

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 1 KR 7/21 R**

Bayerisches LSG 19.08.2020 - L 20 KR 412/19

SG Würzburg 21.05.2019 - S 6 KR 412/18

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

HEK - Hanseatische Krankenkasse,
Wandsbeker Zollstraße 86 - 90, 22041 Hamburg,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

.....

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 2021 durch den Richter **Dr. Estelmann** als Vorsitzenden, die Richter **Dr. Scholz** und **Dr. Bockholdt** sowie die ehrenamtlichen Richterinnen **Berndt** und **Becker** für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 19. August 2020 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

- 1 Die Klägerin begehrt von der beklagten Krankenkasse die Erstattung der Kosten einer Kinderwunschbehandlung mittels einer künstlichen Befruchtung.

- 2 Die Klägerin lebt in gleichgeschlechtlicher Ehe und leidet an einer Fertilitätsstörung. Im Jahr 2018 stellte sie bei der beklagten Krankenkasse Anträge auf Kostenübernahme für Arzneimittel und Behandlungsversuche der Insemination und In-vitro-Fertilisation sowie auf Übernahme von Laborleistungskosten im Rahmen der Kinderwunschbehandlung. Diese lehnte die Beklagte bestandskräftig ab (*Bescheid vom 12.2.2018 und Widerspruchsbescheid vom 11.6.2018 sowie Bescheid vom 14.6.2018*). Den gegen die bestandskräftigen Bescheide gerichteten Überprüfungsantrag der Klägerin lehnte die Beklagte ab (*Bescheid vom 30.7.2018, Widerspruchsbescheid vom 16.8.2018*). Während des Überprüfungsverfahrens wurde eine künstliche Befruchtung durchgeführt, nachdem während des ersten Verwaltungsverfahrens bereits eine Hormonbehandlung stattgefunden hatte. Mit der gegen den Überprüfungsbescheid und auf Erstattung der Kosten der Kinderwunschbehandlung in Höhe von insgesamt 8882,31 Euro nebst Prozesszinsen gerichteten Klage ist die Klägerin in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben (*Urteil des SG vom 21.5.2019, Urteil des LSG vom 19.8.2020*). Das LSG hat zur Begründung ausgeführt: Die Voraussetzungen einer Kostenerstattung nach § 13 Abs 3 Satz 1 SGB V seien nicht erfüllt. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Maßnahmen der künstlichen Befruchtung gehabt. Sie erfülle nicht die Voraussetzungen des maßgeblichen § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V, der nur die Verwendung von Ei- und Samenzellen der Ehepartner zulasse (sog homologe Insemination). Die bei einer gleichgeschlechtlichen Ehe bestehende Notwendigkeit, Spendersamen zu nutzen (sog heterologe Insemination), sei von der Regelung nicht umfasst. Gegen die Regelung bestünden auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Gesetzgeber habe bei der Bestimmung des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) eine besonders weite Gestaltungsfreiheit. Weder ergebe sich aus dem Schutz von Ehe und Familie nach Art 6 Abs 1 GG ein Anspruch auf Ermöglichung einer Schwangerschaft. Noch verstoße § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V gegen Art 3 GG. Die Norm sei nicht diskriminierend, weil sie nicht an das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung der Klägerin anknüpfe. Es handele sich vielmehr um eine geschlechterunabhängige Privilegierung der homologen gegenüber der heterologen Insemination, was sowohl gleichgeschlechtliche als auch absolut unfruchtbare verschiedengeschlechtliche Ehepaare betreffe. Die Unterscheidung der Behandlungsmethoden sei aus Kindeswohlgesichtspunkten gerechtfertigt, da das Kind bei einer homologen künstlichen Befruchtung automatisch zwei zum Unterhalt verpflichtete Elternteile habe, wohingegen es bei der heterologen künstlichen Befruchtung einen nicht erzwingbaren Akt der Annahme des Kindes durch den nicht austragenden Ehepartner bedürfe.

