

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

15.09.1999

Geschäftszahl

3Ob123/99f

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ingo R*****, vertreten durch Dr. Carl-Heinz Gressel, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei Dr. Johann Georg H*****, vertreten durch Dr. Christoph Brandweiner, Rechtsanwalt in Salzburg, und die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei P***** GmbH, ***** vertreten durch Dr. Karl Margreiter und Dr. Herbert Margreiter, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen S 3,000.000 sA und Feststellung (Streitwert S 1,000.000), über die Rekurse der klagenden und der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz vom 9. Dezember 1998, GZ 2 R 227/98k-38, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Teilzwischenurteil des Landesgerichtes Salzburg vom 3. Juni 1998, GZ 3 Cg 119/97z-31, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind wie weitere Kosten des Verfahrens erster Instanz zu behandeln.

Text

Begründung:

Der Beklagte betrieb in den 70iger Jahren in der R*****straße ***** in S***** ein medizinisch-diagnostisches Labor, für welches er weder über eine Konzession nach § 220 Abs 1 Z 2 bzw § 221 GewO 1973 in der damals gültigen Fassung verfügte noch eine solche benötigte. Über eine solche Konzession verfügte allerdings seit 30. 4. 1975 das Österreichische Rote Kreuz, Landesverband S*****, für den Standort M*****straße ***** , S*****. Gewerberechtl. Geschäftsführer war Dr. Hellmuth B*****. Der ursprünglich Zweitbeklagte [das Verfahren gegen ihn ruht seit der Berufungsverhandlung] war zum damaligen Zeitpunkt Gerichtsmediziner in S***** und verfügte ebenfalls nicht über die erwähnte Konzession.

Da es Mitte der 70iger Jahre im Bundesland S***** im Gegensatz zu den meisten anderen Bundesländern keine Einrichtung zur Gewinnung von Blutplasma gab, trat der Beklagte noch vor dem 1. 1. 1976 an den ursprünglich Mitbeklagten mit dem Ansinnen heran, sich zwecks Betreibung der Blutplasmagewinnung zusammenzutun. Aus diesem Grund mieteten die beiden in der A*****straße ***** in S***** Räumlichkeiten an und statteten diese zum Zwecke der Plasmagewinnung mit den nötigen Einrichtungen und Apparaturen aus.

Obwohl sie zunächst dieses Plasmapheresezentrum in Eigenregie betreiben hatten wollten, schlossen sie dann aber doch spätestens am 7. 11. 1975 mit dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S*****, die folgende als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung ab:

I.

Vertragsgegenstand

- 1) Die Herren Dr. Johann Georg H***** (Erstbeklagter) und Dr. Gerhard S***** übernehmen hiemit für das Rote Kreuz die Gewinnung von Blutplasma durch Plasmapherese. Die Herren Dr. Johann Georg H***** und Dr. Gerhard S***** verpflichten sich, die Plasmapherese nach dem neuesten Stand der medizinischen Wissenschaft, entsprechend den jeweils geltenden behördlichen und gesetzlichen Vorschriften, sowie im Einvernehmen mit dem ärztlichen Referenten des Blutspendedienstes des S***** Roten Kreuzes vorzunehmen.
- 2) Das Rote Kreuz übernimmt es, die zur Blutabnahme erforderlichen Spender zu werben, sie an die Ärzte zur Blutabnahme zu verweisen, sowie die Evidenz der Blutspender zu führen und die Abrechnung mit ihnen vorzunehmen.

II.

Leistungsumfang

- 1) Das Rote Kreuz verpflichtet sich, jeweils so viele Blutspender zu beschaffen, dass die vorhandenen Einrichtungen des Labors der Ärzte ausgelastet werden können. Es ist eine Produktion von jährlich 18.000 Liter Plasma vorgesehen.
- 2) Sollte es dem Roten Kreuz nicht möglich sein, die für die vorgesehene angeführte Menge von Plasma erforderliche Anzahl von Spendern aufzubringen, so sind die Ärzte berechtigt, nach Ablauf eines vollen Vertragsjahres diesen Vertrag zum Ende des betreffenden Kalenderjahres aufzukündigen. Für diesen Fall räumt das Rote Kreuz den Ärzten bei einer neuen Vergabe der Plasmapherese ein Optionsrecht dergestalt ein, dass die Ärzte berechtigt sein sollen, zu denselben Bedingungen, die eine andere physische oder juristische Person bietet, einzutreten. Unabhängig von diesem Aufkündigungsrecht sind die Ärzte berechtigt, in einem solchen Fall selbst Spender zu werben.
- 3) Sollten andererseits die Anlagen des Labors der Ärzte nicht ausreichen, um einen einvernehmlich als notwendig erkannte erhöhten Plasmabedarf zu decken, so sind die Ärzte berechtigt, grössere Anlage zu installieren, um den erhöhten Anforderungen gerecht zu werden. Dem Roten Kreuz steht das Recht zu, Dritte ohne Zustimmung der Ärzte zur Herstellung jener Menge zu beauftragen, die von den Ärzten nicht bewältigt werden kann.
- 4) Grundsätzlich wird festgehalten, dass es den Ärzten gestattet ist, kleinere Menge von Plasma (bis zu 2 Liter p.a.) ohne finanzielle Anlastung für wissenschaftliche Zwecke zurückzubezahlen.
- 5) Werden seltene Immunsereen gefunden, so fallen diese nicht unter die Bestimmung des Abs 4) dieses Vertragspunktes, sondern werden diese separat dem Verkauf zugeführt, wobei die Ärzte den prozentuellen Anteil nach Punkt VI. Abs 1) besitzen.

III.

Lagerung

Das von den Ärzten gewonnene Blutplasma ist unmittelbar nach der Abnahme von den Ärzten tiefgefroren in vom Roten Kreuz nach den Wünschen der Abnehmer angegebenen Behältnissen in den Räumen der Ärzte sowie auf deren Kosten zu lagern. Diese Lagerung erfolgt bis zu einer Menge von 2.000 Liter Blutplasma. Darüber hinausgehende Menge sind vom Roten Kreuz abzusponieren.

IV.

Plasmaprüfung

- 1) Das Rote Kreuz ist berechtigt, die laufende Herstellung sowie die Qualität des Plasmas jederzeit zu überprüfen. Solche Überprüfungen sind innerhalb eines Monates nach Übernahme des Plasmas vorzunehmen. Die Ärzte sind berechtigt, an den Überprüfungen teilzunehmen.

2) Das Rote Kreuz verpflichtet sich, allfällige Beanstandungen des von den Ärzten gewonnenen Plasmas sogleich nach Feststellung bzw Kenntnisnahme an die Ärzte weiterzugeben. Das Rote Kreuz und dessen Abnehmer sind berechtigt, die Abnahme von Plasma, welches nicht entpyrogenisiert ist bzw welches zu viele Keime enthält, abzulehnen.

3) Sofern eine behördliche Überprüfung oder eine gesetzliche Kontrolle vorgeschrieben werden sollte, ist dies von den Ärzten entsprechend den bezüglichen, wenn auch in Zukunft erst zu erlassenden Vorschriften zu dulden.

V.

Fachreferat

Das Rote Kreuz wird zur Ausübung der ihm zustehenden Kontrolltätigkeit den ärztlichen Referenten des Blutspendedienstes bestellen.

VI.

Werklohn

1) Für die in diesem Vertrag von den Ärzten übernommenen Leistungen haben diese Anspruch auf 58 % des jeweiligen Verkaufspreises von Blutplasma.

2) Die Ärzte übermitteln die Abrechnungen jeweils unmittelbar nach Abholung des Plasmas durch den Käufer desselben an das Rote Kreuz, welches sich verpflichtet, den Rechnungsbetrag innerhalb von 4 Wochen ab Erhalt der Abrechnung an die Ärzte zu bezahlen, sofern keine Beanstandungen im Sinne des Punktes IV. Abs 2) dieses Vertrages gegeben ist.

3) Die Ärzte sind berechtigt, dem Roten Kreuz Käufer von Blutplasma namhaft zu machen, die bereit sind, ein höheres Entgelt als das vom Roten Kreuz verlangte zu bezahlen. Das Rote Kreuz verpflichtet sich, an diese Käufer zu liefern, wenn nicht besondere Gründe (Dauerliefervertrag [Dauerverträge mit bestimmten Firmen sind Gegenstand beidseitigen Übereinkommens] mit bestimmten Firmen, Bonität, Währungsfragen und dgl) dagegen sprechen.

VII.

Vertragsdauer

Dieser Vertrag beginnt mit dem Tage der beiderseitigen Unterfertigung. Er wird bis 31. Dezember 1980 beiderseits unkündbar abgeschlossen.

VIII.

Vertragsauflösung

Beide Vertragsteile sind berechtigt, diesen Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zur sofortigen Auflösung zu bringen, wenn der Vertragspartner eine wesentliche Bestimmung dieses Vertrages vorsätzlich verletzen sollte. In diesem Falle gilt für den gegen den Vertrag verstoßenden für die Dauer von fünf Jahren ein Konkurrenzverbot entsprechend dem Punkt IX. dieses Vertrages. Ebenso sind beide Vertragsteile zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigt, wenn der Absatz von Blutplasma aus Gründen, die die Vertragsteile nicht zu vertreten haben, unmöglich oder wesentlich erschwert werden sollte.

IX.

Konkurrenzverbot

Die Vertragsteile kommen überei[n], während der Dauer dieses Vertrages die Gewinnung von Blutplasma nur miteinander auf der Basis der Bestimmungen dieses Vertrages durchzuführen und mit Dritten (physischen oder juristischen Personen) keinen gleichen oder ähnlichen Vertrag abzuschließen.

Neuerungen

Falls sich auf dem Gebiete der Gewinnung von Blutplasma neue wissenschaftliche Erkenntnisse ergeben, die wesentlich über den Rahmen der im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses bekannten hinausgehen, so ist diesbezüglich eine Neuregelung zwischen den Vertragsteilen zu treffen. Das selbe gilt hinsichtlich besonderer Leistungen, die von der Gewinnung von Blutplasma in der bisherigen Form abweichen.

XI.

Vertragsänderung

Der Werklohn in Höhe von 58 % des jeweiligen Verkaufspreises von Blutplasma gemäß Punkt VI. dieses Vertrages basiert auf Kalkulationen, die vor Abschluß dieses Vertrages erstellt worden sind. Die Vertragsteile kommen überein, daß nach Ablauf eines Vertragsjahres die bis dahin gewonnenen Erkenntnisse wirtschaftlicher Art wechselseitig ausgetauscht und auf der Basis derselben eine neue Festsetzung des Werklohnes vorgenommen wird.

XII.

Gerichtstand

Für Streitigkeiten aus diesem Vertrag oder über denselben unterwerfen sich die Vertragsteile unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte einem Schiedsgerichtsverfahren. Im Falle eines Streites hat jeder Vertragsteil einen Schiedsrichter zu benennen, die gemeinsam einen Vorsitzenden bestimmen.

XIII.

Anfechtungsverzicht

Beide Vertragsteile verzichten auf das Recht, diesen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte des wahren Wertes anzufechten.

XIV.

Rechtsnachfolge

Die sich aus diesem Vertrag ergebenden beiderseitigen Rechte und Pflichten gehen auf die Rechtsnachfolger über.

XV.

Vertragsänderungen

und Ergänzungen

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind nur rechtswirksam, wenn sie schriftlich erfolgen und von beiden Vertragsteilen unterfertigt sind.

XVI.

Kosten und Gebühren

Die mit der Vorbereitung und Errichtung dieses Vertrages verbundenen Kosten aller Art einschließlich jener für rechtliche und steuerliche Beratungen trägt jeder Vertragsteil selbst.

XVII.

Dieser Vertrag wird in zwei Ausfertigungen errichtet, von denen jeder Vertragsteil eine erhält."

Diese Vereinbarung hatte zwischen den Vertragspartnern bis in das Jahr 1978 hinein Geltung, als sich etwa im Februar des Jahres Dr. Gerhardt S***** aus seiner Beteiligung an der Blutplasmagewinnung zurückzog. Ab diesem Zeitpunkt war der Beklagte alleine tätig. In weiterer Folge veräußerte der Beklagte mit Kaufvertrag vom 23. 12. 1980/6. 2. 1981 das Plasmapheresezentrum S***** an die Nebenintervenientin, deren 100 %ige Gesellschafterin das Österreichische Rote Kreuz, Landesverband S***** war und ist; die Nebenintervenientin war 1976 gegründet worden, zu ihren Geschäftsführern gehörten Dr. Hellmuth B*****, der damals auch ärztlicher Leiter der Blutzentrale S***** war, und der damalige Direktor des Österreichischen Roten Kreuzes, Landesverband Salzburg, Robert P. P*****. Ab ihrer Gründung trat die Nebenintervenientin de facto anstelle des Roten Kreuzes, Landesverband S*****, in den mit dem Beklagten und Dr. Gerhardt S***** abgeschlossenen Werkvertrag ein. Nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Vornahme der Plasmapherese (PlasmaphereseG) BGBl 1975/427 am 1. 1. 1976 beantragte der Beklagte am 26. 3. 1976 die Erteilung der Bewilligung zur verantwortlichen Leitung der Vornahme der Plasmapherese und der Durchführung der Trennung des Plasmas nach Maßgabe der Bestimmungen des Plasmapheresegesetzes und der Plasmaphereseverordnung in einer gemäß § 3 des Plasmapheresegesetzes bewilligten Einrichtung, welche Bewilligung ihm mit Bescheid des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz vom 10. 5. 1979 auch erteilt wurde. Mit Bescheid vom selben Tag wurde dieselbe Bewilligung auch Dr. Hellmuth B***** aufgrund dessen Antrages vom 19. 9. 1978 bewilligt, wobei in diesem Bescheid als Adresse des Antragstellers die Blutzentrale der Landeskrankenanstalten S***** in S*****, M*****straße *****, angeführt ist.

Bei der Abnahme des Blutes beim Spender (Spendevorgang) und bei der Blutplasmagewinnung wurde im Plasmapheresezentrum S***** zunächst das "offene System" angewendet, bei welchem in einem Raum, in dem sich mehrere Spender gleichzeitig aufhielten, der jeweilige Spender "angestochen" und dann ein Plastikbeutel, der ausschließlich für diesen Spender verwendet wurde, angehängt wurde; in diesem Beutel wurde das abgenommene Blut gesammelt. Wenn er voll war, wurde er abgeklemmt, mit einem Schweißgerät wie bei einer Vakuumverpackung zugeschweißt und in eine Zentrifuge gegeben. Diese Zentrifuge hatte 12 bis 16 Gehänge, das Plasmapheresezentrum S***** besaß sechs derartige Zentrifugen. Das Zentrifugieren der Beutel dauerte rund 10 Minuten, wobei es im Zuge desselben zu einer Trennung des Blutplasmas von den fließenden [richtig wohl: festen] Bestandteilen des Blutes kam und das Blutplasma herausgepreßt wurde. Auch wenn in der Zentrifuge Beutel mit Blut verschiedener Spender gleichzeitig behandelt wurden, gab es grundsätzlich für das Blut keine Infektionsgefahr, weil es zu keinerlei Vermischung des Blutes kam. Theoretisch war es jedoch möglich und kam auch in ganz seltenen Ausnahmefällen vor, daß durch die heftige Bewegung in der Zentrifuge ein defekter Beutel platzte, was dazu führte, daß die gesamte Zentrifuge geschlossen und gereinigt werden mußte. Da beim Platzen eines Beutels das darin enthaltene Blut zwangsläufig auch an die anderen Beutel in der Zentrifuge geriet, war es außerdem erforderlich, die unbeschädigten Beutel gut zu reinigen. Nach dem Zentrifugieren und im Fall des Platzens eines Beutels nach der Reinigung der unbeschädigt gebliebenen Beutel wurde dann das Blut den jeweiligen Spendern refundiert, und zwar wiederum im Spenderraum, wo trotz einer genauen Kennzeichnung der Beutel aufgrund einschlägiger Vorschriften das Blut aus einem konkreten Beutel mit dem Blut des konkreten Spenders, dem es refundiert werden sollte, noch einmal verglichen wurde, um jedes Risiko einer Verwechslung auszuschalten. Zu diesem Zweck wurde sowohl dem Beutel als auch dem Spender Blut entnommen, um es zu vergleichen, bei welcher Gelegenheit es demnach zur Öffnung des Beutels kam. Grundsätzlich war es bei dieser Manipulation möglich, daß die manipulierende Person Blutspuren etwa auf die Finger bekam und bei mangelnder Reinigung der Hände eine Infektion des nächsten Spenders, etwa mit Hepatitis, auslösen konnte.

