

MORITZ L. JÄSCHKE

Vertauschte Keimzellen und Embryonen

*Studien zum Medizin-
und Gesundheitsrecht*



Mohr Siebeck

Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht

Herausgegeben von

Steffen Augsberg, Karsten Gaede, Jens Prütting

2



Moritz L. Jäschke

Vertauschte Keimzellen und Embryonen

Analyse reproduktionsmedizinischer Zwischenfälle:
Normkontext, Rechtsfolgen, Regelungsbedarf

Mohr Siebeck

Moritz L. Jäschke, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Düsseldorf; erstes Staatsexamen am OLG Düsseldorf; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsfragen der Medizin (IMR) und Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Düsseldorf; Referendar am LG Düsseldorf.
orcid.org/0000-0002-7715-680X

D61

ISBN 978-3-16-159182-2 / eISBN 978-3-16-159183-9
DOI 10.1628/978-3-16-159183-9

ISSN 2699-6855 / eISSN 2699-6863 (Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Gerichtliche Entscheidungen und wissenschaftliche Veröffentlichungen konnten bis September 2019 berücksichtigt werden.

Ganz besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Helmut Frister*, der die Entstehung dieser Arbeit durch zahlreiche Diskussionen sowie intensive Betreuung ermöglicht hat. Unvergessen bleiben werden die vielen schönen Jahre, die ich zuerst als studentischer und dann als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Zudem danke ich Frau Prof. Dr. *Katharina Lugani* für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und Ihre Anmerkungen. Herrn Prof. Dr. *Karl-Heinz Möller* gebührt Dank für die Anregung zu dem Thema der Arbeit und seine nie versiegende Diskussionsbereitschaft.

Ich danke der *Friedrich-Ebert-Stiftung*, die mein Promotionsstudium mit einem Stipendium gefördert hat und den Herausgebern dieser Schriftenreihe für die Aufnahme in die von ihnen herausgegebenen „Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht (MGR)“. Dem *Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V.*, der diese Arbeit mit einem Promotionspreis bedacht hat, bin ich ebenso zu großem Dank verpflichtet wie der *Johanna und Fritz Buch-Gedächtnis-Stiftung*, die mich bei der Veröffentlichung mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt hat.

Ich hatte das Glück, in meiner Zeit am Lehrstuhl ebenso viele besondere Momente wie interessante Diskussionen erleben zu dürfen. Etliche meiner (ehemaligen) Kollegen zähle ich heute zu meinem engsten Freundeskreis. Hervorheben möchte ich meine gute Freundin Dr. *Maja Caroline Lehmann*, mit der ich jahrelang das Büro geteilt habe und deren enorme Kenntnisse im Bereich der Reproduktionsmedizin mir einige Besuche in der Bibliothek der medizinischen Fakultät erspart haben. Besonderer Dank gilt Dr. *Benjamin Theis* und *Tobias Müller*, die dieses Werk Korrektur gelesen haben. Des Weiteren danke ich meiner Lebensgefährtin *Naomi Phumeza Mnyamana* und meinen Freunden, die mich während der Promotionsphase immer unterstützt und sich nie beschwert haben, wenn sich das Gespräch wieder einmal um vertauschte Keimzellen und Embryonen drehte.

Von ganzem Herzen danke ich schließlich meinen Eltern, die mich stets bedingungslos und mit vollem Einsatz unterstützt haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

A. Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit

In Deutschland sind ca. 1,7–2,1 Millionen Paare ungewollt kinderlos.¹ Um ihren Kinderwunsch zu erfüllen, nutzen viele die Möglichkeiten, die ihnen die modernen, medizinisch assistierten Reproduktionsmethoden seit nunmehr über 40 Jahren bieten.² Die gängigsten Therapieoptionen sind einerseits die intrauterine Insemination (IUI) und andererseits die In-vitro-Fertilisation (IVF), die oftmals mit einer intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) kombiniert wird. Während bei der Inseminationsbehandlung lediglich das Sperma des Mannes aufbereitet und die so gewonnene Spermien suspension regelmäßig intrauterin eingebracht wird,³ vollzieht sich die Befruchtung bei einer IVF ausschließlich außerhalb des Körpers in einem Reagenzglas bzw. Kulturschälchen. Erst nach erfolgreicher Fertilisation werden die erzeugten Embryonen in die Gebärmutterhöhle der Patientin transferiert.⁴ Beide Behandlungsmethoden haben also gemein, dass sich menschliche Keimzellen oder sogar Embryonen im Laufe des Behandlungsgeschehens zumindest zeitweise außerhalb des Körpers befinden. Während der unzähligen Aufbereitungs- und Fertilisationsschritte, die in den Laboratorien der reproduktionsmedizinischen Einrichtungen erfolgen, besteht daher die Gefahr, dass menschliche Keimzellen oder Embryonen (versehentlich) vertauscht werden. So kann es zu Konstellationen kommen, in denen Patientinnen Kinder zur Welt bringen, die entweder nur eine „hälftige“ genetische Verwandtschaft oder aber überhaupt kein genetisch begründetes Verwandtschaftsverhältnis zu dem eigentlichen Elternpaar aufweisen.

¹ Auskunft des Statistischen Bundesamts auf persönliche Anfrage (Stand: 1. Quartal 2019); das entspricht etwa 10 % der Paare; vgl. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/96224/40-Jahre-kuenstliche-Befruchtung-Acht-Millionen-Babys-kamen-zur-Welt> (zuletzt abgerufen am: 30.09.19).

² Ein Überblick über die bis in das Jahr 1780 zurückgehende Entwicklung der extrakorporalen Befruchtung findet sich bei BT-Drucks. 14/9020, S. 28 f.

³ Die Befruchtung geschieht also in vivo; vgl. *Dorn* in: *Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin*, S. 197 (198 ff.).

