

Sachgebiet:

BVerwGE: nein  
Übersetzung: nein

Recht des öffentlichen Dienstes und des Dienstrechts der Soldaten sowie des Rechts der Wehrpflichtigen und Zivildienstpflichtigen

Rechtsquelle/n:

BBG (a.F.) §§ 78, 80 Abs. 2 und 4  
BBhV (a.F.) § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 Nr. 2 Halbs. 1, § 43 Abs. 1  
SGB V § 2 Abs. 2, § 27a Abs. 1 und 3 Satz 1 und 3  
GG Art. 3 Abs. 1, Art. 33 Abs. 5

Titelzeile:

Kein Ausschluss der Beihilfefähigkeit für extrakorporale Maßnahmen einer künstlichen Befruchtung

Leitsatz:

Die Beihilfefähigkeit der Aufwendungen für die aus Anlass einer künstlichen Befruchtung erbrachten extrakorporalen Maßnahmen ist nicht in entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 Nr. 2 Halbs. 1 BBhV (a.F.) ausgeschlossen, wenn ein nicht berücksichtigungsfähiger Ehegatte gesetzlich krankenversichert ist und es unterlässt, seinen diesbezüglichen Leistungsanspruch gegenüber seiner Krankenkasse geltend zu machen.

Urteil des 5. Senats vom 29. Juli 2021 - BVerwG 5 C 18.19

- I. VG München vom 25. Januar 2018  
Az: VG M 17 K 17.1558
- II. VGH München vom 15. November 2019  
Az: VGH 14 B 18.1583





Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

BVerwG 5 C 18.19  
VGH 14 B 18.1583

In der Verwaltungsstreitsache



hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts

am 29. Juli 2021

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Störmer,  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Stengelhofen-Weiß und  
Dr. Harms sowie die Richter am Bundesverwaltungsgericht Holtbrügge und  
Preisner

ohne mündliche Verhandlung - berichtet durch Beschluss vom 29. September  
2021 - für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers werden die Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 15. November 2019 und des Verwaltungsgerichts München vom 25. Januar 2018 geändert, soweit eine Beihilfe zu den Aufwendungen für extrakorporale Maßnahmen begehrt wird. Die Beklagte wird unter entsprechender Aufhebung des Bescheides vom 20. Januar 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. März 2017 verpflichtet, dem Kläger eine Beihilfe in Höhe von 678,88 € zu gewähren.

Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger trägt 7/10 und die Beklagte 3/10 der Kosten des gesamten Verfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Der Kläger begehrt die Gewährung einer Beihilfe für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung.
- 2 Der Kläger ist gegenüber der Beklagten mit einem Bemessungssatz von 70 v.H. beihilfeberechtigt. Er ist infolge eines erhöhten Anteils an verformten Spermien eingeschränkt zeugungsfähig, seine Ehefrau leidet zudem an einer sekundären Paarsterilität und fraglicher Tubendurchgängigkeit. Aus diesem Grund ließen der Kläger und seine Ehefrau im November 2016 eine künstliche Befruchtung mittels einer Intracytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) durchführen. Hierfür entstanden insgesamt Aufwendungen in Höhe von 6 786,88 €. Von diesen Aufwendungen entfielen 1 939,68 € auf extrakorporale Maßnahmen und

4 847,20 € auf Maßnahmen, die ausschließlich am Körper der Ehefrau des Klägers durchgeführt bzw. auf Arzneimittel, die dieser verordnet wurden.

- 3 Den bezogen auf 50 v.H. der Gesamtaufwendungen gestellten Antrag des Klägers, ihm eine Beihilfe zu zahlen, lehnte die Beklagte ab. Die geltend gemachten Aufwendungen seien nicht beihilfefähig, weil sie keine Maßnahmen beträfen, die ausschließlich am Körper des Klägers durchgeführt worden seien. Dass die künstliche Befruchtung der Behandlung einer Krankheit des Klägers diene, sei - entgegen dessen Auffassung - irrelevant. Soweit die Rechnungen bei der gesetzlichen Krankenversicherung der Ehefrau des Klägers eingereicht worden seien, habe diese 50 v.H. des jeweiligen Rechnungsbetrages erstattet. Bei den verbleibenden 50 v.H. handle es sich um den gesetzlich vorgesehenen Eigenanteil der Versicherten an den Kosten der künstlichen Befruchtung.
- 4 Das Verwaltungsgericht hat die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren auf Gewährung einer Beihilfe in Höhe von 2 375,41 € erhobene Klage des Klägers abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg.
- 5 Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Bundesbeihilfeverordnung enthalte mit § 43 Abs. 1 BBhV eine spezielle Regelung für die Kostenerstattung bei künstlicher Befruchtung, die im Wesentlichen auf das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung verweise. Die verordnungsrechtliche Regelung basiere auf einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage und sei auch ansonsten mit höherrangigem Recht vereinbar. Somit sei für die Zuordnung der bei einer künstlichen Befruchtung entstehenden Aufwendungen anstelle des ansonsten im Beihilferecht geltenden Verursachungsprinzips das anwendungsbezogene Körperprinzip maßgebend. Für die Aufteilung der Gesamtkosten einer künstlichen Befruchtung zwischen dem Beihilfeberechtigten und seinem - wie hier - selbst gesetzlich pflichtversicherten Ehegatten sei danach grundsätzlich entscheidend, an wessen Körper der jeweilige Teil der Behandlung vorgenommen werde. Dementsprechend habe ein Beihilfeberechtigter - wenn auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen vorlägen - zwar einen Anspruch auf Beihilfe zu den Aufwendungen für Maßnahmen, die im Rahmen der künstlichen Befruchtung bei ihm durchgeführt würden. Nicht beihilfefähig seien hingegen Aufwendungen für Maßnahmen, die unmittelbar und