Ab 1978 stellte das Plasmapheresezentrum S***** auf das "geschlossene System" um, bei welchem der Plasmapheresevorgang ohne Öffnung des Beutels und des Schlauchsystems durchgeführt wird. Bei den dabei verwendeten Beuteln sind drei durch Membranen verschlossene Öffnungen vorhanden, und zwar eine zum Einfüllen des entnommenen Blutes, eine zur Entnahme des Plasmas und eine zur Rückführung des Blutes in den Körper des jeweiligen Spenders. Mit diesem System wird vermieden, daß Blut aus dem Beutel offen entnommen werden muß.

Anläßlich einer jeden Blutspende zum Zwecke der Plasmagewinnung wurde und wird der Transaminasewert erhoben, welcher Lebererkrankungen - nicht nur Hepatitis - anzeigt. Zum damaligen Zeitpunkt lag der Befund des Transaminasewertes des jeweiligen Spenders in der Regel einen Tag nach der Spende vor; heutzutage ist es technisch möglich, den Transaminasewert innerhalb weniger Minuten zu bestimmen. Bei erhöhtem Transaminasewert muß das Blut sofort ausgeschieden werden, wobei der Beklagte damals die Anweisung gegeben hatte, diese Ausscheidung bei Transaminasewerten von über 25 Einheiten durchzuführen. Bereits 1977 bestand zwar die technische Möglichkeit, bei der Untersuchung des Spenderblutes aufgrund eines erhöhten Transaminasewertes eine Hepatitis-B-Erkrankung festzustellen, nicht jedoch eine Hepatitis-C-Erkrankung.

Der 1952 geborene Kläger spendete 1977 wiederholt Blutplasma im Plasmapheresezentrum S*****, wobei er am 9. 11. 1976 in die Spenderkartei aufgenommen worden war. Dabei wurde ein Aufnahmegespräch mit [dem Arzt] Dr. Raimund K***** geführt, welcher vom Beklagten im Hinblick auf § 4 Abs 3 Plasmapheresegesetz angestellt worden war. Er nahm in diesem Zusammenhang auch die anlässlich einer Aufnahme vorgesehene ärztliche Untersuchung beim Kläger vor.

Am 11. 11. 1977 hatte der Kläger noch Plasma gespendet, doch wurde der Plasmabeutel wegen eines Transaminasewertes von 27 Einheiten eliminiert. Am 15. 11. 1977 wurde lediglich eine Kontrolluntersuchung gemacht, nach deren Ergebnis [42] der Kläger von der Spende ausgeschlossen wurde. Eine weitere Kontrolle erfolgte am 17. 11. 1977. Aufgrund des Kontrollergebnisses von 23 Einheiten wurde der Kläger für 5. 12. 1977 vorerst als Spender wieder zugelassen. Das an diesem Tage gespendete Plasma wurde allerdings aufgrund des sodann festgestellten exorbitant hohen Transaminasewertes [328 Einheiten] wieder ausgeschieden. Die nächste Kontrolluntersuchung erfolgte am 9. 12. 1977 und ergab den weiter angestiegenen Transaminasewert von 588 Einheiten.

Der Kläger war der erste Plasmaspender, bei dem im Dezember 1977 [richtig wohl: November 1977] erhöhte Transaminasewerte festgestellt wurden, woraus sich allerdings weder der verlässliche Schluß ziehen läßt, daß er als erster infiziert worden wäre, noch, daß er selbst die Krankheit eingeschleppt hätte; jedenfalls wurden aber noch im Dezember 1977 im Landeskrankenhaus S***** eine Reihe weiterer von derselben Hepatitis befallene Patienten stationär aufgenommen, wobei den behandelnden Ärzten auffiel, daß es sich dabei durchwegs um Plasmaspender des Plasmapheresezentrums S***** handelte.

Von seinem Hausarzt, Dr. Sch*****, welcher gleichzeitig auch für den Beklagten im Plasmapheresezentrum S***** arbeitete, wurde der Kläger ebenfalls in die Landeskrankenanstalten S***** eingewiesen, wo Dr. Norbert M***** die Behandlung des Klägers und anderer mit Hepatitis infizierten Patienten übernahm. Dr. M***** stellte als Gemeinsamkeit aller Betroffenen fest, daß sie in den Wochen und Monaten vorher im Plasmapheresezentrum S***** Blutspender gewesen waren, und zog daraus den Schluß, daß mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit dort die Infektion zustande gekommen sein müsse. Allen diesen Patienten war auch gemeinsam, daß sie ein Krankheitsbild aufwiesen, das den behandelnden Ärzten damals noch unbekannt war. Es war damals zwar seit kurzem möglich, Hepatitis B nachzuweisen, und es waren die Landeskrankenanstalten S***** die ersten, die Hepatitis A (gemeint wohl: B) diagnostizieren konnten; die Erscheinungen bei den nun betroffenen und in rascher Aufeinanderfolge eingelieferten Patienten, denen das Blutplasma spenden im Plasmapheresezentrum S***** gemeinsam war, bestand aber darin, daß sie weder unter Hepatitis A noch B zu subsumieren waren, weshalb man zum Begriff der Non-A-Non-B-Hepatitis griff. Den behandelnden Ärzten war zu diesem Zeitpunkt allerdings noch nicht einmal klar, ob es sich um eine Infektionskrankung oder eine toxische Erkrankung handelte. In den Vereinigten Staaten hatte es 1975 bereits die ersten Berichte über transfusionsassoziierte Leberentzündungen gegeben.

Eine exakte Reihenfolge der Infektionen ließ sich nicht erstellen, weil die Inkubationszeiten unterschiedlich sind und sich auch die Patienten aufgrund des anfangs meist sehr milden Verlaufes der Erkrankung und wegen der anfangs bloß leichten Beschwerden zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Behandlung begeben hatten. Soweit im Plasmapheresezentrum S*****, so wie beim Kläger, überhöhte Transaminasewerte festgestellt wurden, wurde den Betroffenen geraten, sich wegen dieser an ihren Hausarzt zu wenden, wobei die Hausärzte daraufhin die Einweisung in die Landeskrankenanstalten Salzburg veranlaßten. Inwieweit und wann die Betroffenen von Dr. M***** über die bisher geschilderten Zusammenhänge in Kenntnis gesetzt wurden, steht nicht fest; es hat jedenfalls keine pauschale Aufklärung gegeben, sondern Einzelgespräche des Arztes mit den Betroffenen. Da diese einander schon teilweise vom Blutspenden kannten, und keineswegs isoliert voneinander stationiert wurden, sondern im Dezember 1977 sogar teilweise in einem gemeinsamen Zimmer waren, sind ihnen die Gemeinsamkeiten der Erkrankung an einer noch nicht diagnostizierbaren Hepatitis und der Umstand, daß sie alle Blutplasma spenden im Plasmapheresezentrum S***** gewesen waren, nicht verborgen geblieben. Aus verschiedenen Äußerungen des Dr. M***** konnten die Patienten auch entnehmen, daß sie sich ihre Erkrankungen beim Blutplasma spenden geholt haben könnten, daß es darüber jedoch keinerlei Gewißheit gebe. Im einen oder anderen Fall hat Dr. M***** auch mit einzelnen Betroffenen, wenn er darauf angesprochen wurde, die Möglichkeit von Schadenersatzansprüchen gegen das Plasmapheresezentrum Salzburg besprochen, wobei er jedoch mit seinen Hinweisen auf die schwierige Beweislage seine Gesprächspartner nicht zu Klagsführungen ermutigte.

Die Patienten befanden sich durchschnittlich einige Wochen in stationärer Behandlung im Krankenhaus, bei ihrer Entlassung wurden sie von Dr. M***** ersucht, sich in den Folgejahren ständig kontrollieren zu lassen, wobei Dr. M***** selbst durch viele Jahre hindurch diese Untersuchungen durchführte und auf dem Gebiet der Non-A-Non-B-Hepatitis wissenschaftlich tätig wurde.

1977/1978 wurden insgesamt 30 Blutplasmaspender des Plasmapheresezentrums S***** als von dieser neuartigen Hepatitis-Erkrankung betroffen festgestellt. Bei 27 hospitalisierten Patienten lagen die ALT-(Transaminase)Gipfelwerte zwischen 334 und 1736. Nur 16 davon hatten subjektive Erkrankungszeichen wie Müdigkeit und Appetitlosigkeit, 11 wiesen Werte über 2000 auf, 11 zeigten Gelbsucht und ein Patient klagte über vorübergehende Gelenkschmerzen. Patienten mit Gelbsucht entwickelten signifikant seltener eine chronische Hepatitis als Patienten ohne Gelbsucht. 19 von 26 prospektiv verfolgten Patienten hatten erhöhte ALT-Werte nach 12 Monaten (73 %) und 11 Patienten nach 46 Monaten (42 %). Leberblindpunktionen, die bei 18 der 19 Patienten mit nach 12 Monaten noch erhöhter ALT durchgeführt wurden, zeigten eine chronisch persistierende Hepatitis bei 14 und eine chronisch aktive Hepatitis bei drei Patienten.

Soweit bei den Patienten Beschwerden auftraten, verliefen diese im Laufe der Jahre unterschiedlich, sie wurden von den meisten als nicht sehr gravierend empfunden. Es wurde den Patienten erklärt, daß sie eine Lebererkrankung hätten, deren weiterer Verlauf sich nicht prognostizieren lasse. Auch der Kläger erhielt von Dr. M***** die Aufklärung, daß er an einer chronisch persistierenden Hepatitis leide. Auch bei ihm waren die Leberwerte unterschiedlich, einmal waren sie überhöht, dann wieder eher normal. Er nahm jahrelang kaum Beschwerden wahr, sodaß er nicht in erster Linie deswegen zu den Kontrolluntersuchungen ins Krankenhaus ging, sondern weil Dr. M***** ihn darum gebeten hatte. Seitens der Landeskrankenanstalten S***** erhielten die Hausärzte der betreffenden Patienten entsprechende Mitteilungen, wobei etwa am 5. 1. 1979 Dr. M***** dem Hausarzt des Klägers, Dr. Sch*****, mitteilte, daß sich beim Hepatitisantikörper- und Antigenbefund die Vermutung verstärkt habe, "daß die damalige Plasmapherese-Epidemie durch ein Non-A-Non-B-Virus ausgelöst wurde".

Im Jahr 1989 schrieb Dr. M***** an den damaligen Hausarzt des Klägers Dr. Josef S***** über eine weitere ambulante Kontrolluntersuchung zum Zustand des Klägers, es liege nach einer akuten Non-A-Non-B-Hepatitis im Rahmen einer Plasmapherese-Epidemie 1978 eine "mäßiggradige Erhöhung der Serumtransaminasen im Sinne einer vermutlich chronisch persistierenden Hepatitis" vor. Es heißt in diesem Bericht unter anderem:

"Die bei der heutigen Untersuchung erhobenen Befunde sind im wesentlichen zu den zuletzt in Deiner Praxis erhobenen Befunden unverändert, die Untersuchung erfolgte nach einer 14tägigen Alkoholkarenz. Als therapeutische Maßnahme käme nach Vorliegen einer chronischen Non-A-Non-B-Hepatitis die Verabreichung von Alpha-2-Interferon in Frage. Über den weiteren Verlauf der Diagnostik werde ich Dich nach Einlangen des Leberfunktionsergebnisses informieren".

Bereits im Oktober 1978 hatte sich bei Dr. M***** die Vermutung verdichtet gehabt, daß die Epidemie im Plasmapheresezentrum S***** ausgelöst worden war. So schrieb er etwa an die praktische Ärztin des Patienten Dr. Christian S*****, der sich in der Zeit vom 1. 9. bis 30. 9. 1978 an der Abteilung für Infektionskrankheiten der Landeskrankenanstalten S***** stationär aufgehalten hatte:

"Diagnose: chronische Non-A-Non-B-Hepatitis nach Plasmapherese.

.....

Epikrise: Bei Ihrem Patienten handelt es sich histologisch um eine chronische Hepatitis. Aufgrund der durchgeführten Antikörperanalyse muß eine Non-A-Non-B-Hepatitis angenommen werden. Als Infektionszelle muß am ehesten die bis Jänner 1978 durchgeführte Plasmaspende angenommen werden".

Dr. Christian S***** wurde von Dr. M***** noch während seines stationären Aufenthaltes darauf aufmerksam gemacht, daß vermutet werde, daß er beim seinerzeitigen Blutplasmaspender infiziert worden sein könnte. Von diesem auf den Rat eines anderen Arztes angesprochen, eine Klage einzubringen, verwies Dr. M***** auf die Risiken, die mit einer solchen Klage verbunden wären. Er äußerte, es könnte der Nachweis schwierig sein, daß der Patient wirklich beim Blutplasmaspender angesteckt worden sei, überdies sei ja das für diese Erkrankung verantwortliche Virus noch nicht nachweisbar, weshalb man gar nicht wisse, woran er nun genau leide. Auf die Möglichkeit schwerwiegender Spätfolgen wurde Dr. Christian S***** allerdings weder 1978 noch während der folgenden Jahre hingewiesen.

1985 veröffentlichte Dr. M***** seine wissenschaftlichen Erkenntnisse über Non-A-Non-B-Hepatitis in der medizinischen Zeitschrift "Infection" und wies darin auch auf die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Infektion mit dieser Erkrankung beim Blutplasmaspender im Plasmapheresezentrum S***** hin.

Der Kläger begab sich im ersten Jahresviertel des Jahres 1994 wegen massiver Beschwerden aufgrund von Hämorrhoiden zu einem Arzt, welcher die Herstellung eines Blutbefundes veranlaßte, dem Kläger als Untersuchungsergebnis mitteilte, daß "da hinten und vorne etwas nicht stimme", und empfahl, einen Internisten

aufzusuchen. Bei diesem, bei dem es sich um Prim. Dr. Anton H***** handelte, erschien der Kläger zum ersten Mal am 22. 3. 1994, wobei das Problem von Wasser in den Beinen und im Bauch im Vordergrund stand. Bei diesem ersten Gespräch erzählte der Kläger von sich aus, daß er 1978 im Krankenhaus in der Infektionsabteilung der I. Medizin wegen einer Gelbsucht gewesen sei. Dr. Anton H*****, der damals auf der II. Medizin der Landeskrankenanstalten S***** tätig gewesen war, erinnert sich sofort wieder daran, daß damals im Krankenhaus vermehrt solche Fälle aufgetreten waren, von denen bekannt war, daß sie im Plasmapheresezentrum S***** Blutplasma gespendet und anschließend Gelbsucht bekommen hatten. Dr. H***** veranlaßte eine Blut- und Ultraschalluntersuchung und kam aufgrund dieser zur Gewißheit, daß der Kläger eine Hepatitis C gehabt haben mußte. Aufgrund internationaler Veröffentlichungen war zu diesem Zeitpunkt auch schon bekannt, daß Hepatitis C bei etwa 20 % der Betroffenen zu Leberzirrhose führt. Noch im März 1994 teilte Dr. H***** dem Kläger mit, daß er an einer Leberzirrhose leide, und schlug vor, es noch etwa einen Monat lang mit einer Therapie zu versuchen. Als sich dann herausstellte, daß diese nicht anschlug, versuchte er dem Kläger klar zu machen, daß er sich einer Lebertransplantation unterziehen müsse.

Bereits in der Anamnese vom 22. 3. 1994 scheint die Erkrankung 1977/78 auf. Ebenso trug Dr. H***** dem Kläger bereits im März 1994 auf, daß er alle auf diese Hepatitis C bezughabenden Befunde benötige. Daraufhin holte der Kläger am 14. 4. 1994 bei seinem Hausarzt Dr. Josef S***** sämtliche diesbezüglichen Unterlagen ab. Ob der Kläger jemals von seinen Hausärzten ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, daß er sich seine Erkrankung mit hoher bis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit beim Blutplasmaspenden durch eine Infektion geholt hat, steht nicht fest.

Am 28. 4. 1994 führte Dr. H***** das letzte Mal eine Laboruntersuchung des Klägers durch. Aufgrund deren Ergebnisses telefonierte er in den darauffolgenden Tagen mit Univ. Prof. Dr. Wolfgang V***** von der klinischen Abteilung für Gastro-Enterologie und Hepatologie in Innsbruck, erklärte ihm den Fall des Klägers und sprach mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch die Vermutung einer Infektion beim Blutplasmaspenden aus.

