

Dienstgeberhaftungsprivileg für Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge

Der OGH wendet in zwei rezenten E auf therapeutische Behandlungsfehler in Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge das Dienstgeberhaftungsprivileg an. Schadenersatzansprüche geschädigter Patienten gegen die Rechtsträger dieser Einrichtungen werden damit abgeschnitten. In der L stößt dies auf – wie der Beitrag zeigt: unberechtigte – Kritik. Auch ärztliche Aufklärungs- und Behandlungsfehler, die mit der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge typischerweise zusammenhängen, sind nach der hier vertretenen Auffassung vom Dienstgeberhaftungsprivileg umfasst.

- I. Einleitung und Problemaufriss
- II. Rechtsprechung des OGH
- III. Meinungsstand
- IV. Bewertung des Meinungsstandes
 - A. Ausübungshandlungen des Versicherten
 - B. Kompetenzrechtliche Auslegung des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4
 - C. Gleichheitsrechtliches
- V. Weitergehende Überlegungen
 - A. Einbeziehung ärztlicher Behandlungsfehler in den Versicherungsschutz
 - B. Einbeziehung von Aufklärungsfehlern in den Versicherungsschutz

I. Einleitung und Problemaufriss

Behandlungs- und Aufklärungsfehler bei der Behandlung von Patienten können zu Schadenersatzforderungen gegen die behandelnden Personen oder die für sie haftenden Einrichtungen führen. Passieren derartige Fehler aber in Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge, ist nach jüngerer Rsp des OGH (s B.) das Dienstgeberhaftungsprivileg des ASVG¹⁾ zu beachten. Dies mit der Konsequenz, dass die Träger der betreffenden Einrichtungen und ihnen gleichgestellte Personen²⁾ von einer weitgehenden Haftungsbefreiung profitieren.³⁾ Folgende Gesetzeslage: Gem § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 sind in der Unfallversicherung (UV) Personen teilversichert, die in einer Einrichtung untergebracht sind, die der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge dient. Gem § 333 Abs 1 ist der Dienstgeber dem (Unfall-)Versicherten zum Ersatz des Schadens, der diesem durch eine Verletzung am Körper infolge eines Arbeitsunfalles oder durch eine Berufskrankheit entstanden ist, nur verpflichtet, wenn er den Arbeitsunfall vorsätzlich verursacht hat. § 335 Abs 3 setzt den Träger der Einrichtung, in der die Rehabilitation oder Ge-

Prof. Dr. *Gerhard W. Huber*, LL.M., PM.ME und Dr. *Jakob Dietrich* sind Rechtsanwälte in Linz mit Schwerpunkt Medizinrecht. Der Beitrag wurde einem Double-Blind-Peer-Review-Verfahren unterzogen.

¹⁾ Die in diesem Beitrag angeführten Paragrafen sind solche des ASVG, zuletzt novelliert mit BGBl I 2024/46, sofern nicht ein anderes Gesetz bezeichnet ist.

²⁾ § 333 Abs 4; *Auer-Mayer in Mosler/R. Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 333 ASVG Rz 42 (Stand 1. 10. 2023, rdb.at).

³⁾ Eingehend *Neumayr/Ch. Huber in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 335 ASVG Rz 8.

sundheitsvorsorge erfolgt, dem Dienstgeber gleich, was die §§ 333, 334 und 335 anwendbar macht. Gem § 175 Abs 1 sind Arbeitsunfälle Unfälle, die sich im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung ereignen. Ist ein Behandlungsfehler ein zeitlich begrenztes und von außen her schädigend auf den Körper einwirkendes Ereignis,⁴⁾ dann qualifiziert ihn die jüngste Rsp als versicherten und haftungsprivilegierten Arbeitsunfall.⁵⁾ In der Literatur stößt dies auf Kritik. Dem geht dieser Beitrag nach.

II. Rechtsprechung des OGH

Soweit ersichtlich, gibt es ein gutes Dutzend veröffentlichte E des OGH, die sich mit der UV von Personen, die medizinische Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge in Anspruch nehmen, befassen. Die Rsp im Überblick: Damit ein schädigendes Ereignis bei der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge als Arbeitsunfall iSd § 175 Abs 1 qualifiziert werden kann, muss sich dieses im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung ereignen.⁶⁾ Das die Versicherungspflicht auslösende Versicherungsbedürfnis nach § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 wird jedenfalls nicht allein aus der Zweckbestimmung der Einrichtung begründet, in der der Versicherte untergebracht ist, sondern durch jene Maßnahmen medizinischer Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge, denen der Versicherte in der Anstalt unterzogen wird. Dahinter steht der Gedanke, dass der Versicherte im Rahmen der diesen Zwecken dienenden Therapien Risiken ausgesetzt ist, die in den Schutzbereich der gesetzlichen UV fallen sollen.⁷⁾ Sog „eigenwirtschaftliche Tätigkeiten“ sind daher idR⁸⁾ keine Arbeitsunfälle.⁹⁾ Die Abgrenzung zum eigenwirtschaftlichen Bereich hängt davon ab, in welcher Intensität die Veranstaltung betrieblichen Zwecken dient und inwieweit private Interessen mitspielen, insbesondere inwieweit sich die Versicherten zur Teilnahme verpflichtet fühlen mussten.¹⁰⁾ Keine Arbeitsunfälle sind daher:

- Sturz beim Spaziergehen während der Reha in der therapiefreien Zeit, auch wenn dieses als gesundheitsfördernde Maßnahme empfohlen, nicht aber verpflichtend angeordnet war.¹¹⁾
- Sturz im Zimmer nach einem Duschbad auf dem vor der Duschtasse liegenden Duschvorleger.¹²⁾
- Verletzung bei der Teilnahme an einem von der Reha-Klinik organisierten Busausflug in der therapiefreien Zeit.¹³⁾

⁴⁾ Siehe zum Unfallsbegriff nur *Tarmann-Prentner in Sonntag* (Hrsg), ASVG¹³ § 175 Rz 2 sowie RIS-Justiz RS0084348.

⁵⁾ OGH 24. 10. 2017, 2 Ob 45/17g; OGH 14. 12. 2021, 2 Ob 158/21a.

⁶⁾ OGH 27. 9. 1994, 10 ObS 154/94; OGH 19. 9. 2000, 10 ObS 238/00y.

⁷⁾ OGH 19. 9. 2000, 10 ObS 238/00y; OGH 23. 1. 2007, 1 Ob 247/06i.

⁸⁾ Nach OGH 23. 1. 2007, 1 Ob 247/06i werden auch „Verhaltensweisen, die der Verletzte aus eigenwirtschaftlichen Gründen setzte, als von der gesetzlichen Unfallversicherung geschützt angesehen, wenn sie unter einem erhöhten Gefahrenrisiko durchgeführt werden müssten, sofern dieses erhöhte Risiko auch tatsächlich zum Unfall geführt hatte.“

⁹⁾ OGH 19. 9. 2000, 10 ObS 238/00y; OGH 23. 1. 2007, 1 Ob 247/06i.

¹⁰⁾ OGH 13. 9. 2018, 10 ObS 77/18y.

¹¹⁾ OGH 19. 9. 2000, 10 ObS 238/00y.

¹²⁾ OGH 23. 1. 2007, 1 Ob 247/06i.

¹³⁾ OGH 13. 9. 2018, 10 ObS 77/18y.