⁴ Dazu *Ebner/Diedrich* in: *Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin*, S. 215 (218 ff.).

Lässt man die rechtliche Relevanz des Themas zunächst außer Acht und betrachtet einzig die tatsächlichen Auswirkungen der Situation, fällt auf, dass ein Vertauschen von Keimzellen oder Embryonen bei sämtlichen Beteiligten zu erheblichen Beeinträchtigungen führt. Auf der einen Seite steht das Patientenpaar, das in einer überaus intimen Angelegenheit auf ärztliche Hilfe angewiesen ist. Kommt es bei einer Behandlung zu einer Vertauschung, in dessen Folge das gezeugte Kind keine genetische Verbindung zu dem Elternpaar aufweist, stellt dies eine absolute Horrorvorstellung für die Eltern dar. Abgesehen von der schockierenden Wirkung, die eine solche Nachricht auf die Eltern hat,⁵ sind insbesondere zwei Aspekte zu berücksichtigen: Einerseits ist die Eltern-Kind-Beziehung schon von Beginn an auf das Äußerste belastet, ziehen die Eltern doch ein Kind in dem Wissen auf, dass sie nicht die genetischen Eltern sind und sich ihr eigenes Kind bei einem anderen Paar befindet. Andererseits stellt ein solcher Vorfall eine enorme Zerreißprobe für die Partnerschaft des Elternpaares dar. Nicht selten führt die Situation zu gegenseitigem Misstrauen und Zwietracht in der Beziehung.⁶

Aber auch die von der Vertauschung betroffenen Kinder sind einer steten Unsicherheit im Hinblick auf ihre genetische Herkunft ausgesetzt, die zu einer erheblichen Belastung der Persönlichkeitsentwicklung und dauerhaften psychischen Problemen führen kann.⁷ Wie Aussagen von Betroffenen zeigen, wird die Frage nach der genetischen Herkunft zum beinahe alles bestimmenden Lebensinhalt.⁸ Die Suche nach Antworten stellt sich dabei vielfach als überaus beschwerlich und wenig aussichtsreich dar, obgleich die Betroffenen dies (verständlicherweise) oftmals nicht wahrhaben wollen und die Suche aufopferungsvoll betreiben.⁹

Auch wenn das Ausmaß der persönlichen Betroffenheit keineswegs mit derjenigen der Eltern und der Kinder zu vergleichen ist, bringt ein Vertauschen auf der anderen Seite auch empfindliche Beeinträchtigungen für die Ärzte und das reproduktionsmedizinische Institut mit sich. Zum einen ist dabei an staatliche Reaktionen¹⁰ auf den Vorfall sowie an finanzielle Einbußen durch Ansprüche der be-

⁵ Dies kann sogar so weit gehen, dass chronische psychische Erkrankungen daraus resultieren, vgl. dazu *Ludwig* DER SPIEGEL 29/2013, S. 46.

⁶ Etwa wenn der Partner vermutet, dass das Kind nicht durch eine Reproduktionsmaßnahme sondern durch einen Seitensprung gezeugt wurde; so etwa bei *Ludwig* DER SPIEGEL 29/2013, S. 46.

⁷ Vgl. etwa *Thorn* GuP 2015, 47 (48), die die ähnlich gelagerte Konstellation bei der Samenspende untersucht.

⁸ Vgl. *Schrep* DER SPIEGEL 30/2016, S. 46 ff.

⁹ *Schrep* DER SPIEGEL 30/2016, S. 46 (48).

¹⁰ So wurden reproduktionsmedizinische Zentren nach Bekanntwerden von Vertauschungsfällen etwa komplett geschlossen (Anhang, Fall 13) oder ihnen wurde die staatliche Unterstützung aufgekündigt (Anhang, Fall 12).

troffenen Patienten oder die Kosten eines etwaigen Rechtsstreits zu denken. Zum anderen geht es den Kliniken aber vor allem darum, einen massiven Imageschaden durch ein öffentliches Bekanntwerden der Fälle zu verhindern. So ist das Vertrauen, das die Patienten in dieser äußerst sensiblen Angelegenheit in die behandelnden Ärzte legen, das wichtigste Kapital des Instituts und dementsprechend von besonderer Bedeutung. Darüber hinaus bleibt zu berücksichtigen, dass nicht nur der reproduktionsmedizinischen Einrichtung selbst Imageprobleme drohen, sondern solche Vorfälle zugleich Zweifel an den Sicherheitsstandards der gesamten nationalen Reproduktionsbranche hervorrufen können.

Da es sich bei einem derartigen Vorfall somit um den „Super-GAU“ sowohl für die Behandler- als auch für die Patientenseite handelt, verweisen sämtliche reproduktionsmedizinische Zentren auf das geringe Risiko einer Vertauschung, das durch hohe Sorgfalts- und Sicherheitsstandards nahezu ausgeschlossen werde.¹¹ Zwar ist dem im Hinblick auf die in Industriestaaten etablierten hochspezialisierten und modernen Arbeitsabläufe prinzipiell zuzustimmen, allerdings werden diese Zusicherungen oftmals von der (berechtigten) Angst vor der öffentlichen Wirkung entsprechender Eingeständnisse geleitet und blenden dabei maßgebliche Aspekte aus. Auch wenn es durchaus nachvollziehbar ist, dass reproduktionsmedizinische Zentren die Befürchtungen der Patienten mit entsprechenden Zusicherungen bzgl. des Risikos zerstreuen wollen, eine realistische Einschätzung der Situation ist darin nicht immer zu erblicken. Dies zeigen nicht nur die Überlegungen zu der vermutlichen Prävalenz von Vertauschungsvorfällen (S. 4 ff.), sondern bereits die Tatsache, dass sich schließlich fast alle bekannten Fälle darin ähneln, dass menschliches Fehlverhalten – sei es in Form von Unachtsamkeiten oder aber in Form von organisatorischen Versäumnissen – die Ursache für Vertauschungen ist. Berücksichtigt man, dass solche Fehler aufgrund der menschlichen Unzulänglichkeiten nie gänzlich auszuschließen sind, verbleibt unabhängig von der Strenge der aktuell praktizierten Sicherheitsmaßnahmen stets ein gewisses Restrisiko.

