

## 5. Mitwirkungspflicht des Versicherten

### 5.1 Mitwirkungspflicht des Versicherten an der Abwendung und Minderung der Unfallfolgen

*Dr. Christoph Neugebauer*

Eine der Fragen, die der medizinische Sachverständige auch in den Gutachten beantworten sollte, die im Rahmen der Allgemeinen Bedingungen für die private Unfallversicherung (AUVB) erstellt werden, ist, ob nach der Verletzung der Endzustand erreicht ist oder ob noch Änderungen des gesundheitlichen Zustandes zu erwarten sind.

Daraus ergibt sich zwangsläufig die weitere Frage, ob der zum Zeitpunkt der Begutachtung vorliegende Zustand noch behandelbar ist.

Zukünftige Veränderungen des Zustandes sind gutachterlich bei der Bewertung der Invalidität nur dann zu würdigen, wenn sie mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit vorhersehbar und zu erwarten sind. Solche zukünftigen Veränderungen des Zustandes können nicht nur Verschlechterungen (zB durch Gelenksabnützungen nach Brüchen), sondern auch Verbesserungen des gegenwärtigen Zustands sein. Auch diese Entwicklungen sind gutachterlich zu würdigen und einzuschätzen, wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit erreicht werden können.

Verbesserungen können auch später als nach einem Jahr, dem üblichen Zeitpunkt der AUVB-Begutachtung, eintreten, und zwar entweder durch eine weitere Heilung von selbst eintreten oder aber durch weitere Behandlungen. Dann stellt sich die Frage, inwieweit der Versicherte „verpflichtet“ ist, diese Behandlung auf sich zu nehmen.

#### 5.1.1 Rechtliche Grundlagen

*o. Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn*

Zur Frage, ob die Versicherten gegenüber der Unfallversicherung „verpflichtet“ sind, sich behandeln zu lassen, ist vorweg festzuhalten: Es geht hier – entgegen dem üblichen Sprachgebrauch von „Pflicht“ – nicht um eine wirkliche Pflicht, sich behandeln und zB operieren zu lassen. Eine solche Pflicht gibt es, wie auch sonst idR, auch gegenüber bzw zugunsten der privaten Versicherung nicht. Vielmehr kann es nur um eine sogenannte Obliegenheit gehen: Lässt sich der Versicherte nicht behandeln, obwohl er dazu „verpflichtet“ wäre, so muss er nur nachteilige Folgen tragen, insbesondere könnte er „höchstens“ den Anspruch auf die Versicherungsleistung verlieren. Auch dies ist natürlich eine missliche Folge, aber doch etwas anderes als eine wirklich durchsetzbare Pflicht, sich behandeln zu lassen.

Wird jemand, zB bei einem Unfall, geschädigt, so ist es anerkannt und akzeptiert, dass der Geschädigte den Schadenersatzanspruch für einen Körperschaden zum Teil oder auch vollständig verlieren kann, wenn er eine Heilbehandlung, die den weiteren Schaden (zB Verdienstausfall) beseitigt hätte, unterlässt bzw verweigert, obwohl sie ihm zumutbar war.<sup>1)</sup> Grundlage ist die allgemeine Regel des bürgerlich-rechtlichen Schadenersatzrechtes zur Schadensminderungspflicht in § 1304 ABGB.<sup>2)</sup> Der Eingriff in den Körper wird dem Geschädigten hier – wenn auch in eher engen Grenzen – zugemutet, obwohl der Schadenersatzpflichtige rechtswidrig geschädigt hat.

<sup>1)</sup> Vgl zB OGH 2 Ob 57/71; 8 Ob 29/85; auch OGH 3 Ob 106/06 v.

<sup>2)</sup> § 1304. Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig, und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen.

Auch in der Sozialversicherung wird eine Pflicht bzw. Obliegenheit zur Heilbehandlung von den Gerichten bejaht, insbesondere im Zusammenhang mit Pensionen wegen Erwerbsunfähigkeit, obwohl die Sozialversicherungsgesetze dies nicht ausdrücklich vorsehen.<sup>3)</sup> Der tragende Grund für diese Rechtsauffassung wurde vom OGH einmal so umschrieben: „Damit bezweckt die Sozialversicherung im Ergebnis nichts anderes als das bürgerlich-rechtliche Schadenersatzrecht, das dem Geschädigten dann die Ersatzleistung des Schädigers vorenthält, wenn er es unterlässt, den eingetretenen Schaden zu mindern, obwohl er dazu in der Lage wäre.“ Sozialversicherte müssen sich also unter Umständen medizinischen Behandlungen unterziehen, wollen sie die Aussicht auf eine Leistung erhalten. Ist die Behandlung erfolgreich, so wird dann häufig aber die Leistung gerade nicht zustehen, falls und weil die Behandlung den Leistungsgrund beseitigt hat.

In der privaten Unfallversicherung hat die Frage einer Obliegenheit, medizinische Behandlungen zu dulden, bisher den OGH nur selten beschäftigt. Ein Grund dafür mag sein, dass es hier – anders als in der Sozialversicherung – eine ausdrückliche Bestimmung im Gesetz und daneben noch Versicherungsbedingungen gibt, die die Frage ansprechen. § 183 VersVG bestimmt: „Der Versicherungsnehmer hat für die Abwendung und Minderung der Folgen des Unfalles nach Möglichkeit zu sorgen und dabei die Weisungen des Versicherers zu befolgen, soweit ihm nicht etwas Unbilliges zugemutet wird.“ Dies entspricht im Grundsatz der allgemeinen Regel des § 62 Abs 1 VersVG zur Schadensversicherung; § 62 gilt bei der Unfallversicherung jedoch nur, soweit es sich dabei um eine Schadensversicherung handelt; bei den wichtigen Leistungen der Unfallversicherung handelt es sich jedoch um eine Summenversicherung. In der Sache schränkt § 183 VersVG die Anforderungen an den Versicherungsnehmer im Vergleich zu § 62 VersVG durch den Ausschluss des Unbilligen ein. Nicht übernommen wurde in § 183 VersVG überdies der zweite Absatz des § 62 VersVG, der vorsieht, dass der Anspruch auf die Versicherungsleistung entfällt, wenn der Versicherungsnehmer die Mitwirkungspflicht verletzt.

