

# RECHT **RdM** DER MEDIZIN

neue  
Rubriken

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Dietmar Jahnel, Karlheinz Kux,  
Matthias Neumayr, Reinhard Resch, Hannes Schütz, Helmut Schwamberger,  
Johannes Wolfgang Steiner, Felix Wallner, Johannes Zahl**

Februar 2009

01

1 – 32

## Beiträge

### Übernahme der Sponsorpflichten nach ArzneimittelR *Irene Titscher* ➔ 4

Verfahren bei Sterilisation behinderter Person  
*Reinhard Huter* ➔ 6

## Der praktische Fall

### Nierentransplantation unter eineiigen Zwillingen im Alter von 13 Jahren

*Thomas Müller, Ferdinand Mühlbacher, Christian Kopetzki und  
Aline Leischner* ➔ 10

## Gesetzgebung und Verwaltung

Novellierung der Ärztinnen-/Ärzteausbildungsordnung 2006 ➔ 14

Reanimation von Sterbenden ➔ 16

## Rechtsprechung

### Arzneimittelbezug von Ärzten ohne Hausapotheke ➔ 22

Haftung bei (unterlassenem) „off label use“ ➔ 26

Aufklärung und Einwilligung bei Behandlung Minderjähriger ➔ 27

# Nierentransplantation unter eineiigen Zwillingen im Alter von 13 Jahren

RdM 2009/4

## Sachverhalt

Familie R. lebt in Niederösterreich. Der Vater leitet ein mittelständisches Unternehmen, in dem auch die Mutter angestellt ist. Die finanzielle und soziale Situation der Familie kann man als solide bezeichnen. Familie R. hat 4 Kinder (D. 17 Jahre, gesund; F. 13 Jahre, gesund; P. 13 Jahre, Niereninsuffizienz; E. 3 Jahre gesund), die Eltern H. 44 Jahre und H. 41 Jahre sind beide ebenfalls gesund.

Am 23. 4. 1995 werden die beiden eineiigen Zwillinge F. und P. in der 31. Schwangerschaftswoche geboren. Während F. trotz Frühgeburtlichkeit keine nennenswerten Probleme hat, zeigt sein Zwilling Bruder P. einen durch mehrere schwere Komplikationen gekennzeichneten Krankheitsverlauf. Unmittelbar nach der Geburt (Kaiserschnitt-Entbindung) entwickelt sich eine Sauerstoffmangelsituation (APGAR 4/7/9) mit der typischen Lungenerkrankung des Frühgeborenen (Hyaline Membran Erkrankung). Im weiteren Verlauf kommt es zu einer schweren Darmerkrankung (nekrotisierende Enterocolitis), welche eine Operation notwendig macht. Die Kombination mehrerer Faktoren (Sauerstoffmangel, Darmerkrankung, Infektion, Medikamente) führt schließlich zu einem Nierenversagen. Dieses lässt sich durch konservative Maßnahmen beherrschen und P. kann ohne Dialysebehandlung entlassen werden. In den folgenden Monaten und Jahren werden die Folgeerkrankungen der komplizierten Neugeborenenzeit evident. P. entwickelt eine spastische Lähmung beider Beine (Diparese), kann jedoch aufgrund guter physiotherapeutischer Betreuung gut gehen. Weiters kommt es zum Auftreten eines Aufmerksamkeits-Defizit-Hyperaktivitäts-Syndrom (ADHS), das medikamentös behandelt wird. Die schwerwiegendste Kom-

plikation ist allerdings das langsam fortschreitende Nierenversagen, welches keiner therapeutischen Intervention zugänglich ist. P. ist nun 13 Jahre und 8 Monate alt. Er geht in die 2. Klasse Gymnasium und ist sozial und intellektuell voll integriert. Aufgrund der schweren Nierenerkrankung ist ab Jänner 2009 eine Dialysebehandlung notwendig.

