



# Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen



Im Namen des Volkes

## Urteil

**L 16 KR 462/19**

S 37 KR 394/18 Sozialgericht Braunschweig

In dem Rechtsstreit

A.

– Klägerin und Berufungsbeklagte –

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte B.

gegen

C.

– Beklagte und Berufungsklägerin –

hat der 16. Senat des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen ohne mündliche Verhandlung am 17. März 2020 in Celle durch die Vorsitzende Richterin am Landessozialgericht D., die Richterin am Landessozialgericht E. und die Richterin am Sozialgericht F. sowie die ehrenamtliche Richterin G. und den ehrenamtlichen Richter H. für Recht erkannt:

**Auf die Berufung wird das Urteil des Sozialgerichts Braunschweig vom 18. April 2018 aufgehoben und die Klage abgewiesen.**

**Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.**

**Die Revision wird zugelassen.**

**Tatbestand**

Die Klägerin begehrt die Kostenübernahme für die Nadelepilation der verbliebenen weißlichen Barthaare.

Die 19l. geborene Klägerin ließ bei transsexueller Ausprägung geschlechtsangleichende Maßnahmen vornehmen. Ausweislich der fachärztlichen Bescheinigung von Dr. J. vom 8. Februar 2018 wurde bei der Klägerin unter der Diagnose „Transsexualismus“ eine Laser-Epilation der störenden Barthaare durchgeführt. Im Ergebnis war eine gute Rückbildung des Haarwuchses festzustellen. Nur im Bereich der Oberlippe befanden sich in einer Zone von 2,5 x 0,5 cm rechts und links noch weißliche, borstige Barthaare, ebenso im mittleren Kinnbereich in einem Areal von 3 x 3 cm und im Bereich der vorderen Wangenpartie. Weißliche borstige Haare seien einer Laserepilation nicht zugänglich. In diesem Stadium komme nur noch die Feinnadel-Elektroepilation in Betracht. Eine Kostenübernahme der Behandlung wurde empfohlen mit dem Hinweis, dass die Praxis eine solche Behandlungsmethode nicht anbiete.

Mit Schreiben vom 3. April 2018 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Kostenübernahme für die Entfernung der verbliebenen Barthaare mittels Elektroepilation im Kosmetikstudio K.. Sie habe sich bereits bei Frau L. vorgestellt. Diese sei ausgebildete Elektrologistin und habe die im Schreiben von Dr. J. genannten Stellen begutachtet. Frau L. gehe davon aus, dass für eine Bartentfernung mittels Elektroepilation der genannten Stellen von einem Zeitaufwand von ca 30 bis 35 Minuten pro Sitzung ausgegangen werden müsse.

Mit Bescheid vom 18. April 2018 lehnte die Beklagte eine Kostenübernahme ab. Elektrologen seien nicht berechtigt, ihre Leistungen über die gesetzlichen Krankenkassen abzurechnen. Daher dürfe sie die Epilationsbehandlung durch Frau M. nicht übernehmen.

Mit ihrem Widerspruch rügte die Klägerin, dass es auch aus ihrer Sicht unzumutbar sei, eine Epilation bei einem Arzt vornehmen zu lassen, da eine Sitzung laut EBM nur 5 Minuten dauern dürfe. Zudem seien entsprechende Praxen ca 90 km von ihrem Wohnort entfernt. Frau N. sei ausgebildete und qualifizierte Elektrologistin; für sie sei die Nadelepilation eine Standardtherapie. Bei einer Epilationssitzung von ein bis zwei Stunden pro Woche würde sich eine Behandlungsdauer von lediglich etwa einem halben Jahr ergeben. Zudem verwies sie auf Urteile, in denen verschiedene Sozialgerichte die Krankenkasse zur Kostenübernahme der Epilation in einer Kosmetikpraxis verurteilt haben.

Mit Widerspruchsbescheid vom 15. November 2018 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Eine Nadelepilation/Elektrokoagulation bei einer Elektrologistin stelle keine Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) dar.

