

# **VGH Baden-Württemberg Urteil vom 29.6.2009, 4 S 1028/07**

Beihilfe für Aufwendungen im Rahmen der bei der Lebenspartnerin eines Beamten durchgeführten künstlichen Befruchtung

Leitsätze

1. Die In-vitro-Fertilisation in Kombination mit der intracytoplasmatischen Spermieninjektion (IVF-/ICSI-Behandlung) ist im Falle einer Fertilitätsstörung auch dann eine zur Behandlung einer Krankheit notwendige medizinische Leistung, wenn sie bei nicht verheirateten Partnern der Herbeiführung einer Schwangerschaft dient. Eine selbstbestimmte Entscheidungsbefugnis für ein gemeinsames Kind steht auch nichtehelichen Lebenspartnern zu (im Anschluss an BFH, Urteil vom 10.05.2007 - III R 47/05 -, NJW 2007, 3596).

2. Zur Frage, ob der Ausschluss der Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für eine IVF-/ICSI-Behandlung bei nicht verheirateten Beamten mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 28.02.2007 - 1 BvL 5/03 -, BVerfGE 117, 316).

3. Ein Leistungsausschluss für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung bei unverheirateten Beamten kann nicht durch eine Verwaltungsvorschrift festgesetzt werden, da er sich nicht zumindest dem Grunde nach bereits aus dem „Programm“ der Beihilfevorschriften des Landes selbst ergibt. Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO ist daher insoweit unwirksam.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 17. August 2005 - 17 K 4959/04 - geändert. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Beihilfe für die mit Antrag vom 30.07.2004 geltend gemachten Aufwendungen zu gewähren. Der Bescheid des Landesamts für Besoldung und Versorgung Baden-Württemberg vom 18.08.2004 sowie dessen Widerspruchsbescheid vom 15.11.2004 werden aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Der Kläger begehrt vom Beklagten Beihilfe für eine künstliche Befruchtung.
- 2 Er ist Professor im Dienst des Beklagten und zu 50 % beihilfeberechtigt. Mit Antrag vom 30.07.2004 beehrte er vom Beklagten Beihilfe für Aufwendungen im Rahmen der

bei seiner Lebenspartnerin durchgeführten künstlichen Befruchtung in Höhe von insgesamt 9.334,44 EUR (richtig: 10.133,82 EUR). Mit Bescheid vom 18.08.2004 lehnte das Landesamt für Besoldung und Versorgung Baden-Württemberg die Erstattung ab und führt er aus, beihilfefähig seien nur Aufwendungen, die bei der Befruchtung mit Sperma des Ehemanns entstünden. Den mit Schreiben vom 25.08.2004 erhobenen Widerspruch des Klägers wies das Landesamt für Besoldung und Versorgung mit Widerspruchsbescheid vom 15.11.2004 zurück.

- 3 Am 15.12.2004 hat der Kläger beim Verwaltungsgericht Stuttgart Klage erhoben und beantragt, den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids des Landesamts für Besoldung und Versorgung Baden-Württemberg vom 18.08.2004 und dessen Widerspruchsbescheids vom 15.11.2004 zu verpflichten, ihm aufgrund seines Antrags vom 30.07.2004 Beihilfe zu gewähren. Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 17.08.2005 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO i.V.m. Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums zu § 6 BVO seien Aufwendungen für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung bei homologer Insemination (Befruchtung mit Sperma des Ehemanns) und homologer In-vitro-Fertilisation (extrakorporal) nach näheren Maßgaben beihilfefähig. Nicht beihilfefähig seien Aufwendungen für die heterologe Insemination oder heterologe In-vitro-Fertilisation (Befruchtung mit Sperma eines anderen als des Ehemanns). Art, Ausmaß und Begrenzung der Hilfe, die der Dienstherr dem Beamten gewähre, müssten sich aus dem Gesamtzusammenhang der Beihilfavorschriften als „Programm“ ergeben. Soweit zur Beihilfeverordnung Verwaltungsvorschriften oder Erlasse ergingen, müssten sich diese im Rahmen des normativen Programms halten. Sie dürften auch die Ausübung eines etwas vorhandenen Ermessens- oder Beurteilungsspielraums lenken. Insoweit ergebe sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO i.V.m. Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zur § 6 BVO, dass Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung bei Paaren, die nicht miteinander verheiratet seien, ausgeschlossen sein sollten. Dieser Ausschluss decke sich auch mit dem „Programm“ der Beihilfavorschriften. Die Regelung der Nichtbeihilfefähigkeit der heterologen Insemination oder heterologen In-vitro-Fertilisation in Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift habe nicht nur diejenigen Fälle im Blick, in denen sich die Frau einer entsprechenden Behandlung unterziehe. Vielmehr lasse sich in die Umschreibung auch der Fall der Behandlung des Mannes einordnen. Nichts anderes ergebe sich aus der positiven Regelung hinsichtlich der Beihilfefähigkeit homologer In-vitro-Fertilisation und homologer Insemination. Unstreitig sei die auf einem OAT-Syndrom beruhende Zeugungsunfähigkeit des Klägers ein regelwidriger Körperzustand, der einer Behandlung zugänglich sei, die einen Funktionsausgleich schaffe. Für die homologe Insemination und In-vitro-Fertilisation habe dies auch Niederschlag in der Beihilfeverordnung gefunden. Es widerspreche nicht dem Programm der Beihilferegelungen, heterologe Behandlungsmethoden aus der Beihilfefähigkeit auszunehmen. Auch ein Verstoß gegen das Fürsorgeprinzip sei nicht erkennbar.
- 4 Zum Programm der Beihilferegelung gehöre gemäß § 5 Abs. 1 BVO, dass dem Grunde nach notwendige Aufwendungen in angemessenem Umfang beihilfefähig seien, und dass unter anderem Ehegatten berücksichtigungsfähig seien. Dem entspreche es, Notwendigkeit und Angemessenheit zu verneinen, soweit der Fortpflanzungswunsch außerhalb der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Ehe und Familie bestehe. Nichtehelichen Lebensgemeinschaften und sonstigen Lebensformen fehle das formale Element, weshalb sie nicht unter den Begriff der Ehe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG fielen. Die Schutzwirkung des Art. 6 Abs. 1 GG greife auch dann nicht ein, wenn nicht miteinander verheiratete Partner den Wunsch hätten, Kinder zu zeugen. Ein

