

Arzthaftung bei fehlerhafter Präimplantationsdiagnostik

von  
Dr. Angela Kramp

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 8487 1906 8

Angela Kramp

# Arzthaftung bei fehlerhafter Präimplantationsdiagnostik



**Nomos**

**Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften**

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 130

Angela Kramp

## Arzthaftung bei fehlerhafter Präimplantationsdiagnostik



**Nomos**

Dissertation der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Erstgutachter: Prof. Dr. Dirk Olzen

Zweitgutachter: Prof. Dr. Jan Busche

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Oktober 2014

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1906-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-5971-0 (ePDF)

Die Bände 1 – 34 sind in der Reihe „Nomos Universitätsschriften Recht“ erschienen.

## **D61**

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel: Einleitung	21
A. Einführung	21
B. Gang der Untersuchung	22
Zweites Kapitel: Medizinische Grundlagen der PID	25
A. Begriffsbestimmung aus medizinischer Sicht	25
B. Abgrenzung der PID zur Präfertilisations- und Pränataldiagnostik	27
C. Ablauf der PID	29
I. Extrakorporale Befruchtung	31
1. Gewinnung der Gameten	31
2. Befruchtung	32
a) In-vitro-Fertilisation	32
b) Intrazytoplasmatische Spermieninjektion	33
3. Weiterkultivierung der 2-Pronuklein-Zellen	33
II. Die Durchführung der PID im engeren Sinne	34
1. Gewinnung des Untersuchungsmaterials für eine PID	34
a) Blastomerenbiopsie	35
b) Blastozystenbiopsie	39
2. Untersuchungsverfahren für die PID	41
a) Polymerase Kettenreaktion	41
b) Fluoreszenz-in-situ-Hybridisierung	42
c) Vergleichende Genom-Hybridisierung	43
III. Das Vorgehen nach der genetischen Untersuchung	44
1. Auswertung der Untersuchungsergebnisse	44
2. Implantationsentscheidung	44
3. Embryotransfer	45
4. Kryokonservierung	45
5. Verwerfung der überzähligen Embryonen	46
D. Gründe für den Einsatz der PID	46
I. Verdacht auf eine monogen erbliche Krankheitsanlage	46
1. Autosomal-rezessiv vererbte Krankheiten	47
2. Autosomal-dominant vererbte Krankheiten	48
3. X-chromosomal-rezessive Krankheiten	49
4. X-chromosomal-dominante Krankheiten	49

*Inhaltsverzeichnis*

II.	Verdacht auf genetische Risiken für eine multifaktoriell bedingte Krankheit	50
III.	Verdacht auf eine Chromosomenstörung	50
IV.	Identifikation gewünschter genetischer Merkmale	52
V.	Verbesserung der Erfolgsaussichten bei In-vitro-Fertilisation	53
E.	Zusammenfassung	54
Drittes Kapitel: Rechtliche Grundlagen der PID		55
A.	Rechtliche Entwicklungsgeschichte der PID	55
I.	Alte Rechtslage bis zum Inkrafttreten des § 3a ESchG	55
1.	PID an totipotenten Zellen	56
2.	PID an nicht mehr totipotenten Zellen	57
a)	Strafbarkeit im Hinblick auf § 1 I Nr. 2 ESchG	59
b)	Strafbarkeit im Hinblick auf § 1 I Nr. 5 ESchG	60
c)	Strafbarkeit im Hinblick auf § 2 I Var. 4 ESchG	60
d)	Zusammenfassung	61
II.	BGH-Urteil	62
1.	§ 1 I Nr. 2 ESchG	62
2.	§ 2 I Var. 4 ESchG	63
III.	Gesetzesentwürfe zur PID	64
1.	Göring-Eckardt-Entwurf	65
2.	Röspel-Entwurf	66
3.	Flach-Entwurf	66
IV.	Gesetz und Verordnung zur PID	67
B.	Rechtliche Grundlagen für den Einsatz der PID	67
I.	Überblick über die für die PID relevanten Normen	68
1.	§ 3a ESchG	68
a)	§ 3a I, II ESchG	68
b)	§ 3a III ESchG	69
aa)	§ 3a III 1 Nr. 1 ESchG	69
bb)	§ 3a III 1 Nr. 2 ESchG	69
cc)	§ 3a III 1 Nr. 3 ESchG	69
dd)	§ 3a III 2, VI ESchG	70
ee)	3a III 3 Nr. 1-4 ESchG	70
c)	§ 3a IV ESchG	71
d)	§ 3a V ESchG	71
2.	Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PIDV)	72
3.	Gendiagnostikgesetz (GenDG)	72

