

<b>Anmerkung zu:</b>	BSG 1. Senat, Urteil vom 22.06.2022 - B 1 KR 19/21 R
<b>Autor:</b>	Ulrich Knispel, Vors. RiLSG a.D.
<b>Erscheinungsdatum:</b>	15.12.2022
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 12 SGB 5, § 444 ZPO, § 44 SGB 10, § 39 SGB 5, § 275 SGB 5 ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-SozR 24/2022 Anm. 3
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Thomas Voelzke, Vizepräsident des BSG a.D. Jutta Siefert, Ri'inBSG
<b>Zitiervorschlag:</b>	Knispel, jurisPR-SozR 24/2022 Anm. 3

---

## Vergütungsanspruch des Krankenhauses für bariatrische Operation

### Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Hinsichtlich einer bariatrischen Operation bedeutet ultima ratio, dass zwar nicht alle anderen Therapiemöglichkeiten tatsächlich ausgeschöpft sein müssen. Sie ist aber nur dann erforderlich, wenn die Operation gegenüber anderen Behandlungsalternativen einen deutlich höheren Nutzen verspricht.**
- 2. Unterbleibt ein Prüfverfahren nach § 275c SGB V ist der Krankenkasse lediglich der Zugriff auf die Behandlungsunterlagen des Krankenhauses verwehrt. Sie darf aber den Vergütungsanspruch des Krankenhauses aus jeglichem Grund bestreiten und mit anderen Beweismitteln als den Behandlungsunterlagen des Krankenhauses widerlegen.**
- 3. Dem Verzicht der Krankenkasse auf ein Prüfverfahren ist im Rahmen der Beweiswürdigung zugunsten des Krankenhauses durch eine Beweiserleichterung bis hin zur Umkehr der Beweislast Rechnung zu tragen.**

### A. Problemstellung

Unter welchen Voraussetzungen kann zur Behandlung einer Adipositas eine Magenverkleinerung (bariatrische Operation) beansprucht werden? Und welche Folgen hat es für den Vergütungsanspruch eines Krankenhauses, wenn die Krankenkasse ohne Beauftragung des Medizinischen Dienstes (MD) die Zahlung ablehnt, weil sie zuvor einen auf die Gewährung dieser Operation gestellten Antrag der Versicherten nach Begutachtung durch den MD bestandskräftig abgelehnt hatte?

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Bei einem BMI von 55 kg/m<sup>2</sup> beantragte eine Versicherte bei der beklagten Krankenkasse am 20.10.2017 die Gewährung einer bariatrischen Operation. Diesen Antrag lehnte die Beklagte nach Einholung eines Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) mit Bescheid vom 12.12.2017 ab. Eine primäre Indikation für die Operation bestehe nicht; mangels Dokumentation einer multimodalen konservativen Therapie zur Behandlung der Adipositas über sechs bis zwölf Monate sei die Operation nicht ultima ratio. Den Widerspruch der Versicherten wies sie nach erneuter Begutachtung durch den MDK zurück (Bescheid vom 02.07.2018).

Die Versicherte lies die Operation im August 2018 im Rahmen einer stationären Behandlung in dem klagenden Krankenhaus durchführen. Die hierfür in Rechnung gestellte Vergütung i.H.v.

7.203,85 Euro zahlte die Krankenkasse nicht. Im Klageverfahren verurteilte das Sozialgericht die Beklagte zur Zahlung der Vergütung nebst Zinsen. Das Landessozialgericht wies die Berufung zurück. Es lasse sich nicht feststellen, ob eine bariatrische Operation indiziert gewesen sei. Mangels fristgerechter Einleitung des Prüfverfahrens sei die Beklagte mit dem Einwand der Erforderlichkeit der Behandlung ausgeschlossen. Die bestandskräftige Ablehnung des Leistungsantrags berühre den Vergütungsanspruch der Klägerin nicht.

Das BSG hat das Urteil des Landessozialgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Die bestandskräftige Ablehnung des Leistungsantrags stehe dem Vergütungsanspruch nicht von vornherein entgegen. Zwar stehe damit fest, dass die Versicherte die Krankenhausbehandlung nicht beanspruchen könne, so dass es an einem durch das Krankenhaus erfüllten Sachleistungsanspruch fehle. Jedoch erfasse die Bindungswirkung des Bescheids nur die am Verwaltungsverfahren Beteiligten. Das Abrechnungsverhältnis zwischen Krankenkasse und Krankenhaus sei von dem Versicherungsverhältnis zwischen Krankenkasse und Versichertem zu trennen. Auch wenn das Abrechnungsverhältnis dazu diene, die Sachleistungsansprüche der Versicherten zu erfüllen und insoweit grundsätzlich Konkretisierungen der Leistungsansprüche durch die Kasse beachtlich seien, weise doch das SGB V dem Krankenhaus eine regelhaft zeitlich vorrangige Stellung hinsichtlich der Beurteilung der medizinischen Voraussetzungen für eine Krankenhausbehandlung zu.