weitergehendes, auch den Kinderwunsch nichtehelicher Paare beihilferechtlich berücksichtigendes Programm der Beihilfeverordnung lasse sich nicht daraus ableiten, dass § 3 Abs. 1 Satz 2 BVO die Mutter eines nichtehelichen Kindes des Beihilfeberechtigten im Hinblick auf die Geburt des Kindes als berücksichtigungsfähige Angehörige bezeichne. Vielmehr sei diese Regelung Ausfluss der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, der damit den amtsangemessenen Lebensunterhalt des Beamten im Hinblick auf die finanzielle Belastung im Zusammenhang mit der anstehenden Geburt seines Kindes sicherstellen wolle.

- 5 Der Dienstherr habe bei der Erfüllung seiner Fürsorgepflicht einen Spielraum, der nicht die lückenlose Erstattung der Aufwendungen gebiete. In Fällen, in denen die Beihilferegulungen die Gewährung einer Beihilfe ausschließen oder begrenzen, komme ein Zurückgreifen auf die allgemeine Fürsorgepflicht ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn diese andernfalls in ihrem Wesensgehalt verletzt sei. Dies sei nicht der Fall. Es sei mit dem Fürsorgeprinzip nicht schlechterdings unvereinbar, die Erstattung von Aufwendungen für Insemination oder In-vitro-Fertilisation von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass die potentiellen Eltern miteinander verheiratet seien, mithin in diesem Fall die Fürsorgepflicht an Art. 6 GG zu orientieren.
- 6 Auf den Antrag des Klägers hat der Senat mit Beschluss vom 30.04.2007 - 4 S 2530/05 - die Berufung zugelassen. Nach Verlängerung der Begründungsfrist hat der Kläger die Berufung am 06.07.2007 begründet. Er trägt vor, der Beklagte sei verpflichtet, ihm Beihilfe für die In-vitro-Fertilisation, oder präziser ICSI (intracytoplasmatische Spermieninjektion), zu gewähren, weil eine Ungleichbehandlung von verheirateten und unverheirateten Paaren bei der Behandlung einer Krankheit gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoße und mit dem System der Beihilfe nicht vereinbar sei. Voraussetzung für die Gewährung einer Beihilfe sei, dass diese aus Anlass einer Krankheit entstanden sei. Seine auf einem OAT-Syndrom beruhende Einschränkung der Zeugungsfähigkeit sei unstreitig eine Krankheit. Aufwendungen für eine künstliche Befruchtung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO i.V.m. Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums zu § 6 BVO seien bei homologer In-vitro-Fertilisation daher vom Grundsatz her erstattungsfähig. Der Ausschluss der Beihilfegewährung für diese Behandlung sei bei nicht miteinander verheirateten Paaren nicht durch den dem Dienstherrn eingeräumten Spielraum bei der Erfüllung seiner Fürsorgepflicht gedeckt. Das Verwaltungsgericht verkenne, dass der Dienstherr bei Vorliegen einer Krankheit zur Erstattung von Aufwendungen für anerkannte Methoden der Heilung zwischen miteinander verheirateten und nicht verheirateten Paaren keine Unterscheidung treffen dürfe. Dies folge aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.02.2007 und gelte nicht nur für das System der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern auch im Rahmen der Fürsorgepflicht des Dienstherrn bei der Beihilfe. Die Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs in seinem Beschluss vom 16.12.2004, wonach es sachgerecht sei, den Vollzug der beihilferechtlichen Vorschriften von der Feststellung einer nichtehelichen Partnerschaft abhängig zu machen, sei überholt.
- 7 Der Ausschlussgrund Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO sei bereits nach seinem Wortlaut nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar. Gemeint sei vielmehr nur der Fall, dass bei einer verheirateten und beihilfeberechtigten Frau eine künstliche Befruchtung mit dem Sperma eines anderen als des eigenen Ehemanns durchgeführt werde. Sein Fall unterscheide sich dadurch, dass er selbst beihilfeberechtigt und medizinisch zeugungsfähig sei, aber eben nur über den Weg einer