Der rechtswissenschaftliche Forschungsstand zu vertauschungsspezifischen Problemstellungen beschränkt sich im Wesentlichen¹² auf die lesenswerten Ausführungen von *Wellenhofer* im Münchener Kommentar zum BGB¹³ und eine in-

¹¹ Vgl. etwa die Versicherungen des *Fertility Center Hamburg*: „Verwechslungen sind dadurch völlig ausgeschlossen.“; www.fertility-center-hh.de/meine-therapie/ivf/ (zuletzt abgerufen am: 30.09.19). Realistischer demgegenüber www.kinderwunschinstitut-wels.at/de/aktuell/zeitungsartikel/ (zuletzt abgerufen am: 30.09.19).

¹² Kleinere Hinweise finden sich – z. T. jedoch in gänzlich anderem Zusammenhang – bei *Günther/Keller* Fortpflanzungsmedizin, S. 133; *Giesen* JR 1984, 221 (226); *Lanz-Zumstein* S. 334 ff.; *Schumann* in Fortpflanzungsmedizin, S. 155 (190).

¹³ MüKo-BGB/*Wellenhofer* § 1591 Rn. 57.

struktive Schrift von *Neuner* im Archiv der civilistischen Praxis.¹⁴ Beide Arbeiten befassen sich allerdings nur mit bestimmten Einzelfragen, während eine größer angelegte Analyse des Problems bislang nicht vorgelegt wurde. Dass dem Thema (noch) keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, hängt sicherlich auch damit zusammen, dass sich der Gesetzgeber bislang mit Regelungen zu den spezifischen Problemen der Vertauschungsfälle in Zurückhaltung geübt hat und ein entsprechender Fall noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung wurde. Dies hat sich mit einer im Februar 2018 ergangenen Entscheidung des *OLG Hamm* geändert,¹⁵ sodass nun möglicherweise mit einer stärkeren Wahrnehmung auch im juristischen Diskurs gerechnet werden kann. Denn das Maß an Aufmerksamkeit, das die Rechtswissenschaft dem Thema zuteilwerden lässt, bleibt hinter dem Interesse zurück, dass die Öffentlichkeit an Vertauschungsvorfällen zu haben scheint. So wurden entsprechende Fälle nicht nur in verschiedenen Zeitungsartikeln oder TV-Reportagen (s. Anhang), sondern auch von der Unterhaltungsindustrie thematisiert. Der australische Fernsehsender *Network Ten* griff den speziellen Fall der absichtlich vertauschten Keimzellen in der ab Oktober 2017 ausgestrahlten Dramaserie „Sisters“ von Jonathan Gavin und Imogen Banks auf.¹⁶

II. Vertauschungsvorfälle in Zahlen

Vermeintlich geringe Fallzahlen und der überschaubare Forschungsstand werfen die Frage auf, ob es gerechtfertigt erscheint, sich dem hiesigen Thema monographisch zu widmen. Die Antwort auf diese Frage kann nicht gefunden werden, wenn man die Relevanz der vorliegenden Arbeit dadurch zu unterstreichen sucht, dass die numerische Häufigkeit von Vertauschungsvorfällen künstlich aufgebauscht wird. Richtig ist, dass die im Anhang zu dieser Schrift aufgeführten öffentlich bekannt gewordenen Fälle die Vermutung einer geringen Prävalenz nahelegen. Außerdem ist nicht zu bestreiten, dass die niedrigen Fallzahlen ein Beleg dafür sind, dass in den meisten reproduktionsmedizinischen Einrichtungen und Laboratorien sehr gründlich und professionell gearbeitet wird. Dennoch waren alleine in deutschsprachigen Medien 24 unterschiedliche Fälle auszumachen, in denen es entweder zu einer Verwechslung von Keimzellen oder Embryonen ge-

¹⁴ *Neuner* AcP 214 (2014), 459 (501 ff.).

¹⁵ *OLG Hamm* FamRZ 2018, 1162 m. Anm. v. *d. Tann* NZFam 2018, 619, vorausgegangen war *LG Münster*; Urt. v. 24.03.16 – 111 O 83/14.

¹⁶ Ab September 2018 wurde die Serie auch vom internationalen Marktführer *Netflix* in sein Streamingprogramm aufgenommen; vgl. www.netflix.com/title/80994108 (zuletzt abgerufen am: 30.09.19).

kommen ist.¹⁷ Berücksichtigt man zudem, dass die Aufdeckung einer Verwechslung nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen denkbar ist und die Kliniken zum anderen alles versuchen, um den Gang der Patienten an die Öffentlichkeit zu verhindern,¹⁸ drängt sich der Verdacht auf, dass die Dunkelziffer noch um ein Vielfaches höher sein dürfte. Daher ist davon auszugehen, dass ein Großteil der Fälle entweder erst gar nicht aufgedeckt oder aber nicht öffentlich bekannt gemacht wird, sodass nicht der Fehler gemacht werden sollte, das Problem von Vertauschungen bei reproduktionsmedizinischen Behandlungen unter Verweis auf vermeintlich geringe Fallzahlen zu marginalisieren. Denn es gibt gute Gründe, berechnete Zweifel daran zu hegen, dass die öffentlich bekannt gewordenen Fälle maßstababbildend für die Gesamthäufigkeit des Problems sind.

