

Beitrag Nr. 49, 2024

Das BSG-Urteil zur Kostenübernahme geschlechtsangleichender Operationen

Eine kritische Kommentierung aus ärztlich-psychotherapeutischer Perspektive des Urteils vom 19. Oktober 2023 (Az.: B 1 KR 16/22 R)

Dr. Hagen Löwenberg (Facharzt für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie, Celle); Dr. Julia Bohr (Klinik für Urologie, Kinderurologie und urologische Onkologie, Evang. Kliniken Essen-Mitte); Prof. Dr. Jochen Heß (Klinik und Poliklinik für Urologie, Kinderurologie und Uroonkologie, Universitätsklinikum Essen); PD Dr. Timo Nieder (Institut für Sexualforschung, Sexualmedizin und Forensische Psychiatrie, Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf); Prof. Dr. Bernhard Strauß (Institut für Psychosoziale Medizin, Psychotherapie und Psychoonkologie, Universitätsklinikum Jena)

Veröffentlichung: Bochum, den 2.10.2024

Veröffentlichung auf www.gesundheitsrecht.blog/bsg-urteil-geschlechtsangleichende-operationen

Bibliothekslink: <https://doi.org/10.13154/294-12355>

ISSN: 2940-3170

Empfohlene Zitierweise: *Löwenberg et al.*, Gesundheitsrecht.blog Nr. 49, 2024, S.

Kurzzusammenfassung: Der erste Senat des Bundessozialgerichts hat am 19.10.2023 ein Urteil erlassen, das zu einer prekären Situation in Bezug auf die spezifische Gesundheitsversorgung von trans* und nicht-binären Personen in der gesetzlichen Krankenversicherung führt. Die am 12.03.2024 veröffentlichte Begründung wird aus ärztlich-psychotherapeutischer Sicht von Mitwirkenden an den Behandlungsleitlinien zu Geschlechtsinkongruenz kritisch kommentiert.



Dieser Aufsatz ist lizenziert unter den CreativeCommon-Bedingungen CC BY 4.0.
(abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>)

Eine kritische Kommentierung aus ärztlich-psychotherapeutischer Perspektive des Urteils vom 19. Oktober 2023 (Az.: B 1 KR 16/22 R)

Nachdem das Sozialgericht Mannheim der Klage einer nicht-binären Person auf Kostenübernahme für eine Mastektomie stattgegeben hatte¹ und in der zweiten Instanz das Landessozialgericht Baden-Württemberg das Urteil aufgehoben² und die Klage abgewiesen hatte, hatte die klagende Person Revision eingelegt. Das Bundessozialgericht ist in seinem Urteil³ zu dem Ergebnis gelangt, dass das LSG das Urteil des SG „im Ergebnis zu Recht“ aufgehoben und die Klage abgewiesen habe. Das BSG argumentiert allerdings grundlegend anders als das LSG und stellt die Kostenübernahmen für geschlechtsangleichende Maßnahmen bei allen trans* und nicht-binären Personen auf den Prüfstand. Es soll entweder der Gesetzgeber eine Neuregelung treffen oder der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) als oberstes Beschlussgremium der Selbstverwaltung im Gesundheitswesen hierzu eine Empfehlung abgeben.

Beide Wege können Jahre in Anspruch nehmen oder auch gar nicht beschritten werden, wenn der Gesetzgeber nicht die Initiative ergreift und niemand, der hierzu befugt ist, einen entsprechenden Antrag an den GBA richtet. Währenddessen sollen für bereits begonnene Behandlungen weiter aus Gründen des Vertrauensschutzes gemäß der bisherigen Regelung die Kosten übernommen werden. Dies bedeutet im Ergebnis die Weiterführung einer Versorgung entsprechend der GKV-Richtlinie zu „Geschlechtsangleichenden Maßnahmen bei Transsexualismus“ vom 31.08.2020⁴. Somit ist im deutschen Gesundheitssystem zunächst einmal kein Ende der Diskriminierung von Menschen in Sicht, die sich wie die klagende Person nicht-binär identifizieren. Die GKV-Richtlinie ist weder medizinisch-psychotherapeutisch noch sozialrechtlich fundiert und weist eklatante Mängel auf. Auf die Problematik, dass diese Richtlinie weder mit den ärztlichen/psychotherapeutischen Berufsordnungen vereinbar ist, noch dem Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsgebot des Sozialgesetzes gerecht wird und zudem einen erheblichen Teil der Behandlungssuchenden mit einer Geschlechtsinkongruenz und nicht-binärer Identifizierung von einer medizinisch notwendigen Behandlung ausschließt, sind

¹ SG Mannheim, Urteil vom 14. April 2021 – S 4 KR 3011/20.

² Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 29. Juni 2022 – L 5 KR 1811/21.

³ BSG, Urteil vom 19. Oktober 2023 – B 1 KR 16/22 R.