künstlichen Befruchtung seiner Partnerin mit seinem Sperma. Diesen Fall erfasse die Verwaltungsvorschrift nicht. Praktische Probleme bei der Feststellung einer nichtehelichen Partnerschaft stellten sich in seinem Fall nicht, da er primär Aufwendungen geltend mache, die bei der Behandlung seiner eigenen Krankheit entstanden seien. In welcher Beziehung er zu seiner Partnerin stehe, sei dabei völlig unerheblich. Im Übrigen kenne das Beihilferecht durchaus Fälle, in denen auch in nichtehelicher Lebensgemeinschaft eine Beihilfeberechtigung des Partners gegeben sei. So sei im Falle der Geburt eines Kindes die nichteheliche Partnerin des Beihilfeberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 BVO selbst beihilfeberechtigt. Im Übrigen genieße die nichteheliche Lebensgemeinschaft den Schutz der Art. 1, 2, 3 und 9 GG. Mit diesen Vorgaben sei ein genereller Ausschluss der Aufwendungen zur Beseitigung seiner Krankheit nicht vereinbar. Außerdem seien auch seine Grundrechte und die seiner Partnerin aus der Konvention zum Schutze der Grundfreiheiten und Menschenrechte (EMRK) verletzt, und zwar vor allem die Art. 6, 12 und 14 EMRK. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte habe den Begriff der Familie in einem ähnlich weiten Sinn interpretiert wie das Bundesverfassungsgericht und in wichtigen Entscheidungen auch die Bereitschaft zu weiterer richterlicher Rechtsfortbildung erkennen lassen. Der Kinderwunsch nicht verheirateter Ehepaare falle in den Schutzbereich des Art. 12 EMRK und der generelle Ausschluss der Beihilfefähigkeit stelle zusätzlich eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung im Sinne des Art. 14 EMRK dar.

- 8 Der Kläger beantragt,
- 9 das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 17. August 2005 - 17 K 4959/04 - zu ändern und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids des Landesamts für Besoldung und Versorgung Baden-Württemberg vom 18.08.2004 und dessen Widerspruchsbescheids vom 15.11.2004 zu verpflichten, ihm Beihilfe für die mit Antrag vom 30.07.2004 geltend gemachten Aufwendungen zu gewähren.
- 10 Der Beklagte beantragt,
- 11 die Berufung zurückzuweisen.
- 12 Er verteidigt die angegriffene Entscheidung und trägt ergänzend vor, die Beihilfefähigkeit der geltend gemachten Aufwendungen scheitere daran, dass der Kläger im Zeitpunkt der Durchführung der Behandlung mit seiner Lebenspartnerin nicht verheiratet gewesen sei. Die Ungleichbehandlung von verheirateten und unverheirateten Paaren bei Erstattung von Aufwendungen der künstlichen Befruchtung sei mit dem System der Beihilfe vereinbar. Eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu verheirateten beihilfeberechtigten Personen sei daher sachlich gerechtfertigt. Dies ergebe sich aus den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 28.02.2007. Der Ausschluss der Beihilfegewährung bei Maßnahmen der künstlichen Befruchtung bei nicht miteinander verheirateten Paaren sei durch den dem Dienstherrn eingeräumten Spielraum bei der Erfüllung seiner Fürsorgepflicht abgedeckt. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, wonach die Anknüpfung an den Familienstand einen einfachen Vollzug gewährleiste, sei nicht durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überholt. Würde der Vollzug der beihilferechtlichen Vorschriften von der Feststellung einer nichtehelichen Partnerschaft abhängig gemacht werden, müsste die Beihilfestelle in das Privatleben der Beihilfeberechtigten eindringen. Der Ausschlussgrund nach Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift sei im Falle des Klägers

einschlägig. Eine Beschränkung auf die künstliche Befruchtung bei einer verheirateten und beihilfeberechtigten Frau sei schon dem Wortlaut nach nicht ersichtlich. Auch die Regelung in § 3 Abs. 1 BVO führe nicht zur Beihilfefähigkeit der vom Kläger geltend gemachten Aufwendungen. Diese Regelung sei Ausfluss der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, der damit den angemessenen Lebensunterhalt des Beamten im Hinblick auf die finanzielle Belastung im Zusammenhang mit der anstehenden Geburt seines Kindes sicherstellen wolle. Dagegen gebiete es die Fürsorgepflicht nicht, darüber hinaus auch den amtsangemessenen Lebensunterhalt des unverheirateten Beamten im Hinblick auf die finanzielle Belastung im Zusammenhang mit dem Kinderwunsch sicherzustellen. Ein Anspruch auf die Beihilfefähigkeit der streitgegenständlichen künstlichen Befruchtung könne weder aus Art. 6 GG noch aus anderen Artikeln der Verfassung oder der EMRK abgeleitet werden. Der Dienstherr dürfe vielmehr die Fürsorgepflicht an Art. 6 GG orientieren.