Die Leistungserbringung bedürfe keiner vorherigen Genehmigung durch die Krankenkasse. Vielmehr hätten die Krankenhausärzte nach § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V eigenverantwortlich über die Erforderlichkeit zu entscheiden, wobei diese Entscheidung einer uneingeschränkten nachgehenden Kontrolle durch die Krankenkasse und Gerichte unterliege. Das Krankenhaus sei auch nicht verpflichtet, eine eventuelle Leistungsablehnung zu erfragen. Das Risiko, dass ein Versicherter ungeachtet einer Leistungsablehnung eine Krankenhausbehandlung in Anspruch nehme, ohne sich dem Krankenhaus zu offenbaren, trage mangels einer normativ-organisatorischen Absicherung einer Leistungsablehnung gegenüber dem Krankenhaus allein die Krankenkasse. Es könne offenbleiben, was zu gelten habe, wenn dem Krankenhaus die Leistungsablehnung bekannt gewesen sei, denn einen solchen Sachverhalt habe das Landessozialgericht nicht festgestellt.

Soweit allerdings der 3. Senat des BSG in einer früheren Entscheidung selbst die Kenntnis von einem ablehnenden Bescheid als unerheblich bezeichnet habe, halte der Senat hieran nicht fest. Er neige mit Blick auf § 44 SGB X der Auffassung zu, dass sich die Kasse gegenüber einem bösgläubigen Krankenhaus nicht auf die Bindungswirkung der Leistungsablehnung berufen könne, wenn sich im Verfahren die Leistungsberechtigung herausstelle. Soweit die Krankenkasse eine Prüfung durch den MDK unterlassen habe und daher Einschränkungen hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung bestünden, könne es dem bösgläubigen Krankenhaus unter Umständen verwehrt sein, sich auf die Ausschlussfristen des § 275c SGB V oder der PrüfVV zu berufen, was insbesondere dann der Fall sei, wenn das Krankenhaus die Behandlung in Kenntnis der Leistungsablehnung durchführe, ohne bei der Abrechnung auf diesen Umstand hinzuweisen.

Die Erforderlichkeit einer vollstationären Behandlung mit einer bariatrischen Operation sei nur gegeben, wenn diese Behandlung allen anderen Behandlungsoptionen eindeutig überlegen sei. Insoweit würden die allgemeinen Qualitätsmaßstäbe durch das Ultima-Ratio-Prinzip modifiziert, wenn zu therapeutischen Zwecken ein Organ des Körpers irreversibel geschädigt werde. Das BSG legt dazu dar, dass die Behandlung im Krankenhaus zum einen dem Qualitätsgebot des § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V oder den abgesenkten Qualitätsanforderungen des Potentialmaßstabs, zum anderen dem Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. 1 SGB V) entsprechen müsse. Da die stationäre Behandlung nachrangig sei, sei sie nicht erforderlich, wenn die Behandlungsziele durch eine ambulante Behandlung erreicht werden könnten. In der bisherigen Rechtsprechung sei die Adipositas als be-

handlungsbedürftige Krankheit anerkannt worden, wobei für chirurgische Eingriffe die Einschränkung vorgenommen worden sei, dass bei einem Eingriff in ein funktionell intaktes Organ die mittelbare Behandlung einer speziellen Rechtfertigung bedürfe. Dabei seien die Art und Schwere der Erkrankung, die Dringlichkeit der Intervention, die Risiken und der zu erwartende Nutzen der Therapie sowie etwaige Folgekosten für die Krankenversicherung gegeneinander abzuwägen. Das BSG stellt insoweit klar, dass diese Rechtsprechung nicht so zu verstehen ist, dass alle ambulanten Behandlungsmaßnahmen eines multimodalen Therapiekonzeptes zunächst konsequent, aber erfolglos durchgeführt sein müssten, bevor ein Anspruch auf eine bariatrische Operation in Betracht komme. Das Qualitätsgebot erfordere eine Abwägung von Chancen und Risiken einer Operation. Im Falle einer bariatrischen Operation werde in ein funktionell intaktes Organ eingegriffen und dieses irreversibel geschädigt. Zwar werde durch die deutlich verminderte Nahrungsaufnahme regelhaft die gewünschte Gewichtsreduzierung erreicht, es verblieben aber Risiken. Vor diesem Hintergrund bedeute ultima ratio, dass die Operation nur erforderlich sei, wenn das Ergebnis des das gesunde Organ schädigenden Eingriffs den Ergebnissen anderer in Betracht kommender Behandlungsmöglichkeiten eindeutig überlegen sei. Es müssten allerdings vor dem Eingriff nicht alle anderen Therapieoptionen tatsächlich erfolglos ausgeschöpft worden sein, vielmehr sei ausreichend, wenn nach dem gesicherten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse im konkreten Fall von der Operation ein deutlich größerer Nutzen für den gesundheitlichen Zustand des Patienten zu erwarten sei. Die Erörterung dieser Abwägungsgesichtspunkte müsse Gegenstand der vor dem Eingriff vorzunehmenden Aufklärung sein, von der auch der Vergütungsanspruch des Krankenhauses abhängt.

