Urteilskopf

101 II 177

34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1975 i.S. P. und L. Gautschi gegen Kanton Zürich und Mitbeteiligte.
Regeste (de):
Art. 28 ZGB; Klage der Angehörigen eines Verstorbenen, dem zum Zwecke einer Transplantation ein Organ entnommen worden war, wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen.

1. Art. 61 OR; Haftpflicht der Ärzte an öffentlichen Spitälern. Ist die Ausübung des Arztberufs an öffentlichen Spitälern hoheitliche Staatstätigkeit oder gewerbliche Verrichtung? (Erw. 2).

2. Sind die Beziehungen zwischen dem Kantonsspital Zürich und seinen Benützern öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt? (Erw. 3).

3. Unzulässigkeit der Feststellungsklage (Erw. 4).

4. Eine ohne Einholung der Zustimmung der Angehörigen des Spenders erfolgte Organentnahme stellt einen Eingriff in deren persönliche Verhältnisse dar (Erw. 5).

5. Ist die Persönlichkeitsverletzung unbefugt? Frage offen gelassen, da die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung jedenfalls nicht erfüllt sind (Erw. 6).

Regeste (fr):
Art. 28 CC; action des parents d'un défunt auquel un organe a été prélevé en vue d'une transplantation, pour atteinte illicite aux intérêts personnels.

1. Art. 61 CO; la responsabilité du médecin exerçant son art dans un hôpital public est-elle celle du fonctionnaire ou celle du praticien? (consid. 2).

2. Les rapports entre l'hôpital cantonal de Zurich et ses usagers sont-ils régis par le droit public ou par le droit privé? (consid. 3).

3. Inadmissibilité de l'action en constatation de droit (consid. 4).

4. Le prélèvement d'un organe sans qu'ait été obtenu le consentement des parents du donneur constitue une atteinte aux intérêts personnels de ceux-ci (consid. 5).

5. L'atteinte aux intérêts personnels est-elle illicite? Question laissée indécise, les conditions de l'allocation d'une indemnité n'étant en tout cas pas réunies (consid. 6).

Regesto (it):
Art. 28 CC. Azione dei parenti di un defunto, al quale venne prelevato un organo in vista di un trapianto, per illecito pregiudizio nelle relazioni personali.

1. Art. 61 CO; responsabilità dei medici che esercitano in un ospedale pubblico. L'esercizio dell'arte medica negli ospedali pubblici configura esercizio di poteri sovrani o esercizio di un'industria? (consid. 2).

2. I rapporti tra l'ospedale di Zurigo e i suoi pazienti sono retti dal diritto pubblico o dal diritto privato? (consid. 3).

3. Inammissibilità dell'azione in constatazione del diritto (consid. 4).

4. Il prelievo di un organo effettuato senza il consenso dei parenti del donatore rappresenta un pregiudizio nei loro rapporti personali (consid. 5).

5. Il pregiudizio nelle relazioni personali è illecito? Questione lasciata aperta in quanto i presupposti per l'allocazione di un'indennità non erano comunque adempiuti (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 178

A.- Albert Gautschi wurde am 10. April 1969 schwer verletzt in das Bezirksspital in Lachen eingeliefert und am 13. April 1969 von dort aus in bewusstlosem Zustand in die Neurochirurgische Universitätsklinik des Kantonsspitals Zürich überführt. Am 14. April 1969 wurde in dieser Klinik der Hirntod des Patienten festgestellt, wobei der Blutkreislauf jedoch infolge der weiter fortgesetzten künstlichen Beatmung aufrecht erhalten blieb. Hievon wurde der Chirurgischen Klinik A des gleichen Spitals im Hinblick auf eine mögliche Organentnahme Kenntnis gegeben. Es ergab sich nun, dass im Kantonsspital Zürich ein Herzpatient namens Hofmann in Behandlung stand, dem nach ärztlichem Befund nur noch durch Einsetzung eines andern Herzens zu helfen war. Es wurde beschlossen, hiefür das Herz des verstorbenen Albert Gautschi zu verwenden. Ein Ärzteteam unter der Leitung von Professor Senning führte die Herzverpflanzung gleichentags aus. Der Gesundheitsdirektor des Kantons Zürich, Regierungsrat Bürgi, selber Arzt, wohnte der Operation bei. Die Angehörigen des Herzspenders waren nicht angefragt worden, ob sie mit der Herzentnahme einverstanden seien. Die Ehefrau Gautschis lebte allerdings seit Jahren von ihrem Mann getrennt und hatte gegen diesen sogar Scheidungsklage erhoben. Die Eltern des Spenders, Paul und Luise Gautschi, hatten am Abend des 13. April 1969 zusammen mit einer Tochter und zwei Schwiegersöhnen in der Klinik vorgesprochen, um sich nach dem Zustand ihres Sohnes zu erkundigen. Sie hatten

damals den Bescheid erhalten, dass praktisch keine Aussicht auf eine Wiederherstellung des Patienten bestehe. Am Abend des 14. April 1969 wurde die Presse durch Regierungsrat Bürgi und die an der Operation beteiligten Professoren über die erfolgreich verlaufene Herzverpflanzung - die erste in der Schweiz - orientiert. Die Namen des Spenders und des Empfängers des verpflanzten Herzens wurden dabei nicht bekanntgegeben. Lediglich deren Alter sowie die Todesursache des Spenders (Unfall) und der Beruf des Empfängers wurden mitgeteilt. Die Presseleute wurden im übrigen auf ihre Pflicht zur Diskretion hingewiesen und ermahnt, den weiteren Umständen persönlicher Art nicht nachzugehen und die Anonymität des Herzspenders und -empfängers zu wahren. Am 15. April 1969 erschien jedoch in einer schwedischen Zeitung ein Bericht über die in Zürich durchgeführte Herzverpflanzung, worin auch die Namen von Spender und Empfänger bekanntgegeben wurden. Dieser Bericht stammte von einem schwedischen Medizinjournalisten, der von Professor Senning eingeladen worden war, einer andern Operation beizuwohnen. Der betreffende Journalist hatte sich in der Folge jedoch unerlaubterweise Zutritt auch zur Herzverpflanzung verschaffen und die Personalien der beiden Patienten in Erfahrung bringen können. Auf diese Weise wurden die Namen des Spenders und des Empfängers des verpflanzten Her-

zens allgemein bekannt und die Angehörigen der beiden in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses gerückt. Unabgeklärt blieb, auf welche Weise die Eltern des Albert Gautschi davon Kenntnis hatten, dass es sich beim verpflanzten Herzen um dasjenige ihres Sohnes handelte. Am Vormittag des 15. April 1969 soll die Ehefrau des Albert Gautschi im Spital vorgesprochen und dabei von Professor Krayenbühl den Bescheid erhalten haben, ihr verstorbener Gatte sei der Spender des Herzens gewesen, was sie auch ihren Schwiegereltern mitteilen möge. Die Eltern Gautschi wollen indessen erst durch die Massenmedien erfahren haben, dass es sich beim verpflanzten Herzen um dasjenige ihres Sohnes gehandelt habe. Auf die Frage von Presseleuten, ob sie gegen die Herzentnahme Einspruch erhoben oder dieser zugestimmt hätten, antworteten sie, dass sie damit einverstanden gewesen wären, wenn man sie vorher angefragt hätte.

