher bereits im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Errichtungs- und Betriebsbewilligung zu überprüfen ist, ob die erforderlichen personellen Ressourcen“ in der jeweiligen Krankenanstalt „gegeben sind“.¹³⁴¹ Transplantationszentren müssen hingegen (anders als Entnahmeeinheiten bei der Organentnahme vom Verstorbenen gem § 5 Abs 3 OTPG) nicht den Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit entsprechen. Derzeit gibt es in Österreich vier Transplantationszentren. Dies sind die Universitätskliniken in Graz, Innsbruck und Wien sowie das Krankenhaus der Elisabethinen in Linz, wobei in letzterem ausschließlich Nieren-Transplantationen durchgeführt werden.¹³⁴²

§ 3f Abs 2 KAKuG verpflichtet Transplantationszentren sich vor der Durchführung einer Transplantation zu vergewissern, dass hinsichtlich der Organ- und Spendercharakterisierung sowie hinsichtlich Konservierung und Transport der entnommenen Organe die Bestimmungen des OTPG eingehalten wurden.¹³⁴³ Träger von Transplantationszentren werden weiters (ebenso wie solche von Entnahmeeinheiten) verpflichtet, Maßnahmen zur Qualitätssicherung und zur Sicherstellung der Rückverfolgbarkeit zu ergreifen (§ 3f Abs 3 KAKuG). Qualitätsvorgaben (ua hinsichtlich Personalausstattung und -qualifikation sowie Infrastruktur) für gewisse transplantationschirurgische Eingriffe finden sich außerdem im – durch § 59j Z 1 KAKuG zu einem objektivierten Sachverständigengutachten erklärten – Österreichischen Strukturplan Gesundheit (ÖSG).¹³⁴⁴

¹³⁴⁰ Vgl zB § 3c öö KAG; § 3e bglid KAG.

¹³⁴¹ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8; vgl außerdem Art 9 Abs 2 OrganRL („Die zuständige Behörde führt in der Zulassung auf, welche Tätigkeiten das betreffende Transplantationszentrum ausüben darf“).

¹³⁴² <http://www.goeg.at/de/Bereich/TX-Zentren-Oesterreich.html>.

¹³⁴³ Vgl auch Art 9 Abs 3 OrganRL.

¹³⁴⁴ *Gesundheit Österreich GmbH*, Österreichischer Strukturplan Gesundheit 2012, 75 ff http://www.bmg.gv.at/cms/home/attachments/1/0/1/CH1071/CMS1136983382893/oesg_2012_text_ohne_matrizen_-_neue_links.pdf. Zur Rechtsnatur des ÖSG und der „differenzierten Beachtlichkeit“ seiner Qualitätsvorgaben vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8 f sowie *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 49 FN 49.

C. Auswahl des Organempfängers

1. Problemstellung

Jede rechtliche Behandlungspflicht bzw jeder Behandlungsanspruch des Einzelnen ist beschränkt durch die tatsächlich zur Verfügung stehenden Ressourcen.¹³⁴⁵ Da die Nachfrage nach Organen das Angebot bei weitem übersteigt,¹³⁴⁶ stellt sich die Frage der Verteilungsgerechtigkeit bei der Allokation vorhandener Spenderorgane.¹³⁴⁷ Bei der Organallokation handelt es sich als „Entscheidung über Leben und Tod“ um einen besonders heiklen Aspekt der allgemeinen Problematik der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen.¹³⁴⁸ Durch Maßnahmen zur Erhöhung des Organaufkommens¹³⁴⁹ oder neue alternative Behandlungsmöglichkeiten¹³⁵⁰ könnte das Problem des vorherrschenden Organmangels zwar gelindert werden. Dass der Bedarf an Organen gedeckt werden kann und Fragen der Organallokation sich somit erübrigen ist – nicht zuletzt aufgrund des wachsenden Organbedarfs – jedoch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.¹³⁵¹

Das Problem der Organzuteilung stellt sich von vornherein nur dann, wenn die Person des Organempfängers nicht bereits verbindlich vom Organspender bestimmt wurde und daher mehrere potenzielle Organempfänger in Betracht kommen. Betroffen ist folglich primär die Verteilung von Organen verstorbener Spender, denen es rechtlich nicht möglich ist, Einfluss auf die Person des Empfängers zu nehmen.¹³⁵² Bei der Lebendspende wird die notwendige Einwilligung in die Entnahme und die weitere Verwendung des Organs hingegen idR lediglich bezogen auf eine bestimmte Person als Organempfänger erteilt.¹³⁵³ „Objektiviert Verteilungskriterien treten hier also hinter der selbstbestimmten Empfängerauswahl durch den Spender in den Hintergrund.“¹³⁵⁴ Allokationsfragen ergeben sich bei der

¹³⁴⁵ Vgl zu Rechtsgrundlagen und Grenzen eines Behandlungsanspruches im Zusammenhang mit der Organtransplantation mwN *Janczak*, Postmortale Organspende 123; *Kopetzki*, Organgewinnung 123 f.

¹³⁴⁶ Zum daraus resultierenden Problem des Organmangels vgl bereits oben S 27 ff.

¹³⁴⁷ Allgemein zur Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen zB *Luf*, Verteilungsgerechtigkeit im Bereich der modernen Medizin, RdM 1997, 99; *Oduncu*, Verteilungsgerechtigkeit, Rationierung und Priorisierung – das Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ökonomie, Ethik und Recht, MedR 2012, 359. Aus der umfassenden (deutschen) Literatur zur Organallokation vgl statt vieler *Bader*, Organmangel; *Conrads*, Rechtliche Grundsätze der Organallokation (2000); *Oelert*, Allokation.

¹³⁴⁸ *Höfling* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 12 Rz 2.

¹³⁴⁹ Zu Möglichkeiten der Beeinflussung des Spenderaufkommens vgl oben S 28 ff.

¹³⁵⁰ Vgl oben S 34 ff.

¹³⁵¹ Vgl *Bader*, Organmangel 73 f.

¹³⁵² Zur Unzulässigkeit der inhaltlichen Einschränkung der Widerspruchserklärung in Hinblick auf den Organempfänger vgl oben S 136.

¹³⁵³ Zur Möglichkeit der „Widmung“ von Lebendorganspenden vgl oben S 201.

¹³⁵⁴ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 54.

Lebendspende daher nur insoweit, als die Einwilligung ausnahmsweise unabhängig von der Person eines konkreten Organempfängers abgegeben wurde (ungerichtete Spende) und durch den Spender auch keine (abschließenden) Allokationskriterien festgelegt wurden. Dies wird insb bei sog „Domino-Transplantationen“ der Fall sein.¹³⁵⁵ Sofern im Folgenden von der Allokation verfügbarer Spenderorgane die Rede ist, sind damit nur solche Organe lebender oder verstorbener Spender gemeint, deren Empfänger nicht bereits verbindlich festgelegt wurden.

2. Normativer Rahmen der Organallokation

Wer die Allokationsentscheidung in welcher Form zu treffen hat und anhand welcher Kriterien die Verteilung vorhandener Spenderorgane zu erfolgen hat, war vor Inkrafttreten des OTPG gesetzlich unregelt. Auch durch das OTPG wurde die Problematik der Organallokation weder aus materieller noch aus prozeduraler Sicht hinreichend gelöst.

a) Zuständige Stellen der Organzuteilung

Faktisch übernimmt in den meisten Fällen „Eurotransplant International“ die Aufgabe der Organzuteilung von in Österreich verfügbaren Organen. Diese nicht gewinnorientierte Stiftung wurde 1967 gegründet und hat ihren Sitz in Leiden (Niederlande).¹³⁵⁶ Österreich war Gründungsmitglied der Stiftung Eurotransplant; die offizielle Anerkennung der Zusammenarbeit in Form der Unterzeichnung einer „Joint declaration“¹³⁵⁷ durch die Gesundheitsminister aller Mitgliedstaaten erfolgte jedoch erst im Jahr 2000.¹³⁵⁸ Neben Österreich gehören auch Belgien, Deutschland,¹³⁵⁹ Kroatien, Luxemburg, Niederlande, Ungarn und Slowenien Eurotransplant an.¹³⁶⁰

¹³⁵⁵ Zur Zuteilung von Organen aus Dominotransplantationen vgl aus deutscher Sicht *Gutmann/Wiese*, MedR 2015, 319.

¹³⁵⁶ Vgl *Janczak*, Postmortale Organspende 120 f.

¹³⁵⁷ „Joint declaration regarding cooperation within the framework of Eurotransplant International Foundation“ (samt Erneuerung im Jahr 2007 abgedruckt in *Eurotransplant Foundation*, Eurotransplant Manual Chapter 1, 16 ff https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=Chapter1_introduction16.pdf). Vgl dazu auch Aigner, RdM 2008/64, 102.

¹³⁵⁸ Vgl Eurotransplant Manual Chapter 1, 7.

¹³⁵⁹ Zur in § 12 dTPG gewählten Form der Beauftragung von Eurotransplant mit der Funktion als Vermittlungsstelle durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Bundesärztekammer und die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam mittels privatrechtlichen Vertrages, der der präventiven Genehmigungspflicht durch das Bundesministerium für Gesundheit unterliegt, vgl statt vieler *Höfling* in *Höfling*, TPG² § 12 Rz 5 ff und 54 ff.

¹³⁶⁰ https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=pat_austria.

Die Gründung solcher internationaler Organisationen zum Organaustausch¹³⁶¹ basiert auf dem Gedanken, dass die Chance, einen nach immunologischen Merkmalen bestmöglich passenden Organempfänger für ein Spenderorgan zu finden, mit der Anzahl der in die Auswahlentscheidung einbezogenen Personen steigt.¹³⁶² Auf diese Weise soll eine optimale Nutzung vorhandener Spenderorgane sichergestellt werden.¹³⁶³ Auch aus unionsrechtlicher Sicht wird die Bedeutung des Organaustauschs im Allgemeinen¹³⁶⁴ und die „wichtige Rolle der bestehenden europäischen Einrichtungen für den Organaustausch“ im Speziellen¹³⁶⁵ betont und die Übertragung „spezifische[r] Aufgaben im Zusammenhang mit dem Organaustausch zwischen Mitgliedstaaten und mit Drittländern“ an europäische Organisationen für Organaustausch ausdrücklich als zulässig erachtet.¹³⁶⁶

Eurotransplant koordiniert nicht nur den internationalen Organaustausch zwischen ihren Mitgliedstaaten, sondern führt selbst eine zentrale Datenbank („Warteliste“), in die die nationalen Transplantationszentren der Mitgliedstaaten transplantationsrelevante Daten potenzieller Organempfänger eintragen können. Sobald aus einem Mitgliedstaat ein Spenderorgan gemeldet wird, trifft Eurotransplant anhand der Empfänger- und Spenderdaten mittels computergestützten Algorithmus die Allokationsentscheidung und bietet dem Transplantationszentrum des erstgereihten Empfängers der so erstellten „match-list“ das Organ zur Transplantation an.¹³⁶⁷

Das OTPG setzt eine Einbindung von Eurotransplant in den Allokationsprozess von in Österreich entnommenen Organen voraus. So wird in den Erläuterungen zum OTPG die Rolle der Stiftung im Organvigilanzsystem¹³⁶⁸ damit begründet, dass Eurotransplant in Erfüllung ihrer „Hauptaufgabe“ der „Zuteilung der Spenderorgane“ ohnehin den erforderlichen Überblick über den Verbleib der Organe hat.¹³⁶⁹ Eine gesetzliche Verpflichtung der

¹³⁶¹ Neben Eurotransplant bestehen weitere nationale und internationale Allokationsorganisationen wie etwa Scanditransplant. Vgl *Bader*, Organmangel 80.

¹³⁶² *Kopetzki*, Organgewinnung 41.

¹³⁶³ Vgl *Bader*, Organmangel 80.

¹³⁶⁴ Vgl ErwGr 4 OrganRL.

¹³⁶⁵ Vgl ErwGr 18 OrganRL.

¹³⁶⁶ Vgl Art 21 lit b OrganRL. Die Bestimmung kann sich allerdings nur auf solche Aufgaben beziehen, die den zuständigen Behörden durch die OrganRL übertragen wurden. Belange der Organverwendung und der Allokation vorhandener Organe sind der Unionskompetenz des Art 168 Abs 4 lit a AEUV jedoch entzogen (vgl dazu oben S 60) und auch nicht Gegenstand der OrganRL.

¹³⁶⁷ Zum Ablauf des Allokationsverfahrens vgl etwa *Norba*, Rechtsfragen 176; *Janczak*, Postmortale Organspende 120 ff sowie die Information auf der Homepage von Eurotransplant (<https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=allocation>).

¹³⁶⁸ Dazu unten S 248 ff.

¹³⁶⁹ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6 f.

Entnahmeeinheiten, alle verfügbaren Spenderorgane an Eurotransplant zu melden, bzw eine (ausschließliche) Zuständigkeit der Stiftung Eurotransplant zur Organvermittlung ist dem geltenden Recht jedoch nicht zu entnehmen.¹³⁷⁰

Zwar hat sich Österreich im Rahmen der „Joint declaration“ einer Kooperationspflicht unterworfen.¹³⁷¹ Eine Bindungswirkung dieses zwischen den Mitgliedstaaten von Eurotransplant¹³⁷² geschlossenen völkerrechtlichen Vertrages¹³⁷³ gegenüber den mit der Transplantation befassten und somit potenziell meldepflichtigen Stellen scheidet allerdings aus folgenden Gründen aus: Zum einen wurde der Vertrag – auf Grundlage der auf der Ermächtigung in Art 66 Abs 2 B-VG beruhenden EntschlieÙung¹³⁷⁴ – auf Ministerialebene durch den Gesundheitsminister in Form eines Verwaltungsübereinkommens (lit c) abgeschlossen.¹³⁷⁵ Nach mitunter vertretener Auffassung dürfen Adressaten eines solchen Übereinkommens (entsprechend nationalen Verwaltungsverordnungen) nur nachgeordnete Verwaltungsorgane sein.¹³⁷⁶ Darüber hinaus ermächtigt Art 66 Abs 2 B-VG jedenfalls ausschließlich zur Delegation der Befugnis zum Abschluss von Staatsverträgen, die nicht un-

¹³⁷⁰ Vgl jedoch mwN *Kalchschmid*, Organgewinnung 41 und 43, nach der die Transplantationszentren sich auf vertraglicher Basis verpflichtet haben, alle Spendenfälle und wartenden Transplantationskandidaten bei Eurotransplant registrieren zu lassen. Zum Bestand vertraglicher Vereinbarungen mit Transplantationszentren, Krankenversicherungsträgern und anderen nationalen Organisationen vgl auch Eurotransplant Manual Chapter 1, 14 f. Das dTPG enthält hingegen sowohl eine gesetzliche Verpflichtung zur Meldung an die Koordinierungsstelle (§ 9a Abs 2 Z 1 dTPG), die wiederum die Daten an die Vermittlungsstelle weiterzuleiten hat (§ 13 Abs 1 Satz 4 dTPG), als auch eine Verpflichtung zur ausschließlichen Vermittlung von vermittlungspflichtigen Organen durch die Vermittlungsstelle (§ 12 Abs 3 dTPG).

¹³⁷¹ Vgl Eurotransplant Manual Chapter 1, 17 („All post-mortem organs that become available for implantation [donor organs] in the participating countries are – taking account the respective domestic legislation – reported to ETI“). Vgl zu dieser Kooperationspflicht auch *Aigner*, RdM 2008/64, 102.

¹³⁷² Der Stiftung Eurotransplant selbst fehlt mangels Stellung als internationale Organisation (zur Definition vgl *Schmalenbach/Schreuer*, Die Internationalen Organisationen, in *Reinisch* [Hrsg], Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁵ [2013] Kap IV/2 Rz 904 ff) die für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge notwendige Völkerrechtssubjektivität. Zur Maßgeblichkeit der völkerrechtlichen Vertragsfähigkeit für den Abschluss von Staatsverträgen iSd B-VG vgl *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 50 B-VG Rz 18 f (Stand 9. Lfg, 2009).

¹³⁷³ Gründe für eine Qualifikation des zwischen Staaten geschlossenen Vertrages als privatrechtlicher Vertrag sind nicht ersichtlich. Vgl zu den Kriterien *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 50 B-VG Rz 21.

¹³⁷⁴ EntschlieÙung des Bundespräsidenten vom 31. Dezember 1920, womit die Bundesregierung und die zuständigen Mitglieder der Bundesregierung zum Abschluss bestimmter Kategorien von Staatsverträgen ermächtigt werden BGBl 1921/49.

¹³⁷⁵ Vgl zu dieser Qualifikation auch *Aigner*, RdM 2008/64, 102.

¹³⁷⁶ So etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 117a; *Binder/Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Reinisch* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁵ (2013) Kap II/2 Rz 255; in diese Richtung auch *Posch*, Regierungsübereinkommen – Ressortübereinkommen – Verwaltungsübereinkommen, ZÖR 1983, 201 (209 ff). Nach anderen Autoren (*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht I² [2011] Rz 16.030) soll sich die Zuordnung zu (von der BReg abzuschließenden) Regierungsübereinkommen, (vom Fachminister im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Äußeres abzuschließenden) Ressortübereinkommen und (vom jeweiligen Fachminister allein abzuschließenden) Verwaltungsübereinkommen zwar „am politischen Gewicht und an der sachlichen Reichweite der zu treffenden Regelungen“ orientieren. Im Übrigen bleibe die Wahl der Kategorie jedoch „dem Ermessen der ermächtigten Organe überlassen“.

ter den parlamentarischen Genehmigungsvorbehalt des Art 50 B-VG fallen. Erfasst sind daher nur solche Staatsverträge, die insb weder Gesetzesergänzenden noch Gesetzesändernden Inhalt haben.¹³⁷⁷ In Hinblick auf eine Meldepflicht der Entnahmeeinheiten oder sonst beteiligter Stellen fehlt jedoch eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage iSd Art 18 B-VG. Ein völkerrechtlicher Vertrag, der eine solche Verpflichtung begründet, hätte daher (1) als Gesetzesergänzender Staatsvertrag der Genehmigung durch den Nationalrat bedurft und (2) nicht durch den Bundesminister abgeschlossen werden dürfen.¹³⁷⁸ Darüber hinaus wurde das Verwaltungsübereinkommen auch nicht gemäß § 5 Abs 1 Z 1 BGBIG im BGBl III kundgemacht,¹³⁷⁹ sondern findet sich – soweit ersichtlich – lediglich im auf der Homepage der Stiftung Eurotransplant abrufbaren Eurotransplant Manual.

Die Allokationsentscheidung kann demnach in gesetzlich zulässiger Weise nicht nur von der Stiftung Eurotransplant, sondern auch von anderen am Transplantationsprozess beteiligten Personen und Institutionen (insb Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren) „lokal“ getroffen werden.¹³⁸⁰ Ob ein Organ „dem Verteilungsmechanismus von Eurotransplant unterworfen wird“, obliegt letztlich dem Ermessen der leitenden Organe der betroffenen Krankenanstalten.¹³⁸¹

b) Rechtliche Qualifikation der Allokationsentscheidung

Sowohl bei einer Einbindung von Eurotransplant International als auch bei einer direkten Organzuteilung durch die beteiligten Krankenanstalten erfolgt die Allokationsentscheidung durch Private im Rahmen privatrechtlicher Rechtsbeziehungen (insb Behandlungs- und Kooperationsverträge)¹³⁸² und in Formen des Privatrechts. An dieser Qualifikation ändert auch der Umstand nichts, dass die Organallokation aufgrund ihrer gesellschaftlichen Wich-

¹³⁷⁷ Vgl dazu näher *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 50 B-VG Rz 49 ff.

¹³⁷⁸ Das Übereinkommen wäre aufgrund der fehlenden Genehmigung jedenfalls als gesetzwidrig zur qualifizieren. Vgl *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 50 B-VG Rz 60.

¹³⁷⁹ Zu Kundmachung und Folgen von Kundmachungsmängeln vgl mwN *Thienel* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 48, 49 B-VG.

¹³⁸⁰ Zu dieser (in Deutschland bis 1997 herrschenden) „Zweigleisigkeit“ vgl *Bader*, Organmangel 88 f sowie *Norba*, Rechtsfragen 164 ff.

¹³⁸¹ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 54.

¹³⁸² *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2. Allgemein zur privatrechtlichen Qualifikation von Rechtsbeziehung zwischen Patienten und (auch öffentlichen) Krankenanstalten mwN *Kopetzki*, in *Holoubek/Potacs* 438 sowie *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 91 ff. Für einen Überblick über im Zusammenhang mit Organtransplantationen bestehende Rechtsbeziehungen vgl zum deutschen Recht mwN *Lang* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) Einführung IV Rz 5 ff.

tigkeit als „öffentliche Aufgabe“ eingeordnet werden kann.¹³⁸³ Eine Qualifikation der Allokationsentscheidung als Hoheitsakt scheidet mangels Beleihung der entscheidenden Stellen aus.¹³⁸⁴ Eine Ermächtigung der Stiftung Eurotransplant zum hoheitlichen Handeln war insb auch durch den Abschluss der „Joint declaration“ nicht intendiert¹³⁸⁵ und hätte überdies durch Gesetz oder einen gem Art 50 Abs 1 B-VG genehmigten Staatsvertrag, nicht hingegen im Wege eines bloßen Verwaltungsübereinkommens, erfolgen müssen.¹³⁸⁶ Art 9 Abs 2 B-VG lässt eine Übertragung von Hoheitsrechten außerdem nur auf „andere Staaten“ und „zwischenstaatliche Einrichtungen“ zu. Ob unter Letzteren nur durch völkerrechtlichen Vertrag geschaffene internationale Organisationen oder auch privatrechtlich gegründete nationale Stiftungen wie Eurotransplant zu verstehen sind, ist strittig.¹³⁸⁷

Rechtsschutz potenzieller Organempfänger gegen die Allokationsentscheidung ist folglich allenfalls im Zivilrechtsweg insb durch Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen denkbar.¹³⁸⁸ Der Bestand eines Vertragsverhältnisses zwischen potenziellen Organempfängern und Eurotransplant wird dabei schwer zu begründen sein.¹³⁸⁹

c) Materielle Allokationskriterien

Als potenzielle Organempfänger kommen jene Patienten in Betracht, bei denen eine Transplantation medizinisch indiziert ist und bei denen keine absoluten Kontraindikationen vorliegen.¹³⁹⁰ Eine Einschränkung dahingehend, dass Organe nur an Patienten, die sich auf einer offiziellen (einheitlichen internationalen oder transplantationszentrumsspezifischen)

¹³⁸³ Solche können grds auch von Privaten wahrgenommen werden. Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 686.

¹³⁸⁴ Die herrschende deutsche Lehre qualifiziert die Tätigkeit von Eurotransplant hingegen aus Ausübung von Hoheitsrechten. Vgl dazu statt vieler *Gutmann in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 10; *Bader*, Organmangel 197.

¹³⁸⁵ Vgl dazu auch *Aigner*, RdM 2008/64, 102 FN 29, wonach der Anwendungsbereich des Übereinkommens nicht den Bereich der Hoheitsverwaltung betrifft.

¹³⁸⁶ Vgl *Öhlinger in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 9/2 B-VG Rz 10 (Stand 9. Lfg, 2009).

¹³⁸⁷ Vgl zum Meinungsstand mwN *Öhlinger in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 9/2 B-VG Rz 11. Zu dieser Problematik in Hinblick auf die (insofern vergleichbare) deutsche Rechtslage *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001) 107 f; *Höfling in Höfling*, TPG² § 12 Rz 18; *Bader*, Organmangel 197 f.

¹³⁸⁸ Vgl *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2.

¹³⁸⁹ Sofern privatrechtliche Kooperationsverträge zwischen den Krankenanstalten und Eurotransplant bestehen, ist allenfalls eine Schutzwirkung dieser zugunsten der potenziellen Organempfänger denkbar. Vgl zu ähnlichen Überlegungen aus deutscher Sicht *Gutmann in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) § 12 Rz 40.

¹³⁹⁰ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 123 ff. Bei der Beurteilung von Indikationen und Kontraindikationen verbleibt den Ärzten ein erheblicher (Wertungs-)Spielraum. Für mögliche Kriterien vgl *Bundesärztekammer*, Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation, 2 f http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Herz-Lunge_09122013.pdf.

Warteliste befinden, verteilt werden dürfen, ist dem OTPG nicht zu entnehmen.¹³⁹¹ Faktisch wird die Aufnahme auf die Warteliste durch ein Transplantationszentrum allerdings idR Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Zuteilung eines Spenderorgans sein.¹³⁹² Bereits auf der Ebene des Zugangs zur Warteliste (iS eines „Registrierungssystems“¹³⁹³) bzw der Entscheidung über Indikation und Kontraindikation wird eine gewisse Auswahlentscheidung getroffen, deren Kriterien jedoch gesetzlich nicht geregelt sind.¹³⁹⁴

In Hinblick auf ein konkret zu verteilendes Organ werden nur jene Patienten als Empfänger in Frage kommen, für die dieses Organ „geeignet“ ist und eine Organübertragung als Behandlung entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu qualifizieren wäre. Dies ist wohl dann zu verneinen, wenn durch die Organübertragung nicht einmal eine geringfügige Verbesserung des Gesundheitszustandes beim jeweiligen Empfänger zu erwarten ist. Die entscheidende Frage ist jedoch, nach welchen Kriterien zu beurteilen ist, welcher von mehreren bei isolierter Betrachtung „geeigneten“ Empfängern das Organ bei vergleichender Betrachtung der potenziellen Empfänger letztlich erhalten soll.¹³⁹⁵

aa) Vorgaben durch das OTPG

Das OTPG nimmt auf Allokationskriterien in § 10 Z 4 Bezug. „Regeln für die Zuteilung von Organen, die dem Stand der medizinischen Wissenschaft, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patientinnen/Patienten, zu entsprechen haben, unter Berücksichtigung der Kriterien der Stiftung Eurotransplant International“ werden dort als Inhalt der von der GÖG zu erarbeitenden Verfahrensanweisungen genannt.

Erfolgsaussichten und Dringlichkeit

Durch die ausdrückliche Nennung in § 10 Z 4 OTPG ist erkennbar, dass der Gesetzgeber die Kriterien der Erfolgsaussichten und der Dringlichkeit als für die Allokationsentschei-

¹³⁹¹ Zur insofern abweichenden deutschen Rechtslage vgl mwN *Höfling* in *Höfling*, TPG² § 12 Rz 34 f.

¹³⁹² So setzt eine Allokation durch Eurotransplant die Aufnahme der potenziellen Empfänger in die Datenbank im Wege der Registrierung durch die Transplantationszentren voraus.

¹³⁹³ Vgl zur Kritik am Begriff der Warteliste *Norba*, Rechtsfragen 166 f.

¹³⁹⁴ Zur (mit der nachfolgenden Problematik der Allokation im Einzelfall) vergleichbaren Problematik des Zugangs zur Warteliste als ersten „Eingangstrichter“ vgl aus deutscher Sicht etwa *Norba*, Rechtsfragen 171ff; *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 10 Rz 9 ff; *Lang* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 10 Rz 15 ff.

¹³⁹⁵ Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 54 f.

derung erheblich anerkennt. Damit verankert das OTPG zwei zentrale Kriterien, die von der Lehre auch bisher als beachtlich angesehen wurden.¹³⁹⁶

Insb das Kriterium der „Erfolgsaussichten“ ist allerdings schon für sich genommen höchst unbestimmt. Versteht man bspw mit der deutschen Bundesärztekammer als Erfolg einer Transplantation „die längerfristig ausreichende Transplantatfunktion und ein damit gesichertes Überleben des Empfängers mit verbesserter Lebensqualität“¹³⁹⁷, kann eine Reihe von Eigenschaften des Spenders bzw des Empfängers Einfluss auf den Transplantationserfolg haben.

Die Einbeziehung einiger dieser möglichen Erfolgsfaktoren in die Allokationsentscheidung scheint dabei vom Gesetzgeber intendiert und auf den ersten Blick unproblematisch, da es sich vermeintlich um rein medizinische und somit wertneutrale Auswahlkriterien handelt: So kommt in § 3 Z 7 und 13 OTPG zum Ausdruck, dass die im Rahmen der Organ- und Spendercharakterisierung gewonnenen Informationen über die Eigenschaften des Spenders bzw des Organs (zB Blutgruppe, Gewebemerkmale, Größe und Gewicht des Organs) Grundlage für die Organzuteilung sein sollen. Doch selbst diese scheinbar wertneutralen Auswahlkriterien werfen Probleme auf: So würde etwa eine strikte Anwendung des Kriteriums der Gewebeverträglichkeit (ohne Einbeziehung ausgleichender Kriterien) zu einer Schlechterstellung von potenziellen Organempfängern mit einer seltenen Blutgruppe oder seltenen Gewebetypen führen.¹³⁹⁸

Als erfolgsrelevant wäre auch das umstrittene Kriterium der „Compliance“ iSd „Bereitschaft und Fähigkeit, an den erforderlichen Vor- und Nachuntersuchungen und -behandlungen mitzuwirken“¹³⁹⁹ (etwa durch Wahrnehmung von Nachsorgeuntersuchungen oder Einnahme von Immunsuppressiva), zu qualifizieren.¹⁴⁰⁰ Im weiteren Sinn fehlt die Compliance immer dann, wenn vor der Transplantation absehbar ist, dass der potenzi-

¹³⁹⁶ Vgl zB *Kopetzki*, *Organgewinnung* 125 („Als Grundsatz muß gelten, daß die Reihung nach der *medizinischen Indikation* vorzunehmen ist. Insb wird Patienten, bei denen eine erhöhte Dringlichkeit für den Eingriff besteht oder die aufgrund ihrer immunologischen Daten für die Transplantation besser geeignet sind bzw aus anderen Gründen eine höhere Überlebenschance aufweisen, der Vorzug gebühren“).