In stRsp judiziert der OGH zudem, dass sich im Rahmen der Unterbringung in einer medizinischen Rehabilitationsanstalt der Unfallversicherungsschutz „nur auf Ausübungshandlungen des Versicherten, die mit der geschützten Tätigkeit (medizinischen Rehabilitation) im zeitlichen, örtlichen und ursächlichen Zusammenhang stehen“ (§ 175 Abs 1), erstreckt.¹⁴⁾ Auf diese E stützt sich die eingangs erwähnte Kritik in der L. Sie (die Kritik) bezieht sich auf zwei aktuelle E, in denen der OGH einen Arbeitsunfall auch bei einem schädigenden Ereignis bejahte, welches durch einen Mitarbeiter der Einrichtung und nicht den Versicherten selbst gesetzt wurde:

- Anordnung der Therapeutin, der Patient könne in eine, wie sich herausstellte, zu heiße Edelstahlwanne steigen (ärztlich verordnetes Kohlensäurewannenbad).¹⁵⁾
- Schulterverletzung bei einer im Rahmen von ärztlich verordnetem „Fitnessboxen“ demonstrierten Selbstverteidigungstechnik durch einen Physiotherapeuten.¹⁶⁾

III. Meinungsstand

Die „Kohlensäurewannenbad“-E und im Ergebnis auch die sich darauf stützende „Fitnessboxen“-E kritisieren *R. Müller*¹⁷⁾ und ihm (ohne eingehende Auseinandersetzung mit der Thematik) folgend *Auer-Mayer*¹⁸⁾, *Neumayr/Ch. Huber*¹⁹⁾ und *Mosler*.²⁰⁾ Die Kritik lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die oa Rsp, der zufolge sich der Unfallversicherungsschutz „nur auf Ausübungshandlungen des Versicherten“, die mit der medizinischen Rehabilitation zusammenhängen, erstrecke, versteht *R. Müller* so, dass nur aktive Ausübungshandlungen des Patienten (Turnen, Schwimmen, „Bewegungstherapie“), nicht aber sonstige therapeutische und medizinische Maßnahmen vom Unfallversicherungsschutz erfasst seien und damit auch nicht die bloße Duldung und Entgegennahme von Maßnahmen einer medizinischen/therapeutischen Behandlung. Maßnahmen der Therapie seien solche, die entweder dem Arzt oder sonstigem medizinischen Personal vorbehalten seien; Körperschäden aus einem Unfallgeschehen, das im Zuge der therapeutischen Maßnahmen durch Kunstfehler des therapeutischen ärztlichen oder nichtärztlichen Personals verursacht werde, gehörten seiner Ansicht nach in den Bereich der Berufshaftpflicht und nicht in den der SV; derartige Körperschäden lägen außerhalb des Schutzbereichs des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4.²¹⁾

Eine kompetenzrechtliche Auslegung des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 stehe einer Entschädigung therapeutischer Fehlleistungen in Rehabilitationseinrichtungen als Arbeitsunfälle entgegen. Denn der Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“ unterscheide sich grundlegend von jenem des „Vertragsversicherungswesens“ und sei daher von diesem abzugrenzen. Die Grundsätze der gesetzlichen SV und damit des Kompetenztatbestands „Sozialversicherungswesen“ (solidarische Tragung sozialer Risiken, die alle Menschen in ihrer Rolle als Erwerbs-

¹⁴⁾ OGH 7. 2. 2007, 2 Ob 218/06g; OGH 13. 9. 2018, 10 ObS 77/18y; OGH 14. 12. 2021, 2 Ob 158/21a; OGH 24. 10. 2017, 2 Ob 45/17g; so auch schon OGH 19. 9. 2000, 10 ObS 238/00y, auf welche unter IV.A. näher eingegangen wird.

¹⁵⁾ OGH 24. 10. 2017, 2 Ob 45/17g.

¹⁶⁾ OGH 14. 12. 2021, 2 Ob 185/21a.

¹⁷⁾ *R. Müller*, Schutzbereich der Unfallversicherung bei Rehabilitationsmaßnahmen, DRdA 2018, 490 (492f); *ders.*, Der Schutzbereich der Unfallversicherung für Patienten in Rehabilitationseinrichtungen, in GS Rebhahn (2019) 361 (383).

¹⁸⁾ In *Mosler/R. Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 335 ASVG Rz 14 (Stand 1. 10. 2023, rdb.at).

¹⁹⁾ In *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 335 ASVG Rz 8.

²⁰⁾ In SV-Komm § 8 ASVG Rz 40 (Stand 1. 7. 2020, rdb.at).

²¹⁾ *R. Müller*, DRdA 2018, 490 (494f); *ders.* in GS Rebhahn 361 (367).

tätige betreffen; keine Äquivalenz von Versicherungs- und Beitragsleistung; Pflichtversicherung²²⁾) schlossen es aus, die Berufshaftpflicht freier Berufe im Rahmen der gesetzlichen SV zu organisieren. Es wäre eine Überschreitung des Kompetenztatbestandes „Sozialversicherungswesen“, wenn zB Haftungsrisiken wie Personenschäden von Patienten aufgrund medizinischer Fehlbehandlungen in den Gestaltungsformen der gesetzlichen SV erfasst würden.²³⁾

Auch gleichheitsrechtliche Überlegungen wendet R. Müller gegen eine Privilegierung von Behandlungsfehlern, ob therapeutischen oder ärztlichen, in Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation (und wohl auch der Gesundheitsvorsorge) ein. Auf diese wird unter IV.C. eingegangen.

IV. Bewertung des Meinungsstandes

A. Ausübungshandlungen des Versicherten

R. Müller hält den beiden jüngsten E des OGH, die auch therapeutische Behandlungsfehler in den Schutzbereich der UV einbeziehen, die „Ausübungshandlungs“-Rsp des OGH entgegen. Wiederholt klingt dabei seine Skepsis gegenüber dem 2. (Zivilrechts-)Senat durch, der in Schadenersatzprozessen über Einwände des Dienstgeberhaftungsprivilegs entscheidet und – anders als der für Leistungen der UV zuständige 10. (Sozialrechts-)Senat – für Sozialrechts-sachen nicht fachzuständig ist.²⁴⁾ Wie ist nun die „Ausübungshandlungs“-Rsp zu verstehen und worauf geht sie zurück? Ist die Kritik R. Müllers berechtigt?