⁴ Begutachtungsanleitung Richtlinie des GKV-Spitzenverbandes nach §282 SGB V Geschlechtsangleichende Maßnahmen bei Transsexualismus (ICD-10, F64.0); abrufbar unter: https://md-bund.de/fileadmin/dokumente/Publikationen/GKV/Begutachtungsgrundlagen_GKV/BGA_Transsexualismus_201113.pdf; zuletzt abgerufen am 27.09.2024.

die Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften bereits in einer ausführlichen Stellungnahme⁵ eingegangen. Darüber hinaus lässt das BSG offen, wie seitens der Kostenträger bei noch nicht begonnenen, notwendigen Behandlungen vorgegangen werden soll, was zu einer starken Verunsicherung bei Behandlungssuchenden führt, die erst mit einer Behandlung beginnen wollen.

Nachfolgend wird die veröffentlichte Begründung des BSG-Urteils aus medizinisch-psychotherapeutischer Sicht kritisch kommentiert. Die Autor*innen dieses Kommentars waren alle aktiv als Mandatsträger*innen wissenschaftlicher medizinischer Fachgesellschaften an der Erstellung der psychosozialen S3-Leitlinie, auf die in der Urteilsbegründung ausführlich Bezug genommen wird, und der unmittelbar vor der Veröffentlichung stehenden chirurgischen S2k-Leitlinie zu Geschlechtsinkongruenz beteiligt und wirken zudem an der derzeitigen Aktualisierung und Zusammenführung beider Leitlinien mit.

Das BSG erläutert, dass die Voraussetzungen des Kostenerstattungsanspruches nicht erfüllt seien. Als erstes zentrales Argument führt das BSG an, dass es sich bei der ambulanten Diagnostik, Behandlungsplanung und anschließenden Behandlung eines durch Geschlechtsinkongruenz bedingten Leidensdrucks durch irreversible chirurgische Eingriffe um eine „neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode“ im Sinne des §135 Abs.1 Satz 1 SGB V handele. Dieser Satz besagt, dass neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der vertragsärztlichen Versorgung zu Lasten der Krankenkassen nur erbracht werden dürfen, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss eine entsprechende Empfehlung abgegeben hat. Eine Definition, was eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode ausmacht, gibt dieser Paragraf aber nicht vor. Bei der Feststellung, dass Diagnostik und Behandlung bei Geschlechtsinkongruenz eine „neue“ Untersuchungs- und Behandlungsmethode seien, handelt es sich um eine Wertung des BSG. Bei Mediziner*innen und Psychotherapeut*innen, die seit Jahrzehnten Menschen mit Geschlechtsinkongruenz behandeln, löst diese Einschätzung des BSG großes Erstaunen aus.

Das BSG selbst hat 1987 in seinem seinerzeit wegweisenden Urteil den Leidensdruck bei „Transsexualismus“ zur zentralen Voraussetzung dafür erklärt, Krankenkassen für geschlechtsangleichende Operationen in Anspruch nehmen zu können. Die gesamte

⁵ „Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit“; Stellungnahme der die AWMF S3-Leitlinie verantwortenden wissenschaftlichmedizinischen Fachgesellschaften zur Begutachtungsanleitung (Richtlinie des GKV-Spitzenverbandes nach § 282 SGB V) Geschlechtsangleichende Maßnahmen bei Transsexualismus (ICD-10, F64.0) vom 12. April 2021; abrufbar unter: https://www.dgfs.info/files/theme/images/forschung/Stellungnahmen/Gemeinsame_Stellungnahme_MDS-Begutachtungsanleitung.pdf; zuletzt abgerufen am 27.09.2024.

Begutachtungspraxis der Medizinischen Dienste ist seit diesem Urteil darauf fokussiert, dass ein krankheitswertiger Leidensdruck vorliegt, der nur mit der jeweils beantragten Behandlungsmaßnahme adäquat gelindert werden kann. Das BSG-Urteil von 1987 stellt bis heute die sozialrechtliche Grundlage für Kostenübernahmen durch gesetzliche Krankenkassen bei Geschlechtsinkongruenz dar. Selbstverständlich gibt es eine Reihe von Weiterentwicklungen seit 1987. Wir haben heute ein wissenschaftliches Verständnis von Geschlecht/Gender, das eine differenziertere Betrachtung ermöglicht. Es liegt eine um ein Vielfaches größere Evidenz bezüglich der Wirksamkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen zur nachhaltigen Linderung des Leidensdrucks vor. Wir wissen heute, dass individuell und bedarfsgerecht angepasste Behandlungsschritte wesentlich effektiver sind als schematische Behandlungsabläufe. Wir wissen heute auch, dass Psychotherapie als supportive Maßnahme bei Geschlechtsinkongruenz in vielen Fällen helfen kann, als kurative Maßnahme zur Behandlung des Leidensdrucks jedoch untauglich ist. Es ließen sich noch zahlreiche andere Weiterentwicklungen aufzählen. An dem Grundprinzip von Diagnostik, Behandlungsplanung und nachfolgenden Behandlungsmaßnahmen einschließlich (teilweise) irreversibler chirurgischer Eingriffe hat sich jedoch nichts geändert. Die Einschätzung des BSG, dass es sich um eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode handele, ist für in diesem Bereich erfahrene Behandelnde nicht plausibel und nährt damit Spekulationen, dass hier eine rechtliche Wertung konstruiert wurde, um eine mutigere Entscheidung zu vermeiden.