So weist § 28 Abs 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) implizit hinsichtlich der Durchführung der ärztlichen Behandlung auf den Rechtsbegriff „Arzt“ hin, auch gemäß § 15 Abs 1 SGB V werde durch die Aussage, dass ärztliche Behandlung von Ärzten erbracht wird, der Arztvorbehalt reglementiert. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung beinhaltet der in § 15 SGB V geregelte Arztvorbehalt einen generellen Ausschluss nichtärztlicher Heiltherapeuten. Die Nadelepilation bei einer Elektrologistin im Gesicht und/oder an den Händen bei krankhaftem und entstellendem Haarwuchs werde durch die Position 10340 im Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) abgebildet und dürfe nur von Dermatologen abgerechnet werden. Nach § 15 Bundesmantelvertrag Ärzte (BMV-Ä) sei eine Gebührenordnungsposition nur abrechnungsfähig, wenn der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende Arzt die für die Abrechnung relevanten Inhalte persönlich erbringe. Nach der Vereinbarung über die Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 28 Abs 1 S 3 SGB V (Anlage 24 des BMV-Ä) würde die Epilation von den hautärztlichen Leistungen, die nicht vom Arzt persönlich erbracht werden müssten, nicht erfasst. Unter Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung dürfe auf die ärztliche Approbation selbst im Falle des Systemversagens nicht verzichtet werden.

Die Klägerin hat am 22. November 2018 Klage beim Sozialgericht (SG) Braunschweig erhoben und vorgetragen, sie habe gemäß § 27 Abs 1 S 1 SGB V Anspruch auf Kostenübernahme für die Epilationsbehandlung durch eine qualifizierte Elektrologistin. Sie leide bei vorliegendem Transsexualismus unter männlichem Bartwuchs im Gesicht, der einer Annäherung an das weibliche Erscheinungsbild entgegenstehe. Der Arztvorbehalt stehe einem Behandlungsanspruch durch die ausgebildete Elektrologistin N. nicht entgegen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung betreffe andere Sachverhalte und sei auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Ihre umfangreichen Recherchen hätten ergeben, dass kein angefragter Hautarzt Nadelepilationen anbiete oder ausführe. In Bezug auf die begehrte Nadelepilation bestehe ein Systemmangel. Unter diesen Umständen hätten mehrere Sozialgerichte und das Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen einen Behandlungsanspruch bei einem ausreichend qualifizierten nichtärztlichen Leistungserbringer bejaht. Die gegenteilige Auffassung führe in der Konsequenz dazu, dass ein gesetzlich bestehender Anspruch auf medizinische Behandlung dauerhaft suspendiert würde bis ein ärztlicher Behandler zur Verfügung stünde. Die Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung habe sich an der objektiv-rechtlichen Pflicht zu orientieren, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art 2 Abs 2 S 1 Grundgesetz (GG) zu stellen. Insofern sei eine grundrechtsorientierte Auslegung geboten. Unter Würdigung von Art 5 Abs 1 GG iVm dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip ergebe sich bei nicht vorhandener Behandlungsalternative der begehrte Behandlungsanspruch der Klägerin.

Das SG hat die Auskunft der Kassenärztlichen Vereinigung Niedersachsen (KVN) vom 10. April 2019 eingeholt. Danach kann eine Epilation durch Elektrokoagulation im Gesicht (EBM Ziffer 10340) von allen Fachärzten für Haut- und Geschlechtskrankheiten ohne zusätzliche Genehmigung erbracht werden. Die in der Region O. und P. tätigen Fachärzte können über die Arztauskunft Niedersachsen recherchiert werden.

Mit Urteil vom 8. Oktober 2019 hat das SG die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 18. April 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. November 2018 verpflichtet, die Klägerin mit einer Nadelepilationsbehandlung zur Entfernung der Barthaare zu versorgen. In Bezug auf den umgestellten Antrag könne offenbleiben, ob es bereits keine Änderung des Klagegrundes bei Beschränkung des Klageantrages in der Hauptsache nach § 99 Abs 3 Nr 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) darstelle oder aber im Sinne des § 99 Abs 1 SGG sachdienlich sei. In Bezug auf die zunächst konkret beantragte Durchführung der Nadelepilationsbehandlung durch die Elektrologistin bestünden rechtliche Bedenken hinsichtlich der Versorgung mit einer Leistung durch einen nichtärztlichen Behandler entgegen den im § 15 Abs 1 S 1, § 28 Abs 1 SGB V formulierten Arztvorbehalts. Die Kostenübernahme für eine nichtärztliche Versorgung sei von der Klägerin nur beantragt worden, da sie keinen Arzt habe finden können, der die Behandlung als Kassen- oder Privatleistung erbringe. Der Anspruch auf Versorgung mit einer ärztlich durchgeführten Nadelepilation zur Entfernung der noch vorhandenen Barthaare folge aus § 27 Abs 1 S 1 und S 2 Nr 1 und § 28 Abs 1 SGB V. Die Rechtsordnung erkenne Transsexualität als behandlungsbedürftige Krankheit an. Bei einem vorliegenden Transsexualismus sei die Grenze bzw das erforderliche Ausmaß der Behandlungen zur Veränderung des Erscheinungsbildes danach zu bestimmen, dass ein Zustand erreicht werde, der aus Sicht eines verständigen Betrachters dem Erscheinungsbild des empfundenen Geschlechts deutlich angenähert sei. Ein männlicher Bartwuchs im Gesicht stünde einer solchen deutlichen Annäherung an ein weibliches Erscheinungsbild aber entgegen. Zur Angleichung an das nunmehr gelebte weibliche Geschlecht sei eine Entfernung der Barthaare erforderlich. Dies habe nach den Ausführungen der behandelnden Ärztin mittels Nadelepilation in kurzen Behandlungsintervallen zu erfolgen. Mit hin sei die Klägerin von der Beklagten hiermit zu versorgen.

