

Rechtsprechung

§§ 13 IV, 27a I SGBV, 1 I ESchG: Kostenübernahme für im Ausland durchgeführte künstliche Befruchtung

SGBV §§ 13 IV S. 1, 27a I; ESchG § 1 I Nr. 5

Die Krankenkassen müssen sich an den Kosten einer künstlichen Befruchtung in einem anderen Mitgliedstaat der EU (hier: Österreich) nicht beteiligen, wenn die Behandlung gegen die Vorschriften des deutschen ESchG verstößt.

(Leitsatz der Redaktion)

SozG München Besch. v. 26.1.2022 – S 7 KR 242/21

Aus den Entscheidungsgründen:

...

Entgegen der Ansicht der Klägerin setzt ein Leistungsanspruch auf künstliche Befruchtung gemäß § 27a Abs. 1 SGBV nach allgemeiner Meinung voraus, dass die Behandlung nicht gegen das ESchG verstößt. Dies ergibt sich sowohl aus der Einheit der Rechtsordnung als auch der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 65/90, S. 33; *Krauskopf/Wagner*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 111. EL Mai 2021, § 27a SGB V Rz. 6). Das ESchG stellt die Anwendung von bestimmten Fortpflanzungstechniken, die im Einzelnen in § 1 ESchG aufgeführt sind, unter Strafe. Das ESchG erfasst nach dem sich auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte stützenden Regelungszweck unter Beachtung der Einheit der Rechtsordnung auch die Kostenerstattung und alle Stellen, die im Geltungsbereich des ESchG in die Verschaffung von ärztlichen Leistungen eingebunden sind. Eine von der Rechtsordnung **verbotene Behandlung kann nicht Teil des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung sein**. Behandlungen, die rechtlich nicht zulässig sind, dürfen von der Krankenkasse nicht gewährt oder bezahlt werden (*SozG Dresden*, Gerichtsbescheid v. 31.8.2016 – S 25 KR 236/14 –, BeckRS 2016, 118506 Rz. 15–19).

Bei der Behandlung der Klägerin in Österreich wurde gegen § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG verstoßen. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG bestraft, wer es unternimmt, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. Ziel dieser Regelung ist, die Erzeugung sog. „überzähliger“ bzw. „verwaister“ Embryonen zu verhindern, d. h. solcher Embryonen, die – aus diversen Gründen (etwa Tod, Erkrankung oder Willensänderung der Eizellspenderin bzw. wegen eingetretenem reproduktionsmedizinischem Erfolg) – nicht mehr auf die Frau, von der die Eizellen stammen, übertragen werden können. Hierdurch wird zugleich einer missbräuchlichen Verwendung der Embryonen vorgebeugt. Zur Erreichung dieser Ziele ordnet § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG an, dass nicht mehr Eizellen befruchtet werden dürfen, als der Eizellspenderin innerhalb eines Behandlungszyklus übertragen werden sollen (*Spickhoff/Müller-Terpitz*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1 ESchG Rz. 17, 18). § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG ist vorliegend ein **Verbotsgesetz** im Sinne von § 134 BGB. Unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft gegen ein Verbotsgesetz verstößt, hängt allein vom Tatbestand der jeweils in Rede stehenden Verbotsnorm ab. Gehören zum Tatbestand der Verbotsnorm auch subjektive Merkmale, wie dies etwa notwendigerweise bei Straf- und Bußgeldbestimmungen der Fall ist, müssen diese grundsätzlich

ebenfalls vorliegen, um eine Nichtigkeit eines gesetzeswidrigen Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB bejahen zu können. Von diesem Grundsatz sind allerdings Ausnahmen möglich. So ist anerkannt, dass die Verwirklichung der subjektiven Voraussetzungen eines Straftatbestands ausnahmsweise nicht erforderlich ist, wenn der Schutzzweck der verletzten Norm die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts unabweislich erfordert (BeckOGK/*Vossler*, 1.12.2021, § 134 BGB Rz. 68, 69).

Nach einer Auffassung erlaubt § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG nur die Befruchtung von drei Eizellen. Es wäre ein Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers, der die Produktion überzähliger Embryonen verhindern wollte. Nachdem im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in der jetzigen Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG ausdrücklich festgeschrieben wurde, dass innerhalb eines Zyklus höchstens drei Eizellen übertragen werden können, darf auch höchstens diese Anzahl befruchtet werden (*Erbs/Kohlhaas/Pelchen/Häberle*, Strafrechtliche Nebengesetze, 236. EL Mai 2021, § 1 ESchG Rz. 8). Demzufolge liegt ein Verstoß vor, da sieben Eizellen befruchtet worden sind.