II.	Einzelheiten zu den Voraussetzungen und Problemen des § 3a ESchG	73
1.	§ 3a I ESchG	73
a)	Genetische Untersuchung	73
b)	In Vitro	73
c)	Vor seinem intrauterinen Transfer	74
d)	Zellen eines Embryos	75
aa)	Grammatikalische Auslegung	75
bb)	Systematische Auslegung	76
(1)	Verhältnis des § 3a I ESchG zu den anderen Vorschriften des ESchG	77
(2)	Verhältnis des § 3a I ESchG zu § 2 PIDV	77
(a)	Systematische Auslegung eines formellen Gesetzes mithilfe einer rangniedrigeren Verordnung	78
(b)	Systematische Auslegung des Zellbegriffs in § 3a I ESchG speziell durch § 2 Nr. 1, 3 PIDV	79
(c)	Ermittlung der Bedeutung des Zellbegriffs in § 2 Nr. 1, 3 PIDV	80
(d)	Zwischenergebnis	83
(3)	Ergebnis der systematischen Auslegung	83
cc)	Historische und genetische Auslegung	84
(1)	Historische Auslegung	85
(2)	Genetische Auslegung	85
(3)	Ergebnis zur historischen und genetischen Auslegung	87
dd)	Teleologische Auslegung	87
(1)	Auslegungsvarianten	88
(2)	Vereinbarkeit der Auslegungsalternativen mit den Wertungen des Gesetzgebers	88
(3)	Zwischenergebnis	93
(4)	Nur möglicherweise noch totipotente Zellen	93
ee)	Ergebnis der Auslegung	96
2.	§ 3a II ESchG	96
a)	§ 3a II 1 ESchG	96
aa)	Genetische Disposition für eine schwerwiegende Erbkrankheit	96
bb)	Absicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft	98

*Inhaltsverzeichnis*

cc)	Schriftliche Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt	98
dd)	Genetische Untersuchung auf die Gefahr dieser Erbkrankheit	98
b)	§ 3a II 2 ESchG	99
aa)	Schriftliche Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt	99
bb)	Genetische Untersuchung zur Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryos, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen wird	99
cc)	Erfordernis einer genetischen Indikation im Falle des § 3a II 2 ESchG	101
(1)	Grammatikalische Auslegung	101
(2)	Systematische Auslegung	103
(3)	Historische und genetische Auslegung	104
(4)	Ergebnis der Auslegung	105
dd)	Erfordernis einer medizinischen Indikation im Falle des § 3a II 2 ESchG	105
(1)	Grammatikalische Auslegung	106
(2)	Systematische Auslegung	106
(3)	Historische und genetische Auslegung	109
(4)	Teleologische Auslegung	110
(5)	Ergebnis der Auslegung	111
(6)	Rechtsfortbildung im Rahmen einer teleologischen Reduktion	111
ee)	Folgen des Erfordernisses einer medizinischen Indikation im Falle des § 3a II 2 ESchG	112
(1)	Aus strafrechtlicher Sicht	112
(2)	Aus öffentlich-rechtlicher Sicht	113
3.	Vereinbarkeit des § 3a II ESchG mit § 1 I Nr. 5 ESchG	113
a)	»Dreierregel«	114
b)	»Deutscher Mittelweg«	115
c)	Anwendbarkeit der »Dreierregel« im Hinblick auf die begrenzte Zulassung der PID	116
C.	Zusammenfassung	117
Viertes Kapitel: Ersatzansprüche der Frau		119
A.	Anspruchsgegner	120