Im Kontext „Arbeitsunfälle“ in Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge bezog sich der OGH erstmals in 10 Obs 238/00y auf „Ausübungshandlungen des Versicherten“. Wie unter II. dargestellt, ging es dabei um den Sturz eines Versicherten beim Spaziergehen in der Freizeit während eines medizinischen Rehabilitationsaufenthaltes. Der OGH wörtlich (Hervorhebungen durch die Verfasser): „Die Unfallversicherung bezieht vor allem Gefahren in ihren Schutzbereich ein, denen ein Versicherter als Erwerbstätiger ausgesetzt ist. Im Vordergrund stehen dabei Ausübungshandlungen des Versicherten, das sind Handlungen, die durch zwei Bedingungen charakterisiert sind: Die Tätigkeit muss einem vernünftigen Menschen als Ausübung der Erwerbstätigkeit erscheinen (objektive Bedingung) und sie muss vom Handelnden in dieser Intention entfaltet werden (subjektive Bedingung) (vgl SSV-NF 8/81, 7/39 mwN ua). Von diesen im räumlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit stehenden Tätigkeiten sind die dem privaten Bereich zuzuordnenden sogenannten *eigenwirtschaftlichen Tätigkeiten* abzugrenzen. Bei der Verrichtung der letztgenannten Tätigkeiten besteht kein Versicherungsschutz.“ Wie man sieht, ging es dem OGH hier nicht darum, aktives Handeln von passiver Duldung und Entgegennahme von Behandlungen abzugrenzen, sondern um den Unterschied zwischen beruflicher/rehabilitativer (= unfallversicherter) und privater Tätigkeit. Dies belegt die vom OGH in 10 Obs 238/00y zitierte Vorjudikatur²⁵⁾, wo es ebenfalls nur darum ging, ob ein Unfall der beruflichen oder privaten Sphäre zuzurechnen sei. In 10 Obs 58/93 (SSV-NF 7/39) zitiert der OGH *Tomandl* (Hervorhebungen durch die Verfasser): „Entscheidend ist aber, dass die auf Weisung des Dienstgebers vorgenommene, wenn auch betriebsfremde Tätigkeit fremdwirtschaftlichen Interessen dient und nicht überwiegend vom Eigen-

²²⁾ R. Müller in GS Rebhahn 374f.

²³⁾ R. Müller, DRdA 2018, 490 (493f); ders in GS Rebhahn 361 (367).

²⁴⁾ R. Müller, EAnm OGH 7. 2. 2007, 2 Ob 218/06g, DRdA 2008/24; ders, DRdA 2018, 490 (492f); ders in GS Rebhahn 361 (366f).

²⁵⁾ OGH 27. 9. 1994, 10 Obs 154/94 SSV-NF 8/81; OGH 15. 4. 1993, 10 Obs 58/93 SSV-NF 7/39.

interesse des Versicherten bestimmt ist, weil im letzteren Falle keine Tätigkeit als Versicherter vorliegt [. . .]. Das Verhalten ist dann nicht die *Ausübung einer Erwerbstätigkeit* (Tomandl System 5. ErgLfg. 280, 281 f).“ Noch heute liest man bei Tomandl²⁶⁾ an der zitierten Stelle, dass die UV vor allem Gefahren schütze, denen ein Versicherter in seiner Rolle als Erwerbstätiger ausgesetzt sei. Im Vordergrund stehen dabei *Ausübungshandlungen des Versicherten*, also solche, die durch die zwei Bedingungen charakterisiert seien: Die Tätigkeit müsse einem vernünftigen Menschen als Ausübung der Erwerbstätigkeit erscheinen (objektive Bedingung) und sie müsse vom Handelnden in dieser Intention entfaltet werden (subjektive Bedingung). Diese Ausführungen übernahm der OGH wortwörtlich in seine Rsp. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der OGH im gegebenen Zusammenhang deshalb ständig von „Ausübungshandlungen“ spricht, weil er beim Unfallversicherungsschutz bzw Dienstgeberhaftungsprivileg eigenwirtschaftliche Tätigkeiten von solchen abzugrenzen hat, die die *Ausübung einer Erwerbstätigkeit* darstellen und damit unfallversichert/haftungsprivilegiert sind.²⁷⁾ Dabei liegt der inhaltliche Schwerpunkt nicht auf der aktiven „Ausübung“ des Geschädigten, die zum Arbeitsunfall führt, sondern auf der mit dem Arbeitsunfall zusammenhängenden „ausgeübten Erwerbstätigkeit“. So können auch Schädigungshandlungen Dritter bei der Ausübung der Erwerbstätigkeit als Arbeitsunfälle qualifiziert werden.²⁸⁾ Ein näherer Blick auf die von R. Müller ins Treffen geführte „Ausübungshandlungs“-Rsp, die auf den 10. (Sozialrechts-)Senat zurückgeht, zeigt sohin, dass seine diesbezügliche Kritik an der jüngsten Rsp des 2. Senats unberechtigt ist. Auch die von ihm angenommene Divergenz der Rsp der beiden Senate besteht tatsächlich nicht, sondern hatte der 10. Senat (soweit veröffentlicht) bislang schlicht nicht die Gelegenheit, sich mit Fällen auseinanderzusetzen, in denen therapeutische Behandlungsfehler als Grundlage für eine Leistung der UV zu beurteilen waren.

Abgesehen von diesen systematischen Überlegungen: In der „Fitnessboxen-E“ verletzte sich der versicherte Patient dabei, als er einen – aktiven – „Angriff“ gegen den Physiotherapeuten ausführte und dieser den „Angriff“ abwehrte, indem er ihn zu Boden warf. In der „Kohlensäurewannenbad“-E stieg der versicherte Patient zunächst – aktiv – in die zu heiße Badewanne. Er bemerkte an seinem Gesäß, dass der Wannenboden sehr warm war. Er stützte sich daraufhin mit den Armen ab und hob das Gesäß an, die Füße beließ er im Wasser. An seinen Füßen konnte er diese höhere Temperatur aufgrund seiner Empfindungsstörung nicht bemerken und verbrannte sich dort. Die beiden Sachverhalte zeigen, dass die unmittelbar schadensverursachenden Handlungen („Angriff“ und Einstieg) des Versicherten tatsächlich aktive „Ausübungen“ und nicht passive Entgegennahmen waren. Sie zeigen aber auch, dass in der Praxis die Vorstellung einer rein passiven Entgegennahme ärztlicher (V.A.) oder therapeutischer Behandlungen oft nicht zutrifft.

B. Kompetenzrechtliche Auslegung des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4

R. Müller hält der jüngsten Rsp des 2. Senats, wie unter II. dargestellt, auch eine kompetenzrechtliche Auslegung des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 entgegen. Diese Bestimmung bezieht Personen in die UV ein, die in einer Einrichtung untergebracht sind, die der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge dient (s I.). Man könnte sich zunächst fragen, wes-

²⁶⁾ Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (13. Erg-Lfg) 280.

²⁷⁾ Siehe auch Tarmann-Prentner in Sonntag, ASVG § 175 Rz 1.

²⁸⁾ OGH 14. 12. 2021, 2 Ob 185/21a mit Verweis auf RIS-Justiz RS0084198; Tomandl, System 284; R. Müller in SV-Komm § 175 ASVG Rz 42f (Stand 1. 3. 2022, rdb.at); R. Müller in SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 45 (Stand 1. 10. 2023, rdb.at).

halb gerade diese Bestimmung kompetenzrechtliche Beachtung erfährt und nicht § 335 (Schadenersatzpflicht und Haftung bei juristischen Personen). Dort wird nämlich der Träger der Einrichtung, in der die Rehabilitation erfolgt, dem Dienstgeber gleichgestellt (Abs 3) und das Dienstgeberhaftungsprivileg des § 333 ausdrücklich für anwendbar erklärt (Abs 1). Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmungen ist aber, dass ein geschützter Arbeitsunfall vorliegt; und ob dies der Fall ist, bestimmt § 175, der einen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden *Beschäftigung* fordert.²⁹⁾ Diese Beschäftigung definiert wiederum § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4, sodass es bei der Frage, ob auch therapeutische Behandlungs- und Aufklärungsfehler (s V.B.) „geschützte“ bzw privilegierte Arbeitsunfälle sind, tatsächlich in erster Linie auf den Schutzbereich dieser Bestimmung ankommt.