Weltweit sind mittlerweile mehr als acht Millionen Kinder mittels ärztlich assistierter Reproduktion gezeugt worden.¹⁹ In Deutschland wurde im Jahr 2016 erstmals die Schwelle von 100.000 reproduktionsmedizinischen Behandlungszyklen pro Jahr überschritten – Tendenz steigend.²⁰ Angesichts des stetigen Wachstums, das reproduktionsmedizinische Einrichtungen in den letzten Jahrzehnten verzeichnen konnten, ist davon auszugehen, dass die Bedeutung künstlicher Fortpflanzungsmethoden weiter zunehmen wird. Wie bereits angedeutet, versuchen von einem Vertauschungsvorfall betroffene Kliniken zudem alles, um den Gang der Beteiligten an die Öffentlichkeit zu verhindern. Die Angst vor dem enormen (sicherlich existenzbedrohenden) Imageschaden, den ein solcher Vorfall bewirken würde, stellt insoweit eine starke Triebfeder dar.

Die Vermutung, dass die Dunkelziffer groß sein dürfte, wird nicht zuletzt durch die Tatsache gestützt, dass Vertauschungen in Kliniken oder Laboren auch in anderen Bereichen nicht unüblich sind.²¹ Diesen Eindruck belegt eine Studie aus dem Jahr 2005, bei der die Aufzeichnungen eines elektronischen Patientensystems einer Bostoner Neugeborenenstation über den Zeitraum eines Jahres ausgewertet wurden.²² Bei einem täglichen Patientenschnitt von 33,4 konnte in

¹⁷ S. dazu die Auflistung der Fälle im Anhang. In einigen Fällen waren gleich mehrere Geburten betroffen; so etwa in Fall 10 (26 Geburten) oder in Fall 19 (geschätzt über 100 Geburten).

¹⁸ Vgl. Anhang, Fall 7.

¹⁹ Vgl. www.aerzteblatt.de/nachrichten/96224/40-Jahre-kuenstliche-Befruchtung-Acht-Millionen-Babys-kamen-zur-Welt (zuletzt abgerufen am: 30.09.19).

²⁰ *DIR Journal für Reproduktionsmedizinische Endokrinologie* 2017, 14 (20): 103.981 Behandlungen.

²¹ So etwa bei postnatalen Vertauschungen, *Eckebrecht FPR* 2011, 394 (Fn. 1) m. w. N., der von einer Vertauschungsquote von 1 % ausgeht; *Frank FamRZ* 2015, 1149; *Willems NZFam* 2016, 445; s. auch www.zeit.de/2014/09/vertauschte-kinder-abstammung-erfahrung – oder allgemein im Labor; vgl. *LG Essen MedR* 2013, 183; *AG Köln*, Urt. v. 19.11.2008 – 141 C 3/08.

²² *Gray et al. Pediatrics* 2006, e43.

einem Jahr kein einziger Tag verzeichnet werden, an dem nicht Potential für einen Vertauschungsvorfall bestanden hätte. Die Gefährdung ergab sich vor allem aus ähnlichen bzw. gleichen Patientennamen (43,7 %) und Patientenidentifikationsnummern (44 %). Dies ist insbesondere deswegen bedenklich, weil beide Merkmale als Hauptidentifikationselemente im Behandlungsgeschehen verwendet werden. Die Zahl der gefährdeten Patienten lag pro Tag im Schnitt bei 17 und damit bei über 50 % der behandelten Patienten.²³ Diese Ergebnisse werden durch weitere Studien bestätigt, die ähnliche Erkenntnisse hervorbrachten.²⁴ Zur Einordnung des Fehlerpotentials sei außerdem darauf hingewiesen, dass die Identifikation von Neugeborenen zusätzlich durch äußere Merkmale erleichtert wird, auf welche bei Keimzellen und Embryonen nicht zurückgegriffen werden kann.

Daher verwundert es nicht, dass sich die Fehlerquote auch bei reproduktionsmedizinischen Behandlungen nicht bloß im Bereich der Bedeutungslosigkeit bewegt. In einer Studie aus dem Jahr 2011 werteten Wissenschaftler die Aufzeichnungen eines elektronischen RFID-Sicherungssystems (dazu noch S. 41) aus, das sämtliche Behandlungsschritte mithilfe von Radiofrequenz-Chips aufzeichnet.²⁵ Dabei konnte festgestellt werden, dass die für vergleichbare Laboraktivitäten geltende Fehlerquote von circa 0,2–0,5 % auch bei der assistierten Reproduktion bestehen dürfte. Dem entsprächen bei weltweit acht Millionen reproduktionsmedizinisch gezeugten Kindern etwa 16.000–40.000 Vertauschungsvorfälle.²⁶ Gewiss ist davon auszugehen, dass sich nicht jeder vom System festgestellte Zuordnungsfehler zwingend im Geburtsergebnis verwirklichen dürfte. Allerdings muss zugleich berücksichtigt werden, dass die Gewissheit, sich an einem Testprojekt zu beteiligen, das die Rückverfolgbarkeit der Fehlerquote bei Arbeitsschritten zu den einzelnen Mitarbeitern ermöglicht, das tatsächliche Konzentrationsniveau der Mitarbeiter ins Positive „verfälschen“ kann.

Zweifelsohne ist die Vertauschung von Keimzellen und Embryonen bei der Durchführung reproduktionsmedizinischer Behandlungen numerisch betrachtet ein vergleichsweise geringes Risiko. Angesichts der Bedeutung und weitreichenden Konsequenzen eines solchen Vorfalles sind die Fallzahlen dennoch bemerkenswert. Trotz alledem ergibt sich die juristische Relevanz der Fragestellung

²³ Gray *et al.* Pediatrics 2006, e43 (e44).

²⁴ So etwa Simpson *et al.* Arch Dis Child Fetal Neonatal 2004, F480; Suresh *et al.* Pediatrics 2004, 1609.

