



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 495/16

Verkündet am:
29. Januar 2019
Holmes
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

TPG § 8; BGB § 823 (Aa, C)

- a) Bei den Vorgaben des § 8 Abs. 2 Satz 3 (Anwesenheit eines neutralen Arztes beim Aufklärungsgespräch) und Satz 4 (Erfordernis einer zu unterzeichnenden Aufklärungsniederschrift) des Transplantationsgesetzes (TPG) handelt es sich um die Aufklärungspflicht des Arztes begleitende Form- und Verfahrensvorschriften. Der Verstoß hiergegen führt nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung des Lebendorganspenders in die Organentnahme und zu deren Rechtswidrigkeit, sondern zu einer Beweisskepsis gegenüber der Behauptung einer ordnungsgemäßen Aufklärung.
- b) Der Einwand, der unter Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG inhaltlich nicht ordnungsgemäß aufgeklärte Lebendorganspender wäre auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung mit der Organentnahme einverstanden gewesen (Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens), ist nicht beachtlich, weil dies dem Schutzzweck der gesteigerten Aufklärungsanforderungen des § 8 TPG widerspräche.

BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 495/16 - OLG Hamm
LG Essen

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2018 durch die Richterin von Pentz als Vorsitzende, den Richter Wellner, die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff sowie den Richter Dr. Klein

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 7. September 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht gegen die Beklagten Ansprüche auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens im Zusammenhang mit einer von ihr im Jahr 2009 geleisteten Lebendnierenspende geltend.
- 2 Der Vater der Klägerin litt an einer chronischen Niereninsuffizienz Stadium IV auf dem Boden einer Leichtkettenerkrankung. Die Klägerin wandte sich an das von der Beklagten zu 5, einem Universitätsklinikum, getragene Transplantationszentrum, um die Möglichkeit einer Nierenspende an ihren Vater abzuklären. Am 12. September 2008 unterzeichnete die Klägerin eine schriftliche Patienteninformation mit Einverständniserklärung zur Nierenlebenspende. Bis

zum 30. Oktober 2008 erfolgte die Evaluation der Klägerin als potentielle Spenderin. Am 30. Dezember 2008 wurde die Klägerin der Kommission Transplantationsmedizin der Ärztekammer vorgestellt, die keine Anhaltspunkte dafür fand, dass die geplante Organspende nicht freiwillig erfolge. Am 27. Januar 2009 fand ein sog. Lebendspende-Gespräch zwischen der Klägerin und den Beklagten zu 2 und 3, zwei Ärzten der Klinik für Nephrologie der Beklagten zu 5, statt. Ein weiteres, als "Konsensusgespräch" bezeichnetes Gespräch fand, ebenfalls am 27. Januar 2009, zwischen der Klägerin, ihrem Vater, dem Beklagten zu 1 als Transplantationschirurgen und dem Beklagten zu 2 statt. Die Klägerin und ihr Vater unterzeichneten hierüber ein mit "Checkliste Konsensusgespräch" überschriebenes Protokoll. Am 24. Februar 2009 wurde die Klägerin stationär aufgenommen und durch die Beklagte zu 4, eine weitere Ärztin der Klinik für Nephrologie, über die geplante offene Entnahme der Niere aufgeklärt. Die Niere wurde am 25. Februar 2009 durch den Beklagten zu 1 operativ entnommen und auf den Vater übertragen. Im Mai 2014 kam es zum Transplantatverlust beim Vater.

3 Die Klägerin macht geltend, nicht ausreichend über die Folgen der Spende für ihre Gesundheit und über die bei ihrem Vater bestehende Hochrisikosituation für einen Transplantatverlust aufgeklärt worden zu sein. Bei der Aufklärung seien zudem die Anforderungen des § 8 Abs. 2 TPG nicht eingehalten worden. Seit der Spende leide sie an einem chronischen Fatigue-Syndrom und an einer Niereninsuffizienz.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

5 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in VersR 2016, 1572 veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch relevant, im Wesentlichen ausgeführt:

6 Eine Haftung der Beklagten ergebe sich nicht aus einem Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 3 bis 5 TPG. Zwar liege ein solcher Verstoß vor, da zwar eine "Checkliste Konsensgespräch" unterschrieben worden sei, diese aber weder den "Inhalt der Aufklärung" (§ 8 Abs. 2 Satz 4 TPG) noch eine "Angabe über die versicherungsrechtliche Absicherung der gesundheitlichen Risiken" (§ 8 Abs. 2 Satz 5 TPG) beinhalte. Auch liege ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG iVm § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG nahe. Nach dieser Regelung müsse die Aufklärung bei einer Organentnahme in Anwesenheit eines Arztes erfolgen, der weder an der Organentnahme noch an der Organübertragung beteiligt sei. Der Beklagte zu 2 sei zwar nicht an der Entnahme- oder Übertragungsoperation beteiligt gewesen. Als federführender Nephrologe der Transplantation, der auch den Abschlussbericht an die gem. § 8 Abs. 3 TPG einzubindende Ethik-Kommission unterzeichnet habe, sei er jedoch gleichermaßen involviert und könne grundsätzlich gleichermaßen ein potentiell Interesse haben, die Spende zu forcieren, wie der unmittelbar an der eigentlichen Transplantation beteiligte Arzt. Ein Verstoß gegen die formellen Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 TPG führe allerdings nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit des Eingriffs bzw. zu der Unwirksamkeit der Einwilligung, da es sich insoweit lediglich um allgemeine Verfahrensregelungen handele, die nicht die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung im Einzelfall regeln sollten.