Zu § 183 VersVG ist primär fraglich, ob diese Bestimmung vom Versicherungsnehmer bzw. Versicherten auch verlangt, sich operieren zu lassen, wenn dies die Folgen des Unfalls mindert und überdies nicht unbillig ist. Man wird diese Last des Versicherungsnehmers ohne Schwierigkeiten bejahen können. § 183 VersVG ist spezifisch für die Unfallversicherung, so dass die vom Gesetz genannte Minderung der medizinischen Unfallfolgen häufig, wenn nicht idR nur durch eine medizinische Behandlung erreicht werden kann. Diese besteht aber in vielen Fällen in einer Operation. Auch in Deutschland wird zu der gleichlautenden Bestimmung des deutschen VersVG vertreten, dass die Versicherungsnehmer dadurch gehalten werden, unter Umständen auch Operationen auf sich zu nehmen.<sup>4)</sup> Der OGH hat sich zu § 183 VersVG selbst noch nicht geäußert. 1989 hat er aber aus den AUVB 1976 eine Obliegenheit der Versicherten bejaht, unter Umständen auch eine Operation auf sich zu nehmen;<sup>5)</sup> dies setzt aber voraus, dass bereits § 183 VersVG eine derartige Last erlaubt und vorsieht.

Fraglich ist dann allerdings, wann eine Heilbehandlung, die die Unfallfolgen mindern oder beseitigen könnte, „nicht unbillig“ ist. Man wird dafür auf die österreichische Judikatur zur Zumutbarkeit der Heilbehandlung in der Sozialversicherung und zur bürgerlich-

---

<sup>3)</sup> Vgl zebw OGH 10 OBEs 40/90; 10 OBEs 96/90; 10 OBEs 350/91; 10 OBEs 116/93; 10 OBEs 5/00h; 10 OBEs 213/00x; 10 OBEs 5/03p; 10 OBEs 188/04a; 10 OBEs 13/06v.

<sup>4)</sup> Vgl nur Knappmann in Prölss/Martin VVG-Kommentar<sup>26</sup> (2004) § 183 Rn 1; der in Grimm AUB-Kommentar<sup>3</sup> § 9 AUB 94 Rn 6; Schwintowski in Berliner Kommentar zum VVG § 183 Rn 4.

<sup>5)</sup> OGH 19. 10. 1989, 7 Ob 36/89 = VersRE 1450.

rechtlichen Schadenersatzpflicht zurückgreifen können. Diese behandeln dasselbe Problem und sie stimmen im Wesentlichen überein, eben weil die Mitwirkungspflicht in der Sozialversicherung aus dem Schadenersatzrecht entlehnt wurde. In Bezug auf die Zumutbarkeit einer Heilbehandlung an sich ist kein Grund für eine abweichende Beurteilung in der privaten Unfallversicherung erkennbar. Die Tatsache, dass es hier um eine privatautonom abgeschlossene Versicherung geht, für die der Verletzte Prämien gezahlt hat, hebt den Anspruchsgrund zwar von der Sozialversicherung wie von der Schadenersatzpflicht ab; die daraus folgenden Unterschiede könnten jedoch sowohl für strengere als auch für weniger strenge Verhaltensanforderungen an die Versicherungsnehmer sprechen, so dass man sich wie gesagt an der Judikatur zu Sozialversicherung und Schadenersatz orientieren kann. Orientiert man sich in diesem Sinn auch für die private Unfallversicherung an der vorhandenen Judikatur zur zumutbaren Heilbehandlung (Mitwirkungsobliegenheit), so spielt es daher keine Rolle, ob diese zur Schadenersatzpflicht oder zur Sozialversicherung ergangen ist.

Die Versicherungsbedingungen können die Mitwirkungslasten des Versicherungsnehmers nicht erweitern, weil § 183 VersVG einseitig zwingend ist. Sie können die Anforderungen an die Versicherungsnehmer aber im Vergleich zum Gesetz herabsetzen. Maßgebend sind jeweils die konkret vereinbarten Versicherungsbedingungen.

In Österreich wird häufig folgende Klausel verwendet: „*Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles: Als Obliegenheiten, deren Verletzung unsere Leistungsfreiheit gemäß § 6 Abs 3 VersVG bewirkt, werden bestimmt: ... 4. Nach dem Unfall ist unverzüglich ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen und die ärztliche Behandlung bis zum Abschluss des Heilverfahrens fortzusetzen; ebenso ist für eine angemessene Krankenpflege und nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung der Unfallfolgen zu sorgen.*“ Diese Wendung stammt aus den AUVB 1988 (dort Art 21 Z 2.4.). Die AUVB 1976 haben wohl noch etwas anders formuliert; zu diesen AVB hatte der OGH 1989 die Obliegenheit bejaht, unter Umständen eine Operation zu dulden;<sup>6)</sup> das dazu Gesagte wird wohl auch für die spätere Formulierung gelten.

