

Für den besonders prägnanten Fall, dass sich der Berechtigte einer Operation unterziehen soll, gelten im Wesentlichen die gleichen Regeln wie im Haftpflichtrecht. Sie ist nur zumutbar, wenn sie voraussichtlich zu einer Besserung des Zustandes führt und nicht mit der Gefahr eines Schadens für Leben und Gesundheit verbunden ist, nicht erhebliche Schmerzen verursacht und keinen schweren Eingriff darstellt.⁴⁵ Diese Kriterien werden grundsätzlich für alle medizinischen Behandlungen und auch Rehabilitationsmaßnahmen herangezogen.

Geht es um nicht-medizinische Maßnahmen, ist das Bild uneinheitlich. Schon die Intensität des Berufsschutzes variiert erheblich. So ist in der deutschen Krankenversicherung vollständiger Berufsschutz für den zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübten Beruf gegeben.⁴⁶ Das Sozialhilferecht verzichtet dagegen vollständig auf den Berufsschutz. Soll berufliche Rehabilitation die Rückkehr in das Erwerbsleben ermöglichen, wird auf den bisherigen Beruf und Fähigkeiten und Neigungen des Betroffenen Rücksicht genommen. Entsprechende Maßnahmen sind nur zumutbar, wenn mit dem angestrebten Berufsziel kein wesentlicher sozialer Abstieg verbunden ist und die Aussicht auf Wiedereingliederung besteht.

Neben diesen spezifischen, auf die Art der Maßnahme ausgerichteten Kriterien sind auch subjektive Umstände zu berücksichtigen. Dazu gehören die Unabkömmlichkeit des Berechtigten vom Wohnsitz bei einer stationären Maßnahme oder seine seelische Verfassung, die gegen die Durchführung einer Maßnahme spricht.

2. Der Maßstab der Erfolgsaussicht

Als ein wichtiger Gesichtspunkt der Zumutbarkeit hat sich die Erfolgsaussicht der verlangten Maßnahme herausgestellt. Zunächst entscheidet sie darüber, ob eine entsprechende Pflicht für den Berechtigten überhaupt in Betracht kommt, weil mit ihr die mit der Auferlegung der Pflicht verfolgten Ziele erreicht werden können. Wenn dies zutrifft, geht die Erfolgsaussicht ein in die Abwägung der Interessen des Berechtigten und des Trägers der jeweiligen Sozialleistung. Das gilt ebenso für die Zumutbarkeitserwägungen bei der haftpflichtrechtlichen Schadensminderungspflicht.

45 Wortlaut von §§ 63, 65 Abs. 2 SGB I, Rechtsprechung des OGH vgl. 7. Kap. III. 1. b); Art. 21 Abs. 4 ATSG und die Rechtsprechung des BG, vgl. 8. Kap. I. 2. a).

46 *Gerlach*, in: Hauck/Noftz, § 44 SGB V, Rn. 43 ff; *Wiedekamp*, in: Maaßen/Schermmer/Wiegand/Zipper, § 44 SGB V, Rn. 9 ff., vom Berufsschutz abgesehen wird nur, wenn das Beschäftigungsverhältnis seit ca. 3 Jahren nicht mehr besteht, BSGE 92, 199 ff.; so auch in Österreich, vgl. die Definition in § 106 Abs. 3 GSVG, die für die Krankenversicherung generell gilt, *Tomandl*, Grundriss, Rn. 181.

a) Der angestrebte Erfolg der Maßnahme

Für die sozialrechtliche Schadensminderungspflicht ist auf beiden Ebenen zu klären, welchen Erfolg die vom Berechtigten verlangte Maßnahme bringen soll. In Betracht kommen drei Alternativen: Entweder geht es nur um eine abstrakte Verbesserung von Gesundheit und eingeschränkten Fähigkeiten, oder es wird darauf abgestellt, dass die Voraussetzungen der beantragten oder gewährten Sozialleistung ganz oder teilweise entfallen oder es wird die Entlastung des gesamten Sozialleistungssystems angestrebt.