ausschließlich bei seinem Ehegatten durchgeführt würden. Extrakorporale Maßnahmen, also Maßnahmen, die nicht unmittelbar bei dem Beihilfeberechtigten oder seinem Ehegatten vorgenommen würden, seien zwar grundsätzlich beiden und damit auch dem Beihilfeberechtigten zuzuordnen. Die Beihilfefähigkeit dieser Aufwendungen sei allerdings nach dem in § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 Nr. 2 Halbs. 1 BBhV normierten beihilferechtlichen Subsidiaritätsprinzip ausgeschlossen. Die Subsidiaritätsklausel finde auf diese Maßnahmen Anwendung, obwohl nicht der Kläger selbst, sondern nur seine hier nicht berücksichtigungsfähige Ehefrau hinsichtlich der extrakorporalen Maßnahmen insoweit einen Anspruch auf Sachleistungen gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung gehabt habe. Dem Gesetzeswortlaut sei keine Einschränkung dahin zu entnehmen, dass der Beihilfeausschluss auf die Fälle beschränkt sei, in denen der Sachleistungsanspruch gegen die gesetzliche Krankenversicherung dem Beihilfeberechtigten selbst oder seinem im Einzelfall berücksichtigungsfähigen Angehörigen zustehe. Es sei nicht ersichtlich, warum Ehegatten, die bei der Herbeiführung einer Schwangerschaft durch künstliche Befruchtung als untrennbare Einheit verbunden seien, mit Blick auf diese Besonderheit nicht auch in Bezug auf die Subsidiaritätsklausel als Paar zu behandeln seien.

- 6 Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Er rügt die Verletzung materiellen Rechts. Der Verordnungsgeber habe durch die in § 43 Abs. 1 BBhV vorgenommene Verweisung auf § 27a SGB V nicht das anwendungsbezogene Körperprinzip aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen; jedenfalls habe der Gesetzgeber einen entsprechenden Übernahmewillen nicht hinreichend klar zum Ausdruck gebracht. Eine solche Verweisung sei zudem unzulässig. Sie weiche von grundlegenden Prinzipien des Beihilferechts ab. Die Beihilfe sei auch im Fall der künstlichen Befruchtung an das Vorliegen einer Krankheit des Beihilfeberechtigten und deren Behandlungsnotwendigkeit zu binden. § 80 BBG sei nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die künstliche Befruchtung einen besonderen, von den Krankheitsfällen abweichenden Leistungsfall geschaffen habe und es zulässig sei, für die künstliche Befruchtung bezüglich der Kostenverteilung an das beihilferechtswidrige Körperprinzip anzuknüpfen.

- 7 Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

## II

- 8 Die Revision des Klägers, über die der Senat mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheidet (§ 141 Satz 1, § 125 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 101 Abs. 2 VwGO), hat in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang Erfolg. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), soweit der Verwaltungsgerichtshof entscheidungstragend angenommen hat, der Anspruch des Klägers auf Gewährung einer Beihilfe zu den Aufwendungen der extrakorporal durchgeführten Maßnahmen im Zusammenhang mit der Zusammenführung von Eizellen und Samen sei nach § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 Nr. 2 Halbs. 1 der Verordnung über Beihilfe in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen (Bundesbeihilfeverordnung - BBhV) vom 13. Februar 2009 (BGBl. I S. 326), hier anwendbar in der Fassung der Siebten Verordnung zur Änderung der Bundesbeihilfeverordnung vom 25. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2403), ausgeschlossen.
- 9 Das Begehren des Klägers auf Bewilligung einer Beihilfe zu den Aufwendungen für die im November 2016 durchgeführten Maßnahmen der künstlichen Befruchtung in Gestalt der Intracytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) ist nach § 2 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Satz 1 und § 43 Abs. 1 BBhV in der vorgenannten Fassung (a.F.) zu beurteilen. Die Neuregelung des § 43 BBhV in der Fassung der Neunten Änderung der Bundesbeihilfeverordnung vom 1. Dezember 2020 (BGBl. I S. 2713) ist daher nicht anwendbar. Denn für die rechtliche Beurteilung beihilferechtlicher Streitigkeiten ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen maßgeblich, für die Beihilfe verlangt wird (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 23. November 2017 - 5 C 6.16 - Buchholz 270.1 § 22 BBhV Nr. 2 Rn. 8 m.w.N.).
- 10 Auch im Revisionsverfahren wird das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen eines Beihilfeanspruchs des Klägers zu Recht nicht in Zweifel gezogen. Zwischen den Beteiligten streitig und zu klären ist zunächst allein die Frage, ob die Beihilfefähigkeit der geltend gemachten Aufwendungen nach § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) in Verbindung mit den Grundsätzen nach § 27a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung - (Art. 1 des Gesetzes vom

