



Georg-August Universität Göttingen
Institut für Kriminalwissenschaften
Abteilung für
strafrechtliches Medizin- und Biorecht



Prof. Dr. G. Duttge · Platz der Göttinger Sieben 6 · 37073 Göttingen

An den
Ausschuss für Gesundheit
Herrn Vorsitzenden Dr. Edgar Franke
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
18(14)0134(6)
gel. VB zur öAnhörung am 14.10.
15_künstliche Befruchtung
12.10.2015

Postanschrift:
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Besucheranschrift:
Platz der Göttinger Sieben 5, 3. OG
37073 Göttingen
Telefon: 0551 39-21620
Telefax: 0551 39-21622
E-Mail: lduttge@gwdg.de

Datum: 11.10.2015

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs zur Gleichstellung verheirateter, verpartnerter und auf Dauer in einer Lebensgemeinschaft lebender Paare bei der Kostenübernahme der gesetzlichen Krankenversicherung für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung (BT-Drucks. 18/3279)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren,

zum o. bez. Gesetzentwurf erlaube ich mir wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Eine Ausweitung der solidarischen Finanzierung für die Kosten der künstlichen Befruchtung, die § 27a SGB V bislang in mehrfacher Weise begrenzt (medizinische Erforderlichkeit, nicht mehr als drei Versuche auf der Basis hinreichender Erfolgsaussicht, Altersbegrenzung, Ehestatus und homologe Insemination; Übernahme nur von 50 % der Kosten), ist verfassungsrechtlich nicht geboten. Insbesondere handelt es sich im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG nicht um eine sachwidrige Ungleichbehandlung („Diskriminierung“), wenn die finanzielle Unterstützung des Kindeswunsches im Rahmen der GKV auf verheiratete Paare beschränkt bleibt und andere davon ausgenommen werden. Nach weithin unbestrittener Auffassung des Gesetzgebers handelt es sich bei den Methoden der assistierten Reproduktion ungeachtet des sonst nicht realisierbaren Kinder-

wunsches und der damit idR einhergehenden seelischen Belastung nicht um eine „Krankenbehandlung“ (wie bei Maßnahmen zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit iSd § 27 Abs. 1 S. 4 SGB V), sondern um eine auf allgemeine soziobiographische Steigerung der Lebensqualität gerichtete „besondere Leistungsform“ der Medizin (BVerfGE 117, 316 – Rz. 20), deren Zur-Verfügung-Stellen im Rahmen der GKV „nicht von vornherein veranlasst ist“ (Hauck, in: Duttge/Engel/Lipp/Zoll [Hrsg.], Heterologe Insemination, 2010, S. 20 f.; siehe auch Rauprich, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst [Hrsg.], Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 31, 44: „Trauer über ein bislang gescheitertes Lebensziel“). Wenn der Gesetzgeber das Leistungsspektrum überhaupt in diesem Sinne jenseits des Kernanliegens der GKV erweitert (auch bei ungeklärter Ursache für die Kinderlosigkeit, sog. idiopathische Sterilität), dann darf er dies in typisierender Weise auf Partnerschaften begrenzen, die wenigstens eine gewisse Festigkeit und Dauerhaftigkeit erwarten lässt (so jüngst auch BSG NJW 2015, 1903, 1904). Dass die Scheidungsrate inzwischen ein beachtliches Niveau erreicht hat (Gesetzentwurf, S. 4), schmälert nicht die Vertretbarkeit dieser Einschätzung; denn die Quote des Zerbrechens nicht-ehelicher Partnerschaften dürfte noch weit höher liegen (im Übrigen ist die dominierende Form des Zusammenlebens mit Kindern immer noch die Ehe, siehe <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/AktuellFamilien.html>).