- 3 Die Klägerin rügt mit ihrer Revision sinngemäß die Verletzung von Art 1, 3 und 6 GG. Spätestens seit der gesetzlichen Gleichstellung unterlägen auch gleichgeschlechtliche Ehepaare dem besonderen Schutz des Staates nach Art 6 GG. Die Kinderwunschbehandlung faktisch nur verschiedengeschlechtlichen Paaren zu eröffnen, unterlaufe die vom Gesetzgeber beabsichtigte Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Ehepaare. In diesem Zusammenhang seien auch die übergeordneten Wertungen von Art 2, 8 und 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie Art 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte zu berücksichtigen.
- 4 Die Klägerin hat ihr zunächst auf Erstattung der vollen Behandlungskosten in Höhe von 8882,31 Euro nebst Prozesszinsen gerichtetes Klagebegehren in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat beschränkt und beantragt nunmehr,
die Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 19. August 2020 und des Sozialgerichts Würzburg vom 21. Mai 2019 sowie den Überprüfungsbescheid vom 30. Juli 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. August 2018 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Bescheid vom 12. Februar 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Juni 2018 sowie den Bescheid vom 14. Juni 2018 zurückzunehmen, und zu verurteilen, an sie 4441,16 Euro nebst vier Prozent Zinsen hierauf ab dem 1. Januar 2021 zu zahlen.
- 5 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.
- 6 Sie hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend.

II

- 7 Soweit die Klägerin die Klage zurückgenommen hat, ist der Rechtsstreit erledigt (§ 102 Abs 1 Satz 2 SGG). Im Übrigen ist die Revision der Klägerin zulässig (*dazu 1.*) aber nicht begründet (*dazu 2.*).
- 8 1. Die Zulässigkeit der Revision scheidet entgegen der Ansicht der Beklagten nicht daran, dass in der Revisionschrift das Aktenzeichen der angegriffenen Entscheidung des LSG nicht genannt wurde. Nach § 164 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 SGG muss die Revision das angefochtene Urteil angeben. Hierfür reicht es, wenn sich aus dem Inhalt der Revisionschrift oder aus weiteren Umständen ergibt, welche Entscheidung gemeint ist (*vgl BSG vom 12.4.2005 - B 2 U 135/04 B - SozR 4-1500 § 124 Nr 1 RdNr 3; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl 2020, § 164 RdNr 4b, mwN*). Dies war hier der Fall. Die Klägerin hat die Revisionschrift zu dem Aktenzeichen des der Revisionszulassung vorangegangenen Verfahrens der

Nichtzulassungsbeschwerde eingereicht und in der Revisionschrift das Gericht und das Entscheidungsdatum der angefochtenen Entscheidung des LSG wie auch der vorangegangenen Entscheidung des SG angegeben.