Die genannte Klausel schränkt die Mitwirkungslast im Verhältnis zum Gesetz nicht erkennbar ein. Auch in Deutschland wird in der gebräuchlichen Klausel „Der Versicherte hat den ärztlichen Anordnungen nachzukommen und auch im übrigen die Unfallfolgen möglichst zu mindern“ nur eine Ausgestaltung der Rettungspflicht nach § 183 VersVG gesehen. Enthalten die Versicherungsbedingungen keine Aussage zur Mitwirkungslast, so ist § 183 VersVG in Bezug auf diese Mitwirkungslast unmittelbar anwendbar.

Die zweite Rechtsfrage zu § 183 VersVG betrifft die Rechtsfolgen. Welche Rechtsfolgen hat es, wenn der Versicherungsnehmer die Verhaltensanforderung des § 183 VersVG nicht erfüllt, sich also zB nicht operieren lässt, auch wenn die Operation die Folgen des Unfalls minderte und überdies nicht unbillig ist. Zu denken ist entweder an den Verlust des Anspruchs oder aber an eine Schadenersatzpflicht. Fraglich ist aber, ob die nachteilige Rechtsfolge schon allein aufgrund des Gesetzes eintritt oder nur aufgrund einer Anordnung in den Versicherungsbedingungen. Diese Frage stellt sich, weil § 183 VersVG keine Parallele zum Abs 2 des § 63 VersVG enthält.<sup>7)</sup>

<sup>6)</sup> OGH 19. 10. 1989, 7 Ob 36/89 = VersRE 1450.

<sup>7)</sup> „Hat der Versicherungsnehmer diese Verpflichtungen verletzt, so ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, es sei denn, dass die Verletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht. Bei grobfahrlässiger Verletzung bleibt der Versicherer zur Leistung insoweit verpflichtet, als der Umfang des Schadens auch bei gehöriger Erfüllung der Verpflichtungen nicht geringer gewesen wäre.“

In Deutschland wird vertreten, dass in der Summenversicherung der Anspruchsverlust nicht schon aufgrund des § 183 VersVG eintrete, sondern nur wenn die Versicherungsbedingung die Verhaltensanforderung des § 183 VersVG als Obliegenheit und den Anspruchsverlust vorsieht.<sup>8)</sup> Auch in Österreich enthalten die Versicherungsbedingungen idR eine einschlägige Klausel, etwa die bereits vorhin zitierte. Daraus geht hervor, dass das Nichterfüllen der Mitwirkungslast eine Obliegenheitsverletzung darstellt. Einschlägig sind dann auch die Grenzen, die aus § 6 Abs 3 VersVG folgen.<sup>9)</sup> Der Anspruch kann nur entfallen, wenn der VN die Behandlung vorsätzlich oder grob fahrlässig ablehnt, und der Anspruch kann – jedenfalls bei grober Fahrlässigkeit, unter Umständen aber auch bei Vorsatz – nur insoweit entfallen, als die unterlassene Heilbehandlung den Zustand verbessert (und damit die Invalidität vermindert) hätte.<sup>10)</sup>

Auch in der privaten Unfallversicherung kann daher – jedenfalls wenn die konkreten Versicherungsbedingungen dies vorsehen – die Leistungspflicht entfallen, wenn der Versicherte eine „nicht unbillige“ Heilbehandlung vorsätzlich oder grob fahrlässig unterlässt, insbesondere also wenn er sie verweigert, obwohl er über deren Chancen und Risiken und die Folgen einer Ablehnung informiert war.

### 5.1.2 Objektive Kriterien zur Duldungspflicht für den medizinischen Sachverständigen

Im Folgenden geht es nur um die Frage der objektiven Zumutbarkeit einer Heilbehandlung, nicht auch darum, ob der Versicherte diese in vorwerfbarer Weise verweigert hat (zB weil er konkret nicht genügend aufgeklärt wurde); diese zweite Frage ist idR auch nicht vom medizinischen Sachverständigen zu beurteilen.

Zur schadensrechtlichen Obliegenheit zur Schadensminderung sagt der OGH, diese beinhalte auch, dass der Versicherungsnehmer zur Behandlung auch Operationen in Betracht ziehen muss, wenn sie die in der Rechtsprechung definierten Schweregrad nicht überschreiten.

Bei der Beurteilung der Schranken der Zumutbarkeit von Operationen hat auch der medizinische Sachverständige von den Kriterien auszugehen, die die Gerichte zur objektiven Zumutbarkeit entwickelt haben, so wie Versicherungen und Gerichte.

<sup>8)</sup> *Knappmann in Prölss/Martin VVG-Kommentar*<sup>26</sup> (2004) § 183 Rn 1.

<sup>9)</sup> „(3) Ist die Leistungsfreiheit für den Fall vereinbart, dass eine Obliegenheit verletzt wird, die nach dem Eintritt des Versicherungsfalles dem Versicherer gegenüber zu erfüllen ist, so tritt die vereinbarte Rechtsfolge nicht ein, wenn die Verletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht. Wird die Obliegenheit nicht mit dem Vorsatz verletzt, die Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen oder die Feststellung solcher Umstände zu beeinträchtigen, die erkennbar für die Leistungspflicht des Versicherers bedeutsam sind, so bleibt der Versicherer zur Leistung verpflichtet, soweit die Verletzung weder auf die Feststellung des Versicherungsfalles noch auf die Feststellung oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung Einfluss gehabt hat.“

<sup>10)</sup> Sehen die konkreten Versicherungsbedingungen Obliegenheit und Rechtsfolge nicht vor, so kommt wohl nur ein Schadenersatzanspruch der Versicherung gegen den Versicherungsnehmer in Betracht, und zwar auf Ersatz für den Nachteil, den das Unterlassen der Heilbehandlung ihr verursacht; die Versicherung könnte diesen Ersatzanspruch dann wohl gegen den Anspruch des VN partiell aufrechnen. Allerdings führt dies wohl selten zu wesentlichen Abweichungen von der anderen Lösung, sofern man in beiden Fällen zumindest grobe Fahrlässigkeit verlangt und die Kausalität der unterlassenen Heilbehandlung beachtet. Für einen Gleichklang spräche ferner ein Vergleich mit der Sozialversicherung, weil Mitverantwortung dort bisher tendenziell den Ansprüchen weniger schadete als in der Privatversicherung. Und die Berücksichtigung der Schadensminderungslast entspricht einem allgemeinen Gebot des fairen Ausgleiches, wie die Übertragung des § 1304 ABGB in das Sozialversicherungsrecht zeigt.