BGE 101 II 177 S. 180

B.- Am 16. Januar 1970 reichten Paul und Luise Gautschi beim Bezirksgericht Zürich gegen den Kanton Zürich, Regierungsrat Bürgi sowie die Professoren Krayenbühl und Senning Klage ein. Sie stellten in erster Linie den Antrag, es sei festzustellen, dass die am 14. April 1969 an ihrem Sohn vorgenommene Herzentnahme zwecks Transplantation rechtswidrig gewesen sei und gegen die guten Sitten verstossen habe. Sodann verlangten sie, die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, ihnen einen Betrag von Fr. 10'000.– zu bezahlen. Zur Begründung machten sie geltend, die Rechts- und Sittenwidrigkeit der Herzentnahme ergebe sich daraus, dass sie als Eltern nicht um ihr Einverständnis zu einem solchen Eingriff ersucht und dadurch in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt worden seien. Der eingeklagte Betrag werde sowohl unter dem Titel Genugtuung als auch unter dem Titel Schadenersatz gefordert. Genugtuung werde wegen schwerer Verletzung in den persönlichen Verhältnissen verlangt. Diese sei nicht nur darin zu erblicken, dass die Herzentnahme ohne ihre Erlaubnis erfolgt sei, sondern auch im Umstand, dass die Transplantation mit einer entsprechend grossen Publizität umgeben und dabei das Arztgeheimnis in schuldhafter Weise verletzt worden sei. Dadurch seien die Kläger Opfer der Sensationsgier geworden, was sie in ihren Gefühlen besonders schwer getroffen habe. Weil die Kläger infolge dieser Ereignisse sogar in ihrer Gesundheit angegriffen worden seien und sich in ärztliche Behandlung hätten begeben müssen, stehe ihnen auch ein Schadenersatzanspruch zu, der sich allerdings nicht ziffernmässig nachweisen lasse und deshalb nach richterlichem Ermessen festzusetzen sei. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 28. Dezember 1973 ab. Es nahm an, das für eine selbständige Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse fehle, und verneinte im übrigen das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuungssumme. Den geltend gemachten Schaden erachtete das Gericht als nicht genügend substantiiert.

C.- Das Obergericht des Kantons Zürich wies die von den Klägern gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid erhobene Berufung mit Urteil vom 5. November 1974 ab. Es betrachtete die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens als fragwürdig, liess diese Frage aber offen, da es aus materiellen Gründen zur

BGE 101 II 177 S. 181

Abweisung der Klage gelangte. Eine Verletzung der Kläger in ihren persönlichen Verhältnissen zufolge Nichteinholung ihres Einverständnisses zur Herzentnahme verneinte es vor allem mit der Begründung, dass nicht die Eltern eines Verstorbenen dazu berufen seien, der Entnahme eines Organs zuzustimmen, wenn wie hier ein Ehegatte vorhanden sei, dem die Totenfürsorge obgelegen habe. Im übrigen fehle den Klägern ein schutzwürdiges Interesse an der Verfolgung der von ihnen eingeklagten Ansprüche auch deshalb, weil sie selber erklärt hätten, sie hätten ihre Zustimmung zur Herzentnahme nicht verweigert, wenn man sie darum gefragt hätte. Soweit die Kläger als weitere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen die Störung ihres seelischen Befindens geltend machten, hervorgerufen dadurch, dass sie nicht seitens der beteiligten Ärzte über die Herzentnahme

orientiert worden seien, sondern erst durch die Massenmedien, treffe die Verantwortung für die publizistische Auswertung der Herzverpflanzung und die dabei erfolgten Indiskretionen nicht die Beklagten; zudem könnte die Beeinträchtigung der Gefühle der Kläger mit Rücksicht auf die gegeneinander abzuwägenden Interessen nicht als eine unbefugte bezeichnet werden. Schliesslich würde es, was die Zusprechung einer Genugtuung anbetreffe, an der Voraussetzung der besonderen Schwere des Verschuldens fehlen, und in bezug auf den geltend gemachten Schadenersatzanspruch sei eine Substantiierung auch im zweitinstanzlichen Verfahren nicht erfolgt.

D.- Die Kläger haben gegen das obergerichtliche Urteil Berufung an das Bundesgericht eingereicht und darin erneut den Antrag auf Gutheissung ihrer Klage gestellt. Gleichzeitig ersuchten sie unter Hinweis auf die Erkrankung ihres Vertreters um Wiederherstellung der nicht eingehaltenen Berufungsfrist und um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Den beiden zuletzt erwähnten Anträgen wurde entsprochen. Die Beklagten beantragen die Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Vorerst ist festzuhalten, dass das obergerichtliche Urteil in folgenden zwei Punkten nicht angefochten worden ist: a) Die Kläger haben den von ihnen mit der Klage verlangten Geldbetrag ursprünglich nicht nur als Genugtuungssumme,

sondern auch als Schadenersatzforderung bezeichnet. Die Vorinstanz hat indessen einen Schadenersatzanspruch mangels näherer Begründung des erlittenen Schadens verneint. Die Kläger machen vor Bundesgericht nicht geltend, dass damit Bundesrecht verletzt worden sei. Die eingeklagte Geldforderung ist daher nur noch unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob den Klägern ein Anspruch auf Genugtuung zustehe. b) Die Genugtuungsforderung wurde sodann im kantonalen Verfahren auch damit begründet, die Beklagten 2-4 hätten in Missachtung der ihnen obliegenden Geheimhaltungspflicht die Anonymität der Person des Herzspenders nicht gewahrt. Dadurch seien die Kläger den Nachteilen einer überbordenden Publizität ausgesetzt worden, was eine schwere Verletzung in ihren persönlichen Verhältnissen bedeute. Im angefochtenen Urteil wird im einzelnen dargelegt, weshalb dieser Vorwurf nicht zutreffe. In der Berufungsschrift werden diese Ausführungen nicht angefochten. Das auf Geldzahlung gerichtete Klagebegehren bildet deshalb vor Bundesgericht nur noch insoweit Gegenstand des Streites, als damit ein Genugtuungsanspruch aus dem Umstand abgeleitet wird, dass die Kläger vor der Entnahme des Herzens ihres verstorbenen Sohnes nicht um ihr Einverständnis ersucht wurden.

2. Die von den Klägern geltend gemachte Verletzung in ihren persönlichen Verhältnissen fiel in den Bereich der beruflichen Tätigkeit, welche die Beklagten 2-4 in ihrer Eigenschaft als Beamte ausübten. Die Beklagten 3 und 4 standen als. Universitätsprofessoren und Direktoren von Universitätskliniken des Kantonsspitals Zürich - einer unselbständigen öffentlichen Anstalt (vgl. BGE 98 Ia 521) - in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Kanton Zürich (BGE 100 Ia 316 /317 Erw. 3a). Das gleiche gilt für den Beklagten 2, welcher der Herzverpflanzung als Vorsteher der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich beiwohnte. Es stellt sich daher die Frage, ob sich die Haftpflicht der Beklagten nach Bundeszivilrecht oder nach kantonalem Recht beurteile. Diese Frage ist im kantonalen Verfahren nicht geprüft worden. Von ihrer Beantwortung hängt aber ab, ob das Bundesgericht, dessen Prüfungsbefugnis auf die Verletzung von Bundesrecht beschränkt ist (Art. 43 Abs. 1 OG), auf die in der Berufung erhobenen Rügen eintreten kann.

