

nen Beitrag der Angehörigen. Letztere sind in anderen Zusammenhängen durchaus verpflichtet, zur Eingliederung des Versicherten beizutragen, so zur umfangreichen Mithilfe im Haushalt als es vor Eintritt des Versicherungsfalls nötig war.<sup>97</sup>

### 3. Rechtsfolgen

Hat sich die versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung widersetzt, können ihr Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden. Die Verweigerung bedeutet dabei die vollständige Vorenthalterung der Leistung.<sup>98</sup> Ob eine und welche Rechtsfolge angeordnet wird, liegt im Ermessen der Sozialversicherung. Sie hat sich dabei vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit leiten zu lassen.<sup>99</sup> Dabei sind der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der versicherten Person und dem Schaden in Form der an sich zu erbringenden Sozialversicherungsleistung, das Verschulden des Leistungsberechtigten sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.<sup>100</sup>

#### a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Art. 5 Abs. 2 BV fordert die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns. Die ursprüngliche Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lag in der Eingriffsverwaltung. Die Rechtsprechung des EVG dehnte seinen Anwendungsbereich auf das Sozialversicherungsrecht aus.<sup>101</sup> Dort ist er vornehmlich bei der Beurteilung von Pflichten und Lasten, die der versicherten Person auferlegt sind, zu beachten.<sup>102</sup>

##### aa) Die Teilgehalte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass die Verwaltung nur solche Maßnahmen verfügt, die geeignet und erforderlich sind, um das im öffentlichen Interesse liegende, angestrebte Ziel zu erreichen und dass zwischen der Wirkung der Maß-

97 EVG vom 15.09.1983, ZAK 1984, S. 135 ff.

98 Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 21, Rn. 33.

99 EVG vom 16.03.1999, BGE 125 V S. 237, 242; Maurer, Sozialversicherungsrecht I, S. 334 f.; Riener-Kafka, Selbstverantwortung, S. 80 f.; Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 21, Rn. 72.

100 Vgl. dazu auch Art. 65 Abs. 3 MVG.

101 Dazu Meyer-Blaser, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 39 ff.

102 So schon die erste Entscheidung des EVG zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in EVGE 1968, S. 160: Streitig war die von der Krankenkasse verfügte Verweigerung des Krankengeldes, nachdem der Versicherte trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit die Ortsgrenze überschritten und eine Wirtschaft besucht hatte.

nahme und dem angestrebten Ziel ein angemessenes Verhältnis besteht.<sup>103</sup> Ehe also über die Verhältnismäßigkeit entschieden werden kann, ist zwingend festzulegen, welchem Ziel die verfügte Maßnahme dienen soll. Für die Leistungsverweigerung und –kürzung im Sozialversicherungsrecht ist anerkannt, dass sie die Versichertengemeinschaft und die öffentliche Hand<sup>104</sup> vor Belastungen schützen soll, die hätten vermieden werden können.<sup>105</sup> Unter dieser Zielvorgabe ist zu beurteilen, ob und in welchem Umfang die Leistungen verweigert oder gekürzt werden.

Die Leistungskürzung oder –verweigerung bewirkt eine Befreiung der Versicherung von der Leistungspflicht und ist damit hinsichtlich ihrer Geeignetheit zum Schutz vor finanziellen Belastungen unzweifelhaft.

Abgeleitet aus dem Erforderlichkeitsgebot haben Maßnahmen zu unterbleiben, die durch eine gleich geeignete, aber mildere Maßnahme ersetzt werden können.<sup>106</sup> Die von der Versicherung verfügte Leistungskürzung oder –verweigerung darf nicht über das zur Erreichung des Ziels Notwendige herausgehen. Soll die Maßnahme die Versicherung vor Leistungen für vermeidbare Schäden schützen, bildet die Kausalität zwischen dem Verhalten des Versicherten und dem daraus resultierenden Leistungsanspruch die Grenze der Leistungskürzung.<sup>107</sup>

Auf letzter Stufe ist die Verhältnismäßigkeit zwischen Maßnahmezweck und Maßnahmewirkung zu beachten. Die Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Wirkung wird auch als Zumutbarkeit bezeichnet.<sup>108</sup> Dazu sind die öffentlichen Interessen am Erreichen des mit der Maßnahme verfolgten Ziels und die durch die Maßnahme betroffenen privaten Interessen des Versicherten abzuwägen. Nur bei einem Überwiegen der öffentlichen Interessen ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gegeben. Schadensminderung im Sozialversicherungsrecht unterliegt somit einer doppelten Zumutbarkeitsprüfung. Zunächst ist festzustellen, ob die vom Versicherten erwartete Schadensminderung zumutbar ist.<sup>109</sup> Ist dies der Fall und unterlässt der Versicherte entsprechende Vorkehrungen, ist die anzuordnende Leistungskürzung ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit zu prüfen. In diesem Prüfungsschritt werden die Gründe für das Unterlassen der Schadensminderung und die möglichen Auswirkungen berücksichtigt. Dabei misst man dem Verschulden des

103 Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 122 ff.; Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, S. 51; Meyer-Blaser, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 10 ff., 107 f.