Nach wiederholten Entscheidungen des OGH ist eine Operation zumutbar, wenn sie

- einfach und gefahrlos ist,
- ohne nennenswerte Schmerzen abläuft,
- eine sichere Aussicht auf Erfolg bietet

und wenn

- die voraussichtliche Dauer der Operation, des allfälligen stationären Aufenthaltes (zB zwölf Tage) und der Nachbehandlung (drei bis sechs Monate),
- die Art und Schwere der Schmerzen sowie
- die Erfolgsaussichten und die Gefahren einer Verschlechterung des Zustandes infolge der Operation

berücksichtigt werden (8 Ob 29/85).

Als zumutbare Schmerzperioden gelten allenfalls solche, die „lediglich vier Tage starke Schmerzen, drei bis vier Wochen mittelstarke und zehn bis zwölf Wochen leichte Schmerzen“ dauern (10 Obs 5/03 p – Knie-Endoprothese). Dies wurde in diesem Verfahren in der 2. Instanz festgelegt, aber nicht vom OGH bestätigt, da dieser sich mit der Frage der zumutbaren Schmerzen nicht mehr befasst hat, weil schon das relativ wenig fortgeschrittene Alter des Betroffenen (45 Jahre) die Implantation eines künstlichen Gelenks als nicht mitwirkungspflichtig erscheinen ließ. (Weitere Details dieses Falles im Kapitel „NICHT zumutbar“.)

Warum aber solche Schmerzen „nicht nennenswert“ sein sollen (insbesondere in Anbetracht der allgemein akzeptierten Definitionen von *Holczabek*), ist dem medizinischen Autor dieses Artikels beim Studium der Unterlagen nicht ersichtlich geworden, es dürfte sich allenfalls um die obere Grenze handeln.

Zur Beurteilung der Schmerzen werden in aller Regel die Kriterien von *W. Holczabek* herangezogen. Diese Kriterien sind:

Ein *starker Schmerzzustand* wird etwa dann anzunehmen sein, wenn Schmerz- und Krankheitsgefühl den Verletzten so beherrschten, dass er trotz Behandlung oder gerade wegen dieser nicht in der Lage war, sich selbst von diesem Zustand zu abstrahieren, in dem er sich – verständlicher ausgedrückt – nicht ablenken, an nichts erfreuen konnte, indem er nur im wahrsten Sinne des Wortes ein Leidender, ein Schwerkranker war.

Ein *mittelstarker Schmerz-Leidenszustand* wird dann anzunehmen sein, wenn sich dieser mit der Fähigkeit, sich von ihm zu abstrahieren, die Waage hielt. Wenn der Kranke also schon zu gewissen Interessensverwirklichungen bereit und fähig war.

Bei dem *leichten Schmerzenszustand* kann der Patient über seinen Leidenszustand dominieren, er kann sich zerstreuen und ablenken, er kann sogar vielleicht einer, der Situation entsprechenden, vernünftigen Arbeit nachgehen – er ist aber keineswegs frei von Schmerzen und Unlustgefühlen.

Die gutachterliche Einschätzung von Schmerzen ist also nicht nur in Haftpflichtsachen von Bedeutung, sondern kann auch in den Gutachten eine Rolle spielen, die nach den Kriterien der privaten Unfallversicherung zu erstellen sind, wenn sich die Frage der Mitwirkung des Versicherungsnehmers zur Schadensminderung ergibt. Detailliertere Angaben zum gutachterlichen Aspekt der Schmerzeinschätzung finden sich in *Neugebauer* (2008).

Nach bisherigen Entscheidungen ist eine Operation nicht zumutbar,

- wenn der Erfolg zweifelhaft ist,
- es sich um einen schweren, unter Umständen gefährlichen Eingriff handelt,
- die körperliche und seelisch-geistige Verfassung des Geschädigten reduziert ist (8 Ob 29/85),
- ein erheblicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit entsteht (wie etwa eine Eröffnung der Bauchhöhle – SSV-NF 4/23).

Zur Überlegung und Vorbereitung sowie um sich mit einem Arzt seines Vertrauens besprechen zu können, ist in der Rechtsprechung eine Frist von vier Wochen ab der Kenntnisnahme der Notwendigkeit bemessen worden (10 ObS 324/91; 10 ObS 5/03 p).

Die Mitwirkungspflicht zur Minderung des Schadens beinhaltet auch, dass der Versicherungsnehmer bei einem ungünstigen Heilungsergebnis von sich aus weitere Therapiemöglichkeiten erforschen muss, indem er entsprechende Fachärzte konsultiert (10 ObS 90/91).

Dem Aspekt der „Zumutbarkeit von Untersuchungen und Therapie bei der Begutachtung“ hat die Gesellschaft der Gutachterärzte Österreichs ihre Jahrestagung 2006 gewidmet. Bei dieser Tagung wurde aber ausschließlich nur die Frage der Zumutbarkeit von invasiven Untersuchungen zu Gutachterzwecken, die Frage der Zumutbarkeit von invasiven Behandlungen zur Schadensminderung aber nicht behandelt.

