

# TE OGH 2008/7/23 8Rs60/08i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.07.2008

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Manica als Vorsitzenden, den Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Atria und die Richterin des Oberlandesgerichtes Mag. Smutny sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Walter Freundsberger (AG) und Roswitha Beranek (AN) in der Sozialrechtssache des Klägers E\*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, vertreten durch Wolczik, Knotek, Winalek, Wutte-Lang, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wider die beklagte Partei Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, vertreten durch Dr. Vera Kremslehner, Dr. Josef Milchram, Dr. Anton Ehm, Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wegen Kostenübernahme, infolge Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 4.12.2007, 9 Cgs 227/07m-15, gemäß §§ 2 ASGG, 492 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss :Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Manica als Vorsitzenden, den Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Atria und die Richterin des Oberlandesgerichtes Mag. Smutny sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Walter Freundsberger (AG) und Roswitha Beranek (AN) in der Sozialrechtssache des Klägers E\*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, vertreten durch Wolczik, Knotek, Winalek, Wutte-Lang, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wider die beklagte Partei Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, vertreten durch Dr. Vera Kremslehner, Dr. Josef Milchram, Dr. Anton Ehm, Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wegen Kostenübernahme, infolge Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 4.12.2007, 9 Cgs 227/07m-15, gemäß Paragraphen 2, ASGG, 492 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss :

gefasst:

## Spruch

Der Berufung wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten erster Instanz.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wird zugelassen.

## Text

Begründung:

Mit Bescheid vom 10.7.2007 hat die beklagte Partei den Antrag des Klägers auf Übernahme der Kosten des Heilmittels „Caverject Dual 20 mcg“ abgelehnt.

Mit der dagegen erhobenen Klage begehrte der Kläger von der beklagten Partei 1.) den Ersatz der Kosten für das Präparat „Caverject Dual 20 mcg“ in Höhe von Euro 79,35 samt 4 % Zinsen ab dem 30.7.2007 sowie

2.) die Feststellung, dass die beklagte Partei schuldig sei, der klagenden Partei auf die Dauer des Fortbestehens der erektilen Dysfunktion aus dem Grunde der radikalen Prostatektomie die Kosten für ein, die Durchblutung der Sexualorgane förderndes und dadurch die Durchführung des Geschlechtsverkehrs ermöglichendes Medikamentes zu ersetzen. Zusammengefasst brachte der Kläger dazu vor, dass er nach einer radikalen Prostatektomie am 23.1.2001 an einer erektilen Dysfunktion leide. Im Rahmen der ärztlichen Aufklärung sei dem Kläger vor der operativen Entfernung des Prostatakarzinoms mitgeteilt worden, dass es nach der Entfernung der Prostata zu einer Störung der Erektionsfähigkeit des Gliedes kommen werde, welche mit erektionsfördernden Spritzen behandelt werden könne. Dem Kläger sei auch mitgeteilt worden, dass diese Potenzmittel im gleichgearteten Fällen zum Zeitpunkt der Operation durch die Krankenkasse bewilligt werden. Der Kläger hätte bei Wissen um die Nichterstattung dieses Medikaments eine andere Therapiewahl getroffen.

