

T. C. Werner

Begutachtungsproblem Adipositas – aus anwaltlicher Sicht am Beispiel der bariatrischen Chirurgie

Einführung

Entwicklung Übergewicht und Adipositas

Während es sich bei Übergewicht (Body-mass-Index von 25 bis 29,9 kg/m²) um eine relativ harmlose Angelegenheit handelt, muss die Adipositas (BMI über 30 kg/m²) als eine schwerwiegende chronische Erkrankung begriffen werden, die sich weltweit epidemieartig ausbreitet. Mittlerweile sind mehr Menschen überall als unterernährt, das Rauchen wurde als größte Gesundheitsgefahr abgelöst. 1,5 Mrd. Menschen sind übergewichtig, zusätzlich sind fast 700 Millionen Menschen adipös, Tendenz stark steigend [1].

Übergewicht birgt für einige Erkrankungen ein erhöhtes, für andere ein vermindertes oder unverändertes Risiko, die Gesamtmortalität ist bei Übergewicht nicht erhöht. Adipositas birgt für mehr Erkrankungen ein erhöhtes, für weniger ein vermindertes oder unverändertes Risiko, die Gesamtmortalität ist um ca. 20 % erhöht [2].

Bariatrische Chirurgie in Deutschland

Die deutsche Bevölkerung ist mit adipositaschirurgischen Verfahren unterversorgt. Dieser Umstand hat seinen Grund in der restriktiven, nicht selten rechtswidrigen Genehmigungspraxis der gesetzlichen Krankenkassen. Die Zahl der betroffenen Patienten und Patientinnen, die

sich dagegen wehren, steigt seit Jahren, insbesondere seit 2008, stark an [3]. Die Leistungsträger sehen sich einer Flut von Widersprüchen und Klagen ausgesetzt.

Doch nicht nur die Fallzahl, auch die Schwere des Krankheitsbildes steigt: Längst sind Patienten und Patientinnen mit einem Body-mass-Index (BMI) über 50 kg/m² (*super obesity*) und über 60 kg/m² (*super super obesity, adipositas gigantea*) keine Seltenheit mehr.

Medizinische Indikation

Im Bereich der bariatrischen Chirurgie ist regelmäßig die folgende Frage Streitig: Ist eine bariatrische Operation medizinisch notwendig im Sinne einer ultima ratio, d.h. stehen dem Patienten außerhalb der Chirurgie noch erfolgversprechende konservative Therapiealternativen zur Verfügung, die eine signifikante und nachhaltige Gewichtsreduktion erwarten lassen?

Zur Beantwortung dieser Frage sind vier Patientengruppen zu unterscheiden, dies anhand der Schweregrade der Adipositas:

BMI <35: Adipositas Grad I

Bei dieser Patientengruppe ist die konservative Therapie die Methode der Wahl. Eine Operation kann leitliniengerecht nur an Typ-2-Diabetikern und dies auch nur im Rahmen wissenschaftlicher Studien durchgeführt werden [4].

BMI 35–39,9: Adipositas Grad II

Hier kann nach erfolglosem Ausschöpfen der konservativen Therapien operiert werden, wenn adipositasassoziierte Begleit- und Folgeerkrankungen zu beklagen sind. Konservative Therapien sind verfügbar (z.B. „M.O.B.I.L.I.S.“) und teilweise erfolgversprechend.

Zusammenfassung

Die deutsche Bevölkerung ist mit adipositaschirurgischen Verfahren unterversorgt. Dieser Umstand hat seinen Grund in der restriktiven, nicht selten rechtswidrigen Genehmigungspraxis der gesetzlichen Krankenkassen. Die Folge ist eine Flut von Widersprüchen und Klagen.

In der Regel wird pro Verfahrensschritt (Antrag, Widerspruch und Klage) mindestens ein Gutachten Teil der rechtlichen Auseinandersetzung, sei es ein durch die Krankenkasse eingeholtes Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherungen (MDK), sei es ein vom Patienten oder der Patientin eingeholtes Gutachten eines zertifizierten Adipositaszentrums. Im weiteren Verlauf hat das Gericht die Möglichkeit, im Rahmen der Amtsermittlung, also auf Kosten der Staatskasse, ein unabhängiges Sachverständigen-gutachten einzuholen (§§ 103, 106 SGG).