7 Die Beklagten hafteten auch nicht wegen der inhaltlich unzureichenden Aufklärung der Klägerin über die mit der Lebendnierenspende verbundenen Folgen und Risiken. Zwar bestünden Aufklärungsdefizite sowohl hinsichtlich des besonderen Risikos der Klägerin infolge ihrer eigenen, bereits vor der Operation jedenfalls im unteren Grenzbereich liegenden Nierenfunktionswerte als auch hinsichtlich des besonderen, durch die Grunderkrankung des Vaters erhöhten Risikos eines Transplantatverlusts. Ob das Fatigue-Syndrom im Jahr 2009 aufklärungspflichtig gewesen sei, sei unklar, könne aber zugunsten der Klägerin unterstellt werden. Die festgestellten Aufklärungsdefizite seien jedoch haftungsrechtlich irrelevant. Es greife der von den Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung, weil die Klägerin nicht plausibel dargelegt habe, dass sie im Falle einer hinreichenden Aufklärung von der Organspende abgesehen hätte.

II.

8 Die Revision ist begründet. Die Klageansprüche bestehen zwar nicht bereits wegen des Verstoßes gegen die in § 8 Abs. 2 Satz 3 bis 5 TPG niedergelegten formellen Aufklärungsvorgaben (1.). Die Klage ist jedoch jedenfalls dem Grunde nach wegen der inhaltlich unzureichenden Aufklärung der Klägerin über die Chancen und Risiken ihrer Lebendspende begründet (2.).

9 1. Entgegen der Auffassung der Revision ist das Klagebegehren nicht schon wegen der vom Berufungsgericht festgestellten Verstöße gegen die formellen Aufklärungsvorgaben in § 8 Abs. 2 Satz 3 bis 5 TPG begründet.

10 a) § 8 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz,

TPG) in der insoweit bis heute unveränderten Fassung vom 4. September 2007 haben - soweit für das vorliegende Verfahren relevant - folgenden Wortlaut:

Abschnitt 3 Entnahme von Organen und Geweben bei lebenden Spendern

§ 8 Entnahme von Organen und Geweben

(1) ¹Die Entnahme von Organen oder Geweben zum Zwecke der Übertragung auf andere ist bei einer lebenden Person (...) nur zulässig, wenn

1. die Person (...)

b) nach Absatz 2 Satz 1 und 2 aufgeklärt worden ist und in die Entnahme eingewilligt hat,

c) nach ärztlicher Beurteilung als Spender geeignet ist und voraussichtlich nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird,

2. die Übertragung des Organs oder Gewebes auf den vorgesehenen Empfänger nach ärztlicher Beurteilung geeignet ist, das Leben dieses Menschen zu erhalten oder bei ihm eine schwerwiegende Krankheit zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Beschwerden zu lindern, (...)

²Die Entnahme einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe ist darüber hinaus nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen.

(2) ¹Der Spender ist durch einen Arzt in verständlicher Form aufzuklären über (...)

3. die Maßnahmen, die dem Schutz des Spenders dienen, sowie den Umfang und mögliche, auch mittelbare Folgen und Spätfolgen der beabsichtigten Organ- oder Gewebeentnahme für seine Gesundheit, (...)

5. die zu erwartende Erfolgsaussicht der Organ- oder Gewebeübertragung (...)

²Der Spender ist darüber zu informieren, dass seine Einwilligung Voraussetzung für die Organ- oder Gewebeentnahme ist. ³Die Aufklärung hat in Anwesenheit eines weiteren Arztes, für den § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 entsprechend gilt, und, soweit erforderlich, anderer sachverständiger Personen zu erfolgen. ⁴Der Inhalt der Aufklärung und die Einwilligungserklärung des Spenders sind in einer Niederschrift aufzuzeichnen, die von den aufklärenden Personen, dem weiteren Arzt und dem Spender zu unterschreiben ist. ⁵Die Niederschrift muss auch eine Angabe über die versicherungsrechtliche Absicherung der gesundheitlichen Risiken nach Satz 1 enthalten (...)

Abschnitt 2 Entnahme von Organen und Geweben bei toten Spendern

§ 5 Nachweisverfahren

(...)

(2) ¹Die an den Untersuchungen nach Absatz 1 beteiligten Ärzte dürfen weder an der Entnahme noch an der Übertragung der Organe oder Gewebe des Spenders beteiligt sein. ²Sie dürfen auch nicht Weisungen eines Arztes unterstehen, der an diesen Maßnahmen beteiligt ist. (...)

11 b) Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Verstoß gegen die Vorgaben in § 8 Abs. 2 Satz 4 und 5 TPG bejaht. Auch der als naheliegend erachtete Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG ist gegeben.

12 aa) Die unterschriebene "Checkliste Konsensusgespräch" genügt der nach § 8 Abs. 2 Satz 4 TPG erforderlichen schriftlichen Aufzeichnung des "Inhalt(s) der Aufklärung" nicht. Zwar versichern die Klägerin und ihr Vater dort mit ihrer Unterschrift, sich über die Chancen und Risiken einer Nierenlebenspende ausreichend aufgeklärt zu fühlen und keine weiteren Fragen zu haben. In der Sache enthält die Checkliste jedoch vor allem eine Aufstellung über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen bestimmter Erklärungen und Untersuchungen; konkrete Risiken oder besondere Umstände der Lebenspende, die Inhalt einer Aufklärung der Klägerin gewesen wären, sind hingegen nicht notiert. Überdies enthält die Liste auch nicht die nach § 8 Abs. 2 Satz 5 TPG in die Niederschrift aufzunehmenden Angaben über die versicherungsrechtliche Absicherung der gesundheitlichen Risiken.