Die medizinisch beste Behandlung des chronischen Nierenversagens stellt heute die Nierentransplantation dar. Diese Therapie ermöglicht ein nahezu „normales“ Leben mit ausgezeichneter Lebensqualität. In der Regel werden hierfür entweder Organe von hirntoten Verstorbenen transplantiert oder, vor allem in der Kindertransplantation, ein von den Eltern gespendetes Organ. Trotz ständiger Fortschritte in der medikamentösen Beeinflussung des Empfängerimmunsystems (Immunsuppression) haben solche Organe in Folge schleichender, chronischer Abstoßungsvorgänge nur eine begrenzte Lebensdauer (10–15 Jahre). Hinzukommen noch die Nebenwirkungen der dauerhaften Immunsuppression, allen voran die um ein Vielfaches erhöhte Wahrscheinlichkeit für bösartige Erkrankungen.

Im Gegensatz dazu würde ein Spenderorgan eines eineiigen Zwillinges keiner Immunsuppression bedürfen, da es sich hierbei um eine völlige genetische Übereinstimmung von Spender und Empfänger handelt. Ein solches Organ hätte somit *ohne Medikamente* eine lebenslange Funktionsdauer.

P's Bruder F. ist ein solcher gesunder 13-jähriger eineiiger Zwilling ...

Thomas Müller

Univ.-Prof. Dr. Thomas Müller, Universitätsklinik für Kinder- und Jugendheilkunde, Medizinische Universität Wien.

## Chirurgische Stellungnahme

Die Nierentransplantation ist mit Abstand die beste Therapie für das Endstadium einer Nierenerkrankung (ESRD). Das gilt nicht nur für die Lebensqualität, sondern besonders für die Lebenserwartung im Vergleich zur chronischen Dialyse.<sup>1)</sup> Das Sterblichkeitsrisiko steigt nur vorübergehend für etwa 100 Tage rund um die Operation um das 2,8 fache. Allerdings kann nach heutigem Stand der Datenlage die Überlebenswahrscheinlichkeit nicht auf das Niveau der alterskorrigierten, nicht nierenkranken Vergleichsgruppe angeglichen werden.<sup>2)</sup> Der Grund liegt darin, dass der Zeitpunkt, an dem noch 50% der transplantierten Nieren in Funktion sind, bei Organen von toten Spendern bei 13 Jahren liegen, im Falle von Lebendspende etwa 15 Jahre.<sup>3)</sup>

## Warum funktionieren diese Organe nicht „unbeschränkt“?

85% aller Nierentransplantationen werden in Europa mit Organen von toten Spendern durchgeführt. Der Prozess des Sterbens führt zu extremen hormonellen Veränderungen (Stresshormone), die ihrerseits die „Immunogenität“ der Organe hoch regulieren und sie dadurch den Abstoßungsreaktionen verstärkt aussetzen. Weiters führt die logistisch bedingte Kältelagerung der Organe von durchschnittlich 18 Stunden zu weiteren unspezifischen Schäden an den Organen. Das erklärt den Unterschied zwischen Organen von Verstorbenen gegenüber denen von Lebenden. Die Erklärung für die beschränkte Funktionsdauer dürfte aber darin liegen, dass alle Organempfänger von „homologen“ (von nicht identen Menschen gewonnenen) Organen mit Medikamenten behandelt werden müssen, die eine Abstoßungsreaktion verhindern. Diese Medikamente schädigen (Nebenwirkungsprofil!) nicht nur die transplantierten Organe durch Fibroseentwicklung, sondern haben auch noch andere schädigende Nebenwirkungen auf den Blutdruck, Diabetesentwicklung, Fettstoffwechsel, die wiederum die Lebenserwartung deutlich einschränken. Auch die Dauer der Dialyse vor einer Transplantation ist ein einschränkender Faktor für die Lebenserwartung.<sup>4)</sup> Zuletzt erhöht die langfristige immunsuppressive Medikation im Laufe der Zeit das Risiko der Entwicklung von bösartigen Tumoren um ein Vielfaches im Vergleich zur Normalbevölkerung und beträgt im Falle der Nierentransplantation 15% innerhalb der ersten 10 Jahre nach der Operation.<sup>5)</sup>

Im Falle einer Organspende unter genetisch identen Geschwistern (eineiege Zwillinge) treffen alle oben genannten Risikofaktoren nicht zu. Man kann also berechtigt davon ausgehen, dass eine Nierentransplantation im gegenständlichen Fall zu einem zeitlich unbegrenzten Erfolg ohne einschränkende Risiken führen wird.