2. Will der Gesetzgeber – verfassungsrechtlich vertretbar – im Rahmen seines grundsätzlich weiten Gestaltungsspielraums das Leistungsspektrum der GKV gleichwohl ausweiten, so ist er allerdings an die eigenen sozialversicherungsrechtlichen Prinzipien und Grundkoordinaten gebunden, wonach Leistungen zu Lasten der Solidargemeinschaft stets „zweckmäßig und wirtschaftlich“ sein müssen und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen: „Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen“ (§ 12 I SGB V). Angesichts der nicht per se unzumutbaren Perspektive eines Lebens ohne Kinder sowie der – freilich nur in Grenzen realisierbaren – Option einer Adoption lässt sich bei der Kinderwunschbehandlung jedoch – verglichen mit Maßnahmen einer Krankenbehandlung iS – kaum von einer „Notwendigkeit“ höchsten Grades sprechen. Es kommt hinzu, dass die bekannten Methoden der assistierten Reproduktion trotz intensiver Bemühungen nur eine begrenzte Erfolgsaussicht garantieren können: Zwar haben sich ausweislich des jüngsten IvR-Registers (2013) die Schwangerschaftsraten inzwischen auf 22,19% (Kryo-Embryotransfer) bzw. 32,76% (ICSI) erhöht; verlässliche Zah-

len über die dadurch ermöglichten Geburten gibt es aber offenbar nicht (Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Sonderheft 1/2014); die Schätzungen gehen je nach Alter der Frau von einer „baby-take-home-Rate“ aus, die zwischen 10-15% (ab 40 J.) und 20-25% (25 J.) liegt. Das Risiko einer Fehlbildung des Fötus mit der Folge eines evtl. nachfolgenden Abbruchs ist gegenüber einer natürlichen Konzeption allgemeiner Einschätzung nach hingegen deutlich erhöht (zuletzt von *Wolff/Germeyer/Nawroth*, Deutsches Ärzteblatt 3/2015, 27, 29; s. auch *Davies/Moore et al.*, New England Journal of Medicine 2012; doi: 10.1056/NEJMoa1008095). Vor diesem Hintergrund und angesichts des durchaus beachtlichen Kostenaufwands (ab ca. 3.500 € pro Behandlungszyklus) versteht sich auch die „Wirtschaftlichkeit“ der assistierten Reproduktionsmaßnahmen nicht von selbst (bei ca. 85.000 Behandlungszyklen [IvF-Register 2013] ergibt sich ein gesamtgesellschaftlicher Kostenfaktor in der Größenordnung von ca. 300 Mio. € pro Jahr, Folgekosten aufgrund von Komplikationen noch nicht einberechnet), abgesehen davon, dass für die Zukunft – wie der Gesetzentwurf zutreffend ausweist – eine Weiterung an betroffenen Paaren vorausgesagt wird (etwa *Tranfo/Caporossi et al.* [2012], Urinary phthalate monoesters concentration in couples with infertility problems, Toxicology Letters, <http://dx.doi.org/10.1016/j.toxlet.2011.11.033>; <http://www.scinexx.de/dossier-detail-47-12.html>; http://www.umg-verlag.de/umwelt-medizin-gesellschaft/211_igu.pdf).

3. In diesem Lichte wirft die Forderung nach einer Ausweitung des § 27a SGB V mit Blick auf die begrenzten Ressourcen im Ganzen in besonderem Maße die Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit auf: Auch wenn die konkretisierenden Festlegungen des Gesetzgebers auch hier seinem grundsätzlich weitreichenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum unterfallen, wird man doch von Verfassungs wegen erwarten dürfen, dass sich die einzelnen Festlegungen in ein konsistentes Gesamtkonzept einfügen. Die Ausweitung von Leistungen, die nicht im eigentlichen Sinne zur „Krankenbehandlung“ zählen, zu Lasten anderweitig benötigter Therapiemaßnahmen ist angesichts des nicht beliebig vergrößerbaren „Gesamtkuchens“ in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Bezieht man die jüngeren Erfahrungen der klinischen Praxis aus den klassischen Anwendungsgebieten, etwa der Onkologie, Intensivmedizin, Kardiologie u.a., in die Gesamtbetrachtung mit ein, drängt sich – milde formuliert – nicht der Gedanke auf, dass es dort nicht benötigte und daher für den hiesigen Kontext frei nutzbare Ressourcen geben könnte. Angesichts des allgemein erwarteten Zuwachses an Kinderwunschbehandlungen (s.o.) wäre gesamtgesellschaftlich mit deutlich höheren Kosten zu rechnen, was sich an anderer Stelle zwangsläufig

limitierend auswirken müsste. Die seit mindestens einem Jahrzehnt andauernden Bemühungen der Gesundheitspolitik um eine Ausgabenbegrenzung würden dadurch unterlaufen und die Gefahren einer ethisch fragwürdigen „impliziten Rationierung“ bei ressourcenaufwendigen Therapien verstärkt (dazu eingehend die Beiträge in *Duttge/Zimmermann-Acklin* [Hrsg.], *Gerecht sorgen. Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*, 2013).

