

# Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Az.: L 1 KR 247/16  
Az.: S 27 KR 166/15  
Sozialgericht Frankfurt (Oder)



## Im Namen des Volkes Urteil

In dem Rechtsstreit



- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:  
Rechtsanwalt Werner Rechtsanwälte,  
Windthorststraße 62, 65929 Frankfurt  
Az.: 093/2015-We-

gegen

KKH - Kaufmännische Krankenkasse,  
Karl-Wiechert-Allee 61, 30625 Hannover  
Az.: 911-Wd/-90382917-10

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg ohne mündliche Verhandlung am 23. Juni 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Weinert für Recht erkannt:

**Auf die Berufung der Klägerin werden der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 12. April 2016 und der Bescheid der Beklagten vom 29. Oktober 2014 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 27. März 2015 aufgehoben. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin eine Magenbypass-Operation als Sachleistung zu gewähren.**

Die Beklagte hat der Klägerin die Kosten des gesamten Rechtsstreits zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand:**

Die Klägerin begehrt die Versorgung mit einer Magenbypass-Operation als Sachleistung.

Die 1963 geborene und bei der Beklagten versicherte Klägerin beantragte am 1. Oktober 2014 bei der Beklagten die Versorgung mit einer Magenbypass-Operation als Sachleistung. Ihrem Antrag fügte sie u. a. einen Arztbrief der sie behandelnden Fachärztin für Allgemeinmedizin Dr. med. Julia Gäbler vom 26. August 2014 bei. Diese beschrieb bei der Klägerin ein ausgeprägtes Übergewicht bei einem BMI von >43. Konservative Maßnahmen seien von der Klägerin in den vergangenen Jahren auch unter regelmäßiger hausärztlicher Kontrolle und Begleitung ohne Erfolg durchgeführt worden. Aus hausärztlicher Sicht sei eine bariatrische Operation mit dem Ziel einer dauerhaften Gewichtsreduktion angezeigt. Zudem fügte sie einen Arztbrief von Prof. Dr. med. Jürgen Ordemann, dem Leiter des Zentrums für Adipositas und Metabolische Chirurgie der Charité vom 9. September 2014 bei. Dieser diagnostizierte bei der Klägerin eine Adipositas Grad III. Das Körpergewicht der Klägerin betrage 113 kg bei einer Größe von 163 cm. Die Klägerin leide seit dem frühen Erwachsenenalter an Adipositas per magna. Eine über mehrere Monate durchgeführte multimodale Therapie habe zu keinem erfolgreichen Resultat geführt. Inzwischen hätten sich ein Diabetes und zahlreiche andere adipositasbedingte Erkrankungen eingestellt. Das individuelle Operationsrisiko sei im Falle der Klägerin mit dem Risikoprofil üblicher Wahleingriffe vergleichbar. Die Klägerin erfülle alle Kriterien und die Voraussetzungen für eine postoperative Verhaltensmodifikation. Die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Therapie seien damit gegeben. Eine Magenbypass-Operation zur dringenden Gewichtsreduktion sei angezeigt.

Der von der Beklagten beauftragte Medizinische Dienst der Krankenversicherung Berlin-Brandenburg e. V. (MDK) legte am 20. Oktober 2014 ein sozialmedizinisches Gutachten vor. Der MDK kam zu dem Ergebnis, dass in den letzten 2 Jahren vor der Durchführung einer bariatrischen Operation ein multimodales Behandlungskonzept (Ernährungstherapie, Bewegungstherapie, ggfs. Verhaltenstherapie) erfolglos durchgeführt worden sein müsse. Die Bewegungs- und Ernährungstherapie sollten ärztlich kontrolliert, zeitgleich über einen Zeitraum von mindestens sechs bis zwölf

