

Der Sozialleistungsträger ist aus verschiedenen verfassungsrechtlichen Verbürgungen¹²⁶ gehalten, den Berechtigten bei der Bewältigung des Leistungsfalles zu unterstützen. Die Voraussetzungen des Leistungsanspruchs sind von Amts wegen zu ermitteln, wozu sich der Leistungsträger der Mithilfe des Berechtigten bedienen kann.¹²⁷ Auch obliegen dem Leistungsträger verschiedene Auskunft- und Beratungspflichten,¹²⁸ die es dem Betroffenen ermöglichen sollen, seine sozialrechtlichen Leistungsansprüche zu nutzen. Die Rolle des Leistungsträgers ist damit nicht nur als Anspruchsgegner, sondern auch als Partner des Berechtigten bei der Bewältigung des abgesicherten Risikos ausgestaltet. Das zeigt sich auch an § 22 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX, wonach die gemeinsamen Servicestellen auch bei der Erfüllung von Mitwirkungspflichten unterstützen sollen.

Ein solches Verständnis der Stellung des Leistungsträgers stärkt die Position des Berechtigten, wenn es um das Verlangen nach Schadensminderung geht. Zunächst ist der Berechtigte bereits vor der Anmahnung der Erfüllung seiner Pflichten bei der Ermittlung zumutbarer Möglichkeiten zur Schadensminderung einzubeziehen. Schon die Entscheidung über die Zumutbarkeit einer Maßnahme kann nicht ohne die Kenntnis der Verhältnisse des Berechtigten getroffen werden. Bringt er nach erfolgter Mahnung Gründe gegen die verlangte Maßnahme vor, sind diese vom Leistungsträger vor der Leistungsverweigerung ernsthaft zu prüfen und ggf. auch zum Anlass weiterer Ermittlungen zu machen. Solange sich der Berechtigte nicht jeglicher Schadensminderung verweigert, haben die Leistungsträger die Aufgabe, im Einvernehmen mit dem Berechtigten Möglichkeiten zur Bewältigung des Leistungsfalles zu finden. Im Gegensatz zum Haftpflichtrecht sind sie eben nicht eine „reine Zahlstelle“, die lediglich aus eigenen finanziellen Interessen an der Behebung des Leistungsfalles interessiert ist.

VIII. Schadensminderung in ausgewählten Zweigen des Sozialrechts

Im Laufe der Untersuchung hat sich gezeigt, dass die Schadensminderung durch den Berechtigten vor allem in der deutschen Kranken- und in der Rentenversicherung Probleme bereitet. Insbesondere der Vermeidung langer Zeiten der Arbeitsunfähigkeit und der Motivierung des Berechtigten, auch bei dauerhaften Einschränkungen seine verbliebene Erwerbsfähigkeit zu nutzen, wird derzeit nur unzureichend Rechnung getragen.

Auch in der deutschen Pflegeversicherung kommt die Eigenverantwortung des Berechtigten zu kurz. Augenfällig ist das vor allem bei der Zahlung von Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegekräfte.

126 Wie dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG. Zum sozialstaatlichen Verständnis der Schweiz vgl. Häfelin/Müller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rn. 185.

127 Z.B. §§ 60 – 62 SGB I; §§ 99 Abs. 2, 143 ASVG; Art. 28 ATSG.

128 Z.B. §§ 13-15 SGB, Art. 27 ATSG.

Im Folgenden soll daher für diese drei Bereiche dargestellt werden, wie die Situation mit dem gegebenen gesetzlichen Instrumentarium gelöst werden kann und wo eine Regelung durch den Gesetzgeber notwendig wäre. Die Ergebnisse sind teilweise auch auf andere Zweige des Sozialrechts übertragbar, soweit nicht an spezifische Leistungsvoraussetzungen oder Mitwirkungspflichten eines Zweiges angeknüpft wird.