Auch dort werden die Grenzen der Zumutbarkeit von invasiven Maßnahmen, die ausschließlich der Befunderhebung dienen (nicht aber der Therapie), sehr eng gesetzt.

### **Ausjudizierte Beispiele für „zumutbar“:**

#### **Knie-Arthroskopie:**

auch dann, wenn als ungünstiger Begleitumstand eine Veränderung der Beckenarterien mit Thrombose und operativer Dehnung in der Vergangenheit vorliegt (SSV-NF 2/33; 10 ObS 90/91). Bei einer Meniskusoperation ist die Erfolgswahrscheinlichkeit hoch, das Operationsrisiko dagegen gering.

Nicht zumutbar ist nach einer OGH-Entscheidung eine Knie-Arthroskopie, die ausschließlich der Untersuchung, nicht aber der Behandlung dient. Aus dem Titel der Untersuchung alleine ist der nach AUVB Versicherte nämlich nicht verpflichtet, einen Eingriff in die körperliche Integrität vornehmen zu lassen, sondern nur Operationen, die zu einer Besserung oder Behebung der Unfallfolgen führen würden, sind unter den aufgezählten Bedingungen zumutbar.

Diese Entscheidung ist aus medizinischer Sicht nicht mehr aktuell, da sie vor der Ära der Magnetresonanztomographie gefällt wurde (7 Ob 36/1989). Heute ist eine Meniskusverletzung ohne invasiven Eingriff so weit abklärbar, dass eine operative Behandlung durch eine Arthroskopie gezielt möglich ist, wodurch sie – weil medizinisch vertretbar – juristisch zumutbar ist.

Der Autor dieser Übersicht hat als medizinischer Gutachter an einigen Entscheidungen des LG Klagenfurt (als Sozialgericht) mitgewirkt, in denen Kniearthroskopien als duldungspflichtig erklärt wurden, was dann auch in der Instanz bestätigt wurde.

#### **Bandscheibenoperation:**

ist zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zumutbar (10 ObS 331/92), aber auch eine Reoperation nach zwei vorangegangenen erfolglosen Operationen, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie erfolgreich verlaufen wird (10 Ob 142/02).

#### **Vollnarkose:**

Laut Kux; nicht aber wenn sie mehrstündig ist (8 Ob 292/82).

#### **Alkoholentziehungskur:**

weil die Wiederherstellung innerhalb eines halben Jahres möglich ist. Sie stellt eine Obliegenheit dar, bei deren Verletzung bestimmte Sanktionen greifen würden, die zu einer Störung des Versicherungs- und Leistungsverhältnisses führen (SSV-NF/33).

**Arthrose des unteren Sprunggelenkes (10 ObS 324/91):**

Dieser Fall wird immer wieder als Orientierungshilfe angeführt, was aber aus zwei Gründen nicht gerechtfertigt erscheint: 1. ist jeder Fall auch gutachterlich individuell zu beurteilen und 2. scheint dieser Fall medizinisch nicht überzeugend argumentiert.

Der in diesem Fall tätige chirurgische (nicht: orthopädische) Sachverständige stellte fest, dass sich durch eine operative Versteifung des unteren Sprunggelenks das Leistungskalkül des Klägers so weit bessern würde, dass er leichte sowie mittelschwere Arbeiten ohne weitere Einschränkungen verrichten könnte. Eine solche Operation ist mit Risiken verbunden, die mit jeder Operation einhergehen, erfordert eine stationäre Behandlung von zwölf Tagen und führt – einschließlich der Heilungs- und Wiederherstellungsphase – zu einem Krankenstand von zwei bis höchstens drei Monaten. Der OGH kommt zur Erkenntnis, dass durch diese Operation ein Schaden für Leben und Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, erhebliche Schmerzen damit nicht verbunden sind und sie auch keinen erheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bedeutet.

Dieses Urteil nennt die Grenzen der Zumutbarkeit aus jurisdischer Sicht, zeigt aber auch ein Dilemma auf: Es wurde aufgrund eines fachlich nicht nachvollziehbaren Gutachtens gefällt, so dass die Entscheidung zwar juristisch endgültig ist, aber auf einem unrichtig erscheinenden medizinischen Gutachten aufbaut.

Es ist nämlich eine orthopädisch bekannte Tatsache, dass die operative Behandlung eines so stark geschädigten unteren Sprunggelenkes, dass eine Versteifung notwendig ist, nicht in den Grenzen ablaufen kann, die die Rechtsprechung für die Zumutbarkeit gezogen hat. Weder ist die Behandlung in längstens sechs Monaten beendet, noch ist sie mit für Operationen normalen Risiken verbunden. Die Behandlung ist wesentlich schwerwiegender als sie der allgemeinchirurgische (fachfremde?) Gutachter der Rechtsprechung vermittelt. Schon die Ruhigstellung des operierten Gelenkes im Gips und Entlastung des Beines dauert drei Monate. Die weitere Rehabilitation beginnt erst danach und dauert dann noch einmal mehrere Monate.

Im Regelfall ist mit einer Nachbehandlungsdauer von mindestens sechs Monaten zu rechnen. Auch ist es bekannt, dass die Komplikationsrate höher ist als bei „jeder Operation“ (gemeint ist wohl: anderen, vergleichbaren Operationen am Bewegungsapparat). Es ist das Risiko einer Wundheilungsstörung höher, die der Unterschenkel-Thrombose ebenso (die zu einer lebensgefährlichen Lungenembolie führen kann) und auch die der Störung der Knochenheilung: Es besteht eine relativ hohe Gefahr einer Falschgelenkbildung (16%!; auch andere Komplikationen relativ hoch: *Easley et al 2000*). Auch wenn die Operation einer Versteifung des Sprunggelenkes als zumutbar entschieden wurde, kann diese Behandlungsform nicht als Bezugsgröße für die gutachterliche Beurteilung in anderen Fällen genommen werden: Sie überschreitet nämlich doch deutlich die von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen der Belastung.