Nach anderer Ansicht ist die Befruchtung von mehr als drei Eizellen gestattet. U. a. der BFH hat sich mit dem „**deutschen Mittelweg**“ befasst und ihn für zulässig erachtet; dabei hat er insbesondere auf die Gesetzgebungsgeschichte abgestellt, wonach ausdrücklich nur die Zahl der zu übertragenden Embryonen beschränkt wurde, nicht die der zu befruchtenden Eizellen. Die Staatsanwaltschaft hält den deutschen Mittelweg für zulässig, wenn „aufgrund einer sorgfältigen und individuellen Prognose eine konkret einzelfallbezogene Zahl von Eizellen befruchtet wird, mit dem Ziel, nur einen bzw. zwei entwicklungsfähige Embryonen entstehen zu lassen, die dann übertragen werden sollen“ (*Makoski*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 19 Rz. 28). Für die Verwirklichung des Tatbe-

FamRZ 2022, 1071

stands des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG („sollen“) kommt es damit entscheidend darauf an, welchen Zweck der behandelnde Arzt mit der gewählten Vorgehensweise verfolgt (*Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl., § 1 I Nr. 5 Rz. 20, 24). Beabsichtigt er das Entstehen von lediglich ein bis zwei entwicklungsfähigen Embryonen zum Zwecke der Übertragung, so widerspricht die Behandlung selbst dann nicht den Vorgaben des ESchG, wenn trotz sorgfältiger Prognose und individuell angepasster Vorgehensweise im Einzelfall unbeabsichtigt mehr entwicklungsfähige Embryonen entstehen sollten. Damit ist der sog. deutsche Mittelweg mit den Regelungen des ESchG vereinbar, wenn anhand der individuell maßgeblichen Parameter (z. B. Alter, Gewicht, Vorerkrankungen) aufgrund einer sorgfältigen und individuellen Prognose so viele Eizellen befruchtet werden, dass voraussichtlich ein oder zwei entwicklungsfähige Embryonen entstehen, die dann übertragen werden sollen (*BFH*, NJW 2017, 3022 Rz. 25 = FamRZ 2017, 1722 [LSe]). Demnach ist es gestattet, so viele Eizellen zu befruchten, wie erfahrungsgemäß zur intrazyklischen Realisierung des Embryotransfers und einer daraus resultierenden Schwangerschaft erforderlich sind. Gestützt auf individuelle Parameter der jeweiligen Gametenspende (wie z. B. Alter, Geschlecht oder Vorerkrankungen) und hieraus abgeleitete individuelle Prognosen werden dabei so viele Eizellen – in der Praxis schwankt die Zahl zwischen vier bis sieben – mit dem Ziel befruchtet, ein oder zwei entwicklungsfähige Embryonen zu transferieren. Diese Praxis ist – unterstützt durch Teile des Schrifttums (*Diedrich/Ludwig/Griesinger/Möller*, Reproduktionsmedizin, 2. Aufl., S. 589 ff.) – von den Staatsanwaltschaften strafrechtlich nicht verfolgt (vgl. *Staatsanwalt-*

schaft München I, Vfg. v. 24.7.2014 – 124 Js 202366/13 –, juris Rz. 7) und von einigen Gerichten (*AmtsG Wolfratshausen*, ZfL 2008, 121 ff.; *AmtsG München*, BeckRS 2012, 14678) mittlerweile als gesetzeskonform gebilligt worden (*Spickhoff/Müller-Terpitz*, § 1 ESchG Rz. 17, 18).

Der deutsche Mittelweg hat demnach die Prämisse, dass mittels künstlicher Befruchtung nicht mehr Embryonen erzeugt werden, als in einem Zyklus transferiert werden sollen. Zu Unrecht geht die Klägerin davon aus, dass § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG nicht verletzt sei, weil ausgehend von der ermittelten Entwicklungswahrscheinlichkeit sichergestellt worden sei, dass sich nicht mehr als drei Embryonen entwickeln. Anders als die Rechtsansicht des deutschen Mittelwegs missachtet die Auffassung der Klägerin die Zwecke des ESchG, die Entstehung überzähliger Embryonen zu verhindern und so das ungeborene Leben zu schützen.

