

liegt. Aus Art. 191 BV ergibt sich, dass die Feststellung und Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze den geltenden Bundesgesetzen und dem Völkerrecht nicht zuwiderlaufen dürfen.<sup>7</sup>

## 2. Das Verhältnis der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Gesetzesregel

Normative allgemeine Rechtsgrundsätze als jedes im Einzelfall Beachtung verlangendes, zu konkretisierendes und Rechtsfolgen erzeugendes Prinzip<sup>8</sup> sind in ihrer Anwendung grundsätzlich nicht auf die Füllung von Lücken des gesetzten Rechts beschränkt. Da sie im Verhältnis zum gesetzten Recht aber nur subsidiär anwendbar sind, liegt dort ihre größte Bedeutung.

Das Verhältnis allgemeiner Rechtsgrundsätze zur gesetzlichen Regelung erschöpft sich nicht in der Subsidiarität ihrer Anwendung. Einerseits können allgemeine Rechtsgrundsätze, die ihre Geltung allein der Anerkennung durch die Praxis verdanken, durch den Gesetzgeber in eine gesetzliche Regelung überführt werden. Andererseits dienen geltende gesetzliche Bestimmungen als Ausgangspunkt der Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, wenn der ihnen innewohnende Gedanke über den originären Anwendungsbereich hinaus in allen vergleichbaren Sachzusammenhängen und Rechtsverhältnissen angewendet wird.<sup>9</sup>

## 3. Die Entwicklung in der Sozialversicherung

Das Bundesgericht hat sich bereits früh<sup>10</sup> mit der Frage beschäftigt, inwieweit der Versicherte zur Vermeidung von Leistungen der Invalidenversicherung beitragen muss. Es wurde klargestellt, dass Versicherte, die Leistungen der Invalidenversicherung verlangen, selbst im Rahmen des Zumutbaren dazu beitragen müssen, die Folgen der Invalidität zu mildern und sich jeder zumutbaren Maßnahme unterziehen müssen, die von der Invalidenversicherung zur Eingliederung in das Erwerbsleben angeordnet wird.<sup>11</sup> Grundlage dafür waren Art. 10 Abs. 2, 31 Abs. 1 IVG. Diese Verpflichtung wurde später bestätigt. Das Gericht sah es als grob fahrlässige Verletzung der Pflicht zur Eingliederung an, dass der Versicherte seinen vor Jahren durch die Invalidenversicherung vermittelten Arbeitsplatz gekündigt hatte und nun Rentenleistungen beanspruchte.<sup>12</sup>

7 *Hangartner*, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), BV – Kommentar, Art. 191, Rn. 18; *Schubarth*, in: Thüret/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, § 68 Bundesgericht, Rn. 17.

8 *Meyer-Blaser*, Allgemeine Rechtsgrundsätze, s. Fn. 1, S. 126.

9 *Meyer-Blaser*, Allgemeine Rechtsgrundsätze, s. Fn. 1, S. 126 ff.

10 EVG vom 14.02.1973, BGE 99 V S. 48 ff. und vom 15.03.1977, BGE 103 V S. 18 ff.

11 BGE 99 V 48, so auch schon EVG vom 01.10.1971, BGE 97 V S. 173, 176 und EVGE 1967, S. 33 und 75.

12 BGE 103 V S. 18 ff.

Im Gegensatz zu den Entscheidungen betreffend die Eingliederungspflicht in der Invalidenversicherung konnte sich das Gericht in der Entscheidung BGE 105 V S. 176, 178<sup>13</sup> nicht auf eine gesetzliche Regelung stützen. Streitig war der Fall einer herzkranken Frau, die wegen Arbeitsunfähigkeit Taggeld aus der Krankenversicherung begehrte. Die zuständige Krankenkasse verweigerte dies und wies darauf hin, dass die Versicherte sich einer Herzoperation unterziehen könne, welche die Arbeitsunfähigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit beseitigen würde. Die Vornahme einer Herzoperation lehnte die Versicherte aber wegen des Misserfolgsrisikos von ca. 4 % ab. Das Bundesgericht führte unter Bezugnahme auf die in anderen Sozialversicherungsgesetzen bestehenden Vorschriften<sup>14</sup> aus, dass im Sozialversicherungsrecht der allgemeine Rechtsgrundsatz der Schadensminderung gelte. Die Pflicht der Versicherten zur Schadensminderung bestehe aber nur hinsichtlich zumutbarer Maßnahmen. Die im zu entscheidenden Fall streitige Vornahme einer Herzoperation wurde wegen der damit verbundenen Lebensgefahr als nicht zumutbar angesehen, so dass der Versicherten keine Pflicht zur Vornahme dieser Operation oblag.

