

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass den Krankenversicherten die Tragung der Kosten für eine nicht zweckmäßige Behandlung zugewiesen werden kann. Handelt es sich um eine Krankenversicherung nach dem System des *Tiers garant*,¹⁶⁹ so hat der Versicherte die Kostenerstattung unter Vorlage einer detaillierten Rechnung des Leistungserbringers zu beantragen. Anhand dieser Rechnung und der Krankengeschichte des Versicherten hat die Krankenversicherung dann die Möglichkeit, die Zweckmäßigkeit einer Behandlung zu überprüfen und eventuell auch die Erstattung wegen Unzweckmäßigkeit zu verweigern.

2. Berufswechsel, Art. 6 S. 2 ATSG

Die Arbeitsunfähigkeit wird nach Art. 6 S. 1 ATSG ausgehend von der letzten beruflichen Tätigkeit bzw. dem letzten Aufgabenbereich bemessen. Hierzu finden die Grundsätze Anwendung, die auch für die Ermittlung des Vergleichseinkommens bei Bemessung der Invalidität gelten.¹⁷⁰

Bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit wird nach Art. 6 S. 2 ATSG die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. Das bedeutet, dass der bisherige Beruf oder Aufgabenbereich für die Bestimmung der Arbeitsfähigkeit nicht mehr zwingend zu beachten ist und die versicherte Person auf einen ihren gesundheitlichen Beeinträchtigungen angemessenen Beruf oder Aufgabenbereich verwiesen werden kann. Anwendung findet Art. 6 S. 2 ATSG nur für die Taggelder der freiwilligen Taggeldversicherung nach dem KVG, nicht aber für die Taggelder der IV, UV und MV, die während Eingliederungsmaßnahmen gezahlt werden.¹⁷¹ Dieser Ausschluss trägt dem Grundsatz „Eingliederung vor Rente“ Rechnung, der gerade die Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit bezweckt und durch die Verpflichtung des Versicherten zum Berufswechsel wirkungslos werden könnte.

Die Regelung des Art. 6 S. 2 ATSG geht zurück auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Schadensminderung bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Dem Urteil des BG vom 18.10.1985¹⁷² lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Versicherte war gelernter Coiffeur, der wegen eines Kontaktekzems der Hände für den erlernten und bisher ausgeübten Beruf dauernd arbeitsunfähig war. Auf seinen Antrag wurde durch die IV eine Umschulung auf einen kaufmännischen Beruf bewilligt. Gleichzeitig beanspruchte der Versicherte Taggelder der Krankenversicherung. Das BG wies den gerichtlich verfolgten Anspruch ab. Zur Begründung verwies es darauf, dass auch in der sozialen Krankenversicherung eine Pflicht des Ver-

169 Art. 42 Abs. 1 KVG; s.a. 1. Kap. III. 3. a).

170 EVG vom 29.11.1988, BGE 114 V S. 281, 288. Dazu auch die Ausführungen von *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 6, Rn. 3; das EVG hat jedoch klargestellt, dass sich die Begriffe der Arbeitsunfähigkeit und der Invalidität nicht decken, EVG vom 29.11.1988, BGE 114 V S. 281, 288.

171 *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 6, Rn. 9.

172 EVG vom 18.10.1985, BGE 111 V S. 235 ff.

sicherten zur Schadensminderung bestehe.¹⁷³ Daraus sei abzuleiten, dass ein in seinem bisherigen Beruf dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten sei, „innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit dies möglich und zumutbar ist. Verwertet der Versicherte seine restliche Arbeitsfähigkeit nicht, obgleich er hiezu unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage und nötigenfalls einer bestimmten Anpassungszeit zumutbarerweise in der Lage wäre, so hat er sich die berufliche Tätigkeit anrechnen zu lassen, die er bei gutem Willen ausüben könnte.“¹⁷⁴ Als angemessene Anpassungszeit wurde ein Zeitraum von 3 bis 5 Monaten angesehen. Im entschiedenen Fall verneinte das BG allerdings eine Verpflichtung des Versicherten, eine andere Tätigkeit aufzunehmen, da er für berufliche Eingliederungsleistungen der IV vorgesehen war und somit seiner Pflicht zur beruflichen Neuorientierung bereits nachkam. Allerdings wurde eine Verweigerung des Krankengeldes für den Zeitraum in Erwägung gezogen, in dem der Versicherte den Beginn der Umschulung hinausgezögert hat.

