

# TE OGH 2019/5/28 10ObS55/19i

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.05.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten Univ.-Prof. Dr. Neumayr als Vorsitzenden, die Hofrätiinnen Dr. Fichtenau und Dr. Grohmann sowie die fachkundigen Laienrichter Helmut Purker (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Gerald Fida (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei J\*\*\*\*\*<sup>1</sup>, vertreten durch Dr. Wilfried Plattner, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, Gruberstraße 77, wegen Kostenerstattung, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 13. März 2019, GZ 12 Rs 19/19d-27, in nichtöffentlicher Sitzung, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Beim Kläger wurde im April 2016 ein von der Prostata ausgehender bösartiger Tumor diagnostiziert. Die empfohlene operative Entfernung der Prostata (radikale Prostatektomie) lehnte er im Hinblick auf die möglichen Nebenfolgen ab. Die vom Kläger in Betracht gezogene Irreversible Elektrooperation (IRE, „Nano-Knife“) beurteilte der behandelnde Urologe skeptisch. Nachdem der Kläger bei der beklagten Partei erfolglos die Kostenübernahme für eine (andere) alternative Behandlung (Protonenbestrahlung) beantragt hatte, wandte er sich an zwei – nicht im Vertragsverhältnis zur beklagten Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse stehende – Ärzte, die bei ihm im Februar 2017 eine multiparametrische MRT-Untersuchung durchführten, auf deren Grundlage sie am 29. 3. 2017 die Irreversible Elektrooperation (IRE, „Nano-Knife“) vornahmen.

Mit Bescheid vom 13. 12. 2017 lehnte die beklagte Partei den Antrag auf Kostenersatz für die multiparametrische MRT-Untersuchung in Höhe von 539 EUR sowie für die Irreversible Elektrooperation (IRE, „Nano-Knife“) in Höhe von 14.800 EUR ab.

Das Erstgericht gab der Klage auf Grundlage des von ihm festgestellten Sachverhalts statt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei Folge und änderte diese Entscheidung in eine Klageabweisung ab. Es stellte – teils abweichend von den erstgerichtlichen Feststellungen – zusammengefasst folgenden Sachverhalt fest:

Zu den gravierendsten unerwünschten Nebenfolgen schulmedizinischer Behandlungen von Prostatakarzinomen zählen Sexualstörungen (in Form einer erektilen Dysfunktion), Störungen der Kontinenz und der Harnblasenfunktion sowie Beschwerden im Dick- und Mastdarmbereich. Weitere typische Nebenwirkungen sind sogenannte Zweitmalignome. Im Vergleich dazu traten bei der gegenwärtig noch als experimentell einzustufenden Nano-Knife-Methode im Hinblick auf Kontinenz und Sexualstörungen signifikant weniger Nebenwirkungen auf; dafür kommt es anfänglich zu mehr Allgemeinbeschwerden. Es liegt derzeit noch kein ausreichender Erfahrungssatz zur Beurteilung vor, dass mit der „Nano-Knife-Methode“ typischerweise ein Behandlungserfolg erzielt wird. Es kann auch nicht festgestellt werden, ob die durchgeführte Behandlung beim Kläger erfolgreich war. Die im vorliegenden Fall entstandenen Kosten blieben im Vergleich zur schulmedizinischen Standardbehandlung (radikale Prostatektomie) insbesondere wegen des viel kürzeren stationären Aufenthalts – viel niedriger. Einen uneingeschränkten Heilungsanspruch kann keine Behandlungsmethode zur Bekämpfung des Prostatakarzinoms stellen.

In seiner Beweiswürdigung (zu den abgeänderten Feststellungen zum typischerweise erzielbaren und konkret beim Kläger erzielten Behandlungserfolg) verwies das Berufungsgericht auf die Kernaussage des Sachverständigengutachtens, nach der zur Nano-Knife-Methode gegenwärtig noch kein ausreichender Erfahrungssatz vorliege. Es sei nicht nur im Hinblick auf die Zahl der behandelten Personen eine sehr limitierte Datenlage gegeben, sondern es mangle auch an prospektiven Studien mit langfristiger Verlaufsbeobachtung sowie an Daten zum Vergleich zu etablierten Verfahren. Wenngleich der Sachverständige eingeräumt habe, dass das Nano-Knife-Verfahren als vielversprechend anzusehen sei, sei er dennoch bei seiner Einschätzung geblieben, aufgrund fehlender prospektiver Vergleichsstudien sei die onkologische Effektivität nicht gezeigt und das Verfahren gegenwärtig als experimentell einzustufen, weshalb es außerhalb klinischer Studien nicht zur Anwendung kommen sollte. Weiters sei dem Sachverständigengutachten auch darin zu folgen, dass der konkret beim Kläger eingetretene Therapieerfolg aus biologischer Sicht mangels postinterventioneller Biopsie nicht beurteilbar sei. Dass aus klinischer Sicht keine Beschwerden des Klägers eruiert werden konnten und kein Rückfall vorgebracht wurde, vermöge noch keine Bedenken an der Richtigkeit der Ausführungen des Sachverständigen zu begründen.