- 9 2. Die Revision ist jedoch unbegründet (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Zu Recht hat das LSG die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des SG zurückgewiesen. Der Klägerin steht kein Kostenerstattungsanspruch nach § 27a SGB V zu.
- 10 a) Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den vorinstanzlichen Entscheidungen der Überprüfungsbescheid vom 30.7.2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.8.2018 mit dem die Beklagte es abgelehnt hat, den die Kinderwunschbehandlung ablehnenden Bescheid vom 12.2.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.6.2018 und den Bescheid vom 14.6.2018 zurückzunehmen. Ferner begehrt die Klägerin die Erstattung von 50 vH der Kosten der von ihr inzwischen durchgeführten Kinderwunschbehandlung nebst der geltend gemachten Zinsen.
- 11 b) Richtige Klageart hierfür ist die kombinierte Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage gemäß § 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 SGG iVm § 56 SGG (vgl BSG vom 12.9.2019 - B 11 AL 19/18 R - SozR 4-4300 § 330 Nr 8 RdNr 11; BSG vom 16.12.2014 - B 9 V 6/13 R - SozR 4-7945 § 3 Nr 1 RdNr 10). Mit der Anfechtungsklage begehrt die Klägerin die Aufhebung der Überprüfungsentscheidung. Die Verpflichtungsklage ist sodann auf die Rücknahme der ablehnenden Leistungsbescheide gerichtet und mit der Leistungsklage macht sie die Erstattung der verauslagten Behandlungskosten nebst Zinsen geltend. Für die Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs nach § 13 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB V bedarf es der Beseitigung der Bindungswirkung der ablehnenden Leistungsbescheide (vgl BSG vom 16.12.2008 - B 1 KR 2/08 R - SozR 4-2500 § 13 Nr 20 RdNr 16).
- 12 c) Die auch im Übrigen zulässige Klage hat in der Sache keinen Erfolg. Die Beklagte hat es rechtmäßig abgelehnt, der Klägerin Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft zu gewähren und diese Entscheidung nicht nach § 44 Abs 1 Satz 1 SGB X zurückzunehmen. Der Klägerin steht deshalb auch der geltend gemachte Kostenerstattungsanspruch gemäß § 13 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB V nicht zu (zu den Voraussetzungen des Kostenerstattungsanspruchs nach § 13 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB V vgl BSG vom 2.9.2014 - B 1 KR 3/13 R - BSGE 117, 1 = SozR 4-2500 § 28 Nr 8, RdNr 15 mwN; zum Fortbestehen bereits entstandener Kostenerstattungsansprüche bei einem Wechsel der Krankenkasse vgl BSG vom 3.7.2012 - B 1 KR 25/11 R - BSGE 111, 168 = SozR 4-2500 § 31 Nr 22, RdNr 9 mwN).
- 13 Die Klägerin hatte keinen Anspruch auf die durchgeführte Kinderwunschbehandlung im Wege einer heterologen Insemination. Diese ist nach § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V ausgeschlossen.

- 14 Der Anspruch auf Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft setzt nach § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V ua voraus, dass ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten verwendet werden (*vgl dazu auch BSG vom 9.10.2001 - B 1 KR 33/00 R - SozR 3-2500 § 27a Nr 4 S 37 f = juris RdNr 9; BSG vom 18.11.2014 - B 1 A 1/14 R - BSGE 117, 236 = SozR 4-2500 § 11 Nr 2, RdNr 12*). Dieses Erfordernis schließt die hier begehrte Behandlung unter Verwendung von Spermensamen aus.
- 15 Dass vorliegend ein Grund für die Infertilität der Klägerin in ihrer Hormonstörung gelegen haben mag, eröffnet keinen Rückgriff auf § 27 SGB V. Soweit die Sonderregelung des § 27a SGB V reicht, also auch hinsichtlich der Beschränkung auf die homologe Befruchtung, geht sie der allgemeinen Norm des § 27 SGB V vor und schließt deren Anwendung aus. § 27a Abs 1 SGB V bildet insofern einen eigenständigen Versicherungsfall und dient nicht der Beseitigung einer Krankheit im Sinne von § 11 Abs 1 Nr 4 und § 27 Abs 1 Satz 1 SGB V (*vgl BVerfG vom 28.2.2007 - 1 BvL 5/03 - BVerfGE 117, 316, 326 = SozR 4-2500 § 27a Nr 3 RdNr 34; BSG vom 19.9.2007 - B 1 KR 6/07 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 5 RdNr 13; BSG vom 9.10.2001 - B 1 KR 33/00 R - SozR 3-2500 § 27a Nr 4 S 38 = juris RdNr 10*).
- 16 3. § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V ist mit höherrangigem Recht vereinbar. Aus Art 6 GG ergibt sich keine Verpflichtung des Gesetzgebers, eine Kinderwunschbehandlung anzubieten (*dazu a*). Die Beschränkung des Anspruchs auf die homologe Insemination verstößt nicht gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (*dazu b*). Hieran ändert sich durch die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe nichts (*dazu c*); gleichgeschlechtliche Ehepaare werden durch den Ausschluss einer heterologen Insemination zu Lasten der GKV nicht diskriminiert (*dazu d*). Auch sonstige Rechte werden durch die Regelung nicht verletzt (*dazu unter 4*). Vor diesem Hintergrund konnte der Senat offen lassen, ob es hier zudem an der nach § 27a Abs 1 Nr 5 SGB V vorgeschriebenen ärztlichen Unterrichtung und Überweisung fehlt.
- 17 a) Der Schutz von Ehe und Familie wird durch die Regelung des § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V nicht berührt. Es besteht nach Art 6 Abs 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip keine Verpflichtung des Gesetzgebers, die Entstehung einer Familie durch medizinische Maßnahmen der künstlichen Befruchtung mit den Mitteln der GKV zu fördern (*vgl BVerfG vom 27.2.2009 - 1 BvR 2982/07 - juris RdNr 14; BVerfG vom 28.2.2007 - 1 BvL 5/03 - BVerfGE 117, 316, 329 = SozR 4-2500 § 27a Nr 3 RdNr 40*).
- 18 b) § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V verstößt auch nicht gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot des Art 3 Abs 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip.
- 19 aa) Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletzt, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur in Bezug auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen. Dabei ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen aus dem allgemeinen