Der Kläger erhielt in den Jahren 2002 bis 2004 das Heilmittel „Caverject Dual 20 mcg“ von der beklagten Partei immer bewilligt und die Kosten für jeweils eine Packung zu 4 Spritzen pro Monat erstattet. Erst nach der Erstellung des Erstattungskodex habe die beklagte Partei die Kostenübernahme abgelehnt. In der Kategorie 5 der Liste nicht erstattungsfähiger Arzneimittelkategorien gem. § 351 c Abs.2 ASVG seien „Arzneimittel zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs“ angeführt. Die erektile Dysfunktion sei jedoch eine Nebenwirkung der Behandlung des Prostatakarzinoms und sei die Behandlung dieser Nebenwirkung als Teil der Gesamttherapie anzusehen. Die nachträgliche Verweigerung der Kostenübernahme durch den Krankenversicherungsträger würde den Patienten in seiner freien Therapiewahl beschneiden. Die Gebietskrankenkassen seien an den Erstattungskodex nicht gebunden bzw könnten sie im Einzelfall davon ausnahmsweise abweichen. Darüber hinaus sei die erfolgte ärztliche Aufklärung der Gebietskrankenkasse zuzurechnen und sei die beklagte Partei dadurch zur Kostenübernahme verpflichtet. Die beklagte Partei verstoße durch die nachträgliche Ablehnung der Kostenübernahme gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und sei sie zur Kostenübernahme auch im Wege des Vertrauensschadenersatzes verpflichtet. Die beklagte Partei beantragte Klageabweisung und brachte dazu vor, dass sie als Sozialversicherungsträger zum Vollzug des in Verordnungsform ergangenen Erstattungskodex verpflichtet sei und darin das begehrte Heilmittel als nicht erstattungsfähig angeführt sei. Auch nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung diene das begehrte Heilmittel nicht einer Krankenbehandlung iSd § 133 ASVG. Keinesfalls lasse jede ärztliche Verschreibung einen gesetzlichen Anspruch auf die Gewährung des verordneten Heilmittels entstehen und habe die medizinische Aufklärung durch einen in keiner Art zur beklagten Partei weisungsgebundenen Arzt auf die Leistungsverpflichtung der gesetzlichen Krankenversicherung keinen Einfluss. Der Kläger erhielt in den Jahren 2002 bis 2004 das Heilmittel „Caverject Dual 20 mcg“ von der beklagten Partei immer bewilligt und die Kosten für jeweils eine Packung zu 4 Spritzen pro Monat erstattet. Erst nach der Erstellung des Erstattungskodex habe die beklagte Partei die Kostenübernahme abgelehnt. In der Kategorie 5 der Liste nicht erstattungsfähiger Arzneimittelkategorien gem. Paragraph 351, c Absatz , ASVG seien „Arzneimittel zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs“ angeführt. Die erektile Dysfunktion sei jedoch eine Nebenwirkung der Behandlung des Prostatakarzinoms und sei die Behandlung dieser Nebenwirkung als Teil der Gesamttherapie anzusehen. Die nachträgliche Verweigerung der Kostenübernahme durch den Krankenversicherungsträger würde den Patienten in seiner freien Therapiewahl beschneiden. Die Gebietskrankenkassen seien an den Erstattungskodex nicht gebunden bzw könnten sie im Einzelfall davon ausnahmsweise abweichen. Darüber hinaus sei die erfolgte ärztliche Aufklärung der Gebietskrankenkasse zuzurechnen und sei die beklagte Partei dadurch zur Kostenübernahme verpflichtet. Die beklagte Partei verstoße durch die nachträgliche Ablehnung der Kostenübernahme gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und sei sie zur Kostenübernahme auch im Wege des Vertrauensschadenersatzes verpflichtet. Die beklagte Partei beantragte Klageabweisung und brachte dazu vor, dass sie als Sozialversicherungsträger zum Vollzug des in Verordnungsform ergangenen Erstattungskodex verpflichtet sei und darin das begehrte Heilmittel als nicht erstattungsfähig angeführt sei. Auch nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung diene das begehrte Heilmittel nicht einer Krankenbehandlung iSd Paragraph 133, ASVG. Keinesfalls lasse jede ärztliche Verschreibung einen gesetzlichen Anspruch auf die Gewährung des verordneten Heilmittels entstehen und habe die medizinische Aufklärung durch einen in keiner Art zur beklagten Partei weisungsgebundenen Arzt auf die Leistungsverpflichtung der gesetzlichen Krankenversicherung keinen Einfluss.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Erstgericht beide Klagebegehren auf Grundlage des Prozessvorbringens der Parteien abgewiesen. Das Erstgericht führte dabei unter Bezugnahme auf die oberstgerichtlichen Entscheidungen 10 Obs 227/03k und 10 Obs 12/06x aus, dass es sich bei der Kohabitationsfähigkeit nicht um „lebenswichtige persönliche