Die Beklagte sei trotz Nichtdurchführung eines Prüfverfahrens nach § 275 Abs. 1c SGB V a.F. nicht gehindert, den Vergütungsanspruch des Krankenhauses zu bestreiten. Sie sei nicht verpflichtet, innerhalb der Ausschlussfristen des § 275 Abs. 1c SGB V a.F. bzw. der PrüfvV 2016 eine Prüfung durch den MDK durchführen zu lassen. Eine Prüfung durch den MDK sei aus Sicht der Kasse nur veranlasst, wenn zur Prüfung der Abrechnung über die Daten nach § 301 SGB V hinaus Unterlagen des Krankenhauses benötigt würden. Die Nichtdurchführung einer MDK-Prüfung schließe die Krankenkasse nicht mit Einwendungen gegen den Vergütungsanspruch aus, sondern bewirke lediglich, dass der Krankenkasse und nachfolgend dem Gericht der Zugriff auf die Behandlungsunterlagen des Krankenhauses verwehrt seien. Der Krankenkasse stehe es aber frei, den bestrittenen Vergütungsanspruch mit anderen Beweismitteln zu widerlegen. Auch aus § 17c Abs. 2 KHG oder den auf seiner Grundlage vereinbarten PrüfvV ergebe sich keine Verpflichtung, vor Ablehnung einer Vergütungsforderung den MDK zu beauftragen. Gerichtliche Ermittlungen seien aber nur veranlasst, wenn die Krankenkasse auf konkrete Beweismittel außerhalb der Behandlungsunterlagen des Krankenhauses Bezug nehme, aus denen sich Tatsachenbehauptungen ergäben, die – falls zutreffend – geeignet seien, den Vergütungsanspruch des Krankenhauses zu reduzieren oder entfallen zu lassen. Bestehe insoweit Anlass für weitere Ermittlungen, seien die Gerichte sowohl gehindert, die Behandlungsunterlagen des Krankenhauses als auch die Ärzte des Krankenhauses zu der Behandlung als Zeugen zu vernehmen. Dem Krankenhaus bleibe es allerdings unbenommen, freiwillig Behandlungsunterlagen vorzulegen; diese unterlägen keinem Beweisverwertungsverbot. Das Gericht dürfe seiner Überzeugungsbildung nur auf die nicht vom Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot erfassten und die freiwillig zur Verfügung gestellten Unterlagen stützen.

Grundsätzlich trage zwar das Krankenhaus die Beweislast für die zahlungsbegründenden Tatsachen. Der Verzicht der Kasse auf ein Prüfverfahren erfordere jedoch Beweiserleichterungen bis hin zu einer Umkehr der Beweislast. Das leitet das BSG aus den zu § 444 ZPO entwickelten Grundsätzen zur Beweisvereitelung her. Zwar liege keine eigentliche Beweisvereitelung vor, jedoch unterlaufe die Krankenkasse mit ihrem Verzicht auf ein Prüfverfahren die vorgerichtli-

che Sachaufklärung; dieses Unterlassen sei in seinen Rechtsfolgen wegen des das Krankenhaus schützenden Beweiserhebungs- und -verwertungsverbots einer Beweisvereitelung gleichzusetzen. Das Krankenhaus dürfe nicht im Verfahren zur Vermeidung einer Beweisnot gezwungen werden, Behandlungsunterlagen vorlegen zu müssen, die das Gericht nicht beiziehen dürfe. Für die Krankenkasse ergäben sich aus den Beweiserleichterungen für das Krankenhaus erhöhte Anforderungen an ihren Vortrag. Sie müssten konkrete Tatsachen vortragen, aus denen sich schlüssig ergebe, dass der Vergütungsanspruch des Krankenhauses nicht begründet sein könne. Erst dann bestehe Anlass zu weiteren Ermittlungen, etwa durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Eine Überzeugungsbildung des Gerichts zugunsten der Krankenkasse sei aber nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich möglicherweise aus den Unterlagen des Krankenhauses etwas anderes ergeben könnte. Blieben für die Einwände der Kasse relevante Tatsachen unaufklärbar, gehe das zu ihren Lasten.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Im Urteil des BSG werden drei wesentliche Fragen behandelt:

- Dass die den Leistungsantrag der Versicherten ablehnende Entscheidung der Krankenkasse dem Vergütungsanspruch des Krankenhauses nicht entgegensteht, ist gesicherte Rechtsprechung des BSG (vgl. schon BSG, Ur. v. 17.05.2000 - B 3 KR 33/99 R). Der 3. Senat hatte dies doch eher schlicht damit begründet, dass das Krankenhaus nicht am Subordinationsverhältnis zwischen Krankenkasse und Versichertem beteiligt sei, sondern sich Krankenkasse und Krankenhaus im Gleichordnungsverhältnis gegenüberstünden. Das beantwortet nicht die Frage, warum ein Vergütungsanspruch, der ja mit dem Anspruch des Versicherten auf Krankenhausbehandlung korrespondiert, bestehen kann, wenn genau ein solcher Behandlungsanspruch bestandskräftig verneint worden ist. Diese Begründung liefert nun der 1. Senat des BSG: Zwar habe grundsätzlich die Konkretisierung der materiellen Ansprüche der Versicherten, deren Erfüllung das Leistungserbringerrecht diene, Bedeutung für die Ansprüche der Leistungserbringer. Nach der Konzeption des SGB V hänge aber eine wirksame Leistungserbringung nicht von der vorherigen Genehmigung der Krankenkasse ab, vielmehr hätten nach § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V die Ärzte des Krankenhauses eigenständig über die Erforderlichkeit zu entscheiden. Sie seien auch weder verpflichtet, eine eventuelle Leistungsablehnung zu erfragen noch vorab eine Leistungsbewilligung der Krankenkasse einzuholen. Das Risiko, dass ein Versicherter trotz Ablehnung eines Leistungsantrags die Krankenhausleistung in Anspruch nehme, trage mangels rechtlich-organisatorischer Absicherung der Leistungsentscheidung gegenüber dem Krankenhaus die Krankenkasse. Gleichzeitig distanziert sich der 1. Senat von der früheren Aussage des 3. Senats, dass auch ein Kenntnis des Krankenhauses von der Leistungsablehnung unbeachtlich sei (so BSG, Ur. v. 11.04.2002 - B 3 KR 24/01 R).

In seinem Fall war zwar den Feststellungen des Landessozialgerichts nicht zu entnehmen, dass die Klägerin die Leistungsablehnung gekannt hatte, so dass er offenlassen konnte, was zu gelten hat, wenn das Krankenhaus – bei Aufnahme oder während des Aufenthalts – Kenntnis erlangt. Der 1. Senat deutet jedoch an, dass in einem solchen Fall zwar mit Blick auf § 44 SGB X die Krankenkasse sich nicht auf die formelle Bestandskraft des Ablehnungsbescheids berufen könne, jedoch dem bösgläubigen Krankenhaus verwehrt sei, sich auf die Ausschlussfristen des § 275c Abs. 1 SGB V bzw. der PrüfvV zu berufen.

Diese Lösung erscheint sachgerecht: Da auch ein Versicherter geltend machen kann, sein Leistungsanspruch sei zu Unrecht abgelehnt worden, kann allein die Bestandskraft der Leistungsablehnung dem Vergütungsanspruch nicht entgegenstehen. Es ist vielmehr unabhängig von dem Bescheid der materielle Anspruch zu prüfen – und in diesem Rahmen muss sich das bösgläubige Krankenhaus es dann gefallen lassen, dass es sich nicht auf die seinem Schutz dienenden Prü-

fungsfristen berufen darf. Wenn der 1. Senat des BSG in diesem Zusammenhang ausführt, dies gelte „insbesondere“ dann, wenn das Krankenhaus bei der Abrechnung nicht darauf hingewiesen habe, die Operation in Kenntnis der Ablehnung durchgeführt zu haben, scheint er insoweit an eine Informationsobliegenheit nach § 301 SGB V zu denken. Das würde anknüpfen an eine Rechtsprechung, die den Krankenhaus eine möglichst transparente Abrechnung abverlangt (vgl. BSG, Urte. v. 21.03.2013 - B 3 KR 28/12: Begründung für stationäre Durchführung einer auch ambulant möglichen OP; BSG, Urte. v. 17.09.2013 - B 1 KR 51/12 R: Begründung für nachstationäre Strahlentherapie statt ambulanter Durchführung im Rahmen Ermächtigung; BSG, Urte. v. 21.04.2015 - B 1 KR 10/15 R: Angaben zu Begleiterkrankungen oder zu sonstigen Gründen, die Anlass für die stationäre Versorgung des Versicherten gegeben haben, wenn Behandlung an sich auch ambulant möglich; noch weiter gehend BSG, Urte. v. 01.07.2014 - B 1 KR 24/13 R: Begründung für von üblicher Praxis abweichende Kodierung). Nimmt man in diesem Sinn an, dass das Krankenhaus bei der Abrechnung auf seine Kenntnis von der - aus seiner Sicht unberechtigten - Leistungsablehnung hinweisen muss, wäre mangels vollständiger Erfüllung der Informationsobliegenheit nach § 301 SGB V die Forderung noch nicht fällig und der Lauf der Prüfungsfrist nach § 275c Abs. 1 SGB V hätte noch nicht begonnen. Umgekehrt könnte sich dann allerdings auch eine Krankenkasse bei entsprechendem Hinweis des Krankenhauses nicht damit begnügen, sich auf seine Leistungsablehnung zurückzuziehen, sondern müsste innerhalb der Prüffrist eine Prüfung durch den MD veranlassen, wenn sie sicherstellen will, auch auf die Behandlungsunterlagen zugreifen zu können.