¹³⁹⁷ Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation, 6.

¹³⁹⁸ Vgl mwN *Höfling* in *Höfling*, TPG² § 12 Rz 31.

¹³⁹⁹ Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation, 2 f.

¹⁴⁰⁰ Kritisch zur Berücksichtigung der Compliance (insb auch auf Ebene des Wartelistenzugangs) etwa *Norba*, *Rechtsfragen* 174 ff; *Lang* in *Höfling*, TPG² § 10 Rz 37 ff; *Oelert*, *Allokation* 122 f.

elle Organempfänger nach der Transplantation ein Verhalten setzen wird, das den Behandlungserfolg gefährdet (etwa Alkohol- oder Drogenmissbrauch).¹⁴⁰¹

Betrachtet man den Begriff des Erfolgs rein utilitaristisch als Erreichen des maximalen mit einem Organ erzielbaren Nutzens,¹⁴⁰² dann ist dieser bei der Übertragung auf einen jüngeren Menschen aufgrund der idR größeren verbleibenden Lebenserwartung von Natur aus höher als bei der Übertragung auf einen älteren Empfänger.¹⁴⁰³

Aufgrund der für das konkrete Organ jeweils gegebenen Ischämiezeiten kann darüber hinaus auch die Distanz zwischen dem Ort der Organentnahme und dem Transplantationszentrum bzw die Transportdauer einen erfolgsrelevanten Faktor darstellen.¹⁴⁰⁴

Welche dieser beispielhaft genannten Faktoren mit Einfluss auf die Erfolgsaussichten für die Verteilung relevant sein *sollen*, ist dem OTPG nicht zu entnehmen.

Weitere Kriterien

Dass neben den ausdrücklich normierten Kriterien Erfolgsaussichten und Dringlichkeit auch weitere Kriterien in die Allokationsentscheidung miteinbezogen werden können, macht die demonstrative Aufzählung des § 10 Z 4 OTPG („insbesondere“) deutlich. *Welche* – nicht ohnehin zugleich erfolgs- oder dringlichkeitsrelevanten – Kriterien dies sein sollen, lässt das Gesetz offen.

Die Bezugnahme des § 10 Z 4 OTPG auf dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechende Regeln könnte zunächst dafür sprechen, dass nur medizinisch begründbare Kriterien angewendet werden dürfen.¹⁴⁰⁵ Durch ein solches Verständnis wären jedoch einige jener Verteilungskriterien ausgeschlossen, die in der Praxis (insb auch von Eurotransplant)¹⁴⁰⁶ angewendet werden, in verschiedenen Rechtsordnungen und internationalen Dokumenten anerkannt sind und von denen daher nicht unterstellt werden sollte, dass der

¹⁴⁰¹ Vgl umfassend zum Compliance-Begriff *Bader*, Organmangel 208 f.

¹⁴⁰² Mit guten Gründen gegen eine Übertragung ökonomischer Kosten-Nutzen-Analysen auf ethische Allokationsentscheidungen *Luf*, RdM 1997, 102 f.

¹⁴⁰³ Vgl hierzu kritisch *Lang* in *Höfling*, TPG² § 10 Rz 24 f; *Oelert*, Allokation 121 f; *Bader*, Organmangel 326 f; kritisch zum Alter als Priorisierungskriterium auch *Schmitz-Luhn*, Priorisierung in der Medizin (2015) 132 f.

¹⁴⁰⁴ Vgl *Oelert*, Allokation 119; kritisch zum Distanzfaktor *Bader*, Organmangel 231 ff.

¹⁴⁰⁵ Vgl in diese Richtung etwa auch BT-Drs 13/4355, 26.

¹⁴⁰⁶ Vgl dazu unten S 231 f.

Gesetzgeber sie in Frage stellen wollte.¹⁴⁰⁷ Dies trifft etwa auf das beim internationalen Organaustausch angewendete Kriterium der nationalen Austauschbilanz¹⁴⁰⁸ oder aber auf den Faktor der Wartezeit¹⁴⁰⁹ (soweit dieser unabhängig von seinem Einfluss auf Dringlichkeit und Erfolgsaussichten miteinbezogen wird) zu. Insb die gem § 10 Z 4 OTPG intendierte „Berücksichtigung der Kriterien der Stiftung Eurotransplant International“ macht deutlich, dass eine Einschränkung allein auf medizinisch begründbare Kriterien ieS nicht erfolgen sollte. Eine solche Einschränkung würde auch insofern keinen Sinn machen, als nicht-medizinische Kriterien notwendiger Weise dann herangezogen werden müssen, wenn eine Auswahl zwischen Personen getroffen werden muss, die jeweils alle medizinischen Kriterien ieS erfüllen.

Durch das OTPG nicht ausgeschlossen ist demnach auch die Berücksichtigung weiterer, nicht medizinischer, Kriterien. In Betracht käme etwa die Einbeziehung von Faktoren zur Verwirklichung der Chancengleichheit¹⁴¹⁰ wie bspw die Bevorzugung von Patienten mit schlechteren Chancen aufgrund seltener Gewebemerkmale¹⁴¹¹. In der Literatur wird ferner die Einbeziehung des „sozialen Wertes“ einer Person (zB Berücksichtigung der familiären Situation) oder aber auch die Berücksichtigung von „Gerechtigkeitskriterien“ wie dem Selbstverschulden am Organversagen (etwa durch Alkohol- und Tabakkonsum, ungesunde Ernährung oder Bewegungsmangel)¹⁴¹² oder der eigenen Spenderbereitschaft („Reziprozität“)¹⁴¹³ diskutiert.¹⁴¹⁴

¹⁴⁰⁷ Vgl so mwN *Gutmann in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 29.

¹⁴⁰⁸ Dazu näher *Bader*, Organmangel 230 f.

¹⁴⁰⁹ Vgl dazu *Oelert*, Allokation 116 ff; *Gutmann in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 29.

¹⁴¹⁰ Zur Betonung der Bedeutung des Aspekts der Chancengleichheit vgl auch Eurotransplant Manual Chapter 1, 17 („the most important factor is to maximize equality of opportunity for patients“). Zu einer (möglichen) Definition des Begriffs „Chancengleichheit“ vgl Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation, 7 („Chancengleichheit der Organzuteilung bedeutet zum einen, dass die Aussicht auf ein vermitteltes Organ insbesondere nicht von Wohnort, sozialem Status, finanzieller Situation und der Aufnahme in die Warteliste eines bestimmten Transplantationszentrums abhängen darf. Zum anderen sollen schicksalhafte Nachteile möglichst ausgeglichen werden. Dem dienen unter anderem die Berücksichtigung der Wartezeit und die relative Bevorzugung von Patienten mit einer seltenen Blutgruppe oder bestimmten medizinischen Merkmalen wie seltene Gewebeeigenschaften und Unverträglichkeiten.“).

¹⁴¹¹ Dazu *Gutmann in Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 29; *Oelert*, Allokation 120 f; *Bader*, Organmangel 285 f.

¹⁴¹² Kritisch *Schmitz-Luhn*, Priorisierung 129.

¹⁴¹³ Dazu statt vieler *Oelert*, Allokation 123 f; kritisch *Aigner*, RdM 2008/64, 102.

¹⁴¹⁴ Für einen Überblick vgl mwN *Bader*, Organmangel 287 f.

Verhältnis der Kriterien zueinander

Völlig ungeklärt bleibt die für die Allokationsentscheidung maßgebliche Thematik der Rangfolge und Gewichtung der einzelnen Kriterien. Dass diese nicht unabhängig nebeneinander stehen, sondern einander zum Teil widersprechen, ist schon bei Betrachtung der Kriterien „Erfolgsaussichten“ und „Dringlichkeit“ offensichtlich: So sind Transplantationen oftmals gerade bei den Patienten, bei denen der Eingriff bereits am dringlichsten wäre, nur mehr weniger erfolgsversprechend.¹⁴¹⁵

bb) Verfahrensanweisungen der GÖG

Die Aufgabe der näheren Konkretisierung der im OTPG angedeuteten „Eckdaten“ der Organallokation unter „Berücksichtigung“ der Kriterien der Stiftung Eurotransplant International überlässt der Gesetzgeber der GÖG. Diese hat gem § 10 Z 4 OTPG unter Einbindung des Transplantationsbeirats entsprechende Verfahrensanweisungen zu erstellen und im Internet zu veröffentlichen.

Nach dem Wortlaut des § 10 OTPG („wissenschaftliche Empfehlungen“) und den Gesetzesmaterialien¹⁴¹⁶ besteht kein Zweifel, dass es sich bei den Verfahrensanweisungen lediglich um normativ unverbindliche fachliche Empfehlungen und nicht um Akte der Rechtsetzung handelt. Eine Qualifikation der Ermächtigung des § 10 OTPG als Ermächtigung zur Verordnungserlassung („Beleihung“) scheidet somit aus.¹⁴¹⁷ Einer (derzeit noch nicht veröffentlichten) Verfahrensanweisung gem § 10 Z 4 OTPG würde demnach keine unmittelbare normative Verbindlichkeit zukommen.

Verfahrensanweisungen sollen vielmehr entsprechend den Erläuterungen (nur, aber immerhin) „als Stand der Wissenschaft“ bedeutsam sein.¹⁴¹⁸ § 3 Z 16 OTPG definiert die Verfahrensanweisung als „schriftliche Anweisung, die die Schritte eines spezifischen Verfahrens beschreibt, einschließlich der zu verwendenden Materialien und Methoden und des

¹⁴¹⁵ Zu diesem Zielkonflikt vgl etwa *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 24; *Norba*, Rechtsfragen 198 f; *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 55; *Oelert*, Allokation 125 ff; *Lang*, *Deregulierte Verantwortungslosigkeit?* MedR 2005, 269 (277 f).

¹⁴¹⁶ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6 („fachliche Empfehlungen, denen keine normative Verbindlichkeit zukommt“).

¹⁴¹⁷ Zur Qualifikation der (inhaltlich vergleichbaren) Richtlinien Tätigkeit der deutschen Bundesärztekammer als Normsetzung vgl hingegen *Höfling* in *Höfling* (Hrsg), *Transplantationsgesetz Kommentar*² (2013) § 16 Rz 8 ff.

¹⁴¹⁸ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6. Zur Funktion von fachlichen Empfehlungen in Hinblick auf die Ermittlung des Standes der Wissenschaft vgl (zu den Empfehlungen des OSR zur Todesfeststellung) oben S 157 f.

erwarteten Endergebnisses“. Zweck der Verfahrensanweisungen ist demnach die (faktische) Vereinheitlichung des Transplantationsgeschehens durch die *Beschreibung* von dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Abläufen mit dem Ziel der Sicherstellung von Qualität und Sicherheit.¹⁴¹⁹

In Anbetracht der dargestellten Funktion der Verfahrensanweisungen ist die „Systemwidrigkeit“ des § 10 Z 4 OTPG offensichtlich: Während die übrigen Ziffern des § 10 OTPG die GÖG dazu ermächtigen, dem Stand der Wissenschaft entsprechende Abläufe zur Sicherstellung der Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zur Qualitätssicherung zu *beschreiben*, ermächtigt Z 4 dazu „Regeln“ für die Zuteilung von Organen *aufzustellen*. Beim Aufstellen von Regeln für die Zuteilung von Organen handelt es sich jedoch weder um eine bloße „Prozessbeschreibungen“ noch sonst um die Beantwortung einer (rein) empirisch-wissenschaftlichen Frage. Die gem § 10 Z 4 OTPG aufzustellenden „Regeln“ müssten vielmehr genau jene Fragen der Organallokation beantworten, die der unbestimmte Gesetzeswortlaut offen lässt: Welche jener Kriterien mit Einfluss auf den Transplantationserfolg sollen für die Allokationsentscheidung erheblich sein? Welche weiteren Kriterien neben Erfolgsaussichten und Dringlichkeit sind in die Entscheidung einzubeziehen? In welchem Verhältnis stehen die zulässigerweise einzubeziehenden Kriterien zueinander? Bei der Beantwortung dieser Frage handelt es sich *nicht* um medizinisch-wissenschaftliche Entscheidungen, sondern um normative Wertentscheidungen.¹⁴²⁰ So stellte der schweizerische Bundesrat etwa zutreffend fest, dass die These, wonach die Organverteilung nach medizinischen Kriterien erfolge, falsch ist. Vielmehr geschehe die Zuteilung nach ethischen Prinzipien; der Modus der Verteilung basiere also auf Wertentscheidungen.¹⁴²¹ Die Frage, ob bspw „der Patient, der unmittelbar vom Tode bedroht ist, aber bereits zu krank ist, um (prognostisch) noch langfristige Erfolgsaussichten zu haben, dem [...] weniger dringlichen Patienten mit besserer Erfolgsprognose vorgezogen werden soll, *kann* nicht mit den Mitteln der Medizin beantwortet werden“. ¹⁴²² Denn medizinische Gründe, eine mögliche und

¹⁴¹⁹ Vgl Art 4 OrganRL („System für Qualität und Sicherheit“), deren Umsetzung § 10 OTPG dienen soll, sowie ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6.

¹⁴²⁰ Vgl statt vieler *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 55; *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2; *Bader*, Organmangel 103 ff; *Höfling* in *Höfling*, TPG² § 12 Rz 30 ff; *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) Vor § 12 Rz 3 sowie § 12 Rz 21; *Gutmann*, Organisierte Verantwortungslosigkeit, in *Haarhoff* (Hrsg), Organversagen (2014) 145 (146 f).

¹⁴²¹ *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, 111 <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/29.pdf>.

¹⁴²² *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 21.

indizierte Behandlung eines bestimmten Patienten zu unterlassen, gibt es nicht.¹⁴²³ Das *Aufstellen* von Regeln der Organzuteilung im dargestellten Sinn ist der *Feststellung* eines Standes der medizinischen Wissenschaft folglich nicht zugänglich. An diesem Befund ändert auch der Umstand nichts, dass der Wortlaut des § 10 Z 4 OTPG („Regeln [...], die dem Stand der medizinischen Wissenschaft [...] zu entsprechen haben“) genau dies suggeriert.

Die Medizin als Wissenschaft und damit auch Verfahrensanweisungen gem § 10 Z 4 OTPG können iZm der Organallokation lediglich *beschreiben*¹⁴²⁴, welche Umstände welchen Einfluss auf den Transplantationserfolg haben können bzw bei Vorliegen welcher Parameter eine Dringlichkeit besteht,¹⁴²⁵ nicht aber festlegen, welche Kriterien erheblich sein *sollen* und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen *sollen*.

Sofern Verfahrensanweisungen gem § 10 Z 4 OTPG erlassen werden sollten, kann diesen daher eine mittelbare normative Wirkung im Wege einer Indizwirkung für den Stand der Wissenschaft nur insoweit zukommen, als sie Fragen beantworten, die der Feststellung eines Standes der Wissenschaft überhaupt zugänglich sind, nicht jedoch sofern sie Wertentscheidungen treffen.¹⁴²⁶ Diese rechtliche Einschätzung ändert freilich wenig an der zu erwartenden faktischen Wirksamkeit solcher Verfahrensanweisungen.

cc) Kriterien der Stiftung Eurotransplant International

Die materiellen Allokationskriterien, die den von Eurotransplant bei der Organallokation angewendeten Algorithmen zugrunde liegen, finden sich im „Eurotransplant Manual“.¹⁴²⁷ Die dort enthalten Allokationsregeln sollen die nationalen Gesetze und Richtlinien umsetzen und präzisieren.¹⁴²⁸ Das Manual enthält in Kapitel 3 für alle Organe gültige allgemeine Vorschriften über den Ablauf des Allokationsprozesses (inkl Vorschriften, unter welchen Voraussetzungen Abweichungen vom Standardallokationsverfahren zulässig sind) und darüber hinaus in den Kapiteln 4 bis 8 ausführliche Regeln für die Allokation spezifischer

¹⁴²³ Vgl mwN *Bader*, Organmangel 103.

¹⁴²⁴ Zum deskriptiven Charakter der Verfahrensanweisungen vgl die Definition in § 3 Z 16 OTPG.

¹⁴²⁵ Dies setzt jedoch zunächst voraus, dass die normative Bedeutung der Begriffe „Erfolg“ bzw „Dringlichkeit“ feststeht. Vgl zum Ganzen *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 21.

¹⁴²⁶ Vgl *Kopetzki* in *Elger/Biller-Andorno/Rütsche* 109. Zur Qualifikation von Verfahrensanweisung in Bereichen jenseits wissenschaftlicher Objektivierbarkeit als bloßer „moralischer Appell“ siehe *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 50.

¹⁴²⁷ Abrufbar unter https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=et_manual.

¹⁴²⁸ Eurotransplant Manual Chapter 1, 3.

Organe.¹⁴²⁹ Hauptallokationskriterien sind dabei die zu erwartenden Erfolgsaussichten, die Dringlichkeit sowie die nationale Organbilanz und die Wartezeit.¹⁴³⁰

Diese „Kriterien der Stiftung Eurotransplant International“ sollen bei der Erstellung von (ihrerseits nicht normativ verbindlichen) Verfahrensanweisungen gem § 10 Z 4 OTPG berücksichtigt werden. Ihnen kommt für sich genommen aber keine normative Bindungswirkung zu.¹⁴³¹ Sogar für Eurotransplant selbst sollen entsprechend einem Hinweis im Manual lediglich die nationalen Vorschriften, nicht jedoch die Vorgaben des Manuals rechtlich verbindlich sein.¹⁴³²

3. Zusammenfassung und Kritik

Gesetzlich unregelt ist weiterhin, wer die Allokationsentscheidung in welchem Verfahren zu treffen hat. Den nationalen Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren steht es somit (abgesehen von etwaigen vertraglichen Meldeverpflichtungen) frei, entnommene Organe dem Allokationsmechanismus von Eurotransplant zu unterwerfen oder aber die Auswahlentscheidung ohne Einbindung von Eurotransplant selbst zu treffen.

Hinsichtlich der anzuwendenden materiellen Allokationskriterien gibt das OTPG mit „Erfolgsaussichten“ und „Dringlichkeit“ lediglich zwei in die Allokationsentscheidung einzubeziehende Kernkriterien vor, die jedoch schon für sich genommen in ihrer Bedeutung unklar sind. Darüber hinaus ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, welche weiteren Kriterien einzubeziehen sind und wie sich die anzuwendenden Kriterien zueinander verhalten. Vielmehr suggeriert der Gesetzgeber durch die Formulierung des § 10 Z 4 OTPG, dass die Organallokation ohnehin eine medizinische Fragestellung sei, die der Feststellung eines Standes der Wissenschaft in Form von Verfahrensanweisungen zugänglich sei, um das Problem der Organzuteilung der GÖG überantworten zu können.¹⁴³³ Zur *tatsächlich* normativ-

¹⁴²⁹ Vgl zum Inhalt des Eurotransplant Manuals auch *Bader*, Organmangel 144 f.

¹⁴³⁰ Vgl die Information auf der Homepage von Eurotransplant (<https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=allocation>) sowie Eurotransplant Manual Chapter 1, 17. Zu einer Systematisierung der wesentlichen angewandten Allokationskriterien vgl *Bader*, Organmangel 282 ff.

¹⁴³¹ Vgl auch *Kopetzki* in *Elger/Biller-Andorno/Rütsche* 109.

¹⁴³² Eurotransplant Manual Chapter 1, 3 („For the allocation of organs only the national provisions are legally binding. The display of the allocation provisions in this Manual are based on these legally binding national provisions. As far as necessary, they have been specified by Eurotransplant in this Manual. Deviations from such specifying Eurotransplant provisions cannot be considered as a breach of the national provisions as long as the latter are not violated.“).

¹⁴³³ Vgl kritisch zur ähnlichen Vorgehensweise in Deutschland *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Vor § 12 Rz 4; *Gutmann* in *Haarhoff* 146.

wertenden Festlegung von Allokationskriterien können (bislang nicht veröffentlichte) normativ unverbindliche Verfahrensanweisungen gem § 10 OTPG jedoch keinen Beitrag leisten. Konkrete Allokationsregeln wären dem Eurotransplant Manual zu entnehmen, dessen Inhalt allerdings ebenfalls nicht normativ verbindlich ist. Insgesamt ist die Regelung des § 10 Z 4 OTPG wohl als Versuch zu sehen, die (insb von Eurotransplant) faktisch angewendeten Allokationskriterien zu „legitimieren“, ohne den Spielraum der mit der Allokation befassten Stellen durch normativ verbindliche Kriterien maßgeblich einzuschränken.

Den nationalen Entnahmeeinheiten oder Transplantationszentren verbleibt daher – sofern sie die Allokationsentscheidung selbst treffen – wegen der Unbestimmtheit des OTPG de lege lata bei der Auswahl der Organempfänger weiterhin ein erheblicher Ermessensspielraum.¹⁴³⁴ Insofern fehlen auch verwaltungs(straf)rechtliche Sanktionen für Verstöße gegen Vorgaben des § 10 OTPG.

Sofern die Allokation durch die Stiftung Eurotransplant International erfolgt, ist diese als privatrechtliche Stiftung nach niederländischem Recht nicht an das OTPG gebunden, sodass selbst die rudimentären materiellen Vorgaben desselben für Eurotransplant nicht unmittelbar verbindlich sind. Eurotransplant ist allenfalls mittelbar aufgrund vertraglicher Vorschriften bzw aufgrund von Selbstbindung an nationale Vorschriften des OTPG gebunden. Auch Kontroll- und Aufsichtsmittel hinsichtlich der Tätigkeit von Eurotransplant bestehen, wenn überhaupt, auf vertraglicher Grundlage.¹⁴³⁵

Da die Allokationsentscheidung in jedem Fall durch Private getroffen wird, fehlt – abgesehen von einer allfälligen Fiskalgeltung bei der Allokation durch staatliche Krankenanstalten¹⁴³⁶ – auch eine unmittelbare grundrechtliche Bindung der Handelnden.¹⁴³⁷ In der Lite-

¹⁴³⁴ Vgl *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 55.

¹⁴³⁵ Ob und in welcher Form derartige vertragliche Verpflichtungen bestehen, ist nicht ersichtlich.

¹⁴³⁶ Zur Fiskalgeltung der Grundrechte vgl etwa *Berka*, Verfassungsrecht⁵ 1258 ff; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 49; *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 6 Rz 55 ff (insb Rz 63).

¹⁴³⁷ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2. Lediglich eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte durch grundrechtskonforme Auslegung kommt in diesem Fall in Betracht. Vgl dazu mwN *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 47 f; *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 6 Rz 19 ff. Diskriminierungen aus gewissen Gründen (Rasse, Hautfarbe, nationale oder ethnische Herkunft, religiöses Bekenntnis oder Behinderung) sanktioniert Art III Abs 1 Z 3 EGVG zudem verwaltungsstrafrechtlich. Zur Qualifikation dieser Bestimmung als ausdrücklich angeordnete unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3 Rz 46; zur Qualifikation als mittelbare Drittwirkung hingegen zutreffend *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 6 Rz 10 ff. Vgl zum Ganzen auch oben S 77 f.

ratur findet sich lediglich die Einschränkung, wonach „vor dem Hintergrund allgemeiner verfassungsrechtlicher und berufsrechtlicher Verbürgungen“ immerhin davon auszugehen sei, „dass die Zuteilungsentscheidung zumindest willkür- und diskriminierungsfrei sowie unter Anwendung sachlicher Kriterien zu erfolgen hat“.¹⁴³⁸

Weil die Entscheidung über die Organzuteilung nicht in Form eines Hoheitsaktes (oder sonst „in Vollziehung der Gesetze“) erfolgt, ist Rechtsschutz der potenziellen Organempfänger hinsichtlich der konkreten Vermittlungsentscheidung allenfalls im ordentlichen Zivilrechtsweg gegeben.¹⁴³⁹

Zusammengefasst bleibt mit *Kopetzki* lediglich der Schluss, dass die „legislative Enthaltsamkeit“ des Gesetzgebers im Bereich der Organallokation in Österreich noch deutlich ausgeprägter ist als bspw. in Deutschland.¹⁴⁴⁰ Selbst dort wird jedoch angesichts der herrschenden „Deregulierung“ aus verfassungsrechtlicher Sicht erhebliche Kritik geäußert,¹⁴⁴¹ die sich über weite Strecken ebenso gegen das österreichische Recht wenden lässt.

Insgesamt ist die derzeitige Rechtslage im Bereich der Organallokation (unklare Zuständigkeiten, Beteiligung einer nicht-staatlichen ausländischen Stiftung, Fehlen klarer materieller Allokationskriterien und prozessualer Vorgaben, zweifelhafter Rechtsschutz,...) verfassungsrechtlich aus mehreren Gründen bedenklich:

Indem der Gesetzgeber die Allokationsentscheidung der normativ weitgehend ungebundenen Entscheidung Privater überlässt, verletzt er seine grundrechtliche Verpflichtung, das Leben bzw. die Gesundheit der potenziellen Organempfänger effektiv zu schützen.¹⁴⁴²

¹⁴³⁸ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 55. Vgl. auch *Kopetzki*, Organgewinnung 125 („Problematisch wären unsachliche oder willkürliche Auswahlentscheidungen nach Geschlecht, Rasse, politischer Zugehörigkeit oder privaten Moralvorstellungen“). Derartige Bindungen für eine „lokal“ getroffene Allokationsentscheidung eines Arztes könnten sich aus berufsrechtlicher Sicht etwa aus § 49 Abs 1 ÄrzteG (Pflicht des Arztes zur gewissenhaften Betreuung von von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person; Wahrung des Wohls der Kranken) bzw. aus der Pflicht zur Wahrung des Standesehrens ergeben. Für Eurotransplant sind jedoch selbst diese Vorgaben nicht bindend.

¹⁴³⁹ Vgl. *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2. Kritisch zu den Rechtsschutzmöglichkeiten in Hinblick auf Allokationsentscheidungen zur deutschen Rechtslage etwa *Lang* in *Höfling*, TPG² Einführung IV Rz 25 ff; *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 39 ff; *Höfling* in *Höfling*, TPG² § 12 Rz 63 ff; *Höfling*, Richterrechtliche Disziplinierung der Transplantationsmedizin? NJW 2014, 3398 ff.

¹⁴⁴⁰ So *Kopetzki*, Buchbesprechung zu *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013), RdM 2015, 123 f (124).

¹⁴⁴¹ Vgl. für einen Überblick mwN statt vieler *Gutmann* in *Haarhoff* 145; *Höfling*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin? JZ 2007, 481; *Lang*, MedR 2005, 269.

¹⁴⁴² Vgl. dazu näher oben S 100.

Das Legalitätsprinzip verpflichtet den Gesetzgeber zwar nur dazu, die Handlungsgrundlagen der „staatlichen Verwaltung“ iSd Hoheitsverwaltung durch ausreichend bestimmte Gesetze zu regeln.¹⁴⁴³ In einem demokratischen Rechtsstaat hat der Gesetzgeber aber auch abseits von Hoheitsakten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wie dem Treffen essenzieller Vergabeentscheidungen, zumindest wesentliche Grundsätze des Handelns in Form von prinzipiellen Vergabekriterien und Grundzügen des Verfahrens festzulegen.¹⁴⁴⁴ Dies muss insb bei eingriffsnahen Bereichen wie jenem der Organallokation gelten.¹⁴⁴⁵ „Die (abstrakte) Chance ein Spenderorgan in einem geregelten, überprüfbareren Verfahren nach anerkannten Kriterien zu erhalten, zählt zum Kern eines rechtsstaatlichen Transplantationsystems“.¹⁴⁴⁶ Auch unter diesem Blickwinkel wird der Gesetzgeber seiner Verpflichtung derzeit nicht gerecht.

4. Regelungsvorschlag

Als Vorbild für eine Neuregelung der Organallokation könnte die schweizer Rechtslage dienen.¹⁴⁴⁷ Das schweizerische Transplantationsgesetz enthält in einem eigenen Abschnitt über die Zuteilung von Organen (4. Abschnitt, Art 16 ff schwTPG) in materieller Hinsicht zunächst ein allgemeines Gebot der Nichtdiskriminierung bei der Organallokation und gibt die maßgebenden Allokationskriterien (Dringlichkeit, medizinischer Nutzen, Wartezeit sowie Wahrung der Chancengleichheit bei unterschiedlichen physiologischen Eigenschaften) für die Zuteilungsentscheidung vor. Das Gesetz verpflichtet den Bund zur Schaffung einer „nationalen Zuteilungsstelle“, der die Zuständigkeit zukommt, eine Warteliste zu führen und die verfügbaren Organe anhand der genannten Kriterien zuzuteilen. Spitäler und Transplantationszentren trifft eine gesetzlich verankerte Pflicht zur Meldung aller potenziellen Spender an die nationale Zuteilungsstelle. Die Entscheidung über die Aufnahme auf die Warteliste wird den Transplantationszentren übertragen, wobei bei der Entscheidung

¹⁴⁴³ Vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 495 ff; mit ausführlicher Begründung *Rill* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 18 B-VG Rz 21 ff (Stand 1.Lfg, 2001).

¹⁴⁴⁴ Vgl *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2 sowie *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 498 und 663. Zur Abhängigkeit des Erfordernisses einer bestimmten gesetzlichen Grundlage vom jeweiligen Rechtsschutzbedürfnis vgl mwN *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 612.

¹⁴⁴⁵ Zu den gesteigerten Determiniertheitserfordernissen eingriffsnaher Gesetze vgl statt vieler *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 507. Zu Einflussfaktoren auf das notwendige Maß der Determiniertheit des (Verwaltungs-) Handelns abseits von Hoheitsakten vgl mwN *Kneihs*, Sterbehilfe 101.

¹⁴⁴⁶ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2.