Dagegen ist eine solche Differenzierung nach dem angestrebten Erfolg bei der haftpflichtrechtlichen Schadensminderungspflicht nur eingeschränkt erforderlich. Denn der Schädiger haftet für sämtliche Schäden. Zu unterscheiden ist, ob lediglich eine abstrakte Verbesserung des Zustandes oder eine Vermeidung von Folgeschäden aus der Verletzung angestrebt wird. Im ersten Fall würde eine abstrakte Verbesserung des Zustandes unter Umständen den immateriellen Schaden verringern, im zweiten Fall verringert sich der materielle Schaden.

b) Im Sozialrecht: Verbesserung von Fähigkeiten

In allen drei verglichenen Rechtsordnungen wird davon ausgegangen, dass die verlangte Maßnahme den Zustand oder die Fähigkeiten verbessern muss, deren Einschränkung der jeweiligen Sozialleistung zugrunde liegt.⁴⁷ Bei Rentenleistungen wegen Einschränkung der Erwerbsfähigkeit oder Krankengeld wegen Arbeitsunfähigkeit kommt es also darauf an, dass die Erwerbs- oder Arbeitsfähigkeit verbessert wird. Bei Pflegeleistungen soll dagegen eine Verbesserung der notwendigen Fähigkeiten zur selbständigen Lebensführung erreicht werden. Dies kann entweder durch eine Heilung oder Besserung der Erkrankung erreicht werden oder durch eine Anpassung an die verbliebenen Fähigkeit oder deren Steigerung. Besteht die Sozialleistung in der Gewährung notwendiger medizinischer Behandlung, kommt es nur auf die Heilung oder Besserung der Erkrankung an.

Übereinstimmung besteht auch dahingehend, dass die zu erreichende Verbesserung auf den Leistungsanspruch durchschlagen muss. Eine ausreichende Erfolgsaussicht ist erst gegeben, wenn damit zu rechnen ist, dass durch die Maßnahme die Voraussetzungen für die beantragte oder gewährte Leistung entfallen bzw. sich der Leistungsanspruch verringert. Es muss zu erwarten sein, dass eine Entlastung des Leistungsträgers eintritt. Die Höhe der zu erwartenden Entlastung ist ebenso wie die Wahrscheinlichkeit des Erfolges mit den Interessen des Betroffenen abzuwägen. Je geringer die Entlastung sein wird oder je unsicherer der Erfolg ist, desto stärkeres

47 6. Kap. I. 1. c) und 2. b.), VIII. 2. a); 7. Kap. III. 1. b) aa); 8. Kap. II. 2. a).

Gewicht haben Einschränkungen des Betroffenen, die mit der Maßnahme verbunden sind.⁴⁸

c) Keine Globalentlastung

Schrammel hat zum österreichischen Sozialrecht erwogen, nicht nur auf den in Anspruch genommenen Zweig der Sozialversicherung abzustellen, sondern eine Entlastung der gesamten Sozialversicherung anzustreben. Würde eine vom Leistungsberechtigten verlangte Maßnahme lediglich dazu führen, dass sich das Risiko auf einen anderen Zweig der Sozialversicherung verschiebt, soll die Mitwirkungspflicht nicht bestehen. Diese Überlegung würde sich auf das gesamte Sozialleistungssystem übertragen lassen. Zum Tragen kommt sie vor allem, wenn es um die Behebung von Einschränkungen der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit geht. Können diese Fähigkeiten wiederhergestellt werden, entfällt der Anspruch auf die Rentenleistungen oder das Krankengeld. Findet der Berechtigte allerdings keinen Arbeitsplatz, so ist der weiter bestehende Erwerbsausfall entweder durch die Arbeitslosenversicherung oder, bei Bedürftigkeit, durch steuerfinanzierte Systeme auszugleichen. Das Risiko des krankheitsbedingten Erwerbsausfalls wird damit lediglich ersetzt durch das Risiko, keinen Arbeitsplatz zu finden.

Würde man in diesem Fall eine ausreichende Erfolgsaussicht ablehnen, wäre eine Besserstellung von Beziehern entsprechender Sozialleistungen die Folge. Sie müssten um die Wiederherstellung der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit nicht bemüht sein, wenn sie ihre Arbeitskraft nicht sofort auf dem Arbeitsmarkt einsetzen können. Dagegen bleibt derjenige, dessen Chancen auf dem Arbeitsmarkt wegen gesundheitlicher Probleme, die allerdings nie ein rentenberechtigendes Ausmaß erreicht haben, ebenfalls beeinträchtigt sind, auf die unter Umständen niedrigeren Leistungen der Arbeitslosenversicherung oder Sozialhilfe verwiesen. Ein weiterer Grund spricht gegen diese Überlegung: Die Risikoabgrenzung zwischen den einzelnen Sozialleistungsträgern geht einher mit einem unterschiedlichen Arsenal an Leistungen, die zur Unabhängigkeit von Entgeltersatz- oder Unterstützungsleistungen führen sollen. Ist die Erwerbsfähigkeit wieder hergestellt, obliegt die Vermittlung eines Arbeitsplatzes der Arbeitsagentur. Diese wird in der Regel besser in der Lage sein, die Erwerbslosigkeit durch Vermittlung eines Arbeitsplatzes zu beenden, als dies die Unfall-, Kranken- oder Rentenversicherung wären.⁴⁹ Für die Erfolgsaussicht darf also nicht