Die weitere Argumentation des BSG, dass kein Anspruch der klagenden Person auf Durchführung einer Mastektomie zu Lasten der GKV bestand, baut darauf auf, dass der GBA bisher keine entsprechende Empfehlung abgegeben hat. Bis zu diesem Urteil dürfte allerdings keine Stelle, die berechtigt ist, einen Antrag beim GBA zu stellen, einen Anlass hierfür gesehen haben. Es war für niemanden vorhersehbar, dass das BSG seine eigene Rechtsprechung, die bisher Grundlage für die Kostenübernahmen war, für unzureichend erklären würde. Wenn man das Qualitätsgebot des Krankenversicherungsrechts, also den Anspruch auf eine Behandlung nach dem aktuellen Stand des Fachwissens, und den Anspruch auf eine Behandlung bei Vorliegen eines behandlungsbedürftigen Zustands oder einer Krankheit ernstnimmt, ist die Feststellung, dass kein Behandlungsanspruch bei der klagenden Person bestand, schwer nachvollziehbar.

Als Alternative zu einer ausstehenden Empfehlung des GBA führt das BSG die Möglichkeit auf, dass der parlamentarische Gesetzgeber eine Regelung trifft, die einen krankheitsunabhängigen Anspruch auf körpermodifizierende Behandlungen von trans* und nicht-binären Personen festlegt. Zum Vergleich wird auf die Regelung für die künstliche

Befruchtung im Sinne eines eigenständigen Versicherungsfalls nach § 27a SGB V verwiesen. Aus medizinisch-psychotherapeutischer Perspektive erschiene dieser Weg durchaus wünschenswert. Unter Expert*innen hat sich längst die Erkenntnis durchgesetzt, dass transgeschlechtliche/nicht-binäre Identifizierungen nicht pathologisch sind. Es gibt keine wissenschaftlich begründbaren Anhaltspunkte dafür, dass trans* oder nicht-binäre Identitäten pathologischer wären als cis* Identitäten. Solche Pathologisierungen sind insofern ideologisch und nicht wissenschaftlich begründet. Begriffe wie „Geschlechtsidentitätsstörung“ gelten heute als obsolet.

In Verbindung mit der Vorgabe, dass der krankheitswertige Leidensdruck Voraussetzung für Kostenübernahmen durch Krankenkassen ist, hat sich die Begutachtungspraxis der Medizinischen Dienste ebenso wie die S3-Leitlinie zu Geschlechtsinkongruenz⁶ und mit einer ähnlichen Logik auf internationaler Ebene auch die von der WHO beschlossene ICD-11 auf die Linderung des individuellen Leidens fokussiert und nicht auf die Therapie als krank konstruierter Identitäten. In der Praxis muss in Deutschland aber in der Regel nach wie vor ein Pathologisierungsprozess durchlaufen werden, um den Anspruch auf Kostenübernahmen geltend machen zu können. Die nur drohende oder zu erwartende Erkrankung bei Nichtbehandlung wird vielfach nicht für ausreichend erachtet. Der Krankheitswert des Leidensdrucks muss dem Medizinischen Dienst gegenüber nachgewiesen werden, insbesondere durch eine aus fachlicher Sicht von vorneherein aussichtslose (und damit auch unwirtschaftliche) psychotherapeutische Behandlung dieses Leidensdrucks. Eine gesetzliche Regelung, wie sie das BSG in den Raum stellt, könnte dazu führen, trans*/nicht-binäre Personen und Medizinische Dienste wechselseitig voneinander zu erlösen. Damit wäre für die Gesundheit von trans*/nicht-binären Personen wahrscheinlich viel gewonnen.

In Bezug auf den allgemeinen Anspruch auf Behandlung führt das BSG weiter aus, dass „Krankheit“ im Rechtssinne einen „regelwidrigen, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichenden Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder den Betroffenen arbeitsunfähig macht“, darstellt. Es gebe aber keine Legaldefinition, sondern Wertungsspielräume der Rechtsprechung bei der Auslegung des Begriffs „Krankheit“. Der Eingriff in ein „gesundes Organ“ setze eine besondere Rechtfertigung voraus. Allein der Wunsch, sein äußeres Erscheinungsbild zu verändern, genüge nicht. Das subjektive Empfinden

⁶ Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit: S3-Leitlinie zur Diagnostik, Beratung und Behandlung AWMF-Register-Nr. 138|001; abrufbar unter: https://register.awmf.org/assets/guidelines/138-001_S3_Geschlechtsdysphorie-Diagnostik-Beratung-Behandlung_2019-02.pdf; zuletzt abgerufen am 27.09.2024.

