

Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht

PD Dr. iur. HARDY LANDOLT, LL.M., Rechtsanwalt und Urkundsperson,
Glarus

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	144
II.	Zur Unmöglichkeit der Betätigung einer zumutbaren Willensanstrengung	147
A.	Sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage	147
B.	Subjektives Schmerzerlebnis als Gesundheitsschaden?	149
1.	Allgemeines	149
2.	Phänomene mit Krankheitswert	149
i)	Psychische Krankheit	149
a)	Allgemeines	149
b)	Unfall-, Schreck- und Behandlungsneurosen	150
ii)	Schmerzkrankheit	151
a)	Leistungsbegründende Schmerzgrenze	152
b)	Somatoforme Schmerzstörung	153
c)	Somatische Schmerzstörung, insbesondere die Fibromyalgie	155
d)	Schmerzgutachten	156
3.	Phänomene ohne Krankheitswert	158
i)	Erdulden von kosmetischen oder anderen ästhetischen Beeinträchtigungen	158
ii)	Vorgetäuschte Schmerzen, insbesondere zum Problem der Simulation	158
a)	Allgemeines	158
b)	Das Simulationsphänomen	160
1)	Simulation i.e.S. (Leistungsbetrug)	160
2)	Aggravation und Dissimulation	160
iii)	Angeschlagener Gesundheitszustand	162

III.	Willentliche Herbeiführung des Versicherungsfalles	162
A.	Grundsatz der Leistungsverweigerung bei Vorsatz	162
1.	Allgemeines	162
2.	Begriff der vorsätzlichen Herbeiführung	163
i)	Allgemeines	163
ii)	Objektives Verschulden: Vorsatz oder Eventualvorsatz	164
iii)	Subjektives Verschulden: Urteilsfähigkeit	165
3.	Umfang der Leistungsverweigerung	166
4.	Besonderheiten der Leistungsverweigerung in einzelnen Sozialversicherungszweigen	167
i)	UV	167
a)	Nichtberufsunfälle	167
1)	Grobfahrlässigkeit	167
2)	Aussergewöhnliche Gefahren und Wagnisse	168
b)	Fahrlässige Begehung eines Verbrechens oder Vergehens	169
ii)	IV	170
B.	Suizid und Selbstverstümmelung	170
1.	Suizid und Selbstverstümmelung als Unfall	171
2.	Suizid und Selbstverstümmelung als adäquate Unfallfolge	172
C.	Suchtverhalten	174
1.	Allgemeines	174
2.	Sucht als Krankheit bzw. Invalidität	175
i)	Allgemeines	175
ii)	Essstörung bzw. Fettleibigkeit (Adipositas) als Krankheit	175
3.	Sucht als Leistungsverweigerungstatbestand	179
i)	Allgemeines	179
ii)	Alkohol- und Nikotinsucht	180
iii)	Rauschgiftsucht	183
IV.	Willentliche Verschlimmerung des Versicherungsfalles	184
A.	Schadenminderungs- und Mitwirkungsgrundsatz	184
1.	Rechtsnatur	184
2.	Verpflichtete Personen	184
3.	Erscheinungsformen	186
i)	Selbstständige Vornahme von Schadenminderungsmassnahmen	186
ii)	Weisungsgebundene Vornahme von Schadenminderungsmassnahmen	187

B.	Zumutbarkeit der Schadenminderungspflicht	188
1.	Allgemeines	188
2.	Auslegung des Zumutbarkeitsgrundsatzes	189
C.	Zumutbarkeit der Verwertung einer Restarbeits- und Resterwerbsfähigkeit	192
1.	Allgemeines	192
2.	Zumutbare Verwertung der Restarbeitsfähigkeit	193
3.	Zumutbare Verwertung der Resterwerbsfähigkeit	194
i)	Objektivität der Zumutbarkeitsprüfung	194
a)	Massgeblichkeit des objektiven Leistungsvermögens	194
b)	Angewöhnung und Anpassung	196
ii)	Abstraktheit der Zumutbarkeitsprüfung	198
D.	Zumutbarkeit von medizinischen Massnahmen	200
1.	Grundsatz	200
2.	Zulässigkeit der Massnahme	202
i)	Zustimmung des Versicherten	202
ii)	Abklärungs- oder Schadenminderungszweck	202
a)	Allgemeines	202
b)	Stufenfolge der Massnahmen	203
3.	Zumutbarkeit der Massnahme	204
i)	Objektive Umstände	204
a)	Besserungswahrscheinlichkeit	204
b)	Schädigungswahrscheinlichkeit	205
1)	Allgemeines	205
2)	Überwiegende Gefahr für Leib und Leben	205
c)	Höhe der in Frage stehenden Sozialleistungen?	206
ii)	Subjektive Umstände	207
E.	Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Schadenminderungspflicht	208
1.	Schadenminderungs- und Mitwirkungspflicht als Obliegenheiten	208
2.	Leistungsverweigerung und prozessuale Nachteile	208
3.	Mahn- und Bedenkzeit	209
V.	Schlussbetrachtung	209

I. Einleitung

Das Recht geht vom Bestand der *Willensautonomie* aus. Art. 16 ZGB stipuliert eine widerlegbare Vermutung, dass jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln. Das vernunftgemässe Handeln manifestiert sich dabei in der Erkenntnis- und der Willensfähigkeit. Letztere betrifft die Fähigkeit, sich einen Willen zu bilden und dem Willensentschluss entsprechend zu handeln ("Willensautonomie")¹.

Die Umsetzung der Willensautonomie oder – in eine andere Begrifflichkeit gefasst – die Willensanstrengung spielt vor allem im Sozialversicherungsrecht eine bedeutende Rolle². Für den Versicherten dreht sich in diesem Bereich letztlich alles um den Erhalt von Versicherungsleistungen. Die Willensproblematik ist aber auch aus der Sicht des Sozialversicherers bedeutsam. Die Versicherungsträger sind nämlich angehalten, mit den öffentlichen Mitteln sparsam umzugehen³. Insbesondere dürfen sie nur wirtschaftliche⁴ bzw. einfache und zweckmässige⁵ Leistungen erbringen.

Das öffentliche Interesse an einer *sparsamen Verwendung staatlicher Mittel* und das individuelle Interesse, beim Eintritt eines

versicherten Risikos *möglichst umfangreiche Leistungen* zu erhalten, stehen in einem offenkundigen Spannungsverhältnis zueinander. Im Zentrum dieses Gravitationsfeldes stellen sich zwei Grundsatzfragen: Inwieweit muss sich der Versicherte anstrengen, den Eintritt eines Versicherungsfalles zu verhindern, und inwieweit muss er, ist der Versicherungsfall von seinem Willen unabhängig eingetreten, darauf hinwirken, dass die nachteiligen Folgen möglichst gering gehalten werden können?

Die Beantwortung dieser Fragen hängt massgeblich davon ab, ob der Versicherte überhaupt über einen freien Willen verfügt und wo im Einzelfall die Grenze der Willensanstrengung gezogen wird. Muss er alles ihm Mögliche tun? Oder genügt es, wenn er sich so verhält, wie man es von einem vernünftigen Menschen in vergleichbarer Lage erwarten dürfte? Der Gesetzgeber und auch die Rechtsprechung haben letzteren Weg gewählt: Der Versicherte muss nicht alles ihm Menschenmögliche, sondern nur, aber immerhin alles ihm Zumutbare dazu beitragen, dass der Eintritt eines Versicherungsfalles vermieden oder – ist er trotzdem eingetreten – zumindest dessen nachteilige Folgen verringert werden können.

Zumutbares Verhalten setzt ein mögliches Verhalten voraus⁶. Vom ganz und gar Leistungsunfähigen, namentlich vom Willensunfähigen, kann, wie bereits Art. 16 ZGB anklingen lässt, kein zumutbares Verhalten verlangt werden. Besteht demgegenüber eine Leistungsfähigkeit, mithin eine Willensautonomie, und damit die Möglichkeit eines zielgerichteten Handelns, ist zu klären, wann ein "Verschulden" vorliegt, d.h. der Versicherte eine Grenze überschritten hat, die eine Leistungsverweigerung rechtfertigt.

¹ Vgl. statt vieler BGE 117 II 231 E. 2a und 111 V 58 E. 3a.

² Der gute oder böse Wille ist auch in anderen Rechtsgebieten von Bedeutung (vgl. z.B. Art. 2 und 3 ZGB sowie Art. 12, Art. 57 Ziff. 1 und 2, Art. 261 Abs. 2 und 3, Art. 262 Ziff. 1 StGB).

³ Siehe z.B. BGE 123 V 25 E. 3c: "sparsamer, gegenseitig abgestimmter und haushälterischer Umgang mit Steuergeldern im Verhältnis zu Versicherungsleistungen"; BGE 118 Ia 427 E. 6b; BGE 113 V 22 E. 4d: "öffentliches Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis"; BGE 111 V 324 E. 2a: "Pflicht der Krankenkassen zu sparsamer Haushaltsführung"; BGE 102 Ia 243 E. 5b: "Gebot der sparsamen Verwendung staatlicher Mittel" und BGE 98 V 158: "Grundsatz sparsamer Behandlungsweise".

⁴ Vgl. z.B. Art. 32 Abs. 1 und 56 ff. KVG, Art. 30 Abs. 1 lit. a, 34 und 35 KLV, Art. 65 Abs. 2 KVV sowie Art. 25 MVG.

⁵ Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 3 IVG, Art. 2 Abs. 1 und Art. 4bis IVV, Art. 11 Abs. 2 UVG, Art. 1 Abs. 2 HVUV sowie Art. 21 Abs. 2 MVG.

⁶ Siehe dazu LANDOLT H., Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich 1994, N 166 ff.

Die Pflichtengrenze und damit letztlich das *Anforderungsprofil an die zumutbare Willensanstrengung* wird vom Gesetzgeber unterschiedlich bestimmt:

- Der Versicherte verfügt aus "pathologischen" Gründen – Art. 16 ZGB nennt Geisteskrankheit und Geistesschwäche – ausnahmsweise nicht über die Willensautonomie: "Der willenskranke Mensch" soll sämtliche Leistungen erhalten⁷.
- Der Versicherte täuscht den Gesundheitsschaden und/oder eine damit zusammenhängende Bedarfssituation vor: "Der eingebildete Kranke" soll nichts erhalten, weil kein Versicherungsfall vorliegt⁸.
- Der Versicherte hat den Gesundheitsschaden und/oder eine damit zusammenhängende Bedarfssituation willentlich herbeigeführt: "Der selbstverschuldet Kranke" soll seinem Verschulden entsprechend eine Leistungskürzung hinnehmen⁹.
- Der Versicherte hat den Gesundheitsschaden zwar nicht willentlich herbeigeführt, verschlimmert aber eine damit zusammenhängende Bedarfssituation: "Der unverbesserliche Kranke" soll eine Leistungskürzung hinnehmen, wenn er sich nicht in zumutbarer Weise verhalten hat¹⁰.

⁷ Vgl. infra N 13 ff.

⁸ Vgl. infra N 27 ff.

⁹ Vgl. infra N 33 ff.

¹⁰ Vgl. infra N 75 ff.

II. Zur Unmöglichkeit der Betätigung einer zumutbaren Willensanstrengung

A. Sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage

Damit eine bestimmte Person Leistungsansprüche geltend machen kann, muss sie vom fraglichen Leistungssystem (UV, KV, IV etc.) erfasst, mithin versichert sein. Der Wille spielt bei der Frage des Versichertseins eine untergeordnete Rolle. Die einschlägigen Erlasse (UVG, KVG, IVG etc.) definieren, wer versichert ist und wer nicht¹¹. In seltenen Fällen kann der Betreffende freiwillig Leistungen versichern¹².

Eine Leistungspflicht besteht, wenn sich in der Person des Versicherten ein versichertes Risiko (Krankheit, Unfall, Invalidität etc.) verwirklicht¹³ und als rechtserhebliche Folge¹⁴ davon ein Gesundheitsschaden und eine Bedarfssituation (sog. spezifischer Versicherungsfall¹⁵) eintritt, für die der fragliche Sozialrechtserlass (IVG, KVG oder UVG¹⁶) Sach- oder Geldleistungen vorsieht.

Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit¹⁷, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine

¹¹ Siehe dazu Art. 1 AHVG/IVG (Personen mit Schweizer Wohnsitz, Arbeitnehmer und Schweizerbürger mit Wohnsitz im Ausland), Art. 1 UVG (Arbeitnehmer) und Art. 3 ff. KVG (Personen mit Schweizer Wohnsitz).

¹² Vgl. z.B. Art. 4 f. UVG (Selbstständigerwerbende) sowie Art. 12 KVG (Zusatzversicherungen) und Art. 67 ff. KVG (Taggeldversicherung).

¹³ Vgl. dazu die Legaldefinitionen in Art. 3 ff. ATSG.

¹⁴ Zum Erfordernis der natürlichen und adäquaten Kausalität siehe den Beitrag von MOSIMANN in diesem Band.

¹⁵ Z.B. Taggeld-, Eingliederungs- oder Renteninvalidität.

¹⁶ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf das IVG, KVG und UVG.

¹⁷ Das IVG erfasst alle Gesundheitsschäden unabhängig von ihrer Genese (vgl. statt vieler MEYER-BLASER U., Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, in: SZS 1994 81 ff., 84 m.H.). Im Rahmen der 4. IV-Revision sollen durch entsprechende Änderungen insbesondere des ATSG explizit auch die psychischen Gesundheitsschäden als mögliche Ursache einer Invalidität anerkannt werden (vgl. BBl 2001 IV 3224 Ziff. 1.2.4, 3263 Ziff. 2.6.1, 3323 und 3337 f.; ferner BBl 1997 IV 149 ff., 183 und 196).

Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat¹⁸. Wurde die Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, namentlich auch der Tod, durch eine plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper bewirkt, so liegt ein Unfall vor¹⁹.

Das wichtigste international gebräuchlichste Klassifikationssystem für Krankheiten im medizinischen Sinne²⁰ ist die von der WHO herausgegebene *Internationale Klassifikation der Krankheiten* (International Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death, ICD-10²¹). Für psychische Erkrankungen einschlägig sind das Kapitel V (F) über psychische Störungen der ICD-10 und das *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) der American Psychiatric Association, das 1994 in der vierten Auflage herausgegeben wurde und darum mit DSM-IV abgekürzt wird.

Besteht vor dem Hintergrund der definierten Diagnosekriterien eine *objektiv feststellbare physische oder psychische Beeinträchtigung der Gesundheit*, die Schmerzen oder eine andere Form des Unwohlseins verursacht, ergeben sich in der Regel keine Schwierigkeiten²². Der Versicherte, der aus pathologischen Gründen überhaupt nicht oder nicht mehr wie ein Gesunder durch eine Willensanstrengung das erlittene Unwohlsein kompensieren kann, erhält sozialversicherungsrechtliche Leistungen entsprechend dem objektiv feststellbaren Leistungsunvermögen.

¹⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 ATSG und Art. 2 Abs. 1 KVG. Als Geburtsgebrechen gelten diejenigen Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen (vgl. Art. 3 Abs. 2 ATSG). Siehe z.B. BGE 116 V 239 E. 3, wonach eine HIV-Infektion (positiver HIV-Befund) Krankheitswert hat (vgl. betreffend Leistungspflicht der IV für HIV-positive Neugeborene Ziff. 490 GgV Anhang).

¹⁹ Vgl. Art. 4 ATSG.

²⁰ Der normative und der medizinische Krankheitsbegriff sind nicht identisch, siehe dazu infra N 13.

²¹ Auf dem Internet abrufbar z.B. unter <http://www.dimdi.de/de/klassi/diagnosen/icd10/>.

²² Für die Bejahung eines versicherten Gesundheitsschadens, insbesondere auch für psychische Gesundheitsschäden, ist eine allfällige Behandelbarkeit nicht von Bedeutung (vgl. BGE 127 V 294 E. 4). Wer eine zumutbare Behandlung ablehnt, riskiert aber eine Leistungskürzung (siehe dazu infra N 108 ff.).

B. Subjektives Schmerzerlebnis als Gesundheitsschaden?

1. Allgemeines

Schwierigkeiten ergeben sich in allen Fällen eines bloss subjektiven Schmerzerlebnisses. Der Arzt kann keine überprüfbaren Befunde feststellen, die auf einen Gesundheitsschaden schliessen lassen, gleichwohl moniert der Patient, krank zu sein. Man kann dabei – wie der "Simulant" – nur vorgeben, sich unwohl zu fühlen. Der "Hypochonder" demgegenüber fühlt sich zwar auch krank, obwohl er es nicht ist, erlebt im Gegensatz zum Simulanten aber sein Kranksein. Krank ist der Hypochonder aber auch nur dann, wenn sein Krankseinwollen auf einer psychischen Krankheit beruht. Ein subjektives Schmerzerlebnis sagt somit letztlich nichts darüber aus, ob der Betreffende krank ist oder eine Krankheit vortäuscht.

2. Phänomene mit Krankheitswert

i) Psychische Krankheit

a) Allgemeines

Ein Sich-Unwohlfühlen, das nicht mit einem objektiv feststellbaren Befund korrespondiert, ist dann beachtlich, wenn das subjektive Schmerzerlebnis natürliche und adäquate Folge eines psychischen Gesundheitsschadens darstellt. Grundsätzlich fallen alle geistigen und psychischen Gesundheitsschäden als Krankheits- bzw. Invaliditätsursachen in Betracht²³.

²³ Siehe dazu supra FN 17.

b) Unfall-, Schreck- und Behandlungsneurosen

Eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht besteht praxisgemäss für die sog. Unfall-²⁴ bzw. Schreck-²⁵ und Behandlungsneurosen²⁶. Diese Begriffe existieren in den einschlägigen Klassifikationen, insbesondere der ICD-10, nicht, weshalb sie vermieden werden bzw. durch äquivalente Bezeichnungen, z.B. posttraumatische Belastungsstörung, ersetzt werden sollten²⁷.

²⁴ Die "Unfallneurose" entspricht einem psychischen Gesundheitsschaden, der als adäquate Folge eines Unfalles eintritt (vgl. dazu MAURER A., Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2. A., Bern 1989, 402 f., 409 und N 1012, sowie die Kasuistik bei MURER E./STAUFFER H.-U., Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht. Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 2. A., Zürich 2003, 54 ff.). Vgl. dazu z.B. BGE 112 V 30 E. 3; 107 V 173; 103 V 83; 104 V 27 E. 2; U EVG vom 12.9.2001 [I 578/00 Vr]; U EVG vom 18.10.1982 = SUVA 1982 Nr. 5; U EVG vom 17.8.1983 i.S. A.

²⁵ Die "Schreckneurose" stellt einen psychischen Gesundheitsschaden dar, den der Versicherte als adäquate Folge des Erlebens eines versicherten Ereignisses erleidet (vgl. MAURER A. [FN 24] 401 und N 1025 und BGE 112 V 30 E. 3c, 104 V 27 E. 2a, U EVG vom 19.12.2002 [U 412/99] E. 3.3). Schreck- und Unfallneurose sind nicht identisch. Eine Unfallneurose ist mit einer Schreckneurose gleichbedeutend, wenn der Versicherte auf Grund des Unfallherganges oder der Besonderheit der Unfallfolgen erschrickt, die Erfahrung nicht verarbeiten kann und dadurch eine psychische Störung entsteht. Denkbar ist ferner, dass eine vom Unfall oder einer Krankheit des Versicherten nur mittelbar betroffene Person eine "Schreckneurose" erleidet. Letztere Fälle werden im Haftpflichtrecht im Rahmen der "Angehörigengenußnahme" und u.U. eines Reflexschadens abgegolten (vgl. z.B. BGE 112 II 220 und 123 III 204 E. 2); im Sozialversicherungsrecht setzt eine Leistungspflicht gemäss UVG für unfallbedingte Schreckneurosen von Drittpersonen voraus, dass der Betroffene im Zeitpunkt des Schreckereignisses gegen Nichtbetriebsunfall versichert war und der Unfall eines Dritten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet war, eine psychische Störung infolge des direkten Miterlebens des Unfalles und seiner Folgen hervorzurufen.

²⁶ Unter einer "Behandlungsneurose" werden psychische Störungen verstanden, die als Folge einer unsachgemässen Behandlung von Krankheits- oder Unfallfolgen bzw. der Abwicklung des Versicherungsfalles eintreten (vgl. dazu EVGE 1954 78 E. 2 und MAURER A. [FN 24] 401 und N 664 und 1025a f.).

²⁷ Vgl. dazu KIND H., Das «Elend» mit dem Neurosebegriff in der Unfallversicherung, in: Festschrift 75 Jahre EVG, Luzern 1992, 197 ff.; FOERSTER K./VENZLAFF U., Psychiatrische Begutachtung im Sozialrecht, in: Psychiatrische Begutachtung, 3. A., München/Jena 2000, 508 ff., 509 f., und betreffend dem Begriff "Rentenneurose" z.B. Ziff. 4.5 DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR PSYCHOTHERAPEUTISCHE MEDIZIN/DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR PSYCHOTHERAPIE, PSYCHOSOMATIK UND TIEFENPSYCHO-

ii) Schmerzkrankheit

Das Vorliegen eines anerkannten Krankheitsbildes gemäss ICD-10 oder DSM-IV lässt sich in Anbetracht der relativen Diagnosekriterien oft nicht eindeutig bestimmen, weshalb die Abgrenzung zwischen Vortäuschung und Krankheit, insbesondere bei einer hypochondrischen Störung²⁸, einer (anhaltenden) somatoformen Schmerzstörung²⁹ oder einer Fibromyalgie³⁰, Mühe bereitet³¹.

LOGIE, Ärztliche Begutachtung in der Psychosomatik und Psychotherapeutischen Medizin – Sozialrechtsfragen, Leitlinien vom 12.02.2001 (abrufbar z.B. <http://www.uni-duesseldorf.de/WWW/AWMF/ll/psyt022.htm>).

²⁸ Vgl. Ziff. F45.2 ICD-10: "Vorherrschendes Kennzeichen ist eine beharrliche Beschäftigung mit der Möglichkeit, an einer oder mehreren schweren und fortschreitenden körperlichen Krankheiten zu leiden. Die Patienten manifestieren anhaltende körperliche Beschwerden oder anhaltende Beschäftigung mit ihren körperlichen Phänomenen. Normale oder allgemeine Körperwahrnehmungen und Symptome werden von dem betreffenden Patienten oft als abnorm und belastend interpretiert und die Aufmerksamkeit meist auf nur ein oder zwei Organe oder Organsysteme des Körpers fokussiert. Depression und Angst finden sich häufig und können dann zusätzliche Diagnosen rechtfertigen."

²⁹ Vgl. Ziff. F45.4 ICD-10: "Die vorherrschende Beschwerde ist ein andauernder, schwerer und quälender Schmerz, der durch einen physiologischen Prozess oder eine körperliche Störung nicht vollständig erklärt werden kann. Er tritt in Verbindung mit emotionalen Konflikten oder psychosozialen Belastungen auf, die schwerwiegend genug sein sollten, um als entscheidende ursächliche Faktoren gelten zu können. Die Folge ist meist eine beträchtlich gesteigerte persönliche oder medizinische Hilfe und Unterstützung. Schmerzzustände mit vermutlich psychogenem Ursprung, die im Verlauf depressiver Störungen oder einer Schizophrenie auftreten, sollten hier nicht berücksichtigt werden."

³⁰ Vgl. dazu infra N 20 f.

³¹ Dieselbe Problematik besteht bei den Schleudertraumata, siehe dazu KAHIL-WOLFF B., La distorsion de la colonne cervicale, Son appréciation en droit des assurances sociales, in: Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 2002, 57 ff.; KRAMER E. A., Schleudertrauma. Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: Schleudertrauma, Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, Bern 2002, 73 ff.; LOCHER T., HWS-Distorsion (Schleudertrauma), Einführung in die Rechtslage nach schweizerischem Recht, in: HWS-Distorsion (Schleudertrauma), Einführung in die Rechtslage nach schweizerischem Recht, Bern 2002, 29 ff.; MURER E., HWS-Distorsionstrauma ohne sichtbare Folgen: konstruktive Ansätze statt Schleuderkurs, in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 2002, Freiburg i.Ue. 2002, 3 ff.; NIEDERER P., Unfallanalyse, Biomechanik, Was ist ein "schwerer", was ein "leichter" Verkehrsunfall?, in: SZS 2002, 27 ff.; SIDLER M., Betrachtungen nach einer Dekade der besonderen Adäquanprüfung bei sog. Schleudertraumen, in: AJP 2002 791 ff.

a) Leistungsbegründende Schmerzgrenze

Damit Schmerzen³² überhaupt anerkannt werden können, müssen sie – vor dem Hintergrund der Adäquanz – ein bestimmtes Mass überschreiten³³. Das EVG hat – entgegen anderslautenden Lehrmeinungen³⁴ – aber auch klar gemacht, dass "Behinderungen untergeordneter Art und ein gewisses Mass an Schmerzen, wie sie nach Unfällen häufig zu beobachten seien", vom Versicherten nicht von vornherein entschädigungslos hingenommen werden müssen³⁵. Entscheidend sei [bezogen auf den Rentenanspruch]³⁶ vielmehr, dass

³² Eine Stichwortsuche ("Schmerzen", "zumutbar") bei der offiziellen Internetseite <http://www.bger.ch> ergibt eine kaum mehr überblickbare Trefferzahl von (unveröffentlichten) Urteilen zur Schmerzproblematik. Die Urteile betreffen dabei in der Regel die Relevanz der vom Versicherten geltend gemachten Schmerzen im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Ausführung einer Verrichtung, insbesondere einer Erwerbs- bzw. Arbeitstätigkeit (vgl. statt vieler U EVG vom 3.9.2002 [U 222/01] [Schmerzen nach einer Distorsion des linken Ellbogens]; U EVG vom 8.5.2002 [I 367/01 Gr] [Schmerzen bei Poliomyelitis mit praktisch totaler Lähmung der unteren Extremitäten]; U EVG vom 7.11.2001 [U 491/00 Gr] [Einschränkung der Gehfähigkeit und beachtliche belastungsabhängige Schmerzen bei einer Sekretärin]; U EVG vom 5.5.2000 [I 195/99 Ge] [psychogene Schmerzfehlverarbeitung mit generalisierendem Schmerzsyndrom]). In selteneren Fällen muss sich das EVG mit der Frage befassen, inwieweit ein Schmerzsyndrom an sich einen Gesundheitsschaden darstellt (vgl. z.B. U EVG vom 31.10.2002 [I 458/02] [somatoforme Schmerzstörung und diffus chronisches Schmerzsyndrom mit multiplen vegetativen Begleitbeschwerden]; U EVG vom 24.5.2002 [I 518/01 Gb] [anhaltende somatoforme Schmerzstörung, nach der internationalen Klassifikation psychischer Störungen: ICD-10 F45.4]; U EVG vom 18.6.2002 [I 139/02 Gi] [langjährige chronische und sehr intensive Schmerzen] und BVR 1997 233 ff. [Rentenanspruch bei chronischen Schmerzen]).

³³ Vgl. z.B. U EVG vom 18.4.2002 (I 354/00 Gr), E. 2a: "Der Beschwerdeführer ist psychisch nicht krank, sondern leidet an Schmerzen im Gefolge des als schweren Schicksalsschlag empfundenen Unfalles und der Aufgabe der – einen zentralen Lebensinhalt darstellenden – Tätigkeit als anerkannter hochqualifizierter Motorradfachmann und Geschäftsinhaber. Sozialversicherungsrechtlich muss von ihm, namentlich aus Gründen der Rechtsgleichheit, verlangt werden, dass er mit diesen Schmerzen – nötigenfalls unter therapeutischem Beistand (z.B. des Hausarztes) – zu Rande kommt, soweit dies im Rahmen der somatischen Restarbeitsfähigkeit zumutbar ist und soweit er daran nicht durch einen psychischen Gesundheitsschaden gehindert wird."

³⁴ Siehe z.B. OMLIN P., Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Freiburg 1995, 218.

³⁵ Vgl. BGE 122 V 335 E. 4c/bb.

³⁶ Einschub durch Verfasser.

ein "versicherter Gesundheitsschaden beachtliche negative Erwerbsfolgen hinterlässt"³⁷. Die *anspruchsbegründende Schmerzschwelle* muss so einzelfallweise in Bezug auf den spezifischen Versicherungsfall konkretisiert werden.

b) Somatoforme Schmerzstörung

Wer keinen versicherten Gesundheitsschaden erlitten hat, kann noch so empfindliche Schmerzen haben, er erhält trotzdem nichts. Diese Voraussetzung scheint auf den ersten Blick unproblematisch, ist es aber nicht, da die medizinischen Schmerzkrankheiten sich nicht ausnahmslos unter den normativen Begriff der Invalidität subsumieren lassen.

Die ICD-10 kennt verschiedene somatoforme Störungen³⁸: die Somatisierungsstörung (F45.0), die undifferenzierte Somatisierungsstörung (F45.1), die hypochondrische Störung (F45.2), die somatoforme autonome Funktionsstörung (F45.3), die anhaltende somatoforme Schmerzstörung (F45.4) und sonstige somatoforme Störungen (F45.8). Die anhaltende somatoforme Schmerzstörung z.B. wird definiert als

"ein andauernder, schwerer und quälender Schmerz, der durch einen physiologischen Prozess oder eine körperliche Störung nicht vollständig erklärt werden kann. Er tritt in Verbindung mit emotionalen Konflikten oder psychosozialen Belastungen auf, die schwerwiegend genug sein sollten, um als entscheidende ursächliche Faktoren gelten zu können. Die Folge ist meist eine beträchtlich gesteigerte persönliche oder medizinische Hilfe und Unterstützung. Schmerzzustände mit vermutlich psychoge-

³⁷ BGE 122 V 335 E. 4c/bb. Siehe ferner EVGE 1967 203 E. 1.

³⁸ Vgl. dazu Ziff. F45 ICD-10: "Das Charakteristikum ist die wiederholte Darbietung körperlicher Symptome in Verbindung mit hartnäckigen Forderungen nach medizinischen Untersuchungen trotz wiederholter negativer Ergebnisse und Versicherung der Ärzte, dass die Symptome nicht körperlich begründbar sind. Wenn somatische Störungen vorhanden sind, erklären sie nicht die Art und das Ausmass der Symptome, das Leiden und die innerliche Beteiligung des Patienten." und ferner MOSIMANN H.-J., Somatoforme Störungen: Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in: SZS 1999 1 ff.

nem Ursprung, die im Verlauf depressiver Störungen oder einer Schizophrenie auftreten, sollten hier nicht berücksichtigt werden."³⁹

Das EVG hat unlängst klargestellt, dass *psychosoziale Ursachen* keine Invaliditätsursachen darstellen⁴⁰, weshalb eine somatoforme Schmerzstörung *an sich* – im Bereich der IV – keinen normativen Gesundheitsschaden darstellt. Ihr kommt nur dann leistungsbegründender Charakter zu, wenn gleichzeitig eine *psychiatrische Komorbidität* vorhanden ist⁴¹:

"Je stärker psychosoziale oder soziokulturelle Faktoren im Einzelfall in den Vordergrund treten und das Beschwerdebild mitbestimmen, desto ausgeprägter muss eine fachärztlich festgestellte psychische Störung von Krankheitswert vorhanden sein. Das bedeutet, dass das klinische Beschwerdebild nicht einzig in Beeinträchtigungen bestehen darf, welche von den belastenden soziokulturellen Faktoren herrühren, sondern davon psychiatrisch zu unterscheidende Befunde zu umfassen hat, zum Beispiel eine von depressiven Verstimmungszuständen klar unterscheidbare andauernde Depression im fachmedizinischen Sinne oder einen damit vergleichbaren psychischen Leidenszustand. Solche von der soziokulturellen Belastungssituation zu unterscheidende und in diesem Sinne verselbstständigte psychische Störungen mit Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit sind unabdingbar, damit überhaupt von Invalidität gesprochen werden kann. Wo der Gutachter oder die Gutachterin dagegen im Wesentlichen nur Befunde erhebt, welche in den psychosozialen und soziokulturellen Umständen ihre hinreichende Erklärung finden, gleichsam in ihnen aufgehen, ist kein invalidisierender psychischer Gesundheitsschaden gegeben."⁴²

c) Somatische Schmerzstörung, insbesondere die Fibromyalgie

Ähnliche Probleme bestehen bei den somatischen Schmerzkrankheiten, wozu insbesondere die Fibromyalgie – eine rheumatische Schmerzkrankheit⁴³ – gehört. Eine Fibromyalgie liegt nach den vom American College of Rheumatology (ACR) 1990 aufgestellten Diagnosekriterien dann vor, wenn der Patient weit verbreitete Schmerzen in Kombination mit mindestens 11 der 18 definierten Tender-Points aufweist⁴⁴.

Diese Diagnoseanforderung ist zwar objektiver, weil die Schmerzfeststellung nachprüfbar ist, gleichwohl aber besteht auch bei der Fibromyalgie dieselbe Problematik hinsichtlich der subjektiven Schmerzäußerung. Die Abgrenzung gegenüber der somatoformen Schmerzstörung bereitet deshalb Schwierigkeiten⁴⁵. Zudem ist unverkennbar, dass die Fibromyalgie eine "Modekrankheit" darstellt⁴⁶.

⁴³ Siehe dazu Ziff. M79.0 ICD-10.

⁴⁴ Vgl. dazu BURGAT J.-M., La fibromyalgie, in: Expertise médicale, Genf 2002, 67 ff., und WOLFE F., SMYTHE H. A. ET AL., The American College of Rheumatology 1990 criteria for the classification of fibromyalgia: report of the multicenter criteria committee, in: Arthritis Rheum 1990, 160 ff. Die Diagnoserichtlinie des ACR ist auf dem Internet einsehbar (<http://www.rheumatology.org/research/classification/fibro.html>).

⁴⁵ Siehe dazu z.B. U EVG vom 12.11.2001 i.S. G. (I 497/01 Gb), E. 2b/aa: "Hierzu ist festzuhalten, dass im MEDAS-Gutachten vom 15. Februar 1999 u.a. eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung mit Körperschmerzsyndrom (multiple Tendomyosen, Entwicklung in Richtung einer Fibromyalgie) diagnostiziert wurde. Es bestehe zwar eine Tendenz zur Ausweitung des Schmerzsyndroms in Richtung einer Fibromyalgie; Ursache sei diesbezüglich aber nicht ein rheumatologisches Leiden, sondern es seien psychosoziale Faktoren im Sinne eines somatisierten Unwohlseins im Spiel. Im Weiteren prüfte auch die Rheumaklinik X. das Vorliegen einer Fibromyalgie und berücksichtigte mithin diese Problematik (Gutachten vom 18. Januar 2000). Diesbezüglich ist der Sachverhalt somit hinreichend geklärt, weshalb von weiteren medizinischen Abklärungen abzusehen ist (BGE 124 V 94 E. 4b)."

⁴⁶ Eine Stichwortsuche ("Fibromyalgie") bei der offiziellen Internetseite <http://www.bger.ch> ergibt bei den Urteilen ab 2000 eine kaum mehr überblickbare Trefferzahl von (unveröffentlichten) Urteilen, während bei den veröffentlichten Leitentscheiden ab 1954 kein einziger Entscheid gefunden wird. Den unveröffentlichten Urteilen des EVG lässt sich dabei entnehmen, dass das Vorliegen einer Fibromyalgie oft als eine Nebendiagnose gestellt wird, vgl. z.B. U EVG vom 15.4.2003 i.S. M. (I 636/02), E. 3.1, und ferner U EVG vom 9.1.2003 i.S. B.

³⁹ Vgl. Ziff. F45.4 ICD-10.

⁴⁰ Vgl. BGE 127 V 294 E. 5.

⁴¹ Vgl. AHI-Praxis 2000 154 ff.; U EVG vom 2.12.2002 (I 53/02), E. 2.2; und U EVG vom 3.10.2002 i.S. H. (I 616/01), E. 3.2.2 (zitiert nachfolgend). Siehe ferner den Beitrag von MEYER-BLASER in diesem Band.

⁴² U EVG vom 3.10.2002 i.S. H. (I 616/01), E. 3.2.2.

d) Schmerzgutachten

In Anbetracht dieser Schwierigkeiten ist im Einzelfall ein *Schmerzgutachten* unerlässlich, um die Frage beantworten zu können, ob eine versicherte Schmerzkrankheit vorliegt und dem Versicherten eine bestimmte Willensanstrengung (noch) möglich und umständehalber zumutbar ist.

Ausschlaggebend für den Beweiswert eines Arztgutachtens ist dabei weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern dessen Inhalt⁴⁷. Das inhaltliche Anforderungsprofil für ein Schmerzgutachten hat das EVG in einem Entscheid von 2002 z.B. wie folgt umschrieben⁴⁸:

"Nach der Rechtsprechung besteht die Aufgabe medizinischer Experten bei der Beurteilung des invalidisierenden Charakters somatoformer Störungen nebst der Diagnosestellung darin, sich zum Schweregrad der Symptomatik und zur Prognose zu äussern und darauf abgestützt Aussagen zur Leistungsfähigkeit und Zumutbarkeit zu machen. In diesem Zusammenhang hat die Gutachterin oder der Gutachter das Vorliegen invaliditätsbegründender Faktoren wie auffällige prämorbidie Persönlichkeitsstruktur, psychiatrische Komorbidität, chronische körperliche Begleiterkrankungen, Verlust der sozialen Integration, ausgeprägter Krankheitsgewinn, mehrjähriger Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik, unbefriedigen-

(I 465/02); U EVG vom 30.4.2002 i.S. A. (I 382/01 Mh); U EVG vom 24.4.2002 i.S. N. (I 693/01 Vr); U EVG vom 9.4.2002 i.S. P. (I 683/01 Kt); U EVG vom 4.10.2001 i.S. K. (U 222/00 Ge); U EVG vom 5.6.2001 i.S. L. (U 310/00 Mh); U EVG vom 17.5.2001 i.S. P.A. (U 245/99) = RKUV 2001 321, E. 5b; U EVG vom 8.5.2001 i.S. A. (I 667/00 Mh); U EVG vom 9.11.2000 i.S. K. (I 261/00 Sm); U EVG vom 6.11.2000 i.S. R. (K 72/00 Sm); U EVG vom 17.10.2000 i.S. V. (I 470/99 Vr); U EVG vom 12.10.2000 i. S. L. B. = RKUV 2001 79 E. 2 sowie U EVG vom 19.9.2000 i.S. M. (U 333/99 Vr).

⁴⁷ Vgl. z.B. BGE 122 V 160 E. 1c und ferner den Beitrag von ZÜND im vorliegenden Band.

⁴⁸ Siehe dazu ferner BGE 115 V 133 E. 2; 125 V 351 (Relevanz von Parteigutachten); U EVG vom 14.8.2001 (U 139/01 Gb) (Zulässigkeit von Aktengutachten) und U EVG vom 9.7.2002 (I 676/01 Vr), E. 3b (ungenügendes Schmerzgutachten).

de Behandlungsergebnisse und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen zu beurteilen. Andererseits ist Stellung zu nehmen zu allfälligen rentenausschliessenden Faktoren. Als solche kommen beispielsweise in Frage eine Diskrepanz zwischen Beschwerdeschilderung und beobachtetem Verhalten oder eine erhebliche Diskrepanz der Angaben im Vergleich zur fremdanamnестischen Information, die Angabe intensiver Beschwerden ohne Nachsuchen von therapeutischer Hilfe, appellativ-demonstrative Klagen, welche beim Experten oder der Expertin kaum emotionale Betroffenheit auslösen oder die Angabe schwerer Beeinträchtigung bei real weitgehend intaktem psychosozialen Funktionsniveau im Alltag (vgl. AHI 2000 S. 152 f. E. 2c mit Hinweisen; Urteil S. vom 5. April 2000, I 538/99)."⁴⁹

Im Bereich der KV wird der Umfang der Leistungspflicht im Anhang 1 zur KLV detailliert geregelt⁵⁰, während im Bereich der IV/UV solche Vorgaben fehlen und insoweit im Rahmen eines medizinischen Gutachtens festgestellt werden muss, ob die geltend gemachten Schmerzen bzw. die dadurch verursachten Funktionseinbussen im Hinblick auf den spezifischen Versicherungsfall (Heilbehandlung, Eingliederung, Hilfsmittel, Rente etc.) anspruchsbegründend wirken. 24

Bei der Integritätsentschädigung⁵¹ wird eine "dauernde erhebliche Schädigung der körperlichen oder geistigen Integrität" vorausgesetzt⁵². Eine "sehr starke schmerzhaft Funktionseinschränkung der Wirbelsäule"⁵³ stellt z.B. einen 50 %igen Integritätsschaden dar. Gemäss Tabelle 7 "Integritätsschaden bei Wirbelsäulenerkrankungen" sind vier Schmerzfunktionsskalen zu unterscheiden⁵⁴. 25

⁴⁹ U EVG vom 3.10.2002 i.S. H. (I 616/01), E. 3.2.2.

⁵⁰ Siehe dazu Ziff. 1.3 Anhang 1 KLV (Viskosupplementation zur Gonarthrosebehandlung bei Patienten mit schmerzhafter Gonarthrose und eingeschränkter Bewegungsfreiheit), Ziff. 2.3 (Schmerztherapie) und Ziff. 9.3 (Radiochirurgie mit LINAC bei Hirnmetastasen zur Beseitigung nicht anders behandelbarer Schmerzen).

⁵¹ Vgl. Art. 24 ff. UVG.

⁵² Vgl. Art. 24 Abs. 1 UVG.

⁵³ Vgl. Anhang 3 UVV.

⁵⁴ Die Skala sieht folgende Abstufungen vor: "0" = keine nennenswerten Schmerzen, "+" = mässige Beanspruchungsschmerzen, "++" = geringe Dauerschmerzen und "+++" = starke Dauerschmerzen. Siehe dazu den Anwendungsfall U EVG vom 8.3.2001 (U 402/00 Gb), E. 4.

3. Phänomene ohne Krankheitswert

i) Erdulden von kosmetischen oder anderen ästhetischen Beeinträchtigungen

Körperliche Beeinträchtigungen kosmetischer oder anderer ästhetischer Art stellen grundsätzlich weder Krankheits- noch Invaliditätsursachen dar⁵⁵. Dies ist selbst dann der Fall, wenn das EVG das subjektive Missbehagen des Versicherten als "verständlich" qualifiziert⁵⁶. Eine Leistungspflicht des Krankenversicherers für die Beseitigung ästhetischer "Mängel" besteht nur dann, wenn der fragliche Mangel entweder als Folge einer leistungspflichtigen Behandlung entstanden ist⁵⁷ oder eine physische oder psychische Störung mit Krankheitswert darstellt⁵⁸.

ii) Vorgetäuschte Schmerzen, insbesondere zum Problem der Simulation

a) Allgemeines

Der Versicherte, der nicht krank ist und nur einen mangelhaften Willen vortäuscht – im landläufigen Sinne Simulant geheissen –, soll

⁵⁵ Vgl. ZAK 1977 111 E. 2 (unterschiedliche Entwicklung der Brustdrüsen). Siehe ferner EUGSTER G., Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III: Soziale Sicherheit, Eds. Koller H., Müller G., Rhinow R. und Zimmerli U., Basel 1998, N 85 ff.; ZAK 1971 382 und 1975 33.

⁵⁶ Vgl. z. B. ZAK 1977 111 E. 2.

⁵⁷ Vgl. dazu BGE 111 V 229 und Ziff. 1.1 Anhang 1 KLV betreffend operative Mammarekonstruktion nach medizinisch indizierter Brustamputation.

⁵⁸ Siehe dazu U EVG vom 17.2.2003 (K 132/02), U EVG vom 28.12.2001 (K 80/00 Ws) (keine Leistungspflicht für die Behebung einer Busenasymmetrie nach einer teilweisen Entfernung von Brustgewebe); U EVG vom 8.2.2000 = RKUV 2000 126 ff. (keine Leistungspflicht für das Anbringen neuer Brustprothesen als Ersatz für alte Prothesen, die aus rein ästhetischen Zwecken angebracht worden waren und deren Wegnahme wegen der Bildung von Zysten in der Brust notwendig geworden war); sowie U EVG vom 10.1.2003 (K 98/01) (keine Leistungspflicht für die Beseitigung von aknebedingten Gesichtsnarben). Siehe ferner RKUV 1984 212.

keine Leistungen erhalten⁵⁹. Es lassen sich – je nach der bewussten oder unbewussten Motivation und Symptombildung – drei Kategorien von Täuschungsphänomenen unterscheiden: Die Simulation i.w.S. (Simulation i.e.S., Aggravation und Dissimulation), die somatoforme Störung und die artefizielle Störung⁶⁰.

Täuschungsphänomen	Motivation	Symptombildung
Simulation, Aggravation, Dissimulation	bewusst ⁶¹	bewusst
Somatoforme Störung ⁶²	unbewusst	unbewusst
Artefizielle Störung ⁶³	unbewusst	bewusst

Die somatoforme und die artefizielle Störung sind als eigentliche Krankheiten anerkannt. Eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht kommt in diesen Fällen in Frage, wenn der "eingebildete" Krankheitszustand einem versicherten Gesundheitsschaden entspricht

⁵⁹ Siehe dazu GABUS P., Le fraudeur, le faussaire, l'escroc et l'assureur. Etude de l'évolution doctrinale et jurisprudentielle récente en matière de fraude à l'assurance privée, in: Semaine judiciaire 1999/2 21 ff.; MAHON P., Prétentions abusives en matière d'assurance, in: SVZ 1994 305 ff.; NEF U. C., Unredliche Beanspruchung von Versicherungsleistungen, in: SVZ 1994 319 ff.; PFISTER T., Versicherungsbetrug, Zivilrechtliche Aspekte, in: Schaden, Haftung, Versicherung, Basel 1999, 1051 ff.; und WICKI J., Versicherungsmissbrauch Zivil- und strafrechtliche Aspekte, Diss. Freiburg i.Ue. 2002.

⁶⁰ In Anlehnung an Ziff. 4.4 DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR PSYCHOTHERAPEUTISCHE MEDIZIN/DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR PSYCHOTHERAPIE, PSYCHOSOMATIK UND TIEFENPSYCHOLOGIE, Ärztliche Begutachtung in der Psychosomatik und Psychotherapeutischen Medizin – Sozialrechtsfragen, Leitlinien vom 12.02.2001.

⁶¹ In der Literatur wird mitunter festgehalten, dass Aggravation und Dissimulation unbewusst erfolgen (vgl. FOERSTER K./VENZLAFF U. [FN 27] 508 ff., 510). Das EVG hat in seinem Urteil vom 24.5.2001 (I 518/01) = SVR 2003 IV Nr. 1 E. 3b/bb die Aggravation demgegenüber als bewusste Täuschungsform definiert (siehe dazu infra FN 66).

⁶² Vgl. dazu supra N 17 ff.

⁶³ Vgl. dazu Ziff. F68.1 ICD-10: "Der betroffene Patient täuscht Symptome wiederholt ohne einleuchtenden Grund vor und kann sich sogar, um Symptome oder klinische Zeichen hervorzurufen, absichtlich selbst beschädigen. Die Motivation ist unklar, vermutlich besteht das Ziel, die Krankenrolle einzunehmen. Die Störung ist oft mit deutlichen Persönlichkeits- und Beziehungsstörungen kombiniert." Dazu gehören insbesondere das Hospital-hopper-Syndrom und das Münchhausen-Syndrom.

und eine Behandlungsbedürftigkeit oder sogar eine spezifische Invalidität zur Folge hat.

b) Das Simulationsphänomen

1) Simulation i.e.S. (Leistungsbetrug)

Die *Simulation* ist das bewusste Vortäuschen einer krankhaften Störung zu bestimmten, klar erkennbaren Zwecken, insbesondere um ungerechtfertigte Sozialleistungen zu erhalten (Leistungsbetrug)⁶⁴. Der direkte Nachweis einer Simulation (Eingeständnis, versteckte Überwachung des Versicherten etc.) ist schwierig; in der Regel kann eine Simulation nur begründet vermutet werden (z.B. gänzlich unplausible Beschwerdeentstehung, fehlende Anzeichen einer prämorbidem Vulnerabilität, ausgeprägte Inkonsistenzen in der Beschwerdeschilderung und -ausprägung etc.)⁶⁵.

2) Aggravation und Dissimulation

Während bei der eigentlichen Simulation gänzlich nicht vorhandene Beschwerden vorgespielt werden, schildert und präsentiert der Versicherte bei der *Aggravation* bestehende Symptome im Verhältnis zum objektiven Befund übertrieben⁶⁶. Im umgekehrten Fall – wenn

der Versicherte bestehende Beschwerden aus krankheitsbedingten oder sozialen Gründen (z.B. Verleugnung, Angst, Scham) herunterspielt – handelt es sich um eine *Dissimulation*.

Die Simulation stellt – wie erwähnt – keinen anspruchsbegründenden Tatbestand dar. Dies trifft insbesondere selbst dann zu, wenn sich aus den simulierten Beschwerden eine eigentliche Versicherungsneurose (Renten- bzw. Begehrungsneurosen)⁶⁷ entwickelt. Bei der Aggravation und der Dissimulation demgegenüber liegt ein Gesundheitsschaden vor, nur wird dieser nicht seiner objektiven Schwere entsprechend geschildert⁶⁸. In beiden Fällen besteht deshalb der Anspruch auf die dem objektiven Befund entsprechenden Leistungen⁶⁹.

E. 2b: "... das Beschwerdebild sei mit Bezug auf die Schmerzschilderung und -präsentation nicht die Folge einer erheblichen psychischen Überlagerung (neurotischen Entwicklung) eines körperlichen Gebrechens oder Leidens, sondern rein psychogener Natur. Die hochgradig appellativ-demonstrativ vorgebrachten Beschwerden gehörten ins Grenzgebiet zwischen zielgerichteter Aggravation, Vortäuschen von Funktionsstörungen und bewusstseinsnaher, ebenfalls zielgerichteter Simulation bei übersehbarer Begehrungshaltung. Der körperlich völlig dekonditionierte Versicherte habe bis jetzt keine Ansätze und kaum eine Motivation für ein aktives Mitmachen bei einem körperlichen Trainingsprogramm gezeigt, er offenbare ein deutlich regredientes und sich selbst limitierendes Verhalten. Psychiatrisch-klinisch könne keine Krankheitsdiagnose gestellt werden.") (Aggravation bejaht), und ferner U EVG vom 13.5.2002 (U 301/01 Vr) (Beschwerden bei Fremdkörper im linken Auge), vom 30.4.2002 (I 540/01 Go) (Beschwerden nach nicht vollständiger Entfernung eines Dorns in der linken Hand) und vom 9.7.2001 (U 17/00 Gb) (Tendenz zur Aggravation und ein "Chronic fatigue-Syndrom" als Folge der Borreliose festgestellt).

⁶⁷ Vgl. dazu BGE 115 V 413 E. 12; 96 II 392; U EVG vom 6.11.2001 (U 63/01 Gi) und vom 16.10.2002 (U 281/01); PKG 1981 Nr. 48 und RBOG 1981 Nr. 37 sowie MAURER A. (FN 24) 408 ff. und N 1012.

⁶⁸ Eine solche äussert sich in einer Diskrepanz zwischen Beschwerdeschilderung und beobachtetem Verhalten oder in einer erheblichen Diskrepanz der Angaben im Vergleich zur fremdanamnestischen Information, in der Angabe intensiver Beschwerden ohne Nachsuchen von therapeutischer Hilfe, in appellativ-demonstrativen Klagen, welche beim Experten kaum emotionale Betroffenheit auslösen, oder in der Angabe schwerer Beeinträchtigung bei real weitgehend intaktem psychosozialen Funktionsniveau im Alltag (vgl. AHI-Praxis 2000 152 f. E. 2c; U EVG vom 3.10.2002 [I 616/01] und U EVG vom 5.4.2000 [I 538/99]).

⁶⁹ Werden die Leistungen bei einem dissimulierenden Versicherten zu tief angesetzt, kann im Revisions- bzw. Wiedererwägungsverfahren eine Heraufsetzung trotz identischem Befund verlangt werden, wenn nachgewiesen wird, dass die Dissi-

⁶⁴ Siehe zur "Rentenneurose" supra N 14.

⁶⁵ Der Versicherer ist berechtigt, eine allfällige Simulation durch Hinzuziehen eines Privatdetektivs zu beweisen (vgl. dazu U EVG vom 25.2.2003 [U 161/01]). Siehe zur Beweisproblematik ferner folgende Urteile des EVG: U EVG vom 15.1.2003 (I 634/01), vom 14.1.2003 (I 338/02), vom 25.7.2001 (I 139/01 Mh), vom 26.6.2001 (I 664/00 Mh), vom 21.9.2000 (I 447/99 Gi) und vom 21.3.2000 (I 415/98 Co) (Simulation bejaht bzw. bestätigt) sowie U EVG vom 28.8.2002 (U 416/01 Bh), vom 13.5.2001 (U 301/01 Vr) und vom 16.1.2002 (I 157/01 Kt) (Simulation verneint). Vgl. ferner U EVG vom 11.9.2001 (I 152/01 Tn) und vom 13.11.2000 (I 371/00 Ge).

⁶⁶ Vgl. zur Begriffsbildung PSCHYREMBEL, Klinisches Wörterbuch, 259. A., Berlin/New York 2002, 28, und U EVG vom 24.5.2002 (I 518/01 Gb), E. 3b/bb. Siehe dazu z.B. U EVG vom 24.5.2002 (I 518/01 Gb) und vom 30.4.2002 (I 540/01 Go),

iii) Angeschlagener Gesundheitszustand

Bundesgericht und EVG betonen in ihrer Praxis zur Adäquanz der konstitutionellen Prädisposition, dass einerseits einzelne Gruppen von Versicherten, die einen Unfall infolge eines allgemein angeschlagenen Gesundheitszustandes langsamer oder schlechter verarbeiten können als andere, auch Bezugspersonen für die Adäquanzbeurteilung darstellen⁷⁰, und andererseits konstitutionelle Prädispositionen, die voraussichtlich nicht zu einer Schädigung bzw. Invalidität geführt hätten, nicht leistungskürzend berücksichtigt werden dürfen⁷¹.

III. Willentliche Herbeiführung des Versicherungsfalles

A. Grundsatz der Leistungsverweigerung bei Vorsatz

1. Allgemeines

Die Leistungsverweigerung bei einer willentlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles wird in Art. 21 Abs. 1–3 ATSG geregelt⁷². Diese Bestimmung gilt – mit Ausnahme der obligatorischen beruflichen Vorsorge – für alle Sozialversicherungszweige, *sofern* und *soweit* die einschlägigen Erlasse (IVG, UVG, KVG etc.) die Anwendbarkeit dieser Norm vorsehen⁷³. Wegen Selbstverschuldens gekürzte oder verweigerte Invaliden- oder Hinterlassenenrenten werden auf Antrag überprüft und gegebenenfalls frühestens vom In-Kraft-Treten des ATSG an auf Grund von Art. 21 neu festgesetzt⁷⁴.

⁷⁰ mulation bei der Erstbegutachtung nicht festgestellt und berücksichtigt wurde. Vgl. BGE 115 V 133 E. 4b und Urteil EVG vom 19.12.2002 i.S. A. (U 412/99), E. 3.3.

⁷¹ Vgl. U BGer vom 15.1.2002 i.S. A. (4C.215/2001/rnd), E. 3a; vom 22.2.2000 i.S. A. (4C.416/1999/rnd), E. 2, abgedruckt in Pra 2000 Nr. 154 S. 920 ff.

⁷² Das ATSG ist am 1.1.2003 in Kraft getreten.

⁷³ Siehe dazu – neben den nachfolgenden Ausführungen zur KV, UV und IV – ferner betreffend MV Art. 65 und 83 MVG.

⁷⁴ Vgl. Art. 82 Abs. 1 ATSG.

2. Begriff der vorsätzlichen Herbeiführung

i) Allgemeines

Besagte Bestimmung basiert auf dem Grundsatz, dass eine Leistungsverweigerung bzw. -kürzung zu erfolgen hat, wenn der Versicherte – unter Einschluss allfälliger mitversicherter Personen wie Angehörige – den Versicherungsfall *vorsätzlich*, insbesondere bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens⁷⁵, herbeigeführt oder verschlimmert hat⁷⁶. Eine Leistungsverweigerung bei bloss fahrlässigem Verhalten ist damit grundsätzlich ausgeschlossen⁷⁷. 34

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich hinsichtlich der *Verschlimmerung eines Versicherungsfalles* gemäss Art. 21 Abs. 1 ATSG. Verschlimmert werden kann nur ein bereits eingetretener Versicherungsfall, sei es, dass der versicherte Gesundheitsschaden oder die versicherte Bedarfssituation vom Versicherten nachteilig beeinflusst werden. Art. 21 Abs. 4 ATSG statuiert aber für den Fall eines verschlimmernden Verhaltens nach Eintritt des Versicherungsfalles eine Leistungsverweigerung, die nicht erst bei Vorsatz, sondern beim blossen Unterlassen der Schadenminderung, mithin bei blosser Fahrlässigkeit, greift. 35

In Anbetracht des Wortlautes könnte argumentiert werden, dass Art. 21 Abs. 1 ATSG die aktive Verschlimmerung umfasst, während Art. 21 Abs. 4 ATSG die passive Verschlimmerung (Sich-Entziehen, Sich-Widersetzen oder Unterlassen des Zumutbaren) betrifft. Eine 36

⁷⁵ Siehe betreffend FIAZ z.B. den Anwendungsfall U VerwGer FR vom 15.9.2002 = SVR 2002 UV Nr. 14 (Kürzung bei strafbarem Verhalten auch wenn auf eine Strafverfolgung verzichtet wird).

⁷⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 1 ATSG. Das Selbstverschulden muss eine natürliche und adäquate Teilursache darstellen (vgl. Art. 36 UVG und Art. 47 UVV).

⁷⁷ Im Bereich der KV ist eine Kürzung infolge Grobfahrlässigkeit seit In-Kraft-Treten des KVG im Rahmen eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers ausgeschlossen (vgl. z.B. U VerwGer LU vom 7.2.2001 [S 995/07] = SVR 2002 KV Nr. 28). Kürzungen infolge pflichtwidrig unterlassener Meldepflichten sind jedoch zulässig (vgl. z.B. U EVG vom 9.10.2001 [K 70/01] = SVR 2002 KV Nr. 18).

Verletzung der Schadenminderungspflicht wird aber nicht nur bei passivem, sondern auch bei aktivem Verhalten bejaht⁷⁸, weshalb nicht klar ist, durch welches Verhalten, das nicht von der Schadenminderungspflicht i.S.v. Art. 21 Abs. 4 ATSG erfasst wird, der Versicherungsfall verschlimmert werden könnte⁷⁹.

37 Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum beim Tatbestand der Verschlimmerung unterschiedliche Kürzungsvoraussetzungen (Vorsatz bei Art. 21 Abs. 1 ATSG, Fahrlässigkeit bei Art. 21 Abs. 4 ATSG) gelten sollen. Das Konzept von Art. 21 ATSG ist ohnehin fragwürdig, weil es letztlich davon ausgeht, dass dem gesunden Versicherten eine geringere Willensanstrengung, Gesundheitsschäden zu vermeiden, zumutbar ist als dem bereits Erkrankten. Ersterem werden die Leistungen bei Vorsatz gekürzt (Verschuldenshaftung), Letzterem bereits bei nicht gehörigem Verhalten (Erfolgshaftung)⁸⁰.

ii) Objektives Verschulden: Vorsatz oder Eventualvorsatz

38 Der Vorsatz ist zu bejahen, wenn der Versicherte den Versicherungsfall mit "Wissen und Willen"⁸¹ herbeiführt. Darunter fällt nicht nur ein absichtliches⁸², sondern auch ein bloss (eventual-)vorsätzliches Verhalten⁸³. Im Unterschied zum direkten Vorsatz handelt der Versi-

⁷⁸ Z.B. bei einem Wohnungswechsel (siehe dazu BGE 119 V 255 ff. und 113 V 22 sowie BUNDI M.A., Die Invalidenversicherung und deren Leistungsausschluss sowie Rentenkürzung wegen Verschuldens des Behinderten, Diss. Freiburg i.Ue. 1994, 248 ff., zur Entwicklung der Rechtsprechung in der IV vom eingeschränkten Umgebungswahl- zum eigentlichen Domizilwahlprinzip).

⁷⁹ Siehe dazu KIESER, ATSG-Kommentar, N 54 zu Art. 21, der festhält, die Tatbestände von Art. 21 Abs. 1 und 4 ATSG seien klar voneinander abzugrenzen.

⁸⁰ Vgl. dazu auch LOCHER T., Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, in: Festschrift 75 Jahre EVG, Zürich 1992, 407 ff., 426 f.

⁸¹ Siehe Art. 18 Abs. 2 StGB.

⁸² Die Absicht i.e.S. umfasst das vorsätzliche Handeln, dessen Selbstzweck die Herbeiführung des angestrebten Erfolgs ist.

⁸³ Siehe dazu statt vieler LOCHER T., Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. A., Bern 1997, 304, und RUMO-JUNGO A., Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37–39 UVG, Diss. Freiburg i.Ue. 1993, 74 ff.

cherte beim Eventualvorsatz ebenfalls bewusst, nimmt aber – im Gegensatz zum fahrlässig Handelnden – den Eintritt eines Versicherungsfalles in Kauf⁸⁴.

iii) Subjektives Verschulden: Urteilsfähigkeit

Der Verschuldensvorwurf entfällt, wenn der Versicherte nicht urteilsfähig⁸⁵ oder sein Willensentschluss auf ein anderes Verhalten bzw. einen anderen Erfolg ausgerichtet war⁸⁶. Unklar ist, was bei einer *verminderten Urteilsfähigkeit* gilt⁸⁷. An sich ist der Versicherte schuld-
fähig, was eine ordentliche Leistungsverweigerung nach sich zöge⁸⁸; auf der andern Seite ist in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes⁸⁹ Zurückhaltung geboten⁹⁰. Bei verminderter Urteilsfähigkeit sollte deshalb eine weniger weit gehende Kürzung als im Fall

⁸⁴ Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter weiss um die Möglichkeit, das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter erkennt dieses Risiko. Insoweit, d.h. hinsichtlich des Wissensmoments, besteht mithin zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit Übereinstimmung. Der Unterschied liegt beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich nicht verwirklichen werde. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter nimmt hingegen den als möglich erkannten Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf, findet sich damit ab (vgl. BGE 125 IV 242 E. 3c, 121 IV 249 E. 3a und 103 IV 65 E. 2).

⁸⁵ Vgl. z.B. RKUV 1985 7: psychisch bedingte Alkoholsucht.

⁸⁶ Der Willensentschluss bezieht sich auf die Körperschädigung und nicht auf die zur schädigenden Einwirkung führende Handlung (vgl. BGE 115 V 151 E. 4). Siehe dazu ferner RUMO-JUNGO A. (FN 83) 114 ff.

⁸⁷ Sowohl das Strafrecht als auch das Zivilrecht anerkennen, dass die Urteilsfähigkeit herabgesetzt sein kann (vgl. z.B. Art. 11 StGB und BGE 102 II 363).

⁸⁸ So z.B. SUVA-Jahresbericht 1984, 13, und KIND H., Suizid oder Unfall? Die psychiatrischen Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 48 UVV, in: SZS 1993 276 ff., 291.

⁸⁹ Siehe dazu z.B. BGE 106 V 22 E. 1 und 104 V 9 E. 2.

⁹⁰ Vgl. dazu z.B. RUMO-JUNGO A. (FN 83) 90 ff. und bes. 120 ff.

einer vollen Urteilsfähigkeit erfolgen⁹¹, es sei, denn der Betreffende habe die verminderte Urteilsfähigkeit verschuldet⁹².

3. Umfang der Leistungsverweigerung

Von der Leistungsverweigerung sind *nur Geldleistungen* betroffen⁹³. Sachleistungen können grundsätzlich nicht (mehr) gekürzt werden⁹⁴. Soweit Sozialversicherungen mit Erwerbsersatzcharakter keine Geldleistungen für Angehörige vorsehen, kann *höchstens die Hälfte* der Geldleistungen gekürzt werden, wenn der Versicherte vorsätzlich gehandelt hat. Haben auch die Angehörigen vorsätzlich gehandelt, ist eine gänzliche Leistungsverweigerung zulässig⁹⁵. Befindet sich die versicherte Person im Straf- oder Massnahmenvollzug, so kann während dieser Zeit die Auszahlung von Geldleistungen mit Erwerbsersatzcharakter ganz oder teilweise eingestellt werden; ausgenommen sind die Geldleistungen für "unschuldige" Angehörige⁹⁶.

⁹¹ Dies wurde unlängst vom EVG im Zusammenhang mit einer Selbstschädigung nach missglücktem Suizidversuch abgelehnt (vgl. U EVG vom 24.12.2002 [U 147/02] = SVR UV Nr. 9, E. 3.2).

⁹² Siehe Art. 12 und 263 StGB zur *actio libera in causa*.

⁹³ Vgl. Art. 21 Abs. 2 ATSG.

⁹⁴ Der Vollzug einer Erziehungsmassnahme des Jugendstrafrechts nach Art. 91 Ziff. 1 StGB steht dem Anspruch auf Massnahmen beruflicher Art gemäss Art. 15 und 16 IVG praxisgemäss nicht entgegen. Siehe BGE 114 V 29, ZAK 1970 120 und EVGE 1969 108 sowie Art 21 Abs. 5 ATSG.

⁹⁵ Vgl. Art. 21 Abs. 3 ATSG.

⁹⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 5 ATSG.

4. Besonderheiten der Leistungsverweigerung in einzelnen Sozialversicherungszweigen

i) UV

a) Nichtberufsunfälle

1) Grobfahrlässigkeit

Gestützt auf die bisherige Praxis⁹⁷ wird für *Nichtberufsunfälle* nicht nur eine Leistungsverweigerung bei Vorsatz⁹⁸, sondern auch bei *Grobfahrlässigkeit*⁹⁹ vorgesehen¹⁰⁰. Betroffen sind bei einer vorsätzli-

41

⁹⁷ Vgl. dazu BGE 113 V 273 E. 2b (betreffend Art. 32 Ziff. 1 lit. b und Ziff. 2 des IAO-Übereinkommens Nr. 128). Das EVG hat in Änderung seiner früheren Praxis festgestellt, dass die Bestimmungen von Art. 32 Ziff. 1 lit. e des Übereinkommens Nr. 128 und Art. 68 lit. f der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit (EOSS) direkt anwendbar sind (vgl. BGE 119 V 171 E. 3 und 4). Leistungskürzungen wegen grobfahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles sind deshalb im Rahmen der obligatorischen Unfallversicherung ausgeschlossen (vgl. RKUV 1994 152 ff., und BGE 120 V 128), wogegen die Kürzung oder Verweigerung von Leistungen infolge Herbeiführung eines Unfalles bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens insoweit zulässig bleibt, als sie Leistungen an den anspruchsberechtigten Versicherten zum Gegenstand hat (vgl. Art. 68 lit. e i.V.m. Art. 33 EOSS sowie BGE 119 V 244 E. 3). Der staatsvertragliche Ausschluss der Leistungskürzung oder -verweigerung beschränkt sich indessen auf die Berufsunfallversicherung und findet auf die Versicherung von Nichtberufsunfällen keine Anwendung (vgl. BGE 118 V 309 E. 4b). Kürzungen bei einem Unfall auf dem Arbeitsweg sind zulässig, da die erwähnten Staatsverträge den Arbeits- und Berufsunfall nicht definieren und der Arbeitswegunfall nach schweizerischem Recht zu den Nichtberufsunfällen zählt (BGE 121 V 45 E. 1).

⁹⁸ Vgl. Art. 37 Abs. 1 UVG.

⁹⁹ Nach ständiger Rechtsprechung handelt grobfahrlässig, 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 (siehe z.B. BGE 118 V 305 E. 2a; 114 V 190 E. 2a; 111 V 189 E. 2c; 109 V 151 E. 1; 106 V 24 E. 1b; 105 V 123 E. 2b und 214 E. 1; RKUV 1990 56 E. 2a; 1987 323 und 1986 346 E. 2).

¹⁰⁰ Vgl. Art. 37 Abs. 2 UVG.

chen Herbeibeführung alle Geldleistungen mit Ausnahme der Bestattungskosten¹⁰¹.

Im Fall einer Grobfahrlässigkeit unterliegen – in Abweichung von Art. 21 ATSG – nur die Taggelder, die während der ersten zwei Jahre nach dem Unfall ausgerichtet werden, der Kürzung¹⁰². Es darf jedoch höchstens die Hälfte verweigert werden, wenn der Versicherte im Zeitpunkt des Unfalls für Angehörige zu sorgen hat, denen bei seinem Tode Hinterlassenenrenten zustehen würden.

2) Aussergewöhnliche Gefahren und Wagnisse

Gestützt auf Art. 39 UVG kann der Bundesrat für Nichtberufsunfälle, die als Folge von *aussergewöhnlichen Gefahren* und *Wagnissen*, die der Versicherte willentlich eingegangen ist, entstanden sind, ebenfalls eine Leistungsverweigerung vorsehen.

- *Aussergewöhnliche Gefahren* umfassen das Absolvieren ausländischen Militärdienstes, die Teilnahme an kriegerischen Handlungen sowie an Terrorakten und bandenmässigen Verbrechen, die Beteiligung an Raufereien und Schlägereien, es sei denn, der Versicherte sei als Unbeteiligter oder bei Hilfeleistung für einen Wehrlosen durch die Streitenden verletzt worden, die Teilnahme an Unruhen sowie im Übrigen Gefahren, denen sich der Versicherte dadurch aussetzt, dass er andere stark provoziert¹⁰³.
- *Wagnisse* sind Handlungen, mit denen sich der Versicherte einer besonders grossen Gefahr aussetzt, ohne die Vorkehrungen zu treffen oder treffen zu können, die das Risiko auf ein vernünfti-

¹⁰¹ Vgl. Art. 37 Abs. 1 UVG.

¹⁰² Vgl. Art. 37 Abs. 2 UVG und den Anwendungsfall U EVG vom 6.5.2002 (U 195701) = SVR 2003 UV Nr. 3 ("Herausfallen aus dem Motorboot").

¹⁰³ Vgl. Art. 49 UVV.

ges Mass beschränken. Dazu gehören insbesondere gefährliche Sportarten¹⁰⁴, nicht aber Rettungshandlungen¹⁰⁵.

Die Verweigerung oder Kürzung kann in Abweichung von Art. 21 Abs. 1–3 ATSG geordnet werden. Art. 49 f. UVV sehen je nach Kategorie entweder eine blosser Kürzung um die Hälfte oder in ganz besonders schweren Fällen eine gänzliche Verweigerung vor¹⁰⁶.

b) Fahrlässige Begehung eines Verbrechens oder Vergehens

Hat der Versicherte ein Verbrechen oder Vergehen fahrlässig begangen und dabei einen Selbstunfall bewirkt, ist – in Abweichung von Art. 21 Abs. 1 ATSG – eine Kürzung bzw. Verweigerung der Geldleistungen zulässig¹⁰⁷. Hat der Versicherte im Zeitpunkt des Unfalles jedoch für Angehörige zu sorgen, denen bei seinem Tode Hinterlassenenrenten zustünden, so werden die Geldleistungen höchstens um die Hälfte gekürzt. Stirbt er an den Unfallfolgen, so können die Geldleistungen für die Hinterlassenen in Abweichung von Art. 21 Abs. 2 ATSG ebenfalls höchstens um die Hälfte gekürzt werden.

¹⁰⁴ Nach der Rechtsprechung zu verschiedenen gefährlichen Sportarten gelten zunächst solche als absolute Wagnisse, die wettkampfmässig betrieben werden und bei denen es auf die Geschwindigkeit ankommt (Motocross-Rennen: RKUV 1991 221; Auto-Bergrennen: BGE 113 V 222 und 112 V 44; Karting-Rennen: nicht veröffentlichtes Urteil N. vom 4.11.1964). Im Weiteren gelten Boxwettkämpfe als absolutes Wagnis, da die Angriffe direkt auf den Körper zielen (vgl. EVGE 1962 280). Die Ausübung anderer Sportarten kann je nach Beeinflussbarkeit des Risikos ein Mal ein absolutes, ein anderes Mal – bei weiteren gegebenen Umständen – ein relatives Wagnis darstellen (Auto-Rallye: BGE 106 V 45; Deltasegeln: BGE 104 V 19, U EVG vom 1.7.1980 i.S. J. und vom 27.9.1978 i.S. D.; Höhlentauchen: BGE 96 V 100; Klettern: BGE 97 V 72 und 86; Pnuschlitteln: U EVG vom 8.4.1999 i.S. C.). Das Canyoning, bei dem versucht wird, stets dem Weg des Baches am oder im Wasser folgend eine Schlucht der Länge nach zu durchschreiten, stellt bei einem Schwierigkeitsgrad von C2 (mässig schwierig) kein absolutes Wagnis dar; das Voliegen eines relativen Wagnisses wurde im fraglichen Fall unter den konkret zu berücksichtigenden Umständen ebenfalls verneint (vgl. BGE 125 V 312).

¹⁰⁵ Vgl. Art. 50 Abs. 2 UVV.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 50 Abs. 1 UVV.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 37 Abs. 3 UVG.

ii) IV

In der IV gilt Art. 21 ATSG ebenfalls nicht ausnahmslos. Im Gegensatz zur UV wird der Versicherte im Bereich der IV aber begünstigt. Taggelder und Hilfflosenentschädigungen können – selbst bei absichtlichem Verhalten – weder verweigert noch gekürzt werden¹⁰⁸.

B. Suizid und Selbstverstümmelung

Als Unfall gilt die plötzliche, *nicht beabsichtigte* schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper¹⁰⁹. Suizid und Selbstverstümmelung, vor oder erst nach Eintritt eines versicherten Risikos, erfolgen per definitionem bewusst. Es stellt sich daher die Frage, ob der Selbstschädigungswille zur Folge hat, dass Suizid und Selbstverstümmelung nicht als Unfall gelten oder zumindest mit einer Leistungsverweigerung verbunden sind¹¹⁰.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 7 IVG.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 UVG.

¹¹⁰ Siehe dazu weiterführend BENZ-SIEGRIST B., Suizid und Suizidversuch, Aus der Sicht des obligatorischen Unfallversicherers, in: Schweizer Versicherung 1997/12 39 ff.; EUGSTER G. (FN 55) N 89 und 93; FLEISCHLI H., Suizid und Suizidversuch in der Rechtsprechung der sozialen Unfallversicherung, in: Schweizer Versicherung 1998, 39 ff.; KIND H. (FN 88) 276 ff.; MAURER A., Suizid und Suizidversuch in der Unfallversicherung (UVG/UVV), in: Risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance sociale (y compris la prévoyance professionnelle), Lausanne 1989, 45 ff.; MOHAROS S., Le suicide en assurance sociales. Etude de droit suisse, in: Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 2000, 97 ff.; RIEMER-KAFKA G., Die Pflicht zur Selbstverantwortung. Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Freiburg i.Ue. 1999, 319 ff.; RUMO-JUNGO A. (FN 83) 120 ff.; SIEGRIST B. Selbsttötung und Selbsttötungsversuch gemäss UVG, in: Schweizerischer Versicherungs-Kurier 1992/1, 2 ff.; und VIRET B., Le suicide en droit suisse de l'assurance privée sur la vie, in: REAS 2002 187 ff.

1. Suizid und Selbstverstümmelung als Unfall

Das EVG spricht Suizid¹¹¹ und Selbstverstümmelung die Unfall-eignung¹¹² nicht ab¹¹³, verlangt aber, dass der Versicherte im Moment, als er den Gesundheitsschaden verursacht hat, "im Zustande völliger Unzurechnungsfähigkeit" gehandelt hat¹¹⁴. Massgeblich ist dabei nicht die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit¹¹⁵, sondern die zivilrechtliche Urteilsfähigkeit¹¹⁶.

Das Vorliegen einer Urteilsunfähigkeit ist in Bezug auf die in Frage stehende konkrete Handlung und unter Würdigung der bei ihrer Vornahme herrschenden objektiven und subjektiven Verhältnisse zu prüfen, wobei an den Nachweis der Urteilsunfähigkeit keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen¹¹⁷.

¹¹¹ Siehe dazu U EVG vom 27.4.2000 (U 44/99 Vr), E. 3a: Der Suizid muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein; blosser Verschollenheit reicht nicht aus.

¹¹² Siehe ferner EUGSTER G. (FN 55) N 89 zur analogen Problematik, inwieweit die Behandlung bzw. Beseitigung von gesundheitlichen Nachteilen (z.B. Refertilisation), die als Folge freiwillig vorgenommener medizinischer Eingriffe (z.B. Sterilisation) eingetreten sind, eine Krankheit darstellen.

¹¹³ Vgl. dazu BGE 98 V 144 E. 3, wo das EVG den Folgen eines missglückten Suizids Krankheitswert zusprach.

¹¹⁴ Siehe dazu BGE 120 V 352, 115 V 151, 113 V 61, 100 V 76, RKUV 1996 172 und die Kasuistik bei MURER E./STAUFFER H.-U. (FN 31) 193 ff. sowie Art. 48 UVV.

¹¹⁵ Vgl. Art. 10 ff. StGB.

¹¹⁶ Vgl. Art. 16 ZGB und BGE 113 V 61 E. 2c: "Damit eine Leistungspflicht des Unfallversicherers entsteht, muss mit andern Worten eine Geisteskrankheit, Geistesschwäche usw. nachgewiesen sein, welche im Zeitpunkt der Tat, unter Berücksichtigung der herrschenden objektiven und subjektiven Umstände sowie in bezug auf die in Frage stehende Handlung, die Fähigkeit gänzlich aufgehoben hat, vernunftgemäss zu handeln."

¹¹⁷ Vgl. dazu BGE 113 V 63 E. 2, RKUV 1996 311 E. 2c und aus der neueren Praxis z.B. U EVG vom 22.3.2002 (U 369/00 Vr), E. 1b, vom 14.2.2002 (U 276/01 Vr), E. 1b., sowie vom 6.5.2002 (U 395/01 Bl), E. 1: "Zu ergänzen ist, dass bei Suizid zur Begründung der Leistungspflicht des Unfallversicherers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Geisteskrankheit oder eine schwere Störung des Bewusstseins nachgewiesen sein müssen, also psychopathologische Symptome wie Wahn, Sinnestäuschungen, depressiver Stupor, Raptus u.a.m. Dazu muss das Motiv zum Suizid oder Suizidversuch aus der geisteskranken Symptomatik stammen, mit anderen Worten muss die Tat 'unsinnig' sein. Eine blosser 'Unverhältnismässigkeit' der Tat, indem der Suizident seine Lage in depressiv-

2. Suizid und Selbstverstümmelung als adäquate Unfallfolge

Bei einem (missglückten) Suizid oder Artefakt nach Eintritt eines Unfalles stellt sich die Frage, ob diese Ereignisse *adäquate Unfallfolgen* darstellen. Die Praxis verweist im Zusammenhang mit der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs auf das "Dreistufenmodell", das bei den psychogenen Unfallfolgen herangezogen wird¹¹⁸. Ist davon auszugehen, dass der (missglückte) Suizid oder die Selbstverstümmelung nach einem Unfall auf Grund der nachfolgend zu nennenden Kriterien eine adäquate Unfallfolge darstellt, so ist eine Leistungsverweigerung unzulässig¹¹⁹.

Die Adäquanzbeurteilung bei Unfällen mit psychischen Folgeschäden knüpft am *objektiv erfassbaren Unfallereignis* an. Es werden dabei drei Kategorien unterschieden: leichte, mittlere und schwere Unfälle. Bei banalen bzw. leichten Unfällen kann der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und psychischen Gesundheitsstörungen in der Regel ohne weiteres verneint werden. Bei schweren Unfällen dagegen ist der adäquate Kausalzusammenhang in der Regel zu bejahen, weil sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und

verzweifelter Stimmung einseitig und voreilig einschätzt, genügt zur Annahme von Urteilsunfähigkeit nicht. Für deren Nachweis ist nicht bloss die zu beurteilende Suizidhandlung von Bedeutung und somit nicht allein entscheidend, ob diese als unvernünftig, uneinfühlbar oder abwegig erscheint. Vielmehr ist aufgrund der gesamten Umstände, wozu das Verhalten und die Lebenssituation des Versicherten vor dem Selbsttötungsereignis insgesamt gehören, zu beurteilen, ob er in der Lage gewesen wäre, den Suizid oder Suizidversuch vernunftmässig zu vermeiden oder nicht. Der Umstand, dass die Suizidhandlung als solche sich nur durch einen krankhaften, die freie Willensbetätigung ausschliessenden Zustand erklären lässt, stellt nur ein Indiz für das Vorliegen von Urteilsunfähigkeit dar (RKUV 1996 Nr. U 267 S. 310 f. Erw. 2b). – Das Vorliegen einer Borderline-Erkrankung und erheblicher Alkoholkonsum vor der Selbsttötung begründen keine Urteilsunfähigkeit (vgl. U EVG vom 28.11.2001 [U 291/01 Hm]). – Siehe ferner U EVG vom 14.8.2001 (U 139/01 Gb), E. 2b (Dysthymia begründet keine Urteilsunfähigkeit).

¹¹⁸ Vgl. z.B. BGE 120 V 352 und 115 V 133.

¹¹⁹ Vgl. Art. 48 UVV.

nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sind, invalidisierende psychische Gesundheitsschäden zu bewirken¹²⁰.

Bei Unfällen im mittleren Bereich müssen weitere, objektiv erfassbare Umstände, welche unmittelbar mit dem Unfall im Zusammenhang stehen oder als direkte bzw. indirekte Folgen davon erscheinen, in eine Gesamtwürdigung einbezogen werden. Dazu zählen namentlich¹²¹:

- Besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls,
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen, insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen,
- ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung,
- körperliche Dauerschmerzen,
- ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert,
- schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen und
- Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit.

Die Bejahung der Adäquanz setzt nicht voraus, dass alle Kriterien erfüllt sind. Auf ein einzelnes Kriterium darf abgestellt werden, wenn es sich um einen Unfall handelt, welcher zu den schwereren Fällen im mittleren Bereich zu zählen oder sogar als Grenzfall zu

¹²⁰ Siehe dazu die Kasuistik bei MURER E., STAUFFER H.-U. ET AL., Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht. Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 2. A., Zürich 1995, 167 f., und ferner BGE 120 V 352 E. 5a: "Der Gleitschirmunfall war zweifellos die entscheidende Wende im Leben des verstorbenen B. Ein auf der Ebene der psychogenen Reaktion sich ereignender natürlicher Kausalzusammenhang (siehe dazu Ulrich MEYER-BLASER, Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, in: SZS 1994, S. 102 f.) liegt vor, weil man davon ausgehen kann, dass sich der Versicherte wohl nicht das Leben genommen hätte, wenn er vom Gleitschirmunfall mit den daraus verbliebenen Folgen, insbesondere dem Verlust von Geschmacks- und Geruchssinn, verschont geblieben wäre, womit er sich nicht abfinden konnte."

¹²¹ Vgl. BGE 115 V 133 E. 6c.

einem schweren Unfall zu qualifizieren ist. Im mittleren Bereich kann ein einziges Kriterium genügen, wenn es in besonders ausgeprägter Weise erfüllt ist, wie z.B. eine auffallend lange Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit infolge eines schwierigen Heilungsverlaufs¹²².

C. Suchtverhalten

1. Allgemeines

Jedes Suchtverhalten beginnt – seltene Ausnahmen ausgenommen¹²³ – mit einem Willensentschluss, entweder zu viel legale "Drogen" (Alkohol, Nikotin, Essen etc.) oder illegale "Drogen"¹²⁴ überhaupt zu konsumieren. Je nach dem Suchtpotenzial der fraglichen Droge und der Konsumfreudigkeit wird der Betreffende früher oder später "süchtig".

Ist eine Fress-, Alkohol-, Nikotin- oder Rauschgiftsucht einmal manifest, führt sie über kurz oder lang zu gesundheitlichen Einschränkungen. Wie beim Suizid und bei der Selbstverstümmelung stellt sich daher die Frage, ob eine Sucht ein versichertes Risiko darstellt, mithin Krankheits- bzw. Invaliditätswert hat, und allfällige Versicherungsleistungen infolge vorsätzlichen Handelns gekürzt oder verweigert werden können¹²⁵.

¹²² Ibid., E 6c/bb.

¹²³ Z.B. das unbemerkte Verabreichen von Drogen durch Dritte.

¹²⁴ Siehe dazu Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 3.10.1951.

¹²⁵ Siehe dazu auch DUC J.-L., Problèmes liés à la dépendance aux drogues ou à l'alcool. Examen du point de vue des assurances-maladie et invalidité, Lausanne 1998.

2. Sucht als Krankheit bzw. Invalidität

i) Allgemeines

Ein Suchtverhalten stellt als solches nicht automatisch eine Krankheit oder eine Invalidität dar¹²⁶; es ist vielmehr ein gesellschaftliches Phänomen. Erst wenn *Ursachen oder Folgen der Sucht* auf eine Krankheit zurückzuführen sind bzw. eine solche verursachen¹²⁷ und ein medizinischer Handlungsbedarf besteht, liegt eine sozialversicherungsrechtlich relevante Beeinträchtigung der Gesundheit und – soweit ein spezifischer Bedarf besteht – auch eine Invalidität vor. Im Einzelfall ist es deshalb schwierig zu entscheiden, ob eine behandlungsbedürftige Sucht vorliegt bzw. unter welchen Voraussetzungen und wofür eine Leistungspflicht des jeweiligen Sozialversicherungsträgers (IV und KV) besteht.

ii) Essstörung bzw. Fettleibigkeit (Adipositas) als Krankheit

Die medizinischen Klassifikationen kennen zwei Formen von Essstörungen: die eigentlichen psychischen Essstörungen (Anorexie, Bulimie)¹²⁸ und die Fettleibigkeit (Adipositas)¹²⁹. Diese Essstörungen

¹²⁶ Siehe betreffend *Rauschgiftsucht* BGE 99 V 28 E. 2; ZAK 1987 437; ZAK 1984 316; ZAK 1973 646; U EVG vom 9.10.1995 (I 235/95), E. 2a = AHI-Praxis 1996 301; U EVG vom 19.3.1996 (I 280/95), E. 2a = AHI-Praxis 1996 304; U EVG vom 25.3.1996 (I 374/95), E. 2a = AHI-Praxis 1996 307; U EVG vom 31.1.2000 (I 138/98) = AHI-Praxis 2001 227 = SVR 2001 IV Nr. 3 E. 4–6; betreffend *Fresssucht* ZAK 1984 345. A.A. ist das EVG in Bezug auf die *Alkoholsucht*, vgl. z.B. BGE 101 V 77 E. 1a und EVGE 1969, 12.

¹²⁷ Vgl. dazu Ziff. F10-F19 ICD-10 (psychische und Verhaltensstörungen durch psychotrope Substanzen).

¹²⁸ Die ICD-10 unterscheidet folgende Essstörungen: Anorexia nervosa (F50.0), atypische Anorexia nervosa (F50.1), Bulimia nervosa (F50.2), atypische Bulimia nervosa (F50.3), Essattacken bei anderen psychischen Störungen (F50.4), Erbrechen bei anderen psychischen Störungen (F50.5) und sonstige Essstörungen (F50.8).

¹²⁹ Die ICD-10 unterscheidet folgende Formen: lokalisierte Adipositas (Fettpolster, E65), Adipositas (E66), Adipositas durch übermässige Kalorienzufuhr (E66.0), arzneimittelinduzierte Adipositas (E66.1), übermässige Adipositas mit alveolärer

äussern sich u.a. in einer Mager- oder Fresssucht bzw. Übergewicht. Eine Fresssucht stellt als solche noch keine Krankheit bzw. Invalidität dar¹³⁰. Erst und nur dann, wenn die Ursachen oder die Folgen des Übergewichts pathologisch sind, ist eine Leistungspflicht denkbar.

58 Fettleibigkeit wird vom EVG "unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles als invalidisierend betrachtet, wenn sie weder durch geeignete Behandlung noch durch zumutbare Gewichtsabnahme auf ein Mass reduziert werden kann, bei welchem das Übergewicht in Verbindung mit allfälligen Folgeschäden keine voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit beziehungsweise der Betätigung im bisherigen Aufgabenbereich zur Folge hat"¹³¹.

59 Nach der Verwaltungspraxis ist die Behandlung der Adipositas von den Krankenkassen zu übernehmen, wenn das Gewicht der betreffenden Person 20 % des maximalen Idealgewichts¹³² übersteigt oder ein konkommittierendes Leiden besteht, welches durch die Gewichtsreduktion günstig beeinflusst werden kann¹³³. In neueren Entscheiden zieht das EVG bei der Feststellung, ob (erst) Übergewicht oder (bereits) eine Adipositas vorliegt, den BMI ("Body Mass Index"¹³⁴) heran¹³⁵.

Hypoventilation (E66.2) sowie sonstige Überernährung (E67).

¹³⁰ Vgl. ZAK 1984 345 E. 3 und U EVG vom 19.7.2001 (I 70/01 Ws), E. 3c, je mit weiteren Hinweisen.

¹³¹ Vgl. ZAK 1984 345 E. 3.

¹³² Vgl. dazu BGE 102 V 73 E. 2b und RSKV 1974 47 sowie EUGSTER G. (FN 55) N 93.

¹³³ Vgl. BGE 102 V 73 E. 2a (Shunt-Operation bei Fettleibigkeit) und RSKV 1974 39. Siehe ferner BGE 121 V 211 E. 5 (Mammareduktionsplastik) und 101 V 100 betreffend Leistungspflicht der IV gemäss Art. 12 IVG (s.c. Endoprothese eines Hüftgelenks) bei einer Coxarthrose, mitverursacht durch eine Adipositas.

¹³⁴ Als Masseinheit für das individuelle Gewicht gilt der sogenannte "Body Mass Index" (BMI), der nach einer bestimmten Formel berechnet wird: BMI = Körpergewicht in Kilogramm, geteilt durch Körpergrösse in Metern im Quadrat. Gemäss WHO-Empfehlungen liegt Übergewicht ("overweight") ab einem BMI von 25 und eine eigentliche Adipositas ("obesity") ab einem BMI von 30 vor.

¹³⁵ Siehe RKUV 1996 3 f. E. 5.

Übergewichtige Versicherte sind im Rahmen der Schadenminderungspflicht¹³⁶ praxisgemäss zur Durchführung von Abmagerungskuren verpflichtet, bevor sie Versicherungsleistungen, die das Übergewicht (mit-)auslösen würde, in Anspruch nehmen können¹³⁷. Adipöse Versicherte, deren Übergewicht einen Krankheitswert aufweist, können sowohl für die Behandlung der Krankheit selbst als auch für übergewichtsbedingte Funktionseinschränkungen¹³⁸ Versicherungsleistungen beanspruchen.

Im Anhang zur KLV werden spezifische ärztliche Leistungen erwähnt, die für die Adipositasbehandlung zu erbringen sind. Dazu gehören operative¹³⁹ und andere Massnahmen¹⁴⁰. Eine Leistungspflicht

¹³⁶ Siehe dazu infra N 75 ff.

¹³⁷ Vgl. U EVG vom 14.7.2000 (I 53/00 Vr), E. 4b, und U EVG vom 19.7.2001 (I 70/01 Ws), E. 3c, je mit weiteren Hinweisen.

¹³⁸ Siehe betreffend Umschulungsanspruch: U EVG vom 30.3.2001 (I 97/99 Vr), E. 3b: "Aus diesen übereinstimmenden ärztlichen Stellungnahmen ist entgegen der Auffassung von IV-Stelle und kantonalem Gericht zu schliessen, dass der Beschwerdeführer seine angestammte Tätigkeit als Bäcker/Konditor gesundheitsbedingt (Fettsuchtproblematik, Mehlstauballergie) nicht mehr ausüben kann. Auch wenn sich der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Aufgabe der Stelle bei der Bäckerei X. Ende Oktober 1989 nicht in ärztlicher Behandlung befand und sich dem Arbeitgeberbericht keine Anhaltspunkte für eine gesundheitsbedingte Aufgabe der Stelle entnehmen lassen, muss auf Grund der erwähnten Berichte der beiden Ärzte, die den Beschwerdeführer über längere Zeitspannen betreut haben, und des durch die Akten belegten massiven Übergewichts (zeitweise mehr als 220 kg) davon ausgegangen werden, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die Ausübung des erlernten Berufs medizinisch nicht mehr indiziert war oder eine Invalidität zumindest in absehbarer Zeit drohte."

¹³⁹ Siehe Ziff. 1.1 Anhang 1 KLV. Von der Leistungspflicht ausgeschlossen ist eine Behandlung mit Magenballons und eine intestinale Shunt-Operation (vgl. zu letzterem BGE 102 V 73 E. 2b). Siehe ferner U EVG vom 19.5.2000 (I 43/98 Ge): Bei einem Kind, das am Prader-Willi-Syndrom (PWS) mit den typischen Befunden von Kleinwuchs, Adipositas infolge Esssucht, Hypotonie, Strabismus und Entwicklungsrückstand leidet, besteht gestützt auf Art. 13 IVG kein Anspruch auf Übernahme der Kosten für ein Magenbanding.

¹⁴⁰ Siehe Ziff. 2.1 Anhang 1 KLV. Nicht leistungspflichtig sind Amphetaminderivate, Schilddrüsenhormon, Diuretica Chorion-Gonadotropin-Injektionen sowie Reductil bzw. Xenical (vgl. BGE 128 V 159).

für operative Massnahmen (Gastric Roux-Y Bypass, Gastric Banding, Vertical Banded, Gastroplasty) setzt voraus¹⁴¹, dass:

- eine Rücksprache mit dem Vertrauensarzt erfolgt ist;
- der Patient nicht älter als 60 Jahre ist;
- der Patient einen BMI von mehr als 40 hat;
- eine zweijährige adäquate Therapie zur Gewichtsreduktion erfolglos war;
- eine der folgenden Komorbiditäten vorliegt: arterielle Hypertonie mit breiter Manschette gemessen; Diabetes mellitus; Schlafapnoe-Syndrom; Dyslipidämie; degenerative behindernde Veränderungen des Bewegungsapparates; Koronaropathie; Sterilität mit Hyperandrogenismus; polyzystische Ovarien bei Frauen in gebärfähigem Alter;
- die Operation in einem Spitalzentrum erfolgt, das über ein interdisziplinäres Team mit der notwendigen Erfahrung verfügt (Chirurgie, Psychotherapie, Ernährungsberatung, Innere Medizin); und
- das Spital ein einheitliches Evaluationsregister mit Mengen- und Kostenstatistik führt.

62

Das Vorliegen einer Adipositas kann auch eine *anspruchsbemehmende Wirkung* entfalten. So besteht praxisgemäss ein Anspruch auf eine Mammareduktionsplastik, wenn eine Gewebereduktion von gegen 500 g oder mehr beidseits vorgesehen ist bzw. durchgeführt wurde, gleichzeitig Beschwerden geltend gemacht werden, die auf die Hypertrophie zurückgeführt werden können (könnten), und schliesslich keine Adipositas vorliegt¹⁴².

¹⁴¹ Vgl. Ziff. 1.1 Anhang 1 KLV.

¹⁴² Vgl. Ziff. 1.1 Anhang 1 KLV; U EVG vom 29.1.2001 (K 171/00 Vr), E. 2c; BGE 121 V 211; 111 V 28 und RKUV 1996 3 f. E. 5a und b sowie EUGSTER G. (FN 55) N 93.

3. Sucht als Leistungsverweigerungstatbestand

i) Allgemeines

Der erste Schritt auf dem Weg in die Sucht wird vorsätzlich gemacht¹⁴³, weshalb vor dem Hintergrund von Art. 21 Abs. 1 ATSG, der im Bereich der KV uneingeschränkt gilt, unklar ist, ob eine Leistungsverweigerung zulässig ist¹⁴⁴. Es ist denkbar, dass der Entschluss, Suchtmittel zu konsumieren, nicht vernunftgemäss erfolgt ist, sich der Betreffende also im Zustand der Urteilsunfähigkeit befunden hat, was ein Selbstverschulden ausschliesst¹⁴⁵.

63

Im Regelfall dürfte es sich aber umgekehrt verhalten. Der Konsument weiss um das Suchtpotenzial und will Suchtmittel konsumieren. In Analogie zur Regelung beim Suizid und bei einer Selbstverstümmelung¹⁴⁶ wäre eine Leistungsverweigerung nur bei einer *vollständigen Urteilsunfähigkeit* des Versicherten, als er den entscheidenden Schritt in die Sucht machte, ausgeschlossen. Die bisherige Praxis zu den Suchterkrankungen verlangt jedoch keine Urteilsunfähigkeit in dem Moment, in dem der letzte entscheidende Schritt in die Sucht gemacht wurde, sondern nimmt eine Leistungsverweigerung erst dann vor, wenn der kranke oder invalide Süchtige die Schadenminderungspflicht verletzt, er es, nachdem die Sucht willentlich herbeigeführt wurde, an "gutem Willen" fehlen lässt¹⁴⁷.

64

Die Herbeiführung der Sucht selbst wird – im Gegensatz zur suizidalen Selbstschädigung – nicht als Leistungsverweigerungstatbestand betrachtet. Diese *Ungleichbehandlung* desselben Tatbestandes ("willentliche Selbstschädigung") ist fragwürdig. Das Suchtverhalten

65

¹⁴³ Siehe dazu RIEMER-KAFKA G. (RN 110) 121 ff.

¹⁴⁴ Der Konsum von Betäubungsmitteln ist zwar strafbar (vgl. Art. 19a BetmG). Die einschlägige Strafnorm sieht als Freiheitsstrafe lediglich Haft vor und stellt kein Verbrechen oder Vergehen dar (vgl. Art. 9 StGB).

¹⁴⁵ Vgl. supra N 39.

¹⁴⁶ Siehe dazu supra N 47 ff.

¹⁴⁷ Vgl. z.B. BGE 118 V 116 E. 7b und 111 V 239 E. 2a.

stellt eine Unterkategorie der willentlichen Selbstschädigung dar und sollte deshalb gleich streng wie der Suizidversuch oder die Selbstverstümmelung behandelt werden.

ii) Alkohol- und Nikotinsucht

Die ältere Rechtsprechung erachtete bei einer Alkohol- oder einer Tabaksucht den Konsum als grobfahrlässig¹⁴⁸ und nahm Kürzungen¹⁴⁹ vor. Das EVG sah jedoch dann von einer Kürzung ab, wenn die Ursache der Sucht eine versicherte Invaliditätsursache bzw. zumindest eine Mitursache darstellte¹⁵⁰ oder der Versicherte – nach Eintritt der "schuldhaft" verursachten Sucht – schadenmindernde Massnahmen ergriff¹⁵¹. Mit dem Wegfall der Leistungsverweigerung bei Grobfahrlässigkeit ist – wie bei Übergewichtigen – eine Kürzung nur

¹⁴⁸ Bei Alkoholabusus wurde eine grobe Fahrlässigkeit bejaht, wenn der Versicherte bei der ihm angesichts seines Bildungsgrades zumutbaren pflichtgemässen Sorgfalt rechtzeitig hätte erkennen können, dass jahrelanger Missbrauch alkoholischer Getränke die Gefahr schwerer Gesundheitsschädigung in sich birgt, und wenn er imstande gewesen wäre, entsprechend dieser Einsicht sich des übermässigen Alkoholkonsums zu enthalten (vgl. BGE 98 V 31 E. 1, EVGE 1968 280 und U EVG vom 16.6.1970 i.S. B.). Diese Grundsätze galten ebenfalls im Zusammenhang mit dem Tabakmissbrauch (vgl. BGE 111 V 186 E. 2c, 104 V 1 E. 2a und ZAK 1983 119 E. 1a).

¹⁴⁹ Siehe dazu z.B. BGE 104 V 1 E. 2b/c: "Praxisgemäss lässt sich unter der Voraussetzung, dass die Invalidität einzig durch den Alkoholismus verursacht worden ist und der Versicherte den Alkoholismus voll zu verantworten hat, eine Kürzung von höchstens 50 % rechtfertigen (ZAK 1969, S. 384, sowie Rz 252 ff. der Wegleitung über Invalidität und Hilflosigkeit vom 1. Januar 1971). Ist an der Invalidität ein zusätzlicher Gesundheitsschaden beteiligt, so ist das Verhältnis der die Invalidität bewirkenden Faktoren zueinander abzuklären und der Alkoholmissbrauch als Kausalitätsfaktor bei der Bemessung der Kürzung anteilmässig festzusetzen (BGE 97 V 230 E. c). Im übrigen bestimmt sich der Kürzungssatz ausschliesslich nach dem Verschulden des Versicherten. Die Rentenkürzung hat grundsätzlich so lange zu dauern, als die Kausalität des Verschuldens nachwirkt (BGE 99 V 31, ZAK 1977, S.47). Eine befristete Kürzung ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn schon bei der Rentenfestsetzung wahrscheinlich ist, dass das grobfahrlässige Verhalten des Versicherten als Ursache seiner Invalidität nach Ablauf einer annähernd bestimmbarer Zeit nicht mehr erheblich sein wird, weil andere Faktoren in den Vordergrund treten."

¹⁵⁰ Vgl. BGE 98 V 31 E. 2 (Alkoholsucht) und 111 V 186 E. 3 und 4 (Tabaksucht).

¹⁵¹ Vgl. z.B. BGE 111 V 197 E. 6.

noch möglich, wenn der Versicherte die Schadenminderungspflicht nach dem (schuldhaft verursachten) Eintritt der Sucht verletzt¹⁵².

Die *Abgrenzung Vorsatz–Fahrlässigkeit* ist fliessend. Der Versicherte, der "Drogen" konsumiert, wandert auf dem schmalen Grat zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Fahrlässigkeit setzt einerseits Urteilsfähigkeit und andererseits ein sorgfaltswidriges Verhalten ("pflichtwidrige Unvorsichtigkeit") voraus¹⁵³. Infolge der grundsätzlichen Straflosigkeit des Konsums legaler "Drogen" (Alkohol, Nikotin, Essen) kann eine Sorgfaltspflichtverletzung – wenn überhaupt – erst ab einer bestimmten Menge bejaht werden, während der Konsum illegaler "Drogen" *per se* eine Sorgfaltspflichtverletzung bzw. strafbare Handlung¹⁵⁴ darstellt.

Unklar ist, wo beim Konsum legaler "Drogen" die Grenze zwischen Selbstbestimmungsrecht¹⁵⁵ und öffentlichem Gesundheitsschutz zu ziehen ist¹⁵⁶ und wie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verstehen sind. Der eine Versicherte wird die Gefahren der jeweiligen Droge kennen, aber im Vertrauen auf deren Ausbleiben konsumieren, während der andere Versicherte sich um die potenziellen Gefahren einen Deut schert und allfällige Nachteile bewusst in Kauf nimmt, mithin eventualvorsätzlich handelt. Wie ist ein Suchtverhalten objektiviert zu verstehen: nur als Ausdruck einer (groben) Fahrlässigkeit oder als Eventualvorsatz?¹⁵⁷

Wenn das EVG einerseits bei einem Versicherten, dem die "gesundheitlichen Gefährdungen eines jahrzehntelangen, massiven

¹⁵² Vgl. BGE 111 V 197 E. 6, 99 V 31 sowie ZAK 1979 568.

¹⁵³ Vgl. z.B. Art. 18 Abs. 3 StGB.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 19a BetmG.

¹⁵⁵ Siehe dazu z.B. RIEMER-KAFKA G. (FN 110) 513 ff.

¹⁵⁶ Siehe dazu z.B. BGE 128 I 295 (Tabak- und Alkoholwerbeverbot), 127 IV 178 (verbotener Handel mit halluzinogenen Pilzen), 126 II 21 (Alkoholwerbeverbot), 118 Ib 356 (Tabakwerbeverbot).

¹⁵⁷ Siehe dazu z.B. SCHAER R., DUC J.L., ET AL., Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts, Basel/Frankfurt a.M. 1992, 34 f., wo eine Drogensucht unter Hinweis auf die deutsche Praxis als eventualvorsätzlich qualifiziert wird.

Tabakmissbrauchs im Ausmass von 20 bis 40 Stück Zigaretten im Tag bekannt waren" und der die "ausdrücklichen, ärztlichen Warnungen im Verlaufe des Krankheitsgeschehens" nicht beachtet hat, auf Grobfahrlässigkeit schliesst¹⁵⁸, und anderseits bei einem Versicherten, der sich in suizidialer Absicht bewusst töten wollte, weder Vorsatz noch Grobfahrlässigkeit bejaht¹⁵⁹, wird vollends unklar, was (Eventual-) Vorsatz und was grobe Fahrlässigkeit ist. Wer eine konkrete Gefahr erkennt und sogar mehrfach gewarnt wird, aber trotzdem handelt bzw. sich selbst töten will, der handelt (zumindest) eventualvorsätzlich¹⁶⁰.

70 Beim Konsum potenziell gesundheitsschädigender legaler "Drogen" ist – wie beim Konsum illegaler Drogen – eine teilweise Leistungsverweigerung gerechtfertigt, weil der Versicherte durch sein bewusstes Handeln den Versicherungsfall vorsätzlich mitverursacht und es nicht darauf ankommen kann, ob ausnahmsweise der Konsum selbst – wie beim FIAZ – strafbar ist und insoweit eine Kürzung infolge eines fahrlässig oder vorsätzlich begangenen Vergehens oder Verbrechens statthaft ist¹⁶¹. Es kommt hinzu, dass in Zeiten der explodierenden Gesundheitskosten eine Privilegierung von Personen, die schuldhaft Mehrkosten verursachen, fragwürdig ist. *De lege lata* und *de lege ferenda* ist deshalb die individuelle Verantwortlichkeit von Versicherten, die Suchtmittel konsumieren, zu bejahen¹⁶².

71 Allfälligen Beweisschwierigkeiten in Bezug auf die inneren Umstände des Versicherten¹⁶³ und die Kausalität des Konsums kann mit der Annahme einer *widerlegbaren Tatsachenvermutung* begegnet

¹⁵⁸ Vgl. BGE 111 V 186 E. 4b.

¹⁵⁹ Siehe dazu EVGE 1964 256 (offen gelassen) und U EVG vom 10.12.1969 (I 242/69) sowie MURER E./STAUFFER H.-U., Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht. Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), Zürich 1997, 47.

¹⁶⁰ Vgl. supra N 38.

¹⁶¹ Siehe dazu RIEMER-KAFKA G. (FN 110) 343 und 352 f. sowie ferner den FIAZ-Anwendungsfall U VerwGerNE vom 21.5.2002 = SVR 2003 UV Nr. 8.

¹⁶² Der Gesetzgeber wollte mit dem Erlass von Art. 21 ATSG keine neuen Kürzungsmöglichkeiten einführen (vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, N 1 zu Art. 21).

¹⁶³ Siehe dazu MURER E./STAUFFER H.-U. (FN 159) 46.

werden, wonach ein Suchtverhalten, ist es einmal mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen¹⁶⁴, den Vorwurf der eventualvorsätzlichen Verursachung des versicherten Risikos beinhaltet. Der Versicherte kann eine Leistungsverweigerung abwenden, wenn er darlegt, dass er die gesundheitsschädigenden Gefahren seines Verhaltens in guten Treuen nicht kennen konnte, diese zwar kannte, aber umständehalber darauf vertrauen durfte, dass sie sich nicht verwirklichen würden¹⁶⁵, oder der Konsum für den Eintritt des Gesundheitsschadens nicht kausal war.

iii) Rauschgiftsucht

Beim Vorliegen einer Rauschgiftsucht wird – trotz des zumindest eventualvorsätzlichen Verhaltens – eine Leistungsverweigerung praxisgemäss verneint¹⁶⁶. Eine derartige Privilegierung ist mit einer *Ungleichbehandlung von Versicherten*, die an einer anderen Sucht leiden, verbunden. Letztere sind bzw. waren nach der bisherigen Praxis zur Abstinenz verpflichtet und müssen abmagern oder den Alkohol- und Nikotinkonsum einschränken¹⁶⁷.

73 Der Umfang der Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für ärztliche Leistungen bei einer Rauschgiftsucht mit Krankheitswert wird in Ziff. 8 Anhang 1 KLV geregelt. Eine Leistungspflicht der IV besteht auch für Versicherte, die wegen Alkoholmissbrauchs oder Drogensucht gestützt auf Art. 44 Ziff. 1 bzw. Ziff. 6 StGB in eine Heilanstalt eingewiesen wurden¹⁶⁸.

74 Der Leistungsanspruch, insbesondere derjenige eines Heroinsüchtigen auf Methadonlangzeitbehandlung, kann nicht unter Beru-

¹⁶⁴ Vgl. z.B. BGE 111 V 186 E. 3.

¹⁶⁵ Analog zur früheren Praxis des "Wohlverhaltens" (vgl. BGE 111 V 197 E. 6b).

¹⁶⁶ Siehe dazu BGE 118 V 107, RKUV 1991 21 und 1993 42. Siehe aber BGE 126 V 353 E. 5.

¹⁶⁷ Siehe dazu supra N 60 und 66.

¹⁶⁸ Vgl. ZAK 1988 176 (s.c. Art. 16 IVG).

fung auf die Schadenminderungspflicht verneint werden, weil ein Scheitern der Entwöhnungstherapie nicht auf das Fehlen des guten Willens, sondern auf die Suchtkrankheit selbst zurückzuführen ist¹⁶⁹.

IV. Willentliche Verschlimmerung des Versicherungsfalles

A. Schadenminderungs- und Mitwirkungsgrundsatz

1. Rechtsnatur

Der Versicherte darf den jeweiligen Versicherungsfall weder vorsätzlich herbeiführen noch – ist er einmal willensunabhängig eingetreten – verschlimmern¹⁷⁰. Diverse Erlasse statuieren diese Schadenminderungspflicht¹⁷¹. Die Pflicht zur Schadenminderung gilt darüber hinaus ganz allgemein i.S. eines *allgemeinen Rechtsgrundsatzes*¹⁷².

2. Verpflichtete Personen

Adressat der Schadenminderungspflicht ist der Versicherte¹⁷³. Familienangehörige, die von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen mittelbar begünstigt werden, sind nicht schadenminderungspflichtig. Insbesondere ist die Verwandtenunterstützungspflicht gemäss

¹⁶⁹ Vgl. BGE 118 V 107 E. 7b.

¹⁷⁰ Siehe zum Begriff des Verschlimmerns bereits supra N 35 ff.

¹⁷¹ Siehe z.B. Art. 21 Abs. 4 ATSG, Art. 10 Abs. 2, Art. 28 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 1 IVG, Art. 18 Abs. 2 und Art. 48 UVG sowie Art. 18 und 40 Abs. 4 MVG.

¹⁷² Vgl. statt vieler GEHRER L.R., Von der Schadenminderungspflicht, in: Collezione Assista, Genf 1998, 156 ff.; MEYER-BLASER U., Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Diss. Bern 1985, 131; LOCHER T. (FN 80) 407 ff., 408 f. und 415; OFTINGER K./STARK E.W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, 261 ff.; und RUMO-JUNGO A., Haftpflicht und Sozialversicherung, Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.Ue. 1998, N 832.

¹⁷³ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG. Die Mitwirkungspflicht demgegenüber besteht auch gegenüber dem Arbeitgeber des Versicherten, Ärzten und anderen Sozialversicherern (vgl. z.B. Art. 28 Abs. 1, Art. 30, Art. 32 und Art. 47 ATSG).

Art. 328 ff. ZGB gegenüber der sozialversicherungsrechtlichen Leistungspflicht subsidiär¹⁷⁴.

Die Subsidiarität äussert sich ferner in der Zusprechung von Leistungen für innerfamiliäre Verrichtungen. So kann der Versicherte gegenüber der IV und der UV¹⁷⁵, nicht aber gegenüber der KV¹⁷⁶ Leistungen geltend machen, wenn er von Angehörigen gepflegt und betreut wird. Bei der Hilflosenentschädigung sind insbesondere ungewöhnliche Pflege- und Betreuungsleistungen, die Angehörige erbringen, objektiv unzumutbar und wirken leistungserhöhend¹⁷⁷.

Die Subsidiarität gilt aber nicht ausnahmslos in Bezug auf die eheliche Beistands- und Unterstützungspflicht¹⁷⁸. Zurückhaltung aufer-

¹⁷⁴ Vgl. Art. 3c Abs. 2 lit. a ELG und BGE 116 V 331 E. 1c.

¹⁷⁵ Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. a und Abs. 3, Art. 4 IVV, Art. 10 Abs. 3 UVG und Art. 18 Abs. 2 UVV sowie Art. 8 lit. c und 20 MVG.

¹⁷⁶ Vgl. BGE 126 V 330 E. 1b = RKUV 2000 288. Eine Leistungspflicht besteht nur dann, wenn der Angehörige anerkannter Leistungserbringer ist (vgl. U EVG vom 20.12.1999 i.S. X. = RKUV 2000 77 betreffend ärztliche Behandlung durch den Ehegatten bzw. U EVG vom 20.12.1999 i.S. X. = RKUV 2000 82 betreffend ärztliche Behandlung durch einen Elternteil).

¹⁷⁷ In ZAK 1985 401 hat das EVG die Hilfeleistung eines Ehemannes, welcher seiner harninkontinenten Gattin nachts mehrmals den Topf reichen und diesen anschliessend reinigen musste, als leistungserhöhend erachtet. Sodann wurde im U EVG vom 12.2.1987 i.S. Z. festgestellt, dass die Dienstleistungen der Ehefrau, die den Ehemann zur Toilette bringen, ihm die Flasche reichen und ihn für die Nacht mit dem Urinal ausrüsten muss, eine erhebliche direkte Dritthilfe bei der Notdurftverrichtung darstelle. Gemäss U EVG vom 3.2.1988 i.S. Sch. E. 2d sind auch blosser Hilfeleistungen der Ehefrau eines Versicherten, der sich den Darm von Hand ausräumen muss, zu berücksichtigen.

¹⁷⁸ Die Rechtsprechung bejaht gestützt auf Art. 163 ZGB die Pflicht des haushaltführenden oder teilerwerbstätigen Ehegatten des Versicherten, unter Umständen eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder diese auszudehnen (vgl. AHI-Praxis 2001 132; SVR 2001 EL Nr. 5, 13 E. 2c; BGE 117 V 293 E. 3 und ZAK 1992 328). Bei der Bemessung der EL der Ehefrau wird sodann praxisgemäss ein hypothetisches Einkommen des nicht rentenberechtigten Ehemannes angerechnet, wenn dieser sich vorzeitig hat pensionieren lassen, was bedeutet, dass dem anderen Ehegatten ein Verzicht auf vorzeitige Pensionierung zumutbar ist (vgl. ZAK 1986 168). Wird davon abgesehen, ist das hypothetische Einkommen, das von der Verwaltung oder vom Richter zu schätzen ist, bei der Ermittlung des anrechenbaren Einkommens zu berücksichtigen. Einem EL-Bezüger kann aber nicht zugemutet werden, nach Art. 277 Abs. 2 ZGB Unterhaltsbeiträge über die Mündigkeit hinaus zu bezahlen (vgl. ZAK 1991 323).

legt sich das EVG auch im Haushaltungsbereich, wo eine Verpflichtung des Versicherten, gegenüber Angehörigen die ihm zustehenden Beistands- oder Unterstützungsleistungen zu fordern, bejaht wird. Beschränkt wird die Mithilfe aber auf das "Übliche"¹⁷⁹.

3. Erscheinungsformen

i) Selbstständige Vornahme von Schadenminderungsmassnahmen

Der Geschädigte hat nach dem Eintritt eines Gesundheitsschadens von sich aus alles ihm Zumutbare selber vorzukehren, um den Gesundheitsschaden und dessen Auswirkungen bestmöglich zu mildern (*Grundsatz der Selbsteingliederung*)¹⁸⁰. Für die Feststellung des Pflege- und Betreuungsaufwandes¹⁸¹ ist insbesondere entschei-

¹⁷⁹ Unter "üblicher" Mithilfe wird dabei aber nicht nur jene verstanden, welche Angehörige, insbesondere Kinder, in Haushalten mit gesundheitlich nicht angeschlagenen Versicherten heute allgemein erbringen, sondern vielmehr eine solche, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Entschädigung zu erwarten hätte (vgl. U EVG vom 08.11.1993 i.S. C. E. 2b, welcher Entscheid von der Zumutbarkeit für die beiden dreizehnjährigen Töchter ausgeht, verschiedenartige Entlastungen der Mutter in den Bereichen Einkauf [Tragen von schweren Sachen/Unterstützung bei Grosseinkäufen], Ernährung [Mithilfe bei der Vorbereitung von Mahlzeiten, Abwaschen des Geschirrs etc.], Wohnungspflege und Wäsche [Transport der Wäsche in die Waschküche, Aufhängen, Wechseln der Bettwäsche] vorzunehmen). In U EVG vom 30.11.1995 i.S. V.-I. wurde davon ausgegangen, dass die Versicherte Zugang zum Kellergeschoss haben müsse und dem Ehegatten und der Tochter die Erledigung der Wäsche sowie der Transport der Nahrungsmittel aus dem Gemüse- und Vorratskeller in die Küche nicht zumutbar sei. U EVG vom 28.08.1981 i.S. I. E. 2a bezeichnet den bloss vorübergehenden Einsatz der berufstätigen Tochter im Haushalt der Versicherten als nicht entscheidend. Siehe ferner BGE 110 V 322 E. 4 (Zumutbarkeit der Mithilfe der Schwiegermutter und der 18-jährigen Tochter im Haushalt) sowie ZAK 1984 135 (Zumutbarkeit der Mithilfe einer Spettfrau während rund vier Wochenstunden sowie des Ehemannes und der Tochter während rund zwölf Wochenstunden in einem Vier-Personen-Haushalt).

¹⁸⁰ Vgl. z.B. BGE 127 V 294 E. 4b/cc und 113 V 28 E. 4a sowie ZAK 1986 507.

¹⁸¹ Die nachfolgenden Ausführungen zu den die Selbstständigkeit erhaltenden oder verbessernden Massnahmen betreffen Hilfslosenentschädigung und Hilfsmittelananspruch, gelten aber entsprechend für andere Pflegeleistungen, insbesondere Hauspflege- und Spitexleistungen, sofern der Pflege- und Betreuungsaufwand für

dend, welche Tätigkeiten bei zumutbarer Kleidung oder Vorhandensein zumutbarer Pflegeutensilien selbst vorgenommen werden könnten¹⁸².

Der Versicherte hat ferner von sich an der Feststellung, ob die Leistungsvoraussetzungen gegeben sind, mitzuwirken¹⁸³, insbesondere eine Anmeldung zum Leistungsbezug vorzunehmen¹⁸⁴ und notwendige Auskünfte zu erteilen¹⁸⁵. Der Versicherte ist dabei gehalten, die ihm zumutbaren Verhaltenspflichten entschädigungslos zu erfüllen¹⁸⁶.

ii) Weisungsgebundene Vornahme von Schadenminderungsmassnahmen

Neben der selbstständigen Vornahme von Schadenminderungsmassnahmen ist der Geschädigte auch zur weisungsgebundenen Teilnahme an Abklärungs-, Eingliederungs- und sonstigen Massnahmen verpflichtet¹⁸⁷. Der Versicherte hat sich namentlich ärztlichen oder fachlichen Untersuchungen, die für die Beurteilung notwendig und zumutbar sind, zu unterziehen¹⁸⁸.

die Leistungsfestsetzung massgeblich ist.

¹⁸² ZAK 1989 228.

¹⁸³ Vgl. z.B. Art. 26 Abs. 2, Art. 28 und Art. 43 ATSG, Art. 31 IVG, Art. 82 Abs. 2 und 3, Art. 108 Abs. 1 lit. c UVG.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 29 ATSG.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 2 und 3 ATSG.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 28 Abs. 1 ATSG. Die einschlägigen Erlasse sehen ausnahmsweise eine Entschädigungspflicht für Reise- und Transportkosten vor (vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG, Art. 33 lit. g KVV, Art. 26 f. KLVG [siehe dazu BGE 124 V 338 und die Urteilsbesprechung von DUC, in: AJP 1999 208], Art. 13 UVG und Art. 20 Abs. 1 UVV sowie Art. 16 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 IVG sowie Art. 5 Abs. 4 und Art. 6^{bis} Abs. 2 IVV, Art. 19 Abs. 2 lit. d IVG, Art. 8^{quater}, Art. 9^{bis} und Art. 11 IVV sowie Art. 51 IVG und Art. 90 und 90bis IVV).

¹⁸⁷ Vgl. Art. 43 ATSG, Art. 40 Abs. 1 MVG und BGE 113 V 28 E. 4a, 107 V 20, 105 V 178 E. 2, 99 V 48, EVGE 1967 33 und ZAK 1989 213 und 1985 325 je m.H.

¹⁸⁸ Vgl. Art. 43 Abs. 2 ATSG und infra N 108 ff.

B. Zumutbarkeit der Schadenminderungspflicht

1. Allgemeines

Der Grundsatz der Zumutbarkeit gilt im Sozialversicherungsrecht generell i.S. eines *allgemeinen Rechtsgrundsatzes*¹⁸⁹. Massnahmen, die dem Versicherten unzumutbar sind, müssen deshalb nicht getroffen werden¹⁹⁰. Der Gesetzgeber verpflichtet dabei nicht nur zur zumutbaren Schadenminderung und Mitwirkung, sondern sieht – in Konkretisierung des Zumutbarkeitsgrundsatzes – bei unzumutbaren Zuständen Leistungen vor¹⁹¹.

Die Zumutbarkeit ist ein *normativer Begriff*¹⁹². Der Richter und nicht der Gutachter entscheidet deshalb über das Vorliegen einer allfälligen Unzumutbarkeit. Der medizinische Gutachter hat dem Richter allerdings die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen für die Beurteilung der Zumutbarkeit zu liefern¹⁹³.

¹⁸⁹ Siehe dazu LANDOLT H. (FN 6) N 96 ff. und MAURER A., Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht in: Festschrift 75 Jahre EVG, Zürich, 1992, 221 ff. Der Zumutbarkeitsgrundsatz wird mitunter als Anwendungsfall des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Angemessenheit) verstanden (vgl. die Hinweise bei IBID., N 218 ff.); insoweit käme ihm Verfassungsrang zu (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV).

¹⁹⁰ Vgl. dazu Art. 6 (zumutbare Arbeit), Art. 7 (zumutbare Behandlung und Eingliederung), Art. 21 Abs. 4 (zumutbare Behandlung und Eingliederung), Art. 43 Abs. 2 ATSG (zumutbare ärztliche oder fachliche Untersuchung) sowie Art. 18 Abs. 2, Art. 28 Abs. 3 und Art. 40 Abs. 1 MVG sowie IBID., N 180 ff.

¹⁹¹ Vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. b IVG (Eingliederungsleistungen bei unzumutbarer Erwerbstätigkeit), Art. 19 Abs. 1 IV (Sonderschulbeiträge bei Unzumutbarkeit des Volksschulbesuchs) und Art. 4 IVV (Pflegebeiträge bei unzumutbarer Hauspflege) sowie supra N 77.

¹⁹² So schon EVGE 1961 160 E. 2.

¹⁹³ Siehe dazu supra N 23.

2. Auslegung des Zumutbarkeitsgrundsatzes

Der Gesetzgeber verweist oft auf die "Zumutbarkeit"¹⁹⁴. In der Regel belässt er den Hinweis unspezifiziert¹⁹⁵. In vereinzelten Fällen konkretisiert die fragliche Norm den Zumutbarkeitsbegriff, indem sie die Zumutbarkeit in einen Gesamtkontext stellt¹⁹⁶ oder anhand einer Nennung von Kriterien klar gemacht wird, wie sie interpretiert werden muss¹⁹⁷. Die fraglichen Kriterien beruhen dabei meistens auf objektiv messbaren¹⁹⁸ oder zumindest objektivierbaren Umständen¹⁹⁹.

Der Zumutbarkeitsgrundsatz ist grundsätzlich *objektiviert auszu-legen*²⁰⁰. Seine Funktion besteht nämlich darin, das Interesse an einer sparsamen Verwendung öffentlicher Gelder und das individuelle Leistungsinteresse in Einklang zu bringen, mithin eine *allgemein anwendbare Pflichtengrenze* festzulegen²⁰¹. Es kann deshalb nicht einseitig auf ein Interesse abgestellt werden. Die (fehlende) subjektive Leistungsbereitschaft des Versicherten ist genauso irrelevant²⁰² wie

¹⁹⁴ Siehe dazu nachfolgende FN und ferner MAURER A. (FN 189) 221 ff., 230 ff.

¹⁹⁵ Vgl. z.B. Art. 6 und 7 ATSG, Art. 16 Abs. 2 lit. b, Art. 19 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 1 IVG sowie Art. 9^{ter} Abs. 1, Art. 28^{bis} Abs. 2 IVV.

¹⁹⁶ Vgl. z.B. Art. 7 ATSG (ausgeglichene Arbeitsmarktlage).

¹⁹⁷ Art. 24 Abs. 4 ATSG und Art. 31 Abs. 2 IVG (Gefahr für Leib und Leben), Art. 4 Abs. 1 und 2 IVV (Pflege von mehr als zwei Stunden oder dauernde Überwachung) und Art. 18 Abs. 2 MVG (diagnostische Zwecke oder hohe Wahrscheinlichkeit, eine erhebliche Besserung zu bewirken).

¹⁹⁸ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 2 IVV (Pflege von mehr als zwei Stunden).

¹⁹⁹ Vgl. z.B. Art. 7 ATSG (ausgeglichene Arbeitsmarktlage).

²⁰⁰ Die Rechtsprechung legt den Zumutbarkeitsbegriff in der Regel objektiv aus, wenn der Gesetzgeber keine Auslegungshilfe gibt (vgl. z.B. BGE 128 III 1 [Unzumutbarkeit der Fortführung der Ehe bei psychischer Krankheit eines Ehegatten], E. 3a/cc: "Massgeblich ist, ob unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände das Fortbestehen der Ehe der Klägerin seelisch zumutbar ist, beziehungsweise ob die geistig-emotionale Reaktion, das Fortbestehen der Ehe während vier Jahren als unerträglich zu betrachten, objektiv nachvollziehbar ist (BGE 127 III 129 E. 3b S. 134)"; BGE 121 V 240 E. 3c/bb [objektiv zumutbare Schadenskenntnis der Ausgleichskasse] und BGE 115 Ib 28 E. 2 [Zumutbarkeit von Anschlussgebühren]).

²⁰¹ Vgl. bereits supra N 2 f.

²⁰² Vgl. aber infra N 124.

eine einseitige Betonung einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis:

"Bei den Anforderungen, welche unter dem Titel der Schadenminderung an den Versicherten gestellt werden, darf sich daher die Verwaltung nicht einseitig vom öffentlichen Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis leiten lassen, sondern sie hat auch die grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten des Leistungsansprechers in seiner Lebensgestaltung angemessen zu berücksichtigen. Welchem Interesse der Vorrang zukommt, kann nicht generell entschieden werden. Als Richtschnur gilt, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht zulässigerweise dort strenger sind, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Invalidenversicherung in Frage steht."²⁰³

86 Die objektiv zumutbare Willensanstrengung basiert letztlich auf dem subjektiven Wertesystem des Rechtsanwenders. Er entscheidet, welche objektiven Gegebenheiten (Krankheitszustände, wirtschaftliche Verhältnisse etc.) und welche subjektiven Umstände (Alter, Bildung, Herkunft, Schmerzen etc.) für die Auslegung herangezogen werden dürfen und müssen. Das EVG hat dabei keinen für alle Fälle einheitlichen Zumutbarkeitstest entwickelt. Es trägt mitunter gar zur Verwirrung bei, wenn – z.B. bei der Festlegung der Zumutbarkeit einer Arbeit – die Objektivität betont wird²⁰⁴, im Einzelfall aber die Zumutbarkeit anhand sowohl von subjektiven als auch von objektiven Umständen geprüft wird²⁰⁵.

²⁰³ BGE 113 V 22 E. 4d.

²⁰⁴ Siehe dazu infra N 94 ff.

²⁰⁵ Das Paradebeispiel ist der Fall der Fussstickerein, vgl. BGE 109 V 25 E. 3: "Aufgrund der persönlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin ist die von ihr ausgeübte Tätigkeit als Fussstickerein zumutbar, weil sie dazu effektiv in der Lage ist und weil diese Beschäftigung für sie nicht nur in materieller Hinsicht, sondern anerkanntermassen auch in persönlicher Hinsicht einen hohen Wert darstellt. Die Zumutbarkeit ist aber auch aus objektiver Sicht zu bejahen, weil diese Art der Bewältigung eines schweren Gesundheitsschadens von der Allgemeinheit nicht als erniedrigend empfunden, sondern im Gegenteil als besonders wertvolle Leistung anerkannt wird."

Der objektivierte Zumutbarkeitsbegriff stösst dann an Grenzen, wenn eine Einzelfallbeurteilung erforderlich ist²⁰⁶, kraft einer gesetzlichen Verweisung auf die beim Versicherten vorliegenden persönlichen Verhältnisse abgestellt werden muss²⁰⁷ oder Ausnahmefälle²⁰⁸ vorliegen. In solchen Fällen ist die Zumutbarkeit subjektiviert zu verstehen. Stellt sich z.B. die Frage, ob der Versicherte bedürftig ist, wird zwar auf eine objektive Bedürftigkeitsgrenze abgestellt, im Einzelfall aber geprüft, ob der Versicherte auf Grund seiner konkreten Situation diese unterschreitet²⁰⁹.

Eine *subjektivierte Auslegung* ist insbesondere dann vorzunehmen, wenn das vom Gesetzgeber verlangte Verhalten grundrechtlich geschützte Lebensbereiche betrifft²¹⁰. Schadenmindernde Massnahmen tangieren regelmässig die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit²¹¹ und der Achtung des Privat- und Familienlebens²¹², die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit²¹³ und, soweit Behinderte und Betagte betroffen sind, neuerdings auch das Diskriminierungsverbot²¹⁴. Sind diese oder andere Grundrechte betroffen, muss der Rechts-

²⁰⁶ Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (vgl. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Zu letzterem Erfordernis siehe z.B. BGE 122 V 221 E. 5 und 126 V 48 (betreffend ALV).

²⁰⁷ Siehe z.B. Art. 24 Abs. 4 ATSG ("...das ihm Zumutbare...") und infra N 123.

²⁰⁸ Allfällige aussergewöhnliche Anstrengungen über die Schadenminderungspflicht hinaus, die zu einer Schadenverringerung geführt haben oder führen werden, sind vor dem Hintergrund des objektiven Charakters der Zumutbarkeit zu Gunsten des Versicherten zu berücksichtigen (siehe zur analogen Problematik im Haftpflichtrecht z.B. BREHM, Berner Kommentar 1998, N 74 zu Art. 46 und N 56 zu Art. 42 OR).

²⁰⁹ Vgl. z.B. Art. 11 AHVG. AHV-/IV-/EO-Beiträge können nach Art. 11 AHVG herabgesetzt oder erlassen werden, wenn deren Bezahlung einem obligatorisch Versicherten nicht zumutbar ist. Die Voraussetzung der Unzumutbarkeit ist erfüllt, wenn der Beitragspflichtige bei Bezahlung des vollen Beitrags seinen Notbedarf und denjenigen seiner Familie nicht befriedigen könnte. Unter Notbedarf ist das Existenzminimum im Sinne des SchKG zu verstehen (vgl. BGE 120 V 274 E. 5a mit Hinweis).

²¹⁰ Vgl. Art. 7 ff. BV.

²¹¹ Siehe Art. 10 Abs. 2 und 3 BV und Art. 3 EMRK.

²¹² Siehe Art. 13 und 14 BV und Art. 8 EMRK.

²¹³ Siehe Art. 10 Abs. 2 und 24 BV und Art. 5 EMRK.

²¹⁴ Siehe Art. 8 Abs. 2 BV.

anwender eine den *Verhältnissen des Einzelfalls gerecht werdende Verhältnismässigkeitsprüfung* durchführen²¹⁵

C. Zumutbarkeit der Verwertung einer Restarbeits- und Resterwerbsfähigkeit

1. Allgemeines

89 Erwerbsunfähigkeit wird von Art. 7 ATSG definiert als ein durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachter und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibender ganzer oder teilweiser *Verlust der Erwerbsmöglichkeiten* auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Der Erwerbsunfähigkeitsbegriff schliesst ursachebezogen andere als gesundheitliche Beeinträchtigungen aus²¹⁶ und setzt folgebezogen voraus, dass trotz zumutbarer Behandlung und Eingliederung eine (partielle) Berufsunfähigkeit resultiert.

90 Invalid wird man, wenn ein Gesundheitsschaden entweder eine voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit²¹⁷ oder – falls die Ausübung einer Erwerbstätigkeit dem Versicherten nicht zugemutet werden kann – eine Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen²¹⁸, oder einen anderen spezifischen Invaliditätsfall, z.B. Hilflosigkeit, verursacht hat. Das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit ist so primäre, aber nicht einzige Voraussetzung für den Eintritt einer Invalidität.

2. Zumutbare Verwertung der Restarbeitsfähigkeit

Von der Erwerbsunfähigkeit zu unterscheiden ist die Arbeitsunfähigkeit. Diese besteht in einer durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise *Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit* zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt und nähert sich die Arbeits- der Erwerbsunfähigkeit an²¹⁹.

Im Gegensatz zur Erwerbsunfähigkeit spielen Behandlung und Eingliederung keine Rolle. Entscheidend ist vielmehr, ob der Versicherte trotz des erlittenen Gesundheitsschadens zumutbarerweise in der Lage ist, seine bisherige Tätigkeit auszuführen. Die Zumutbarkeit der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit hängt so primär vom Gesundheitszustand im Beurteilungszeitpunkt und den Anforderungen der bisherigen Tätigkeit ab (sog. medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit)²²⁰.

Massgeblich ist, ob der Versicherte unter Berücksichtigung der konkreten Arbeitsmarktlage und gegebenenfalls einer bestimmten Anpassungszeit²²¹ in der Lage wäre, die bisherige berufliche Tätigkeit bei gutem Willen nutzbringend auszuüben; das Fehlen des guten Willens ist nur dort entschuldbar, wo es auf einer Krankheit beruht²²².

²¹⁹ Vgl. Art. 6 ATSG.

²²⁰ Vgl. dazu statt vieler BGE 114 V 281 E. 1 c und d, 111 V 235 E. 1 und KIESER, ATSG-Kommentar, N 1 ff. zu Art. 6.

²²¹ Nach der Rechtsprechung ist grundsätzlich von einer Anpassungsfrist von drei bis fünf Monaten auszugehen (vgl. BGE 115 V 133 E. 2; 114 V 283; 111 V 239 E. 1b und 2a; 101 V 145 E. 2b; RKUV 1989 108 E. 1d).

²²² Vgl. BGE 111 V 239 E. 2a und 101 V 145 E. 2b.

²¹⁵ Vgl. Art. 36 BV.

²¹⁶ Siehe dazu infra N 97.

²¹⁷ Siehe Art. 4 Abs. 1 IVG und Art. 8 ATSG. Ähnliche Umschreibungen kennt das ATSG für Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit (vgl. Art. 6 und 7 ATSG).

²¹⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 3 ATSG.

3. Zumutbare Verwertung der Resterwerbsfähigkeit

i) Objektivität der Zumutbarkeitsprüfung

a) Massgeblichkeit des objektiven Leistungsvermögens

Für die Bejahung einer Erwerbsinvalidität genügt nicht, dass der Versicherte wegen seiner Abnormalität nicht hinreichend *erwerbstätig* ist. Zur Annahme einer durch einen versicherten Gesundheitsschaden verursachten²²³ *Erwerbsunfähigkeit* ist vielmehr erforderlich, dass die Verwertung der Arbeitsfähigkeit dem Versicherten sozialpraktisch nicht mehr zumutbar oder – als alternative Voraussetzung – sogar für die Gesellschaft untragbar ist²²⁴.

Das EVG betont dabei, dass der Zumutbarkeitsbegriff – sowohl bei physischen als auch psychischen Gesundheitsschäden – objektiviert zu verstehen ist²²⁵. Massstab ist *nicht die subjektive Leistungsbereitschaft*²²⁶, sondern die Tätigkeiten, die ein vernünftiger Mensch in

²²³ Vgl. dazu z.B. U EVG vom 28.8.1981 i.S. I., E. 2b: "Folglich bedeutet eine fachärztlich festgestellte psychische Krankheit nicht ohne weiteres auch das Vorliegen einer Invalidität. Unabhängig von der Diagnose muss eine Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit ausgewiesen sein und in ihrem Ausmass bestimmt sein. (...) Aufgrund dieser ärztlichen Feststellungen ergibt sich indessen höchstens, dass die Beschwerdeführerin behandlungsbedürftig ist. Daraus kann aber nicht auf einen seelischen Gesundheitsschaden geschlossen werden, der eine IV-rechtliche relevante Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit in ihrem Aufgabenbereich als Hausfrau zur Folge hätte."

²²⁴ Vgl. ZAK 1984 342, BGE 102 V 165 und ZAK 1977 153.

²²⁵ Siehe z.B. BGE 127 V 294 E. 4c: "Entscheidend ist die nach einem weit gehend objektivierten Massstab zu erfolgende Beurteilung, ob und inwiefern dem Versicherten trotz seines Leidens die Verwertung seiner Restarbeitsfähigkeit auf dem ihm nach seinen Fähigkeiten offen stehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch sozial-praktisch zumutbar und für die Gesellschaft tragbar ist (BGE 102 V 165; AHI 1996 S. 303 Erw. 2a und ZAK 1992 S. 170 Erw. 2a mit Hinweisen)." und die Hinweise bei MURER E./STAUFFER H.-U. (FN 159) 11 ff.

²²⁶ Siehe aus der neueren Praxis z.B. U EVG 30.7.2002 (I 725/01 Vr), E. 3b, und U EVG vom 3.5.2001 (I 49/01 Vr), E. 3b: "Es kommt entscheidend darauf an, ob der Versicherte von seiner psychischen Verfassung (und nicht von seinem soziokulturellen Kontext) her besehen, an sich die Möglichkeit hat, trotz seiner subjektiv erlebten Schmerzen eine Arbeit zu verrichten." und BGE 100 V 18

der gleichen Lage auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt²²⁷ noch ausüben könnte, wenn er keinerlei Entschädigung zu erwarten hätte. Fehlt es an der erforderlichen Willensanstrengung, so liegt nur dann eine relevante Erwerbsunfähigkeit vor, wenn dem Willensmangel oder der Willensschwäche Krankheitswert zukommt²²⁸.

Die Objektivität der Zumutbarkeitsprüfung bedeutet, dass nur die persönlichen Eigenschaften berücksichtigt werden können, die die Arbeitsleistung als solche beeinflussen. Dazu gehören – neben dem Kriterium der Schwere des Gesundheitsschadens – die beim Versicherten vorhandenen Kenntnisse und beruflichen Fähigkeiten. Andere subjektive Umstände, die die Ausübung der objektiv möglichen Verweisungsberufe auf dem konkreten Arbeitsmarkt erschweren, wie z.B. Alter, mangelnde Sprachkenntnisse, Geschlecht, Ethnie etc., sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

Diese in der Person des Versicherten beruhenden Arbeitsmarkthindernisse stellen invaliditätsfremde Faktoren dar²²⁹:

"Die IV hat nicht dafür einzustehen, wenn ein Versicherter zufolge seines Alters, wegen mangelnder Ausbildung oder Verständigungsschwierigkeiten keine entsprechende Arbeit findet. Zwar erlangen diese Faktoren bei der Prüfung der einem Versicherten in einem konkreten Fall noch zumutbaren Arbeiten durchaus Bedeutung. Doch sind solche Aspekte keine zusätzlichen Umstände, welche neben der Zumutbarkeit einer Arbeit das Ausmass der Invalidität beeinflussen würden, wenn sie das

(militärversicherungsrechtliche Eingliederung): "Nach der Rechtsprechung zu dieser Bestimmung hat der Versicherte nicht die freie Wahl der beruflichen Eingliederung (EVGE 1969 S. 204). Sofern die ihm vorgeschlagene Tätigkeit seinen Fähigkeiten entspricht und ihm vernünftigerweise zumutbar ist, kann er nicht verlangen, nur deshalb in einen andern Beruf eingegliedert zu werden, weil ihm jene Tätigkeit nicht gefällt. Die Eingliederungsfrage muss objektiv beurteilt werden, wobei den Fähigkeiten des Versicherten und den seiner persönlichen Situation entsprechenden berechtigten Interessen Rechnung zu tragen ist."

²²⁷ Siehe dazu infra N 102 ff.

²²⁸ Vgl. statt vieler z.B. BGE 115 V 133 f. E. 2 und U EVG vom 12.3.2001 (I 467/99 Gb), E. 3c.

²²⁹ Siehe dazu z.B. BGE 127 V 294 E. 5 ("psycho-soziale und sozio-kulturelle Umstände") und ferner den Beitrag von LOCHER in diesem Band.

Finden einer Stelle und damit die Verwertung der verbliebenen Restarbeitsfähigkeit erschweren oder gar verunmöglichen (BGE 107 V 21 Erw. 2c, ZAK 1982 S. 34; ZAK 1991 S. 321 Erw. 3c, 1989 S. 315; Thomas Locher, Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre EVG, Bern 1992, S. 420 f.).²³⁰

98

Das EVG relativiert den Ausschluss der subjektiven Arbeitshindernisse allerdings bei der Bestimmung des Invalideneinkommens. Die Tabellenlöhne²³¹ dürfen im Einzelfall um maximal 25 % herabgesetzt werden. Ob und inwieweit ein Abzug gerechtfertigt ist, hängt von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) ab, die das Erwerbseinkommen zu beeinflussen vermögen.²³²

b) Angewöhnung und Anpassung

99

Bei der Festsetzung der Rente und anderer Leistungen ist eine Prognose über die künftige Entwicklung der Leistungsfähigkeit erforderlich. Hierbei sind auch die Umstände zu berücksichtigen, die sich erfahrungsgemäss erst später verwirklichen werden. Dazu gehören vor allem die zu erwartende künftige *Angewöhnung und Anpassung*²³³, insbesondere bei Fingerverletzungen geringeren Ausmasses²³⁴, bei einem Zehenverlust²³⁵ und beim Verlust eines Auges²³⁶.

²³⁰ U EVG vom 28.7.1999 i.S. K. Z. (I 377/ 98) = AHI-Praxis 1999 237 E. 1.

²³¹ Massgeblich sind die vom Bundesamt für Statistik im Rahmen der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) ermittelten Durchschnittslöhne (vgl. BGE 126 V 75 E. 3).

²³² Vgl. BGE 126 V 75 E. 5. KIESER, ATSG-Kommentar, N 19 zu Art. 7, schlägt vor, die invaliditätsfremden Faktoren auch bei der Konkretisierung der Verweisungsberufe zu berücksichtigen.

²³³ Vgl. BGE 109 V 25 f. sowie RKUV 1987 309 und 1986 260 und MAURER A. (FN 24) 389 f.

²³⁴ Vgl. BGE 106 V 51 E. 2a; U EVG vom 4.2.1992 i.S. P., E. 4a; EVGE 1952 85 und EVGE 1948 9. Als Fingerverstümmelung geringeren Ausmasses bezeichnete das Gericht beispielsweise den Streckausfall im Mittelgelenk des linken Zeigefingers

Die *Anpassung* besteht in anatomischen Veränderungen und ferner darin, dass aufgehobene Funktionen mit der Zeit durch andere Organe übernommen werden. Unter *Angewöhnung* versteht man die durch häufige Wiederholung einer Tätigkeit bewirkte maximale Befähigung, diese Tätigkeit auszuführen, wobei die Willensimpulse immer stärker ausgeschaltet werden zugunsten eines unbewussten, mehr automatischen Mechanismus²³⁷. Dieser Grundsatz bezieht sich jedoch nur auf Fälle mit einfachen, typischen Verletzungsfolgen, wo die Erfahrung erlaubt, mit einer gewissen Genauigkeit vorauszusehen, in welchem Masse und in welcher Zeit die normale Angewöhnung zu einem Zurückgehen der Invalidität führen wird²³⁸.

(BGE 106 V 48), die Eröffnung der Beugesehnenscheide am Mittelfinger und des Mittelgelenkes am Zeigefinger der linken Hand mit nachfolgender Sudeck'scher Dystrophie (U EVG vom 1.8.1988 i.S. O.), das Durchtrennen der Sehne des rechten Mittelfingers (U EVG vom 10.7.1986 i.S. V.), einen Zustand nach Arthrodese des rechten Mittelfingers (U EVG vom 13.1.1983 i.S. M.) und nach subtotaler Amputation des rechten Mittelfingerendgelenkes mit Faustschlussperre (U EVG vom 6.7.1982 i.S. P.), eine Funktions- und Krafeinbusse des linken Zeigefingers nach Weichteilverletzung des 2. und 3. Gelenkes (U EVG vom 26.3.1982 i.S. F.), den Verlust des rechten Zeigefingers und der Endphalanx des rechten Daumens sowie Muskelatrophie (U EVG vom 14.10.1980 i.S. M.) oder einen Status nach Amputation des rechten Daumens im Endgelenk mit einhergehender Einschränkung der Beugefähigkeit (U EVG vom 26.1.1977 i.S. V.). Nicht mehr als gering erachtete das EVG indessen die Amputation an beiden Zeigefingern, welche eine funktionelle Umstellung als nicht oder nur in geringem Ausmass möglich erscheinen und damit auch keine Anpassung und Angewöhnung erwarten lässt (in BGE 111 V 36 nicht veröffentlichte E. 2 des U EVG vom 16.1.1985 i.S. M.) Siehe ferner SZS 1985 209: Ein Dreher gewöhnt sich nicht an einen fehlenden halben Zeigefinger an der linken und einen fehlenden ganzen Zeigefinger an der rechten Hand.

²³⁵ Vgl. z.B. SUVA-Jahresbericht 1978 15: Bei der Teilamputation der grossen sowie der zweiten Zehe des rechten Fusses ist die Zusprennung einer auf zwei Jahre befristeten Rente von 10 % angemessen.

²³⁶ Siehe z.B. RKUV 1986 262 f.: Ein nahezu gänzlicher Visusverlust in einem Auge kann durch Angewöhnung und Anpassung weitgehend korrigiert werden und hat demgemäss nur selten und nur eine geringfügige Erwerbseinbusse zur Folge. Eine auf zwei Jahre terminierte Rente von 10 % ist für einen 41-jährigen Maurer angemessen.

²³⁷ Vgl. MAURER A. (FN 24) 370.

²³⁸ Vgl. SUVA-Jahresbericht 1944 16.

101 Sofern die gesetzliche Leistungsordnung – wie im Bereich der UV²³⁹ – die Ausrichtung einer terminierten und abgestuften Rente vorsieht, ist eine solche zu verfügen, wenn anlässlich der Rentenfestsetzung voraussehbar und wahrscheinlich ist, dass sich die Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit zufolge Anpassung und Angewöhnung des Versicherten an die Unfallfolgen in absehbarer Zeit ausgleichen werden²⁴⁰. Der Nichteintritt einer erwarteten und der Eintritt einer nicht erwarteten Angewöhnung und Anpassung stellen einen Revisionsgrund dar²⁴¹.

ii) Abstraktheit der Zumutbarkeitsprüfung

102 Die objektivierte Zumutbarkeit der Verwertung der Resterwerbsfähigkeit ist in Bezug auf den "in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt" zu bestimmen²⁴². Das Kriterium des allgemeinen Arbeitsmarktes²⁴³ dient als Abgrenzungskriterium zwischen der AIV (konjunkturbedingte Arbeitslosigkeit) und der IV sowie der UV (invaliditätsbedingte Arbeitslosigkeit)²⁴⁴.

²³⁹ Siehe BGE 106 V 50 E. 1 und RKUV 1987 309 E. 2b.

²⁴⁰ Vgl. BGE 106 V 50 Erw. 2a; RKUV 1986 260 E. 2a; SUVA-Jahresbericht 1977, 11 f.; SUVA-Jahresbericht 1973, 17; SUVA-Jahresbericht 1960, 18; EVGE 1948 9.

²⁴¹ Vgl. z.B. BGE 106 V 48 und RKUV 1993 145.

²⁴² Vgl. Art. 7 ATSG.

²⁴³ Dazu eingehend Monnard Séchaud C., La notion de marché du travail équilibré de l'article 28, alinéa 2, LAI. Avec un aperçu de la situation dans les autres branches de l'assurance sociale, Lausanne 1990. Kritisch zum Begriff der ausgeglichenen Arbeitsmarktlage äussert sich Stein P., Die Invalidität, Weg oder Irrweg von Gesetzgebung und Praxis, in: Festschrift 75 Jahre EVG, Zürich 1992, 431 ff., 453 ff. Siehe dazu auch RÜEDI R., Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt, in: Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, Luzern 1999, 29 ff.

²⁴⁴ Überschneidungen ergeben sich bei arbeitslosen, teilerwerbsfähigen Behinderten. Der körperlich oder geistig Behinderte gilt arbeitslosenversicherungsrechtlich ebenfalls nur bzw. bereits als vermittlungsfähig, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte (vgl. Art. 15 Abs. 2 AVIG; siehe dazu auch Art. 15 AVIV).

Nach der Rechtsprechung ist der ausgeglichene Arbeitsmarkt ein theoretischer und abstrakter Begriff. Er basiert auf der Annahme eines Gleichgewichts zwischen Stellenangebot und -nachfrage und umfasst alle Tätigkeiten (sog. *Verweisungsberufe*), die dem Versicherten auf Grund seiner bisherigen Berufserfahrung offen stehen würden²⁴⁵. Ob die theoretisch möglichen Tätigkeiten aus Gründen des Arbeitsmarktes auch tatsächlich ausgeübt werden können, ist unerheblich²⁴⁶.

Die Verweisungsberufe gehen über die im angestammten Betrieb angebotenen Tätigkeiten hinaus²⁴⁷ und umfassen auch aussergewöhnliche Tätigkeiten²⁴⁸ oder solche in einem geschützten Rahmen²⁴⁹. Keine Verweisungsberufe stellen Tätigkeiten dar, die einzigartig sind²⁵⁰ oder wenn der Versicherte dauernd überwacht werden muss²⁵¹.

Das EVG relativiert die Abstraktheit durch das *Verbot realitätsfremder Einsatzmöglichkeiten*²⁵², betont aber, dass sich der ausgeglichene, männlichen Hilfsarbeitern offenstehende allgemeine Arbeitsmarkt in der Regel auf Handlangerstellen oder andere körperliche Tätigkeiten beschränkt; gleiches gilt sinngemäss für gelernte Arbeiter²⁵³.

Die Rechtsprechung geht sodann davon aus, dass in Industrie und Gewerbe körperlich anstrengende Arbeiten zunehmend durch Maschinen verrichtet werden und den eigentlichen Bedienungs-

²⁴⁵ Vgl. BGE 110 V 276 E. 4b; 96 V 31; SUVA-Sammlung 1989 Nr. 7; ZAK 1991 321 E. 3b und ZAK 1985 462 f.

²⁴⁶ Vgl. z.B. U EVG vom 26.4.1999 i.S. A. E. (I 31/97) = AHI-Praxis 1999 223 E. 5c/bb mit Hinweis auf BBL 1958 II 1162.

²⁴⁷ Siehe dazu BGE 114 V 310 E. 4a.

²⁴⁸ Z. B. den Beruf der Fussstickerin (vgl. BGE 109 V 25 ff.). Siehe ferner AHI-Praxis 2000 185.

²⁴⁹ Vgl. Praxis 1997 Nr. 49 S. 255 E. 4b.

²⁵⁰ Vgl. SVR 1996 IV Nr. 70.

²⁵¹ Vgl. SVR 2001 IV Nr. 34.

²⁵² Vgl. dazu LANDOLT H. (FN 6) N 174 und 413 ff.

²⁵³ Vgl. z.B. statt vieler ZAK 1989 319; U EVG vom 18.3.1986 i.S. U. und vom 25.10.1983 i.S. B.; ZAK 1991 320 f. und 1989 321.

Überwachungs- und Wartungs- sowie leichteren Montagearbeiten eine grosse und wachsende Bedeutung zukommt²⁵⁴.

- 107 Immerhin betont das EVG, dass einem Versicherten, der in gehobener Stellung tätig war, grundsätzlich keine Erwerbstätigkeit in einer gegenüber früher offensichtlich untergeordneten Stellung zugemutet werden kann²⁵⁵, erachtet aber eine Einschränkung der Berufswahlfreiheit als ohne weiteres zumutbar²⁵⁶.

D. Zumutbarkeit von medizinischen Massnahmen

1. Grundsatz

- 108 Der Versicherte ist verpflichtet, sich medizinischen und sonstigen Massnahmen zu unterziehen, die geeignet sind, die gesundheitliche Beeinträchtigung oder deren nachteiligen Folgen, z.B. Erwerbsunfähigkeit oder Hilflosigkeit, zu mildern oder zu beheben²⁵⁷. Darunter fallen z.B.:

²⁵⁴ Vgl. BGE 119 V 347 E. 2b und ZAK 1991 321 E. 3b.

²⁵⁵ Vgl. ZAK 1976 276 E. 3b. So wurde etwa die Zumutbarkeit bejaht, dass sich ein lediger Landwirt als Fabrikarbeiter einzugliedern hat (vgl. ZAK 1983 256). Einem Linienpiloten, der seinen Beruf aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben kann, ist es "ohne weiteres" zumutbar, einen Flughafen-Bodenberuf zu ergreifen (vgl. ZAK 1982 493). Siehe ferner BGE 104 V 198 (Primarlehrerin muss als Würstchen-Degustantin arbeiten) und ferner weiterführend RÜEDI R. (FN 243) 29 ff.

²⁵⁶ Vgl. dazu ZAK 1976 39 E. 2 (Eine einseitige Taubheit bei normalem Hörvermögen am anderen Ohr stellt keine Invalidität i.S.v. Art. 4 Abs. 21 IVG dar, obgleich damit eine gewisse Beschränkung in der Wahl bestimmter Berufe verbunden ist) und U EVG vom 9.1.1967 i.S. A. (keine Erwerbsunfähigkeit zu befürchten und daher kein Anspruch auf medizinische Eingliederungsmassnahme, wenn eine geringfügige körperliche Entstellung einem jugendlichen Versicherten bloss den Zugang zum einen oder andern Beruf erschwert; vgl. ferner auch U EVG vom 21.9.1965 i.S. G.).

²⁵⁷ Vgl. z.B. Art. 7, Art. 16, Art. 21 Abs. 4, Art. 43 Abs. 2 ATSG sowie Art. 55 Abs. 2 und Art. 61 UVV.

- Abklärungs-²⁵⁸, insbesondere Untersuchungsmassnahmen²⁵⁹,
- präventive Massnahmen²⁶⁰, insbesondere eine übliche Gesundheitspflege²⁶¹,
- diagnostische Massnahmen²⁶²,
- therapeutische Massnahmen²⁶³, insbesondere ärztliche Behandlung²⁶⁴, Rehabilitationstraining²⁶⁵, psychotherapeutische Massnahmen²⁶⁶, Medikamenteneinnahme²⁶⁷, Abmagerungskuren²⁶⁸, und
- operative Massnahmen²⁶⁹.

²⁵⁸ Vgl. U EVG vom 17.2.1976 i.S. St. E. 3 (Abklärungsaufenthalt in Appisberg)

²⁵⁹ Vgl. Art. 43 Abs. 2 ATSG und Art. 55 Abs. 2 UVV.

²⁶⁰ Wer allgemein übliche oder gesetzliche Präventivmassnahmen unterlässt und so einen Gesundheitsschaden bewirkt, müsste streng genommen eine Leistungsverweigerung nur dann befürchten, wenn er vorsätzlich gehandelt hat (vgl. supra N 33 ff.). Das EVG hat jedoch verschiedentlich das Unterlassen von Präventivmassnahmen als Verletzung der Schadenminderungspflicht qualifiziert (vgl. z.B. BGE 128 V 59 E. 4 und 6 sowie U EVG vom 28.12.1981 i.S. G. [Tragen einer Schutzmaske]).

²⁶¹ Vgl. BGE 128 V 59 E. 4a und 6d (allgemein übliche Mund- und Zahnhhygiene).

²⁶² Vgl. Art. 18 Abs. 2 MVG und Art. 55 Abs. 2 UVV sowie U EVG vom 12.4.1956 i.S. K. und U EVG vom 9.2.1961 i.S. C. (diagnostische Lumbalpunktion) sowie U EVG vom 22.5.1936 i.S. W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose).

²⁶³ Vgl. Art. 7 und Art. 21 Abs. 4 ATSG.

²⁶⁴ Vgl. U EVG vom 29.11.1983 i.S. B.

²⁶⁵ Vgl. EVGE 1945 78.

²⁶⁶ Vgl. z.B. BGE 127 V 294 E. 4 und U EVG vom 2.7.1975 i.S. B. (Zumutbarkeit einer psychiatrischen Betreuung).

²⁶⁷ Vgl. LOCHER T. (FN 80) 407 ff., 428 FN 106.

²⁶⁸ Siehe bereits supra N 60.

