

Geschlechtervarianz im Gesundheitsrecht – Ein rechtlich in der Selbstverantwortung verortetes Problem der Solidarität (?)

*Jun.-Prof. Dr. Jennifer Gafe, LL.M.**

I. Einleitung

Schätzungen zufolge leben in Deutschland mindestens 100.000 Menschen, die sich nicht dem Geschlecht zugehörig empfinden, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde.¹ Außerdem existiert eine mindestens genauso große Anzahl an Menschen, die sich genetisch oder anatomisch nicht eindeutig einem binären Geschlecht zuordnen lassen.² Nicht immer, aber sehr häufig geht damit ein Leidensdruck einher, der vor allem dadurch entsteht, dass sich das selbstempfundene Geschlecht nicht nach außen hin zeigt, insbesondere gilt das, wenn Geschlechtsmerkmale stets gesellschaftlich „falsch“ interpretiert werden. Das ruft häufig den Wunsch nach einer äußerlichen Änderung von geschlechtlichen Merkmalen hervor. Auf den ersten Blick mag man einen solchen Wunsch anderen kosmetischen Schönheitsoperationen gleichstellen, die das Gesundheitsrecht grundsätzlich in die Eigenverantwortung der betroffenen Personen stellt. Historisch sah man in Geschlechtervarianz aber stets einen krankhaften Zustand, sodass die Angleichung an ein männliches oder weibliches Erscheinungsbild als so zentral empfunden wurde, dass die Solidargemeinschaft für eine solche Anpassung als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung aufkommen sollte. Paradoxe Weise hat die weitreichende (verfassungsrechtliche und gesellschaftliche) Anerkennung verschiedener (auch nicht binärer) Geschlechtsidentitäten und der medizinische Fortschritt, der Geschlech-

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

1 BMFSFJ, Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/112092/25143068af0f51442bf5efd34edd8016/si-tuation-von-tans-und-intersexuellen-men-schen-im-fokus-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.03.2025); vgl. auch Meyer/Boczek/Bojunga, Deutsches Ärzteblatt 2020, 725.

2 BMFSFJ, Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/112092/25143068af0f51442bf5efd34edd8016/si-tuation-von-tans-und-intersexuellen-men-schen-im-fokus-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.03.2025).

tervarianz nicht mehr als Krankheit einordnet, dieses Solidaritätsverständnis verkehrt. Denn das Gesundheitsrecht geht von einer Verantwortung der Gemeinschaft für Krankheiten und ihre Erkennung und Heilung aus. Gleichzeitig muss das Gesundheitsrecht als Ausfluss der Solidargemeinschaft nicht nur für Mehrheiten, sondern auch für Minderheiten ein System vorhalten, das eine individuelle Krankenversorgung gewährleisten kann. Damit steht das Gesundheitsrecht vor der Frage, inwieweit Personen mit Geschlechtervarianz eigentlich bei der Gesundheitsversorgung eine Eigenverantwortung zukommt. Das Auftreten von Geschlechtervarianz in einem nach wie vor binär geprägten System stellt das Gesundheitsrecht vor Herausforderungen, weil etablierte Behandlungsmethoden und nicht selten das Gesetz selbst diese nicht vorsehen. Schon Geschlechtervarianz, die eine Mann-zu-Frau oder Frau-zu-Mann-Transition zum Inhalt hat, ist häufig in althergebrachte Systeme nicht zu integrieren; eine besondere Aufgabe entsteht aber dann, wenn ein nicht-binäres Geschlecht vorliegt, das sich erst recht binären Vorstellungen entzieht.

Diese Frage nach der Abgrenzung von Selbstverantwortung und Solidarität bei Geschlechtervarianz geht über die geschlechtsverändernden Operationen (dazu unter II.), die dennoch im Mittelpunkt stehen, hinaus und müssen etwa auch die Frage nach der Eigenverantwortung für Kinderwunschbehandlungen in den Blick nehmen. Zwar lässt sich anführen, Kinderwunsch sei eine eigene Angelegenheit, jedoch sieht das SGB V eine Kostenübernahme unter gewissen Bedingungen vor, § 27a SGB V. Dies ist dann der Fall, wenn die Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach ärztlicher Feststellung erforderlich sind, hinreichende Aussicht besteht, dass eine Schwangerschaft herbeigeführt werden kann, die Personen miteinander verheiratet sind, ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten verwendet werden sowie eine ausreichende Unterrichtung der Ehegatten erfolgt. Eine Kostenübernahme scheitert bei trans Personen zu meist an einer dieser Voraussetzungen, insbesondere daran, dass Eizelle und Spermien von den Ehegatten zur Verfügung gestellt werden müssen, eine Samenspende aus einer Datenbank etwa kommt hier nicht in Betracht (dazu unter III.). Beides wird im Folgenden unter dem Gesichtspunkt von Eigenverantwortung und Solidarität näher untersucht.

II. Geschlechtsverändernde Maßnahmen

Der Koalitionsvertrag der 20. Legislaturperiode verspricht: „Die Kosten für geschlechtsangleichende Behandlungen müssen vollständig von der GKV übernommen werden“³ Er etabliert also politisch eine Grundvorstellung, nach der die Solidargemeinschaft für geschlechtsverändernde Maßnahmen aufkommen soll. Geschlechtsverändernde Maßnahmen, häufig auch geschlechtsangleichende Maßnahmen genannt,⁴ sind zunächst Hormontherapien, also die Gabe von Östrogenen oder Testosteron, wobei zu unterscheiden ist, ob die Pubertät bereits abgeschlossen ist oder ob bereits die Pubertätsunterdrückung bezieht werden soll. Darüber hinaus sind die Entfernung des Uterus (Hysterektomie), des Scheidengewebes (Kolpektomie), der Eierstöcke (Ovarektomie) und der Brüste (Mastektomie), sowie der plastische operative Aufbau von äußeren Geschlechtsmerkmalen wie Penis und Hoden (Penoidrekonstruktion, Phalloplastik oder Klitorispenoid) erfasst.⁵ Die Kosten pro Operation bewegen sich zwischen 5.000 und 50.000 Euro. Die Kostenübernahme dafür durch die gesetzliche Krankenkasse, also die Frage danach, ob etwas in der Verantwortung der Solidargemeinschaft liegt oder nicht, hat das Sozialgesetzbuch in gesetzliche Merkmale transportiert: § 27 Abs. 1 SGB V stellt den Begriff der Krankheit in den Mittelpunkt und knüpft eine Kostenübernahme daran, dass eine Krankenbehandlung notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhindern oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Orientieren muss sich die Behandlung am medizinischen Standard, § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V.