- Hinsichtlich des Leistungsanspruchs auf eine bariatrische Operation knüpft das BSG an frühere Rechtsprechung an, in der sowohl die Adipositas als behandlungsbedürftige Krankheit als auch die grundsätzliche Möglichkeit eines chirurgischen Eingriffs zur Behandlung anerkannt worden sind (BSG, Urte. v. 19.02.2003 - B 1 KR 1/02 R; BSG, Urte. v. 16.12.2008 - B 1 KR 2/08 R). Auf der Grundlage der Annahme, dass ein Eingriff in ein gesundes Organ erfolge, hielt es hierfür eine spezielle Rechtfertigung für erforderlich, wobei es ausdrücklich ausführte, die Operation komme nur als ultima ratio und Erfüllung weiterer Voraussetzungen in Betracht.

Zu diesem Punkt stellt das BSG nun klar, dass mit dem Begriff ultima ratio nicht die Forderung verbunden ist, es müssten alle sonstigen in Betracht kommenden Therapieoptionen einschließlich eines multimodalen Therapiekonzepts tatsächlich erfolglos ausgeschöpft worden sein. Grundsätzlich erfordere das Qualitätsgebot, dass hinsichtlich Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit einer bariatrischen Operation nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse in den medizinischen Fachkreisen Konsens bestehe. Sei dies zu bejahen, müsse der Weg des gesicherten Nutzens gewählt und Gesundheitsgefahren für die Patienten möglichst ausgeschlossen werden. Dies gelte in besonderem Maß für Verfahren, mit denen in ein gesundes Organ eingegriffen werde, um Schäden an anderen Organen oder Funktionsstörungen zu behandeln. Hiervon ausgehend soll ultima ratio (nur) bedeuten, dass zwar die tatsächliche Ausschöpfung anderer Therapieoptionen nicht verlangt wird, ein bariatrischer Eingriff aber erst dann erforderlich i.S.d. § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V ist, wenn die voraussichtlichen Ergebnisse dieses Eingriffs den voraussichtlichen Ergebnissen anderer Behandlungsoptionen eindeutig überlegen sind.

Schon diese Forderung nach „eindeutiger“ Überlegenheit des Nutzens eines bariatrischen Eingriffs wird in der Praxis schwer umzusetzen sein. Geht man von der S3-Leitlinie: „Chirurgie der Adipositas und metabolischer Erkrankungen“ (Deutsche Gesellschaft für Allgemein- und Viszeralchirurgie) aus, wird dort in auf Konsens beruhenden Statements festgestellt: „Eine nachhaltige Gewichtsreduktion, die Besserung von Komorbiditäten und eine Besserung der Lebensqualität sind bei höhergradiger Adipositas durch eine Ernährungs-, Bewegungs-, Verhaltens- und Pharmakotherapie allein oder in Kombination möglich, werden aber meistens nicht erreicht“ (Statement 4.1) und gleichzeitig ausgeführt: „Im Vergleich zu einer Ernährungs-, Bewegungs-, Verhaltens- und Pharmakotherapie allein oder in Kombination ist eine chirurgische Therapie (adipositas-

chirurgische oder metabolische Operation) wesentlich effektiver und erreicht im Regelfall das angestrebte individuelle Therapieziel im Sinne einer nachhaltigen Gewichtsreduktion, einer Besserung von Komorbiditäten und einer Besserung der Lebensqualität“ (Statement 4.2). Hiervon ausgehend wäre wegen der größeren Erfolgsaussicht im Regelfall ein bariatrischer Eingriff gerechtfertigt. Vor allem ist fraglich, ob es tatsächlich einer besonderen Rechtfertigung für den Eingriff bedarf.

Das BSG übernimmt die Prämisse, dass in ein gesundes Organ eingegriffen werde, aus den früheren Entscheidungen, ohne zu erörtern, ob sich insoweit die Erkenntnislage geändert hat. Von Seiten der Adipositaschirurgie wird insoweit geltend gemacht, dass ein Eingriff weniger auf die Verringerung der Nahrungsaufnahme als vielmehr auf Veränderungen der für die Gewichtsregulation verantwortlichen neuroendokrinen Prozesse zielt. Das Verdauungssystem sei ein integraler Teil dieses Regulationsmechanismus, da es sowohl für verstärkte Hunger- als auch verminderte Sättigungssignale verantwortlich sei. Insoweit sei ein bariatrischer Eingriff als kausale Behandlung des Verdauungssystems anzusehen (vgl. Huster/Sharma/Otto/Büscher, KrV 2022, 133, 137). Ob die zitierten, vermutlich von der adipositaschirurgischen Sicht geprägten Aussagen (der Aufsatz von Huster/Sharma/Otto/Büscher geht auf ein Gutachten für den Bundesverband Medizintechnologie zurück; die Angabe, er beruhe auf einer Anfrage aus der Praxis, ist daher eher verschleiern) den aktuellen Stand der Wissenschaft wiedergeben, bedarf wohl einer kritischen Überprüfung, zumal die genannte S3-Leitlinie auf dem Literaturstand von Anfang März 2016 ist. Die S3-Leitlinie „Adipositas - Prävention und Therapie“ der Deutschen Adipositas Gesellschaft befindet sich bereits seit 2019 in Überarbeitung, kann also nichts zum Stand der Behandlung der Adipositas beitragen. Von daher wird es in den Verfahren um die Leistungspflicht der GKV für eine bariatrische Operation unumgänglich sein, zur Ermittlung der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Adipositasbehandlung ein Sachverständigengutachten einzuholen.