13 bb) Die Klägerin ist entgegen § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG auch nicht in Anwesenheit eines weiteren, neutralen Arztes im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG aufgeklärt worden.

14 Die Bestimmungen in § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG, die sich unmittelbar mit der Organentnahme bei toten Spendern befassen, sollen die Unabhängigkeit der für die Feststellung des Todeseintritts verantwortlichen Ärzte von den transplantierenden Ärzten gewährleisten und so mögliche Interessenkonflikte zwischen beiden Seiten vermeiden (BT-Drs. 13/4355 S. 19; Höfling/Rixen, TPG, 2. Aufl., § 5 Rn. 7). Die todesfeststellenden Ärzte dürfen mit keiner ihrer Verhaltensweisen die Entnahme oder Übertragung durch die transplantierenden Ärzte in irgendeiner Weise unmittelbar fördern (Höfling/Rixen, aaO, Rn. 8); sie müs-

sen im Hinblick auf die Spende vielmehr neutral sein (Kubella in Festschrift Dahm, 2017, S. 297, 299). Die Garantie der Unabhängigkeit soll dahingehende Bedenken zerstreuen, dass der Hirntod nur deshalb diagnostiziert wird, weil Schwerkranken geholfen werden soll (Schroth in Schroth/König/Gutmann/Ouncu, TPG, 2005, § 5 Rn. 4). Dies gilt aufgrund des Verweises in § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG entsprechend auch für die Aufklärung des Lebendspenders.

15 Nach dieser Maßgabe kommt der an dem Konsensusgespräch beteiligte Beklagte zu 1 als die Nierenentnahme verantwortlich durchführender Chirurg von vornherein nicht als "weiterer Arzt" im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG in Betracht. Der ebenfalls an dem Konsensusgespräch und zudem an dem Lebendspende-Gespräch beteiligte Beklagte zu 2 hat zwar nicht an der Entnahme- oder Übertragungsoperation mitgewirkt, fungierte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch als federführender Nephrologe und damit als der für die nierenkundliche Seite der Transplantation maßgeblich zuständige Arzt, der auch den Abschlussbericht vom 30. Dezember 2008 an die Kommission Transplantationsmedizin der Ärztekammer unterzeichnet hat. Damit scheidet auch er als weiterer Arzt im Sinne von § 8 Abs. 2 Satz 3 TPG aus. Gleiches gilt für die Beklagte zu 4, welche die unmittelbare Aufklärung für die Entnahmeoperation vorgenommen hat.

16 c) Der Verstoß gegen die vorgenannten Vorgaben des Transplantationsgesetzes führt indes nicht per se zur Unwirksamkeit der Einwilligung der Klägerin in die Organentnahme und zu deren Rechtswidrigkeit. Bei den unbeachtet gebliebenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG handelt es sich (lediglich) um Form- und Verfahrensvorschriften, welche die Pflicht des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung des Spenders begleiten. § 8 Abs. 2 Satz 5 TPG betrifft allein die wirtschaftliche Aufklärung.

- 17 aa) Ob es sich bei den Regelungen des § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG um reine Form- und Verfahrensvorschriften handelt oder um Vorschriften, mit deren Befolgung die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Einwilligung in die Organentnahme steht und fällt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten und höchstrichterlich bislang noch nicht entschieden.
- 18 (1) Die überwiegende Ansicht im Schrifttum sowie die bisher ergangene obergerichtliche Rechtsprechung halten die genannten Regelungen für bloße Form- und Verfahrensvorschriften. Zur Begründung wird ausgeführt, dass es sich schon nach den Gesetzesmaterialien um lediglich verfahrensrechtliche Vorgaben handele, die eine autonome Entscheidung des Spenders bzw. die Freiwilligkeit der Spende absicherten (OLG Düsseldorf, VersR 2016, 1567, 1568 m. zust. Anm. Süß; Kubella in Festschrift Dahm, 2017, S. 297, 300 ff.) und ihn vor übereilter Einwilligung schützen sollen (Schreiber, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 73 ff.). Dabei komme den Formvorschriften doppelte Schutzfunktion zu, indem sie den Spender vor einem ungewollten Eingriff bewahren und dem explantierenden Arzt Beweismöglichkeiten für den Fall einer späteren Auseinandersetzung vor Gericht eröffnen sollen (vgl. Schreiber, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 73; Lomb, Der Schutz des Lebendorganspenders, 2012, S. 203 f.; weitergehend Hahn, Transplantationsrecht - die Lebendspende und ihre Voraussetzungen im Überblick, in: Leipziger juristische Seminararbeiten, Jahrbuch 2005, S. 61, 66: vorrangig Beweis- und Entlastungsmittel zum Schutz des Arztes).
- 19 Daraus, dass die Zulässigkeit der Organentnahme beim Lebenden regelnde § 8 Abs. 1 TPG hinsichtlich der Aufklärung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b TPG) nur auf die den Inhalt des Aufklärungsgesprächs normierenden Regelungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG verweise, nicht aber auf die Vorschriften

des § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG, ergebe sich, dass die Wirksamkeit der Aufklärung weder von der Hinzuziehung des weiteren Arztes noch von der Verschriftlichung der Aufklärung abhängt (Kubella in Festschrift Dahm, 2017, S. 297, 300, 302). Für diese Sichtweise sprächen ferner die gesetzlichen Regelungen zur Strafbarkeit einer Organentnahme: In § 19 Abs. 1 TPG seien zwar Organentnahmen bei nicht volljährigen oder nicht einwilligungsfähigen Personen (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a TPG) oder bei unzureichender Aufklärung wegen Verstoßes gegen § 8 Abs. 1 Satz 1b TPG unter Strafe gestellt, nicht aber die Organentnahme nach Aufklärung des Organspenders ohne die Hinzuziehung eines weiteren Arztes (OLG Düsseldorf, VersR 2016, 1567, 1568; Bals, GesR 2017, 711, 712).