104 Die öffentliche Hand finanziert die Sozialversicherungen teilweise mit, vgl. Art. 77 Abs. 1 Bst. b und bbis, 78 IVG; die Prämienverbilligung nach Art. 65 ff. KVG; die Militärversicherung wird allein vom Bund finanziert, Art. 82 MVG.

105 EVG vom 02.02.1972, BGE 98 V 11; vom 21.06.1972, BGE 97 V S. 72, 78; Gysin, Das Verschulden in der Sozialversicherung, SZS 1969, S. 73, 83; Rumo-Jungo, Die Leistungskürzung oder –verweigerung gemäß Art. 37 – 39 UVG, S. 425; Riemer-Kafka, Selbstverantwortung, S. 20 ff.

106 Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 591.

107 Dazu mehr unter 3.2.

108 Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 613.

109 Dazu s.o. 2. a) – c).

Versicherten bezüglich der Nichtvornahme der Schadensminderung große Bedeutung zu.

## bb) Auswirkungen des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen

Art. 12 BV verpflichtet das Gemeinwesen, in Not Geratenen die unerlässlichen Mittel für ein menschenwürdiges Dasein zur Verfügung zu stellen. Aus diesem Grundrecht hat die Rechtsprechung ein Abwehrrecht gegen den Staat abgeleitet, die verfassungsrechtlich gebotenen Mittel für ein menschenwürdiges Dasein mit Steuern zu belasten.<sup>110</sup> Im Hinblick auf die existenzsichernde Funktion der Sozialversicherungsleistungen könnte dieses Grundrecht die Möglichkeiten ihrer Kürzung dahingehend einschränken, dass sie nur insoweit erfolgen darf, als keine Notlage im Sinne von Art. 12 BV eintritt.<sup>111</sup> Eine solche Notlage liegt vor, wenn sich jemand die notwendigen Mittel für ein menschenwürdiges Dasein nicht selbst beschaffen kann.<sup>112</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Subsidiarität der Hilfe der Gemeinschaft ist den Sozialversicherungsleistungen im Allgemeinen fremd.<sup>113</sup> Die Leistungen der Sozialversicherung werden nicht den unerlässlichen Mitteln nach Art. 12 BV gleichgesetzt, so dass die Leistungskürzung nicht aufgrund grundrechtlicher Gesichtspunkte ausscheidet.<sup>114</sup>

## b) Kausalzusammenhang

Die Anordnung der Kürzung oder Verweigerung der Leistung setzt voraus, dass zwischen einem Verhalten des Versicherten gemäß Art. 21 Abs. 4 ATSG und dem an sich fortbestehenden Leistungsanspruch ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht, also bei korrektem Verhalten des Versicherten der Leistungsanspruch ganz oder teilweise entfallen würde.<sup>115</sup> Dies entspricht der Rechtsprechung zur Anwendung der bisherigen einzelgesetzlichen Regelungen, die mit Einführung des ATSG aufgehoben wurden.<sup>116</sup>

110 BG vom 24.05.1996, BGE 122 I 101 S. 101, 104.

111 Uebersax, Sozialverfassung, AJP 1998, S. 3, 20.

112 Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 170.

113 Mit Ausnahme der Ergänzungsleistungen, die in Abhängigkeit von Einkommen gewährt werden, vgl. Art. 2 ELG.

114 Locher, Schadensminderungspflicht, s. Fn. 1, S. 425.

115 Riemer-Kafka, Selbstverantwortung, S. 143, 164.

116 Vgl. zu den aufgehobenen Regelungen z.B. Meyer-Blaser, Invalidenversicherung, Art. 31, S. 241; Maeschi, MVG-Kommentar, Art. 18, Rn. 29.