- Hinsichtlich der Folgen einer unterbliebenen Abrechnungsprüfung nach § 275 Abs. 1c SGB V a.F bzw. jetzt § 275c Abs. 1 SGB V hatte das BSG bereits in einem kurz zuvor ergangenen Urteil der Meinung widersprochen, dass damit ohne weitere Prüfung von der Erforderlichkeit der stationären Behandlung auszugehen sei, weil die Kasse keine Einwendungen gegen die Abrechnung mehr erheben könne (BSG, Urt. v. 18.05.2021 - B 1 KR 39/20 R). Es ist erstaunlich, dass die Formulierung vom „Einwendungsausschluss“ überhaupt aufkommen konnte, denn das BSG hat von Anfang an deutlich gemacht, dass die Versäumung der Prüfungsfrist nur zu einer Begrenzung der Sachverhaltsermittlung führt, weil die Krankenkasse und nachfolgend die Gerichte keine Einsichtnahme mehr in die Behandlungsunterlagen des Krankenhauses verlangen können (vgl. nur Becker/Kingreen/Seifert, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 275c Rn. 11 f. m. Nachw. der Rspr. des BSG). Das BSG stellt dies nun nochmals klar und begründet ausführlich, warum sich weder aus § 275c SGB V noch § 17c Abs. 2 KHG i.V.m. der PrüfV eine Pflicht der Krankenkasse zur Einleitung einer Abrechnungsprüfung durch den MD ergibt, wenn sie die Ordnungsgemäßheit der Abrechnung bestreitet. Ausgeschlossen ist ohne MD-Prüfung allein der Zugriff auf die Behandlungsunterlagen des Krankenhauses, es werden aber keine Einwendungen gegen den Vergütungsanspruch abgeschnitten. Wörtlich führt das BSG aus: „Der Krankenkasse steht es frei, den Vergütungsanspruch des Krankenhauses aus jeglichem Grund zu bestreiten und mit anderen Beweismitteln als den Behandlungsunterlagen des Krankenhauses zu widerlegen.“

Faktisch wird allerdings eine Krankenkasse bei Absehen von einer MD-Prüfung in vielen Fällen nicht mit ihren Einwänden durchdringen, denn zu Recht hält das BSG Beweiserleichterungen zugunsten des Krankenhauses für angezeigt, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch die Nichtberücksichtigung der Behandlungsunterlagen erschwert ist. Grundsätzlich trägt zwar das Krankenhaus die objektive Beweislast für die seinen Vergütungsanspruch begründenden Tatsachen. Diese Beweisführung wird in der Regel die Heranziehung der Behandlungsunterlagen erfordern. Es wäre

widersinnig, zwar einerseits dem Krankenhaus bei Versäumung der Prüffrist das Recht einzuräumen, die Herausgabe der Behandlungsunterlagen zu verweigern, ihm aber andererseits uneingeschränkt abzuverlangen, die sich aus den Behandlungsunterlagen ergebenden Vergütungsvoraussetzungen zu beweisen. Es wäre damit immer gezwungen, „freiwillig“ die Behandlungsunterlagen zu offenbaren, wenn es nicht den Prozess verlieren will. Diesem Dilemma will das BSG nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung durch Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr Rechnung tragen (in diese Richtung schon Knispel, GesR 2015, 200, 203 f.).