1. Schadensminderung in der Krankenversicherung

Die Krankenversicherung ist in den meisten Fällen der zuerst zuständige Sozialleistungsträger, wenn gesundheitliche Probleme auftreten.¹²⁹ Sie deckt die erforderliche medizinische Behandlung und sichert den krankheitsbedingten Erwerbsausfall ab. Schadensminderung durch den Berechtigten ist hinsichtlich beider Leistungen denkbar.

Der möglichst frühzeitigen Rückkehr an den Arbeitsplatz oder der Perspektive der Rückkehr ins Erwerbsleben wird ein positiver Einfluss auf die Krankheitsbewältigung zugesprochen.¹³⁰ Wichtig ist daher, Arbeitsunfähigkeitszeiten möglichst zu verkürzen und eine rasche Rückkehr an den Arbeitsplatz zu fördern. Sollte die bisherige Berufstätigkeit wegen der Erkrankung dauerhaft nicht mehr möglich sein, kommt es darauf an, schon früh neue Perspektiven zu eröffnen und einen Ausstieg aus dem Erwerbsleben zu verhindern. Die Einbeziehung des Erkrankten dient damit nicht nur dem Ziel, Kosten in der Krankenversicherung zu sparen, sondern auch dazu, das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben und damit Leistungsansprüche gegen andere Sozialleistungsträger zu verhindern.

a) Schadensminderung bei der Heilbehandlung

Anders als bei den Ansprüchen auf Geldleistungen ist die Inanspruchnahme einer Heilbehandlung nicht von einer vorherigen Bewilligung durch die zuständige Krankenversicherung abhängig. Der Berechtigte entscheidet zum größten Teil selbst, ob er ärztlicher Behandlung bedarf und ob er diese in Anspruch nimmt.¹³¹ Auch die Leistungserbringer bedürfen nur in Sonderfällen der Genehmigung, eine bestimmte

129 Wenn die gesundheitliche Schädigung auf einem (Arbeits-) Unfall oder einer beruflich bedingten Erkrankung beruht, ist in Deutschland und in der Schweiz vorrangig die Unfallversicherung zuständig. Die nachfolgenden Ausführungen lassen sich darauf übertragen.

130 *Cuelenare/Prins*, Factors Influencing Work Resumption, in: Bloch/Prins (Ed.), Who returns to work and why?, S. 273 ff.

131 Der leistungsrechtliche Krankheitsbegriff der Krankenversicherung umfasst auch, der Vermutung über das Vorliegen einer leistungsberechtigenden Krankheit nachzugehen, vgl. BSGE 51, S. 115, 117; *Nofz*, in: Hauck, § 11 SGB V, Rn. 30; *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht, S. 68.

Behandlung durchführen zu dürfen.¹³² Den Krankenversicherungen verbleiben damit nur sehr beschränkte Möglichkeiten, den Umfang der Krankenbehandlung auf das notwendige Maß zu beschränken.

Um die Funktionsfähigkeit des Krankenversicherungssystems aufrecht zu erhalten, unterliegen zumindest die Leistungserbringer dem Wirtschaftlichkeitsgebot.¹³³ Leistungen dürfen zu Lasten der Krankenversicherung nur erbracht werden, wenn sie notwendig sind und eine wirtschaftliche Behandlungsform gewählt wurde. Hinsichtlich der schweizerischen Krankenversicherung hat das EVG entschieden, dass auch die Versicherten im Rahmen der generell geltenden Schadensminderungspflicht gehalten sind, Leistungen nur im notwendigen Umfang in Anspruch zu nehmen.¹³⁴ Sind zur Behandlung einer Gesundheitsstörung mehrere Behandlungsformen möglich, hat der Versicherte zunächst diejenige zu wählen, die mit den geringsten Kosten verbunden ist. Verletzt er dieses Gebot, erhält er die Kosten für die aufwendigere Behandlung nicht erstattet.

Diese Rechtsprechung verbindet das mit Art. 32 Abs. 1 KVG auch an den Versicherten gerichtete Wirtschaftlichkeitsgebot mit der ihm obliegenden Schadensminderung.¹³⁵ Die Bezugnahme auf das Schadensminderungsgebot eröffnet der Rechtsprechung die Möglichkeit, die Zumutbarkeit einer einfacheren und damit kostengünstigeren Behandlung zum Gegenstand der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu machen.