## aa) Kausalzusammenhang als Bedingung der Leistungspflicht

Die Kriterien des Kausalzusammenhangs entsprechen dabei denen, die für die Begründung der Leistungspflicht der Unfallversicherung aufgestellt wurden. Zwischen dem versicherten Ereignis und dem eingetretenen Schaden, der von der Unfallversicherung entschädigt werden soll, besteht sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang. Ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht zwischen dem Schaden und allen Umständen, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht in der gleichen Weise oder nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann.<sup>117</sup> Als adäquat kausal gelten sie jedoch nur dann, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sind, einen Erfolg nach der Art des eingetretenen zu bewirken.<sup>118</sup>

## bb) Anwendung auf die unterlassene Schadensminderung

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Fall der unterlassenen Schadensminderung ist schwierig. Denn es kann hier nicht von einem feststehenden Geschehensablauf ausgegangen werden, sondern es ist im Sinne einer Hypothese zu fragen, ob das geforderte Verhalten einen positiven Einfluss auf den Leistungsfall gehabt hätte bzw. ob bei einem Unterlassen einer bestimmten Verhaltensweise der Leistungsfall gebessert oder vermieden worden wäre. Das EVG hat sich mit dieser Frage in solchen Fällen auseinander gesetzt, in denen es um die Kürzung von Leistungen aufgrund einer grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles ging.<sup>119</sup> Es ging um den Fall eines Versicherten, dem nach jahrelangem Rauchen aufgrund einer Krebserkrankung ein Stimmband entfernt werden musste.<sup>120</sup> Wegen des damit verbundenen Stimmverlustes und Einschränkungen in der Erwerbsfähigkeit beantragte er Rentenleistungen der Invalidenversicherung. Die IV bewilligte die Rente. Gestützt auf Art. 7 Abs. 1 IVG wurde die Rente um 10 % gekürzt, da der jahrelange

117 EVG vom 18.05.1993, BGE 119 V S. 335, 337; vom 10.11.1999, BGE 125 V S. 456, 461 f.; umfassend zur Adäquanz *Lauri*, Kausalzusammenhang und Adäquanz, S. 88 ff.; *Locher*, Grundriss, S. 158; *Maurer*, Bundessozialversicherungsrecht, S. 62.

118 EVG vom 19.10.1987, BGE 113 V S. 307, 312; vom 10.11.1992, BGE 118 V S. 286, 292 f.; vom 18.11.1996, BGE 122 V S. 415, 416 f.

119 Art. 7 Abs. 1 IVG a.F.. Durch das EVG wurde mit Urteil vom 25.08.1993, BGE 119 V S. 171 ff. entschieden, dass völkerrechtliche Regelungen, die Leistungskürzungen nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalles (Art. 68 IAO-Übereinkommen Nr. 128, Art. 68 Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit) zulassen, als self-executing anzusehen sind und der Kürzung einer Invalidenrente wegen Grobfahrlässigkeit entgegenstehen. Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 IVG wurde zwischenzeitlich abgeändert und auch Art. 21 Abs. 1 ATSG erfasst nur noch den Sachverhalt, dass eine versicherte Person den Versicherungsfall vorsätzlich oder bei vorsätzlicher Begehung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert hat.

120 EVG vom 19.08.1985, BGE 111 V S. 186 ff.

Tabakkonsum als grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles angesehen wurde. Diese Entscheidung wurde durch das EVG gebilligt. Es räumte ein, dass in Fällen, in denen auch bei einem pflichtgemäßen Verhalten der Versicherungsfall hätte eintreten können, ein strikt naturwissenschaftlicher Beweis der Kausalität zwischen dem Verhalten des Versicherten und dem Versicherungsfall nicht zu führen ist. Ausreichen muss daher der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Das EVG führte aus, dass zwar die Ursache der Erkrankung nicht zwangsläufig im Tabakkonsum liegen muss, er aber in jedem Fall den Verlauf der Krankheit gefördert oder beschleunigt hat, was ebenso von Art. 7 Abs. 1 IVG erfasst wird.<sup>121</sup>

Der Verschlimmerung des Leidens ist die Vereitelung einer Besserungsmöglichkeit durch Behandlung oder Eingliederungsmaßnahmen gleichzusetzen. Bereits zu den früheren Kürzungsbestimmungen<sup>122</sup> wurde erwogen, die Unterlassung einer Behandlung zur Besserung der Erwerbsfähigkeit mit dem Kausalitätserfordernis für die Leistungskürzung gleichzusetzen.<sup>123</sup> Die Vornahme einer Leistungskürzung ist damit auch bei einem Fehlverhalten bezüglich schadensmindernder Vorkehrungen von einem Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem unveränderten Fortbestehen des Leistungsfalles abhängig. Die vom EVG entwickelten Grundsätze zum Kausalzusammenhang bei Herbeiführung des Leistungsfalles können übertragen werden. Demnach ist es ausreichend, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gerade wegen der Verweigerung schadensmindernder Maßnahmen der Versicherungsfall bestehen bleibt.<sup>124</sup>