Maßstäbe der Begutachtung sind die Leitlinien der Fachgesellschaften, so z.B. die beiden S3-Leitlinien „Chirurgie der Adipositas“ (2010) und „Prävention und Therapie der Adipositas“ (2014), die Begutachtungsleitfäden des MDS e.V., so z.B. der Leitfaden „Bariatrische Chirurgie (Adipositaschirurgie) bei Erwachsenen“ (2009) sowie die verfügbare wissenschaftliche Literatur zum Thema (insb. auch aus den USA). Entscheidungen der Sozialgerichte, der Landessozialgerichte und des Bundessozialgerichts entfalten für den Gutachter keine Bindungswirkung.

Die überwiegende Anzahl eingelegerter Widersprüche hat Erfolg. Gleiches gilt für erhobene Klagen: Die Rechtsprechung der Sozialgerichte und der Landessozialgerichte ist seit 2008 zunehmend patientenfreundlich (Ausnahme: Bayern). Hinzu kommt: Das Patientenrechtegesetz vom 20. Februar 2013 bringt vielen adipösen Patienten und Patientinnen eine erhebliche Erleichterung in Form der Genehmigungsfiktion des § 13 Absatz 3a Satz 6 SGB V.

Schlüsselwörter Adipositas – Bariatrische Chirurgie – Begutachtung – Widerspruch und Klage – Patientenrechtegesetz

Anschrift des Verfassers

Dipl.-Jur. Tim C. Werner
Rechtsanwalt & Fachanwalt
für Sozialrecht
Windthorststraße 62
65929 Frankfurt am Main

„Bei Patienten mit einem BMI zwischen 35 und 40 kg/m² und mit einer oder mehreren Adipositas assoziierten Folge-/Begleiterkrankung (z.B. Diabetes mellitus Typ 2, koronare Herzkrankheit, etc.) ist ebenfalls eine chirurgische Therapie indiziert, sofern die konservative Therapie erschöpft ist. [5]“

BMI 40–49,9: Adipositas Grad III

Hier kann nach erfolglosem Ausschöpfen der konservativen Therapien operiert werden. Adipositasassoziierte Begleit- und Folgeerkrankungen sind hierfür nicht Voraussetzung. Multimodale und leitliniengerechte konservative Therapien sind nur sehr eingeschränkt verfügbar [6] und in den allermeisten Fällen nicht mehr erfolgversprechend [7]. „Bei Patienten mit einem BMI \geq 40 kg/m² ohne Kontraindikationen ist bei Erschöpfen der konservativen Therapie nach umfassender Aufklärung eine bariatrische Operation indiziert“ [8].

BMI >50: Adipositas Grad IV (super obesity, adipositas gigantea)

In dieser Fallgruppe sind konservative Therapien regelmäßig nicht mehr erfolgversprechend. Eine bariatrische Operation ist ultima ratio i.S.e. sog. primären Indikation. Dies folgt zunächst aus den beiden S3-Leitlinien „Chirurgie der Adipositas“ (2010) und „Prävention und Therapie der Adipositas“ (2014). Während in der erstgenannten die Primäre Indikation noch nicht mit einem BMI-Wert verknüpft war, benennt die letztgenannte den Wert 50. Der Begutachtungsleitfaden „Bariatrische Chirurgie (Adipositaschirurgie) bei Erwachsenen“ (2009) des MDS e.V. nennt 60 Punkte.

Zitat aus der 2010er Leitlinie: „Lassen demnach Art und/oder Schwere der Krankheit bzw. psychosoziale Gegebenheiten bei Erwachsenen annehmen, dass eine chirurgische Therapie nicht aufgeschoben werden kann oder die konservative Therapie ohne Aussicht auf Erfolg ist, kann in Ausnahmefällen auch primär eine chirurgische Therapie durchgeführt werden“ [9].

Zitat aus der 2014er Leitlinie: „Eine chirurgische Therapie kann auch pri-

mär ohne eine präoperative konservative Therapie durchgeführt werden, wenn die konservative Therapie ohne Aussicht auf Erfolg ist oder der Gesundheitszustand des Patienten keinen Aufschub eines operativen Eingriffs zur Besserung durch Gewichtsreduktion erlaubt. Dies ist unter folgenden Umständen gegeben:

- Besondere Schwere von Begleit- und Folgeerkrankungen der Adipositas
- BMI > 50 kg/m²
- Persönliche psychosoziale Umstände, die keinen Erfolg einer Lebensstiländerung in Aussicht stellen“ [10].

Die genannten Voraussetzungen gelten dabei alternativ, nicht kumulativ.