²⁶⁹ Vgl. Art. 7 und Art. 21 Abs. 4 ATSG sowie BGE 105 V 176 E. 3 und U EVG vom 22.5.1936 i.S. W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose) und die Hinweise infra FN 290.

2. Zulässigkeit der Massnahme

i) Zustimmung des Versicherten

Der Sozialversicherer kann dem Versicherten zwar Weisungen erteilen, sich einer bestimmten medizinischen Massnahme zu unterziehen²⁷⁰, er kann ihn aber nicht dazu zwingen. Eine "Zwangsbehandlung" würde nämlich voraussetzen, dass eine gesetzliche Grundlage besteht, ein überwiegendes öffentliches Interesse vorhanden ist und sich der Eingriff zudem als verhältnismässig erweist²⁷¹. Weder das ATSG noch die Spezialgesetze (IVG, KVG und UVG) kennen eine derartige Gesetzesgrundlage²⁷².

ii) Abklärungs- oder Schadenminderungszweck

a) Allgemeines

Der erkrankte oder verunfallte Versicherte ist berechtigt, sich zweckmässig und wirtschaftlich untersuchen und behandeln zu lassen. KVG²⁷³, UVG²⁷⁴, IV²⁷⁵ und MVG²⁷⁶ definieren Voraussetzungen und Umfang des Behandlungsanspruches unterschiedlich, weshalb der

²⁷⁰ Siehe supra N 81.

²⁷¹ Vgl. Art. 36 BV.

²⁷² Siehe zur Rechtsnatur der Schadenminderungspflicht infra N 125.

²⁷³ Vgl. Art. 25 KVG sowie EUGSTER G. (FN 55) 54 ff. und MAURER A., Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, 57 ff.

²⁷⁴ Vgl. Art. 10 UVG sowie FRÉSARD J.-M., L'assurance-accident obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III: Soziale Sicherheit (Eds. Koller H./Müller G./Rhinow R. und Zimmerli U.), Basel 1998, 28 ff., und MAURER A. (FN 24) 273 ff. und 382 ff.

²⁷⁵ Vgl. Art. 11–13 IVG.

²⁷⁶ Vgl. Art. 16 MVG und Schlauri F., Die Militärversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III: Soziale Sicherheit (Eds. Koller H./Müller G./Rhinow R. und Zimmerli U.), Basel 1998, 35 ff.

Versicherte, je nach dem für ihn zuständigen Subsystem, andere medizinische Massnahmen geltend machen kann.

Der Versicherte ist nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut gehalten, sich den im Hinblick auf den konkreten Abklärungs- oder Schadenminderungszweck *notwendigen und zumutbaren Massnahmen* zu unterziehen²⁷⁷. Er muss so weder alle versicherten Massnahmen beanspruchen noch darf er notwendige Massnahmen unterlassen, die vom zuständigen Sozialversicherungsträger nicht gedeckt sind²⁷⁸.

Das EVG hat in Bezug auf nicht versicherte Massnahmen jedoch festgehalten, dass unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit auch finanzielle Aspekte zu berücksichtigen sind²⁷⁹. Im Gegensatz zu den Schadenminderungsmassnahmen sieht das ATSG bei Abklärungsmassnahmen die Möglichkeit vor, dass "unerlässliche Kosten" für Massnahmen, die vom Versicherten initiiert wurden, übernommen werden²⁸⁰.

b) Stufenfolge der Massnahmen

Die Notwendigkeit der zu treffenden Massnahmen beurteilt sich im Hinblick auf die gesetzliche Leistungsordnung. Priorität kommt dabei den Massnahmen zu, die den Gesundheitszustand oder die Funktionalität des Versicherten in Bezug auf die Leistungskategorie verbessert, die gemäss der *gesetzlichen Prioritätsordnung* vorrangig ist.

Der arbeitsfähige Versicherte muss sich allen Massnahmen unterziehen, die seine Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit erhalten bzw.

²⁷⁷ Vgl. Art. 43 Abs. 2 ATSG.

²⁷⁸ Zur Unentgeltlichkeit siehe supra N 80.

²⁷⁹ Vgl. z.B. ZAK 1965 507.

²⁸⁰ Vgl. Art. 45 Abs. 1 ATSG.

verbessern. In Anbetracht des Grundsatzes *Eingliederung vor Rente*²⁸¹ sind zuerst aber alle medizinischen Massnahmen zu ergreifen, die die Eingliederung ermöglichen²⁸². Ist der Versicherte gänzlich eingliederungs- und arbeitsunfähig, so hat er nur die Massnahmen zu ergreifen, die seine Hilflosigkeit oder Mehrkosten verringern²⁸³.

3. Zumutbarkeit der Massnahme

i) Objektive Umstände

a) Besserungswahrscheinlichkeit

115 Die fragliche medizinische Massnahme muss nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*²⁸⁴ geeignet sein, die angestrebte Stabilisierung oder Verbesserung des Gesundheitszustandes zu bewirken²⁸⁵. Art. 18 Abs. 2 MVG verlangt sogar eine "hohe Wahrscheinlichkeit" und zudem eine "erhebliche" Besserungswahrscheinlichkeit. Eine genügende Besserungswahrscheinlichkeit ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn im Hinblick auf das fortgeschrittene Alter ausnahmsweise nur geringe Erfolgsaussichten bestehen²⁸⁶.

²⁸¹ Vgl. Art. 7 ATSG.

²⁸² Siehe dazu z.B. BGE 113 V 28 E. 4 und U EVG vom 29.11.1990 i.S. Sch. E. 3c.

²⁸³ Vgl. Art. 9 ATSG und supra N 79.

²⁸⁴ Vgl. dazu KIESER, ATSG-Kommentar, N 23 ff. zu Art. 43. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist zu bejahen, wenn die fragliche Massnahme in der Mehrzahl der bisherigen Fälle (>50 %) mit einer Besserung verbunden war.

²⁸⁵ Vgl. BGE 105 V 178 f. E. 3: Eine Besserungswahrscheinlichkeit von 20–40 % bzw. 70–90 %, die volle bzw. teilweise Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit zu bewirken, ist nicht ausreichend, wenn gleichzeitig ein Todesfallrisiko von 4 % besteht.

²⁸⁶ Vgl. dazu ZAK 1985 325 E. 2.

b) Schädigungswahrscheinlichkeit

1) Allgemeines

Ist eine ausreichende Besserungswahrscheinlichkeit zu bejahen, 116 so muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob der fraglichen Massnahme nicht eine unzumutbare Schädigungswahrscheinlichkeit immanent ist. In der Regel kann davon ausgegangen werden, dass sich die Besserungswahrscheinlichkeit umgekehrt proportional zur Schädigungswahrscheinlichkeit verhält: Je höher die Aussicht einer Besserung ist, desto geringer ist damit eine Schädigung.

Es sind aber Fälle denkbar, in denen eine hohe Besserungs- 117 wahrscheinlichkeit mit einer ebenso hohen Schädigungswahrscheinlichkeit korreliert, sei es, dass in allen Fällen, in denen es nicht zu einer Besserung kommt, praktisch immer eine schwere Schädigung eintritt, oder dass auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles eine erhöhte Schädigungsgefahr besteht. Die Schädigungswahrscheinlichkeit ist deshalb gesondert zu prüfen.

2) Überwiegende Gefahr für Leib und Leben

Der Gesetzgeber erachtet Massnahmen als unzumutbar, die eine 118 "Gefahr für Leben und Gesundheit" darstellen²⁸⁷. Eine Schädigung muss nicht sicher, sondern nur überwiegend wahrscheinlich sein. Das EVG hat eine Operation mit einem Todesfallrisiko von 4 % als unzumutbar erklärt²⁸⁸, was im Ergebnis bedeutet, dass bereits eine geringe Schädigungswahrscheinlichkeit mit Bezug auf das Rechtsgut "Leben" eine Unzumutbarkeit zur Folge hat.

²⁸⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 4 ATSG und Art. 55 Abs. 2 UVV.

²⁸⁸ Vgl. BGE 105 V 178 f. E. 3 (Ersatz der Aortenklappe durch eine Prothese, die Öffnung der verengten Mitralklappe oder gar der Ersatz derselben und die eventuelle Implantation einer zusätzlichen Prothese wegen sekundärer Tricuspidalverletzung).

119 Ob auch eine geringe Schädigungswahrscheinlichkeit mit Bezug auf das Rechtsgut "Leib" (Nebenwirkungen, bleibende Beeinträchtigungen, Schmerzen, Entstellung etc.) eine Unzumutbarkeit impliziert, lässt sich der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht eindeutig entnehmen. Das EVG auferlegt sich jedenfalls grosse Zurückhaltung²⁸⁹ und hat in der Mehrzahl der Fälle, in denen operative Massnahmen zu beurteilen waren, eine Unzumutbarkeit bejaht²⁹⁰. Als zumutbar befunden wurden lediglich eine Teilamputation des Zeigefingers²⁹¹ und eine Arthrodesen²⁹² sowie – in der Regel – alle anderen medizinischen Massnahmen, die nicht mit einem Korpereingriff verbunden sind²⁹³.

120 Sind sowohl die Todesfall- als auch die Gefahr für einen Gesundheitsschaden gering, bejahen Lehre und Rechtsprechung ausnahmsweise eine Unzumutbarkeit, wenn die an sich ungefährliche Massnahme zu einer sichtbaren Entstellung führen würde oder mit übermässigen Schmerzen verbunden wäre²⁹⁴.

c) Höhe der in Frage stehenden Sozialleistungen?

121 MAURER berücksichtigt bei der Abwägung der Zumutbarkeit die Höhe der in Frage stehenden Sozialleistungen und setzt diese in eine

²⁸⁹ In der Literatur wird in Anbetracht der höchstrichterlichen Zurückhaltung angeregt, die Zumutbarkeit nicht "engherzig" auszulegen, vgl. z.B. MAURER A. (FN 189) 221 ff., 241.

²⁹⁰ Vgl. BGE 105 V 176 E. 3 (Herzoperation); ZAK 1992 126 (Unzumutbarkeit einer ophthalmologischen Begutachtung des Auges, nachdem der Versicherte infolge mehrerer chirurgischer Eingriffe die Sehkraft verloren und sich die Ärzte bereits in einer früheren Expertise zur Frage der zumutbaren Arbeitsfähigkeit geäussert hatten); ZAK 1985 327 (Unzumutbarkeit einer Spondylodese = operative Versteifung von Teilen der Wirbelsäule); U EVG vom 15.6.1973 i.S. M. (Zumutbarkeit einer Double-Arthrodesen links); EVGE 1965 35 = ZAK 1965 504 (Unzumutbarkeit einer Leistenbruchoperation, wenn ein früherer gleicher Eingriff beim Patienten zwei lebensgefährliche Lungenembolien verursacht hat).

²⁹¹ Vgl. SUVA-Jahresbericht 1961, 20 f.

²⁹² Vgl. LGVE 1999 II 43.

²⁹³ Siehe die Hinweise supra N 108.

²⁹⁴ Vgl. z.B. MAURER A. (FN 24) 303 f.

direkte Beziehung zur Schädigungsgefahr²⁹⁵. Daraus würde konsequent zu folgern sein, dass eine geringe Besserungswahrscheinlichkeit bzw. eine hohe Schädigungsgefahr ausnahmsweise zumutbar wären, wenn die mutmasslichen Leistungen einen beträchtlichen Umfang annehmen würden.

Die Schadenminderung dient der Sicherstellung einer sparsamen 122 Verwendung öffentlicher Mittel, weshalb die Höhe der beanspruchten Leistungen bei der Konkretisierung der Schadenminderungspflicht durchaus mitberücksichtigt werden darf²⁹⁶. Da der Gesetzgeber bei den medizinischen Massnahmen – als einer Unterkategorie von Schadenminderungsmassnahmen – primär nur auf die Schädigungsgefahr und die Notwendigkeit hinweist, darf dem *mutmasslichen Leistungsumfang keine entscheidende Bedeutung* zugemessen werden. Der Versicherte muss sich nicht risikobehafteten Operationen aussetzen, nur weil er ohne diesen Eingriff eine hohe Rente beanspruchen kann.

ii) Subjektive Umstände

Die Rechtsprechung verpflichtet den Rechtsanwender, bei der 123 Beurteilung der Zumutbarkeit von Schadenminderungsmassnahmen zu prüfen, ob alle Vorkehren getroffen wurden, die unter Berücksichtigung der "gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalles" zumutbar sind²⁹⁷. Unter objektiven Gesichtspunkten zu berücksichtigen sind namentlich die Schwere des Eingriffs (Dauer des Eingriffs, Vollnarkose etc.) und die Dauer einer Rekonvaleszenzzeit²⁹⁸.

Im Gegensatz zur Zumutbarkeitsbeurteilung im Rentenrecht sind 124 deshalb subjektive Umstände, insbesondere das Alter des Versicherten²⁹⁹, ebenfalls zu berücksichtigen. Ausnahmsweise kann sogar eine

²⁹⁵ Vgl. MAURER A. (FN 189) 221 ff., 241.

²⁹⁶ Vgl. supra N 2 f. und 85.

²⁹⁷ Vgl. BGE 113 V 22 E. 4a.

²⁹⁸ Vgl. ZAK 1985 325 E. 2.

²⁹⁹ Vgl. ZAK 1985 325 E. 2.

fehlende subjektive Bereitschaft zur Schadenminderung massgeblich sein, wenn der Versicherte aus nachvollziehbaren Gründen, z.B. begründete Angst, eine Massnahme ablehnt³⁰⁰.

E. Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Schadenminderungspflicht

1. Schadenminderungs- und Mitwirkungspflicht als Obliegenheiten

125 Schadenminderungs- und Mitwirkungspflicht stellen Obliegenheiten dar³⁰¹. Sie können im Gegensatz zu eigentlichen Rechtspflichten weder mit den ordentlichen prozessualen Zwangsmitteln³⁰² durchgesetzt noch kann ihre Verletzung bestraft werden³⁰³.

2. Leistungsverweigerung und prozessuale Nachteile

126 Eine vorsätzliche Verletzung der Schadenminderungspflicht führt primär zu einer (teilweisen) Leistungsverweigerung³⁰⁴, kann aber auch ausnahmsweise eine Ersatzpflicht für pflichtwidrig verursachte Mehrkosten zur Folge haben³⁰⁵. Betroffen von der Leistungsverweigerung sind die in Art. 21 ATSG erwähnten Ansprüche³⁰⁶.

³⁰⁰ Vgl. ZAK 1985 326 (Unzumutbarkeit einer Vestibularisneurektomie bei Morbus Menière wegen begründeter Angst vor Eingriff und Alters des Versicherten) und EVGE 1965 35 = ZAK 1965 504 (Unzumutbarkeit einer Leistenbruchoperation, wenn ein früherer gleicher Eingriff beim Patienten zwei lebensgefährliche Lungenembolien verursacht hat).

³⁰¹ Vgl. dazu MAURER A. (FN 189) 221 ff., 232 ff.

³⁰² Vgl. dazu Art. 54 f. und Art. 79 ATSG.

³⁰³ Vgl. z.B. Art. 70 IVG i.V.m. Art. 87–91 AHVG.

³⁰⁴ Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht hat nicht zwingend eine Leistungsverweigerung zur Folge (vgl. den Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 und 4 ATSG).

³⁰⁵ Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 HVI. Insoweit ist die in der Lehre vertretene Ansicht (vgl. z.B. RUMQ-JUNGO A. [FN 172] N 833), die Schadenminderungspflicht stelle ausnahmslos eine nicht durchsetzbare Obliegenheit dar, nicht zutreffend.

³⁰⁶ Vgl. supra N 40.

Kommen der Versicherte oder andere Personen, die Leistungen beanspruchen, den Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldigbarer Weise nicht nach, so kann der Versicherungsträger auf Grund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nicht-eintreten beschliessen³⁰⁷. 127

Eine Leistungsverweigerung setzt in beiden Fällen voraus, dass das vom Versicherten verlangte Verhalten nach überwiegender Wahrscheinlichkeit einen Erfolg bewirkt hätte. Das Unterlassen wirkungsloser Massnahmen bleibt folgenlos, weshalb in jedem Fall Leistungen in dem Umfang gewährt werden, die beim erwarteten Erfolg der Schadenminderungsassnahmen hätten entrichtet werden müssen³⁰⁸. 128

3. Mahn- und Bedenkzeit

Eine Leistungsverweigerung setzt in formeller Hinsicht voraus, dass der Versicherte vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen worden ist; zudem ist ihm eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen³⁰⁹. Ein Mahn- und Bedenkzeitverfahren ist auch bei einer Verletzung der Auskunfts- oder Mitwirkungspflicht erforderlich³¹⁰. 129

V. Schlussbetrachtung

Der Versicherte hat ohne Nachweis einer seiner Willensfähigkeit ausschliessenden Urteilsunfähigkeit alles ihm Zumutbare vorzukehren, eine Beeinträchtigung seiner Gesundheit zu verhindern und, ist sie gleichwohl eingetreten, allfällige nachteilige Folgen (Einbusse des 130

³⁰⁷ Vgl. Art. 43 Abs. 3 ATSG.

³⁰⁸ Vgl. Art. 61 UVV

³⁰⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

³¹⁰ Vgl. Art. 43 Abs. 3 ATSG. Den unter privatrechtlichen Grundsätzen Ersatz- oder Haftpflichtigen trifft keine Mahnpflicht trifft (vgl. Art. 6 VVG [Vertragsrücktritt]).

Leistungsvermögens, Mehrkosten etc.) gering zu halten. Das Mass der zumutbaren Willensanstrengung ist aber nicht in allen Fällen dasselbe.

- 131 Der *gesunde* Versicherte darf alles tun und lassen, nur nicht sich vorsätzlich schädigen. Sowohl ein leicht- als auch ein grobfahrlässiges Verhalten, das die Gesundheit beeinträchtigt, führt zu keiner Leistungseinbusse. Einzig im Bereich der Nichtberufsunfälle wird eine erhöhte Willensanstrengung verlangt. Der Versicherte, der elementaren Sorgfaltspflichten nicht genügt, insbesondere sich ausserordentlichen Gefahren oder Wagnissen aussetzt, riskiert eine Kürzung.
- 132 Nicht alle Formen einer vorsätzlichen Selbstschädigung werden dabei gleich behandelt. Der missglückte Selbstmord wird nur anerkannt, wenn der Versicherte vollständig urteilsunfähig war, während ein bewusstes Suchtverhalten erst dann mit einer Leistungsverweigerung verbunden ist, wenn der bereits gesundheitlich angeschlagene Versicherte seiner Schadenminderungspflicht nicht nachkommt.
- 133 Diese Ungleichbehandlung der verschiedenen Formen der vorsätzlichen Selbstschädigung ist widersprüchlich und m.E. sachlich nicht vertretbar (Art. 8 Abs. 1 BV). Der Versicherte, der einem erfahrungsgemäss gesundheitsschädigenden Lebensstil frönt, handelt stets eventualvorsätzlich, da er in Kauf nehmen muss, zu erkranken oder zu verunfallen. Der Verschuldensvorwurf entfällt nur dann, wenn eine Urteilsunfähigkeit vorlag, als der Versicherte den entscheidenden Schritt ins "Verderben" tat.
- 134 Der *gesundheitlich bereits angeschlagene* Versicherte wird vom Gesetzgeber angehalten, alle objektiv und subjektiv zumutbaren Vorkehren zu treffen, damit die Beanspruchung der Sozialversicherung möglichst gering gehalten werden kann. Gegenüber dem gesunden Versicherten wird von ihm mehr verlangt. Er wird nicht nur bestraft, wenn er zumutbaren Weisungen bewusst nicht nachkommt, sondern auch, wenn er ein schadenminderndes Verhalten unterlässt.
- 135 Das Unterlassen kann auch dann zu einer Leistungsverweigerung führen, wenn der Versicherte unbewusst handelte, er also keinen

Vorsatz besass. Damit wird ein bloss fahrlässiges Verhalten sanktioniert, das beim gesunden Versicherten von vornherein nicht zu einer Leistungsverweigerung führen kann. Mit diesem in sich widersprüchlichen Konzept von Art. 21 ATSG werden falsche gesundheits- und sozialpolitische Akzente gesetzt. In der Verantwortung für eine sparsame Verwendung öffentlicher Mittel stehen gesunde und kranke bzw. verunfallte Versicherte in gleicher Weise. Wenn schon, sollten Letztere oder zumindest ein bloss fahrlässiges Verhalten privilegiert werden.

Das, was im Einzelfall zumutbar ist, hat der Gesetzgeber nur ungenügend bestimmt. Der Richter muss daher – nötigenfalls nach Einholen eines (ärztlichen) Gutachtens – die *Zumutbarkeitsgrenze* konkretisieren. Dieser Vorgang verlangt, dass in einem ersten Schritt eine für alle Fälle gleiche und damit objektive Pflichtengrenze bestimmt und hernach in einem zweiten Schritt geprüft wird, ob die subjektiven Verhältnisse (Alter, begründete Angst, familiäres Umfeld, finanzielle Belastung etc.) ausnahmsweise eine Verschiebung der Leistungspflicht nach oben oder unten rechtfertigen. Dieses Vorgehen ist insbesondere bei der Prüfung, ob dem Versicherten medizinische Massnahmen zumutbar sind, angezeigt. 136

In bestimmten Fällen – so vor allem bei der Verwertung des erwerblichen Leistungsvermögens – macht der Gesetzgeber klare Vorgaben. Er will, dass die Zumutbarkeit nur objektiv geprüft wird. Dem Versicherten, der eine Invalidenrente beansprucht, sind alle gesundheitsbedingt theoretisch möglichen Tätigkeiten zumutbar, unabhängig davon, ob die fraglichen Berufe tatsächlich angeboten werden und die subjektiven Verhältnisse eine Verwertung verhindern oder erschweren. 137

Diese objektive und abstrakte Zumutbarkeitsgrenze des Rentenrechts befindet sich in einem ausgeprägteren Spannungsverhältnis zum Grundrechtsschutz als die sonst übliche Zumutbarkeitsprüfung. Da sie vom Gesetzgeber gewollt ist, kann sie zwar nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden (Art. 191 BV), ist aber trotzdem einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. 138

In Anbetracht des unterschiedlichen Anforderungsprofils, dem gesunde und kranke bzw. verunfallte Versicherte zu genügen haben, und dem Umstand, dass im Regelfall alle Umstände massgeblich sind, sollte die Zumutbarkeit gegenüber arbeitsfähigen Versicherten nicht allzu streng bzw. unter Miteinbezug der sog. invaliditätsfremden Faktoren konkretisiert werden, vor allem dann, wenn diese selbst Ausdruck eines grundrechtlich geschützten Lebensbereiches sind, namentlich nicht Anlass für eine Diskriminierung geben dürfen (Art. 8 Abs. 2 BV).