Gleichheitssatz im Sinne eines stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Prüfungsmaßstabs unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art 3 Abs 1 GG ist jedenfalls dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für eine gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt. Willkür des Gesetzgebers kann zwar nicht schon dann bejaht werden, wenn er unter mehreren Lösungen nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt hat. Es genügt aber Willkür im objektiven Sinn, das heißt die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der Regelung in Bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand. Der Spielraum des Gesetzgebers endet dort, wo die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, wo also ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt (*vgl BVerfG vom 19.11.2019 - 2 BvL 22/14 ua - BVerfGE 152, 274 RdNr 96 bis 98 mwN*). Im Fall der Ungleichbehandlung von Personengruppen besteht demgegenüber regelmäßig eine strenge Bindung des Gesetzgebers an die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten (nur) mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt (*vgl BVerfG vom 19.6.2012 - 2 BvR 1397/09 - BVerfGE 131, 239, 256 = juris RdNr 55*).

- 20 Es liegt im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der GKV näher zu bestimmen (*vgl BSG vom 19.6.2001 - B 1 KR 4/00 R - BSGE 88, 166, 170 = SozR 3-2500 § 28 Nr 5 S 29 f; BSG vom 28.5.2019 - B 1 KR 25/18 R - BSGE 128, 154 = SozR 4-2500 § 34 Nr 21, RdNr 20; BSG vom 27.8.2019 - B 1 KR 37/18 R - BSGE 129, 52 = SozR 4-2500 § 52 Nr 1, RdNr 26; alle Entscheidungen mwN zur Rspr des BVerfG*). Dies gilt insbesondere im Rahmen des über die bloße Krankenbehandlung hinausgehenden § 27a SGB V (*vgl BVerfG vom 28.2.2007 - 1 BvL 5/03 - BVerfGE 117, 316, 329 = SozR 4-2500 § 27a Nr 3 RdNr 40; BSG vom 19.9.2007 - B 1 KR 6/07 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 5 RdNr 23; BSG vom 3.3.2009 - B 1 KR 12/08 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 7 RdNr 20*). Auch nimmt das Verfassungsrecht es grundsätzlich hin, dass der Gesetzgeber den Leistungskatalog der GKV unter Abgrenzung der Leistungen ausgestaltet, die der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden (*vgl BVerfG vom 6.12.2005 - 1 BvR 347/98 - BVerfGE 115, 25, 45 f = SozR 4-2500 § 27 Nr 5 RdNr 26*). Die Krankenkassen sind nicht von Verfassungs wegen gehalten, alles zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist (*vgl BVerfG vom 6.12.2005 - 1 BvR 347/98 - BVerfGE 115, 25, 46 = SozR 4-2500 § 27 Nr 5 RdNr 27; zu verfassungsunmittelbaren Leistungsansprüchen in Fällen einer - hier nicht bestehenden - notstandsähnlichen Situation aufgrund einer lebensbedrohlichen oder vorhersehbar tödlich verlaufenden Krankheit vgl BVerfG vom 6.12.2005 - 1 BvR 347/98 - BVerfGE 115, 25, 44 f = SozR 4-2500 § 27 Nr 5 RdNr 24; BVerfG vom 10.11.2015 - 1 BvR 2056/12 - BVerfGE 140, 229 = SozR 4-2500 § 92 Nr 18, RdNr 18; BVerfG vom 11.4.2017 - 1 BvR 452/17 - SozR 4-2500*

§ 137c Nr 8 RdNr 22). Die Fälle ungewollter Unfruchtbarkeit eines Ehepaares können nicht mit solchen Grenzsituationen gleichgestellt werden (vgl BSG vom 19.9.2007 - B 1 KR 6/07 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 5 RdNr 21).