Am 4. 5. 1994 wurden mit dem Kläger in Innsbruck die orientierenden Untersuchungen durchgeführt; vom 19. bis 20. 5. und dann wieder vom

25. bis 27. 5. 1994 war der Kläger stationär in Innsbruck zur Durchuntersuchung aufgenommen. In der am 19. 5. 1994 erstellten Anamnese scheint bereits der Zusammenhang der Erkrankung mit der Plasmapherese-Epidemie 1977/78 auf. Diese Anamnese wurde von einem Mitarbeiter des Univ. Prof. Dr. V***** mit dem Kläger aufgenommen. Usus ist es, daß die Anamnese ausschließlich aufgrund von Gesprächen mit dem Patienten erstellt wird und daß darin nicht bereits irgendwelche allenfalls vorhandenen Befunde mitverarbeitet werden. Auch in dem von dem betreffenden Assistenzarzt am 1. 6. 1994 diktierten Arztbrief an Prim. Dr. H***** wird aus der Anamnese berichtet und wörtlich ausgeführt: "Mit 8 a Hepatitis im Rahmen einer Plasmapherese-Epidemie 1978; seit 1977 Non-A-Non-B-Hepatitis bekannt".

Am 4. 8. 1994 wurde dann am Kläger eine Lebertransplantation vorgenommen.

Ab 1995 erschienen in deutschen Medien zunehmend Berichte über Hepatitis-C-Erkrankungen und deren Ursachen. Diese Berichte veranlaßten den Kläger sowie etwa auch Dr. S*****, diesen Dingen nachzugehen und über rechtliche Konsequenzen nachzudenken zu beginnen. Ab 1995 wandte sich der mit diesen Fällen nunmehr befaßte Assistenzarzt der I. medizinischen Abteilung der Landeskrankenanstalten S***** schriftlich an Betroffene und ersuchte diese um Kontaktaufnahme, da nun seit kurzer Zeit als Verursacher ein Virus festgestellt worden sei, welches man Hepatitis-C-Virus nenne. 80 % dieser Erkrankungen würden einen chronischen Verlauf nehmen und könnten aufgrund dieser chronischen Entzündung zu einer Leberzirrhose und sogar zum Leberkrebs führen. Mit der Entdeckung des Virus seien nun auch die Heilungschancen gestiegen.

Im Juni 1996 gründete der Kläger die Hepatitis C-Liga und trug seinen Fall mehrfach in TV-Sendungen vor, wodurch sich eine große Anzahl von Hepatitis-C-Patienten bei ihm meldeten. In der ersten Jahreshälfte 1996 wurde der Kläger dabei auch auf die wissenschaftlichen Arbeiten Dris M***** in der Zeitschrift "Infection" aufmerksam, worauf ihm dieser am 2. 5. 1996 diese Arbeiten übermittelte.

Dem Kläger war die Tätigkeit des Recherchierens aus 15jähriger journalistischer Tätigkeit geläufig.

Mit Schreiben vom 22. 5. 1996 wandte er sich an die Patientenanwältin Dr. Mercedes Z***** um Rat und Hilfe. Darin schreibt er, daß er erst in der Vorphase der Transplantation beim Lesen der Arztbriefe, welche er sich Anfang 1994 für die behandelnde Ärzte besorgt habe, draufgekommen sei, daß er 1977 zusammen mit einer Reihe weiterer Personen in Salzburg bei einer Blutplasmaspende mit Hepatitis-C infiziert worden sei. Tatsächlich hat er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Befunde, die er am 14. 4. 1994 bei Dr. S***** abgeholt hat, auch selbst sofort gelesen.

Im Herbst 1996 nahm der Kläger mit einem Wiener Rechtsanwalt Kontakt auf und es wurde schließlich geprüft, wer geklagt werden müsse. Dabei stieß man zunächst auf die Nebenintervenientin und stellte fest, daß 100 %ige Gesellschafterin dieser das Österreichische Rote Kreuz, Landesverband S*****, sei. Am 22. 4. 1997 erhielt man von der Nebenintervenientin die Antwort:

"Im Jahre 1977, also zu jenem Zeitpunkt, wo Ihr Klient im damaligen Plasmapheresezentrum Plasma gespendet hat, wurde diese gemäß der vorliegenden Unterlagen nicht von unserer Gesellschaft, sondern von Herrn Dr. Johann Georg H***** ... und Dr. Gerhard S***** ... geführt, welche auch die damals geltenden behördlichen und gesetzlichen Vorschriften zu verantworten hatten. Diese Informationen wurden Ihrem Klienten ... bereits im Jahre 1996 nach einer Anfrage bei der Ombudsfrau Dr. Mercedes Z***** gegeben".

Am 13. 5. 1997 teilte das Österreichische Rote Kreuz, Landesverband S*****, der vom Kläger gegründete Hepatitis-Liga mit:

"Die Plasmapherese-station der P***** GmbH wurde zunächst von den Herren Dr. H***** und Dr. S***** und später von Ersterem allein bis 2. 1. 1981 eigenverantwortlich geführt. Mit Kaufvertrag vom 23. 12. 1980/6. 2. 1981 hat die P***** GmbH von Herrn Dr. H***** die von ihm mit dem Standort S*****, A*****straße *****, betriebene Plasmapherese-station erworben."

Unter Hepatitis versteht man eine Leberentzündung, Transaminase bedeutet Leberzellenschädigung. Erst Mitte der 50iger Jahre dieses Jahrhunderts ist es gelungen, Transaminasewerte festzustellen. Da die chronische Hepatitis über viele Jahre keine besonderen Beschwerden macht, wenn man von gelegentlichen Müdigkeitsgefühlen, Appetitlosigkeit und ähnlichem absieht, wurde die Medizin bis zum Beginn der Transaminaseuntersuchungen mit den Patienten in der Regel erst konfrontiert, wenn diese bereits Leberzirrhose hatten. Erst mit dem Nachweis der Transaminasen ist die Zahl der Patienten, die durch Zufall entdeckt wurden, deutlich angestiegen. Es muß damit gerechnet werden, daß es auch heute noch viele tausende unentdeckte Patienten mit Hepatitis gibt, die man "zufällig" bei Blutkontrollen, bei denen heute Transaminasen erhoben werden, entdecken wird.

Man unterscheidet verschiedenen Arten von Hepatitis. Die sogenannte Hepatitis A ist jene Ausformung, die man volkstümlich als Gelbsucht bezeichnet, welche durch falsche Nahrungsaufnahme hervorgerufen wird. Der normale Infektionsablauf erfolgt oral bzw enteral. Es kann aber auch eine Infektion über das Blut erfolgen.

Hepatitis B wird parenteral übertragen, also durch Infektionen mit Spritzen (bei Fixern, aber auch in der Medizin, solange Spritzen Wiederverwendung fanden); diese Erkrankung ist häufig bei Drogenabhängigen, aber auch bei medizinischem Personal aufgetreten. Sowohl Hepatitis A als auch B können schwerwiegend verlaufen, der Unterschied liegt darin, daß eine Hepatitis A entweder ausheilt oder der Patient stirbt, und zwar gleich am Beginn der Erkrankung [an] einer schweren Hepatitis. Bei Hepatitis B kann es zu einer chronischen Erkrankung kommen, bei der es wiederum verschiedene Ausformungen gibt. Der Unterschied der Hepatitis C zu A und B liegt darin, daß die Hepatitis C lange Zeit leicht verläuft, sodaß der Patient es meistens gar nicht merkt, sondern man erst im Lauf der Jahre durch eine zufällige Blutuntersuchung draufkommt, und es können sich Beschwerden erst nach vielen Jahren einstellen. Es kann aber auch Hepatitis C ausheilen. Sowohl bei Hepatitis A als auch B laufen 30 bis 50 % der Erkrankungen unbemerkt ab und heilen aus. Hier kann man erst im nachhinein durch Blutuntersuchungen feststellen, daß der Betreffende überhaupt eine derartige Erkrankung durchgemacht hat. Hepatitis A und B sind seit vielen Jahren bekannt, Probleme gab es nur mit der Diagnostizierbarkeit und Feststellbarkeit des Virus.

Seit Mitte der 70iger Jahre wußte man von Hepatitis-Erkrankungen, welche weder Hepatitis A noch Hepatitis B waren. Mit Sicherheit war dies im Jahr 1977 schon bekannt. Mit Sicherheit hat man 1977 schon gewußt, daß beim Blutspenden oder Blutplasmaspending Infektionen stattfinden können, zB auch mit Hepatitis B. Nachdem der weitaus überwiegende Teil der Hepatitis-C-Erkrankungen parenteral übertragen wird, haben die Forschungen auch ergeben, daß praktisch in allen Fällen, wenn man die Ursprungsperson, von der eine solche Erkrankung ausgeht, beiseite läßt, ein medizinischer Hintergrund gegeben ist, dh man hat feststellen können, daß entweder ein Hausarzt Spritzenkuren verabreicht hatte oder daß der Krankenhausbereich und der Blutspendebereich als klassische Risikobereiche in Frage kamen. Das wird auch dadurch unterstrichen, daß vor allem die Drogenabhängigen Hepatitis-C-verseucht sind.

1977 war für die Ärzte in S***** noch keine gesicherte medizinische Erkenntnis darüber vorhanden, ob diese Hepatitis Non-A-Non-B eine Infektionserkrankung oder eine toxische Erkrankung ist. Eine gesicherte infektiöse Genese wurde erst nach dem sogenannten "Afferversuch" in S***** möglich, der von Dr. M***** und anderen Autoren in der medizinischen Zeitschrift "Infection 1985" dargestellt wurde. Die Zusammenfassung dieses Berichtes lautet wie folgt:

"Epidemie von Nicht-A-Nicht-B-Hepatitis in einem Plasmapheresezentrum. In einem Plasmapheresezentrum wurden 1977/78 im Rahmen einer Epidemie 30 Plasmaspender mit Nicht-A-Nicht-B-Hepatitis infiziert. Das Serum eines Spenders löste im Schimpansen eine Nicht-A-Nicht-B-Hepatitis mit charakteristischen tubulären Veränderungen des endoplasmatischen Retikulums aus. Die Infektionen traten über mehrere Monate auf und zeigten gut dokumentierbare Häufigkeitsgipfel im Dezember 1977 und Ende Januar, Anfang Februar 1978. Aufgrund der epidemiologischen Daten konnte auf eine Ausbreitung der Infektion innerhalb des Zentrums geschlossen werden. Der wahrscheinlichste Übertragungsweg war eine Serumkontamination der für die Wiederinfusion der Erythrozyten verwandten Kunststoffbeutel. Die mittlere Inkubationszeit betrug 41 (27 bis 59) Tage."

In diesem Artikel wird unter anderem ausgeführt, daß es vom epidemiologischen Hintergrund offensichtlich sei, daß eine Übertragung der Non-A-Non-B-Hepatitis während einer längeren Periode innerhalb des Plasmapheresezentrums geschehen sei, weil kein persönlicher Kontakt zwischen der Mehrheit der betroffenen Spender bestanden habe und auch kein Drogenaustausch zwischen ihnen vorhanden gewesen sei. Demgegenüber habe es keinen Anstieg von Hepatitisfällen außerhalb des Plasmapheresezentrums gegeben und seien auch in den vorangegangenen Jahren nur gelegentlich Fälle von erhöhten Transaminasewerten unter Plasmapherese Spendern gefunden worden. Im Kapitel "Inkubationszeit" vertraten die Autoren die Meinung, daß der jetzige Kläger möglicherweise die Krankheit am 7. 11. 1977 in das Zentrum eingeschleppt hätte, welche Auffassung von damals federführenden Autor Dr. M***** im laufenden Verfahren jedoch zurückgenommen und darauf hingewiesen wurde, daß möglicherweise der in der Arbeit als MJ bezeichnete Patient die Einschleppung zu verantworten habe. Für eher unwahrscheinlich, aber nicht 100 % auszuschließen hält es Dr. M***** nunmehr, daß es im Jänner/Feber 1978 noch einen zweiten Einschlepper gegeben haben könnte.

Die Autoren der zitierten Arbeit kamen schließlich zum Schluß, daß der Mechanismus der Übertragung der Krankheit im Plasmapheresezentrum S***** nicht evident sei, daß aber die einzig mögliche Infektionsart eine Blut- oder Serumkontamination zu sein scheine, die auf eine undichte Stelle bei den Blutbehältnissen zurückgeführt werden müsse.

Mit seiner am 26. 5. 1997 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrt der Kläger vom Beklagten und dem ursprünglich Mitbeklagten die Bezahlung von S 3.000.000 sA; weiters stellte er ein Feststellungsbegehren.

Der Kläger brachte im wesentlichen vor, er habe sich während einer Plasmaspende in dem von beiden ursprünglich Beklagten betriebenen Plasmapheresezentrum S*****, A*****straße *****, mit Hepatitis C infiziert, wofür diese einzustehen hätten, weil sie fahrlässig die erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen bei der damals noch manuell durchgeführten Plasmapherese nicht eingehalten hätten. Sie seien verpflichtet gewesen, alle Vorkehrungen zu treffen, um jede Ansteckung von Spendern hintanzuhalten. Sie hafteten auch für das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen.

Bei ihm seien bereits im Dezember 1977 erste Erkrankungserscheinungen aufgetreten, wonach bei einer stationären Untersuchung in der Zeit vom 13. 12. 1977 bis zum 11. 1. 1978 eine Hepatitis festgestellt worden sei. Nachdem die Beschwerden nicht besonders groß gewesen seien, sei im Herbst 1993 Aszites aufgetreten und Prim. Dr. H***** habe ihm mitgeteilt, daß an einer sehr schweren Lebererkrankung leide. Mitte Juni habe ihm vor der nötigen Lebertransplantation Doz. Dr. V***** erstmals mitgeteilt, daß bei ihm eine Leberzirrhose bei Hepatitis C bestehe. Erst im Jahr 1996 habe er, nachdem am 4. 8. 1994 die Lebertransplantation durchgeführt worden sei, nach eigenen Recherchen von einer Studie erfahren, wonach der wahrscheinlichste Übertragungsweg eine Serumkontamination der für die Wiederinfusion der Erythrozyten verwandten Kunststoffbeutel im Plasmapheresezentrum S***** gewesen sei, wodurch im Rahmen einer Epidemie 30 Plasmaspender mit Hepatitis C infiziert worden seien. Er habe einen Verdienstentgang von mindestens S 2.000.000 erlitten und überdies Anspruch auf ein Schmerzensgeld von derzeit S 1.000.000.

In der Folge brachte der Kläger ergänzend vor, daß er vor seiner Spendertätigkeit seitens der beklagten Parteien in keiner Weise über ein Infektionsrisiko aufgeklärt worden sei. Eine Einschleppung der Infektion durch ihn selbst sei nicht möglich, weil die übrigen Krankheitsfälle nahezu gleichzeitig gewesen seien. Von der genannten Studie habe er mit Schreiben der Salzburger Gebietskrankenkasse am 2. 5. 1996 erfahren.

Zur Begründung einer Solidarhaftung der beiden ursprünglich Beklagten berief sich der Kläger auch darauf, daß zwischen den seinerzeitigen Beklagten und dem Roten Kreuz, Landesverband S*****, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes begründet worden sei. Weiters verwies er darauf, daß Plasmapherese nur unter der verantwortlichen Leitung eines Arztes, der hiezu eine Bewilligung des Bundesministers für Gesundheit besitze, in Einrichtungen vorgenommen werden dürften, für die der Landeshauptmann auch die Betriebsbewilligung erteilt habe. Unter anderem sei diesen Bestimmungen nicht entsprochen worden.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens.

Er wandte ein, daß zur Zeit der ersten Plasmaspende des Klägers am 9. 11. 1976 das Plasmaphereseinstitut bereits der Firma P***** GmbH (der späteren Nebenintervenientin) zuzurechnen gewesen sei; vorher sei dies dem Roten Kreuz zuzurechnen gewesen. Zwischen dem Roten Kreuz und den beklagten Ärzten habe ein Werkvertrag bestanden. Diese hätten gegenüber den jeweiligen Spendern und überhaupt bei Betrieb des Plasmaphereseinstituts jeweils alle denkbaren und dem damaligen Stand der Medizintechnik entsprechenden Vorkehrungen getroffen, um jede Ansteckung von Spendern hintanzuhalten, und auch die im Plasmaphereseinstitut unter ihrer Aufsicht tätigen Ärzte und Krankenschwestern ausreichend überwacht.

Nach den Ergebnissen der auch in der Klage zitierten Arbeit, sei der Kläger wahrscheinlich selbst für die Erkrankungen der späteren Spender ursächlich gewesen.

Lediglich ex post müsse aus medizinischer Sicht gesagt werden, daß das seinerzeit verwendete "offene System" die Möglichkeit der Übertragung von Infektionen im Plasmaphereseinstitut erheblich erhöht habe. Dieses Risiko sei vom damaligen Stand der Wissenschaft nicht bekannt gewesen. Aus diesem Grund sei es 1977 auch in anderen Plasmaphereseinstituten zu Hepatitis-C-Infektionen gekommen.