## Welches Risiko hat nun der Spender?

Spenderrisiken sind sehr gut in einem Übersichtsartikel<sup>6)</sup> zusammengefasst. Im Wesentlichen ist das Sterblichkeitsrisiko für gesunde Organspender beachtlich, das 1992 mit 0,03% angegeben wurde,<sup>7)</sup> sich heute aber sicher verringert hat und praktisch dem Narkoserisiko entspricht. Andere perioperative Komplikationen sind reversibel und heilen ohne Dauerschäden aus.

Hinsichtlich einer Langzeitprognose geht aus der besten verfügbaren Studie aus Schweden<sup>8)</sup> hervor, dass gesunde einseitig nephrektomierte Organspender keine verkürzte Lebenserwartung, keine erhöhte Hypertoniefrequenz und auch keine erhöhte Wahrscheinlichkeit haben, eine ESRD zu erleben.<sup>9)</sup> Das ist auch die wissenschaftliche Datenlage, nach der wir die Organspender in unserer täglichen Praxis aufklären.

## Gibt es Alternativen?

Die absolut beste Therapieoption ist, wie aus den Ausführungen hervorgeht, die Nierentransplantation unter den eineiigen Zwillingen.

Die nächst bessere Option wäre die Nierentransplantation von einem Elternteil (beide wären bereit zur Organspende) mit dem Vorteil der Lebendspende, aber dem Nachteil der notwendigen Immunsuppression und der zu erwartenden „Halbwertszeit“ von 15 Jahren und einem zusätzlichem Krebsrisiko. In der Folge könnte später noch der andere Elternteil zur Verfügung stehen, zu gleichen Bedingungen und Erfolgswahrscheinlichkeiten wie der erste Elternteil.

Natürlich wären auch die Transplantation von einem Elternteil jetzt und die Nierentransplantation vom eineiigen Bruder zu einem späteren Zeitpunkt zu erwägen, allerdings besteht der Vorteil einer immunsuppressionsfreien Entwicklung nicht mehr.

Zuletzt ist die chronische Dialyse mit Warten auf ein Organ von einem toten Spender zu erwähnen, was bei Spendewilligkeit der Eltern im gegebenen Fall nicht notwendig ist.

## Abwägung des Risiko-Nutzen-Verhältnisses

Ich schätze den Nutzen für den Patienten bei einer Transplantation mit einem Organ vom eineiigen Zwilling sehr hoch ein, dieses Verfahren würde ihm ein Leben ohne jegliche Bürde von Seiten der Nierenerkrankung ermöglichen. Im Gegensatz ist das Spenderrisiko relativ gering sowohl hinsichtlich Sterblichkeit als auch Einschränkung der Lebenserwartung. Sollte er allerdings im Laufe seines Lebens an einem hohen Blutdruck erkranken, müsste er diese Behandlung mit höherer Sorgfalt beachten als jemand, der zwei Nieren hat.

## Kann der jetzt 13-jährige präsumtive Spender die Lage für sich und seinen Bruder richtig einschätzen?

In einem Gespräch mit der ganzen Familie hatte ich den Eindruck, dass das Thema Nierentransplantation für den Bruder schon über ein Jahr in der Familie besprochen wird und damit die Exposition zum Thema schon sehr intensiv bestanden hat. Eine weitere Wartezeit – so glaube ich – würde weder den Informationsstand noch die Entscheidungsgrundlage verbessern. Ich habe im Laufe meiner 25-jährigen aktiven Tätigkeit in der Nierentransplantation schon viele Gespräche mit Spendern geführt, auch mit Sprachbarrieren; dabei musste ich mich oft auch auf die Körpersprache in der Beurteilung der freien Entscheidung verlassen. Ich wurde zwar einmal absichtlich getäuscht,<sup>10)</sup> hatte aber im Familiengespräch die Überzeugung gewonnen, dass von Seiten der Eltern keinerlei Druck ausgeübt wird und der potenzielle Spender sehr gut informiert ist und, soweit ich beurteilen kann, einer Organspende freiwillig zustimmt. →

1) R. A. Wolfe et al, NEJM 341 (1999) 1762–1763.