In der Folgezeit griff die Rechtsprechung häufig auf den anerkannten Grundsatz der Schadensminderungspflicht zurück. So wurde mit der Schadensminderungspflicht des Versicherten dessen Verpflichtung begründet, bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit den Beruf zu wechseln.<sup>15</sup> Einer Versicherten wurde die Erstattung der Kosten einer Mammareduktionsplastik verweigert, da sie zuvor hätte versuchen müssen, die Beschwerden durch regelmäßige Physiotherapie zu lindern.<sup>16</sup> Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Schadensminderung wurde auch herangezogen, als es um die Bemessung der für einen Rentenanspruch maßgebenden Invalidität ging. So wurde entschieden, dass zur Ermittlung des Invalideneinkommens von einer erfolgreichen Eingliederung auszugehen sei, gleichgültig ob der Versicherte sie verweigert.<sup>17</sup> Auch wird der Versicherte als verpflichtet angesehen, sich bei der Wahl eines neuen Berufes von möglichst hohen Verdienstmöglichkeiten leiten zu lassen, um den invaliditätsbedingten Erwerbsausfall möglichst gering zu halten.<sup>18</sup> Ähnlich wurde die Verpflichtung zur zumutbaren Neuorganisation der Aufgabenverteilung im Haushalt begründet, wenn die Invalidität einer nicht erwerbstätigen Person im Aufgabenbereich Haushalt zu ermitteln ist.<sup>19</sup> Die Schadensminderungspflicht erschöpft sich nach der Rechtsprechung nicht mit der Teilnahme an Eingliederungsmaßnahmen. Soweit Anspruch auf Taggeld während der Eingliederung besteht, hat der Ver-

13 EVG vom 08.10.1979.

14 Art. 10 Abs. 2, 31 IVG; Art. 18 Abs. 3 und 4, 39 MVG.

15 EVG vom 18.10.1985, BGE 111 V S. 235, 239; vom 31.08.1989, BGE 115 V S. 403 ff.

16 EVG vom 30.04.2004, BGE 130 V 299, 307.

17 Verwaltungsgericht Graubünden, Urteil vom 05.12.2002, Az. S 02 246; vgl. auch *Riemer-Kafka*, Selbstverantwortung, S. 180; *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 116, Rn. 15.

18 Verwaltungsgericht Luzern vom 09.09.1980, LGVE 1980 II, S. 113, 114 und vom 27.09.2002, LGVE 2002 II S. 270, 272; Sozialversicherungsgericht Zürich vom 10.06.2004, Az. IV.2003.00405; EVG vom 30.07.2001, Az. I 396/00.

19 EVG vom 11.08.2003, Az. I 681/02; vom 06.01.2004, BGE 130 V S. 97, 102.

sicherte zumutbare Möglichkeiten zu nutzen, um eigenes Einkommen zu erzielen und durch die Anrechnung auf das Taggeld die Leistung zu mindern.<sup>20</sup>

Neben einer Konkretisierung des Anwendungsbereichs des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Schadensminderungspflicht beschäftigte sich die Rechtsprechung mit deren Rechtsnatur, deren Reichweite und dem von den Sozialversicherungsträgern zu beachtenden Verfahren, das bei einer Anordnung leistungsrechtlicher Konsequenzen zu beachten ist.

Die Schadensminderungspflicht und die ihr innewohnende Selbsteingliederungspflicht seien keine Rechtspflichten im dogmatischen Sinne, weil das verlangte Verhalten nicht erzwungen werden kann. Sie sei vielmehr eine Last, die der Versicherte auf sich nehmen muss, will er seinen Leistungsanspruch behalten.<sup>21</sup> Diese Last ist begrenzt auf ein Verhalten, das unter Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles zumutbar ist.<sup>22</sup> Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht hat leistungsrechtliche Konsequenzen in Form der Verweigerung oder Kürzung. Die Leistungsträger haben aber den Versicherten vorab auf das verlangte Verhalten und die Konsequenz der Leistungskürzung oder –verweigerung hinzuweisen und ihm eine angemessene Frist zur Entscheidung einzuräumen, sog. Mahn- und Bedenkzeitverfahren.<sup>23</sup> Nur dieses Verfahren sichere klare Verhältnisse, so dass der Versicherte jederzeit darüber informiert ist, welches Verhalten von ihm erwartet wird und er sich darauf einstellen kann.<sup>24</sup>

Die Rechtsprechung zum allgemeinen Rechtsgrundsatz der Schadensminderung ist in der Literatur prinzipiell unwidersprochen geblieben. Selbst dort, wo der Hinweis auf mögliche Konflikte der Schadensminderungspflicht mit verfassungsmäßigen Grundrechten gegeben wurde, verwies man darauf, dass dies in der Rechtsprechung berücksichtigt wird.<sup>25</sup>

#### 4. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze nach der Einführung des ATSG

Mit der Einführung des ATSG war eine Koordination des gesamten Sozialversicherungsrechts beabsichtigt. Dazu dient unter anderem gemäß Art. 1 Bst. a ATSG die Definition von Grundsätzen, Begriffen und Instituten des Sozialversicherungsrechts,

20 Sozialversicherungsgericht Zürich, Urteil vom 26.03.2003, Az. IV.2002.00127.

21 EVG vom 25.02.1987, BGE 113 V S. 22, 28 unter Berufung auf *Meyer-Blaser*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 133 f.

22 BGE 113 V 22, 28; EVG vom 24.02.1984, ZAK 1985, S. 325 ff.; *Locher*, Grundriss, S. 270.

23 EVG vom 23.05.1996, BGE 122 V S. 218, 219 unter Verweisung auf das in Art. 31 IVG; ähnlich zum Berufswechsel bei langer Arbeitsunfähigkeit EVG vom 18.10.1985, BGE 111 V S. 235 ff.

24 BGE 122 V S. 218, 219.

25 *Locher*, Schadensminderungspflicht, s. Fn. 1, S. 422 f.; *Schürer*, Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, AJP 1997, S. 3 ff.; *Rüedi*, Schadensminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz, in: Schaffhauser/Schlauri (Hrsg.), Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, S. 30, 33.