1. Die „Krankheit“ im Sinne des Gesundheitsrechts

§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V benennt als zentrale Voraussetzung des Kostenerstattungsanspruchs das Vorliegen einer Krankheit. Eine Definition gibt das

³ SPD/Grüne/FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Grüne und FDP, 20. Legislaturperiode, S. 95.

⁴ Der Begriff wird von vielen Menschen abgelehnt, weil er von einem binären Geschlechtermodell ausgeht und insbesondere nicht-binäre Personen unberücksichtigt lässt.

⁵ Weiterführend zu den verschiedenen Behandlungsarten Grohs, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 43.

Gesetz nicht vor, Inhalt und Grenzen des Begriffs sind daher von der Rechtsprechung und dem Schrifttum zu entwickeln. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist die Krankheit „ein regelwidriger, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichender Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder den Betroffenen arbeitsunfähig macht.“⁶ Es handelt sich um einen rechtlichen Zweigbegriff, der einer Zweigliedrigkeit folgt: Der regelwidrige, körperliche oder geistige Zustand umschreibt das Bedürfnis der betroffenen Person nach Gesundheit, während die Behandlungsbedürftigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit den Sozialgedanken des Gesundheitsrechts widerspiegelt und den Risikobereich anhand der Möglichkeiten der Gesellschaft beschränkt auf solche Zustände, die auch tatsächlich behandlungsbedürftig sind (vergleichbar mit der sozialrechtlichen Ausgestaltung des Begriffs der Behinderung).⁷ Der Begriff ist vom medizinischen Begriff abzugrenzen, der sich über Symptome und Ursachen definiert oder anstelle der Krankheit eher die Gesundheit definiert (nach der Weltgesundheitsorganisation etwa ist Gesundheit ein „state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity“⁸). Über die Begrifflichkeiten lässt sich umfassend debattieren,⁹ im Folgenden wird aus Gründen des Umfangs der gesetzliche Begriff zugrunde gelegt, ohne seine Schwächen näher zu thematisieren.

Die Regelwidrigkeit selbst geht vom Leitbild eines gesunden Menschen aus, der zur Ausübung normaler körperlicher und psychischer Funktionen in der Lage ist.¹⁰ Dabei ist in Bezug auf das funktionelle Defizit eine Erheblichkeitsschwelle zu überschreiten. Kosmetische Beeinträchtigungen begründen daher keine Krankheit, es sei denn, sie nehmen ein extremes und unzumutbares Ausmaß an.¹¹ Das ist nach der Rechtsprechung der

6 Beispielhaft BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10, 12; BSG, Urt. v. 10.02.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96, 98; BSG, Urt. v. 30.09.1999 – B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36, 38; BSG, Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 27/02 R, BSGE 93, 236, 252.

7 Müller-Götzmann, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2023, SGB V § 27 Rn. 14 m.w.N.

8 WHO, Constitution of the WHO, S. 1; „Zustand des umfassenden körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht lediglich das Freisein von Krankheit und Schwäche“.

9 Müller-Götzmann, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2023, SGB V § 27 Rn. 12 ff. m.w.N.

10 BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10; BSG, Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 27/02 R, BSGE 93, 236, 252.

11 BSG, Urt. v. 28.02.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, 120.

Fall, wenn eine „entstellende Wirkung“ vorliegt, wenn es den betroffenen Personen erschwert oder unmöglich ist, „sich frei und unbefangen unter den Mitmenschen zu bewegen“.¹²

Die Behandlungsbedürftigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit muss kausal auf der Regelwidrigkeit beruhen. Dazu wird die Relevanztheorie herangezogen, nach der die Regelwidrigkeit ursächlich ist, wenn sie im Verhältnis zu anderen Einzelbedingungen wegen ihrer besonderen Beziehung zu dem Erfolg, dessen Eintritt wesentlich mitbewirkt hat.¹³ Behandlungsbedürftigkeit liegt dann vor, wenn durch den regelwidrigen Gesundheitszustand die körperlichen oder geistigen Funktionen in einem so beträchtlichen Maße eingeschränkt sind, dass ihre Wiederherstellung der Mithilfe der ärztlichen Behandlung bedarf.¹⁴ Eine Behandlungsfähigkeit muss also hinzutreten, was in Bezug auf die grundsätzlich nicht behandlungsfähige Geschlechtervarianz noch an Bedeutung gelangen wird. Für das Behandlungsziel ist keine vollständige Heilung erforderlich, auch wenn sie vorrangig anzustreben ist,¹⁵ es genügt, seine Verschlimmerung zu verhüten oder seine Beschwerden zu lindern.¹⁶ Arbeitsunfähigkeit liegt demgegenüber vor, wenn die betroffene Person überhaupt nicht oder nur unter der Gefahr einer erheblichen Verschlimmerung fähig ist, ihrer zuletzt ausgeübten oder einer ähnlichen Tätigkeit nachzugehen.¹⁷

Zusammenfassend wird der gesundheitsrechtliche Begriff der Krankheit geprägt von einem Normalbild eines Menschen, der sich an einer gesellschaftlichen Erwartungshaltung orientiert.

12 BSG, Urt. v. 28.02.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, 120.

13 BSG, Urt. v. 23.11.1971 – 3 RK 26/70, BSGE 33, 202.

14 BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10; BSG; Urt. v. 10.07.1979 – 3 RK 21/78, NJW 1980, 1919; ausführlich *Spielmeyer*, DOK 1971, 836, 838 f.

15 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 26.02.2013 – 1 BvR 2045/12, NJW 2013, 1664; ausführlich *Krasney*, ZSR 1976, 411, 418.