eines Versicherten allein könne die Regelwidrigkeit und die daraus abgeleitete Behandlungsbedürftigkeit seines Zustands nicht begründen. Maßgeblich seien vielmehr „objektive Kriterien“, nämlich der „allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse“. Auch ein durch das äußere Erscheinungsbild verursachter Leidensdruck rechtfertige für sich genommen noch keinen Anspruch auf einen Eingriff in ein gesundes Organ. Maßgeblich sei die „wissenschaftliche Bewertung der generellen psychotherapeutischen Eignung chirurgischer Eingriffe“. Hier wird seitens des BSG eine Objektivität konstruiert, die es in dieser Form aus medizinisch-psychotherapeutischer Perspektive nicht gibt. „Leidensdruck“ ist per Definition ein subjektives Empfinden, vergleichbar dem körperlichen Schmerz. Jede*r, der sich schon mal mit der Begutachtung von Schmerzen in Sozialgerichtsverfahren beschäftigt hat, weiß, mit welchen Schwierigkeiten und Herausforderungen es verbunden ist, einen angegebenen Schmerz als plausibel oder nicht plausibel zu objektivieren. Naheliegenderweise ergeben sich vergleichbare Probleme bei der Bemühung, den Leidensdruck durch die Diskrepanz zwischen innerlich erlebtem und äußerlich zugewiesenem Geschlecht objektiv zu bewerten. Die vom BSG angesprochene wissenschaftliche Bewertung der psychotherapeutischen Eignung chirurgischer Eingriffe basiert im Wesentlichen auf Outcome-Studien. Auch Outcome-Studien stützen sich zwangsläufig auf die Angaben der Betroffenen zu Verbesserung oder Verschlechterung ihres subjektiv erlebten Befindens. Eine objektive Bewertung unabhängig vom subjektiven Erleben der betroffenen Person erschiene paradox. Dies wäre allerdings auch bei jeder anderen psychotherapeutischen oder psychotherapeutisch indizierten Behandlung unabhängig von trans*/nicht-binär paradox. Als objektive Belege könnte man allenfalls die nachgewiesenen deutlich erhöhten Suizidraten bei trans*/nicht-binären Personen in Ländern ohne Kostenübernahme für geschlechtsangleichende Maßnahmen durch Krankenversicherungen aufführen. Die nachvollziehbar seitens des BSG geforderte klare Grenzziehung zu Schönheitsoperationen mag in wenigen Einzelfällen schwierig sein, ist aber grundsätzlich Bestandteil der good clinical practice.

Das BSG gibt an, in seiner bisherigen Rechtsprechung zu geschlechtsangleichenden Operationen bei „Transsexualismus“ eine behandlungsbedürftige psychische Krankheit angenommen zu haben. Voraussetzung dafür sei gewesen, dass „psychiatrische oder psychotherapeutische Mittel das Spannungsverhältnis zwischen dem körperlichen Geschlecht und der seelischen Identifizierung mit einem anderen Geschlecht nicht zu lindern oder zu beseitigen vermögen“. Bei „behandlungsbedürftigem Transsexualismus“ habe das BSG ausnahmsweise einen Anspruch auf Operationen an für sich genommen gesunden Organen

angenommen, wenn diese der Annäherung an einen „regelhaften Zustand“ im Sinne eines männlichen oder weiblichen Phänotyps gedient habe. Daran halte der Senat nicht mehr fest, weil dem zum einen die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegenstehe, nach der auch die geschlechtliche Identität von Personen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie dem Diskriminierungsverbot geschützt seien. Zum anderen sieht auch das BSG, dass die „Beschränkung auf zwei Geschlechter im binären System“ nicht mehr dem gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand entspricht. Es wird auf die S3-Leitlinie verwiesen, die sich gleichermaßen an die medizinische Versorgung von Personen mit einer weiblichen, männlichen oder non-binären Geschlechtsidentität richte und den durch die Geschlechtsinkongruenz begründeten klinisch relevanten Leidensdruck als maßgeblich ansehe. Hierzu ist anzumerken, dass die Ausführungen in diesem Abschnitt der Urteilsbegründung allein bereits ausreichender Anlass dafür wären, die noch in Kraft befindliche GKV-Richtlinie zu disqualifizieren. Außerdem ist es an dieser Stelle wichtig, darauf hinzuweisen, dass sogenannte „Umstimmungstherapien“ zur „Aussöhnung“ mit dem Zuweisungsgeschlecht oder Konversionsbehandlungen nicht nur unter Mediziner*innen und Psychotherapeut*innen seit Jahrzehnten als unethisch gelten. Auch der Deutsche Ethikrat hat sich dahingehend geäußert. Bei Minderjährigen sind solche Konversionsbehandlungen daher inzwischen strafbewehrt.