Die Verpflichtung der versicherten Person, nach längerer Dauer der Arbeitsunfähigkeit die verbliebene Arbeitsfähigkeit in einem anderen Beruf zu verwerten, wurde in späteren Entscheidungen bestätigt. Dem Urteil des BG vom 29.11.1988 lag der Fall eines Bauhilfsarbeiters zugrunde, der aufgrund verschiedener orthopädischer Einschränkungen seinen bisherigen, körperlich anspruchsvollen Beruf nicht mehr ausüben konnte, für den aber volle Arbeitsfähigkeit für körperlich leichte Arbeiten festgestellt wurde. Das BG bestätigte, dass der Versicherte im Rahmen der Schadensminderung alles ihm Zumutbare unternehmen soll, „um die erwerblichen Folgen seines Gesundheitsschadens bestmöglich zu mildern, denn die Krankenkasse soll nicht Schäden ausgleichen müssen, welche der Versicherte durch zumutbare geeignete Vorkehrungen vermeiden oder beheben könnte.“¹⁷⁵ Als Schaden gilt der krankheitsbedingte Erwerbsausfall. Die Verpflichtung zur Schadensminderung geht allerdings nur so weit, wie ein Anspruch gegen die Krankenkasse durch die geforderten Maßnahmen tatsächlich endet oder herabgesetzt wird. Das BG führt aus, dass in der Krankengeldversicherung der krankheitsbedingte Erwerbsausfall versichert sei und daher der Grad der Arbeitsunfähigkeit mit dem Ausmaß des Erwerbsausfalls übereinstimme. Ist aufgrund der Schadensminderungspflicht ein Berufswechsel geboten, so entlastet dies die Krankenkasse nicht ohne weiteres vollständig von ihrer Leistungspflicht. Vielmehr bleibt sie für die Differenz zwischen dem Einkommen, das ohne die Arbeitsunfähigkeit erzielt werden könnte, und dem Einkommen im neuen Beruf weiterhin leistungspflichtig, sofern dieser Restschaden mindestens hälftiger Arbeitsunfähigkeit entspricht.¹⁷⁶ Die wirtschaftlich verwertbare Restarbeitsfähigkeit schließt somit den Anspruch auf das volle Krankengeld aus. Verwertet der

173 Unter Verweis auf BGE 105 V S. 178.

174 BGE 111 V S. 235, 239.

175 EVG vom 29.11.1988, BGE 114 V S. 281, 285.

176 Nach der damaligen Gesetzeslage bestand ein Anspruch auf Krankengeld nur bei voller Arbeitsunfähigkeit. Die Statuten der Krankenkasse konnten aber einen Anspruch auch bereits bei hälftiger Arbeitsunfähigkeit vorsehen. Das war hier der Fall..

Versicherte seine Restarbeitsfähigkeit nicht und verletzt damit seine Schadensminderungspflicht, ist der Anspruch auf Krankengeld unter Berücksichtigung des Einkommens zu bestimmen, welches er zumutbarerweise verdienen könnte. Eine Anrechnung des zumutbarerweise erzielbaren Einkommens ist aber erst nach einer angemessenen Übergangszeit vorzunehmen, in welcher der Versicherte die Gelegenheit zur Suche einer neuen Arbeitsstelle hat. Das Bundesgericht bestätigt grundsätzlich die Dauer der Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten, deutet jedoch an, dass in Fällen schwieriger Vermittelbarkeit längere Übergangsfristen einzuräumen sind.

Mit Art. 6 S. 2 ATSG hat der Gesetzgeber die auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Schadensminderung gestützte Rechtsprechung des Bundesgerichts in eine gesetzliche Regelung überführt. Der Wortlaut des Art. 6 S. 2 ATSG enthält gegenüber der bisherigen Rechtsprechung keine Neuerungen. Aus der Gesetzesbegründung ist lediglich eine Konkretisierung der längeren Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu entnehmen. Diese soll vorliegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit mehr als sechs Monate andauert.¹⁷⁷

Wie bereits in der dargestellten Rechtsprechung angedeutet, ist die versicherte Person nur zum Einsatz der verbliebenen Arbeitsfähigkeit in einem zumutbaren Beruf oder Aufgabenbereich verpflichtet. Dazu ist anhand der gegebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen zunächst zu bestimmen, welche Tätigkeiten überhaupt noch in Betracht kommen, ehe geprüft werden kann, ob solche Tätigkeiten auf dem Arbeitsmarkt in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen¹⁷⁸, welches Einkommen erzielt werden kann und ob die bei Anrechnung dieses Einkommens erzielte Einsparung an Taggeld in einem angemessenen Verhältnis zur Verpflichtung des Erkrankten zum Berufswechsel steht.¹⁷⁹ Im Anschluss daran ist die subjektive Zumutbarkeit des Berufswechsels für die versicherte Person zu prüfen. Dies erfordert eine Berücksichtigung der bisherigen erworbenen Qualifikation und Berufsstellung, der individuellen Vermittelbarkeit, sowie der persönlichen und familiären Verhältnisse.