- 13 Der Ausschlussgrund nach Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO schränke die Norm des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO nicht ein, sondern konkretisiere sie. Dabei halte er sich im Rahmen des normativen Programms der Beihilfevorschriften und Sorge für eine einfache und gleichartige Handhabung. Unabhängig davon dürften Verwaltungsvorschriften auch die Ausübung eines etwa vorhandenen Beurteilungsspielraums lenken. Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO ordne die Aufwendungen einer künstlichen Befruchtung stets der Ehefrau zu, während Aufwendungen für eine ICSI regelmäßig dem Ehemann zuzurechnen seien. Damit führe die Vorschrift den von Art. 6 GG vorgegebenen Schutz von Ehe und Familie fort und stehe im Einklang mit dem Aufbau und dem Grundsatzprogramm der Beihilfevorschriften. Denn gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVO seien berücksichtigungsfähige Angehörige nur die Ehegatten der Beihilfeberechtigten, nicht hingegen deren Lebenspartner. Im Hinblick darauf würde eine Gerichtsentscheidung, die Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO entgegenstehe, zumindest teilweise ins Leere laufen, da nämlich zu berücksichtigen sei, dass bei den streitgegenständlichen Rechnungen zumindest teilweise die Lebenspartnerin des Klägers Patientin gewesen sei. Für die bei ihr entstandenen Aufwendungen fehle es an der Berücksichtigungsfähigkeit. Auch in der gesetzlichen Krankenversicherung würden medizinische Leistungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nur dann erfasst, wenn die Personen, die diese Maßnahmen in Anspruch nehmen wollten, miteinander verheiratet seien.
- 14 Die Akten des Landesamts für Besoldung und Versorgung Baden-Württemberg und die Gerichtsakten des Verwaltungsgerichts Stuttgarts waren Gegenstand des Verfahrens. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird hierauf und auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

#### Entscheidungsgründe

- 15 Der Senat entscheidet mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung (§§ 125 Abs. 1, 101 Abs. 2 VwGO).
- 16 Die Berufung des Klägers ist nach der Zulassung durch den Senat statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist auch begründet. Das Verwaltungsgericht Stuttgart hat die - zulässige - Klage zu Unrecht abgewiesen. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Gewährung von Beihilfe zu den mit Antrag vom 30.07.2004 geltend gemachten

Aufwendungen für die künstliche Befruchtung zu (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

