

Moral Hazard und Sozialversicherung – Versichertenverhalten und Versicherungsfall im Sozialversicherungsrecht*

Von Andreas Hänlein, Kassel

I. Zur Themenstellung

Die Frage nach dem vertragswidrigen Verhalten des Versicherungsnehmers im Schadenfall ist offensichtlich aus der Perspektive der Privatversicherung formuliert, denn der Vertrag ist nicht die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen dem Sozialversicherungsträger und seinem Versicherten. Die Konditionen des Versicherungsschutzes sind dort vielmehr im Gesetz, bisweilen auch in der Satzung vorgegeben und zwar bei obligatorisch wie bei freiwillig Versicherten. Die Ausgangsfrage muss also zuallererst in die Sprache des Sozialversicherungsrechts übersetzt werden.

Wie also ist „moral hazard“ im sozialversicherungsrechtlichen Kontext zu bestimmen? Man nimmt damit gestaltende Einflussnahmen des Versicherten auf den Versicherungsfall in den Blick, bewusste oder unbewusste Verhaltensweisen, die dem Solidargedanken widerstreben.¹ Moral hazard meint die Inanspruchnahme von Leistungen der Sozialversicherung entgegen den Intentionen des Systems.² Basis der Beurteilung, ob ein Widerspruch zu den Intentionen des Systems eintritt, ist im Wesentlichen das Gesetz. Voraussetzung der Möglichkeit eines individuell rationalen Verhaltens, das im Widerspruch zu den Intentionen des Systems steht, ist eine gewisse Modellierbarkeit des Versicherungsfalls, dass also der Versicherte zumindest in gewissem Umfang Eintritt, Umfang und Verlauf des Versicherungsfalls beeinflussen kann.³

* Vortrag auf der Jahrestagung des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft am 14. März in München.

¹ Vgl. *Jungkunz*, Unerwünschte (legale und illegale) Verhaltensweisen im Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung unter besonderer Berücksichtigung des ambulanten ärztlichen Sektors, 1995, S. 101 unter Bezugnahme auf die angelsächsische wirtschaftswissenschaftliche Literatur; vgl. auch *Kittner*, Schuldrecht, 2002, Rdnr. 171.

² *Wolff*, Trittbrettfahren im System sozialer Sicherung, in: *Engel/Morlok* (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 247 ff. (250).

³ Vgl. *Jungkunz*, a. a. O. (Fn. 1), S. 103.

Moral hazard – Verhalten wird hier unterschieden von Verhalten, das in Bezug auf die Sozialversicherung eindeutig die Schwelle zur Illegalität überschreitet, wie es insbesondere bei der betrügerischen Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen der Fall ist. Solches Verhalten gibt es selbstverständlich nicht nur bei der Privatversicherung, sondern auch im Bereich der Sozialversicherung. Betrugsanfällig ist zum einen die gesetzliche Krankenversicherung, wobei hier wirtschaftlich wohl insbesondere betrügerisches Verhalten der Leistungserbringer ins Gewicht fällt.⁴ Die missbräuchliche Inanspruchnahme von Leistungen spielt überdies eine beachtliche Rolle im Arbeitsförderungsrecht. Dies belegt schon der Umstand, dass es allein im SGB III einen eigenständigen Abschnitt des Gesetzes gibt, der sich der „Bekämpfung von Leistungsmissbrauch“ widmet.⁵ Hiernach prüfen die Arbeits- und die Hauptzollämter u. a., ob Sozialleistungen nach dem SGB III zu Unrecht bezogen werden oder wurden und erhalten die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Befugnisse. Gleichwohl dürfte in der Sozialversicherung der Versicherungsbetrug insgesamt bei weitem nicht die Dimensionen erreichen, die bei der Privatversicherung vor allem im Hinblick auf die Sach- und die Haftpflichtversicherung zu beklagen sind. Aus diesem Grund und überdies im Blick auf die sich so erschließende Problemvielfalt konzentriert sich die folgende Darstellung auf unerwünschte, in Bezug auf die Sozialversicherung opportunistische Verhaltensweisen der Versicherten, die gewissermaßen diesseits der Schwelle zum Versicherungsbetrug anzusiedeln sind.

Im Folgenden soll also – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – der Frage nachgegangen werden, welche Spielräume für gestaltende Einflussnahmen des Versicherten im Sozialversicherungsrecht in Frage kommen. Des Weiteren soll nach Regelungen gesucht werden, die solche Einflussnahmen in Rechnung stellen und spezifische Reaktionen darauf vorsehen. Die Darstellung erfolgt in drei Abschnitten. Dieser Bestandsaufnahme (Phänomenologie, **II**) folgt ein Versuch, die aufgefundenen Regelungen zu systematisieren (Dogmatik, **III**). Abschließend werden die hinter den unterschiedlichen Instrumenten der Verhaltenssteuerung des Sozialversicherungsrechts stehenden Prinzipien herausgearbeitet (Prinzipien, **IV**).

⁴ Vgl. den Bericht von *Jungkunz*, a. a. O. (Fn. 1), S. 165 ff. (betreffend illegale Verhaltensweisen der Versicherten) und S. 206 ff. (betreffend illegale Verhaltensweisen der Ärzte und anderer Leistungserbringer).

⁵ Dritter Abschnitt des siebten Kapitels des SGB III, §§ 304–308: „Bekämpfung von Leistungsmissbrauch und illegaler Ausländerbeschäftigung“.

II. Phänomenologie

Einflussnahmen der Versicherten sind denkbar vor, bei und nach dem Eintritt des Versicherungsfalles. N a c h dem Eintritt des Versicherungsfalles geht es um Bemühungen um Schadensbegrenzung. B e i Eintritt des Versicherungsfalles kann sich die Frage stellen, ob bzw. in welchem Ausmaß eine möglicherweise leistungsrelevante Situation als Versicherungsfall eingeordnet wird. V o r dem Versicherungsfall kann der Versicherte auf unterschiedliche Weise Ursachen für den Eintritt des versicherten Schadenfalls setzen. Insoweit sind wiederum drei Erscheinungsformen zu unterscheiden, mit denen die Darstellung der Phänomene nun beginnt.

1. Herbeiführung des Versicherungsfalles bei Verstößen gegen die allgemeine Rechtsordnung

Zunächst gibt es Regelungen, die dem Versicherten die Solidarität versagen, weil er die allgemeine Rechtsordnung verletzt hat, wobei allerdings stets vorausgesetzt wird, dass der Versicherungsfall im Zusammenhang mit einer Verletzung der Rechtsordnung entstanden ist. Losgelöst von einem solchen Zusammenhang verhängt das Sozialrecht keine Sanktionen. Im Einigungsvertrag war zwar eine Art Rentenstrafrecht für Stasi-Leute vorgesehen.⁶ Das ließ sich jedoch in der Praxis nicht umsetzen.

Haben sich Versicherte eine Krankheit bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen, kann die Krankenkasse sie an den Kosten der Leistungen in angemessener Höhe beteiligen und das Krankengeld für die Dauer dieser Krankheit ganz oder teilweise versagen oder zurückfordern (§ 52 SGB V). Eine ähnliche Regelung gilt in der gesetzlichen Rentenversicherung im Hinblick auf solche Rentenansprüche, die wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen geleistet werden. Solche Renten können versagt werden, wenn sich der Berechtigte die gesundheitliche Beeinträchtigung bei einer Handlung zugezogen hat, die nach strafgerichtlichem Urteil ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen ist (§ 101 SGB VI). Auch in der gesetzlichen Unfallversicherung schließlich können Leistungen ganz oder teilweise versagt oder entzogen werden, wenn der Versicherungsfall bei einer von Versicherten begangenen Handlung eingetreten ist, die nach rechtskräftigem strafgerichtlichen Urteil ein Verbrechen oder Vergehen ist (§ 101 Abs. 2 SGB VII).

⁶ Einigungsvertrag Anlage II Kapitel VIII Nr. 9 lit. b S. 3 Nr. 2 Sachgebiet H Abschnitt III: (Ansprüche aus den Sonder- und Zusatzversorgungssystemen) sind „zu kürzen oder abzuerkennen, wenn der Berechtigte oder die Person, von der er die Berechtigung ableitet, gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen oder in schwerwiegendem Maße ihre Stellung zum eigenen Vorteil oder zum Nachteil anderer mißbraucht hat.“

Diese Vorschriften spielen offenbar in der Praxis keine große Rolle. Im Renten- und Unfallversicherungsrecht verwundert das schon deshalb nicht, weil hier die Hürde eines rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils eingebaut ist. Die Krankenkassen können Verbrechen oder vorsätzliche Vergehen immerhin selbst feststellen. Die Verhängung einer Krankengeldkürzung oder Kostenbeteiligung steht gegebenenfalls im Ermessen der Kasse, bei dessen Ausübung sie allerdings den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten muß.⁷ Beispielfälle gibt es kaum, zumal nicht aus jüngerer Zeit.⁸

2. Planmäßige Herbeiführung des Versicherungsfalles

a) Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung

Des Weiteren sehen eine Reihe von Regelungen vor, dass Leistungen nicht sollen beansprucht werden können, wenn der Eintritt des Versicherungsfalles planmäßig herbeigeführt worden ist.

In der Krankenversicherung gilt die erwähnte Sanktionsregel – Kostenbeteiligung nach Ermessen bzw. Versagung und Zurückforderung des Krankengeldes – auch dann, wenn sich Versicherte eine Krankheit vorsätzlich zugezogen haben (§ 52 SGB V). In der Rentenversicherung ist der Anspruch auf Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, auf Altersrente für schwerbehinderte Menschen oder auf eine große Witwenrente ausgeschlossen, wenn die betroffene Person die für die Rentenleistung erforderliche gesundheitliche Beeinträchtigung absichtlich herbeigeführt hat (§ 101 SGB VI).

Außerdem sind in der Rentenversicherung wie in der Unfallversicherung Ansprüche auf Hinterbliebenenrenten für solche Personen ausgeschlossen, die den Tod des Verstorbenen vorsätzlich herbeigeführt haben (§ 105 SGB VI, § 101 Abs. 1 SGB VII). Anders als früher enthält das Unfallversicherungsrecht heute keinen ausdrücklichen Leistungsausschluss mehr für den Fall, dass der Versicherte einen Arbeitsunfall absichtlich herbeigeführt hat (bisher: § 553 RVO). Im Fall der Absicht fehlt es nach Auffassung des Gesetzgebers des SGB VII nämlich bereits an einem Versicherungsfall im Sinne des § 7 SGB VII.⁹

⁷ LSG Niedersachsen, *Breithaupt* 1965, 889; BSG SozR 2200 § 192 Nr. 2.