Ergibt sich unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit eine Verpflichtung der versicherten Person zum Berufswechsel, so ist für die Bestimmung der Arbeitsunfähigkeit vom neuen Beruf auszugehen. Erforderlich ist nicht, dass durch den Berufswechsel wieder volle Arbeitsfähigkeit vorliegt und somit der Anspruch auf das Taggeld in vollem Umfang entfällt. Der Gesetzgeber ging vielmehr davon aus, dass durch den Berufswechsel die Arbeitsfähigkeit unter Umständen nur teilweise wieder hergestellt werden kann und sich der Leistungsanspruch dann nur vermindert.¹⁸⁰

177 *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 6, Rn. 10 unter Berufung auf BB1 1991 II 249.

178 Im Gegensatz zur Invaliditätsbemessung ist kein ausgeglichener Arbeitsmarkt zu unterstellen, *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 6, Rn. 12.

179 *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 6, Rn. 12; *Locher*, Schadensminderungspflicht, s. Fn. 1, S. 425 f.

180 *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 6, Rn. 12.

IV. Invalidität

Invalidität ist nach Art. 8 ATSG die voraussichtlich bleibende oder länger andauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit.¹⁸¹ Diese wiederum ist in Art. 7 ATSG definiert als der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Die Definition des in der Invaliden-, Unfall- und Militärversicherung versicherten Risikos enthält bereits wichtige Beschränkungen: Zum einen ist die versicherte Person nicht in ihrer beruflichen Stellung geschützt, d.h. Berufsunfähigkeit ist nicht abgesichert,¹⁸² zum anderen spielen die tatsächlichen Chancen am Arbeitsmarkt keine Rolle, da die Annahme eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes vorgegeben ist. Von einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt ist auszugehen, wenn er für den Versicherten verschiedenartige Betätigungsmöglichkeiten bereithält und die Umsetzung der verbliebenen Erwerbsmöglichkeiten kein reiner Glücksfall bleibt.¹⁸³

Die Bemessung der Invalidität bei Erwerbstätigen richtet sich nach Art. 16 ATSG. Dazu wird das Erwerbseinkommen festgestellt, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und eventueller Eingliederungsmaßnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte. Dieses wird in Beziehung zu dem Erwerbseinkommen gesetzt, welches ohne Eintritt der Invalidität erzielt werden könnte. Der in Art. 7 ATSG verlangte abstrakte Verlust von Erwerbsmöglichkeiten wird hier konkretisiert auf eine trotz Invalidität mögliche, zumutbare Tätigkeit im ausgeglichenen Arbeitsmarkt.

Ist über das Vorliegen von Invalidität von solchen Volljährigen zu entscheiden, die vor Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht erwerbstätig waren, muss nach Art. 8 Abs. 3 ATSG zunächst geprüft werden, ob eine Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann. Ist dies nicht der Fall, so bestimmt sich die Invalidität nach der Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Dies entspricht der bisherigen Regelung in Art. 5 Abs. 1 IVG. Von der Vorgabe der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit hatte sich die Rechtsprechung des EVG aber bereits in der Vergangenheit entfernt und an deren Stelle die Frage gestellt, welche Tätigkeit die versicherte Person ohne Eintritt der Invalidität ausüben würde.¹⁸⁴ Würde sie auch

181 Art. 8 Abs. 1 ATSG.

182 *Locher*, Schadensminderungspflicht, s. Fn. 1, S. 421.

183 EVG vom 26.11.1984, BGE 110 V S. 273, 276; *Rüedi*, Schadensminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz, s. Fn. 25, S. 34.

184 EVG vom 04.11.1971, BGE 97 V S. 241, 243; vom 03.11.1972, BGE 98 V S. 262, 264; vom 13.03.1980, ZAK 1980, S. 630, 632; Zur Entwicklung der Rechtsprechung *Meyer-Blaser*, Invalidenversicherung, Art. 5, S. 28. Ähnlich formuliert auch Art. 27bis IVV, dass bei Teilerwerbstätigen die Invalidität nur dann nach einer Ganztagsbeschäftigung zu bemessen ist, wenn davon auszugehen ist, dass sie ohne den Gesundheitsschaden einer Ganztagsbeschäftigung nachgehen würden.