Im österreichischen und deutschen Krankenversicherungsrecht fehlen dagegen Regelungen, die vom Versicherten explizit die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes bei der Inanspruchnahme medizinischer Leistungen verlangen. Zwar finden sich Vorschriften, die festlegen, dass nur notwendige und zweckmäßige Leistungen zum Leistungsumfang der Krankenversicherung gehören.¹³⁶ Rechtsfolgen einer Verletzung dieses Gebotes durch den Berechtigten sind jedoch nicht vorgesehen.

Dies mag damit begründet sein, dass den Krankenkassen im Rahmen der Sachleistungserbringung die Möglichkeit fehlt, die individuell in Anspruch genommenen Leistungen mit einem vertretbaren Aufwand festzustellen und die Kosten für unzweckmäßige und damit unwirtschaftliche Behandlungen vom Versicherten zu verlangen. Da die schweizerische Krankenversicherung vom Grundprinzip der Kostenersatzung ausgeht, ist dort eine Wirtschaftlichkeitskontrolle bereits bei der Prüfung

132 Einer Genehmigung bedürfen etwa Rehabilitationsmaßnahmen nach § 40 SGB V, die kieferorthopädische Behandlung nach 29 SGB V, die psychotherapeutische Behandlung nach § 28 Abs. 3 SGB V oder die Anwendung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nach 135 SGB V.

133 §§ 12 SGB V, 342 Abs. 1 Nr. 4 ASVG, Art. 56, 57 KVG. Im schweizerischen Krankenversicherungsrecht ist nach Art. 32 Abs. 1, Art. 34 KVG die Kostenersatzung auf wirksame, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungen beschränkt; *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S. 280 ff.; *Eugster*, Krankenversicherung, Rn. 100 f., in: Koller/Meyer-Blaser, Soziale Sicherheit.

134 BGE 130 V 299.

135 Diese Verbindung stellt auch *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S. 280 ff. her, wenn sie das Wirtschaftlichkeitsgebot als Schadensminderungspflicht des Arztes behandelt.

136 §§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB V, 133 Abs. 2 ASVG.

des Leistungsanspruchs möglich. Im deutschen Sachleistungssystem ist diese nur nachträglich bei den beteiligten Vertragsärzten vorgesehen, die bei einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots mit Honorarkürzungen zu rechnen haben.¹³⁷ Hält man an der Vergütung der Vertragsärzte über die kassenärztlichen Vereinigungen fest,¹³⁸ die eine Wirtschaftlichkeitskontrolle der erbrachten Leistungen nur stichprobenartig oder bei Auffälligkeiten vorsieht,¹³⁹ wird die Kontrolle der wirtschaftlichen Inanspruchnahme von Leistungen der Krankenversicherung durch einzelne Versicherte kaum möglich sein. Die Aufforderung an die Versicherten in § 2 Abs. 4 SGB V, Leistungen nur im notwendigen Umfang in Anspruch zu nehmen, lässt sich somit nicht effektiv durchsetzen.

b) Verkürzung der Dauer der Arbeitsunfähigkeit

aa) Berufsschutz als Element der Arbeitsunfähigkeit

Der Anspruch auf Entgeltersatz infolge von Arbeitsunfähigkeit unterscheidet sich nach dem schweizerischen Recht grundlegend von dem nach deutschen und österreichischen Recht: Zum einen ist die Absicherung des Verdienstauffalls Gegenstand einer freiwilligen Versicherung, zum anderen kennt das schweizerische Krankenversicherungsrecht eine teilweise Arbeitsunfähigkeit.¹⁴⁰ Die verbliebene Restarbeitsfähigkeit ist vom Versicherten einzusetzen, soweit er die Möglichkeit dazu hat.