Gegen das am 16. Oktober 2019 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 21. Oktober 2019 Berufung beim LSG Niedersachsen-Bremen eingelegt. Vor dem Hintergrund, dass keine Ärzte existierten, die die Leistung erbringen könnten, stelle sich die erstinstanzliche Entscheidung als Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung dar. Nach ihrer Ansicht bestehe ein Behandlungsbedarf zwar inhaltlich, es sei der Beklagten aber tatsächlich und rechtlich unmöglich, die Versorgung mit der Nadelepilation sicherzustellen. Faktisch existierten in der Bundesrepublik derzeit keine Ärzte, welche die Barthaarepilation durchführten. Bei der Nadelepilationsbehandlung werde eine feine Nadel in den Haarkanal (Haarfollikel) eingeführt und genau dosiert unter

Strom gesetzt. Dadurch komme es zu einer dauerhaften Schädigung der Haarwachstumszellen. Die Elektroepilation sei ein zeitaufwändiges Verfahren, da jeder Haarfollikel einzeln bearbeitet werden müsse. Die Epilation mittels Elektrokoagulation könne bei Transsexuellen als vertragsärztliche Leistung nach EBM Ziffer 02300/10340 angesehen werden., Eingriffsdauer 5 Minuten. Die hinter der EBM Ziffer stehende Leistung könne nur einmal pro Behandlungseinheit abgerechnet werden. Auch außerhalb der Abrechnungsmodi über eine EBM-Ziffer zB bei einem Privatarzt ergäbe sich die Notwendigkeit der Abrechnung nach der GOÄ aus § 15 Abs 1 SGB V in Verbindung mit der GOÄ. Die zu erbringende Leistung müsse unter Durchführung bzw Verantwortung eines Arztes erfolgen. Trotz des beschriebenen Aufwandes der Nadelepilation dürfe auch nach den Ziffern der GOÄ nur jeweils einmal pro Behandlungseinheit abgerechnet werden. Es sei an der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) und dem Gesetzgeber, anerkannte Gruppen (zB Elektrologen) zu klassifizieren, welche die Behandlung durchführten. Das bisherige Untätigbleiben der KV und des Gesetzgebers hinsichtlich der Ausweitung der Behandlung mit der Nadelepilation auf anerkannte Berufsgruppen könne nicht zu Lasten der Beklagten gehen. Die Beklagte habe keinerlei rechtlichen Spielraum, um die Leistung zu erbringen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Braunschweig vom 8. Oktober 2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise

die Revision zuzulassen.

Die Darlegungen der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung seien nicht geeignet, Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zu wecken. Es werde bestritten, dass es in der Bundesrepublik keine Ärzte gäbe, die eine Barthaarepilation durchführten. Die Beklagte argumentiere ausschließlich mit wirtschaftlichen Aspekten, wenn sie darauf abhebe, dass mit der Zeitvorgabe von 5 Minuten eine Vielzahl von Eingriffen notwendig wäre. Die Beklagte sei verpflichtet, eine Versorgung der Klägerin zu gewährleisten, wenn ein entsprechender Versorgungsanspruch bestehe. Das LSG Nordrhein-Westfalen habe daher überzeugend ein Systemversagen anerkannt.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung mit Schriftsätzen vom 12. März und 16. März 2020 erteilt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Beklagten verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, nachdem die Beteiligten ihr Einverständnis mit dieser Verfahrensweise erteilt haben, § 124 Abs 2 SGG.