In Bezug auf die klagende Person könne es laut BSG „offenbleiben“, ob ein durch Geschlechtsinkongruenz bedingter Leidensdruck vorgelegen habe, zu dessen Linderung die Mastektomie notwendig gewesen sei. Ein Anspruch scheide „derzeit jedenfalls mangels Empfehlung durch den GBA“ aus. Für medizinisch oder psychotherapeutisch Behandelnde erscheint dies eine äußerst dürftige Rechtfertigung dafür, die Kostenübernahme für eine nach aktuellem Stand des medizinischen Fachwissens notwendige Operation zu verweigern. Dies gilt umso mehr, als bislang niemand die Notwendigkeit erkennen konnte, einen entsprechenden Antrag an den GBA zu richten, da auch laut der bislang gültigen BSG-Rechtsprechung der Leidensdruck maßgeblich war oder zumindest seitens der Medizinischen Dienste als maßgeblich angesehen wurde. Zudem gelten Sozialgerichtsurteile ab der zweiten Instanz für die Medizinischen Dienste als maßgeblich, so dass auch von Krankenkassenseite aus keine Kostenzusagen abgelehnt wurden, weil es bis jetzt keine GBA-Empfehlung gibt. Jetzt seitens des BSG rückwirkend eine solche Notwendigkeit zu konstruieren, lässt sich weder medizinischen oder psychotherapeutischen Behandelnden noch den betroffenen Patient*innen gut vermitteln und trägt im Moment sicherlich eher wenig zum Rechtsfrieden in diesem Bereich bei. Gleichzeitig muss man allerdings einräumen, dass eine gesetzliche Neuregelung oder eine

GBA-Empfehlung, die sich am aktuellen wissenschaftlichen Stand des Fachwissens orientiert, eine fundamentale Verbesserung gegenüber dem jetzigen Entlanghangeln von einer dilettantisch erstellten GKV-Richtlinie zur nächsten mit sich bringen würde.

Im anschließenden Teil der Urteilsbegründung kommt das BSG auf die zunächst wenig überzeugende Wertung zurück, dass es sich bei der Diagnose und Behandlung eines durch Geschlechtsinkongruenz verursachten Leidensdrucks um eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode handele, die dem Verbot nach § 135 SGB V unterfalle, da die entsprechende GBA-Richtlinie fehle. Eine Behandlungsmethode gelte dem Senat als neu, wenn sie nicht als abrechnungsfähige Leistung im EBM enthalten sei oder wenn sie zwar im EBM aufgeführt werde, deren Indikation aber wesentliche Änderungen oder Erweiterungen erfahren habe. Im vorliegenden Fall ergebe sich die Notwendigkeit einer Überprüfung nach § 135 SGB V, weil das BSG ein bisher ohne Einbeziehung des GBA gebilligtes Untersuchungs- und Behandlungskonzept in der bisherigen Form nicht mehr zulasse. Hiermit räumt das BSG im Prinzip ein, dass es sich nicht um eine neue Behandlungsmethode handelt, es die bisherige Handhabung aber nicht mehr akzeptiert. In Anbetracht der großen Zahl von Fehlbegutachtungen durch die Medizinischen Dienste lässt sich dem aus medizinisch-psychotherapeutischer Sicht durchaus auch etwas Positives abgewinnen.

Der Senat des BSG gehe dabei davon aus, dass die ärztliche Praxis sich an dem in der aktuellen S3-Leitlinie zusammengetragenen wissenschaftlichen Erkenntnisstand orientiere. Die Behandlung könne nicht mehr ausschließlich an normativ vorgegebenen Phänotypen (männlich/weiblich) ausgerichtet werden. Die bisherige BSG-Rechtsprechung basiere aber „auf den klar abgrenzbaren Phänotypen des weiblichen und männlichen Geschlechts“. Die Behandlung „Frau-zu-Mann-Transformation und Mann-zu-Frau-Transformation“ sei damit der „Bewertung anhand eines objektiven Maßstabes zugänglich“ gewesen. Hier unterliegt das BSG selbst einem vorwissenschaftlichen, essentialistischen Verständnis von Geschlecht. Wissenschaftlich betrachtet gibt es von den äußeren Fortpflanzungsorganen abgesehen keine so klar abgrenzbaren Phänotypen des weiblichen und männlichen Geschlechts. Die Überschneidungen sind groß, die Unterschiede innerhalb der sozial konstruierten Gruppen oft größer als zwischen Angehörigen der beiden unterschiedenen Gruppen. Auch körperliche Merkmale und ihre Darstellung nach außen sind sozial stark überformt. Hier kann allenfalls von einem scheinbar objektiven Maßstab die Rede sein. Als „objektiver“ Maßstab gilt in der Begutachtung und Rechtsprechung bis heute häufig das Konstrukt des „unvoreingenommenen Beobachters“, der in der Realität oft kaum voreingenommener sein könnte. Auch die Annahme des BSG, dass sich die ärztliche Praxis an der S3-Leitlinie orientiere, trifft bedauerlicherweise

nur sehr bedingt zu. Die GKV-Richtlinie orientiert sich ebenfalls an einem vorwissenschaftlichen Verständnis. In der Versorgungsrealität wird daher erfahrungsgemäß in einem großen Teil der Fälle eher wie in autoritären Systemen eine Art doppelte Buchführung praktiziert, in der eine leitliniengerechte Behandlung um „Absitztherapien“ und den Anforderungen der GKV-Richtlinie entsprechend ausgeschmückte Verlaufsberichte ergänzt wird, damit die Kostenübernahmen nicht abgelehnt werden. Nicht-binäre Personen, die sich eine leitliniengerechte, selbstfinanzierte Behandlung nicht leisten können, müssen sich um Kredite oder Crowdfunding bemühen oder aber sich gegenüber den Krankenkassen als binär-orientiert trans* ausgeben. Dies sind aus medizinisch-psychotherapeutischer Sicht unhaltbare Zustände, die in der Tat nicht mehr hingenommen werden können.