Das Ausmaß der Leistungskürzung soll auf denjenigen Teil der Leistung begrenzt sein, der bei einem Erfolg der Maßnahme noch zu erbringen gewesen wäre.<sup>125</sup> Dies ist in Art. 61 Abs. 2 UVV auch ausdrücklich so vorgesehen.<sup>126</sup>

### cc) Kausalität und Dauer der Kürzung

Die nach Art. 21 Abs. 4 ATSG mögliche Leistungskürzung kann entweder dauernd oder vorübergehend ausgesprochen werden. Auch hierbei ist die Kausalität zu berücksichtigen. Die Leistungskürzung soll nur solange gelten, wie zwischen dem Verhalten des Versicherten und dem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.<sup>127</sup>

Im Falle des Herbeiführens des Versicherungsfalls wurde in der Rechtsprechung des EVG in der Regel eine unbefristete Leistungskürzung befürwortet. Dies sei notwendig, um die Sozialversicherung vor einer übermäßigen Belastung mit Schäden

121 BGE 111 V S. 186, 191.

122 Art. 31 Abs. 1 S. 1 IVG a.F.; Art. 48 Abs. 2 UVG a.F.; Art. 33 Abs. 3 S. 1 MVG a.F.

123 *Gysin, Verschulden*, SZS 1969, S. 73, 92; *Maurer, Unfallversicherungsrecht*, S. 474, zu Art. 36 Abs. 2 UVG, aber abgelehnt unter Verweis auf den spezielleren Art. 48 Abs. 2 UVG.

124 *Kieser, ATSG-Kommentar*, Art. 21, Rn. 72.

125 *Kieser, ATSG-Kommentar*, Art. 21, Rn. 72.

126 Das sah auch Art. 33 Abs. 3 MVG a.F. vor, der mit Einführung des ATSG aufgehoben wurde.

127 *Meyer-Blaser, Invalidenversicherung*, Art. 7, S. 49; *Riemer-Kafka, Selbstverantwortung*, S. 157 ff.; *Kieser, ATSG-Kommentar*, Art. 21, Rn. 75.

zu schützen, die der Betroffene hätte vermeiden können.<sup>128</sup> Nur in Ausnahmefällen, wenn bereits absehbar ist, dass der Kausalzusammenhang zwischen Fehlverhalten und Versicherungsfall endet, kann eine Befristung der Kürzung vorgenommen werden.<sup>129</sup> Eine weitere Ausnahme war im Recht der Invalidenversicherung bereits angelegt: Gemäß Art. 39 Abs. 2 IVV a.F. war von einer Entziehung oder Kürzung der Leistung aufgrund eines Fehlverhaltens durch Genuss gesundheitsschädigender Mittel abzusehen, wenn sich der Versicherte einer Entziehungskur unterzog oder sonstiges Wohlverhalten, insbesondere Abstinenz oder wesentliche Einschränkung des Genussmittelgebrauchs, zeigte.

Die Annahme einer grundsätzlich unbeschränkten Kürzung kann nicht auf den Fall der unterlassenen Schadensminderung übertragen werden. Erstens ist die zugrunde liegende Situation schon eine vollständig andere als bei der Herbeiführung des Leistungsfalles. Während bei der Kürzung aufgrund der Herbeiführung des Leistungsfalls von einem unverändert bestehenden Zustand ausgegangen wird, ist für die Schadensminderung kennzeichnend, dass der Zustand besserbar ist. Zweitens war auch mit Art. 39 Abs. 2 IVV a.F. bereits festgelegt, dass das Verhalten des Versicherten die Dauer der Leistungskürzung beeinflussen kann.

Für den Fall eines Fehlverhaltens bezogen auf die Schadensminderung wird die Leistungskürzung daher auf die Zeitspanne der Verweigerungshaltung des Versicherten zu begrenzen sein.<sup>130</sup> Probleme ergeben sich allerdings dann, wenn der Versicherte seine Schadensminderungspflicht in nicht wiedergutzumachender Weise verletzt hat. Dies kann der Fall sein, wenn er zwar seine Verweigerungshaltung aufgibt, die Behandlung oder Eingliederung nicht mehr mit Erfolg nachgeholt werden, weil sich der Krankheitszustand zu weit gefestigt hat, eine seltene Chance zur beruflichen Eingliederung verpasst wurde oder der Versicherte für eine berufliche Eingliederung nun zu alt oder zu krank ist. Diese Situation ähnelt der Herbeiführung des Versicherungsfalles, so dass eine dauernde Leistungskürzung nahe liegen würde.<sup>131</sup> Eine Kürzung von Versicherungsleistungen wegen verschuldeter Herbeiführung oder Verschlimmerung des Versicherungsfalls ist gemäß Art. 21 Abs. 1 ATSG nur zulässig, wenn der Versicherte vorsätzlich gehandelt hat. Das bedeutet, dass sein Wille bei der Verweigerung zumutbarer Schadensminderungsmaßnahmen auf die Herbeiführung oder Verschlimmerung des Versicherungsfalles gerichtet sein muss.<sup>132</sup> Dies nachzuweisen dürfte aber schwierig sein.