Die gemäß §§ 143 ff SGG form- und fristgerecht erhobene Berufung der Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Das erstinstanzliche Urteil hält einer rechtlichen Überprüfung durch den Senat nicht stand. Die Verpflichtung der beklagten Krankenkasse zur Versorgung der Klägerin mit einer Nadelepilation ist auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet.

1. Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gemäß § 54 Abs 1 SGG zulässig.

Entgegen der Ansicht des SG liegt in dem gegenüber der Klageschrift vom 8. Januar 2019 in der mündlichen Verhandlung geänderten Klagantrag keine Beschränkung, sondern eine Antragserweiterung. Mit Schreiben vom 3. April 2018 hatte die Klägerin die Kostenübernahme für die Entfernung der Restbehaarung im Gesicht mittels Elektroepilation in der Praxis „Q.“ beantragt. Mit angefochtenem Bescheid vom 18. April 2018 lehnte die Beklagte eine Kostenübernahme für die Epilationsbehandlung durch Frau N. ab. Regelungsgegenstand des Widerspruchsbescheids ist folgerichtig die Kostenübernahme für eine Nadelepilation/Elektrokoagulation bei einer Elektrologistin. Der Regelungsgegenstand der angefochtenen Bescheide definiert den Streitgegenstand des Klageverfahrens, das ursprünglich auf die Kostenübernahme der Beklagten für die Nadelepilation der verbliebenen Barthaare bei einer entsprechend qualifizierten Kosmetikerin (Elektrologistin) gerichtet war. Vor diesem Hintergrund liegt in der in der mündlichen Verhandlung erfolgten Umstellung des Klageantrags auf einen (generellen) Versorgungsanspruch der Klägerin mit einer Nadelepilation eine Erweiterung. Insoweit lässt der Senat offen, ob darin noch eine Antragserweiterung iSd § 99 Abs 3 Nr 2 SGG gesehen werden kann, weil der Klagegrund – der zugrundeliegende Lebenssachverhalt - nicht geändert wird, oder ob in

der nunmehr begehrten Verpflichtung auf (grundsätzliche) Versorgung mit einer Nadelepilation eine Klageänderung nach § 99 Abs 1 SGG liegt. Da sich die Beklagte ohne Widerspruch in der mündlichen Verhandlung auf die geänderte Klage eingelassen hat, wird unwiderleglich vermutet, dass sie damit ihre Einwilligung zum Ausdruck gebracht hat (*Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl, § 99 Rn 9*). In diesem Fall kommt es auf eine Sachdienlichkeit nicht mehr an. Die Klageänderung nach § 99 Abs 1 SGG wäre zulässig.

2. Einer Beiladung der KVN bedurfte es nicht. Eine allein nach § 75 Abs 2 Alt 1 SGG in Betracht kommende echte notwendige Beiladung setzt voraus, dass an einem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Dies ist der Fall, wenn durch die Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis zugleich in die Rechtssphäre eines Dritten unmittelbar eingegriffen wird. Das ist lediglich der Fall, wenn die Entscheidung aus Rechtsgründen nur einheitlich ergehen kann. Die Beiladung ist aus Rechtsgründen notwendig, wenn die vom Kläger begehrte Sachentscheidung nicht getroffen werden kann, ohne dass dadurch gleichzeitig unmittelbar und zwangsläufig Rechte des Beigeladenen gestaltet, bestätigt oder festgestellt, verändert oder aufgehoben werden (*BSG Urteil vom 16. Dezember 2014, - B 1 KR 31/13 R mwN, juris, Rn 13*). Nach diesen Maßgaben betrifft ein grundsätzlicher Versorgungsanspruch zwar auch die Interessen der KVN, greift aber nicht unmittelbar in ihre Rechte ein. Die Unmittelbarkeit ist zu verneinen, wenn die Entscheidung nur eine Vorfrage zum Verhältnis zwischen Hauptbeteiligten und Dritten betrifft. Weder genügt es, dass die Entscheidung logisch notwendig einheitlich auch gegenüber dem Dritten ergehen muss, noch dass tatsächliche Verhältnisse eine einheitliche Entscheidung erfordern (*BSG aaO; Schoch in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, aaO § 75 Rn 10; Fock in Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl, § 75 Rn 4*). So liegen die Dinge hier. Die beklagte Krankenkasse hat mit dem angefochtenen Bescheid eine Nadelepilation durch eine namentlich benannte Elektrologin abgelehnt. Dementsprechend war das Klagebegehren ursprünglich auf die Kostenübernahme einer solchen Leistung durch eine qualifizierte Kosmetikerin als nichtärztliche Leistungserbringerin gerichtet. Die Beklagte kann mangels Sicherstellungsauftrags (*vgl dazu Ausführungen unter 3 c*) auch keinen Vertragsarzt zur Leistungserbringung verpflichten. Diese Feststellung trifft bereits das SGB V, sodass entsprechende Ausführungen im Urteil nicht zwangsläufig Rechte der KVN gestalten.

3. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Kostenübernahme für die ursprünglich beantragte Nadelepilation durch eine entsprechend qualifizierte Kosmetikerin (Elektrologin) (*dazu a*). Dieser ergibt sich auch nicht zur Schließung einer Lücke bei Systemversagen (*dazu b*). Die Beklagte kann nicht verpflichtet werden, die Klägerin mit der begehrten Nadelepilation vertragsärztlich zu versorgen (*dazu c*).

a) Es besteht kein Anspruch auf Kostenübernahme einer Nadelepilation durch einen nichtärztlichen Leistungserbringer, hier: einer Elektrologin. Die begehrte Nadelepilation der verbliebenen Barthaare ist eine dem Arztvorbehalt des §§ 15 Abs 1 S 1, § 28 Abs 1 SGB V unterfallende Leistung.

Der EBM beschreibt in Ziffer 10340 als obligaten Leistungsinhalt die Epilation durch Elektrokoagulation im Gesicht und/oder an den Händen bei krankhaftem und entstellendem Haarwuchs, einmal am Behandlungstag. Insoweit ist klarzustellen, dass die Leistungslegende zur Epilation entgegen den Ausführungen der Beklagten keine zeitliche Dauer vorgibt. Die Leistungslegende der maßgeblichen EBM Position enthält drei Optionen. Dabei bezieht sich die „Dauer von bis zu 5 Minuten“ nur auf die operativen Eingriffe, die alternativ oder kumulativ „und/oder“ getrennt durch Gedankenstriche neben einer primären Wundversorgung sowie der Epilation vom obligaten Leistungsinhalt erfasst werden. Nach höchstrichterlicher gefestigter Rechtsprechung ist für die Auslegung der vertraglichen Gebührenordnung in erster Linie der Wortlaut der Leistungslegende maßgeblich. Das vertragliche Regelwerk dient nämlich dem Ausgleich der unterschiedlichen Interessen zwischen Ärzten und Krankenkassen und es ist vorrangig die Aufgabe des Bewertungsausschusses selbst, die auftretenden Unklarheiten zu beseitigen (*BSG Urteil vom 8. September 2004, - B 6 KA 37/03 R mwN*). Die Abrechnung der vorgenannten EBM Position ist auf einmal am Behandlungstag begrenzt, kann also beliebig oft im Quartal abgerechnet werden.

aa) Die vorbenannte EBM Position ist einschlägig, da es sich bei der Klägerin um krankhaften Haarwuchs im Gesicht handelt. Nach der Rechtsprechung des BSG erkennt die Rechtsordnung Transsexualismus nicht nur personenstandsrechtlich, sondern auch als behandlungsbedürftige Krankheit an. Transsexualismus ist nach dem allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnisse eine psychische Krankheit. Das Ausmaß des Anspruchs Transsexueller auf geschlechtsangleichende Behandlung bestimmt sich unter Einbeziehung der Wertungen des § 116b Abs 1 S 2 Nr 2 Buchstabe I SGB V auf der Basis der allgemeinen und besonderen Voraussetzungen des Anspruchs auf Krankenbehandlung nach den medizinischen Kriterien des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse. Das Spektrum medizinisch indizierter Krankenbehandlung des Transsexualismus ist mittlerweile – anknüpfend an den Erkenntnisfortschritt über die Erkrankung – weit gefächert. Für erforderlich werden individuelle therapeutische Lösungen erachtet, die von einem Leben im anderen Geschlecht von somatische Maßnahmen über hormonelle Behandlungen bis hin zur weitergehenden operativen Geschlechtsumwandlung reichen können (*Urteil vom 11. September 2012, - B 1 KR 3/12 R*).