⁸ Vgl. aber BSGE 34, 26 zu § 192 a.F.: Beteiligung an einer Zwei-Personen-Schlägerei; strafrechtlich zu fassen wäre das freilich nicht, denn das Vergehen der Schlägerei im Sinne des § 231 StGB erfordert mindestens drei Personen; eingehend zur sozialrechtlichen Rechtsprechung betr. die Beteiligung an Schlägereien und Raufhändeln *Faude*, Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht, 1983, S. 199–206.

⁹ BT-Drs 13/2204, S. 1254.

Für die Sanktionierung vorsätzlich oder absichtlich herbeigeführter Gesundheitsbeeinträchtigungen finden sich in der Rechtsprechung gewisse Beispiele, in der Krankenversicherung etwa der Fall eines Ehemannes, der seine Frau in den Armen eines anderen auf der Straße traf: Als er den Nebenbuhler verprügeln wollte, hinderten ihn seine Begleiter; aus Wut schlug er nun mit der Hand in die Glasscheibe eines Schaukastens und verletzte sich dabei.¹⁰ Eine gewisse Rolle spielten früher missglückte Selbsttötungen, die zu Erwerbsunfähigkeit führten.¹¹ Hier finden sich in der frühen Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts einige Fälle, in denen Renten der Invalidenversicherung versagt wurden, weil die durch einen Selbstmordversuch herbeigeführte Erwerbsunfähigkeit als „vorsätzlich“ herbeigeführt angesehen wurde.¹² Diese Rechtsprechung war freilich umstritten. Der Gesetzgeber schloss sich später der Kritik an und verwandelte das Vorsatzerfordernis in das noch heute maßgebliche Absichtserfordernis (§ 103 SGB VI).¹³ In § 52 SGB V ist freilich unverändert von Vorsatz die Rede, so dass eine Anwendung der Vorschrift auf missglückte Selbstmordversuche theoretisch in Betracht käme. Die Krankenkassen halten sich jedoch hier zurück.¹⁴

b) Arbeitslosenversicherung

Im Recht der Arbeitsförderung führt die planmäßige – vorsätzliche oder grob fahrlässige – Herbeiführung der Arbeitslosigkeit durch einen Arbeitnehmer, der sein Beschäftigungsverhältnis „löst“, zu einer Sperrzeit, wenn sich der Arbeitnehmer nicht auf einen wichtigen Grund berufen kann (§ 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Während der Sperrzeit, die grundsätzlich zwölf Wochen beträgt, ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld (§ 144 Abs. 2 S. 2 SGB III); die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes mindert sich um diese Frist, mindestens aber um ein Viertel der gesamten Anspruchsdauer (§ 128 Abs. 1 Nr. 4 SGB III). Diese Regelung spielt in der Praxis eine große Rolle.

Bemerkenswert ist, dass die Rechtsfolge der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Herbeiführung der Arbeitslosigkeit nicht zur vollständigen Leistungsfreiheit der Arbeitslosenversicherung führt, und dass zudem in der

¹⁰ BSG SozR 2200 § 192 Nr. 2.

¹¹ Eingehend hierzu *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 206–213.

¹² RVA AN 1899, 285; 1912, 823 (GS); 1916, 337; ein Beispiel aus der Krankenversicherung: AN 1915, 426.

¹³ Vgl. BSGE 21, 163 (165); BT-Drs 2/3080, S. 16; vgl. auch *Köbl* in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3, Rentenversicherungsrecht, § 21, Rdnr. 58.

¹⁴ Offenbar kritisch gegenüber dieser Zurückhaltung: *Schmidt* in: *Peters*, Handbuch der Krankenversicherung. SGB V, § 52 SGB V, Rz 34; vgl. aber auch *ErfK*² *Dörner*, 280 EFZG § 3 Rnr. 61.

Rechtsanwendung eine Tendenz zur Milderung der gesetzlichen Folgen auszumachen ist.¹⁵ In der rechtspolitischen Diskussion findet sich allerdings auch die Forderung nach einer Verschärfung der Sanktion durch Verlängerung der Sperrzeiten, durch Einführung von Karenzzeiten oder durch einen gänzlichen Leistungsausschluss.¹⁶

3. Herbeiführung des Versicherungsfalles durch riskantes Verhalten

Eine durchaus andere Qualität hat es, wenn der Versicherungsfall nicht planmäßig herbeigeführt wurde, sondern auf riskantem Verhalten des Versicherten beruhte.

a) Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung

Besteht der Versicherungsfall in einer Gesundheitsbeeinträchtigung, kann er auf riskantem Verhalten des Versicherten beruhen, weil der Versicherte einen Unfall durch akut gefährliches Verhalten, z. B. im Straßenverkehr oder durch Ausüben einer Risikosportart verursacht, oder aber, weil der Versicherte unvernünftig gelebt hat. Stichworte sind insoweit Rauchen, übermäßiger Alkoholgenuß, cholesterinreiche Ernährung oder Bewegungsmangel.

Sowohl im Hinblick auf die Lebensführung mit Krankheitsneigung wie auch hinsichtlich konkret gefährlichen Verhaltens gibt es gewisse sozialrechtliche Regelungen. Einige dieser Regelungen weisen die Versicherten auf die Bedeutung vernünftigen Verhaltens und gesunder Lebensführung für das solidarische System hin. Nach § 1 SGB V sind die Versicherten für ihre Gesundheit mit verantwortlich; sie sollen „durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung“ dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden. In ähnlicher Weise ermahnt das Recht der Pflegeversicherung die Versicherten, durch gesundheitsbewusste Lebensführung Pflegebedürftigkeit zu vermeiden (§ 6 Abs. 1 SGB XI). Beide Vorschriften sind freilich bloße Appelle und enthalten keinerlei Sanktion für den Fall der Missachtung.¹⁷

Vorschriften, die konkret oder abstrakt gefährliches Verhalten mit leistungsrechtlichen Konsequenzen sanktionieren, gibt es im Sozialversiche-

¹⁵ Vgl. *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, S. 513.

¹⁶ *Boecken*, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages, Bremen 1998, Band I, Gutachten B, S. 133 f.; *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 521, 540, 558.

¹⁷ Zu § 6 SGB XI *Trenk-Hinterberger*, Eigenverantwortung in der sozialen Pflegeversicherung, in: *Ruland/von Maydell/Papier*, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 1163 ff.

rungsrecht kaum, im Gegenteil: Im Unfallversicherungsrecht heißt es ausdrücklich, dass verbotswidriges Handeln einen Versicherungsfall nicht ausschließt (§ 7 Abs. 2 SGB VII). Gemeint sind damit vor allem Verstöße gegen Vorschriften des Arbeitssicherheitsrechts, insbesondere gegen Unfallverhütungsvorschriften, die gerade dem Zweck dienen, Arbeitsunfälle zu vermeiden. Nicht zu vergessen ist allerdings, dass Verstöße gegen Unfallverhütungsvorschriften immerhin Bußgeldtatbestände sind (§ 209 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII).

In der Krankenversicherung könnte man daran denken, bei offensichtlich riskantem Verhalten, das eine Krankheit verursacht hat, anzunehmen, der Versicherte habe sich die Krankheit im Sinne des § 52 SGB V (bedingt) vorsätzlich zugezogen. Entsprechende Ansätze der Praxis hat die Rechtsprechung jedoch zurückgewiesen und bereits eine zurückhaltende, enge Auslegung der Vorgängervorschrift des § 192 RVO angemahnt. So blieb etwa ein Fußballspiel, bei dem sich ein Versicherter Verletzungen zugezogen hatte, ebenso sanktionslos¹⁸ wie eine Trunkenheitsfahrt, die einen Unfall und Verletzungen zur Folge hatte¹⁹.

Die strengere Bewertung von Unfällen als Folge der Ausübung gefährlichen Sportarten im Entgeltfortzahlungsrecht lässt sich auf das Krankenversicherungsrecht nicht übertragen, denn ein anspruchshinderliches Verschulden nach § 3 EFZG liegt nach der Rechtsprechung schon vor bei einem „groben Verstoß gegen das eigene Interesse eines verständigen Menschen“.²⁰ Im Hinblick auf längerfristig gesundheitsschädliches Verhalten kommen Leistungseinschränkungen noch weniger in Frage. Das Bundessozialgericht hat zwar die Möglichkeit einmal in Betracht gezogen, Erwerbsunfähigkeit infolge von Alkoholismus könne u.U. auch einmal als absichtlich herbeigeführte Erwerbsunfähigkeit bewertet werden.²¹ Die Praxis wird jedoch von der Haltung geprägt, dass Sucht als Krankheit und nicht als sanktionswürdiges Laster zu beurteilen sei.²² Wer ungesunde Lebensführung in Leistungsausschlüsse ummünzen will, setzt deshalb auf Änderungen des Gesetzes.²³

¹⁸ BSGE 9, 232.

¹⁹ BSGE 13, 240.

²⁰ ErfK² / Dörner, 280 EFZG § 3 Rnr. 46; vgl. auch Schmidt in: Peters, a. a. O. (Fn. 14), § 52 SGB V, Rz 57.

²¹ BSGE 21, 163.

²² VDR-Kommentar RVO. Viertes und Fünftes Buch, Band II, § 1277 RVO Rz 2; Schmidt in: Peters, a. a. O. (Fn. 14), Rz 45 f. (betr. Alkoholismus), 49 (Gebrauch harter Drogen) u. 50 (Rauchen); vgl. auch BSGE 28, 114 (Trunksucht als Krankheit).

²³ So Geschwinder, Leistungsausschluss nach § 192 RVO bei Nikotin-, Alkohol- und Drogenmißbrauch?, ZfS 1981, 101 ff.; Rompf, Selbstverschulden im Krankenversicherungsrecht, SGB 1997, 105; jüngst auch die bayerische Sozialministerin, vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5. April 2002, S. 4.

Eine Ausnahmeerscheinung ist vor diesem Hintergrund die zahnersatzrechtliche Bonusregelung des SGB V: Wer gesetzlich krankenversichert ist, soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers die Zähne gründlich putzen. Außerdem soll er einmal im Kalenderjahr zum Zahnarzt gehen. Unterlassungen sind gesetzlich sanktioniert, wenn auch die Sanktion spät greift, nämlich wenn die Versorgung mit Zahnersatz ansteht. Hat sich der Versicherte nicht regelmäßig zahnärztlich untersuchen lassen, muss er von den Kosten des Zahnersatzes einen Eigenanteil von 50% statt nur von 40% selbst tragen; war der Versicherte demgegenüber nicht nur regelmäßig beim Zahnarzt, sondern hat er auch regelmäßig seine Zähne gepflegt, mindert sich der Eigenanteil sogar auf 35% (§ 30 Abs. 1 SGB V).

Radikaler noch war die Seehofersche Zahnersatzregelung, die die rot-grüne Koalition wieder abgeschafft hat. Für künftige Versichertengenerationen sollte ein Anspruch auf Zahnersatz generell ausgeschlossen sein, wenn nicht seine Notwendigkeit auf spezifische, ausdrücklich genannte Ursachen zurückging, und zwar auf einen Unfall, auf eine schwere, nicht vermeidbare Erkrankung des Kausystems, auf eine schwere Allgemeinerkrankung oder aber auf die Behandlung einer solchen Erkrankung (§ 30 Abs. 1a / 2 SGB V a.F.²⁴). Dahinter steckte ersichtlich der Gedanke, dass die Notwendigkeit der Versorgung mit Zahnersatz im Regelfall, wenn also keine der vier Ausnahmen eingriff, als selbstverschuldet zu betrachten sei, so dass das Gesetz gewissermaßen eine unwiderlegliche Verschuldensvermutung statuierte.²⁵

Zu bedenken ist ferner, dass gefahrenträchtiges Verhalten bisweilen zwar nicht ausdrücklich vom Gesetz sanktioniert wird, dass gleichwohl aber die Rechtsprechung Wege findet, bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen solches Verhalten mit Leistungsausschlüssen zu sanktionieren. Beispiele für solche „implizite Normierungen des Verschuldens“²⁶ oder „kryptonormative“ Leistungsausschlüsse²⁷ bietet das Unfallversicherungsrecht in Bezug auf die Prüfungsstation der Kausalität. Es geht hier

²⁴ I.d.F. des Art. 2 Nr. 7 des Gesetzes zur Entlastung der Beiträge in der gesetzlichen Krankenversicherung (Beitragsentlastungsgesetz) vom 1. 11. 1996, BGBl. I, S. 1631; Abs. 1a a.F. umbenannt in Absatz 2 (a.F.) durch Art. 1 Nr. 6 lit c des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (2. GKV-Neuordnungsgesetz – 2. GKV-NOG) vom 23. 6. 1997, BGBl. I, S. 1520; geändert durch Art. 3 Nr. 3 des Gesetzes zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz – GKV-SolG) vom 19. 12. 1998, BGBl. I, S. 3853.

²⁵ Vgl. hierzu bereits Hänlein, Sozialrechtliche Ansprüche auf medizinische Leistungen in Deutschland, ZIAS 1998, S. 304 (312 f.).

²⁶ Zacher, Verschulden im Sozialrecht, ZfS 1983, S. 171 ff. [176].

²⁷ Barta, Kausalität im Sozialrecht, 1983, S. 476.

um die Figur der sog. selbstgeschaffenen Gefahr²⁸, derzufolge die betriebliche Tätigkeit des Versicherten u.U. nicht als „wesentliche Bedingung“ für den Eintritt des Unfalls angesehen wird, wenn Versicherte sich besonders unvernünftig verhalten hat.²⁹ Dazu hat das Reichsversicherungsamt im Dezember 1919 folgendes ausgeführt: „Nur dann wird die Zurechnung zum Betriebe abzulehnen sein, wenn besondere betriebsfremde Zwecke auf Absicht und Verhalten des Versicherten derart eingewirkt haben, dass die Beziehung jener Tätigkeit zum Betriebe bei der Bewertung der Unfallursachen als unerheblich ausgeschieden werden muss. Letzteres träfe zu, wenn beispielsweise ein Unfall sich ereignete, indem ein versicherter Arbeiter auf einem Betriebsweg in der Fabrik einen verbotenen Bezirk betritt, um sich mit seinem Mut zu brüsten, oder indem eine versicherte Arbeiterin auf einem Betriebsgang einen verbotenen Durchgang oder Lastenaufzug benutzt, um mit ihrem dort beschäftigten Liebhaber ein Stelldichein zu verabreden, oder wenn ein versicherter Monteur auf einer Betriebsreise aus dem in voller Fahrt befindlichen Selbstfahrer springt, um seine sportliche Gewandheit zu zeigen.“³⁰

b) Arbeitslosenversicherung

Eine Sanktion für Verhalten, das die Verwirklichung des versicherten Risikos provoziert, findet sich außerdem im Arbeitsförderungsrecht, denn dort ist die Sanktion der Sperrzeit auch für den Fall angeordnet, dass der Versicherte durch ein arbeitsvertragswidriges Verhalten Anlass für eine Arbeitgeberkündigung bietet, sofern er dadurch vorsätzlich oder grobfahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeiführt (§ 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Praktisch bedeutsam sind hier insbesondere die Fälle des „unentschuldigten Fehlens“, das zum Anlass verhaltensbedingter Kündigungen genommen wird.³¹

Auch im Recht der Arbeitsförderung lässt sich im Übrigen eine rein appellative Verhaltensvorgabe identifizieren: „Die Arbeitnehmer haben bei ihren Entscheidungen verantwortungsvoll deren Auswirkungen auf ihre be-

²⁸ Vgl. etwa BSGE 43, 15 (18); 64, 159 ff.; *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 244 ff.; *Boecken*, Formen der Individualverantwortung in der Sozialversicherung, SDSRV 42 (1997), S. 7 ff. (22); *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 348 f.

²⁹ Streng genommen handelt es sich hier nicht um ein Kausalitätsproblem, sondern um eine Wertungsfrage; zutreffend *Faude*, a. a. O.: „Fehlverhalten kann zwar nicht den Kausalzusammenhang zwischen Unfall und versicherter Tätigkeit, es kann aber den fremdbestimmten Risikozusammenhang unterbrechen.“; vgl. auch *Ecker*, Das schadenstiftende Verschulden gegen sich selbst und die soziale Sicherung, in: Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft, 1981, S. 55 ff. (58–60).

³⁰ RVA AN 1920, 151 (154).

³¹ *Winkler* in: *Gagel*, SGB III, § 144, Rz 72.

ruflichen Möglichkeiten einzubeziehen. Sie sollen insbesondere ihre berufliche Leistungsfähigkeit den sich ändernden Anforderungen anpassen“ (§ 2 Abs. 2 SGB III).³²

4. Gestaltung des Versicherungsfalles

Auch dann, wenn eine Situation bereits eingetreten ist, die als Versicherungsfall in Betracht kommt, kann das Verhalten des Versicherten für das Eintreten der Sozialversicherung eine Rolle spielen. Dabei sind offene und versteckte Handlungsspielräume zu unterscheiden.

a) offene Gestaltungsspielräume

(1) Vorbemerkung: moral hazard bei der Nutzung gesetzlicher Spielräume

Was ausdrücklich vom Gesetz eröffnete Gestaltungsmöglichkeiten bei der Inanspruchnahme von Leistungen angeht, fragt man sich natürlich zunächst, ob solche Handlungsmöglichkeiten überhaupt unter der Überschrift moral hazard abgehandelt werden dürfen. Eine den Intentionen des Systems widersprechende Inanspruchnahme ist in solchen Fällen aber durchaus denkbar, wenn man eine Intention des Systems annimmt, die im Widerspruch zu einzelnen seiner Normen steht. Eine völlig legale Inanspruchnahme der gesetzlichen Möglichkeiten wäre dann gewissermaßen ein gemeinschaftlich kollusiv-missbräuchliches Verhalten durch den wählerorientierten Gesetzgeber und den augenzwinkernden Versicherten.³³ Dass es so etwas gibt, zeigt sich vor allem – im Rahmen einer Langzeitbetrachtung – daran, dass gewisse Ansprüche Finanzierbarkeit und Legitimation des Systems auf die Dauer bedrohen und deshalb letztlich wieder abgeschafft werden, wenn auch meist mit größten Mühen.

(2) Rentenversicherung

Eine große praktische Bedeutung haben offen ausgewiesene Handlungsspielräume in der Rentenversicherung. Diese Entscheidungsspielräume der Versicherten sind dem Problemkreis der Frühverrentung zuzuordnen.

³² Zum appellativen Charakter der Vorschrift *Bepler* in: *Gagel*, SGB III, § 2 Rdnr. 17; *Winkler* in: *Gagel* SGB III, § 144 Rdnr. 29; *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 365.

³³ Vgl. *Boecken*, a. a. O. (Fn 28), S. 18.

Mit der Rentenreform 1957 war das vorgezogene Altersruhegeld für Frauen und wegen Arbeitslosigkeit eingeführt worden.³⁴ Diese Renten konnten ggf. jeweils bereits ab dem 60. Lebensjahr beansprucht werden, wobei der einzige Nachteil für den Frührentner in einer geringeren Zahl von Versicherungsjahren bestand. Die Rentenreform 1972 hatte mit der flexiblen Altersgrenze allen langjährig Versicherten den Ruhestand nach freiem Belieben ab dem 63. Lebensjahr ermöglicht. Diese Gestaltungsmöglichkeiten wurden seit den 80er Jahren in breitem Umfang und mit gravierenden Folgen für die Rentenfinanzen genutzt;³⁵ erst seit zehn Jahren werden diese Frühverrentungsmöglichkeiten allmählich wieder abgebaut (§§ 236 ff. SGB VI); wie mühsam dieser Prozess ist, zeigt sich daran, dass er in drei Schritten erfolgte: mit dem RRG 1992, mit dem Wachstums- und Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 und schließlich mit der Riesterschen Rentenreform.³⁶

An die Stelle dieser Frühverrentungsmöglichkeiten ist nach dem RRG 1992 das Konzept der vorzeitigen Inanspruchnahme der Altersrente durch langjährig Versicherte getreten. Dabei führt der Zugangsfaktor als Element der Rentenformel dazu, dass eine Verlängerung der Rentenlaufzeit durch vorzeitige Inanspruchnahme zu einer geringeren Rentenhöhe führt (§§ 36, 77 SGB VI). Die Versicherten sollen so ihr Verhalten von einem wirtschaftlichen Kalkül abhängig machen. In dieser Ausgestaltung steht die gesetzlich eingeräumte Wahlmöglichkeit nicht mehr unter moral-hazard-Verdacht.

(3) Arbeitslosenversicherung

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld setzt in erster Linie voraus, dass ein hinreichend lang versicherter Arbeitnehmer arbeitslos geworden ist (§ 117 SGB III). Arbeitslos ist der Arbeitnehmer, wenn er nicht nur beschäftigungslos ist, sondern darüber hinaus auch eine Beschäftigung sucht (§ 118 SGB III). Eine Beschäftigung sucht, wer seine Beschäftigungslosigkeit mit allen Mitteln beenden will und den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung steht, was wiederum grundsätzlich Arbeitsfähigkeit und Arbeitsbereitschaft voraussetzt (§ 119 SGB III). Arbeitsbereitschaft ist ein subjektiv geprägtes Merkmal, dessen Vorliegen kaum nachzuprüfen ist. Es gibt nun Fälle, in denen das Gesetz den Arbeitslosen sogar davon dispensiert, Arbeitsbereitschaft auch nur vorzugeben. Nach § 428 Abs. 1 SGB III besteht Anspruch auf Arbeitslosengeld (und auch auf Arbeitslosenhilfe)

³⁴ Zur Entwicklung Köbl in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3, Rentenversicherungsrecht, § 27, Rdnr. 3.

³⁵ Vgl. etwa *Boecken*, a. a. O. (Fn 16), Gutachten B, S. B 89 f.

³⁶ Vgl. auch die Darstellung der Entwicklung bei *Boecken*, a. a. O. (Fn. 16), Gutachten B, S. B 79 ff., und bei *Köbl* in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3, Rentenversicherungsrecht, § 27 Rdnrn. 8 ff.

auch für Arbeitnehmer, die das Alter von 58 Jahren vollendet haben und die Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld allein deshalb nicht erfüllen, weil sie nicht arbeitsbereit sind und nicht alle Möglichkeiten nutzen und nutzen wollen, um ihre Beschäftigungslosigkeit zu beenden.³⁷ Hierzu ist treffend gesagt worden, dass der Gesetzgeber mit einer solchen „Förderung“ von vorzeitigem Ruhestand der zweckwidrigen Inanspruchnahme von Sozialleistungen Vorschub leiste.³⁸ Übrigens hat der Gesetzgeber selbst diese Vorschrift mit offensichtlich schlechtem Gewissen unter den „Sonderregelungen im Zusammenhang mit der Einordnung des Arbeitsförderungsrechts in das Sozialgesetzbuch“ versteckt und ihr Auslaufen ab dem 1. 1. 2006 angekündigt, das ursprünglich aber schon 2001 hatte eintreten sollen (vgl. § 428 Abs. 1 S. 3 SGB III).

b) Versteckte Handlungsspielräume

(1) Krankenversicherung

Versteckte Handlungsspielräume sind vor allem in der Krankenversicherung in Rechnung zu stellen, denn der Versicherungsfall der Krankheit ist nicht stets eine rein objektiv zu beurteilende Gegebenheit.³⁹ Bei leichteren Erkrankungen gibt es eine Zwischenzone, in der man sich entscheiden kann, ob man sich krank oder nur unwohl fühlt, ob man Leistungen in Anspruch nehmen will, oder ob man meint, ohne Versicherungsmittel die Lage zu bewältigen.

Mit solchen Spielräumen rechnen etwa die Regelungen über das Krankengeld, dessen Gewährung davon abhängt, ob der Versicherte sich für krankheitsbedingt arbeitsunfähig hält. Das SGB V versucht diese Entscheidung des Versicherten zu beeinflussen, indem sie die Inanspruchnahme von Krankengeld mit gewissen Nachteilen verbindet. Zum einen gibt es die Leistung erst von dem Tag an, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit folgt. Es ist also hier ein Karenztag eingeplant. Zum anderen beträgt das Krankengeld nach wie vor nur 70% des Regelentgelts (§ 47 SGB V), so dass kein uneingeschränkter Lohnersatz geleistet wird. Diese Anreize für eine zurückhaltende Inanspruchnahme spielen freilich in der Praxis keine große Rolle, weil das Krankengeld, meist jedenfalls zunächst, von der Entgeltfortzahlung überlagert ist, wo entsprechende Anreize fehlen.

³⁷ Entsprechend § 237 Abs. 2 SGB VI.

³⁸ *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 558.

³⁹ *Jungkunz*, a. a. O. (Fn. 1), S. 107–109.

Eine wirtschaftliche Abwägung über die Dringlichkeit einer Leistung verlangt das Gesetz ferner von Versicherten, die eine zuzahlungspflichtige Leistung in Anspruch nehmen. Dies gilt insbesondere für die Versorgung mit Arzneimitteln. Dort ist stets eine Zuzahlung des Versicherten vorgesehen, die in Abhängigkeit von der Packungsgröße 4 €, 4,5 € oder 5 € beträgt. Allerdings ist die Anreizwirkung der Zuzahlungsregelungen durch Härtefallvorschriften zum Teil wieder abgeschwächt (§§ 61, 62 SGB V). Wirtschaftliche Anreize für eine rationale Inanspruchnahme der Versorgung mit Arzneimitteln setzt darüber hinaus der Festbetragsmechanismus (§§ 35, 35a SGB V).

Neuerdings schließlich wurde die Lotsenfunktion des Hausarztes wieder verstärkt. Es steht den Versicherten zwar nach wie vor frei, nach eigenem „Gutdünken“ unmittelbar einen Facharzt aufzusuchen. Gehen sie jedoch gleichwohl erst aufgrund hausärztlicher Überweisung zum Facharzt, kann die Krankenkasse diese Zurückhaltung mit einem Bonus belohnen (§ 65a SGB V).

Andere Ansätze, Versicherte zur ökonomischen Ausgestaltung des Versicherungsfalls zu veranlassen, waren durch das 2. GKV-NOG⁴⁰ nach privatrechtsrechtlichem Vorbild eingeführt worden. Danach konnten die Kassen solchen Versicherten, welche die damals ebenfalls vorgesehene Option der Kostenerstattung gewählt hatten, eine Beitragsermäßigung anbieten, falls diese sich zur Übernahme eines Selbstbehalts bereitklärten (§ 53 SGB V a.F.). Außerdem konnten die Krankenkassen Beitragsrückzahlungen für den Fall der Nichtinanspruchnahme vorsehen (§ 54 SGB V a.F.). Beide Instrumente hat die rot-grüne Regierung mit dem GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz⁴¹ wieder abgeschafft.

(2) Rentenversicherung

In der gesetzlichen Rentenversicherung hängt die Inanspruchnahme von Altersrenten grundsätzlich vom Erreichen der jeweiligen Altersgrenze ab. Es hat sich nun herausgestellt, dass selbst das Erreichen eines bestimmten Lebensalters kein Datum ist, das vom Versicherten nicht beeinflusst werden kann. Vielmehr haben vielfach ausländische, insbesondere türkische Arbeitnehmer mit Blick auf die Altersgrenzen der Rentenversicherung durch

⁴⁰ Zweites Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung – 2. GKV- Neuordnungsgesetz (2. GKV-NOG) vom 30. 6. 1997, BGBl. I, S. 1520.

⁴¹ Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz –GKV-SolG) vom 19. 12. 1998, BGBl. I, S. 3853.

personenstandsrechtliche Entscheidungen der Gerichte des Herkunftslandes ihr Geburtsdatum geändert, sprich auf einen früheren Zeitpunkt verlegt, als sie ihn ursprünglich bei ihrer Anwerbung dem deutschen Rentenversicherungsträger angegeben hatten. In Reaktion hierauf wurde § 33a SGB I eingeführt, wonach ungeachtet späterer Änderungen stets von dem Geburtsdatum auszugehen ist, das ursprünglich gegenüber dem Sozialversicherungsträger angegeben wurde.⁴²

Gestaltungsmöglichkeiten sind in der gesetzlichen Rentenversicherung ferner und vor allem denkbar beim Versicherungsfall der Minderung der Erwerbsfähigkeit. Dies gilt insbesondere auch vor allem deshalb, weil nach wie vor Versicherte mit einem gewissen Restleistungsvermögen auch dann eine volle Erwerbsminderungsrente erhalten können, wenn ihnen die Verwertung des Restleistungsvermögens auf dem Arbeitsmarkt nicht gelingt. Bekanntlich hat die Riestersche Reform der Erwerbsminderungsrenten die Blümsche Abschaffung der „konkreten Betrachtungsweise“⁴³ wieder rückgängig gemacht.⁴⁴ Der Gesetzgeber hat immerhin in diesem rot-grünen Kurswechsel eine gewisse Gefahrenneigung gesehen, und zwar vor dem Hintergrund des erwähnten Auslaufens der vorgezogenen Altersrenten und der zunehmend ins Gewicht fallenden Rentenabschläge bei vorzeitiger Verrentung. Es sei zu befürchten, dass „viele Versicherte anstelle einer Altersrente mit Abschlägen die Erwerbsminderungsrente beantragen und – insbesondere bei Beibehaltung der konkreten Betrachtungsweise – auch erhalten werden“.⁴⁵ Es musste dem Gesetzgeber also darum gehen, nur teilweise erwerbsgeminderte Versicherte zu motivieren, sich möglichst nicht von ihrem Arbeitsplatz in die Erwerbsunfähigkeit der konkreten Betrachtungsweise zu verabschieden, um zu verhindern, „dass die im RRG 1992 vorgesehene Heraufsetzung der Altersgrenzen unterlaufen wird“.⁴⁶ Das Mittel der Wahl war die Einführung von Abschlägen auch bei Renten wegen verminderte Erwerbsfähigkeit, die vor der Vollendung des 63. Lebensjahres in Anspruch genommen werden (§ 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VI⁴⁷).

⁴² Eingehend zum Hintergrund Hänlein, Die „Änderung“ des Lebensalters nach türkischem Recht – Überlegungen zu rentenversicherungsrechtlichen Fernwirkungen eines schwierigen Modernisierungsprozesses, VSSR, 1998, S. 147 ff.

⁴³ Vgl. Köbl in: Schuln (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3, Rentenversicherungsrecht, § 26, Rdnr. 36.

⁴⁴ § 43 SGB VI i.d.F. Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20. 12. 2000, BGBl. I, S. 1827.

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 14/4230, S. 23 f.

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 14/4230, S. 26.

⁴⁷ I.d.F. Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20. 12. 2000, BGBl. I, S. 1827; zur Kompensation wurde die Anrechnung von Zurechnungszeiten günstiger ausgestaltet, vgl. § 59 SGB VI in der Fassung des besagten Gesetzes und dazu BT-Drs. 14/4230, S. 26.

(3) Arbeitslosenversicherung

Den Versicherungsfall der Arbeitslosigkeit soll der Versicherte nicht selbst planmäßig durch Lösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen. Andernfalls tritt die erwähnte Sperrzeit ein. In der Praxis wird diese Folge vor allem bei älteren Arbeitnehmern vielfach vermieden, indem Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren, dass das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt gekündigt werden soll, dass der Arbeitnehmer auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet und vom Arbeitgeber eine Entlassungsschädigung erhält. Zwar könnte dem Arbeitnehmer aus sperrzeitrechtlicher Sicht die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nicht angemessen werden;⁴⁸ in solchen Fällen liege es aber strenggenommen nahe, Aufhebungsverträge im Sinne des Sperrzeitenrechts anzunehmen.⁴⁹ Es gibt auch eine Dienstanweisung der Bundesanstalt, die sich um die Anwendung des Sperrzeitenrechts in solchen Fällen bemüht⁵⁰. Gleichwohl sind die Aufklärungsmöglichkeiten der Arbeitsverwaltung bei geschicktem Verhalten der Beteiligten sehr beschränkt. Jedenfalls ist von dieser Gestaltungsmöglichkeit vor allem im Rahmen „der großen Frühpensionierungswelle zu Beginn der 90er Jahre massenhaft Gebrauch gemacht worden“.⁵¹

Das Gesetz bemüht sich immerhin darum, die Anreize für diese Option mit zwei Instrumenten zu beeinflussen: An die Adresse der Arbeitgeber richtet sich die Verpflichtung, in gewissen Frühpensionierungsfällen das Arbeitslosengeld zu erstatten (§ 147a SGB III).⁵² Frühpensionierungsanreize für die Arbeitnehmer sollen vermindert werden durch das vollständige oder teilweise Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld bei Zahlung einer Entlassungsschädigung (§ 143a SGB III).⁵³ Die Vorschrift erfaßt freilich heute aus verfassungsrechtlichen Gründen nur Abfindungen, die bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewährt werden⁵⁴ und deshalb mutmaßlicherweise Entgeltbestandteile enthalten.

⁴⁸ *Winkler* in: *Gagel*, SGB III, § 144 Rdnrn. 51 und 59; skeptisch allerdings BSG SozR 3 – 4100 § 119 AFG Nr. 9 S. 44: das Gericht zieht dort eine Rechtsfortbildung im Sinne eines „offeneren Lösungsbegriffs“ in Betracht.

⁴⁹ *Winkler* in: *Gagel*, SGB III, § 144 Rdnr 58; BSG a. a. O., S. 40 ff.

⁵⁰ DA 1.113, dazu *Winkler* in: *Gagel*, SGB III, § 144 Rdnrn. 53 – 57.

⁵¹ *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 527.

⁵² Dazu *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 534 – 539.

⁵³ Dazu *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 529 – 534.

⁵⁴ *Gagel*, SGB III, § 143a Rdnr. 23.

5. Bemühungen um Schadensbegrenzung

Es bleibt noch der Einfluss zu erörtern, den Versicherte auf den Verlauf eines einmal eingetretenen Versicherungsfalles nehmen können, und diejenigen Normen zu benennen, die das entsprechende Verhalten der Versicherten beeinflussen sollen. Nach der Ursprungsfassung der RVO hatten die Krankenkassen „die Überwachung der Kranken sowie ihr Verhalten“ zu regeln.⁵⁵ Verstöße gegen diese Krankenordnungen konnten die Kassen selbst durch ordnungsstrafrechtliche Mittel ahnden.⁵⁶ Solche starken Disziplinierungsinstrumente gibt es in der Sozialversicherung heute nur noch in bezug auf die Verhütung von Arbeitsunfällen.

Immerhin verpflichtet das Gesetz in § 63 SGB I im Ausgangspunkt auch heute diejenigen, die wegen Krankheit oder Behinderung Sozialleistungen beantragen oder erhalten, sich einer Heilbehandlung zu unterziehen, wenn zu erwarten ist, dass so eine Besserung des Gesundheitszustandes erreicht oder eine Verschlechterung verhindert wird. Nach § 64 SGB I können Versicherte, die Sozialleistungen wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit oder Arbeitslosigkeit beantragen, zur Teilnahme an berufsfördernden Maßnahmen verpflichtet werden.⁵⁷

Diese Verhaltensregeln sind dadurch sanktioniert, dass die Träger nach schriftlicher Belehrung und Fristsetzung die Leistung nach Ermessen bis zur Nachholung der Mitwirkung ganz oder teilweise versagen oder entziehen können (§ 66 SGB I). Freilich sind die Mitwirkungspflichten der Versicherten durch Zumutbarkeitsvorbehalte aus Rücksicht auf ihre körperliche Integrität und die freie Gestaltung der Lebensführung deutlich relativiert (§ 65 SGB I). Überdies hat § 66 SGB I lediglich die Funktion einer „Beugevorschrift“, die nur zur Durchsetzung noch möglicher Reha-Maßnahmen eingesetzt werden kann.⁵⁸ Insgesamt kommt es jedenfalls in der Praxis wohl kaum zur Versagung oder Entziehung von Leistungen nach § 66 SGB I.⁵⁹

⁵⁵ So § 347 RVO; vgl. *Hahn*, Handbuch der Krankenversicherung, Erster Band, 1915, S. 554.

⁵⁶ § 529 RVO: „Gegen einen Versicherten, der die Krankenordnung oder die Anordnungen des behandelnden Arztes übertritt oder die ihm nach § 190 obliegende Mitteilung unterläßt, kann der Vorstand der Kasse Strafen bis zum dreifachen Betrage des täglichen Krankengeldes für jeden Übertretungsfall festsetzen“; vgl. *Hahn*, a. a. O., S. 812.

⁵⁷ Die Vorschrift in § 9 Abs. 2 S. 2 SGB VI („Versicherte sind verpflichtet, an der Rehabilitation aktiv mitzuwirken“) wurde aus Anlass der Einführung des SGB IX im Jahr 2001 ersatzlos gestrichen; die Vorschrift war allerdings ohnehin sanktionslos, vgl. *Köbl* in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3, Rentenversicherungsrecht, § 21, Rdnr. 63.

⁵⁸ *Köbl*, ebd., § 21, Rdnr. 67 f.

⁵⁹ *Köbl*, Selbstbestimmung im Sozialversicherungsrecht, ZfSH/SGB 1996, 292 (299).

Eine speziellere und wohl wirksamere Regelung gibt es in Bezug auf kieferorthopädische Behandlung: Dort tragen Versicherte einen Eigenanteil i.H.v. grundsätzlich 20%. Dieser Eigenanteil wird ihnen von der Kasse erstattet, wenn die Kieferregulierung dem Behandlungsplan entsprechend abgeschlossen wurde (§ 29 Abs. 3 SGB V). Hinzuweisen ist ferner auf die Möglichkeit der Krankenkassen, Bezieher von Krankengeld zur Teilnahme an Reha-Maßnahmen zu veranlassen, wenn sie das Ruhen des Krankengeldanspruchs vermeiden wollen (§ 51 SGB V).

Wirksamere Instrumente gibt es vor allem aber auch im Arbeitsförderungsrecht. So kann das Arbeitsamt leistungsgeminderte Bezieher von Arbeitslosengeld zur Teilnahme an Reha-Maßnahmen auffordern. Stellt der Arbeitslose keinen entsprechenden Antrag, ruht der Leistungsanspruch (§ 125 Abs. 2 S. 3 SGB III). Arbeitslose müssen sich nach dem Sperrzeitenrecht um eine möglichst schnelle Beendigung des Versicherungsfalls der Arbeitslosigkeit bemühen. Unter bestimmten Voraussetzungen müssen sie ihnen angebotene zumutbare Beschäftigungen annehmen (§§ 144 Abs. 1 Nr. 1, 121 SGB III). Und: Arbeitslose müssen sich auf berufliche Eingliederungsmaßnahmen einlassen und an diesen ordnungsgemäß mitwirken (§ § 144 Abs. 1 Nrn. 3 u. 4 SGB III). Beide Vorgaben sind sanktioniert mit dem Instrument der regelmäßig zwölfwöchigen Sperrzeit. Sammeln sich bei einem Arbeitslosen insgesamt nach Entstehung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld Sperrzeiten von mindestens 24 Wochen an, erlischt der Anspruch im Übrigen überhaupt (§ 147 Abs. 1 Nr. 2 SGB III). Mit Recht wird freilich beklagt, dass es im Arbeitsförderungsrecht keine Regeln gibt, die Eigenbemühungen des Arbeitslosen um einen neuen Arbeitsplatz mit positiven Anreizen, etwa einem höheren Leistungssatz, fördern.⁶⁰

III. Dogmatik

Nach diesem Überblick über die möglichen Einflussnahmen der Versicherten auf den Versicherungsfall sind einige Bemerkungen zur dogmatischen Ordnung der ermittelten gesetzlichen Regelungen angebracht, die solche Einflussnahmen in Rechnung stellen und/oder zu beeinflussen suchen.

1. Echte Verhaltenspflichten

Zunächst gibt es, wenn auch nur selten, Regeln, die den Versicherten spezifisch sozialrechtliche Verhaltenspflichten als Rechtspflichten auferlegen, deren Einhaltung von den Trägern erzwungen werden kann. Der ursprüng-

⁶⁰ *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 558.

liche Plan, im Allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuchs den sozialen Rechten der §§ 2 ff. SGB I soziale Pflichten der Versicherten gegenüberzustellen, war nicht verwirklicht worden, so dass sich heute „allenfalls Rudimente solcher Pflichten im SGB I (so die §§ 60 ff. SGB I)“⁶¹ finden, die als Obliegenheiten zu deuten sind (dazu sogleich).

Das einzige Beispiel für echte Rechtspflichten der Versicherten, die sich auf den Versicherungsfall beziehen, bieten die Unfallverhütungsvorschriften. Deren Verhaltensvorgaben im Interesse der Arbeitssicherheit sind nicht nur Bußgeldtatbestände, sondern können von den Unfallversicherungsträgern und deren Inspektoren auch mit Anordnungen im Einzelfall durchgesetzt werden (§§ 17, 19 SGB VII). Bemerkenswert ist aber, dass leistungsrechtliche Sanktionen eben gerade nicht vorgesehen sind.

Andere Vorschriften haben eine „sozialrechtsexterne Konkordanzfunktion“⁶², indem sie nämlich Verhaltenspflichten der allgemeinen Rechtsordnung zusätzlich noch sozialrechtlich sanktionieren, wenn nämlich der Versicherungsfall bei einem Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen des Versicherten eingetreten ist.⁶³ Allerdings greifen diese Sanktionen nur, wenn eine Verfehlung unter Kriminalstrafe gestellt ist, wenn sie also gegen das „ethische Minimum“ verstößt.

2. Risikobegrenzungen / Risikoausschlüsse

Aus privatversicherungsrechtlicher Sicht fällt der Blick zunächst auf Regeln, die tatbestandlich das versicherte Risiko beschreiben. Hier werden primäre Risikobeschreibungen, die die versicherten Gefahren, Schäden und Interessen festlegen, von sekundären Risikobeschreibungen unterschieden, die Ausnahmen und Korrekturen der primären Risikobeschreibungen enthalten.⁶⁴ Sekundäre Risikobeschreibungen wiederum heißen objektiv, wenn sie auf Umstände bezug nehmen, die vom Verhalten oder Verschulden des Versicherten unabhängig sind. Andernfalls spricht man von subjektiven Risikoausschlüssen.⁶⁵ Hierzu zählt etwa der Wegfall der Leistungspflicht bei

⁶¹ Von Maydell in: Kretschmer/von Maydell/Schellhorn, GK-SGB I, 3. Aufl, 1996, § 2 Rdnr. 3.

⁶² Vgl. Faude, a. a. O. (Fn. 8), S. 234.

⁶³ Derartige Sanktionen sind im Übrigen von verschiedenen völkerrechtlichen Übereinkommen anerkannt, insbesondere vom Übereinkommen Nr. 102 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 27. 4. 1955 über die Mindeststandards der Sozialen Sicherheit (Art. 69 lit e; dazu näher Hänlein, Solidarität und Eigenverantwortung in der Sozialversicherung – Anmerkung zu drei Entscheidungen des türkischen Verfassungsgerichts, EuGrZ 1998, S. 489 [493 f.]).

⁶⁴ Vgl. etwa Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., 2001, Rdnr. 256.

⁶⁵ Schimikowski, a. a. O. (Fn. 64), Rdnrn. 257 ff. bzw. 262 ff.

vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls in der Sachversicherung (§ 61 VVG).⁶⁶

Von den oben dargestellten sozialversicherungsrechtlichen Regeln gehören in die Kategorie der subjektiven sekundären Risikobeschreibungen diejenigen Vorschriften, die Reaktionen auf die vorsätzliche oder absichtliche Herbeiführung des Versicherungsfalls vorsehen, also die §§ 52 SGB V und 103 SGB VI.⁶⁷ Auch die unfallversicherungsrechtliche Figur der selbstgeschaffenen Gefahr gehört in diesen Kontext.⁶⁸

3. Obliegenheiten

Sanktionieren Vorschriften Verhaltensweisen, die lediglich das Risiko des Eintritts des Versicherungsfalls hervorrufen, handelt es sich um die Statuierung von Obliegenheiten. Es geht dabei also um Verhaltenserwartungen, die vom Versicherten zwar nicht im Sinne einer schuldrechtlichen Verpflichtung eingefordert werden können, die der Versicherte aber zur Vermeidung von Nachteilen im eigenen Interesse beachten sollte.⁶⁹ Im Privatversicherungsrecht sind Obliegenheitsverletzungen regelmäßig durch Rücktritts- oder Kündigungsrechte des Versicherers oder durch seine Leistungsfreiheit sanktioniert.⁷⁰ Zu unterscheiden sind Obliegenheiten vor und nach Eintritt des Versicherungsfalls.

Obliegenheiten, die vor dem Eintritt des Versicherungsfalls zu beachten sind, gibt es im Sozialversicherungsrecht nur selten. Zu nennen sind hier vor allem die Sperrzeitregelung des § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III⁷¹ und daneben

⁶⁶ Dazu näher *Schimikowski*, a. a. O. (Fn. 64), Rdnrn. 263 ff.

⁶⁷ Vgl. *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 363; a. A. *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 232: eigenständige Qualität des „sozialrechtlichen Eigenverschuldens“.; auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das in Fn. 63 bereits erwähnte Übereinkommen Nr. 102 der Internationalen Arbeitsorganisation derartige Risikoausschlüsse ausdrücklich zulässt (Art. 69 lit f: „...where the contingency has been caused by the wilful misconduct of the person concerned“).

⁶⁸ *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 289.

⁶⁹ Gegen Versuche, die hier erörterten Obliegenheiten als zwangsweise durchzusetzende Rechtspflichten zu deuten, mit Recht *Boecken*, a. a. O. (Fn. 28), S. 23 f.; vgl. auch *Zacher*, a. a. O. (Fn. 26), S. 175: „Dem Sozialrecht kann es nicht darum gehen, ein solidaritätsgerechtes Verhalten direkt zu erzwingen. Es kann ihm auch nicht generell darum gehen, ein solidaritätswidriges Verhalten über die Verweigerung von Leistungen hinaus zu bestrafen. Es kann ihm nur darum gehen, die „Sozialisierung“ der Konsequenzen eines solidaritätswidrigen Verhaltens abzuwehren. Das Sozialrecht konstituiert insofern Lasten, nicht Pflichten.“

⁷⁰ *Schimikowski*, a. a. O. (Fn. 64), Rdnr. 175.

⁷¹ *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 364, 366 f.; ausdrücklich als Obliegenheit bezeichnet bei BSG SozR 3-4100 § 119 AFG Nr. 14, S. 58 f.

noch die Obliegenheit zur gewissenhaften Zahnpflege.⁷² Nach dem Eintritt des Versicherungsfalles zu beachtenden Obliegenheiten werden statuiert durch die Vorschriften, die den Versicherten anhalten, gewisse Heilbehandlungskonzepte mitzutragen, also § 62 SGB I oder die kieferorthopädische Regelung des § 29 SGB V, oder solche Regeln, die ihn zu einer Reha-Behandlung motivieren wollen, §§ 125 SGB III, 51 SGB V. Im Sinne einer Obliegenheit sind Arbeitslose gehalten, möglichst zur Beendigung der Arbeitslosigkeit beizutragen, §§ 2 Abs. 3 Nrn. 1 u. 3, 144 Abs. 1 Nrn. 2–3 SGB III.

Den sozialversicherungsrechtlichen Obliegenheitsregeln ist gemeinsam, dass das sanktionierte Verhalten der Versicherten regelmäßig vorwerfbar sein und dass zwischen der Obliegenheitsverletzung und dem Eintritt oder der Verschärfung/Verlängerung des Versicherungsfalles ein Kausalzusammenhang bestehen muss.⁷³ Bemerkenswert ist vor allem, dass die Sanktion vielfach von personal ausgerichteten Zumutbarkeitsgesichtspunkten abhängt,⁷⁴ dass sie oft nicht automatisch, sondern nur nach Ermessen eintritt und dass sie im Übrigen eher moderat ausfällt. Endgültige Leistungsausschlüsse gibt es im Sozialversicherungsrecht nur selten, wie etwa bei der zweiten Sperrzeit.

4. Wertneutrale ökonomische Anreize

Die Verhaltensvorgaben, die soeben als Obliegenheiten der Versicherten gedeutet wurden, haben stets einen gewissen erzieherischen Beigeschmack, auch wenn der Gesetzgeber sich von erzieherischen Zielvorstellungen distanzieren mag.⁷⁵ Frei von den Assoziationen der Solidaritätswidrigkeit oder vom Missbrauchsverdacht sind hingegen Regeln, die dem Versicherten schlicht gewisse Verhaltensoptionen weisen, die jeweils zu unterschiedlichen ökonomischen Konsequenzen führen.

Das deutlichste Beispiel für diese Form der Verhaltenssteuerung bietet das Konzept der vorzeitigen oder auch verzögerten Inanspruchnahme von Altersrenten. Nach diesem Konzept des RRG 1992 führt, wie gesagt, die vorzeitige Inanspruchnahme vor allem der Altersrente für langjährig Versicherte, seit kurzem auch die frühe Inanspruchnahme von Erwerbsminderungsrenten zu Verlusten an Entgeltpunkten. Umgekehrt hat das Hinausschieben des Beginns der regulären Altersrente einen Gewinn an Entgeltpunkten zu Folge (§ 77 Abs. 2 Nr. 2 lit b SGB VI).

⁷² So *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 351, im Hinblick auf Personen, die der gesetzlichen Krankenversicherung über lange Zeit angehören.

⁷³ *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 367, 374 f.

⁷⁴ *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 367 f., 375.

⁷⁵ Vgl. zu § 144 SGB III *Winkler* in: *Gagel*, SGB III, § 144 Rdnrn. 26, 29 u. 30.

Weitere Beispiele bietet das Krankenversicherungsrecht. Hier wäre etwa die (aufgehobene) Regel über die Beitragsrückerstattung zu erwähnen, der Versichertenbonus in der hausärztlichen Versorgung oder der Festbetragsmechanismus. Aus dem Arbeitsförderungsrecht kann man wohl die Vorschrift über die Anrechnung einer Entlassungsabfindung hier einordnen.

5. Sanktionslose Appelle

Zu erinnern ist schließlich an die Vorschriften, die nicht sanktionenbewehrt sind und auch sonst keine Anreize setzen, sich vielmehr als folgenlose Appelle darstellen, wie etwa die Aufforderung zur gesundheitsbewussten Lebensführung durch das SGB V oder die Bitte um lebenslanges Lernen nach § 2 Abs. 2 S. 2 SGB III. Von „allgemein gehaltenen verhaltenssteuernden Normen mit eher sozialpolitischem Charakter“ wird hier gesprochen.⁷⁶ Verhaltenssteuernde Wirkung haben solche Normen, realistisch betrachtet, wohl kaum.

IV. Prinzipien

Abschließend sind die hinter den verschiedenen Instrumenten der Verhaltenssteuerung stehenden Prinzipien herauszuarbeiten. Bei der Bewältigung dieser Aufgabe hilft ein Rückblick auf die Diskussionen, die Anfang der achtziger Jahre des 19. Jahrhunderts im Vorfeld der „Erstgesetzgebung“ geführt wurden. Dabei wird zweierlei deutlich: Erstens: die Zurückhaltung des solidarischen Systems der Sozialversicherung bei der Formulierung und Sanktionierung von Verhaltenserwartungen ist nicht selbstverständlich. Zweitens: sie beruht auf wohlbegründeten politischen Entscheidungen. Hieran zu erinnern lohnt auch deshalb, weil die Forderung, „verantwortungslose Lebensführung“⁷⁷ der Versicherten müsse als solidaritätswidrig sozialversicherungsrechtlich geächtet werden, alle paar Jahre wieder – geschichtsvergessen – erhoben wird.⁷⁸

1. Rückblick

Es war ein nachgerade revolutionärer Akt, als die Reichsregierung im Jahr 1881 vorschlug, die Arbeiter in Fabriken, Bergwerken und ähnlichen

⁷⁶ Formulierung von *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 365.

⁷⁷ So *Geschwinder*, a. a. O. (Fn. 23), S. 101 (103).

⁷⁸ So z. B. *Geschwinder*, a. a. O. (Fn. 23), S. 101 ff.; *Rompf*, a. a. O. (Fn. 23), S. 103 sowie jüngst die bayerische Sozialministerin, vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 5. April 2002, S. 4.

Betrieben gegen „die Folgen der beim Betrieb sich ereignenden Unfälle“ zu versichern, und zwar ohne Prüfung der Frage, wer den Betriebsunfall verursacht hatte. Dahinter stand vor allem der Wunsch, ein Ende der erbitterten Haftungsprozesse um die Entschädigung von Arbeitsunfällen zu ermöglichen, die den sozialen Frieden in Betrieb und Gesellschaft massiv gefährdeten.⁷⁹ Der Vorschlag einer Abkehr von der Culpa-Doktrin stieß zunächst auf breiten Widerspruch. So wurde bestritten, „daß es der Gerechtigkeit entspricht, daß ein Arbeiter, der durch sträflichen Leichtsin, durch Übertreten eines ausdrücklichen Verbots oder durch grobes Verschulden anderer Art sich einen Unfall zugezogen hat, ebenso behandelt werden solle wie ein anderer, der durch die Konkurrenz unglücklicher Umstände einen Unfall erlitten hat“.⁸⁰ Der Entwurf verkündete dem Arbeiter die Botschaft, du bist „überhaupt nicht mehr verpflichtet, in Zukunft für deine Handlungen verantwortlich zu sein. . . . Kurz und gut, die Ordnung in einer Fabrik oder gar in einem industriellen Unternehmen wird unter solchen Prinzipien kaum noch möglich sein.“⁸¹

Die Vorlage scheiterte zunächst, allerdings nicht wegen des Verschuldensproblems, sondern aus anderen Gründen.⁸² Zur Verschuldensfrage hatte sich schnell die Einsicht durchgesetzt, daß es um „die Gefährlichkeit des Betriebes (geht), welchen der Arbeitgeber dem Arbeiter zuweist. Diese Gefährlichkeit und die daraus entspringende Pflicht (überwiege) weit die etwa eintretende Culpa des Arbeiters“.⁸³ Im 1884 verabschiedeten Unfallversicherungsgesetz fand sich dann lediglich ein Leistungsausschluss für Unfälle, die der Arbeiter vorsätzlich und mit dem Ziel verursacht hatte, Leistungen von den Berufsgenossenschaften zu erhalten (§ 5).

Komplizierter waren die Debatten um die Berücksichtigung des Verschuldens im Krankenversicherungsgesetz, denn hier ging es nicht mehr nur um die vergleichsweise überschaubare Frage der Verursachung betrieblicher Unfälle, sondern „grundsätzlich um Gesundheit und Krankheit, d. h. um die Art und Weise, wie Arbeiter lebten und feierten, was und wieviel sie

⁷⁹ Zu den Motiven der Reichsregierung etwa *Brüggemeier*, Eine Kränkung des Rechtsgefühls? Soziale Frage, Umweltprobleme und Verursacherprinzip im 19. Jahrhundert, in: *Abelshauser* (Hrsg.) Umweltgeschichte. Umweltverträgliches Wirtschaften in historischer Perspektive, Sonderheft 15 von Geschichte und Gesellschaft. Zeitschrift für historische Sozialwissenschaft, 1994, S. 106 ff. [116 f.]; auch *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969, S. 26 ff.

⁸⁰ So der Zentrumsabgeordnete *Freiherr von Hertling*, zitiert nach *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 118.

⁸¹ So der Abgeordneten *Servaes* von der Nationalliberalen Partei, ebd. S. 119.

⁸² Vgl. *Stolleis* in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung / Bundesarchiv (Hrsg.), Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, Band 1: Grundlagen der Sozialpolitik, 2001, S. 199 ff. (250 f.).

⁸³ So der Konservative *v. Kleist-Retzow*, zitiert bei *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 126.

aßen und tranken, wie sie ihr Leben organisierten und welcher Sexualmoral sie folgten“.⁸⁴ Der Entwurf des Krankenversicherungsgesetzes von 1882 wollte den Kassen die Möglichkeit geben, „Mitgliedern, welche sich die Krankheit durch eigenes grobes Verschulden, Trunkfälligkeit oder lüderlichen Lebenswandel zugezogen haben, keine oder nur einen Theil der statutenmäßigen Krankenunterstützung zu gewähren“.⁸⁵ Im Streit um den Entwurf wurde dann aber auf die Schwierigkeit des Nachweises grober Schuld hingewiesen, ebenso auf die problematischen Folgen des Streits um diese Frage, nämlich Zeitverlust, Verzögerung von Behandlung und Genesung, gar Gefährdung der Gesundheit Unbeteiligter. Eine Unterstützung des kranken Arbeiters müsse im öffentlichen Interesse gesichert werden, weshalb man „den Anspruch des Erkrankten nicht abhängig machen (dürfe) von derartigen Voraussetzungen, die wesentlich in seinem Willen und Verhalten liegen“; der Kranke dürfe nicht der Armenpflege anheim fallen, noch „den Ruin der wirtschaftlichen Existenz möglicherweise als Folge des Verschuldens“ befürchten müssen.⁸⁶

Das Ergebnis der Diskussion war ein Kompromiss, wonach lediglich eine Versagung oder Reduzierung des Krankengeldes als Sanktion in folgenden Fällen in Frage kam: bei Vorsatz, bei schuldhafter Beteiligung an Schlägereien oder Raufhändeln, bei Trunkfälligkeit oder aber bei geschlechtlichen Ausschweifungen.⁸⁷ Die beiden zuletzt genannten Versagungsgründe wurden jedoch bald wieder gestrichen,⁸⁸ sie hatten in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten geführt.⁸⁹

Ähnlich verlief im Übrigen die Diskussion um den Vorschlag, jeder Wöchnerin „auf die Dauer von drei Wochen nach ihrer Niederkunft“ eine Unterstützung der Krankenkasse zu gewähren. Hiergegen war eingewandt worden, die Gewährung der Unterstützung auch bei außerehelichen Geburten begünstige die Unsittlichkeit; es „widerspreche dem Gerechtigkeitsgefühl weiterer Kreise, wenn dieselben für (die) Unterstützung gefallener Mädchen und unsittlicher Frauen Beiträge leisten müßten“⁹⁰. Dies überzeugte die Reichstagsmehrheit nicht. Sie folgte der Meinung, daß es darum gehe, „zu verhüten, daß Arbeiter der Armenpflege anheimfielen, und zu bewirken,

⁸⁴ *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 120; *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 182 ff.

⁸⁵ § 22 Abs. 2 des Entwurfs, zitiert nach *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 122.

⁸⁶ So die Auffassung des liberalen Abgeordneten *Gutfleisch*, zitiert nach *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 123.

⁸⁷ *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 189.

⁸⁸ *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 192.

⁸⁹ *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 196–199; dort Nachweis praktischer Fälle zur Frage, ob einmaliger außerehelicher Geschlechtsverkehr oder einmalige Trunkenheit als Ursachen einer Krankheit die Sanktion rechtfertigen könnten.

⁹⁰ So Vertreter der Reichsregierung zur Begründung eines entsprechenden Änderungsvorschlages 1890/1892, vgl. *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 125.

dass möglichst wenige Arbeiter in Krankheit verfielen“;⁹¹ die Krankenversicherungsgesetzgebung sei „wahrlich nicht der Ort, um Tugendprämien zu verteilen, oder um Verstöße gegen die Tugend zu ahnden. Damit hat diese Gesetzgebung gar nichts zu tun“.⁹²

2. Prinzip des ethischen Minimums

Die Forderung, Leistungen der Sozialversicherung bei abweichendem, insbesondere „lüderlichem“ Verhalten, einzuschränken, hat immer wieder einmal Konjunktur. Bereits in der Entstehungszeit der Sozialversicherung wurde sie unüberhörbar vorgetragen. Die Neigung zu solchen Forderungen hängt offenbar eng mit der Eigenart einer sozialen Versicherung zusammen: Wer, ohne eine äquivalente Gegenleistung erbracht zu haben, eine Leistung begehrt, Solidarität und Fürsorge beansprucht, soll sich seinerseits korrekt verhalten haben. Keine Wohltat ohne Wohlverhalten.

Es hat sich aber gezeigt, dass sich diese Meinung bereits vor 120 Jahren nicht durchsetzen konnte, weil sie den Sinn der sozialen Versicherung aufs Spiel setzt. Man hat im Sozialversicherungsrecht vielmehr bewusst davon abgesehen, das Verhalten der Versicherten im Einzelnen zu reglementieren. Es wird ihnen vielmehr lediglich angesonnen, ein „ethisches Minimum“ einzuhalten. Fragwürdiges, moralwidriges Verhalten unterhalb dieser Schwelle, das einen Versicherungsfall zur Folge hat, bleibt grundsätzlich ohne spezifisch sozialversicherungsrechtliche Sanktion. Zum Ausdruck kommt dieses „Prinzip des ethischen Minimums“ in denjenigen Vorschriften, die Verstöße allein gegen strafrechtlich sanktionierte Verhaltensnormen sanktionieren. Zu bedenken ist das Prinzip aber auch gegenüber dem populären Ansinnen, riskante Lebensführung, die in einen Versicherungsfall mündet, sozialversicherungsrechtlich zu sanktionieren. Vielfach wird sich nämlich hinter diesem Ansinnen genau besehen ebenfalls der Vorwurf einer „Lebensführungsschuld“ verbergen.⁹³

Aus einer Makroperspektive betrachtet, lässt sich das Prinzip des ethischen Minimums mit der Einsicht begründen, dass die Sozialversicherung ein ungeeignetes Instrument sozialer Disziplinierung ist.⁹⁴ Aber auch aus

⁹¹ Nach *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 126.

⁹² So der *Graf von Holstein* von den Konservativen, zitiert nach *Brüggemeier*, a. a. O. (Fn. 79), S. 125.

⁹³ So etwa das Urteil des LSG Mainz vom. 10. 11. 1975: „Völlerei“ als möglicher Grund, eine Berufsunfähigkeitsrente wegen Fettleibigkeit zu versagen; von diesem Urteil berichtet *Faupe*, a. a. O. (Fn 8), S. 216 f.

⁹⁴ Vgl. etwa die Hypothese *Franz Josef Brüggemeiers*, a. a. O. (Fn. 79), dass der Zusammenhalt, die hohe Stabilität und Akzeptanz moderner demokratischer Gesellschaften nicht so sehr durch Disziplinierung oder Durchsetzung moralischer Verhal-

der sozialversicherungsrechtlichen Mikroperspektive leuchtet die Begründung des Prinzips der „Tugendfreiheit“ aus dem 19. Jahrhundert noch heute ein. Noch immer geht es darum, einen wirksamen sozialen Schutz bei Arbeitsunfällen, Krankheit und Invalidität nicht durch Auseinandersetzungen über die Bewertung der Lebensführung der Versicherten zu gefährden, zumal die Folge einer Negativbewertung vielfach lediglich eine Kostenverlagerung vom beitragsfinanzierten auf das steuerfinanzierte System zur Folge hätte. Deshalb ist es nach wie vor überzeugend, wenn Verstöße gegen die Rechtsordnung im Allgemeinen allenfalls im Extremfall strafrechtlicher Relevanz leistungsrechtlich sanktioniert werden, und wenn andererseits unvernünftige Verhaltensweisen diesseits der Vorsatzschwelle grundsätzlich sanktionslos bleiben.

3. Prinzip der minimalen Solidarität

Geht es nicht um die allgemeine Lebensführung, sondern um Fehlverhalten in Bezug auf die Versicherung, stellt sich die durchaus eigenständige Frage nach der Reziprozität von Solidarität. Sozialversicherung ist und bleibt Versicherung. Aus leistungsrechtlicher Sicht bedeutet dies, dass die Leistungsgewährung vom Eintritt des Versicherungsfalls, von der Verwirklichung eines versicherten Risikos abhängt. Die Inanspruchnahme der Versicherung steht nicht im Belieben des Versicherten. Dementsprechend kann eine Versicherung dann nicht eintreten, wenn es der Versicherte bewusst darauf anlegt, in den Genuss von Leistungen zu kommen, wenn er die Solidarität der Risikogemeinschaft „provoziert“, sich gezielt ein arbeitsloses Einkommen verschaffen oder erhalten will.⁹⁵ In diesem Sinne hat sich der Versicherte seinerseits solidarisch zu verhalten, will er die Solidarität der Versicherung in Anspruch nehmen. Ihren rechtlichen Ausdruck findet diese Verhaltenserwartung in den Figuren des subjektiven Risikoausschlusses bzw. der subjektiven Risikobegrenzung und der sanktionierten Obliegenheitsverletzung. Die Bestandsaufnahme hat freilich auch in diesem Zusammenhang gezeigt, dass sich das Sozialversicherungsrecht diesseits der vorsätzlichen bzw. absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls bei der

tensnormen zu erklären sei, sondern eher durch eine weitgehende Beschneidung dieser Möglichkeiten, dadurch, dass sie sehr unterschiedliche Lebensstile und Verhaltensweisen zulassen.

⁹⁵ Zum Gesichtspunkt der „Solidaritätsprovokation“, *Faude*, a. a. O. (Fn. 8), S. 231; in diesem Zusammenhang mag man auch von „einem Gedanken der reziproken Solidaritätspflicht“ sprechen, so *Faude*, a. a. O. S. 490; weniger überzeugend ist es aber, auch bei strafrechts- oder gar sittenwidrigem Verhalten Solidaritätswidrigkeit des Versicherten anzunehmen (*Faude*, a. a. O.), denn insoweit geht es um die allgemeine Rechts- und Sittenordnung, um die Bewertung von Verhaltensweisen, die im Grundsatz mit der Sozialversicherung nichts zu tun haben.

Sanktionierung von Obliegenheitsverletzungen deutlich zurückhält. Auch hier wird vom Versicherten also nur die Einhaltung eines gewissen Mindeststandards erwartet. Dies lässt sich in der Formulierung eines „Prinzips der minimalen Solidarität“ auf den Begriff bringen.

Sinnvoll ist dieses Prinzip schon wegen der offenkundigen Wirkungslosigkeit der Sanktionen. Wer ohne Gurt Auto fährt und so schwere Gesundheitsschäden riskiert, wird sich kaum von Leistungsausschlüssen zur Vernunft bringen lassen. Wenn es aber zu Unfall und schwerer Verletzung kommt, bedarf es wirklich gerade dann noch einer sozialrechtlichen Zusatzstrafe? Wer Gesundheitsschäden riskiert, tut dies in aller Regel nicht im Blick auf die bestehende Versicherung. Gerade hier liegt der moral hazard-Verdacht fern. Anders liegen die Dinge bei der Arbeitslosigkeit. Das erklärt die verschiedentlich angedeutete Sonderstellung der Arbeitslosenversicherung. Hier ergibt sich wegen der Besonderheiten des Versicherungsfalls der Arbeitslosigkeit ein Bedarf an strikteren Verhaltenserwartungen und strengeren Sanktionen. Der Leidensdruck durch den Versicherungsfall der Arbeitslosigkeit ist nicht notwendig vergleichbar mit demjenigen, der bei Gesundheitsbeeinträchtigungen entsteht; und vor allem, die Arbeitsbereitschaft als prospektives Element des Versicherungsfalls hängt vom guten Willen des Versicherten ab.⁹⁶ Es ist deshalb kein Zufall, dass gerade das Arbeitsförderungsrecht die eingangs erwähnte Verfolgungsinfrastruktur zur Bekämpfung des Leistungsmissbrauchs vorsieht und überdies eine höheres Maß an Solidarität des Versicherten verlangt, wie es in der besonderen Obliegenheitsordnung des Arbeitsförderungsrechts zum Ausdruck kommt.

4. Prinzip des Nutzenkalküls

Der in Form der genannten „Minimalprinzipien“ ermittelte Befund, dass also das Sozialversicherungsrecht sich mit sanktionierten Verhaltenserwartungen insgesamt zurückhält, besagt allerdings keineswegs, dass der wirtschaftliche Umgang auch der Versicherten mit den Mitteln des solidarischen Systems der Sozialversicherung für dessen Funktionsfähigkeit ohne Bedeutung wäre. Nicht umsonst betont etwa das SGB V redundant den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (vgl. v.a. die §§ 12, 70, 106, 135, 137c SGB V). Dem Postulat der Wirtschaftlichkeit wird jedoch nicht die Vorstellung vom Versicherten gerecht, der ein guter Mensch zu sein hat, sondern eher eine Perspektive, die ihn als wirtschaftlich denkendes, das heißt den finanziellen Nutzen einkalkulierendes Wirtschaftssubjekt begreift. Dies ist eine Betrachtungsweise die im Sozialversicherungsrecht nur sehr zaghafte Platz greift. Immerhin können „wertneutrale ökonomische Anreize“ aber einen

⁹⁶ Vgl. *Rolfs*, a. a. O. (Fn. 15), S. 366.

gewissen Raumgewinn verzeichnen, wie insbesondere das Konzept des Zugangsfaktors in der Rentenformel hat deutlich werden lassen.

Den soeben ermittelten zwei Prinzipien, die das Sozialversicherungsrecht im Hinblick auf das Verhalten der Versicherten in Bezug auf den Versicherungsfall prägen, lässt sich mithin ein weiteres zur Seite stellen: das Prinzip des Nutzenkalküls. Viel spricht dafür, den Anwendungsbereich dieses Prinzips auszudehnen, die sozialpolitische Phantasie also vor allem auf die Suche nach Lösungen zu schicken, die nüchtern und frei von moralischen Urteilen, frei von der Verteilung von Lebensführungsprädikaten schlicht ökonomische Anreize setzen, die zu systemverträglichem Verhalten motivieren.

Zusammenfassung

Der Beitrag untersucht zunächst, wie das Verhalten der Versicherten Eintritt, Umfang und Verlauf des Versicherungsfalles in der deutschen Sozialversicherung beeinflussen kann. Zugleich werden diejenigen Rechtsvorschriften ermittelt, die solche Einflussnahmen in Rechnung stellen und spezifische Reaktionen darauf vorsehen. Sodann werden die ermittelten Regelungen aus dogmatischer Sicht gegliedert und dabei fünf Kategorien zugeordnet (Verhaltenspflichten; Risikobegrenzungen bzw. – ausschüsse, Obliegenheiten; wertneutrale ökonomische Anreize sowie sanktionslose Appelle). Abschließend wird – auf der Grundlage eines historischen Rückblicks – gezeigt, dass die in dieser Weise zu ordnenden Instrumente der Steuerung des Versichertenverhaltens auf drei Grundprinzipien zurückgeführt werden können: auf das Prinzip des ethischen Minimums, das Prinzip der minimalen Solidarität und das Prinzip des Nutzenkalküls.

Abstract

The contribution first looks into the behaviour of the insured persons and its influence on the occurrence, scope and the course of the event insured against in German social insurance. At the same time the legal provisions are investigated bringing into account such influence and providing specific reaction to it. In the following, these provisions are classified doctrinally and hence divided into five categories (rules of conduct; limitations or exclusions of risks, duties to mitigate damages, economic incentives neutral in value, and appeals free of sanctions). On the basis of a historic retrospection it is finally shown that the instruments of control for the behaviour of the insured once arranged this way can be attributed to three fundamental principles: the principle of the ethic minimum, the principle of minimum solidarity and the one of calculating an advantage.

Anhang*Übersicht***Instrumente der Steuerung des Verhaltens der Versicherten
in Bezug auf den Versicherungsfall**

<i>Dogmatische Kategorie</i>	<i>Ansatzpunkt</i>	<i>Prinzip</i>
Allgemeine Rechtspflichten (relevant, falls strafbewehrt)	Verhalten vor Eintritt des Versicherungsfalles	<i>Prinzip des ethischen Minimums</i>
Sozialversicherungsrechtliche Rechts- pflichten (kein leistungsrechtlich rele- vanter Befund)		
Risikobegrenzungen bzw. -ausschlüsse (i.d.R. Vorsatz / Absicht)	Verhalten vor Eintritt des Versicherungsfalles	<i>Prinzip der minimalen Solidarität</i>
Obliegenheiten	Verhalten vor Eintritt des Versicherungsfalles (sel- ten)	
	Verhalten nach Eintritt des Versicherungsfalles: Schadensminderung (gewisse Relevanz, aber schwache Sanktionen)	
Optionen mit unterschiedlichen ökonomischen Konsequenzen (gewisse Relevanz)	Gestaltung des Versiche- rungsfalles	<i>Prinzip des Nutzenkal- küls</i>
appellative Vorschriften		