128 EVG vom 20.03.1978, BGE 104 V S. 1, 2; vom 20.03.1980, BGE 106 V S. 22, 27; vom 21.12.1992, BGE 118 V S. 305, 310.

129 Riemer-Kafka, *Selbstverantwortung*, S. 158.

130 EVG vom 29.07.1976, ZAK 1977, S. 46, 47 f. zur Kürzung nach Art. 7 Abs. 1 IVG bei Nichtaufgabe des Rauchens; Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 21, Rn. 75.

131 Meyer-Blaser, *Invalidenversicherung*, S. 240, unter Verweis auf EVG ZAK 1984, S. 345.

132 Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 21, Rn. 15; Locher, *Grundriss*, S. 264.

### c) Schwere des Verschuldens

Nach einhelliger Auffassung kommt eine Kürzung oder Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen nur in Betracht, wenn die Verletzung der Pflichten aus Art. 21 Abs. 4 ATSG verschuldet ist.<sup>133</sup> Für das Verschulden sind hierfür die im Haftpflichtrecht entwickelten Begriffe und Grundsätze mit gewissen Abweichungen und Anpassungen anzuwenden.<sup>134</sup>

#### aa) Selbstverschulden im Sozialversicherungsrecht

Ebenso wie im Haftpflichtrecht bringt der Begriff des Selbstverschuldens im Sozialversicherungsrecht zum Ausdruck, dass es nicht um die Verletzung einer Rechtspflicht geht, die im Interesse anderer besteht, sondern um die eigenen Interessen des Leistungsberechtigten. Unabhängig davon, ob der Schaden auf die Mitwirkung einer dritten Person zurückzuführen ist, ist im Leistungsrecht der Sozialversicherung nur das Verschulden der Leistungen beanspruchenden Person maßgebend.

Wie auch das Verschulden im Haftpflichtrecht lässt sich das Selbstverschulden im Sozialversicherungsrecht in einen objektiven und einen subjektiven Teil trennen. Der objektive Teil umfasst das Abweichen des Verhaltens von den Forderungen der Rechtsordnung. Ob diese Abweichung von der Rechtsordnung auch der Person vorgeworfen werden kann, ist auf der subjektiven Seite des Verschuldens zu prüfen. Die Vorwerfbarkeit setzt Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB voraus als Einsicht in die Tragweite der eigenen, pflichtwidrigen Handlung und die Fähigkeit, sich nach dieser Einsicht zu verhalten.<sup>135</sup>

Das Selbstverschulden taucht in den Sozialversicherungsgesetzen im Zusammenhang mit der Herbeiführung des Versicherungsfalls auf. Vor Einführung des ATSG sahen die Art. 7 Abs. 1 IVG, Art. 37 UVG, Art. 65 MVG vor, dass bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger<sup>136</sup> Herbeiführung der Gesundheitsschädigung die Leistungen gekürzt werden können. Dies wird nun in Art. 21 Abs. 1 ATSG für alle Zweige übergreifend geregelt, wobei aber entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Wirkung internationaler Übereinkommen<sup>137</sup> die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls nicht mehr erfasst ist.

Das Verschulden der versicherten Person hinsichtlich von Schadensminderungsmaßnahmen wurde und wird dagegen im Wortlaut keiner gesetzlichen Bestimmung

133 EVG vom 15.03.1977, BGE 103 V S. 18, 22; *Meyer-Blaser*, Invalidenversicherung, Art. 10, S. 71, Art. 31, S. 241; *Maeschili*, MVG-Kommentar, Art. 18, Rn. 19; *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, 1999, S. 99 ff, 137, *Locher*, Schadensminderungspflicht, s. Fn. 1, S. 426.

134 *Gysin*, Das Verschulden in der Sozialversicherung, Szs 1969; *Maurer*, Bundessozialversicherungsrecht Bd. I, S. 325; S. 73, 81; *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S. 100.