20 (2) Die Gegenansicht geht davon aus, dass ein Verstoß gegen die formellen Regelungen des § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG zur Unwirksamkeit der Einwilligung und damit zur Rechtswidrigkeit der Organentnahme führt. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers gebe die Regelung des § 8 TPG eine formell und inhaltlich besonders ausgestaltete Aufklärungspflicht vor, die umfassend und ausnahmslos strikt einzuhalten sei, so dass bereits ein Verstoß gegen diese Bestimmungen eine Haftung des Arztes begründe, der den Regelverstoß zu vertreten habe (LG Düsseldorf, Urteil vom 16. August 2012 - 3 O 388/10, BeckRS 2012, 212970 Rn. 44). Dies folge schon aus dem verbindlichen Wortlaut der gesetzlichen Vorgaben und aus der - jedenfalls sinngemäßen - Anwendung von § 125 BGB (Witke, VersR 2017, 1181, 1184, 1186).

21 bb) Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an.

22 (1) Der Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG ist allerdings für beide Deutungen offen, wobei die Formulierungen "hat zu" und "sind/ist zu" für eine höhere Verbindlichkeit der normierten Vorgaben sprechen. Diese Verbindlich-

keit als solche besagt aber noch nichts über die sich aus einer Verletzung der Vorgaben ergebenden Rechtsfolgen. Sie kann auch durch niederschwellige haftungsrechtliche Folgen etwa in Gestalt der Beweislastverteilung im Rahmen der allgemeinen Haftungsbestimmungen (s. hierzu unten II.1.d) oder berufs-, standes- und aufsichtsrechtliche Maßnahmen (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1, § 10 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 8 TPG) sichergestellt werden.

23 (2) Die Gesetzessystematik spricht gegen die Annahme, die Einhaltung der Vorgaben des § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG sei für die Wirksamkeit der Einwilligung des Spenders konstitutiv.

24 Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b TPG ist die Entnahme von Organen zum Zwecke der Übertragung auf andere bei einer lebenden Person nur zulässig, wenn die Person nach § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG aufgeklärt worden ist und in die Entnahme eingewilligt hat. Der Verweis auf die Sätze 1 und 2 des zweiten Absatzes, nicht aber auf dessen Sätze 3 bis 5, spricht dagegen, die in letzteren enthaltenen Vorgaben als Zulässigkeitsvoraussetzungen der Lebendspende zu verstehen (OLG Düsseldorf, VersR 2016, 1567, 1568; Kubella in Festschrift Dahm, 2017, S. 297, 300, 302).

25 Von einem redaktionellen Versehen ist insoweit nicht auszugehen. Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des § 8 TPG durch das Gesetz über die Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen (Gewebegesetz) vom 20. Juli 2007 (BGBl. I 1574, 1579) Absatz 2 Satz 1 um das Gebot der Aufklärung durch einen Arzt "in verständlicher Form" ergänzt und den Verweis in § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b TPG auf den ebenfalls neu eingefügten Satz 2 des zweiten Absatzes, nicht aber auf die Regelungen in den nunmehrigen - und dem vorliegenden Rechtsstreit inmitten stehenden - Sätzen 3 bis 5 erstreckt (vgl. Kubella in Festschrift Dahm, 2017, S. 297, 301). Von einer solchen Erwei-

terung hat der Gesetzgeber auch bei der bislang letzten Ergänzung des § 8 TPG durch das Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 21. Juli 2012 (BGBl. I 1601, 1602) abgesehen. Dies spricht gegen ein redaktionelles Versehen und dafür, dass der Gesetzgeber die Einhaltung der Aufklärungsvorgaben aus § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG nicht zur Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Lebendspende erheben wollte (vgl. OLG Düsseldorf, VersR 2016, 1567, 1568).

26 Der Abgleich mit den Strafvorschriften des Transplantationsgesetzes ist in systematischer Hinsicht dagegen unergiebig. Zwar stellt die Strafbewehrung in § 19 Abs. 1 TPG aufgrund des ausdrücklichen Normverweises nur - soweit in diesem Zusammenhang von Interesse - Verstöße gegen § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und b, Nr. 4 TPG unter Strafe, nicht aber solche gegen § 8 Abs. 2 Satz 3 bis 5 TPG. Doch verbietet sich schon aufgrund des ultima ratio-Charakters des Strafrechts der Rückschluss, die Verletzung der dort nicht in Bezug genommenen Aufklärungsvorgaben könne nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen.

27 (3) Der Zweck der Vorschriften spricht ebenfalls für ihren im Ausgangspunkt formalen Charakter.