Bedürfnisse" handle, die eine Krankenbehandlung iSd § 133 ASVG erforderlich machen würden. Ein Vorbringen, dass der Kläger als Folge der erektilen Dysfunktion an psychischen Problemen mit Krankheitswert leide, sei nicht erstattet worden. Ein Kostenerstattungsanspruch aus dem Titel der Krankenbehandlung bestehe daher nicht. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Vertrauensschadenersatz sei als Amtshaftungsanspruch zu qualifizieren, wofür das angerufene Gericht als Sozialgericht nicht zuständig sei. Darüber hinaus hätten Krankenversicherungsträger für ärztliches Fehlverhalten von Vertragsärzten nicht aus dem Titel der Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313 a ABGB einzustehen. Der Versicherte könne gegenüber dem Krankenversicherungsträger diesbezüglich nur ein Auswahlverschulden geltend machen und müsse sich im Übrigen bezüglich behaupteter Schadenersatzansprüche unmittelbar an den Vertragsarzt wenden. Für den begehrten Zuspruch von Zinsen fehle es an jeglicher Rechtsgrundlage. Das Feststellungsbegehren sei - über die fehlende inhaltliche Berechtigung hinaus - gem. § 67 Abs.1 Z 1 ASGG unzulässig. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Erstgericht beide Klagebegehren auf Grundlage des Prozessvorbringens der Parteien abgewiesen. Das Erstgericht führte dabei unter Bezugnahme auf die oberstgerichtlichen Entscheidungen 10 Obs 227/03k und 10 Obs 12/06x aus, dass es sich bei der Kohabitationsfähigkeit nicht um „lebenswichtige persönliche Bedürfnisse" handle, die eine Krankenbehandlung iSd Paragraph 133, ASVG erforderlich machen würden. Ein Vorbringen, dass der Kläger als Folge der erektilen Dysfunktion an psychischen Problemen mit Krankheitswert leide, sei nicht erstattet worden. Ein Kostenerstattungsanspruch aus dem Titel der Krankenbehandlung bestehe daher nicht. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Vertrauensschadenersatz sei als Amtshaftungsanspruch zu qualifizieren, wofür das angerufene Gericht als Sozialgericht nicht zuständig sei. Darüber hinaus hätten Krankenversicherungsträger für ärztliches Fehlverhalten von Vertragsärzten nicht aus dem Titel der Erfüllungsgehilfenhaftung nach Paragraph 1313, a ABGB einzustehen. Der Versicherte könne gegenüber dem Krankenversicherungsträger diesbezüglich nur ein Auswahlverschulden geltend machen und müsse sich im Übrigen bezüglich behaupteter Schadenersatzansprüche unmittelbar an den Vertragsarzt wenden. Für den begehrten Zuspruch von Zinsen fehle es an jeglicher Rechtsgrundlage. Das Feststellungsbegehren sei - über die fehlende inhaltliche Berechtigung hinaus - gem. Paragraph 67, Absatz , Ziffer eins, ASGG unzulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Klägers aus den Berufungsgründen der Nichtigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen bzw mangelhaften Tatsachenfeststellung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil als nichtig aufzuheben, hilfsweise in Stattgebung der Berufung das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei beantragte in ihrer Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt. Unter dem Berufungsgrund der Nichtigkeit - diesbezüglich ohne näherer Zuordnung zu einem bestimmten Nichtigkeitstatbestand nach § 477 Abs.1 ZPO - sowie auch unter dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügt der Berufungswerber die Art der zustandegekommenen Urteilsfällung. Entgegen der Vorschrift des § 13 ASGG habe eine Beratung des Senats nicht stattgefunden und sei auch bei der im Wege einer Umfrage erfolgten Urteilsfällung die Reihenfolge bei der Stimmabgabe nicht eingehalten worden. Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt. Unter dem Berufungsgrund der Nichtigkeit - diesbezüglich ohne näherer Zuordnung zu einem bestimmten Nichtigkeitstatbestand nach Paragraph 477, Absatz , ZPO - sowie auch unter dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügt der Berufungswerber die Art der zustandegekommenen Urteilsfällung. Entgegen der Vorschrift des Paragraph 13, ASGG habe eine Beratung des Senats nicht stattgefunden und sei auch bei der im Wege einer Umfrage erfolgten Urteilsfällung die Reihenfolge bei der Stimmabgabe nicht eingehalten worden.

Dieses Berufungsvorbringen ist zutreffend.

