

# **Künstliche Befruchtung: Wer trägt die Kosten?**

## **- Eine Übersicht nach Fallgruppen -**

**Rechtsanwalt Bernhard Schmeilzl, LL.M. (Leicester), München  
und Rechtsreferendar Michael Krüger, Regensburg**

Jedes sechste Paar in Deutschland bleibt ungewollt kinderlos.<sup>1</sup> Kann die medizinisch bedingte Zeugungs- oder Empfängnisunfähigkeit nicht durch klassische Behandlungsverfahren behoben werden, kommen Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung in Betracht, vor allem Insemination und In-vitro-Fertilisation. Hierbei entstehen erhebliche Kosten. Die Erstattung dieser Behandlungskosten durch die Krankenversicherungen (bzw. die Beamtenbeihilfe) ist daher häufig Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen.

Praktisch sehr bedeutsam ist dabei, dass die gesetzliche Krankenversicherung (GKV), im Gegensatz zur privaten Krankenversicherung (PKV) von vornherein nur die Hälfte der Behandlungskosten trägt, die übrigen 50 Prozent muss der Patient zuzahlen. Für „gemischt versicherte“ Paare ist deshalb eine Kostenübernahme durch die PKV attraktiver als durch die GKV. Kehrseite der Medaille ist jedoch, dass die PKV (anders als die GKV) nach dem strengen „Verursacherprinzip“ den Nachweis verlangt, dass die medizinische Ursache der Unfruchtbarkeit tatsächlich bei ihrem Versicherten liegt. Das System der GKV fragt dagegen nicht nach dem Verursacher (zumindest wenn beide Eheleute gesetzlich versichert sind), sondern stellt darauf ab, dass das Ehepaar als solches auf natürlichem Weg keine Kinder zeugen kann. Diese Unterschiede in den Anspruchsvoraussetzungen führen bei gemischt versicherten Ehepaaren zu erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten.

Dieser Aufsatz gibt in den ersten drei Teilen einen allgemeinen Überblick über die jeweiligen Voraussetzungen eines Kostenersatzanspruchs gegen GKV, PKV bzw. Beihilfe; ein vierter Teil widmet sich den praktisch sehr häufigen Problemen bei gemischten Versicherungskonstellationen (ein Ehegatte ist privat, der andere gesetzlich versichert).

### I. Anspruch gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung

In der GKV gilt das Prinzip der Sachleistung: Der Patient hat gegenüber seiner Krankenkasse einen Anspruch auf medizinisch notwendige Heilbehandlung. Diesen Anspruch erfüllen die Krankenkassen im ambulanten Bereich durch die zur kassenärztlichen Versorgung zugelassenen niedergelassenen Ärzte, die sogenannten „Vertragsärzte“ (früher meist „Kassenärzte“ genannt). Der gesetzlich versicherte Patient schließt somit keinen direkten Vertrag mit seinem Arzt, sondern die Behandlung erbringt rechtlich gesehen die Krankenkasse (daher: Sachleistungsprinzip), die sich hierfür der Vertragsärzte bedient.<sup>2</sup> Für die künstliche Befruchtung folgt der Anspruch des gesetzlich Krankenversicherten gegenüber seiner Kasse aus § 27 a SGB V und umfasst „medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft“. Diese Spezialnorm für die künstliche Befruchtung unterscheidet sich vom allgemeinen Krankenbehandlungsanspruch gem. § 27 SGB V durch spezifische

<sup>1</sup> Leander, Karin, Der Fruchtbarkeitsfalle entkommen, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 8.5.2005, S. 23.

<sup>2</sup> Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 27; Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 2. A., 2005, § 16, Rn. 2..

Anspruchsvoraussetzungen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) schuf der Gesetzgeber damit einen eigenständigen Versicherungsfall (vergleichbar der Schwangerschaft und Mutterschaft): Das Gesetz knüpfe nicht (wie sonst) an einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand der Versicherten an (obwohl die Unfruchtbarkeit der Frau bzw. die Zeugungsunfähigkeit des Mannes regelmäßig einen solchen darstellt<sup>3</sup>), sondern an die Unfähigkeit des Ehepaares, auf natürlichem Weg ein Kind zu zeugen. Die hieraus resultierende Notwendigkeit einer künstlichen Befruchtung bildet den Versicherungsfall; nicht die (möglicherweise daneben bestehende) Krankheit.<sup>4</sup>

Der Gesetzgeber stellte aber klar, dass im Übrigen die allgemeinen Regeln des SGB V für „Krankenbehandlungen“ auch auf die künstliche Befruchtung anwendbar sind, obwohl diese nicht die medizinische Funktionsstörung an sich behebt.<sup>5</sup> Die Leistungsvoraussetzungen der Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft sind in § 27 a Abs. 1 Nr. 1 bis 5 SGB V abschließend geregelt.<sup>6</sup>

#### 1. Unfruchtbarkeit des Ehepaares:

Der Anspruch auf Maßnahmen der künstlichen Befruchtung knüpft, wie sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt, nicht an den regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand des versicherten Ehegatten an, sondern an die Unfruchtbarkeit des Ehepaares insgesamt. Es muss also nicht unbedingt beim gesetzlich Versicherten selbst ein krankhafter Befund (beeinträchtigte Fortpflanzungsfähigkeit) vorliegen.<sup>7</sup> Ein Leistungsanspruch gegen die GKV besteht deshalb sogar dann, wenn bei keinem Ehepartner eine Krankheit nachweisbar ist<sup>8</sup> und die Ursache der Unfruchtbarkeit medizinisch ungeklärt bleibt (sog. „idiopathische Sterilität“).<sup>9</sup>

#### 2. Ärztliches Gutachten

Durch ein ärztliches Gutachten – das in der Praxis meist implizit durch Feststellung des behandelnden Arztes erfolgt – muss feststehen, dass (a) die Maßnahme „erforderlich“ i.S.d. § 27 a Abs. 1 Nr. 1 SGB V ist sowie (b), dass „hinreichende Aussicht“ i.S.d. § 27 a Abs. 1 Nr. 2 SGB V besteht, durch die Maßnahmen eine Schwangerschaft herbeizuführen.

a) Erforderlich i.S.d. Nr. 1 ist eine Maßnahme der künstlichen Befruchtung, wenn sie für die Überwindung der Unfruchtbarkeit unentbehrlich ist, wenn also klassische Krankenbehandlungen gem. § 27 SGB V, z.B. hormonelle Stimulation, chirurgische Eingriffe oder psychotherapeutische Behandlung, keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (mehr) bieten, nicht möglich oder unzumutbar sind.<sup>10</sup> Die „Erforderlichkeit“ kann ggf. auch noch nachträglich ärztlich festgestellt werden.<sup>11</sup>

Wegen des Wirtschaftlichkeitsgebots gem. § 12 SGB V gilt eine Krankenbehandlungsmaßnahme grundsätzlich nicht als erforderlich, wenn ihr therapeutischer Nutzen zweifelhaft

<sup>3</sup> Siehe etwa BSGE 66, 248, 249; BSGE 85, 36, 38 f.

<sup>4</sup> Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 248.

<sup>5</sup> RegE KOV-AnpG 1990, BT-Drucks. 11/6760, S. 14 (auch: BR-Drucks. 65/90, S. 33 ff.); vgl. auch Hauck/Haines, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung 50. Lieferung, Bearb.: Hauck, § 27 a, Rn. 7; Wannagat (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, 50. Lieferung, Bearb.: Mroczynski, § 27 a, Rn. 3.

<sup>6</sup> RegE KOV-AnpG 1990, BR-Drucks. 65/90, S. 34; BSGE 86, 174; 88, 62, 64; Niesel, Funk (Hrsg.), Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Bearb.: Höfler, 44. Ergänzungslieferung, § 27 a SGB V, Rn. 8; Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 247.