28 Sowohl das Schriftformerfordernis des § 8 Abs. 2 Satz 4 TPG als auch das Erfordernis der Anwesenheit eines weiteren Arztes (§ 8 Abs. 2 Satz 3 TPG) sind kein Selbstzweck, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers verfahrensrechtliche Vorgaben in Ergänzung der Aufklärungspflicht (BT-Drs. 13/4355 S. 20 zu der § 8 TPG weitgehend entsprechenden Vorschrift § 7 TPG-E, hier zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b TPG-E). Beiden Vorschriften kommt insoweit Nachweisfunktion zu, was typisches Kennzeichen rein formaler Vorschriften ist (vgl. hierzu Hilbrandt/Lange, NZS 2018, 175, 177). Das Schriftformerfordernis be-

gründet eine Dokumentationspflicht über den Inhalt der Aufklärung und Einwilligungserklärung (BT-Drs. 15/5050, S. 20 - Bericht der Enquetekommission Ethik und Recht der modernen Medizin zur Organlebendspende) und dient hierdurch der Aufklärungsqualität (Lomb, Der Schutz des Lebendorganspenders, 2012, S. 204) und der Verfahrenssicherung (BT-Drs. 13/4355 S. 21 zu § 7 Abs. 2 Satz 3 TPG-E; BT-Drs. 15/5050 S. 20; Gutmann, MedR 1997, 147, 151; Lomb, Der Schutz des Lebendorganspenders, 2012, S. 204). Dies gilt auch für das Erfordernis der Anwesenheit eines weiteren Arztes, welches die formale Unabhängigkeit der Aufklärung absichert, mittelbar eine Selbstkontrolle der an der Transplantation beteiligten Mediziner bewirkt und hierdurch der Objektivität des Aufklärungsvorgangs dient (vgl. Höfling/Augsberg, TPG, 2. Aufl., § 8 Rn. 84).

29 Im Hinblick auf die für die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung darlegungs- und beweisbelastete Behandlungsseite (vgl. Senatsurteile vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13; NJW 2015, 74 Rn. 5, 9; vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13, NJW 2014, 1527 Rn. 11; vgl. nunmehr auch § 630h Abs. 2 BGB) dienen das Schriftformerfordernis und die Anwesenheit des weiteren Arztes der Beweissicherung (Lomb, Der Schutz des Lebendorganspenders, 2012, S. 203; Esser, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken, 2000, S. 133, 143; Schreiber, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, 2004 S. 73).

30 (4) Auch den weiteren Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG eine weitergehende Wirkung zukommen sollte. Den Vorschriften und den hierzu dem vorliegenden Verfahren inmitten stehenden Rechtsfragen wurde im Gesetzgebungsverfahren keine erhellende Beachtung geschenkt. Vielmehr galt der Schwerpunkt der Diskussion, soweit sie überhaupt die Lebendspende betraf, v.a. dem Erfordernis einer Nähebeziehung

zwischen Spender und Empfänger, dem Vorrang der postmortalen Spende, der Vermeidung eines Kommerzialisierungseffekts sowie der Sicherung der Freiwilligkeit der Spenderentscheidung durch Einschaltung einer Gutachter-Kommission (vgl. BT-PIPr. 13/99 S. 8821 - 1. Beratung [Abg. Philipp]; BT-PIPr. 13/183 S. 16403 - 2. Beratung [Abg. Thomae]; Schreiber, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 15. Januar 1997, S. 9 ff.; im Überblick Heuer/Conrads, MedR 1997, 195, 201; ausführlich zur Gesetzgebungshistorie Dippel in Festschrift Hanack, 1999, S. 682 ff.).

31 (5) Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich die Unwirksamkeit der Einwilligung der Klägerin in die Organentnahme ohne Einhaltung der Schriftform (§ 8 Abs. 2 Satz 4 TPG) auch nicht aus § 125 Satz 1 BGB. Die Einwilligung in die mit einem ärztlichen Eingriff notwendig einhergehende Verletzung der körperlichen Integrität ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen (vgl. Senatsurteile vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87, BGHZ 105, 45, 47 f.; vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33, 36; BGH, Urteil vom 2. Dezember 1963 - III ZR 222/62, NJW 1964, 1177). Daher finden die Vorschriften über Willenserklärungen keine unmittelbare Anwendung (Senatsurteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33, 36; MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl., § 630d Rn. 9).

32 Die analoge Anwendung der Vorschriften über die Willenserklärungen ist nur insoweit geboten, als es der Zweck des Gesetzes verlangt (vgl. Senatsurteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33, 36). Zweck der Formvorschrift des § 8 Abs. 2 Satz 4 TPG ist - wie oben ausgeführt (II.1.c.bb.(3)) - aber gerade nicht, die Schriftform zur Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung in

die Organentnahme zu erheben. Auch eine entsprechende Anwendung von § 125 Satz 1 BGB scheidet folglich aus.

33 cc) Dies gilt erst recht für die Vorgabe, dass die Niederschrift auch eine Angabe über die versicherungsrechtliche Absicherung der gesundheitlichen Risiken enthalten muss (§ 8 Abs. 2 Satz 5 TPG). Eine Verletzung dieses allein die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Aufklärung betreffenden und von der Selbstbestimmungsaufklärung zu unterscheidenden Erfordernisses ist nach allgemeinen Grundsätzen für die Wirksamkeit der Einwilligung des Spenders in die Organentnahme als solche ohne Relevanz und damit auch nicht geeignet, eine Schmerzensgeldforderung zu begründen (Lomb, Der Schutz des Lebendorganspenders, 2012, S. 199, 205). Die im Falle einer Verletzung der Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung in der Sache grundsätzlich denkbaren spezifischen Schadensersatzansprüche (vgl. Senatsurteile vom 9. Mai 2000 - VI ZR 173/99, NJW 2000, 3429, 3431 f.; vom 27. Oktober 1987 - VI ZR 288/86, BGHZ 102, 106, 112; vom 1. Februar 1983 - VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630; speziell zu § 8 Abs. 2 Satz 5 TPG Lomb, Der Schutz des Lebendorganspenders, 2012, S. 205 ff.) hat die Klägerin indes schon nicht geltend gemacht, entsprechend musste das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen treffen.