Zur Überzeugung des Gerichts ist nicht ersichtlich, dass der behandelnde Arzt die Anzahl der zu befruchtenden Eizellen unter Beachtung der Voraussetzungen des deutschen Mittelwegs bestimmt hat, indem „aufgrund einer sorgfältigen und individuellen Prognose eine konkret einzelfallbezogene Zahl von Eizellen befruchtet wird, mit dem Ziel, nur einen bzw. zwei entwicklungsfähige Embryonen entstehen zu lassen, die dann übertragen werden sollen. Nach den Angaben des behandelnden Arztes war zum Zeitpunkt der Befruchtung ein Transfer von zwei Embryonen vorgesehen. Die beabsichtigte Zahl der zu übertragenden Embryonen ist ein subjektives Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG. Ausgehend von der von [dem Arzt] angegebenen Entwicklungswahrscheinlichkeit von 40 Prozent war somit auf der Grundlage des Mittelwegs eine Befruchtung von 6 Eizellen gestattet, bei 7 Eizellen bestand schon eine überwiegende, 80 prozentige Wahrscheinlichkeit, dass sich mindestens drei Embryonen entwickeln würden. Auch nach der Auslegung im Sinne des deutschen Mittelwegs liegt demnach ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG vor. Auch die Entscheidung der Klägerin, anstelle von zwei Embryonen nur einen zu transfrieren, vermittelt den Eindruck, dass sieben Eizellen befruchtet wurden, um eine Auswahl des geeignetsten Embryos zu ermöglichen.

Entgegen des Vortrags der Klägerin ist zudem nicht erwiesen, dass von einer deutlich geringeren Entwicklungswahrscheinlichkeit als 40 Prozent auszugehen war. Eine Beweiserhebung ist diesbezüglich nicht erforderlich, da der behandelnde Arzt hier eine überzeugende Einschätzung abgegeben hat. Dabei berücksichtigt das Gericht, dass die prognostizierte Entwicklungswahrscheinlichkeit sogar übertroffen worden ist, da sich drei statt vier Embryonen entwickelt haben. Ferner betrifft die Einschätzung [des Arztes] im Juni 2020 den maßgeblichen Zeitpunkt für die Prognose, während die Diagnose einer ideopathischen Sterilität ungeklärter Ursache von ... noch aus dem Jahr 2018 stammt; vor der künstlichen Befruchtung wurde vom Kinderwunschzentrum zudem eine weitere Hormontherapie durchgeführt. Hinzu kommt, dass maßgebliche Ursache für die durchgeführte intracytoplasmatische Spermieninjektion nicht die Sterilität der Klägerin, sondern ihres Ehemanns war ...

Das Gericht folgt nicht der Auffassung der Klägerin, dass kein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG vorliege, wenn überzählige Embryonen kryokonserviert und in einem anderen Zyklus transferiert werden sollen. Nach Ansicht der Klägerin ziele das ESchG darauf ab, die Vernichtung von Embryonen zu verhindern; vorliegend seien die überzähligen Embryonen jedoch für einen späteren Transfer kryokonserviert worden. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG ist die **Übertragung „innerhalb eines Zyklus“** maßgeblich, sodass der Straftatbestand auch dann erfüllt ist, falls die Kryokonservierung und der spätere Transfer überzähliger Embryonen beabsichtigt ist. Schließlich war es Wille des Gesetzgebers, der Entstehung über-

zähliger Embryonen entgegenzuwirken und das grundgesetzlich geschützte Leben in vitro erzeugter Embryonen zu schützen (*Graf/Jäger/Wittig/Graf/C. Graf*, Wirtschafts- und Strafrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 ESchG Rz. 33). Das einfachgesetzlich zum Ausdruck kommende Konnexitätsverhältnis zwischen der extrakorporalen Erzeugung menschlicher Embryonen und ihrem intrazyklischen Transfer ist Ausdruck eines verfassungsrechtlichen Gebots. Es folgt aus der staatlichen Verpflichtung, das grundrechtlich geschützte Leben in vitro erzeugter Embryonen vor Gefährdungen durch Private (Paar/Eizellspenderin, Reproduktionsmediziner) zu schützen, indem jenen die Bedingungen ihrer physischen Weiterexistenz in Utero garantiert werden, um so ihr „Recht auf Transfer“, welches aus der Lebensgarantie fließt, zu realisieren (*Spickhoff/Müller-Terpitz*, § 1 ESchG Rz. 17, 18).