4. Der Gesetzentwurf gibt vor, einer größeren Zahl von Paaren die Möglichkeit zu einem glücklichen und erfüllten Leben – mit Kindern – eröffnen zu wollen (Begründung, S. 1). Die nicht gesicherte Finanzierung wird dabei – nicht zu Unrecht – als eine wesentliche Hürde bei der Inanspruchnahme der von der modernen Reproduktionsmedizin offerierten Unterstützungsangebote gesehen. Dieses Anliegen ernst genommen wäre aber folgerichtig unbedingt dafür einzutreten, dass die bislang nur hälftige Kostenübernahme durch eine vollständige finanzielle Abdeckung ersetzt würde. Bekanntlich sind in der Praxis der gesetzlichen Krankenversicherungen zum Teil recht unterschiedliche und wenig transparente Verfahrensweisen anzutreffen, ob und unter welchen Voraussetzungen einzelne Versicherungen im Wege einer „freiwilligen Zusatzleistung“ oder eines „Zuschusses“ einen größeren oder gar den gesamten Anteil abdecken (z.B. Übersicht: <http://www.krankenkasseninfo.de/krankenkassen/test/schwangerschaft/erw.-anspruch-kuenstliche-befruchtung-10>). Da jedoch *jeder* Eigenanteil zur Abschreckung geeignet ist, lässt sich das finanzielle Hindernis bei der Inanspruchnahme der assistierten Reproduktion nur dann verlässlich beseitigen, wenn § 27a SGB V auch hinsichtlich seiner Rechtsfolgenanordnung korrigiert und die Kostenübernahme auf 100 % ausgeweitet wird. Indem der vorliegende Gesetzentwurf auf diesen wesentlichen Aspekt freilich überraschend verzichtet, bleibt er in seiner konkreten Ausgestaltung inkonsequent und weckt den Anschein, dass es ihm weniger um eine tatsächliche Verbesserung des Zugangs und mehr um eine symbolische Gleichstellung von Unverheirateten und gleichgeschlechtlichen Paaren gegenüber Verheirateten gehen könnte.

5. Dass der versicherungsrechtliche Anspruch im Rahmen der PKV auf 100 % der anfallenden Kosten gerichtet und – bei insofern allerdings noch ausstehender höchstrichterlicher Klärung – nicht vom Status einer Verheiratung abhängig ist, erklärt sich durch das hier geltende „Verursacherprinzip“ und einem Verständnis, das in den Methoden der künstlichen Befruchtung eine Heilbehandlung zur Behebung einer „Krankheit“ erkennt. Eine solche liegt im Sinne der allge-

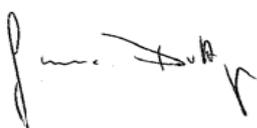
meinen Versicherungsbedingungen auch bei einer auf körperlichen Ursachen beruhenden Unfähigkeit vor, auf natürlichem Wege Kinder zu zeugen (BGHZ 99, 228 ff.; BGH VersR 2005, 1673). Auf der Basis dieses Verständnis liegt es dann in der Tat fern, nur zugunsten eines verheirateten (und z.B. nicht eines ledigen) Versicherungsnehmers einen Versicherungsfall anzunehmen (so aber LG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.2007 – 11 O 297/06 – BeckRS 2007, 17866; LG Köln, Urt. v. 17.1.2007 – 23 O 196/06 – BeckRS 2007, 19032; a.A. LG Berlin, r + s 2004, 203; LG Dortmund, NJW-RR 2008, 1414).