Monaten erfolgen. Die konservativen Maßnahmen würden als erschöpft angesehen, wenn diese Therapie zu einer Gewichtsreduktion von weniger als 10% geführt habe. Die Bewegungstherapie erfolge im Rahmen der persönlichen Möglichkeiten und körperlichen Einschränkungen. Eine Ernährungstherapie über einen Zeitraum von sechs Monaten sei durch einen Ernährungsmediziner und/oder eine anerkannte ernährungstherapeutische Berufsgruppe (z. B. Diätassistenten) bzw. Betreuung durch eine qualifizierte Einrichtung nachzuweisen, mit Angaben zur Frequenz und stichwortartiger Beschreibung der Art der Intervention. Im Falle der Klägerin sei der Nachweis einer derartigen Therapie ohne ausreichende und nachhaltige Gewichtsreduktion nicht belegt. Aus sozialmedizinischer Sicht könne deshalb die beantragte Leistung nicht befürwortet werden.

Mit einer entsprechenden Begründung lehnte daraufhin die Beklagte den Antrag der Klägerin mit Bescheid vom 29. Oktober 2014 ab. Im Widerspruchsverfahren legte die Klägerin u. a. ein weiteres Schreiben des Adipositaszentrums der Charité vom 13. November 2014 vor. Prof. Dr. med. J. Ordemann teilte mit, dass er die Argumentation des MDK nicht nachvollziehen könne. Die Klägerin habe jahrelang versucht, ihr Gewicht zu reduzieren. Diese Versuche seien trotz Begleitung und Unterstützung nicht erfolgreich gewesen. Die multimodale Therapie sei von der Klägerin mehr als ausreichend erfüllt worden. Um die Klägerin aus ihrer Adipositaserkrankung zu „befreien“, sei eine Operation dringend indiziert. Nach Einholung eines weiteren sozialmedizinischen Gutachtens des MDK vom 29. Januar 2015, der bei seiner ursprünglichen Auffassung verblieb, wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin mit Widerspruchsbescheid vom 27. März 2015 als unbegründet zurück.

Am 22. April 2015 hat die Klägerin hiergegen Klage beim Sozialgericht Frankfurt (Oder) erhoben. Das Sozialgericht hat die Klage mit Gerichtsbescheid vom 12. April 2016 abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass vor Durchführung einer Magenbypass-Operation zur Adipositasbehandlung zunächst die konservativen Behandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden müssten. Eine chirurgische Therapie könne grundsätzlich nur erwogen werden, wenn eine extreme Adipositas bestehe und die konservative Therapie nicht zum Therapieziel geführt habe. So sei nach einem Sondervotum der Deutschen Gesellschaft für

Ernährungsmedizin nur dann eine chirurgische Intervention indiziert, wenn die konservativen Behandlungsmöglichkeiten durch eine multimodale konservative Therapie innerhalb von kumulativ sechs Monaten in den letzten zwei Jahren das Therapieziel nicht erreicht habe. Bei der Klägerin sei in den letzten zwei Jahren vor dem Antrag bei der Beklagten keine derartige sechs bis zwölf monatige multimodale Therapie zur Gewichtsreduktion durchgeführt worden. Einen Nachweis habe sie nicht bringen können. Die Klägerin habe lediglich einzelne Therapieansätze wie verschiedene Diäten, Abnehm- und Fitness- bzw. Sportprogramme und entsprechende Aktivitäten vorgetragen und nachgewiesen, bei denen jedoch gerade der multimodale, interdisziplinäre Ansatz einer Kombination aus ernährungstherapeutischen, bewegungstherapeutischen, medikamentösen und psychotherapeutischen Elementen fehle. Aus diesen einzelnen Ansätzen lasse sich aber nicht der Schluss ableiten, dass ein multimodaler Therapieversuch bei der Klägerin zwangsläufig erfolglos bleiben müsse.

Gegen den ihr am 22. April 2016 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich die Berufung der Klägerin vom 12. Mai 2016, mit der sie ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft. Ergänzend trägt sie vor, dass ihr Antrag als genehmigt gelte. Die Beklagte habe die entsprechenden Fristen versäumt.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 12. April 2016 und den Bescheid der Beklagten vom 29. Oktober 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27. März 2015 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr eine Magenbypass-Operation als Sachleistung zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Da Sozialgericht habe die Klage zu Recht abgewiesen. Fristen seien nicht versäumt worden.



