

–

Absender Arzt:

An die Krankenkasse

Teileinspruch gegen Bescheid vom

Patient:

Kasse, Versichertennummer:

Sehr geehrte Damen und Herren,

es erfolgte eine Erstverordnung von Cannabinoiden nach § 31 Abs. 6 SGB V mit Genehmigung durch Sie mit Bescheid vom xxxx

Hiermit erfolgt teilweiser Einspruch. Es erfolgt ein Einspruch gegen die im erstellten Bescheid erfolgte zeitliche Einschränkung der Therapie. Die Befristung in diesem Verwaltungsakt ist als Versuch zu sehen, die grundsätzliche Nebenbestimmungsfeindlichkeit dieser gebundenen Entscheidung zu unterlaufen. Die Befristung ist somit rechtswidrig und ungültig. Es wird hier im Weiteren somit von einer unbefristeten Genehmigung entsprechend der Gesetzeslage ausgegangen.

Unterschrift Arzt Unterschrift Patient

Rechtliche Begründung des Einspruchs

Patient:

Kasse, Versichertennummer:

Es erfolgt ein Einspruch gegen die im erstellten Bescheid erfolgte zeitliche Einschränkung der Therapie. Laut §31 Abs. (6), Satz 2 SGB V bedarf nur die Leistung bei der ersten Verordnung für eine Versicherte oder einen Versicherten der Genehmigung der Krankenkasse, die vor Beginn der Leistung zu erteilen ist.

Unstrittige Erstgenehmigung

Es ist unstrittig, dass nach Antragstellung durch Ihren Versicherten, die medizinische Begründung des behandelnden Arztes und die Überprüfung durch die Kasse unter Einbindung des MDK die Voraussetzungen für die Leistungen für die Verordnung und Kostenübernahme gegeben sind.

Positive Zeitvorgabe SGB V §31 Abs. 6 Satz 2

Die weitere Anpassung und die Fortführung der Therapie bedürfen nach diesem Gesetzestext keiner erneuten Genehmigung. Die im Bescheid erstellte Einschränkung führt zu einer gesetzlich nicht vorgegebenen Einschränkung der Therapiefreiheit des Arztes und zu einer gesetzlich nicht vorgegebenen Einschränkung des Patienten in seiner medikamentösen Versorgung. Es ist in dem Gesetzestext eine eindeutig formulierte Zeitvorgabe enthalten: „Die Leistung bedarf bei der ersten Verordnung für eine Versicherte oder einen Versicherten der nur in begründeten Ausnahmefällen abzulehnenden Genehmigung der Krankenkasse, die vor Beginn der Leistung zu erteilen ist.“ SGB V §31 Abs. 6 Satz 2. Die positive Formulierung der Zeitangabe ersetzt eindeutig fehlende Ausschlüsse einer Zeiteingrenzung.

Nichtanwendbarkeit von SGB X § 32 Abs. 2 Nr. 1

Hier ist auch die Anwendung des SGB X § 32 Abs. 2 Nr. 1 als Begründung für eine Befristung nicht rechtmäßig. Bei der Bewilligung handelt es sich um einen gebundenen Verwaltungsakt im Sinne von §32 Abs. 1 SGB X, sie ist auszusprechen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, deren Vorliegen Sie als Kasse in dem Bescheid selbst festgestellt haben. Somit ist die Anwendung von § 32 Abs. 2 SGB X, also auch die Nebenbestimmung der Befristung nicht möglich. Die Beschränkung des Verwaltungsaktes hebt als angewandte Nebenbestimmung den eindeutigen gesetzlichen Wortlaut der Genehmigungspflicht bei erstmaliger Verordnung aus. Sie dient hier nicht der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen, sie läuft dem Zweck des gesetzekonkretisierenden Verwaltungsaktes diametral zuwider. Eine Nebenbestimmung darf, wie in §32 Abs. 1 SGB X explizit formuliert, jedoch

dem Zweck eines Verwaltungsaktes nicht zuwiderlaufen. Die Nebenbestimmung der Befristung ist mit dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes nicht vereinbar, das in SGB V § 31 Abs 6 ausdrücklich die Genehmigung nur bei der ersten Verordnung vorsieht. Das wiegt in diesem Fall auch deswegen besonders schwer, weil diese Einschränkung der Genehmigungspflicht im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht enthalten war und sie extra auf Anraten der Experten aufgenommen wurde, da sonst die Genehmigungspflicht von den Kostenträgern als Instrument genutzt werde, um den Zugang zu Cannabis zu erschweren. Dies ist für Rechtskundige in den entsprechenden Quellen einsehbar. Somit handelt es sich bei der Beschränkung der Genehmigungspflicht um eine gezielte Entscheidung des Gesetzgebers und nicht etwa um ein Redaktionsversehen.