Wenn R. Müller in der Einbeziehung von therapeutischen Behandlungsfehlern in die UV eine Überschreitung des Kompetenztatbestandes „Sozialversicherungswesen“ in Richtung „Vertragsversicherungswesen“ sieht, ist zunächst klarzustellen, dass beide Materien in Art 10 Z 11 B-VG geregelt sind („Sozial- und Vertragsversicherungswesen“). Dies vor dem Hintergrund, dass Kompetenzabgrenzungen nur dann verfassungsrechtlich relevant sind, wenn sie verschiedene Gesetzgebungs- bzw Vollziehungskompetenzen betreffen (zB Art 10 B-VG gegen Art 15 B-VG). Dagegen lassen unzutreffende Zuordnungen innerhalb desselben Kompetenzartikels (zB „Gesundheitswesen“ statt „Angelegenheiten des Gewerbes“, oder eben „Sozial- und Vertragsversicherungswesen“, die allesamt in Art 10 B-VG enthalten sind) die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Bestimmung unberührt. Allerdings weist Auer-Mayer³⁰⁾ darauf hin, dass die Bundeskompetenz für das „Vertragsversicherungswesen“ im Falle einer Überschreitung jener für das „Sozialversicherungswesen“ bei ex-lege-Einbeziehung in die Versicherung wenig nütze. Denn eine Subsumtion unter Ersteres setze schon dem klaren Wortlaut nach eine durch *Vertrag* begründete Versicherung voraus. Dies bedeutet: Wird eine Personengruppe, wie etwa durch § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4, in die UV einbezogen, ohne dass dies der Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“ deckt, wäre die einbeziehende Bestimmung kompetenz- und damit verfassungswidrig, weil nicht auf den Kompetenztatbestand „Vertragsversicherungswesen“ ausgewichen werden könnte; es läge eben kein vertraglicher, sondern ein gesetzlicher Versicherungsschutz vor.

Aus dem Versteinerungsmaterial³¹⁾ zum Kompetenztatbestand Sozialversicherungswesen und der davon umfassten gesetzlichen UV ergibt sich, dass das einschlägige Gesetz v 28. 12. 1887, betreffend die Unfallversicherung der AN, RGBl 1/1888³²⁾ eine Haftpflichtversicherung bestimmter Dienstgeber im Wege des Sozialversicherungsrechts bereits enthielt: § 1 versicherte bestimmte AN „gegen die Folgen der beim Betriebe sich ereignenden Unfälle“ (Tod und Körperverletzung; § 5). Die Versicherungsbeiträge für den im Versicherungsfall von den Versicherungsanstalten zu leistenden Schadenersatz (§§ 6, 7) trugen zu 10% die AN und zu 90% die AG (§ 17). § 46 ordnete an, dass der Versicherte oder dessen Hinterbliebene nur in dem Falle berechtigt seien, gegen den Betriebsunternehmer einen Anspruch auf Schadenersatz geltend zu machen, wenn der Betriebsunfall von diesem oder einer näher bezeichneten, ihm zurechenbaren Person vorsätzlich herbeigeführt wurde. Die Nähe dieser

²⁹⁾ Auer-Mayer in SV-Komm § 335 ASVG Rz 14.

³⁰⁾ Mitverantwortung in der Sozialversicherung (2018) 68.

³¹⁾ Eingehende kompetenzrechtliche Analyse bei Auer-Mayer, Mitverantwortung 67f sowie Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994) 24ff; s auch VfGH 11. 3. 2009, G 14/08 ua; V 101/07.

³²⁾ Dieses Gesetz wurde vor dem 1. 10. 1925 mehrfach novelliert, zuletzt mit der 15. Novelle zum Unfallversicherungsgesetz BGBl 1925/247, s VfGH 11. 3. 2009, G 14/08 ua; V 101/07 ua; zur historischen Entwicklung und Entstehung dieses Gesetzes eingehend Auer-Mayer, Mitverantwortung 29ff.

sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zur Privathaftpflichtversicherung wird in § 61 dieses Gesetzes deutlich. Dieser ordnete an, dass die gem § 9 zu errichtenden Versicherungsanstalten in bestehende Versicherungsverträge anstelle des Betriebsunternehmers und der versicherten Personen (AN) in der Weise eintreten, dass diese Versicherungsanstalten die Versicherungsprämien an die Privatanstalt zu bezahlen haben und dafür all jene Beträge erhalten, die die betreffende Privatanstalt infolge vorkommender Betriebsunfälle laut Versicherungsvertrag zu entrichten verpflichtet sei. In diesem Sinn wird noch heute das allgemeine Dienstgeberhaftungsprivileg als *gesetzliche Haftpflichtversicherung* zugunsten des AG angesehen.³³⁾ Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass im Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“ Elemente einer Privathaftpflichtversicherung durchaus enthalten sind.

(Inwiefern) unterschiede sich aber eine von R. Müller kritisierte sozialversicherungsrechtliche Berufshaftpflicht freier Berufe kompetenzrechtlich von jener für gewerbliche Berufe, wie sie im Versteinerungszeitpunkt bereits bestand? Bei dieser Frage geht es in erster Linie um die Einbeziehung *neuer Risiken* in die UV, konkret um ärztliche/therapeutische Behandlungsfehler; die Zulässigkeit einer *personellen Erweiterung* des Unfallversicherungsschutzes auf die in § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 genannten Personen im Allgemeinen kann dagegen kompetenzrechtlich nicht ernsthaft bezweifelt werden.³⁴⁾ In der für die Auslegung des Kompetenztatbestandes „Sozialversicherungswesen“ grundlegenden E v 16. 1. 1960, G 4/59 (VfSlg 3670) führte der VfGH zur intrasystematischen Fortentwicklung dieses Kompetenztatbestandes aus, dass die Sozialversicherung durch eine *unaufhörliche Fortentwicklung*, sowohl was den Umfang der Versicherten als auch den Gegenstand der Versicherung anlange, gekennzeichnet sei. Das Wesen der Sozialversicherung bestehe darin, die mannigfachen Gefahren, die die wirtschaftliche Existenz bedrohen, auszuschalten oder doch zu mindern. Wenn im Jahre 1925 (Versteinerungszeitpunkt) die sozialversicherungsrechtlichen Maßnahmen nur den unselbständig Erwerbstätigen galten, so habe dies nur die Bedeutung, dass die *Kompetenzbestimmungen nur zum Teil ausgenutzt* worden seien. Die Entwicklung der Sozialversicherungsgesetzgebung zeige, dass der Gesetzgeber nicht gesonnen war, auf dem einmal beschrittenen Weg einer Einflussnahme auf die Sozialordnung innezuhalten. Die Einbeziehung selbständig Erwerbstätiger in die Sozialversicherung hielt der VfGH mit dieser Begründung für zulässig. Auch in der L³⁵⁾ ist anerkannt, dass eine Erweiterung der Sozialversicherung im Hinblick auf den Kreis der Versicherten, *aber auch der versicherten Risiken* zulässig ist, solange ein systematischer Zusammenhang mit dem Versteinerungsbestand besteht. Es muss also ein (mittelbarer) Zusammenhang mit dem Erwerbsleben bestehen.