¹⁴⁴⁷ Zur schweizer Rechtslage als „Modell für die Mindestanforderungen an die Dichte einer gesetzlichen Verteilungsordnung für das Transplantationswesen“ vgl auch *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 28.

nur medizinische Gründe zu berücksichtigen sind und wiederum ein Gebot der Nichtdiskriminierung gilt.

Diese grundsätzlichen materiellen und formellen Vorgaben werden sodann auf Grundlage von Ermächtigungen im schwTPG in der „Verordnung über die Zuteilung von Organen zur Transplantation“ des schweizerischen Bundesrates (in Folge: schwOrganzuteilungsVO) konkretisiert. Die VO regelt uA, welche Organe dem Zuteilungsverfahren zu unterwerfen sind, enthält nähere materielle Vorgaben für die Entscheidung des Transplantationszentrums über die Aufnahme in die bzw die Streichung aus der Wartliste sowie allgemeine und organspezifische Zuteilungskriterien und -prioritäten für die Allokationsentscheidung durch die nationale Zuteilungsstelle. Darüber hinaus regelt die schwOrganzuteilungsVO auch das Zuteilungsverfahren näher. Aus rechtsstaatlicher Sicht vorbildlich ist etwa die Entscheidung über die Aufnahme in die und die Streichung von der Warteliste durch die Transplantationszentren hoheitlich in Form einer „anfechtbaren Verfügung“ (vgl Art 6 schwOrganzuteilungsVO) ausgestaltet.

Eine Entscheidung des Gesetzgebers für eine solche hoheitliche Ausgestaltung der Wartelisten- bzw Allokationsentscheidungen würde sich bei einer Allokation durch Eurotransplant schwieriger gestalten als bei einer solchen durch eine „nationale Zuteilungsstelle“. Schließlich müssten zur Ermöglichung einer hoheitlichen Entscheidung durch Eurotransplant die für die Übertragung von Hoheitsrechten gem Art 9 Abs 2 B-VG einzuhaltenden Rahmenbedingungen (insb Qualifikation der beliehenen Stelle als zwischenstaatliche Einrichtung¹⁴⁴⁸ und Notwendigkeit der Rechtsschutzgewährleistung auf zwischenstaatlicher Ebene¹⁴⁴⁹) beachtet werden. Eine hoheitliche Ausgestaltung der Wartelisten- und Allokationsentscheidung im Rahmen eines geregelten Verfahrens unter Einräumung von öffentlich-rechtlichem Individualrechtsschutz wird aufgrund der grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers bei der Wahl der Handlungsform¹⁴⁵⁰ jedoch nicht zwingend sein. Auch sonst werden in Krankenanstalten laufend lebenswichtige Entscheidungen getroffen, ohne dass es sich dabei um hoheitliche Entscheidungen handeln muss.¹⁴⁵¹

¹⁴⁴⁸ Vgl zur diesbezüglichen Problematik bereits oben S 224.

¹⁴⁴⁹ Zur Wahrung des rechtsstaatlichen Prinzips muss gegen individuelle Akte zwischenstaatlicher Einrichtungen mit unmittelbarer Wirkung für Private (mangels Möglichkeit einer Kontrolle durch nationale Gerichte) ein gleichwertiger Rechtsschutz auf zwischenstaatlicher Ebene gewährleistet sein. Vgl dazu mwN *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 9/2 B-VG Rz 27.

¹⁴⁵⁰ Vgl dazu sowie zu Grenzen der Wahlfreiheit mwN *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 383 ff.

¹⁴⁵¹ Vgl *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen 100 ff.

Sollte der Gesetzgeber an der privatrechtlichen Ausgestaltung der Wartelisten- und Allokationsentscheidung festhalten, muss er aus grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Sicht jedoch zumindest klare gesetzliche Rahmenbedingungen für diese „private“ Entscheidung schaffen. Dadurch wäre immerhin die Möglichkeit eines „Systemrechtsschutzes“ in Form der Kontrolle dieser generellen Rechtsakte gegeben.¹⁴⁵²

Ein verfassungskonformer rechtlicher Rahmen sollte jedenfalls enthalten:

- Eine gesetzliche Regelung, welche Organe dem in Folge beschriebenen Allokationsverfahren überhaupt unterliegen¹⁴⁵³
- Eine Pflicht der Transplantationszentren zur Registrierung potenzieller Organempfänger (Führung von Wartelisten)
- Sofern bereits auf dieser Ebene eine Selektion der potenziellen Organempfänger stattfindet:¹⁴⁵⁴ Kriterien der Entscheidung über die Aufnahme in bzw Streichung von der Warteliste
- Eine Pflicht der Transplantationszentren zur Übermittlung der Daten registrierter Patienten an Eurotransplant zur Zusammenführung zu einer „einheitlichen Warteliste“
- Eine Pflicht der Krankenanstalten zur Meldung aller potenziellen Organspender an Eurotransplant
- Eine *ausschließliche* Zuständigkeit der Stiftung Eurotransplant zur Organallokation¹⁴⁵⁵ *ausschließlich* an potenzielle Organempfänger, die auf einer von ihr geführten einheitlichen Warteliste registriert sind¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵² Vgl mwN *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.5.2.

¹⁴⁵³ Vgl etwa §§ 10 und 12 dTPG, die die Verpflichtung zum Führen von Wartelisten und zur Allokation anhand gewisser Allokationskriterien auf Grundlage einer einheitlichen Warteliste auf sog „vermittlungspflichtige Organe“ beschränken.

¹⁴⁵⁴ Lediglich dann, wenn alle Patienten auf die Warteliste aufgenommen werden, bei denen eine Organtransplantation – unabhängig von einem Vergleich mit anderen potenziellen Organempfängern – medizinisch indiziert ist, erübrigt sich die gesetzliche Normierung materieller Aufnahmekriterien. Vgl zum Zugang zur Warteliste als „Eingangstrichter“ in den Allokationsprozess oben FN 1394.

¹⁴⁵⁵ Zu den Vorteilen eines zentralisierten Allokationsverfahrens mittels Algorithmus gegenüber einer Allokation durch die Transplantationszentren vgl etwa mwN *Norba*, Rechtsfragen 195 f.

¹⁴⁵⁶ Nur durch die Allokation anhand einer einheitlichen Warteliste kann sichergestellt werden, dass materielle Allokationskriterien auf alle potenziellen Organempfänger (für ein bestimmtes Organ) gleichermaßen angewendet werden. Zur einheitlichen Warteliste als entscheidende Voraussetzung für die Gleichbehandlung aller Organempfänger und die Sicherstellung der Chancengleichheit vgl auch mwN *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 36. Vgl außerdem Art 3 2. ZPMRB, wonach Leichenorgane „allein den Patienten zugeteilt“ werden, „die in eine offizielle Warteliste eingetragen sind“.

- Allenfalls Bestimmungen, ob und unter welchen Voraussetzungen abweichend von den dargestellten Grundsätzen eine Meldung an Eurotransplant unterbleiben und/oder eine „zentrumsinterne“ Allokation erfolgen darf
- Eine abschließende Aufzählung zulässiger Allokationskriterien durch den Gesetzgeber selbst sowie die gesetzliche Verankerung eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes bei der Organallokation bzw eines Verbots gewisser diskriminierender oder sonst nach grundrechtlicher Wertung unzulässiger Allokationskriterien.¹⁴⁵⁷ Unbestimmte Begriffe werden sich bei der Aufzählung zulässiger Allokationskriterien zwar nicht vermeiden lassen. Bei besonders unbestimmten Kriterien, wie insb jenem der „Erfolgsaussichten“, sollte der Gesetzgeber zur Konkretisierung auch normieren, welche „Subkriterien“ mit Einfluss auf die Erfolgsaussichten in die Allokationsentscheidung miteinbezogen werden dürfen und welche nicht.¹⁴⁵⁸ Weitere Konkretisierungen in Form von für die jeweiligen Organe konkret anzuwendenden Zuteilungskriterien und Zuteilungsprioritäten sollten durch Verordnung erfolgen. Eine solche könnte in Form einer Durchführungsverordnung gem Art 18 Abs 2 B-VG auch ohne ausdrückliche Ermächtigung erlassen werden. Ein gewisser Spielraum wird Eurotransplant bei der Erstellung ihrer Vermittlungsregeln dennoch verbleiben. Die grundlegenden Wertentscheidungen, die dem von Eurotransplant angewendeten Algorithmus zu Grunde liegen, müssen jedoch durch den Gesetz- bzw Verordnungsgeber selbst getroffen werden. Je höher der Determinierungsgrad der normativen Vorgaben für die Allokation ist und je geringer folglich der Spielraum ist, der Eurotransplant beim Treffen eigener Wertungsentscheidungen verbleibt, desto weniger problematisch erscheint insgesamt die privatrechtliche Ausgestaltung des Allokationsverhältnisses¹⁴⁵⁹
- Eine zumindest mittelbare Bindung von Eurotransplant an die gesetzlichen Vorgaben mittels Vertrag samt Vereinbarung effektiver vertraglicher Steuerungs-, Kontroll- und Sanktionsmechanismen
- Eine (verwaltungsstrafrechtliche) Sanktionierung von Verstößen der beteiligten nationalen Stellen (insb Entnahmeeinheiten, Transplantationszentren) gegen sie treffende Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Organallokation.

¹⁴⁵⁷ Vgl *Norba*, Rechtsfragen 201. Zu materiellen Vorgaben des Verfassungsrechts für die Allokation und einer grundrechtlichen Beurteilung (geltender und diskutierter) Allokationskriterien vgl aus deutscher Sicht *Bader*, Organmangel 291 ff sowie *Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § 12 Rz 42 ff.

¹⁴⁵⁸ Vgl *Höfling* in *Höfling*, TPG² § 12 Rz 33.

¹⁴⁵⁹ Vgl in diese Richtung mwN *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen 106.

VI. Qualitätssicherung, Organvigilanz und Berichtswesen

Die Abschnitte 4 bis 6 des OTPG setzen einen Großteil¹⁴⁶⁰ der durch die OrganRL vorgegebenen Qualitäts- und Sicherheitsstandards um. Konkretisierende Bestimmungen zum Verfahren der Informationsübermittlung finden sich des Weiteren in der OVVO¹⁴⁶¹, mit der die OrganDurchführungsRL umgesetzt werden sollte.¹⁴⁶² Die nähere Ausgestaltung der allgemein gehaltenen Qualitätsvorgaben und die Vereinheitlichung des Transplantationsgeschehens sollen durch Verfahrensanweisungen erfolgen. Diese sind gem § 10 OTPG von der GÖG unter Einbindung des Transplantationsbeirates zu erarbeiten und zu veröffentlichen.¹⁴⁶³ Bei Verfahrensanweisungen gem § 10 OTPG handelt es sich um wissenschaftliche Empfehlungen ohne normative Verbindlichkeit. Sofern die Empfehlungen empirische Fragen behandeln, können sie jedoch als Konkretisierung des Standes der Wissenschaft Bedeutsamkeit erlangen.¹⁴⁶⁴

A. Die Organ- und Spendercharakterisierung

Zum Schutz der Organempfänger enthält § 11 OTPG eine Pflicht der Entnahmeeinheiten vor jeder Organentnahme (vom Lebenden oder vom Verstorbenen) eine Charakterisierung sowohl des Organs als auch des Spenders vorzunehmen.¹⁴⁶⁵

Die Entnahmeeinheit ist grds bei jedem potenziellen Organspender verpflichtet, die in Anlage A des OTPG enthaltenen Mindestangaben¹⁴⁶⁶ über das zu entnehmende Organ und

¹⁴⁶⁰ Normen, die qualitäts- und sicherheitsrelevante Vorgaben der OrganRL umsetzen, finden sich darüber hinaus auch an anderer Stelle im OTPG, im KAKuG (vgl §§ 3e f hinsichtlich Anforderungen an Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren) oder im ärztlichen Berufsrecht (zB § 2 ÄrzteG hinsichtlich der Beschränkung ärztlicher Tätigkeiten in Bereitstellungsorganisationen auf Ärzte).

¹⁴⁶¹ Die OVVO stützt sich auf die Ermächtigungen der §§ 14 Abs 4 und 17 Abs 2 OTPG.

¹⁴⁶² Tatsächlich ist eine Umsetzung der OrganDurchführungsRL in den OVVO nur zum Teil erfolgt. Vgl dazu unten S 251 f.

¹⁴⁶³ § 10 OTPG setzt damit die Verpflichtung des Art 4 Abs 2 OrganRL um, ua mittels Verfahrensanweisungen ein System für Qualität und Sicherheit zu schaffen. Die Übertragung dieser ursprünglich der zuständigen nationalen Behörde zukommenden Aufgabe an eine sonstige geeignete Stelle lässt Art 17 Abs 1 OrganRL ausdrücklich zu. Die bisher veröffentlichten Verfahrensanweisungen sind unter <http://www.goeg.at/de/Bereich/Verfahrensanweisungen.html> abrufbar.

¹⁴⁶⁴ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6 sowie *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 49 f. Allgemein zur Bindungswirkung derartiger fachlicher Standardfestlegungen oben S 157 f. Zur Funktion der Verfahrensanweisungen der GÖG sowie zur „Systemwidrigkeit“ der Ermächtigung des § 10 Z 4 OTPG hinsichtlich Regeln für die Organzuteilung vgl oben S 229 ff.

¹⁴⁶⁵ Vgl Art 7 OrganRL.

¹⁴⁶⁶ Dazu gehören: Spendertyp, Blutgruppe, Geschlecht, Todesursache, Todeszeitpunkt, Geburtsdatum oder geschätztes Alter, Gewicht oder geschätztes Gewicht, Größe oder geschätzte Größe, gegenwärtig bestehender

dessen Spender zu erheben (§ 11 Abs 1 2. Satz OTPG). Die in der Aufzählung enthaltenen Daten „Todesursache“ und „Todeszeitpunkt“ können allerdings naturgemäß nur bei Leichenspendern erhoben werden. Ausnahmsweise darf ein Organ auch dann „für die Transplantation vorgesehen“ – dh entnommen¹⁴⁶⁷ – werden, wenn nicht sämtliche der in Anlage A festgelegten Mindestangaben zur Verfügung stehen.¹⁴⁶⁸ Dies setzt voraus, dass „auf Grund einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit“¹⁴⁶⁹ der erwartete Nutzen für den Empfänger (durch die Transplantation trotz fehlender Informationen) größer ist als die Gefahren auf Grund (einer Transplantation trotz) unvollständiger Daten (§ 11 Abs 2 OTPG). Ein Absehen von den Erhebung gewisser Daten aufgrund einer Risiko-Nutzen-Abwägung ist somit dann zulässig, wenn das Festhalten an der Notwendigkeit der vollständigen Informationseinholung entweder (1) zur Unmöglichkeit der Transplantation (etwa wegen zwischenzeitigem Organverlust oder der Unmöglichkeit der Informationserlangung) *oder* (2) zu deren Verzögerung führen würde *und* das Unterbleiben bzw die Verzögerung der Transplantation eine ernstere Gesundheits- oder Lebensgefahr für den Empfänger zur Folge hätte, als eine Transplantation trotz fehlender Informationen. Ein Absehen von der Erhebung ist hingegen nicht zulässig, wenn die rechtzeitige Informationsermittlung möglich ist.¹⁴⁷⁰ Die Entnahmeeinheit hat sich daher jedenfalls darum zu bemühen¹⁴⁷¹, die Informationen der Anlage A rechtzeitig einzuholen.

Die in Anlage B bezeichneten ergänzenden Daten¹⁴⁷² sind hingegen immer nur „auf Grundlage der Entscheidung der Entnahmeeinheit unter Berücksichtigung ihrer Verfügbar-

oder zurückliegender intravenöser Drogenkonsum, gegenwärtig bestehende oder zurückliegende maligne Neoplasien, andere gegenwärtig bestehende übertragbare Krankheiten, HIV-, Hepatitis-C- und Hepatitis-B-Infektion(ssstatus) sowie grundlegende Informationen zur Bewertung der Funktion des gespendeten Organs.

¹⁴⁶⁷ Da § 11 Abs 1 OTPG die Charakterisierung vor der Entnahme vorschreibt, muss auch Abs 2 auf die Entnahme und nicht auf die Transplantation abstellen. Die Formulierung „für die Transplantation vorgesehen“ geht auf Art 7 Abs 2 OrganRL zurück. Gem Art 7 Abs 1 OrganRL muss die Charakterisierung jedoch erst „vor der Transplantation“, nicht hingegen bereits (wie gem § 11 Abs 1 OTPG) vor der Entnahme des Organs erfolgen, sodass auch die Ausnahmebestimmung des Art 7 Abs 2 OrganRL konsequenterweise auf den Transplantationszeitpunkt Bezug nimmt.

¹⁴⁶⁸ Vgl dazu ErwGr 13 OrganRL, wonach es „aufgrund des Mangels an Organen, die für eine Transplantation zur Verfügung stehen, und des Zeitdrucks bei Organspenden und -transplantationen“ notwendig ist, „Situationen zu berücksichtigen, in denen dem Transplantationspersonal einige der zur Charakterisierung von Organ und Spender notwendigen Informationen fehlen“ sowie ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6, wonach durch die Möglichkeit des Absehens von gewissen Informationen die „erforderliche Flexibilität gewahrt und die Qualität und Sicherheit gefährdende Formalismen verhindert werden“ sollen.

¹⁴⁶⁹ Art 7 Abs 2 OrganRL erlaubt ein Absehen von der Datenerhebung „in einem besonderen Fall, einschließlich in lebensbedrohlichen Notfällen“.

¹⁴⁷⁰ Vgl zum Ganzen auch ErwGr 13 OrganRL.

¹⁴⁷¹ Diese Bemühungspflicht enthält ausdrücklich Art 7 Abs 3 OrganRL.

¹⁴⁷² ZB Daten aus klinischen Untersuchungen bzw bildgebenden Verfahren oder die sonstige Krankengeschichte des Spenders.

keit und der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu erheben“ (§ 11 Abs 1 3. Satz OTPG).

Wie die Informationen zu ermitteln sind, hängt von der Art der Daten ab. Informationsquelle kann neben der Krankengeschichte, einer körperlichen Untersuchung oder einem analytischen Test insb auch die Befragung des Lebendspenders selbst oder nahestehender Personen eines verstorbenen Spenders sein.¹⁴⁷³ Insb bei der postmortalen Organspende soll der Befragung der Angehörigen – aufgrund der durch den bestehenden Zeitdruck ansonsten eingeschränkten Möglichkeit schwere übertragbare Krankheiten auszuschließen – große Bedeutung zukommen.¹⁴⁷⁴ Allfällige Laboruntersuchungen sind „von Labors durchzuführen, die über die nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft und Technik geeignete personelle, räumliche, betriebliche und technische Ausstattung verfügen“ (§ 11 Abs 4 OTPG).

Die erhobenen Informationen über die Eigenschaften des Organs bzw des Spenders dienen in weiterer Folge der „Beurteilung und Auswahl“ der Organe bzw der Spender entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft (vgl § 5 Abs 1 bzw § 8 Abs 2 OTPG).¹⁴⁷⁵ § 11 OTPG beschränkt sich darauf festzulegen, welche Daten zu erheben sind, überlässt die inhaltliche Eignungsbeurteilung anhand dieser Daten hingegen dem Arzt.¹⁴⁷⁶

§ 4 Abs 1 OVVO verpflichtet die Entnahmeeinheit, die erhobenen Informationen unverzüglich an die Stiftung Eurotransplant International zu übermitteln.¹⁴⁷⁷ Falls einige der Informationen zum Zeitpunkt dieser ersten Übermittlung an Eurotransplant noch nicht verfügbar waren und später verfügbar werden, sind auch diese „so rechtzeitig zu übermitteln, dass medizinische Entscheidungen getroffen werden können“. Gem § 11 Abs 3 OTPG haben Entnahmeeinheiten die erhobenen Informationen weiters unverzüglich an das Transplantationszentrum (sobald dies der Entnahmeeinheit bekannt ist) zu übermitteln.

¹⁴⁷³ Vgl Art 7 Abs 3 OrganRL sowie ErwGr 12 OrganRL.

¹⁴⁷⁴ Vgl ErwGr 12 OrganRL.

¹⁴⁷⁵ Vgl dazu näher oben S 193 f.

¹⁴⁷⁶ Vgl ErwGr 11 OrganRL.

¹⁴⁷⁷ Vgl auch Art 5 Abs 3 OrganDurchführungsRL.

B. Transport von Organen

§ 12 Abs 2 OTPG nennt jene Informationen, mit denen die für den Transport verwendeten Transportbehälter zu versehen sind. Die Informationen dienen zum Teil der Sicherstellung der Rückverfolgbarkeit der Organe (Bezeichnung des Entnahmeorts und der Entnahmeeinheit sowie des Transplantationszentrums) und zum anderen dem Erhalt der Organqualität (Warnhinweis, Angaben zu empfohlenen Transportbedingungen).¹⁴⁷⁸ Außerdem ist jedem transportierten Organ ein Bericht über die Organ- und Spendercharakterisierung beizufügen (§ 12 Abs 3 OTPG).

Allen am Transport beteiligten Personen, die nicht ohnehin bereits nach anderen gesetzlichen oder dienstrechtlichen Vorschriften der Verschwiegenheit unterliegen, erlegt § 12 Abs 4 OTPG eine Verschwiegenheitspflicht über die ihnen „in Ausübung ihrer Tätigkeit anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen, an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht“, auf.¹⁴⁷⁹

Gem § 12 Abs 1 OTPG haben die den Organtransport Durchführenden unter Beachtung der diesbezüglichen Verfahrensanweisungen¹⁴⁸⁰ (§ 10 Z 6 OTPG) „die Unversehrtheit der Organe während des Transports und eine angemessene Transportdauer sicherzustellen“. Die betreffende Verfahrensanweisung enthält zudem Vorgaben hinsichtlich der Bereitstellung, Konservierung,¹⁴⁸¹ Verpackung und Kennzeichnung der Organe gem § 10 Z 5 OTPG.

C. Rückverfolgbarkeit

§ 3 Z 8 OTPG definiert Rückverfolgbarkeit als „die Möglichkeit, das Organ in jeder Phase von der Spende bis zur Transplantation oder Entsorgung zu lokalisieren und zu identifizieren, einschließlich der Möglichkeit, die/den Spenderin/Spender, die Entnahmeeinheit und die Empfängerinnen/Empfänger in den Transplantationszentren zu identifizieren und alle sachdienlichen nicht personenbezogenen Informationen über Produkte und Materialien, mit denen das Organ in Berührung kommt, zu lokalisieren und zu identifizieren“. Zur Ge-

¹⁴⁷⁸ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6.

¹⁴⁷⁹ Vgl dazu auch unten S 256.

¹⁴⁸⁰ *Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen Bereitstellung, Konservierung, Verpackung, Kennzeichnung und Transport von Organen http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_verpackungstransportorgane_gesamt.pdf.

¹⁴⁸¹ Vgl die Definition der Konservierung in § 3 Z 5 OTPG.

währleistung der Rückverfolgbarkeit haben alle an der Transplantationskette Beteiligten gem § 13 OTPG sicherzustellen, „dass jede Bereitstellung und jede Transplantation eines Organs lückenlos nachvollziehbar ist“. Dementsprechend verpflichten § 3e Abs 3 und § 3f Abs 3 KAKuG die Träger der Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren in ihrem jeweiligen Aufgabenbereich Aufzeichnungen zu führen, die eine nach dem Stand der Wissenschaft lückenlose Nachvollziehbarkeit der Transplantationskette sicherstellen und die Dokumentation für einen Zeitraum von 30 Jahren aufzubewahren.¹⁴⁸² Gem § 5 OVVO haben Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren zur Gewährleistung der Rückverfolgbarkeit gewisse Daten an die Stiftung Eurotransplant zu übermitteln. Die Übermittlungspflicht der Entnahmeeinheit umfasst die Spezifikation des Organs,¹⁴⁸³ die nationale Spenderidentifikationsnummer,¹⁴⁸⁴ das Datum der Entnahme sowie den Namen und die Kontaktdaten der Entnahmeeinheit (§ 5 Abs 1 OVVO). Das Transplantationszentrum hat die nationale Empfängeridentifikationsnummer und das Datum der Transplantation oder – sofern das Organ nicht transplantiert wurde – Informationen über die endgültige sonstige Verwendung des Organs sowie den Namen und die Kontaktdaten des Transplantationszentrums zu übermitteln (§ 5 Abs 2 OVVO).

D. Organvigilanz

Ziel eines Vigilanzsystems ist es, Risiken und Gefahren im Zusammenhang mit der Organspende- und Transplantation zu erkennen, zu untersuchen und zu minimieren.¹⁴⁸⁵ Zu diesem Zweck normieren § 14 OTPG sowie §§ 6 f OVVO eine Verpflichtung zur Meldung

¹⁴⁸² Die Dokumentationspflicht tritt zu der nach § 10 KAKuG bzw den diesbezüglichen Landesausführungsgesetzen ohnedies bestehenden Pflicht zur Führung von Krankengeschichten (insb § 10 Abs 1 Z 6 KAKuG hinsichtlich Niederschriften über Entnahmen nach § 5 OTPG) sowie zu sonstigen Dokumentationspflichten hinzu. Zum Umfang der Niederschrift nach § 10 Abs 1 Z 6 KAKuG vgl ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3. Zu Dokumentationspflichten im Bereich der Organtransplantation vgl auch *Kopetzki*, Organengewinnung 207 ff. Für einen Überblick für im Bereich der Medizin allgemein bestehende Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten siehe *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.5.16. Bei der Untersuchung von Humanmaterial sind lediglich die sich aus der Untersuchung ergebenden Befunde zu dokumentieren und aufzubewahren, nicht hingegen das biologische Material als solches. Vgl dazu *Aigner*, Aufbewahrung von Tumormaterial, RdM 2002, 49.

¹⁴⁸³ Vgl § 2 Abs 2 Z 3 OVVO („anatomische Beschreibung eines Organs, einschließlich seiner Art [z.B. Herz, Leber], gegebenenfalls seiner Lage [links oder rechts] im Körper und ob es sich um ein vollständiges Organ oder um einen Teil eines Organs handelt, mit Angabe des Lappens oder Segments des Organs“).

¹⁴⁸⁴ Zur Definition der nationalen Spender- bzw Empfängeridentifikationsnummer vgl § 2 Abs 2 Z 2 OVVO („Identifikationscode, der einem Spender oder Empfänger gemäß einem auf nationaler Ebene eingerichteten Identifikationssystem nach Artikel 10 Abs. 2 der Richtlinie 2010/53/EU zugeordnet wird“). Wer diese Identifikationscodes vergibt und ob und durch wen diese auf die Person des Spenders rückführbar sind, ist nicht ersichtlich.

¹⁴⁸⁵ Vgl hierzu auch die begründenden Ausführungen zum Begutachtungsentwurf der GVVO (abrufbar unter http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Begut/BEGUT_COO_2026_100_2_340206/COO_2026_100_2_340213.pdf).

schwerwiegender Zwischenfälle und schwerwiegender unerwünschter Reaktionen. Das Vigilanzsystem steht auch in engem Zusammenhang mit der Pflicht, die Rückverfolgbarkeit von Organen zu ermöglichen. Das Zusammenspiel aus verpflichtenden Meldungen und der Möglichkeit der Rückverfolgung der Organe garantiert einen geregelten Informationsfluss über auftretende Qualitäts- und Sicherheitsmängel.¹⁴⁸⁶ Somit kann sichergestellt werden, dass betroffene Organe bzw weitere Organe betroffener Spender nicht weiterverteilt bzw zurückgerufen werden.¹⁴⁸⁷

1. Gegenstand der Meldepflicht

Auslöser der Meldepflicht sind „schwerwiegende Zwischenfälle“ oder „schwerwiegende unerwünschte Reaktionen“. Die beiden Rechtsbegriffe werden in § 3 Z 9 und 10 OTPG definiert. Ein „schwerwiegender Zwischenfall“ ist demnach „jedes unerwünschte und unerwartete Ereignis im Zusammenhang mit irgendeinem Glied der Kette von der Spende bis zur Transplantation, das zur Übertragung einer Infektionskrankheit, zum Tod oder zu Zuständen führen könnte, die lebensbedrohlich sind, eine Behinderung oder einen Funktionsverlust zur Folge haben oder einen Krankenhausaufenthalt oder Morbidität nach sich ziehen oder verlängern“. Als „schwerwiegende unerwünschte Reaktion“ gilt „jede unbeabsichtigte Reaktion, einschließlich einer Infektionskrankheit“, beim Lebendspender oder beim Empfänger, „die mit irgendeinem Glied der Kette von der Spende bis zur Transplantation in Zusammenhang stehen könnte und die lebensbedrohlich ist, eine Behinderung oder einen Funktionsverlust zur Folge hat oder einen Krankenhausaufenthalt oder Morbidität nach sich zieht oder verlängert“.

Eine *Reaktion* wird immer unmittelbar beim Lebendspender oder beim Empfänger beobachtet¹⁴⁸⁸ bzw ist bei diesem feststellbar, während ein *Zwischenfall* auch dann vorliegt, wenn eine Reaktion beim Spender oder Empfänger (noch) nicht aufgetreten ist.

Das Ereignis bzw die Reaktion muss *unerwünscht und unerwartet* bzw *unbeabsichtigt* sein. Dies ist dann der Fall, wenn Ereignis bzw Reaktion nicht vorhersehbar waren und eine

¹⁴⁸⁶ Vgl Kopetzki in Kröll/Schaupp 51.

¹⁴⁸⁷ Vgl auch Heissenberger, RdM 2013/35, 53 sowie Bruckmüller/Schumann in JB Gesundheitsrecht 2010 71.