Auf Grund der gesetzlichen Formulierung ist von einer Genehmigungspflicht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auszugehen. Ablehnungen wären zu begründen. Es handelt sich hier um einen aus Sicht des Adressaten belastenden Verwaltungsakt, die Belastung liegt darin, dass der Versicherte zum Ende der Genehmigung keine ausreichende medikamentöse Verordnung bei anerkannt schwerster Erkrankung erhält.

Zudem ist die vorgeschriebene Bedingung des pflichtgemäßen Ermessens des SGB X § 32 Abs. 2 Nr. 1 nicht erfüllt. Sie können als medizinischer Laie nicht die medizinische Tragweite der Erkrankung und Dauer der Notwendigkeit der Therapie abschätzen. Im Antrag und in der Ihnen vorliegenden gutachterlichen Stellungnahme durch den MDK ergibt sich kein Anhalt für eine zeitliche Begrenzung der Erkrankung oder der Therapienotwendigkeit und somit kein medizinisches Ermessen für eine Befristung. Es erfolgte auch keine dementsprechende Anfrage an den MDK. Die Befristung der Therapie für eine chronische und dauerhafte Erkrankung durch Sie im Verwaltungsakt ist willkürlich und ohne medizinische Begründung, somit ist dies kein pflichtgemäßes Ermessen, sondern eine meines Erachtens gesetzeswidrige Willkür.

Nichtanwendbarkeit von SGB V § 275 Abs 1 Nr. 1

Ebenso gilt die fehlende Anwendbarkeit des SGB V § 275 Abs 1 Nr. 1. Es handelt sich hier nicht um einen gesetzlich bestimmten Fall und die Regelung zur Prüfung von Voraussetzungen, Art und Umfang der zu erbringenden Leistung ist hier schon im SGB V § 31 Abs 6 eindeutig und unmissverständlich geregelt.

Nach SGB V §31 Abs. 6 kein Therapieversuch, sondern Leistung

Es handelt sich bei SGB V §31 Abs. 6 auch nicht um die Ermöglichung eines Therapieversuches. Im 3. Kapitel 5. Abschnitt geht es um reguläre Leistungen der Krankenbehandlung. Es handelt sich um eine durch ein Antragsverfahren genehmigte Therapie entsprechend SGB V §2, in dem im 3 Satz festgestellt wird, dass die Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen hat. Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung getroffen, obwohl es für den Einsatz von Cannabis angesichts der jahrzehntelangen Stigmatisierung als Drogen keine befriedigende Evidenz in bestimmten Indikationen gibt. Im Gesetzestext steht eindeutig, „Versicherte mit einer

schwerwiegenden Erkrankung haben Anspruch auf Versorgung mit Cannabis“, es handelt sich somit um die Genehmigung der Versorgung und nicht um die Genehmigung eines Therapieversuches. Der Leistungsträger hat hier die vom Gesetzgeber unter Kenntnis der Sachlage getroffene Entscheidung zu respektieren und umzusetzen.

Notwendigkeit der Leistungsüberprüfung, durch den Arzt, nicht durch die Kasse

Es ist unstrittig, dass eine Fortsetzung einer Therapie nur bei Erfolg einer Therapie zu erfolgen hat. Dies ergibt sich allein aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot nach §12 SGB V Abs 1, die Ärzte als Leistungserbringer dürfen „Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind“, nicht bewirken. Die Überprüfung des Therapieerfolges und der Notwendigkeit einer Fortführung der Therapie ist dabei generell ärztliche Aufgabe bei jeglicher ärztlichen Therapie. Hier hat der Gesetzgeber explizit durch die Einschränkung der Prüfung durch die Kasse nur bei der Erstverordnung die weitere Überprüfung der Therapienotwendigkeit und Therapieindikation dem behandelnden Arzt überlassen.

Ein Genehmigungsverfahren für die Fortführung der Therapie liefe darauf hinaus, dass die Kasse fortlaufend die Therapie des Arztes überwacht und genehmigt. Das ist nicht nur unnötig, sondern auch datenschutzrechtlich bedenklich und vor allem nicht sinnvoll möglich, denn anders als der behandelnde Arzt sieht weder die Kasse noch der MDK die Patienten, geschweige denn, dass sie eigene Untersuchungen durchführten. Dies ist der Grund, weswegen der Gesetzgeber zwar die Hürde der Erstgenehmigung errichtet hat, aber im Gesetzestext eindeutig und explizit keine weiteren Genehmigungen vorgesehen hat.

Stellungnahme BVA Bundesversicherungsamt

Das Bundesversicherungsamt hat beanstandet, dass die Genehmigung der erstmaligen Cannabis-Verschreibung von der Kasse in einigen Fällen zeitlich befristet wurde. Eine solche Befristung sei in dem für die Cannabis-Verordnung einschlägigen § 31 SGB V aber gar nicht vorgesehen.