Ausdrücklich werde auch die Verjährungseinrede erhoben. Bereits im Laufe des Jahres 1978, spätestens aber 1979, habe Dr. M***** mit dem Kläger und auch anderen derartig Erkrankten Gespräche darüber geführt, inwieweit ein Zusammenhang zwischen der Erkrankung und der Tätigkeit als Plasmaspender in dem von den Beklagten ärztlich geleiteten Plasmaphereseinstitut besteht. Dieser Zusammenhang sei von Dr. M***** aufgezeigt worden, ebenso die Möglichkeit der Einbringung einer Schadenersatzklage. Dabei sei auch die Schwierigkeit der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen von der Sachlage her diskutiert worden, solche Bedenken könnten aber den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist nicht hinausschieben. Dr. M***** habe am 5. 1. 1979 als Assistenzarzt und am 17. 2. 1989 als Oberarzt an die den Kläger ambulant behandelnden Ärzte Informationsschreiben gerichtet, in denen jeweils darauf hingewiesen wurde, daß der Kläger im Rahmen einer Plasmapherese-Empidemie erkrankt sei. Auch die behandelnde Ärzte hätten im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht diese Mitteilung an den Kläger weitergeben müssen.

Der Kläger habe ebenso wie die anderen Infizierten etwa Anfang des Jahres 1978 volle Kenntnis davon gehabt, daß seine Infektion auf seine Tätigkeit als Plasmaspender zurückgehe. Spätestens Ende 1993/Anfang 1994 sei die Leberzirrhose diagnostiziert und dem Kläger mitgeteilt worden. Prim. Dr. H***** sei bei der ärztlichen Behandlung des Klägers über den Zusammenhang zwischen dessen Erkrankung und dessen Tätigkeit als Plasmaspender informiert worden, wovon er nur vom Kläger selbst erfahren habe können.

Der Kläger sei wie alle Plasmaspender bei der ersten Untersuchung insoweit ausreichend aufgeklärt worden, als man ihnen alle Risiken vor Augen geführt habe, die damals bekannt und relevant gewesen seien. Eine Hepatitis-Non-A-Non-B als Risikofaktor der Plasmapherese sei damals nicht bekannt gewesen. Daher habe diesbezüglich auch keine Aufklärung gegeben werden können.

Prim. Dr. B***** sei seitens des Roten Kreuzes für das Plasmapheresezentrum als ärztlicher Leiter bestellt worden und habe diese auch während der Trägerschaft der Firma P***** GmbH ausgeübt. Er habe über die entsprechenden Bewilligungen verfügt. Das sogenannte "geschlossene System" sei zum frühestmöglichen Zeitpunkt im Plasmaphereseinstitut in Salzburg als erstem in Österreich eingeführt worden.

Mit Teilzwischenurteil erkannte das Erstgericht das Leistungsbegehren von S 3.000.000 sA gegenüber beiden ursprünglich Beklagten als dem Grunde nach zu Recht bestehend. Es traf im wesentlichen die eingangs wiedergegebenen Feststellungen.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht den Vertrag zwischen dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S*****, und den ursprünglich Beklagten als Liefer- und Kaufvertrag. Es gelange zur Auffassung, daß die beiden tatsächlich das Plasmapheresezentrum S***** betrieben hätten und daher auch passiv klagslegitimiert seien. Darüber hinaus leite der Kläger seinen Anspruch gar nicht aus einer vertragsmäßigen Beziehung ab, sondern begehre Schadenersatz aufgrund Verschuldens. Der Schadenseintritt sei

durch Fahrlässigkeit herbeigeführt worden, wobei der Beklagte auch für den von ihm angestellten Arzt Dr. K***** einzustehen habe. Bei der gegebenen Beweislage sei davon auszugehen, daß dem Kläger der primafacie-Beweis gelungen, den Beklagten aber der Freibeweis, daß ein Verschulden ihrerseits oder ihres Personals auszuschließen sei oder daß der Kläger selbst die Infektion eingeschleppt habe, mißlungen sei. Darüber hinaus haftete der Beklagte auch deshalb, weil er nicht dafür gesorgt hätte, daß Spendenwillige, insbesondere auch der Kläger, über eine wenn auch geringe Infektionsgefahr aufgeklärt worden seien. Insbesondere hätte darüber aufgeklärt werden müssen, daß eine Infektion trotz Einhaltung jeder erdenklichen Hygiene und der Durchführung von Untersuchungen nicht 100 %ig ausgeschlossen werden können und daß insbesondere auch die Gefahr des "diagnostischen Fensters" bestehe.

Es sei zwar davon auszugehen, daß der im Auftreten einer chronisch persistierenden Hepatitis gelegene Teil des Schadens dem Kläger längst bekannt gewesen sei, daß der mit der Leberzirrhose verbundene Schaden ihm aber erst später bekannt geworden sei. Da die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB erst dann zu laufen beginne, wenn dem Geschädigten der Eintritt des Schadens und die Person des Schädigers so weit bekannt geworden seien, daß eine Klage mit Aussicht auf Erfolg angestellt werden könne, wobei dazu auch die Kenntnis über den Ursachenzusammenhang gehöre, sei dies für den Kläger erst in der ersten Maihälfte 1996 der Fall gewesen, als er den wissenschaftlichen Artikel des Dr. M***** und anderer zur Kenntnis erhalten habe.

Mit dem angefochtenen Beschluß gab das Berufungsgericht der Berufung des Beklagten Folge, hob dieses, soweit damit dessen Haftung dem Grunde nach ausgesprochen wurde, auf und trug dem Erstgericht insoweit eine neuerliche, nach Verfahrensergänzung zu fällende Entscheidung auf.

In der Berufungsverhandlung stellten die Parteien über den festgestellten Sachverhalt hinaus noch außer Streit, daß der Beklagte persönlich beim Kläger keine einschlägigen ärztlichen Handlungen im Zusammenhang mit der Plasmapherese vorgenommen hat und bereits vor 1976 in derselben rechtlichen und tatsächlichen Konstellation gegenüber dem Österreichischen Roten Kreuz Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Plasmapherese im Zentrum A*****straße ***** in S***** vorgenommen hat.

Weiters übernahm das Berufungsgericht als unbedenklich die weitere Feststellung des Erstgerichtes, wonach der Kläger anlässlich seiner Aufnahme in die Spenderkartei im November 1976 über irgendwelche Risiken, etwa Infektionsgefahr, nicht aufgeklärt wurde.

In seiner rechtlichen Beurteilung ging das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger seine Ansprüche auf den Titel des Schadenersatzes gründe, weshalb im Hinblick auf § 1489 ABGB derartige Ansprüche grundsätzlich innerhalb von drei Jahren von der Zeit an verjährten, zu welcher der Schade und die Person des Schädigers dem Beschädigten bekannt wurde, wobei es unerheblich ist, ob der Schade durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden ist. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes und der in der Berufungsverhandlung erfolgten Außerstreitstellung über eine stationäre Aufnahme des Klägers bereits Ende 1977/Anfang 1978 wegen einer aufgrund der Infektion mit dem Hepatitis C-Virus ausgebrochenen Gelbsucht, habe der Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt Kenntnis vom Eintritt eines Schadens gehabt. Es seien auch damals für den Kläger bereits erhebliche Verdachtsmomente dahingehend vorgelegen, daß die Infektion nur im Zusammenhang mit seiner Plasmapspende im Plasmapheresezentrum S***** erfolgt sein konnte. Verjährung liege aber deshalb nicht vor, weil nach der Rechtsprechung Kenntnis des Schadens objektives Bekanntsein aller Tatumstände bedeute, die für die Entstehung und eine erfolversprechende Durchsetzung des Anspruchs maßgeblich sind (Mader in Schwimann ABGB**2 Rz 9 zu § 1489 mwN), während die bloße Möglichkeit der Kenntnis der Tatumstände nicht ausreicht (JBI 1956, 505; EvBl 1957, 314).

Nach der neueren Rechtsprechung beginne die tatsächliche Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen (JBI 1996, 311 [verst Senat] uva). Diese Änderung der Judikatur sei entgegen einzelnen Literaturmeinungen (etwa Wilhelm, Die neue Form der Garantie, eclex 1993, 16; Posch in Schwimann, ABGB**2 Rz 11 zu § 5) nach der nunmehrigen Auffassung des OGH (RIS-Justiz RS0109026) auch für vor Änderung derselben verwirklichte Sachverhalt anzuwenden.

Im übrigen könne sich nach der ständigen Rechtsprechung bei einem besonderen Sachverhalt, also insbesondere auch bei ärztlichen Kunstfehlern, die Kenntnis des Schadens erst zu einem späteren Zeitpunkt ergeben (vgl JBI 1964, 371). So sei in jüngster Zeit (6 Ob 273/98k) ausgesprochen worden, daß die Kenntnis des Geschädigten den ganzen den Anspruch begründenden Sachverhalt umfassen müsse, insbesondere auch die Kenntnis des Ursachenzusammenhanges zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten, in Fällen der Verschuldenshaftung daher auch jener Umstände, aus denen sich das Verschulden des Schädigers ergebe. Der den Anspruch begründende Sachverhalt müsse dabei dem Geschädigten zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch so weit bekannt sein, daß er in der Lage sei, das zur Begründung seines Ersatzanspruches erforderliche Sachvorbringen konkret zu erstatten. Bloße Mutmaßungen über die angeführten Umstände genügen nicht. Habe der Geschädigte als Laie keinen Einblick in die für das Verschulden

maßgeblichen Umstände, beginne die Verjährungsfrist nicht zu laufen. Komme jemand durch einen ärztlichen Kunstfehler zu Schaden, beginne die Verjährungsfrist daher nicht, solange die Unkenntnis, daß es sich dabei um einen Kunstfehler handle, andauere, möge auch der Schade und die Person des (möglichen) Schädigers an sich bekannt sein. Mit dem Erstgericht sei daher darauf hinzuweisen, daß für den Kläger erst innerhalb der Dreijahresfrist vor Einbringung der Klage letztlich all jene Umstände im Zusammenhang mit dem Ursachenzusammenhang und dem Verschulden des (möglichen) Schädigers bekannt geworden seien.

Im Hinblick auf eine, allerdings nicht zu überspannende (RIS-Justiz RS0034327; JBl 1991, 654; 6 Ob 273/98k) Erkundigungspflicht des Geschädigten komme im vorliegenden Fall auch maßgeblich zum Tragen, daß von Seiten des Beklagten, der Nebenintervenientin und auch des Österreichischen Roten Kreuzes, Landesverband S*****, gegenüber dem Kläger versucht worden sei, die tatsächliche Verantwortung zu verschleiern. In diesem Zusammenhang sei ua auf den Widerspruch zwischen der Auskunft der Nebenintervenientin vom 22. 4. 1997 und ihrer Ausführungen im Rahmen ihrer Beitrittserklärung hinzuweisen. Da im vorliegenden Fall auch die Kenntnis des Geschädigten vom Schädiger mehr als aufklärungsbedürftig erscheine, habe der Kläger die Schadenersatzklage jedenfalls innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist eingebracht.

Auch wenn der Geschädigte mit einer Klage nicht so lange zuwarten dürfe, bis Gewißheit über den Prozeßgewinn bestehe (vgl etwa SZ 40/40 uva, aus jüngerer Zeit AnwBl 1989, 694) teile das Berufungsgericht die Auffassung des Erstrichters, daß für den Kläger letztlich erst mit Erhalt der wissenschaftlichen Arbeiten des Dr. M***** im Mai 1996 eine konkrete Aussicht bestanden habe, mit einer einzubringenden Klage auch Erfolg zu haben. Es dürfe dabei nicht übersehen werden, daß der Kläger lange Jahre nach seiner ersten Erkrankung kaum Beschwerden wahrgenommen und daher auch nicht deretwegen zu Kontrolluntersuchungen gegangen sei. Auch die Zweifel, daß tatsächlich eine Infektionserkrankung vorgelegen sei, hätten erst durch die wissenschaftliche Arbeit des Dr. M***** im Jahr 1985 beseitigt worden. Gerade in dieser Arbeit sei auf den wahrscheinlichsten Übertragungsweg durch Serumkontamination der für die Wiederinfusion der Erythrozyten verwendeten Kunststoffbeutel hingewiesen worden. Aufgrund der komplexen Zusammenhänge und im Hinblick darauf, daß der Beklagte bis heute jedes schuldhafte Verhalten bestreite, wäre der Kläger nicht imstande gewesen, die für eine Klage notwendigen konkreten Behauptungen auch über die tatsächliche Ursache der Infektion und der Epidemie sowie über das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Beklagten aufzustellen, bevor diese "Argumentationslücke" durch die wissenschaftliche Arbeit gefüllt worden sei. Für die Verjährungsfrage dürfe auch nicht der nunmehr festgestellte Sachverhalt herangezogen werden, sondern der damalige Wissensstand des Klägers. Wenn auch der Einwand des Beklagten richtig sei, gerade in der zitierten Arbeit werde der Kläger selbst als mutmaßlicher Verursacher der Epidemie bezeichnet, könne daraus für den Rechtsstandpunkt desselben nichts gewonnen werden, weil dies den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist noch weiter hinausschiebe, nämlich praktisch bis zu jenem Zeitpunkt, in welchem der Verfasser dieser Arbeit als Zeuge diese Details zurückgenommen habe. Da auch das Österreichische Rote Kreuz, Landesverband S*****, ebenso wie die Nebenintervenientin erst im Frühjahr 1997 dem Kläger gegenüber bekanntgegeben hätten, daß nach ihrer Auffassung der Beklagte und sein ärztlicher Partner das Plasmapheresezentrum betrieben hätten, könne von einer Verjährung des Klagsanspruches keine Rede sein.

Weiters verwarf das Berufungsgericht den Einwand der mangelnden Passivlegitimation schon mit der Begründung, daß der Kläger seine Ansprüche nicht allein auf vertraglichen Schadenersatz gründe.

Nach den maßgeblichen Feststellungen hätten der Beklagte und sein ärztlicher Partner bereits vor dem 1. 1. 1976 unter der Adresse A*****straße ***** die Plasmapherese vorgenommen, und zwar im Plasmapheresezentrum S*****. Unter Plasmapherese werde die Entnahme von menschlichem Blut aus dem Kreislauf und die Reinfusion der aufgeschwemmten Blutzellen in den Kreislauf des Plasmaspenders verstanden und sei wohl auch damals verstanden worden (vgl § 1 Abs 1 PlasmaphereseG). Verstehe man aber diese Tätigkeit unter Betreiben des Plasmapheresezentrums, dann sei die Auffassung des Erstgerichtes durchaus richtig, daß dieses vom Beklagten und Dr. S***** betrieben worden sei. Diese hätten auch nach den Feststellungen die entsprechenden Räumlichkeiten angemietet und mit den nötigen Einrichtungen und Apparaturen versehen. Zu diesem Zeitpunkt sei diese Tätigkeit, soweit für den erkennenden Senat rechtshistorisch nachvollziehbar, zwar nicht dem erst am 1. 1. 1976 in Kraft getretenen PlasmaphereseG, wohl aber einer Konzessionspflicht nach § 220 Abs 1 Z 2 GewO unterlegen, über welche zwar weder der Beklagte noch Dr. S*****, wohl aber das Österreichische Rote Kreuz, Landesverband S*****, verfügt hätten. Letztgenannte Konzession habe sich aber auf einen anderen Standort bezogen, wo Dr. Hellmuth B***** auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer tätig gewesen sei. Demnach hätte der Beklagte und Dr. S***** vor dem 1. 1. 1976 bewilligungs- und konsenslos gehandelt, wobei allerdings aus diesem Umstand allein für den Rechtsstandpunkt des Klägers nichts gewonnen werden könne, habe er sich doch erst nach dem 1. 1. 1976 mit dem Hepatitis-C-Virus infiziert.