20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482) - SGB V -, vor dem hier maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. November 2003 (BGBl. I S. 2190), wirksam begrenzt bzw. ausgeschlossen worden ist. Das ist lediglich insoweit zu bejahen, als die geltend gemachten Aufwendungen für die ärztliche und medikamentöse Behandlung der Ehefrau des Klägers entstanden sind (1.). Soweit der Kläger eine Beihilfe zu 50 v.H. der Aufwendungen für die extrakorporal durchgeführten Maßnahmen im Zusammenhang mit der Zusammenführung von Eizellen und Samen beansprucht, ist die Beihilfeleistung nicht gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 Nr. 2 Halbs. 1 BBhV (a.F.) ausgeschlossen (2).

11 1. Nach § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) sind Aufwendungen für eine künstliche Befruchtung einschließlich der Arzneimittel, die im Zusammenhang damit verordnet werden, beihilfefähig, soweit deren Inhalt und Ausgestaltung den Grundsätzen nach § 27a SGB V entsprechen. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass diese Verweisung auf die Grundsätze nach § 27a SGB V mit höherrangigem Recht vereinbar und zulässig ist. Sie widerspricht - entgegen der Rechtsauffassung des Klägers - insbesondere nicht den Prinzipien des Beihilferechts (a). Die Verordnungsregelung beruht zudem auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung und ist mit den spezifischen Anforderungen, die im Rahmen des Vorbehalts des Gesetzes an eine dynamische Verweisung auf Regelungen Dritter zu stellen sind, vereinbar (b). Durch sie wird - soweit hier von Interesse - unter anderem das in § 27a Abs. 3 Satz 3 SGB V geregelte anwendungsbezogene Körperprinzip aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung in das hier anwendbare Bundesbeihilferecht übernommen (c). Die dadurch bewirkte Leistungsbegrenzung steht im Einklang mit höherrangigem materiellen Recht (d).

12 a) Der Normgeber bzw. Dienstherr ist grundsätzlich berechtigt, für Inhalt und Ausgestaltung der beihilfefähigen Aufwendungen einer künstlichen Befruchtung auf die Grundsätze nach § 27a SGB V zu verweisen. Das gilt auch, soweit die medizinischen Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft im Sinne des § 27a SGB V nach der gefestigten und durch das Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 28. Februar 2007 - 1 BvL 5/03 - BVerfGE 117, 316 <326> und Kam-



merbeschluss vom 27. Februar 2009 - 1 BvR 2982/07 - NJW 2009, 1733) verfassungsrechtlich nicht beanstandeten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. etwa BSG, Urteile vom 3. April 2001 - B 1 KR 22/00 R - BSGE 88, 51 <55> und - B 1 KR 40/00 R - BSGE 88, 62 <64 f.>) nicht als Behandlung einer Krankheit anzusehen sind, sondern nur den für Krankheiten geltenden Regelungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch unterstellt werden und insoweit einen eigenständigen Versicherungsfall bilden. Nicht die Krankheit des Versicherten, die grundsätzlich die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung auslöst, sondern die Sterilität des Ehepaares begründet nach dieser Rechtsprechung den Leistungsanspruch nach § 27a SGB V, unabhängig davon, welche Umstände die Sterilität verursachen und ob ihr eine Krankheit im krankenversicherungsrechtlichen Sinne zugrunde liegt. Das hat zur Folge, dass ein Leistungsanspruch nach § 27a Abs. 1 SGB V auch dann besteht, wenn keiner der Ehegatten nachweisbar krank ist und die Unfruchtbarkeit des Paares medizinisch nicht erklärt werden kann (sog. idiopathische Sterilität).