Es hat sich der medizinische Gutachter also nicht am ausjudizierten Einzelfall zu orientieren, sondern an den objektiven Kriterien der ständigen Rechtsprechung.

**Beispiele für „nicht zumutbar“:****Knie-Endoprothese:**

bei einem 45 Jahre alten Kläger, weil die Prothese nur 15 Jahre hält und sich danach nur eine einmalige Reoperationsmöglichkeit bietet. Der OGH hält fest, dass dies gewich-

tige Gründe sind, die die Weigerung zur Operation entschuldigt und sie als gerechtfertigt erscheinen lässt (10 Obs 5/03 p).

Der Oberste Gerichtshof stellt aber in dieser Entscheidung auch fest, dass eine Operation zur Implantation einer Knieendoprothese grundsätzlich zumutbar ist, weil der stationäre Aufenthalt lediglich 14 Tage dauert und mit einem anschließenden Heilverfahren in der Dauer von drei bis vier Monaten verbunden ist. Die Erfolgsaussichten einer solchen Knieoperation sind sehr hoch. Unter der Annahme einer erfolgreichen Operation ist mit einer beträchtlichen Abnahme der Bewegungs- und Belastungsschmerzen, aber auch mit einer Kniebandstabilisierung (Anmerkung: gemeint ist wohl Knie-stabilisierung) zu rechnen. Das Risiko der Knieoperation hebe sich nicht von jenen Risiken ab, die mit jeder Operation schlechthin verbunden sind. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass mit dieser Knieoperation lediglich vier Tage starke Schmerzen, drei bis vier Wochen mittelstarke und zehn bis zwölf Wochen leichte Schmerzen verbunden seien, wobei allerdings zumindest leichte Schmerzen auch beim unoperierten Zustand des Klägers anzunehmen sind, so dass der involvierte Sachverständige aufgrund des schlechten Zustandsbildes des Klägers von einer absoluten Indikation für diese Knieoperation zum Zeitpunkt der Verhandlung gesprochen hat. Der OGH hat sich mit der Frage der zumutbaren Schmerzen dann nicht mehr auseinandergesetzt, weil schon allein im Hinblick auf das Alter des Klägers (45 Jahre) bei der festgestellten Haltbarkeit einer solchen Prothese von etwa 15 Jahren und bloß einer einmaligen Reoperationsmöglichkeit die Weigerung des Klägers, sich der vorgeschlagenen Operation zu unterziehen, berechtigt war und sich so die weitere Frage nach der Höhe der zumutbaren Schmerzen nicht mehr gestellt hat.

Der Oberste Gerichtshof stellt in dieser Entscheidung allerdings keine Überlegungen an, ab welchem Alter eine Knieendoprothese nun tatsächlich zumutbar ist. Er stellt fest, dass die Frage, ob eine Mitwirkung zuzumuten ist, unter Berücksichtigung aller Umstände und der Besonderheiten des Einzelfalles zu entscheiden ist. Dies bedeutet, dass die Frage der Zumutbarkeit nicht generell, sondern nur individuell für den jeweiligen Betroffenen beurteilt werden kann, da es allein darauf ankommt, ob dem Betroffenen persönlich die Mitwirkung zumutbar ist. Eine Mitwirkungspflicht besteht insbesondere dann nicht, wenn die Erfüllung dem Betroffenen aus einem wichtigen Grund nicht zugemutet werden kann. Unter dem wichtigen Grund sind die die Willensbildung bestimmenden Umstände zu verstehen, die die Weigerung entschuldigen und sie als berechtigt erscheinen lassen.

### **Gutartiger Bauchtumor:**

da es sich bei der Behandlung um eine nicht einfache Operation handelt, die die Öffnung des Bauchraumes mit schwierigen Eingriffen am Darm erfordert, wobei sich die Notwendigkeit zur vorübergehenden Schaffung eines künstlichen Darmausganges ergeben kann. Eine solche Operation erfordert eine längere postoperative Betreuung mit einer längeren Infusionstherapie. Der Genesungsprozess würde eine Zeitdauer von mindestens sechs Monaten in Anspruch nehmen. Im Hinblick auf die Intensität und deren Folgen überschreitet diese Operation die Grenze des unter dem Gesichtspunkt der Mitwirkungs- und Duldungspflichten Zumutbaren (SSV-NF 4/23).

### **Septische Pseudarthrose:**

Dritte Operation einer septischen Pseudarthrose mit Sequester am Oberschenkel (eiternder nicht verheilter Bruch mit abgestorbenem Knochenteil), weil der Erfolg der Operation zweifelhaft ist, es sich um einen schweren, unter Umständen lebensgefähr-

lichen Eingriff handelt und der körperliche und seelische Zustand der Klägerin durch die Unfallfolgen schon reduziert war (Depressionen). Das Hinausschieben der an und für sich notwendigen Operation, die dann mit einer Verzögerung von 15 Monaten doch durchgeführt wurde, kann nicht als Verletzung der Schadensminderungspflicht angesehen werden (8 Ob 29/85).

### 5.1.3 Zusammenfassung

Auch in medizinischen Gutachten nach den AUVB ist, wie in Gutachten für Haftpflicht- und Sozialrechtsachen üblich, gutachterlich festzuhalten, ob weitere Behandlungen zu einer Besserung des kausalen Schadens führen können.