I.	Berufs- und vertragsarztrechtlich zulässige Formen	
	ärztlicher Kooperation	121
	1. Organisationsgemeinschaft	122
	2. Berufsausübungsgemeinschaft	122
II.	GbR	126
III.	PartGG	126
IV.	GmbH	127
B.	Vertragstypus	127
I.	Abgrenzung zum Vertrag über die Kryokonservierung	128
II.	Rechtsnatur des Vertrages über die PID	128
	1. Werkvertrag iSd. § 631 BGB	130
	2. Behandlungsvertrag iSd. § 630a BGB	132
	a) Embryo als Patient iSd. § 630a I BGB	133
	b) Wunschmutter als Patientin iSd. § 630a I BGB	134
	aa) PID bei infertilen Paaren	134
	bb) PID nach § 3a II 2 ESchG	135
	cc) PID nach § 3a II 1 ESchG	136
	dd) Weitere Gründe für die Einordnung des Vertrages über die PID als Behandlungsvertrag	139
III.	Zusammenfassung	140
C.	Vertragliche Haftung nach § 280 I 1 BGB	140
I.	Wirksames Schuldverhältnis	140
	1. Wirksamkeit und Inhalt des Behandlungsvertrages über die PID	141
	a) Verstoß gegen § 134 BGB	141
	aa) § 3a I ESchG als Verbotsgesetz iSd. § 134 BGB	142
	bb) Verstoß gegen das Verbotsgesetz des § 3a I ESchG	143
	cc) Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 3a I ESchG	144
	b) Verstoß gegen § 138 BGB	145
	2. Zwischenergebnis	146
II.	Pflichtverletzung	146
	1. Allgemeines	146
	2. Behandlungsfehler	146
	a) Geschuldetes Pflichtenprogramm des PID-Zentrums aus dem Behandlungsvertrag	147
	b) Der Sorgfaltsmaßstab	148

*Inhaltsverzeichnis*

aa)	Bestimmung des medizinischen Standards durch Richtlinien, Leitlinien und Empfehlungen	150
bb)	Bestimmung des medizinischen Standards im Übrigen	151
(1)	Diagnosefehler	152
(2)	Befunderhebungsfehler	153
3.	Aufklärungsfehler	154
a)	Aufklärungspflichten bei einem PID-Vertrag	155
aa)	Allgemeines	155
bb)	Aufklärungspflicht bei Zusatzbefunden	156
(1)	Verbot zur Erhebung von Zusatzbefunden bei der PID	158
(2)	Aufklärungspflicht über die Möglichkeit von Zusatzbefunden	160
(3)	Aufklärungspflicht über diagnostizierte Zusatzbefunde	162
(a)	Diagnostizierte Zusatzbefunde, die mit dem Rechtfertigungsgrund des § 3a II 1 ESchG zusammenhängen	163
(aa)	Grammatikalische Auslegung	163
(bb)	Systematische Auslegung	164
(α)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu den anderen Vorschriften des BGB	164
(β)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu den Vorschriften des ESchG und des GenDG	166
(γ)	Ergebnis zur systematischen Auslegung	169
(cc)	Historische und genetische Auslegung	170
(α)	Historische Auslegung	170
(β)	Genetische Auslegung	172
(γ)	Ergebnis zur historischen und genetischen Auslegung	172
(dd)	Teleologische Auslegung	172
(α)	Auslegungsvarianten	173
(β)	Vereinbarkeit der Auslegungsvarianten mit den Wertungen des Gesetzgebers	173
(γ)	Ergebnis der teleologischen Auslegung	174
(ee)	Gesamtergebnis zur Auslegung	174
(b)	Diagnostizierte Zusatzbefunde, die nicht im Zusammenhang mit den Rechtfertigungsgründen des § 3a II ESchG stehen	175
(aa)	Grammatikalische Auslegung	175