- 13 Der Charakter der Beihilfe als eine ergänzende Hilfeleistung belässt dem Normgeber bzw. Dienstherrn im Rahmen der in § 78 des Bundesbeamtengesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBI. I S. 160) - BBG - ausdrücklich normierten und durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten Fürsorgepflicht grundsätzlich einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Innerhalb dieses Spielraums kann er nicht nur die Risiken festlegen, die durch diese spezielle Fürsorge abgedeckt werden sollen, sondern vor allem auch bestimmen, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise dies geschehen soll. Die Fürsorgepflicht fordert von Verfassungs wegen nicht den Ausgleich jeglicher Aufwendungen im Krankheitsfall und auch nicht deren Erstattung in jeweils vollem Umfange (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 13. Dezember 2012 - 5 C 3.12 - Buchholz 271 LBeihilfeR Nr. 43 Rn. 19 und vom 5. März 2021 - 5 C 14.19 - NVwZ-RR 2021, 812 Rn. 23, jeweils m.w.N. und Beschluss vom 11. Dezember 1997 - 2 B 72.97 - juris Rn. 6). Ebenso wenig ist der Normgeber durch die Fürsorgepflicht von Verfassungs wegen gehalten, die Gewährung der Beihilfe so zu regeln, dass die Beihilfefähigkeit von Aufwendungen zwingend und allein an eine Krankheit des Beihilfeberechtigten (oder der berücksichtigungsfähigen Angehörigen) anzuknüpfen hat.

14 Ein entsprechendes Prinzip, nach dem es dem Verordnungsgeber untersagt wäre, auf eine Regelung des Krankenversicherungsrechts wie § 27a SGB V zu verweisen, bei der nicht an eine Krankheit des Versicherten als Ursache für die Leistungsgewährung angeknüpft wird, ist - entgegen der Rechtsauffassung des Klägers - auch dem Bundesbeihilferecht selbst nicht zu entnehmen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Der parlamentarische Bundesgesetzgeber unterscheidet im Bundesbeamtengesetz in der - hier anwendbaren - rückwirkend zum 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes vom 14. November 2011 (BGBl I S. 2219) (a.F.), dessen § 80 Abs. 4 die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) gewesen ist, ausdrücklich zwischen Beihilfen aus Anlass einer Krankheit und Beihilfen aus sonstigem Anlass. Das ergibt sich aus § 80 Abs. 2 BBG (a.F.), der die durch das Beihilfesystem abzusi- chernden Risiken abschließend beschreibt (BT-Drs. 16/7076 S. 118). Danach sind grundsätzlich nur notwendige und wirtschaftlich angemessene Aufwen- dungen in Krankheits- und Pflegefällen (Nr. 1), zur Vorbeugung und Behand- lung von Krankheiten und Behinderungen (Nr. 2), in Geburtsfällen, zur Emp- fängnisverhütung, bei künstlicher Befruchtung sowie in Ausnahmefällen bei Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch (Nr. 3) und zur Früherkennung von Krankheiten und zu Schutzimpfungen (Nr. 4) beihilfefähig. Schon die explizite und gesonderte Nennung der Pflegefälle in Nummer 1 spricht dafür, dass die Gewährung von Beihilfen nicht zwingend und abschließend auf die Behandlung von Krankheiten des Beihilfeberechtigten (oder des berücksichtigungsfähigen Angehörigen) ausgerichtet ist, sondern mit ihr auch andere Risiken abgedeckt werden sollen und werden. Bekräftigt wird dies durch die in Nummer 3 genann- ten Anlässe für eine Beihilfegewährung, da es sich jedenfalls bei der Geburt, Empfängnisverhütung, Sterilisation und dem Schwangerschaftsabbruch typi- scherweise ebenfalls nicht um eine Krankenbehandlung im eigentlichen Sinne handelt (vgl. Schröder/Beckmann/Weber, Beihilfevorschriften des Bundes und der Länder, Stand Februar 2014, Teil III § 43 Rn. 9a (S. 10a); zur entsprechen- den Regelungssituation bei § 77 Abs. 3 LBG NRW vgl. OVG Münster, Beschluss vom 29. August 2012 - 1 A 916/11 - NVwZ-RR 2013, 193 <194>). Im Einklang damit regelt die hier anwendbare Bundesbeihilfeverordnung die Voraussetzun- gen für die Gewährung einer Beihilfe zu den Aufwendungen in Krankheitsfällen, Pflegefällen und anderen Fällen in verschiedenen Kapiteln.