<sup>7</sup> BSGE 88, 62, 64; BSG, NJW 2005, 2476; LSG Nordrhein-Westfalen, VersR 2004, 260; SG Lüneburg v. 22.7.2004, Az. S 9 KR 155/03; SG Regensburg v. 28.7.2004, Az. S 2 KR 205/03; SG Regensburg v. 10.4.2003, Az. S 2 KR 256/02; SG Dortmund v. 24.6.2003, Az. S 13 KR 43/03; SG Frankfurt a.M. v. 8.3.2004, Az. S 20 KR 888/03; SG Oldenburg v. 12.2.2003, Az. S 6 KR 221/02.

<sup>8</sup> SG Magdeburg v. 27.5.2003, Az. S 6 KR 422/02; SG Magdeburg v. 6.11.2003, Az. S 16 KR 255/03.

<sup>9</sup> BSGE 88, 62, 64 f.; BSGE 88, 51, 55 f.; Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 248.

<sup>10</sup> RegE KOV-AnpG 1990, BR-Drucks. 65/90 S. 34.

<sup>11</sup> BSGE 70, 24; KassKomm/Höfler, § 27 a SGB V, Rn. 13.

ist. Dazu stellte der Gemeinsame Bundesausschuss gem. §§ 135 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 2 (hier: Nr. 10) SGB V Richtlinien auf<sup>12</sup>. Diese schlossen für den Fall der künstlichen Befruchtung zunächst die intracytoplasmatische Spermieninjektion (ISCI) aus dem Leistungskatalog aus. Dies mit der Begründung, die Erfolgsquote sei nur gering (Geburten nur in 16 % der Versuche) und es bestehe eine unkalkulierbare Wahrscheinlichkeit von Fehlbildungen.<sup>13</sup> Das Bundessozialgericht erklärte diesen Ausschluss jedoch für unwirksam: Da der Gesetzgeber dem Wunsch nach dem eigenen Kind einen besonders hohen Rang einräume, liege die Schwelle für die Anerkennung einer Befruchtungstechnik bei § 27 a wesentlich niedriger als bei § 135 Abs. 1 SGB V für die Bejahung des therapeutischen Nutzens einer Krankenbehandlungsmethode.<sup>14</sup> Zudem bestünden ähnliche Risiken auch bei der In-vitro-Fertilisation (IVF), die aber in den Leistungskatalog aufgenommen worden sei (entsprechend den ausdrücklichen Vorstellungen der Gesetzesbegründung).<sup>15</sup>

b) Hinreichende Erfolgsaussicht: Hier tauchen in der Praxis die häufigsten Schwierigkeiten auf. Neben der Erforderlichkeit der Behandlung muss ärztlich festgestellt sein, dass auch „hinreichende Aussicht“ besteht, durch diese Behandlungsmaßnahmen eine Schwangerschaft herbeizuführen. Wie bei der Erforderlichkeit gelten zwar auch für die Erfolgsaussicht geringere Anforderungen als bei klassischen Krankenbehandlungen: Es genügt, wenn eine reale Chance auf Herbeiführung einer Schwangerschaft besteht.<sup>16</sup> Allerdings konkretisiert der Gesetzgeber den Begriff der „hinreichenden Aussicht“ gleich selbst: Eine solche bestehe „nicht mehr, wenn die Maßnahme drei Mal ohne Erfolg durchgeführt worden ist“. Diese Verschärfung führte der Gesetzgeber zum 1.1.2004 aus Kostengründen ein. Bis dahin galt die großzügigere Konkretisierung der Erfolgsaussicht in § 27 a Abs. 1 Nr. 2, zweiter Halbsatz SGB V (alte Fassung), nach der eine Erfolgsaussicht lediglich „in der Regel nicht mehr bestand, wenn die Maßnahme vier Mal ohne Erfolg“ versucht worden war. Da neben der Reduktion von vier auf drei Versuche zudem die Formulierung „in der Regel“ gestrichen wurde, besteht nach drei misslungenen Versuchen nun kein Spielraum für besonders begründete Ausnahmefälle mehr. Diese gesetzliche „Konkretisierung der Erfolgsaussicht“ kann man mit guten Gründen kritisieren,<sup>17</sup> die Rechtsprechung wendet diese Grenze aber bis jetzt strikt an.

---

<sup>12</sup> Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung („Richtlinien über künstliche Befruchtung“), BAB 12/1990, zuletzt geändert am 19. Oktober 2004, BAnz 2004, Nr. 243, S. 24 522, in Kraft getreten am 23. Dezember 2004.

<sup>13</sup> Vgl. KassKomm/Höfler, § 27 a SGB V, Rn. 12.

<sup>14</sup> BSGE 88, 62..

<sup>15</sup> RegE KOV-AnpG 1990, BR-Drucks. 65/90 S. 35; BSGE 88, 62, 72.

<sup>16</sup> KassKomm/Höfler, § 27 a SGB V, Rn. 14.

<sup>17</sup> Eine starre Begrenzung auf drei Versuche ist nach Ansicht vieler Ärzte medizinisch unsinnig und willkürlich. Sie beruht wohl eher auf rein wirtschaftlichen Erwägungen. Gemäß den verfassungsrechtlichen Prinzipien der Gesetzeswahrheit und Gesetzesklarheit sollte der Gesetzgeber dann aber auch den Mut aufbringen, den wahren Grund, nämlich die finanziell motivierte Kostendeckelung, zu benennen und nicht schwer haltbare medizinische Pseudobegründungen vorschieben. Auch unter dem Gesichtspunkt des grundrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie (Art. 6 GG) erscheint diese Regelung als sehr bedenklich. Für ein Ehepaar mit Kinderwunsch bedeutet dies nämlich in der Praxis, nach drei erfolglosen Versuchen (für die es dann bereits ca. 6.000 bis 8.000 Euro zugezahlt hat) nunmehr entweder die gesamten weiteren Behandlungskosten vollständig selbst zu tragen (ca. 12.000 bis 15.000 Euro für je drei Behandlungszyklen) oder aber auf weitere Behandlungen – und damit auf ein Kind – verzichten zu müssen. Es versteht sich von selbst, dass zahlreiche Ehepaare finanziell nicht in der Lage sind, derartige Belastungen zu tragen (20.000 bis 25.000 Euro allein bis zur Herbeiführung einer Schwangerschaft!), selbst wenn sie sich noch so sehr ein Kind wünschen. Ein unerfüllter Kinderwunsch bedeutet in den meisten Fällen aber eine enorme psychische Belastung, die gesamte Lebensplanung der Ehepartner wird dadurch häufig zerstört. Diese dramatischen Auswirkungen sind unseres Erachtens mit den Vorgaben des Art. 6 GG nicht vereinbar. Eine aus rein wirtschaftlichen Erwägungen festgelegte starre Obergrenze von drei Versuchen berücksichtigt die Grundrechte der potentiellen Eltern nicht hinreichend. Einem Missbrauch des Leistungsanspruchs bzw. einer übermäßigen Inanspruchnahme der Krankenkassen zu Lasten der Versichertengemeinschaft wird bereits durch die 50 Prozent-Zuzahlungspflicht (mehr als) ausreichend entgegengewirkt. Ob der niedrigen Geburtenzahlen in Deutschland erscheint diese Beschränkung auch politisch wenig sinnvoll. Andere EU-Länder sind hier in der Regel großzügiger.

Nach Nr. 8 der Richtlinien über künstliche Befruchtung i.V.m. §§ 135 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 SGB V besteht ferner dann keine hinreichende Erfolgsaussicht für die jeweiligen Behandlungsmaßnahmen mehr, wenn sie

- bei der Insemination im Spontanzyklus bis zu achtmal,
- bei der Insemination nach hormoneller Stimulation bis zu dreimal,
- bei der In-vitro-Fertilisation bis zu dreimal,
- beim intratubaren Gameten-Transfer bis zu zweimal,
- bei der Intracytoplasmatischen Spermieninjektion bis zu dreimal

vollständig durchgeführt wurden, ohne dass eine klinisch nachgewiesene Schwangerschaft eingetreten ist.