Für die Krankenkasse bestehen damit hinsichtlich der erhobenen Einwände gesteigerte Darlegungsanforderungen. Die Gerichte sind nur dann zu Ermittlungen verpflichtet, wenn die von ihr vorgetragene(n) Tatsachen schlüssig dem Vergütungsanspruch entgegenstehen. Ist das der Fall, kann allerdings das Gericht sich diesen Ermittlungen nicht dadurch entziehen, dass sich ja aus den Behandlungsunterlagen möglicherweise doch etwas anderes ergeben könne. Den abschließenden „Segelanweisungen“ des BSG lässt sich entnehmen, dass zunächst – wohl in der Regel mit sachverständiger Hilfe – zu prüfen ist, ob die vorgetragene(n) und belegte(n) Tatsachen dem Vergütungsanspruch entgegenstehen. Bezogen auf eine bariatrische Operation wäre also zu klären, ob diese Tatsachen gegen eine Indikation für den Eingriff sprechen. Wenn eine MD-Begutachtung im Verwaltungsverfahren stattgefunden hat, kann diese Prüfung auf der Grundlage der dabei gewonnenen Erkenntnisse erfolgen. Insoweit ist es regelmäßig fernliegend, dass diese wegen der zeitlichen Differenz zu dem Eingriff keine zuverlässige Beurteilung zuließen. Gerade bei bariatrischen Operationen sind Zeiträume von wenigen Monaten irrelevant, weil es wohl immer darum gehen wird, ob eine primäre Indikation zu bejahen ist oder ob von ausreichenden frustranen konservativen Behandlungsmaßnahmen ausgegangen werden kann – und insoweit ergeben sich keine wesentlichen Änderungen innerhalb kürzerer Zeiträume. Hiervon geht offensichtlich auch das BSG aus, denn sonst wäre es überflüssig gewesen, dem Landessozialgericht mit der Zurückverweisung aufzugeben zu prüfen, ob die von der Krankenkasse geltend gemachten Tatsachen gegen die Erforderlichkeit einer bariatrischen Operation sprechen.

Weniger klar ist das weitere Procedere. Wenn der Vortrag der Krankenkasse gegen die Erforderlichkeit spricht, soll das Krankenhaus die „Möglichkeit“ haben, zur Erschütterung der Einwände nur ihm bekannte Daten in das Verfahren einzuführen. Das kann nur bedeuten, dass es insoweit doch die Behandlungsunterlagen (wenigstens partiell) zur Verfügung stellen muss, denn allein eine nicht belegte Behauptung dürfte nicht genügen, einen begründeten und belegten Einwand zu erschüttern. Erst wenn durch diese Daten begründete Zweifel an den Einwänden der Krankenkasse geweckt werden, kann es dazu kommen, dass diese Zweifel dann zulasten der Krankenkasse gehen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Vergütungsanspruch des Krankenhauses schon dann begründet ist, wenn sich die Erforderlichkeit einer bariatrischen Operation nur nicht ausschließen lässt.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Umsetzung des Urteils wird die Krankenkassen und auch die Instanzgerichte in vieler Hinsicht beschäftigen. Primär gilt es, die Klarstellung des BSG zum Ultima-Ratio-Prinzip bei bariatrischen Operationen zu berücksichtigen. Es ist nicht mehr möglich, allein wegen der noch nicht genutzten Möglichkeit einer multimodalen Therapie die Erforderlichkeit einer bariatrischen Operation zu verneinen, sondern es müssen im individuellen Fall die Therapiemöglichkeiten nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse gegeneinander abgewogen werden. Das wird regelmäßig ohne Sachverständigengutachten nicht möglich sein; allein die Heranziehung einer S3-Leitlinie (so SG Itzehoe, Gerichtsbescheid v. 13.07.2022 - S 33 KR 103/19) wird kaum genügen. In Abrechnungsstreitigkeiten zwischen Krankenkasse und Krankenhaus, in denen die Krankenkasse ihre Leistungspflicht ohne Prüfverfahren nach § 275c Abs. 1 SGB V verneint, muss zunächst die Tragfähigkeit der Einwände gegen die Erforderlichkeit der durchgeführten Behandlung geprüft

werden. Den gelegentlich in Entscheidungen zu lesenden Einwand, das Krankenhaus müsse bei bariatrischen Operationen bei der Abrechnung nach § 301 SGB V bereits darlegen, warum es von einer Indikation ausgehe, teilt offensichtlich das BSG nicht, denn dann wäre hier die Rechnung bereits mangels vollständiger Erfüllung der Informationspflicht nicht fällig gewesen. Verfügt die Krankenkasse über keine Unterlagen, die gegen die Erforderlichkeit einer Operation sprechen (so im Fall des SG Itzehoe), ist die Prüfung für das Gericht bereits beendet. In Fällen, in denen streitig ist, ob eine angewandte Behandlungsmethode schon wissenschaftlich allgemein anerkannt ist, muss ggf. zunächst dieser Frage nachgegangen werden; das Krankenhaus kann ggf. – unter Darlegung konkreter Tatsachen – geltend machen, dass die Voraussetzungen einer grundrechtsorientierten Auslegung des Leistungsrechts (§ 2 Abs. 1a SGB V) vorlagen.