- 15 Soweit sich der Kläger für seine gegenteilige Rechtsauffassung auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Oktober 2013 - 5 C 32.12 - (BVerwGE 148, 106) beruft, verkennt er, dass diese Entscheidung zur Beihilfeverordnung des Landes Baden-Württemberg erging, die - anders als die hier anwendbare Bundesbeihilfeverordnung - keine spezielle Regelung über die Beihilfefähigkeit medizinischer Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft enthielt. Aus diesem Grund war auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen (BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2013 - 5 C 32.12 - BVerwGE 148, 106 Rn. 9). Danach war maßgebend, ob die entstandenen Aufwendungen für die Behandlung einer Krankheit des Beihilfeberechtigten oder seiner in jenem Fall berücksichtigungsfähigen Ehefrau notwendig waren (BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2013 - 5 C 32.12 - BVerwGE 148, 106 Rn. 14 und 29 ff.).
- 16 b) Die Verordnungsregelung des § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) findet die erforderliche gesetzliche Ermächtigung (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 23. November 2017 - 5 C 6.16 - Buchholz 270.1 § 22 BBhV Nr. 2 Rn. 9 und vom 14. Dezember 2017 - 5 C 17.16 - BVerwGE 161, 105 Rn. 17, jeweils m.w.N.) - wie bereits erwähnt - in § 80 Abs. 4 BBG (a.F.). Danach regelt das Bundesministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt, dem Bundesministerium der Finanzen, dem Bundesministerium der Verteidigung und dem Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung die Einzelheiten der Beihilfegewährung, insbesondere der Höchstbeträge, des völligen oder teilweisen Ausschlusses von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln in Anlehnung an das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch und der Berücksichtigung von Kindern.
- 17 Zwar bezieht sich die Bezugnahme auf das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch nicht ausdrücklich auf die Beihilfegewährung aus Anlass einer künstlichen Befruchtung. Die Befugnis des Verordnungsgebers, hierzu auf die einschlägige Regelung im Krankenversicherungsrecht zu verweisen und damit das in § 27a SGB V enthaltene Regelungsmodell in das Beihilferecht zu übertragen, lässt sich aber mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln, insbesondere der Entstehungsgeschichte und dem systematischen Zusammenhang mit § 80 Abs. 2 Nr. 3 BBG (a.F.) erschließen, was den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 1989 - 1 BvR 1033/82

u.a. - BVerfGE 80, 1 <20 f.> und Kammerbeschluss vom 28. April 2009 - 1 BvR 224/07 - NVwZ 2009, 905 Rn. 14).

- 18 Bis zum Inkrafttreten des § 80 Abs. 4 BBG (a.F.) und der auf seiner Grundlage erlassenen Regelung des § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) fand die Gewährung von Beihilfen für Aufwendungen einer künstlichen Befruchtung ihre Rechtsgrundlage in § 6 Abs. 1 Nr. 13 der Beihilfavorschriften des Bundes (BhV) in der Fassung vom 1. November 2001 (GMBl. S. 918), zuletzt geändert durch die 28. allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Beihilfavorschriften vom 30. Januar 2004 (GMBl. S. 379). Bereits diese Vorschrift nahm für die Voraussetzungen und den Umfang der Beihilfefähigkeit auf die Regelung des § 27a SGB V Bezug, die durch das KOV-Anpassungsgesetz vom 26. Juni 1990 (BGBl I S. 1211) in das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung eingefügt wurde, und übernahm auf diese Weise das Regelungsmodell aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung in das Beihilferecht (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Februar 2011 - 2 C 40.09 - Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 22 Rn. 8). Die Regelung des § 80 BBG (a.F.) stellt eine Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dar, dass Beihilfavorschriften in Form von Verwaltungsvorschriften nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügen (vgl. BVerwG, Urteile vom 17. Juni 2004 - 2 C 50.02 - BVerwGE 121, 103 <109>; vom 28. Mai 2008 - 2 C 24.07 - Buchholz 232 § 79 Nr. 126 Rn. 10 f. und vom 24. Februar 2011 - 2 C 40.09 - Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 22 Rn. 7). Mit ihr war aber keine Änderung hinsichtlich der Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für eine künstliche Befruchtung beabsichtigt (vgl. Mildemberger, Beihilferecht in Bund, Ländern und Kommunen, A III/§ 43 S. 9 <Stand: Januar 2021> und S. 11 <Stand: März 2018>). Die Aufnahme der künstlichen Befruchtung in § 80 Abs. 2 Nr. 3 BBG (a.F.) in Kenntnis der einschlägigen Regelung im Krankenversicherungsrecht und der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung belegt vielmehr, dass der Bundesgesetzgeber die künstliche Befruchtung wie schon im bisherigen Beihilferecht als eigenständigen Beihilfefall ansieht, bei dem Beihilfe nicht aus Anlass einer Krankheit des Beihilfberechtigten (oder seines berücksichtigungsfähigen Ehegatten), sondern aus Anlass der Unfähigkeit eines Ehepaares, auf natürlichem Wege Kinder zu zeugen, gewährt wird. Das deutet darauf hin, dass Beihilfeberechtigte (und ihre berücksichtigungsfähigen Ehegatten) nach der gesetzgeberischen Vorstellung

grundsätzlich das erhalten sollen, was einem gesetzlich Krankenversicherten nach dem Regelungsprogramm der gesetzlichen Krankenversicherung zusteht. Dies wiederum lässt mit genügender Deutlichkeit darauf schließen, dass der Verordnungsgeber durch § 80 Abs. 4 BBG (a.F.) ermächtigt werden sollte, die Voraussetzungen und den Umfang der Beihilfegewährung bei der Indikation einer künstlichen Befruchtung durch Bezugnahme auf die entsprechende Regelung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch zu regeln.