34 d) Auch wenn nach all dem eine Verletzung der verfahrenssichernden Vorschriften des § 8 Abs. 2 Satz 3 bis 5 TPG nicht, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat, per se zur Unwirksamkeit der Einwilligung des Spenders in die Organentnahme führt, so sind die Vorgaben doch von beweisrechtlicher Relevanz (zur Nachweisfunktion s. bereits oben II.1.c.bb.(3)). An das Fehlen einer Aufklärungsniederschrift (§ 8 Abs. 2 Satz 4 und 5 TPG) und an die Abwesenheit eines neutralen Arztes (§ 8 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG) ist - in Abgrenzung zu den allgemeinen Grundsätzen

des Arzthaftungsrechts - eine erkennbare Beweisskepsis gegenüber einer ordnungsgemäßen Aufklärung zu knüpfen.

35

Die gefestigte Rechtsprechung des Senats, wonach an den Nachweis der ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten im Allgemeinen lediglich moderate Anforderungen zu stellen sind (vgl. Senatsurteile vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13, NJW 2015, 74 Rn. 9; vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13, NJW 2014, 1527 Rn. 11 ff.; vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83, VersR 1985, 361, 362), lässt sich auf die Aufklärung des Spenders über die Risiken einer Lebendorganspende nicht übertragen. Der Gesetzgeber hat in § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG sowohl die Anwesenheit eines neutralen Arztes beim Aufklärungsgespräch als auch die Dokumentation des wesentlichen, notwendig einzelfallbezogenen (vgl. hierzu Höfling/Augsberg, TPG, 2. Aufl., § 8 Rn. 88; Edelmann, VersR 1999, 1065, 1068) Inhalts des Aufklärungsgesprächs sowie der Einwilligungserklärung des Spenders durch eine von den aufklärenden Ärzten, dem neutralen Arzt und dem Spender zu unterzeichnende Niederschrift zwingend vorgegeben. Er hat insoweit die Behandlungsseite durch Normbefehl der Entscheidung enthoben, in welcher personellen Zusammensetzung sie die Aufklärung vornehmen und ob und in welcher Form sie sie dokumentieren will. Er hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass die Organentnahme für den Spender kein Heileingriff ist, sondern ihm grundsätzlich schadet und ihn gesundheitlich gefährden kann (vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 20). Angesichts der vergleichsweise geringen Fallzahlen im Bereich der Lebendorganspende - im Jahr 2010 kam es deutschlandweit zu 665 Lebendnierentransplantationen (BT-Drs. 17/7376 S. 15) - kann eine Erinnerung des Arztes an den konkreten Fall jedenfalls für einige Zeit erwartet werden. Auch wird die Erinnerung des - vor der Organentnahme jedenfalls insoweit notwendig gesunden (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1c TPG) - Spenders regelmäßig nicht durch therapeutische Interessen überlagert sein (vgl. zu diesen Kriterien Senatsurteile vom

30. September 2014 - VI ZR 443/13, NJW 2015, 74 Rn. 9; vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13, NJW 2014, 1527 Rn. 11; vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83, VersR 1985, 361, 362). Soweit sich die Behandlungsseite durch den gesetzeswidrigen Verzicht auf die Hinzuziehung eines neutralen Arztes eines potentiellen Zeugen und durch die Nichtanfertigung einer den Vorgaben des § 8 Abs. 2 Satz 4 und 5 TPG entsprechenden Niederschrift eines Beweismittels mit Indizwirkung begibt, hat sie sich eine daraus erwachsende Beweisnot selbst zuzuschreiben.

36 Im Ergebnis bleibt es zwar auch bei Nichteinhaltung der verfahrenssichernden Vorgaben aus § 8 Abs. 2 Satz 3 bis 5 TPG im Einzelfall weiterhin möglich, in freier tatrichterlicher Beweiswürdigung die Überzeugung von Durchführung und Inhalt eines Aufklärungsgesprächs zu gewinnen (§ 286 Abs. 1 ZPO). Das Fehlen eines neutralen Zeugen (§ 8 Abs. 2 Satz 3 TPG) und einer Niederschrift im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 4 und 5 TPG wird jedoch in der Regel als starkes Indiz dafür heranzuziehen sein, dass eine Aufklärung nicht oder jedenfalls nicht in hinreichender Weise stattgefunden hat (vgl. Lomb, Der Schutz des Lebendorganspenders, 2012, S. 204). Denn die Einhaltung der Vorgaben des Transplantationsgesetzes ist unabdingbare Voraussetzung, wenn - um des Lebensschutzes willen - die Bereitschaft der Menschen zur Organspende langfristig gefördert werden soll (vgl. BVerfG, NJW 1999, 3399, 3402 zu § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG).

37 2. Die Berechtigung des Klagebegehrens jedenfalls dem Grunde nach folgt jedoch aus den festgestellten inhaltlichen Mängeln der Selbstbestimmungsaufklärung der Klägerin. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist für den insoweit von den Beklagten erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung kein Raum.

38 a) Nach den - von der Revisionserwiderung nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die Klägerin unter Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 TPG nicht hinreichend über die Erfolgsaussicht der Organübertragung aufgeklärt, weil sie auf das erhöhte Risiko des Transplantatverlusts bei ihrem Vater infolge von dessen Leichtkettenerkrankung nicht hingewiesen wurde. Ebenfalls unzureichend war die Aufklärung der Klägerin über die möglichen, auch mittelbaren Folgen und Spätfolgen der beabsichtigten Organentnahme für ihre Gesundheit (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 TPG). Angesichts ihrer bereits präoperativ im unteren Grenzbereich liegenden Nierenfunktionswerte hätte es eines konkreten Hinweises auf das hierdurch erhöhte Risiko bedurft und war die allgemeine Erläuterung, dass es grundsätzlich durch die Entnahme einer Niere zu einem Abfall der Nierenfunktionswerte komme, der nicht vollständig durch die verbleibende Niere kompensiert werde, unzureichend.