3. Die wichtigsten weiteren Voraussetzungen sind:

- a) die Personen, die diese Maßnahmen in Anspruch nehmen wollen, sind miteinander verheiratet (§ 27 a Abs. 1 Nr. 3 SGB V) und es werden ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten verwendet (§ 27 a Abs. 1 Nr. 4 SGB V, sog. „homologes System“)<sup>18</sup>,
- b) beide Ehegatten sind HIV-negativ; bei der Frau besteht ein ausreichender Schutz gegen Rötelninfektion (Nr. 6 der Richtlinien über künstliche Befruchtung i.V.m. §§ 135 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 SGB V)<sup>19</sup>,
- c) die Ehegatten haben sich von einem Arzt, der die geplante Behandlung nicht selbst durchführt, über diese unter Berücksichtigung ihrer medizinischen und psychosozialen Gesichtspunkte unterrichten lassen (§ 27 a Abs. 1 Nr. 5 SGB V)<sup>20</sup>,
- d) die Frau hat das 25. Lebensjahr vollendet, noch nicht aber das 39. Lebensjahr. Der Mann hat das 25. Lebensjahr vollendet, noch nicht aber das 49. Lebensjahr (§ 27 a Abs. 3 Satz 1 SGB V),
- e) die Maßnahmen verstoßen nicht gegen deutsches Recht. Zu beachten ist insbesondere das Embryonenschutzgesetz.<sup>21</sup>

Erleichterungen gelten für sog. „einfache“ Inseminationen. Diese werden ohne hormonelle Stimulationsverfahren durchgeführt, so dass kein erhöhtes Risiko von Schwangerschaften mit drei oder mehr Embryonen besteht. § 27 a Abs. 1 Nr. 2, zweiter Halbsatz und Nr. 5 sind hier nicht anwendbar. Das Verfahren kann also mehr als drei Mal durchgeführt werden (in der Praxis bis zu acht Mal zulässig) und zwar auch ohne Beratungsschein. Bei allen „Inseminationen mit erhöhtem Risiko“, also anschließend an ein Stimulationsverfahren, sind die vorgenannten Voraussetzungen dagegen zwingend.

4. Leistungsumfang:

Wie dargestellt übernimmt die GKV gem. § 27 a Abs. 3 Satz 3 SGB V nur *50 Prozent* der Kosten für diejenigen im Behandlungsplan aufgeführten und genehmigten Maßnahmen, die bei ihrem Versicherten durchgeführt werden. Bei welchen Maßnahmen es sich um „Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft“ handelt, ist im Gesetz selbst nicht definiert.<sup>22</sup> Gemeint sind jedoch nur solche Maßnahmen, die dem einzelnen (natürlichen) Zeugungsakt entsprechen (diesen also „substituieren“) und unmittelbar der Befruchtung

---

<sup>18</sup> Die künstliche Befruchtung einer fremden Eizelle (sog. „heterologe“ In-vitro-Fertilisation) lehnte das BSG auch unter Prüfung verfassungs- und europarechtlicher Gesichtspunkte ab, BSG, NJW 2002, 1517; laut BSG verletzt die Beschränkung auf Ehepaare also weder Verfassungsrecht noch europäisches Gemeinschaftsrecht: siehe auch Rüsken, NJW 1998, 1745.

<sup>19</sup> Ablehnend mit dem Argument, die Richtlinien engten den Gesetzestext damit zu weit ein, Wannagat/Mrozynski, § 27 a SGB V, Rn. 14.

<sup>20</sup> Wird dies versäumt, besteht auf die Leistungen kein Anspruch, sofern nicht die Voraussetzungen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs vorliegen, KassKomm/Höfler, § 27 a SGB V, Rn. 18.

<sup>21</sup> RegE KOV-AnpG 1990, BR-Drucks. 65/90 S. 33 f.

<sup>22</sup> Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 249.

dienen.<sup>23</sup> Im Unterschied zu Maßnahmen zur Herstellung der Zeugungsfähigkeit (die unter § 27 Abs.1 Satz 4 SGB V fallen) beseitigen Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung die medizinische Ursache gerade nicht, sondern führen lediglich einen Funktionsausgleich herbei.<sup>24</sup> Im Leistungskatalog enthaltene Maßnahmen sind gemäß Nr. 10 der Richtlinien über künstliche Befruchtung i.V.m. §§ 135 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 SGB V unter anderem Inseminationen (ggf. nach hormoneller Stimulation), In-vitro-Fertilisation (IVF) mit Embryo-Transfer, intratubarer Gameten-Transfer und intracytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI).<sup>25</sup> Welche konkreten medizinischen Maßnahmen erfasst sind regelt Nr. 12 der Richtlinien. Andere medizinische Leistungen, die den beschriebenen nicht zugeordnet werden können und nicht unmittelbar zum Befruchtungsvorgang gehören, sind *nicht* Gegenstand des Anspruchs nach § 27 a SGB V. Auch in zeitlicher Hinsicht erfasst § 27 a SGB V nur solche Maßnahmen, die den einzelnen Zeugungsakt substituieren; Maßnahmen wie die sog. „Kryokonservierung“ vorsorglich (für mögliche Wiederholungsfälle) gewonnener, imprägnierter Eizellen, scheiden aus der Leistungsverpflichtung der GKV aus,<sup>26</sup> da diese nicht den Zeugungsakt als solchen ersetzt, sondern darüber hinaus gehen. Dies gilt ebenso für das vorsorgliche Einfrieren von Spermien.<sup>27</sup>

Die Zahl der Geburten aufgrund von künstlicher Befruchtung ist nach dem Willen des Gesetzgebers aber bislang nicht beschränkt (Nr. 2 der Richtlinien über künstliche Befruchtung). Wurde also durch die Behandlung nach § 27 a SGB V ein Kind geboren, sind neue Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung auf Kosten der GKV zulässig, soweit die übrigen Voraussetzungen weiterhin erfüllt sind.<sup>28</sup> Eine Geburt (auch eine Totgeburt) eröffnet somit den Behandlungsrahmen neu. Der Gemeinsame Bundesausschuss hat in einer Stellungnahme im Jahr 2004 – ausgelöst durch ein Verfahren vor dem Sozialgericht Regensburg - das Kriterium „Geburt“ sogar auf die Herbeiführung einer klinischen Schwangerschaft erweitert.<sup>29</sup> Die Diskussion hat sich deshalb nun auf die Frage verlagert, wann eine sog. klinische Schwangerschaft vorgelegen hat.

## II. Anspruch gegenüber der privaten Krankenversicherung

Für Privatversicherte ergibt sich der Anspruch aus dem Krankenversicherungsvertrag i.V.m. § 1 der Musterbedingungen des Verbandes der privaten Krankenversicherung für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung (MB/KK). Anders als die GKV erbringt die PKV nicht die Heilbehandlung als eigene Sachleistung (über Vertragsärzte), sondern der privat versicherte Patient schließt selbst einen direkten Behandlungsvertrag mit dem jeweiligen Arzt und ist persönlich zur Honorarzahlung verpflichtet; die PKV erstattet dem Patienten dann die Behandlungskosten – falls und soweit diese Behandlungskosten vom Krankenversicherungsvertrag umfasst sind. Versicherungsfall ist gem. § 1 Abs. 2 MB/KK „die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen.“ Eine besondere Regelung zur künstlichen Befruchtung existiert hier nicht. Zwischen Patient und PKV besteht ein privatrechtliches Vertragsverhältnis, so dass bei Streitigkeiten über die Leistungspflicht die Zivilgerichte zuständig sind, nicht die Sozialgerichte (wie bei der GKV).

<sup>23</sup> BSGE 86, 174, 178; Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 249.

<sup>24</sup> BSGE 66, 248, 250; Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 249.

<sup>25</sup> Vgl. auch KassKomm/Höfler, § 27 a SGB V, Rn. 23.

<sup>26</sup> Nr. 4 der Richtlinien über künstliche Befruchtung; bestätigt durch BSGE 86, 174, 178 f.

<sup>27</sup> Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 250.

<sup>28</sup> RegE KOV-AnpG 1990, BR-Drucks. 65/90 S. 34; Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 253.

<sup>29</sup> Schreiben den Gemeinsamen BA vom 19.09.2004 sowie vom 08.10.2004; Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 253.

Umstritten ist, ob der Anspruch gegen die PKV zwingend voraussetzt, dass die Partner verheiratet sind.<sup>30</sup> Der BGH hat diese Frage noch nicht entschieden. Die zentralen Anspruchsvoraussetzungen im übrigen sind:

### 1. Fortpflanzungsunfähigkeit als „Krankheit“: Das Verursacherprinzip:

Der BGH definiert „Krankheit“ i.S.d. § 1 Abs. 2 MB/KK als „objektiv nach ärztlichem Urteil bestehender anomaler Körper- oder Geisteszustand“ und stellte bereits mit Urteil vom 17.12.1986<sup>31</sup> klar, dass auch eine Fortpflanzungsunfähigkeit als Krankheit in diesem Sinne zu werten ist. Für Ehepartner, die sich ein eigenes Kind wünschen, ist die Fortpflanzungsfähigkeit eine biologisch notwendige Körperfunktion. Organisch bedingte Sterilität als solche – unabhängig von ihren konkreten körperlichen Krankheitsursachen – ist daher als regelwidriger Körperzustand einzuordnen.<sup>32</sup>

Existiert bereits ein Kind, versuchen einige private Krankenversicherer immer wieder, ihrer Leistungspflicht mit dem Argument zu entkommen, die „Krankheit Kinderlosigkeit“ sei beseitigt oder hinreichend gelindert. Der BGH hat jedoch bereits mehrfach eindeutig entschieden, dass die Krankheit i. S. d. Versicherungsbedingungen nicht in der Kinderlosigkeit liegt, sondern in der auf körperlichen Ursachen beruhenden Unfähigkeit, auf natürlichem Weg Kinder zu zeugen.<sup>33</sup> Auch wenn bereits durch künstliche Befruchtung ein Kind gezeugt wurde, muss die PKV deshalb prinzipiell weitere Behandlungen bezahlen (allerdings nicht unbegrenzt, hierzu unten noch ausführlich). Dies gilt ebenso, wenn schon Kinder aus der Zeit vor Eintritt der Fortpflanzungsunfähigkeit existieren.

Bei Privatversicherten gilt das „Verursacherprinzip“: Eine Krankheit im Sinne der Bedingungen liegt nur bei demjenigen Ehepartner vor, der fortpflanzungsunfähig ist, nicht dagegen beim anderen Ehepartner, wenn dessen Fortpflanzungsfähigkeit unbeeinträchtigt ist. Dies gilt auch, wenn medizinische Maßnahmen beim gesunden Ehegatten nötig sind, um eine Schwangerschaft herbeizuführen; Kinderlosigkeit an sich stellt gerade keine Krankheit dar und wird dieser auch nicht gleichgestellt.<sup>34</sup> Der Privatversicherte trägt die Beweislast dafür, dass er „Verursacher“ ist. Bleibt ungeklärt, ob die Kinderlosigkeit auf eine Fortpflanzungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers oder seines Ehepartners zurückzuführen ist, besteht kein Anspruch auf Kostenersatz gegen die PKV.<sup>35</sup>

### 2. Medizinisch notwendige Heilbehandlung:

- a) Heilbehandlung ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung jede ärztliche Tätigkeit, die auf Heilung oder Linderung der betreffenden Krankheit abzielt. Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung sind als „Linderung“ der Fortpflanzungsunfähigkeit anzusehen, auch wenn sie die Sterilität als krankhaften Zustand nicht unmittelbar bessert, wohl aber die Krankheitsfolgen (Kinderlosigkeit) beseitigt.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> Bejahend: LG Bielefeld, Urteil vom 12.01.1989 - 6 O 354/88, zitiert bei Kalis, VersR 1989, 1244, (ebenfalls ablehnend); LG Köln, VersR 2001, 1373; AG Köln, RuS 2004, 248; Bach/Moser, Private Krankenvers., MB/KK- und MB/KT-Kommentar, 3. A., 2002, Bearb.: Schoenfeldt/Kalis, § 1 MB/KK, Rn. 54. – Ablehnend: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 27. A., 2004, Bearb.: Prölss, § 1 MB/KK, Rn. 54; Marlow, VersR 2002, 144.

<sup>31</sup> BGHZ 99, 228.

<sup>32</sup> BGHZ 99, 228; aktuell bestätigt mit Urteil vom 21.09.2005, BGH NJW 2005, 3783.

<sup>33</sup> BGH vom 21.09.2005, NJW 2005, 3783 (m.w.N.)

<sup>34</sup> BGHZ 99, 228, 230, 234; BGH, NJW 1998, 824; LG Berlin, NVersZ 2001, 22.

<sup>35</sup> LG Berlin, NVersZ 2001, 22.

<sup>36</sup> BGHZ 99, 228; BGH, NJW 2004, 1658.

- b) „Medizinisch notwendig“ ist die Behandlung, wenn sie die einzig mögliche medizinisch anerkannte Behandlungsmethode darstellt, einen inoperablen Zustand der Fortpflanzungsunfähigkeit in seinen Auswirkungen zu überwinden.<sup>37</sup>

Umstritten war unter den Obergerichten bis September 2005, ob die „Krankheit“ Zeugungsunfähigkeit „abschließend gelindert“ ist, wenn Behandlungen bereits zur Geburt eines Kindes geführt haben: Dies bejahte etwa das OLG München und berief sich dabei auf eine angebliche „ständige Rechtsprechung“. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sei die Krankenversicherung dann nicht mehr zur Übernahme der Kosten weiterer Maßnahmen der künstlichen Befruchtung (für ein weiteres Kind) verpflichtet, da der Versichertengemeinschaft in dieser Konstellation die hohen Kosten bei gelinderter Krankheit nicht mehr zuzumuten seien.<sup>38</sup> Nach der Gegenansicht, u.a. des OLG Düsseldorf, besteht ein Anspruch auf Übernahme auch der weiteren Kosten, soweit die durch die erneute Behandlung entstehenden Gesamtkosten nicht gänzlich unverhältnismäßig sind.<sup>39</sup> Der BGH hat diese Frage nun mit Urteil vom 21.09.2005<sup>40</sup> eindeutig geklärt: Auch nach der Geburt eines Kindes aufgrund künstlicher Befruchtung besteht die Krankheit im Sinne der Versicherungsbedingungen weiterhin fort. Die Fortpflanzungsunfähigkeit wird nicht durch die Geburt eines Kindes gelindert, sondern mittels der Ersetzung der gestörten Körperfunktion durch (ggf. mehrfach wiederholte) medizinische Maßnahmen.

### 3. Hinreichende Aussicht auf Behandlungserfolg (insbesondere „Altersgrenze“ der Frau):

Zur medizinischen Notwendigkeit der Behandlung gehört nach der Rechtsprechung auch eine hinreichende Erfolgsaussicht. Eine PKV muss Behandlungskosten der künstlichen Befruchtung nur erstatten, wenn im konkreten Individualfall ausreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die gewünschte Schwangerschaft herbeigeführt werden kann. Praktisch besonders relevant ist hierbei das Alter der Ehefrau: Erreicht diese das 40. Lebensjahr, berufen sich Versicherungsgesellschaften fast immer darauf, dass keine hinreichende Erfolgsaussicht mehr bestünde. Eine solche starre Altersgrenze existiert jedoch nicht. Das OLG Hamburg entschied in seinem Urteil vom 15.07.2002<sup>41</sup>, dass eine Kostenerstattung nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die Ehefrau des Klägers bereits 42 Jahre alt war. Auch nach Überschreiten des 40. Lebensjahres darf eine Erfolglosigkeit nicht schematisch prognostiziert werden. Dies würde laut Gericht „die Streubreite unterschiedlicher Entwicklungen im Normalbereich außer Acht lassen“.

Aktuell hat dies nun auch der Bundesgerichtshof bestätigt.<sup>42</sup> Das Gericht weist zunächst darauf hin, dass es für die Beurteilung, ob eine medizinische Notwendigkeit der Heilbehandlung (hier konkret eine hinreichende Aussicht auf Behandlungserfolg) nicht allein auf die Auffassung des Patienten oder des behandelnden Arztes ankommt, sondern dass diese Voraussetzung nach objektiven medizinischen Befunden im Zeitpunkt der Vornahme der Behandlung festzustellen ist, gegebenenfalls durch einen gerichtlichen Sachverständigen<sup>43</sup>. Medizinisch notwendig kann eine Behandlung aber auch dann sein, wenn ihr Erfolg nicht sicher vorhersehbar ist. Es genügt insoweit, wenn die medizinischen Befunde und Erkenntnisse es im Zeitpunkt der Behandlung vertretbar erscheinen lassen, die Behandlung

<sup>37</sup> BGHZ 99, 228; ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1616; LG Berlin, NVersZ 2001, 22.

<sup>38</sup> OLG München, FamRZ 2005, 106; LG Köln, VersR 2004, 1127. So im Ergebnis auch nach der Geburt von Zwillingen, OLG Bamberg, VersR 2005, 926 (noch nicht rechtskräftig).

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1616; LG Landshut, NJW 2000, 2752; LG München I, MedR 2005, 90.

<sup>40</sup> BGH IV ZR 113/04 in NJW 2005, 3783

<sup>41</sup> OLG Hamburg v. 15.7.2002, Az. 9 U 22/02.

<sup>42</sup> BGH vom 21.09.2005, Az: IV ZR 113/04, NJW 2005, 3783

<sup>43</sup> BGH a.a.O., S. 3784 m.w.N.

als notwendig anzusehen.<sup>44</sup> Dabei ist auf die Erfolgswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit vom Lebensalter der Frau und der sich aus ihren individuellen Faktoren gegenüber den Durchschnittswerten der Altersgruppe ergebenden höher oder niedriger einzuschätzenden Erfolgsaussichten zu prüfen. Für diese Beurteilung kann unter anderem bedeutsam sein, ob bereits eine frühere IVF/ICSI-Behandlung erfolgreich war, ob dafür viele oder nur wenige Behandlungszyklen benötigt wurden, ferner die Zahl und Qualität der beim zuletzt vorgenommenen Behandlungsversuch gefundenen Spermien, Eizellen und übertragenen Embryonen. Eine Vielzahl vergeblicher Behandlungsversuche in der Vergangenheit kann die individuelle Erfolgsaussicht verringern.<sup>45</sup> Von einer nicht mehr ausreichenden Erfolgsaussicht (und damit von fehlender medizinischer Notwendigkeit) ist laut BGH dann auszugehen, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass ein Embryotransfer (Punktion) zur gewünschten Schwangerschaft führt, signifikant absinkt und eine Erfolgswahrscheinlichkeit von 15 % nicht mehr erreicht wird. Dies war im konkreten Fall nach den vom gerichtlich bestellten Sachverständigen referierten Daten aus dem deutschen IVF-Register im Durchschnitt bei Frauen nach Vollendung des 40. Lebensjahres der Fall, kann aber aufgrund der vorgenannten individuellen Faktoren im Einzelfall früher oder später eintreten.<sup>46</sup> Im Ergebnis ist die „40-Jahres-Grenze“ somit nach wie vor praktisch relevant, da sich die Versicherungsgesellschaften auch künftig auf diesen statistischen Durchschnitt berufen werden. Die privat versicherten Patienten müssen dann darlegen (und durch Sachverständigengutachten beweisen), dass bei ihnen trotz des fortgeschrittenen Alters eine hinreichende Erfolgsaussicht besteht.

#### 4. Leistungsumfang:

##### a) Grundsatz der vollen Kostenübernahme:

Zu ersetzen sind gem. § 1 Abs. 1 MB/KK grundsätzlich sämtliche „Aufwendungen für Heilbehandlung“. Die volle Kostenübernahme ist für den Privatversicherten daher der in der Praxis bedeutendste Vorteil gegenüber der GKV (dort gilt ein Eigenanteil von 50 Prozent). Erstattungsfähig sind nach BGH-Rechtsprechung auch sog. „extrakorporale“ Maßnahmen (bei Sterilität des Mannes also etwa auch IVF-Maßnahmen, welche an der Frau bzw. im Reagenzglas erfolgen):

„Muss die biologische Funktion der Fortpflanzungsorgane und Spermien des Mannes, eine Schwangerschaft herbeizuführen, wegen Fertilitätsstörungen durch ärztliche Maßnahmen ersetzt werden, so haben diese nur dann Aussicht auf Erfolg und können insoweit eine Linderung bewirken, wenn eine befruchtete Eizelle in die Gebärmutter übertragen wird, um sich dort einzunisten. Die Behandlung zielt mithin darauf ab, einen Zustand zu erreichen, der ohne die Fertilitätsstörung mit Hilfe der natürlichen Körperfunktionen hätte herbeigeführt werden können. Erst dann lässt sich davon sprechen, dass die gestörte Körperfunktion durch den ärztlichen Eingriff ersetzt wird, so dass auch erst in diesem Zeitpunkt die der Linderung dienende Heilbehandlungsmaßnahme beendet ist.“<sup>47</sup>

Die In-vitro-Fertilisation bildet hier zusammen mit der intracytoplasmatischen Spermieninjektion „eine auf das Krankheitsbild des Versicherten abgestimmte Gesamtbehandlung“ und ist damit laut BGH notwendiger Bestandteil der Heilbehandlung.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> BGH a.a.O.

<sup>45</sup> BGH a.a.O.

<sup>46</sup> BGH a.a.O., S. 3785

<sup>47</sup> BGH, NJW 2004, 1658.

<sup>48</sup> BGH, NJW 2004, 1658; zustimmend OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1616; OLG Hamburg v. 15.7.2002, Az. 9 U 22/02: „Unabhängig davon ist der Senat der Auffassung, dass es auf den Gesundheitszustand der Ehefrau des Klägers letztlich nicht ankommt, es vielmehr entscheidend ist, ob bereits der Gesundheitszustand des Klägers die IVF-Behandlung erfordert. Die aufgrund der Sterilität des Klägers notwendige ICSI-Behandlung ist ohne Durchführung einer IVF-Behandlung nicht möglich. Deshalb können die Kosten der IVF-Behandlung selbst dann nicht von denen für die ICSI-Therapie des Klägers abgespalten werden, wenn auch bei der Ehefrau Fertilitätsstörungen vorhanden wären.“



b) Höchstbelastungsgrenze:

Auch die PKV muss jedoch nicht für beliebig viele Versuchszyklen zahlen. Zwar gibt es bei der PKV (anders als bei der GKV-Obergrenze von drei Behandlungszyklen) keine feste Anzahl von Versuchen. Begrenzt wird der Kostenerstattungsanspruch nach Ansicht der Gerichte hier aber durch die auch im privaten Versicherungsverhältnis geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben.<sup>49</sup> Der Versicherungsnehmer müsse bei der Inanspruchnahme dieser „besonders kostenträchtigen und nicht vital lebensnotwendigen“ Behandlung in angemessener Weise Rücksicht auf den Versicherer und die Versichertengemeinschaft nehmen.<sup>50</sup> Ganz unverhältnismäßige Kosten, etwa durch häufige Wiederholung der Maßnahmen, brauche die PKV daher nicht zu erstatten.<sup>51</sup> Die Höhe einer solchen Belastungsgrenze hat der BGH bislang noch nicht beziffert. Die Auffassungen der Untergerichte differieren erheblich: Das LG Landshut sah mit Urteil vom 12.07.1999 die Angemessenheitsschwelle bei einem Gesamthöchstbetrag für das erste und das zweite Kind von 33.500 DM (ca. 17.100 €) noch nicht als überschritten an.<sup>52</sup> Etwas enger zog fünf Jahre später das OLG München mit Urteil vom 23.03.2004 die Grenze der Belastbarkeit. Diese sei bereits erreicht, wenn Behandlungskosten von 15.000 € deutlich überschritten werden.<sup>53</sup> Dem widersprach wenige Monate später das LG München I und stufte ein Gesamtvolumen der Behandlungen von rund 20.000 bis 24.000 € noch nicht als unverhältnismäßig hoch ein.<sup>54</sup>

Die Relevanz dieser Belastungsgrenze hat der BGH in seinem Urteil vom 21.09.2005<sup>55</sup> nun stark eingeschränkt: Zwar hält der BGH im Grundsatz daran fest, dass ein privat versicherter Patient zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Versicherers und der Versichertengemeinschaft nach Treu und Glauben verpflichtet sei und deshalb nicht auf Kosten der Versichertengemeinschaft beliebig viele Versuchszyklen wiederholen könne. Er stellt jedoch klar, dass er die Versicherungen bereits durch das Kriterium der medizinischen Notwendigkeit für ausreichend geschützt hält. Schon dadurch sei die Erstattung der Kosten für beliebig oft wiederholte erfolglose Behandlungen regelmäßig ausgeschlossen, da sich eine ungewöhnliche Häufung erfolgloser Behandlungszyklen zwangsläufig negativ auf die individuelle Erfolgsprognose für weitere Behandlungen auswirken müsse.<sup>56</sup> Eine PKV kann ihre Leistung deshalb in Zukunft nur in besonderen Einzelfällen allein wegen der Gesamthöhe der bereits erstatteten Kosten verweigern. Der BGH hat deshalb auch erneut keine konkrete Betragsgrenze für eine unzumutbare Kostenerstattungshöhe angegeben.

### III. Anspruch auf Kostenersatz durch die Beihilfe

Noch komplexer ist die Situation, wenn ein (oder beide) Ehegatte beihilfeberechtigt ist. Beamte haben einen klagbaren Anspruch<sup>57</sup> auf Beihilfe in Höhe ihres Beihilfesatzes auf Grund der Fürsorgepflicht des Dienstherrn i.V.m. § 79 BBG bzw. den landesrechtlichen Vorschriften, z.B. Art. 11 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 86 BayBG, wenn die Aufwendung beihilfefähig ist. Aufwendungen für eine künstliche Befruchtung sind gem. § 6 Abs. 1 Nr. 13 BhV beihilfefähig, wobei gem. § 6 Abs. 1 Nr. 13 Satz 2 BhV die Regelung des § 27 a SGB V entsprechend gilt. Eine detaillierte Darstellung würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Für die Konstellation „Mann gesetzlich versichert und Alleinverursacher, gesunde Frau privatversichert und beihilfeberechtigt“ sei auf die Entscheidung des Sozialgerichts Trier vom

<sup>49</sup> zuletzt BGH, NJW 2005, 3783, 3785.

<sup>50</sup> BGHZ 99, 228; OLG München, FamRZ 2005, 106.

<sup>51</sup> BGHZ 99, 228.

<sup>52</sup> LG Landshut, NJW 2000, 2752.

<sup>53</sup> OLG München, FamRZ 2005, 106.

<sup>54</sup> LG München I v. 19.8.2004, Az. 12 O 9128/04, Leitsätze in MedR 2005, 90.

<sup>55</sup> BGH, NJW 2005, 3783 (3785)

<sup>56</sup> BGH aaO S. 3786

<sup>57</sup> BVerfGE 58, 68; BGH 10, 295.

10.02.2004 hingewiesen.<sup>58</sup> Darin wurde die GKV des Ehemannes verurteilt, auch die Kosten der auf die Ehefrau entfallenden Behandlungsmaßnahmen (zu 50 Prozent) zu tragen, da die Ehefrau mangels Krankheit weder einen Anspruch gegen ihre PKV noch gegen die die Beihilfe hat. In solchen Fallgestaltungen entspricht es nach Ansicht des Gerichts dem „gesamten Sinn und Zweck der Vorschrift des § 27 a SGB V, dass [die GKV] die gesamten Kosten der durchgeführten Behandlungsmaßnahmen zu tragen hat“.<sup>59</sup>

#### IV. Zusammenfassung nach Versicherungskonstellationen (Fallgruppen)

##### 1. GKV – GKV: Beide Ehepartner sind gesetzlich krankenversichert

**Hier hat grundsätzlich jeder Ehegatte einen Anspruch auf die Behandlung gegen seine GKV**, unabhängig davon, bei welchem Ehegatten die Ursache der Unfruchtbarkeit liegt. Auf Grundlage der Empfehlung der Spitzenverbände der Krankenkassen vom 27.02.2003 übernimmt die Kosten bei Überschneidungsfällen in der Praxis die GKV der Ehefrau. § 27 a SGB V knüpft, so das Bundessozialgericht, die Leistungspflicht der Krankenkasse nicht an einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand ihres Mitglieds, sondern an die ungewollte Kinderlosigkeit des Ehepaares und die daraus resultierende Notwendigkeit einer künstlichen Befruchtung<sup>60</sup> („*Behandlerprinzip*“<sup>61</sup>). Zwar übernimmt die Krankenkasse gem. § 27 a Abs. 3 Satz 3 SGB V Kosten nur für Maßnahmen, die „bei ihrem“ Versicherten durchgeführt werden. Das Gesetz stellt damit nach der Gesetzesbegründung aber nur klar, dass Leistungen „für“ den Ehegatten B keine Nebenleistungen zu den dem Ehegatten A zu erbringenden Leistungen sind.<sup>62</sup> Der Anspruch des Ehegatten auf die Leistungen, auch soweit sie „an“ dem anderen Ehegatten vorgenommen wurden, wird dadurch laut BSG aber nicht berührt. Für den Fall, dass beide Ehegatten gesetzlich krankenversichert sind, begrenzt § 27 a Abs. 3 Satz 3 SGB V laut BSG zwar die Leistungszuständigkeit der Krankenkasse. Die Zuständigkeitsverteilung, welche in Nr. 3 der Richtlinien über künstliche Befruchtung vorgenommen wurde, berührt die Leistungsansprüche der Ehegatten aber nicht, so dass die Kasse ihrem Versicherten grundsätzlich nicht entgegenhalten kann, die Kosten der Behandlung müssten von der Versicherung des anderen Ehegatten getragen werden.<sup>63</sup> § 27 a Abs. 3 SGB V schließt laut BSG lediglich solche Maßnahmen von der Leistungspflicht der Krankenkasse aus, die unmittelbar und *ausschließlich* am Körper des anderen, nicht bei ihr versicherten Ehegatten ausgeführt würden.<sup>64</sup>

##### 2. PKV – PKV: Beide Ehepartner sind privat krankenversichert

Hier richtet sich der Anspruch gem. Versicherungsvertrag (§ 1 Abs. 1 MB/KK) nach dem „*Verursacherprinzip*“: Der Anspruch knüpft nicht an die Kinderlosigkeit als solche an, sondern an den medizinischen Befund der Fortpflanzungsunfähigkeit. **Der Anspruch richtet sich ausschließlich gegen die PKV, deren Versicherungsnehmer nachweislich fortpflanzungsunfähig ist,**<sup>65</sup> wobei eine IVF-Behandlung regelmäßig durch die Frau indiziert ist, eine ICSI-Behandlung durch den Mann. Der Anspruch des „kranken“ Versicherungsnehmers erstreckt sich dann aber auch auf sog. extrakorporale Maßnahmen, bei der IVF beispielsweise das Zusammenbringen von Samen- und Eizellen im Reagenzglas. Bei

<sup>58</sup> SG Trier, Aktenzeichen S 4 KR 135/02 vom 10.02.2004

<sup>59</sup> SG Trier, a.a.O.

<sup>60</sup> BSGE 88, 51.

<sup>61</sup> Wirges, Anm. zu LSG Nordrh.-Westf., VersR 2004, 260.

<sup>62</sup> Vgl. BT-Drucks 11/6760, S. 15; BR-Drucks 65/90 S 37.

<sup>63</sup> BSGE 88, 51.

<sup>64</sup> BSGE 88, 51.

<sup>65</sup> BGH, NJW 1998, 824; LG Oldenburg, NJW 1990, 2326; LG Berlin, NVersZ 2001, 22; Bach/Moser, Bearb.: Schoenfeldt/Kalis, § 1 MB/KK, Rn. 55.

einem sterilen männlichen Versicherungsnehmer ist also auch die einhergehende Mitbehandlung der Frau erfasst. Diese Maßnahmen sind notwendiger Bestandteil der „abgestimmten Gesamtbehandlung“.<sup>66</sup> Eine Ausnahme gilt aber für die ICSI-Behandlung, welche nur auf die schlechte Spermienqualität des Mannes zurückzuführen ist, weshalb diese Kosten nur von der PKV des Mannes getragen werden.

### 3. GKV – PKV: Ein Ehegatte ist gesetzlich, der andere privat versichert

Fall a: Nur der gesetzlich versicherte Ehegatte ist fortpflanzungsunfähig, der privat Versicherte ist gesund.

Der gesunde Ehepartner hat aufgrund des Verursacherprinzips keinen Anspruch gegen seine PKV.<sup>67</sup> „Die Ehegatten“ haben einen **Anspruch auf die Leistung ausschließlich gegen die GKV des kranken Ehegatten**. Anderenfalls, so das BSG, bliebe dem betroffenen Ehepaar die in § 27 a Abs. 1 SGB V zugesagte Behandlung im Ergebnis versagt, weil die private Versicherung und/oder Beihilfe des Ehegatten aufgrund des Verursacherprinzips mangels Krankheit nicht einträte. Ein solches Ergebnis lasse sich mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbaren.<sup>68</sup> Der Anspruch erstreckt sich dann auch auf „extrakorporale“ Maßnahmen.<sup>69</sup> In offenem Widerspruch zur dieser Rechtsprechung des BSG setzte sich mit Urteil vom 16.04.2003 aber das SG Mannheim: In der Konstellation „Mann gesetzlich versichert, Frau privat versichert“ seien die Kosten für IVF- und Inseminations-Behandlungen, die an der Frau vorgenommen wurden, von der GKV nicht zu tragen. Die Rechtsprechung des BSG zu Maßnahmen am Körper des anderen Ehegatten beziehe sich nur auf den Fall zweier gesetzlich krankenversicherter Ehegatten. Für einen privatversicherten Teil der Ehegatten sei § 27 a SGB V nicht anwendbar.<sup>70</sup> Diese Rechtsprechung dürfte vor dem BSG keinen Bestand haben, denn im Urteil vom 03.04.2001 ging das BSG gerade von der Konstellation „Mann gesetzlich versichert, Frau privat versichert“ aus und fasste einen Anspruch auf die am Körper der Frau vorgenommenen IVF- und ICSI-Maßnahmen ausdrücklich unter § 27 a SGB V.<sup>71</sup>

Fälle b und c: Der privat versicherte Ehegatte ist fortpflanzungsunfähig, der gesetzlich Versicherte ist gesund. Gilt ebenso für die Konstellation: Beide Ehegatten sind fortpflanzungsunfähig.

Der privat versicherte Ehepartner hat einen **Anspruch auf Kostenersatz gegen seine PKV**, da bei ihm eine linderungsbedürftige „Krankheit“ vorliegt.<sup>72</sup> Der Erstattungsanspruch erstreckt sich auf die Gesamtbehandlung, insbesondere auch auf „extrakorporale“ Maßnahmen (s.o. II.4).<sup>73</sup>

Gleichzeitig bejaht die sozialgerichtliche Rspr. in dieser Konstellation jedoch auch einen **Anspruch gegen die GKV** aus § 27 a SGB V. Der sozialrechtliche Versicherungsfall liegt hier vor. Die GKV könne die Ehegatten daher nicht auf die Einstandspflicht der PKV verweisen.<sup>74</sup> Fraglich ist daher, wie die Konkurrenz der parallel bestehenden versicherungsrechtlichen Ansprüche aufzulösen ist. Der BGH lässt in dieser Konstellation (gesetzlich versicherte Frau „gesund“ – privat versicherter Mann zeugungsunfähig) dahinstehen, ob der Ehefrau des Klägers aus § 27 a SGB V ein Anspruch auf Kostenübernahme für die Behandlung zusteht. Vielmehr bejaht er den Anspruch des privat Versicherten gegen seine PKV, da es jedenfalls keinen eigenen Anspruch des Mannes gegen die gesetzliche Krankenkasse seiner Ehefrau gebe. Auch die Subsidiaritätsklausel des § 5 Abs. 3

<sup>66</sup> BGH, NJW 2004, 1658; zustimmend OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1616; OLG Hamburg v. 15.7.2002, Az. 9 U 22/02

<sup>67</sup> BGH, NJW 1998, 824.

<sup>68</sup> BSGE 88, 51.

<sup>69</sup> BSGE 88, 51.

<sup>70</sup> SG Mannheim, v. 16.4.2003, Az. S 8 KR 2566/02

<sup>71</sup> BSGE 88, 51, dort Nr. 19 a.E.

<sup>72</sup> BGHZ 99, 228; bejahend für diese beiden Konstellationen auch Marlow, VersR 2002, 144.

<sup>73</sup> BGH, NJW 2004, 1658; zustimmend OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1616; OLG Hamburg v. 15.7.2002, Az. 9 U 22/02.

<sup>74</sup> SG Frankfurt a.M. v. 8.3.2004, Az. S 20 KR 888/03; SG Lüneburg v. 22.7.2004, Az. S 9 KR 155/03.

MB/KK greife nicht ein, da sie die Leistungspflicht der PKV nur für den Fall von Ansprüchen gegen die gesetzliche Unfall- oder Rentenversicherung bzw. gegen die gesetzliche Heilfürsorge oder Unfallfürsorge ausschließe, nicht aber bei Ansprüchen gegen die GKV.<sup>75</sup>

Die Gegner dieser Rechtsprechung argumentieren gegen eine Einstandspflicht der PKV wie folgt: Die PKV hafte prinzipiell gerade nicht, wenn kein von ihr zu ersetzender Schaden vorliegt; gem. § 178 a Abs. 2 Satz 1 VVG seien für die PKV, soweit der Versicherungsschutz nach den Grundsätzen der Schadensversicherung gewährt wird (das ist bei der sog. Krankheitskostenversicherung gem. § 1 Abs. 1 lit. a MB/KK der Fall<sup>76</sup>), die §§ 49 bis 51, 55 bis 60 und 62 bis 68a VVG anzuwenden. Damit sei über § 178a VVG das allgemeine versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot des § 55 VVG anwendbar. Die PKV hafte danach nicht, soweit ein Anspruch gegen die GKV besteht, weil insoweit gar kein „Schaden“ gegeben sei. Der Anspruch auf Kostenersatz gegen die PKV sei insoweit gemindert – so urteilte etwa auch das LG Köln für den Fall der Kollision von GKV und PKV in der Person eines einzelnen Versicherungsnehmers.<sup>77</sup> Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass der Anspruch gegen die GKV, anders als in dem vom LG Köln entschiedenen Fall, nicht dem privat Versicherten selbst, sondern dem Ehepartner zusteht. Die PKV hafte nach den Grundsätzen der „Schadensversicherung“. Ein Schaden sei dem privat Versicherten aber nie entstanden, da (bzw. insoweit) die GKV seines Ehepartners die Behandlung der Kinderlosigkeit nach dem „Sachleistungsprinzip“<sup>78</sup> im Voraus gewährt. Wenn die GKV dagegen ausnahmsweise erst nachträglich Kosten erstattet, könne dem privat versicherten Ehepartner zunächst durchaus ein Schaden entstanden sein. Der Anspruch des anderen Ehepartners gegen die GKV sei ihm, sofern keine Gütergemeinschaft vorliegt, auch nicht schadensmindernd anzurechnen. Es sei aber anerkannt, dass für den (in der Sache) selben Versicherungsfall nicht dieselbe Leistung zweimal verlangt werden könne.<sup>79</sup> Es lasse sich vertreten, dass das Gesetz dem gerade durch die §§ 55, 178 a II VVG Rechnung trägt. Ein Anspruch gegen die PKV sei demnach abzulehnen.

Die Lösung des BGH ist jedoch konsequent begründbar, wenn man dem privat Versicherten den Schaden nach dem Gedanken des „normativen Schadens“<sup>80</sup> zuordnet.<sup>81</sup> Allein diese Lösung entspräche wohl der Billigkeit. Weshalb in der Konstellation GKV-Versicherter „krank“ und PKV-Versicherter „gesund“ die PKV auf die Leistungspflicht der GKV, die GKV in umgekehrter Situation aber nicht auf die PKV verweisen können, sondern wiederum die Kosten tragen soll, ist kaum nachzuvollziehen. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre hier wünschenswert.

Für die PKV stellt sich, falls sie die Kosten für die gesamte Behandlung übernommen hat, die Frage, inwiefern sie dafür anteilig Regress nehmen kann: Geht man davon aus, dass die PKV mit oben dargestellter Begründung zur Kostenübernahme nicht verpflichtet gewesen wäre, hat sie gegen ihren Versicherungsnehmer einen Anspruch auf Rückerstattung gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB.<sup>82</sup> Schwieriger gestaltet sich die Frage nach einem Regress der PKV gegen die GKV. Für den Fall der Doppelversicherung ergibt sich ein Gesamtschuldverhältnis aus §§ 59 VVG, 426 Abs. 1 bzw. Abs. 2 (i.V.m. § 1 MB/KK bzw. § 27 a SGB V) BGB auch ohne einheitlichen Entstehungstatbestand (hier sind die Versicherungsfälle unterschiedlich geregelt).<sup>83</sup> Gem. §§ 178 a Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 59 Abs. 2 Satz 1 VVG sind die Versicherer in diesem Fall im Verhältnis zueinander zu Anteilen nach Maßgabe der Beträge verpflichtet, deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber vertragsmäßig obliegt. Haftet die GKV zu 50 % und die PKV zu 100 % liegt ein Innenregress im Verhältnis  $\frac{1}{3}$  zu  $\frac{2}{3}$  nahe. Dies setzt aber voraus, dass mit der Billigkeitslösung die PKV überhaupt haftet. Nach der Gegenmeinung wäre ein Regress aufgrund des § 55 VVG ausgeschlossen. Auch ein direkter Durchgriff gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB kommt dann wegen des „Vorrangs der Leistungskondition“<sup>84</sup> nicht in Betracht.

**Fall d:** Die medizinische Ursache der Fortpflanzungsunfähigkeit kann keinem der beiden Ehepartner zugeordnet werden (sog. idiopathische Sterilität).

In dieser Konstellation kann der Privatversicherte den Versicherungsfall nach § 1 MB/KK nicht beweisen. Die Unaufklärbarkeit der Frage, ob eine Krankheit in der Person des

<sup>75</sup> BGH, NJW 2004, 1658.

<sup>76</sup> Bach/Moser, Bearb.: Bach, § 178 a VVG, Rn. 4.

<sup>77</sup> LG Köln, VersR 1977, 661; Bach/Moser, Bearb.: Schoenfeldt/Kalis, § 5 MB/KK, Rn. 71; Prölss/Martin, Bearb.: Prölss, § 5 MB/KK, Rn. 19.

<sup>78</sup> Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 2. A., 2005, § 16, Rn. 2.

<sup>79</sup> Vgl. BSGE 88, 51.

<sup>80</sup> Erman/G.Kuckuk, 11. A., 2004, vor § 249, Rn. 24; Steffen, NJW 1995, 2057.

<sup>81</sup> So i.Erg. auch Marlow, VersR 2002, 144, 150.

<sup>82</sup> Vgl. Bach/Moser, Bearb.: Schoenfeldt/Kalis, § 5 MB/KK, Rn. 69.

<sup>83</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, 65. A. 2006, § 421, Rn. 9.

<sup>84</sup> Palandt/Sprau, 65. A. 2006, § 812, Rn. 63 ff.

Versicherungsnehmers gegeben ist, geht nach den Regeln über die Beweislastverteilung aber zu dessen Lasten.<sup>85</sup> Die PKV wird eine Zahlung daher im Regelfall ablehnen.

Die Unsicherheit wird hier jedoch durch einen **Anspruch auf die Leistung gegen die GKV** aufgefangen. Die Rechtsprechung hat einen Anspruch gem. § 27 a SGB V auch bei idiopathischer Sterilität bejaht, da § 27 a SGB V nur an die Kinderlosigkeit als solche anknüpft, unabhängig davon, welcher Ehegatte medizinisch Verursacher ist.<sup>86</sup>

4. GKV – Beihilfe / PKV: Ein Ehepartner ist gesetzlich krankenversichert, der andere ist beihilfeberechtigt und ergänzend privat versichert.

In Kollisionsfällen steht der beihilfeberechtigte Beamte wie ein gesetzlich Versicherter, d.h. es kommt ihm zugute, dass der Anspruch nicht an eine medizinisch festgestellte Sterilität bei ihm selbst anknüpft, sondern entsprechend § 27 a Abs. 1 SGB V an die Unfruchtbarkeit des Ehepaares. In der Praxis verweisen die Bezügestellen der Finanzbehörden jedoch mitunter auf § 5 Abs. 4 Nr. 1 BhV, wonach Sachleistungen, welche bereits eine GKV in Natur erbringt, nicht auch noch beihilfefähig sind. Aufwendungen für Maßnahmen, die bei einem gesetzlich versicherten Ehegatten des Beihilfeberechtigten durchgeführt wurden, habe daher gem. § 27 a Abs. 3 SGB V die GKV des Ehegatten zu tragen. Diese Ausführungen sind jedoch insofern irrig, als sie an einen konkurrierenden Anspruch des nicht-beihilfeberechtigten Ehegatten anknüpfen. Vielmehr gilt das oben zu § 27 a Abs. 3 SGB V Ausgeführte: Der Anspruch des Beihilfeberechtigten für die Leistungen, auch soweit sie „an“ dem anderen Ehegatten vorgenommen wurden, wird durch dessen Anspruch gegen seine GKV nicht berührt. Die Zuständigkeitsverteilung unter Kassen bzw. Beihilfe in § 27 a Abs. 3 Satz 3 SGB V i.V.m. Nr. 3 der Richtlinien über künstliche Befruchtung berührt nicht die Leistungsansprüche der Ehegatten, sondern nur den Innenregress zwischen Beihilfe und GKV. Die Bezügestelle kann dem Beihilfeberechtigten daher nicht entgegenhalten, sein Beihilfeanspruch sei durch den Anspruch des anderen Ehegatten gegen dessen GKV gemindert.

---

<sup>85</sup> LG Berlin, NVersZ 2001, 22.

<sup>86</sup> BSGE 88, 62, 64 f.; BSGE 88, 51, 55 f.; SG Magdeburg v. 27.5.2003, Az. S 6 KR 422/02; SG Magdeburg v. 6.11.2003, Az. S 16 KR 255/03; Fastabend / Schneider, Das Leistungsrecht der GKV, 2004, S. 248.