48 In diesem Sinn auch die Entscheidung des BSG vom 20.03.1981, SozR 1200 § 63 Nr. 1, wonach für die Erfolgsaussicht zu berücksichtigen ist, wie diese vom Betroffenen selbst bewertet wird.

49 Die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben umfassen nach § 33 Abs. 3 Nr. 1 SGB IX Leistungen zur Beratung und Vermittlung, so dass auch die Unfall- und Rentenversicherung als Leistungsträger die Vermittlung gesundheitlich Eingeschränkter übernehmen könnten. Allerdings fehlt es an der notwendigen Infrastruktur, die derzeit nur bei der Arbeitsagentur gegeben ist.

entscheidend sein, ob nach dem Wegfall der bisherigen Sozialleistung ein anderer Leistungsanspruch wegen Verwirklichung eines anderen Risikos besteht.

Das Risiko der fehlenden Verwertungsmöglichkeit der wiederhergestellten Erwerbsfähigkeit existiert auch im Haftpflichtrecht. Da aber der Schädiger sowohl das Risiko der eingeschränkten Erwerbsfähigkeit als auch das Risiko des verletzungsbedingt fehlenden Arbeitsplatzes trägt, stellt sich hier nicht die Frage einer eventuellen Verlagerung der Leistungspflicht. Vielmehr ist die Verbesserung oder Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit eine Voraussetzung dafür, dass der Verdienstausschaden für die Zukunft vermieden werden kann. Das Risiko der fehlenden Verwertungsmöglichkeit ist daher bereits bei der Zumutbarkeit derjenigen Maßnahmen zu berücksichtigen, die erst die notwendigen Voraussetzungen für die Verwertung der Erwerbsfähigkeit schaffen.

3. Abstufung der Zumutbarkeit nach Leistungsgrund

Bisher wurde nicht erwogen, im Rahmen der Zumutbarkeitserwägung zu berücksichtigen, aus welchem Grund der jeweilige Träger zur Leistung verpflichtet ist. Die Leistungen der Sozialversicherungen hängen von einer Beitragsleistung ab, die in der Regel zumindest teilweise durch den Berechtigten erbracht wurde. Entschädigungsleistungen knüpfen im weitesten Sinne an die Verantwortung der Allgemeinheit an, so dass die Leistung als eine Art Haftung verstanden werden kann.⁵⁰ Dagegen stehen Sozialhilfeleistungen völlig unabhängig von einer Vorleistung des Berechtigten und unabhängig von dem vorherigen staatlichem Handeln zu. Für das Haftpflichtrecht wurde bereits befürwortet, den Haftungsgrund des Schädigers und sein Verschulden in die Zumutbarkeitserwägungen einzubeziehen, weil die Interessen des Schädigers umso weniger schutzwürdig sind, je schwerer der ihn treffende Vorwurf ist.⁵¹

Im Sozialrecht spielt ein „Verhaltensvorwurf“ gegenüber dem jeweiligen Sozialleistungsträger keine Rolle. Die Interessen der Träger an einem sparsamen Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel gründen, unabhängig vom Leistungsgrund, auf dem Ziel, die Funktionsfähigkeit und Finanzierbarkeit der Systeme zu erhalten und die Beitrags- oder Steuerzahler vor vermeidbaren Belastungen zu bewahren. Eine Differenzierung der Schutzwürdigkeit ergibt sich hieraus nicht. Eine solche Differenzierung wäre nur auf Seiten der Berechtigten denkbar. Derjenige, der steuerfinanzierte Leistungen ohne jegliche Vorleistung erhält, könnte als weniger schutzwürdig angesehen werden, so dass von ihm im Interesse der Steuerzahler eher eine Preisgabe seiner Interessen abzuverlangen ist. Dagegen müssten dann die Interessen desjenigen schutzwürdiger sein, der seinen Leistungsanspruch durch eigene Beiträge „erkauft“ hat.

50 Schulin, Soziales Entschädigungsrecht, S. 164 ff.; Wulforst, Soziale Entschädigung, S. 88.

51 5. Kap. III. 1. c).