Zu diesem Zeitpunkt sei das PlasmaphereseG in Kraft getreten, dem die grundsätzliche Konzeption zugrundeliege, daß die gewerbliche Plasmapherese lediglich in einer Plasmapheresestelle nach § 3 Abs 1 leg cit, für die eine Betriebsbewilligung vorliegen müsse, und nur unter der verantwortlichen Leitung eines Arztes

vorgenommen werden dürfe, der hiezu eine Bewilligung des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz (§ 1 Abs 3 leg cit [alt]), nunmehr des Landeshauptmannes (§ 1 Abs 3 leg cit idF BGBl 1993/257) besitzen müsse. Da zum Zeitpunkt dieses Inkrafttretens bereits Plasmapheresestellen betrieben wurden, habe § 15 Abs 1 dieses Gesetzes angeordnet, daß zur selbständigen Berufsausübung in Österreich berechnigte Ärzte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Plasmapheresegesetzes die Plasmapherese vornehmen, soweit sie diese Tätigkeit weiter ausüben wollten, dies innerhalb von drei Monaten nach Wirksamkeitsbeginn des Gesetzes, also bis zum 31. 3. 1976, der Bezirksverwaltungsbehörde und der zuständigen Ärztekammer anzuzeigen und eine Bewilligung nach § 1 Abs 3 leg cit zu beantragen hatten. § 15 Abs 2 PlasmaphereseG wiederum ordnete an, daß derjenige, der im Zeitpunkt von dessen Inkrafttreten eine Plasmapheresestelle betreibe und diese Tätigkeit weiter ausüben wolle, dies ebenfalls von drei Monaten nach Wirksamkeitsbeginn des Plasmapheresegesetzes der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen und die Betriebsbewilligung nach § 3 Abs 1 leg cit zu beantragen habe. Der Abs 1 des § 15 leg cit habe sich demnach auf die Bewilligung der Vornahme der Plasmapherese für eine bestimmte Person ("Konzession") im Sinne der GewO, Abs 2 hingegen auf eine bestimmte Plasmapheresestelle ("Betriebsstättengenehmigung" im Sinne der GewO) bezogen. Der Beklagte habe nun rechtzeitig eine Bewilligung nach § 15 Abs 1, § 1 Abs 3 PlasmaphereseG beantragt. Inwieweit für das Plasmapheresezentrum S***** in der A*****straße ***** nach dem 1. 1. 1976 eine Bewilligung nach § 15 Abs 2, § 3 Abs 1 PlasmaphereseG vorgelegen habe oder innerhalb der Übergangsfrist beantragt worden sei, stehe derzeit nicht fest.

Da an diesem Standort jedenfalls ab 1. 1. 1976 die Plasmapherese im Sinne des gleichnamigen Gesetzes betrieben worden sei, sei unter Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen auch eine Betriebsbewilligung nach § 3 Abs 1 des Gesetzes notwendig gewesen. Fehle es nur an einer der notwendigen Bewilligungen, dann sei die Plasmapherese dort unzulässigerweise betrieben worden. Dies sei insofern von Bedeutung, als § 15 Abs 3 und 4 PlasmaphereseG vorsah, daß bis zur Entscheidung über die nach § 15 Abs 1 und 2 dieses Gesetzes gestellten Anträge die bisher ausgeübte Tätigkeit im gleichen Umfang mit der Maßgabe fortgeführt werden dürfe, daß umgehend alle jene Vorkehrungen getroffen wurden, die erforderlich waren, um die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit des Spenders und zur Gewährleistung der einwandfreien Beschaffenheit des gewonnenen Plasmas [...] sicherzustellen, wobei vor einer Entscheidung über diese Anträge der Landeshauptmann berechnigt war, die Beseitigung von Mißständen anzuordnen, die geeignet waren, das Leben oder die Gesundheit von Spendern oder die einwandfreie Beschaffenheit des gewonnenen Plasmas zu gefährden. Da es erkennbare Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, ab Inkrafttreten des Plasmapheresegesetzes bisher betriebene Plasmapheresestellen im Interesse des Lebens und der Gesundheit der Spender und der einwandfreien Beschaffenheit des gewonnenen Plasmas zu kontrollieren, müßte das Fehlen der einen oder anderen Bewilligung zu der Konsequenz führen, daß derjenige, der die Plasmapherese ohne eine der beiden Bewilligungen vornehme, bereits aus diesem Umstand heraus für die Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 1311 Satz 2 ABGB hafte, weil als Schutzgesetze insbesondere generelle und individuelle hoheitliche Anordnungen in Betracht kämen (RZ 1995/55; Harrer in Schwimann**2 Rz 7 zu § 1311 ABGB). Schutzgesetze seien nämlich abstrakte Gefährdungsverbote, die bestimmte Personen oder Personengruppen vor einer Verletzung ihrer Rechtsgüter schützen sollen (ZVR 1984/214; ZVR 1985/9; JBl 1993, 788 uva). Da sowohl § 15 Abs 3 als § 15 Abs 4 PlasmaphereseG ausdrücklich vom Schutz der Gesundheit des Spenders sprechen, bestünden für das Berufungsgericht keinerlei Zweifel daran, daß es sich dabei um ein Schutzgesetz im dargestellten Sinne handle. Demnach werde das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren Erhebungen zu tätigen und Feststellungen auch zu der Frage zu treffen haben, ob hinsichtlich des gegenständlichen Plasmapheresezentrums eine entsprechende Antragstellung im Sinne des § 15 Abs 2, § 3 Abs 1 PlasmaphereseG erfolgt sei.

Soweit sich der Beklagte in der mündlichen Berufungsverhandlung einerseits auf Dr. Hellmuth B***** und andererseits auf das Österreichische Rote Kreuz, Landesverband S*****, berufen habe, sei dies nach der Aktenlage nicht nachvollziehbar, weil sich einerseits die Konzession des Roten Kreuzes lediglich auf den Standort M*****straße ***** beziehe, das Vorliegen einer Zweigniederlassung des Roten Kreuzes nicht behauptet worden sei, eine Antragstellung nach § 15 Abs 2 PlasmaphereseG dem Akteninhalt nicht entnehmbar sei, und andererseits Dr. B***** ebenfalls eine Bewilligung nach § 3 Abs 3 PlasmaphereseG nur im Zusammenhang mit der Blutzentrale S*****, M*****straße ***** erhalten habe. Im übrigen kommt in Hinblick auf seine Antragstellung am 19. 9. 1978 eine Anwendung der Übergangsbestimmungen des § 15 Abs 1 PlasmaphereseG ohnehin nicht in Betracht. Auch diese Problematik werde das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren mit den Parteien zu erörtern haben.

Für den Fall, daß sich ergeben sollte, daß eine fristgerechte Antragstellung auch nach § 15 Abs 2 iVm § 3 Abs 1 PlasmaphereseG nicht erfolgt wäre, wäre darauf Bedacht zu nehmen, daß jedenfalls die Bewilligung nach § 1 Abs 3 PlasmaphereseG erst nach der erfolgten Ansteckung des Klägers mit Bescheid vom 10. 5. 1979 erteilt wurde und der Beklagte zum Zeitpunkt der Ansteckung (lediglich) aufgrund der Übergangsbestimmungen des § 15 PlasmaphereseG tätig gewesen sei. Nach dessen Abs 3 hätte er als verantwortlicher leitender Arzt nach § 1 Abs 3 PlasmaphereseG aber dafür zu sorgen gehabt, daß umgehend alle jene Vorkehrungen getroffen würden, die erforderlich gewesen wären, die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit des Spenders und

zur Gewährleistung der einwandfreien Beschaffenheit des gewonnenen Plasmas sicherzustellen. Auch diese Bestimmung sei als Schutzgesetz im Sinn des § 1311 Satz 2 ABGB zu qualifizieren.

Was die Frage des zur Plasmapherese verwendeten Systems angehe, erschienen dem Berufungsgericht die getroffenen Feststellungen noch als zu wenig präzise. Erst jüngst habe der OGH zu 6 Ob 3/98g unter Bezugnahme auf Vorentscheidungen ausgeführt, der Patient habe Anspruch auf die nach dem Stand der Wissenschaft sichersten Maßnahmen zur Abwendung bekannter Gefahren. Es komme bei einer gewählten Maßnahme auf den in Fachkreisen anerkannten Standard der besten Vorsorge vor unbeabsichtigter Schädigung an. Auch wenn vorerst dahingestellt bleiben könne, ob es sich tatsächlich um einen Behandlungsvertrag zwischen den Streitparteien gehandelt habe, müßten diese Grundsätze auch in einem solchen Fall angewendet werden, in dem der Gesetzgeber ausdrücklich das Treffen all jener Vorkehrungen anordne, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit [...] sicherzustellen (§ 15 Abs 3 PlasmaphereseG). Soweit ersichtlich habe sich der OGH in diesem Zusammenhang bislang noch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, um welchen "in Fachkreisen anerkannten Standard der besten Vorsorge" es sich dabei konkret handeln solle. Nach Auffassung des Berufungsgerichtes sei grundsätzlich nicht von jenem Standard auszugehen, der irgendwo auf der Erde etwa in einem Spezialkrankenhaus aufgrund neuester Forschungsergebnisse eingeführt wurde, wäre dies doch eine wenig lebensnahe Betrachtungsweise, doch wäre eine Beschränkung des "Beobachtungsgebietes" lediglich auf Österreich allein wiederum zu eng. Es seien doch gerade in medizinischen Bereichen innovative Techniken grenzüberschreitend zu berücksichtigen und Österreich könne auf dem Gebiet der medizintechnischen Forschung zumindest derzeit nicht als führend angesehen werden. Richtigerweise müsse es für einen österreichischen Arzt und/oder eine österreichische ärztliche Einrichtung auf den in Österreich und in Westeuropa jeweils geltenden Standard ankommen. Aufgrund der bisherigen Beweisergebnisse lasse sich aber die Frage aber noch nicht abschließend beantworten, ob zum Zeitpunkt der (wahrscheinlichen) Infektion des Klägers im Plasmapheresezentrum S***** das "geschlossene System" bereits der Standard in Westeuropa gewesen ist. Daher werde das Erstgericht auch diese Frage zu klären habe, und zwar unter Beiziehung eines medizinischen Sachverständigen. Bei der Beurteilung des Standards werde auch zu berücksichtigen sein, daß das Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz am 21. 4. 1978 aufgrund § 10 PlasmaphereseG eine Verordnung zur Durchführung des PlasmaphereseG (BGBl 1978/231) erlassen hat. Diese Verordnung sei zwar zum Zeitpunkt der Plasmaspenden des Klägers im Plasmapheresezentrum S***** im Hinblick auf ihr Entstehungsdatum noch nicht anwendbar gewesen, es werde aber zu klären sein, ob es sich bei den dort angeordneten Maßnahmen um das vom Erstgericht festgestellte "geschlossene System" gehandelt habe. Das sei letztlich eine Sachverständigenfrage. Sollte es sich dabei nicht um das geschlossene System handeln, sondern könnte auch das vom Beklagten in seinem Betrieb angewandte System ebenfalls unter diese Bestimmungen subsumiert werden können, dann müßten die dargestellten Überlegungen zum letzten Standard der Wissenschaft dahingehend korrigiert werden, daß auch das im Betrieb des Beklagten Ende 1977 angewandte System diesem letzten Standard entsprochen habe. Es könne ihm doch nicht vorgeworfen werden, daß er Ende 1977 ein System verwendet habe, welches mehrere Monate später vom Verordnungs-Geber noch als zulässig anerkannt worden sei. Sollte dies nicht der Fall sein, könnte sich allerdings der Beklagte nicht auf ein späteres Inkrafttreten berufen, weil dann wiederum vom letzten Standard der Wissenschaft auszugehen wäre. Es sei auch mit dem ärztlichen Sachverständigen zu erörtern, ob es dem medizinischen Standard 1977 entsprochen habe, den Kläger in einem "offenen System" nochmals zu einer Blutspende zuzulassen, obwohl seine Transaminasewerte zuvor zwischen 27, 42 und 23 geschwankt hatten. Dies wäre zwar nicht ursächlich für die Erkrankung des Klägers gewesen, könne aber ein Indiz für einen nicht optimalen Spenderschutz in seinem Betrieb sein.

Demnach müsse der Beklagte für die Verletzung eines Schutzgesetzes dann einstehen, wenn er entweder das Plasmapheresezentrum ohne "Betriebsstättengenehmigung" betrieben habe und/oder das "offene System" noch angewendet habe, obwohl in Westeuropa damals das "geschlossene System" bereits der damalige Standard der Wissenschaft gewesen sei oder die Plasmaphereseverordnung gegenüber dem vom Beklagten angewandten System ein im Patienten- und Spenderschutz verbessertes System vorgesehen habe.

Für den Fall einer Schutzgesetzverletzung hafte der Beklagte für alle Nachteile, welche bei Einhaltung des Schutzgesetzes nicht erfolgt wären, der Kläger müßte keinen strengen Beweis des Kausalzusammenhanges führen (ZVR 1970/86; EvBl 1977/246), sondern es würde dann der Beweis des ersten Anscheins dafür sprechen, daß der von den konkreten Normen zu verhindernde Schaden, vorliegendenfalls die Infektion des Klägers, durch das schutzgesetzwidrige Verhalten verursacht worden ist (ZVR 1978/89; Harrer in Schwimann**2 Rz 30 zu § 1311 ABGB). Diesfalls wäre es dann Sache des Beklagten, andere Schadensursachen darzulegen (Harrer aaO Rz 31), dem Beklagten würde also der Nachweis obliegen, daß die im Plasmapheresezentrum vorgenommenen Tätigkeiten mit großer Wahrscheinlichkeit für die eingetretene Infektion unwirksam geblieben seien (6 Ob 3/98d). Zwar genüge zur Erschütterung der Annahme des wahrscheinlichen Zusammenhangs der Beweis von Tatsachen bezüglich einer ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeit einer abweichenden Schadensentwicklung (ZVR 1963/154; Gschnitzer, JBl 1953, 18; Reischauer in Rummel**2 Rz 4 zu § 1296 ABGB), doch lasse sich nach den derzeitigen Ergebnissen des Beweisverfahrens ein anderer Kausalverlauf nicht erkennen:

Soweit der Beklagte in seiner Berufung darauf hinweise, der Kläger habe selbst die Infektion eingeschleppt, so spreche er selbst lediglich davon, daß dies "möglicherweise" geschehen sein könne. Seiner Auffassung, es seien im Plasmapheresezentrum S***** alle erdenklichen Vorsichtsmaßnahmen ergriffen worden, stehe entgegen, daß das Erstgericht die - wenn auch theoretische - Möglichkeit des Platzens eines Blutbeutels in der Zentrifuge und den Umstand festgestellt hat, daß es tatsächlich das Gerücht gegeben habe, es sei zumindest ein Beutel geplatzt. Darüber hinaus habe Dr. M***** in der bereits mehrfach erwähnten wissenschaftlichen Arbeit aus dem Jahr 1985 die Kontamination von Kunststoffbeuteln mit Serum als den wahrscheinlichsten Übertragungsweg angesehen. Soweit sich der Beklagte zur Entkräftung des prima-facie-Beweises schließlich darauf berufen habe, es hätte einerseits auch eine Übertragung der Viren durch die Luft stattfinden können und andererseits auch die Möglichkeit des sogenannten diagnostischen Fensters bestanden, so erscheine aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung die Übertragung des Hepatitis-C-Virus durch die Luft für nahezu ausgeschlossen, das Erstgericht werde diese Frage mit dem noch beizuziehenden medizinischen Sachverständigen aber zu erörtern haben; dagegen bedürfe es hinsichtlich des diagnostischen Fensters keiner weiteren Erörterungen mehr im Zusammenhang mit der Annahme eines Kunstfehlers, weil nach den Feststellungen des Erstgerichtes die Transaminasewerte erst nach Abschluß des gesamten Plasmapheresevorganges und somit auch der Reinfusion des Spenderblutes erhoben wurden, weshalb ein allfälliges diagnostisches Fenster die Ansteckung des Klägers keinesfalls äquivalent kausal sein habe können.

Werde eine Schutzgesetzverletzung in der Folge nicht angenommen, dann müsse der Kläger grundsätzlich nach allgemeinen Grundsätzen (§ 1296 ABGB) beweisen, daß anlässlich seiner Plasmaspende ein Kunstfehler unterlaufen sei, der zur Infektion mit dem Hepatitis-C-Virus geführt habe. Da ein exakt und jeden Zweifel ausschließender Kausalitätsbeweis allerdings vorliegendenfalls und wie bei ärztlichen Kunstfehlern generell schwierig zu erbringen wäre, seien (zwar) die Anforderungen bezüglich des Kausalitätsbeweises reduziert und für den Nachweis des Kausalzusammenhanges ein höherer Grad von Wahrscheinlichkeit (EvBl 1956/249 uva), jedenfalls aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit (JBl 1993, 316; Harrer in Schwimann**2 Rz 51 zu § 1300 ABGB) als ausreichend anzusehen.

