

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.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
<i>A. Einleitung</i>	1
I. Gegenstand der Arbeit	1
II. Vertauschungsvorfälle in Zahlen	4
III. Terminologische Klarstellungen	7
IV. Gang der Untersuchung	8
<i>B. Medizinische und tatsächliche Hintergründe</i>	9
I. Reproduktionsmedizinische Grundlagen	9
II. Die fehleranfälligen Behandlungsschritte	14
<i>C. Normative Rahmenbedingungen der Vertauschungskonstellation</i>	24
I. Die rechtlichen Rahmenbedingungen	24
II. Präventionsmaßnahmen in der Praxis	39
III. Zusammenfassende Überlegungen	44
<i>D. Aufklärung und Offenbarung – Auskunftsrechte und -pflichten des Arztes</i>	45
I. Prätherapeutische Aufklärung	45
II. Posttherapeutische „Aufklärung“	47
III. Thesen	111
<i>E. Die zivilrechtlichen Primärrechtsfolgen des Vertauschens</i>	114
I. Abstammungsrechtliche Verwerfungen	115
II. Familienrechtliche Folgefragen	146

III.	Erbrechtliche Auswirkungen	151
IV.	Schutz vor finanzieller Inanspruchnahme	154
V.	Herausgabeansprüche	159
VI.	Sonstige Einflussnahme auf embryobezogene Entscheidungen	173
VII.	Verfassungskonformität der Mutterschaftszuordnung	175
VIII.	Zwischenfazit	196
<i>F.</i>	<i>Die Sekundärrechtsfolgen des Vertauschens</i>	198
I.	Die strafrechtliche Haftung der Beteiligten	199
II.	Schadensersatzansprüche der Eltern wegen des Vertauschens	225
III.	Schadensersatzansprüche des Kindes wegen des Vertauschens	280
V.	Schadensersatz wegen Dokumentationsversäumnissen	287
VI.	Schadensersatz wegen der Offenbarung	288
VII.	Zwischenergebnis	290
<i>G.</i>	<i>Rechtspolitische Erwägungen und Ausblick</i>	293
I.	Der präventive Regelungsbereich	294
II.	Regelungen im „forensischen“ Bereich	305
<i>H.</i>	<i>Fazit und Ergebnisse</i>	346
	Anhang: Liste der öffentlich bekannt gewordenen Vertauschungsfälle	351
	Literaturverzeichnis	353
	Sachverzeichnis	373

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
<i>A. Einleitung</i>	1
I. Gegenstand der Arbeit	1
II. Vertauschungsvorfälle in Zahlen	4
III. Terminologische Klarstellungen	7
IV. Gang der Untersuchung	8
<i>B. Medizinische und tatsächliche Hintergründe</i>	9
I. Reproduktionsmedizinische Grundlagen	9
1. Die Inseminationsbehandlung	10
2. In-vitro-Fertilisation und intrazytoplasmatische Spermieninjektion	11
3. In-vitro-Maturation	13
II. Die fehleranfälligen Behandlungsschritte	14
1. Der Ablauf des Laborgeschehens	14
a) Vorbereitende Maßnahmen	15
b) Der Fertilisationsvorgang und der Embryotransfer	15
2. Sonstige Fehlerquellen	16
a) Maßnahmen zum Fertilitätserhalt	16
aa) Fertilitätserhaltende Maßnahmen bei weiblichen Patienten	17
bb) Fertilitätserhaltende Maßnahmen bei männlichen Patienten	18
cc) Bewertung der Fehleranfälligkeit	18
b) Reproduktionstourismus	19
c) Samenbanken	21
3. Zusammenfassende Betrachtung der Fehlerquellen	22