6. Soweit der Gesetzentwurf zugleich eine Ausweitung auf die heterologe bzw. donogene Insemination vorsieht, bestehen hiergegen spezifische Bedenken (siehe zum Folgenden die Empfehlungen von *Duttge/Engel/Lipp/Zoll*, in: dies. [Hrsg.], *Heterologe Insemination*, 2010, S. 73 f.): Es fehlt bisher an einer klaren Festlegung der Indikationen sowie eines Standards hinsichtlich der vorausgehenden Aufklärung und ggf. (auch genetischen) Beratung des Paares in methodischer wie inhaltlicher Hinsicht. Mit Blick auf das verfassungsrechtlich anerkannte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (vgl. BVerfGE 79, 256; zuletzt Beschluss v. 18.08.2010, Az. 1 BvR 811/09; BGH, Beschluss v. 29.10.2014, Az. XII ZB 20/14; OLG Hamm NJW 2013, 1167 ff.) liegt eine diesbezügliche Aufklärungspflicht auch gegenüber dem Samenspender nahe, nachdem sich an der tradierten Anonymisierungszusage heute nicht mehr rechtskonform festhalten lässt. In Bezug auf die Auswahl der Samenspender fehlt es des Weiteren an einer strukturierten, nicht dem Zufallsangebot folgenden sowie nicht-diskriminierenden Auswahl; unklar ist zudem, ob die Entscheidung für eine konkrete Samenspende von den beliebigen Wünschen der sozialen Eltern (d.h. im Sinne der in anderen Kontexten bislang stets als ethisch brisant beurteilten positiven Eugenik) bestimmt sein soll. Das Ausmaß an genetischen und psychosozialen Vorabuntersuchungen beim Samenspender (und ggf. auch Nachsorge bei seiner Ablehnung) harret einer Vereinheitlichung und bedarf unter dem Aspekt der „Produktsicherung“ einer verlässlichen Qualitätsprüfung, mit der die gesundheitlichen Risiken für das spätere Kind unter besonderer Berücksichtigung der Indikation zur Insemination auf ein vertretbares Maß reduziert werden. Organisatorische Vorkehrungen müssen sicherstellen, dass die konkrete Verwendung von Proben eines Spenders jederzeit nachvollzogen und im Falle von Auffälligkeiten unverzüglich durch Verwendungsverbot und Sperrung reagiert werden kann. Zu alledem ist bis heute nicht ersichtlich, dass sich innerhalb der Reproduktionsmedizin und ihrer Einrichtungen oder durch Tätigwerden des Gesetzgebers bereits eine einheitliche, angemessene Verfahrensstruktur etabliert hätte. Eine Ein-

beziehung der Fremdsamenspende in die GKV setzt aber einen solchen konsolidierten und verantwortbaren Handlungsrahmen voraus (siehe § 12 I SGB V: „zweckmäßig“) bzw. würde jedenfalls eine staatliche Schutzpflicht auslösen, die vorstehenden Fragen wenigstens zeitnah zu klären. Nur hingewiesen sei bei dieser Gelegenheit, dass auch die genuin familien- (gespaltene Vaterschaft, Anfechtung, Unterhaltspflicht, dazu jüngst BGH, Urteil v. 23.9.2015 – XII ZR 99/14) und erbrechtlichen Problematiken bislang noch längst nicht zur Gänze gelöst sind (näher *Helms*, in *Duttge/Engel/Lipp/Zoll* [Hrsg.], *Heterologe Insemination*, 2010, S. 39 ff.; *Meier*, *NZ Fam* 2014, 337 ff.; *Schumann*, in: *Rosenau* [Hrsg.], *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland*, 2012, S. 155 ff.; *Spickhoff*, *FS für Dieter Schwab*, 2005, S. 923 ff.; s. auch *Weilert*, *MedR* 2012, 355 ff.).