135 *Rumo-Jungo*, Haftpflicht und Sozialversicherung, Rn. 647.

136 Dies gilt nicht für Art. 65 MVG.

137 Vgl. dazu Fn. 119.

erwähnt und durch die Rechtsprechung zum Schadensminderungsgrundsatz im Sozialversicherungsrecht eingeführt.<sup>138</sup>

## bb) Grade des Verschuldens

Die Vorschriften über die Leistungskürzung aufgrund der Herbeiführung des Versicherungsfalles sahen als Formen des Verschuldens Absicht oder Vorsatz<sup>139</sup> und grobe Fahrlässigkeit vor. Die Bezeichnungen Absicht und Vorsatz werden synonym verwendet und beschreiben die wissentliche und willentliche Herbeiführung, Verschlimmerung oder Aufrechterhaltung des Versicherungsfalls.<sup>140</sup> Grob fahrlässig handelt dagegen, „wer unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das außer acht lässt, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen“.<sup>141</sup> Ein Verhalten, das gegen die Gebote der Rechtsordnung verstößt, ohne jedoch den Grad der groben Fahrlässigkeit zu erreichen, wird als leichte Fahrlässigkeit bezeichnet.<sup>142</sup> Auch diese ist gekennzeichnet durch eine Außerachtlassung von Sorgfaltspflichten.

Welcher Grad des Verschuldens der versicherten Person vorgeworfen werden kann, hängt von den Umständen sowohl auf der objektiven als auch auf der subjektiven Seite des Verschuldens ab. Für die Bewertung des Verhaltens hinsichtlich des Verschuldensgrades ist demnach zu fragen, ob eine grobe Abweichung von dem von der Rechtsordnung geforderten Verhalten vorlag.<sup>143</sup> Dies bleibt aber nur ein Indiz für die Schwere des Verschuldens. Entscheidende Bedeutung kommt der subjektiven Beziehung des Betroffenen zu seinem Verhalten zu. Dies wird bereits durch die Definitionen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit deutlich, wenn einmal Wissen und Wollen gefordert ist, zum anderen nur die Außerachtlassung der Sorgfalt. Die subjektive Beziehung ist durch die Urteilsfähigkeit geprägt. Ist diese aufgrund von Al-

138 Vgl. etwa EVG vom 18.10.1985, BGE 111 V S. 235, 240 und vom 29.11.1988, BGE 114 V S. 281 ff.; *Maeschi*, MVG-Kommentar, Art. 18, Rn. 19; *Rumo-Jungo*, Unfallversicherung, S. 258.

139 Diese Begriffe werden synonym verwendet, *Meyer-Blaser*, Das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Art. 7, S. 44.

140 *Meyer-Blaser*, Invalidenversicherung, Art. 7, S. 44; *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S. 101.

141 *Meyer-Blaser*, Invalidenversicherung, Art. 7, S. 44; vgl. auch EVG vom 13.05.1988, BGE 114 V S. 190: „Grob fahrlässig handelt nach der Rechtsprechung, wer jene elementaren Vorsichtsgebote unbeachtet lässt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte, um eine nach dem natürlichen Lauf der Dinge voraussehbare Schädigung zu vermeiden.“ So auch EVG vom 19.08.1985, BGE 111 V S. 186, 189. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit im Sozialversicherungsrecht entspricht demjenigen im Haftpflichtrecht, aus dem er übernommen wurde, vgl. *Pelloni*, Grobfahrlässigkeit, HAVE 2002, S. 262, 263.

142 *Maurer*, Fragwürdige Kürzungen, SZS 1984, S. 65, 85 f.; *Gysin*, Verschulden, s. Fn. 134, S. 90 f.

143 *Rumo-Jungo*, Haftpflicht und Sozialversicherung, Rn. 684, 686.

ter, Schreck, Trauer oder Ähnlichem beeinträchtigt, scheidet der Vorwurf von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit regelmäßig aus.<sup>144</sup> Spätestens mit Urteilsunfähigkeit ist jeglicher Verschuldensvorwurf ausgeschlossen.<sup>145</sup>