Meist genügt die Feststellung im Gutachten, dass der Zustand durch eine einfache und somit zumutbare Behandlung nicht weiter gebessert werden kann; sei es, weil der Endzustand bereits eingetreten ist oder sei es, weil die weiteren operativen Möglichkeiten die obigen Grenzen überschreiten.

Der versierte Gutachter kennt die – juridischen – Grenzen der Zumutbarkeit, die durch die ständige Rechtsprechung erarbeitet wurden und hat sie in seine Betrachtungen einzubeziehen. Liegt eine Behandlungsmöglichkeit vor und scheint diese im Rahmen der Zumutbarkeit, hat der Gutachter dies dann darzulegen.

So ist zB bei einer Instabilität des oberen Sprunggelenks, die nach einer Bandruptur geblieben ist, auf die Möglichkeit einer operativen Behandlung hinzuweisen, weil diese zur Schadensminderung zumutbar erscheint. Es ist im Gutachten die Natur der Operation entsprechend den von in der Rechtsprechung entwickelten und oben zusammengefassten Richtlinien darzulegen: ein relativ einfacher Eingriff; in Narkose oder Lumbalanästhesie möglich; Ruhigstellung durch Gips sechs Wochen; Zeit für Behandlung inklusive Nachbehandlung nicht mehr als drei Monate; Operationsrisiko nicht erhöht; Operationserfolg mit hoher Wahrscheinlichkeit gut. Wenn die Beschwerden entsprechend ausgeprägt sind (*Auslasserisoden schon im Alltag*) und andere konservative Behandlungen schon durchlaufen wurden, ist eine operative Behandlung ärztlich angezeigt. Der Gutachter muss dann auf diese Möglichkeit hinweisen, dass diese Behandlung im Sinne einer Mitwirkungspflicht zur Schadensminderung zumutbar erscheint. Ein zertifizierter Gutachter hat soweit rechtskundig zu sein, dass er diese Feststellung zur Orientierung in der Sachlage abgeben kann.

Er sollte dann in seinem Gutachten zwei Invaliditätsgrade einschätzen: vor und nach der Behandlung, damit der Spielraum für die Beteiligten und die Entscheidungsträger erkennbar ist.

Der Versehrte muss sich einer Operation nicht unterziehen, er hat aber offensichtlich kein Recht, den höheren Invaliditätsgrad einzufordern, wenn der Schaden relativ einfach behandelbar ist.

Lässt er sich operieren, geht das Operationsrisiko zu Lasten der Versicherung, da die Behandlung kausal ist; es sind dann auch allfällige Komplikationen und der daraus resultierende schlechtere Zustand kausal und versichert.

Unternimmt er nichts aus eigenem zur Besserung und lässt er sich nicht in der in der Rechtsprechung festgelegten Frist behandeln, trägt er das Risiko der Verschlechterung und der eventuell später doch durchzuführenden Operation selbst.

Es gilt eine Überlegungsfrist von vier Wochen nach Kenntnismahme der Behandlungsmöglichkeit.

Gleiches gilt auch für ein instabiles Kniegelenk nach einem Kreuzbandriss, das muskulär nicht stabilisierbar ist, was schon im Alltag zu Auslasserisoden führt.

Eine endoskopische Kreuzbandplastik wird innerhalb der von der Rechtsprechung aufgezeigten zeitlichen, emotionalen (*Schmerzen, Aussichten*) und operationstechnischen Grenzen regelmäßig zur Sanierung dieses Problems angewandt. Diese Operation ist zur Behandlung ärztlich notwendig und erscheint mitwirkungspflichtig, weil der Aufwand innerhalb der rechtlich definierten Schranken liegt.

Als Gutachter braucht man sich nicht mit der Glaubwürdigkeit der Angaben des Versicherungsnehmers auseinanderzusetzen, sondern mit den Behandlungsmöglichkeiten: Je massiver die Instabilitätsbeschwerden, umso naheliegender ist es, sich einer relativ einfachen und häufig durchgeführten Stabilisierungsoperation zu unterziehen. Ein massiv instabiles Knie kann einen Invaliditätsgrad von einem Viertel eines ganzen Beinwertes verursachen, nach einer erfolgreichen Kreuzbandplastik beträgt der Wert dagegen ein Zehntel.

Die subjektive Schilderung der Beschwerden, die nach Bandrissen in diesen Gelenken entstehen, deckt sich manchmal nicht mit der medizinischen Dokumentation und nicht mit dem Untersuchungsbefund. Es werden manchmal Instabilitätsprobleme in einem solchen Ausmaß geschildert, die, wären sie tatsächlich in diesem Ausmaß vorhanden, eine ärztliche Behandlung, zumindest aber Beratung schon vor der Begutachtung notwendig gemacht hätten.

Wenn diese aber nicht erfolgt ist, liegt die Vermutung nahe, dass die geschilderten Beschwerden nicht selbst erlebt wurden, sondern dass eine Beratung erfolgt sein könnte.

Gerade bei instabilen Knie- und Sprunggelenken ist das Ausmaß des funktionellen Ausfalls nur bedingt zu objektivieren: Auch bei der Entscheidung zur Operation im Spitals-Alltag wird dabei weitgehend den subjektiven Beschwerden gefolgt.

Ein instabiles und muskulär nicht stabilisierbares Knie führt zur eigenen Gefährdung des Versicherungsnehmers, zB beim Stiegensteigen oder beim Überqueren einer Straße beim Herabsteigen vom Gehsteig: Es kann dabei zu Stürzen kommen. Wenn solche Beschwerden geschildert werden, aber keine ärztliche Beratung oder Behandlung von sich aus gesucht worden war, ist gutachterlich ein starker Zweifel an diesen Angaben gerechtfertigt.