¹⁴⁸⁸ Vgl mwN Polster, Gewebesicherheitsrecht 274 f sowie § 14 OTPG.

negative Auswirkung auf die Qualität und Sicherheit des Organs bzw auf den Spender oder Empfänger haben.¹⁴⁸⁹

Ob eine Reaktion oder ein Zwischenfall als *schwerwiegend* zu qualifizieren ist, hängt von dessen (möglichen) Konsequenzen ab. Eine Reaktion (einschließlich einer Infektionskrankheit) ist schwerwiegend, wenn sie

- lebensbedrohlich ist,
- eine Behinderung oder einen Funktionsverlust zur Folge hat oder
- einen Krankenhausaufenthalt oder Morbidität nach sich zieht oder verlängert.

Ein Zwischenfall ist dann schwerwiegend, wenn er zur Übertragung einer Infektionskrankheit, zum Tod oder sonst zu einer schwerwiegenden Reaktion führen könnte.

Erfasst sind Zwischenfälle, die sich im Zusammenhang mit irgendeinem Glied der Kette von der Spende bis zur Transplantation (zB Bereitstellung, Konservierung oder Transport) ereignen bzw schwerwiegende Reaktionen, die auf ein Glied dieser Kette zurückzuführen sind. Auch umfasst sind Ereignisse und Reaktionen, die mit der Charakterisierung im Vorfeld einer Organentnahme zusammenhängen (vgl § 14 Abs 1 OTPG).¹⁴⁹⁰

2. Meldepflichtige Stellen und Adressaten der Meldung

Die in § 14 Abs 1 und 2 OTPG ohne bestimmte Adressaten aufgestellten Meldepflichten werden in der – ua auf der Verordnungsermächtigung des § 14 Abs 4 OTPG beruhenden – OVVO den Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren auferlegt. Sowohl Entnahmeeinheit als auch Transplantationszentrum sind zur unverzüglichen Meldung von solchen schwerwiegenden Zwischenfällen oder schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen verpflichtet, die Spender betreffen, deren Organe im Inland entnommen wurden (§ 6 Abs 1 OVVO).

Zur Unterrichtung über solche schwerwiegenden Zwischenfälle oder schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen, die mit Spendern in Verbindung stehen, deren Organe *nicht* im Inland entnommen wurden und an deren Entnahme demnach keine inländische Entnahmeeinheit beteiligt war, sind alleine die Transplantationszentren verpflichtet (§ 6 Abs 2 OVVO).

¹⁴⁸⁹ Polster, Gewebesicherheitsrecht 275.

¹⁴⁹⁰ Vgl auch Art 11 Abs 1 OrganRL.

Die Meldung hat jeweils in Form eines Erstberichts zu erfolgen und muss die Informationen gemäß Anlage I der OVVO enthalten. Bezüglich im Ausland entnommener Organe sind die Informationen vom Transplantationszentrum jedoch nur zu übermitteln, „sofern diese verfügbar sind“. Sobald weitere Informationen bekannt werden, sind auch diese unverzüglich an Eurotransplant weiterzuleiten (§ 6 Abs 3 OVVO).

Innerhalb von drei Monaten nach Vorlage des ersten Berichts ist ein Abschlussbericht mit den Informationen gem Anlage II der OVVO zu übermitteln (§ 6 Abs 4 OVVO). Dieser hat insb Untersuchungsergebnisse und Schlussfolgerungen sowie Präventiv- und Korrekturmaßnahmen zu enthalten.

Adressat der Meldungen durch Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren ist zunächst immer die Stiftung Eurotransplant International (§ 14 Abs 1 OTPG sowie § 6 Abs 1 bis 4 OVVO). Zusätzlich trifft Entnahmeeinheiten¹⁴⁹¹ gem § 14 Abs 1 OTPG eine Pflicht zur Meldung direkt an das jeweilige Transplantationszentrum, sofern ihnen dieses bekannt ist. Binnen dreier Werkzeuge sind die schwerwiegenden Zwischenfälle und unerwünschten Reaktionen sowie die getroffenen Maßnahmen außerdem der GÖG zu melden (§ 14 Abs 1 letzter Satz und Abs 2 OTPG sowie § 7 Abs 1 und 2 OVVO).

Die GÖG trifft im Anschluss an das Einlangen einer Meldung über einen schwerwiegenden Zwischenfall oder eine schwerwiegende unerwünschte Reaktion durch die Entnahmeeinheit oder das Transplantationszentrum wiederum die Verpflichtung, „erforderlichenfalls“ den jeweiligen LH zu benachrichtigen (§ 14 Abs 3 OTPG). Eine Benachrichtigung soll nach den Erläuterungen immer dann notwendig sein, „wenn der Inhalt und die Umstände der Meldung erkennen lassen, dass der schwerwiegende Zwischenfall oder die schwerwiegende unerwünschte Reaktion auf organisatorische oder strukturelle Mängel, insbesondere auf eine Verletzung der sanitären Vorschriften, die auf Grund des erstens Teils des KAKuG erlassen wurden, zurückzuführen ist“.¹⁴⁹²

Der LH hat aufgrund der Meldung im Rahmen der sanitären Aufsicht entsprechende Maßnahmen (§§ 60 ff KAKuG) zu veranlassen. *Kopetzki* spricht sich aus teleologischen Grün-

¹⁴⁹¹ Auch diese, in der OVVO nicht aufgegriffene, Meldepflicht kann bei systematischer Betrachtung lediglich die Entnahmeeinheit treffen.

¹⁴⁹² ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 7.

den dafür aus, künftig neben jenen Vorschriften, die gem § 60 Abs 1 KAKuG aufgrund des 1. Teils des KAKuG erlassen wurden, auch einschlägige Vorschriften des OTPG selbst (und insofern wohl auch solche der OVVO) als Beurteilungsmaßstab der sanitären Aufsicht heranzuziehen.¹⁴⁹³ Die Erläuterungen sind in diesem Punkt widersprüchlich und können zur Klärung der Problematik insofern nichts beitragen.¹⁴⁹⁴ Für das vorgeschlagene weite Verständnis sprechen aus unionsrechtlicher Sicht Art 17 Abs 2 lit b und c OrganRL. Demnach ist sicherzustellen, dass Bereitstellungsorganisationen und Transplantationszentren regelmäßig kontrolliert werden, um festzustellen, ob die Vorschriften der OrganRL eingehalten werden. Wenn Kontrollmaßnahmen ergeben, dass die Vorschriften nicht eingehalten werden, ist mit der Aussetzung oder dem Entzug der Zulassung oder einem Verbot der Ausführung ihrer Tätigkeit zu reagieren.

§ 14 Abs 5 OTPG verankert eine Pflicht der GÖG und des zur Führung des Gewebevigilanzregisters nach GSG zuständigen Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen (BASG)¹⁴⁹⁵ (vgl § 33 GSG) zum wechselseitigen Austausch der Informationen gem § 14 OTPG mit jenen aus Gewebevigilanzmeldungen nach dem GSG.¹⁴⁹⁶ Während gem § 17 Abs 1 GSG dem BASG auch alle relevanten Informationen weiterzugeben sind, die die Rückverfolgbarkeit erleichtern, beschränkt sich die Informationspflicht gegenüber dem GÖG auf Informationen aus Meldungen gem § 14 OTPG. Die Meldung an die GÖG muss zudem erst bis zu drei Werktagen nach Auftreten des Zwischenfalls oder der Reaktion erfolgen. Insofern muss die Effizienz der Verknüpfung der Vigilanzsysteme des GSG und des OTPG über die GÖG und nicht bereits auf Ebene der Stiftung Eurotransplant in Frage gestellt werden.¹⁴⁹⁷

¹⁴⁹³ *Kopetzki in Kröll/Schaupp* 51 f. Für eine Meinungsübersicht zum Maßstab der sanitären Aufsicht siehe auch *Kopetzki in Holoubek/Potacs* 462.

¹⁴⁹⁴ Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 7.

¹⁴⁹⁵ Zur Funktion des BASG im Zusammenhang mit der Gewebevigilanz vgl *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 278 ff.

¹⁴⁹⁶ Damit soll die Pflicht des Art 11 Abs 5 OrganRL zu Sicherstellung einer Verbindung mit dem Meldesystem für Gewebe umgesetzt werden.

¹⁴⁹⁷ Zwar verlangt das Unionsrecht keine zwangsläufige elektronische Kopplung der Systeme (vgl ErwGr 16 OrganRL), betont jedoch mehrfach die Wichtigkeit einer schnellen Reaktion auf Warnmeldungen und die Dringlichkeit der Übermittlung von Informationen (vgl etwa – wenn auch in Hinblick auf den internationalen Organaustausch – ErwGr 6 und 7 OrganDurchführungsRL).

3. Form der Übermittlungen im Rahmen des Systems für Qualität und Sicherheit

§ 8 Abs 1 OVVO enthält Anforderungen an die Form der Übermittlung von Informationen gemäß der OVVO. Auf Übermittlungspflichten, die sich unmittelbar und ausschließlich aus dem OTPG ergeben,¹⁴⁹⁸ sind diese hingegen nicht anzuwenden. Neben der tatsächlichen Formvorschrift der Pflicht zur schriftlichen Übermittlung entweder in elektronischer Form oder per Fax (Z 1) enthält § 8 Abs 1 OVVO Vorgaben hinsichtlich der zu verwendenden Sprache (Z 2)¹⁴⁹⁹ sowie zum Zeitpunkt (Z 3) und zum notwendigen Inhalt der Übermittlung (Z 4-6). „In Notfällen“ ermöglicht § 8 Abs 2 OVVO einen mündlichen Informationsaustausch, dem jedoch eine schriftliche Übermittlung im obigen Sinne zu folgen hat. Außerdem enthält § 8 Abs 3 OVVO eine Verpflichtung, gemäß der OVVO übermittelte Informationen „so zu dokumentieren, dass sie auf Anfrage verfügbar gemacht werden können“. Die Bestimmung ergänzt damit sonstige im Zusammenhang mit Organtransplantationen bestehende Dokumentationspflichten (insb §§ 3e f und § 10 KAKuG).

4. Die Rolle der Stiftung Eurotransplant International im System für Qualität und Sicherheit

In Art 17 Abs 1 OrganRL ist ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, gewisse durch die OrganRL den zuständigen nationalen Behörden zugewiesene Aufgaben einer anderen Stelle zu übertragen, „die gemäß den einzelstaatlichen Vorschriften als dafür geeignet befunden wurde“. Art 21 lit a OrganRL ermöglicht zudem die Delegation gewisser Aufgaben – darunter auch die Durchführung der Tätigkeiten gemäß dem System für Qualität und Sicherheit – an „europäische Organisationen für den Organaustausch“¹⁵⁰⁰. Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten oder dazu ermächtigte zuständige Behörden der Mitgliedstaaten Vereinbarungen mit den Organisationen schließen, „sofern diese Organisationen sicherstellen, dass die in der Richtlinie festgelegten Anforderungen erfüllt werden“. Bei einer „Kombination lokaler, regionaler, nationaler und/oder internationaler Stellen“ muss aus

¹⁴⁹⁸ Also auf jene der Entnahmeeinheit an das Transplantationszentrum gem § 11 Abs 3 und § 14 Abs 1 OTPG und jene der GÖG an den LH und das BASG gem § 14 Abs 3 und 5 OTPG.

¹⁴⁹⁹ Diese Regelung erklärt sich vor dem Hintergrund, dass Art 4 OrganDurchführungsRL, auf dem § 8 OVVO beruht, Vorgaben für den *grenzüberschreitenden* Organaustausch enthält.

¹⁵⁰⁰ Vgl die Definition in Art 3 lit g OrganRL („eine öffentliche oder private gemeinnützige Organisation, die sich mit dem innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Organaustausch beschäftigt und in der die Mehrzahl der Mitgliedsländer Mitgliedstaaten sind“).

unionsrechtlicher Sicht sichergestellt werden, dass „es einen Rahmen gibt, der Rechenschaftspflicht, Zusammenarbeit und Effizienz sicherstellt“.¹⁵⁰¹

Österreich hat von der Möglichkeit der Übertragung von Aufgaben an eine europäische Organisation für den Organaustausch ua im Bereich des Systems für Qualität und Sicherheit Gebrauch gemacht und der Stiftung Eurotransplant International die Funktion als „bevollmächtigte Stelle“ iSd § 2 Abs 2 Z 1 OVVO und damit als zentrale „Informationsdrehscheibe“¹⁵⁰² zugewiesen (§ 3 OVVO). Bei Eurotransplant laufen die Informationen aus der Organ- und Spendercharakterisierung (§ 4 OVVO), die Informationen zur Gewährleistung der Rückverfolgbarkeit (§ 5 OVVO) und die Informationen über schwerwiegende Zwischenfälle und unerwünschte Reaktionen (§ 6 OVVO) zusammen.

Diese Einbindung von Eurotransplant International wird in den Erläuterungen damit begründet, dass die Stiftung in Erfüllung ihrer Hauptaufgabe der Zuteilung von Spenderorganen „den erforderlichen Überblick über den Verbleib des jeweiligen Organs“ hat. Dadurch sei sie „unmittelbar (rund um die Uhr) in der Lage, jenes Transplantationszentrum, welches das Organ erhalten soll, oder jene Entnahmeeinheit, von der das Organ stammt, von einem schwerwiegenden Zwischenfall oder einer schwerwiegenden unerwünschten Reaktion in Kenntnis zu setzen“.¹⁵⁰³ Das Anknüpfen an jenem Punkt, an dem auch die Organzuteilung stattfindet, erscheint grds sinnvoll.¹⁵⁰⁴ Die gesetzlich zugewiesene Rolle als Adressat der Informationsübermittlung kommt Eurotransplant jedoch in Bezug auf *sämtliche* Organspenden (Lebender und Verstorbener) zu. Da die geltende Rechtslage keine Pflicht zur ausschließlichen Verteilung von Organen über Eurotransplant enthält,¹⁵⁰⁵ ist die Stiftung somit auch dann Adressat der Informationsübermittlung, wenn sie im Einzelfall die „Hauptaufgabe der Zuteilung von Organen“ *nicht* wahrnimmt.

Problematisch erscheint die Rolle von Eurotransplant deshalb, weil die Stiftung nicht dem österreichischen Recht unterliegt und daher im Wege des OTPG und der OVVO nicht unmittelbar gebunden werden kann. Es ist auch nicht ersichtlich, ob und wie Österreich auf

¹⁵⁰¹ ErwGr 24 OrganRL.

¹⁵⁰² ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 7.

¹⁵⁰³ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 6 f. Die Einbindung von Eurotransplant wird in den Erläuterungen infolgedessen als „zweckmäßig“ oder sogar „erforderlich“ bezeichnet.

¹⁵⁰⁴ Befürwortend auch *Heissenberger*, RdM 2013/35, 53.

¹⁵⁰⁵ Vgl dazu oben S 220 ff.

andere Weise (etwa mittels vertraglicher Vereinbarung)¹⁵⁰⁶ sicherstellt, dass Eurotransplant die ihr zugewiesenen Aufgaben erfüllt und damit seiner unionsrechtlichen Verpflichtung zur Umsetzung der RL¹⁵⁰⁷ nachkommt.

OTPG und OVVO stellen somit zwar sicher, dass Eurotransplant alle Informationen erhält, die nötig sind, um Transplantationszentren oder Entnahmeeinheiten (bzw im Fall eines grenzüberschreitenden Organaustauschs die zuständige Behörde des jeweiligen Mitgliedstaates)¹⁵⁰⁸ von einem schwerwiegenden Zwischenfall oder einer schwerwiegenden unerwünschten Reaktion in Kenntnis zu setzen, nicht jedoch, dass Eurotransplant diese Aufgabe auch erfüllt.¹⁵⁰⁹

E. Aufzeichnungen und Berichte

Gem § 15 Abs 1 OTPG haben die Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren der GÖG quartalsweise in anonymisierter Form Berichte über die Anzahl der potenziellen¹⁵¹⁰ und diagnostizierten verstorbenen Spender, die Anzahl der Spender sowie Art und Menge der bereitgestellten und transplantierten oder entsorgten Organe der vorangegangenen Monate zu übermitteln. Die Berichtspflichten sollen dazu dienen, einen möglichst genauen Überblick über das österreichische Transplantationswesen zu erlangen und Fehlentwicklungen entgegensteuern zu können.¹⁵¹¹ Auf Verlangen sind die Daten auch dem BMG und dem jeweiligen LH zu übermitteln (§ 15 Abs 1 letzter Satz OTPG).

Auf Grundlage der Berichte der Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren hat die GÖG jeweils bis spätestens 31. Mai des Folgejahres einen Jahresbericht über die Tätigkeit sämtlicher Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren zu veröffentlichen, der insb die Anzahl der präsumtiven und diagnostizierten Lebendspender und Totspender sowie Art und Menge der bereitgestellten und transplantierten oder entsorgten Organe zu enthalten hat (§ 15 Abs 2 OTPG). Außerdem hat die GÖG „im Wege des Bundesministeriums für

¹⁵⁰⁶ Zum in § 12 dTPG gewählten Modell der Bindung von Eurotransplant mittels privatrechtlichen Vertrages vgl mwN *Höfling* in *Höfling*, TPG² §12 Rz 5 ff.

¹⁵⁰⁷ Allgemein zur Umsetzungspflicht von Richtlinien vgl statt vieler mwN *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 288 AEUV (Stand 48. Lfg, 8. 2012) Rz 112 ff.

¹⁵⁰⁸ Vgl dazu unten S 251 f.

¹⁵⁰⁹ Zur diesbezüglichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten vgl Art 11 OrganRL.

¹⁵¹⁰ Als potenzielle Spender sind jene anzusehen, die dem Transplantationszentrum zwar gemeldet werden, bei denen es aus unterschiedlichen Gründen jedoch letztlich nicht zur Organspende kommt. Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 7.

¹⁵¹¹ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 7.

Gesundheit“ der Europäischen Kommission alle drei Jahre einen Bericht über die Tätigkeit der Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren zu übermitteln (§ 15 Abs 3 OTPG).¹⁵¹²

F. Internationaler Organaustausch

1. Organaustausch innerhalb der EU

Den Organaustausch zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern war erklärtes Ziel der OrganRL. Denn die Förderung des Organaustausches wurde als wichtige Möglichkeit erkannt, „die Zahl der verfügbaren Organe zu erhöhen, eine bessere Übereinstimmung zwischen Spender und Empfänger zu gewährleisten und damit die Transplantationsqualität zu verbessern“.¹⁵¹³ Dieses Ziel sollte zum einen durch die Einführung gemeinsamer Qualitäts- und Sicherheitsstandards auf Unionsebene gefördert werden.¹⁵¹⁴ Zudem sollte sichergestellt werden, dass dann, wenn Organe zwischen Mitgliedstaaten ausgetauscht werden, sowohl der Ursprungsmitgliedstaat¹⁵¹⁵ als auch der Bestimmungsmitgliedstaat¹⁵¹⁶ über gewisse notwendige Informationen verfügen. Zu diesem Zweck legt die OrganDurchführungsRL gestützt auf Art 29 OrganRL für den Austausch menschlicher Organe zwischen Mitgliedstaaten einheitliche Verfahrensvorschriften für die Übermittlung von Informationen über die Charakterisierung von Organen und Spendern, Informationen zur Gewährleistung der Rückverfolgbarkeit und Informationen über schwerwiegende Zwischenfälle und unerwünschte Reaktionen fest.¹⁵¹⁷

Die OVVO sollte diese OrganDurchführungsRL im nationalen Recht umsetzen (vgl § 9 OVVO). Diesem Anspruch wird sie jedoch nicht vollends gerecht. Denn die OrganDurchführungsRL verpflichtet die Mitgliedstaaten im Fall eines (geplanten) Organaustauschs insb dazu, die wechselseitige Übermittlung von Informationen zwischen den zuständigen Behörden oder bevollmächtigten Stellen des Ursprungsmitgliedstaates und des Bestimmungsmitgliedstaates sicherzustellen. Gem Art 4 Abs 3 und 4 OrganDurchführungsRL wäre außerdem sicherzustellen, dass der Erhalt von gemäß der RL übermittelten

¹⁵¹² Vgl zum Ganzen auch Art 18 OrganRL.

¹⁵¹³ ErwGr 4 OrganRL.

¹⁵¹⁴ Vgl ErwGr 6 OrganRL.

¹⁵¹⁵ In Art 3 lit a OrganDurchführungsRL definiert als „Mitgliedstaat, in dem das Organ zum Zweck der Transplantation bereitgestellt wird“.

¹⁵¹⁶ In Art 3 lit b OrganDurchführungsRL definiert als „Mitgliedstaat, in den das Organ zum Zweck der Transplantation verbracht wird“.

¹⁵¹⁷ Vgl Art 2 OrganDurchführungsRL sowie ErwGr 1 OrganDurchführungsRL.

Informationen von der zuständigen Behörde oder bevollmächtigten Stelle gegenüber dem Absender bestätigt wird und dass in den zuständigen Behörden oder bevollmächtigten Stellen speziell für die Aufgabe des Informationsaustauschs bestimmtes Personal rund um die Uhr für Notfälle verfügbar ist, um Informationen zu empfangen und unverzüglich weiterzuleiten. Demgegenüber stellt die OVVO – unabhängig davon, ob ein grenzüberschreitender Organaustausch stattfinden soll oder nicht – lediglich sicher, dass Informationen an die nationale bevollmächtigte Stelle übermittelt werden. Eine Verpflichtung der nationalen bevollmächtigten Stelle, Informationen an bevollmächtigte Stellen anderer Mitgliedstaaten weiterzuleiten oder sonst ihr zugewiesene Aufgaben zu erfüllen, ist der OVVO hingegen nicht zu entnehmen. Das Fehlen entsprechender Regeln in der OVVO ist zum einen wiederum darauf zurückzuführen, dass eine Verpflichtung der niederländischen Stiftung Eurotransplant International, der die Funktion als bevollmächtigte Stelle zugewiesen wurde (§ 3 OVVO),¹⁵¹⁸ auf diesem Wege ausscheidet. Zum anderen geht der BMG (ebenso wie der Gesetzgeber) wohl davon aus, dass ein Organaustausch mit anderen Mitgliedstaaten ohnehin ausschließlich über die Stiftung Eurotransplant und mit Mitgliedstaaten von Eurotransplant erfolgt. In diesem Fall würden sich die Informationsweitergabe und damit die Notwendigkeit diesbezüglicher Regeln erübrigen, sofern der Stiftung Eurotransplant in allen Eurotransplant-Mitgliedstaaten die Funktion als bevollmächtigte Stelle zugewiesen wurde.¹⁵¹⁹ Ob dies der Fall ist, muss der von der Kommission gem Art 8 Abs 3 OrganDurchführungsRL allen Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellenden Liste der zuständigen Behörden und bevollmächtigten Stellen entnommen werden.¹⁵²⁰ Soweit dies nicht der Fall ist, ist wiederum nicht ersichtlich, wie die Wahrnehmung der zugewiesenen Aufgaben durch Eurotransplant sichergestellt wird.¹⁵²¹

¹⁵¹⁸ Auch die Möglichkeit der Delegation „spezifischer Aufgaben im Zusammenhang mit dem Organaustausch zwischen Mitgliedstaaten“ und somit von Aufgaben im Zusammenhang mit der OrganDurchführungsRL an europäische Organisationen für Organaustausch lässt Art 21 OrganRL ausdrücklich zu. Vgl auch Art 3 lit e OrganDurchführungsRL.

¹⁵¹⁹ Vgl zur Anordnung des Entfalls der Informationspflichten, wenn die Vermittlungsstelle gleichzeitig zuständige Behörde oder bevollmächtigte Stelle des Ursprungs- oder Bestimmungsmitgliedstaates ist, auch § 13 dTPG-OrganV.

¹⁵²⁰ Diese Liste war für die Autorin nicht auffindbar. In Deutschland dürfte Eurotransplant als „Vermittlungsstelle“ die Funktion als bevollmächtigte Stelle iSd OrganDurchführungsRL zukommen (vgl §§ 6, 8 und 10 Abs 3 und 4 dTPG-OrganV).

¹⁵²¹ Vgl *Stelzer/Köchle*, Betrieb und Kontrolle von Gewebebanken nach dem Gewebesicherheitsgesetz, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 218 (237 f) sowie *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 279, die in der ebenfalls fehlenden expliziten innerstaatlichen Verpflichtung des BASG zur von der RL 2006/86/EG geforderten Kooperation aus unionsrechtlicher Sicht kein Problem sehen, sofern es tatsächlich zu dem geforderten Informationsaustausch kommt.

2. Organaustausch mit Drittstaaten

§ 17 Abs 1 OTPG trifft Vorkehrungen für die Einfuhr von Organen aus Drittstaaten. Diese sind notwendig, da Drittstaaten nicht an Qualitäts- und Sicherheitsstandards der OrganRL gebunden sind und das OTPG auf Handlungen außerhalb des österreichischen Bundesgebiets selbst dann nicht anzuwenden ist, wenn die anschließende Implantation in Österreich vorgenommen wird.¹⁵²² Gem § 17 Abs 1 OTPG dürfen Organe aus Drittstaaten zum Zwecke der Transplantation daher nur dann eingeführt werden, wenn (1) das Organ zum Spender zurückverfolgt werden kann und (2) sichergestellt ist, dass Qualitäts- und Sicherheitsstandards eingehalten werden, die jenen des OTPG (und damit jenen der sonstigen Unionsmitgliedstaaten) zumindest gleichwertig sind.¹⁵²³ Die Pflicht zur Einhaltung und damit zur Kontrolle dieser Voraussetzungen trifft das jeweilige Transplantationszentrum.¹⁵²⁴ Ein über die Möglichkeit der Rückverfolgbarkeit und die Einhaltung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards hinausreichender ausdrücklicher „ordre-public Vorbehalt“ (etwa zur Sicherstellung der Einhaltung vergleichbarer Entnahmevoraussetzungen) ist dem OTPG nicht zu entnehmen.¹⁵²⁵

¹⁵²² Vgl dazu oben S 105.

¹⁵²³ Die Bestimmung dient der Umsetzung von Art 20 Abs 3 OrganRL.

¹⁵²⁴ Vgl auch § 3f KAKuG. Die Überwachung des Organaustauschs mit Drittstaaten wurde soweit ersichtlich nicht – wie durch Art 20 Abs 2 OrganRL ermöglicht – an europäische Organisationen für Organaustausch übertragen.

¹⁵²⁵ Vgl zu einem solchen etwa § 12 Abs 1 letzter Satz dTPG sowie dazu mwN *Höfling* in *Höfling*, TPG² § 12 Rz 22.

VII. Anonymität und Datenschutz

A. Wahrung der Anonymität von Spender und Empfänger

Ein wesentlicher Grundsatz der Organspende ist die Anonymität von Spender und Empfänger.¹⁵²⁶ Durch die Organtransplantation wird „eine Beziehung besonderer Art zwischen Organspender und Organempfänger hergestellt“, deren Offenlegung sowohl Interessen des Organempfängers als auch jenen des Spenders bzw seiner Angehörigen¹⁵²⁷ widersprechen kann.¹⁵²⁸

1. Absicherung durch Verschwiegenheitspflichten

Der Schutz von Patientendaten im medizinischen Bereich wird insb durch verschiedenartige Verschwiegenheitspflichten sichergestellt. Solche finden sich ua in straf- und sozialversicherungsrechtlichen sowie in berufs- oder dienstrechtlichen Bestimmungen und ergeben sich darüber hinaus auch aus dem Behandlungsvertrag.¹⁵²⁹ Sie gelten für die jeweils erfassten Personengruppen auch in Bezug auf Lebend- und Leichenspenden¹⁵³⁰ und bestehen grds auch nach dem Tod des „Geheimnisträgers“ weiter.¹⁵³¹ Ob eine an der Transplantationskette beteiligte Person einer solchen Verschwiegenheitspflicht unterliegt und ob die Pflicht inhaltlich auch die Identität von Spender und Empfänger umfasst, muss deshalb im Einzelfall (insb differenzierend nach der Berufsgruppe) geprüft werden. Die meisten der Vorschriften beziehen sich ihrer Formulierung gemäß¹⁵³² auch ohne ausdrückliche Erwähnung auf die Person von Spender und Empfänger.¹⁵³³ In den überwiegenden Fällen ist die Anonymität von Spender und Empfänger dadurch bereits gesichert.

¹⁵²⁶ Vgl aus unionsrechtlicher Sicht ErwGr 22 OrganRL sowie Art 16 OrganRL.

¹⁵²⁷ Vgl zu diesem Aspekt auch ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3.

¹⁵²⁸ *Kopetzki*, Organgewinnung 210. Zu möglichen Beweggründen für den Grundsatz der Anonymität vgl auch *Stockter in Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) Vor §§ 13-15 Rz 50 ff.

¹⁵²⁹ Für einen Überblick über die vielfältigen Rechtsgrundlagen der Verschwiegenheitspflicht vgl *Kletečka-Pulker*, Schweige-, Anzeige- und Meldepflichten, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.6 (Stand 3. 2015, rdb.at); vgl auch *Aigner*, Datenschutz – Patientenschutz aus gesundheitspolitischer Sicht, RdM 2012/56, 84 (84).

¹⁵³⁰ *Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.7.

¹⁵³¹ *Kopetzki*, Organgewinnung 218 f; mwN *Riesz*, Ärztliche Verschwiegenheitspflicht (2013) 109 ff; *Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.6.11.2.

¹⁵³² ZB § 54 Abs 1 ÄrzteG und § 6 Abs 1 GuKG („Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse“).

¹⁵³³ MwN *Kopetzki*, Organgewinnung 212 und 216; *Kalchschmid*, Organtransplantation 155. Zum sachlichen Anwendungsbereich des § 54 ÄrzteG näher *Riesz*, Verschwiegenheitspflicht 78 ff.