Gegenstand der Rechtsprechung war bisher vor allem die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles wegen Alkohol- und Tabakgenuss oder die Nichtverwendung der Sicherheitsgurte im Auto. Zum Alkoholmissbrauch hatte das EVG ausgeführt, dass hinsichtlich des Eintretens von Invalidität grobe Fahrlässigkeit anzunehmen ist, „wenn der Versicherte bei der ihm angesichts seines Bildungsgrades zumutbaren pflichtgemäßen Sorgfalt rechtzeitig hätte erkennen können, dass jahrelanger Missbrauch alkoholischer Getränke die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung in sich birgt, und wenn er imstande gewesen wäre, entsprechend dieser Einsicht sich des übermäßigen Alkoholkonsums zu enthalten.“<sup>146</sup> Gleiches gilt auch für den Tabakmissbrauch.<sup>147</sup> Das Nichtbenutzen der Sicherheitsgurte wurde grundsätzlich als grobe Fahrlässigkeit gewertet, da es gegen elementare Verkehrsvorschriften verstößt.<sup>148</sup> Den Einwand des Beschwerdeführers, dass ein großer Teil der Bevölkerung die Sicherheitsgurte nicht benutzen würde, wies das EVG zurück. Es verwies darauf, dass es nicht auf die Akzeptanz, sondern die objektive Begründetheit einer Verkehrsvorschrift ankommt, die im Falle der Sicherheitsgurte aufgrund ihres wirksamen Schutzes vor schweren Verletzungen gegeben sei. Es sei davon auszugehen, dass ein verständiger Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen die Gurte benutzt hätte.

### cc) Selbstverschulden bei der Schadensminderung

Wie anhand der Rechtsprechung zur groben Fahrlässigkeit bei Herbeiführung des Versicherungsfalles deutlich wird, bezieht sich das Selbstverschulden dort auf Verhaltensweisen, deren Gefahren dem Versicherten bekannt waren oder doch bekannt sein mussten, wie die Gesundheitsgefahr bei Alkohol- und Tabakmissbrauch und die Verletzungsgefahr bei Nichtverwenden der Sicherheitsgurte. Demgegenüber ist die Lage bei den schadensmindernden Maßnahmen der Behandlung und Eingliederung schwieriger.

Ist eine bestimmte medizinische Behandlung notwendig, wird dem durchschnittlichen Versicherten in der Regel das Wissen fehlen, um diese Notwendigkeit zu erkennen und die entsprechenden Maßnahmen einzuleiten. Auch wird er ohne ent-

144 EVG vom 16.02.1972, BGE 98 V 31, 32; *Rumo-Jungo*, Haftpflicht, Rn. 685; *Meyer-Blaser*, Invalidenversicherung, Art. 7, S. 44; *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S. 117.

145 *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S. 188.

146 EVG vom 19.08.1985, BGE 111 V S. 186, 189 unter Verweis auf EVG vom 20.03.1978, BGE 104 V S. 1, 2.

147 EVG s. Fn. 146.

148 EVG vom 21.12.1992, BGE 118 V S. 305, 307; vom 30.08.1983, BGE 109 V S. 150, 152.

sprechende Aufklärung nicht abschätzen können, welche gesundheitlichen Folgen eine Ablehnung einer bestimmten Behandlungsmaßnahme haben kann.

Ähnlich gelagert kann der Fall auch bei beruflichen Eingliederungsmaßnahmen sein. Vom Versicherten ist kaum eine objektive und realistische Einschätzung zu erwarten, ob er mit den gesundheitlichen Einschränkungen noch in der Lage ist, seinen bisherigen Beruf weiter auszuüben oder ob ein Berufswechsel oder eine Umschulung erforderlich ist. Im Einzelfall mag zwar die versicherte Person die Notwendigkeit beruflicher Eingliederungsmaßnahmen erkennen, aber auch dann können zwischen ihr und der Sozialversicherung Differenzen hinsichtlich der wirksamsten Eingliederungsmaßnahme bestehen.

Anders kann man dies nur beurteilen, wenn zwischen der versicherten Person und der zuständigen Sozialversicherung bereits Einvernehmen über die erforderlichen Eingliederungsmaßnahmen hergestellt wurde, ein Anspruch auf Taggeld besteht und die versicherte Person nun den Beginn oder den Abschluss der Maßnahme verzögert. Verursacht der Versicherte beispielsweise durch eigenes Verschulden den Verweis von der bisherigen Umschulungsstätte und muss er geraume Zeit warten, bis er in eine neue Einrichtung aufgenommen wird, steht ihm für die Dauer der Verzögerung kein Taggeld zu.<sup>149</sup> Gleiches gilt für das Taggeld aus der freiwilligen Krankentaggeldversicherung, das für die Dauer von Eingliederungsmaßnahmen der Invalidenversicherung zwar grundsätzlich erhalten bleibt, aber bei einer durch den Versicherten verschuldeten Verzögerung der Eingliederung für die Dauer der Verzögerung verweigert werden kann.<sup>150</sup>