Dieser von der Rsp geforderte Zusammenhang mit dem Erwerbsleben liegt bei Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge jedenfalls vor; schließlich war auch der Grund, weshalb der Gesetzgeber den bis dahin alleine bestehenden Versicherungsschutz für Maßnahmen der *beruflichen* Rehabilitation um die medizinische Rehabilitation und Gesundheitsvorsorge erweiterte, jener, dass eine Abgrenzung dieser Maßnahmen auf-

³³⁾ Neumayr/Ch. Huber in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 333 ASVG Rz 2; Auer-Mayer in SV-Komm § 333 Rz 2; AB 613 BlgNR 7. GP 29; RV 599 BlgNR 7. GP 100.

³⁴⁾ Siehe zur personellen Erweiterung des Unfallversicherungsschutzes VfGH 16. 1. 1960, G 4/59 (VfSlg 3670).

³⁵⁾ Pfeil in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (29. Lfg 2022) Rn 12; Günther, Verfassung und Sozialversicherung 45f, 55; Auer-Mayer, Mitverantwortung 72; To-mandl, System 4f; Müllner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG Rz 38 (Stand 1. 1. 2021, rdb.at).

grund ihrer methodischen Nähe immer schwieriger geworden war.³⁶⁾ Medizinische Maßnahmen der Rehabilitation in der Krankenversicherung (§ 154a) sind *erwerbstätigen* krankenversicherten Personen sowie (früher erwerbstätigen) Beziehern von Alterspension und Angehörigen vorbehalten. In der Pensionsversicherung (§ 253 f; § 270b) haben bestimmte Personen Anspruch auf medizinische Maßnahmen der Rehabilitation (§ 302 Abs 1), wenn dies zur *Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit* notwendig und infolge des Gesundheitszustandes zweckmäßig ist.³⁷⁾ In der UV wird medizinische Rehabilitation infolge des speziellen Versicherungsschutzes (*Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten*) im Rahmen der Unfallheilbehandlung³⁸⁾ insbesondere mit dem Ziel gewährt, die Minderung der *Erwerbsfähigkeit* zu beseitigen oder zumindest zu bessern und eine Verschlimmerung der Folgen der Verletzung oder Erkrankung zu verhüten (§ 189 Abs 1).³⁹⁾ Auch die Gesundheitsvorsorge nach § 155 hat als Leistung der Krankenversicherung⁴⁰⁾ den Zweck, die Gesundheit nachhaltig zu festigen und die *Arbeits- und Selbsthilfefähigkeit* zu erhalten.⁴¹⁾ Wenn aber alle angeführten sozialversicherungsrechtlichen Leistungen mit dem Erwerbsleben des Versicherten zusammenhängen, trifft dies gerade auch auf jene therapeutischen Maßnahmen zu, die im Rahmen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge zur Erreichung ihrer Ziele erbracht werden; sie können insofern als *Kernbereich* dieser Versicherungsleistungen angesehen werden.⁴²⁾ Die von R. Müller abgelehnte Einrichtung einer staatlichen Sozialversicherung, die *zur Gänze* den Regeln der Vertragsversicherung folge, liegt im Hinblick auf therapeutische Behandlungsfehler in Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge auch deshalb nicht vor, weil die von diesen geleisteten Unfallversicherungsbeiträge (§ 74 Abs 3 Z 2) unabhängig von entsprechenden Haftungsfällen sind.⁴³⁾ Durch die Einbeziehung therapeutischer Behandlungsfehler in den Schutzbereich des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 werden (frühere) Erwerbstätige, die Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge in Anspruch nehmen, solidarisch vor Nachteilen geschützt, die sich aus einer Verwirklichung therapeutischer Risiken (aktive oder passive Körperverletzung) ergeben. All dies ist typisch für die gesetzliche SV und spricht für die Einordnung dieser Risiken unter den Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“ und in den Schutzbereich des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4.

³⁶⁾ ErläutRV 1084 BlgNR 14. GP 30.

³⁷⁾ Födermayr in SV-Komm § 253e ASVG Rz 2/1 (Stand 1. 3. 2020, rdb.at); s auch OGH 10. 5. 2016, 10 Obs 4/16k.

³⁸⁾ R. Müller in SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 3.

³⁹⁾ Ivansits, Zur Abgrenzung der Krankenbehandlung von Maßnahmen medizinischer Rehabilitation, JAS 2017, 270 (271f).

⁴⁰⁾ Als Leistung der Pensionsversicherung nach § 307 d hat die Gesundheitsvorsorge den Zweck, Krankheiten zu verhüten oder die Verschlimmerung vorhandener Erkrankungen zu verhindern; Bergauer in SV-Komm § 307 d ASVG Rz 4 (Stand 1. 7. 2022, rdb.at).

⁴¹⁾ Felten in SV-Komm § 155 ASVG Rz 1 (Stand 1. 6. 2021, rdb.at) mit Verweis auf OLG Wien 33 Rs 238/88 SVSlg 34.693.

⁴²⁾ Siehe auch OGH 24. 10. 2017, 2 Ob 45/17 g („therapeutische Behandlung ist das zentrale Element der Rehabilitation“).

⁴³⁾ Der Beitrag für die nach § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 teilversicherten Personen, die in einer Einrichtung untergebracht sind, die der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge dient, wird nach § 11 Abs 1 der Satzung der AUVA 2020, kundgemacht durch avsv 51/50 (<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Avsv/>), gemeinsam mit anderen teilversicherten Personen des § 8 Abs 1 Z 3 lit c und m einheitlich festgesetzt.

C. Gleichheitsrechtliches

Ob der allgemeine Ausschluss von Ansprüchen des geschädigten Unfallversicherten gegen die Träger der betreffenden Einrichtungen und ihnen gleichgestellte Personen sachlich gerechtfertigt ist, wird an dieser Stelle nicht näher erörtert;⁴⁴⁾ der OGH und VfGH gehen jedenfalls davon aus.⁴⁵⁾ Erleidet ein Patient bei einer Behandlung einen Gesundheitsschaden und wird ein „Arbeitsunfall“ angenommen, hat er jedenfalls einen nicht unwesentlichen Vorteil. Sollte es sich nämlich beim Gesundheitsschaden um ein aufgeklärtes Risiko handeln (zB Arterienruptur oder Wirbelverletzung bei physiotherapeutischer Behandlung der [Hals-] Wirbelsäule), erhielte der Patient im allgemeinen Schadenersatzrecht vom Rechtsträger der Einrichtung keinen Schadenersatz.⁴⁶⁾ Wäre aber von einem „Arbeitsunfall“ auszugehen, erhielte er immerhin die Leistungen der UV (§ 173), was insbesondere hinsichtlich der Versichertenrente eine Besserstellung darstellt.