Darüber hinaus verankert die grundsatzgesetzliche Bestimmung des § 9 Abs 1 KAKuG subsidiär – sofern nicht andere gesetzliche oder dienstrechtliche Verschwiegenheitspflichten bestehen¹⁵³⁴ – eine Schweigepflicht für alle „bei Trägern von Krankenanstalten und in Krankenanstalten beschäftigten Personen“. § 9 Abs 1 KAKuG hat somit den Charakter einer „Auffangbestimmung“ bei Fehlen sonstiger (gesetzlicher oder dienstrechtlicher) Verschwiegenheitspflichten¹⁵³⁵ und kommt insb bei Famulanten, Studenten oder Verwaltungspersonal zum Tragen, die keinen berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten unterliegen.¹⁵³⁶ Inhaltlich erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht des § 9 Abs 1 KAKuG auf „alle den Gesundheitszustand betreffenden Umstände sowie auf die persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnisse der Pfleglinge, die ihnen in Ausübung ihres Berufes bekannt geworden sind“. Durch die Beschränkung auf den Gesundheitszustand betreffende Umstände und sonstige Verhältnisse des Pfleglings könnte zweifelhaft sein, ob auch die Identität von Spender und Empfänger mitumfasst sind.¹⁵³⁷ Um „die volle Anonymität“¹⁵³⁸ von Spender und Empfänger sicherzustellen, erstreckt § 9 Abs 1 letzter Halbsatz KAKuG die Verschwiegenheitspflicht daher ausdrücklich auch auf die Person des Spenders und des Empfängers. Diese ausdrückliche Einbeziehung gilt dem Wortlaut gemäß („bei Eingriffen gemäß § 5 des Organtransplantationsgesetzes“) jedoch ausschließlich für Organentnahmen von verstorbenen Spendern.¹⁵³⁹ Für Lebendspenden bleibt die Anwendbarkeit des § 9 Abs 1 KAKuG auf die Identität von Spender und Empfänger folglich unklar.¹⁵⁴⁰ Wenngleich Fragen der Anonymitätssicherung sich vorwiegend bei Leichenspenden stellen, da Lebendorganspenden idR personenbezogen erfolgen,¹⁵⁴¹ können Geheimhaltungsinteressen auch im Falle ungerichteter Lebendspenden bestehen. Sowohl das verfolgte Ziel der Wahrung der vollen Anonymität von Spender und Empfänger als auch der systematische Zusammenhang mit der nicht zwischen Lebend- und Leichenspen-

¹⁵³⁴ Zu den sich – auch aus zT unklaren Formulierungen der Landesausführungsgesetze (etwa § 20 Abs 1 und 3 oö KAG) – ergebenden Rechtsunsicherheiten in Hinblick auf das Verhältnis zu anderen Verschwiegenheitspflichten vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 211 ff; *Riesz*, Verschwiegenheitspflicht 73 ff. Zum Verhältnis zwischen § 9 Abs 1 KAKuG und sonstigen Verschwiegenheitspflichten vgl auch *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs* 451 ff.

¹⁵³⁵ AB 164 BlgNR 8. GP 7 sowie *Kopetzki*, Organgewinnung 214 ff; *Riesz*, Verschwiegenheitspflicht 71.

¹⁵³⁶ Vgl *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.6.3. Verletzungen von Verschwiegenheitspflichten durch Ärzte und Angehörige sonstiger geregelter Gesundheitsberufe sind hingegen ausschließlich nach den berufsrechtlichen Vorschriften zu ahnden (*Kopetzki*, Organgewinnung 213).

¹⁵³⁷ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 214.

¹⁵³⁸ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3.

¹⁵³⁹ Auch die ursprünglich Formulierung des § 9 Abs 1 letzter Halbsatz KAG idF BGBl 1982/273 nahm auf die Leichenspende Bezug.

¹⁵⁴⁰ Der Wortlaut mancher landesgesetzlicher Ausführungsbestimmungen (zB § 16 Abs 1 wr KAG) umfasst hingegen auch Lebendspenden.

¹⁵⁴¹ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.7.

de differenzierenden Bestimmung des § 4 Abs 6 OTPG¹⁵⁴² sprechen dafür, die Identität von Spender und Empfänger als den Gesundheitszustand bzw die sonstigen Verhältnisses des Pflégling betreffenden Umstand iSd § 9 Abs 1 2. Satz KAKuG zu verstehen und diese auch bei der Lebendspende der Verschwiegenheitspflicht des KAKuG zu unterwerfen.¹⁵⁴³

Transplantationspezifische Verschwiegenheitspflichten finden sich darüber hinaus in § 15 Abs 5 GÖGG (hinsichtlich bei der GÖG mit Transplantationsdaten befasster Personen) sowie in § 12 Abs 4 OTPG (hinsichtlich mit dem Transport von Organen befasster Personen). Beide Bestimmungen umfassen ihrem Wortlaut gemäß auch die Identität von Spender und Empfänger.¹⁵⁴⁴ § 12 Abs 4 OTPG gilt wiederum nur subsidiär zu anderen gesetzlichen und dienstrechtlichen Vorschriften, geht aber § 9 Abs 1 KAKuG bzw den landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen in ihrem Anwendungsbereich als *lex specialis* vor.¹⁵⁴⁵

Daneben besteht gem § 15 Abs 1 DSG 2000 „unbeschadet sonstiger gesetzlicher Verschwiegenheitspflichten“ die Pflicht von Auftraggebern, Dienstleistern und ihren Mitarbeitern zur Geheimhaltung hinsichtlich aller Daten, „die ihnen ausschließlich auf Grund ihrer berufsmäßigen Beschäftigung anvertraut wurden oder zugänglich geworden sind“, sofern kein zulässiger Grund für die Übermittlung der Daten besteht.¹⁵⁴⁶

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Wahrung der Anonymität von (lebenden und verstorbenen) Spendern und Empfängern durch entsprechende Verschwiegenheitspflichten der am Transplantationsprozess beteiligten Personen in den allermeisten Fällen hinreichend abgesichert ist. Problematisch erscheint auch hier wiederum das Fehlen einer

¹⁵⁴² Dazu gleich unten S 257.

¹⁵⁴³ Vgl auch *Riesz*, Verschwiegenheitspflicht 80 FN 499, wonach § 9 Abs 1 KAKuG trotz abweichender Formulierung „dem Schutz des ÄrzteG im Endeffekt um nichts nach[steht]“.

¹⁵⁴⁴ Pflicht zur Verschwiegenheit „über Daten und Geheimnisse, die ihnen in Wahrnehmung ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft zur Kenntnis gelangen und deren Geheimhaltung im berechtigten Interesse der Gesellschaft, des Gesellschafters oder eines/einer Dritten gelegen ist“ (§ 15 Abs 5 GÖGG) bzw „über alle ihr in Ausübung ihrer Tätigkeit anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen, an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht“ (§ 12 Abs 4 OTPG).

¹⁵⁴⁵ Vgl zur entsprechenden Frage nach GSG *Stöger* in *Kopetzki* 49 f sowie diesem folgend *Polster*, Gewebesicherheitsrecht 231.

¹⁵⁴⁶ Vgl dazu *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 5/35. Das DSG 2000 im Allgemeinen und damit auch § 15 DSG 2000 schützt jedoch nur Daten lebender Personen. Vgl dazu *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 2/8.

entsprechenden Verpflichtung der Stiftung Eurotransplant International nach nationalem Recht.¹⁵⁴⁷

Die Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich der Spenderidentität besteht nicht nur gegenüber dem Empfänger selbst (bzw jene hinsichtlich der Empfängeridentität gegenüber dem Spender), sondern gleichermaßen gegenüber gesetzlichen Vertretern, sonstigen Angehörigen¹⁵⁴⁸ und allen anderen Personen, bezüglich derer kein Durchbrechungstatbestand¹⁵⁴⁹ erfüllt ist.

Korrespondierend mit den dargestellten Verschwiegenheitspflichten nimmt § 4 Abs 6 OTPG Angaben über die Person von Spender bzw Empfänger auch vom datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht gem § 26 DSGVO 2000 aus.¹⁵⁵⁰ § 4 Abs 6 OTPG findet sich im 2. Abschnitt des OTPG und gilt daher – anders als § 9 Abs 1 letzter Halbsatz KAKuG – grds für Lebend- und Leichenspenden gleichermaßen.¹⁵⁵¹ Das Auskunftsrecht nach DSGVO 2000 (ebenso wie das Einsichtsrecht in die Krankengeschichte) bezieht sich immer nur auf die *eigenen* personenbezogenen Daten.¹⁵⁵² Es darf zudem nur im Rahmen bestehender Verschwiegenheitspflichten gegenüber anderen Personen¹⁵⁵³ bzw überwiegender berechtigter Interessen Dritter¹⁵⁵⁴ gewährt werden. Spenderbezogene Daten sind vom Auskunfts- bzw Einsichtsrecht des Empfängers – und umgekehrt empfängerbezogene Daten von jenem des Spenders – demnach ohnehin nicht erfasst,¹⁵⁵⁵ sodass § 4 Abs 6 OTPG insofern nur eine klarstellende Wirkung zukommt.

¹⁵⁴⁷ Eurotransplant unterliegt vielmehr lediglich den Regeln des niederländischen (Datenschutz-)Rechts. Zum datenschutzrechtlichen Regelungsrahmen der Tätigkeit von Eurotransplant aus deutscher Sicht vgl *Stockter in Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 14 Rz 275 ff.

¹⁵⁴⁸ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 218 f; *Kalchschmid*, Organtransplantation 155.

¹⁵⁴⁹ Für einen Überblick über mögliche Durchbrechungstatbestände siehe *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.6.10.2.

¹⁵⁵⁰ Für eine Auseinandersetzung mit der – angesichts der jedenfalls bestehenden Deckung durch eine Bundeskompetenz – nur theoretischen Frage der kompetenzrechtlichen Einordnung der Parallelbestimmung in § 18 Abs 3 GSG vgl *Stöger* in *Kopetzki* 44 f.

¹⁵⁵¹ Bis zum Inkrafttreten des OTPG fand sich die korrespondierende Bestimmung hingegen in § 62b KAKuG aF, sodass diese trotz inhaltlich entsprechender Formulierung aus systematischen Gründen nur auf die Leichenspende anzuwenden war. Träger eines Auskunftsrechts kann nach DSGVO 2000 immer nur eine lebende Person sein, sodass datenschutzrechtliche Auskunftsbegehren betreffend Daten eines Verstorbenen ausscheiden. Vgl *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 7/8.

¹⁵⁵² Zum Auskunftsrecht nach DSGVO 2000 vgl etwa *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 7/25; zum Einsichtsrecht in die Krankengeschichte vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 217 f.

¹⁵⁵³ *Kopetzki*, Organgewinnung 217 f.

¹⁵⁵⁴ *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 7/56 f.

¹⁵⁵⁵ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.7; vgl auch *Kalchschmid*, Organtransplantation 155.

2. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

Eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht¹⁵⁵⁶ hinsichtlich der Empfänger- bzw. Spenderidentität kommt allenfalls aufgrund einer Entbindung durch den jeweiligen „Geheimnisherrn“ selbst in Betracht.¹⁵⁵⁷ Datenschutzrechtlich stellt eine solche Entbindung eine Zustimmung in die Datenverwendung iSd 4 Z 14 DSGVO 2000 dar.¹⁵⁵⁸

Die Möglichkeit der Durchbrechung des Anonymitätsgrundsatzes des OTPG im Wege der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht ist jedoch nicht unbestritten. *Kopetzki* qualifiziert die Pflicht zu Geheimhaltung der Identität von Spender und Empfänger als „absolute“ Schweigepflicht, die auch der Disposition des Geheimnisträgers selbst entzogen ist.¹⁵⁵⁹ Auch zum Anonymitätsgrundsatz des dTPG wird mitunter vertreten, dass dieser zur datenschutzrechtlichen Verschwiegenheitspflicht hinzutritt und daher einer Offenlegung der Identität auch dann entgegensteht, wenn Spender und Empfänger darin eingewilligt haben.¹⁵⁶⁰ Während die Argumentation zu § 14 dTPG, der eine Offenbarung der Daten für andere als die im Gesetz genannten Zwecke ausdrücklich verbietet, nachvollziehbar erscheint, fällt die Begründung eines solches Verständnisses der österreichischen Rechtslage schwer. Zwar ist die Ausnahme von Angaben über die Person von Spender oder Empfänger vom datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht in § 4 Abs 6 OTPG absolut formuliert, sodass ein diesbezügliches Auskunftsrecht unabhängig von einer Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht nicht besteht. Ein *Verbot* einer Auskunftserteilung ist § 4 Abs 6 OTPG aber nicht zu entnehmen. § 9 Abs 1 KAKuG wiederum bezieht Spender- und Empfängeridentität explizit in den von der Verschwiegenheitspflicht umfassten Schutzbereich mit ein. Ein Ausschluss dieser Informationen von bestehenden Durchbrechungsmöglichkeiten und damit von der Möglichkeit der Entbindung ist hingegen nicht angeordnet. Das

¹⁵⁵⁶ Die OrganRL geht zwar vom Grundsatz der Anonymität von Spender und Empfänger aus, steht nationalen Rechtsvorschriften, die den Zugang zu Informationen über die Person des Spenders bzw. Empfängers unter bestimmten Umständen zulassen, jedoch nicht entgegen (vgl. ErwGr 22 OrganRL).

¹⁵⁵⁷ Zur Entbindung von Verschwiegenheitspflichten vgl. *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap. I.6.10.1. Das Recht auf Entbindung von einer Verschwiegenheitspflicht steht hingegen Erben bzw. sonstigen nahen Angehörigen nicht zu (vgl. mwN *Riesz*, Verschwiegenheitspflicht 109 und 138). Sonstige Durchbrechungstatbestände (vgl. *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap. I.6.10.2) können eine Preisgabe der Person des Empfängers gegenüber dem Spender bzw. dessen Angehörigen und umgekehrt nicht rechtfertigen. Vgl. dazu auch *Kopetzki*, Organengewinnung 217.

¹⁵⁵⁸ Vgl. zur Zustimmung nach DSGVO 2000 *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 2/41 ff. sowie Rz 3/130 ff. Hinsichtlich sensibler Daten hat die Zustimmung ausdrücklich zu erfolgen (§ 9 Z 6 DSGVO 2000).

¹⁵⁵⁹ *Kopetzki*, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg.), Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2008) 69 (79). In diese Richtung bereits *ders.*, Organengewinnung 219.

¹⁵⁶⁰ So etwa *Stockter* in *Höfling*, TPG² § 14 Rz 28 und 174; aA jedoch *Norba*, Rechtsfragen 203 f.; *König* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) § 14 Rz 11.

Ausscheiden einer Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht könnte allerdings damit begründet werden, dass die Geheimhaltung der Spender- bzw Empfängeridentität nicht nur dem Interesse des Spenders bzw des Empfängers selbst dient, sondern auch Dritte (bei einer Entbindung durch den Spender insb dessen Angehörige¹⁵⁶¹ sowie den Empfänger) vor für sie belastenden Informationen schützen soll. In diesem Fall wäre der Spender bzw Empfänger nicht alleine die „durch die Offenbarung des Geheimnisses bedrohte“¹⁵⁶² und somit zur Entbindung befugte Person.¹⁵⁶³ Eine ausdrückliche Klarstellung der Rechtslage wäre hier – schon aufgrund des mit einer absoluten Schweigepflicht verbundenen Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht gem Art 8 EMRK¹⁵⁶⁴ – wünschenswert.

B. Datenverkehr und Datenschutz

Zur Erreichung des Ziels hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards und damit zum Schutz von Spendern und Empfängern berechtigt und verpflichtet das OTPG vielfach zur Sammlung und Übermittlung personenbezogener Daten.¹⁵⁶⁵

So haben die Entnahmeeinheiten gem § 11 Abs 1 OTPG vor jeder Entnahme im Wege einer Organ- und Spendercharakterisierung (sensible) Gesundheitsdaten der Spender zu erheben. Diese sind von der Entnahmeeinheit an das Transplantationszentrum (§ 11 Abs 3 OTPG) sowie die Stiftung Eurotransplant (§ 4 OVVO) zu übermitteln. Um eine lückenlose Rückverfolgung zu gewährleisten (vgl § 13 OTPG), sind Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren verpflichtet, in ihrem jeweiligen Aufgabenbereich dafür notwendige Aufzeichnungen zu führen und diese mindestens 30 Jahre aufzubewahren (§ 3e Abs 3 und § 3f Abs 3 KAKuG) sowie gewisse Informationen an die Stiftung Eurotransplant zu übermitteln (§ 5 OVVO). Im Fall von schwerwiegenden Zwischenfällen oder schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen treffen die Entnahmeeinheiten und Transplantationszentren Informations- und Berichtspflichten gegenüber Eurotransplant (§ 14 Abs 1 OTPG iVm § 6 OVVO) und gegenüber der GÖG (§ 14 Abs 1 und 2 OTPG iVm § 7 OVVO). Die GÖG ist zum Austausch dieser Informationen mit dem BASG (§ 14 Abs 5 OTPG) und unter gewissen Umständen zur Meldung an den jeweiligen LH (§ 14 Abs 3 OTPG) verpflichtet. Dazu kommen anonymisierte statistische Berichtspflichten der Entnahmeeinheiten und Trans-

¹⁵⁶¹ Vgl ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 3, wonach die Anonymität wegen der „mit dem Tod eines Menschen für dessen Angehörige verbundenen Gefühle“ sicherzustellen ist.

¹⁵⁶² Vgl etwa § 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG.

¹⁵⁶³ So *Kopetzki*, Organgewinnung 219.

¹⁵⁶⁴ Auf diese Problematik hinweisend *Kopetzki* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 79 f.

¹⁵⁶⁵ Zum GSG vgl *Lehner* in *Kopetzki* 248.

plantationszentren an die GÖG und auf Verlangen auch an den BMG sowie den jeweiligen LH sowie Berichtspflichten der GÖG „im Wege des“ BMG an die Europäische Kommission (§ 15 OTPG). § 16 OTPG ermächtigt die GÖG dazu, „im oder für den automationsunterstützten Datenverkehr Daten gemäß § 14“ OTPG (dh solche bezüglich schwerwiegender Zwischenfälle und schwerwiegender unerwünschter Reaktionen) zu sammeln und diese an das BMG, die Europäische Kommission, zuständige Behörden anderer Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sowie die Stiftung Eurotransplant International zu übermitteln. Darüber hinaus werden personenbezogene Daten im Widerspruchsregister (vgl § 6 OTPG) verarbeitet. Dazu kommt der Umstand, dass sich Daten (etwa in der DNA enthaltene Informationen) auch unmittelbar aus dem Gewebe selbst gewinnen lassen, sodass die Weitergabe von Organen bzw von Gewebe- und Zellproben zugleich eine Datenübermittlung darstellen kann.¹⁵⁶⁶

Wo personenbezogene Daten lebender Menschen¹⁵⁶⁷ verarbeitet werden, stellt sich das Problem des Datenschutzes. Eine Auseinandersetzung mit den vielfältigen sich in diesem Zusammenhang stellenden einfachgesetzlichen und grundrechtlichen Rechtsfragen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Auf eine Beurteilung der Zulässigkeit der einzelnen Datenströme muss daher an dieser Stelle verzichtet werden. In den meisten Fällen werden die dargestellten ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungen bzw Verpflichtungen zur Verwendung der personenbezogenen Daten auf einfachgesetzlicher Ebene eine Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen gem § 8 Abs 1 Z 1 bzw § 9 Z 3 DSG 2000 ausschließen. Der Rechtfertigung von Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz des § 1 DSG 2000 wird – da lebenswichtige Interessen des Betroffenen selbst¹⁵⁶⁸ bzw eine wirksame datenschutzrechtliche Zustimmung des Betroffenen¹⁵⁶⁹ idR ausscheiden – das überwiegende berechtigte Interesse an der Gewährleistung von Qualität- und Sicherheit zum

¹⁵⁶⁶ MwN *Lehner* in *Kopetzki* 253.

¹⁵⁶⁷ Daten Verstorbener unterliegen hingegen nicht dem DSG 2000 (vgl mwN *Jahnel*, Datenschutzrecht Rz 2/8). Eine Pflicht zur Geheimhaltung von Daten auch nach dem Tod ist jedoch zivilrechtlich aufgrund des postmortalen Persönlichkeitsschutzes anerkannt und ergibt sich außerdem aus verschiedenen Verschwiegenheitspflichten. Vgl etwa *Aigner*, RdM 2012/56, 88; *Duschanek* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht § 1 DSG Rz 22 (Stand 7. Lfg 2005) sowie die weiteren Nachweise in FN 1531.

¹⁵⁶⁸ Dieser Rechtfertigungsgrund könnte allenfalls bei allogenen Spenden greifen, die jedoch nicht in den Anwendungsbereich des OTPG fallen.

¹⁵⁶⁹ Die für eine solche Zustimmung notwendige Aufklärung (vgl dazu oben FN 1074) wäre bei der Lebendorganspende zwar denkbar, dürfte jedoch in diesem Umfang nicht stattfinden. Lediglich die Datenverarbeitung im Widerspruchsregister erfolgt auf Grundlage einer entsprechenden Zustimmung (vgl § 6 Abs 2 OTPG). Vgl dazu näher oben S 138 f.

Schutz der Empfänger und Spender dienen müssen und in den meisten Fällen auch können.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁷⁰ Vgl zum Ganzen die ausführliche grundrechtliche Auseinandersetzung mit den (in mancher Hinsicht) vergleichbaren Ermächtigungen und Verpflichtungen des GSG von *Lehner in Kopetzki* 251 ff.

VIII. Rechtsfolgen von Verstößen gegen das OTPG

Verstoßen am Transplantationsprozess beteiligte Personen und Institutionen gegen Vorschriften des OTPG, haben sie mit verschiedenen Sanktionen zu rechnen.¹⁵⁷¹ Konsequenzen ergeben sich in erster Linie aus verwaltungsstrafrechtlichen Bestimmungen des OTPG selbst, können aber auch aus dem Strafrecht, dem Zivilrecht¹⁵⁷² oder der sanitären Aufsicht nach Krankenanstaltenrecht¹⁵⁷³ resultieren. Hinzutreten können außerdem berufs- und disziplinar(straf)rechtliche Folgen.¹⁵⁷⁴ Die folgende Darstellung beschränkt sich auf einen Überblick über verwaltungs- und justizstrafrechtliche Folgen von Verletzungen des OTPG sowie deren Verhältnis zueinander.

A. Verwaltungsbehördliche Strafbarkeit

§ 18 OTPG stellt eine Vielzahl taxativ aufgezählter Verstöße gegen Vorschriften des OTPG unter Verwaltungsstrafe. Die Verwaltungsstraftatbestände des § 18 OTPG sind in zwei Gruppen eingeteilt: Jene der „leichteren Verstöße“ gem § 18 Abs 1 OTPG, die mit einer Geldstrafe von bis zu 7 270 Euro bedroht sind, und jene der „schwereren Verstöße“ gem § 18 Abs 2 OTPG, die mit einer Geldstrafe von bis zu 36 340 Euro sanktioniert werden. Das höhere Strafmaß des § 18 Abs 2 OTPG kommt darüber hinaus immer dann zur Anwendung, wenn aus einer Tat gem Abs 1 „eine schwerwiegende Gefahr für Leben und Gesundheit entstanden“ ist oder der Täter zuvor bereits zweimal nach Abs 1 bestraft worden ist.¹⁵⁷⁵ In „den Fällen des Abs. 2“ ist gem § 18 Abs 3 OTPG auch der Versuch strafbar. Bei Taten gemäß § 18 Abs 1 OTPG ist der Versuch hingegen wohl auch dann nicht strafbar, wenn gem § 18 Abs 2 OTPG das Strafmaß desselben zur Anwendung gelangt. Für sämtliche Verwaltungsstraftatbestände genügt nach der subsidiären Auffangbestimmung des § 5 Abs 1 VStG fahrlässiges Verhalten. Mangels anderer Anordnung im OTPG fällt das Verwaltungsstrafverfahren in die sachliche Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörden (§ 26 Abs 1 VStG).

¹⁵⁷¹ Für Verstöße gegen aufgrund der OrganRL erlassene innerstaatliche Vorschriften ergibt sich die Notwendigkeit der Sanktionierung auch aus dem Unionsrecht. Die Wahl der Art der Sanktion obliegt jedoch grds dem Mitgliedstaat. Vgl dazu und zu den näheren Anforderungen an unionskonforme Sanktionen *Bruckmüller/Schumann* in JB Gesundheitsrecht 2010 73 f.

¹⁵⁷² Für einen Überblick über (auch für die Lebendspende einschlägige) zivilrechtliche Haftungsfragen im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen vgl etwa *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap II.1.

¹⁵⁷³ Zum OTPG als Maßstab der sanitären Aufsicht vgl oben S 246 f.

¹⁵⁷⁴ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.10.

¹⁵⁷⁵ Vergleichbare Formulierungen findet sich bspw auch in § 35 GSG und § 22 BSG.

§ 18 Abs 1 OTPG sichert vorwiegend die Einhaltung von qualitäts- und sicherheitsrelevanten Vorgaben (Pflichten im Zusammenhang mit der Organ- und Spendercharakterisierung nach § 11 OTPG sowie dem Transport nach § 12 OTPG) und von Melde- und Berichtspflichten (§ 14 Abs 1 und 2, § 15 Abs 1 OTPG) ab. Demgegenüber werden in Abs 2 insb Verstöße gegen Werbe- und Gewinnverbote des § 4 OTPG (§ 18 Abs 2 Z 1-3 OTPG) und Entnahmevoraussetzungen der §§ 5 und 8 OTPG (§ 18 Abs 2 Z 4-6 und 8-10) sanktioniert.¹⁵⁷⁶ Es werden allerdings nicht sämtliche dem OTPG entspringende Gebote und Verbote durch Verwaltungsstraftatbestände abgesichert. Anders als nach §§ 62a iVm 62c KAKuG aF sind nunmehr bspw auch nicht mehr alle Tatbestandselemente des § 5 OTPG verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert.¹⁵⁷⁷ Verwaltungsstrafrechtswidrig bleiben in diesem Zusammenhang lediglich Entnahmen vom Verstorbenen trotz Vorliegen einer Widerspruchserklärung, solche die zu pietätsverletzenden Verunstaltungen der Leiche führen oder die nicht in oder durch Entnahmeeinheiten vorgenommen werden, die die in § 5 Abs 3 OTPG genannten Voraussetzungen erfüllen.¹⁵⁷⁸

Sämtliche in § 18 OTPG enthaltenen Verwaltungsstrafbestimmungen sind aufgrund ausdrücklicher Anordnung¹⁵⁷⁹ („sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung erfüllt“) subsidiär gegenüber den in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlungen.¹⁵⁸⁰ Als gerichtlich strafbare Tatbestände kommen insb § 190 StGB (bei Leichenspenden) und §§ 83 ff StGB (bei Lebendspenden) in Frage.¹⁵⁸¹ Subsidiarität bedeutet, dass die Tatbestandsmäßigkeit einer Verwaltungsübertretung dann zu verneinen ist, wenn durch die jeweilige Handlung zugleich ein gerichtlich strafbarer Tatbestand verwirklicht wird.¹⁵⁸² In diesem Fall wird im Rechtsinn allein der einschlägige gerichtliche Straftatbestand erfüllt.¹⁵⁸³ Der Vorrang des Kriminalstrafrechts greift bereits dann, wenn der jeweilige Sachverhalt unter einen gerichtlichen

¹⁵⁷⁶ Des Weiteren fallen gem § 18 Abs 2 Z 7, 11 und 12 OTPG Verstöße gegen § 7 OTPG (Pflicht zur Abfrage des Widerspruchsregisters), § 13 OTPG (Sicherstellung der Rückverfolgbarkeit) und § 17 Abs 1 OTPG (Einfuhr von Organen aus Drittstaaten) unter das strengere Strafmaß.

¹⁵⁷⁷ Vgl für einen Überblick über tatbestandsmäßige Handlungen nach alter Rechtslage *Kopetzki*, Organgewinnung 271.

¹⁵⁷⁸ § 18 Abs 2 Z 4-6 OTPG.

¹⁵⁷⁹ Eine entsprechende (subsidiäre) allgemeine Anordnung findet sich nunmehr in § 22 Abs 1 VStG.

¹⁵⁸⁰ Die Anordnung der Subsidiarität erfolgt in Hinblick auf das Verbot der Doppelbestrafung. Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8.

¹⁵⁸¹ Vgl zur gerichtlichen Strafbarkeit gleich unten S 264 ff.

¹⁵⁸² *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ (2014) Rz 1078.

¹⁵⁸³ *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilguni*, *Verwaltungsstrafgesetz* (2013) § 22 Rz 3.