Rechtlich ging das Berufungsgericht davon aus, dass ein Anspruch auf Kostenersatz für eine von der Wissenschaft (noch) nicht anerkannte Behandlungsmethode („Außenseitermethode“) nur dann bestehe, wenn jede zur Verfügung stehende, zumutbare schulmedizinische Behandlung erfolglos durchgeführt worden sei und darüber hinaus feststehe, dass die Außenseitermethode entweder typischerweise zum Erfolg führe oder im konkreten Einzelfall beim Versicherten erfolgreich gewesen sei. Ausgehend von den getroffenen Feststellungen scheide ein Anspruch auf Übernahme der Kosten aus, ohne dass auf die Frage eingegangen werden müsse, ob dem Kläger die vorgeschlagene schulmedizinische Behandlung zumutbar gewesen wäre.

Die Revision sei nicht zulässig, weil keine in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage zu lösen sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision des Klägers ist mangels einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung nicht zulässig.

1. Ein Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens liegt nicht vor:

1.1 In der mündlichen Streitverhandlung vom 15. 11. 2018 erklärten die Parteienvertreter mit der Verlesung des bisherigen Akteninhalts trotz geänderter Senatszusammensetzung (infolge Wechsel des Vorsitzenden und der fachkundigen Laienrichter) einverstanden zu sein (ON 22). Zum Akteninhalt zählte zum damaligen Zeitpunkt bereits das vom vormaligen Vorsitzenden in Auftrag gegebene (schriftliche) Sachverständigengutachten (ON 8) samt (schriftlichem) Ergänzungsgutachten (ON 15) aus dem Fachgebiet der Inneren Medizin und internistischen Onkologie sowie die dazu abgegebenen schriftlichen Stellungnahmen beider Parteien (ON 11, 13 und 17). Auch eine Gutachtenserörterung wurde (nach Vorliegen des Ergänzungsgutachtens) von keiner der Parteien beantragt.

1.2 War Grundlage der erstgerichtlichen Entscheidung – infolge Richterwechsels – nur eine mittelbare Beweisaufnahme, dann haben die Parteien im Berufungsverfahren auch nur ein Recht auf Wiederholung dieser mittelbaren Beweisaufnahme (2 Ob 59/09d; RIS-Justiz RS0042209). Das Nicht-Anberaumen einer mündlichen Berufungsverhandlung, die nur den Zweck hätte, die mittelbar aufgenommenen Beweise neuerlich zu verlesen, ist dann kein relevanter Verfahrensmangel (RS0118509; RS0042533 [T2]). Das Berufungsgericht konnte somit von den – auf der Grundlage des Gerichtssachverständigengutachtens, das nach Richterwechsel vor dem das Urteil fällenden

Richter einverständlich verlesen worden war – getroffenen erstinstanzlichen Feststellungen ohne neuerliche Beweisaufnahme abgehen (RS0041404; vgl auch RS0042533; RS0118509; RS0040610; Zechner in Fasching/Konecny2 § 503 ZPO Rz 132).

1.3 Eine „Überraschungsentscheidung“ liegt nicht vor. Sowohl im erstinstanzlichen als auch im Berufungsverfahren können die Parteien von vornherein keine Gewissheit haben, welche tatsächlichen Schlussfolgerungen das Gericht jeweils aus den zulässigerweise mittelbar aufgenommenen Beweisen ziehen werde (1 Ob 189/03f). Nur die Beweiswiederholung durch Verlesung des Protokolls über die unmittelbaren Beweisaufnahmen in erster Instanz verlangt die Bekanntgabe an die Parteien, dass ein Abweichen von den Feststellungen der ersten Instanz erwogen wird (A. Kodek in Rechberger, ZPO5 § 488 Rz 2). Da bereits das Erstgericht eine mittelbare Beweisaufnahme vorgenommen hat, liegt kein Verstoß gegen § 488 Abs 4 ZPO vor (RS0042533).