²⁵ Thornhill *et al.* Reducing Human Error in IVF with Electronic Witnessing, 2011.

²⁶ Allerdings sei an dieser Stelle angemerkt, dass es sich bei der genannten Größenordnung letztlich um eine reine Schätzung handelt und die Angabe als Maximalwert zu betrachten ist. Von Umrechnungen auf in Deutschland durchgeführten Behandlungen soll an dieser Stelle abgesehen werden, da der fortschreitende Reproduktionstourismus eine realistische Einschätzung, welche Betroffenen deutschem Recht unterliegen, nicht zulässt.

vor allem aus Erwägungen, die nicht in der Prävalenz von Vertauschungsvorfällen wurzeln. Auch wenn die hier diskutierten Probleme in quantitativer Hinsicht zunächst nur einen sehr geringen Teil der Bevölkerung betreffen, ist das Ausmaß der Beeinträchtigung für diese Personen von einem solchen Gewicht, dass ihre Bedeutung jedenfalls in qualitativer Hinsicht unbestreitbar groß sein dürfte. Dass die juristische Relevanz eines Rechtsproblems nicht allein von der reinen Häufigkeit seines Auftretens abhängt,²⁷ verdeutlicht außerdem die Tatsache, dass die hier zu untersuchenden Facetten der verschiedenen Fragestellungen überaus vielfältig, komplex und rechtlich bedeutsam sind, da an mehreren Stellen Rückschlüsse für die Bewertung von grundsätzlicheren Rechtsfragen gezogen werden können.

III. Terminologische Klarstellungen

Bevor mit den inhaltlichen Ausführungen begonnen werden kann, gilt es, in zweierlei Hinsicht terminologische Klarheit zu schaffen: Zum einen mag bereits der Titel der vorliegenden Schrift für Verwirrung sorgen. Denn der Begriff „Vertauschung“ impliziert einen bewussten Vorgang und könnte den Eindruck erwecken, dass ein entsprechendes Verhalten gewünscht wird. In aller Regel handelt es sich bei den hier diskutierten Fallgestaltungen aber um solche, in denen es aufgrund eines Versehens oder einer Unachtsamkeit zu dem Austausch der Keimzellen oder Embryonen kommt. Daher wäre in vielen Fällen der Begriff der „Verwechslung“ treffender als derjenige der „Vertauschung“. Allerdings ist es bereits mehrfach zu vorsätzlichen Vertauschungen gekommen,²⁸ deren rechtliche Bewertung ebenfalls Gegenstand dieser Arbeit ist. Demzufolge ist der Begriff „Vertauschung“ letztlich trotz, ja gerade wegen seiner sprachlichen Weite präziser und meint im Folgenden immer sowohl den bewussten als auch den unbewussten Austausch.

Zum anderen sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass auf 2-PN-Zellen nachstehend neben Keimzellen und Embryonen nur dann gesondert eingegangen wird, wenn rechtliche Erwägungen eine separierte Darstellung verlangen. Denn bei einer 2-PN-Zelle handelt es sich um eine imprägnierte Eizelle und damit immer noch um eine Keimzelle, sodass in den meisten Fällen kein Bedarf für eine explizite Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Zellkonstrukten besteht. Deshalb kann – sofern kein anderslautender Hinweis erfolgt –

²⁷ Andernfalls verlöre etwa die juristische Ausbildungsliteratur einen großen Teil ihres Anschauungsmaterials, da viele der dargestellten Lehrbuchfälle eben nur im Lehrbuch, nicht aber in der Praxis vorkommen, sodass deren Prävalenz gleich null ist.

²⁸ Vgl. Anhang, Fälle 19 und 23.

davon ausgegangen werden, dass sich die rechtliche Bewertung im Hinblick auf eine nicht imprägnierte Keimzelle mit derjenigen einer 2-PN-Zelle deckt.

IV. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt mit einem Überblick der medizinisch-technischen Grundlagen ärztlich assistierter Reproduktion, um fehleranfällige Behandlungsschritte zu identifizieren (B.). Dies bereitet den Boden für die Darstellung rechtlicher Rahmenbedingungen mit Bezug zu vertauschungsrelevanten Fragestellungen und in der Praxis angewandten Präventionsmaßnahmen (C.). Der sich daran anschließende Hauptteil der Arbeit zeichnet in drei Kapiteln den nach der Entdeckung eines Vertauschungsvorfalles zu erwartenden Geschehensverlauf nach: Zunächst sehen sich die Beteiligten mit der Schwierigkeit konfrontiert, den Vorfall im Hinblick auf Ursachen und Betroffene aufzuklären (D.). Sodann stellt sich die Frage, welche familien- und erbrechtlichen Konsequenzen aus der Vertauschung erwachsen und wem das Verfügungsrecht über Keimzellen, 2-PN-Zellen oder Embryonen zukommt, wenn die Vertauschung bereits vor dem intrauterinen Embryotransfer bemerkt wird (E.). Der Hauptteil schließt mit einer Analyse der straf- und zivilrechtlichen Sekundärrechtsfolgen des Vertauschens (F.), an die rechtspolitische Erwägungen anknüpfen (G.). Die Ergebnisse der Untersuchung werden in einem Fazit zusammengefasst (H.).

B. Medizinische und tatsächliche Hintergründe

Im Folgenden wird ein Überblick über die reproduktionsmedizinischen Grundlagen gegeben, um den Ablauf des Behandlungsgeschehens zu skizzieren. Dabei wird der Fokus auf diejenigen Behandlungsschritte gelegt, die im besonderen Maße fehleranfällig sind. So soll aufgezeigt werden, in welchen Konstellationen ein Vertauschen denkbar ist sowie ob und wann weibliche bzw. männliche Keimzellen oder Embryonen Gegenstand des Vertauschens werden können. Um die vertauschungsrelevanten Behandlungsschritte herausarbeiten zu können, werden zunächst die in der Praxis gängigen Methoden der assistierten Reproduktion vorgestellt. Sodann wird das extrakorporale Behandlungsgeschehen chronologisch von der frühestmöglichen Keimzellentnahme bis zum intrauterinen Transfer beschrieben.