16 BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10.

17 BSG, Urt. v. 23.11.1971 – 3 RK 26/70, BSGE 33, 202.

2. Geschlechtervarianz als „Krankheit“ im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V

a. Medizinische Einordnung

Die Pathologisierung von Geschlechtervarianz entspricht nicht mehr dem Stand der Wissenschaft.¹⁸ Die Bezeichnung als Defekt o. ä. wurde daher nach und nach aufgegeben – anerkannt ist weiterhin, dass aufgrund der Abweichung von Geschlechtsidentität und körperlichen Geschlechtsmerkmalen eine starke psychische Belastung vorliegen kann, die als Geschlechtsdysphorie bezeichnet wird. Die internationale Klassifizierung von Krankheiten (ICD) wird von der Weltgesundheitsorganisation herausgegeben und vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte in eine deutsche Fassung übertragen. Sie dient der Klassifizierung und Kodierung insbesondere der Versorgung durch die gesetzlichen Krankenkassen. Gemäß der bis zum 1.1.2022 geltenden ICD-10 ist Transsexualismus eine psychiatrische Störung (F64.0). Da die neue Klassifizierung (ICD-11) noch nicht eingeführt wurde, ist die ICD-10 in Deutschland weiterhin für die Abrechnung relevant.¹⁹

Die S3-Leitlinie „Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit: Diagnostik, Beratung und Behandlung“ (S3-Leitlinie), die von der *Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e. V.* entwickelt wurde und derzeit überarbeitet wird, bezeichnet die Diagnose Transsexualismus (F64.0) in der 10. Fassung der ICD-10 als international überholt. Sie bezieht sich dabei vor allem auf die fünfte Version des von der *American Psychiatric Association* im Mai 2013 herausgegebenen Klassifikationssystems Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5). Dieses System hat den Begriff „Geschlechtsidentitätsstörung“ aufgegeben; stattdessen beschreibt Gender Dysphoria (deutsch: Geschlechtsdysphorie) den Leidensdrucks zwischen Gender (ein englisches Wort, das zwar ins Deutsche übersetzt ebenfalls „Geschlecht“ bedeutet, aber eher Geschlechtsidentität beschreibt) und dem aufgrund biologischer Merkmale zugewiesenen Geschlecht, der Störungswert erreicht, wenn sich aufgrund dessen ein klinisch-relevanter Leidensdruck entwickelt. Das DSM-5 wird in Deutschland primär im Rahmen der Weiterbildung, aber nicht zur Diagnosestellung verwendet.²⁰

18 Nieder/Strauß, Zeitschrift für Sexualforschung 2019, 70, 76 m.w.N.

19 Dazu auch Harney/Huster/Kohlenbach, MedR 2023, 127, 136.

20 Bauer/Maier/Schneider/Kampfhammer, Der Nervenarzt 2014, 531.

In der seit Januar 2022 vorliegenden ICD-11, deren German-Modifikation-Fassung bisher noch nicht abgeschlossen ist, lautet die Diagnose nunmehr „Gender Incongruence“ und wird außerhalb psychischer Störungen verortet. Hierbei wird davon ausgegangen, dass schon die Inkongruenz als solche den Störungswert ausmacht; ein bereits entstandener Leidensdruck ist nicht mehr erforderlich, auch Prävention soll damit ermöglicht werden.²¹

b. Geschlechtsidentität als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das Bundesverfassungsgericht hat 2017 entschieden, dass die Geschlechtsidentität nicht-binärer Personen von dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist, sodass eine Beschränkung des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister auf die Begriffe „männlich“ und „weiblich“ verfassungsrechtlich unzulässig ist.²² Der Schutz durch die Verfassung bezieht sich dabei in Bezug auf die Intimsphäre auf den Offenbarungsschutz (nunmehr einfachgesetzlich ausgestaltet in § 13 Selbstbestimmungsgesetz) und auf die Selbstbestimmung der individuellen Identität und ihre äußerliche Darstellung.²³ Die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 8 EMRK.²⁴ Damit ist eine geschlechtsverändernde Operation hin zu einem binären Geschlecht und einem nicht-binären Geschlecht gleichzustellen; eine entsprechende Differenzierung, auch bei der Kostenübernahme, ist verfassungsrechtlich vor allem mit Blick auf Art. 3 GG zu beanstanden, es sei denn, es fänden sich zwingende Differenzierungsgründe, die ihrer Natur nach nur in der einen oder der anderen Konstellation auftreten können.²⁵

21 Zu den medizinischen Behandlungsweisen vgl. eingehend *Grohs*, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 43 ff.

22 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1, 20; zuvor bereits ständige Rechtsprechung in Bezug auf binäre Transidentität vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109, 124 m.w.N.

23 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006 – 1 BvL 1/04, BVerfGE 116, 243, 246.

24 EGMR, Urt. v. 11.07.2002 – 28957/95, NJW-RR 2004, 289, 293.

25 BVerfG, Urt. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82, BVerfGE 85, 191, 207.

c. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

aa. Die erste Entscheidung des BSG auf Grundlage der §§ 182 Abs. 2, 184 Abs. 1 RVO (1987)²⁶

In der ersten Entscheidung des Bundessozialgerichts im Jahr 1987 noch unter der Geltung der Reichsversicherungsordnung wurde ein Anspruch auf Krankenbehandlung bei geschlechtsverändernden Operationen bejaht, weil die Spannung zwischen dem körperlichen Geschlecht und der Identifizierung mit dem anderen Geschlecht zu einem Leidensdruck geführt habe, der nicht durch andere Behandlungen behandelt werden könne.²⁷ Transsexualität sei eine Krankheit, die „eine außergewöhnliche, rechtliche Behandlung rechtfertigt“.²⁸ Zusätzlich war ein Leidensdruck der Betroffenen erforderlich, um eine Regelwidrigkeit des körperlichen Zustands zu begründen.²⁹

bb. Die Entscheidungen des BSG nach Inkrafttreten des SGB V

Grundsätzlich bejahte das Bundessozialgericht auch nach Inkrafttreten des SGB V einen Anspruch transgeschlechtlicher Personen nach §§ 27, 39 SGB V auf die Durchführung von Operationen zur Anpassung des Körpers an die geschlechtliche Identität als Sachleistung der gesetzlichen Krankenversicherung.³⁰ Das Gericht hat „Transsexualismus“ als behandlungsbedürftige Krankheit anerkannt und sah sich in dieser Annahme durch die Wertung des Transsexuellengesetzes zur personenstandsrechtlichen Anerkennung der Transsexualität bestätigt. Voraussetzung dafür war, dass psychiatrische und psychotherapeutische Mittel das Spannungsverhältnis zwischen dem körperlichen Geschlecht und der seelischen Identifizierung mit einem anderen Geschlecht nicht zu lindern und zu beseitigen vermögen.³¹ Außerdem hat es sich auf die ausdrückliche Nennung des

26 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83.

27 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83.

28 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83, 85.

29 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83, 85.

30 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE 111, 289; BSG, Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 9/04 R, USK 2004, 111; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 9/12 R, USK 2012, 58; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 11/12 R, USK 2012, 205.

31 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE 111, 289.

„Transsexualismus“ in § 116b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. i SGB V zur ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung gestützt.³² Mit geschlechtsverändernden Maßnahmen gehen immer Eingriffe in ein gesundes Organ (1) sowie die Behandlung eines psychischen Leidens mit einem körperlichen Eingriff (2) einher. Alle ergangenen Entscheidungen hatten gemein, dass es sich entweder um eine Mann-zu-Frau- oder Frau-zu-Mann-Transition handelte.