2) R. Kramer, Jahresbericht 2005 des Österreichischen Dialyse und Transplantationsregisters (ÖDTR).

3) CTS – K15103–0808 Collaborative Transplant Study www.ctstransplant.org (2008).

4) H. U. Meuer-Kriesche/B. Kaplan, Transplantation 74 (2002) 1377–1381.

5) CTS – E51109–0206 Collaborative Transplant Study www.ctstransplant.org (2006).

6) Massimo Gai et al, Nephro Dial Transplant 22 (2007) 3122–3127.

7) J. S. Najarian, Lancet 340 (1992) 807–810.

8) I. Fehrman-Ekholm/F. Dunér/B. Brink et al, No evidence of accelerated loss of kidney function in living kidney donors: results from a cross-sectional follow-up, Transplantation 72 (2001) 444.

9) I. Fehrman-Ekholm et al, Incidence of end-stage renal disease among live kidney donors, Transplantation 82 (2006) 1646–1648.

10) C. Ionescu, Donor charged in Romania's first organ trafficking trial, Lancet 365 (2005) 1918.

Ich würde mir allerdings wünschen, dass dieser Gesichtspunkt von unabhängigen, einer Transplantation nicht negativ voreingenommenen Personen nochmals überprüft wird. Wäre ich der allein Entscheidende, ich würde diese Operation mit gutem Gewissen durchführen.

Ferdinand Mühlbacher

Univ.-Prof. Dr. Ferdinand Mühlbacher ist Leiter der Klinischen Abteilung für Transplantation und Vorstand der Universitätsklinik für Chirurgie, Medizinische Universität Wien.

### Juristische Stellungnahme

1. Anders als in vielen europäischen Ländern<sup>11)</sup> ist die Organentnahme von Lebend Spendern in Österreich gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Nur für die Zell- und Gewebsgewinnung zur Verwendung beim Menschen besteht seit dem GSG (BGBl I 2008/49) eine explizite Grundlage, die allerdings auf die Entnahme von Minderjährigen nicht Bezug nimmt. Die Zulässigkeit einer Lebendorgan spende kann daher nach wie vor nur nach allgemeinen straf- und zivilrechtlichen Maßstäben beurteilt werden. Darüber besteht ein breiter, wenngleich in manchen Details nicht einhelliger Konsens:

2. Aus strafrechtlicher Sicht ist klar, dass die Organexplantation für den Spender keinen gesundheitlichen Vorteil verspricht und daher als Körperverletzung iSd §§ 83 ff StGB zu qualifizieren ist. Folglich bedarf sie zu ihrer Rechtfertigung ausnahmslos einer wirksamen Einwilligung gem § 90 Abs 1 StGB. Eine solche Einwilligung setzt ua voraus, dass das entnommene Organ für den Spender nicht lebenswichtig ist, dass dem Eingriff eine umfassende und intensive Aufklärung über sämtliche Risiken, Nebenwirkungen und Alternativen vorangeht und dass die einwilligende Person auch über die erforderliche Einwilligungsfähigkeit verfügt.<sup>12)</sup> Überdies darf der Eingriff gem § 90 Abs 1 StGB „nicht gegen die guten Sitten“ verstoßen. Dieses Sittenwidrigkeitskorrektiv verlangt iZm Organspenden eine Abwägung zwischen der Schwere der Verletzung bzw Gefährdung beim Spender und den Chancen, die eine Transplantation für den Empfänger eröffnet: Stehen die zu erwartenden Vorteile beim Empfänger in einem angemessenen Verhältnis zu den Nachteilen beim Spender – oder überwiegen sie diese sogar –, dann wird die „Sittenkonformität“ grundsätzlich zu bejahen sein.<sup>13)</sup> Dabei kann zugunsten der Sittenkonformität auch der Wert des Selbstbestimmungsrechts des Spenders ins Gewicht fallen, das dieser mit seiner Einwilligung ausübt.<sup>14)</sup> Im konkreten Fall einer altruistischen Organspende zugunsten eines Zwillingbruders würde eine – sich nach den vorliegenden Informationen abzeichnende – Abwägung zwischen den Vorteilen beim Empfänger (voraussichtlich lebenslange Funktionsdauer der Niere ohne Medikamente) und den Nachteilen beim Spender (voraussichtlich problemloses Weiterleben mit einer funktionstüchtigen Niere bei geringem Operationsrisiko) für eine Übereinstimmung mit den „guten Sitten“ sprechen.