39 Angesichts dieser festgestellten Aufklärungsmängel kommt es auf das - vom Berufungsgericht zugunsten der Klägerin zusätzlich unterstellte - Bestehen eines Aufklärungserfordernisses hinsichtlich des sog. Fatigue-Syndroms für die vorliegende Entscheidung nicht an.

40 b) Hiergegen ist den Beklagten der Einwand, die Klägerin hätte auch bei ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung in die Organentnahme eingewilligt (Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens), verwehrt, weil dies dem Schutzzweck der erhöhten Aufklärungsanforderungen bei Lebendspenden (§ 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG) widerspräche.

41 aa) Der Gesetzgeber hat es für notwendig erachtet, für den Bereich der Organentnahme zu Lebzeiten, die kein Heileingriff ist, - anders als bei Heileingriffen - mit dem Transplantationsgesetz eine detaillierte gesetzliche Regelung zu schaffen, die u.a. besondere Anforderungen an die Aufklärung stellt (BT-Drs.

13/4355 S. 20). Eine - dem heutigen § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechende - Regelung über die grundsätzliche Beachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung hat er im Rahmen des Transplantationsgesetzes dabei nicht getroffen. Da der Gesetzgeber gerade auf die Notwendigkeit einer detaillierten gesetzlichen Regelung der Lebendorganspende und den insoweit bestehenden Unterschied zu den für die Zulässigkeit des ärztlichen Heileingriffs geltenden allgemeinen Regeln und Rechtsgrundsätzen abgestellt hat (vgl. BT-Drs. 13/4355 S. 20), lassen sich die in der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteile vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06, VersR 2007, 999 Rn. 17; vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1 Rn. 34; vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03, NJW 2005, 1716 f.; insoweit nicht abgedruckt in: BGHZ 162, 320 ff.; vom 17. März 1998 - VI ZR 74/97, VersR 1998, 766 f.; vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111) zum ärztlichen Heileingriff entwickelten und vom Gesetzgeber in § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB für den Behandlungsvertrag übernommenen Grundsätze der hypothetischen Einwilligung nicht auf die Situation der Lebendorganspende übertragen. Anderes ergibt sich aufgrund des gesonderten Aufklärungsregimes des Transplantationsgesetzes auch nicht aus dem zur ebenfalls fremdnützigen Blutspende ergangenen Senatsurteil vom 14. März 2006 (VI ZR 279/04, BGHZ 166, 336 Rn. 17).

42

bb) Die Berufung des Schädigers auf rechtmäßiges Alternativverhalten, d.h. der Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch auch nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen und jenseits spezifischer arzt haftungsrechtlicher Regeln für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein. Dabei muss der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm darüber entscheiden, ob und inwieweit der Einwand im Einzelfall erheblich ist (vgl. Senatsurteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523 Rn. 7; BGH, Urteile vom 24. Oktober 1985 - IX ZR

91/84, BGHZ 96, 157, 173; vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91, BGHZ 120, 281, 286; vom 9. März 2012 - V ZR 156/11, NJW 2012, 2022 Rn. 17; vom 2. November 2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rn. 23 ff.; vom 10. Juli 2018 - II ZR 24/17, NJW 2018, 3574 Rn. 38 ff.).

43 cc) Hier steht der Schutzzweck der in § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG gesondert ausgestalteten Aufklärungspflicht der Erheblichkeit des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegen.

44 (1) In systematischer Hinsicht ist die ordnungsgemäße Aufklärung des Lebendorganspenders nach § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b TPG Voraussetzung für die Zulässigkeit der Organentnahme. Organentnahmen unter vorsätzlichem Verstoß gegen die Aufklärungspflicht hat der Gesetzgeber eigenen strafrechtlichen Unrechtscharakter beigemessen (vgl. BT-Drs. 13/4355 S. 31) und die Aufklärungsvorgaben insoweit gesondert strafbewehrt (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 TPG). Der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch kann sich deshalb bei Hinzutreten jedenfalls bedingten Vorsatzes auch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 19 Abs. 1 Nr. 1 TPG ergeben.

45 (2) Inhaltlich sollen die - vom Gesetzgeber bewusst streng formulierten (vgl. BT-Drs. 13/4355 S. 20, 21; BT-PIPr. 13/183 S. 16403 - 2. Beratung [Abg. Thomae]) - Aufklärungsvorgaben des § 8 TPG den Spender davor bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen (vgl. BT-Drs. 13/4355 S. 20; BVerfG, NJW 1999, 3399, 3401 zu § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG). Da die Ablehnung der Zustimmung für den Spender - im Unterschied zum Heileingriff - nicht die Gefahr einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes bedeutet, sondern die Möglichkeit, sein gesundes Organ zu behalten, kann für ihn jedes Risiko von Bedeutung sein (vgl. bereits Carstens, Das Recht der Organtransplantation, 1978, S. 49; zum Fehlen einer Nutzen-Risiko-Struktur

Spickhoff, NJW 2006, 2075, 2076). Durch die Regelungen des § 8 TPG soll der potentielle Lebendspender deshalb vor Gesundheitsgefährdungen möglichst weitgehend geschützt werden. Die Regelung bezweckt den "Schutz des Spenders vor sich selbst" (vgl. BVerfG, NJW 1999, 3399, 3402).