1.4 § 44 Abs 2 ASGG ist zufolge der auch im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren anzuwendenden Bestimmung des § 480 Abs 1 ZPO idF Art 15 Z 14 BBG 2009 obsolet (Neumayr in ZellKomm3 §§ 44–48 ASGG Rz 6).

1.5 Nach § 75 Abs 2 ASGG ist in Sozialrechtssachen der Sachverständige auch im Fall einer schriftlichen Begutachtung von Amts wegen zur Erörterung des Gutachtens zur mündlichen Streitverhandlung zu laden, es sei denn, dass es offenkundig der Erörterung nicht bedarf. Die Anwesenheit des Sachverständigen bei der Verhandlung soll demnach dem Gericht und den Parteien die Möglichkeit zur Erörterung des Gutachtens bieten. Haben sich im vorliegenden Fall aber die Parteien in erster Instanz mit der Verlesung des Gutachtens sowie des Ergänzungsgutachtens einverstanden erklärt, ist davon auszugehen, dass sie weder ergänzende Fragestellungen an den Sachverständigen noch eine Erörterung des Gutachtens mit ihm für erforderlich hielten. Hat das Berufungsgericht von der Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung und der Ladung des Sachverständigen abgesehen, folgt daraus, dass auch das Berufungsgericht weitere Aufklärungen für nicht nötig hielt. Demnach bildet die Nichtanberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung auch im Hinblick auf § 75 Abs 2 ASGG keinen Mangel des Berufungsverfahrens (RS0085805).

2.1 Liegt ein erheblicher Mangel des Berufungsverfahrens nicht vor, ist von den Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts auszugehen.

2.2 Soweit der Kläger diese Feststellungen und die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts bekämpft, ist die Revision nicht gesetzmäßig ausgeführt, denn der Oberste Gerichtshof ist nicht Tatsacheninstanz. Das gilt auch für den Fall, dass ein Gericht zweiter Instanz von den Feststellungen des Erstgerichts abgeht und eine neue Tatsachengrundlage schafft. Die Überprüfung der Beweiswürdigung ist dem Obersten Gerichtshof auch in diesen Fällen entzogen (RS0123663), weil § 503 ZPO keine Ausnahmebestimmung vorsieht, die dem Obersten Gerichtshof (ausnahmsweise) Aufgaben einer Tatsacheninstanz übertragen würde. Der Beweiswürdigung ist auch die Frage zuzurechnen, ob von Amts wegen eine (weitere) Gutachtensergänzung nötig gewesen wäre.

3.1 Bereits das Berufungsgericht hat die ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung wiedergegeben, nach der ein Kostenersatz bei einer von der Wissenschaft noch nicht anerkannten Behandlungsmethode (Außenseitermethode) nur dann gewährt werden kann, wenn diese Behandlung einer zweckmäßigen Krankenbehandlung entspricht und das Maß des Notwendigen nicht überschreitet. Dies setzt voraus, dass eine zumutbare erfolgversprechende Behandlung nach wissenschaftlich anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst nicht zur Verfügung stand oder eine solche erfolglos blieb, während von der Außenseitermethode nach den Ergebnissen einer für die Bildung eines Erfahrungssatzes ausreichenden Zahl von Fällen ein Erfolg erwartet werden konnte, sie sich also als erfolgversprechend darstellte oder sie konkret beim Versicherten erfolgreich war. Kann eine herkömmliche Behandlungsmethode erfolgreich und ohne Nebenwirkungen angewandt werden (bzw. hätte sie angewandt werden können), besteht kein Anlass zur Kostenübernahme für alternative Heilmethoden durch den gesetzlichen Krankenversicherungsträger. Wenn jedoch schulmedizinische Behandlungsmethoden zu unerwünschten (erheblichen) Nebenwirkungen führen und durch alternative Heilmethoden der gleiche Behandlungserfolg (ohne solche Nebenwirkungen) erzielt werden kann, kommt im Sinn einer „zweckmäßigen“ Krankenbehandlung (vgl § 133 Abs 2 ASVG) auch eine Kostenübernahme für alternative Heilmethoden durch den gesetzlichen Krankenversicherungsträger in Betracht, wobei die Zweckmäßigkeit einer Krankenbehandlung nicht allein nach ökonomischen Gesichtspunkten beurteilt werden darf, sondern auch das Ausmaß der Betroffenheit des Patienten im Einzelfall berücksichtigt werden muss (RS0102470 [T7], RS0104903).