a) Nach Art. 61 Abs. 1 OR können die Kantone über die Pflicht ihrer Beamten und Angestellten, den in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachten Schaden zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, vom Bundeszivilrecht abweichende Bestimmungen aufstellen. Nach Absatz 2 des gleichen Artikels können jedoch die Regeln des Bundeszivilrechts für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten und Angestellten durch kantonale Gesetze nicht abgeändert werden. Unter gewerblichen Verrichtungen im Sinne dieser Vorschrift wird die Staatstätigkeit verstanden, die keinen hoheitlichen Charakter trägt (vgl. z.B. BGE 89 II 271; OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. II/1, S. 121 ff., insbes. S. 127/128; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 13 zu Art. 61 OR). Die ärztliche Berufsausübung in öffentlichen Krankenhäusern wird nach herrschender Meinung nicht den gewerblichen Verrichtungen im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR zugerechnet, sondern als hoheitliche Staatstätigkeit betrachtet, soweit sie durch Ärzte in amtlicher Eigenschaft erfolgt (BGE 82 II 324 ff.; BGE 70 II 208; BGE 56 II 200 f.; BGE 48 II 417 f.; OFTINGER, a.a.O. S. 130; anderer Auffassung GAUTSCHI, N. 42 und 53c zu Art. 394 OR; LOEFFLER, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Diss. Zürich 1945 S. 33). Der Kanton Zürich wäre daher, wenn man dieser Auffassung folgen will, berechtigt, hiefür eigene Haftpflichtregeln aufzustellen und die Anwendbarkeit des Bundeszivilrechts auf diese Weise auszuschliessen. Es ist somit zu prüfen, ob der Kanton Zürich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Zur Zeit der in Frage stehenden Herzverpflanzung galt im Kanton Zürich noch nicht das heute massgebende Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten vom 14. September 1969. Dieses Gesetz wurde auf den 1. Juli 1970 in Kraft gesetzt und schliesst in § 35 Abs. 2 ausdrücklich jede rückwirkende Anwendung aus. Vor diesem Zeitpunkt war § 224 des zürcherischen EG zum ZGB anwendbar, der die Haftung der "Mitglieder und Angestellten der Verwaltungsbehörden" auf den "in Ausübung ihres Amtes durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführten Schaden" beschränkte. Eine Haftung des Staates selber war in § 227 des gleichen Gesetzes nur in einem engen Rahmen vorgesehen, der hier nicht weiter von Interesse ist. Die Haftung beamteter Ärzte in öffentlichen Spitälern wurde

von den zürcherischen Gerichten früher nach § 224 EG zum ZGB und nicht nach Bundeszivilrecht beurteilt. Erst mit Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 28. November 1961 wurde diese Rechtsprechung geändert. Es wurde entschieden, dass die Ausübung des Arztberufs an öffentlichen Spitälern durch Ärzte als Beamte keine hoheitliche Staatstätigkeit darstelle, da sie sich durch nichts von der ärztlichen Tätigkeit in privaten Spitälern unterscheide. Die Anwendbarkeit des § 224 EG zum ZGB auf Haftpflichtansprüche gegen Ärzte in Beamtenstellung wurde daher verneint, und es wurden unter Berufung auf Art. 61 Abs. 2 OR die Haftungsbestimmungen des Bundeszivilrechts als allein massgebend erklärt (ZR 1963 Nr. 33 S. 82 ff.). Das Bundesgericht, an welches dieser Entscheid weitergezogen wurde, erachtete sich an die Auslegung des kantonalen Rechts durch das Zürcher Obergericht gebunden und ging gestützt darauf davon aus, dass der Kanton Zürich keine Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Ärzte an öffentlichen Spitälern erlassen habe. Es seien daher, so führte das Bundesgericht aus, die Art. 41 ff. OR anwendbar, ohne dass entschieden zu werden brauche, ob die Verrichtungen der beklagten Ärzte als gewerbliche zu würdigen wären, für die Art. 61 Abs. 2 OR eine kantonale Regelung der Schadenersatz- und Genugtuungsfolgen verbiete (ZR 1963 S. 85). Die gleiche Rechtslage besteht im vorliegenden Fall. Mangels einer kantonalen Haftungsregelung für die an öffentlichen Spitälern tätigen Ärzte gilt für deren Haftpflicht das Bundeszivilrecht (so auch BGE 70 II 208; vgl. ferner BGE 98 II 48, BGE 90 II 277 ff.). b) Hingegen fragt es sich, ob das gleiche auch für die Haftung des Kantons Zürich selber gelte. Nach Lehre und Rechtsprechung richtet sich die Haftung des Staates insoweit ausschliesslich nach

öffentlichem Recht, als hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden. Anders als bei der persönlichen Haftbarkeit der Beamten ist das Bundeszivilrecht selbst dort nicht anwendbar, wo das öffentliche Recht keine eigene Regelung der Haftpflicht kennt. Sogar wenn vom öffentlichen Recht auf das Bundeszivilrecht verwiesen wird, kommt dieses nicht direkt, sondern als kantonales Ersatzrecht zur Anwendung, was die Prüfungsbefugnis des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz ausschliesst. Nach Bundeszivilrecht richtet sich somit

BGE 101 II 177 S. 185

die Haftung des Staates - von einigen hier nicht massgebenden Sonderfällen abgesehen - nur dann, wenn er nicht Befugnisse hoheitlicher Art ausübt, sondern dem Privaten als gleichgestelltes Rechtssubjekt entgegentritt. Diese Grundsätze werden aus Art. 59 Abs. 1 ZGB abgeleitet, wo für die öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten wird (BGE 89 I 488 f. Erw. 2; BGE 89 II 271; BGE 81 II 302 ff.; BGE 48 II 417 f.; OFTINGER, a.a.O. S. 115 ff.; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 8-11 zu Art. 61 OR; H.R. SCHWARZENBACH, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, S. 80). Nach dem soeben Ausgeführten bestimmt sich das Recht, nach welchem die Verantwortlichkeit des Kantons Zürich für das den Beklagten 2-4 zum Vorwurf gemachten Verhalten zu beurteilen ist, wiederum danach, ob die Ausübung des Arztberufs in öffentlichen Spitälern durch Ärzte in amtlicher Eigenschaft zur hoheitlichen Staatstätigkeit zu rechnen ist oder nicht. Diese Frage ist nach Bundesrecht zu entscheiden. Wird sie in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung bejaht, fällt eine Haftung des Kantons Zürich nach Bundeszivilrecht ausser Betracht. Auf die Berufung könnte dann insoweit nicht eingetreten werden, als sich die Klage auch gegen den Kanton Zürich richtet. Wird jedoch verneint, dass die Beklagten 2-4 als Träger hoheitlicher Befugnisse gehandelt haben - und hiefür sprechen einige Gründe -, so kann der Kanton Zürich im Rahmen von Art. 55 Abs. 2 ZGB (Organhaftung) oder eventuell Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung) für deren Verhalten haftbar gemacht werden. Die Frage kann indessen offenbleiben, falls den Beklagten 2-4 kein rechtswidriges Verhalten, das einer Genugtuung rufen würde, zur Last fällt.