I. Reproduktionsmedizinische Grundlagen

Da die intrauterine Insemination (IUI)¹ weniger invasiv und kostengünstiger als extrakorporale Befruchtungsmethoden ist, wird sie oftmals als erste Behandlungsoption wahrgenommen.² Erst wenn diese Therapieform zu keinem Erfolg führt oder der diagnostische Befund eine reine Insemination von Anfang an aussichtslos erscheinen lässt, werden alternative Behandlungsmethoden in den Blick genommen, bei denen die Befruchtung in vitro stattfindet. Weil viele reproduktionsmedizinische Therapieformen bestimmte Behandlungsschritte gemein haben, orientieren sich die folgenden Ausführungen weitgehend an dem tatsächlichen Ablauf des Behandlungsgeschehens: Daher werde ich zunächst auf die Inseminationsbehandlung eingehen, um bei den weiteren Therapiemethoden nur noch die wesentlichen Unterschiede zu einer Insemination aufzuzeigen.

¹ Zwar kann die verwendete Spermiesuspension auch in den Zervikalkanal, die Eileiter oder die Peritonealhöhle eingebracht werden, die intrauterine Verabreichung ist jedoch die gängigste Methode und wird der Darstellung daher zugrunde gelegt; vgl. dazu *Dorn* in: *Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin*, S. 197 (202).

² *De Geyter/De Geyter/Behre* in: *Andrologie*, S. 477 (482).

1. Die Inseminationsbehandlung

Bei einer IUI handelt es sich um eine reproduktionsmedizinische Behandlungsform, bei der die eigentliche Befruchtung zwar in vivo stattfindet, diesem Vorgang aber mehrere in einem Labor oder einer Klinik vorzunehmende extrakorporale Behandlungsschritte vorgelagert sind. Auch wenn es sich bei einer IUI daher nicht um eine „künstliche Befruchtung“ im engeren Sinne handeln mag, ist die Inseminationsbehandlung dennoch eine medizinisch unterstützte Behandlungsform, deren reproduktionsmedizinische Relevanz seit jeher groß ist.³ Ziel der Behandlung ist es, durch vorbereitende Maßnahmen optimale Befruchtungsbedingungen zu schaffen, die bei einem natürlichen Befruchtungsgeschehen nicht erreicht werden könnten.

Eine dieser vorbereitenden Maßnahmen ist die hormonelle Stimulation der Patientin. Ausgehend von der Wirkungsweise der jeweiligen Hormone kann dabei im Wesentlichen zwischen drei verschiedenen Medikamentengruppen unterschieden werden: Zum einen werden im Vorlauf einer IUI Medikamente zur Stimulation der Eierstöcke eingesetzt, um eine gesteigerte Eizellreifung zu bewirken (sog. Clomifen- oder FSH-Stimulation).⁴ Zum anderen wird die Gebärmutter Schleimhaut mithilfe von „Gelbkörper-Hormonen“ auf die Einnistung des Embryos vorbereitet.⁵ Schließlich wird ein Hormon verabreicht, welches zu einer zeitgenauen, auf den individuellen Behandlungsplan abgestimmten Auslösung der Ovulation führt.⁶

Eine weitere vorbereitende Maßnahme ist die Spermengewinnung und -aufbereitung. Die Spermengewinnung erfolgt regelmäßig durch Masturbation unmittelbar vor Beginn der dann folgenden Spermienpräparation. Die abgegebenen Spermien werden im Rahmen verschiedener Aufbereitungsmethoden entweder gewaschen, zentrifugiert und/oder filtriert, um die Spermienqualität in der Probe zu erhöhen.⁷ Ungefähr 90 Minuten nach der Samenabgabe wird eine gewisse Menge der aufbereiteten Spermienflüssigkeit mithilfe eines Katheters intrauterin verabreicht. Auf diese Weise werden die Spermien möglichst nah an die zu befruchtende Eizelle gebracht.⁸ Da die Insemination zeitlich genau auf den

³ Dorn in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, S. 197 (198).

⁴ Ders. in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, S. 197 (203); vgl. auch BT-Drucks. 14/9020, S. 30 f.

⁵ Diedrich/Ludwig in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 32 (33).

⁶ Krebs in: Bettendorf/Breckwoltd, Reproduktionsmedizin, S. 516 (517 f.). Zu der hormonellen Behandlung insgesamt *Revermann/Hüsing*, Fortpflanzungsmedizin, S. 37 ff.

⁷ Teils werden diese Techniken auch kombiniert angewandt; dazu im Einzelnen *Jen Huang/Rosenwaks* in: Human Fertility, S. 171 (196); *Dorn* in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, S. 197 (200 f.).

⁸ Dorn in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, S. 197 (200).