Vor diesem Hintergrund geht der erkennende Senat zugunsten der Klägerin davon aus, dass die verbliebenen weißen Barthaare eine Ausprägung der Transsexualität als psychischer Er-

krankung sind, deren Behandlung notwendig ist. Damit gehört die Nadelepilation der verbliebenen weißen Barthaare, die bei der Laserepilation vom Laser nicht erkannt werden, als ein letzter Behandlungsschritt bei der Angleichung an das weibliche Geschlecht zur medizinisch indizierten Krankenbehandlung des Transsexualismus (*Weiterführung der Senatsrechtsprechung im Urteil vom 19. März 2019, - L 16 KR 552/18 -*). Das wird von der Beklagten dem Grunde nach auch nicht bestritten.

bb) Allerdings ist die begehrte Epilation eine dem Arztvorbehalt des § 15 Abs 1 S 1, § 28 Abs 1 SGB V unterfallende Leistung.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung haben Versicherte aus § 27 SGB V einen konkreten Individualanspruch auf Krankenbehandlung, dessen Reichweite und Gestalt sich aus dem Zusammenspiel mit weiteren gesetzlichen und untergesetzlichen Normen ergibt. Die Regelung des § 28 Abs 1 S 1 bis 3 SGB V (*idF des Art 1 Nr 4 Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung <GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG> vom 22. Dezember 2011, BGBl I 2983, mW vom 1. Januar 2012*) konkretisiert den Begriff der ärztlichen Behandlung einschließlich Psychotherapie (§ 27 Abs 1 S 2 Nr 1 SGB V) abschließend dahin, dass die ärztliche Behandlung die Tätigkeit des Arztes umfasst, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist (Satz 1). Zur ärztlichen Behandlung gehört auch die Hilfeleistung anderer Personen, die von dem Arzt angeordnet und von ihm zu verantworten ist (Satz 2). Die Partner der Bundesmantelverträge legen bis zum 30. Juni 2012 für die ambulante Versorgung beispielhaft fest, bei welchen Tätigkeiten Personen nach Satz 2 ärztliche Leistungen erbringen können und welche Anforderungen an die Erbringung zu stellen sind (Satz 3). In Umsetzung des Satzes 3 haben die Kassenärztliche Bundesvereinigung (KBV) und der GKV-Spitzenverband die Vereinbarung über die Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 28 Abs 1 S 3 SGB V (*vom 1. Oktober 2013*) als Anlage 24 zum BMV-Ä geschlossen, die in ihrem Anhang einen nicht abschließenden Beispielskatalog enthält (*BSG Urteil vom 18. Dezember 2018, - B 1 KR 34/17 R -, juris Rn 12 u 13*).

Nach dem Anhang zur Anlage 24 des BMV-Ä II Ziffer beschränkt sich die Delegation hautärztlicher Leistungen auf die Überprüfung von Hautreaktionen sowie die metrische und fotografische Dokumentation vor Beginn und nach Abschluss der Therapie. Auch wenn die Aufzählung nicht abschließend, sondern nur beispielhaft ist, lässt sich aus dem Wesen der gelisteten Tätigkeiten entnehmen, dass keine Delegation von Behandlungsleistungen – wie die Nadelepilation - vorgesehen ist.

In seiner jüngsten Entscheidung (*aaO, Rn 14 u 15*) hält das BSG daran fest, dass zwingende Voraussetzung ärztlicher Krankenbehandlung als ein zentraler Bestandteil des GKV- Leistungskatalogs ist, dass der Behandler Arzt im berufsrechtlichen Sinne ist. Ärztlicher Behandler ist nur, wer über eine staatliche Approbation verfügt. Die Anknüpfung an die Approbation als von anderen staatlichen Stellen durchgeführte Prüfung und Bestätigung der beruflichen Mindestqualifikation bei Krankenbehandlung durch Behandler in eigener Verantwortung ist ein prägendes Merkmal der GKV von Anbeginn. Um dem Arztvorbehalt zu genügen, muss der Arzt die Leistung zwar nicht völlig allein erbringen. Er darf sich bei der Erbringung seiner Leistungen erforderlicher unselbstständiger Hilfeleistungen anderer Personen, wie einer Elektrologistin aber nur bedienen, wenn er die unselbstständige Hilfeleistung anordnet und verantwortet. Das ist bei der im Verwaltungsverfahren benannten Elektrologistin nicht der Fall, da sie selbstständig ein Kosmetikstudio betreibt und die begehrte Nadelepilation nicht unter der Verantwortung und auf Anordnung eines Arztes betreibt.

b) Ein Systemversagen, das sich daraus ergibt, dass die Klägerin keine Vertragsärzte findet, die eine Nadelepilation der Barthaare erbringen können und/oder wollen und die Beklagte auch keine leistungsbereiten Vertragsärzte benennen kann, begründet keinen Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten auf Verschaffung einer als ärztliche Leistung gebotenen Behandlung durch einen Nichtarzt.