Der Senat hat die Beklagte mit Richterbrief vom 13. Februar 2017 auf die Versäumung der Frist des § 13 Abs. 3a Satz 1 und Satz 2 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) hingewiesen. Die Beklagte hat daraufhin mit Schreiben vom 20. Februar 2017 zwei Schreiben vom 7. Oktober 2014 und vom 27. Oktober 2014 vorgelegt. In diesen Schreiben wird die Klägerin über die Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme informiert. Diese Schreiben befinden sich nicht in der dem Gericht vorgelegten Verwaltungsakte. Entsprechende Zustellnachweise konnte die Beklagte nicht vorlegen.

Der Senat hat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 13. Oktober 2016 dem Vorsitzenden, der auch Berichterstatter ist, als Einzelrichter zur Entscheidung mit den ehrenamtlichen Richtern übertragen (§ 153 Abs. 5 Sozialgerichtsgesetz <SGG>).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte und auf die Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, die dem Senat vorgelegen haben und die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

### **Entscheidungsgründe:**

Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Die Beteiligten haben sich mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt (§ 124 Abs. 2 SGG).

Die zulässige Berufung ist begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 29. Oktober 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27. März 2015 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf eine Magenbypass-Operation als Sachleistung. Anspruchsgrundlage ist § 13 Abs. 3a SGB V. Nach § 13 Abs. 3a Satz 1 SGB V hat die Krankenkasse über einen Antrag auf Leistungen zügig, bis spätestens bis zum Ablauf von drei Wochen nach Antragseingang oder in Fällen, in denen eine gutachtliche Stellungnahme, insbesondere des MDK eingeholt wird, innerhalb von fünf Wochen nach Antragseingang zu entscheiden. Hält die Krankenkasse eine

gutachtliche Stellungnahme für erforderlich, hat sie diese unverzüglich einzuholen und die Leistungsberechtigten hierüber zu unterrichten. Nach § 13 Abs. 3a Satz 5 SGB V hat die Krankenkasse, sofern sie Fristen nach Satz 1 nicht einhalten kann, dies den Leistungsberechtigten unter Darlegung der Gründe rechtzeitig schriftlich mitzuteilen. Erfolgt keine Mitteilung eines hinreichenden Grundes, gilt die Leistung nach Ablauf der Frist als genehmigt (Satz 6). Aus dieser Genehmigungsfiktion folgt ein Sachleistungsanspruch des Versicherten auf die beantragte Leistung (Urteil des BSG vom 8. März 2016 - B 1 KR 25/15 R - zitiert nach juris, RdNr. 25 und 28).

Im vorliegenden Fall gilt der Antrag der Klägerin als genehmigt. Die Frist begann am Folgetag nach der Antragstellung am 1. Oktober 2014, also am Donnerstag, dem 2. Oktober 2014 (§ 26 Abs. 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch [SGB X] in Verbindung mit § 187 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]). Die Frist endete am Mittwoch, dem 22. Oktober 2014 (§ 26 Abs. 1 SGB X in Verbindung mit § 188 Abs. 2 BGB). Die Beklagte entschied erst nach Ablauf dieser Frist, mit Bescheid vom 29. Oktober 2014, über den Antrag der Klägerin.

Die Beklagte hat die Klägerin nicht über die Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme des MDK unterrichtet. Es gilt somit nicht eine Frist von fünf Wochen. Zwar hat die Beklagte im Gerichtsverfahren ein Schreiben vom 7. Oktober 2014 an die Klägerin vorgelegt, mit dem diese über die Einholung einer ärztlichen Einschätzung unterrichtet wird. Die Klägerin hat jedoch bestritten, ein solches Schreiben erhalten zu haben. Einen Zustellnachweis hat die Beklagte nicht vorgelegt.

Im sozialgerichtlichen Verfahren gelten die Grundsätze der objektiven Beweislast (Feststellungslast). Die Feststellungslast regelt, wen die Folgen treffen, wenn das Gericht eine bestimmte Tatsache trotz Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten nicht feststellen kann. Es gilt der Grundsatz, dass jeder im Rahmen des anzuwendenden Rechts die Beweislast für die Tatsachen trägt, die den von ihm geltend gemachten Anspruch begründen. Dies gilt für das Vorhandensein positiver wie für das Fehlen negativer Tatsachen (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 103 RdNr. 19a).

Im vorliegenden Fall beruft sich die Beklagte darauf, dass sie die Klägerin über die Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme fristgemäß unterrichtet habe. Sie trägt damit die Feststellungslast für diesen Umstand. Einen Nachweis über die Zustellung des Schreibens vom 7. Oktober 2014 konnte die Beklagte jedoch nicht führen. Diesen Nachweis bedarf es in diesem Falle aber insbesondere auch deshalb, weil sich das Schreiben, auf das sie sich beruft, nicht in der dem Gericht ursprünglich vorgelegten und durchgängig paginierten Verwaltungsakte befindet. Erst nachdem der Senat die Beklagte auf die Problematik hingewiesen hat, hat sie ein entsprechendes Schreiben vorgelegt.

Da die Beklagte den Zugang dieses Schreibens demnach nicht nachweisen kann und damit nicht feststellbar ist, dass sie die Klägerin über die Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme unterrichtet hat, gilt eine Frist von drei Wochen des § 13 Abs. 3a Satz 1 SGB V. Diese Frist hat die Beklagte damit nicht eingehalten. Der Antrag der Klägerin gilt als genehmigt (BSG, a. a. O., RdNr. 28).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG liegen nicht vor.

## Rechtsmittelbelehrung und Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

### I. Rechtsmittelbelehrung

Diese Entscheidung kann nur dann mit der Revision angefochten werden, wenn sie nachträglich vom Bundessozialgericht zugelassen wird. Zu diesem Zweck kann die Nichtzulassung der Revision durch das Landessozialgericht mit der Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde 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 dieser Frist beim Bundessozialgericht eingegangen sein und die angefochtene Entscheidung bezeichnen.

Die Beschwerde 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 nur durch eine qualifiziert signierte Datei gewahrt, die nach den Maßgaben der "Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundessozialgericht" in das elektronische Gerichtspostfach des Bundessozialgerichts zu übermitteln ist. Über das Internetportal des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs ([www.egvp.de](http://www.egvp.de)) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs 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, der die Befähigung zum Richteramt besitzt,
3. selbständige 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 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 Beschwerde ist innerhalb von **zwei Monaten** nach Zustellung der Entscheidung von einem zugelassenen Prozessbevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen.

In der Begründung muss dargelegt werden, dass

- die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder
- die Entscheidung von einer zu bezeichnenden Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- ein zu bezeichnender Verfahrensmangel vorliegt, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann.

Als Verfahrensmangel kann eine Verletzung der §§ 109 und 128 Abs. 1 Satz 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) nicht und eine Verletzung des § 103 SGG nur gerügt werden, soweit das Landessozialgericht einem Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist.

## II. Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

Für das Beschwerdeverfahren gegen die Nichtzulassung der Revision 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 deutschen Gerichten erhältlich. Er kann auch über das Internetportal des Bundessozialgerichts ([www.bsg.bund.de](http://www.bsg.bund.de)) heruntergeladen und ausgedruckt werden.

Im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs ist der Vordruck in Papierform auszufüllen, zu unterzeichnen, einzuscannen, qualifiziert zu signieren und dann in das elektronische Gerichtspostfach des Bundessozialgerichts zu übermitteln.

Falls die Beschwerde nicht schon durch einen zugelassenen Prozessbevollmächtigten eingelegt ist, müssen der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst den Belegen innerhalb der Frist für die Einlegung der Beschwerde 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 Beschwerdeschrift 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.

Weinert