Das BVA weist in seinem Tätigkeitsbericht vom 29.08.18 ausdrücklich darauf hin, dass nur die Erstverordnung von Cannabis als Medizin genehmigungspflichtig ist. Die folgenden Verordnungen hingegen liegen in der Verantwortung des behandelnden Arztes, dem Therapiehoheit zusteht. Das bedeutet: Vor dem ersten Cannabis-Rezept muss die Kasse die Behandlung genehmigen, danach nicht erneut.

Ausdrücklich weist das BVA in seinem Jahresbericht darauf hin, dass eben nur die Erstverordnung genehmigungspflichtig ist, Folgeverordnungen hingegen der ärztlichen Therapiehoheit obliegen. Dabei seien dann nur die üblichen sozialrechtlichen Kriterien "Wirtschaftlichkeit" und "Notwendigkeit" zu beachten.

Im Bericht der Behörde heißt es dazu: „Versicherte sind hinsichtlich einer weiteren Versorgung im Rahmen des § 31 Abs. 6 SGB V nicht verpflichtet, weitere Anträge auf Genehmigung bei ihrer Krankenkasse zu stellen.“

Bisherige Rechtsverfahren

Hier verweisen wir in diesem Zusammenhang auf einem rechtlichen Hinweis des SG Hildesheim aus einem vergleichbaren Verfahren. Das Sozialgericht Hildesheim hat entschieden, dass die Befristung der Kostenübernahme im Falle des Cannabispatienten Bernd V. aus Göttingen nicht rechtmäßig ist und hat einen entsprechenden Bescheid der AOK mit einem Urteil vom 21.11.2017 (Aktenzeichen: S32 KR 4041/17 ER) aufgehoben. In dem Urteil heißt es: „... weist das Gericht daraufhin, dass gemäß § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V eine Genehmigung der Krankenkasse nur bei einer erstmaligen Verordnung vorgesehen und eine Befristung dem Gesetz nicht zu entnehmen ist. Auch wenn hier noch kein rechtskräftiges Urteil einer höheren Instanz vorliegt, ist die Interpretation der Gerichte zu erkennen. Damit ist die von der Kasse vorgenommene Befristung nicht rechtmäßig. Die weiteren Verordnungen durch den Arzt dürften somit keiner Genehmigung der Kasse mehr bedürfen. (...) Damit dürfte der Antragsteller, sofern bereits eine Verordnung durch seinen Arzt ausgestellt wurde, sich auch ohne eine entsprechende Genehmigung das begehrte Mittel in der Apotheke besorgen können.“

Auch die Stellungnahme des Sozialgerichts München gegen die AOK Bayer vom 14.02.19 bestätigt eindeutig diese rechtliche Sichtweise. Im Urteil vom 14.02.19 vom Sozialgericht München (E.R. gegen AOK Bayern, AZ S 39 KR 335) wird durch den Richter nochmals betont: Es „bezieht sich die Genehmigung nach § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V auf die Versorgung mit Cannabis nach § 31 Abs. 6 S. 1 SGB V; es liegen somit nicht zwei vom Gesetz unterschiedliche Genehmigungstatbestände vor. § 31 Abs. 6 S. 1 und S. 2 SGB V sehen keinen Befristungstatbestand vor. Da die Genehmigung nicht nach pflichtgemäßem Ermessen der Antragsgegnerin zu erfolgen hat, sondern vielmehr ein Anspruch auf Genehmigung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von § 31 Abs. 6 S. 1 SGB V gegeben ist, ist eine Befristung nach § 31 Abs. 1 Alt 2 SGB V nur dann möglich, wenn die Befristung sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Das Gesetz hat damit Fälle im Blick, in denen ohne eine Nebenbestimmung überhaupt kein Anspruch bestünde (Burkiczak in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, 2. Aufl. 2017, § 32 SGB X; Rn. 91). Nach umstrittener Auffassung kann ein Verwaltungsakt mit einer Nebenbestimmung auch versehen werden, um den künftigen Fortbestand einer gesetzlichen Voraussetzung sicherzustellen, etwa wenn die Erfüllung einer Tatbestandsvoraussetzung ein fortgesetztes Handeln des Adressaten verlangt. Dies kommt bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung jedenfalls dann in Betracht, wenn aufgrund der Eigenart des Verwaltungsaktes typischerweise damit zu rechnen ist, dass dessen Voraussetzungen nach einer gewissen Zeit wieder entfallen können, oder wenn im konkreten Einzelfall greifbare Anhaltspunkte befürchten lassen, dass die Voraussetzungen wieder wegfallen könnten (Burkiczak in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, 2. Aufl. 2017, § 32 SGB X; Rn. 102 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung und Literatur). Das Bundessozialgericht hat formuliert, dass eine spätere Entwicklung regelmäßig nicht mit Nebenbestimmungen geregelt werden könne, wenn sie sich nicht bereits konkret abzeichne (Burkiczak in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, 2. Aufl. 2017, § 32 SGB X; Rn. 102 unter Verweis auf BSG v. 02.11.2012- B 4 KG 2/11 R – juris Rn. 17), mit dem Argument, dass andernfalls die Regelung vom § 48 SGB X unterlaufen würde. Dieser Auffassung ist zu folgen, da