3. Die spezifische Problematik des Falles liegt freilich weniger in der unter dem Titel der „Sittenkonformität“ gebotenen Güterabwägung, sondern in der *Minderjährigkeit* des Spenders. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob und unter welchen Bedingungen auch die Einwilligung eines Minderjährigen in die Organspende eine rechtfertigende Wirkung für den (aus seiner Perspektive „fremdnützigen“) Eingriff entfalten bzw ob diese Einwilligung rechtswirksam durch Dritte (zB Eltern) ersetzt werden kann. Auch die „Freiwilligkeit“ in familiären Drucksituationen steht

am Prüfstand, obwohl sich dieses Thema unabhängig vom Alter des Spenders stellt. Das Strafgesetzbuch gibt auf all dies keine explizite Antwort.

Weitgehende Übereinstimmung dürfte darin bestehen, dass bei einem *einwilligungsunfähigen* Spender die Organentnahme aufgrund einer alleinigen Einwilligung sorgeberechtigter Dritter (Eltern) ausscheidet: Die Träger familienrechtlicher Sorgebefugnisse müssen im „Wohl“ des Betroffenen tätig werden; die Einwilligung in eine Organspende würde ihre Kompetenzen überschreiten.<sup>15)</sup> Nur für den – hier nicht einschlägigen – Sonderfall der Spende *regenerierbarer* Gewebe (Knochenmarkspende, insb zwischen minderjährigen Geschwistern) wird eine vertretungsweise Zustimmung der Eltern ausnahmsweise zugelassen: Die Begründung geht dahin, dass aufgrund einer Gesamtabwägung die Durchführung der Transplantation in dieser speziellen Situation (gefühlsmäßige Beziehung zwischen den Geschwistern, Erhalt des Familienlebens) letztlich dem Wohl *beider* Kinder eher entspricht als deren Unterbleiben.<sup>16)</sup> Eine Entnahme nicht regenerierbarer solider Organe bei nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen kraft alleiniger Zustimmung der Eltern wird hingegen durchwegs für unzulässig erachtet. Die Biomedizin konvention des Europarats verbietet dies in Art 20 sogar ausdrücklich.

4. Die Beurteilung des vorliegenden Falles hängt also maßgeblich von der Frage der *Einwilligungsfähigkeit* des spendenden Kindes selbst ab. Für diese Einwilligungsfähigkeit kommt es nicht auf die Geschäftsfähigkeit, sondern auf die *konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit* des Minderjährigen an. Auch wenn man einräumt, dass die Anforderungen an die Einsichts- und Urteilsfähigkeit umso strenger sind, je schwerer der Eingriff ist, ist es doch allgemein anerkannt, dass auch Minderjährige grundsätzlich die für eine Organspende erforderliche Einwilligungsfähigkeit aufweisen können. Die gesetzliche Vermutung zugunsten der Einwilligungsfähigkeit bei *mündigen* Minderjährigen ab vollendetem 14. Lebensjahr (§ 146 c Abs 1 ABGB) bestätigt dies. Unter der Voraussetzung, dass die sonstigen Bedingungen für eine wirksame Einwilligung erfüllt sind (insb: umfassende Aufklärung, Ausschluss von Willensmängeln) und hinreichende dokumentierte Gründe für die Annahme vorliegen, dass der als Spender in Betracht kommende Minderjährige Wesen und Bedeutung des Eingriffs einschließlich dessen Risiken versteht, spricht also im Prinzip nichts dagegen, dass die Entnahme der Niere durch die Einwilligung des einwilligungsfähigen minderjährigen Spenders gerechtfertigt sein kann.<sup>17)</sup> Für die These einer generellen