R. Müller hält die Einbeziehung von ärztlichen und therapeutischen Behandlungsfehlern in den Unfallversicherungsschutz auch aus gleichheitsrechtlichen Gründen für problematisch. Unter Verweis auf das Deutsche BSG vertritt er, dass bei einer Einbeziehung dieser Risiken in den Unfallversicherungsschutz die UV für *jeden Misserfolg einer stationären Behandlung* einzustehen hätte, ohne dass es – wie auch sonst bei einem Arbeitsunfall mit Körperschäden – auf das Verschulden des Verursachers (Behandlers) ankäme. Die Rsp, auf die er sich bezieht (BSG 30. 9. 1980, 2 RU 13/80), erging jedoch zu § 539 Abs 1 Nr 17 Buchst a der Deutschen Reichsversicherungsordnung⁴⁷⁾ und ist insofern nicht einschlägig. Diese Bestimmung versicherte alle Personen, denen von einem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung *stationäre Behandlung* iSd § 559 RVO gewährt wurde, gegen das Risiko Arbeitsunfall. Einen derart umfangreichen⁴⁸⁾ Unfallversicherungsschutz für stationäre Behandlungen normiert das ASVG aber nicht, sodass insofern keine Abgrenzungsschwierigkeiten mit der Gefahr eines ausufernden Unfallversicherungsschutzes für ärztliche und therapeutische Behandlungsfehler im Rahmen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge bestehen.

Weiters kritisiert R. Müller den unterschiedlichen Versicherungsschutz, je nachdem ob sich die schädigende Handlung in einer Krankenanstalt oder in einer Rehabilitationseinrichtung oder bei ambulanter Behandlung ereignet hätte. Diese Differenzierung sei gleichheitsrechtlich nicht zu vertreten. Tatsächlich besteht aber der wesentliche Unterschied zwischen einer Behandlung in einer Einrichtung der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge und einer Krankenanstalt, worauf unter V.B. noch näher eingegangen wird, darin, dass Erstere angeordnet und bei sonstigem Leistungsverlust *verpflichtend* ist, während eine Krankenbehandlung in einer Krankenanstalt ohne diese Konsequenz abgelehnt werden kann. In-

⁴⁴⁾ Zur Diskussion Nachweise bei Auer-Mayer in SV-Komm § 333 ASVG Rz 5.

⁴⁵⁾ RIS-Justiz RS0031306; VfGH 3. 3. 2021, G 17/2020.

⁴⁶⁾ Es fehlte mangels Aufklärungs- und Behandlungsfehler die Rechtswidrigkeit.

⁴⁷⁾ IdF Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 30. 4. 1963 (dBGBl I S 241): „In der Unfallversicherung sind [...] gegen Arbeitsunfall versichert [...] Personen, denen von einem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung oder der gesetzlichen Rentenversicherung oder einer landwirtschaftlichen Alterskasse stationäre Behandlung im Sinne des § 559 gewährt wird“; § 559 idF Gesetz vom 7. 8. 1974 (dBGBl I S 1881): „Soweit erforderlich, wird die Heilbehandlung mit Unterkunft und Verpflegung in einem Krankenhaus oder einer Kur- oder Spezialeinrichtung (stationäre Behandlung) gewährt.“

⁴⁸⁾ Die ausdrücklich durch § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 erfasste Unterbringung in einer Einrichtung der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge ist als stationäre Behandlung zu qualifizieren.

sofern besteht eine Ähnlichkeit zur Teilversicherung von Kindern im letzten Kindergartenjahr nach § 8 Abs 1 Z 3 lit l. Hier wurde nach den Landesgesetzen eine Pflicht zum Besuch einer institutionellen Kinderbetreuungseinrichtung geschaffen, was den Gesetzgeber veranlasste, den „Schutz der Unfallversicherung auf Kinder, die aufgrund dieser Verpflichtung eine institutionelle Kinderbetreuungseinrichtung besuchen“, auszudehnen.⁴⁹⁾ Diese Verpflichtung bedeutet im gegebenen Zusammenhang, dass sich der Versicherte bei der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge bestimmten Risiken aussetzt, die er sonst nicht hätte. Diese sind nicht nur örtlicher/räumlicher Natur, sondern umfassen gerade auch Behandlungsfehler, was den Versicherungsschutz nach § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 rechtfertigt.⁵⁰⁾

V. Weitergehende Überlegungen

A. Einbeziehung ärztlicher Behandlungsfehler in den Versicherungsschutz

Wie gezeigt, kann die Kritik R. Müllers, Auer-Mayers, Moslers und von Neumayr/Ch. Huber an der Rsp des OGH, die therapeutische Behandlungsfehler dem Dienstgeberhaftungsprivileg unterstellt, nicht überzeugen. Wenn aber unsachgemäße Therapien privilegiert sind,⁵¹⁾ muss dies jedenfalls auch für die dafür notwendigen *ärztlichen Anordnungen/Verordnungen* gelten.⁵²⁾ In 2 Ob 218/06g und 2 Ob 45/17g behandelte der OGH die Frage, ob auch das Risiko ärztlicher (Fehl-)Behandlung vom gesetzlichen Versicherungsschutz mitumfasst sei. Er führte aus, dass dies *nicht* der Fall sei, handle es sich bei diesem Risiko doch um ein solches, dem grundsätzlich jeder Patient typischerweise bei einem stationären Aufenthalt zufolge möglichen Behandlungsfehlern ausgesetzt sei (2 Ob 218/06g). Im Gegensatz dazu verwirklichte sich bei therapeutischen Behandlungsfehlern das ganz spezifische Risiko des Rehabilitanten während des Therapiebetriebs in einer Einrichtung iSd § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4. Unfallversicherungsschutz bestehe daher für Ausübungshandlungen, die in einem Zusammenhang mit medizinischer Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge stehen. Eine Krankenbehandlung sei hingegen schon nach dem Wortlaut des § 335 Abs 3 („Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge“) und dem Zweck des durch § 8 Abs 3 lit c Fall 4 gewährten Unfallversicherungsschutzes nicht erfasst. Hier fehle es in Wahrheit an dem für „Arbeitsunfälle“ in Rehabilitationseinrichtungen geforderten ursächlichen *Zusammenhang mit der Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge* (2 Ob 45/17g). Genau dieser Zusammenhang liegt aber bei einer ärztlichen Anordnung vor, die Voraussetzung für die Durchführung einer geschützten/privilegierten Therapie ist. Auf das Vorliegen dieser Anordnung/Verordnung stellt der OGH in seinen E auch zentral ab.⁵³⁾ Wenn also die ärztliche Verordnung oder die ihr zwingend zugrunde

⁴⁹⁾ AB 853 BlgNR 24. GP 2.

⁵⁰⁾ Siehe insofern auch zur deutschen Rechtslage BSG 27. 4. 2010, B 2 U 11/09 R.

⁵¹⁾ In diesem Sinn wohl auch *Tomandl*, Einige Probleme der Unfallversicherung, JAS 2023, 353 (359).

⁵²⁾ Siehe die in § 2 MTD-Gesetz angeführten (therapeutischen) Berufe, die stets nach ärztlicher Anordnung tätig werden; nach den für Kuranstalten (Gesundheitsvorsorge) geltenden Landes-HKG ist für Zusatztherapien (zB Physiotherapie) eine ärztliche Anordnung Voraussetzung; s *Huber/Dietrich*, Das Gesundheitshotel im Spannungsfeld medizinischer Betriebsformen, RdM 2024, 49 (54).