Das BSG arbeitet sich im nachfolgenden Teil daran ab, dass gemäß der S3-Leitlinie sowohl die Geschlechtsinkongruenz individuell festgestellt als auch das darauf aufbauende Behandlungskonzept individuell festgelegt werden müsse und die Leitlinie dabei auf das Konzept der „partizipativen Entscheidungsfindung“ zurückgreife. Es wird darauf verwiesen, dass es laut S3-Leitlinie keine objektiven Beurteilungskriterien für die Diskrepanz zwischen Gender und Zuweisungsgeschlecht gebe und die behandlungsbedürftige Person daher zwingend zunächst selbst die Feststellung der Inkongruenz vorzunehmen habe. Schon deshalb weiche das Konzept methodisch von anderen Behandlungsverfahren ab. Diese Argumentation des BSG ist aus medizinischer und vor allem psychotherapeutischer Sicht nicht nachvollziehbar.

Individualisierte Behandlungen und partizipative Entscheidungen mit besonderer Beachtung des Selbstbestimmungsrechts der Patient*innen gelten generell in allen Teilgebieten der heutigen Medizin als Goldstandard und als ethische Verpflichtung. Partizipative Entscheidungen werden vor allem dann favorisiert, wenn es aus fachlicher Sicht verschiedene in etwa gleichwertige Optionen mit jeweiligen Vor- und Nachteilen gibt (sog. Equipoise). Dies ist etwa bei unterschiedlichen Krebsbehandlungen häufig der Fall, aber auch bei der Frage, ob man bei einem Bandscheibenleiden im Bereich der HWS das Risiko einer Operation auf sich nimmt oder nicht oder welchen Weg man bei der Behandlung eines Vorhofflimmerns bevorzugt, um nur ein paar alltäglich Beispiele aus der Medizin zu benennen. Somit ist die Ermöglichung einer Partizipation der Betroffenen im Hinblick auf Behandlungsentscheidungen sicher kein Alleinstellungsmerkmal bei der Behandlung der Geschlechtsinkongruenz. Dass zunächst die Person selbst ihr Leiden festzustellen hat, weil es objektiv nicht messbar ist, ist bei vielen Leidenszuständen der Fall (z. B. unterschiedliche Schmerzzustände). Sieht man auf das Gebiet der Psychotherapie, gilt dies für zahlreiche psychische Symptome (z. B. Angst, Depression). Man kann nur bis zu einem gewissen Grad von außen beobachten, dass eine

Person ängstlich erscheint. Ebenso kann man in einem gewissen Ausmaß auch von außen beobachten, dass eine Person sich mit ihrem zugewiesenen Geschlecht nicht wohlfühlt. Objektiv lassen sich emotionale Zustände ebenso wenig wie Schmerzen messen.

Jeder psychiatrische Befund (z. B. nach AMDP) stützt sich zu einem ganz wesentlichen Teil auf die Selbstauskunft der Patient*innen. Der Beobachtungsteil tritt dabei häufig eher dahinter zurück. Auch testpsychologische Verfahren und strukturierte Interviews arbeiten mit Selbstauskünften der Proband*innen, wobei bei den Interviews ein Abgleich mit den klinischen Eindrücken der Untersuchenden stattfindet, die auch nur bedingt als objektiv gelten können. Im Fall der Geschlechtsinkongruenz hat die Bewertung der Evidenz ergeben, dass die in der Leitlinie aufgeführten körpermodifizierenden Maßnahmen alle zu einer signifikanten Verbesserung des Befindens führen können, und es kein objektives Kriterium dafür gibt, welche der möglichen Maßnahmen im Einzelfall den besten Effekt hat. Dies bedeutet aber keinesfalls, dass in der Leitlinie eine Art von Selbstbedienungsmedizin propagiert wird. Partizipative Entscheidungsfindung bedeutet, dass in einem sorgfältigen Abwägungsprozess zwischen behandelter und behandelnder Person auch unter Berücksichtigung aller eventuellen begleitenden Gesundheitsstörungen und Lebensumstände herausgearbeitet wird, welche Behandlungsmaßnahme als erstes in Angriff genommen werden kann und sollte. Die entsprechende Leitlinienempfehlung spiegelt den aktuellen Stand evidenzbasierter Medizin.