Auch Müller (Hofrat des VwGH), der sich bei einer richterlichen Rechtsfortbildung 1995 ua zum Thema „Mitwirkungs- und Duldungspflichten bei Heilbehandlung“ geäußert hat, hält einen Eingriff, dessen Gefährdungspotenzial hinter jenem der unbehandelten Krankheit erheblich zurückbleibt, als zumutbar. Diese Sichtweise gilt sicherlich auch und gerade für ausgeprägte Instabilitätsbeschwerden des Sprunggelenkes oder des Knies.

Zuzustimmen ist Müller auch, wenn er sich der „Gefährlichkeitsprüfung“ einer Operation von einer anderen Seite nähert als der OGH mit der Abwägung der Interessen der Versicherungsgemeinschaft gegen der des Individuums, wie sie in der ständigen Rechtsprechung verankert ist.

Dieser sein anderer Zugang ist auch für den Mediziner naheliegend: Wenn sich Patienten in Umständen, die von Versicherungsinteressen nicht beeinflusst sind, regelmäßig solchen Routineoperationen unterziehen, kann diese Duldung auch in dem Einzelfall erwartet werden, bei dem es um eine Versicherungsleistung geht.

Wenn normale Patienten die Last einer Operation auf sich nehmen würden, um eine Verbesserung ihres Zustandes zu erreichen, kann im Versicherungsfall die Verweigerung einer allgemein akzeptierten Behandlung, die in den geschilderten Rahmen der Zumutbarkeit abläuft, nicht durch eine höhere Versicherungsleistung belohnt werden. Müller drückt dies juristisch so aus: „Würde ein verständiger Patient einem medizinischen Eingriff nach den Umständen des Einzelfalles im Allgemeinen zustimmen, dann wäre die Weigerung zur Heilbehandlung als rechtsmissbräuchlich unbeachtlich.“

### 5.1.4 Fazit

In Gutachten nach den AUVB sollen die therapeutischen Möglichkeiten zur Schadensminderung, insbesondere durch Operationen, dann detailliert gewürdigt werden, wenn es sich um relativ einfache Eingriffe handelt, die eine hohe Erfolgsaussicht und niedere Komplikationsrate haben, die keine erheblichen Schmerzen verursachen und bei denen die gesamte Behandlung in drei bis sechs Monaten abgeschlossen ist.

### Literatur

*Easley M., Trnka H.-J., Schon L., Myerson M.*, Isolated Sbutalar Arthrodesis; in Journal of Bone and Joint Surgery 2000 Mai, 82-A: 613–624.

*Gesellschaft der Gutachterärzte Österreichs*, Zumutbare Maßnahmen in Diagnostik und Therapie bei der Begutachtung; in Forschung und Praxis der Begutachtung, Heft 68/2006.

*Holzabek W.*, in *Danzl K.-H., Gutierrez-Lobos K., Müller O. F.*, Das Schmerzengeld<sup>9</sup>; Manz Verlag, Wien 2008, 102.

*Kux R.*, Zumutbarkeit und Duldungspflicht operativer Eingriffe; in Forschung und Praxis der Begutachtung, Heft 41/1992, 48.

*Müller R.*, Richterliche Rechtsfortbildung im Leistungsrecht der Sozialversicherung; in RdA 1995, 465, Kap V: Mitwirkungs- und Duldungspflichten bei Heilbehandlung.

*Neugebauer Ch.*, Schmerzengeld (Österreich), in *Ludolph E., Lehmann R., Schürmann J.* (Hrsg.), Kursbuch der ärztlichen Begutachtung, Ecomed-Verlag, V-1.1.1., Landsberg 2008.

## 5.2 Physiotherapeutische Nachbehandlung und Rehabilitation nach Unfällen aus gutachterlicher Sicht

*Dr. Christoph Neugebauer*

Die Nachbehandlung von Verletzungsfolgen ist für ein gutes Endergebnis von entscheidender Bedeutung: So würde ein optimales Operationsergebnis eines Bruches zunichte gemacht, wenn das benachbarte Gelenk versteift.

Die Höhe der bleibenden Invalidität wird von der wieder erreichten Funktion des verletzt gewesenem Körperteils bestimmt.

Die Aufgabe der rehabilitativen Nachbehandlung ist es, den bleibenden Funktionsausfall eines Körperteils nach einer Verletzung möglichst gering zu halten und eine gute funktionelle Anpassung an die entstandene Behinderung zu erreichen.

Rehabilitationsmaßnahmen beginnen Tage nach der Erstversorgung und begleiten schon die Akutbehandlung.

Das **akute Stadium** einer versorgten Verletzung dauert in der Regel vier bis sechs Tage, einen komplikationslosen Verlauf vorausgesetzt. In diesem Stadium steht die Entzündung der Gewebe im Vordergrund, unabhängig davon, ob die Verletzung operativ oder ohne Operation versorgt wurde.

Im **2. Stadium**, dem subakuten Stadium, ist die Entzündung rückläufig. Das Stadium dauert in der Regel drei Wochen, kann aber auch bis sechs Wochen dauern.

Im **3. Heilungsstadium**, dem Spätstadium, liegen keine Entzündungen des Gewebes mehr vor. Der verletzt gewesene Körperteil hat aber die volle Funktion noch nicht wieder erlangt. Dieses Stadium kann relativ lang dauern: bis zwölf bis 18 Monate nach der Verletzung ist damit zu rechnen, dass noch eine wesentliche Funktionsverbesserung möglich ist.