Zitat aus dem 2009er Begutachtungsleitfaden: „Bei Vorliegen eines BMI >60 kg/m² ist nach der aktuell verfügbaren Literatur eine relevante Gewichtsbeeinflussung auch unter multimodaler Therapie nicht zu erwarten. Es ist in dieser Konstellation nur sicherzustellen, dass keine Kontraindikation oder keine vorrangig zu behandelnden Grunderkrankungen vorliegen und dass eine ernährungsmedizinische Betreuung als Vorbereitung auf die postoperative Phase stattgefunden hat“ [11].

Schließlich findet die primäre Indikation ihre Stütze in der ständigen Rechtsprechung der Sozialgerichte und Landessozialgerichte [12]. Zusätzlich mehrern sich die Entscheidungen, in welchen die zuständigen Gerichte bereits unterhalb eines BMI von 50 kg/m² von einer primären Indikation ausgehen und die beklagten Krankenkassen entsprechend verurteilen [13].

Fazit

Der Prüfungsmaßstab ist bei jedem Patienten ein anderer, es gibt keine Prüfalgorithmen und keine Checklisten, welche fallunabhängig zur Anwendung gebracht werden könnten. Dieser Umstand macht die Begutachtung so schwierig.

Das Sozialgericht Mannheim formuliert das wie folgt: „Je höher das Übergewicht und je gravierender die gesundheitlichen Folgen des Übergewichts sind, desto geringer sind die Anforderungen, die an die vorherige Ausschöpfung des konservativen Therapieprogramms zu stellen sind“ [14].

Probleme bei der Begutachtung

In der Regel wird pro Verfahrensschritt (Antrag, Widerspruch und Klage) mindestens ein Gutachten Teil der rechtlichen Auseinandersetzung, sei es ein durch die Krankenkasse eingeholtes Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK), sei es ein vom Patienten eingeholtes Gutachten eines zertifizierten Adipositaszentrums. Im weiteren Verlauf hat das Gericht die Möglichkeit, im Rahmen der Amtsermittlung, also auf Kosten der Staatskasse, ein unabhängiges Sachverständigen-gutachten einzuholen (§§ 103, 106 SGG). Kläger haben diese Möglichkeit ebenfalls, dies jedoch nur auf eigene Kosten (§ 109 SGG).

Wegen der großen Anzahl von Mängeln soll nachfolgend nur die Begutachtung durch den MDK (im Antrags- und Widerspruchsverfahren) beleuchtet werden. Im Rahmen der (gerichtlichen) Amtsermittlung sind die Gutachten i.d.R. frei von Mängeln (Ausnahme: Bayern). Die weit überwiegende Anzahl dieser Gutachten stützen den mit der Klage geltend gemachten Anspruch (Ausnahme: Bayern).

Begutachtung durch den MDK

Folgende Mängel in der Begutachtung treten in der Rechtspraxis regelmäßig auf:

- Die bariatrische Chirurgie wird fälschlicherweise als „Neue und/oder unkonventionelle Untersuchung- und Behandlungsmethode“ (NUB) eingestuft;
- Der MDK-Arzt ist ohne entsprechende Facharztausbildung;
- Trotz Entscheidungsreife werden wieder und wieder Unterlagen angefordert;
- Der MDK prüft nur nach Aktenlage;
- Es erfolgt keine Prüfung anhand der S3-Leitlinien;
- Es erfolgt keine Prüfung der primären Indikation;
- Der Begutachtungsleitfaden des MDS e.V. findet weder Erwähnung noch Anwendung;
- Der Name des MDK-Gutachters wird geschwärzt.

Bemerkenswert ist, dass MDK-Gutachten, welche die medizinische Notwen-

digkeit der beantragten Operation verneinen, im weiteren Verlauf des Verfahrens regelmäßig keinen Bestand haben. In den meisten Fällen

- *revidiert der MDK seine Meinung,*
- *entscheidet die Krankenkasse trotz des MDK-Votums zu Gunsten des Versicherten,*
- *hilft der Widerspruchsausschuss der Krankenkasse dem Widerspruch ab,*
- *kassiert das erstinstanzlich zuständige Gericht (Sozialgericht) die ablehnenden Entscheidungen der beklagten Krankenkasse (nebst MDK-Gutachten) oder*
- *kassiert das zweitinstanzlich zuständige Gericht (Landessozialgericht) die ablehnende Entscheidung der Vorinstanz und die der beklagten Krankenkasse (nebst MDK-Gutachten).*

Dies alles gilt natürlich nur für die Fälle, über welche hier aus der anwaltlichen Praxis berichtet wird, die also bereits streitig sind. Die Sicht des Anwalts ist insoweit etwas verzerrt: Jedes Jahr arbeiten Krankenkassen (nebst MDK), Patienten, Krankenhäuser und oft auch Selbsthilfegruppen tausendfach gut und konstruktiv zusammen, dies i.S.e. gemeinsamen Strategie zur Bekämpfung der Adipositas der Betroffenen [15]. Deutschlandweit werden jährlich etliche Anträge ohne jegliche anwaltliche Intervention positiv beschieden.

Exkurs: Das Patientenrechtegesetz

Die Vorschrift des § 13 SGB V wurde im Jahr 2013 um einen Absatz 3a ergänzt: Die neue Norm regelt, dass eine Krankenkasse über einen Antrag auf Leistungen innerhalb von drei Wochen nach Antragseingang zu entscheiden hat. Wird der MDK beteiligt, so verlängert sich diese Frist um zwei auf fünf Wochen (§ 13 Absatz 3a Satz 1 SGB V). Auf den MDK entfallen davon drei Wochen.

Kann die Krankenkasse diese Fristen nicht einhalten, so muss sie diesen Umstand dem Antragsteller rechtzeitig mitteilen und hinreichende Gründe für die Verzögerung benennen (§ 13 Absatz 3a Satz 5). An diese Mitteilung hat der Gesetzgeber hohe Anforderungen gestellt, insbesondere kann sie nach

dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm nicht konkludent erfolgen. Erfolgt diese Mitteilung nicht, so gilt der Antrag nach Ablauf der Frist als genehmigt, § 13 Absatz 3a Satz 6). Mit dem Eintritt dieser Genehmigungsfiktion ist das Antragsverfahren beendet, der Antragsteller wird vorbehaltloser Inhaber des Anspruches auf die Leistung [16].

Im Kern der durch das Patientenrechtegesetz von 2013 geschaffenen neuen Rechtslage steht also der Umstand, dass die Prüfung der medizinischen Notwendigkeit nach fünf Wochen per Gesetz – und zu Gunsten des Antragstellers – endgültig beendet wird. Diese Rechtsfolge tritt ein, wenn die angegangene Krankenkasse innerhalb dieser Frist weder über den Antrag beschieden noch eine Mitteilung nach § 13 Absatz 3a Satz 5 gemacht hat (s.o). Nach dem Eintritt der Genehmigungsfiktion ist die Krankenkasse mit allen Einwendungen, insbesondere dem Einwand fehlender medizinischer Notwendigkeit, ausgeschlossen. Hierin liegt der Sanktionscharakter der Norm [17].

Nach Eintritt der Genehmigungsfiktion kann sich der Versicherte die per Genehmigungsfiktion genehmigte Leistung selbst beschaffen. Die Krankenkasse ist dann zur Erstattung der verauslagten Kosten verpflichtet (§ 13 Absatz 3a Satz 7). Wird eine Erstattung verauslagter Kosten nicht begehrt, was bei bariatrischen Operationen wegen der hohen Kosten die Regel ist, so kann der Betroffene Klage auf Feststellung erheben, dass der Antrag auf Gewährung der Leistung (als Sachleistung) als genehmigt gilt [18].

Erste Berichte aus der Praxis deuten darauf hin, dass es den Krankenkassen bislang nicht gelungen ist, die neuen und sehr stark verkürzten Fristen in ihre Verwaltungsabläufe zu implementieren: Die Mitteilung nach § 13 Absatz 3a Satz 5 erfolgt regelmäßig nicht, nicht rechtskonform oder zu spät. Die Folge ist eine Flut von Genehmigungsfiktionen [19].

Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung

Die überwiegende Anzahl eingeleiteter Widersprüche hat Erfolg [20]. Gleiches gilt für erhobene Klagen [21]. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte und der Landessozialgerichte ist seit 2008 weit überwiegend patientenfreundlich (Ausnahme: Bayern). Klage abweisende Urteile sind eine seltene Erscheinung (Ausnahme: Bayern).

ches gilt für erhobene Klagen [21]. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte und der Landessozialgerichte ist seit 2008 weit überwiegend patientenfreundlich (Ausnahme: Bayern). Klage abweisende Urteile sind eine seltene Erscheinung (Ausnahme: Bayern).