Die Beratung und Abstimmung der Richter im Senat ist nicht öffentlich (§ 413 ZPO; § 116 Abs. 4 Geo). Nur wenn im Laufe einer mündlichen Verhandlung Entscheidungen zu fassen sind, die keine ausführliche Erörterung bedingen, kann im Verhandlungssaal mit leiser Stimme beraten und sofern sich keine Meinungsverschiedenheit ergibt, abgestimmt werden (Umfrage; § 116 Abs.4 2. Satz Geo). Das Urteil ist auf Grund der mündlichen Verhandlung, und zwar wenn möglich, sogleich nach Schluss derselben zu fällen und zu verkünden (§ 414 Abs.1 ZPO). Die Beratung und Abstimmung der Richter im Senat ist nicht öffentlich (Paragraph 413, ZPO; Paragraph 116, Absatz 4, Geo). Nur wenn im Laufe einer mündlichen Verhandlung Entscheidungen zu fassen sind, die keine ausführliche Erörterung bedingen, kann im Verhandlungssaal mit leiser Stimme beraten und sofern sich keine Meinungsverschiedenheit ergibt,

abgestimmt werden (Umfrage; Paragraph 116, Absatz , 2. Satz Geo). Das Urteil ist auf Grund der mündlichen Verhandlung, und zwar wenn möglich, sogleich nach Schluss derselben zu fällen und zu verkünden (Paragraph 414, Absatz , ZPO).

Daraus folgt, dass eine Urteilsfällung keinesfalls gem. § 116 Abs.4 Geo im Umfrageweg im Verhandlungssaal unter - zumindest - Parteienöffentlichkeit erfolgen darf. Weiters bestimmt § 13 Abs.1 ASGG, dass bei Abstimmungen im Verfahren erster Instanz zuerst die fachkundigen Laienrichter ihre Stimme abzugeben haben, und zwar der an Lebensjahren Ältere vor dem an Lebensjahren Jüngeren. Über jede Beratung und Abstimmung, die im Zuge einer Verhandlung oder im Anschluss an eine Verhandlung stattfindet, ist ein abgesondertes Beratungsprotokoll aufzunehmen (§ 14 JN; § 120 Abs.1 Geo). Über Abstimmungen, die im Verhandssaale mit leiser Stimme stattfinden (Umfrage), ist kein Beratungsprotokoll aufzunehmen, sondern ist dies bloß im Verhandlungsprotokoll zu beurkunden (§ 120 Abs.4 Geo). Die fachkundigen Laienrichter im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren haben jedenfalls jenen Teil des Protokolls über die Beratung und Abstimmung zu unterfertigen, der die Grundzüge der Entscheidung enthält (§ 13 Abs.3 ASGG). Daraus folgt, dass eine Urteilsfällung keinesfalls gem. Paragraph 116, Absatz , Geo im Umfrageweg im Verhandlungssaal unter - zumindest - Parteienöffentlichkeit erfolgen darf. Weiters bestimmt Paragraph 13, Absatz , ASGG, dass bei Abstimmungen im Verfahren erster Instanz zuerst die fachkundigen Laienrichter ihre Stimme abzugeben haben, und zwar der an Lebensjahren Ältere vor dem an Lebensjahren Jüngeren. Über jede Beratung und Abstimmung, die im Zuge einer Verhandlung oder im Anschluss an eine Verhandlung stattfindet, ist ein abgesondertes Beratungsprotokoll aufzunehmen (Paragraph 14, JN; Paragraph 120, Absatz , Geo). Über Abstimmungen, die im Verhandssaale mit leiser Stimme stattfinden (Umfrage), ist kein Beratungsprotokoll aufzunehmen, sondern ist dies bloß im Verhandlungsprotokoll zu beurkunden (Paragraph 120, Absatz , Geo). Die fachkundigen Laienrichter im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren haben jedenfalls jenen Teil des Protokolls über die Beratung und Abstimmung zu unterfertigen, der die Grundzüge der Entscheidung enthält (Paragraph 13, Absatz , ASGG).

Im konkreten Fall ist aus dem Protokoll der Tagsatzung vom 4.12.2007 ersichtlich, dass ein Beschluss auf Schluss der Verhandlung erging. Im Anschluss daran ist festgehalten, dass der Vorsitzende nach Umfrage das Urteil im klageabweisenden Sinn samt Entscheidungsgründen verkündet hat (ON 11, Seite 2). Ein Beratungsprotokoll wurde nicht aufgenommen.