Unter den vorliegenden Umständen nimmt der Senat zugunsten der Klägerin ein bei der Beklagten abgesichertes vertragsärztliches Systemversagen an. Auf das erstinstanzliche Auskunftersuchen der Kammervorsitzenden hat die KVN für die Recherche zugelassener Dermatologen unter Bezugnahme auf die EBM Ziffer 10340 auf die Webadresse ihrer Arztauskunft Niedersachsen verwiesen. Die Überprüfung, welche Vertragsärzte die maßgebliche EBM Ziffer in der Vergangenheit abgerechnet hätten, würde mit einem erheblichen Erforschungsaufwand einhergehen. Daraufhin hat die Klägerin eine umfangreiche Liste mit angefragten Facharztpraxen und deren Ablehnungsbegründungen vorgelegt. Auch die Beklagte geht davon aus, dass sich keine vertragsärztliche Facharztpraxis findet, die die begehrte Leistung erbringt.

Gleichwohl hat die Klägerin keinen Anspruch auf Leistungserbringung durch einen Nichtarzt. Dazu führt das BSG (*aaO Rn 22 u 23*) aus, dass es sich bei dem Erfordernis, im berufsrechtlichen Sinn Arzt zu sein, nicht bloß um eine spezifisch leistungserbringungsrechtliche Voraussetzung handele, die im Falle eines Systemversagens verzichtbar wäre, sondern um eine vom SGB V als zwingende berufliche Mindestqualifikation aufgestellte Tatbestandsvoraussetzung für den Behandlungsanspruch. Allerdings wäre es der Klägerin in der Situation eines abgesicherten vertragsärztlichen Systemversagens unbenommen, einen Privatarzt aufzusuchen und sich von ihm behandeln zu lassen.

c) Entgegen der Auffassung des SG kann die Beklagte - auch unter den gegebenen Umständen - nicht verpflichtet werden, die Klägerin mit einer vertragsärztlich durchgeführten Nadelepilation zu versorgen. Insoweit verkennt das SG den Sicherstellungsauftrag. Denn nach der Systematik des SGB V ergibt sich keine Rechtsgrundlage, auf deren Grundlage die Beklagte einen Vertragsarzt zur Leistungserbringung verpflichten könnte.

Zwar stellen die Krankenkassen den Versicherten nach § 2 Abs 1 SGB V die im Dritten Kapitel genannten Leistungen (ua Krankenbehandlung nach § 27 SGB V) unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12) zur Verfügung, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden. Nach § 2 Abs 2 erhalten die Versicherten die Leistungen als Sach- oder Dienstleistungen. Behandlungsleistungen als Dienstleistungen können von der beklagten Krankenkasse allerdings nur übernommen werden, sofern ein Vertragsarzt die Leistung anbietet. Wenn – wie im vorliegenden Fall - kein Vertragsarzt die begehrte Leistung anbietet, ist der Beklagten die Versorgung des Versicherten objektiv unmöglich. Denn sie hat grundsätzlich keine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit, um einen vertragsärztlichen Dermatologen zur Leistungserbringung zu verpflichten, da der Sicherstellungsauftrag bei der KVN liegt.

Der Sicherstellungsauftrag der vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 72 SGB V obliegt nach § 75 Abs 1 SGB V den KVen. Nach § 75 Abs 1 S 1 SGB V haben die KVen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung die vertragsärztliche Versorgung in dem in § 73 Abs 2 SGB V bezeichneten Umfang sicherzustellen und den Krankenkassen und ihren Verbänden gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen, dass die vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht. Seit 2016 umfasst der Sicherstellungsauftrag ausdrücklich auch die angemessene und zeitnahe Zurverfügungstellung der fachärztlichen Versorgung. Da die KVN in ihrer Auskunft vom 10. April 2019 offenbar auch davon ausgeht, dass die zeitaufwendige Nadelepilation zur Barthaarentfernung bei Transsexuellen von der vorstehenden EBM – Position erfasst wird, würde ihr die Aufgabe zufallen, entsprechend ihrem Sicherstellungsauftrag zu gewährleisten, dass Vertragsärzte die Nadelepilation der Barthaare bei diagnostizierten Transsexuellen erbringen. In diesem Zusammenhang hat das BSG in seiner Entscheidung zur Orthonyxiebehandlung (*BSG aaO*) ausgeführt, dass gegebenenfalls disziplinarische Maßnahmen zu ergreifen sind und auf § 81 Abs 5 SGB V hingewiesen.