Literatur

- 1 „Global, regional, and national prevalence of overweight and obesity in children and adults during 1980–2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013“ in: *The Lancet*, (2014), 384: 766–781
- 2 Systematische Übersicht von Lenz/Richter/Mühlhäuser, *Dtsch Arztebl Int* (2009), 106 (40): 641–648
- 3 Während im Jahre 2008 von den deutschen Sozialgerichten nur zwei Urteile zur bariatrischen Chirurgie gesprochen worden waren, wurden 2014 über ein Dutzend neue Entscheidungen zum Thema gefällt, siehe insb.: www.juris.de
- 4 S3-Leitlinie „Chirurgie der Adipositas“ (2010), Punkt 3.2. (Seite 12), abrufbar unter: www.adipositas-gesellschaft.de
- 5 S3-Leitlinie „Chirurgie der Adipositas“ (2010), Punkt 3.2. (Seite 12), abrufbar unter: www.adipositas-gesellschaft.de
- 6 Die Kosten für multimodale Konzepte wie z.B. „Optifast 52“ oder „DocWeight“ werden von den Gesetzlichen Krankenkassen regelmäßig nicht übernommen. Das Programm „M.O.B.I.L.I.S.“ nimmt keine Patienten auf, deren BMI über 40 Punkten liegt.
- 7 So bereits: „The Swedish Obese Subjects Study – what has been accomplished to date?“, *Surgery for Obesity and Related Diseases* (2006), 2: 549–560 sowie „Bariatric Surgery and Long-term Cardiovascular Events“, *JAMA*. (2012), 307 (1): 56–65
- 8 S3-Leitlinie „Chirurgie der Adipositas“ (2010), Punkt 3.2. (Seite 12), abrufbar unter: www.adipositas-gesellschaft.de
- 9 S3-Leitlinie „Chirurgie der Adipositas“ (2010), Punkt 3.2.4 (Seite 16), abrufbar unter: www.adipositas-gesellschaft.de
- 10 S3-Leitlinie „Prävention und Therapie der Adipositas“ (2014), Punkt 5.45 (Seite 67), abrufbar unter: www.adipositas-gesellschaft.de

- 11 „Bariatrische Chirurgie (Adipositaschirurgie) bei Erwachsenen“ (2009), Seite 26, abrufbar unter: <http://www.mds-ev.de>
- 12 So z.B.: LSG Hessen, Urteil vom 22. Mai 2014, Az. L 8 KR 7/11; LSG Hessen, Urteil vom 20. Juni 2013, Az. L 8 KR 91/10; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. Oktober 2011, Az. L 5 KR 12/11; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 18. August 2010, Az. L 4 KR (juris)
- 13 So z.B.: LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Februar 2013, Az. L 5 KR 194/12; SG Kassel, Urteil vom 30. Oktober 2013, Az. S 12 KR 198/12; SG Hamburg, Urteil vom 30. Mai 2013, Az. S 25 KR 1129/12 (juris)
- 14 SG Mannheim, Urteil vom 17. Januar 2013, Az. S 9 KR 491/12 (juris)
- 15 So z.B. im Rahmen des „Leipziger Adipositasmanagement“ der AOK Plus
- 16 Hauck-Noftz, Kommentar zum SGB V, § 13, Rn. 58I, Punkt 2; Becker/Kingreen, Kommentar zum SGB V, 4. Auflage 2014, § 13 Absatz 3 a, Rn. 29 sowie Werner, Die Genehmigungsfiktion des § 13 Absatz 3a Satz 6, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb), (2015), 6: 323 (m.w.N.)
- 17 Hauck/Noftz, SGB V, § 13 Absatz 3a, Rn. 58I, Punkt 1. sowie LSG NRW, Beschluss vom 23. Mai 2014, Az. L 5 KR 222/14 B ER, Rn. 9 (juris)
- 18 Siehe z.B. Dessau-Roßlau, Urteil vom 18. Dezember 2013, Az. S 21 KR 282/13 (juris); SG Osnabrück, Urteil vom 6. November 2014, Az. S 13 KR 189/14 (juris); SG Osnabrück, Urteil vom 6. November 2014, Az. S 13 KR 164/2014 (juris) sowie SG Marburg, Urteil vom 15. Januar 2015, Az. S 6 KR 160/13 (juris)
- 19 Siehe z.B.: Adipositas, (2014), 2: 109. Seit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes am 26. Februar 2013 hat der Unterzeichner über 200 Fälle betreut, in welchen eine Genehmigungsfiktion nach § 13 Absatz 3a Satz 6 SGB V eingetreten ist, die Zahl steigt rasant an.
- 20 Knapp zwei Drittel der durch den Unterzeichner eingeleiteten Widerspruchsverfahren enden mit einer Abhilfeentscheidung durch die Krankenkasse, sodass eine Klage nicht erhoben werden muss.
- 21 Urteilssammlung unter www.adipositas-anwalt.de; die wenigen klageabweisenden Urteile bei www.juris.de