- 21 bb) Gemessen an diesem Maßstab verstößt es nicht gegen den Gleichheitssatz, dass die Regelung des § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V nur eine Behandlung im Wege der homologen Insemination zulässt.
- 22 Die Festlegung auf bestimmte Methoden im GKV-Leistungskatalog zur Behandlung einer Krankheit (§ 27 SGB V) knüpft - bei Erfüllung des Qualitätsgebots - grundsätzlich an kein anderes personenbezogenes Merkmal an als an die personenabhängige Indikation. Der Behandlung bedarf es nur bei der Krankheit, für die die Behandlung bestimmt ist. Dies ist eine Selbstverständlichkeit, die abstrakt-generell im Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs 1 SGB V mit geregelt ist. Würde der methodenbezogene Behandlungsanspruch bei Krankheit hingegen von weiteren indikationsunabhängigen Merkmalen abhängig gemacht (zB vom fortgeschrittenen Lebensalter zur Rationierung von GKV-Leistungen), bestünde demgegenüber regelmäßig eine strenge Bindung des Gesetzgebers an die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Festlegung der Behandlungsmethode ein den Leistungsanspruch und den Kreis der Leistungsberechtigten mit bestimmendes Merkmal ist, die Aufnahme der Leistung und die Festlegung des Kreises der Leistungsberechtigten aber dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unterfällt. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang dann der Fall, wenn die methodenbezogene Leistung zwar gesetzestechisch in das SGB V als bestehendes Leistungsgesetz einschließlich der sich daraus ergebenden Finanzierung eingebunden wird, aber funktionell dies die Schaffung eines eigenen Leistungssystems bedeutet, das nach seinen eigenen Regelungen und Zwecksetzungen zu beurteilen ist. So verhält es sich hier im Hinblick auf die künstliche Befruchtung nach § 27a SGB V. Das BVerfG hat, wie bereits ausgeführt, entschieden, dass die medizinischen Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nicht als Behandlung einer Krankheit anzusehen sind und es deshalb bei der Abgrenzung des Kreises der Leistungsberechtigten allein darauf ankommt, ob die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist (vgl auch BVerfG vom 28.2.2007 - 1 BvL 5/03 - BVerfGE 117, 316, 325 f = SozR 4-2500 § 27a Nr 3 RdNr 33 f). Das BVerfG hat dies zwar zur Frage entschieden, ob die Leistungen nach § 27a SGB V auf Ehegatten begrenzt werden dürfen und dies bejaht. Nichts anderes kann aber für den durch die Methodenwahl, die homologe Insemination, definierten Umfang der Leistung und damit hier zugleich für den dadurch mit bestimmten Kreis der Leistungsberechtigten gelten. Der Gesetzgeber ist durch seine Entscheidung, überhaupt Leistungen der künstlichen Befruchtung als GKV-Leistung zu gewähren, nicht in seiner Gestaltungsfreiheit eingeschränkt, die Leistungen zu begrenzen. Hierzu bedarf es nur eines sachlichen Grundes.
- 23 Die Begrenzung auf die homologe Insemination führt zu einer Ungleichbehandlung von Ehepaaren, die über zur Fortpflanzung taugliche Ei- und Samenzellen verfügen gegenüber Ehepaaren,