Soweit das Erstgericht ausgeführt habe, dem Kläger sei der prima-facie-Beweis gelungen, sei dies dahin zu präzisieren, daß der bloße Verdacht eines bestimmten Ablaufes, der auch andere Verursachungsmöglichkeiten offenläßt, die Anwendung des prima-facie-Beweises nicht erlaube (JBl 1985, 37; ZVR 1996/96); auch bei Unklarheiten über die Schadensursache komme der prima-facie-Beweis nicht in Betracht (RZ 1983/14). Selbst wenn man aber von der Zulässigkeit des prima-facie-Beweises im vorliegenden Fall ausgehe, dann bedeute dies nur, daß der Kläger Tatsachen zu beweisen habe, nach denen aus der Lebenserfahrung auf einen typischen Kausalverlauf oder Kausalzusammenhang geschlossen werden könne (JBl 1988, 244). Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes müsse sich der Beklagte dann aber nicht "frei beweisen", sondern könne den Beweis des ersten Anscheins schon dadurch entkräften, daß er einen Sachverhalt nachweise, aus dem sich die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes ergebe (ZVR 1977/231; JBl 1988, 245; Fasching ZPR**2 Rz 895). Im Zusammenhang mit den bisher vorliegenden Feststellungen zu diesem dem Beklagten obliegenden Gegenbeweis ergäben sich aus Sicht des Berufungsgerichtes (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO) folgende Konsequenzen für den Fall, daß eine Haftung des Beklagten nicht schon auf die Verletzung einer Schutznorm gegründet werden können: Um verlässlich beurteilen zu können, wie konkret die Möglichkeit sei, daß der Kläger seine Krankheit in das Plasmapheresezentrum S***** eingeschleppt habe, um als Widerlegung des von ihm erbrachten Anscheinsbeweises ernstlich in Betracht gezogen werden zu können, werde mit Hilfe eines ärztlichen Sachverständigen der Grad der Wahrscheinlichkeit dieser Sachverhaltsvariante ermittelt werden müssen. Dabei sollte auch versucht werden, den Grad der Wahrscheinlichkeit der Möglichkeiten festzustellen, daß die Kontamination infolge Platzens eines Beutels beim Zentrifugieren oder infolge mangelnder Hygiene des manipulierenden Personals erfolgt sei.

Nach den insoweit unbedenklichen Feststellungen des Erstgerichtes sei der Kläger anlässlich seiner Aufnahme in die Spenderkartei im November 1976 über irgendwelche Risiken, etwa Infektionsgefahren, nicht aufgeklärt worden. Damit sei aber gegen § 8 Abs 2 Z 2 PlasmaphereseG verstoßen worden, wonach einer erstmaligen Plasmaspende eine ausreichende Belehrung über die Gefahren, die bei einer Spende auftreten können, voranzugehen hat. Dem Einwand des Beklagten, eine derartige Aufklärung sei mangels Bekanntsein eines Hepatitis-C-Erregers im Jahr 1977 gar nicht möglich gewesen, sei entgegenzuhalten, daß bereits 1975 erstmals Berichte über transfusionsassoziierte Leberentzündungen publiziert wurden. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt der Hepatitis-C-Erreger als solcher noch nicht bekannt gewesen sei, sei damit grundsätzlich die Möglichkeit einer Infektion bekannt gewesen, ganz abgesehen davon, daß Hepatitis A und B bereits seit längerem bekannt gewesen seien. Daher sei eine Verletzung der genannten Gesetzesstelle durch Dr. K***** gegenüber dem Kläger jedenfalls anzunehmen. Dies habe das Erstgericht zwar zutreffend erkannt, sich aber nicht weiter mit der Frage befaßt, ob der Kläger bei ausreichender Aufklärung dennoch eine Plasmaspende vorgenommen hätte. Grundsätzlich trage dabei aber der Beklagte die Beweislast dafür, daß der Kläger auch bei entsprechender Aufklärung eine Plasmaspende vorgenommen hätte (zur ärztlichen Aufklärungspflicht im allgemeinen vgl JBl 1985, 550 uva). Auch diese Frage werde daher das Erstgericht mit den Parteien zu erörtern und entsprechende Feststellungen zu treffen haben, wobei nach neuerer Rechtsprechung (JBl 1995, 245) strenge Anforderungen an

diesen an sich problematischen Nachvollzug einer höchstpersönlichen Entscheidung zu stellen seien. Den gegenteiligen Auffassungen, es sollten keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, weil sich der vernünftige Patient nach der Empfehlung des Arztes richte und daher in der großen Mehrzahl der Fälle der Operation auch dann zugestimmt hätte, wenn er über alle Risiken aufgeklärt worden wäre, könne im vorliegenden Fall jedenfalls nicht gefolgt werden, habe sich doch der Kläger nicht einmal - einer an sich notwendigen - Operation unterziehen wollen. Vielmehr habe er für sich die Entscheidung zu treffen gehabt, ob er sich den Gefahren einer Plasmaspende gegen den Erhalt einer Aufwandsentschädigung von S 150 aussetzen solle oder nicht. Gerade in diesem Zusammenhang sei daher eine umfangreiche Aufklärung notwendig gewesen und es erschiene auch schon ex ante als durchaus nachvollziehbar, daß potentielle Plasmaspender bei einer derartigen Aufklärung von einer Plasmaspende Abstand genommen hätten.

Aufgrund der vorliegenden Aussage des Zeugen Dr. K*****, er hätte auf eine allfällige Frage damals gesagt, es passiere mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nichts, weil auch bis dahin nichts passiert sei, werde das Erstgericht mit den Parteien zu erörtern und bei entsprechendem Vorbringen auch festzustellen haben, ob Dr. K***** tatsächlich auch eine Aussage getätigt habe, die vom Kläger gleichsam als Garantieerklärung verstanden werden hätte können. In diesem Fall stünde dem Kläger dann als weitere Anspruchsgrundlage die Verletzung einer Garantiezusage zur Verfügung.

Daraus, daß der Beklagte jedenfalls beim Kläger keine ärztlichen Handlungen persönlich vorgenommen habe, ergebe sich zwingend, daß die Blutabnahme, die Gewinnung des Plasmas durch Zentrifugieren und insbesondere auch die Reinfusion des Blutes des Klägers von Hilfspersonen desselben vorgenommen worden sein mußten.

Zur allfälligen Haftung des Beklagten für Hilfspersonen sei auszuführen:

Für allfällige Schutzgesetzverletzungen (wie dargelegt) habe der Beklagte jedenfalls persönlich einzustehen. Selbst wenn aber zwischen den Streitparteien kein Vertragsverhältnis bestanden hätte, müsse der Beklagte für den bei ihm angestellten Arzt Dr. K***** als Repräsentant einstehen. Nach neuerer Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0009113; ZVR 1998/18; JBl 1998, 713) hafte eine juristische Person deliktisch nicht nur für ihre verfassungsmäßigen Organe, sondern auch für alle Personen, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für die juristische Person ausübten, wobei diese Repräsentantenhaftung nach der jüngsten Rechtsprechung (JBl 1998, 713 unter Hinweis auf Harrer in Schwimann**2 Rz 20 zu § 1315 ABGB; F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts 217 f) als allgemeiner Zurechnungsmaßstab auch auf natürliche Personen angewendet werde (so schon 2 Ob 2398/96b [= SZ 70/138] zu einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht). Der Repräsentierte haftet dann aber auch bei Nichtvorliegen einer vertraglichen Beziehung für das Verschulden seines Repräsentanten ohne die Beschränkung des § 1315 ABGB (zuletzt JBl 1998, 713). Im Hinblick auf die Vorschrift des § 1 Abs 3 PlasmaphereseG, wonach die Plasmapherese nur unter der verantwortlichen Leitung eines Arztes vorgenommen werden dürfe, der hierzu eine entsprechende Bewilligung besitze, sich aber im Hinblick auf § 4 Abs 3 dieses Gesetzes zur Vornahme der Plasmapherese eines anderen Arztes bedienen könne, sei Dr. K***** als ein solcher anderer Arzt und damit als Repräsentant des Beklagten anzusehen.

Demnach erscheine die Frage, ob zwischen den Streitparteien eine vertragliche Beziehung bestanden habe, nicht weiter erörterungsbedürftig. Da aber nicht auszuschließen sei, daß der Kläger trotz hinreichender Aufklärung Plasmaspenden vorgenommen hätte, sei die Frage des vertraglichen Zusammenhanges zu erörtern:

Soweit es die bisherigen Feststellungen erkennen ließen, sei es Aufgabe des Österreichischen Roten Kreuzes, Landesverband S*****, und später der Nebenintervenientin gewesen, potentielle Plasmaspender zu werben, diese auch zu bezahlen und dann das gewonnene Plasma zu vertreiben. Demnach sei zwischen dem Kläger und dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S*****, ein Vertragsverhältnis sui generis zustande gekommen, welches vorwiegend kaufvertragsrechtliche Elemente aufgewiesen habe, habe der Kläger doch letztlich das aus seinem Blut zu gewinnende Plasma an diesen Landesverband veräußert. Zur tatsächlichen Gewinnung des Plasmas habe sich dieser des Plasmapheresezentrums S***** bedient. Dieses sei vom Beklagten in der A*****straße ***** in S***** in von ihm angemieteten Räumlichkeiten und unter Verwendung von von ihm angeschafften Einrichtungen und Apparaten betrieben worden. Entgegen der Auffassung des Beklagten sei er damals durchaus Betreiber dieses Zentrums gewesen. Er sei nicht in einer vertraglichen Beziehung zu den Plasmaspendern, sondern aufgrund des Werkvertrages zum Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S*****, bzw später zur Nebenintervenientin gestanden. Gegenüber den Spendern sei er praktisch als "Subunternehmer" tätig gewesen. Das entgegen der Auffassung des Erstgerichtes eine Vertragsbeziehung zwischen den Plasmaspendern und dem Beklagten nicht zustande gekommen sei, ergebe sich einerseits aus der Bezeichnung der Vereinbarung mit dem Roten Kreuz und andererseits auch daraus, daß diese regelmäßig Überprüfungen durchführen konnte und es dem Beklagten lediglich erlaubt gewesen sei, kleinere Mengen von Plasma ohne finanzielle Anlastung für wissenschaftliche Zwecke zurückzubehalten. Herr der Plasmagewinnung sei damit nicht der Beklagte oder Dr. S***** gewesen. Dazu komme, daß es der Landesverband S***** des

Österreichischen Roten Kreuzes übernommen habe, die zur Blutabnahme erforderlichen Spender zu werben, sie an den Beklagten zur Blutabnahme zu verweisen und die Abrechnung mit ihnen vorzunehmen. Da die Blutabnahme weder Diagnosezwecken noch einer Heilbehandlung des Klägers gedient habe, liege kein ärztlicher Behandlungsvertrag vor.

Im Fall der Verneinung aller bisherigen Haftungsgrundlagen könne sich der Kläger an den Beklagten lediglich unter Bedachtnahme auf § 1315 ABGB halten. In diesem Zusammenhang werde das Erstgericht auch mit den Parteien zu erörtern und konkrete Feststellungen zu treffen haben, wer und in welcher Verantwortung die Plasmapherese beim Kläger tatsächlich vorgenommen habe, könne sich doch nach den Angaben des Dr. K***** nicht um diesen gehandelt haben.

Im Hinblick auf den Umfang der aufgetragenen Erörterungen und Beweisergänzungen sei die Ergänzung des Verfahrens durch das Berufungsgericht nicht zweckmäßig.

Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Zur Begründung führte es aus, daß zur Problematik der Infektion bei Vornahme einer Plasmapherese keine Judikatur aufgefunden habe werden können. Nach den Feststellungen seien aber zahlreiche andere Personen betroffen, sodaß es sich um keinen Einzelfall handle. Darüber hinaus sei die Lösung einiger Rechtsfragen dieses Prozesses durch den OGH (Annahme der Repräsentantenhaftung; Subsumierung der Blutspender zu dem ärztlichen Behandlungsvertrag) für die Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung von großer allgemeiner Bedeutung.

Diesen Beschluß bekämpfen beide Streitparteien mit Rekurs, mit dem sie jeweils die Abänderung des Aufhebungsbeschlusses des Berufungsgerichtes in eine Sachentscheidung begehren, wobei der Kläger die Bestätigung des Ersturteils, der Beklagte aber dessen Abänderung in eine Klagsabweisung begehrt.

Hilfsweise begehren beide Teile die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (der Beklagte wahlweise auch an das Erstgericht).

Rechtliche Beurteilung

Die Rekurse sind im Ergebnis nicht berechtigt.

1. Zum Rekurs des Beklagten:

In diesem wendet sich der Beklagte zunächst dagegen, daß auch das Rekursgericht eine Verjährung der Klagsforderung verneint hat. Wie sich aus den zitierten Entscheidungen und Lehrmeinungen ergibt, bekämpft der Beklagte nicht die (auch durchaus zutreffenden: § 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO) Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes zu diesem Punkt. Vielmehr versucht er darzulegen, weshalb seiner Meinung nach auch nach den vom Berufungsgericht dargelegten Grundsätzen die Ansprüche des Klägers dennoch verjährt seien. Der Kläger habe nämlich spätestens mit der Anamnese am 19. 5. 1994 in Innsbruck den Ursachenzusammenhang zwischen seiner Blutplasmaspende und der bei ihm aufgetretenen Hepatitis C samt Leberzirrhose gekannt.

Soweit im Rekurs des Beklagten auch davon die Rede ist, der Kläger habe bereits Ende 1977/Anfang 1978 Kenntnis vom Eintritt eines Schadens gehabt und darüber hinaus auch erhebliche Verdachtsmomente dahin, daß die Infektion nur im Zusammenhang mit seiner Plasmaspende im Plasmapheresezentrum S***** erfolgt sein konnte, ist ihm entgegenzuhalten, daß derartige Verdachtsmomente keinesfalls mit der erforderlichen Kenntnis gleichgesetzt werden können. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß gerade eine Infektion wie der vorliegenden, die zunächst zu einer offenbar nicht mit besonderen Schmerzen verbundenen Erkrankung führt, die scheinbar folgenlos abheilt und erst ca 16 Jahre später schwerste Leberschädigungen hervorruft, keinesfalls die Verpflichtung zur Erhebung einer Leistungsklage verbunden mit einem Feststellungsbegehren auslöst. Zum einen gelten, was die Kenntnis vom Ursachenzusammenhang und von einem allfälligen Verschulden angeht, dieselben Erwägungen, die noch auszuführen sein werden, andererseits steht ja auch fest, daß zur damaligen Zeit das Virus, welches die Spätfolgen auslöste, noch nicht einmal den behandelnden Spitalsärzten bekannt war, umso weniger war für sie (und erst recht für den Kläger) die Vorhersehbarkeit dieser Spätschäden gegeben. Richtig ist zwar, daß in der Zeit April/Mai 1994 bei den Ärzten der Verdacht des Kausalzusammenhanges der Leberzirrhose des Klägers mit dem Blutplasmaspenden im Plasmapheresezentrum des Beklagten auf der Hand lag. Dem Kläger als medizinischem Laien können aber irgendwelche konkreten Kenntnisse über die möglichen Infektionswege und insbesondere über die Personen, die allenfalls eine schadenersatzrechtliche Verantwortung treffen könnte, in diesem Zeitpunkt aber keinesfalls unterstellt werden.

Soweit der Beklagte in seinem Rekurs darauf hinweist, daß auch jene wissenschaftliche Publikation, ab deren Kenntnis der Kläger nach Ansicht des Berufungsgerichtes eine Schadenersatzklage mit Aussicht auf Erfolg einbringen konnte, Rückschlüsse auf sein (des Beklagten) schuldhaftes Verhalten und/oder seiner Mitarbeiter nicht zuließ, so trifft dies insofern sicher zu, als darin von einem schuldhaften Verhalten einer konkreten Person keine Rede ist. Zutreffend verweist aber der Kläger hiezu in seiner Rekursbeantwortung darauf, daß immerhin in diesem Artikel davon die Rede ist, daß als wahrscheinlichster Übertragungsweg eine Serumkontamination in den für die Wiederinfusion der Erythrozyten verwendeten Kunststoffbeuteln sei, weshalb der Verdacht mangelnder Hygiene im Plasmapheresezentrum nahelag. Allerdings enthält auch dieser Artikel keine nähere Information über die Person(en), die als Schädiger in Betracht kommt(en).

Entgegen der Ansicht des Beklagten kann daraus, daß die Klage gegen ihn eingebracht wurde, nicht abgeleitet werden, der Kläger habe von vorneherein ihn als Schädiger betrachtet. Seit der Berufungsverhandlung steht außer Streit, daß die Streitparteien im Rahmen der Blutabnahme und Reinfusion keinen persönlichen Kontakt hatten; wer tatsächlich diese Tätigkeiten vorgenommen hat, steht bis heute nicht fest. Dem Kläger gegenüber hat der Landesverband S***** des Österreichischen Roten Kreuzes, der nach Auffassung des Berufungsgerichtes Vertragspartner des Klägers war, erst wenige Tage vor Einbringung der Klage der vom Kläger gegründeten Hepatitis-Liga schriftlich mitgeteilt, daß zur fraglichen Zeit der Beklagte (und zunächst auch der mitbeklagte Arzt) die Plasmapheresezentration eigenverantwortlich geführt hätten. Die gleichlautende Information der Nebenintervenientin war nicht einmal einen Monat früher erfolgt. Im Hinblick darauf, daß das Zentrum in der Folge von dieser geführt worden war, kann auch nicht gesagt werden, daß der Kläger schon früher ohne nennenswerte Mühe diese personellen Zusammenhänge aufdecken hätte können.