andernfalls die Verwaltung quasi jeden Verwaltungsakt mit einer Befristung versehen könnte und damit die grundsätzliche Nebenbestimmungsfeindlichkeit einer gebundenen Entscheidung unterlaufen würde. ... Daher scheitert die streitgegenständliche Befristung bereits an § 32 Abs 1 SGB XII“. Das Gericht sichert somit chronisch Erkrankten das nach dem Gesetz vorgesehene Wegfallen einer Befristung des Bescheides zu.

Therapieerfolg

Ein Nachweis eines Therapieerfolges ist, auch wenn dieser sich hier schon bestätigt, nicht begründend für den Einspruch, da es sich bei der Genehmigung der Therapie um eine Leistungsgenehmigung handelt und nicht um die Genehmigung eines Therapieversuches. Die Fortführung, Anpassung und Beendigung dieser genehmigten Therapie ist wie oben schon ausführlich ausgeführt, eine rein ärztliche Tätigkeit, die unter der gesetzlichen Vorgabe der Wirtschaftlichkeit auch nur bei ausreichendem Erfolg fortzuführen ist. Sollte die Kasse begründete Zweifel an der wirtschaftlich sinnvollen Fortführung der Behandlung haben, so hat die Kasse nach SGB V § 106 die geeigneten rechtlichen Möglichkeiten einer Überprüfung. Den Kassen ist dieser Weg sehr gebräuchlich.

Antragsbegründungen für Folgeanträge keine Kassenleistung

Zudem ist für uns als Ärzte mit der EBM 01626 das Antragsverfahren nur einmalig für eine Verordnungsform von Cannabis anwendbar, wiederholt nur möglich bei Wechsel der Verordnungsform und somit erneuter Antragspflicht. Eine Begründung einer Fortführung der Therapie für eine Folgegenehmigung ist laut Vorgabe der KV keine Kassenleistung, was durch die KV mehrfach und schriftlich bestätigt wurde. Somit kann dies nicht als Kassenleistung abgerechnet werden und müsste per GOÄ gegenüber dem Auftraggeber abgerechnet werden.

Abschlussbemerkung

Ich rate ihrem Versicherten bei fehlender Aufhebung der Befristung zur Klage gegen Sie beim Sozialgericht und Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zur Fortführung der Therapie bis zur Rechtsentscheidung.

Sollte diesem Einspruch nicht innerhalb einer Frist von 3 Wochen stattgegeben werden, so werde ich unabhängig vom Versicherten Strafanzeige stellen wegen versuchter Körperverletzung im Amt entsprechend § 340 StGB. Da die Rechtslage durch die vorliegenden Urteile und vor allem auch durch die eindeutige Stellungnahme vom BVA 8/2018 nochmals unmissverständlich bestätigt wurde, kann hier nicht mehr von einer unterschiedlichen Rechtsauffassung ausgegangen werden, sondern nur eine mutwillige Leistungsverweigerung vermutet werden. Nach der mir vorliegenden juristischer Prüfung wären hier alle Tatbestandsmerkmale der versuchten Körperverletzung erfüllt. Für Sie als Körperschaft des öffentlichen Rechts trifft dann die § 340 StGB als Amtsinhaber zu.

Ich finde es sehr traurig, dass eine solches Vorgehen notwendig ist, damit Ihre Versicherten ihre ihnen gesetzlich und vertraglich zustehenden Rechte erhalten. Insbesondere wendet sich Ihr schädigendes Verhalten in der Regel hier gegen Schwerstkranke, die sehr häufig nicht mehr die notwendigen Ressourcen besitzen, um sich gegen dieses rechtswidrige Verhalten zu wehren. Auch ich als behandelnder Arzt werde hier durch Ihre rechtlich nicht abgedeckten Maßnahmen in einer Weise gegängelt, die wirtschaftlich für mich nicht tragbar sind. Ich glaube auch nicht, dass das Einsparpotential so groß ist, dass hier die Rechte der Patienten und der behandelnden Ärzte in einem solchen Maß beschnitten werden.

Unterschrift Arzt