(bb)	Systematische Auslegung	176
(α)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu den anderen Vorschriften des BGB	176
(αα)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu § 630e I 2 BGB	177
(ββ)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu § 630e III BGB	177
(γγ)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu § 630c I, II 1 BGB	178
(δδ)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu § 134 BGB	179
(β)	Verhältnis des § 630e I 1 BGB zu den Vor- schriften des ESchG sowie des GenDG	180
(γ)	Ergebnis der systematischen Auslegung	183
(cc)	Historische und genetische Auslegung	184
(α)	Historische Auslegung	184
(β)	Genetische Auslegung	185
(dd)	Teleologische Auslegung	185
(α)	Auslegungsvarianten	186
(β)	Vereinbarkeit der Auslegungsvarianten mit den Wertungen des Gesetzgebers	186
(ee)	Gesamtergebnis zur Auslegung	190
(4)	Aufklärungsverzicht der Frau über diagnostizierte Zusatzbefunde	191
cc)	Aufklärungspflicht über eine Konduktoreigenschaft	192
b)	Aufklärungsfehler bei einem PID-Vertrag	194
aa)	Allgemeines	194
bb)	Haftung für Fehler im Zusammenhang mit Zusatzbefunden	194
(1)	Haftung für das Nichterkennen von Zusatzbefunden, die mit dem Recht- fertigungsgrund des § 3a II 1 ESchG zusammenhängen	195
(2)	Haftung für das Nichterkennen von Zusatzbefunden, die mit den Recht- fertigungsgründen des § 3a II ESchG nicht zusammenhängen	198
III.	Vertretenmüssen	201
IV.	Schaden	202
1.	Schaden bei Behandlungsfehlern	203
a)	Erste Fallkonstellation	203

*Inhaltsverzeichnis*

b)	Zweite Fallkonstellation	203
c)	Dritte Fallkonstellation	203
d)	Vierte Fallkonstellation	204
e)	Fünfte Fallkonstellation	204
f)	Sechste Fallkonstellation	204
g)	Siebte Fallkonstellation	204
h)	Achte Fallkonstellation	205
i)	Schuldhaft richtig negative bzw. richtig positive Diagnose	205
j)	Schuldhaft falsch positive Diagnose	206
aa)	Schaden bei falsch positiver Diagnose und positiver Implantationsentscheidung	206
bb)	Schaden bei falsch positiver Diagnose und negativer Implantationsentscheidung	207
(1)	Vorliegen eines immateriellen Schadens wegen der Vernichtung des vermeintlich genetisch geschädigten Embryos	208
(a)	Schmerzensgeld wegen einer Körper- und/oder Gesundheitsverletzung gem. § 253 II BGB durch die Vernichtung des Embryos	209
(aa)	Gesundheitsverletzung der Frau durch die Nachricht von der Vernichtung eines nur irrtümlich für genetisch auffällig gehaltenen Embryos	209
(bb)	Körperverletzung durch die Vernichtung des Embryos	211
(α)	Körperverletzung nach der klassischen Definition der Körperverletzung	211
(β)	Körperverletzung nach der funktions-spezifischen Definition der Körperverletzung	213
(γ)	Kritik an der funktions-spezifischen Definition der Körperverletzung	216
(b)	Billige Entschädigung in Geld wegen einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 1 I iVm. Art. 2 I GG durch die Vernichtung des Embryos	218
(aa)	Anerkennung des Rechts auf Familienplanung	219

	(bb) Zur Geldentschädigung verpflichtender Eingriff in das Recht auf Familienplanung	224
	(c) Zusammenfassung	226
	(2) Materieller Schaden	227
k)	Schuldhaft falsch negative Diagnose	228
	aa) Schaden bei schuldhaft falsch negativer Diagnose und negativer Implantationsentscheidung	228
	bb) Schaden bei schuldhaft falsch negativer Diagnose und positiver Implantationsentscheidung	228
	(1) Materielle Schäden	229
	(a) Unterhaltsbedarf für ein behindertes Kind als kausaler und ersatzfähiger Schaden	229
	(b) Schutzzweck des PID-Vertrages	231
	(c) Umfang der Ersatzpflicht	232
	(d) Andere materielle Schäden	233
	(2) Immaterielle Schäden	235
2.	Schaden bei Aufklärungsfehlern	237
V.	Vorteilsausgleichung	238
	1. Berücksichtigung von immateriellen Vorteilen bei der Berechnung des Unterhalts- und Verdienstausschadens	239
	2. Berücksichtigung von materiellen Vorteilen bei der Berechnung des Unterhaltsschadens bzw. Verdienstausschadens	240
	a) Familien- und erbrechtliche Vorteile	241
	aa) Nur latent vorhandene Vorteile	241
	bb) Tatsächlich eingetretene Vorteile	242
	(1) Positionen familienrechtlicher Art	243
	(2) Vorteile erbrechtlicher Art	244
	b) Anderweitige gegenwärtige Vorteile	246
	c) Durchführung der Vorteilsausgleichung	247
	3. Zwischenergebnis zur Vorteilsausgleichung	248
VI.	Mitverschulden	248
VII.	Haftungsbeschränkungen	250
	1. Individualvertragliche Haftungsbeschränkung	250
	a) Kompletter Haftungsausschluss	252
	aa) Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 I BGB	252
	(1) Verstoß der Haftungsfreizeichnung gegen anerkannte Ordnungen	253