Durch diese Vorgangsweise hat der Vorsitzende des erstinstanzlichen Senates gegen den dargestellten Grundsatz verstoßen, dass über die nach Schluss der Verhandlung zu erfolgende Urteilsfällung eine nichtöffentliche Beratung und Abstimmung der Senatsmitglieder stattzufinden hat. Erst nach der Urteilsfällung kann das Urteil verkündet werden. Für die Urteilsfällung selbst steht jedoch in der Senatsgerichtsbarkeit keinesfalls die Möglichkeit einer Beratung im Umfrageweg im Verhandlungssaal offen. In Konsequenz dieser falschen Vorgangsweise hat der Vorsitzende auch kein Protokoll über die Beratung und Abstimmung erstellt.

Da der Berufungswerber die dargestellten Verfahrensverstöße in seiner Berufung auch als Verfahrensmängel gerügt hat, kann dahingestellt bleiben, ob diese Verfahrensverstöße als Nichtigkeitsgrund gem. § 477 ZPO oder als bloße Mangelhaftigkeit des Verfahrens zu qualifizieren sind. Da der Berufungswerber die dargestellten Verfahrensverstöße in seiner Berufung auch als Verfahrensmängel gerügt hat, kann dahingestellt bleiben, ob diese Verfahrensverstöße als Nichtigkeitsgrund gem. Paragraph 477, ZPO oder als bloße Mangelhaftigkeit des Verfahrens zu qualifizieren sind.

Die unrichtige Vorgangsweise des Erstgerichts bei seiner Urteilsfällung ist jedenfalls abstrakt geeignet, für die klageabweisende Entscheidung ausschlaggebend gewesen zu sein. Der Nachweis, dass der Mangel auch im konkreten Einzelfall eine unrichtige Entscheidung herbeigeführt hat, muss nicht erbracht werden (Kodek in Rechberger<sup>3</sup> § 496 ZPO, RZ 3). Der Verfahrensmangel konnte auch nicht mehr vom Kläger gem. § 196 ZPO gerügt werden, da zum Zeitpunkt des Verfahrensverstosses die mündliche Verhandlung bereits geschlossen war. Die unrichtige Vorgangsweise des Erstgerichts bei seiner Urteilsfällung ist jedenfalls abstrakt geeignet, für die klageabweisende Entscheidung ausschlaggebend gewesen zu sein. Der Nachweis, dass der Mangel auch im konkreten Einzelfall eine unrichtige Entscheidung herbeigeführt hat, muss nicht erbracht werden (Kodek in Rechberger<sup>3</sup> Paragraph 496, ZPO, RZ 3). Der Verfahrensmangel konnte auch nicht mehr vom Kläger gem. Paragraph 196, ZPO gerügt werden, da zum Zeitpunkt des Verfahrensverstosses die mündliche Verhandlung bereits geschlossen war.

Das angefochtene Urteil war daher jedenfalls aufzuheben und wird das Erstgericht nach vorheriger nichtöffentlicher Beratung und Abstimmung neuerlich ein Urteil zu fällen haben.

Es erübrigt sich daher auch, zum jetzigen Zeitpunkt auf die weiters vorgebrachten Berufungsgründe einzugehen. Der Ausspruch über den Kostenvorbehalt beruht auf den §§ 2 ASGG, 52 ZPO. Es erübrigt sich daher auch, zum jetzigen Zeitpunkt auf die weiters vorgebrachten Berufungsgründe einzugehen. Der Ausspruch über den Kostenvorbehalt beruht auf den Paragraphen 2, ASGG, 52 ZPO.

Soweit erkennbar liegt eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zu der gegenständlichen Frage nicht vor. Gemäß § 519 Abs 1 Z 2 ZPO war der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zuzulassen. Soweit erkennbar liegt eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zu der gegenständlichen Frage nicht vor. Gemäß Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO war der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zuzulassen.

**Anmerkung**

EW00655 8Rs60.08i

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2008:0080RS00060.08I.0723.000

**Zuletzt aktualisiert am**

05.11.2008

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)