3. Die Frage, ob der vorliegende Streitfall überhaupt nach Bundeszivilrecht beurteilt werden kann, stellt sich auch in bezug auf das mit der Klage geltend gemachte Feststellungsbegehren. Dieses stützt sich auf Art. 28 ZGB. Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz gelangt indessen nur dann zur Anwendung, wenn das streitige Rechtsverhältnis als solches dem Privatrecht unterliegt. Das Kantonsspital Zürich ist - wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt - eine unselbständige öffentliche Anstalt des Kantons Zürich. Die Rechtsbeziehungen zwischen einer solchen Anstalt und ihren Benützern oder deren Angehörigen

BGE 101 II 177 S. 186

können sowohl privatrechtlich als auch öffentlichrechtlich ausgestaltet werden. Gemäss Art. 6 Abs. 1 und 59 Abs. 1 ZGB bleibt es dem kantonalen Gesetzgeber überlassen, welcher Lösung er den Vorzug geben will (GRISEL, Droit administratif suisse, S. 118 f.; IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl., Bd. I, Nr. 111 S. 2 ff.). Am 25. März erliess der Regierungsrat des Kantons Zürich eine Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser, die vom Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerde des damaligen Vertreters der Kläger und mehrerer Mitbeteiligter hin auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen war. Dabei gelangte das Bundesgericht auf Grund dieser Verordnung zum Schluss, für eine privatrechtliche Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenanstalt und Patient bleibe kein Raum, und die Frage der Zulässigkeit von Eingriffen in dessen toten Körper sei daher nicht nach den Regeln des Privatrechts zu entscheiden (BGE 98 Ia 521). Sollten die

Rechtsbeziehungen zwischen dem Kantonsspital und seinen Patienten schon vor dem Erlass der betreffenden Verordnung vollumfänglich vom kantonalen öffentlichen Recht beherrscht worden sein (vgl. in diesem Sinne BGE 70 II 208, BGE 56 II 200 f., BGE 48 II 417, BGE 44 II 54), könnte auf die Berufung diesbezüglich nicht eingetreten werden, da Gegenstand des Streites nicht eine Zivilsache wäre. Die Prozessparteien, zu denen immerhin der Kanton Zürich selber gehört, sind jedoch im ganzen bisherigen Verfahren übereinstimmend davon ausgegangen, dass der vorliegende Rechtsstreit nach Privatrecht zu entscheiden sei. Auch wenn es sich bei der Frage nach dem anwendbaren Recht um eine Rechtsfrage handelt, die von Amtes wegen zu prüfen ist, kann im erwähnten Umstand doch ein Indiz dafür erblickt werden, dass die hier zu beurteilenden Rechtsbeziehungen im Jahre 1969 noch keiner öffentlich-rechtlichen Regelung unterworfen waren. Auch den Akten lässt sich nichts entnehmen, das gegen die Anwendung des Privatrechts spräche. Dazu kommt, dass sich die Beziehungen zwischen einem privaten Spital und seinen Patienten unter den hier massgebenden Gesichtspunkten durchaus mit jenen vergleichen lassen, die zwischen einem öffentlichen Krankenhaus und seinen Benützern bestehen (vgl. GRISEL, a.a.O. S. 119). Wie es sich mit dieser Frage verhält, kann jedoch ebenfalls offenbleiben, da auf die Feststellungsklage ohnehin nicht eingetreten werden kann, wie sich im folgenden ergeben wird.

BGE 101 II 177 S. 187

4. a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Klage auf Feststellung eines dem eidgenössischen Recht unterstehenden Rechtsverhältnisses von Bundesrechts wegen stets zuzulassen, wenn der Kläger an der Feststellung ein erhebliches rechtliches Interesse hat (BGE 99 II 173 f., BGE 97 II 375, BGE 96 II 131, mit weiteren Hinweisen). Die Kantone dürfen jedoch eine solche Klage auch in weiteren Fällen gewähren, insbesondere an das Feststellungsinteresse weniger strenge Anforderungen stellen als das Bundesrecht, sofern dieses eine derartige Erweiterung der Klagemöglichkeit nicht ausdrücklich oder dem Sinne nach verbietet (BGE 93 II 17, BGE 92 II 108, BGE 85 II 75, BGE 84 II 495). Ob eine derart von den kantonalen Gerichten auf Grund des kantonalen Rechts zugelassene Feststellungsklage materiell begründet sei oder nicht, ist vom Bundesgericht auf Berufung hin zu überprüfen, sofern eine Bundesrechtsverletzung geltend gemacht wird, der Streit um ein vom Bundeszivilrecht beherrschtes Rechtsverhältnis geht und auch die übrigen Voraussetzungen der Berufung erfüllt sind (BGE 92 II 108 /109, BGE 85 II 75). Währenddem das Bezirksgericht das Vorliegen eines Feststellungsinteresses verneinte, nahm die Vorinstanz hiezu nicht eindeutig Stellung, sondern begnügte sich mit einem Hinweis auf die Fragwürdigkeit der von den Klägern verlangten richterlichen Feststellung. Dass das zürcherische Recht die Feststellungsklage in weitergehendem Ausmasse zulasse als das Bundesrecht, wird im angefochtenen Entscheid demnach nicht gesagt. Bei dieser Sachlage hat das Bundesgericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die bundesrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Feststellungsklage erfüllt seien, ohne dass untersucht werden müsste, ob das Bundesrecht in einem Fall wie dem vorliegenden einer Erweiterung der Klagemöglichkeit durch das kantonale Recht entgegenstehe. b) Wie das Bundesgericht seit jeher eingeräumt hat, kann die gerichtliche Feststellung als Mittel zur Beseitigung einer Störung in den persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB dienen. In diesem Fall erfüllt die Feststellungsklage die Funktion der in jener Bestimmung vorgesehen Beseitigungsklage. In seiner älteren Rechtsprechung hat das Bundesgericht angenommen, eine derartige Feststellung komme nur dann in Frage, wenn die Störung in den persönlichen Verhältnissen entweder erst bevorstehe oder noch andaure; im Falle einer bereits abgeschlossenen Persönlichkeitsverletzung

BGE 101 II 177 S. 188

könne es sich nur darum handeln, deren Folgen nachträglich auszugleichen; hiefür stehe aber nicht der Be-

seitigungsanspruch zur Verfügung, sondern einzig die in Art. 28 Abs. 2 ZGB vorbehaltene Schadenersatz- oder Genugtuungsklage (vgl. die in BGE 95 II 496 zitierten Entscheidungen). Diese Rechtsprechung wurde in neuerer Zeit weiterentwickelt. Ein Fortbestehen der Störung wurde nunmehr auch bei einer in der Vergangenheit liegenden Verletzungshandlung bejaht, sofern diese einen Zustand geschaffen hatte, der geeignet war, den Verletzten weiterhin in seinen persönlichen Verhältnissen zu treffen (BGE 95 II 497 ff., BGE 91 II 409). Das wurde im Falle von Persönlichkeitsverletzungen durch die Druckerpresse angenommen, weil der Fortbestand der Presseerzeugnisse es ermögliche, die verletzenden Äusserungen später aufs neue Dritten bekanntzugeben (BGE 95 II 497 /498).
Es stellt sich nun die Frage, ob im Sinne dieser neueren Rechtsprechung eine Fortdauer der Störung auch dann zu bejahen sei, wenn es sich beim allenfalls verletzten Rechtsgut nicht um die Ehre handelt. Bei Angriffen gegen die Ehre dient die richterliche Feststellung der Beseitigung der Ansehensminderung, welche die Verletzungshandlung überdauert (JÄGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960 II S. 248a/249a; KUMMER, Der zivilprozessrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechtes, ZBJV 1967 S. 107). Hier hingegen steht nicht das Ansehen oder die gesellschaftliche Geltung der Kläger auf dem Spiel. Es fragt sich deshalb, ob - wie KUMMER sich ausdrückt - etwas "zu Beseitigendes überhaupt gegeben sei, das den richterlichen Einsatz rechtfertigt" (a.a.O. S. 110). Die Kläger sind der Auffassung, die Entnahme des Herzens ihres verstorbenen Sohnes sei rechts- oder sittenwidrig gewesen, weil die Ärzte sie nicht um ihr Einverständnis ersucht hatten. Diese behauptete Störung in den persönlichen Verhältnissen lässt sich nachträglich nicht mehr beseitigen. Anders als bei Ehrverletzungen lässt sich aber auch nicht sagen, die Herzentnahme ohne Zustimmung der Angehörigen habe einen Störungszustand geschaffen, der geeignet sei, die Kläger weiterhin in ihren persönlichen Verhältnissen zu treffen, und der mit der verlangten Feststellung beseitigt werden könnte. Als Beseitigungsklage ist das vorliegende Feststellungsbegehren daher nicht zulässig. JÄGGI versucht das Feststellungsinteresse im Falle einer vergangenen Störung aus der Rechtsanmassung abzuleiten,