Die Bestimmung des Behandlungszieles werfe laut BSG insbesondere bei non-binären Geschlechtsinkongruenzen grundsätzliche Fragen auf. Denn es gehe hier „nicht zwingend um die Annäherung an das äußere Erscheinungsbild eines normativ vorgegebenen Geschlechts“. Die „Abwendung vom weiblichen Geschlecht“ (in dem strittigen Fall) beantworte nicht die Frage, welcher Zustand erreicht werden solle und müsse, um den bestehenden Leidensdruck zumindest zu mindern. Dass die Ausübung normativer Gewalt durch Medizin/Psychotherapie irgendeinen therapeutischen Nutzen hat, muss allerdings generell in Frage gestellt werden. Auch bei der Behandlung einer binär-orientierten trans* Person ist das Behandlungsziel keineswegs die Anpassung an eine vorgegebene soziale Norm. Auch viele binär-orientierte trans-maskuline Personen verzichten beispielsweise auf einen Penoidaufbau, weil die Komplikationsraten hoch und der Leidensdruck in Bezug auf die Genitalien in vielen Fällen wesentlich geringer ist als in Bezug auf die Brust oder andere durch eine Hormonbehandlung veränderbare Körpermerkmale, die damit verbunden sind, in der Gesellschaft als weiblich gelesen zu werden. Bei Personen, die sich nicht-binär identifizieren, sind die Entscheidungsfindungsprozesse häufig noch etwas langwieriger und komplexer, bis ein Zustand erreicht ist, mit dem die betroffene Person gut leben kann. An dieser Stelle muss

allerdings auch darauf hingewiesen werden, dass es ein logisches Paradox ist, binär zwischen binär und nicht-binär zu unterscheiden. Die Übergänge zwischen binären und nicht-binären Identifizierungen sind in beide Richtungen fließend. Eine klare Abgrenzung ist nicht möglich. Auch ein erheblicher Anteil von Personen, die eine cis* Identität leben, identifizieren sich nicht eindeutig oder ausschließlich mit einem Geschlecht.

Das BSG misst hier wegen der Komplexität des Diagnose- und Behandlungsverfahrens der institutionellen Qualitätssicherung durch den GBA als „fachkundig besetztes Gremium“ eine besondere Bedeutung zu. Der aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisstand sei nicht zwingend vollständig und umfassend in der S3-Leitlinie abgebildet. Der GBA habe ihn zu bewerten und eine sachgerechte Anwendung der „neuen Methode“ durch die Aufstellung von Qualifikationsanforderungen zu sichern. Nun ist es erklärte Aufgabe wissenschaftlicher medizinischer Leitlinien, den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand anhand einer Evidenzbewertung der vorhandenen Fachliteratur verfügbar zu machen. Die S3-Leitlinie tut dies auf dem Stand von 2018 und wird derzeit aktualisiert. Auf welche zusätzlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse das fachkundige Gremium des GBA Zugriff haben könnte, erschließt sich nicht recht. Mit dem Thema der Qualifikationsanforderungen hat sich die Leitlinienkommission der S3-Leitlinie intensiv auseinandergesetzt, und die aktuelle Leitlinienkommission wird dies erneut tun. Da die bisherigen Curricula im Medizinstudium, Psychologiestudium, Facharztausbildungen und psychotherapeutischen Weiterbildungen ganz erhebliche Lücken in Bezug auf das Thema Geschlechtsinkongruenz aufweisen, befinden wir uns in der problematischen Situation, dass keine formale Qualifikation automatisch damit verbunden wäre, sachgerechte Behandlungen bei einer Geschlechtsinkongruenz zu gewährleisten. Es lassen sich hier möglicherweise Mindeststandards formulieren. In Bezug auf die chirurgischen Zentren, die geschlechtsangleichende Operationen durchführen, gibt es fortgeschrittene Bestrebungen, eine entsprechende Zertifizierung einzuführen. Im Bereich der Psychotherapie und Psychiatrie sind wir hiervon noch weit entfernt. Es stellt sich in Verbindung hiermit auch die Schwierigkeit, dass es nicht in ausreichendem Umfang Angebote passender Weiterbildungen für Psychotherapeut*innen gibt. In Verbindung mit der im Kern sinnvollen Forderung einer solchen müsste auch ein entsprechendes Angebot implementiert werden, wenn man nicht noch größere Versorgungsengpässe schaffen will, als sie ohnehin schon bestehen. Grundsätzlich ließe sich gegen eine Aufstellung von Qualitätsanforderungen aber nichts einwenden.

Das BSG geht davon aus, dass die „vorgreiflichen Entscheidungen“ im ambulanten Bereich maßgeblich die gesamte Behandlung steuern. Der therapeutische Prozess zur Entwicklung des