- 19 Dass die Regelung des § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.), welche die Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für eine künstliche Befruchtung mittels ihrer Verweisung auf § 27a SGB V und die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung (Richtlinien über künstliche Befruchtung) in der Fassung vom 14. August 1990 (veröffentlicht im Bundesarbeitsblatt 1990, Nr. 12), vor dem hier maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Beschluss vom 21. August 2014 (BANz AT 17.10.2014 B 3), in verschiedener Hinsicht beschränkt, auch im Übrigen mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes in Einklang steht, hat der Verwaltungsgerichtshof - ohne dass dies der Kläger erheblich in Zweifel gezogen hat - eingehend und zutreffend dargelegt, so dass der Senat auf die Begründung der Vorinstanz verweisen kann.
- 20 c) § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) überträgt mit der Bezugnahme auf die Grundsätze nach § 27a SGB V - soweit hier von Interesse - auch das in § 27a Abs. 3 Satz 3 SGB V normierte anwendungsbezogene Körperprinzip in das Beihilferecht. Nach § 27a Abs. 3 Satz 3 SGB V übernimmt die Krankenkasse 50 v.H. der mit dem Behandlungsplan genehmigten Kosten der Maßnahmen, die bei ihrem Versicherten durchgeführt werden. Die Vorschrift enthält nach Wortlaut, Normzweck und systematischer Stellung eine Zuordnungsregelung, die die Gesamtkosten einer künstlichen Befruchtung im vorliegenden Zusammenhang auf den Beihilfeberechtigten und seinen Ehegatten aufteilt und dabei grundsätzlich danach differenziert, an wessen Körper der jeweilige Teil der Behandlung vorgenommen wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Februar 2011 - 2 C 40.09 - Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 22 Rn. 8). Dementsprechend erstreckt sich der Anspruch des Beihilfeberechtigten im Fall der künstlichen Befruchtung auf alle zur Herbeiführung einer Schwangerschaft notwendigen Maßnahmen, d.h. auf die unmittelbar

an oder in seinem Körper (bzw. dem seines Ehegatten, wenn dieser beihilfe-rechtlich berücksichtigungsfähig ist) vorzunehmenden Maßnahmen und sämtli-che extrakorporalen Maßnahmen. Denn nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. etwa BSG, Urteile vom 3. April 2001 - B 1 KR 22/00 R - BSGE 88, 51 <55> und - B 1 KR 40/00 R - BSGE 88, 62 <64 f.>; vom 22. März 2005 - B 1 KR 11/03 R - SozR 4-2500 § 27a Nr. 1 und vom 17. Juni 2008 - B 1 KR 24/07 R - SozR 4-2500 § 13 Nr. 17 sowie Beschluss vom 18. September 2008 - B 3 KR 5/08 B - juris Rn. 5) werden durch § 27a Abs. 3 Satz 3 SGB V im Ergebnis nur solche Maßnahmen von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse ausgenommen, die unmittelbar und ausschließlich am oder im Körper des nicht bei ihr versicherten Ehegatten ihres Versicherten ausgeführt werden. Diese Maßnahmen sind nach Maßgabe des anwendungsbe-zogenen Körperprinzips von dem anderen Ehegatten bei seiner gesetzlichen Krankenkasse, privaten Versicherung oder Beihilfestelle geltend zu machen.

- 21 Des Weiteren übernimmt § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) die in § 27a Abs. 3 Satz 3 SGB V geregelte Begrenzung des Leistungsumfangs bei künstlicher Befruch-tung. Die Vorschrift des § 27a Abs. 3 Satz 3 SGB V sieht lediglich eine Über-nahme von 50 v.H. der mit dem Behandlungsplan genehmigten Kosten vor. Demzufolge ist auch der Anspruch des Beihilfeberechtigten nach § 43 Abs. 1 BBhV (a.F.) auf die Hälfte der Aufwendungen beschränkt, die im Falle einer künstlichen Befruchtung für die bei ihm (oder seinem berücksichtigungsfähigen Ehegatten) durchgeführten Maßnahmen sowie die extrakorporalen Maßnahmen entstehen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. BSG Urteil vom 19. September 2007 - B 1 KR 6/07 R - SozR 4-2500 § 27a Nr. 5) bestehen gegen die durch § 27a Abs. 3 Satz 3 SGB V erfolgte Begrenzung auf 50 v.H. der Kosten einer künstlichen Befruchtung, die dazu führt, dass die Versicherten die anderen 50 v.H. als Eigenanteil zu tragen haben, keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Das hat das Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. Februar 2009 - 1 BvR 2982/07 - NJW 2009, 1733).
- 22 d) Der Ausschluss der Beihilfefähigkeit für diejenigen Aufwendungen, die auf den - wie hier - nicht berücksichtigungsfähigen Ehegatten (§ 4 BBhV <a.F.>) des Beihilfeberechtigten entfallen, weil sie an dessen Körper vorzunehmen sind,