Nicht gefolgt werden kann auch der Überlegung, daß das Berufungsgericht ohnehin davon ausgehe, dem Kläger sei der Anscheinsbeweis gelungen, seine Infektion sei auf einen Sorgfaltsverstoß im Betrieb des Beklagten zurückzuführen, weil im Dezember 1977/Jänner 1978 im Plasmapheresezentrum S***** Infektionen gehäuft aufgetreten seien, weshalb es nicht auf die Kenntnis von den Verschulden begründenden Umständen ankommen könne. Dabei übersieht der Beklagte zunächst, daß die Ausführungen des Berufungsgerichtes zum Anscheinsbeweis im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang insofern nur hypothetischer Natur sind, als es einen Verstoß des Beklagten gegen Schutzgesetze noch nicht als erwiesen ansah. Selbst wenn man aber davon ausginge, es läge zumindest einer der vom Berufungsgericht als möglich angesehenen Verstöße gegen Schutzgesetze vor, so gibt es weder Behauptungen noch Feststellungen dahin, daß der Kläger von diesen Verstößen länger als drei Jahre vor der Klageeinbringung bereits Kenntnis gehabt hätte.

Der durchaus naheliegende, schon vom Berufungsgericht behandelte Einwand, daß in der mehrfach erwähnten wissenschaftlichen Studie gerade der Kläger selbst (wenn auch ohne Namensnennung) als derjenige bezeichnet wurde, der die Infektion in das Plasmapheresezentrum eingeschleppt habe, ist in Wahrheit nicht geeignet, den Standpunkt des Beklagten zu unterstützen. Gerade dieses Detail der (bislang) offenbar einzigen Sachverständigenäußerung zum konkreten Infektionsweg spricht gegen die Auffassung, die Kenntnis dieser wissenschaftlichen Arbeit hätte bereits eine ausreichende Grundlage für eine erfolgreiche Klage, was Kausalität und Verschulden angeht, erbracht. Umso mehr ist die Auffassung des Berufungsgerichtes, eine Verjährung sei nicht eingetreten, zu billigen.

Im Hinblick auf die vom Berufungsgericht behandelten Anspruchsgrundlagen des vom Kläger erhobenen Schadenersatzanspruches scheint es zweckmäßig beide Rechtsmittel gemeinsam zu behandeln.

2. Zu beiden Rekursen:

a) Mögliche Verletzung von Schutzgesetzen im Sinne des § 1311 ABGB:

Vorauszuschicken ist, daß im nunmehrigen Verfahrensstadium die Tatsache, daß der Beklagte Mitbetreiber des Plasmapheresezentrums S***** war, nicht mehr strittig ist.

Was nun den wesentlichen Inhalt und den zeitlichen Geltungsbereich des Plasmapheresegesetzes angeht, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Berufungsentscheidung verwiesen werden. Zur Frage einer Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes, welche als Schutzgesetz nach § 1311 ABGB zu qualifizieren wären, macht nun der Kläger geltend, daß es der vom Berufungsgericht angeordneten Verfahrensergänzungen nicht bedürfe. Dem Berufungsgericht unterlaufe insofern ein Fehler in der rechtlichen Beurteilung, als vor Inkrafttreten des PlasmaphereseG am 1. 1. 1976 die Vornahme der Plasmapherese einer Konzessionspflicht nach § 220 Abs 1 Z 2 GewO unterlegen sei und weder der Beklagte noch sein seinerzeitiger ärztlicher Partner über eine Konzession verfügt hätten. Mit Inkrafttreten des PlasmaphereseG, das augenscheinlich aufgrund der Gefährlichkeit der Plasmapherese deren Betreibern wesentlich höhere Pflichten auferlegt habe, sei die Regelung der Plasmapherese der Gewerbeordnung entzogen worden. Die Übergangsbestimmungen sollten es lediglich ermöglichen, daß die

bisherigen rechtmäßigen Betreiber von Plasmapherese ihre Geschäfte weiterbetreiben könnten. Keineswegs sei es Zweck dieser Übergangsbestimmungen gewesen, Personen, die konzessionslos in rechtswidriger Weise Plasmapherese betrieben, nunmehr die Möglichkeit zu geben, ihre bisherige illegale Tätigkeit durch fristgerechtes Stellen entsprechender Anträge bis zur Entscheidung darüber zu legalisieren. Demnach sei im Hinblick darauf, daß der Beklagte vor 1976 die Plasmapherese ohne Konzession durchgeführt habe, auch hinsichtlich der persönlichen Komponente im Sinn des § 15 Abs 1 PlasmaphereseG der fristgerechte Antrag nicht ausreichend gewesen, um die rechtswidrige Tätigkeit rechtmäßig zu machen. Im übrigen habe der Beklagte, der erst Ende 1975 mit der Plasmaphereseerzeugung begonnen habe, zum Zeitpunkt der Vornahme der Plasmapherese am Kläger noch nicht die nach § 2 PlasmaphereseG erforderliche Praxiszeit von drei Jahren gehabt und hätte daher auch keine Chance gehabt, eine Bewilligung nach § 1 Abs 3 dieses Gesetzes zu erhalten. Weiters stelle aber auch die Verletzung der Aufklärungspflicht nach § 8 Abs 2 Z 2 PlasmaphereseG eine Schutzpflichtverletzung dar, die aufgrund der Repräsentantenhaftung dem Beklagten zuzurechnen sei. Nach ständiger Rechtsprechung treffe den Schädiger die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß der Patient bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zur vorgenommenen Behandlung erteilt hätte. Ein solches Vorbringen sei aber vom Beklagten niemals erstattet worden. Daher seien vom Erstgericht in dieser Richtung auch keine Beweise aufzunehmen gewesen. Selbst wenn man entgegen der ständigen Rechtsprechung anderer Ansicht wäre, hätte es einer Aufhebung des Urteils nicht bedurft, weil das Berufungsgericht die dazu notwendige eine Frage an den Kläger ohne weiteres direkt in der Berufungsverhandlung hätte stellen können. In eventu werde daher diesbezüglich eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens gerügt. Eine Beweisaufnahme in diesem Sinne hätte ergeben, daß der Kläger bei Aufklärung des Infektionsrisikos der Plasmapherese nicht zugestimmt hätte.

Diesen Ausführungen kann nur teilweise gefolgt werden.

Zum ersten ist es unrichtig, daß die Vornahme der Plasmapherese vor Inkrafttreten des PlasmaphereseG einer Konzessionspflicht nach der Gewerbeordnung unterlegen wäre. Die §§ 220 Abs 1 Z 2 und 221 GewO 1973 in der ursprünglichen Fassung regelten nämlich (im Gegensatz zum PlasmaphereseG) lediglich die Herstellung, Abfüllung oder Abpackung von Blutkonserven und Blutderivaten bzw von immunbiologischen Präparaten. Im Gegensatz zur (jedenfalls nunmehr) üblichen Definition in der Medizin (vgl Pschyrembel, Medizinisches Wörterbuch 258 Stichwort "Plasmapherese") definierte das PlasmaphereseG in seinem § 1 Abs 1 ausdrücklich die Plasmapherese als Entnahme von menschlichem Blut aus dem Kreislauf und die Reinfusion der ausgeschwemmten Blutzellen in den Kreislauf des Plasmaspenders. Nach den EB zur RV des PlasmaphereseG (1580 BlgNR 13. GP 5) handelt es sich dabei ausschließlich um Tätigkeiten, die nach dem damals geltenden ÄrzteG als ärztliche Tätigkeit qualifiziert und demnach Ärzten vorbehalten waren. Da es nach der österreichischen Rechtsordnung keine Überschneidungen von den Ärzten vorbehaltenen Tätigkeiten einerseits und der Gewerbeordnung unterliegenden gewerblichen Tätigkeiten andererseits gebe, sei die so definierte Plasmapherese vor Inkrafttreten des PlasmaphereseG keiner besonderen gesetzlichen Regelung unterlegen. Daraus folgt, daß auch der Beklagte bis zum Inkrafttreten des Plasmapheresegesetzes für die fraglichen ärztlichen Tätigkeiten keiner wie immer gearteten Bewilligung bedurfte, somit entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes weder einer persönlichen Bewilligung noch einer Betriebsanlagengewilligung.

Den Ausführungen des Klägers wohnt aber insoweit ein richtiger Kern inne, als auch in den EB zum PlasmaphereseG (aaO) klargestellt wurde, daß (wie dargelegt) die Herstellung von Blutderivaten für pharmazeutische Zwecke (ob immunbiologischer Natur oder nicht) als konzessioniertes Gewerbe nach § 220 Abs 1 Z 2 bzw § 221 GewO diesem Gesetz unterlag. Nach den (vom Beklagten in keiner Weise bestrittenen) ergänzenden Feststellungen des Berufungsgerichtes verfügten weder der Beklagten noch dessen medizinischer Partner über derartige Konzessionen. Nach § 1 Abs 4 PlasmaphereseG sollten aber Ärzte, die eine Bewilligung nach § 1 Abs 3 leg cit besaßen, auch ohne eine derartige Konzession zur Trennung des Plasmas von den Blutzellen und für die Absonderung des Blutplasmas befugt sein.

Berücksichtigt man nun diese Bestimmung in Verbindung mit der Übergangsregelung in § 15 PlasmaphereseG, kann sich der erkennende Senat der Ansicht des Klägers nicht anschließen, es habe sich dabei auch nach dem Inkrafttreten des PlasmaphereseG um eine Gewerbeausübung gehandelt, die ohne Vorliegen einer gewerberechtlchen Konzession gesetzswidrig geblieben wäre. Wie sich aus den zitierten EB ergibt, wollte der Gesetzgeber durch die Schaffung des PlasmaphereseG an der sauberen Trennung zwischen den von der Gewerbeordnung und den von ärztrechtlichen Vorschriften geregelten Tätigkeiten nicht abgehen. Soweit daher ab 1. 1. 1976 (Inkrafttreten des PlasmaphereseG) Ärzte nicht nur die Plasmapherese im Sinne dieses Gesetzes durchführten, sondern auch die Absonderung des Blutplasmas (durch Zentrifugieren), unterlagen diese ausschließlich den Regelungen des PlasmaphereseG. Das bedeutet, daß unter dem Aspekt der persönlichen Berechtigung eine (wie im vorliegenden Fall) rechtzeitige Antragstellung im Sinn des § 15 Abs 1 dieses Gesetzes auch zu einer rechtmäßigen Fortsetzung der bisher ausgeübten Tätigkeit auch in diesem Bereich führte (§ 15 Abs 3 PlasmaphereseG). Weitere Voraussetzung ist allerdings nach der letztgenannten Bestimmung das Treffen aller jener Vorkehrungen, die nach dem neuen Gesetz oder aufgrund der neuen Verordnungen

erforderlich waren; weiters sah § 15 Abs 4 dieses Gesetzes die Möglichkeit vor, daß der Landeshauptmann sofort die erforderlichen Maßnahmen zur Sicherung von Leben oder Gesundheit von Spendern oder der einwandfreien Beschaffenheit des gewonnenen Plasmas zu gewährleisten.

Nichts anderes kann aber für die analog zu beurteilenden Übergangsfragen im Zusammenhang mit dem (hier naheliegenden) Fehlen einer Betriebsstätteneignung nach der GewO und der allfälligen Antragstellung nach § 15 Abs 2 PlasmaphereseG gelten. Auch diesbezüglich hätte ein rechtzeitiger Antrag einen Verstoß gegen die GewO ab 1. 1. 1975 geheilt. Demnach sind die vom Berufungsgericht angeordneten Verfahrensergänzungen im Hinblick auf diese Antragstellung nicht zu beanstanden.

Soweit der Beklagte in seinem Rekurs die Qualifikation der §§ 3 Abs 1, 15 Abs 2 PlasmaphereseG als Schutzgesetz im Sinn des § 1311 ABGB bekämpft, ist ihm zu entgegnen, daß er keinerlei Argumente dafür geltend machen kann, daß bei teleologischer Interpretation deren Schutzzweck nicht Schädigen wie die beim Kläger aufgetretenen verhindern sollten. Wenn auch in den EB zur RV für das PlasmaphereseG (1580 B1gNR 13. GP 5 f) davon die Rede ist, daß die Plasmapherese nach den bisherigen Erfahrungen für den Spender gut verträglich sei und bei geeigneten Spendern und bei genauer Einhaltung von Vorsichtsmaßnahmen selten zu unerwünschten Nebenwirkungen und Beeinträchtigungen der Gesundheit führe, geht doch aus dem Gesetz ohne Zweifel hervor, daß dessen Regelungen generell, und speziell auch dessen § 3 Abs 1, dem Schutz ua der Gesundheit der Spender dienen. Genau dieser Zweck wird in § 3 Abs 2 leg cit angesprochen, wenn davon die Rede ist, daß die Betriebsbewilligung zu erteilen ist, wenn die entsprechende räumliche und technische Ausstattung vorhanden ist sowie alle nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Vorkehrungen getroffen sind. In Abs 3 dieser Gesetzesstelle wird betont, daß erforderlichenfalls in den Bewilligungsbescheid Bedingungen und Auflagen aufzunehmen sind, deren Erfüllung vom Standpunkt des Schutzes der Gesundheit des Spenders und der Gewährleistung der einwandfreien Beschaffenheit des gewonnenen Plasmas notwendig ist. Auch nach § 15 Abs 3 PlasmaphereseG muß ein Antragsteller nach Abs 1 und Abs 2 dieser Gesetzesstelle umgehend alle jene Vorkehrungen treffen, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit des Spenders und zur Gewährleistung der einwandfreien Beschaffenheit des gewonnenen Plasmas, die in diesem Bundesgesetz oder in den aufgrund desselben erlassenen Verordnungen enthalten sind, sicherzustellen. Am Schutzgesetzcharakter dieser Bestimmungen kann daher nicht mit Recht gezweifelt werden. Soweit im Rekurs des Beklagten davon die Rede ist, weder das Gesetz noch die nach diesem ergangene Verordnung schreibe die Anwendung des "geschlossenen Systems" vor und daher sei ihm eine Schutzgesetzverletzung nicht nachgewiesen worden, stellt dies einerseits eine unbeachtliche Neuerung dar, andererseits hat bereits das Berufungsgericht dargelegt, daß die entsprechende Verordnung erst nach dem möglichen Infektionszeitraum erlassen wurde. Darüber hinaus gehen die Ausführungen insofern am Kern der Sache vorbei, als es zunächst nach den betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes darum geht, die Einhaltung der Vorschriften des Plasmapheresegesetzes, was die erforderliche Betriebsbewilligung angeht, zu prüfen. Inwieweit noch weitere Prüfungen erforderlich sein werden, wird vom Ergebnis der ergänzenden Verhandlung abhängen, also insbesondere auch von allfälligen weiteren Einwendungen des Beklagten.

Mit Recht qualifiziert der Kläger in seinem Rekurs auch § 8 Abs 2 Z 2 PlasmaphereseG als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB. Es kann auch in Wahrheit nicht bezweifelt werden, daß die Infektion des Klägers und die daraus entstandenen Folgen vom Schutzzweck dieser Norm umfaßt sind. Wie sich aus den mehrfach zitierten EB zum PlasmaphereseG insgesamt ableiten läßt, ist zwar die Gewinnung von Blutplasma zu pharmazeutischen Zwecken in keiner Weise verpönt, vielmehr handelt es sich um ein gesellschaftlich durchaus erwünschtes Verfahren zur Gewinnung von Blutprodukten zu prophylaktischen und therapeutischen Zwecken sowie zur Diagnose. Dennoch hat die gesetzlich ausdrücklich normierte Beratungspflicht jedenfalls auch den Zweck, Infektionen des Spenders dadurch zu verhindern, daß sich dieser aufgrund der ihm vor Augen geführten Gefahr, die mit der Plasmaspende verbunden ist, von dieser abhalten läßt. Daß auch unter diesem Aspekt Spruchreife noch nicht vorliegt, ergibt sich daraus, daß noch nicht feststeht, daß zur fraglichen Zeit über ein Infektionsrisiko überhaupt aufgeklärt werden mußte (Näheres dazu sogleich zu 2.b).