⁵³⁾ OGH 19. 9. 2000, 10 ObS 238/00y: „Spazierengehen des Klägers [...] nicht im Rahmen der Teilnahme des Klägers an einer ärztlich angeordneten therapeutischen Behandlung“; OGH 23. 1. 2007, 1 Ob 247/06i: „Maßgeblich ist vielmehr, ob die Tätigkeit des Versicherten, im Zuge derer sich ein Unfall ereignet, mit den (ärztlich) angeordneten therapeutischen Behandlungen in einem inneren Zusammenhang steht“; OGH 24. 10. 2017, 2 Ob 45/17g: „Dem Kläger wurde bei einer solchen kurärztlichen Untersuchung ein Kohlensäurewannenbad verordnet“; OGH 14. 12. 2021, 2 Ob 185/21a: „Außerdem ist zu beachten, dass die Verletzung des Klägers im Rahmen einer ärztlich verordneten Therapieeinheit erfolgte.“

liegende ärztliche Untersuchung nicht *lege artis* ist, ist dies vom Sinn und Zweck des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 – Versicherungsschutz für Risiken, die spezifisch mit der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge zusammenhängen⁵⁴⁾ – umfasst.⁵⁵⁾

Mit *Tomandl*⁵⁶⁾ ist darüber hinaus davon auszugehen, dass ärztliche Behandlungsfehler *generell* vom Dienstgeberhaftungsprivileg umfasst sind, wenn sie in einem zeitlichen, örtlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge stehen und als Arbeitsunfall zu qualifizieren sind. Krankenbehandlungen, die bei einem jeden stationären Aufenthalt vorgenommen werden, grenzt der OGH⁵⁷⁾ von Behandlungen, die für eine Einrichtung der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge typisch sind, wie folgt ab (Hervorhebungen durch die Verfasser): „Während die medizinische Akutversorgung Behandlungsmaßnahmen umfasst, die *Schwerpunktmäßig* (*sic!*) von Ärzten erbracht werden, handelt es sich [. . .] bei Rehabilitationsmaßnahmen um medizinische Leistungen, die *auch* in der Verantwortung von Ärzten, praktisch jedoch *schwerpunktmäßig* von anderen Berufsgruppen erbracht werden. Bei der stationären Rehabilitation erfolgt eine Aufnahme in einer spezialisierten Einrichtung während der gesamten Behandlungsdauer.“ In diesem Sinn umfasst das einschlägige Sonderfach Physikalische Medizin und Allgemeine Rehabilitation die Prävention, Diagnostik, Behandlung, Rehabilitation und Palliation von Funktions- und Gesundheitsstörungen aller Organsysteme und relevanter Erkrankungen, insbesondere mit physikalischen und rehabilitativen Mitteln zur Analgesie und zur Wiederherstellung oder Besserung der Körperstrukturen, der Körperfunktionen, der Aktivität und der Partizipation. Weiters beinhaltet das Aufgabengebiet insbesondere die Diagnose und Indikationsstellung für Therapiemaßnahmen sowie Verfahren der rehabilitativen Intervention mit konservativen physikalischen und manuellen Therapien sowie die Anordnung und Evaluierung der gesetzten rehabilitativen Maßnahmen (Ärzte-Ausbildungsordnung 2015, Anl 25). Richtigerweise ist daher nicht zwischen ärztlichem und therapeutischem Behandlungsfehler zu unterscheiden, sondern ob die zugrunde liegende Behandlung an sich als Krankenbehandlung oder als Maßnahme der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge zu qualifizieren ist.⁵⁸⁾ Freilich wird ein Großteil der Therapie in einer Einrichtung der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge von therapeutischem Personal erbracht. Eine Mitwirkung von Ärzten an der aktiven Therapie ist aber keineswegs ausgeschlossen und, wenn sie unsachgemäß durchgeführt wird, ebenfalls vom Sinn und Zweck des § 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4 umfasst.

Abschließend ist in diesem Punkt zur Einbeziehung von ärztlichen (und therapeutischen) Behandlungsfehlern in den Unfallversicherungsschutz auf die deutsche Rechtslage hinzuweisen. Nach der Rsp des BSG⁵⁹⁾ umfasst die versicherte Tätigkeit⁶⁰⁾ das Entgegennehmen der rehabilitativen Behandlung sowie die Handlungen, die Versicherte vornehmen, um die Behandlung entweder zu erhalten oder an ihrer Durchführung mitzuwirken. Daher würde es auch an dem sachlichen Zusammenhang der Mitwirkungshandlung mit der versicherten Tätigkeit *nicht* fehlen, wenn eine fehlerhafte therapeutische Behandlung durch einen Arzt

⁵⁴⁾ OGH 19. 9. 2000, 10 Obs 238/00y; 23. 1. 2007, 1 Ob 247/06i.

⁵⁵⁾ AA R. Müller in GS Rebhahn 361 (381).

⁵⁶⁾ *Tomandl*, JAS 2023, 353 (359).

⁵⁷⁾ OGH 15. 12. 2015, 10 Obs 97/15k; OGH 10. 5. 2016, 10 Obs 4/16k.

⁵⁸⁾ Eingehend zur Abgrenzung dieser Maßnahmen *Ivansits*, JAS 2017, 270.

⁵⁹⁾ BSG 27. 4. 2010, B 2 U 11/09 R.

⁶⁰⁾ Nach § 2 Abs 1 Nr 15 lit a SGB VII sind kraft Gesetzes Personen versichert, die auf Kosten einer Krankenkasse oder eines Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung oder einer landwirtschaftlichen Alterskasse stationäre, teilstationäre oder ambulante Leistungen zur Rehabilitation erhalten.

oder einen von ihm eingeschalteten Therapeuten vorläge. Insofern besteht Übereinstimmung mit der Rsp des OGH („Kohlensäurewannenbad“- und „Fitnessboxen“-E) und der hier vertretenen Auffassung. Allerdings differenziert das BSG bei der Prüfung der Unfallskausalität danach, ob ein Gesundheitsschaden wesentlich durch eine versicherte Verrichtung oder durch einen ärztlichen oder therapeutischen Fehler verursacht worden sei. Es nimmt also dann keinen Arbeitsunfall an, wenn der Unfall *allein wesentlich durch einen Behandlungsfehler* der Therapeutin *verursacht* worden wäre. Unfälle, die allein wesentlich durch eine fehlerhafte Behandlung eines Arztes oder eines Therapeuten, wie zB Physiotherapeuten, Schwestern und Pfleger, bei dem Erhalt ärztlich angeordneter Behandlungen verursacht würden, seien mangels Wesentlichkeit der Verrichtung des Versicherten für den Unfall keine Arbeitsunfälle. R. Müller weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass, wenn eine versicherte Person am Arbeitsplatz bei der versicherten Tätigkeit einen Unfall erleide, der Unfallversicherungsschutz nicht deshalb verloren gehe, weil an den Unfallfolgen auch das Verhalten eines Dritten mitgewirkt habe.⁶¹⁾ Die Mitwirkung der versicherten Person an der Behandlung sei immer eine wesentliche Mitursache, sodass diese späte Abschiebung der Behandlungsfehler nach der Theorie der wesentlichen Bedingung nicht funktionieren könne.⁶²⁾ Dem ist zuzustimmen. Wer etwa eine ärztlich verordnete Stromtherapie über sich ergehen lässt oder an einer Bewegungstherapie teilnimmt, nimmt, wie unter IV.B. ausgeführt, eine Leistung in Anspruch, die zum Kernbereich⁶³⁾ der medizinischen Rehabilitation gehört. Er tut dies mit dem Willen, die Rehabilitationsziele zu erreichen und erfüllt insofern die objektive und subjektive Bedingung der unter IV.A. angeführten „Ausübungshandlungs“-Judikatur; der Schutzbereich der Unfallversicherung ist eröffnet (s oben V.A.). Wie der OGH in 2 Ob 45/17g zutreffend ausführt, war es das Ziel des Gesetzgebers (§ 8 Abs 1 Z 3 lit c Fall 4), dem Rehabilitanden des Therapiebetriebs Unfallversicherungsschutz zu gewähren.⁶⁴⁾ Ärztliche und therapeutische Behandlungsfehler sind somit auch vom Schutzzweck der Norm umfasst (s oben V.A.).⁶⁵⁾ Das BSG spricht in der zitierten E die Theorie der wesentlichen Bedingung an. Nach der Rsp des OGH⁶⁶⁾ ist jene Bedingung wesentlich, die im Verhältnis zu anderen nach der Auffassung des praktischen Lebens wegen ihrer besonderen Beziehung zum Erfolg an dessen Eintritt „wesentlich“ mitgewirkt hat.⁶⁷⁾ Für eine Haftung des Unfallversicherungsträgers wird auch gefordert, dass sich der eingetretene Personenschaden als eine Folge einer aus der Gefahrensphäre der Unfallversicherung herrührenden Ursache darstellt. Entscheidend sind die rechtlichen Maßstäbe, nach denen der Gesetzgeber die Risikoverteilung zwischen der versicherten Gemeinschaft und dem Versicherten vorgenommen hat und damit der Schutzzweck der Norm. Diesen Grundsätzen folgend nehmen die „Kohlensäurewannenbad“- und „Fitnessboxen“-E zutreffend einen versicherten Arbeitsunfall an und in weiterer Folge eine Haftungsbeziehung für den beklagten Rechtsträger. Denn nimmt der Versicherte, wenn auch nur passiv, an einer Therapie – zumal verpflichtend – teil, ist bereits diese Teil-/Entgegennahme so wesentlich, dass sie von der (fehlerhaften) Behandlung des Therapeuten entgegen dem BSG nicht überlagert wird.