3.2 Mit diesen Grundsätzen der Rechtsprechung steht die Ansicht des Berufungsgerichts in Einklang. Wollte man dem Standpunkt des Klägers folgend davon ausgehen, dass ihm die schulmedizinische Behandlung (radikale

Prostatektomie) wegen der damit verbundenen möglichen (erheblichen) Nebenwirkungen unzumutbar war, käme grundsätzlich auch der Ersatz der Kosten einer Außenseitermethode in Betracht, sofern diese Methode im Vergleich zur schulmedizinischen Behandlung bei weitem höhere Erfolgsaussichten böte und erheblich geringere Nebenwirkungen mit sich brächte (10 ObS 409/02y SSV-NF 17/54). Nach den im vorliegenden Fall getroffenen Feststellungen zum typischerweise zu erwartenden Behandlungserfolg der Nano-Knife-Methode sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

3.3 Wenngleich es grundsätzlich nicht Sache des Krankenversicherungsträgers ist, die Kosten für medizinische Experimente zu tragen, muss dem Patienten auch der Beweis offen stehen, dass im Einzelfall eine wissenschaftlich noch nicht allgemein gesicherte Methode erforderlich oder zweckmäßig war (RS0083792). Dieser Beweis wäre auch dann erbracht, wenn die Behandlungsmethode (konkret) bei dem Versicherten erfolgreich war. Der Versicherte muss also die Kosten der Behandlung nicht bis zum Erreichen einer entsprechenden Zahl von positiven Ergebnissen auch dann selbst tragen, wenn die neue Methode bei ihm bereits nachweislich erfolgreich war.

3.4 Dieser Nachweis ist dem Kläger allerdings nicht gelungen. Wie er selbst in seiner außerordentlichen Revision aus dem Sachverständigengutachten zitiert, sind bei der Erfolgsbeurteilung einer Krebserkrankung der unmittelbare (ablationsbedingte) Behandlungserfolg und der intermediäre bis langfristige Behandlungserfolg zu unterscheiden. Die Ausführungen des Sachverständigen, dass der intermediäre bis langfristige Behandlungserfolg zum Zeitpunkt der Begutachtung nicht beurteilt werden konnte, da die notwendige Zeitspanne noch nicht verstrichen war, um Langzeitbeobachtungsdaten festzustellen, zweifelt der Kläger nicht an. Er meint aber, durch Vorlage seiner MRT-Untersuchungsbefunde sei er seiner Beweislast für den konkreten Erfolg der Nano-Knife-Behandlung ausreichend nachgekommen. Bereits aufgrund dieser Untersuchungsergebnisse hätte der unmittelbare (ablationsbedingte) Behandlungserfolg festgestellt werden müssen, ohne dass zusätzlich das Ergebnis einer – wie in der Revision unter einem vorgebracht wird – nur unter Narkose durchführbaren und daher risikoreichen – Biopsie als Beweis gefordert werden hätte dürfen.

Eine erhebliche Rechtsfrage wird aber auch mit diesem Vorbringen nicht aufgezeigt, weil auch damit die Frage der Beweiswürdigung angesprochen wird, die im Revisionsverfahren nicht mehr überprüfbar ist (RS0112242).

Eine – offenbar vom Revisionswerber gewünschte – Verschiebung der Beweislast käme nur in Betracht, wenn ein allgemein – also für jedermann in gleicher Weise bestehender – Beweisnotstand gegeben ist und objektiv typische, also auf allgemein gültigen Erfahrungssätzen beruhende Geschehensabläufe für den Anspruchswwerber sprechen (RS0039895). Allein durch die besonderen Umstände des Einzelfalls bedingte – wenn auch erhebliche – Beweisschwierigkeiten können eine Verschiebung der Beweislast nicht rechtfertigen (RS0040182 [T13, T17]).

4. Da der Revisionswerber mit seinem Vorbringen keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSdS 502 Abs 1 ZPO aufzeigt, ist seine außerordentliche Revision zurückzuweisen.

#### **Textnummer**

E125544

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2019:010OBS00055.19I.0528.000

#### **Im RIS seit**

17.07.2019

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.09.2020

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