Sachverzeichnis

- Abgetrennte Körperbestandteile S. 160 ff.
Abstammungsgutachten S. 118 f., 133
Abstammungsrechtliche Verwerfungen
S. 114 ff.
Abwägungsmaßstab S. 72 ff.
Adoption S. 123 f., 139, 188 f., 257 f.
Allgemein anerkannte fachliche Standards S. 227
Allgemeines Persönlichkeitsrecht S. 49 f.,
65 f., 78, 85 f.
Anfechtungsausschluss S. 121 ff.
Anpassung der Anfechtungsrechte S. 315 ff.
– Anwendungsbereich S. 323 ff.
– Regelungsvorschlag S. 325 ff.
Aufklärung
– prätherapeutisch S. 45 ff.
– posttherapeutisch S. 47 ff.
Auskunftsanspruch S. 63 ff., 71 f., 77, 88 ff.,
312 ff.
Ärztliche Schweigepflicht S. 47 ff.
– einrichtungsexterne Offenbarungen
S. 53 ff.
– Einwilligung S. 57 ff.
– geschütztes Rechtsgut S. 80 ff.
– normative Grundlagen S. 49 f.
Ärztlicher Heileingriff S. 102 f.
- Barcode-Systeme s. „Elektronische
Sicherungssysteme“
Behandlungsfehler S. 45 f., 226 ff.
Behandlungskosten S. 265 ff.
Beiwohnung S. 120 f.
Bestandsschutz von Rechtsgütern S. 201 f.
Bettel- und Spendenbetrug S. 233 ff.
- Cessio legis S. 147, 158 f., 339 ff.
Code of Practice (HFEA) S. 14 ff., 297 ff.
- Dichotomie S. 80, 126, 176
Differenzhypothese S. 231 ff.
DIMDI S. 62, 311 ff.
Dispositionsfreiheit S. 204, 209 f., 211 f.
DNA-Analyse S. 133
Dokumentation S. 28, 32, 34, 36
– Versäumnisse, Schadensersatz S. 287 f.
Doppelbelastung S. 154 ff., 241, 248 f.,
341 ff.
Double-Checking S. 39 f., 42, 296 ff., 302
Drei-Stufen-Lehre S. 179
Dreier-Regel S. 12, 155
Dualistischer Schadensbegriff S. 233 ff.
Dunkelziffer S. 5
- Eingriffskondiktion S. 160
Einwilligung S. 57 ff., 73 f., 200 ff.
– mutmaßliche S. 98 f., 104 ff.
– Willensmängel S. 201 ff.
Einzelfallabwägung S. 130 ff., 317 ff.,
326 ff.
Elektronische Sicherungssysteme S. 6,
40 ff., 300 ff.
Elternschaft light S. 337
Embryotransfer S. 12, 16, 200 ff., 268 ff.
Entbindungskosten S. 263 ff.
Erlaubnistatbestandsirrtum S. 216 f.
Ermessensspielraum S. 135, 179, 195, 309,
314
- Fahrlässigkeitsvorwurf S. 217 ff.
Finanzielle Inanspruchnahme S. 154 ff.
Fondslösung S. 261 f.
Fortpflanzungsmedizingesetz S. 303 ff.
Freistellungsvereinbarung S. 157 f.
- Geheimnisträger S. 51 ff.
Genetische Mutterschaft S. 175 ff., 329 ff.

- Genetische Vaterschaft S. 120 ff., 131 ff.
 Gesetzliche Erbfolge S. 151 f., 282
 Gespaltene Mutterschaft S. 187 ff.
 Gewillkürte Erbfolge S. 152 ff.
- Haftgrund der Schwerekriminalität S. 142
 Härtefallklausel S. 327 f., 332
 Herausgabeansprüche S. 159 ff., 334
 Hormontherapie S. 10 f.
- Imageschaden S. 5
 Imprägnation S. 7 f., 165 ff.
 Individualschutzlehre S. 80 ff.
 Informationsmonopol S. 63, 78, 87
 Informationspflicht S. 60 ff., 73
 Informationspolitik S. 45 ff.
 Insemination S. 9 ff.
 Institutionalisierte Informationsschutz S. 310
 Intended Family Life S. 129
 Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) S. 11 f.
 In-vitro-Fertilisation (IVF) S. 11 f.
 In-vitro-Maturation (IVM) S. 13 f.
- Kenntnis der eigenen Abstammung S. 64 ff.
 Kind als Schaden S. 231, 249 ff.
 Kindesvertauschung S. 116, 172, 184
 Kindeswohl
 – als Entscheidungsmaßstab im Abstammungsrecht S. 317 ff.
 – als Legitimation einer Anfechtungssperre S. 137 ff.
 – im Rahmen des Sorgerechts S. 148 f.
 – im Rahmen des § 1632 BGB S. 172 f.
 – bei Auskunftsansprüchen S. 88 f.
 – bei der Mutterschaftszuordnung S. 181
 – bei Umgangsrechten S. 134
 Körperverletzung S. 200, 217 ff.
 Kreis der Wissenden S. 51 ff.
 Kryokonservierung S. 17 ff., 39
- Laborhandbücher s. „Standard Operating Procedures“
 Leihmutterschaft S. 187 ff., 295
 Leiterprinzip S. 118
- Mehrfachbelastung S. 154 ff.
 Menschliche Konzentrationsfähigkeit S. 14 ff., 22
 Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte S. 67
 Motivirrtum S. 201 ff.
 Mutterschaftsanfechtung S. 178 ff., 329 ff.
 Mutter-Kind-Beziehung S. 185 ff.
- Nasciturus S. 68 f.
 Nidation S. 168 ff.
 Nondum conceptus S. 68 ff., 71, 308
- Offenbaren S. 47, 50 ff.
 – einrichtungsintern S. 50 ff.
 – einrichtungsextern S. 53 ff.
 Offenbarungsbefugnis S. 57 ff.
 Offenbarungspflicht S. 60, 63, 73
 Organisationsdefizite S. 221 f., 227 ff., 269 f.
 – Organisationsvorgaben S. 24 ff.
 Oxytocin S. 185 f.
- Patientenidentifikation S. 26, 28, 37 f.
 Patienteninformationsregister S. 310 f.
 Personale Einheit S. 253 ff.
 Pflichtteil S. 151 f.
 Pflichtverletzung S. 226 ff.
 Pluralisierte Elternschaft S. 178
 Praktikabilitätserwägungen S. 178, 182, 293 f.
 Praktische Konkordanz S. 110, 130, 178, 191, 309, 315
 Präimplantationsuntersuchung S. 219 f., 299 f.
 Prävalenz S. 4 ff.
 Präventionsmaßnahmen S. 22, 24, 39 ff.
 Primärrechtsfolgen S. 114 ff.
 Primärzuordnung S. 117 ff., 175 ff.
 Psychosoziale Beziehung S. 117, 177 ff., 183 ff.
 Psychosoziale Bindung s. psychosoziale Beziehung
 Publizitätsakt S. 117, 170, 173, 178
- Qualitätsmanagement(-system) S. 27 ff., 218 f.
 Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch S. 98, 104, 110