steht auch mit höherrangigem Recht - insbesondere der Fürsorgepflicht des Dienstherrn und dem allgemeinen Gleichheitssatz - im Einklang. Gegenteiliges hat der Kläger weder geltend gemacht noch bestehen dafür sonst Anhaltspunkte (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Februar 2011 - 2 C 40.09 - Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 22 Rn. 10 ff.). Vielmehr steht dem gerade im Hinblick auf die hier zu entscheidende Konstellation bereits entgegen, dass einem gesetzlich pflichtversicherten Ehepartner selbst ein diesbezüglich bestehender Sachleistungsanspruch gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 27a SGB V zusteht.

- 23 2. Die Beihilfefähigkeit der Aufwendungen für die extrakorporalen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Zusammenführung von Eizellen und Samen ist nicht nach § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 Nr. 2 Halbs. 1 BBhV (a.F.) ausgeschlossen (a). Diese Regelungen sind hier entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht entsprechend anwendbar (b).
- 24 a) Eine im Wege der Auslegung begründbare Anwendung der vorgenannten Bestimmungen scheidet - wovon auch der Verwaltungsgerichtshof der Sache nach zu Recht ausgegangen ist - aus.
- 25 (1) Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 BBhV (a.F.) sind erbrachte Sach- und Dienstleistungen nach § 2 Abs. 2 SGB V nicht beihilfefähig. Diese Voraussetzungen liegen hier schon deshalb nicht vor, weil die im November 2016 durchgeführten Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft, bei denen es sich krankensicherungsrechtlich grundsätzlich um Sachleistungen handelt (vgl. § 27a Abs. 3 Satz 1 SGB V), hier nicht als Sachleistungen erbracht worden sind.
- 26 (2) Der nach § 8 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 Halbs. 1 i.V.m. Satz 1 BBhV (a.F.) angeordnete Beihilfeausschluss setzt voraus, dass zwischen demjenigen, dem Aufwendungen entstanden sind, die nach dem übrigen Inhalt der Beihilfevorschriften an sich beihilfefähig sind, und demjenigen, dem ein Anspruch auf Verschaffung der entsprechenden Leistungen als Sach- und Dienstleistungen zusteht - anders als hier - Personenidentität besteht. Das legt bereits der Wortlaut des § 8 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 Halbs. 1 BBhV (a.F.) nahe, wonach sich die angeordnete Fiktion ("gelten als Sach- und Dienstleistungen auch Aufwendungen ...") ausdrücklich

nur auf Personen bezieht ("bei Personen"), denen ein Zuschuss oder Arbeitgeberanteil zum Krankenversicherungsbeitrag gewährt wird oder die einen Anspruch auf beitragsfreie Krankenfürsorge haben und die die ihnen zustehende Sach- und Dienstleistung nicht in Anspruch genommen haben. Die Auslegung findet zudem in der systematischen Betrachtung mit dem Beihilfeausschluss nach § 8 Abs. 4 Satz 1 BBhV (a.F.) eine Stütze, bei dem eine Personenidentität unvermeidbar ist. Denn nur Versicherte können Sach- und Dienstleistungen im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB V "in Natur" erhalten, für die - wäre die betreffende Leistung nicht als Sach- und Dienstleistung erbracht worden - Aufwendungen entstünden, die an sich beihilfefähig sind. Die Begründung der Bundesbeihilfeverordnung und insbesondere der sich daraus ergebende Regelungszweck unterstreichen diesen Befund. Die Vorschrift des § 8 Abs. 4 BBhV (a.F.) soll danach für den Personenkreis gelten, der insbesondere nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch gesetzliche Ansprüche auf Versorgung mit Krankenbehandlung hat. Sie soll verhindern, dass vom Gesetzgeber des Fünften Buches Sozialgesetzbuch festgelegte Zuzahlungen oder Eigenbehalte oder von den Versicherten selbst, z.B. mit dem Ziel der Beitragsersparnis, gewählte Selbstbehalte über die Beihilfe ausgeglichen werden. Das setzt gedanklich voraus, dass die Aufwendungen, um deren Beihilfefähigkeit es geht, dem Versicherten entstanden sind.