(1) Eingriffe in den gesunden Körper.

Bei einer geschlechtsverändernden Operation handelt es sich um einen Eingriff in ein krankenversicherungsrechtlich gesundes Organ, den die Rechtsprechung zu Lasten der Krankenversicherung grundsätzlich ausschließt. Hierunter fallen vor allem ästhetisch-kosmetische Operationen, die grundsätzlich dem Bereich der Eigenverantwortung nach § 1 S. 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 SGB V zugeschrieben sind.³³ Begründet wird dieser Ausschluss mit den Schwierigkeiten einer Vorhersage der psychischen Wirkungen von körperlichen Veränderungen und der deshalb grundsätzlich unklaren Erfolgsprognose.³⁴ Deswegen geht die Rechtsprechung davon aus, dass jeder Eingriff in ein gesundes Organ eine besondere Rechtfertigung verlangt, die vor allem die Art und Schwere der Erkrankung, die Dringlichkeit der Intervention, die Risiken und Nutzen sowie Folgekosten berücksichtigt.³⁵ Ausnahmsweise hat die Rechtsprechung bei geschlechtsverändernden Operationen einen Anspruch auf eine Operation von an sich gesunden Organen angenommen, weil zur Erreichung des Behandlungsziels (Annäherung an einen „regelhaften Zustand“ im Sinne eines männlichen oder weiblichen Phänotyps) andere Behandlungsmaßnahmen nicht ausreichen.³⁶ Dabei müsse im konkreten Fall der Geschlechtervarianz festgestellt werden, ob etwa eine hormonelle Handlung genüge oder ob operative Maßnahmen indiziert seien.³⁷

32 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE 111, 289.

33 BSG, Urt. v. 28.02.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, 121; zuletzt BSG, Urt. v. 22.06.2022 – B 1 KR 19/21 R, BSGE 134, 172.

34 BSG, Urt. v. 22.06.2022 – B 1 KR 19/21 R, BSGE 134, 172, 174.

35 BSG, Urt. v. 19.02.2003 – B 1 KR 1/02 R, BSGE 90, 289, 291.

36 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83; BSG, Urt. v. 10.02.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96.

37 BSG, Urt. v. 10.02.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96, 99.

(2) Operationen aufgrund einer psychischen Situation

Psychische Erkrankungen rechtfertigen nach der Rechtsprechung ebenfalls keine Eingriffe am gesunden Körper, da hiermit regelmäßig nicht unmittelbar gegen die eigentliche Erkrankung vorgegangen wird. Begründet wird dieser Umstand mit der Kostspieligkeit von Schönheitsoperationen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse keine Zweifel bestehen, dass die Operation zur Überwindung der psychischen Krankheit führt.³⁸ Die dafür angelegten Maßstäbe sind besonders streng. Schwierigkeiten entstehen vor allem bei der Abgrenzung von ästhetisch-kosmetischen und medizinisch notwendigen Behandlungen, da die medizinischen Empfehlungen hier durchaus variieren, etwa in Bezug auf eine Gesichtsfeminisierung. Die Rechtsprechung greift hier jeweils auf die Umstände des Einzelfalls zurück: Ziel der Therapie müsse es sein „den Leidensdruck der Betroffenen durch operative Eingriffe zu lindern, die darauf gerichtet sind, das körperlich bestehende Geschlecht dem empfundenen Geschlecht anzunähern, es diesem Näheungsweise anzupassen“³⁹.

cc. Einfluss des Transsexuellengesetzes bzw. Selbstbestimmungsgesetzes

Zwischen 1981 bis 2023 bot das Transsexuellengesetz die Rechtsgrundlage für die Änderung des Vornamens und des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister. Das Bundessozialgericht nahm die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Änderung des äußerlichen Erscheinungsbilds als Voraussetzung der Personenstandsänderung verfassungswidrig sei, zum Anlass, festzustellen, dass daraus keine Folgen für das Gesundheitsrecht resultieren, da diese dennoch medizinisch geboten sein können.⁴⁰ Damit stellte es fest, dass die Wertung des Transsexuellengesetzes grundsätzlich keinen Einfluss auf die Kostenübernahme hat.⁴¹ Dem ist zuzustimmen, trotzdem geht mit der Abschaffung des Transsexuellengesetzes und der Einführung des Selbstbestimmungsgesetzes eine gesetzgeberische Wertung einher; namentlich jene, dass Geschlechtsidentität unabhängig

38 BSG, Urt. v. 10.02.1993 – I RK 14/92, BSGE 72, 96, 100.

39 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE 111, 289, 291.

40 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE 111, 289; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 9/12 R, USK 2012, 58.

41 Kasten, SGB 2020, 672, 673 m.w.N. der Rechtsprechung.

von körperlichen Merkmalen (subjektiv) bestimmt wird. Dieser Umstand beeinflusst zwar nicht unmittelbar den Anspruch auf Kostenübernahme, im Sinne der Einheit der Rechtsordnung und mit Blick auf eine Wertung in Bezug auf die Verantwortung der Solidargemeinschaft darf sich das Gesundheitsrecht aber auch nicht insofern in einen Widerspruch dazu stellen, dass es (auch verfassungsrechtlich bedenklich) etwa binäre Geschlechter non-binären vorzieht oder dass es das Bedürfnis nach Geschlechtsveränderung gänzlich ablehnt.

dd. Die Rechtsprechungsänderung im Oktober 2023

2023 hatte dann das Bundessozialgericht erstmals über die Kostenübernahme für eine beidseitige Mastektomie als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung bei einer Person zu entscheiden, die ihren (weiblichen) Geschlechtseintrag streichen ließ und durch die Operation anstrebe, das körperliche Erscheinungsbild von weiblich zu nicht-binär zu verändern.⁴² Während alle vorangegangenen Entscheidungen eine Frau-zu-Mann- oder Mann-zu-Frau-Transition zur Grundlage hatte, nahm das Bundessozialgericht den leicht veränderten (das heißt nicht am binären Geschlechtemodell orientieren) Sachverhalt zur Grundlage, die bisherige Rechtsprechung zu Operationen an gesunden Organen zum Zwecke der Veränderung des Geschlechts aufzugeben.

(1) Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung: Geschlechtervarianz ist keine Krankheit

Zunächst stellte das Gericht fest, dass es sich bei Geschlechtervarianz nicht um eine Krankheit im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V handele.⁴³ Dazu verweist es auf die oben bereits ausgeführte Definition der Krankheit und die damit verbundenen Wertungsspielräume sowie die Interpretation am Zweck der Norm.⁴⁴ Insbesondere nimmt es Stellung zu der notwendigen

42 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782 (für BSGE vorgesehen); zusammenfassend zu den erstinstanzlichen Entscheidungen *Grohs*, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 87 ff. m.w.N.

43 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

44 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 15.

besonderen Rechtfertigung bei einem Eingriff in ein gesundes Organ, wobei Art und Schwere der Erkrankung, die Dringlichkeit der Intervention, die Risiken sowie die Folgekosten abzuwägen seien.⁴⁵ Der bloße Wunsch, das äußere Erscheinungsbild zu ändern, genüge nicht, es bedürfe objektiver Kriterien.⁴⁶ Der erzeugte Leidensdruck genüge nicht, Maßstab sei die wissenschaftliche Bewertung der generellen psychotherapeutischen Eignung chirurgischer Eingriffe.⁴⁷ Der vorigen Rechtsprechung des Senats stünde die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Personenstandsrecht entgegen, nachdem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die Geschlechtsidentität schütze.⁴⁸ Zudem verweist es auf die S3-Leitlinie, die ebenfalls bei Geschlechtervarianz nicht von einer Krankheit im Sinne eines behandlungsbedürftigen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes ausgehe.⁴⁹ Im Ergebnis argumentiert das Gericht hier primär an der fehlenden Erfolgsprognose beim Eingriff in das gesunde Organ und nicht am Krankheitswert der Geschlechtervarianz bzw. dem dadurch entstehenden Leidensdruck.

(2) Diagnostik und Behandlung der Geschlechtsinkongruenz als neue Methode

Weiter kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Behandlung eines durch eine Geschlechtsinkongruenz verursachten Leidendrucks um einen untrennbaren Bestandteil einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode im Sinne des § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V handele, für deren Wirkprinzip der in der vertragsärztlichen Versorgung liegende Leistungsanteil wesentlich ist.⁵⁰ Dafür bedarf es einer Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V, in der Empfehlungen über die in den Nummern 1 bis 3 des § 135Abs. 1 S. 1 SGB V näher ausgeführten Voraussetzungen für Methoden und Qualifikationen zu treffen sind. Diese Prüfung und Bewertung beziehe sich auf leistungsübergreifende methodische Konzepte, die auf ein bestimmtes diagnostisches oder

45 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 16.

46 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 16.

47 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 16.

48 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

49 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

50 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 20 ff.

therapeutisches Ziel gerichtet sind.⁵¹ Das Gericht verweist auf die bestehende Rechtsprechung der Definition des Begriffs „neu“ in § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V: Danach sind Behandlungsmethoden neu, wenn sie (bisher) nicht als abrechnungsfähige ärztliche Leistung im Einheitlichen Bewertungsmaßstab für ärztliche Leistungen (EBM-Ä) enthalten ist oder wenn sie zwar im EBM-Ä aufgeführt ist, deren Indikation aber wesentliche Änderungen oder Erweiterungen erfahren hat.⁵² Die bisherige Rechtsprechung basiere auf dem klar abgrenzbaren Phänotyp des weiblichen und männlichen Geschlechts, während die S3-Leitlinie normiert, dass eine solche Ausrichtung der Behandlung nicht mehr der neueren medizinischen Bewertung entspricht. Hier wird deutlich, dass das Gericht sich vor allem von der veränderten Sachlage hat leiten lassen, die eigene Rechtsprechung grundlegend zu überdenken. So kommt es zu dem Schluss, die Diagnostik und Behandlung von durch Geschlechtsinkongruenz verursachten Leidensdruck stelle zwangsläufig eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode dar.⁵³ Dazu verweist es darauf, dass die S3-Leitlinie ein Konzept beschreibe, das Patient:in und Ärzt:in nicht nur gleichberechtigt in die Diagnosestellung und Behandlung einbinde, sondern auch der behandlungsbedürftigen Person eine Schlüsselstellung zuweise und es deswegen keine objektiven Kriterien gebe.⁵⁴ Hinzu trete eine fehlende negative Abgrenzung, da die Frage, welcher Zustand erreicht werden solle, nicht eindeutig beantwortet werden könne.

d. Analyse

Dem Gericht ist darin zuzustimmen, dass der früher als Transsexualismus bezeichnete Zustand der Geschlechtervarianz nicht zum Begriff der Krankheit im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V passt. Ähnlich wie bei der Homosexualität hat sich die medizinische und psychologische Forschung hier weiterentwickelt und in Anbetracht der Anerkennung der Geschlechtsidentität als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts wäre es verfehlt, diesen

51 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 24.

52 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 125 mit Verweis auf BSG, Urt. v. 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, GesR 2006, 421.

53 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 30.

54 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 28.

Zustand als normabweichend einzuordnen.⁵⁵ Nicht nur die wissenschaftlichen Erkenntnisse, sondern auch die Positionierung des Gesetzgebers im Rahmen des Selbstbestimmungsgesetzes sprechen dagegen.

Dass es sich bei der Behandlungsmethode aber um eine neue Methode im Sinne des § 135 SGB V handeln soll, überzeugt nicht.⁵⁶ Das Gericht stellt dafür darauf ab, dass das Behandlungsziel keinem Phänotyp eines binären Geschlechtsmodells entspreche und daher kein objektiver Maßstab vorlege. Dass daraus eine Schlüsselrolle der behandelten Person erwächst, widerspricht dem grundlegenden Verständnis der Ärzt:in-Patient:in-Beziehung, in der medizinische und behandlungsrelevante Informationen mitgeteilt werden und der:die Patient:in frei entscheiden darf, welche Behandlungspräferenzen verfolgt werden. Die Grundlagen der Einwilligung in körperliche Eingriffe und die Abkehr von einem paternalistischen Verständnis führen in jeder Situation dazu, dass der behandelten Person eine Schlüsselrolle zukommt. Es ist psychischen Erkrankungen gemein, dass nur die betroffene Person selbst den Ausgangspunkt einer Diagnose abbilden kann, so geht zu Recht auch hier die S3-Leitlinie davon aus, dass die Diskrepanz zwischen zugewiesenem Geschlecht und Geschlechtsidentität nur von der betroffenen Person selbst festgestellt werden kann. Von diesem Ausgangspunkt ausgehend erfolgt eine übliche, umfassende Diagnostik, die zu einer individuellen Lösung führt. Die behandelnde Person ist in der Pflicht, den Leidensdruck konkret zu bestimmen und basierend hierauf zu einer Einschätzung zu gelangen, inwiefern der Leidensdruck eine Linderung zulasten der Solidargemeinschaft begründet. Das Gericht scheint anzunehmen, dass der bloße Wunsch nach einem Eingriff hier ausreiche und lässt den – in ständiger Rechtsprechung fortgeföhrten – Leidensdruck ohne erkennbaren Grund außer Acht. Dass sich psychische Leiden nicht objektiv bemessen lassen, liegt in der Natur der Sache und ist nicht neu, sondern trifft auf alle psychischen Erkrankungen zu. Inwiefern sich „objektive Kriterien“ bei einem binären Geschlecht eher ergeben als bei einem nicht-binären, lässt das Gericht offen. Denn grundsätzlich streben die betroffenen Personen bei Geschlechtervarianz stets eine Annäherung an das selbstempfundene Geschlecht an. Das kann und wird sich in den meisten Fällen auf die Veränderung einzelner Körperstellen beschränken; um welche es sich dabei

55 Zur Vorinstanz *Knispel*, NZS 2024, 777, 778; *Harney/Huster/Kohlenbach*, MedR 2023, 127, 136 f.; davor schon *Kasten*, SGB 2020, 672; abweichend *Bittner*, in: *Schlegel/Voelkel*, jurisPK-SGB V, 4. Aufl. 2021, § 2b Rn. 20.1.

56 Wie hier auch *Knispel*, NZS 2024, 777.

handelt und welche Aspekte als besonders störend empfunden werden, war schon immer individuell und hat keinen Bezug zum angestrebten Ziel. Auch insofern ist die Behandlungsmethode nicht neu.

Das Gericht hat insofern zwar richtig erkannt, dass für non-binäre Personen kein normativer Phänotypus existiert, an dem man das Zielergebnis ausrichten kann, trotzdem gibt es mindestens ein (negatives) objektives Abgrenzungskriterium, nämlich die fehlende eindeutige Zuordnung zu einem männlichen oder weiblichen Erscheinungsbild.⁵⁷ Im Übrigen bestimmt sich das Ziel danach, welche Körperstellen einen besonderen Leidensdruck verursachen. Diesbezüglich besteht aber kein Unterschied zu einem binären Zielergebnisbild. Auch hier dürfte es erhebliche (subjektive) Differenzierungen geben, etwa ob die primären Geschlechtsorgane verändert werden sollen (eher selten), nur eine Mastektomie notwendig ist, um den Leidensdruck zu nehmen oder ob etwa der Bart⁵⁸ besonders stört. Die individuellen Lebensumstände haben dabei schon bisher eine große Rolle gespielt und zu einem in der früheren Rechtsprechung konsequent abgelehnten „uneindeutigen“ Erscheinungsbild geführt, etwa wenn die Brust entfernt wurde, ohne die primären Geschlechtsorgane daran anzupassen, um ein männliches Erscheinungsbild zu erreichen. Welcher Unterschied darin bestehen soll, die Brust zu entfernen, ohne die primären Geschlechtsorgane anzupassen, um ein nicht-binäres Erscheinungsbild zu erreichen, ist keiner Logik zugänglich. „Neu“ ist dabei ausschließlich, dass auch hierfür die Reichweite des Anspruchs bestimmt werden muss, was allerdings nicht Aufgabe des Gemeinsamen Bundesausschuss, sondern der Rechtsprechung ist.⁵⁹

Das Gericht scheint objektive Kriterien mit gesellschaftlich anerkannten Kriterien gleichzustellen, das ist aber gerade nicht Inhalt des § 27 SGB V. Objektive Kriterien sind auf medizinischen Untersuchungen beruhende Erkenntnisse, die sich im konkreten Einzelfall aus dem Leidensdruck der betroffenen Person objektiv durch qualifiziertes Personal (Ärzt:innen, Psycholog:innen) bestimmen lassen. Das bedeutet nicht, dass das dann entstandene Erscheinungsbild auch gesellschaftlich anerkannt ist, denn das verlangt Objektivität gerade nicht. Welche geschlechtlichen Merkmale eine Gesellschaft für „normal“ erachtet, mag möglicherweise den Leidendruck direkt oder indirekt beeinflussen, darf aber nicht ausschlaggebend für die

57 Knispel, NZS 2024, 777, 778.

58 Zur Barthaarentfernung als Leistung der GKV Pitz, NZS 2021, 854.

59 Knispel, NZS 2024, 777, 781.

Einordnung eines Zustands als krankhaft oder gesund sein. Die Auswirkungen eines solchen Maßstabs werden etwa mit Blick auf eine Behinderung deutlich. Vielmehr bestimmt der (durch Untersuchungen ermittelte) Leidensdruck die notwendigen Operationen, die wiederum einen gewissen, objektiv messbaren Erfolg bei der Linderung des Leidensdrucks mit sich bringen müssen.

Zu Recht wird im Schrifttum kritisiert, dass die neue Rechtsprechung einen grundsätzlichen Ausschluss nicht-binärer Personen von der Gesundheitsversorgung mit geschlechtsverändernden Operationen zur Folge hat, die mit verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren sei.⁶⁰ Die Entscheidung ist zwar insoweit konsequent, als dass sie konkret darauf verweist, an der bisherigen Rechtsprechung nicht festzuhalten,⁶¹ was wohl die Folge des Gleichbehandlungsgebots aller, nicht nur binärer, Identitäten sein dürfte, andersherum erschließt sich aber nur wenig, warum der vorher bestehende Anspruch auf Kostenübernahme bei Geschlechtsveränderung hin zu einem binären Geschlechtsmodell aufgegeben wird, obwohl dieser scheinbar die Voraussetzungen des § 27 SGB V erfüllte. Im Ergebnis beschneidet das Gericht Rechte aufgrund des Hinzutretens eines Sachverhalts, der verfassungsrechtlich gleichermaßen geschützt ist. Damit darf in Frage gestellt werden, ob ein solches Vorgehen verfassungsrechtlich überhaupt zu rechtfertigen ist.⁶²

Alle Diskussionen haben gemein, dass ihnen ein tiefgreifenderes und vor allem differenziertes Verständnis für Geschlechtervarianz und den damit einhergehenden Leidensdruck zu fehlen scheint. Hier schlägt sich auch die Differenzierung von Eigenverantwortung und Solidarität nieder: Es dürfte weitestgehend unstreitig sein, dass Geschlechtervarianz als solche keine Krankheit, kein von der Normalität abweichender Zustand ist und dass sich das angestrebte Erscheinungsbild nicht nach gesellschaftlichen (binären) Kriterien bestimmen lässt. Für das rein äußerliche Erscheinungsbild ergibt sich aus der Rechtsprechung eine grundsätzliche Selbstverantwortung; für damit einhergehende Leiden jedoch ist die Solidargemeinschaft verantwortlich. Gleichzeitig ist Geschlechtsdysphorie ein Leiden, das medizinisch anerkannt ist und der Definition der Krankheit in § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V recht unproblematisch unterfällt, zumindest dann, wenn

60 Knispel, NZS 2024, 777, 779.

61 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

62 Dazu schon SG Mannheim, Urt. v. 14.04.2021 – S 4 KR 3011/20, juris Rn. 33; eingehend zur verfassungsrechtlichen Perspektive eines Leistungsanspruchs Grohs, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 99 ff.

der Leidensdruck eine Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Nicht anderes beweisen die ICD-11 und die S3-Leitlinie. Die bisherige Rechtsprechung vermischt entsprechend Geschlechtervarianz und Geschlechtsdysphorie zu stark. Es wäre angezeigt, vor allem den Leidensdruck in den Mittelpunkt zu stellen und die Möglichkeiten zu dessen Linderung, anstatt sich mit der verfassungsrechtlich geschützten Geschlechtsidentität der betroffenen Person auseinanderzusetzen. Diese dürfte mit Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtsprechung kaum relevant sein, wenn nicht die Geschlechtsdysphorie mit Krankheitswert hinzutritt.

Es ist nicht zu vernachlässigen, dass das Gericht selbst darauf hinweist, dass es keine eigenständige Regelung zur Kostenübernahme für geschlechtsverändernde Operationen unabhängig vom Vorliegen einer Krankheit gibt, wie sie in § 27a SGB V für Kinderwunschbehandlungen vorgesehen ist und dass es den parlamentarischen Gesetzgeber in der Pflicht sieht, die Leistungsansprüche zu regeln⁶³ – der vorsichtige Ruf nach dem Gesetzgeber entgeht bei der Lektüre der Entscheidung nicht. Insofern und mit Blick auf den Koalitionsvertrag der 20. Legislaturperiode erscheint es durchaus sinnvoll, hier eine vom Krankheitsbegriff unabhängige Regelung zu schaffen. Denn letztlich dürfte die zwar mögliche, aber viele Rechtsunsicherheiten mit sich bringende Differenzierung zwischen Geschlechtervarianz und Geschlechtsdysphorie vor allem die betroffenen Personen benachteiligen, die sich vor große bürokratische Hürden gestellt sehen und Ungleichbehandlungen wahrscheinlich machen. Eine Regelung angelehnt an den § 27a SGB V hätte den Vorteil eines klar umrissenen Voraussetzungskatalogs, der eine Gleichbehandlung sicherstellen kann und gleichzeitig für Ärzt:innen und Psycholog:innen Kriterien abbildet, an denen sie sich wiederum orientieren können.

III. Künstliche Befruchtung

Seit moderne Reproduktionsmedizin einen Kinderwunsch zumindest theoretisch in den meisten Fällen zu erfüllen vermag, muss ein Kinderwunsch von Personen mit Geschlechtervarianz nicht mehr zwingend unerfüllt bleiben. Studien zeigen auf, dass ein Kinderwunsch hier nicht weniger

63 Diesen Ruf sieht auch *Knispel*, NZS 2024, 777.

wahrscheinlich ist, als er bei Cis-Personen⁶⁴ vorkommt.⁶⁵ Ein solcher Kinderwunsch birgt gleich zwei rechtliche Herausforderungen: Zum einen die rechtliche Anerkennung einer Elternschaft (darauf soll hier nicht näher eingegangen werden, da es sich eher um eine zivilrechtliche Fragestellung handelt), zum anderen die Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenkasse. Im Feld des Kinderwunschs steht eine ähnlich gelagerte Frage im Vordergrund, nämlich die, ob die Erfüllung des eigenen Kinderwunschs in der eigenen Verantwortung liegt, oder ob die Gesellschaft für die medizinische Ermöglichung des Kinderwunschs Sorge zu tragen hat.

1. Übernahme der Kosten gem. § 27 SGB V

Viele Jahre lang war es umstritten, inwiefern die fehlende Fähigkeit, Kinder zu zeugen, unter den Begriff der Krankheit des § 27 SGB V zu fassen war – die Rechtsprechung lehnte eine Kostenübernahme hier regelmäßig ab. Daher schuf der Gesetzgeber den von dem Krankheitsbegriff unabhängigen § 27a SGB V, der unter bestimmten Voraussetzungen, von denen die Verwendung ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten (§ 27a Abs. 1 Nr. 4 SGB V) die wichtigste sein dürfte, die Kostenübernahme von Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft regelt. Eine Kostenübernahme als Krankenbehandlung auf Basis des § 27 SGB V war bisher nicht möglich, da es sich in Fällen, in denen durch die Kryokonservierung eine spätere Befruchtung ermöglicht werden soll, nicht um eine Krankenbehandlung zur Wiederherstellung der Empfängnismöglichkeit handelt.⁶⁶ Basis für diese Leistung ist die Richtlinie zur Kryokonservierung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA), erlassen auf Basis des neuen § 27a Abs. 5 SGB V,⁶⁷ die die Details des Leistungsanspruchs regelt. Die einzelnen Voraussetzungen finden sich in den soeben genannten Leitlinien; die Altersgrenze regelt § 27a Abs. 4 SGB V. Ob die Hormontherapie tatsächlich eine potenziell keimschädigende Therapie ist, hatte das Sozialgericht Berlin

64 „Cisgender“ oder auch „cis“ verwendet man als Bezeichnung für Personen, deren Geschlechtsidentität übereinstimmt mit ihrem im Geburtenregister eingetragenen (meist biologischen) Geschlecht.

65 Defreyne/Van Schylenbergh/Motmans/Tilleman/T'Sjoen, Parental desire and fertility preservation in assigned female at birth transgender people living in Belgium, Fertility and Sterility 2020, S. 149.

66 BSG, Urt. v. 17.02.2010 – B 1 KR 10/09 R, NZS 2011, 20.

67 BGBl. I, S. 646.

zu entscheiden.⁶⁸ Die Kostenübernahme war abgelehnt worden, weil die Unfruchtbarkeit eine unvermeidbare Folge einer Geschlechtsumwandlung und sie daher keine lediglich potenziell keimschädigende Therapie, sondern ein notwendiges Therapieziel sei.⁶⁹ Das Gericht stützt sich unter Verweis auf die Gesetzesbegründung, die Hormontherapien gerade als einen regelungsbedürftigen Fall im Blick hatte, auf die medizinische Notwendigkeit der Behandlung nach § 27 SGB V und der nicht bewussten Herbeiführung der Erkrankung. Die „Gefahr einer Unfruchtbarkeit“ schließe solche Fälle nicht aus, in denen die Unfruchtbarkeit sichere Folge der Behandlung sei.⁷⁰

2. Der neue § 27a SGB V

Auch die Einführung des § 27a SGB V hat im Ergebnis das Thema Kinderwunsch nicht abschließend geregelt. Denn während der Gesetzgeber sich insoweit klar positioniert hat dazu, Kinderwunschbehandlungen als denkbaren Teil der Verantwortung einer Solidargemeinschaft zu sehen, beschreibt er zeitgleich ein Konzept, das binäre Beziehungsvorstellungen zugrunde legt und Personen mit Geschlechtervarianz gerade nicht berücksichtigt. Es stellen sich daher mehrere rechtliche Fragen, die sämtlichst in der moralisch-ethischen Fragen münden dürften, inwiefern die Selbstverantwortung für den Kinderwunsch zwischen Geschlechtsidentitäten und Sexualitäten differenzieren darf. Das Gesetz geht nämlich davon aus, dass Ei- und Samenzelle von den Ehegatten stammen müssen, sodass das gleichgeschlechtliche Ehepaare genauso von der Kostenübernahme ausgenommen sind wie Eheleute mit ein oder zwei Personen mit Geschlechtervarianz, die biologisch nicht beides zur Verfügung stellen können (selbst dann, wenn sie [ggf. nach einer geschlechtsverändernden Operation] ein heterosexuelles Paar bilden).

Eine wichtige Möglichkeit, die Reproduktionsfähigkeit von Personen mit Geschlechtervarianz zu erhalten, ist die Kryokonservierung (Einfrieren von Spermien oder Eizellen) vor Beginn einer Hormontherapie. Homolo-

68 SG Berlin, Urt. v. 16.11.2022 – S 28 KR 63/22, juris.

69 SG Berlin, Urt. v. 16.11.2022 – S 28 KR 63/22, juris Rn. 12.

70 SG Berlin, Urt. v. 16.11.2022 – S 28 KR 63/22, juris Rn. 42.

ge und heterologe Samenspenden⁷¹ von Spermien und Eizelle werden in Deutschland rechtlich verschieden behandelt. Bei Spermien sind heterologe Spenden möglich, bei Eizellen hingegen nicht (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG). Die Kosten für die Lagerung von Spermien bewegen sich zwischen 250 und 400 Euro pro Jahr. Die notwendigen Untersuchungen im Vorfeld sowie der Einfrierungsvorgang kosten um die 350 Euro. Die Kosten für die Einfrierung von Eizellen sind deutlich höher, hier ist mit mehreren tausend Euro zu rechnen; die Lagerungskosten entsprechen denen der Spermien. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts werden Kosten dafür nicht nach § 27a SGB V übernommen. Zwar könnte eine zur Unfruchtbarkeit führende Geschlechtsangleichung von Mann zu Frau eine keimzellschädigende Therapie im Sinne von § 27a Abs. 4 SGB V und § 3 Kryo-RL sein.⁷² Regelungssystem und -zweck geboten es aber, dass nur solche Behandlungen einen Anspruch auf Kryokonservierung begründen, auf die die Versicherten nach dem SGB V einen Anspruch haben; dies sei bei der geschlechtsangleichenden Behandlung derzeit grundsätzlich nicht der Fall.⁷³ Zur Begründung verweist das Gericht auf die oben bereits dargestellte Rechtsprechung aus Oktober 2023, sodass im Übrigen sich die rechtlichen und auch verfassungsrechtlichen Fragestellungen hier wiederholen.⁷⁴

IV. Ausblick

Mit dem vorzeitigen Ende der 20. Legislaturperiode ist es eher unwahrscheinlich geworden, dass die Forderung des Koalitionsvertrages nach einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für die Kostenübernahme von geschlechtsverändernden Operationen zeitnah im Gesetz Niederschlag finden wird. Ob es sich wirklich um eine Eigenverantwortung handelt, dürfte letztlich aber nur der Gesetzgeber entscheiden. Der Ruf des Bundessozialgerichts nach dem Gesetzgeber wird daher wohl nicht erhört werden – es bleibt aber abzuwarten, ob im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Regelung nicht doch noch ein Umdenken stattfinden wird, sollte absehbar

71 Homologe Samenspenden umfassen Spenden innerhalb der Partner:innenschaft. Bei einer heterologen Samenspende stammen die Spermien von einem:einer Spender:in, die nicht mit dem möglichen weiteren biologischen Elternteil des zukünftigen Kindes liiert, verpartnert oder verheiratet ist.

72 BSG, Urt. v. 28.08.2024 – B I KR 28/23 R, KrV 2025, 22, 24, für BSGE vorgesehen.

73 BSG, Urt. v. 28.08.2024 – B I KR 28/23 R, KrV 2025, 22, 24.

74 BSG, Urt. v. 28.08.2024 – B I KR 28/23 R, KrV 2025, 22, 24.

sein, dass der Gesetzgeber nicht tätig wird. Die Zukunft des Selbstbestimmungsgesetzes und die in ihm enthaltene, verfassungsrechtlich zwingende Wertung des Schutzes der Geschlechtsidentität wird voraussichtlich auch das Gesundheitsrecht beeinflussen. Mit Blick auf die internationale politische Lage werden sich die Bedürfnisse von Personen mit Geschlechtervarianz durchaus ändern können, Minderheitenschutz wird hier ggf. wichtiger, genauso wie die Möglichkeit einer körperlichen Anpassung an das selbstempfundene Geschlecht. Zumindest einen Weg hat der Gesetzgeber bereits 2020 gelegt: Sogenannte Konversionsmaßnahmen, also die „Heilung“ von Menschen mit Geschlechtervarianz (und Homosexualität) wurden mit dem Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen verboten.⁷⁵ Dieser Umstand gepaart mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und dem Selbstbestimmungsgesetz macht eine Rückkehr zur Benachteiligung von Personen mit Geschlechtervarianz politisch äußerst schwierig. Im Gegen teil ist es dringend angezeigt, dass der Gesetzgeber insoweit konsequent bleibt und Geschlechtervarianz nicht länger als ein Problem der Selbstverantwortung versteht.

⁷⁵ Dazu eingehend *Grafe*, Zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen, 2022.

