

ruhen, einerseits der Verantwortung für die Verursachung der Verletzung, andererseits der Verantwortung nur für die Absicherung des Betroffenen. Daraus lassen sich Unterschiede im Einzelnen rechtfertigen.

II. Zumutbarkeit als Grenze

Die Anforderungen an den Berechtigten werden durch das Erfordernis der Zumutbarkeit begrenzt. Stellt sich das Erfordernis der Zumutbarkeit im Haftpflichtrecht als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar,³⁷ kann es im öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsrecht als Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begriffen werden.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist Bestandteil des öffentlichen Rechts in den verglichenen Rechtsordnungen. Er besagt, dass Maßnahmen der Verwaltung zur Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich sein müssen und dass zwischen dem Eingriffszweck und der Wirkung des Eingriffs beim Betroffenen ein angemessenes Verhältnis zu wahren ist.³⁸ Das letzte Kriterium wird auch als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnet und mit der Zumutbarkeit einer Maßnahme gleichgesetzt.³⁹ Dagegen sieht *Maurer* die Zumutbarkeit im schweizerischen Sozialversicherungsrecht als Oberbegriff und die Verhältnismäßigkeit als einen Teilgehalt an.⁴⁰ Der Zumutbarkeit komme die Funktion einer letzten Grenze für das Verlangen des Staates nach einem bestimmten Verhalten zu. Leider wird nicht klar, worauf sich dieses Verhältnis zwischen Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gründet.

Lücke vertritt zum deutschen Verwaltungsrecht ebenfalls, die Zumutbarkeit von der Verhältnismäßigkeit getrennt zu betrachten.⁴¹ Zumutbarkeit sei nicht in Relation zu anderen Interessen und einem verfolgten Zweck zu betrachten, sondern stelle einen individuellen Wertungsmaßstab für die Beziehung zwischen einer Pflicht und dem mit ihr Belasteten dar. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei zweckbezo-

37 2. Kap. I. 3.; 4. Kap. I. 5. b).

38 *Häfelin/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 586 ff.; *Holoubek*, Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: *Griller/Korinek/Potacs* (Hrsg.), FS Rill, S. 97, 99 ff.; auch *Mayer*, B-VG, Art. 2 StGG, Anm. V.2. bis V.4. und *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 715 ff.; *Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: *Erichsen* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4, Rn. 24.

39 *Häfelin/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 613; *Landolt*, Zumutbarkeitsprinzip, S. 157 f. mit Nw. auf S. 149 f.; *Erichsen*, Baudispens und Übermaßverbot, DVBl. 1967, S. 269, 270; *Steinberg*, Zumutbarkeit im Steuerrecht, BB 1968, S. 433, 436; *Michael*, Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, S. 148, 150, Fn. 14; BVerfGE 33, 240, 244; *Rüedi*, Schadensminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz, in: *Schaffhauser/Schlauri* (Hrsg.), Rechtsfragen der Invalidität, S. 29, 32.

40 *Maurer*, Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, in: FS 75 Jahre EVG, S. 221, 242 f.

41 *Lücke*, Die (Un-)Zumutbarkeit, S. 55, *ders.*, Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, DVBl. 1974, S. 769, 770.

gen, die Zumutbarkeit dagegen subjektbezogen.⁴² Die Zumutbarkeit würde daher eher dazu geeignet sein, staatliche Macht zu begrenzen, als dies der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wegen seiner Zweckbezogenheit könne.⁴³ Wegen der Unterschiede zwischen Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit leitet *Lücke* das Erfordernis der Zumutbarkeit auch aus einer Analogie zum Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB ab, weil sich ein Rückgriff auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbiete.

Die Unterscheidung zwischen zweckbezogenem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und subjektbezogener Zumutbarkeit ist in dem untersuchten Zusammenhang nicht notwendig. Der Zweck eines vom Hoheitsträger verlangten Verhaltens ist Maßstab der Prüfung von Geeignetheit und Erforderlichkeit. Auf einer letzten Stufe ist zu bedenken, welche Folgen das verlangte Verhalten beim Betroffenen hätte. Die Belastung des Betroffenen durch die verlangte Maßnahme ist mit dem Zweck der Maßnahme abzuwägen. Dies entspricht der Zumutbarkeitsprüfung des Privatrechts auf der Grundlage von Treu und Glauben. Der Unterschied ist lediglich ein begrifflicher: Im Privatrecht geht es um die Interessen desjenigen, der ein bestimmtes Verhalten fordert, im öffentlichen Recht um den Zweck, der mit der Forderung verfolgt wird. Der Zweck umschreibt aber lediglich das öffentliche Interesse an der Durchführung der Maßnahme. Auch im Privatrecht werden die Interessen des mit einer Pflicht oder Obliegenheit Belasteten nicht isoliert von den Interessen desjenigen gewertet, zu dessen Gunsten die Pflicht oder Obliegenheit besteht. Vielmehr ist auch hier eine Abwägung zwischen beiden Positionen vorzunehmen, die über die Zumutbarkeit entscheidet. Keinesfalls entscheiden im Privatrecht allein die subjektiven Umstände des Belasteten über die Zumutbarkeit.

Einer gesonderten öffentlich-rechtlichen Kategorie der Zumutbarkeit als letzter, allein auf subjektive Umstände auf Seiten des Belasteten abstellenden Begrenzung von Verhaltensanforderungen bedarf es daher nicht. Die Interessen des Berechtigten finden auf dritter Stufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Abwägung ausreichende Berücksichtigung und können dort auch als letzte Grenze eines Verlangens des Hoheitsträgers wirken.

1. Im Sozialrecht bereits berücksichtigte Kriterien

Die für die sozialrechtlichen Schadensminderungspflichten relevanten Kriterien ergeben sich zum Teil direkt aus den Normen, welche die Verpflichtung des Berechtigten statuieren. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung auch eigene Kriterien entwickelt oder die gesetzlich Vorgegebenen präzisiert. Ebenso wie im Haftpflichtrecht können objektive und subjektive Kriterien der Zumutbarkeit unterschieden werden.⁴⁴

42 *Lücke*, Die (Un-)Zumutbarkeit, S. 55 ff.

43 *Lücke*, Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, DVBl. 1974, S. 769, 771.

44 5. Kap. IV. 1. und 2.

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.