Erhält der Berechtigte bereits für längere Zeit, in der Regel sechs Monate, Taggeld der Krankenversicherung, ist er nach Art. 6 S. 2 ATSG gehalten, eine seinen gesundheitlichen Einschränkungen angepasste neue Arbeitsmöglichkeit zu suchen.¹⁴¹ Nach Einräumung einer angemessenen Übergangszeit wird die Arbeitsunfähigkeit ausgehend von einer zumutbaren, den Einschränkungen angepassten Tätigkeit beurteilt. Dies hat zur Folge, dass Arbeitsunfähigkeit nicht mehr vorliegt und kein Anspruch auf Taggeld mehr besteht. Mit dieser Regelung erreicht man eine möglichst frühzeitige Rückführung in das Erwerbsleben, auch wenn dafür eine berufliche Neuorientierung erforderlich wird. Art. 6 S. 2 ATSG dient damit nicht nur der finanziellen Entlastung des Leistungsträgers, sondern verbessert auch die Chance des Erkrankten auf einen Verbleib im Erwerbsleben.

Eine solche Regelung findet sich weder im deutschen noch im österreichischen Krankenversicherungsrecht. Das deutsche Krankenversicherungsrecht kennt mit § 51 SGB V eine Vorschrift, die zumindest teilweise in die gleiche Richtung zielt. Wird eine erhebliche Gefährdung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit festgestellt,

137 § 106 SGB V.

138 § 295 SGB V; *Steinhilper*, Die Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 20.

139 §§ 296, 297 SGB V.

140 Art. 6 S. 1 ATSG.

141 8. Kap. III. 2

hat die Krankenkasse den Berechtigten aufzufordern, einen Antrag auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder zur Teilhabe am Arbeitsleben zu stellen.¹⁴² Ergibt die Prüfung des Antrages die Notwendigkeit eines Berufswechsels, hat der Berechtigte Anspruch auf notwendige Teilhabeleistungen.¹⁴³ Damit wird ebenfalls eine berufliche Neuorientierung des Berechtigten angestrebt. Allerdings ist dieses Verfahren nicht so effektiv, wie die direkte Verpflichtung des Berechtigten zum Berufswechsel. Denn die weitere Leistungspflicht der Krankenkasse ist vom Verfahren beim Rehabilitationsträger¹⁴⁴ abhängig. Stellt dieser fest, dass weder Rentenleistungen noch Teilhabeleistungen zustehen, bleibt bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit der Anspruch auf Krankengeld bestehen.

bb) Stufenweise Wiedereingliederung

Im Gegensatz zum schweizerischen KV-Recht sind in Deutschland und Österreich Leistungen bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit nicht vorgesehen. Eine krankheitsbedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, gemessen einzig an Bedingungen des derzeitigen Arbeitsplatzes, führt zu vollständiger Arbeitsunfähigkeit.¹⁴⁵ Das bedeutet, dass eine zeitlich limitierte Arbeitsfähigkeit nicht eingesetzt werden kann und sich die Zeit der Abwesenheit vom Arbeitsplatz verlängert.

Unter dem Aspekt der möglichst frühen Rückkehr an den Arbeitsplatz ist der stufenweisen Eingliederung nach §§ 74 SGB V, 28 SGB IX besondere Beachtung zu schenken. Mit diesem Instrument kann erreicht werden, dass lediglich zeitliche Limitierungen der Arbeitsfähigkeit nicht mehr zwangsläufig die Abwesenheit vom Arbeitsplatz zur Folge haben.

Die stufenweise Wiedereingliederung wird erschwert durch die Tatsache, dass weder der Arbeitgeber noch der Versicherte gegenüber der Krankenversicherung verpflichtet sind, dieses Instrument zu nutzen. Eine Obliegenheit des Versicherten, an der vom Arbeitgeber angebotenen stufenweisen Wiedereingliederung teilzunehmen, lässt sich aber über § 63 SGB I konstruieren.¹⁴⁶ Da die stufenweise Wiedereingliederung der ärztlichen Befürwortung, Überwachung und Betreuung bedarf, ist sie als Heilbehandlung anzusehen.¹⁴⁷ Grenzen der Mitwirkung nach § 65 SGB I können sich nur hinsichtlich der bestehenden Arbeitsfähigkeit ergeben, deren Einhaltung werden aber bereits durch die Voraussetzungen der Durchführung einer stufenweisen Wiedereingliederung gewahrt. Verweigert sich der Erkrankte, kann die Krankenkasse das Krankengeld nach § 63 SGB I ganz oder teilweise entziehen. Problematisch ist allerdings der Umfang der Entziehung. Denn die stufenweise Wiederein-