bei denen dies nicht der Fall ist. Nicht der Fall ist das bei verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren, bei denen ein Ehegatte oder beide Ehegatten steril sind und bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren. Der Gesetzgeber hat sich mit der Beschränkung auf die homologe Insemination (§ 27a Abs 1 Nr 4 SGB V) dafür entschieden, nur eine unterstützende, nicht jedoch eine ersetzende Kinderwunschbehandlung anzubieten. Er hat sich damit dafür entschieden, auch der Behandlung des (oder der beiden) nur eingeschränkt zeugungsfähigen Ehegatten maßgebliches Gewicht beizumessen, und nicht nur dem beiderseitigen Wunsch der Ehegatten, durch die Ehefrau überhaupt ein Kind, und sei es durch eine heterologe Insemination zu zeugen (vgl zur nach § 1 Abs 1 Nr 1 und 7 Embryonenschutzgesetz ohnehin strafbewehrten Leihmutterchaft und Fremdeizellspende, Hillgruber, JZ 2020, 12, 14 ff). Auf diese Weise stellt er eine stärkere Anbindung zur "Kranken"-Versicherung her, die auch für die Kosten der künstlichen Befruchtung aufzukommen hat. Dies ist ein sachlicher Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigt.

24 Der vom Gesetzgeber als maßgeblich angesehene Versicherungsfall des § 27a SGB V geht von einer grundsätzlich bestehenden Zeugungsfähigkeit des Ehepaars aus. Er setzt sich aus zwei Komponenten zusammen. Zum einen erkennt er als soziale Komponente die Erfüllung des Kinderwunsches innerhalb einer bestehenden Ehe als Behandlungsziel an. Hierzu besteht keine staatliche Verpflichtung des Gesetzgebers. Es handelt sich vielmehr um eine in seinem Ermessen stehende Leistung, die Wünsche eines Versicherten für seine individuelle Lebensgestaltung betrifft (vgl BVerfG <Kammer> vom 27.2.2009 - 1 BvR 2982/07 - NJW 2009, 1733, 1734 RdNr 13). Zum anderen knüpft er den Leistungsanspruch an eine krankheitsähnliche Komponente, nämlich das Unvermögen, Kinder auf natürlichem Wege - trotz grundsätzlich vorhandener physiologischer Möglichkeit des Ehepaars - zu zeugen (vgl BSG vom 24.5.2007 - B 1 KR 10/06 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 4 RdNr 12). Gerade wegen der in diesem Bereich fließenden Grenzen zum Krankheitsbegriff hat der Gesetzgeber die Regelung für erforderlich gehalten (vgl BT-Drucks 11/6760 S 14). Entscheidet sich der Gesetzgeber im Rahmen der GKV, eine Kinderwunschbehandlung mittels künstlicher Befruchtung zu fördern, darf er die individuelle krankheitsähnliche Komponente gleichberechtigt neben die soziale Komponente stellen und einen Anspruch auf künstliche Befruchtung vom Ineinandergreifen beider Komponenten abhängig machen.

25 Hinzu kommt: Würde der Gesetzgeber eine ersetzende Kinderwunschbehandlung für gleichgeschlechtliche Ehepaare neu in den Leistungskatalog der GKV aufnehmen, müsste er dies unterschiedslos für alle Ehepaare tun. Die Entscheidung über eine so weitreichende Ausdehnung der aus den Beiträgen der Versichertengemeinschaft finanzierten Leistungen der GKV muss aber dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben und kann nicht über den allgemeinen Gleichheitssatz erzwungen werden (vgl BVerfG vom 26.4.1988 - 1 BvL 84/86 - BVerfGE 78, 104, 121; BVerfG <Kammer> vom 27.2.2009 - 1 BvR 2982/07 - NJW 2009, 1733, 1734 RdNr 13).