die er darin erblickt, dass der Störer sein Unrecht nicht anerkennt. Diese die Störung überdauernde Rechtsanmassung begründe gleichzeitig eine Rechtsunklarheit, da sich die Rechtslage im Bereich der persönlichen Güter nicht so leicht klarstellen lasse wie bei den dinglichen Rechten. Die Feststellungsklage müsse deshalb zur Abklärung der Rechtslage und zur Beseitigung der Rechtsanmassung jedenfalls dann zugelassen werden, wenn Störer und Verletzter zueinander in irgendeiner rechtlichen oder gesellschaftlichen Dauerbeziehung stünden (z.B. als Verwandte, Dorfgenossen, Betriebs- oder Vereinsangehörige, Konkurrenten, politische Gegner), die durch das Fortbestehen der Unklarheit belastet würde (a.a.O. S. 191a/192a). Im vorliegenden Fall besteht zwischen Klägern und Beklagten keine solche Dauerbeziehung. Es braucht deshalb nicht näher untersucht zu werden, ob der Auffassung von JÄGGI gefolgt werden könne. c) Zu prüfen bleibt, ob die Kläger ein schutzwürdiges Interesse an einer selbständigen, nicht an die besonderen Voraussetzungen des Beseitigungsanspruches geknüpften Feststellungsklage haben, für die auch auf dem Gebiet des Persönlichkeitsschutzes durchaus Raum bleibt (BGE 95 II 499; KUMMER, a.a.O. S. 109/110). Das Interesse an einer solchen Feststellung darf nicht bereits deswegen verneint werden, weil die Kläger gleichzeitig einen Genugtuungsanspruch geltend machen, der aus dem gleichen Sachverhalt abgeleitet wird. Die Zusprechung einer Genugtuung setzt nach Art. 49 Abs. 1 OR eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens voraus. Mit Rücksicht auf den Fall, dass diese Voraussetzung nicht als erfüllt zu betrachten wäre, darf den Klägern ein Interesse an der Feststellung der Widerrechtlichkeit der von ihnen behaupteten Persönlichkeitsverletzung nicht zum vornherein abgesprochen werden (BGE 91 II 409 /410 Erw. 4a). Das Interesse an der Feststellung einer unbefugten Persönlichkeitsverletzung ergibt sich nach KUMMER aus dem Bestehen einer Rechtsgefährdung, dadurch ausgelöst, dass der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechtes an einer bestimmten Stelle umstritten ist (a.a.O. S. 110; vgl. auch BGE 77 II 349; LEUCH, N. 3 zu Art. 174 bern. ZPO). Die Persönlichkeitsrechte der Kläger sind jedoch nicht gefährdet. Im kantonalen Verfahren wurde zwar geltend gemacht, die Kläger hätten noch weitere erwachsene Kinder, "denen unter Umständen das gleiche Schicksal drohe". Die Gefahr, dass die beklagten

BGE 101 II 177 S. 190

Ärzte einem weiteren Kind der Kläger ein Organ entnähmen, ohne deren Zustimmung einzuholen, ist indessen dermassen gering, dass es abwegig wäre, allein deswegen die Feststellungsklage zuzulassen. Unhaltbar ist sodann das andere vor den kantonalen Gerichten vorgebrachte Argument, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der mit der Klage begehrten Feststellung. Auf das öffentliche Interesse kann es in diesem Zusammenhang nicht ankommen. Wohl können insbesondere höchstrichterliche Zivilurteile infolge ihrer präjudiziellen Wirkung auch für die Öffentlichkeit von Bedeutung sein. Das ändert jedoch nichts daran, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Feststellungsklage einzig auf das (private) Interesse des Klägers abzustellen ist. Anders zu entscheiden hiesse, die Feststellungsklage in eine Art Popularklage umzuwandeln, was nicht angeht. Weitere Gründe, die für die Zulässigkeit der Feststellungsklage sprechen würden, sind nicht ersichtlich. Wohl ist die Rechtslage im Bereich der von den Klägern aufgeworfenen Fragen unklar und würde die Beurteilung des Feststellungsbegehrens nach den Worten von KUMMER an sich erlauben, "den Verlauf des Persönlichkeitsrechts an undeutlicher Grenzstelle auszumarchen" (a.a.O. S. 109/110). Das allein genügt jedoch nicht, wenn der Kläger an dieser Ausmarchung kein persönliches Interesse hat. So verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Gerichte sind nicht dazu da, um abstrakte Rechtsfragen zu beurteilen (BGE 80 II 366; vgl. auch LEUCH, N. 2 zu Art. 174 bern. ZPO; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. S. 255). Auf die Feststellungsklage ist daher nicht einzutreten.

5. Zu beurteilen ist somit einzig der von den Klägern geltend gemachte Genugtuungsanspruch. Im Hinblick darauf ist zunächst zu prüfen, ob eine unbefugte Beeinträchtigung der Kläger in ihren persönlichen Verhältnissen vorliege. Dabei stellt sich vorab die Frage, ob die ohne Zustimmung der Kläger erfolgte Herzentnahme überhaupt einen Eingriff in deren Persönlichkeitsrecht darstelle. a) Den Angehörigen eines Verstorbenen steht nach der in der Schweiz herrschenden Rechtsauffassung in den Schranken der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten ein Bestimmungsrecht über dessen Leichnam zu. Dieses mit dem Eigentum vergleichbare, aber nicht vom Sachenrecht beherrschte

BGE 101 II 177 S. 191

Recht ist ein Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und hat seinen Sitz in Art. 28 ZGB. Es beruht auf der engen Verbundenheit mit dem Verstorbenen und schützt die sich daraus ergebende besondere Gefühlsbeziehung. Das Recht der Angehörigen, über den Leichnam zu bestimmen und unbefugte Eingriffe in diesen abzuwehren, ist allerdings begrenzt durch das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen selbst, zu seinen Lebzeiten über das Schicksal seines Leichnams und die Art der Bestattung zu verfügen. Soweit der Verstorbene von dieser Verfügungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, muss das Bestimmungsrecht der Angehörigen zurücktreten. Hat der Verstorbene jedoch hierüber keine Anordnungen getroffen, ist es grundsätzlich Sache seiner nächsten Angehörigen, über das Schicksal des Leichnams zu entscheiden, allfällige Eingriffe wie eine Organentnahme oder Sektion zu gestatten sowie die Art und den Ort der Bestattung zu bestimmen. Dieses mit der sogenannten Totenfürsorge eng verbundene Recht steht den Angehörigen um ihrer eigenen Persönlichkeit willen zu. Es ist nicht etwa vom Verstorbenen auf sie übergegangen, wie dies bei den Vermögensrechten der Fall ist. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Unvererblichkeit der Persönlichkeitsrechte. In einem gewissen Sinne kann wohl auch von Nachwirkungen der Persönlichkeit des Verstorbenen gesprochen werden. Da die Persönlichkeit jedoch mit dem Tode endet (Art. 31 Abs. 1 ZGB), können Persönlichkeitsgüter Verstorbener nur von deren