*Inhaltsverzeichnis*

(a)	Verstoß gegen Standesrecht	253
(b)	Verstoß gegen Grundrechte der Frau	254
(2)	Sittenwidrigkeit eines Haftungsaus- schlusses wegen Ausnutzung einer Machtposition	255
(a)	Ausnutzung einer Monopolstellung des Behandelnden bei der PID	255
(b)	Missbrauch einer Vertrauensstellung	257
bb)	Gesamtbeurteilung	257
cc)	Verstoß eines vollständigen Haftungsaus- schlusses gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB	258
(1)	Anwendbarkeit des § 242 BGB im Verhältnis zu § 138 BGB	259
(2)	Interessen des Arztes	260
(3)	Interessen der Frau	262
(4)	Gesetzliche Risikoordnung	263
(5)	Gesamtabwägung	264
dd)	Ergebnis	265
b)	Individualvertragliche Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabs	265
c)	Summenmäßige Haftungsbeschränkung	267
2.	Haftungsausschluss oder -beschränkung durch AGB	271
D.	Zusammenfassung zur vertraglichen Haftung der Frau	272
E.	Überblick über die deliktischen Schadensersatzansprüche der Frau	274
Fünftes Kapitel: Ersatzansprüche des Mannes		279
A.	Vertragliche Ersatzansprüche	279
I.	Schuldverhältnis	279
1.	Eigene vertragliche Ansprüche des Vaters	279
2.	Einbeziehung des Mannes in den PID-Vertrag nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	279
a)	Bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Mannes	280
b)	Berechtigtes Interesse der Frau an der Einbeziehung des Mannes	280
c)	Erkennbarkeit von Leistungs- und Gläubiger- nähe für den Schuldner	281
d)	Schutzbedürftigkeit des Dritten	281

3.	Zwischenergebnis	281
4.	§ 1357 BGB	282
II.	Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	283
III.	Schaden	283
1.	Falsch positive Diagnose mit negativer Implantationsentscheidung	284
2.	Falsch positive Diagnose mit positiver Implantationsentscheidung	284
3.	Falsch negative Diagnose mit positiver Implantationsentscheidung	285
IV.	Vorteilsausgleichung	285
V.	Haftungsbeschränkungen	286
B.	Überblick über die deliktischen Ansprüchen des Mannes	287
C.	Zusammenfassung	287
Sechstes Kapitel: Ersatzansprüche des Kindes		289
A.	Rechtsfähigkeit des Anspruchstellers	289
B.	Vertragliche Ansprüche des Kindes	289
I.	Schuldverhältnis	289
1.	Eigene vertragliche Ansprüche des Kindes gegen das Behandlungszentrum	289
2.	Echter Vertrag zugunsten Dritter	293
3.	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	294
a)	Extrakorporaler Embryo als »Dritter« im Sinne des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	294
b)	Bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Kindes	296
c)	Berechtigtes Interesse der Frau und gegebenenfalls des Mannes an der Einbeziehung des Kindes	298
d)	Erkennbarkeit von Leistungs- und Gläubigernähe für den Schuldner	298
e)	Schutzbedürftigkeit des Dritten	299
f)	Zwischenergebnis	299
II.	Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	299
III.	Schaden	300
1.	Schaden, wenn das Kind gar nicht lebend geboren wird	300

*Inhaltsverzeichnis*

2.	Schaden bei pflichtwidriger, richtig positiver bzw. richtig negativer Diagnose des Arztes und Lebendgeburt des Kindes	300
3.	Schaden bei pflichtwidrig falsch positiver bzw. falsch negativer Diagnose und der Geburt eines Kindes	301
IV.	Zusammenfassung zu den vertraglichen Ansprüchen des Kindes wegen fehlerhafter PID	305
C.	Deliktische Ansprüche des Kindes	306
Siebtes Kapitel: Schlussbetrachtung		307
A.	Zusammenfassung der gewonnenen Untersuchungsergebnisse	307
B.	Ausblick	313
Literaturverzeichnis		315