Soweit der Kläger dem Berufungsgericht (was in einem Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluß grundsätzlich möglich ist: SZ 27/65; JBl 1976, 591 uva E zu RIS-Justiz RS0042053) eine Verletzung des Neuerungsverbot vorwirft, könnte ihm nur gefolgt werden, wenn das Berufungsgericht die Aufhebung des Ersturteils lediglich zum Zwecke der Beweisaufnahme aufgrund solcher Neuerungen aufgetragen hätte. Davon kann hier aber bei den umfangreichen Aufträgen an das Erstgericht keine Rede sein. Richtigerweise werden demnach die entsprechenden Passagen des berufungsgerichtlichen Beschlusses dahin zu verstehen sein, daß die dort angeregten Beweisaufnahmen und Erörterungen für den Fall eines erneuten Geltendmachens des Berufungsvorbringens erfolgen sollen. Im übrigen ist dem Rekurs des Klägers dahin durchaus zu folgen, daß die in erster Instanz aufgestellte Behauptung, der Beklagte selbst habe die Infektion eingeschleppt, noch keine ausreichende Darlegung anderer Schadensursachen darstellt. Dennoch geht das Vorbringen entgegen der Auffassung des Rekurses über ein bloß unsubstantiiertes Bestreiten der Klagsbehauptungen hinaus, es bedarf aber noch ergänzender Erörterungen in erster Instanz.

b) Zur Verletzung von Aufklärungspflichten:

Ungeachtet der noch zu erörternden Frage eines Vertragsverhältnisses zwischen den Streitparteien traf den Beklagten als Mitbetreiber einer Plasmapheresestelle die im § 8 Abs 2 Z 2 PlasmaphereseG normierte Aufklärungspflicht. Nach dieser Gesetzesstelle darf ein Spenderausweis, der schon bei der ersten Spende notwendig ist, nur ausgestellt werden, wenn der Spender vom Arzt (was im Zusammenhang nur den verantwortlichen Arzt nach § 1 Abs 3 oder dessen Stellvertreter meinen kann), ausreichend belehrt wurde. Nach den Feststellungen ist eine derartige Aufklärung völlig unterblieben.

Bei dieser Sachlage kann es nun entgegen der Ansicht des Beklagten in seinem Rekurs nicht darauf ankommen, ob zur damaligen Zeit nach dem vom Beklagten als Sachverständigen im Sinn des § 1299 ABGB zu vertretenden höchsten Standard als Fachmann auf dem Gebiet der Plasmapherese bereits über das Risiko einer Hepatitis-C bzw Non-A-Non-B-Infektion aufgeklärt hätte werden müssen. Es besteht im Hinblick darauf, daß vom Gesetzgeber ausdrücklich die Einschaltung eines Arztes mit bestimmten Fachkenntnissen für die Plasmaspende verlangt wird, kein Anlaß, die Aufklärungspflicht im Rahmen einer solchen Plasmaspende enger oder anders zu fassen, als es die Rechtsprechung bei der ärztlichen Heilbehandlung tut. Daraus ergibt sich, daß jedenfalls über ein typisches Risiko, also ein solches, welches speziell dem geplanten Eingriff anhaftet und auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist, aufzuklären ist (SZ 62/154 = JBl 1990, 459 = VersR 1990, 879; SZ 67/9 usw E zu RIS-Justiz RS0026340). Nur für den Fall, daß, worüber noch Klarheit zu schaffen sein wird, nach dem dargelegten Wissensstandard zur fraglichen Zeit eine Plasmaspende in der üblichen Form überhaupt kein typisches Risiko aufgewiesen hätte, könnte dem Standpunkt des Beklagten in seinem Rekurs beigetreten werden, er müsse wegen Verletzung von Aufklärungspflichten nicht haften. Sollte sich herausstellen, daß dem zweifellos vorgenommenen Eingriff in die körperliche Integrität des Plasmaspenders auch nur irgendein typisches Risiko (wie etwa, was durch den Sachverhalt indiziert ist, das einer Hepatitis-B-Infektion) angehaftet habe, und zwar nach dem damals gültigen Maßstab, dann träte die aufgrund des vom Berufungsgericht bejahten Anscheinsbeweises der Kausalität der Schäden des Klägers die Schadenersatzpflicht des Beklagten unabhängig davon ein, ob damals bereits über das Hepatitis C-Risiko aufgeklärt hätte werden müssen. Wie vom Obersten Gerichtshof schon in SZ 59/18 zum Ausdruck gebracht wurde, tritt bei Fehlen eines Aufklärungsgesprächs eine umfassende Haftung für die negativen Behandlungsfolgen ein, auch wenn im Tatsachenbereich weiter Zweifel bestehen, ob über das besonders seltene Risiko, das sich im konkreten Fall verwirklicht hatte, überhaupt Aufklärung erforderlich gewesen wäre (weitere Judikatur s Engeljählinger, Ärztliche Aufklärungspflicht, 121 ff). Zutreffend weist Engeljählinger (aaO 124) darauf hin, daß bei krassen Aufklärungsmängeln bzw bei Fehlen jeder Aufklärung das Wissensdefizit des Patienten so weit reicht, daß er vor der Behandlungsmaßnahme seinen Willen nicht einmal in annähernder Kenntnis vom Eingriffsgeschehen ausbilden kann. Zweck der Grundaufklärung ist es ja, dem Patienten zunächst die Basis für seine Risikoabwägung zu verschaffen. Dem entspricht ein weiter Schutzbereich, der den Arzt in solchen Fällen für sämtliche eingriffsbedingten Körperschäden des Patienten haften läßt. Zu berücksichtigen ist dabei auch, daß ein Plasmaspender, der ja sein Blut in der Regel weitgehend aus Idealismus zur Verfügung stellt (sollte nicht die "Aufwandsentschädigung" für ihn überlebensnotwendig sein) sogar noch in höherem Maß schutzwürdig ist als Personen, die sich (bloß) kosmetischen Operationen unterziehen wollen, damit aber ausschließlich eigene Interessen verfolgen.

Daraus ergibt sich insgesamt, daß im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichtes noch nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, seitens des Beklagten sei seine gesetzliche Aufklärungspflicht dem Kläger gegenüber verletzt worden. Für den Fall, daß nach damaligem Wissensstand bei Plasmaspenden eine über das allgemeine Hygienierisiko bei Blutabnahmen bzw Bluttransfusionen hinausgehende Gefahr nicht anzunehmen gewesen wäre, müßte auch die Verletzung einer Aufklärungspflicht verneint werden. Diesbezüglich wird das Verfahren, wie dargelegt, zu ergänzen sein.

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung des Beklagten, daß es zunächst Sache des Geschädigten gewesen wäre, substantiiert darzulegen, daß er bei ausreichender Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden wäre. In der jüngst ergangenen Entscheidung RdM 1999, 117 (zust Kletecka) hat der Oberste Gerichtshof unter ausdrücklicher Ablehnung jener Lehrmeinung von Dullinger (JBl 1998, 2 ff), auf die sich der Beklagte gestützt hat, an seiner ständigen Rechtsprechung festgehalten, daß im Fall der Verletzung der Aufklärungspflicht den Arzt die Beweislast dafür trifft, daß der Patient auch bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zum Eingriff erteilt hätte (mit wN). Daran ist festzuhalten. Da, wie dargelegt, eine Verletzung von Aufklärungspflichten noch nicht mit Sicherheit feststeht, ist zu den Ausführungen im Rekurs des Klägers zur Spruchreife bzw zu einer dem Berufungsgericht möglichen einfachen Ergänzung des Beweisverfahrens nicht weiter Stellung zu nehmen.

c) Zur Frage eines Vertragsverhältnisses zwischen den Streitparteien:

Zu Recht kritisiert der Kläger in seinem Rekurs die Auffassung des Berufungsgerichtes, aus den bisherigen Feststellungen sei bereits mit Sicherheit ableitbar, daß zwar ein Vertragsverhältnis des Klägers als Blutplasmaspender mit dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S*****, dagegen nicht mit dem Beklagten und seinem Mitbetreiber zustande gekommen sei. Tatsächlich reichen die bisher vorliegenden (in diesem Zusammenhang in Wahrheit fehlenden) Feststellungen zu einer endgültigen Beurteilung keineswegs aus. Es sprechen aber starke Indizien dafür, daß sehr wohl zwischen dem Kläger und den Betreibern der Plasmapheresestelle in S***** ein atypischer "Blutplasmaspendervertrag" (auf dessen nähere Qualifikation einzugehen nicht erforderlich ist, weil sich die allenfalls daraus ergebenden Aufklärungspflichten ohnehin im Gesetz eindeutig geregelt sind) zustande gekommen ist. Nach allgemeinen Regeln (§ 863 ABGB) und dem Grundsatz, daß mangels Aufklärung über ein Vertretungsverhältnis jeder im eigenen Namen handelt (Nachweise bei Apathy in Schwimann, ABGB**2 Rz 2 zu § 1017) wird derjenige, der sich in eine Arztordination oder in ein ärztliches Labor oder sonstiges Institut begibt, mit dem freiberuflich tätigen Arzt oder mit dem Inhaber des Instituts oder Labors kontrahieren.

Selbst wenn man entgegen der Ansicht des Klägers, wonach ohnehin zwischen dem Beklagten, seinem Mitbetreiber und dem Roten Kreuz eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden hätte, von dem festgestellten Vertrag als Werkvertrag ausgeht, hat der Beklagte mit seinem Partner die Plasmapheresestelle in S***** selbstständig betrieben. Es bedürfte daher schon konkreter Feststellungen, aus denen abgeleitet werden könnte, der Kläger habe entgegen den üblichen Gepflogenheiten nicht mit dem ärztlichen Institut, sondern direkt mit dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S*****, den entsprechenden Vertrag schließen wollen und sein Verhalten sei auch für einen objektiven Dritten anstelle des Beklagten in diesem Sinn aufzufassen gewesen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes kann aus der vereinbarten Aufgabe des Roten Kreuzes, potentielle Plasmaspender zu werben und mit diesen abzurechnen, keinesfalls zwingend auf einen Vertragsabschluß des genannten Vereines mit dem Kläger geschlossen werden. Eine Anwerbung von Kunden für einen Unternehmer kann selbstverständlich auch in der Form geschehen, daß diesem Kunden zugeführt werden, ohne daß es zwischen dem Kunden und demwerbenden zu einem Vertragsabschluß kommt. Auch aus der "Abrechnung" kann auf ein solches Vertragsverhältnis mangels näherer Feststellungen keineswegs geschlossen werden, steht doch in keiner Weise fest, daß dem Kläger gegenüber das Rote Kreuz als Zahler in Erscheinung getreten wäre. Für die Annahme eines eigenen Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten spräche auch die im Akt liegende, offenbar zu den Unterlagen des Beklagten im Zusammenhang mit der Aufnahmeuntersuchung des Klägers gehörende "Einverständniserklärung", womit der Kläger (ginge man von dessen Urheberschaft aus) "den Arzt" beauftragte, ihm Blut bzw Plasma abzunehmen. All diese Umstände werden im fortgesetzten Verfahren, sollte es nicht schon zu einer Klagsstattgebung aufgrund einer Schutzpflichtverletzung kommen, mit den Parteien zu erörtern sein.

d) Zur Frage einer Repräsentantenhaftung:

Was die vom Berufungsgericht bejahte Haftung des Beklagten für den Arzt Dr. Raimund K***** als seinen Repräsentanten angeht, erhebt der Beklagte zu Recht keine grundsätzlichen Einwände. Wie der Oberste Gerichtshof in SZ 70/138 ausgesprochen hat, kommt eine Repräsentantenhaftung auch bei der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht in Betracht. Ungeachtet der Frage, ob eine solche auch mit dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S***** bestand, kann an einem Gesellschaftsverhältnis iSd § 1175 ABGB zwischen den beiden beklagten Ärzten kein Zweifel bestehen. Nach den Feststellungen haben sie sich (zumindest schlüssig) darauf geeinigt, Kapital, Mühe und Know-how zum gemeinschaftlichen Erwerb durch Gewinnung und entgeltliche Veräußerung von menschlichem Blutplasma zu vereinigen, und diese Vorhaben auch tatsächlich (noch zur maßgeblichen Zeit) ausgeführt. Die Kritik des Beklagten, eine Repräsentantenhaftung könne sich nur auf die Vornahme der Plasmapherese selbst beziehen, läßt sich mit dem PlasmaphereseG nicht in Einklang bringen. Wie bereits dargelegt wurde, sieht auch § 8 leg cit vor, daß die vorgängige Untersuchung des präsumtiven Spenders durch den verantwortlichen Arzt im Sinne dieses Gesetzes zu erfolgen hat. Wenn in der Folge bei § 8 Abs 2 Z 2 leg cit nur noch von "dem Arzt" die Rede ist, kann aus systematischen Erwägungen ebenfalls nur der verantwortliche Arzt im Sinne des Gesetzes angesprochen sein. Zwar ist dem Beklagten einzuräumen, daß nach § 4 Abs 2 PlasmaphereseG die Vornahme der Plasmapherese selbst durch speziell geschulte, zur selbständigen Berufsausübung in Österreich berechnigte Ärzte durchgeführt werden kann, wobei nur nach Abs 3 dieser Bestimmung die "Gegenwart" des verantwortlichen Leiters oder seines Stellvertreters erforderlich ist. Daraus ergibt sich aber keineswegs, daß auch die Aufklärung nach § 8 Abs 2 Z 2 PlasmaphereseG durch jedweden angestellten Arzt erfolgen dürfte. Im Hinblick auf den untrennbaren Zusammenhang mit der Eingangsuntersuchung, für die nach dem Gesetz, das insoweit keineswegs ausdehnend ausgelegt werden kann, ein Arzt im Sinn des § 4 Abs 2 nicht in Betracht kommt, muß dasselbe auch für die Aufklärung gelten. Selbst wenn man also die Stellvertretungsberechtigung nach § 4 Abs 3 PlasmaphereseG auch auf die Aufklärung nach § 8 leg cit ausdehnen wollte, wäre damit für den Beklagten nichts gewonnen. In diesem Fall wäre zweifellos auch in diesem Bereich sein Stellvertreter als Repräsentant in dem vom Berufungsgericht dargelegten Sinn anzusehen. Im anderen Fall hätte aber der Beklagte jedenfalls dafür einzustehen, daß er (oder sein damaliger ärztlicher Partner) nicht selbst eine ausreichende Belehrung vorgenommen hätte.

e) Zur Frage eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen dem Beklagten und dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband S*****:

Ob das Rechtsverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Landesverband S***** des Österreichischen Roten Kreuzes in Wahrheit nicht als Werkvertrag, sondern als Gesellschaftsvertrag zu beurteilen ist, kann noch nicht abschließend beurteilt werden. Diese Frage wurde mit den Parteien bisher in keiner Weise erörtert. Für den Fall, daß sich dies im Sinne der vom Berufungsgericht zutreffend dargelegten Subsidiarität als erforderlich erweisen sollte, wird dies nachzuholen sein.

Demnach erweisen sich beide Rekurse als im Ergebnis nicht berechtigt, weil jedenfalls die Aufhebung des Ersturteils und eine Ergänzung des Verfahrens in erster Instanz erforderlich ist.

Dabei wird allerdings zu beachten sein, daß abweichend von der Auffassung des Berufungsgerichtes für die Frage, ob das "geschlossene System" verwendet werden hätte müssen, keineswegs eine Beschränkung auf den westeuropäischen Standard gerechtfertigt ist. Wie sich bereits aus den EB zum PlasmaphereseG (1580 BlgNR 13. GP 5 f) ergibt, war schon vor dessen Inkrafttreten eine Orientierung der österreichischen Richtlinien über die Vornahme der Plasmapherese an die in den Vereinigten Staaten von Amerika gültigen Richtlinien üblich. Sollte daher das "geschlossene System" zum fraglichen Zeitpunkt wegen seiner größeren Sicherheit international bereits den anerkannten Stand medizinischen Wissens auf dem Gebiet der Plasmapherese dargestellt haben, hätten auch der Beklagte und sein Partner denselben zu gewährleisten gehabt. Auch darüber werden Feststellungen zu treffen sein.

Einzuschränken sind die berufungsgerichtlichen Aufträge allerdings insofern, als beim derzeitigen Stand des Vorbringens kein Anlaß besteht, eine allfällige Garantie des Stellvertreters des Beklagten oder eine Haftung desselben für Hilfspersonen nach § 1315 ABGB zu behandeln.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 ZPO. Beiden Rechtsmitteln ist zuzubilligen, daß sie zur Klärung der Rechtslage beigetragen haben.