11) Für einen Überblick über die (recht uneinheitliche) Rechtslage im Ausland vgl *Gutmann/Schroth*, Organlebenspende in Europa (2002) insb 55 ff zu minderjährigen Spendern.

12) Dazu und zum Folgenden mwN *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 250 ff; *Burgstaller/Schütz*, WK<sup>2</sup> § 90 Rz 125 ff mwN; *Kienapfel/Schroll*, StudB BT I<sup>2</sup> (2008) § 90 Rz 30 mwN.

13) Zum Meinungsstand zB *Burgstaller/Schütz*, WK<sup>2</sup> § 90 Rz 131 mwN; *Kienapfel/Schroll*, BT I<sup>2</sup> § 90 Rz 63; *Kopetzki*, Organgewinnung 251; *Dujmovits*, Das österreichische Transplantationsrecht und die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin, in *Barta ua* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 55 (69).

14) *Burgstaller/Schütz*, WK<sup>2</sup> § 90 Rz 131 mwN.

15) MwN *Kopetzki*, Organgewinnung 253; *Burgstaller/Schütz*, WK<sup>2</sup> § 90 StGB Rz 130; *Kienapfel/Schroll*, BT I<sup>2</sup> § 90 Rz 38; *Rieder*, ÖJZ 1978, 113 (115); *Barth* in *Klang*, ABGB<sup>3</sup> (2008) § 146 c Rz 63.

16) Vgl – mit unterschiedlichen Begründungen – *Aigner*, Einwilligung Minderjähriger in eine Knochenmarkspende, RdM 1998, 144; *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 146 c Rz 63 mwN; *Dujmovits*, Organtransplantation, in *Aigner ua* (Hrsg), HB Medizinrecht (2004 ff) I/BT/15.

17) Statt vieler *Kopetzki*, Organgewinnung 252 ff; *Burgstaller/Schütz*, WK<sup>2</sup> § 90 StGB Rz 130; *Kienapfel/Schroll*, BT I<sup>2</sup> § 90 Rz 38; wohl auch *Dujmovits* in *Aigner ua*, HB Medizinrecht I/BT/15 (die auf die Eigenberechtigung abstellt, damit aber erkennbar die Einwilligungsfähigkeit meint); enger *Rieder*, ÖJZ 1978, 113 (115); aM *Kalchschmid*, Die Organtransplantation (1997) 198.

Unwirksamkeit der Einwilligung (auch mündiger) Minderjähriger in Organspenden in Analogie zum neuen § 146 d ABGB<sup>18)</sup> bietet die Rechtsordnung keinen tauglichen Anhaltspunkt.

Kommen die behandelnden Ärzte – allenfalls nach Beiziehung eines kinderpsychiatrischen Konsiliararztes – zur Überzeugung, dass der potenzielle minderjährige Spender Bedeutung und Tragweite seiner Einwilligung und der damit einhergehenden Risiken abschätzen kann und er dabei auch keinem Zwang unterliegt, dann wäre die nötige Einwilligungsfähigkeit gegeben. Ab dem 14. Geburtstag wird dies gem § 146 c Abs 1 ABGB vermutet. Vor Vollendung des 14. Lebensjahres führt § 146 c Abs 1 ABGB zwar e contrario zur Vermutung der Einwilligungsunfähigkeit. Das schließt es jedoch bei entsprechender Daten- und Dokumentationslage nicht aus, schon knapp vor diesem Zeitpunkt die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu bejahen.<sup>19)</sup> Entscheidend ist trotz der an der 14-Jahres-Grenze anknüpfenden (widerleglichen) Vermutung die „konkrete“ Einsichtsfähigkeit und nicht das Erfüllen einer schematischen Altersgrenze.