Die Schaffung der gesetzlichen Grundlagen für eine Kostenübernahme weiterer Behandlungsmaßnahmen zur optischen Angleichung an das gewünschte Geschlecht durch nichtärztliche Leistungserbringer obliegt dem Gesetzgeber. Das hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 19. März 2019 ausgeführt. Der Gesetzgeber bleibt aufgerufen, die begleitenden, oft zeitaufwändigen kosmetischen Behandlungsmaßnahmen transsexueller Versicherter zur optischen Annäherung des Erscheinungsbildes an das angestrebte weibliche Geschlecht in angemessener Weise auch durch nichtärztliche Leistungserbringer zu regeln.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Entsprechend dem Hilfsantrag hat der Senat die Revision gemäß § 160 Abs 2 SGG wegen der grundsätzlichen Bedeutung des begehrten Versorgungsanspruchs zugelassen. Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache iSd § 160 Abs 2 Nr 1 SGG dann, wenn sie eine Rechtsfrage aufwirft, die – über den Einzelfall hinaus (sog Breitenwirkung)– aus Gründen der Rechtseinheit oder Fortbildung des Rechts einer Klärung durch das Revisionsgericht klärungsbedürftig und – fähig ist.

# Rechtsmittelbelehrung und Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

## I. Rechtsmittelbelehrung

Diese Entscheidung kann mit der Revision angefochten werden.

Die Revision ist von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten innerhalb **eines Monats** nach Zustellung der Entscheidung schriftlich oder in elektronischer Form beim Bundessozialgericht einzulegen. Sie muss bis zum Ablauf der Monatsfrist beim Bundessozialgericht eingegangen sein und die angefochtene Entscheidung bezeichnen.

Die Revision in schriftlicher Form ist zu richten an das Bundessozialgericht, Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel bzw. das Bundessozialgericht, 34114 Kassel (nur Brief und Postkarte).

Die elektronische Form wird durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und

- von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist oder
- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gem. § 65a Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) eingereicht wird.

Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV) in der jeweils gültigen Fassung. Informationen hierzu können über das Internetportal des Bundessozialgerichts ([www.bsg.bund.de](http://www.bsg.bund.de)) abgerufen werden.

Als Prozessbevollmächtigte sind nur zugelassen

1. Rechtsanwälte,
2. Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen,
3. selbstständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
4. berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
5. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
6. Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,
7. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in den Nrn. 3 bis 6 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person

ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die Organisationen zu den Nrn. 3 bis 7 müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe der Nrn. 1 bis 7 zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Die Revision ist innerhalb von **zwei Monaten** nach Zustellung der Entscheidung von einem zugelassenen Prozessbevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf der Verletzung einer Vorschrift des Bundesrechts oder einer sonstigen im Bezirk des Berufungsgerichts geltenden Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Bundesgerichts hinaus erstreckt.

D.

E.

R.

## II. Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

Für die Revision vor dem Bundessozialgericht kann ein Beteiligter Prozesskostenhilfe zum Zwecke der Beordnung eines Rechtsanwalts beantragen.

Der Antrag kann von dem Beteiligten persönlich gestellt werden; er ist beim Bundessozialgericht schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen oder mündlich vor dessen Geschäftsstelle zu Protokoll zu erklären.

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen; **hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen**. Der Vordruck ist kostenfrei bei allen Gerichten erhältlich. Er kann auch über das Internetportal des Bundessozialgerichts ([www.bsg.bund.de](http://www.bsg.bund.de)) heruntergeladen und ausgedruckt werden.

Wird Prozesskostenhilfe bereits für die Einlegung der Revision begehrt, so müssen der Antrag und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst den Belegen innerhalb der Frist für die Einlegung der Revision beim Bundessozialgericht eingegangen sein.

Ist dem Beteiligten Prozesskostenhilfe bewilligt worden und macht er von seinem Recht, einen Rechtsanwalt zu wählen, keinen Gebrauch, wird auf seinen Antrag der beizuordnende Rechtsanwalt vom Bundessozialgericht ausgewählt.

## III. Ergänzende Hinweise

Der Revisionschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigelegt werden. Das Bundessozialgericht bittet darüber hinaus um zwei weitere Abschriften. Dies gilt nicht im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs.