

Juristische und sozialmedizinische Probleme im Zusammenhang mit bariatrischen Operationen

von Rechtsanwalt Tim C. Werner, Kanzlei Werner Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

In Deutschland sind fast 2 Prozent der Bevölkerung von morbidem Adipositas (Adipositas Grad III, BMI > 40) betroffen. Diese Patienten leiden in der Regel unter gravierenden adipositasassoziierten Begleit- und Folgeerkrankungen (u.a. Hypertonie, insulinpflichtiger Diabetes Mellitus, Metabolisches Syndrom, Schlafapnoe, massive Überlastung des gesamten Bewegungsapparates, reaktive Depression) und sind kardiologische/kardiovaskuläre Hochrisikopatienten. Familiäre und soziale Bindungen lösen sich auf. Obwohl Effizienz und Nutzen der Adipositaschirurgie mittlerweile sehr gut nachgewiesen sind, kommen adipositaschirurgische Verfahren – trotz medizinischer Indikation – zu selten zur Anwendung. Während sich die Adipositaschirurgie im europäischen Ausland und in den USA als sinnvolle und erfolgreiche Intervention für lebensbedrohlich an Fettsucht erkrankte Patienten etabliert hat, herrscht in Deutschland eine Unterversorgung: Hier werden jährlich nur 3,6 bariatrische Operationen pro 100.000 Einwohner vorgenommen (zum Vergleich: Österreich: 23,5; Frankreich: 26,9; USA: 83,3). Grund hierfür ist in erster Linie die restriktive – und nicht selten rechtswidrige – Genehmigungspraxis der gesetzlichen Krankenkassen. Die nachfolgenden Ausführungen sollen aufzeigen, was zu tun ist, wenn die zuständige Kasse eine Zahlung verweigert.

Die rechtlichen Grundlagen

Die maßgeblichen Vorschriften (u.a. § 2 Absatz 1 Satz 3, § 11 Abs. 1 Nr. 4, § 12 Abs. 1 Satz 1, § 27 Absatz 1, §§ 135, 137) stehen im fünften Buch des Sozialgesetzbuches (SGB V). Es gilt:

„Versicherte haben Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.“

„Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.“

Besondere Beachtung verdient die Gesetzessystematik: Im Unterschied zur ambulanten Versorgung (§ 135 SGB V) unterliegt die stationäre Versorgung mit neuartigen Verfahren keinem Erlaubnisvorbehalt (§ 137 c SGB V). Das heißt: Auch neuartige Verfahren bedürfen keiner Zulassung und können zu Lasten der GKV angewendet werden, solange sie der gemeinsame Bundesausschuss (vormals Ausschuss Krankenhaus, §§ 91, 92 SGB V) nicht ausgeschlossen hat.

Im Krankenhaus ist alles möglich, was eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten gewährleistet und unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse erforderlich ist.

Das Bundessozialgericht (BSG) in Kassel hat am 19. Februar 2003 unter den Aktenzeichen B 1 KR 1/02 R, B 1 KR 14/02 R, B 1 KR 37/01 R, B 1 KR 2/02 R und B 1 KR 25/02 R sämtliche bis dato anhängigen, eine Kostenübernahme für eine Magenoperation zur Behandlung der Adipositas ablehnenden Urteile der unteren Instanzen aufgehoben und so eine Erstattungspflicht der Krankenkassen im Grundsatz bejaht.

Das Gericht hat sich dabei besonders des Arguments angenommen, die Kosten für einen Eingriff an einem funktionell-intakten Organ könnten nicht übernommen werden, und dieses als nicht stichhaltig verworfen. Angemahnt wurde ferner die Beachtung des Umstandes, dass chirurgische Therapien den Krankenkassen zu ganz erheblichen Einsparungen verhelfen (die Kosten der

Behandlung adipositasassoziierter Begleit- und Folgeerkrankungen reduzieren sich deutlich, teilweise bis auf null). Das Gericht hat im Verfahren B 1 KR 37/01 R ausgeführt:

„Die Leistungspflicht der Krankenversicherung für eine chirurgische Therapie dieser Krankheit (Adipositas) kann nicht mit der Erwägung verneint werden, dass für das Übergewicht das krankhafte Essverhalten der Patientin und nicht eine Funktionsstörung des Magens verantwortlich ist. Es trifft zwar zu, dass die operative Verkleinerung des Magens keine kausale Behandlung darstellt, sondern die Verhaltensstörung der Klägerin durch eine zwangsweise Begrenzung der Nahrungsmenge lediglich indirekt beeinflussen soll.“

„Eine solche mittelbare Therapie wird jedoch vom Leistungsanspruch grundsätzlich mit umfasst, wenn sie ansonsten die in § 2 Abs. 1 Satz 3 und § 12 Abs. 1 SGB V aufgestellten Anforderungen erfüllt, also ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich ist sowie dem allgemein anerkannten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entspricht.“

Trotz dieser für die Betroffenen günstigen Rechtsprechung ist es immer wieder erforderlich, mit den Kassen um die Kostenübernahme zu streiten, sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich. Erschwert wird dieser Streit durch das immer noch weit verbreitete, vorurteilsbehaftete Bild des/der phlegmatischen, desinteressierten und unengagierten Dicken, der/die ja problemlos abnehmen könne, wenn er/sie sich denn nur endlich mal ein wenig Mühe gäbe. Diese Sichtweise ist bei Krankenkassen und Gerichten noch immer sehr weit verbreitet. ▷



Tim C. Werner, Frankfurt

▷ Hinzu kommt, dass der Krankheitswert der Adipositas teilweise noch immer bestritten wird. Noch im Sommer 2008 hat der Unterzeichner von einem nordrhein-westfälischen Sozialgericht attestiert bekommen, seine Mandantin (weiblich, 42 Jahre, BMI 50, arterielle Hypertonie, Diabetes Mellitus Typ II) sei nicht krank, weshalb schon deshalb eine Kostenübernahme für die begehrte OP nicht in Betracht komme (nicht rechtskräftig, das Berufungsverfahren ist vor dem Landessozialgericht Essen anhängig).

Überhaupt entwickelt sich die Rechtsprechung des Landes NRW seit kurzem in eine bedenkliche Richtung: Hier gibt es Gerichte, darunter vor allem das SG Dortmund, die allen Ernstes von einem Stufenverhältnis Magenband – Magenbypass (und verwandte Methoden) ausgehen, d.h. als weniger intensiven Eingriff immer zunächst ein gastric banding sehen und Klagen auf einen gastric bypass oder eine sleeve gastrectomy mit enormer Skepsis gegenüberstehen. Diese Auffassung ist nicht nur aus medizinischer Sicht falsch, sondern auch aus juristischer Sicht.

Schließlich stehen auch die Medizinischen Dienste der Krankenkassen (MDKs) den Operationen sehr zurückhaltend gegenüber. Nicht selten setzt sich ein einzelner Gutachter über ein halbes Dutzend und mehr eindeutige haus- und fachärztliche Indikationsstellungen hinweg. Nicht hinnehmbar ist die Tatsache, dass eine ganze Reihe von MDKs in ihren Gutachten die Namen der begutachtenden Ärzte schwärzen.

Doch selbst wenn der MDK einen Antrag auf Durchführung einer bariatrischen OP befürwortet, ist ein Erfolg in der Sache noch nicht gewährleistet. Den wohl kurosesten Fall seiner Karriere hat der Autor 2008 vor dem Sozialgericht Hannover erlebt: Obwohl der MDK mit den Worten „medizinische Voraussetzungen für die Leistungsgewährung erfüllt“ von seiner ur-

sprünglichen ablehnenden Haltung abgerückt war und sich dem eindeutigen Votum der behandelnden Ärzte angeschlossen hatte, wurde die Klage durch das angerufene Gericht – einem Schildbürgerstreich gleich – abgewiesen (nicht rechtskräftig, das Berufungsverfahren ist vor dem Landessozialgericht Celle anhängig).

Aufgrund fehlender Checklisten und bindender Richtlinien und Voraussetzungen muss von Einzelfall zu Einzelfall eine individuelle Lösung gefunden werden. Die Folge ist ein Flickenteppich von Entscheidungen ohne jede Linie und Stringenz. Für die Betroffenen eine Katastrophe!

VERFAHRENSSCHRITTE

Das Antragsverfahren

Der Erstantrag bei der Krankenkasse erfolgt in der Regel durch den Patienten selbst, ggf. in Zusammenarbeit mit dem Hausarzt und/oder dem Krankenhaus, bei welchem ein chirurgischer Eingriff geplant ist.

Der Antrag kann auch von einem Mediziner/einer Chirurgischen Abteilung für den Patienten gestellt werden.

Die Einbeziehung eines Rechtsanwaltes als ghostwriter kann durchaus sinnvoll sein, denn es besteht die Gefahr, durch ein falsch gesetztes Komma all seiner Rechte verlustig zu gehen.

Das Widerspruchsverfahren

Gegen die Ablehnung des Antrages auf Kostenübernahme ist der Widerspruch möglich. Der Widerspruch wird bei der Stelle eingereicht, die auch die ablehnende Entscheidung getroffen hat. Über ihn entscheidet die sog. Widerspruchsstelle bzw. der sog. Widerspruchsausschuss (paritätisch besetzt). Es empfiehlt sich, an der abschließenden Sitzung des Widerspruchsausschusses teilzunehmen, um den Sachverhalt persönlich vorzutragen. Zum Teil verbieten die Krankenkassen ihren Mitglieder die

entsprechende Teilnahme (sic!), teilweise ist sie möglich.

Bereits in der Ablehnung muss der Versicherte auf die Möglichkeit eines Widerspruchs hingewiesen werden, was oft nicht passiert. Fehlt diese Rechtsbehelfsbelehrung, verlängert sich die Frist zur Einlegung des Widerspruches von einem Monat auf ein Jahr (§ 66 Absatz 2 Sozialgerichtsgesetz, SGG).

Das Widerspruchsverfahren, für dessen Bearbeitung der Krankenkasse längstens drei Monate Zeit bleiben (§ 88 Absatz 2 SGG) endet entweder mit der Kostenübernahmeerklärung oder mit der Zurückweisung des Widerspruches durch den sog. Widerspruchsbescheid.

Verletzt die Krankenkasse ihre Pflicht zur zeitnahen Bescheidung des Widerspruches, so kann (und sollte!) vor dem zuständigen Sozialgericht die sog. Untätigkeitsklage erhoben werden (§ 88 Absatz 2 SGG).

Spätestens im Widerspruchsverfahren ist anwaltlicher Beistand zwingend erforderlich, der Patient wird mit seinem Anliegen sonst nicht ernst genommen und/oder hingehalten. Dem Autor sind eine ganze Reihe von Fällen bekannt, in welchen die Widerspruchsführer/-führerinnen so lange unter Druck gesetzt und/oder zermürbt wurden, bis sie ihre Widersprüche entnervt und völlig desillusioniert zurückgenommen haben.

Vorteile des Widerspruchsverfahrens:

- Schnelles Verfahren (erheblich schneller als das Klageverfahren vor dem Sozialgericht). Nur eine Instanz. Korrespondenz direkt zwischen den Parteien, nicht über das Gericht. Max. drei Monate (§ 88 Absatz 2 SGG).
- Kostengünstiges Verfahren (insb. werden die vorliegenden Gutachten verwandt, bzw. MDK-Gutachten eingeholt).
- Recht gute Erfolgsaussichten.

Im Widerspruchsverfahren muss dargelegt werden, dass der/die Versicherte einen Anspruch auf Kostenübernahme hat. Dies geschieht unter Vorlage der ärztlichen Indikations- ▷

▷ stellungen verbunden mit dem Hinweis, das die konservativen Therapien dauerhaft erfolglos geblieben sind, unter Bezugnahme auf die Leitlinien der Fachgesellschaften sowie auf das geltende Recht und die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Nicht fehlen darf der Hinweis, das die Krankenkasse weder berechtigt ist, ein Ernährungsprotokoll zu verlangen, noch – jedenfalls nicht regelmäßig – eine pharmakologische und/oder psychotherapeutische Behandlung voraussetzen darf.

Schließlich sollte darauf hingewiesen werden, dass adipositaschirurgische Eingriffe direkt lebensverlängernd wirken und den morbid Adipösen die Folgen der Begleit- und Folgeerkrankungen (insbesondere des Diabetes) erspart bleiben.

Auf dem Weg zur chirurgischen Therapie der Adipositas muss die Kasse „mitgenommen“ werden. Ein operativer Eingriff ist ein kostengünstiger Weg zur Bekämpfung der Krankheit und bedeutet einen sinnvollen Umgang mit den Mitteln der solidarischen Krankenversicherung.

Die Wiederherstellung und Erhaltung von Arbeitskraft und Lebensfreude ist möglich, die Alternativen sind Arbeitsunfähigkeit, Explosion der Begleiterkrankungen, soziale Isolation, Siechtum und Tod.

In der Regel wird im Widerspruchsverfahren erstmals oder wiederholt ein Gutachten des Medizinischen Dienstes (MDK) eingeholt. In diesem Zusammenhang ist folgendes zu beachten:

- Der Widerspruchsführer sollte persönlich angesehen werden. Eine Begutachtung nach Aktenlage ist nicht hinnehmbar und mit der Grundsätzen seriöser und professioneller ärztlicher Tätigkeit nicht vereinbar.
- Der Widerspruchsführer sollte sich einem Coaching durch einen Arzt, eine Selbsthilfegruppe oder einen Rechtsanwalt unterziehen: Wichtig sind vor allem Compliance (aufgeklärter, informierter und engagierter Patient, auch und gerade in Bezug auf die Nachsor-

ge), eine authentische Darstellung des Leidensdruckes sowie eine realistische Einschätzung des Zielgewichtes.

- Es empfiehlt sich eine Recherche über den begutachtenden Arzt (nicht wenige MDK-Ärzte sind erklärte Gegner der chirurgischen Adipositaschirurgie).
- Liegt bereits ein Gutachten vor, so muss jedes im Gutachten angeführte Argument einzeln entkräftet werden, am Besten durch eine direkte Replik der behandelnden Fachärzte.

Wer nachweisen kann, dass die Voraussetzungen für einen chirurgischen Eingriff vorliegen (u.a. BMI > 40, Alter zwischen 18 und 65, keine Abhängigkeit von Drogen und/oder Alkohol, Versagen der konservativen Therapien zur Gewichtsreduktion, gesicherte Nachsorge, Compliance) hat gute Chancen, im Widerspruchsverfahren zu obsiegen.

Verfahren vor dem Sozialgericht

Hat der Widerspruch keinen Erfolg, so kann Klage zum Sozialgericht erhoben werden, zuständig ist immer das Gericht am Wohnort des Klägers (§ 57 SGG). Oft versuchen die Kassen, eine Klageerhebung zu verhindern, indem über einen anhängigen Widerspruch einfach nicht entschieden wird, er bleibt schlicht liegen.

Die Hauptsacheklage muss binnen eines Monats nach Zugang des Widerspruchsbescheids erhoben werden. War diesem Bescheid keine oder eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt, so beträgt die Frist ein Jahr (§ 66 Absatz 2 SGG).

In der Regel wird ein externes Sachverständigengutachten eingeholt (§§ 103, 106 SGG). Will und/oder muss der Kläger ein solches entkräften, so besteht die Möglichkeit, die Einholung eines weiteren Gutachtens zu beantragen unter Benennung eines bestimmten Arztes (§ 109 SGG). Diese Vorgehensweise stellt eine Durchbrechung des sonst geltenden Amtsermittlungsgrund-

satzes (§ 103 SGG) dar und erfolgt deshalb auch – im Gegensatz zu gerichtlicherseits eingeholten Gutachten – auf Kosten des Klägers/der Klägerin.

In letzter Zeit ist immer wieder zu beobachten, dass Gerichte sich weigern, Gutachten im Rahmen der Amtsermittlung einzuholen. Dies ist deshalb besonders ärgerlich, weil nur auf diese Art und Weise der oft bestehende Widerspruch zwischen den fachärztlichen Stellungnahmen (MDK auf der einen, klägerische Atteste, Befundberichte und Berichte auf der anderen Seite) aufgelöst werden kann.

Ein solcher Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht ist berufsrechtlich höchst relevant: In der Regel wird der Fehler durch das Gericht der zweiten Instanz (Landessozialgericht) korrigiert.

Ein weiteres Problem ist die häufige Überbewertung der MDK-Gutachten durch die Gerichte (hauptsächlich in der ersten Instanz). Von dem Kläger vorgelegte chirurgische Gutachten werden gerne mit dem Hinweis vom Tisch gewischt, die Chirurgen wollten ja operieren und Geld verdienen, weshalb eine Indikation immer und ohne ausreichende Abwägung gestellt werde.

Problematisch ist schließlich die bundesweit zu beklagende überlange Verfahrensdauer, in Einzelfällen bis zu mehreren Jahren.

Hat eine Klage keinen Erfolg, so kann zunächst Berufung (zuständiges Landessozialgericht), später Revision zum Bundessozialgericht (BSG) in Kassel eingelegt werden.

Um die Kosten des Verfahrens, einschließlich des beauftragten Rechtsanwaltes, tragen zu können, empfiehlt sich unbedingt der Abschluss einer Rechtsschutzversicherung. Wirtschaftlich schwache Patienten können Prozesskostenhilfe (PKH) beantragen.

*Tim C. Werner
Werner Rechtsanwälte
Windthorststraße 62
65929 Frankfurt am Main*