7. In seiner konkreten Ausgestaltung weist der Gesetzentwurf schließlich einige Unschärfen auf, die der Leitidee einer rechtssicheren Vorgabe zuwiderlaufen: So fällt erstens eine unterschiedliche Terminologie für nicht-verheiratete/-verpartnerte Paare auf, deren Sinnhaftigkeit unklar bleibt: § 27a Abs. 1 Nr. 3 SGB V-E spricht von Personen, die miteinander „in einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft“ leben, Nr. 5 dagegen von „miteinander in Lebensgemeinschaft lebenden Personen“ (ohne auf das Merkmal der „Dauer“ abzuheben). Mutmaßlich ist die letztgenannte Bezeichnung nur mehr als abgekürzte Formulierung gedacht, doch schafft dies eine unnötige Unsicherheit beim Rechtsanwender, weil unterschiedliche Begriffe innerhalb ein und desselben Gesetzes kraft systematischer Auslegung unterschiedliche Bedeutungsbehalte nahelegen. Zweitens ist unerklärlich, warum nicht auf den etablierten Begriff der „nichtehelichen“ bzw. „eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ zurückgegriffen wird, der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung wenigstens eine gewisse Klärung erfahren hat (vgl. BVerfGE 87, 234, 264; BVerwGE 98, 195, 201 f.; BGH NJW 1993, 999 ff.; BGH NJW 2009, 2062 ff. hält grundsätzliche Bedenken gegen den Begriff der „nichtehelichen Lebensgemeinschaft“ für obsolet). Von einem sorgfältig arbeitenden Gesetzgeber wäre zu erwarten, dass er sich der einschlägigen, in der Rechtsordnung bereits etablierten Begrifflichkeiten bewusst ist und nicht einfach ungeprüft dasjenige übernimmt, was zufällig Eingang in den Satzungsentwurf einer einzelnen gesetzlichen Krankenkasse (und deshalb hernach auch als Verfahrensgegenstand in das Urteil des LSG Berlin-Brandenburg v. 13.6.2014 – L 1 KR 435/12 KL) gefunden hat. Drittens wirft die Einbeziehung auch nichtehelicher Lebensgemeinschaften erhebliche verfahrensrechtliche Folgefragen auf, insbesondere jene, wer auf welche Weise anhand welcher „Beweismittel“ zu der Feststellung befugt/verpflichtet sein

soll, dass eine solche im konkreten Fall tatsächlich besteht. Wenn es die Entwurfsverfasser für richtig halten, die Finanzierung der künstlichen Befruchtung nicht jedermann auf Wunsch nach Belieben zu eröffnen (sondern nur bei Vorliegen einer „festen Paarbeziehung“), muss der Praxis auch eine Orientierung vermittelt werden, wie die damit implizierte Abgrenzung vorzunehmen ist, sofern es sich de facto nicht bloß um eine „Scheingrenze“ handeln soll. Viertens kommt die Einbeziehung der heterologen Insemination nur sehr mittelbar dadurch zum Ausdruck, dass in der vorgeschlagenen neuen Nr. 4 der Zusatz „Samenzellen“ ersatzlos gestrichen werden soll. Es wäre dann aber aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdiger, wenn sich dem Rechtsanwender die nötige letzte Klarheit über den sachlichen Anwendungsbereich nicht erst aus der Lektüre der Gesetzesbegründung (ebd., S. 5) erschlösse, sondern sich bereits unmittelbar dem Gesetz selbst entnehmen ließe. Überdies spricht die neuformulierte Nr. 4 nicht explizit von den Eizellen jener Frau, die Teil einer der zuvor benannten Paarbeziehungen ist. Dem Wortsinn nach wäre daher die Verwendung von Eizellen einer anderen „zu befruchteten Frau“ nicht ausgeschlossen, was zwar nicht die Eizellspende vor Implantation (insoweit zutreffend Gesetzentwurf, S. 5), wohl aber eine Leih- bzw. Ersatzmutterchaft möglich machte. Dass diese nach geltendem Recht untersagt ist, ergibt sich erst aus § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, § 13a AdvermittlG. Ähnlich liegt es schließlich fünftens hinsichtlich der von Nr. 3 formaliter nicht ausgeschlossenen männlichen Lebenspartner, die zur Verwirklichung ihres Kinderwunsches auf die Mitwirkung einer Leih-/Ersatzmutter angewiesen wären. Auch hier sollte die zu weit gefasste Gesetzesformulierung besser präzisiert werden (um so mehr, als die nachfolgende Nr. 5 [neu] auch nur noch von „Lebenspartnerinnen“ spricht). In letztgenannter Hinsicht drängt sich dann aber um so mehr die Frage auf, was die Ungleichbehandlung zwischen lesbischen und schwulen Paarbeziehungen rechtfertigen könnte. Mittelbar würde die Einbeziehung der „Lebenspartner“ somit das geltende Verbot der Leih-/ Ersatzmutterchaft in Frage stellen, was dann jedoch ausdrücklich offenzulegen und zu diskutieren wäre. Wenn umgekehrt aber am Verbot festgehalten werden soll, spricht vieles für eine Gleichbehandlung männlicher mit weiblichen Paarbeziehungen.



(Prof. Dr. G. Duttge)