<i>C. Normative Rahmenbedingungen der Vertauschungskonstellation</i>	24
I. Die rechtlichen Rahmenbedingungen	24
1. Bundesrechtliche Regelungen	25
a) Transplantationsrechtliche Anforderungen	25
aa) TPG	25
bb) TPG-GewV	27
b) Arzneimittelrechtliche Anforderungen	29
aa) AMG	29
bb) AMWHV	30
(1) Qualitätsmanagement	30
(2) Personal und Räumlichkeiten	31
(3) Lagerung und Kennzeichnung	31
(4) Dokumentations- und Meldepflichten	32
2. Richtlinien	33
a) Richtlinien der Bundesärztekammer	33
b) Die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses	34
3. Leitlinien und Empfehlungen	35
a) Die Leitlinien des AGRBM	36
aa) Leitlinie für die Führung und Einrichtung eines ART-Labors	36
bb) Leitlinie zum verantwortlichen Arbeiten im ART-Labor	36
b) Der Leitfaden der DGCH	37
c) Die Leitlinien der ESHRE	37
4. Laborhandbücher und SOPs	38
II. Präventionsmaßnahmen in der Praxis	39
1. Analoge Präventionsmaßnahmen	39
2. Elektronische Sicherungssysteme	40
a) Barcode-Systeme	40
b) Vollautomatische Sicherungssysteme	41
3. Stellungnahme	41
III. Zusammenfassende Überlegungen	44
 <i>D. Aufklärung und Offenbarung – Auskunftsrechte und -pflichten des Arztes</i>	 45
I. Prätherapeutische Aufklärung	45
II. Posttherapeutische „Aufklärung“	47

1. Schwierigkeiten ärztlicher Informationspolitik	47
2. Normative Grundlagen der ärztlichen Schweigepflicht	49
3. Besonderheiten der Vertauschungskonstellation	50
a) Denkbare Strafbarkeitsrisiken	50
aa) Einrichtungsinterne Offenbarungen	50
bb) Einrichtungsexterne Offenbarungen	53
b) Rechtfertigungsgründe	57
aa) Einwilligung	57
bb) § 630c Abs. 2 S. 2 BGB	60
cc) § 10 SaRegG	62
dd) Auskunftsanspruch nach § 242 i. V. m. § 1618a BGB	63
(1) Kenntnis der genetischen Verwandtschafts-	
beziehungen	64
(2) Dogmatische Grundlagen des Auskunftsanspruchs	67
(3) Schwierigkeiten der dogmatischen Konzeption	68
(a) Kritische Überlegungen der Literatur	68
(b) Verfassungskonforme Auslegung	71
(4) Zur Zumutbarkeit der Auskunftserteilung	72
(a) Die Defizite der Entscheidung	72
(b) Dogmatische Begründung	74
(5) Zwischenergebnis	76
ee) § 34 StGB	77
(1) Das geschützte Interesse	77
(a) Interessen des Arztes und der Eltern	77
(b) (Kenntnis-)Rechte des Kindes	78
(2) Gefahr für das geschützte Interesse	79
(3) Das beeinträchtigte Interesse	80
(a) Die sog. Individualschutzlehre	81
(b) Die vermittelnden Ansätze	82
(c) Ergebnis	84
(4) Interessenabwägung	84
(a) Abstraktes Rangverhältnis	85
(b) Abwägung in concreto	86
(c) Erfordernis des wesentlichen Überwiegens	90
(aa) Grundsätzliche Überlegungen	90
(bb) Auswirkungen auf den Auskunftsanspruch	90
c) Ergebnis zu § 203 StGB	93
4. Recht auf Nichtwissen	93
a) Grundlagen zum Recht auf Nichtwissen	94
b) Inhaltliche Reichweite des Rechts auf Nichtwissen	100

c)	Auswirkungen auf Vertauschungsfälle	103
aa)	Informationsvermittlung bei vorhandener Willensäußerung	104
bb)	Informationsvermittlung ohne vorhergehende Willensäußerung	105
(1)	Gesicherte Fakten als Gegenstand der Übermittlung	105
(2)	Übermittlung einer bloßen Möglichkeitsvorstellung	106
d)	Besonderheiten der Mehrpersonen-Konstellation	109
e)	Abschließende Bemerkungen zum Recht auf Nichtwissen	110
III.	Thesen	111
<i>E.</i>	<i>Die zivilrechtlichen Primärrechtsfolgen des Vertauschens</i>	114
I.	Abstammungsrechtliche Verwerfungen	115
1.	Mutterschaft	116
a)	Zuordnungskonzept des § 1591 BGB	116
b)	Zeitlicher Anwendungsbereich des § 1591 BGB	116
2.	Vaterschaft	117
a)	Vaterschaft kraft Ehe	118
b)	Vaterschaft kraft Anerkennung	118
c)	Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung	118
3.	Möglichkeit der Anfechtung und Vaterschaftsfeststellung	119
a)	Anfechtungsrechte der „Wunschfamilie“	119
b)	Anfechtungsrecht des genetischen Vaters	120
aa)	Versicherung an Eides Statt	120
bb)	Keine sozial-familiäre Beziehung	122
(1)	Der Ausgangspunkt	122
(2)	Inhaltliche Bedenken	123
(3)	Methodische Einwände	127
(4)	Erfordernis einer Einzelfallabwägung	130
(a)	Die soziale Familie als Eigenwert	131
(b)	Genetische und rechtliche Vaterschaft	131
(c)	Die Interessen der Mutter	136
(d)	Das Wohl des Kindes	137
(5)	Verfassungskonforme Reduktion versus Reform	140
4.	Wertende Zusammenfassung	144
II.	Familienrechtliche Folgefragen	146
1.	Unterhaltsansprüche	146

2. Sorgerecht	148
3. Umgangsrecht	150
III. Erbrechtliche Auswirkungen	151
1. Gesetzliche Erbfolge	151
2. Gewillkürte Erbfolge	152
IV. Schutz vor finanzieller Inanspruchnahme	154
1. Finanzielle Interessen der Väter	154
2. Anwendbarkeit des neuen § 1600d Abs. 4 BGB	156
3. Freistellungsvereinbarungen	157
4. Ausgleich über Schadensersatz	158
V. Herausgabeansprüche	159
1. Denkbare Anspruchsgrundlagen	159
2. Zeitpunkt des Herausgabeverlangens	160
a) Vor Imprägnation	160
aa) Dingliche Qualität der Keimzellen	160
bb) Sicherungsmöglichkeiten im einstweiligen Rechtsschutz	164
b) Vor Befruchtung	165
c) Vor Geburt	167
aa) Dingliche Qualität des Embryo	167
bb) Anwendbarkeit des § 1632 BGB	170
cc) Analoge Anwendung dinglicher Herausgabeansprüche	170
d) Nach Geburt	172
VI. Sonstige Einflussnahme auf embryobezogene Entscheidungen	173
VII. Verfassungskonformität der Mutterschaftszuordnung	175
1. Der verfassungsrechtliche Auftrag	175
2. Zur grundlegenden Wertentscheidung	178
a) Die Primärzuordnung des § 1591 BGB	178
b) Die Unverrückbarkeit der Statusentscheidung	181
aa) Gesetzgeberische Erwägungen	182
bb) Gewollte und ungewollte gespaltene Mutterschaft	187
3. Vertiefung der Ungleichbehandlung	191
4. Zwischenergebnis	195
VIII. Zwischenfazit	196
<i>F. Die Sekundärrechtsfolgen des Vertauschens</i>	198
I. Die strafrechtliche Haftung der Beteiligten	199
1. Körperverletzungsdelikte	200

a) § 223 Abs. 1 StGB	200
aa) Tatbestand	200
bb) Rechtswidrigkeit und Schuld	200
(1) Auswirkungen von Willensmängeln	201
(a) Das Meinungsspektrum	201
(aa) Die (wohl) herrschende Doktrin	201
(bb) Der Ansatz <i>Amelungs</i>	203
(cc) Abweichungen bei <i>Rönnau</i>	205
(dd) Die Ansicht der Rechtsprechung	207
(ee) Fazit	208
(b) Stellungnahme	208
(aa) Zur Rechtsnatur der Einwilligung	209
(bb) Unterschiedliches Rechtsguts- und Autonomieverständnis	210
(cc) Rechtsgutsbezug und Inkonsistenz	212
(dd) Weitere Kritikpunkte	214
(ee) Rechtsfolgen	215
(2) Erlaubnistatbestandsirrtum	216
b) § 229 StGB	217
aa) Reproduktionsmediziner als Täter	217
bb) (Labor-)Personal als Täter	222
2. § 4 Abs. 1 Nr. 1, 2 ESchG	223
3. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG	224
4. § 1 Abs. 2 ESchG	225
II. Schadensersatzansprüche der Eltern wegen des Vertauschens	225
1. Vertragliche Ansprüche	225
a) Schuldverhältnis	225
b) Pflichtverletzung	226
c) Zuvertretenhaben	229
d) Schaden	230
aa) Unterhaltsbelastung	231
(1) Schadensberechnung	231
(a) Der Ausgangspunkt	231
(b) Korrektur der Differenzhypothese	233
(aa) Zweckverfehlung	233
(bb) Abstrakte Vergleichbarkeit	234
(cc) Konkrete Übertragbarkeit	236
(dd) Schlussfolgerung	240
(c) Doppelbelastung als Vermögenseinbuße	241

(d) Teilbarkeit von Regel- und Mehrbedarf	242
(2) Zweck der verletzten Vertragspflicht	245
(3) Die Diskussion „Kind als Schaden“	249
(a) Zur Chronologie der Ereignisse	249
(b) Die gegenläufigen Positionen	251
(c) Maßgebliche Argumentationslinien	252
(aa) Personale Einheit?	253
(bb) Kommerzialisierung der Menschwerdung	255
(cc) Fehlende Vorteilsanrechnung	256
(dd) Schadensminderungspflicht	257
(ee) Kritikpunkte	260
(ff) Fondslösung	261
(4) Zwischenergebnis	262
bb) Entbindungskosten und Schmerzensgeld	263
cc) Behandlungskosten	265
dd) Verdienstaustausch	267
2. Deliktische Ansprüche	268
a) § 823 Abs. 1 BGB	268
aa) Rechtsgutsverletzung	268
bb) Handlung des Schädigers	269
(1) Anspruchsgegner	269
(2) Verletzungshandlung	270
cc) Rechtswidrigkeit	271
dd) Verschulden	271
ee) Schaden	272
b) § 823 Abs. 2 BGB	274
aa) Verletzung eines Gesetzes	274
bb) Schutzgesetzzeigenschaft	274
cc) Verschulden und Schaden	275
c) § 826 BGB	276
d) § 831 BGB	276
3. Zusammenfassung	279
III. Schadensersatzansprüche des Kindes wegen des Vertauschens	280
1. Vertragliche Ansprüche	280
a) Haftungsbegründender Tatbestand des § 280 Abs. 1 BGB	280
b) Schadenspositionen	281
aa) Unterhalts- oder Erbansprüche	281
bb) „Wrongful life“	283
(1) Ausgangsüberlegungen	283

(2) Abgrenzung	283
(3) Schlussfolgerungen	285
2. Deliktische Ansprüche	286
a) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	286
b) Gesundheitsschaden	287
V. Schadensersatz wegen Dokumentationsversäumnissen	287
VI. Schadensersatz wegen der Offenbarung	288
VII. Zwischenergebnis	290
<i>G. Rechtspolitische Erwägungen und Ausblick</i>	<i>293</i>
I. Der präventive Regelungsbereich	294
1. Verbot reproduktionsmedizinischer Behandlungen	294
2. Zwingende Sorgfaltsnormen	296
a) „Double-Checking“	296
b) Organisationsvorgaben	297
c) Präimplantationsuntersuchung	299
3. Elektronische Sicherungssysteme	300
4. Regelungstechnik	303
II. Regelungen im „forensischen“ Bereich	305
1. Wahrung des Rechts auf Nichtwissen	306
a) Aufklärung versus Registerlösung	306
b) Grundrechtlicher Schutzauftrag?	309
c) Grundsätzliches zum Register	310
d) Ausgestaltung des Registers	311
2. Der Auskunftsanspruch nach dem SaRegG	312
a) Erfordernis einer normativen Ausweitung	312
b) Voraussetzungen des Anspruchs	313
3. Abstammungsrechtliche Zuordnung	315
a) Anpassung der Anfechtungsrechte	315
aa) Aufhebung des § 1600 Abs. 2, 3 BGB?	316
bb) Die Interessenabwägung	317
(1) Abwägungsrahmen	317
(2) Anwendungsbereich	323
(3) Einzelerläuterung	325
(a) Allgemeines	325
(b) Abwägungskriterien	326
cc) Konkrete Normfassung	328
b) Teilweise Gleichstellung der genetischen Mutterschaft	329

aa) Mutterschaftsanfechtung	329
(1) Konsequenzen der Anfechtbarkeit	329
(2) Einzelerläuterungen	331
(3) Konkreter Regelungsvorschlag	333
bb) Herausgabeanspruch	334
cc) Rechte nicht-rechtlicher Eltern	334
(1) Rechte der Tragemutter nach Anfechtung	335
(2) Rechte des Kindes	336
(3) Ausschluss bei Anfechtungsmöglichkeit	336
(4) Zusammenfassende Überlegungen	337
(5) Regelungsvorschlag	338
dd) Zwischenfazit	339
4. Beschränkung der cessio legis des § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB	339
a) Ausdehnung auf Mutter	340
b) Die Interessenlage	340
c) Lösungsmöglichkeiten	342
d) Konkrete Normfassung	344
 <i>H. Fazit und Ergebnisse</i>	 346
 Anhang: Liste der öffentlich bekannt gewordenen Vertauschungsfälle	 351
Literaturverzeichnis	353
Sachverzeichnis	373