5. Aus zivilrechtlicher Sicht bleibt die Bedeutung des § 146 c Abs 2 ABGB zu hinterfragen. Wendet man die dort enthaltenen Einwilligungsregeln – wofür überzeugende Gründe sprechen – nicht nur auf Heilbehandlungen, sondern auch auf andere invasive medizinische Eingriffe an,<sup>20)</sup> dann bedarf es wegen der Schwere einer Organentnahme neben der Einwilligung des (einwilligungsfähigen) Minderjährigen auch noch einer *zusätzlichen Zustimmung eines sorgeberechtigten Elternteils* (§ 154 Abs 1 ABGB).

Mit dem Erfordernis einer Zustimmung der Eltern (genauer: eines Elternteils) treten all jene Auslegungsfragen wieder auf den Plan, die mit der Bindung des elterlichen Sorgerechts an das „Kindeswohl“ – und auch mit der unklaren Rechtsnatur der „Zustimmung“ iSd § 146 c Abs 2 ABGB<sup>21)</sup> – zusammenhängen. Die bisherigen literarischen Versuche, die Möglichkeit einer Zustimmung der Eltern zu einer Gewebsspende zwischen minderjährigen Geschwistern mit dem „Kindeswohl“ in Einklang zu bringen (etwa: weil die Rettung des Empfänger-Kindes auch im Wohl des Spender-Kindes läge), konzentrierten sich auf den vergleichsweise gelinderen Fall der Übertragung *regenerierbaren* Gewebes vom einwilligungsunfähigen Spender. Im Hinblick auf die Spende *solider Organe* Minderjähriger herrscht hingegen, was die Ersetzbarkeit der Einwilligung betrifft, ablehnende Skepsis. Könnte also möglicherweise die Zulässigkeit der Transplantation daran scheitern, dass zwar der einwilligungsfähige Minderjährige seine Einwilligung, nicht hingegen die Eltern die nötige Zustimmung nach § 146 c Abs 2 ABGB erteilen dürften?

Die mit der Reichweite des „Kindeswohls“ verknüpften rechtlichen Fragen der Vertretungsbefugnis in Bezug auf nicht-therapeutische Eingriffe an Kindern können hier nicht geklärt werden.<sup>22)</sup> An dieser Stelle mag der Hinweis genügen, dass man die Rechtsauffassungen zu den engen Grenzen des „Kindeswohls“ bei einer vertretungsweisen elterlichen Einwilligung in die Organentnahme bei *Einwilligungsunfähigen* nicht ohne weiteres auf die zusätzliche Zustimmung gem § 146 c Abs 2 ABGB bei medizinischen Eingriffen an *einwilligungsfähigen* Minderjährigen übertragen sollte: Die substanzielle Rechtfertigung der Explantation beruht hier (auch in zivilrechtlicher Sicht) gerade nicht auf der substituierenden Zustimmung durch die Eltern, sondern auf der höchstpersönlichen Einwilligung des (einwilligungsfähigen!) Minderjährigen selbst. Wenn man – im Einklang mit der hL –

die Vereinbarkeit der elterlichen Zustimmung mit dem „Kindeswohl“ bei der Knochenmarkspende vom einwilligungsunfähigen Kind bejaht, dann scheint es plausibel, diese Möglichkeit der Zustimmung auch für die Nierenspende vom einwilligungsfähigen Kind zugunsten eines Geschwisters zu eröffnen: Die im Vergleich zur Knochenmarkspende größere Intensität und Schwere des Eingriffs wird durch die höchstpersönliche Einwilligung des Spenders ausreichend kompensiert. Bei der Prüfung, ob die zusätzliche Zustimmung der Eltern auch im Wohl des *spendenden* Kindes liegt, fällt der – sofern gleichgerichtete – Wille des einwilligungsfähigen Kindes besonders ins Gewicht (§ 146 Abs 3 ABGB) und erweitert den Spielraum der elterlichen Zustimmung auch in Richtung größerer Eingriffe.