- 27 b) Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 Halbs. 1 BBhV (a.F.) kann bezüglich der in Rede stehenden extrakorporalen Maßnahmen nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung im Sinne der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs erweitert werden.
- 28 Jede Art der gesetzesimmanenten richterlichen Rechtsfortbildung - hier der teleologischen Extension oder Analogie - setzt eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes - hier im materiellen Sinne - voraus. Ob eine Regelungslücke vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob die vom Regelungsprogramm des Ordnungsgebers erfassten Fälle in den Vorschriften der Verordnung tatsächlich Berücksichtigung gefunden haben. Sie ist zu bejahen, wenn festzustellen ist, dass der Wortlaut der Ordnungsregelungen nicht alle Fälle erfasst, die nach deren Sinn und Zweck erfasst sein sollten (vgl. BVerwG, Urteile vom 2. April 2014 - 5 C 40.12 - Buchholz 270.1 § 25 BBhV Nr. 1 Rn. 21 und vom 6. November 2014 - 5 C 36.13 - Buchholz 271 LBeihilfeR Nr. 47



Rn. 22). Anhaltspunkte für eine derartige planwidrige Unvollständigkeit der hier anzuwendenden Regelung der Bundesbeihilfeverordnung sind mit Blick auf deren Entstehungsgeschichte zu verneinen.

- 29 Die Regelung des § 8 BBhV (a.F.) ist Ausdruck der Vorstellung des Verordnungsgebers, die Beihilfegewährung grundsätzlich auf die Fälle zu begrenzen, in denen sich aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn die Notwendigkeit einer ergänzenden Hilfeleistung des Dienstherrn ableiten lässt. Anlass zu fürsorglichem Eingreifen besteht nach dem Regelungsprogramm des § 8 Abs. 4 BBhV (a.F.) nicht, wenn Beamte bzw. Versorgungsempfänger mit den entstehenden Aufwendungen von vornherein wirtschaftlich nicht belastet werden, weil sie die entsprechenden Leistungen als Sach- und Dienstleistung ("in Natur") erhalten. Gleiches gilt, wenn ein entsprechender Sach- und Dienstleistungsanspruch durch den berücksichtigungsfähigen Angehörigen nicht in Anspruch genommen wird. Im letztgenannten Fall beruht der Beihilfeausschluss auf der Überlegung, dass es aufgrund des wechselseitigen Treueverhältnisses zumutbar ist, die Hilfeleistung, die der Dienstherr den aus Fürsorgegründen in das Beihilfesystem einbezogenen Angehörigen der Beamten bzw. Versorgungsempfänger gewährt, an die Erwartung zu knüpfen, dass diese einen ihnen zustehenden Sach- und Dienstleistungsanspruch nutzen und die für ihre Aufwendungen zu gewährende Beihilfe so zu bemessen ist, als sei dieser realisiert worden.
- 30 Der - vorstehend dargelegten - Begründung der Bundesbeihilfeverordnung können indessen keine belastbaren Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass der Verordnungsgeber beabsichtigt habe, die Anwendung des § 8 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 Halbs. 1 BBhV (a.F.) in den Fällen der künstlichen Befruchtung auf den nach Maßgabe des § 4 BBhV (a.F.) nicht berücksichtigungsfähigen Angehörigen des Beihilfeberechtigten zu erstrecken, wenn dieser gesetzlich krankenversichert ist und es unterlässt, seinen bezüglich der extrakorporalen Maßnahmen bestehenden Sach- und Dienstleistungsanspruch gegenüber seiner Krankenkasse geltend zu machen. Entsprechender Anhaltspunkte hätte es gerade deshalb bedurft, weil der Normgeber der Bundesbeihilfeverordnung vom 13. Februar 2009 die Verweisung auf § 27a SGB V in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ausgesprochen hat, dass die gesetzliche Kran-

kenkasse dem Anspruch ihres Versicherten auf Maßnahmen der extrakorporalen Befruchtung nicht entgegenhalten könne, für die betreffenden Leistungen sei die (andere) gesetzliche (vgl. BSG, Urteile vom 3. April 2001 - B 1 KR 40/00 R - BSGE 88, 62 <64 f.> und vom 22. März 2005 - B 1 KR 11/03 R - SozR 4-2500 § 27a Nr. 1) oder die private (vgl. BSG, Urteile vom 3. April 2001 - B 1 KR 22/00 R - BSGE 88, 51 <55> und vom 17. Juni 2008 - B 1 KR 24/07 R - SozR 4-2500 § 13 Nr. 17) Krankenversicherung des anderen Ehegatten zuständig. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung wäre zu erwarten gewesen, dass der Verordnungsgeber nicht dazu schweigt, welche Auswirkungen es auf den Beihilfeanspruch hat, wenn ein Ehegatte, der nicht nach § 4 BBhV (a.F.) berücksichtigungsfähig ist, Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung ist und seinen auf die Erbringung der extrakorporalen Maßnahmen gerichteten Sach- und Dienstleistungsanspruch nicht in Anspruch nimmt.

31 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 VwGO.

Dr. Störmer

Stengelhofen-Weiß

Dr. Harms

Holtbrügge

Preisner