Angehörigen gewahrt werden, und zwar so, dass diese sich hiefür auf ihr eigenes Persönlichkeitsrecht stützen (EGGER, N. 15/16 zu Art. 31 und N. 49 zu Art. 28 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 70/71 des Systematischen Teils des Kommentars zum Sachenrecht; HINDERLING, Nochmals zur Frage der Zulässigkeit von Organübertragungen, SJZ 1969 S. 235; GAUGLER, Über die rechtliche Zulässigkeit der klinischen Leichensektion, SJZ 1938/39 S. 339 ff.; JÖRG P. MÜLLER, Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR 1971 I S. 467 ff.; JÄGGI, a.a.O. S. 168a N. 52; GRIOT, Das Recht am eigenen Körper auf Grund des Art. 28 ZGB, Zürcher Diss. 1921, S. 24 ff. und 48 ff.; W. VON TOBEL, Das Recht am toten Körper, Zürcher Diss. 1946, insbes. S. 22 ff. und 28 ff.; vgl. auch BGE 97 I 228 ff. Erw. 4b; BGE 70 II 130 ff.). Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Verstorbene

keinerlei Verfügungen über das Schicksal seines toten Körpers hinterlassen hatte. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz vermochten die Kläger auch nicht darzutun, dass ein Eingriff wie die Herzentnahme mit den Überzeugungen ihres Sohnes unvereinbar gewesen wäre. Die nächsten Angehörigen des Verstorbenen waren somit - selbstverständlich immer im Rahmen der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten - frei zu bestimmen, was mit dem Leichnam zu geschehen habe. Es lag daher grundsätzlich auch an ihnen zu entscheiden, ob eine Organentnahme vorgenommen werden dürfe. Dieses Recht stand ihnen auf Grund von Art. 28 ZGB um ihrer Persönlichkeit willen zu. b) Hinterlässt ein Verstorbener wie hier mehrere nahe Angehörigen, so stellt sich die Frage, welcher von ihnen dazu berufen sei, über das Schicksal des Leichnams zu bestimmen. Die Vorinstanz nahm an, das Bestimmungsrecht habe nicht den Klägern, sondern ausschliesslich der Ehefrau des Verstorbenen zugestanden. Bei einer Mehrheit von Angehörigen könne nicht jeder zur Totenfürsorge berufen sein. Es komme weder eine einstimmige Entschliessung aller, noch ein Vetorecht einzelner, noch der Entscheid einer einfachen oder qualifizierten Mehrheit in Frage. Zuständig könne immer nur der nächste Angehörige sein, dessen Befugnis die Berufung der im Range Nachfolgenden ausschliesse. Das müsse auch für den Fall gelten, dass der nächste Angehörige nicht erreichbar sei oder sich einer Entscheidung entschlage. Es ergebe sich dies aus der Natur der Sache im Hinblick auf eine praktikable Lösung. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle entspreche übrigens die Beziehung, die zwischen einem Verstorbenen und seinen Angehörigen bestanden habe, der im Erbrecht massgebenden Rangfolge der Verwandtschaft. Gründe der Praktikabilität dürfen jedoch, wie die Kläger mit Recht geltend machen, für die Bestimmung des oder der Berechtigten nicht ausschlaggebend sein. Die Befugnis, Eingriffe in einen Leichnam zu untersagen oder zu gestatten, ist nach Möglichkeit aus der Natur des in Frage stehenden Rechtes abzuleiten und nicht im Hinblick darauf festzulegen, Organtransplantationen nicht übermässig zu erschweren. Das Entscheidungsrecht der Angehörigen beruht nun aber auf ihrer seelisch-geistigen Beziehung zum Verstorbenen und auf

ihrem Pietätsgefühl. Es entspräche der höchstpersönlichen Natur dieser Rechtssphäre nicht, wenn sich die Entscheidungsbefugnis einfach nach der Erbfolgeordnung richten würde. Massgebend muss vielmehr die Stärke der Verbundenheit mit dem Toten sein (EGGER, N. 16 zu Art. 31 ZGB; GAUGLER, a.a.O. S. 344 Anm. 34; von TOBEL, a.a.O. S. 29 f.; vgl. auch HAFTER, Leichensektion und Strafrecht, ZStrR 1946 S. 394). Wenn das Bestimmungsrecht über den Leichnam Teil des Persönlichkeitsrechts der Angehörigen des Verstorbenen bildet, ist die Entscheidungsbefugnis richtigerweise in erster Linie demjenigen zuzuerkennen, der mit dem Verstorbenen am engsten verbunden war und der deshalb durch den Verlust am stärksten betroffen wurde. Es liegt eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Genugtuungsanspruch infolge Tötung vor. Bestand und Umfang dieses

Anspruchs richten sich ebenfalls massgebend nach der Nähe der tatsächlichen Beziehungen des Ansprechers zum Getöteten (OFTINGER, a.a.O., Bd. I, S. 259/60). Widerspricht es nach dem Gesagten dem Wesen des Persönlichkeitsrechtes, den Kreis der Berechtigten nach starren Regeln bestimmen zu wollen, so ist anderseits nichts dagegen einzuwenden, im Sinne einer Richtschnur von einer Rangfolge der Angehörigen auszugehen, die nach der Lebenserfahrung der Verbundenheit mit dem Verstorbenen in aller Regel Rechnung trägt. So spricht wohl eine Vermutung dafür, dass der Ehegatte eines Verstorbenen mit diesem enger verbunden war als dessen Eltern. Bis zum Beweise des Gegenteils wird daher das Bestimmungsrecht über den Leichnam in erster Linie dem überlebenden Ehegatten zuzuerkennen sein (in dieser Richtung geht die Rechtsprechung in Frankreich, was die Bestimmung der Begräbnisstätte betrifft, vgl. R. LINDON, La création prétorienne en matière de droits de la personnalité, Paris 1974, S. 195 ff.; vgl. auch BGE 54 II 92 Erw. 2). Ergibt sich aber wie hier, dass unter den Ehegatten keine Eintracht herrschte und schon seit längerer Zeit keine Lebensgemeinschaft mehr zwischen ihnen bestand sowie dass urteilsfähige Nachkommen nicht vorhanden waren, kann den Klägern als Eltern des Verstorbenen das Recht, über den Leichnam zu verfügen, nicht aberkannt werden (vgl. auch VON TOBEL, a.a.O.). In einem solchen Fall spricht die Vermutung vielmehr dafür, dass die persönlichen Beziehungen des Verstorbenen zu seinen Eltern

engere waren als jene zu seiner Frau. Diese Vermutung wird nicht etwa dadurch entkräftet, dass die Ehefrau des Verstorbenen nach dessen Tod im Spital erschien und die Bestattungsformalitäten erledigte. Im angefochtenen Urteil wird diesem Umstand zu Unrecht erhebliche Bedeutung beigemessen. Das Verhalten der Ehefrau mag wohl Ausdruck eines gewissen Pflichtgefühls gewesen sein, vermag indessen nach der Lebenserfahrung den Schluss nicht zu rechtfertigen, die Ehefrau habe sich mit ihrem Manne noch sehr nahe verbunden gefühlt, obwohl sie mit ihm schon lange nicht mehr zusammenlebte und von ihm geschieden sein wollte.
Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Kläger als Eltern des Verstorbenen in erster Linie berechtigt gewesen wären zu entscheiden, ob ihrem toten Sohn das Herz zum Zwecke der Verpflanzung entnommen werden durfte. c) Im angefochtenen Urteil wird eine Verletzung der Kläger in ihrem Persönlichkeitsrecht auch unter Hinweis darauf verneint, dass diese der Herzentnahme zugestimmt hätten, wenn man sie überhaupt angefragt hätte. Es trifft zweifellos zu, dass die Kläger in ihren Gefühlen erheblich stärker getroffen worden wären, wenn die Herzentnahme ihrer Überzeugung zutiefst widersprochen hätte und sie sich damit niemals hätten abfinden können. Trotzdem bleibt die Tatsache bestehen, dass sie nicht um ihr Einverständnis ersucht und somit gar nicht in die Lage versetzt wurden, von ihrem Bestimmungsrecht Gebrauch zu machen. Darin ist ein Eingriff in ihre Persönlichkeitssphäre zu erblicken, der auch dadurch nicht geheilt wurde, dass sie der Herzentnahme zugestimmt hätten, wenn sie angefragt worden wären. Es handelt sich nicht um einen Fall nachträglicher Zustimmung, der rechtlich nicht anders zu behandeln wäre, wie wenn das Einverständnis des Berechtigten rechtzeitig vorgelegen hätte. Die Kläger wurden in ihrem Persönlichkeitsrecht vielmehr dadurch beeinträchtigt, dass sie gänzlich übergangen wurden und keine Ahnung davon hatten, was mit dem Leichnam ihres Sohnes geschah. Offenbar hat denn auch der Umstand, dass die Herzverpflanzung ohne ihr Wissen vorgenommen wurde, die Kläger in ihren Gefühlen verletzt. d) Die Beklagten machen demgegenüber geltend, die Gefühle der Angehörigen eines Verstorbenen würden dann am

ehesten geschont, wenn Anfragen betreffend die Bewilligung einer Sektion oder Organentnahme unterblieben. Die Entscheidung über einen solchen Eingriff in den Leichnam überfordere die Angehörigen. Im Zeitpunkt des

Erhaltes der Todesnachricht sollten diese nicht noch einer weiteren psychischen Belastung ausgesetzt werden. Es liege daher im Interesse des Schutzes der Gefühle der Angehörigen, von jeglicher Anfrage abzusehen. Es trifft zu, dass viele Menschen in ihren Gefühlen schwer getroffen oder psychisch überfordert würden, wenn sie sich unter dem Eindruck des Ablebens naher Verwandter darüber schlüssig werden müssten, ob sie einer Organentnahme zustimmen sollen oder nicht. Das Bundesgericht hat diesem Gesichtspunkt in BGE 98 Ia 525 keine geringe Bedeutung beigemessen. Es hat dort bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der zürcherischen Krankenhausverordnung nicht zuletzt mit Rücksicht darauf davon abgesehen, eine ausdrückliche Zustimmung des Patienten oder seiner Angehörigen als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Organentnahme zu betrachten. Das Gericht nahm an, zum Schutze der Persönlichkeit der Betroffenen genüge das in der betreffenden Verordnung vorgesehene Einspracherecht, sofern die Berechtigten im Rahmen des Möglichen auf dieses Recht aufmerksam gemacht würden. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich indessen die Frage, ob auch ohne ausdrücklich geregeltes Einspracherecht mit Rücksicht auf die Gefühle der Angehörigen vom Erfordernis der Zustimmung abgesehen werden könne. Bejaht man diese Frage, gelangt man zum Ergebnis, dass eine Organentnahme ex mortuo keinen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Angehörigen darstelle, weil deren vorherige Befragung einen noch schwereren Eingriff bedeuten würde. Dabei wird jedoch - und darin liegt das Unzulässige dieser Fragestellung - als selbstverständlich vorausgesetzt, dass Organentnahmen überhaupt vorgenommen werden dürften. Gerade das bildet aber Gegenstand der Prüfung. Richtigerweise müsste daher die Frage so formuliert werden, ob Organentnahmen ex mortuo, soweit diese zu ihrer Rechtfertigung eines Einverständnisses bedürfen, selbst dann vorgenommen werden dürfen, wenn die Angehörigen des Verstorbenen zufolge der von ihnen verlangten Entscheidung einer erheblichen Gefühlsbelastung ausgesetzt werden. Wird die Frage so gestellt,

so hätte nicht in erster Linie die Befragung der Angehörigen zu unterbleiben, sondern allenfalls die Organentnahme als solche, weil diese dazu Anlass gibt, die Angehörigen einer sie derart belastenden Entscheidung auszusetzen. e) Die Beklagten vertreten ferner die Auffassung, dass mit der Zustimmung der Angehörigen eines Verstorbenen zur Organentnahme im allgemeinen gerechnet werden könne; es spreche daher eine natürliche Vermutung für eine solche Zustimmung, solange nicht eine Weigerung ausdrücklich erklärt werde oder sich sonstwie aus den Umständen ergebe (so auch E. BUCHER, Rechtliche Probleme im Zusammenhang der Transplantatbeschaffung, in "Organtransplantation", herausgegeben von F. Largiadèr, S. 80/81; E. HEINITZ, Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1970, S. 25). Eine solche Vermutung wäre indessen nur unter der Voraussetzung zulässig, dass heute ganz allgemein mit der Möglichkeit von Organentnahmen ex mortuo gerechnet würde. Das trifft nach der Lebenserfahrung jedoch nicht zu. Auch im vorliegenden Fall fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, die Kläger oder andere Angehörige des Verstorbenen hätten an eine solche Möglichkeit überhaupt gedacht und seien mit der Herzentnahme stillschweigend einverstanden gewesen. Es bestand für die Kläger daher kein Grund, sich zum voraus gegen einen solchen Eingriff zur Wehr zu setzen oder ihre ausdrückliche Zustimmung dazu vorzubehalten. Auch in BGE 98 Ia 525 wurde unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts der Verzicht auf die Einholung einer ausdrücklichen Zustimmung nur unter der Voraussetzung als zulässig betrachtet, dass die Spitalpatienten und ihre Angehörigen ordnungsgemäss auf ihr Einspracherecht hingewiesen werden.

6. a) Aus den bisherigen Erwägungen ergibt sich, dass die Kläger durch die ohne ihr Einverständnis durchgeführte Herzentnahme entgegen der Auffassung der Vorinstanz in ihrem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wurden. Damit steht indessen noch nicht fest, dass die Herzverpflanzung eine unbefugte Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB darstellte, was nichts anderes bedeuten kann als einen widerrechtlichen Eingriff in den geschützten Bereich der Persönlichkeit (BGE 97 II 103 Erw. 4, BGE 95 II 491 Erw. 6 mit Hinweisen). Eine Persönlichkeitsverletzung ist nur dann als widerrechtlich zu betrachten, wenn nicht ein Grund vorliegt,