142 Vgl. 6. Kap. IV. 1.

143 §§ 4 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 33 SGB IX; 16 SGB VI; 35 SGB VII; 26 BVG.

144 § 6 SGB IX.

145 *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht, S. 81; *Höfler*, in *KassKomm*, § 44 SGB V, Rn 19.

146 vgl. 6. Kap. III. 3. b).

147 6. Kap. III. 3. b) bb).

gliederung berührt den Anspruch auf Krankengeld zunächst nicht, dieses wird in unveränderter Höhe weitergezahlt. Ein unmittelbarer Einfluss der Verweigerung auf den Leistungsanspruch besteht damit nicht.¹⁴⁸ Eine Möglichkeit wäre, das Krankengeld ab dem Zeitpunkt in voller Höhe zu entziehen, zu dem nach dem Eingliederungsplan voraussichtlich die Arbeitsfähigkeit wieder voll hergestellt worden wäre.

Sinnvoller wäre es aber, die Stellung der stufenweisen Wiedereingliederung in der Krankenversicherung generell zu stärken und dies schon durch einen veränderten Standort im SGB V deutlich zu machen. Bisher wird die stufenweise Wiedereingliederung nur im Rahmen der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten erwähnt und hat nicht die Stellung einer eigenen Leistung der Krankenversicherung.¹⁴⁹ Würde man sie im Rahmen der Vorschriften zum Krankengeldanspruch verankern und mit einer entsprechenden Verpflichtung des Versicherten koppeln, könnte dieses Instrument effektiv zu Förderung der raschen Rückkehr an den Arbeitsplatz genutzt werden.

2. Schadensminderung in der Rentenversicherung

Die gesetzliche Rentenversicherung in Deutschland weist, wenn es um die Einbeziehung des Berechtigten zur Behebung der Anspruchsvoraussetzungen geht, zwei entscheidende Schwachpunkte auf. Zum einen ist die Möglichkeit einer Behandlung der gesundheitlichen Beeinträchtigung, die der Erwerbsminderung zugrunde liegt, nach der Rechtsprechung des BSG kein Element der Anspruchsvoraussetzungen, sondern kann lediglich bei Prognoseentscheidungen berücksichtigt werden.¹⁵⁰ Zum anderen wird der Zugang zu den Erwerbsminderungsrenten durch die Einbeziehung der Arbeitsmarktlage als Anspruchsvoraussetzung erweitert,¹⁵¹ ohne dass korrespondierende Mitwirkungspflichten des Berechtigten bestehen.

a) Prognoseentscheidungen

Der Anspruch auf eine Erwerbsminderungsrente hängt davon ab, dass Erwerbsminderung, gerechnet ab ihrem Eintreten, voraussichtlich für mindestens sechs Monate vorliegt. Ist diese Frist zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag noch nicht abgelaufen, besteht der Anspruch nicht, wenn eine Möglichkeit zur Behebung der Erwerbsminderung besteht und diese Besserung voraussichtlich noch bis zum Fristende erreichbar ist. Der Antrag wäre also abzulehnen. Nutzt der Berechtigte diese Möglichkeit nicht, kann er später erneut Rentenleistungen beantragen, wobei jetzt

148 S.o. III. 2. a).

149 Ähnlich ist dies auch bei § 28 SGB IX: Die Leistungen der medizinischen Rehabilitation sollen so erbracht werden, dass eine stufenweise Wiedereingliederung möglich ist.

150 6. Kap. V. 1.

151 6. Kap. V. 2.