- Rangverhältnis S. 139 f.
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung S. 49, 81, 87, 96
- Recht auf Kenntnis
- der eigenen Abstammung S. 63 ff., 89
 - der genetischen Verwandtschaftsbeziehungen S. 66, 90
- Recht auf Nichtwissen S. 93 ff.
- Aktivierung S. 97 ff., 102
 - Inhaltliche Reichweite S. 100 ff.
 - Schutz des Rechts S. 306 ff.
- Recht auf reproduktive Selbstbestimmung S. 268, 294 f.
- Recht auf Uninformiertheit S. 94 f., 97, 101
- Rechte des biologischen Vaters S. 134 f., 191 ff.
- Rechte nicht rechtlicher Eltern S. 334 ff.
- Rechtfertigender Notstand S. 73 ff., 84 ff.
- Rechtliche Mutterschaft S. 116, 175 ff.
- Rechtsgutsbezogene Irrtümer S. 201 ff.
- Rechtspolitische Erwägungen S. 293 ff.
- Präventiver Regelungsbereich S. 294 ff.
 - Regelungen im „forensischen“ Bereich S. 305 ff.
- Rechtsstaatsprinzip S. 74
- Regelungskonzept S. 303 ff.
- zweistufiges S. 304 ff.
- Register über reproduktionsmedizinische Vorfälle S. 311 ff.
- Registerlösung S. 307 ff.
- Relevanz des Themas S. 4 ff.
- Reproduktionsfreiheit S. 166
- Reproduktionstourismus S. 19 f., 187
- RFID-Systeme s. „Elektronische Sicherungssysteme“
- Rückverfolgbarkeit S. 6, 31 f., 164
- Sachqualität
- von 2-PN-Zellen S. 165 ff.
 - von Embryonen S. 167 ff.
 - von Keimzellen S. 160 ff.
- Samenbank S. 21
- Samenspenderregistergesetz S. 62 ff., 311 f.
- Schadensersatzansprüche
- der Eltern wegen des Vertauschens S. 225 ff.
 - des Kindes wegen des Vertauschens S. 280 ff.
 - wegen der Offenbarung S. 288 ff.
 - wegen Dokumentationsversäumnissen S. 287 f.
- Schadensminderungspflicht S. 257 ff., 281 f.
- Scheinvaterregress S. 146
- Schmerzensgeld S. 263 ff.
- Schockschaden S. 289 f.
- Schutz der Familie S. 85, 125 ff., 131, 138 f.
- Schutzauftrag S. 309 f.
- Schutzzwecklehre S. 245 ff.
- Schwerwiegender Zwischenfall S. 26 f., 33 f.
- Sekundärrechtsfolgen S. 198 ff.
- Single-Embryo-Transfer S. 12, 248 f.
- Social Freezing S. 17
- Sorgerecht S. 148 f.
- Sozial-familiäre Beziehung S. 120, 122 ff., 131 f., 176 f.
- Standard Operating Procedures (SOPs) S. 36 ff.
- Statisches Rechtsgutsverständnis S. 204, 211
- Statusrechtliche Sanktion S. 188 ff.
- Strafrechtliche Konsequenzen S. 199 ff.
- Tauschwert S. 202 ff.
- Testamentsanfechtung S. 153 f.
- Typisierung S. 123, 127 ff.
- Umgangsrecht S. 150 f.
- Ungleichbehandlung S. 127, 181 ff., 324
- Unmittelbare Drittwirkung S. 98
- Unterhalt S. 146 f.
- Unterhaltsschaden S. 231 ff.
- Untermaßverbot S. 309
- Ursache für Vertauschungen S. 14 ff.
- Überlagerungsthese S. 162
- Vaterschaftsanerkennung S. 118
- Vaterschaftsanfechtung S. 119 ff., 315 ff.
- Verbot reproduktionsmedizinischer Behandlungen S. 294 ff.
- Verdienstausfall S. 267
- Verfassungskonforme Auslegung S. 71 ff.
- Verfassungskonforme Reduktion S. 140 ff.
- Verhältnismäßigkeit S. 74, 92, 142, 314
- Versicherung an Eides statt S. 120 ff.

- Vertauschungsursachen s. Ursache für
Vertauschungen
- Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten
Dritter S. 54 ff., 67 f., 71
- Vertrag zugunsten Dritter S. 54 ff., 67 f.
- Vertrauensgrundsatz S. 220
- Vier-Augen-Prinzip s. „Double Checking“
- Viktimologie S. 82
- Voll beherrschbares Risiko S. 206 f., 227 f.
- Vorkernstadium S. 12, 165
- Vorteilsanrechnung S. 256 f.
- Wahrnehmung berechtigter Interessen
S. 91 f.
- Wertsystem S. 204
- Wesentliches Überwiegen S. 90 ff.
- Wesentlichkeitstheorie S. 338
- Wohlverhaltenspflicht S. 336
- Wrongful Life S. 283 ff.
- Zweckverfehlung S. 233 ff.
– Normativer Kontext S. 239 f.
– Relevanz verfolgter Zwecke S. 238 ff.
- Zwischenmenschliche Solidarität S. 74, 90,
313 f.