der die Widerrechtlichkeit ausschliesst. Das Einverständnis der Kläger mit der Herzentnahme hätte einen solchen Rechtfertigungsgrund gebildet. Ausser der Einwilligung des Verletzten gibt es noch eine Reihe anderer Gründe, welche die Widerrechtlichkeit eines persönlichkeitsverletzenden Verhaltens auszuschliessen vermögen (z.B. die pflichtgemässe Ausübung eines Amtes, Notwehr und Notstand). Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist indessen über den Bereich der traditionellen Rechtfertigungsgründe hinaus immer dann als rechtmässig zu betrachten, wenn er in angemessener Wahrung höherer Interessen erfolgt. Der Entscheid über die Widerrechtlichkeit hängt somit weitgehend von einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Güter oder Interessen ab (JÄGGI, a.a.O. S. 213 ff.; GROSSEN, Schweizerisches Privatrecht, II, S. 359; GROSSEN, La protection de la personnalité en droit privé, ZSR 1960 II S. 27a ff.; MERZ, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen ..., SJZ 1971 S. 68; LÜCHINGER, Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, SJZ 1974 S. 324; HOTZ, Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes, Diss. Zürich 1967 S. 49 ff.; vgl. auch BGE 95 II 492 Erw. 6).
Der Grundsatz der Güter- oder Interessenabwägung findet auch im vorliegenden Fall Anwendung. Das Bestimmungsrecht über den toten Körper kann entgegen der Auffassung der Kläger nicht zu jenem Kernbereich der Persönlichkeit gerechnet werden, der - wie im Falle des Rechts auf das Leben - eine Güterabwägung mit Rücksicht auf den hohen Wert des betroffenen Gutes schlechterdings nicht zulässt (vgl. JÖRG P. MÜLLER, a.a.O. S. 469; HINDERLING, a.a.O. S. 235 ff.). Zur Rechtfertigung des Verhaltens der Beklagten ist somit nicht erforderlich, dass geradezu eine Notstandssituation vorlag. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Rechtslage in der Schweiz von jener in andern Ländern, z.B. in Deutschland (vgl. über die ausländischen Regelungen DOLL, La discipline des greffes, des transplantations, etc., Paris 1970, S. 241 ff.; über die Rechtslage in Frankreich vgl. ferner JEAN SAVATIER, Et in hora mortis nostrae, Recueil Dalloz Sirey 1968 S. 89 ff.). Insbesondere lässt sich aus dem Urteil des Landgerichtes Bonn vom 25. Februar 1970 (sog. "Gütgemann"-Urteil), dem ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag wie der hier zu beurteilende, für schweizerische Verhältnisse nicht viel ableiten (das

Urteil ist wiedergegeben in der deutschen Juristenzeitung (JZ) 1971 S. 56 ff.). In jenem Urteil wurde eine Güterabwägung nur im Rahmen des Rechtfertigungsgrundes des sogenannten übergesetzlichen Notstandes als zulässig erachtet (vgl. zu diesem Rechtfertigungsgrund auch R. KALLMANN, Rechtsprobleme bei der Organtransplantation, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1969 S. 572 ff., insbes. S. 576/577). Daraus ergab sich nach Auffassung des Bonner Landgerichts die Pflicht des Arztes, sich vor der Organentnahme ernsthaft um die Einwilligung der nächsten Angehörigen des Verstorbenen zu bemühen. Nur für den Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit einer Befragung der Berechtigten oder der Verweigerung der Zustimmung wollte das Gericht die Möglichkeit einer rechtmässigen Organentnahme einräumen (a.a.O. S. 59). Diese aus dem Rechtscharakter des übergesetzlichen Notstandes abgeleitete Auffassung blieb in Deutschland selber nicht unangefochten (vgl. die Kritik von G. GEILEN, Probleme der Organtransplantation, JZ 1971 S. 41 ff., insbes. S. 45 ff. unter Ziff. IV). Sie erweist sich jedenfalls aus schweizerischer Sicht als zu eng, da sie den Grundsatz der Interessenabwägung als Rechtfertigungsgrund allzusehr mit dem Notstandsbegriff verknüpfen und nicht völlig losgelöst vom Einverständnis der Berechtigten zulassen will. b) Das Interesse der Kläger, das demjenigen der Beklagten gegenüberzustellen ist, bestand im vorliegenden Fall darin, durch Eingriffe in den Leichnam ihres Sohnes in

ihren Gefühlen nicht verletzt zu werden. Damit eng verknüpft war ihr Anspruch, über das Schicksal des Leichnams bestimmen zu können. Dieses Entscheidungsrecht wurde durch die Herzentnahme, die ohne Einholung der Zustimmung der Kläger erfolgte, missachtet. Dabei ist aber von erheblicher Bedeutung, dass die Kläger der Herzentnahme zugestimmt hätten, falls sie angefragt worden wären. Daraus darf zwar nach dem in Erw. 5c Gesagten nicht geschlossen werden, es fehle überhaupt an einer Verletzung in den persönlichen Verhältnissen. Die Verletzung war aber doch eine wesentlich weniger intensive, als wenn die Herzentnahme als solche den Gefühlen der Kläger widersprochen hätte. Auf der andern Seite stand das Interesse des Herzempfängers, durch die Transplantation möglicherweise seinen schlechten Gesundheitszustand verbessern und sein gefährdetes

Leben verlängern zu können. Dieses Interesse verband sich mit dem Bestreben der beteiligten Ärzte, eine neue Heilmethode zu erproben. Das zuletzt erwähnte Interesse kann allerdings nicht vorbehaltlos als schutzwürdig anerkannt werden, denn Experimenten mit Menschen müssen ganz unabhängig vom Einverständnis des Betroffenen enge Grenzen gesetzt sein. Die Transplantation lebenswichtiger Organe darf nur als letztes Mittel zur Rettung eines Patienten in Betracht gezogen werden und soll neben hohen Risiken eine noch als vernünftig zu bewertende Erfolgschance aufweisen. Andernfalls könnte sie nicht mehr als Heileingriff anerkannt werden (GROSSEN, Aspects juridiques de la chirurgie des transplantations, in Festgabe für Karl Oftinger, S. 92 ff., insbes. S. 94). Es ist jedoch nicht bestritten, dass diese Voraussetzungen auch im Falle von Herztransplantationen vorhanden sein können und hier jedenfalls erfüllt waren (vgl. dazu auch HINDERLING, a.a.O. S. 236/237 unter Ziff. 5; GRAVEN, Les données nouvelles de la "Vie" et de la "Mort" et leurs incidences juridiques, in Revue internationale de Criminologie 1968 S. 101). Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass Herztransplantationen seither beinahe ausser Gebrauch geraten zu sein scheinen und heute jedenfalls nur noch äusserst selten vorgenommen werden. c) Ob das Interesse des Herzempfängers und seiner Ärzte an der Durchführung der Transplantation unter den gegebenen Umständen schwerer wiege als dasjenige der Kläger an der Wahrung ihres Rechtes, über Eingriffe in den Leichnam ihres Sohnes bestimmen zu können, was nach dem Gesagten zur Rechtfertigung des Verhaltens der beklagten Ärzte ausreichen würde, braucht indessen nicht abschliessend entschieden zu werden. Eine Genugtuung könnte nämlich nach Art. 49 Abs. 1 OR auch bei Vorliegen einer unbefugten Persönlichkeitsverletzung nur zugesprochen werden, wenn die Verletzung und das Verschulden der Beklagten besonders schwer wären. Aus der Gegenüberstellung der in Frage stehenden Interessen ergibt sich aber, dass davon nicht die Rede sein kann. Auch wenn man also annehmen wollte, die Beklagten 2-4 hätten die Herztransplantation nicht vornehmen dürfen, ohne die Kläger um ihr Einverständnis zu fragen, so könnte in der Unterlassung dieser Anfrage auf jeden Fall keine besonders schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts der

Kläger und noch viel weniger ein besonders schweres Verschulden der beklagten Ärzte erblickt werden. Die Genugtuungsklage ist daher abzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 5.

November 1974 bestätigt.