6. Im Schrifttum wird mitunter, statt der Zustimmung der Eltern zu einer Organ- bzw Gewebsspende zwischen nicht einwilligungsfähigen Geschwistern, die Zustimmung eines (zu diesem Zweck gerichtlich zu bestellenden) *Kollisionskurators* gem § 272 ABGB für das spendende Kind verlangt, da sich die Eltern wegen ihrer gleichzeitigen Zuständigkeit zur Vertretung zweier Minderjähriger mit divergierenden Interessen offensichtlich in einer Interessenkollision befinden.<sup>23)</sup> Dieser Kurator müsste dann gem § 216 Abs 2 ABGB noch weitere Bedingungen erfüllen (gerichtliche Genehmigung oder ärztliches Zeugnis eines unabhängigen Arztes über Einwilligungsunfähigkeit des Kindes und Erforderlichkeit der Maßnahme). Ob diese verfahrensrechtlichen Kautelen auf den vorliegenden Fall einer elterlichen Zustimmung beim *einwilligungsfähigen* Spender iSd § 146 c Abs 2 ABGB anwendbar sind, ist allerdings zu bezweifeln: Denn die kumulative – zur persönlichen Einwilligung des einwilligungsfähigen Minderjährigen hinzutretende – Zustimmung des Sorgeberechtigten gem § 146 c Abs 2 ABGB stellt nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers gar keinen Vertretungsfall dar.<sup>24)</sup> Mangels Vertretungsbedarfs liegt dann auch kein Anwendungsfall des § 272 ABGB vor.<sup>25)</sup> Wenn es zutrifft, dass der Eingriff am einwilligungsfähigen Minderjährigen bereits durch *dessen* Einwilligung gerechtfertigt ist (und die Eltern folglich nicht an seiner Stelle einwilligen),<sup>26)</sup> dann ist nicht einzusehen, weshalb die nach § 146 c Abs 2 ABGB erforderliche unterstützende Zustimmung der Eltern auf einen staatlich bestellten Kurator verlagert und auf diese Weise das eigene Selbstbestimmungsrecht des Kindes von zusätzlichen prozessualen Hürden abhängig gemacht werden soll.

Christian Kopetzki / Aline Leischner

18) So *Stormann* in *Schwimmann*, ABGB I<sup>3</sup> § 146 c Rz 9. Für eine Analogie zu § 146 d ABGB (Sterilisation) fehlt sowohl eine erkennbare Lücke im Gesetz als auch eine hinreichende Ähnlichkeit der Problematik.

19) Statt vieler *Stormann* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 146 c Rz 6.

20) So die wohl hL: mwN *Stormann* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 146 c Rz 2; *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 146 c Rz 2, 63.

21) Zur bunten Palette des Meinungsstandes zB *Stormann* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 146 c Rz 8.

22) Weiterführende Hinweise bei *Burgstaller/Schütz*, WK<sup>2</sup> § 90 Rz 43, 116, 130; *Kopetzki*, Die Verwendung humaner Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, FS Burgstaller (2004) 601 (608).

23) *Kozioł*, Haftpflichtrecht II (1984) 123; *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 146 c Rz 63; anders *Kopetzki*, Organgewinnung 253 f.

24) Erläut 296 BlgNR 21. GP 55; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 146 c Rz 7, § 272 Rz 2; *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 146 c Rz 31.

25) Ganz abgesehen davon, dass in diesem Fall die von § 216 Abs 2 ABGB geforderte Prüfung der Einwilligungsunfähigkeit keinen Sinn ergäbe, da es sich voraussetzungsgemäß um einwilligungsfähige Minderjährige handelt.

26) Erläut 296 BlgNR 21. GP 55; *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 146 c Rz 33.