Für Behandlungsfälle ab dem 01.01.2022 wird sich in solchen Abrechnungsstreitigkeiten ein zusätzliches Problem stellen, mit dem sich das BSG nicht befassen musste. Nach § 17c Abs. 2b KHG setzt die gerichtliche Überprüfung einer Krankenhausabrechnung voraus, dass vorab die Rechtmäßigkeit der Abrechnung zwischen Krankenkasse und Krankenhaus erörtert worden ist. Ohne vorangegangene Erörterung ist eine Klage unzulässig. Dies gilt für alle Behandlungsfälle, die nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der nach § 17c Abs. 2 Satz 5 KHG zu schließenden Vereinbarung über dieses Erörterungsverfahren aufgenommen werden. Das Erörterungsverfahren ist im Rahmen der am 22.06.2021 durch die Schiedsstelle festgesetzten Neuregelung der PrüfvV nach § 17c Abs. 2 Satz 2 KHG geregelt worden; die PrüfvV 2021 gilt für alle Überprüfungen, in denen die Patienten ab dem 01.01.2022 aufgenommen wurden. § 9 PrüfvV 2021 sieht ein der MD-Prüfung nachgelagertes Erörterungsverfahren vor, m.a.W. nur dann, wenn eine MD-Prüfung nach § 275c Abs. 1 SGB V durchgeführt worden ist. In den Gemeinsamen Umsetzungshinweisen nach § 17c Abs. 2 Satz 4 KHG wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein einzelfallbezogenes Erörterungsverfahren als Prozessvoraussetzung nur dann durchzuführen sei, wenn die streitige Krankenhausrechnung durch den MD begutachtet worden sei. Alle sonstigen Abrechnungsstreitigkeiten, bei denen eine Beauftragung des MD durch die Krankenkasse nicht erfolgte, erforderten „aus Sicht der Vertragspartner“ keine Durchführung eines Erörterungsverfahrens als Prozessvoraussetzung.

Sowohl der Wortlaut des § 17c Abs. 2b KHG, der grundsätzlich alle Klagen von der Durchführung einer Erörterung abhängig macht, als auch die Gesetzesbegründung, wonach die Erhebung einer Klage auf gerichtliche Überprüfung der erfolgten Abrechnung künftig an die vorherige Durchführung einer einzelfallbezogenen Erörterung geknüpft werde (BT-Drs. 19/13397, 87 f.), sprechen gegen diese Auffassung. Auch wird der Gesetzeszweck einer Entlastung der Sozialgerichte nur unvollständig erreicht, wenn für einen Teil der Verfahren die Prozessvoraussetzung einer Erörterung nicht gelten soll. Dass in der weiteren Gesetzesbegründung auf die MD-Prüfung Bezug genommen wird, besagt nicht, dass das Erörterungsverfahren nur dann gelten soll, wenn eine MD-Prüfung stattgefunden hat – das ist nur die Mehrzahl der Fälle. Ebenso wenig überzeugend ist das Argument, die Kompetenz der Vertragspartner bzw. der Schiedsstelle bestehe nach § 17c Abs. 2 Satz 1 KHG nur für eine Regelung des Prüfverfahrens nach § 275c SGB V und nur in diesem Zusammenhang sei nach § 17c Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 KHG das Erörterungsverfahren zu regeln gewesen. Auch wenn einzuräumen ist, dass man sinnvollerweise nicht den Regelungsgegenstand in den Katalog nach § 17c Abs. 2 Satz 2 KHG aufgenommen hätte, ergibt sich aus § 17c Abs. 2 Satz 5 KHG, auf den in § 17c Abs. 2b KHG verwiesen wird, dass der Gesetzgeber eine insoweit bestehende Kompetenz zur Regelung des Erörterungsverfahrens gesehen hat, die nicht nur im Zusammenhang mit dem Prüfverfahren nach § 275c SGB V besteht. Gerade wenn keine MD-Prüfung stattgefunden hat, ist eine einzelfallbezogene Erörterung des Abrechnungsfalles zwischen Krankenkasse und Krankenhaus geboten, soll die gewünschte Entlastung der Sozialgerichte erreicht werden. Es ist daher fernliegend, dass die Vertragspartner nicht die Befugnis zur umfassenden Regelung eines Erörterungsverfahrens haben sollten.

Fraglich erscheint allerdings, ob man nun in den Fällen, in denen keine MD-Prüfung durchgeführt worden ist, die Regelung in § 9 PrüfvV 2021 (sinngemäß) anzuwenden hat oder ob man Klagen auch ohne Erörterungsverfahren für zulässig ansieht. Das Unterlassen der Schaffung einer für alle Abrechnungsstreitigkeiten geltenden Regelung des Erörterungsverfahrens durch die Vertragspartner des § 17c Abs. 2 KHG kann jedenfalls nicht dazu führen, dass nun in allen nicht von § 9 PrüfvV 2021 erfassten Fällen Klagen von Krankenkassen und Krankenhäusern nicht mehr möglich sind. Die bezweckte Entlastung der Sozialgerichte durch eine vorprozessuale Erörterung des Streitfalls zwischen den Konfliktparteien und die Begrenzung des Streitstoffs auf die dabei erörterten Tatsachen (§ 17c Abs. 2b Satz 3 KHG) spricht dafür, § 9 PrüfvV 2021 grundsätzlich anzuwenden.

© juris GmbH