⁶¹⁾ Fn 28.

⁶²⁾ R. Müller in GS Rebhahn 361 (371).

⁶³⁾ Näheres bei R. Müller in SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 29.

⁶⁴⁾ Siehe ErläutRV 1084 BlgNR 14. GP 30 „Versicherungsbedürfnis“ zB bei Bewegungstherapie.

⁶⁵⁾ Zur Rolle des Schutzzwecks R. Müller in SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 41.

⁶⁶⁾ Mit Verweis auf RIS-Justiz RS0084290 und R. Müller in SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 41.

⁶⁷⁾ Siehe auch Tomandl, SV-System 307 mwN: Ausschluss jener Bedingungen der Körperverletzung von der Zurechnung an die UV, die „mangels besonderer innerer Beziehung zum Erfolg an dessen Eintritt nur unwesentlich mitgewirkt haben“.

B. Einbeziehung von Aufklärungsfehlern in den Versicherungsschutz

Die Ausführungen zur Privilegierung von therapeutischen und ärztlichen Behandlungsfehlern lassen sich grundsätzlich auf Aufklärungsfehler übertragen. Im Kontext von Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge ist allerdings Folgendes zu bedenken. Wie unter V.A. bereits angerissen, ist die Teilnahme an zumutbaren medizinischen Maßnahmen der Rehabilitation *verpflichtend*. Eine Verweigerung zumutbarer Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation führt zum Entzug von Rehabilitationsgeld (§ 99 Abs 1 a; § 143 a Abs 4) bzw zur sofortigen Beendigung des Heilverfahrens.⁶⁸⁾ Nach der Rsp⁶⁹⁾ kommt bei der konkreten Auswahl der dem Versicherten zumutbaren medizinischen Rehabilitationsmaßnahme letztlich dem *Versicherungsträger* die Entscheidungsbefugnis zu. Eine Abwägung unterschiedlicher Vorgangsweisen bzw Rehabilitationsmaßnahmen und ihrer jeweiligen Erfolgsaussichten wäre, so der OGH, in der Praxis nur sehr schwer möglich. Vor diesem Hintergrund ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Hauptgrund für die ärztliche Aufklärungspflicht⁷⁰⁾ stark eingeschränkt. Dies betrifft die Verlaufs-/Alternativenaufklärung⁷¹⁾ für eine medizinische Maßnahme. Erachtet der Versicherungsträger die medizinische Maßnahme für den konkreten Patienten nach vorangegangener Untersuchung als zumutbar, kann die Verlaufs-/Alternativenaufklärung nach dem Gesagten unterbleiben. Dem Patienten muss aber die Wahlfreiheit bleiben, eine trotz festgestellter Zumutbarkeit subjektiv als zu riskant empfundene Maßnahme (zB Behandlung der Halswirbelsäule mit dem Risiko einer Arterien-dissektion) abzulehnen. Dies mit der beschriebenen Konsequenz des Leistungsverlusts, den er dann als Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechts in Kauf nehmen würde. Eine Pflicht zur Risikoaufklärung trotz verpflichtender Rehabilitationsmaßnahme wird daher zu bejahen sein.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein Aufklärungsfehler als Arbeitsunfall zu qualifizieren ist. Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass ein unzureichendes Aufklärungsgespräch kein zeitlich begrenztes und von außen her schädigend auf den Körper einwirkendes Ereignis darstellt (s I.) und insofern den Unfallsbegriff nicht erfüllt. Allerdings: Nach an dieser Stelle nicht zu hinterfragender hA macht erst die Einwilligung die Behandlung im Umfang der erteilten Einwilligung rechtmäßig. Eine Behandlung ohne eine darauf bezogene Einwilligung ist rechtswidrig.⁷²⁾ Dies gilt nicht nur für operative Eingriffe, sondern auch für medikamentöse Heilbehandlung, physikalische Eingriffe und Impfungen.⁷³⁾ Im Fall einer unzureichenden Aufklärung wäre daher nicht beim Aufklärungsgespräch als den Arbeitsunfall auslösendes Ereignis anzusetzen, sondern bei der jeweiligen *rechtswidrigen Rehabilitationsmaßnahme*, die, sofern sie zeitlich begrenzt ist, den Unfallsbegriff erfüllt.⁷⁴⁾ Ob sich Patienten in der Praxis nach vorangegangener Risikoaufklärung gegen eine – zumutbare – Behandlung entscheiden, ist angesichts der damit verbundenen Nachteile indessen fraglich.

⁶⁸⁾ OGH 19. 9. 2000, 10 Obs 238/00y.

⁶⁹⁾ OGH 10. 5. 2016, 10 Obs 4/16k.

⁷⁰⁾ Statt vieler *Bernat*, Entwicklungslinien des Medizinrechts, RdM 2014, 36 (41); *Neumayr* in *GmundKomm*² ABGB Rz 33.

⁷¹⁾ RIS-Justiz RS0026426.

⁷²⁾ *Neumayr* in *GmundKomm* ABGB Rz 63; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht³ 140.

⁷³⁾ OGH 10. 7. 1997, 2 Ob 197/97b; zu § 110 StGB *Marek/Tipold* in *GmundKomm*² § 110 StGB Rz 3; *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 110 Rz 11 (Stand 1. 8. 2016, rdb.at).

⁷⁴⁾ OGH 24. 10. 2017, 2 Ob 45/17g; OGH 14. 12. 2021, 2 Ob 158/21 aF.