Straftatbestand subsumierbar ist.¹⁵⁸⁴ Dass der Täter auch tatsächlich gerichtlich strafbar ist, ist nicht erforderlich: Scheidet die gerichtliche Strafbarkeit etwa aufgrund von Rechtfertigungs- bzw Entschuldigungsgründen oder Strafaufhebungs- bzw Strafausschließungsgründen aus, liegt dennoch keine Verwaltungsübertretung vor.¹⁵⁸⁵ Auch im Ergebnis straflose Kriminalstraftaten verdrängen somit die verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestände des § 18 OTPG.¹⁵⁸⁶

B. Gerichtliche Strafbarkeit

1. Organentnahme vom verstorbenen Spender

Als gerichtlich strafbare Handlung kommt bei der Organentnahme vom Verstorbenen insb § 190 StGB (Störung der Totenruhe) in Frage. Eine Strafbarkeit der *Organentnahme* vom Verstorbenen in Hinblick auf die Vermögensdelikte der §§ 125 (Sachbeschädigung), 127 (Diebstahl) und 135 (dauernde Sachentziehung) StGB scheidet hingegen aus, weil der Leichnam im Zeitpunkt des Todes zunächst in niemandes Eigentum steht und als herrenlose Sache keine „fremde Sache“ iSd StGB darstellt.¹⁵⁸⁷ Ob, durch wen und unter welchen Voraussetzungen am Leichnam bzw an Teilen desselben durch Zueignung Eigentum erworben werden kann, ist strittig.¹⁵⁸⁸ Hat aber eine Person (etwa der Träger der Kranken-

¹⁵⁸⁴ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 22 Rz 3. Vgl ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8, wonach das in § 18 Abs 2 Z 4 OTPG beschriebene Verhalten regelmäßig auch den Tatbestand des § 190 StGB und das in § 18 Abs 2 Z 10 OTPG beschriebene jene der §§ 83 ff StGB erfüllen wird. Problematisch erscheint in Hinblick auf die Beurteilung der Subsidiarität der einzelnen Verwaltungsstraftatbestände, dass sowohl die *Entnahme* vom Lebenden als auch jene vom Verstorbenen (jedenfalls ohne Zustimmung der Verfügungsberechtigten) schon *per se* immer den (objektiven) Tatbestand einer gerichtlich strafbaren Handlung (Körperverletzung bzw Störung der Totenruhe) erfüllen. Handlungen, die eine Verwaltungsübertretung gem § 18 OTPG begründen, *erfüllen* als solche hingegen streng genommen nie den *Tatbestand* einer gerichtlich strafbaren Handlung, sondern haben allenfalls Einfluss auf die *Rechtfertigung* der gerichtlich strafbaren Handlung. Für die Erfüllung eines gerichtlich strafbaren Tatbestandes durch eine Handlung iSd § 18 OTPG kann es jedenfalls nicht darauf ankommen, ob der Verwaltungsstraftatbestands dem *Wortlaut* gemäß ausdrücklich eine „Entnahme“ entgegen gewissen Voraussetzungen des OTPG sanktioniert (etwa § 18 Abs 2 Z 4 OTPG) oder bloß die Verletzung einer Entnahmevoraussetzung ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Entnahmevorgang (vgl etwa § 18 Abs 2 Z 5 OTPG). Die verwaltungsstrafrechtlich sanktionierte Handlung ist in beiden Fällen nicht die Entnahme, sondern die Verletzung der jeweiligen Entnahmevoraussetzung.

¹⁵⁸⁵ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht¹⁰ Rz 1078; *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 22 Rz 3. Anders mwN (jedoch aufgrund einer abweichend formulierten Subsidiaritätsklausel) *Kopetzki*, Organgewinnung 273.

¹⁵⁸⁶ Vgl allgemein *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 22 Rz 3.

¹⁵⁸⁷ mwN *Kopetzki*, Organtransplantation 264; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 139 f sowie *Mayer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190 Rz 152. Vgl mwN auch *Janczak*, Postmortale Organspende 114 sowie (zur deutschen Rechtslage) *Bernsmann/Sickor* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 19 Rz 104.

¹⁵⁸⁸ Ablehnend gegenüber der Möglichkeit der Zueignung des Leichnams mwN *Mayer*, Umgang mit der Leiche 140 ff; *Mayer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190 Rz 152; aA *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II (2003) § 125 Rz 20; *Seiler* in *Triffte-*

stalt) an dem entnommenen Organ Eigentum erworben, könnte dieses grds auch Gegenstand von Vermögensdelikten sein.¹⁵⁸⁹

Die ohne Zustimmung der Verfügungsberechtigten durchgeführte Entnahme von Organen zu Transplantationszwecken erfüllt nach hM den Tatbestand des § 190 StGB in der Variante des Entziehens¹⁵⁹⁰ („Wer [...] Teile eines Leichnams [...] einem Verfügungsberechtigten entzieht [...]“).¹⁵⁹¹ Verfügungsberechtig sind insb der Verstorbene selbst und subsidiär dessen nächste Angehörige.¹⁵⁹² Die Auffassung, wonach der Tatbestand des § 190 StGB nur dann erfüllt ist, wenn die Entziehung der Leichenteile geeignet ist das Pietätsgefühl zu beeinträchtigen,¹⁵⁹³ konnte sich nicht durchsetzen.¹⁵⁹⁴ Die Aussage der Erläuterungen zu § 18 OTPG, wonach „das in Abs 2. Z 4 beschriebene Verhalten [...] regelmäßig auch den Tatbestand des § 190 StGB“ erfüllen wird,¹⁵⁹⁵ darf nicht dahingehend gedeutet werden, dass *nur* ein Verhalten gem § 18 Abs 2 Z 4 OTPG (dh eine Entnahme trotz vorliegendem Widerspruch) zugleich den Tatbestand des § 190 StGB erfüllt.

Ebenso wie bisher § 62a KAKuG aF bildet die ausdrückliche Entnahmeerlaubnis des § 5 OTPG einen Rechtfertigungsgrund für die Organentnahme vom Verstorbenen zu Zwecken der Transplantation.¹⁵⁹⁶ Dann wenn *alle* Entnahmevoraussetzungen des OTPG erfüllt werden, stellt die Organentnahme vom Verstorbenen somit aufgrund der gesetzlichen Erlaubnis keine strafgesetzwidrige Störung der Totenruhe iSd § 190 StGB dar.¹⁵⁹⁷ Was entspre-

rer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 125 Rz 10 (Stand 3. Lfg, 8. 1994, lexisnexis.at); Edbacher, ÖJZ 1965, 451; Kopetzki, Organgewinnung 111 und 264.

¹⁵⁸⁹ Kopetzki, Organtransplantation 264. Hinsichtlich des Vorliegens des notwendigen wirtschaftlichen Wertes vgl Mayer, Umgang mit der Leiche 142 ff.

¹⁵⁹⁰ Dazu näher Mayer, Umgang mit der Leiche 31 ff; Mayer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 190 Rz 65 ff.

¹⁵⁹¹ mwN Kopetzki, Organgewinnung 264 f; Eder-Rieder, ÖJZ 1984, 292 f; Mayer, Umgang mit der Leiche 52 und 78; Mayer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 190 Rz 103. Ob darüber hinaus jede Verletzung des Leichnams, die am Lebenden eine Körperverletzung darstellen würde – und damit auch die Organentnahme –, als Misshandlung des Leichnams iSd § 190 StGB zu qualifizieren ist, ist umstritten. Vgl mwN zu den vertretenen Lehrmeinungen Mayer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 190 Rz 86 ff.

¹⁵⁹² Vgl statt vieler mwN Mayer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 190 Rz 55 ff.

¹⁵⁹³ In diese Richtung etwa Brandstetter in Brandstetter/Kopetzki 93. Vgl zu einer „Geringfügigkeitsgrenze“ zuletzt auch mwN Mayer, Umgang mit der Leiche 52 ff.

¹⁵⁹⁴ Vgl Kopetzki, Organgewinnung 265.

¹⁵⁹⁵ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8.

¹⁵⁹⁶ Vgl Eder-Rieder, ÖJZ 1984, 293; Kopetzki, Organgewinnung 112 und 265; Bachner-Foregger in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 190 StGB (Stand 1. 11. 2009, rdb.at) Rz 16 f; Fabrizy, Strafgesetzbuch¹¹ (2013) § 190 Rz 3; Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II⁵ (2012) § 190 Rz 15; Kalchschmid, Organtransplantation 159; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil III² (2009) Vor §§ 188 ff Rz 31; Mayer, Umgang mit der Leiche 78; Mayer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB § 190 Rz 103.

¹⁵⁹⁷ Kopetzki, Organgewinnung 265; Kalchschmid, Organtransplantation 158.

chend verwaltungsrechtlicher Vorschriften rechtmäßig ist, kann nicht zugleich gerichtlich strafbar sein.¹⁵⁹⁸ Eine Strafbarkeit nach § 190 StGB scheidet grds auch dann aus, wenn eine Einwilligung durch Verfügungsbefugte erteilt wurde.¹⁵⁹⁹ Eine Berufung auf rechtfertigenden Notstand kommt im Zusammenhang mit Organentnahmen nicht mehr in Betracht, da der Gesetzgeber durch das Aufstellen von Entnahmevoraussetzungen eine ausdrücklich Rechtsgüterabwägung vorgenommen hat, die für übergesetzliche Notstandsüberlegungen keinen Raum mehr lässt.¹⁶⁰⁰

Umstritten war schon zur alten Rechtslage, ob jeder Verstoß gegen § 62a KAKuG aF automatisch eine Rechtfertigung in Hinblick auf § 190 StGB verhinderte oder nur gewisse Verletzungen der Entnahmevoraussetzungen einer solchen entgegenstanden. Die besseren Gründe sprachen jedoch dafür, als für eine Rechtfertigung maßgeblich lediglich die Voraussetzungen des § 62a Abs 1 KAKuG aF (Entnahme zum Zweck der Transplantation, Nichtvorliegen eines Widerspruchs, Einhaltung des Entnahmeumfangs und des Verunstaltungsverbots) anzusehen.¹⁶⁰¹ Waren diese erfüllt, war auch die Störung der Totenruhe gerechtfertigt. Dies wurde zum einen mit einem systematischen Argument begründet: Wenn jede Verletzung des § 62a KAKuG aF eine Rechtfertigung hinsichtlich § 190 StGB verhindert hätte, wäre für § 62c KAKuG aF als subsidiäre verwaltungsstrafrechtliche Sanktion

¹⁵⁹⁸ Die hM begründet diese übergreifende Wirkung der Rechtfertigungsgründe mit dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung. Vgl mwN *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil¹⁴ (2012) Z 5 Rz 2; *Fuchs*, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹⁸ (2012) Kap 15 Rz 6. Im Ergebnis in diese Richtung ebenso (wenngleich mit abweichender Begründung) *Lewisch* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB Rz 10. Vgl aus deutscher Sicht auch *Lenckner/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder* (Hrsg), Strafgesetzbuch²⁹ (2014) Vor §§ 32 ff Rz 27.

¹⁵⁹⁹ Nach hM entfällt bei einer Einwilligung durch die Verfügungsberechtigten in Hinblick auf die Variante der Entziehung bereits die Tatbestandsmäßigkeit. Dazu mwN etwa *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II⁵ § 190 StGB Rz 9; *Mayer/Tipold* in *Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190 Rz 65. Hinsichtlich der Variante der Misshandlung ist str, ob eine Einwilligung als Tatbestandsausschließungs- oder als Rechtfertigungsgrund wirkt. Vgl dazu *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II⁵ § 190 StGB Rz 11; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 67. Zu Grenzen der Einwilligungsbefugnis im Zusammenhang mit § 190 StGB vgl allgemein mwN *Mayer*, Umgang mit der Leiche 130 ff. Jedenfalls dann, wenn ein Widerspruch des Verstorbenen zur Organentnahme vorliegt, kann eine Einwilligung in die Organentnahme durch (nur subsidiär verfügungsbefugte) nahe Angehörige an der Strafbarkeit nach § 190 StGB jedoch nichts ändern.

¹⁶⁰⁰ Vgl *Mayer/Tipold* in *Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190 Rz 116; *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 99 f; *Bachner-Foregger* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 190 StGB Rz 17; *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht BT III² Vor §§ 188 ff Rz 31; *Kopetzki*, Organgewinnung 270 und 272; *Janczak*, Postmortale Organspende 115. AA *Eder-Rieder*, ÖJZ 1984, 293; *Hohmann*, Transplantationswesen 162; *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 203. Dasselbe muss hinsichtlich der verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit gem § 18 Abs 2 Z 4 OTPG gelten.

¹⁶⁰¹ So im Ergebnis (zT aufgrund einer unmittelbaren Rechtfertigung durch die gesetzliche Erlaubnis, zT über den Umweg der Rechtswidrigkeitsprüfung gem § 190 StGB) jeweils mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 268 f; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 99 ff; *Mayer/Tipold* in *Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190 Rz 104; ähnlich auch *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 98 f sowie *Eder-Rieder*, ÖJZ 1984, 292. AA ohne nähere Begründung hingegen wohl *Fabrizy*, StGB¹¹ § 190 Rz 3 sowie *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht BT III² Vor §§ 188 ff Rz 36 f.

kaum mehr ein Anwendungsbereich geblieben.¹⁶⁰² Außerdem deuteten auch die Erläuterungen zu § 62c KAKuG aF, wonach unter den Verwaltungsstraftatbestand „lediglich Verstöße gegen die Ordnungsvorschriften zu subsumieren sind“¹⁶⁰³, in diese Richtung. Der Gesetzgeber unterschied damit zwischen Ordnungsvorschriften, deren Verletzung „nur“ eine Verwaltungsübertretung darstellte, und anderen Vorschriften, deren Nichtbeachtung die rechtfertigende Wirkung in Hinblick auf § 190 StGB entfallen ließ.¹⁶⁰⁴ Diese Unterscheidung ließ sich inhaltlich auch damit begründen, dass die nicht in § 62a Abs 1 KAKuG aF enthaltenen Voraussetzungen keinen Bezug zum durch § 190 StGB geschützten Rechtsgut der Pietät bzw zu der Verfügungsberechtigung als Ausprägung der Pietät aufwiesen.¹⁶⁰⁵

Diese Einschätzung kann auch auf das geltende Recht übertragen werden: Eine Rechtfertigung in Hinblick auf § 190 StGB ist demnach immer schon dann gegeben, wenn zumindest die pietätsschützenden Voraussetzungen des § 5 Abs 1 OTPG (Nichtvorliegen eines Widerspruchs sowie Einhaltung des Entnahmeumfangs und des Verunstaltungsverbots) erfüllt sind. Wird eine Organentnahme zu Transplantationszwecken hingegen trotz vorliegendem Widerspruch vorgenommen, wird der Entnahmeumfang nicht eingehalten oder führt die Entnahme zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche,¹⁶⁰⁶ ist die Entnahme (sofern die übrigen Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt sind) gem § 190 StGB zu bestrafen. Handelt es sich um eine Organentnahme, die vom OTPG überhaupt nicht erfasst ist (zB Organentnahme ohne Absicht der Übertragung des Organs als solches), kommt eine auf das OTPG gestützte Rechtfertigung in Hinblick auf § 190 StGB ebenfalls nicht in Frage.¹⁶⁰⁷ Sonstige Verletzungen der Entnahmevoraussetzungen des § 5 OTPG (zB falscher Entnahmeort) hindern eine Rechtfertigung in Hinblick auf § 190 StGB nicht, sondern führen allenfalls zu einer verwaltungsrechtlichen Strafbarkeit nach § 18 OTPG.¹⁶⁰⁸

¹⁶⁰² Dazu näher statt vieler *Kopetzki*, Organgewinnung 266 f; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 99.

¹⁶⁰³ ErläutRV 969 BlgNR 15. GP 4.

¹⁶⁰⁴ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 267; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 100.

¹⁶⁰⁵ Vgl *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 98 f; *Kopetzki*, Organgewinnung 268 f; *Mayer*, Umgang mit der Leiche 100 f. Allgemein zum durch § 190 StGB geschützten Rechtsgut *Mayer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190 Rz 7 und 54.

¹⁶⁰⁶ Zum engen sachlichen Zusammenhang zwischen Entnahmeumfang und Verunstaltungsverbot vgl oben S 120 ff.

¹⁶⁰⁷ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 270; *Mayer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190 Rz 109.

¹⁶⁰⁸ Auch Verstöße gegen das (vormals in § 62a Abs 4 KAKuG aF enthaltene) Gewinnverbot des § 4 Abs 5 OTPG hindern nicht die Rechtfertigung des § 190 StGB. So mwN auch *Mayer*, Umgang mit der Leiche 100 f. AA *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 99.

Bei einer Organentnahme vor Eintritt des Hirntodes kommt zudem eine Strafbarkeit wegen (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Körperverletzung gem §§ 83 ff StGB in Betracht. Hat die Entnahme den Tod des Spenders zur Folge, kann Mord bzw fahrlässige Tötung (§§ 75, 80 StGB) vorliegen.¹⁶⁰⁹ Eine Strafbarkeit aufgrund dieser Delikte (jedenfalls eine solche wegen des vollendeten Delikts)¹⁶¹⁰ setzt jedoch voraus, dass der Spender im Zeitpunkt der Entnahme *tatsächlich* noch gelebt hat – dh der Hirntod noch nicht eingetreten ist. Der Umstand alleine, dass der Hirntod nicht entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft gem § 5 Abs 2 OTPG *festgestellt* wurde, reicht für eine Strafbarkeit hingegen nicht aus.

2. Organentnahme vom Lebendspender

Die strafrechtliche Problematik der Lebendorganspende besteht darin, dass die – idR medizinisch nicht indizierte und somit nicht als Heilbehandlung zu qualifizierende – Organentnahme beim Spender tatbestandsmäßig iSd Körperverletzungsdelikte der §§ 83 ff StGB ist und daher zur Rechtfertigung einer wirksamen Einwilligung iSd § 90 StGB (bzw eines anderen Rechtfertigungsgrundes) bedarf.¹⁶¹¹

Die Rechtfertigung ist aufgrund der verwaltungsrechtlichen Erlaubnis dann zu bejahen, wenn alle Entnahmevoraussetzungen des § 8 OTPG eingehalten werden.¹⁶¹² Fraglich ist hingegen auch hier, ob jede Verletzung der Entnahmevoraussetzungen einer Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Integrität aus strafrechtlicher Sicht entgegen steht und daher – außer zu einer allfälligen verwaltungsrechtlichen Strafbarkeit – auch zur Strafbarkeit wegen des Körperverletzungsdelikts führt.¹⁶¹³

Dies hängt im Wesentlichen davon ab, ob eine Einwilligung iSd § 90 StGB auch dann gültig ist, wenn nicht alle spezifischen (Einwilligungs-)Voraussetzungen des § 8 OTPG eingehalten werden. Hierbei muss zwischen den verschiedenen Voraussetzungen differenziert werden: Grds haben verwaltungsrechtliche Sonderregeln wie § 8 OTPG nicht die Funktion,

¹⁶⁰⁹ *Kopetzki*, Organgewinnung 270; *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht Besonderer Teil I³ (2012) Vor §§ 75 ff Rz 12.

¹⁶¹⁰ Die Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich des „Mordes an einer Leiche“ hängt von der umstrittenen Art der Beurteilung der absoluten Untauglichkeit des Tatobjekts iSd § 15 Abs 3 StGB ab. Vgl für einen Überblick über den diesbezüglichen Meinungsstand etwa *Moos* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 75 StGB Rz 26 ff (Stand 1. 4. 2002, rdb.at); *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT¹⁴ Z 24 Rz 10 ff; *Fuchs*, Strafrecht AT I⁸ Kapitel 30 Rz 1 ff.

¹⁶¹¹ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 270 sowie mwN oben S 174 f.

¹⁶¹² Vgl zur Leichenspende auch oben S 265 f.

¹⁶¹³ Vgl *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 24.

Kriminalstrafbarkeit zu begründen bzw die Möglichkeit einer strafrechtlichen Rechtfertigung zu beschränken. Insofern geht *Zerbes* zutreffend davon aus, dass einwilligungsspezifische Sonderregeln nur dann eine Wirkung für die strafrechtliche Einwilligung entfalten, wenn sie „die in § 90 [StGB] zum Ausdruck kommenden Voraussetzungen“ der „Selbstbestimmtheit der Entscheidung einschließlich der Einwilligungsfähigkeit“ und der „Sittengemäßheit“ konkretisieren.¹⁶¹⁴ Soweit es sich hingegen um „bloße Form- und Ordnungsvorschriften“ handelt, lassen diese die Rechtfertigung nach § 90 StGB unberührt.¹⁶¹⁵ Als solche für die rechtfertigende Wirkung im Strafrecht unerhebliche Vorschriften sind etwa die Formvorschriften des OTPG hinsichtlich Aufklärung (§ 8 Abs 3 3. Satz OTPG)¹⁶¹⁶ und Einwilligung (§ 8 Abs 4 OTPG)¹⁶¹⁷ zu qualifizieren.

Regeln bezüglich der Mindestinhalte der Aufklärung und explizite Altersgrenzen lassen sich nach *Zerbes* hingegen nicht „als bloße Ordnungsvorschriften abtun“, sondern konkretisieren direkt die Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit.¹⁶¹⁸ Die nachfolgenden Ausführungen¹⁶¹⁹ lassen jedoch nicht klar erkennen, ob als Folge ihrer Beachtlichkeit Verletzungen entsprechender Regelungen nur ein (insofern widerlegbares) Indiz für die mangelhafte Aufklärung bzw die fehlende Einsichts- und Urteilsfähigkeit darstellen oder aber eo ipso zur strafrechtlichen Unwirksamkeit der Einwilligung führen sollen. So qualifiziert *Zerbes* das als Konkretisierung der Einwilligungsfähigkeit dienende Mindestalter von 16 Jahren des § 7 Abs 1 ÄsthOpG als bloßes Indiz, das einer abweichenden strafrechtlichen Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit zugänglich sein soll,¹⁶²⁰ das Mindestalter von 18 Jahren des § 8 Abs 1 OTPG hingegen als Grund, die strafrechtliche Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger „ex lege zu verneinen“.¹⁶²¹ Welche Gründe diese unterschiedliche Einarbeitung rechtfertigen sollen, ist indes nicht ersichtlich.

¹⁶¹⁴ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 24.

¹⁶¹⁵ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 24 und 85.

¹⁶¹⁶ Vgl auch *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 96.

¹⁶¹⁷ Vgl auch *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 154.

¹⁶¹⁸ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 85 f.

¹⁶¹⁹ „Eine unter dem spezialgesetzlich vorgesehenen Niveau liegende Aufklärung ist zumindest ein Anlass, zu überprüfen, ob der Betreffende tatsächlich genügend Einsicht in die Tragweite des Eingriffs hat. Das ist allerdings nicht zwingend; eine nicht in allen Details aufgeklärte Person kann erstens aus anderer Quelle informiert sein – das genügt, um ihre Einwilligungsfähigkeit anzuerkennen. Zweitens können auch solche Details der Aufklärungsvorschrift fehlen, ohne die der Betreffende dennoch ausreichend Einblick hat: in das Ausmaß der Körperverletzung und das Risiko des Eingriffs, in den Gewinn, den er sich von dem Eingriff erhofft, aber auch in die möglichen Folgen bei Verzicht auf den Eingriff. Eine Person, die das vorgesehene Mindestalter nicht erreicht hat, wird man grundsätzlich als ex lege unfähig ansehen müssen, für den betreffenden Eingriff eine wirksame Einwilligung abzugeben“ (*Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 86 f).

¹⁶²⁰ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 89.

¹⁶²¹ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 95.

Die besseren Argumente sprechen für eine selbständige Beurteilung der strafrechtlichen Einwilligungsvoraussetzungen: Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass ein Verwaltungsrechtsverstoß nicht automatisch die Strafrechtswidrigkeit eines Verhaltens begründet.¹⁶²² Insofern besteht die Möglichkeit rechtsgebietspezifischer Rechtswidrigkeiten.¹⁶²³ So ist nach hM die Fähigkeit zur rechtswirksamen Einwilligung iSd § 90 StGB strafrechtsspezifisch danach zu beurteilen, ob die Zustimmung im konkreten Fall Ausdruck einer ausreichenden Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist.¹⁶²⁴ Verstöße gegen die Altersgrenze des § 8 Abs 1 OTPG bzw gegen den spezifisch normierten Aufklärungsinhalt des § 8 Abs 3 OTPG entfalten somit zwar eine gewisse Indizfunktion für das Fehlen der gem § 90 StGB notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw der für eine wirksame Einwilligung notwendigen Aufklärung. Sie führen aber nicht zwingend zur strafrechtlichen Unwirksamkeit der Einwilligung.¹⁶²⁵

§ 8 Abs 5 OTPG soll die Schwere des mit einer Organentnahme verbundenen Eingriffs in die körperliche Integrität bzw das damit verbundene Risiko begrenzen und ist folglich als Konkretisierung der Guten-Sitten-Klausel des § 90 Abs 1 StGB zu qualifizieren.¹⁶²⁶ Demnach „kann“ nach *Zerbes* eine Missachtung des § 8 Abs 5 OTPG zur Sittenwidrigkeit der Organentnahme führen.¹⁶²⁷ Dieses Verständnis wird auch durch die Erläuterungen zu der Verwaltungsstrafbestimmung des § 18 OTPG gestützt, wonach das in § 18 Abs 2 Z 10 OTPG beschriebene Verhalten (Entnahme trotz dadurch bestehendem ernstem Risiko für Leben oder Gesundheit des Spenders) „regelmäßig“ auch die Tatbestände der §§ 83 ff StGB erfüllen wird.¹⁶²⁸ Da sich aus § 8 Abs 5 OTPG keine engeren Grenzen für die wirksame Einwilligung ergeben als aus dem allgemeinen Sittenwidrigkeitskorrektiv,¹⁶²⁹ wird

¹⁶²² *Lewisich* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB Rz 12; vgl auch *Kopetzki*, Organgewinnung 263.

¹⁶²³ *Kopetzki*, Organgewinnung 263; *Lenckner/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB²⁹ Vor §§ 32 ff Rz 27; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I⁴ (2006) § 14 Rz 31 ff.

¹⁶²⁴ Eine Gegenposition will die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung iSd § 90 StGB hingegen nach den Regeln des jeweils relevanten Sachgebiets beurteilen. Vgl mwN zu beiden Lehrmeinungen *Lewisich* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB Rz 224. Vgl außerdem *Fuchs*, Strafrecht AT I⁸ Kap 16 Rz 29 sowie *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT I¹⁴ E1 Rz 71 f.

¹⁶²⁵ In diese Richtung auch *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 113 und 195. Hinsichtlich des Einwilligungsinhaltes wird auch danach zu differenzieren sein, ob es sich um Elemente der Selbstbestimmungsaufklärung oder solche der therapeutischen Aufklärung handelt.

¹⁶²⁶ Vgl *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 StGB Rz 181 und 185.

¹⁶²⁷ *Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 StGB Rz 185.

¹⁶²⁸ ErläutRV 1935 BlgNR 24. GP 8. Die ausdrückliche Nennung von Z 10 darf jedoch nicht dahingehend gedeutet werden, dass Verstöße gegen andere Verwaltungsstrafbestimmungen (insb Z 9) nicht zur Strafbarkeit gem §§ 83 ff StGB führen können.

¹⁶²⁹ Zu den sich aus § 8 Abs 5 OTPG ergebenden Grenzen der Einwilligung vgl oben S 194 ff.

ein Verstoß gegen § 8 Abs 5 OTPG immer mit einem Entfall der Rechtfertigung gem § 90 Abs 1 StGB einhergehen.

Dass eine Organspende aus finanziellen Beweggründen erfolgt (und demnach idR gegen § 4 OTPG verstößt), führt hingegen nach herrschender – aber nicht unbestrittener – Meinung für sich genommen nicht zu einem Verstoß gegen die guten Sitten iSd § 90 Abs 1 StGB und damit auch nicht zur strafrechtlichen Ungültigkeit der Einwilligung.¹⁶³⁰ Finanzielle Motive machen allenfalls die Einwilligung des Spenders sittenwidrig, nicht jedoch die mit der Organentnahme verbundene Verletzung oder Gefährdung als solche.¹⁶³¹ Selbst wenn aufgrund der Schwere der Verletzung der Zweck des Eingriffs bei der Beurteilung zu berücksichtigen ist,¹⁶³² bedingt eine Gewinnerzielungsabsicht (als „unlauteres Motiv“) nicht die Sittenwidrigkeit der Entnahme, da der positive Zweck im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung dadurch nicht genommen wird.¹⁶³³ An dieser Einschätzung ändert auch die nunmehr erfolgte Einbeziehung der Lebendspende in das transplantationsrechtliche Gewinnverbot des § 4 OTPG nichts.¹⁶³⁴ Eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung ist allerdings dann denkbar, wenn der finanzielle Druck ein Organ zu verkaufen im Einzelfall derart groß ist, dass er die Freiwilligkeit der Einwilligung ausschließt.¹⁶³⁵

3. Sonstige Fragen strafrechtlicher Verantwortung im Zusammenhang mit Organtransplantationen

Gewisse Handlungen im Vorfeld einer Organentnahme können zu einer Strafbarkeit nach § 104a StGB (Menschenhandel) führen.¹⁶³⁶ Gem § 104a StGB ist ua strafbar, wer eine

¹⁶³⁰ Statt vieler mwN *Kopetzki*, Organgewinnung 255 f; *Rieder*, ÖJZ 1978, 116; *Zerbes* in *Triffierer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 StGB Rz 186; *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 132; *Schwaighofer* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 104a StGB Rz 12; *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I³ § 90 Rz 39; im Ergebnis auch *Heinz*, Der Handel mit Organen aus strafrechtlicher Sicht, in *Plöchl* (Hrsg), *Ware Mensch* (1996) 101 (113 f). AA *Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki* 106 sowie (nicht differenzierend zwischen straf- und zivilrechtlicher Sittenwidrigkeit) *Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* 41.

¹⁶³¹ *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 132; *Kopetzki*, Organgewinnung 255 f.

¹⁶³² Vgl dazu oben S 197.

¹⁶³³ Vgl *Zerbes* in *Triffierer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90 Rz 186. Vgl auch *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB Rz 132 (sicher keine Sittenwidrigkeit bei bloßer Entgeltlichkeit etwa in Form einer Anerkennungssumme). Richtigerweise sollte insofern von der Einbeziehung des Zwecks bzw Nutzens, nicht hingegen des Motivs iS der Beweggründe gesprochen werden.

¹⁶³⁴ Aus zivilrechtlicher Sicht sind auf Gewinn abzielende Kaufverträge über Organe wegen des Verstoßes gegen § 4 Abs 5 OTPG hingegen gesetzwidrig und somit nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Vgl *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.6.4. Zur alten Rechtslage vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 256.