Nur wenn die versicherte Person die Notwendigkeit der von der Versicherung verlangten Maßnahme und die leistungsrechtlichen Folgen der Unterlassung kannte, ist das für die Leistungskürzung notwendige Selbstverschulden anzunehmen. In diesem Fall hängt der Verschuldensvorwurf bezüglich des Unterlassens dieser Maßnahme davon ab, ob Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB bestand. Die Urteilsfähigkeit kann insbesondere aufgrund psychischer Störungen eingeschränkt sein, wobei die Abgrenzung vorgeschohner Gründe zu tatsächlichen psychischen Hindernisgründen im Einzelfall schwierig sein kann.<sup>151</sup>

Ist Urteilsfähigkeit gegeben, so können Entschuldigungsgründe den so grundsätzlich gegebenen Verschuldensvorwurf aufheben, etwa wenn es der versicherten Person aus persönlichen oder familiären Gründen nicht möglich war, dem Verlangen nach Schadensminderung nachzukommen.<sup>152</sup>

149 EVG vom 09.06.1988, BGE 114 V S. 139.

150 EVG vom 18.10.1985, BGE 111 V S. 239, 242.

151 Tognella, Erwerbsunfähigkeitsproblematik, S. 3, mit Rechtsprechungsnachweisen S. 86 ff.; Reiber, Krank oder faul?, in: Schaffhauser/Schlauri, Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, S. 121 ff.

152 Maeschi, MVG-Kommentar, Art. 18, Rn. 19.

## dd) Auswirkungen auf den Umfang der Kürzung

Für das Maß der Leistungskürzung und –verweigerung bei vorwerfbarer Herbeiführung des Versicherungsfalls war allgemein anerkannt, dass hierfür der Grad des Verschuldens ausschlaggebendes Kriterium ist.<sup>153</sup> Nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, die zusätzlich durch gröbste Verantwortungslosigkeit, Rücksichtslosigkeit und Charakterlosigkeit gekennzeichnet ist, war die vollständige Verweigerung der Versicherungsleistung zulässig.<sup>154</sup> Unterhalb dieses Verschuldensgrades kam nur eine Kürzung der Leistung in Betracht, die 50 Prozent nicht überstieg. Zusätzliche Umstände wie weitere Krankheiten oder ein nur einmaliges Fehlverhalten erlaubten es, die Kürzung bis auf 10 Prozent der Leistung zu reduzieren.<sup>155</sup>

Eine vergleichbare Differenzierung der Kürzungspraxis ist in der Rechtsprechung zur Verletzung der Schadensminderungspflicht nicht erkennbar. Die Taggelder aufgrund von Arbeitsunfähigkeit oder Eingliederung wurden in der Regel für die Dauer der Verzögerung verweigert.<sup>156</sup> Bei den Invalidenrenten wurde darauf abgestellt, in welchem Umfang Invalidität nach erfolgreicher Durchführung der Maßnahme noch bestanden hätte und die Rente dementsprechend gekürzt.<sup>157</sup> Sofern dem Versicherten bezüglich seines Verhaltens ein Verschuldensvorwurf gemacht werden konnte, war für den Umfang der Kürzung allein die Kausalität ausschlaggebend.

## 4. Verfahren

Vor Verfügung einer Leistungskürzung ist die versicherte Person gemäß Art. 21 Abs. 4 S. 2 ATSG schriftlich zur Erfüllung der Schadensminderung zu mahnen und auf die Rechtsfolgen einer Unterlassung hinzuweisen sowie eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. Dieses Verfahren entspricht den bisherigen einzelgesetzlichen Regelungen.<sup>158</sup> Mit der verbindlichen Anordnung dieses Verfahrens wird im ATSG die Rechtsprechung des EVG verankert, die ein Absehen davon auch in denjenigen Fällen für unzulässig erachtete, in denen der Versicherte bereits unmissverständlich Behandlungs- oder Eingliederungsmaßnahmen abgelehnt hatte.<sup>159</sup>

153 *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S 188.

154 *Riemer-Kafka*, a.a.O.

155 EVG vom 15.03.1977, BGE 103 V S. 18, 22; vom 29.10.1993, BGE 119 V S. 241, 248.

156 EVG vom 18.10.1985, BGE 111 V S. 235, 242.

157 Nach den früheren Sozialversicherungsgesetze, etwa Art. 48 UVG a.F.; Art. 33 Abs. 3 MVG a.F.

158 Art. 31 Abs. 1 IVG a.F.; Art. 48 Abs. 2 UVG a.F., der allerdings nur eine Aufforderung verlangte; Art. 33 Abs. 3 S. 2 MVG a.F.

159 BGE vom 23.05.1996, 122 V S. 218, 220.