- 26 cc) Sofern sich die Klägerin darauf beruft, dass auch ihr der Kinderwunsch erfüllt werden müsse, bezieht sich dies nur auf die soziale Komponente der Norm. Sie begehrt statt der bloßen Überwindung einer krankheitsähnlichen Situation die Kompensation einer - in dieser Eheform - nicht bestehenden Zeugungsfähigkeit. Der Gesetzgeber ist jedoch aufgrund seines weiten Gestaltungsermessens nicht verpflichtet, statt der unterstützenden Kinderwunschbehandlung eine ersetzende anzubieten.
- 27 Da es sich bei der von der Klägerin in Anspruch genommenen heterologen Insemination um eine ersetzende Kinderwunschbehandlung handelt, ist auch unerheblich, dass sie an einer Fertilitätsstörung leidet. Ursache dafür, dass aus der Ehe der Klägerin kein Kind hervorgehen kann, ist nicht ihre Fertilitätsstörung, sondern es sind die biologischen Grenzen der Fortpflanzung.
- 28 c) Zu einer anderen Bewertung zwingt auch nicht die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe im Jahr 2017 (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017, BGBl I 2787*). Der Gesetzgeber wollte hiermit die gleichgeschlechtliche Ehe nur an die verschiedengeschlechtliche Ehe angleichen. Im Gesetzesentwurf des Bundesrates wird insofern ausdrücklich hervorgehoben, dass unter den Schutz des Art 6 GG auch die kinderlose Ehe falle (*BT-Drucks 18/6665 S 7*). Aus diesem Anliegen folgt nicht die Pflicht, die zeugungsbiologischen Grenzen einer solchen Ehe mit Mitteln der GKV auszugleichen.
- 29 d) Das Erfordernis einer homologen Insemination verstößt ferner nicht gegen das Diskriminierungsverbot nach Art 3 Abs 3 GG. Sie knüpft nämlich nicht an die Gleich- oder Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe an, sondern an die Behandlungsmethode. Das Erfordernis einer homologen Insemination schließt auch mittelbar nicht nur gleichgeschlechtliche Ehepaare von einer durch die GKV finanzierten Behandlung aus, sondern auch absolut Zeugungsunfähige und - von dem Erfordernis der Ehe nach § 27a Abs 1 Nr 3 SGB V einmal abgesehen - auch Alleinstehende.
- 30 4. Entgegen der Auffassung der Klägerin verstößt § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V weder gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art 8 EMRK noch gegen das Recht auf Leben aus Art 2 EMRK oder das Diskriminierungsverbot nach Art 14 EMRK. Art 8 EMRK gewährleistet das Recht eines Paares ein Kind zu empfangen und dazu die medizinisch unterstützte Fortpflanzung zu nutzen (*vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - EGMR - vom 3.11.2011 - 57813/00 - NJW 2012, 207, 209 RdNr 82*). Der EGMR stellte in diesem Zusammenhang jedoch heraus, dass dem Gesetzgeber hinsichtlich der Erlaubnis solcher Behandlungsmethoden ein Beurteilungsspielraum unter Berücksichtigung des Standes der medizinischen Forschung und des gesellschaftlichen Konsens zukomme. Vorliegend ist die heterologe Insemination jedoch nicht verboten. Es geht hier vielmehr nur um die Frage, ob diese auch auf Kosten der beitragsfinanzierten GKV finanziert werden muss, sodass dem Gesetzgeber erst Recht ein weiter Ermessensspielraum zugestanden werden muss (*vgl. EGMR vom 3.11.2011 - 57813/00 - NJW 2012, 207, 210 RdNr 91 ff*). Daneben kommt ein Eingriff in Art 14 EMRK nicht mehr in Betracht (*vgl. EGMR vom 3.11.2011 - 57813/00 - NJW 2012, 207, 213 RdNr 119 ff*). Auch ein Verstoß

gegen Art 2 EMRK ist hier nicht ersichtlich, da hier gerade noch kein "Leben" geschaffen wurde (vgl etwa EGMR vom 10.4.2007 - 6339/05 - NJW 2008, 2013 RdNr 56). Schließlich ergibt sich aus Art 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte kein Anspruch der Klägerin auf anteilige Finanzierung einer heterologen Insemination durch die GKV.

31 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

*Dr. Estelmann ist
wegen Krankheit an
der Signatur gehindert*

Scholz

Bockholdt

gez. Scholz

BUNDESSOZIALGERICHT



Vermerk über die Verkündung

Az.: B 1 KR 7/21 R

Das Urteil wurde verkündet am 10.11.2021.