¹⁶³⁵ *Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21.6.2. Vgl auch *Heinz* in *Plöchl* 113 f.

¹⁶³⁶ Vgl *Klein*, Organhandel und Menschenhandel zum Zwecke der Organentnahme im österreichischen Strafrecht, RdM 2012/90, 135 (137).

volljährige Person unter Einsatz unlauterer Mittel (oder auch eine minderjährige Person ohne Einsatz solcher unlauteren Mittel) mit dem Vorsatz, dass sie durch Organentnahme ausgebeutet werde, anwirbt, beherbergt oder sonst aufnimmt, befördert oder einem anderen anbietet oder weitergibt.¹⁶³⁷ Auch ein aufgrund einer wirksamen Einwilligung iSd § 90 StGB¹⁶³⁸ in Hinblick auf die Körperverletzungsdelikte gerechtfertigter Eingriff am lebenden Spender stellt dann eine Ausbeutung iSd § 104a Abs 3 StGB dar, wenn die Organentnahme „unter Hintanstellung der eigenen vitalen Interessen des Tatopfers unter Erbringung keiner oder [einer] in einem groben Missverhältnis dazu stehenden Gegenleistung erfolgt“. ¹⁶³⁹ Darüber hinaus soll nach *Schweighofer* eine Person auch dadurch ausgebeutet werden können, dass sie als Organspender dienen soll, ohne dass eine wirksame Einwilligung in die Entnahme erteilt wurde.¹⁶⁴⁰

Eine selbständige justizstrafrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen transplantationsrechtliche Gewinnverbote ist derzeit nicht gegeben. Eine Verpflichtung zu einer solchen würde sich jedoch dann ergeben, wenn Österreich die (derzeit mangels der notwendigen Zahl an Ratifikationen noch nicht in Kraft getretene)¹⁶⁴¹ „Konvention des Europarates gegen den Handel mit menschlichen Organen“ (in Folge: Organhandelskonvention) ratifizieren sollte.¹⁶⁴² Zwar enthält die Konvention hinsichtlich der meisten darin umschriebenen Straftatbestände lediglich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen zu greifen (Art 12 Abs 1 1. Satz). Hinsichtlich gewisser, als besonders schwerwiegend anzusehender, Straftaten (Art 4 Abs 1 lit a-c) sind jedoch zwingend Freiheitsstrafen in einem solchen Ausmaß vorzusehen, das eine Auslieferung ermöglicht (Art 12 Abs 1 2. Satz).¹⁶⁴³ Art 4 Abs 1 lit a der Organhandelskonvention erfasst Fälle, in denen eine Organentnahme vom Lebendspender ohne

¹⁶³⁷ Dazu näher *Schweighofer* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 104a.

¹⁶³⁸ Regelmäßig wird in den hier einschlägigen Fällen jedoch auch keine wirksame Einwilligung vorliegen. Vgl dazu näher *Nimmervoll* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 104a Rz 88 (Stand 33. Lfg, 10. 2015, lexisnexus.at).

¹⁶³⁹ *Nimmervoll* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 104a Rz 89; ähnlich auch *Schweighofer* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 104a Rz 12.

¹⁶⁴⁰ *Schweighofer* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 104a Rz 10.

¹⁶⁴¹ Ratifikationsstand abrufbar unter http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216/signatures?p_auth=io1xPUpV. Österreich hat das Übereinkommen am 25. 3. 2015 unterzeichnet.

¹⁶⁴² Vgl zum Entwurf des Übereinkommens *Klein*, Not for Sale: Towards a Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, in *Benedek/Benoît-Rohmer/Karl/Kettemann/Nowak* (Hrsg), European Yearbook on Human Rights 2014 (2014) 383.

¹⁶⁴³ „[...] These sanctions shall include, for offences established in accordance with Article 4, paragraph 1 and, where appropriate, Article 5 and Articles 7 to 9, when committed by natural persons, penalties involving deprivation of liberty that may give rise to extradition“. Vgl (zu ähnlichen Vorgaben) *Zeder*, Neuer Straftatbestand: Arzneimittel-Fälschung. Entstehung und Umsetzung des Medicrime-Übereinkommens, ÖJZ 2014/98, 650 (655).

„informed consent“ (bzw vom verstorbenen Spender entgegen den nationalen Vorschriften) erfolgt und die daher nach nationalem Recht bereits jetzt idR zur Justizstrafbarkeit nach §§ 83 ff StGB (bzw § 190 StGB) führen. Art 4 Abs 1 lit b und c des Übereinkommens verbieten hingegen – entsprechend § 4 Abs 2 OTPG – dem Spender oder einem Dritten für die Spende („in exchange for the removal of organs“) einen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil zukommen zu lassen oder zu versprechen. Die derzeitige, ausschließlich verwaltungsstrafrechtliche Sanktion des § 18 Abs 2 Z 1 OTPG genügt mangels Möglichkeit der Verhängung einer (primären) Freiheitsstrafe nicht den Anforderungen der Konvention. Freiheitsstrafen in einem solchen Ausmaß, das eine Auslieferung ermöglicht,¹⁶⁴⁴ dürfen nach nationalem (Verfassungs-)Recht nur von ordentlichen Gerichten verhängt werden (vgl § 12 Abs 1 VStG sowie Art 3 Abs 2 PersFrG).¹⁶⁴⁵ Für den Fall einer künftigen Verbindlichkeit der Konvention für Österreich wäre folglich die Schaffung entsprechender Justizstraftatbestände notwendig.¹⁶⁴⁶

Strafrechtliche Folgen könnten sich uU auch aus Manipulationen iZm der Organallokation ergeben. In Aufarbeitung der im Jahr 2012 als „Organspendeskandal“ bekannt gewordenen Unregelmäßigkeiten bei der Meldung von Patientendaten an Eurotransplant an verschiedenen deutschen Transplantationszentren¹⁶⁴⁷ wurden in der deutschen Literatur Überlegungen vor allem in Hinblick auf Körperverletzungs- und Tötungsdelikte angestellt.¹⁶⁴⁸ Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung war schließlich die Frage, inwieweit vorsätzliche Falschangaben eines Arztes betreffend den Gesundheitszustand wartender Patienten gegenüber Eurotransplant, die darauf abzielen, den Rang dieser Patienten auf der Warteliste zu verbessern, als versuchte Tötung zum Nachteil dadurch übergangener Patienten bewert-

¹⁶⁴⁴ Vgl Z 81 des EB zur Organhandelskonvention („Handlungen, die sowohl nach dem Recht des ersuchenden als auch nach dem des ersuchten Staates mit einer Freiheitsstrafe oder die Freiheit beschränkenden Maßnahme der Sicherung und Besserung im Höchstmaß von mindestens einem Jahr oder mit einer strengeren Strafe bedroht sind“).

¹⁶⁴⁵ Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen des Verwaltungsstrafrechts vgl mwN statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2014) Rz 673; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ Rz 970 ff.

¹⁶⁴⁶ So auch *Füszl*, *ÖZPR* 2013/19, 27. Eine vergleichbare Verpflichtung zur Schaffung von Justizstrafrecht ergibt sich aus dem Medicrime-Übereinkommen gegen Arzneimittelfälschung, zu dessen Umsetzung die §§ 82b ff AMG geschaffen wurden. Vgl dazu *Zeder*, *ÖJZ* 2014/98, 650; *Reindl-Krauskopf*, *Arzneimittelfälschung*, *RdM* 2014/4, 14.

¹⁶⁴⁷ Vgl OLG Braunschweig *Ws* 49/13 *MedR* 2014, 661 (*Fateh-Moghadam*).

¹⁶⁴⁸ *Verrel*, *Manipulation von allokatonsrelevanten Patientendaten – ein (versuchtes) Tötungsdelikt?* *MedR* 2014, 464 ff; *Fateh-Moghadam*, *Anm zu OLG Braunschweig* 20. 3. 2013, *Ws* 49/13, *MedR* 2014, 665 f sowie (auch unter dem Blickwinkel der Urkundendelikte und des Organhandelsverbots des dTPG) *Kudlich*, *Die strafrechtliche Aufarbeitung des „Organspende-Skandals“*, *NJW* 2013, 917 ff; *Schroth*, *Die strafrechtliche Beurteilung der Manipulationen bei der Leberallokation*, *NStZ* 2013, 437 (441 ff).

tet werden können.¹⁶⁴⁹ Das LG Göttingen¹⁶⁵⁰ hat dies letztlich verneint und den angeklagten Arzt (in erster Instanz) vom Vorwurf des versuchten Totschlags freigesprochen. Damit bestätigte es die in der Literatur durchwegs geäußerten Zweifel an der Möglichkeit einer dogmatischen Begründung einer solchen Strafbarkeit.

In der österreichischen Literatur fehlt bislang eine Auseinandersetzung mit der gerichtlichen Strafbarkeit von Manipulationen bei der Organallokation. Ohne strafrechtsdogmatischen Fragen an dieser Stelle näher nachgehen zu können ist jedoch davon auszugehen, dass sich die in Deutschland gegen eine Strafbarkeit wegen versuchter oder vollendeter Körperverletzung- bzw Tötung vorgebrachten Argumente (insb fehlende Nachweisbarkeit der Kausalität bzw fehlende Zurechenbarkeit des Tötungs- bzw Verletzungserfolges;¹⁶⁵¹ Probleme hinsichtlich der Begründung des Tötungs- bzw Verletzungsvorsatzes¹⁶⁵²) auch auf die nationalen Körperverletzungs- und Tötungsdelikte übertragen lassen und eine Strafbarkeit nach diesen im Ergebnis ausscheidet. Verstärkt werden Bedenken gegen eine mögliche Strafbarkeit vor dem Hintergrund der in Österreich fehlenden Pflicht zur Meldung von Spenderorganen an Eurotransplant und dem (weitgehenden) Fehlen verbindlicher Allokationskriterien. Existieren keine Vorgaben, die es ermöglichen zu ermitteln, welcher Empfänger von Rechts wegen „an der Reihe“ gewesen wäre, muss auch jegliche Strafbarkeit dafür ausscheiden, dass nicht dieser, sondern (etwa aufgrund von Manipulationen bei der Meldung an Eurotransplant) letztlich ein Anderer das Organ empfangen hat.¹⁶⁵³ Eine strafbarkeitsbegründende Norm, die den sich aus dem Grundsatz *nulla poena sine lege* (vgl Art 7 EMRK) ergebenden Bestimmtheits- und Klarheitsanforderungen im Kontext der Organallokation gerecht wird, ist der geltenden Rechtsordnung nicht zu entnehmen. Eine Strafbarkeit von Manipulationen bei der Organallokation muss somit mangels hinreichender Vorhersehbarkeit ausscheiden.¹⁶⁵⁴

¹⁶⁴⁹ OLG Braunschweig Ws 49/13 MedR 2014, 661 (*Fateh-Moghadam*).

¹⁶⁵⁰ LG Göttingen 6. 5. 2015, 6 Ks 4/13. Das OLG Braunschweig (20. 3. 2013, Ws 49/13) ging demgegenüber in ihrer Haftbeschwerdeentscheidung noch von einem dringenden Tatverdacht wegen eines Tötungsdelikts aus. Weitere Verfahren hinsichtlich ähnlicher Vorwürfe dürften anhängig sein. Vgl etwa <http://www.sueddeutsche.de/panorama/transplantationsskandal-in-leipzig-staatsanwaltschaft-klagt-ehemalige-oberaerzte-wegen-versuchten-totschlags-an-1.2581325>.

¹⁶⁵¹ *Kudlich*, NJW 2013, 918 f; *Schroth*, NStZ 2013, 441 ff; *Verrel*, MedR 2014, 465 f sowie (zum Schutzzweck der Tötungsdelikte) 467 f; *Fateh-Moghadam*, MedR 2014, 665.

¹⁶⁵² *Schroth*, NStZ 2013, 442 f; *Fateh-Moghadam*, MedR 2014, 665; (kritisch) *Verrel*, MedR 2014, 466 f.

¹⁶⁵³ Vgl mwN *Gutmann* in *Haarhoff* 169; *Schroth*, NStZ 2013, 443; *Fateh-Moghadam*, MedR 2014, 665 f.

¹⁶⁵⁴ Vgl zu den sich aus dem Grundsatz *nulla poena sine lege* ergebenden Anforderungen mwN *Klaushofer*, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 18 Rz 105.

Literaturverzeichnis

Bei wiederholtem Zitieren verwendete Kurzzitate werden für selbständige Werke, Kommentare und Beiträge in Sammelwerken jeweils in Klammer angeführt. Bei Beiträgen in Zeitschriften entfällt beim Kurzzitat der Titel des Beitrages.

- Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht I² (2011).
- Aicher* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 16 ABGB (Stand 1. 1. 2000, rdb.at) [*Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § ... ABGB].
- Aicher* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 23 ABGB (Stand 1. 7. 2015, rdb.at).
- Aigner*, Aufbewahrung von Tumormaterial, RdM 2002, 49.
- Aigner*, Bindung an Ministerialerlässe? RdM 1994, 57.
- Aigner*, Datenschutz – Patientenschutz aus gesundheitspolitischer Sicht, RdM 2012/56, 84.
- Aigner*, Einwilligung Minderjähriger in eine Knochenmarkspende, RdM 1998, 144.
- Aigner*, Organentnahme bei Verstorbenen zu Transplantationszwecken gemäß § 62a KAG; Widerspruchsregister, RdM 1994, 119.
- Aigner*, Organersatz – Ökonomie und Allokation, RdM 2008/64, 100.
- Augsberg* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 8 [*Augsberg* in *Höfling*, TPG² § 8].
- Auner/Bonelli/Lenz* et al, Konsensvorschlag: Richtlinie zur Organentnahme von Non-Heart-Beating (NHB) – Donors, imago hominis 1998, 27.
- Bachner-Foregger* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 190 StGB (Stand 1. 11. 2009, rdb.at) [*Bachner-Foregger* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 190 StGB].
- Bader*, Organmangel und Organverteilung (2010) [*Bader*, Organmangel].
- Barta*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (2001) 19 [*Barta* in *Barta/Weber*].
- Barta/Kalchschmid*, Entwurf eines Transplantationsgesetzes (TPG ...), in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (2001) 43.
- Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999).
- Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (2001).
- Barth/Dokalik*, Personensorge, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 147 [*Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht²].
- Barth/Ganner*, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 33.

- Barth/Kellner*, Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 461.
- Bast* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 5 EUV (Stand 51. Lfg, 9. 2013).
- Beckmann et al*, Xenotransplantation von Zellen, Geweben und Organen (2000).
- Berg* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 168 AEUV [*Berg* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 168 AEUV].
- Berka* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, StGG Vorbemerkungen (Stand 1. Lfg, 2001) [*Berka* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht StGG Vorbemerkungen].
- Berka*, Verfassungsrecht⁵ (2014) [*Berka*, Verfassungsrecht⁵].
- Bernsmann/Sickor* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 19.
- Bezemek*, Werbebeschränkungen am Prüfstand der Meinungsfreiheit, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), JB Öffentliches Recht 2011(2011) 221.
- Binder*, Das rechtliche Fortleben des menschlichen Körpers nach dem Tode, JAP 1998/99, 228.
- Binder/Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Reinisch* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁵ (2013) Kap II/2.
- Birnbacher*, Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren, in *Hoff/in der Schmitten* (Hrsg), Wann ist der Mensch tot? (1995) 28 [*Birnbacher* in *Hoff/in der Schmitten*].
- Birnbacher*, Fünf Bedingungen für ein akzeptables Todeskriterium, in *Ach/Quante* (Hrsg), Hirntod und Organverpflanzung (1997) 49 [*Birnbacher* in *Ach/Quante*].
- Bonelli*, Das Konzept des Organismus als Ganzheit und die praktischen Konsequenzen bei Non-Heart-Beating Donors, *imago hominis* 1998, 37.
- Bonelli*, Der Status des Hirntoten, *imago hominis* 2013, 79.
- Bonelli*, Leben und Hirntod aus der Perspektive des Arztes, *imago hominis* 1994, 55.
- Bonelli*, Leben-Sterben-Tod, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 83.
- Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 2; Art 3; Art 51; Art 52 [*Borowsky* in *Meyer*, GRC⁴ Art ...].
- Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte der Verwendung von Organen Verstorbener, Lebender und Ungeborener, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 90 [*Brandstetter* in *Brandstetter/Kopetzki*].
- Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987).

- Breitenlechner/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 2; Art 3 [*Breitenlechner/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art ...].
- Breyer/van den Daele/Engelhard/Gubernatis/Kliemt/Kopetzki/Schlitt/Taupitz*, Organmangel. Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar? (2006) [*Breyer et al*, Organmangel].
- Bruckmüller*, Hirntod und Organentnahme aus medizin(straf)rechtlicher Sicht, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 49 [*Bruckmüller* in *Körtner/Kopetzki/Müller*].
- Bruckmüller/Schumann*, Organmangel und Organspende – Europarechtliche Rechtsetzung und nationaler Anpassungsbedarf, in *Kierein/Lanske/Wenda* (Hrsg), JB Gesundheitsrecht 2010 (2010) 67 [*Bruckmüller/Schumann* in JB Gesundheitsrecht 2010].
- Bulach* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) Einführung [*Bulach* in *Höfling*, TPG² Einführung].
- Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 83 StGB (Stand 1. 7. 2015, rdb.at).
- Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 90 StGB (Stand 1. 12. 2003, rdb.at) [*Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 90 StGB].
- Carstens*, Das Recht der Organtransplantation (1978) [*Carstens*, Organtransplantation].
- Conrads*, Rechtliche Grundsätze der Organallokation (2000).
- Czerner* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 1a [*Czerner* in *Höfling*, TPG² § 1a].
- Dahl*, Xenotransplantation. Tiere als Organspender für Menschen? (2000) [*Dahl*, Xenotransplantation].
- Damm*, Beratungsleitlinien – Norm- und Standardbildung zu medizinischem Beratungshandeln, in *Hart* (Hrsg), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht (2005) 355.
- Damm*, Wie wirkt „Nichtrecht“? Zeitschrift für Rechtssoziologie 2009, 3.
- Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ (2014).
- Dippel*, Zur Entwicklung des Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz –TPG) vom 5.11.1997, in FS Hanack (1999) 665 [*Dippel* in FS Hanack].
- Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Datenschutzgesetz 2000² (Stand 7. 7. 2015, rdb.at) [*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG²].
- Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4.
- Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000).

- Dujmovits*, Das österreichische Transplantationsrecht und die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 55 [*Dujmovits* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki*].
- Dujmovits*, Die EU-Grundrechtscharta und das Medizinrecht, RdM 2001, 72.
- Dujmovits*, Grundrechtliche Aspekte des Gewebesicherheitsgesetzes, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsgesetz (2009) 56 [*Dujmovits* in *Kopetzki*].
- Dujmovits*, Organtransplantation, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.21 (Stand 3. 2015, rdb.at) [*Dujmovits* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.21].
- Duschanek* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht § 1 DSG (Stand 7. Lfg, 2005).
- Eder-Rieder*, Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, ÖJZ 1984, 289.
- Eder-Rieder*, Strafrechtliche Aspekte der „kapselgeschützten“ Organtransplantation, ÖJZ 1990, 627.
- Edlbacher*, Der Stand der Persönlichkeitsrechte in Österreich, ÖJZ 1983, 423.
- Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449.
- Eisenberger*, Postmortaler Grundrechtsschutz am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes, in FS Funk (2003) 175 [*Eisenberger* in FS Funk].
- Engels* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 2.
- Eser*, Medizin und Strafrecht, in *Eser* (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 329 [*Eser* in *Eser*].
- Etzl*, Organentnahme aus Leichen, in *Plöchl* (Hrsg), Ware Mensch (1996) 27 [*Etzl* in *Plöchl*].
- Etzl*, Organentnahme beim lebenden Spender, in *Plöchl* (Hrsg), Ware Mensch (1996) 75.
- Fabrizy*, Strafgesetzbuch¹¹ (2013) [*Fabrizy*, StGB¹¹].
- Fateh-Moghadam*, Anm zu OLG Braunschweig 20. 3. 2013, Ws 49/13, MedR 2014, 665.
- Fischer* in *Lenz/Borchart* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 114 AEUV; Art 168 AEUV [*Fischer* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art ... AEUV].
- Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 158; § 167; § 170; § 173 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at) [*Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § ...].
- Foregger/Serini* (Hrsg), Strafgesetzbuch² (1978) [*Foregger/Serini*, StGB²].
- Franta*, Die geschichtliche Entwicklung des Transplantationsrechts (2005) [*Franta*, Geschichtliche Entwicklung].
- Frenz*, Handbuch Europarecht IV (2009) [*Frenz*, Europarecht IV].

- Fuchs*, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹⁸ (2012) [*Fuchs*, Strafrecht AT I¹⁸].
- Fuhrmann*, Transplantate – § 190/1 StGB, RZ 1980, 259.
- Füszl*, Das neue Organtransplantationsgesetz, ÖZPR 2013/19, 26.
- Füszl*, Krankenanstaltenrecht in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap IV.1 (Stand 11. 2015, rdb.at).
- Gaisbauer*, Gesetzliche Regelung der Organentnahme zum Zwecke der Transplantation in Österreich, VersR 1983, 520.
- Ganner*, Vorsorgevollmacht, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 345 [*Ganner* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht²].
- Gassner*, Tissue Engineering im Normenschwungel, MedR 2001, 553.
- Geiger* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ (2010) Art 5 EUV [*Geiger* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art 5 EUV].
- Geilen*, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, in *Eser* (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 200.
- Grabenwarter*, Verfassungsrecht, Völkerrecht und Unionsrecht als Grundrechtsquellen, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 2.
- Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) [*Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵].
- Graf* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 879 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).
- Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz (2005) § 8; § 10; Vor § 12; § 12 [*Gutmann* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § ...].
- Gutmann*, Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 179 [*Gutmann* in *Körtner/Kopetzki/Müller*].
- Gutmann*, Organisierte Verantwortungslosigkeit, in *Haarhoff* (Hrsg), Organversagen (2014) 145 [*Gutmann* in *Haarhoff*].
- Gutmann*, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, MedR 1997, 147.
- Gutmann/Schroth*, Organlebendspende in Europa (2002) [*Gutmann/Schroth*, Organlebendspende].
- Gutmann/Wiese*, Die Domino-Transplantation von Organen, MedR 2015, 315.
- Gutmann/Wiese*, Zum rechtlichen Status von „vascularized composite allografts“, MedR 2014, 84.
- Hanack*, Todeszeitbestimmung, Reanimation und Organtransplantation, in *Eser* (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 234.
- Harbich*, Das Recht zu sterben – Lebensverlängerung um jeden Preis? RZ 1968, 115.

- Hart*, Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertung, MedR 1998, 8.
- Haslinger*, Hirntodfeststellung ohne Eingriffszustimmung? RdM 2005/51, 77.
- Heinz*, Der Handel mit Organen aus strafrechtlicher Sicht, in *Plöchl* (Hrsg), *Ware Mensch* (1996) 101 [*Heinz in Plöchl*].
- Heissenberger*, Das Bundesgesetz über die Transplantation menschlicher Organe und dessen wesentliche Neuerungen, RdM 2013/35, 50.
- Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012).
- Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ (2014).
- Herrnfeld in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 114 AEUV [*Herrnfeld in Schwarze*, EU-Kommentar³ Art 114 AEUV].
- Hillgruber in Epping/Hillgruber* (Hrsg), Grundgesetz Art 1 (Stand 1.12.2014, beck-online.de).
- Hillgruber in Kneih/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK (Stand 11. Lfg, 2013) [*Hillgruber in Kneih/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 MRK].
- Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht Besonderer Teil II⁵ (2012) [*Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II⁵].
- Hoff/in der Schmitten* (Hrsg), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium (1995).
- Höfling in Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 12; § 16 [*Höfling in Höfling*, TPG² § ...].
- Höfling in Tettinger/Stern* (Hrsg), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Art 2; Art 3 [*Höfling in Tettinger/Stern*, GRC Art ...].
- Höfling*, Richterrechtliche Disziplinierung der Transplantationsmedizin? NJW 2014, 3398.
- Höfling*, Transplantationsmedizin und dead donor rule, MedR 2013, 407.
- Höfling*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin? JZ 2007, 481.
- Höfling/Rixen in Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 3 [*Höfling/Rixen in Höfling*, TPG² § 3].
- Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin (1996) [*Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen].
- Hohmann*, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz (2003) [*Hohmann*, Transplantationswesen].
- Holczabek/Kopetzki*, Rechtsgrundlagen von Organtransplantationen, *Wv* klinische Wochenschriften 1986, 417.
- Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) [*Holoubek*, Gewährleistungspflichten].

- Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 51 [*Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51].
- Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2000).
- Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) [*Jahnel*, Datenschutzrecht].
- Janczak*, Die postmortale Organspende im Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland im Kontext europaweiter Angleichungsversuche (2010) [*Janczak*, Postmortale Organspende].
- Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2013) [*Jarass*, Charta²].
- Jonas*, Technik, Medizin und Ethik (1996).
- Jox*, „Hirntod“: historische Entwicklung, aktuelle Kontroversen und künftige Perspektiven, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 79 [*Jox* in *Kröll/Schaupp*].
- Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) [*Juen*, Arzthaftungsrecht²].
- Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013).
- Kahn*, Spenderaufkommen und Organtransplantation in Österreich, Deutschland und der Schweiz, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 23 [*Kahn* in *Kröll/Schaupp*].
- Kalchschmid*, Die Organtransplantation. Überlegungen de lege lata und de lege ferenda (1997) [*Kalchschmid*, Organtransplantation].
- Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 13 [*Kalchschmid/Barta* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki*].
- Kalss* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 883 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).
- Kamann* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 28 AEUV.
- Karpf*, Transplantationen von Organen Verstorbener in Österreich und Großbritannien (2010) [*Karpf*, Transplantationen].
- Kastelitz/Neugebauer*, Aspekte der datenschutzrechtlichen Zustimmung(sfähigkeit) Minderjähriger, in *Jahnel* (Hrsg), JB Datenschutzrecht 2011 (2011) 71.
- Kienapfel/Höpfel/Kert*, Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil¹⁴ (2012) [*Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT¹⁴].
- Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II (2003).
- Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil III² (2009) [*Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht BT III²].
- Kienapfel/Schroll*, Strafrecht Besonderer Teil I³ (2012) [*Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I³].
- Kingreen* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 36 AEUV; Art 168 AEUV; Art 35 EU-GRCharta; Art 51 EU-GRCharta.

- Klaushofer*, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 18.
- Klein*, Not for Sale: Towards a Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, in *Benedek/Benoît-Rohmer/Karl/Kettemann/Nowak* (Hrsg), European Yearbook on Human Rights 2014 (2014) 383.
- Klein*, Organhandel und Menschenhandel zum Zwecke der Organentnahme im österreichischen Strafrecht, RdM 2012/90, 135.
- Kletečka*, Einwilligung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.4 (Stand 3. 2015, rdb.at) [*Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.4].
- Kletečka*, Zivilrechtliche Haftung (Schadenersatz) in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap II.1 (Stand 3. 2015, rdb.at) [*Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap II.1].
- Kletečka-Pulker*, Dokumentation und Datenschutz, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.5 (Stand 3. 2015, rdb.at) [*Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.5].
- Kletečka-Pulker*, Schweige-, Anzeige- und Meldepflichten, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.6 (Stand 3. 2015, rdb.at) [*Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.6].
- Knechtel* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 581 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at).
- Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK (Stand 8. Lfg, 2011) [*Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 2 MRK].
- Kneihs*, Art 3 GRC als verfassungsrechtlich gewährleistetetes Recht, RdM 2014/174, 276.
- Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) [*Kneihs*, Sterbehilfe].
- Kneihs*, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 9 [*Kneihs* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 9].
- Kniepeiss*, Solide Organtransplantation in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 11 [*Kniepeiss* in *Kröll/Schaupp*].
- Kolmasch*, Anm zu OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15g, Zak 2015/686, 395.
- Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht¹⁰ (2014) [*Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht¹⁰].
- König* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) § 1; § 14; Vor §§ 17, 18 [*König* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG § ...].
- König*, Biomedizinkonvention des Europarats, EU und deutsches Organhandelsverbot, MedR 2005, 22.

- König*, Patientenverfügung, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 379.
- 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 (2003).
- Kopetzki* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK (Stand 5. Lfg, 2002) [*Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK].
- Kopetzki*, Behandlung auf dem „Stand der Wissenschaft“ in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs (2010) [*Kopetzki* in *Pfeil*].
- Kopetzki*, Buchbesprechung zu *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013), RdM 2015, 123 f (124).
- Kopetzki*, Das Organtransplantationsgesetz (OTPG) 2012, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 35 [*Kopetzki* in *Kröll/Schaupp*].
- Kopetzki*, Die Biomedizinkonvention des Europarates und das Transplantationsrecht, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa (2001) 121 [*Kopetzki* in *Barta/Weber*].
- Kopetzki*, Die EG als Normsetzer im Gesundheitsrecht vor dem Hintergrund des Art. 152 EGV? in *Lilie/Bernat/Rosenau* (Hrsg), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem (2009) 139 [*Kopetzki* in *Lilie/Bernat/Rosenau*].
- Kopetzki*, Die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, in FS Burgstaller (2004) 601 [*Kopetzki* in FS Burgstaller].
- Kopetzki*, Editorial: Österreich und die Biomedizinkonvention, RdM 2013/33, 41.
- Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 [*Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung].
- Kopetzki*, Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote und Gewinnung vom verstorbenen Spender, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 142 [*Kopetzki* in *Kopetzki*].
- Kopetzki*, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2008) 69 [*Kopetzki* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*].
- Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 15 [*Kopetzki*, in *Kopetzki/Mayer*].
- Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012) [*Kopetzki*, Grundriss Unterbringungsrecht³].
- Kopetzki*, Hirntod und Organtransplantation (Fallbesprechung – Österreichisches Recht), in *Elger/Biller-Andorno/Rütsche* (Hrsg), Ethik und Recht in Medizin und Biowissenschaften. Aktuelle Fallbeispiele aus klinischer Praxis und Forschung (2014) 106 [*Kopetzki* in *Elger/Biller-Andorno/Rütsche*].

- Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67.
- Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I³ (2013) 377 [*Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*].
- Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002) 197 [*Kopetzki* in *Taupitz*].
- Kopetzki*, Non-heart-beating donors aus rechtlicher Sicht, *imago hominis* 1998, 49.
- Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) [*Kopetzki*, Organgewinnung].
- Kopetzki*, Rechtliche Aspekte der Widerspruchslösung, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 43 [*Kopetzki* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki*].
- Kopetzki*, Rechtliche Voraussetzungen der Hirntodbestimmung, in *Schwarz/Kröll/List* (Hrsg), Schädel-Hirn-Trauma/Hirntod (1995) 231 [*Kopetzki* in *Schwarz/Kröll/List*].
- Kopetzki*, Rechtsgrundlagen der Organgewinnung zu Transplantationszwecken, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 60.
- Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) [*Kopetzki*, Unterbringungsrecht I].
- Kopetzki*, Ware Körper, in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* (Hrsg), Körper-Codes (2010) 61 [*Kopetzki* in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald*].
- Kopetzki*, Zur Bindungswirkung der Biomedizinkonvention des Europarates und ihren Grenzen, in FS Fuchs (2014) 225 [*Kopetzki* in FS Fuchs].
- Korinek*, Zum Erfordernis einer demokratischen Legitimation des Normenschaffens, ÖZW 2009, 40.
- Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016).
- Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ (2010) Art 2 AEUV; Art 4 AEUV; Art 168 AEUV [*Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ Art ... AEUV].
- Koziol-Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁴ (2014) [*Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴].
- Kräftner*, Anm zu EGMR 24. 6. 2014, 4605/05, *Petrova/Lettland*, RdM 2014/222, 338.
- Kräftner*, Anm zu OGH 13. 12. 2014, 1 Ob 222/12x, RdM 2013/103, 153.
- Krejci* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 879 ABGB (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).
- Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 3 [*Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 3].

- Kudlich*, Die strafrechtliche Aufarbeitung des „Organspende-Skandals“, NJW 2013, 917.
- Kühn*, Die Motivationslösung. Neue Wege im Recht der Organtransplantation (1998) [*Kühn*, Motivationslösung].
- Lagodny* in *Pabel/Schmahl* (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention Art 2 (Stand 5. Lfg, 1. 2002) [*Lagodny* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK Art 2].
- Lang* in *Epping/Hillgruber* (Hrsg), Grundgesetz Art 2 (Stand 1. 9. 2014, beck-online.de).
- Lang* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) Einführung IV; § 10 [*Lang* in *Höfling*, TPG² ...].
- Lang*, Deregulierte Verantwortungslosigkeit? MedR 2005, 269.
- Langguth* in *Lenz/Borchart* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 5 EUV [*Langguth* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 5 EUV].
- Largiadèr* (Hrsg), Checkliste Organtransplantation² (1999).
- Lehner*, Gewebesicherheit und Datenschutz, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 247 [*Lehner* in *Kopetzki*].
- Leischner*, Gewinnung vom lebenden Spender, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 176 [*Leischner* in *Kopetzki*].
- Lenckner/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder* (Hrsg), Strafgesetzbuch²⁹ (2014) Vor §§ 32 ff [*Lenckner/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch²⁹ Vor §§ 32 ff].
- Lenherr/Krones/Schwarz*, Organspende nach Herz-Kreislaufstillstand im USZ (Donation after Circulatory Determination of Death, DCD), in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 115 [*Lenherr/Krones/Schwarz* in *Kröll/Schaupp*].
- Lenski* in *Lenz/Borchart* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 4 AEUV [*Lenski* in *Lenz/Borchart*, EU-Verträge⁶ Art 4 AEUV].
- Lenz*, Abbruch der Reanimationsmaßnahmen, imago hominis 1998, 35.
- Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch² (1979) [*Leukauf/Steininger*, StGB²].
- Lewisch* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² Nach § 3 StGB (Stand 1. 7. 2003, rdb.at) [*Lewisch* in *Höpfel/Ratz*, WK² Nach § 3 StGB].
- Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, Verwaltungsstrafgesetz (2013) § 22 [*Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 22].
- Lienbacher* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 5 EUV.
- Lipp*, Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung und Organspendeerklärung, notar 2014, 111.
- Loebenstein*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 309.

- Luf*, Anmerkungen zur Rechtsgeschichte des Todes, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 19 [*Luf* in *Körtner/Kopetzki/Müller*].
- Luf*, Verteilungsgerechtigkeit im Bereich der modernen Medizin, RdM 1997, 99.
- Lurger* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 168 AEUV [*Lurger* in *Streinz*, EUV/AEUV² Art 168 AEUV].
- Lux* in *Lenz/Borchart* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) Art 28 AEUV.
- Machado* et al, The Declaration of Sydney on human death, J Med Ethics 2007, 699.
- Madea/Henssge/Dettmeyer*, Hirntod als allgemeiner Todesbegriff, MedR 1999, 162.
- Marous*, Zur Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht, EF-Z 2013/77, 105.
- Mayer Georg S.*, Werbe-Recht-Praxis (2007).
- Mayer*, Der Umgang mit der Leiche (2010) [*Mayer*, Umgang mit der Leiche].
- Mayer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 190 (Stand 24. Lfg, 5. 2011, lexisnexus.at) [*Mayer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 190].
- Mayrhofer*, Die Todesfeststellung, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 54 [*Mayrhofer* in *Brandstetter/Kopetzki*].
- Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang Kommentar ABGB³ (2014) § 16.
- Memmer*, Aufklärung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.3 (Stand 3. 2015, rdb.at) [*Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.3].
- Memmer*, Patientenverfügung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.8 (Stand 3. 2015, rdb.at) [*Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap I.8].
- Messner* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 83, § 84 (Stand 18. Lfg, 5. 2008, lexisnexus.at) [*Messner* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § ...].
- Middel/Scholz* in *Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht² (2014) § 1a TPG.
- Moos* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² Vor §§ 75–79 StGB; § 75 StGB (Stand 1. 4. 2002, rdb.at) [*Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² ... StGB].
- Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner*, Nierentransplantation unter eineiigen Zwillingen im Alter von 13 Jahren, RdM 2009/4, 10.
- Müller-Terpitz* in *Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht² (2014) Art 35 GRC [*Müller-Terpitz* in *Spickhoff*, Medizinrecht² Art 35 GRC].

- Müller/Rath*, Sterben und Todesfeststellung in der Medizingeschichte, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 1.
- Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 2 AEUV; Art 6 AEUV (Stand 52. Lfg, 1. 2014) [*Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäischen Union Art ... AEUV].
- Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 288 AEUV (Stand 48. Lfg, 8. 2012).
- Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz (2001) [*Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz].
- Nimmervoll* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 104a (Stand 33. Lfg, 10. 2015, lexisnexis.at) [*Nimmervoll* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 104a].
- Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht (2009) [*Norba*, Rechtsfragen].
- Nußberger* in *Tettinger/Stern* (Hrsg), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Art 35.
- Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) Einleitung [*Oduncu* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Einl].
- Oduncu*, Hirntod und Organtransplantation. Medizinische, juristische und ethische Fragen (1998).
- Oduncu*, Verteilungsgerechtigkeit, Rationierung und Priorisierung – das Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ökonomie, Ethik und Recht, MedR 2012, 359.
- Oelert*, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin (2002) [*Oelert*, Allokation].
- Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 9/2 B-VG; Art 50 B-VG (Stand 9. Lfg, 2009) [*Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art ... B-VG].
- Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) [*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰].
- Pape/Kurtz/Silbernagl* (Hrsg), Physiologie⁷ (2014) [*Pape/Kurtz/Silbernagl*, Physiologie⁷].
- Pelka* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 2 AEUV; Art 4 AEUV [*Pelka* in *Schwarze*, EU-Kommentar³ Art ... AEUV].
- Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz (2004).
- Pflüger*, „Practice Guidelines“ und „Behandlungsleitlinien“ im amerikanischen und deutschen Recht, RdM 2000, 99.
- Pierer*, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters in Fragen der Personensorge, EF-Z 2014/4, 14.

- Piza*, Die gegenwärtige Bedeutung der Organtransplantation, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 7.
- Pletzer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 871 (Stand 1. 12. 2012, rdb.at).
- Pokorny et al*, Transplantation mit Nieren von Non-heart-beating-donors, imago hominis 1998, 29.
- Polster*, Gewebesicherheitsrecht (2011) [*Polster*, Gewebesicherheitsrecht].
- Popperl* in *Popperl* (Hrsg), Allgemeines Sozialversicherungsgesetz § 120a ASVG (Stand 50. Lfg, 2. 2013, lexisnexus.at) [*Popperl* in *Popperl*, ASVG § 120a ASVG].
- Posch*, Regierungsübereinkommen – Ressortübereinkommen – Verwaltungsübereinkommen, ZÖR 1983, 201.
- Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung (2003) [*Prutsch*, Aufklärung].
- Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch Online (Stand 266. Auflage, degruyter.com) [*Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch].
- Pühler/Hübner*, Komplexe Gewebe – komplexe Fragen, MedR 2013, 11.
- Pühler/Middel/Hübner*, Pankreasinseln, MedR 2010, 23.
- Pühler/Middel/Schirmer/Hübner*, Zur Mitteilung der EU-Kommission zu Organspende und -transplantation [KOM (2007) 275 endg.], MedR 2007, 584.
- Radau*, Die Biomedizinkonvention des Europarates (2006) [*Radau*, Biomedizinkonvention].
- Radner/Haslinger/Reinberg* (Hrsg), Krankenanstaltenrecht § 62a KAKuG (Stand 116. Lfg, 2011) [*Radner/Haslinger/Reinberg*, Krankenanstaltenrecht § 62a KAKuG].
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) [*Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴].
- Raschauer*, Subnormative Verhaltenssteuerung in FS Schäffer (2006) 685.
- Raschauer*, Werbung und Verfassung, in *Aicher* (Hrsg), Das Recht der Werbung (1984) 19.
- Reindl-Krauskopf*, Arzneimittelfälschung, RdM 2014/4, 14.
- Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 1325 ABGB (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).
- Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 1299 ABGB (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).
- Ribarov* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 35 [*Ribarov* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 35].
- Rieder*, Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen de lege lata et ferenda, ÖJZ 1978, 113.

- Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV⁴ § 862a ABGB (Stand 4. 2014, lexisnexus.at) [*Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 862a ABGB].
- Riesz*, Ärztliche Verschwiegenheitspflicht (2013) [*Riesz*, Verschwiegenheitspflicht].
- Rill* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 18 B-VG (Stand 1. Lfg, 2001).
- Rixen*, Lebensschutz am Lebensende (1999) [*Rixen*, Lebensschutz].
- Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I⁴ (2006).
- Rubin* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 28 ff (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).
- Rudolf* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 35 [*Rudolf* in *Meyer*, GRC⁴ Art 35].
- Rumler-Korinek/Vranes* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 52.
- Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ § 862a ABGB; § 863 ABGB; § 886 ABGB (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).
- Schauer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 16; § 23 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at) [*Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § ...].
- Schauer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 284b (Stand 1. 9. 2014, rdb.at).
- Schaupp*, Das Hirntodkonzept – Theologisch-ethische Sicht, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 97 [*Schaupp* in *Kröll/Schaupp*].
- Schlich*, Transplantation – Geschichte, Medizin, Ethik der Organverpflanzung (1998) [*Schlich*, Transplantation].
- Schmalenbach/Schreuer*, Die Internationalen Organisationen, in *Reinisch* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁵ (2013) Kap IV/2.
- Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 168 AEUV (Stand 44. Lfg, 5. 2011) [*Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Europäische Union Art 168 AEUV].
- Schmidt am Busch*, Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem (2007).
- Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001) [*Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen].
- Schmidt-Recla* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 8b; § 8c [*Schmidt-Recla* in *Höfling*, TPG² § ...].
- Schmitz-Luhn*, Priorisierung in der Medizin (2015) [*Schmitz-Luhn*, Priorisierung].
- Schneider* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 168 AEUV (Stand 143. Lfg, 2012) [*Schneider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV].
- Schneider*, Medizinrechtliche Werbe- und Gewinnverbote und Gemeinschaftsrecht, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 217 [*Schneider* in *Kopetzki/Mayer*].

- Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland (2004) [*Schreiber*, Lebendspende].
- Schreiber*, Wann darf ein Organ entnommen werden? in *Ach/Quante* (Hrsg), Hirntod und Organverpflanzung (1997) 199.
- Schroth* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz Kommentar (2005) Vor §§ 3, 4 [*Schroth* in *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG Vor §§ 3, 4].
- Schroth*, Die gesetzlichen Begrenzungen der Lebendspende – wie viel Paternalismus ist legitim? in FS *Schreiber* (2003) 843.
- Schroth*, Die strafrechtliche Beurteilung der Manipulationen bei der Leberallokation, NSTZ 2013, 437.
- Schulev-Steindl*, Drittwirkung und Fiskalgeltung in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 6 [*Schulev-Steindl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, HB Grundrechte VII/1² § 6].
- Schwaighofer* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 104a StGB (Stand 1. 5. 2014, rdb.at) [*Schwaighofer* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 104a StGB].
- Schwamberger*, Obduktion in Krankenanstalten, RdM 1998, 77.
- Schwarz*, Biologische Grundphänomene von Lebewesen, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 3.
- Schwarz/Errath/Kober/Grims*, Aktuelle Empfehlung für die Hirntoddiagnostik (2013) in Österreich und die Frage zur derzeitigen Validität, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 57 [*Schwarz/Errath/Kober/Grims* in *Kröll/Schaupp*].
- Seiler* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 125 (Stand 3. Lfg, 8. 1994, lexisnexus.at).
- Spilker*, Postmortaler Schutz durch das Grundgesetz, DÖV 2014, 637.
- Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 144 ABGB; § 146d ABGB (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).
- Steinbereithner*, Hirntod und Intensivmedizin, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 69 [*Steinbereithner* in *Schwarz/Bonelli*].
- Steinbereithner/Holzabek/Pateisky*, Diskussionsbeiträge zur Sitzung der Österreichischen Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie vom 29. 3. 1973 zur Bestimmung des Todeszeitpunktes im Hinblick auf die Organtransplantation, ÖJZ 1973, 349.
- Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch Nach § 3 StGB (Stand 10. Lfg, 4. 2004, lexisnexus.at).
- Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977).
- Stellamor/Steiner*, Handbuch des Österreichischen Arztrechts I (1999) [*Stellamor/Steiner*, Arztrecht I].

- Stelzer/Köchle*, Betrieb und Kontrolle von Gewebebanken nach dem Gewebesicherheitsgesetz, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 218.
- Stockter* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) Vor §§ 13-15; § 14 [*Stockter* in *Höfling*, TPG² § ...].
- Stöger*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Kompetenzfragen der Gewebesicherheit, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 12 [*Stöger* in *Kopetzki*].
- Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) [*Stöger*, Krankenanstaltenrecht].
- Stöger*, Rechtliche Aspekte von Qualitätssicherung in der Medizin, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap I.7 (Stand 3. 2015, rdb.at).
- Stormann* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar I⁴ § 146c ABGB (Stand 11. 2011, lexisnexus.at) [*Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 146c ABGB].
- Stormann* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar Ia⁴ § 173 ABGB (Stand 9. 2013, lexisnexus.at) [*Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 173 ABGB].
- Straßburger/Meilicke/Cichutek*, Arzneimittelrechtliche Anforderungen an Arzneimittel für neuartige Therapien aus humanen Pankreata, MedR 2010, 835.
- Streinz* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 5 EUV.
- Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012).
- Strobl*, Das österreichische Krankenanstaltenrecht (1959).
- Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizinkonvention des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002).
- Terhechte* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 28 AEUV.
- Thienel* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 48, 49 B-VG (Stand 1. Lfg, 1999) [*Thienel* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 48, 49 B-VG].
- Tipold*, Die strafrechtliche Verantwortung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis Kap II.2 (Stand 11. 2015, rdb.at) [*Tipold* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht Kap II.2].
- Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} § 283 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at) [*Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 283].
- Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor §§ 75-79 (Stand 28. Lfg, 6. 2013, lexisnexus.at) [*Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB Vor §§ 75-79].
- Verrel*, Manipulation von allokatonsrelevanten Patientendaten – ein (versuchtes) Tötungsdelikt? MedR 2014, 464.
- Verrel*, Patientenverfügung, Therapiebegrenzung und Organspende, GuP 2012, 121.
- Voet van Vormizeele* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 3 GRC.

- Vollmann*, Das Hirntodkriterium heute. Begriffserklärung und medizinethische Kontroversen, in *Schlich/Wiesemann* (Hrsg), Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung (2001) 45.
- Walter* in *Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht (2011) § 1a TPG [*Walter* in *Spickhoff*, Medizinrecht § 1a TPG].
- Weber* in *Höfling* (Hrsg), Transplantationsgesetz Kommentar² (2013) § 4; § 4a.
- Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar I⁴ § 268 ABGB (Stand 11. 2011, lexisnexus.at) [*Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 268 ABGB].
- Wiederin* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK (Stand 5. Lfg, 2002) [*Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK].
- Wiesemann*, Notwendigkeit und Kontingenz. Zur Geschichte der ersten Hirntod-Definition der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie von 1968, in *Schlich/Wiesemann* (Hrsg), Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung (2001) 209.
- Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl* (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention Art 8 (Stand 2. Lfg, 4. 1992).
- Wille*, Das Recht des Staates zur postmortalen Organentnahme, MedR 2007, 91.
- Wollenek/Wolner*, Transplantation von Organen und Geweben. Ein Überblick aus medizinischer Sicht, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken (1987) 10 [*Wollenek/Wolner* in *Brandstetter/Kopetzki*].
- Wollenschläger*, Die Transplantation menschlicher Organe als neues Feld der EU-Gesundheitspolitik: Kompetentielle Möglichkeiten und Grenzen nach Lissabon und die neue EU-Richtlinie zur Organtransplantation, in FS Scheuing (2011) 447 [*Wollenschläger* in FS Scheuing].
- Zeder*, Neuer Straftatbestand: Arzneimittelfälschung. Entstehung und Umsetzung des Medicrime-Übereinkommens, ÖJZ 2014/98, 650.
- Zeinhofer*, Der Anwendungsbereich des Gewebesicherheitsgesetzes, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 98 [*Zeinhofer* in *Kopetzki*].
- Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 90 (Stand 31. Lfg, 9. 2014, lexisnexus.at) [*Zerbes* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 90].

Verzeichnis sonstiger wichtiger Dokumente

Bei wiederholtem Zitieren verwendete Kurztitel werden in Klammer angeführt. Internetquellen wurden jeweils zuletzt abgerufen am 26. 4. 2016.

Ad hoc Committee of the Harvard Medical School, A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, JAMA 1968, Vol 205, No 6, 85 ff (abrufbar unter <http://www.colorado.edu/philosophy/PHIL4260/Harvard%20Ad%20Hoc%20Committee%20Definition%20of%20Irreversible%20Coma%20JAMA%201968.pdf>) [Report of the Ad hoc Committee].

Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vom 11. Februar 2002 betreffend die Empfehlung für einen Beitritt Österreichs zur Biomedizinkonvention des Europarates <https://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=1111>.

Bundesärztekammer, Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung, DÄBl 2013, Heft 12, A-572 ff (abrufbar unter <http://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=135909>).

Bundesärztekammer, Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer: Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, DÄBl 2013, Heft 33-34, A-1580 ff (abrufbar unter <http://www.aerzteblatt.de/download/files/2013/08/down63554824.pdf>).

Bundesärztekammer, Erweiterte und aktualisierte Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Gewebegesetz (BT-Drs 16/3146) <http://bundesaeztekammer.de/downloads/ZRegStell20070124.pdf>.

Bundesärztekammer, Mitteilung Organentnahme nach Herzstillstand („Non heart-beating donor“), DÄBl 1998, Heft 50, A-3235 (abrufbar unter <http://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=14768>) [Mitteilung zur Organentnahme nach Herzstillstand].

Bundesärztekammer, Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation http://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Herz-Lunge_09122013.pdf [Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation].

Bundeszentrale über gesundheitliche Aufklärung, Repräsentativbefragung: Einstellung, Wissen und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organ- und Gewebespende http://www.dso.de/uploads/tx_infoc/BZGA_Umfrage_2013.pdf.

Deutsche Stiftung Organtransplantation, Organspende und Transplantation in Deutschland – Jahresbericht 2012 http://www.dso.de/uploads/tx_dsodl/DSO_JB12_d_Web.pdf.

Deutscher Ethikrat, Hirntod und Entscheidung zur Organspende. Stellungnahme <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-hirntod-und-entscheidung-zur-organspende.pdf>.

- Eurotransplant Foundation*, Eurotransplant Manual Chapter 1 https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=Chapter1_introduction16.pdf [Eurotransplant Manual Chapter 1].
- Gesundheit Österreich GmbH*, Datenschutzvereinbarung http://www.goeg.at/cxdata/media/download/wr_datenschutz_2014.pdf.
- Gesundheit Österreich GmbH*, Formular und Informationsblatt Widerspruch gegen eine Organ- und/oder Gewebe- und/oder Zellentnahme http://www.goeg.at/cxdata/media/download/widerspruchsformular_2016.pdf [Widerspruchsformular].
- Gesundheit Österreich GmbH*, Österreichischer Strukturplan Gesundheit 2012 http://www.bmg.gv.at/cms/home/attachments/1/0/1/CH1071/CMS1136983382893/oesg_2012_text_ohne_matrizen_-_neue_links.pdf.
- Gesundheit Österreich GmbH*, Transplant-Jahresbericht 2013 <http://www.goeg.at/cxdata/media/jahresbericht2013.pdf> [Transplant-Jahresbericht 2013].
- Gesundheit Österreich GmbH*, Transplant-Jahresbericht 2014 <http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/txjahresbericht2014.pdf> [Transplant-Jahresbericht 2014].
- Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen Bereitstellung, Konservierung, Verpackung, Kennzeichnung und Transport von Organen http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_verpackungtransportorgane_gesamt.pdf.
- Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen Organentnahme bei Verdacht auf eine gerichtlich strafbare Handlung http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_organentnahme_gerichtstrafhandlung.pdf [Verfahrensanweisungen zur Organentnahme bei Verdacht auf eine gerichtlich strafbare Handlung].
- Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen Überprüfung der Einwilligung einer Lebendspenderin/eines Lebendspenders zur Organspende http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_einwilligunglsp_gesamt.pdf [Verfahrensanweisungen zur Überprüfung der Einwilligung eines Lebendspenders].
- Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen Überprüfung des Vorhandenseins eines Widerspruches einer/eines Verstorbenen gegen eine Organentnahme http://www.goeg.at/cxdata/media/download/berichte/va_berprfungwiderspruch_gesamt.pdf [Verfahrensanweisungen zur Überprüfung des Vorhandenseins eines Widerspruchs].
- Oberster Sanitätsrat*, Empfehlung zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei eine geplanten Organentnahme http://www.goeg.at/cxdata/media/download/empfehlungen_hirntoddiagnostik.pdf [Empfehlung zur Hirntoddiagnostik].
- Oberster Sanitätsrat*, Empfehlung zur Durchführung der Todesfeststellung bei einer geplanten Organentnahme nach Hirntod durch Kreislaufstillstand http://www.goeg.at/cxdata/media/download/empfehlungen_todesfeststellung_kreislaufstillstand.pdf [Empfehlung zur Todesfeststellung nach Hirntod durch Kreislaufstillstand].
- Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Leitfaden Intensivtherapie potenzieller Organspender http://www.goeg.at/cxdata/media/download/4_intensivtherapie_16_1.pdf.

- Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Leitfaden Kriterien für Organspende http://www.goeg.at/cxdata/media/download/1_spenderkriterien_16_1.pdf.
- Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Leitfaden Rechtliche Grundlagen Widerspruch gegen Organspende http://www.goeg.at/cxdata/media/download/5_rechtlichegrundlagen_15.pdf.
- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behaviour Research*, Defining Death. Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559345/defining_death.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- President's Council on Bioethics*, Controversies in the Determination of death. A White Paper by the President's Council on Bioethics <https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559343/Controversies%20in%20the%20Determination%20of%20Death%20for%20the%20Web.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen. Medizin-ethische Richtlinien http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/d_RL_FeststellungTod.pdf.
- Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*, Lebendspende von soliden Organen. Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/Lebendspende_D_08.pdf.
- Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/29.pdf>.
- World Medical Assembly*, Declaration of Sydney on Human Death, *J Med Ethics* 2007, 701 (abrufbar unter <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2598225/pdf/699.pdf>).

Zusammenfassung

Mit dem OTPG wurde erstmals ein gemeinsamer gesetzlicher Rahmen für die Lebend- und Leichenspende menschlicher Organe geschaffen. Hinsichtlich der Leichenspende wurden im Wesentlichen die bisherigen Entnahmevoraussetzungen der §§ 62a ff KAKuG überführt. Neu sind insb die spezialgesetzliche Verankerung von (bislang anhand allgemeiner zivil- und strafrechtlicher Regeln beurteilten) Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden sowie die in Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben geschaffenen Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organtransplantationen.

Die österreichische Rechtsordnung weist auch nach Inkrafttreten des OTPG im Bereich des Organtransplantationsrechts eine vergleichsweise geringe Regelungsdichte auf. Einige der bisherigen Regelungsdefizite (zB Fehlen eines Gewinnverbots bei der Lebendspende; unklare Möglichkeit eines organspezifischen Widerspruchs bei der Leichenspende) konnten jedoch behoben werden, sodass das OTPG insgesamt zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit beiträgt.

Zu einer wesentlichen Änderung kam es durch die engere Organdefinition des OTPG gegenüber dem von der hM zu § 62a KAKuG vertretenen Organbegriff. Künftig wird es somit notwendig, eine trennscharfe Grenze zwischen der Gewinnung von Organen iSd OTPG zur Transplantation in den menschlichen Körper und der Gewinnung von Geweben iSd des GSG zur Verwendung beim Menschen und damit zwischen dem Anwendungsbereich des OTPG und jenem des GSG zu ziehen. Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis sind hier zu erwarten.

Begrüßenswert ist, dass an der bewährten Widerspruchslösung und dem Hirntodkonzept bei der Leichenspende ohne Entfachen einer breiten und emotionalen Diskussion festgehalten wurde. Generell ist es dem Gesetzgeber hinsichtlich der Entnahmevoraussetzungen sowohl bei der Lebendspende als auch bei der Leichenspende im Wesentlichen gelungen, einen gerechten Ausgleich zwischen den (grundrechtlich geschützten) Interessen von Organspendern und potenziellen Organempfängern zu finden. Lediglich der nunmehr – entgegen der bisherigen hM – normierte generelle Ausschluss Minderjähriger von der Lebendorganspende sollte überdacht werden.

Ungenützt blieb die Chance, mit dem OTPG auch gesetzliche Rahmenbedingungen für die Organallokation zu schaffen. Sowohl durch wen und in welcher Form als auch anhand welcher materiellen Kriterien die Allokationsentscheidung zu treffen ist, bleibt weitgehend unregelt. Die gewählte Technik, die heikle (normative) Festlegung inhaltlicher Kriterien der Organzuteilung der GÖG in Form von „dem Stand der medizinischen Wissenschaft“ entsprechenden Verfahrensanweisungen zu überantworten, wird rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Ob, wann und mit welchem Inhalt derartige Verfahrensanweisungen erarbeitet werden, bleibt abzuwarten.

Abstract

With the enactment of OTPG, for the first time a common legal framework for the donation of human organs from living and deceased donors has been established. The requirements for organ removal from deceased donors in §§ 62a ff KAKuG were largely taken over. New are in particular the explicit legal provisions concerning requirements for organ removal from living donors, which until now had been assessed under the general principles of civil and criminal law, and the quality and safety standards for organ transplantation that implement the requirements of EU law.

Even after entry into force of the OTPG, the Austrian legal regime still reflects a comparatively low level of regulation in the field of organ transplantation law. However, some of the previous regulatory deficiencies (e.g. lack of regulations prohibiting financial gain resulting from living donation; uncertainty surrounding the possibility of organ-specific objections for deceased donors) were resolved, so that overall the OTPG contributes to legal clarity and certainty.

A significant change occurred through the tighter definition of what constitutes a human organ in the OTPG in contrast to the standard interpretation of the term “organ” under § 62a KAKuG. Therefore, in the future it will be necessary to clearly differentiate between the extraction of organs within the definition of the OTPG for the purpose of transplantation into human body and the extraction of tissue within the definition of the GSG for human application, and thereby between the scope of application of the OTPG and that of the GSG. In practice difficulties in demarcation can be expected.

The adherence to the well-established opt-out scheme and the concept of brain death for post-mortem donation without launching into a broad and emotional controversy is to be welcomed. Concerning requirements for organ removal from living donors as well as from deceased donors, the legislature has largely succeeded in its efforts to find an equitable compromise between the (constitutionally protected) interests of organ donors and those of potential organ recipients. Only the now stated general prohibition of living donations by minors (contrary to the previous prevailing view) should be reconsidered.

The legislature declined the opportunity to incorporate a legal framework for the allocation of organs into the OTPG. By whom and in which (legal) form the decision of organ alloca-

tion is to be made, as well as which substantive criteria are to be applied, remains largely unregulated. The tactic of signing over the sensitive (normative) determination of substantive criteria for organ allocation to the GÖG in the form of procedural instructions complying with “state of the art in medicine” does not meet the requirements of constitutionality and the protection of fundamental rights. If, when and with what content such procedural instructions will be worked out remains unclear.