Kostenerstattung ist gemäß § 13 Abs. 4 SGBV nur zu leisten, wenn ein primärer Leistungsanspruch nach deutschem Recht besteht; das europäische Recht schafft keine veränderten Leistungsansprüche, sondern ermöglicht lediglich die **Inanspruchnahme von zugelassenen Leistungserbringern in anderen Mitgliedstaaten** der EU, einem EWR-Vertragsstaat und der Schweiz. Die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG ist auch nicht aufgrund vorrangigem europäischen Recht unanwendbar. Auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht und die das primäre Gemeinschaftsrecht umsetzenden Regelungen des SGBV sehen für den Kläger keine weitergehenden Leistungsansprüche vor, die von der Erfüllung der Voraussetzungen des ESchG und des § 27a SGBV entbinden. Wie das BSG herausgearbeitet hat, ist es allen Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts und den das primäre Gemeinschaftsrecht umsetzenden Regelungen des SGBV gemein, dass sie die Übernahme von Kosten für Leistungen bei Krankheit, Mutterschaft und Vaterschaft Versicherter im Ausland innerhalb der EU und des Europäischen Wirtschaftsraums auf dasjenige begrenzen, was von dem in Betracht kom-

FamRZ 2022, 1072

menden inländischen Leistungsträger nach den für ihn geltenden Regelungen der Leistungen bei Krankheit, Mutterschaft und Vaterschaft verlangt werden könnte (vgl. *BSG*, Urteil v. 18.11.2014 – B 1 KR 19/13 R–, juris Rz. 24 ff. = FamRZ 2015, 856 [LS.]). Auch Art. 7 Abs. 1 Patientenrichtlinie begrenzt den sekundärrechtlich begründeten Leistungsanspruch für nach dem SGBV Versicherte auf die im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung enthaltenen Leistungen. Außerdem beschränkt die Regelung des § 13 Abs. 4 SGBV die Ansprüche auf die Gegenstände des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung. Dies ergibt sich aus der Formulierung „anstelle der Sach- oder Dienstleistung“ in § 13 Abs. 4 S. 1 SGBV (*SozG Dresden*, Gerichtsbescheid v. 31.8.2016 – S 25 KR 236/14 –, BeckRS 2016, 118506 Rz. 15–19).

Im Falle der Kostenerstattung gemäß § 13 Abs. 4 SGBV trägt der Versicherte das Risiko, dass die Leistung nicht den Vorgaben der gesetzlichen Krankenversicherung entspricht. Demnach kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass sie nicht gewusst habe, dass eine Kostenerstattung nur erfolgt, soweit die Behandlung den Vorgaben des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG entspricht. Im Falle der Kostenerstattung gemäß § 13 Abs. 4 SGBV gilt ebenso wie bei der Kostenerstattung gemäß § 13 Abs. 2 SGBV, dass der **sachliche Umfang der Leistungspflicht der Krankenkasse nicht verändert** wird, sondern der Leistungskatalog des § 11 SGBV maßgeblich bleibt. Der Versicherte erhält Leistungen in demselben Umfang, als wenn er im Sachleistungssystem verblieben wäre. Dies impliziert zugleich, dass

er nur Anspruch auf die Erstattung der Kosten für solche Leistungen hat, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechen, die also ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sind (§§ 2 Abs. 1 u. 4, 12 Abs. 1 SGBV). Hier wird deutlich, welches Risiko die Versicherten mit der Wahl des Kostenerstattungsverfahrens eingehen und auf das sie zuvor von den Kassen hingewiesen werden müssen, denn die Kassen prüfen die genannten Anforderungen erst im Erstattungsverfahren, sodass der Versicherte – anders als im Sachleistungssystem – hier das Risiko trägt, Kosten nicht erstattet zu bekommen (vgl. zu § 13 Abs. 2 SGBV: BeckOK SozR/Joussen, 63. Ed. 1.12.2021, § 13 SGBV Rz. 10).

Da die Klägerin sich entschieden hat, die künstliche Befruchtung nicht als Sachleistung durch einen in Deutschland niedergelassenen Vertragsarzt in Anspruch zu nehmen, sondern einen in Österreich zugelassenen Leistungserbringer im Wege der Kostenerstattung in Anspruch zu nehmen, hat sie das hiermit verbundene Risiko zu tragen, dass die Behandlung nicht den Vorgaben der gesetzlichen Krankenversicherung entspricht. Der Anspruch auf Erstattung einer Behandlung, die nicht dem ESchG entspricht, ist ausgeschlossen, auch wenn diese im europäischen Ausland stattgefunden hat. Dies gilt für alle weiteren Maßnahmen, die mit der Behandlung im Zusammenhang stehen, wie die Kosten für Blutuntersuchungen und Arzneimittel. ...

Anm. d. Red.: Siehe auch *BFH*, v. 25.1.2022 – VI R 34/19 –, FamRZ 2022, 1066.

Nr. 494 SozG München – SGBV §§ 13 IV S. 1, 27a I; ESchG § 1 I Nr. 5

(7. Kammer, Gerichtsbescheid v. 26.1.2022 – S 7 KR 242/21)

© Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH