



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Schadenminderungspflicht im Sozialversicherungsrecht – Besondere Ausprägungen im Recht der Invalidenversicherung

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, 19. April 2023

Veranstaltung der Demokratischen Jurist:innen Basel zum Thema «Wo Armut im Recht eine Rolle spielt»

Inhaltsübersicht

-
- I. Allgemeines zur Schadenminderungspflicht

 - II. Schadenminderungspflichten im ATSG

 - III. Besondere Schadenminderungspflichten im IVG

 - IV. Grundrechtliche Schranken

Die Schadenminderungspflicht im Sozialversicherungsrecht

- Allgemeiner Rechtsgrundsatz (auch) des Sozialversicherungsrechts, BGE 123 V 230 E. 3c und 117 V 275 E. 2b, je mit Hinweisen
- **BGE 140 V 267 vom 22.05.2014 E. 5.2.1**

Es stellt einen allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts dar, dass einem Leistungsansprecher im Rahmen der Schadenminderungspflicht Massnahmen zuzumuten sind, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Entschädigung zu erwarten hätte.

In diesem Sinne hat die versicherte Person das ihr Zumutbare zu unternehmen, um die Kosten, welche mittels Sozialversicherungsleistungen zu vergüten sind, möglichst tief zu halten; dabei bestehen bei einer hohen Inanspruchnahme von Leistungen entsprechend hohe Anforderungen an die versicherte Person hinsichtlich der Schadenminderungspflicht.

Schadenminderung / Eigenverantwortung / Selbstverantwortung

- Grundlagen in der BV (Art. 6, 12, 41)
- Liberales Grundverständnis: Staatliche Unterstützung ist gegenüber der Verantwortung der Individuen für den Lebensunterhalt und die Gestaltung des eigenen (aber auch der Gesellschaft gegenüber zu verantwortenden) Handelns subsidiär
- Schadenminderungspflicht oder vielmehr «Leistungsverhinderungspflicht» (der Versicherten) zu Gunsten der Schadenminderung (für die Versicherung)

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines zur Schadenminderungspflicht

II. Schadenminderungspflichten im ATSG

III. Besondere Schadenminderungspflichten im IVG

IV. Grundrechtliche Schranken

Implizite Schadenminderungspflicht bei Krankheit

ATSG, Art. 3 Krankheit

¹ Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Schadenminderung durch «Aushalten» von Zuständen

Krankheitsbegriff, Art. 3 Abs. 1 ATSG:

- Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die **eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert** oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Klärungsbedarf:

- Wann liegt eine Beeinträchtigung vor?
 - Die gesundheitliche Beeinträchtigung muss ein gewisses **Mindestmass erreichen**, damit ihr Krankheitswert zukommt. Auf übliche und erträgliche Abweichungen von Ideal- oder Normvorstellungen trifft dies nicht zu (BGE 137 V 295 E. 4.2.2 S. 298)
 - «übliche Schmerzen» sind auszuhalten?
- Wann ist die Beeinträchtigung behandlungsbedürftig?
 - Behandlungsbedürftigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 ATSG liegt vor, wenn (...) die versicherte Person ärztlicher Hilfe bedarf, die Gesundung ohne medizinische Hilfe wahrscheinlich nicht oder nicht mit Aussicht auf Erfolg innert angemessener Zeit zu erreichen wäre, oder wenn ihr nicht zugemutet werden kann, ohne wenigstens den Versuch einer Behandlung zu leben (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 1/05 vom 16. August 2005 E. 1.2).
 - Unzumutbarkeit, mit unüblichen Schmerzen zu leben?

Schadenminderung kann Schaden verursachen ... Schmerz als leistungsvernichtender Sachverhalt

- Anzeigepflicht nach Eintritt des Schadensereignisses (Art. 38 VVG)
 - Wer einen Unfall erlitten und **von Anfang an Schmerzen** verspürt hat, muss rechtzeitig einen Arzt beiziehen und den Unfall dem Versicherer fristgerecht melden (BGE 115 II 88, 91). Hat die Verletzung hingegen **das Wohlbefinden zunächst nicht merklich** beeinträchtigt, tritt Kenntnis vom versicherten Ereignis erst zum Zeitpunkt ein, **wo sich die Schmerzen verschlimmern**
 - Unfall mit Stier: Der Bauer meldet dem Versicherer den Unfall erst nach einem halben Jahr, **obwohl er von Anfang an Schmerzen verspürte**, und verletzt damit die Anzeigepflicht; Verschulden bejaht (BGE 115 II 88)
 - **Aber:** Fussverletzung durch Bierflasche: Wenn die Verletzung erst nach 7 Monaten **wirklich zu schmerzen** beginnt, ist die Anzeige zu jenem Zeitpunkt deshalb nicht verspätet (InstruktionsGer des Bezirkes Brig, 16. 12. 1975)
- Rettungspflicht/Schadenminderungspflicht (Art. 61 aVVG, neu Art. 38a)
 - ... ist der Anspruchsberechtigte gehalten, (...) sich den indizierten medizinischen Massnahmen zu unterziehen – wozu gegebenenfalls auch ein chirurgischer Eingriff gehört –, soweit daraus erfahrungsgemäss keine Gefahr für Leib und Leben resultiert (...) und die **Behandlung keine übermässigen Schmerzen** verursacht (BGer, 22.1.2002, 5C.301/2001, E. 5.a)

Weitere (implizite) Schadenminderungspflichten im ATSG

Art. 6 Arbeitsunfähigkeit

Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen 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.

Art. 7 Erwerbsunfähigkeit

¹ Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach **zumutbarer Behandlung** und **Eingliederung** verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.

² Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus **objektiver Sicht nicht überwindbar** ist.

III. Bestimmungen im ATSG

Art. 8 Invalidität

¹ Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit.

² Nicht erwerbstätige Minderjährige gelten als invalid, wenn die Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit voraussichtlich eine ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben wird.

³ Volljährige, die vor der Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit nicht erwerbstätig waren und denen eine **Erwerbstätigkeit nicht zugemutet** werden kann, gelten als invalid, wenn eine Unmöglichkeit vorliegt, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Artikel 7 Absatz 2 ist sinngemäss anwendbar.

Schmerz und Schadenminderungspflichten

Urteil U 417/04 vom 22.04.2005

- **Massvolle Einnahme von Schmerzmedikamenten zur Bekämpfung von Schmerzen** nach längerem Sitzen und Stehen ist dem 38-jährigen Versicherten mit unspezifischen posttraumatischen Beschwerden nach Beckenring-C-Fraktur und extraperitonealer Harnblasenruptur zumutbar.

Urteil 8C_741/2018 vom 22.05.2019

- 4.1. Nach der Rechtsprechung ist die fortgesetzte Krankheitsbehandlung, die insbesondere auch die **dauernde Einnahme ärztlich verschriebener Medikamente** umfasst, in aller Regel eine jederzeit zumutbare Form allgemeiner Schadenminderung; dazu zählt auch die dauernde Einnahme von ärztlich verschriebenen Schmerzmitteln, selbst wenn diese mit Nebenwirkungen verbunden ist (statt vieler: Urteil 8C_625/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.4.1 mit Hinweisen).
- 4.2. Die aus fachärztlicher Sicht indizierten und zumutbaren (ambulanten und stationären) Behandlungsmöglichkeiten hat die versicherte Person in kooperativer Weise optimal und nachhaltig auszuschöpfen (BGE 140 V 193 E. 3.3 S. 197; 137 V 64 E. 5.2 S. 70 mit Hinweis; SVR 2016 IV Nr. 52 S. 176, 9C_13/2016 E. 4.2 mit Hinweisen). **Welche konkreten Behandlungsmöglichkeiten indiziert und zumutbar sind, bestimmt der Facharzt oder die Fachärztin.** Solange aus fachärztlicher Sicht nicht oder nicht ausreichend genutzte zumutbare (ambulante oder stationäre) Behandlungsmöglichkeiten weiterhin indiziert sind, **genügt es aus objektivem Blickwinkel nicht**, dass die versicherte Person sämtliche **Therapievorschläge des Hausarztes oder der übrigen behandelnden Ärzte in kooperativer Weise umgesetzt** hat (vgl. BGE 137 V 64 E. 5.2 S. 70).

Schmerzen als Indikator für die (Un)zumutbarkeit zu arbeiten?

- Bundesgerichtlicher Umgang mit somatoformer Schmerzstörung:
 - BGE 130 V 252: Somatoforme Schmerzstörungen führen in der Regel nicht zu einer Arbeitsunfähigkeit (Begründung der bis BGE 141 V 281 geltenden Überwindbarkeitspraxis)
 - BGer Urteil 8C_976/2010 vom 23.02.2011 E. 5.6: Unbestritten ist, dass bei der Versicherten eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung vorliegt. Nach den Feststellungen des kantonalen Gerichts ist gestützt auf das Gutachten des Instituts B. _____ indessen davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin die Willensanstrengung zur Überwindung der Schmerzen aus psychiatrischer Sicht zuzumuten ist. (...) Dass **die permanenten Schmerzen eine Dauerbelastung** für sie und ihre Familie seien und die dadurch **verursachte soziale Schieflage** zu psychischen Beeinträchtigungen führe, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, **genügt nicht** für die Annahme einer ausnahmsweisen Unüberwindbarkeit der diagnostizierten somatoformen Schmerzstörung
 - BGE 131 V 49: Beruht die Leistungseinschränkung auf Aggravation oder einer ähnlichen Konstellation, liegt regelmässig keine versicherte Gesundheitsschädigung vor (...) Eine solche Ausgangslage ist etwa gegeben, wenn: eine **erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese** besteht; **intensive Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage** bleibt; keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird; demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken; schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist.

Rechtsprechung zu Art. 6 Satz 2 ATSG

BGer, Urteil 8C_489/2021 vom 08.02.2022 E. 5 und 6.2

Steht fest, dass die versicherte Person unter dem Blickwinkel der Schadenminderungspflicht einen Berufswechsel vorzunehmen hat, so hat der Versicherungsträger sie dazu aufzufordern und ihr zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse sowie zur Stellensuche eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen, während welcher das bisherige Taggeld geschuldet bleibt.

Diese Übergangsfrist bemisst sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles und ist in der Regel auf drei bis fünf Monate festzulegen. Nach deren Ablauf entspricht der für die Bemessung des Taggeldes massgebende Arbeitsunfähigkeitsgrad der Differenz zwischen dem Einkommen, das ohne Unfall im bisherigen Beruf verdient werden könnte, und dem Einkommen, das im neuen Beruf zumutbarerweise zu erzielen wäre. Diese Grundsätze gelten (unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Koordination mit den Taggeldern der Arbeitslosenversicherung) auch für arbeitslose Versicherte.

Die Grundnorm zur Invaliditätsbemessung

Art. 16 Grad der Invalidität

Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr **zumutbare Tätigkeit** bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre.

Gerechtigkeitsprobleme der Berechnung des Invaliditätsgrades

Hilfsarbeiter:in

Valideneinkommen bei 100% Erwerbstätigkeit:
40'000 CHF
(in der vB versichert: knapp 20'000 CHF)

Gesundheitsschaden (Hirntumor, kognitive Einschränkung, Arbeitsfähigkeit noch 6 Std. / Tag leichte Hilfsarbeiten)

Invalideneinkommen: 20'000 CHF

Invaliditätsgrad: 50 Prozent = Anspruch auf eine halbe IV-Rente plus eine halbe IV-Rente der bV

Mindestrente 1'225.00 CHF pro Monat
Maximalrente 2'450.00 CHF pro Monat

Manager:in

Valideneinkommen bei 100% Erwerbstätigkeit:
400'000 CHF
(in der bV versichert: ggf, 380'000 CHF)

Gesundheitsschaden (Hirntumor, kognitive Einschränkung, Arbeitsfähigkeit noch 6 Std. / Tag, leichte Hilfsarbeit)

Invalideneinkommen: 20'000 CHF

Invaliditätsgrad: 95 Prozent = Anspruch auf eine ganze IV-Rente der ersten Säule plus Anspruch eine ganze IV-Rente der bV

Minus-Invalidität

Negative Invalidität (9C_597/2017)

Der Versicherte (geb. 1955) arbeitete während langer Jahre als selbständiger Autospengler, wobei das Jahreseinkommen in den Jahren 2003 bis 2012 stark schwankte und zwischen CHF 12'900 und CHF 72'500 lag. Aufgrund gesundheitlicher Beschwerde meldete er sich bei der IV-Stelle zum Bezug von IV-Leistungen an, welche ihm verweigert wurden. Das kantonale Versicherungsgericht bestimmte das Valideneinkommen anhand des Lohnrechners des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB). Auf den effektiven (Durchschnitts-)Verdienst des Versicherten könne nicht abgestellt werden, weil ansonsten – aufgrund des tiefen Valideneinkommens – ein *negativer Invaliditätsgrad* resultiere, was eine «Absurdität» darstelle (E. 3.1).

Das Bundesgericht verwarf die Auffassung des kantonalen Versicherungsgerichts. Für die Bemessung des Valideneinkommens ist massgebend, was die versicherte Person im Gesundheitsfall konkret verdienen würde, und nicht, was sie bestenfalls verdienen könnte (E. 4.1). Unerheblich war dagegen, dass ein Abstellen auf den im Durchschnitt erzielten Verdienst als Autospengler in concreto zu einer «negativen Invalidität» führte: Dies war Folge davon, dass sich der Versicherte als Gesunder *aus freien Stücken* jahrelang mit bescheidenen Erwerbseinkommen begnügt hatte. Der freiwillig nicht verwertete Teil der Erwerbsfähigkeit ist klarerweise nicht versichert, was im Übrigen auch eine Einkommensparallelisierung im konkreten Fall ausschloss (E. 4.1).

BGer-Urteil 9C_570/2017 vom 16. November 2017

Zumutbarkeit eines Berufswechsels (E. 3.2) ... : «Nützt eine versicherte Person, deren Einsatzfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht eingeschränkt ist, ihr wirtschaftliches Potenzial nicht voll aus, ist der nicht verwertete Teil der Erwerbsfähigkeit nicht versichert. Denn wenn jemand vor Eintritt des Gesundheitsschadens aus gesundheitsfremden Gründen nur ein sehr geringes, nicht existenzsicherndes Einkommen verdient hat und nach Eintritt des Gesundheitsschadens immer noch Erwerbseinkünfte in unveränderter Höhe erzielen könnte, ist nicht der Gesundheitsschaden ursächlich für eine allfällige tatsächliche Einkommenseinbusse» (E. 3.1).

Das Problem der Tabellenlöhne

[https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2021/Coop
Rechtsschutz 2021 IV-LSE Rechtsgutachten.pdf](https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2021/Coop_Rechtsschutz_2021_IV-LSE_Rechtsgutachten.pdf)

<https://print.parlament.ch/printview/?subjectId=58396>

Die wichtigsten Bestimmungen zur Schadenminderungspflicht im ATSG (5)

Art. 21 Abs. 4

Entzieht oder widersetzt sich eine versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, **oder trägt sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu bei**, so können ihr die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden. Sie muss vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden; ihr ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. Behandlungs- oder Eingliederungsmassnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen, sind nicht zumutbar.

Auch das ...

Art. 43 ATSG

¹ Der Versicherungsträger prüft die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Mündlich erteilte Auskünfte sind schriftlich festzuhalten.

^{1bis} Der Versicherungsträger bestimmt die Art und den Umfang der notwendigen Abklärungen.

³ Soweit ärztliche oder fachliche Untersuchungen für die Beurteilung notwendig und zumutbar sind, hat sich die versicherte Person diesen zu unterziehen.

Rechtsprechung zu Art. 43 Abs. 3 ATSG

Urteil 8C_283/2020 vom 04.08.2020 E. 4.2.1: Untersuchungen durch eine Gutachterstelle zumutbar

Zumutbar ist die Mitwirkung, wenn der verfolgte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zur Beeinträchtigung des Pflichtigen steht. Für diese Beurteilung sind sowohl die objektiven als auch die subjektiven Umstände zu berücksichtigen. Dabei ist die Frage der subjektiven Zumutbarkeit ebenfalls objektiv zu klären: Es geht mithin nicht etwa darum, ob die betreffende Person aus ihrer eigenen, subjektiven Wahrnehmung heraus die Untersuchung als zumutbar erachtet, sondern darum, dass die subjektiven Umstände, etwa Alter, Gesundheitszustand, bisherige Erfahrungen mit Abklärungen, in einer objektiven Betrachtung dahingehend gewürdigt werden, ob diese Umstände die Untersuchung zulassen oder nicht (vgl. BGE 134 V 61 E. 4.2.1 S. 71).

Die objektive Zumutbarkeit hängt unter anderem damit zusammen, dass eine medizinische Untersuchung oder gar eine Begutachtung die persönliche Freiheit einer versicherten Person tangieren kann, wobei lediglich leichte Eingriffe in die Grundrechte der persönlichen Freiheit von den Versicherten in Kauf genommen werden müssen.

Die üblichen Untersuchungen in einer Gutachtensstelle sind ohne konkret entgegenstehende Umstände generell als zumutbar zu betrachten (Urteile 8C_481/2013 vom 7. November 2013 E. 3.4),

Zumutbarkeit psychiatrischer Behandlungen

BGer 9C_33/2015 vom 27.05.2015

Ein mehrwöchigen stationären Therapie mit psychotherapeutischen Kontakten im Einzel- und im Gruppensetting und einer anschliessenden teilstationären Therapie (6 bis 12 Wochen) sowie der Einnahme eines Antidepressivums mit entsprechender Plasmaspiegelkontrolle ist zumutbar.

BGer 8C_70/2014 vom 07.04.2014

Eine intensive, engmaschige psychiatrische Behandlung mit Anbindung an eine Tagesklinik oder eine vollstationäre Behandlung ist im vorliegenden Fall zumutbar. Eine fehlende Krankheitseinsicht wurde verneint. Die angewiesene Behandlung hätte mit der erforderlichen, nicht hohen Wahrscheinlichkeit eine Arbeitsfähigkeit von 50% bewirkt. Die Kürzung erfolgte zurecht.

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines zur Schadenminderungspflicht

II. Schadenminderungspflichten im ATSG

III. Besondere Schadenminderungspflichten im IVG

IV. Grundrechtliche Schranken

Bestimmungen im IVG

Art. 7 Pflichten der versicherten Person

¹ Die versicherte Person muss **alles ihr Zumutbare** unternehmen, um die Dauer und das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG) zu verringern und den Eintritt einer Invalidität (Art. 8 ATSG) zu verhindern.

² Die versicherte Person muss an allen **zumutbaren Massnahmen**, die zur Erhaltung des bestehenden Arbeitsplatzes oder zu ihrer Eingliederung ins Erwerbsleben oder in einen dem Erwerbsleben gleichgestellten Aufgabenbereich (Aufgabenbereich) dienen, aktiv teilnehmen. Dies sind insbesondere:

- a. Massnahmen der Frühintervention (Art. 7d);
- b. Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung (Art. 14a);
- c. Massnahmen beruflicher Art (Art. 15–18 und 18b);
- d. medizinische Behandlungen nach Artikel 25 KVG;
- e. Massnahmen zur Wiedereingliederung von Rentenbezügerinnen und Rentenbezügern nach Artikel 8a Absatz 2.

Art. 7a Zumutbare Massnahmen

Als zumutbar gilt jede Massnahme, die der Eingliederung der versicherten Person dient; ausgenommen sind Massnahmen, die ihrem Gesundheitszustand nicht angemessen sind.

Bedeutung der «verschärften» IVG-Zumutbarkeitsbestimmungen (1)

Urteil (Bundesgericht) 8C_741/2018 vom 22.05.2019 E. 3.3 ff.

3. Über Art. 21 Abs. 4 ATSG hinaus fordert Art. 7 Abs. 2 IVG die aktive Teilnahme an allen zumutbaren Massnahmen. Im Vergleich zur ATSG-Bestimmung setzt Art. 7 Abs. 2 IVG zudem nicht voraus, dass die Massnahmen eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit versprechen. Ob der Verzicht auf die Wesentlichkeit der Verbesserung «gewollt» ist, um dem Grundsatz der «Eingliederung statt Rente» vermehrt zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. ...), oder ob durch den Verweis in Art. 7b Abs. 1 IVG auf Art. 21 Abs. 4 ATSG auch im Zusammenhang mit Wiedereingliederungsmassnahmen nach Art. 8a IVG eine wesentliche Verbesserung in Aussicht stehen muss, konnte in BGE 145 V 2 E. 4.2.2 S. 8 f. offenbleiben. Neu gilt jedenfalls gemäss Art. 7a IVG (eingefügt mit Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008) als Ausfluss einer verstärkten Schadenminderungspflicht der Grundsatz der Zumutbarkeit jeder Massnahme, die der Eingliederung ins Erwerbsleben oder in einen Aufgabenbereich dient (BGE 145 V 2 E. 4.2.3 S. 9 mit Hinweisen). Damit strebte der Gesetzgeber in Bezug auf die Zumutbarkeitsfrage eine Verschiebung der Beweislast an. Die Beweislast für die Unzumutbarkeit einer Massnahme im Sinne von Art. 7 Abs. 2 IVG liegt somit neu bei der versicherten Person (vgl. Urteile 8C_830/2012 vom 13. März 2013 E. 2.2 und 9C_842/2010 vom 26. Januar 2011 E. 2.2 mit Hinweis auf Botschaft vom 22. Juni 2005 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [5. Revision], BBl 2005 4459 ff., 4560).

Bedeutung der «verschärften» IVG-Zumutbarkeitsbestimmungen (2)

BGer 8C_741/2018 vom 22.05.2019 E. 3.3 ff.

4.1. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht (BGE 113 V 22 E. 4a S. 28) ist die versicherte Person jederzeit gehalten, sich im Sinn der Selbsteingliederung einer zumutbaren Behandlung zu unterziehen, wenn die Möglichkeit dazu besteht (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. d IVG). Grundsätzlich sind die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht dort strenger, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Invalidenversicherung in Frage steht, namentlich wenn der Verzicht auf schadenmindernde Vorkehren Rentenleistungen auslöst (BGE 113 V 22 E. 4d S. 32 f.; Urteil I 824/06 vom 13. März 2007 E. 3.1.1, in: SVR 2008 IV Nr. 7 S. 19). Nach der Rechtsprechung ist die fortgesetzte Krankheitsbehandlung, die insbesondere auch die dauernde Einnahme ärztlich verschriebener Medikamente umfasst, in aller Regel eine jederzeit zumutbare Form allgemeiner Schadenminderung; dazu zählt auch die dauernde Einnahme von ärztlich verschriebenen Schmerzmitteln, selbst wenn diese mit Nebenwirkungen verbunden ist (statt vieler: Urteil 8C_625/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.4.1 mit Hinweisen).

Bedeutung der «verschärften» IVG-Zumutbarkeitsbestimmungen (3)

Urteil (Bundesgericht) 8C_741/2018 vom 22.05.2019 E. 3.3 ff.

4.2. Die aus fachärztlicher Sicht indizierten und zumutbaren (ambulanten und stationären) Behandlungsmöglichkeiten hat die versicherte Person in kooperativer Weise optimal und nachhaltig auszuschöpfen (BGE 140 V 193 E. 3.3 S. 197; 137 V 64 E. 5.2 S. 70 mit Hinweis; SVR 2016 IV Nr. 52 S. 176, 9C_13/2016 E. 4.2 mit Hinweisen). Welche konkreten Behandlungsmöglichkeiten indiziert und zumutbar sind, bestimmt der Facharzt oder die Fachärztin. Solange aus fachärztlicher Sicht nicht oder nicht ausreichend genutzte zumutbare (ambulante oder stationäre) Behandlungsmöglichkeiten weiterhin indiziert sind, genügt es aus objektivem Blickwinkel nicht, dass die versicherte Person sämtliche Therapievorschlüsse des Hausarztes oder der übrigen behandelnden Ärzte in kooperativer Weise umgesetzt hat (vgl. BGE 137 V 64 E. 5.2 S. 70).

Wo kein Wille, keine Leistung ...

BGer, Urteil 9C_84/2021 vom 02.08.2021 E. 3.2.2

Fehlt der **Eingliederungswille** bzw. die subjektive Eingliederungsfähigkeit, d.h. ist die Eingliederungsbereitschaft aus invaliditätsfremden Gründen nicht gegeben, darf die Rente ohne vorgängige Prüfung von Massnahmen der (Wieder-)Eingliederung und ohne Durchführung des Mahn- und Bedenkzeitverfahrens nach Art. 21 Abs. 4 ATSG herabgesetzt oder aufgehoben werden.

Berufliche Massnahmen können zwar unter anderem dazu dienen, subjektive Eingliederungshindernisse im Sinne einer Krankheitsüberzeugung der versicherten Person zu beseitigen. Es bedarf indessen auch diesfalls eines Eingliederungswillens bzw. einer entsprechenden Motivation der versicherten Person. Es sind insbesondere die gegenüber der Verwaltung und den medizinischen Experten gemachten Aussagen betreffend Krankheitsüberzeugung bzw. Arbeitsmotivation zu berücksichtigen. Ebenfalls von Belang sein können die im Vorbescheidverfahren und vor dem kantonalen Versicherungsgericht gemachten Ausführungen resp. gestellten Anträge.

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines zur Schadenminderungspflicht

II. Schadenminderungspflichten im ATSG

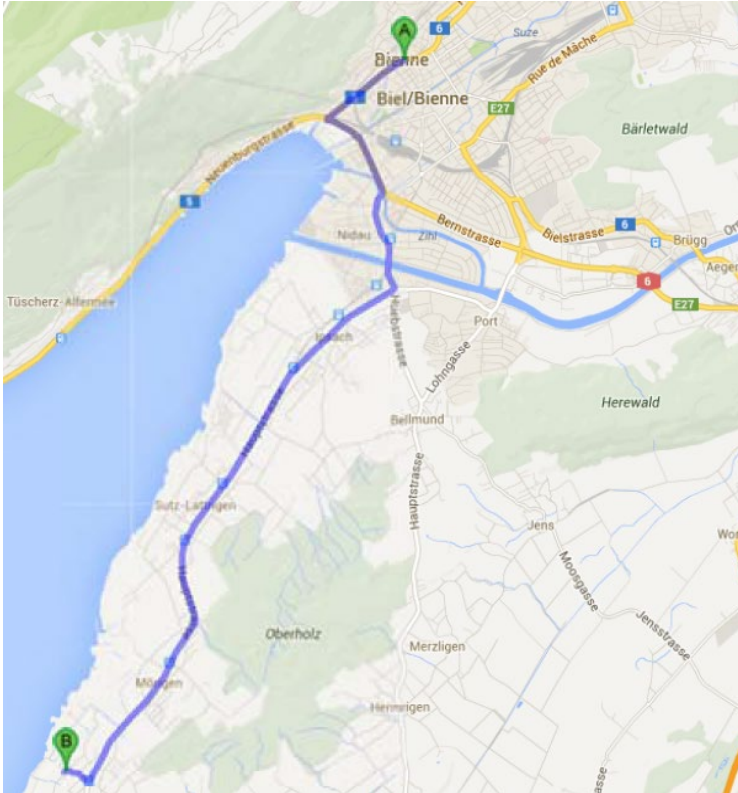
III. Besondere Schadenminderungspflichten im IVG

IV. Grundrechtliche Schranken

Schadenminderung im SV-Recht als Grundrechtsproblem

- Allgemeiner Rechtsgrundsatz
- Heute in Art. 21 ATSG und spezialgesetzlich (IVG, AVIG) ergänzt
- Schaden**verhinderung**spflicht, gilt v.a. bezüglich Erwerbstätigkeit (IV, ALV, Sozialhilfe)
- **Instrumente: Sanktionsbewehrte Pflichten zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, Sanktion selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit in der ALV)**
- Schaden**verminderung**spflicht
- **Teilnahme an angeordneten Eingliederungsmassnahmen, z.B. arbeitsmarktliche Massnahmen in der ALV, Eingliederungsmassnahme in der IV**

BGE 113 V 22 – «Entdeckung der faktischen Grundrechtsverletzung»



Sachverhalt:

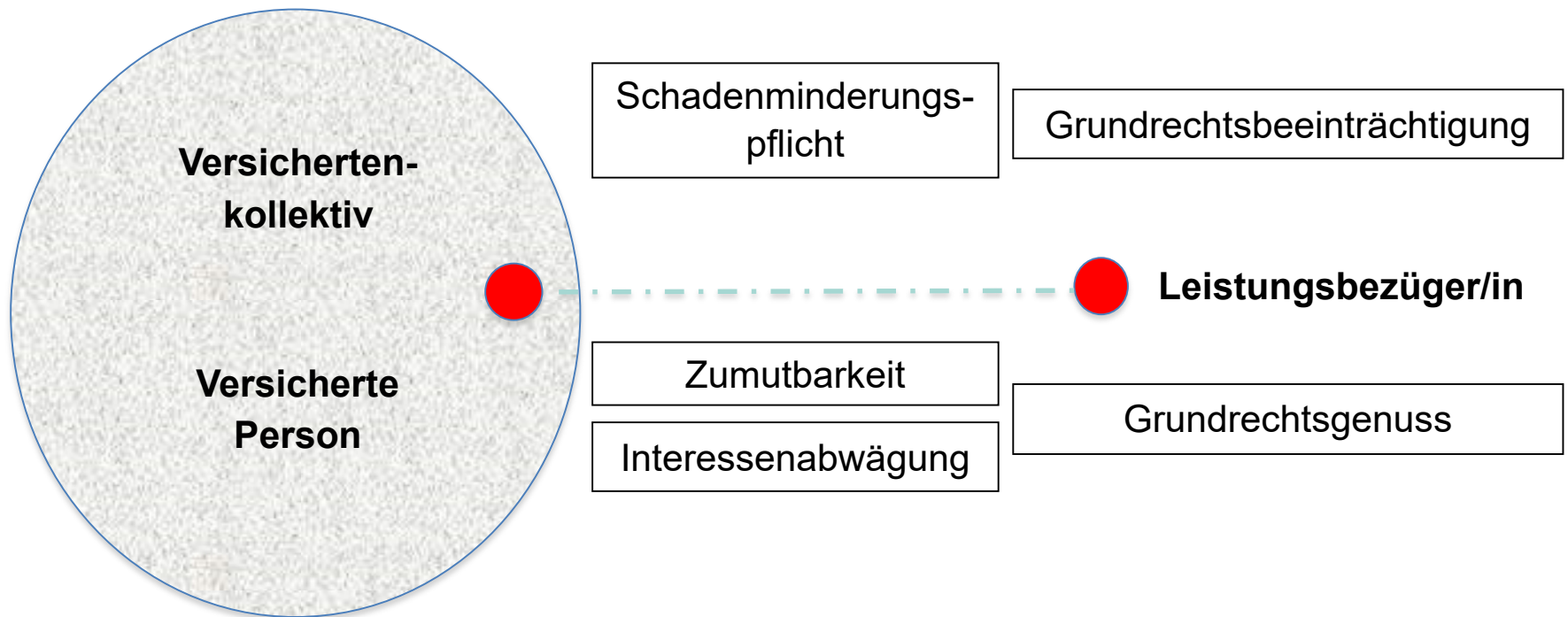
- Invalide Person, wohnt und arbeitet in Biel, Umzug nach Gerolfingen
- Geltendmachung einer IV-Leistung (behindertengerechtes Fahrzeug)
- IV-Stelle lehnt den Antrag mit Verweis auf Schadenminderungspflicht ab

Frage:

Soll die Versichertengemeinschaft für die Folgekosten der Änderung des Wohnortes aufkommen?

Bemerkung: Damals kein barrierefreier Zugang zum öffentlichen Verkehr

BGE 113 V 22 - Die in Frage stehenden Interessen



BGE 113 V 22, Erw. 4 a)

4. a) Nach der Rechtsprechung gilt im Gebiet der Invalidenversicherung ganz allgemein der Grundsatz, dass der Invalide, bevor er Leistungen verlangt, alles ihm Zumutbare selber vorzukehren hat, um die Folgen seiner Invalidität bestmöglich zu mildern; (...)

(...) Je nach den Umständen greift die Schadenminderungspflicht in die verschiedensten Lebensbereiche ein, wobei jedoch vom Versicherten nur Vorkehren verlangt werden können, die unter Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalles **zumutbar** sind (...).

BGE 113 V 22, Erw. 4 b) – d)

b) Die Schadenminderungspflicht kann in Konflikt zu den Grundrechten auf freie Wahl des Wohnsitzes und des Arbeitsortes – im weitem auch des Berufes (vgl. dazu ZAK 1972 S. 738 Erw. 1 und 2, 1967 S. 228 Erw. 2) – treten, was das Eidg. Versicherungsgericht bereits in einem seiner ersten publizierten Urteile betreffend die Abgabe von Motorfahrzeugen erkannt hat.

(...)

Es folgen Ausführungen zur bisherigen, strengen Praxis, danach Entscheid für eine Abkehr von der bisherigen (strengen) Praxis mit Verweis auf grundrechtliche Überlegungen.

Nicht erwähnt: BGE 109 V 275, Erw. 2c, betreffend Arbeitslosenversicherung (Die Vermittlungsfähigkeit kann nicht von Ansichten abhängen, die der Versicherte über gesellschaftliche oder politische Fragen geäußert hat).

BGE 113 V 22, Erw. 4 d)

(...) Die Ablehnung von Versicherungsleistungen auf der Grundlage der prioritären Schadenminderungspflicht des Versicherten stellt nun zwar keinen Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne dar, weil dem Leistungsansprecher dadurch nicht untersagt wird, den Wohnsitz oder Arbeitsort – auf eigene Kosten oder unter Inanspruchnahme Dritter – zu verlegen (...). Doch kann die Ablehnung der Versicherungsleistungen die Wohnsitzverlegung erschweren oder verunmöglichen, wodurch der Versicherte in der Wahrnehmung seiner Grundrechte mittelbar beeinträchtigt wird; es kann daraus eine faktische Grundrechtsverletzung resultieren (...).

BGE 113 V 22, Erw. 4 d): Bedeutung der Grundrechte für die Schadenminderungspflicht

(...)

Das bedeutet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, dass der Versicherte durch Berufung auf seine Grundrechte direkt Leistungsansprüche gegenüber dem Staat geltend zu machen vermag.

(...)

Anerkanntermassen ist aber bei der Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen sowie bei der Ermessungsüberprüfung den Grundrechten und verfassungsmässigen Grundsätzen Rechnung zu tragen, soweit dies im Rahmen von Art. 113 Abs. 3/114bis Abs. 3 BV (*heute: Art. 190 BV*) möglich ist.

BGE 113 V 22, Erw. 4 d): Pflicht zur Interessenabwägung

Abwägung Grundrechtsgenuss – Schadenminderung:

- Keine einseitige Berücksichtigung der Interessen an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis
- Grundrechtlich geschützte Betätigungsmöglichkeiten des Leistungsansprechers in seiner Lebensgestaltung sind angemessen zu berücksichtigen
- Je mehr Leistungen verlangt werden, desto höher die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht

BGE 113 V 22 – Das Wichtigste

Schadenminderungspflichten in der IV (nicht nur dort) können zu einer faktischen Grundrechtsverletzung führen.

Aus der faktischen Grundrechtsverletzung folgt kein Leistungsanspruch, jedoch müssen die relevanten Leistungsnormen verfassungskonform ausgelegt werden (was im Ergebnis in casu zu einem Leistungsanspruch führte).

Bei der Abwägung zwischen Schadenminderung und Grundrechtsgenuss werden die in Frage kommenden Leistungen gewichtet (je mehr Anspruch, desto weniger Grundrechtsgenuss).

Medizinische Massnahmen und Grundrechte (in Anlehnung BGE 113 V 22)

Die Ablehnung von Versicherungsleistungen ... stellt nun zwar kein Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne dar, weil der Leistungsansprecher sich dadurch **nicht zwangsweise einer medizinischen Massnahme** unterzieht. Doch kann die Ablehnung der Versicherungsleistungen **faktisch zu einer Zwangsbehandlung führen**, wodurch der Versicherte in der Wahrnehmung seiner Grundrechte, **namentlich des Grundrechts auf persönliche Freiheit und der Diskriminierungsverbote**, mittelbar beeinträchtigt wird (...).

Grenzen des Grundrechtsgenusses

(faktischer) Zwang zum Berufswechsel kein Verstoß gegen die Berufswahlfreiheit:

- EVG I 708/03: Aufgabe der Selbständigkeit für einen 54-jährigen Automechaniker zumutbar (auch nach 30 Jahren Selbständigkeit)
- EVG I 750/04: Berufswechsel für einen 34-jährigen Teilzeit-Scherenschleifer zulässig (4 Mte unterwegs, 8 Mte sesshaft ohne Erwerb)
- BGer, 9C_652/2012: Zumutbarkeit Berufswechsel für einen selbständigen Landwirt offen gelassen

Einschränkung der Religionsfreiheit:

- BGer, 9C_301/2007: Abdecken eines religiösen Symbols (in casu: Hakenkreuz) für einen medizinischen Masseur zumutbarer Eingriff in die Religionsfreiheit

(Mehr) Grundrechtsgenuss in der ALV

Keine Verletzung der Schadenminderungspflicht:

- BGE 122 V 267: Verweigerter Ausfüllen eines zu weit gehenden Arbeitgeberfragebogens (Datenschutz)
- EVG C-366/96: Bestehen auf das Tragen eines Kopftuches durch eine Muslima (Religionsfreiheit)
- EVG C-144/94: Ablehnung einer Arbeitsstelle mit notwendigem Kontakt zu einer Frau in einem geschlossenen Raum durch einen Muslim (Religionsfreiheit)
- EVG C-145/94: Ablehnung einer Arbeit mit Fleisch und Fischkontakt durch eine Brahmanin (Religionsfreiheit)

Verletzung der Schadenminderungspflicht trotz Grundrechtsproblematik:

- BGer, C_274/04: Arbeitsstelle in einem christlichen Hotel durch einen Atheisten.
- EVG C-197/04: Kursbesuch (arbeitsmarktliche Massnahme) für eine überzeugte Christin zulässig trotz «buddhistischer Färbung» des Kurses

BGE 138 I 205 – Bedeutung des Diskriminierungsverbotes

Sachverhalt:

- Angehörige der Fahrenen, halbnomadischen Lebensweise, vier Monate Arbeit im Antiquitätengeschäft des Ehegatten, acht Monate «on the road».
- IV-Abklärungen: 100% Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit, Berechnung des Invalideneinkommens nach Tabellenlöhnen = keine Invalidität.
- Problematik: Berechnung des Erwerbsunfähigkeitsgrades nimmt keine Rücksicht auf die halbnomadische Lebensweise (während acht Monaten ist gar keine dem Gesundheitsschaden angepasste Erwerbstätigkeit möglich).

Frage: Muss die IV im vorliegenden Fall die halbnomadische Lebensweise für die Berechnung des Grades der Erwerbsunfähigkeit berücksichtigen?

BGE 138 I 205 - Die Beurteilung durch die Vorinstanz und die Rügen

Verwaltung und Vorinstanz:

- Rechtsgleichheit gebietet, die Grundsätze der IV-Grad-Berechnung bei allen Personen gleich anzuwenden.
- Fahrende werden nicht diskriminiert.

Die Rügen der Beschwerdeführerin:

- Annahme, es gebe für sie zumutbare Tätigkeiten, verletze Bundesrecht.
- Im Ergebnis werde sie gezwungen, ihre Lebensweise aufzugeben und sesshaft zu werden.
- Verletzung von Art. 13 BV, Art. 8 EMRK.

BGE 138 I 205 - Die Korrektur durch das Bundesgericht (1)

- Erw. 3.1 bis 3.3: Darlegung der Grundsätze der Schadenminderungspflicht, Bezug auf die in BGE 113 V 22 entwickelte Formel
- Erw. 4: Aussagen über die Lebensweise der Fahrenden
- Erw. 5: Prüfung, ob Fahrende einen besonderen Schutz geniessen
- Erw. 5.1 und 5.2.: Art. 27 UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Schutzpflicht für Minderheiten
- Erw. 5.3: EMRK, keine ausdrückliche Bestimmung, aber aus Art. 8 EMKR ableitbare Schutzpflicht für Minderheiten
- Erw. 5.4 und 5.4: Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot, Merkmal «Lebensform», direkte und indirekte Diskriminierung)

BGE 138 I 205 - Die Korrektur durch das Bundesgericht (2)

- Erw. 6.1: Pflicht zur Berücksichtigung der besonderen Schutzverpflichtungen
- Erw. 6.2: Berechnung der Invalidität (Heranziehen der Tabellenlöhne für die Ermittlung des Invalideneinkommens) stellt eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Lebensweise der Fahrenen dar
- Mit Blick auf die Schutzverpflichtungen (Erw. 5) gegenüber den Fahrenen ist es unzulässig, «die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als zumutbar zu erachten, welche die Sesshaftigkeit der versicherten Person den Bruch mit ihrer Familie sowie mit ihrer traditionellen Lebensweise voraussetzt und darüber hinaus einer kulturellen Entwurzelung gleichkommen würde»
- Entscheid (Erw. 6.3): IV-Stelle muss die Berechnung der Invalidität neu vornehmen und dabei der halbnomadischen Lebensweise Rechnung tragen

Exkurs: Rechtspolitische Vorstösse

<https://print.parlament.ch/geschaeftpdf/geschaeftpdf?geschaeftnr=20223162&language=DE&inclZusammenfassung=false>

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20173892>

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20214160>

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20114012>



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.