46 Jedenfalls bei der Spende eines - wie hier einer Niere - nicht regenerierungsfähigen Organs, die nach § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG nur für einen engen Verwandten, Ehegatten, eingetragenen Lebenspartner, Verlobten oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, zulässig ist, befindet sich der Spender darüber hinaus in einer besonderen Konfliktsituation. Nach allgemeiner Erfahrung wird das Leiden eines anderen immer dann als besonders intensiv empfunden, wenn es sich um einen Verwandten oder sonst besonders nahestehenden Menschen handelt. In einer solchen Situation fühlt sich der potentielle Spender häufig sittlich verpflichtet, sein Organ zu spenden (vgl. BT-Drs. 13/4355 S. 21; zur Erwartungshaltung in der Familie vgl. Kramer, Rechtsfragen der Organtransplantation, 1987, S. 171; Eigler, MedR 1992, 88, 90; zur Unterscheidung zwischen juristischer und "psychischer Freiwilligkeit" vgl. Fateh-Moghadam/Schroth/Gross/Gutmann MedR 2004, 19, 32; Winter, Psychologie der Lebendorganspende, 2015, S. 250 ff.). Dies erhöht seine Bereitschaft, sich dem Eingriff zu unterziehen, in besonderem Maße. Dabei ist die echte Freiwilligkeit der Spenderentscheidung, die der Gesetzgeber als unerlässliche Voraussetzung einer Lebendspende erachtet hat, als Willensentscheidung immer nur begrenzt für Dritte feststellbar (vgl. BVerfG, NJW 1999, 3399, 3402).

47 (3) Die besondere Bedeutung, die der Gesetzgeber der Gewähr einer echten Freiwilligkeit beimisst, wird deutlich durch die verfahrensrechtliche Absicherung des Freiwilligkeitstests durch die Einschaltung einer Gutachterkommission. Nach § 8 Abs. 3 Satz 2 TPG hat diese Kommission, der mindestens

ein neutraler Arzt, eine Person mit der Befähigung zum Richteramt und eine in psychologischen Fragen erfahrene Person angehören müssen (§ 8 Abs. 3 Satz 3 TPG), vor jeder Lebendspende gutachterlich dazu Stellung zu nehmen, ob begründete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einwilligung in die Spende nicht freiwillig erfolgt ist (zur Entscheidungsfindung der Kommission vgl. Fateh-Moghadam in Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam, Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 119 ff.). Diese - im Rahmen der Prüfung der hypothetischen Kausalität nicht nachholbare - Verfahrenssicherung liefe leer, wenn sie auf der Grundlage einer unzureichenden Informationslage erfolgte.

48 dd) Vor diesem Hintergrund kann sich die Behandlungsseite, die dem Spender ein Organ entnommen hat, ohne ihn zuvor hinreichend über die Chancen und Risiken der Spende aufzuklären, nicht darauf berufen, dass der Spender mit der Organentnahme auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung einverstanden gewesen wäre. Könnte die Behandlungsseite mit diesem Einwand eine Haftung abwenden, bliebe die rechtswidrige Organentnahme insoweit sanktionslos und würden die gesonderten Aufklärungsanforderungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG mitsamt der verfahrensrechtlichen Absicherung der Freiwilligkeitsentscheidung durch die Kommission (§ 8 Abs. 3 Satz 2 und 3 TPG) unterlaufen. Dies erschütterte das notwendige Vertrauen potentieller Lebendorganspender in die Transplantationsmedizin, ist doch - wie bereits ausgeführt - die Einhaltung der Vorgaben des Transplantationsgesetzes unabdingbare Voraussetzung, wenn - um des Lebensschutzes willen - die Bereitschaft der Menschen zur Organspende langfristig gefördert werden soll (vgl. BVerfG, NJW 1999, 3399, 3402 zu § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG).

49 ee) Hinzu tritt Folgendes: Die unzureichende Aufklärung des Spenders über die Chancen und Risiken einer Lebendorganspende macht nicht nur seine

Einwilligung in die Organentnahme unwirksam, sondern ist grundsätzlich auch geeignet, die Entscheidung des Organempfängers in Frage zu stellen. Gerade im besonderen persönlichen Näheverhältnis des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG werden das Risiko für den Spender sowie dessen Verhältnis zu den Genesungschancen des Empfängers typischer Weise auch für die Entscheidung des Empfängers von Bedeutung sein, ob er die Spende des ihm Nahestehenden überhaupt annehmen kann und will. Die Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens dürfte sich folglich nicht nur auf die Entscheidung des Spenders beschränken, sondern müsste sich auf die Annahmeentscheidung des Empfängers erstrecken. Die daraus notwendig folgende Verdoppelung der (ex post-) Prüfung einer hypothetischen Willensentscheidung, die vor dem Hintergrund der besonderen Konfliktsituation einer Lebendorganspende schon tatsächlich und ex ante für Dritte nur begrenzt feststellbar ist, ließe die Sicherungsmechanismen des § 8 TPG ein weiteres Mal leerlaufen.

- 50 c) Für einen Missbrauch der durch die Aufklärungsmängel geschaffenen Rechtsposition allein zu haftungsrechtlichen Zwecken (§ 242 BGB), der nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen wird, ist vorliegend nichts ersichtlich.

III.

- 51 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache mangels Entscheidungsreife zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird im weiteren Verfahren insbesondere noch festzustellen haben, welche der von der

Klägerin geltend gemachten gesundheitlichen Einschränkungen tatsächlich vorliegen und ursächlich auf ihre Nierenspende zurückzuführen sind. Zu klären sein wird auch die individuelle Verantwortlichkeit der Beklagten zu 1 bis 4 für die festgestellten Aufklärungsmängel.

von Pentz

Wellner

Oehler

Roloff

Klein

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 02.11.2015 - 1 O 279/13 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 07.09.2016 - I-3 U 6/16 -