gewünschten Behandlungsziels sei den Einzelmaßnahmen konzeptionell vorgeschaltet. Zentraler Ausgangspunkt sei das Behandlungskonzept als Ganzes, aus dem sich die Indikation für einzelne Maßnahmen ableite. Das ist vom Prinzip her zutreffend, auch wenn der Behandlungsprozess nicht so verläuft, dass am Anfang Therapeut*in und Patient*in die gesamte Behandlung planen und anschließend die einzelnen Maßnahmen abgearbeitet werden. Die Behandlung findet in der Regel interdisziplinär statt. Wenn der Stand beispielsweise der ist, dass eine Hormonbehandlung als am dringlichsten angesehen wird und dies von psychotherapeutischer Seite auch bestätigt werden kann, erfolgt im besten Falle im nächsten Schritt eine Voruntersuchung und Aufklärung in einer Praxis oder Klinik, die solche Hormonbehandlungen durchführt. Die Person hat dann noch mal Gelegenheit, sich mit den möglichen und nicht möglichen Effekten sowie den eventuellen Komplikationen und Nebenwirkungen einer Hormonbehandlung auseinanderzusetzen, ggf. auch im Dialog mit der Psychotherapeut*in, bevor die Hormonbehandlung schließlich indiziert und eingeleitet wird. Die behandelte Person kann sich im weiteren Dialog mit der Psychotherapeut*in mit den positiven und/oder negativen Auswirkungen der Hormonbehandlung auseinandersetzen und sich zudem mit der Frage befassen, ob weitere Maßnahmen überhaupt erforderlich sind und welche weitere körpermodifizierende Maßnahme ggf. zusätzlich Linderung bringen könnte. Dies könnte dann zum Beispiel eine Mastektomie sein, wofür nun wiederum ein Aufklärungsgespräch vereinbart wird usw. Im besten Fall gibt es während des Behandlungsprozesses einen regelmäßigen Austausch der Behandelnden über den Verlauf. Die Behandlung in spezialisierten Kliniken oder ambulant-stationären Netzwerken stellt insofern sicher ein wesentliches Qualitätsmerkmal dar.

Aus wissenschaftlich medizinisch-psychotherapeutischer Sicht ist davon auszugehen, dass der GBA letztlich auch zu keinen substantiell anderen Feststellungen gelangen kann als die von den wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften mandatierten Leitlinienkommissionen. Als gravierendes Problem stellt sich allerdings die Übergangszeit dar, bis eine solche GBA-Richtlinie vorliegen wird. Dies beginnt mit der Festlegung des BSG, dass die Krankenkasse die strittige Leistung für die klagende Person nicht erbringen durfte. Hiermit verknüpft sich automatisch die Frage, welche Behandlung der klagenden Person stattdessen angeboten werden sollte, die Aussicht auf Besserung ihres Gesundheitszustandes hat. Oder ist das BSG-Urteil so zu verstehen, dass eine Nicht-Behandlung, also im Prinzip unterlassene Hilfeleistung, als angemessenes Vorgehen betrachtet wird, weil keine GBA-Richtlinie vorliegt, die bis zu diesem Urteil niemand vermisst hat? Das BSG gelangt dann zusätzlich zu dem Schluss, dass kein Systemversagen vorliege, weil dem GBA nicht angelastet werden könne,

trotz Erfüllung der Voraussetzungen ein entsprechendes Verfahren nicht oder nicht zeitgerecht durchgeführt zu haben. Aus medizinisch-psychotherapeutischer Sicht handelt es sich jedoch definitiv um ein eklatantes Systemversagen, wenn etwa einem Drittel der behandlungsbedürftigen Personen mit einer Geschlechtsinkongruenz (denjenigen mit nicht-binärer Identifizierung) weiterhin auf unbestimmte Zeit die Rechtsgrundlage für medizinisch notwendige Behandlungen abgesprochen wird. Dieses Systemversagen ist allerdings nicht dem GBA zuzurechnen, der bis zu diesem Urteil keinen Anlass hatte, ein Verfahren zur Erstellung einer entsprechenden Richtlinie in die Wege zu leiten, sondern zunächst einmal dem BSG selbst als Auswirkung dieses Urteils.

Die Aufrechterhaltung eines Systemversagens bezüglich der Behandlung von nicht-binären Personen mit einer Geschlechtsinkongruenz ist insbesondere auch deshalb dem BSG anzulasten, weil im Schlussabschnitt als Übergangslösung auf unbestimmte Zeit bis zur Regelung durch den GBA oder den Gesetzgeber ein „weiter wie bisher“ verordnet wird. Wenn man die inhaltlichen Ausführungen des BSG zu Behandlungen bei Geschlechtsinkongruenz ernstnimmt, müsste die aktuelle GKV-Richtlinie, nach der Krankenkassen und Medizinische Dienste vorgehen, sofort ihre Gültigkeit verlieren. Es entsteht hier der Eindruck, dass der 1. Senat des BSG sich mit diesem Urteil wider besseres Wissen vor einer weitreichenden Entscheidung geduckt hat, damit die weitere Diskriminierung von nicht-binären Personen im deutschen Gesundheitssystem in Kauf nimmt und eine äußerst unsichere Lage für Personen schafft, die sich noch in ihrem Findungsprozess befinden und mit ihrer Behandlung erst noch beginnen wollen. Insofern führt dieses Urteil trotz vieler auch aus medizinisch-psychotherapeutischer Sicht zutreffender Einschätzungen und guter Absichten in Bezug auf eine fundiertere Regelung in diesem Bereich zunächst einmal zu einer prekären Situation in Bezug auf die medizinische Versorgung von Behandlungssuchenden mit einer Geschlechtsinkongruenz, insbesondere solcher mit einer nicht-binären Identifizierung.