- 17 Für die rechtliche Beurteilung beihilferechtlicher Streitigkeiten ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen (hier: Juni 2003 bis Februar 2004) maßgeblich, für die Beihilfe verlangt wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 15.12.2005, Buchholz 270 § 5 BhV Nr. 17, m.w.N.). Hinsichtlich der hier anzuwendenden Bestimmungen sind keine abweichenden Regelungen getroffen. Anspruchsgrundlage sind danach §§ 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung des Finanzministeriums über die Gewährung von Beihilfe in Geburts-, Krankheits-, Pflege- und Todesfällen - Beihilfeverordnung - BVO - vom 28.07.1995 (GBl. S. 561) in der Fassung der Verordnung vom 20.02.2003 (GBl. S. 125). Die Beihilfeverordnung ist auf der Grundlage des § 101 LBG in der Fassung vom 19.03.1996 (GBl. S. 286) erlassen worden. Nach dieser Vorschrift wird den Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten, Witvern und Waisen zu Aufwendungen in Ge-burts-, Krankheits-, Pflege- und Todesfällen sowie zur Gesundheitsvorsorge Beihilfe gewährt, solange ihnen laufende Besoldungs- oder Versorgungsbezüge zustehen. Das Nähere regelt das Finanzministerium im Einvernehmen mit dem Innenministerium durch Rechtsverordnung. Dabei ist insbesondere zu bestimmen, welche Personen beihilfeberechtigt und welche Personen berücksichtigungsfähig sind (Nr. 1); welche Aufwendungen beihilfefähig sind, wobei kleinere gesetzliche Kostenanteile sowie Kosten des Besuchs vorschulischer oder schulischer Einrichtungen und von berufsfördernden Maßnahmen nicht einbezogen werden dürfen (Nr. 2); unter welchen Voraussetzungen eine Beihilfe zu gewähren ist oder gewährt werden kann (Nr. 3); wie die Beihilfe zu bemessen ist (...) (Nr. 4) und wie übergangsweise die Gemeinden, Landkreise und die sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts die zu leistende Beihilfe über eine Versicherung gewähren können (Nr. 5).
- 18 Die Gewährung von Beihilfe gehört zwar nicht selbst zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, ist jedoch Ausfluss der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, die ihrerseits zu diesen Grundsätzen gehört und damit verfassungsrechtlich gewährleistet ist (Art. 33 Abs. 5 GG). Danach hat der Dienstherr Vorkehrungen zu treffen, dass der amtsangemessene Lebensunterhalt des Beamten bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Pflege-, Geburts- und Todesfälle nicht gefährdet wird (BVerwG, Urteil vom 03.07.2003 - 2 C 36.02 -, BVerwGE 118, 277 m.w.N.). Es steht ihm frei, entweder die Dienstbezüge des Beamten so zu bemessen, dass er in der Lage ist, die ihm und seiner Familie entstehenden Kosten medizinischer Heilbehandlungen durch eigene Vorsorge abzudecken, oder dem Beamten freie Heilfürsorge oder Zuschüsse zu gewähren oder aber verschiedene Möglichkeiten miteinander zu kombinieren. Entscheidet sich der Dienstherr - wie hier der Beklagte - für die Lösung, die Dienstbezüge entsprechend zu bemessen und ergänzend Beihilfe zu gewähren, so muss er gewährleisten, dass der Beamte nicht mit erheblichen Aufwendungen belastet bleibt, die er auch über eine ihm zumutbare Eigenbeteiligung nicht absichern kann (BVerwG, Urteil vom 30.10.2003 - 2 C 26.02 -, BVerwGE 119, 168).
- 19 Damit dienen auch die für die Ausgestaltung der Beihilfe erlassenen Vorschriften der Konkretisierung der Fürsorgepflicht. Art, Ausmaß und Begrenzung der Hilfe, die der Dienstherr dem Beamten gewährt, müssen sich aus dem Gesamtzusammenhang der Beihilfevorschriften als „Programm“ ergeben. Soweit zur Beihilfeverordnung als Rechtsverordnung des Landes Verwaltungsvorschriften oder Erlasse ergehen, müssen sich diese im Rahmen des normativen Programms halten, dieses also konkretisieren und

Zweifelsfälle im Interesse einer einfachen und gleichartigen Handhabung klären. Sie dürfen auch die Ausübung eines etwa vorhandenen Ermessens- oder Beurteilungsspielraums lenken (BVerwG, Urteil vom 30.10.2003, a.a.O.; Beschluss vom 31.08.2006 - 2 B 41.06 -, Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 14).

- 20 Nach § 5 Abs. 1 BVO sind Aufwendungen beihilfefähig, wenn sie dem Grunde nach notwendig und soweit sie der Höhe nach angemessen sind. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO sind aus Anlass einer Krankheit beihilfefähig unter anderem die Aufwendungen für gesondert erbrachte und berechnete ärztliche Leistungen.
- 21 Die In-vitro-Fertilisation in Kombination mit der intracytoplasmatischen Spermieninjektion (IVF-/ICSI-Behandlung) ist eine zur Behandlung einer Krankheit spezifisch erforderliche medizinische Leistung. Die beim Kläger diagnostizierte organisch bedingte erhebliche Einschränkung der Fertilität aufgrund einer Kryptozoospermie bzw. eines OAT-Syndroms III. Grades stellt einen regelwidrigen Körperzustand dar, der von der generell bestehenden Fortpflanzungsfähigkeit erwachsener Menschen als Normalzustand abweicht und daher als Krankheit im Sinne des Beihilferechts anzusehen ist (BVerwG, Urteil vom 27.11.2003 - 2 C 38.02 -, BVerwGE 119, 265; BGH, Urteile vom 17.12.1986 - IVa ZR 78/85 -, BGHZ 99, 228, und vom 13.09.2006 - IV ZR 133/05 -, NJW 2006, 3560; Senatsbeschluss vom 28.10.2005 - 4 S 2627/04 - ESVGH 56, 128; VG Berlin, Urteil vom 11.09.2007 - 28 A 274.05 -, Juris). Unerheblich ist, dass mit den ärztlichen Maßnahmen nicht bezweckt ist, die Ursachen der Fertilitätsstörung zu beseitigen oder Schmerzen und Beschwerden zu lindern. Denn dem Begriff der Linderung einer Krankheit wohnt gerade nicht inne, dass damit auch eine Behebung ihrer Ursachen verbunden ist. Von der Linderung einer Krankheit kann vielmehr schon dann gesprochen werden, wenn die ärztliche Tätigkeit auf die Abschwächung oder eine partielle oder völlige Unterbindung oder Beseitigung von Krankheitsfolgen gerichtet ist oder eine Ersatzfunktion für ein ausgefallenes Organ bezweckt wird. Letzteres ist hier der Fall. Die intracytoplasmatische Spermieninjektion ersetzt die gestörte Fertilität der Spermien durch einen ärztlichen Eingriff, um dadurch die organisch bedingte Unfruchtbarkeit eines Mannes zu überwinden und eine Schwangerschaft zu ermöglichen. Die ärztlichen Maßnahmen dienen daher in ihrer Gesamtheit dem Zweck, die durch Krankheit behinderte Körperfunktion beim Kläger zu ersetzen (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 27.10.1993 - 11 S 498/93 -, Juris; BGH, Urteil vom 03.03.2004 - IV ZR 25/03 -, NJW 2004, 1658). Dies schließt die bei der - unstreitig gesunden - Lebenspartnerin des Klägers durchzuführenden Behandlungsschritte, d.h. deren Hormonbehandlung mit dem Ziel der Heranreifeung mehrerer Eizellen, die operative Eizellgewinnung mittels Follikelpunktion und den Embryotransfer nach Beendigung der Befruchtung, ein. Denn wegen der biologischen Zusammenhänge kann - anders als bei anderen Erkrankungen - durch eine medizinische Behandlung allein des Klägers kein Heilungserfolg eintreten (BGH, Urteil vom 03.03.2004, a.a.O.; Senatsbeschluss vom 28.10.2005, a.a.O.; Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 04.09.2008 - 5 LA 198/07 -, NVwZ-RR 2009, 296; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 12.11.2007 - 1 A 2537/06 -, Juris). Daher sind die gesamten Maßnahmen im Rahmen der künstlichen Befruchtung dem Kläger zuzurechnen. Dies hat der Beklagte zumindest im erstinstanzlichen Verfahren auch nicht in Frage gestellt.
- 22 Der Umstand, dass medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht als Behandlung einer Krankheit angesehen werden, sondern in § 27a SGB V als „eigenständiger Versicherungsfall“ den

für Krankheiten geltenden Regelungen des Fünften Sozialgesetzbuchs lediglich unterstellt sind, rechtfertigt keine andere Beurteilung (vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 28.02.2007 - 1 BvL 5/03 -, BVerfGE 117, 316, und Beschluss vom 27.02.2009 - 1 BvR 2982/07 -, FamRZ 2009, 761; BSG, Urteil vom 03.03.2001 - B 1 KR 40/00 R -, BSGE 88, 62). Denn zwischen den Systemen der Beihilfe und der gesetzlichen Krankenversicherung bestehen grundlegende Strukturunterschiede, die es ausschließen, einzelne Strukturelemente aus dem System der gesetzlichen Krankenversicherung ohne ausdrückliche Regelung in das System der Beihilfe zu übertragen. Eine Anknüpfung an die Systematik des § 27a SGB V, wie sie sich in den Beihilfevorschriften des Bundes und anderer Länder findet, ist zwar grundsätzlich möglich. Weder die hier anzuwendende noch die derzeit geltende Fassung der Beihilfeverordnung des Beklagten sehen aber Derartiges vor. Aus Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums Baden-Württemberg zu § 6 BVO vom 23.04.1996 (GABl. S. 371) ergibt sich vielmehr, dass die künstliche Befruchtung im System der Beihilfe als Maßnahme zur Behandlung einer Krankheit angesehen wird.

- 23 Der Annahme, dass die IVF-/ICSI-Behandlung der Behandlung einer Krankheit im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO dient und insoweit notwendig ist, steht auch nicht entgegen, dass es sich um eine so genannte heterologe IVF-/ICSI-Behandlung handelt, also eine künstlichen Befruchtung zwischen nicht verheirateten Partnern. Denn das Vorliegen eines anomalen körperlichen Zustands hängt nicht von der Existenz einer Ehe ab. Eine eingeschränkte Zeugungsfähigkeit - die objektiv und nach allgemeinem Verständnis und Sprachgebrauch als regelwidriger Körperzustand anzusehen ist - liegt unabhängig vom Bestehen einer Ehe vor und verändert sich nicht je nachdem, ob eine eheliche oder nichteheliche Lebensgemeinschaft besteht (LG Berlin, Urteil vom 24.02.2004 - 7 O 433/02 -, RuS 2004, 203). Zwar wird die Auffassung vertreten, dass die Fortpflanzungsfähigkeit nur für Ehepartner, die sich in Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts gemeinsam für ein eigenes Kind entscheiden, eine biologisch notwendige Körperfunktion ist (so LG Düsseldorf, Urteil vom 08.02.2007 - 11 O 297/06 -, Juris; ebenso Bayerischer VGH, Urteil vom 30.03.1993 - 3 B 92.2829 -, ZBR 1993, 279; OVG Berlin, Urteil vom 28.10.2003 - 4 B 3.03 -, Juris; offen gelassen BGH, Urteil vom 17.12.1986, a.a.O.). Dem vermag der Senat jedoch nicht zu folgen. Eine selbstbestimmte Entscheidungsbefugnis für ein gemeinsames Kind steht nichtehelichen Lebenspartnern nach den gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen ebenso zu wie Ehepartnern. Auch können erhebliche Einschränkungen des Selbstwertgefühls und schwerwiegende Konflikte bis hin zu seelischen Erkrankungen nichteheliche Partner, die in einer festen Partnerschaft leben, genauso treffen. Denn Kinder zu haben und aufzuziehen, bedeutet - unabhängig vom Familienstand - für viele Menschen eine zentrale Sinngebung ihres Lebens (BFH, Urteil vom 10.05.2007 - III R 47/05 -, NJW 2007, 3596).
- 24 Die Beihilfefähigkeit der geltend gemachten Aufwendungen wird durch Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO nicht ausgeschlossen. In diesem „Hinweis“ ist bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Aufwendungen für homologe Insemination und homologe In-vitro-Fertilisation (Befruchtung mit Sperma des Ehemanns) beihilfefähig sind. Nicht beihilfefähig sind nach dieser Regelung Aufwendungen für heterologe Insemination und heterologe In-vitro-Fertilisation (Befruchtung mit Sperma eines anderen als des Ehemanns). Dabei beschränkt sich der Ausschlussgrund entgegen der Ansicht des Klägers nicht auf die Fälle, in denen bei einer verheirateten und beihilfeberechtigten Frau eine künstliche Befruchtung durchgeführt wird. Zwar ist die in Parenthese erfolgte Präzisierung des Begriffs der

heterologen Befruchtung dem Wortlaut nach nur auf die (Ehe-) Frau bezogen. Dies beruht indes darauf, dass jede Behandlung einer Fertilitätsstörung, unabhängig davon, ob die Ursache dafür beim Mann oder bei der Frau liegt, im Ergebnis die Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Frau zum Ziel hat. Da sich die Ausschlussregelung - ohne Einschränkung hinsichtlich der betroffenen Person - insgesamt auf Maßnahmen der künstlichen Befruchtung bezieht, sind damit auch die Fälle erfasst, in denen der beihilfeberechtigte Mann aufgrund seiner Erkrankung nur im Wege der künstlichen Befruchtung in der Lage ist, ein Kind zu zeugen. Die Unterscheidung zwischen homologer und heterologer Befruchtung erfolgt in diesem Fall danach, ob der Samen des „erkrankten“ Mannes zur Befruchtung seiner Ehefrau vorgesehen ist oder zur Befruchtung einer Frau, mit der er nicht verheiratet ist.

- 25 Die Verwaltungsvorschrift kann aber weder das Gericht binden noch einen Rechtsanspruch des Beamten ausschließen, der sich aus den Vorschriften der Beihilfeverordnung selbst ergibt (BVerwG, Urteil vom 30.10.2003, a.a.O.).
- 26 Es erscheint bereits fraglich, ob der Ausschluss der Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für eine IVF-/ICSI-Behandlung bei nichtverheirateten Beamten mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 27a Abs. 1 SGB V ausgeführt, es wäre nicht zu rechtfertigen, Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft im System der gesetzlichen Krankenversicherung von der Sachleistung einer Maßnahme der künstlichen Befruchtung auszuschließen, wenn diese medizinischen Maßnahmen der Beseitigung einer Krankheit dienen; eine Vorschrift, die eine solche Leistung der gesetzlichen Krankenkasse nur Verheirateten, aber nicht unverheirateten Personen zugute kommen ließe, hätte vor Art. 3 Abs. 1 GG keinen Bestand. Die Regelung in § 27a Abs. 1 SGB V hat das Bundesverfassungsgericht dennoch gebilligt, weil der Gesetzgeber Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nicht als Behandlung einer Krankheit angesehen, sondern hierfür einen eigenständigen Versicherungsfall geschaffen habe (BVerfG, Urteil vom 28.02.2007, a.a.O.). Dies ist nach der Beihilfeverordnung - wie ausgeführt - anders. Die künstliche Befruchtung wird hier den Maßnahmen zur Behandlung einer Krankheit zugeordnet. Ob die Erwägung des Beklagten, die Feststellung des Bestehens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft könne zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen und unter Umständen ein Eindringen in das Privatleben des Beihilfeberechtigten erfordern, einen tragfähigen Grund für die Ungleichbehandlung von unverheirateten Beamten darstellen könnte, kann indes offen bleiben. Denn die Entscheidung, unverheirateten Beamten für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung keine Beihilfe zu gewähren, kann jedenfalls nicht im Wege einer Verwaltungsvorschrift getroffen werden.
- 27 Die Vorschrift des § 6 Abs. 2 BVO berechtigt nur zum Erlass von Verwaltungsvorschriften, welche die Beihilfefähigkeit von näher bezeichneten Aufwendungen, die nicht zweifelsfrei notwendig oder nach Umfang oder Höhe angemessen sind, ganz oder teilweise von einer vorherigen Anerkennung abhängig machen, begrenzen oder ausschließen. Dies betrifft Aufwendungen für wissenschaftlich nicht allgemein anerkannte Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden sowie Materialien, Arznei- und Verbandmittel (Nr. 1), Aufwendungen für nicht in den Gebührenverzeichnissen der Gebührenordnungen der Bundesregierung aufgeführte ärztliche, psychotherapeutische oder zahnärztliche Leistungen (Nr. 2) und Aufwendungen für Heilbehandlungen nach Absatz 1 Nr. 3, Behandlungen von Heilpraktikern und psychotherapeutische oder ähnliche Behandlungen (Nr. 3). Hierunter

fallen die streitgegenständlichen Maßnahmen der künstlichen Befruchtung nicht, insbesondere sind die In-vitro-Fertilisation und die intracytoplasmatische Spermieninjektion als wissenschaftlich allgemein anerkannte Behandlungsmethoden einzustufen (BGH, Urteil vom 17.12.1986, a.a.O.). Darüber hinaus dürfen Verwaltungsvorschriften das normativ vorgegebene „Programm“ der Beihilfevorschriften lediglich norminterpretierend konkretisieren und Zweifelsfälle im Interesse einer einfachen und gleichartigen Handhabung klären und auch die Ausübung eines etwa vorhandenen Ermessens- oder Beurteilungsspielraums lenken. Sie dürfen dagegen nicht Leistungsausschlüsse oder Leistungsbegrenzungen festsetzen, die sich nicht bereits zumindest dem Grunde nach aus dem „Programm“ der Beihilfevorschriften selbst ergeben. Die Entscheidung darüber, welche Behandlungsmethoden oder Arzneien jeweils ausgeschlossen oder dem Aufwand nach begrenzt sind, kann nicht ohne jegliche bindende Vorgabe in die Zuständigkeit des Vorschriftenanwenders übertragen werden (BVerwG, Urteil vom 30.10.2003, a.a.O., und Beschluss vom 31.08.2006 - 2 B 41.06 -, Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 14).

- 28 Mit diesen Grundsätzen unvereinbar ist ein Ausschluss der Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für eine künstliche Befruchtung bei unverheirateten Beamten, wie ihn Nr. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BVO vorsieht. Erfüllt der Beamte, dem eine ärztliche Leistung zur Linderung eines krankheitsbedingten Leidens oder - wie hier - zum Ausgleich eines körperlichen Mangels erbracht wird, die in §§ 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 BVO aufgestellten Voraussetzungen, so steht ihm nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BVO ein gesetzlicher Rechtsanspruch auf die Beihilfe zu, der durch Verwaltungsvorschriften nicht ausgeschlossen werden kann.
- 29 Die Erwägung des Beklagten, die Beihilfefähigkeit von Maßnahmen der künstlichen Befruchtung aus Gründen einer einfachen und gleichartigen Handhabung und damit zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten auf Ehepartner zu beschränken, rechtfertigt die Regelung im Wege einer Verwaltungsvorschrift nicht. Denn die Anknüpfung an den Familienstand ist zur Abgrenzung der Beihilfefähigkeit von Aufwendungen zur Behandlung einer Krankheit im „Programm“ der Beihilfevorschriften nicht vorgesehen. Gegenteiliges ergibt sich insbesondere nicht aus der Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVO, auf die das Verwaltungsgericht hingewiesen hat. Diese Vorschrift regelt, wer außer den Kindern des Beihilfeberechtigten (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BVO) noch zum Kreis der berücksichtigungsfähigen Angehörigen gehört. Dies sind - mit Ausnahme der Mutter eines nichtehelichen Kindes im Hinblick auf dessen Geburt (§ 3 Abs. 1 Satz 2 BVO) - nur die Ehegatten. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass es bereits im normativen Programm der Beihilfeverordnung angelegt wäre, zu Maßnahmen der künstlichen Befruchtung nur verheirateten Beamten Beihilfe zu gewähren. Zwar ist eine IVF-/ICSI-Behandlung nur unter Einbeziehung des (Ehe-) Partners durchführbar. Die Aufwendungen werden allerdings allein dem erkrankten Partner zugeordnet und von diesem als Aufwendungen zur Behandlung seiner Erkrankung geltend gemacht. Die Beihilfefähigkeit derartiger Aufwendungen wird an keiner Stelle der Beihilfeverordnung unter Anknüpfung an den Familienstand bestimmt.
- 30 Mit dieser Entscheidung weicht der Senat nicht von seiner bisherigen Rechtsprechung ab. In dem vom Beklagten genannten in einem Berufungszulassungsverfahren ergangenen Beschluss des Senats vom 16.12.2004 - 4 S 2431/04 - bestand nämlich kein Anlass, sich zu der Frage zu äußern, ob der Ausschluss der Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung bei unverheirateten Beamten durch eine untergesetzliche Vorschrift geregelt werden darf.

- 31 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 32 Die Revision wird nicht zugelassen, weil keiner der Gründe der §§ 132 Abs. 2 VwGO, 127 BRRG gegeben ist.
- 33 **Beschluss vom 29. Juni 2009**
- 34 Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird gem. §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 3 GKG auf 10.133,82 EUR festgesetzt.
- 35 Der Beschluss ist unanfechtbar.