

JaSo 2022

Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht

**Herausgegeben von
Ueli Kieser, Marc Hürzeler
und Stefanie J. Heinrich**

DIKE 

Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2022

Herausgegeben von

Ueli Kieser

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

Marc Hürzeler

Prof. Dr. iur.

Stefanie J. Heinrich

BSc Business Law

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2022 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-439-6

www.dike.ch



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis IX

Teil 1

Entwicklung der Gesetzgebung

STEFANIE J. HEINRICH 1

Zahlen zu den Leistungen und Beiträgen per 2022 11

Teil 2

Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht

15

Teil 3

Aufsätze

Von der Mutterschaftsversicherung zur Adoptionsentschädigung

Ein wichtiger Schritt in der Entwicklung der Erwerbsersatzordnung

JÜRGEN BRECHBÜHL 81

Gedanken zu Mitwirkungspflicht, Schadenminderungspflicht und Untersuchungsgrundsatz

THOMAS ACKERMANN 101

Long Covid

Ein neues Krankheitsbild und seine Herausforderungen
für das Versicherungsrecht

NATHALIE LANG 117

**Revision des Datenschutzgesetzes und die Auswirkungen
in den Sozialversicherungen**

URSULA UTTINGER 133

Pension Fund Governance

Unter Berücksichtigung der aktuellen Diskussion rund
um das Pension Fund Diversity Management

ALINE KRATZ-ULMER 151

**Update und weitere Fragen zur Vorleistungspflicht
nach Art. 26 Abs. 4 BVG**

MARC HÜRZELER 167

**Das Anrechnungsprinzip in der beruflichen Vorsorge –
eine kritische Würdigung**

Blick auf ein zentrales Steuerungselement
der beruflichen Vorsorge

KASPAR GEHRING/UELI KIESER 179

Stichwortverzeichnis 195

Long Covid

Ein neues Krankheitsbild und seine Herausforderungen für das Versicherungsrecht

NATHALIE LANG*

Résumé

Immer mehr Personen leiden nach einer Infektion mit dem Covid-19-Virus an Langzeitfolgen, die zu einer Arbeitsunfähigkeit, im schlimmsten Fall zu einer Invalidität führen können. Der folgende Beitrag soll das neue Krankheitsbild ins System des Versicherungsrechts einordnen und aufzeigen, mit welchen Fragen der Rechtsanwender im Zusammenhang mit einer Long-Covid-Erkrankung konfrontiert werden kann.

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage	118
2. Medizinische Aspekte	119
3. Long Covid als Krankheit	120
4. Long Covid als Unfall oder Berufskrankheit?	121
4.1 Unfall	121
4.2 Berufskrankheit	122
4.2.1 Long Covid bei Arbeiten in Spitälern, Laboratorien, Versuchsanstalten oder dergleichen	122
4.2.2 Long Covid bei anderen beruflichen Tätigkeiten	123
5. Long Covid und Arbeitsunfähigkeit	124
5.1 Allgemeines	124
5.2 Zumutbare Verweistätigkeit	125
6. Unfallversicherung und Kausalzusammenhang	127
7. Invalidenversicherung und strukturiertes Beweisverfahren	128
8. Schadenminderung und Impfung	129
9. Zusammenfassung	130

* Lic. iur., Rechtsanwältin, CAS Haftpflicht- und Versicherungsrecht, IRP-HSG, Partnerin bei advo5 Rechtsanwälte, Zürich.

Literaturangaben

CHMIEL CORINNE, Long Covid / PASC (Post acute sequelae of SARS-CoV-2 infection). März 2021; EGLI PHILIPP/KRADOLFER MATTHIAS/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, «Long Covid», eine (vorläufige) interdisziplinäre Standortbestimmung, SZS 4/2021, 169 ff.; GEHRING KASPAR/KIESER UELI, Pflegefachpersonen und Covid-19 – Blick auf die Versorgungssituation, Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie 3/2021, 146 ff.; NITTAS VASILEIOS/PUHAN MILO, Long COVID: Evolving Definitions, Burden of Disease and Socio-Economic Consequences, University of Zurich, 7.5.2021; TRAUB ANDREAS, BSK ATSG, Art. 6; TRAUB ANDREAS, BSK UVG, Art. 9.

1. Ausgangslage

Viele Menschen leiden nach einer Covid-19-Infektion auch Monate später an gesundheitlichen Beschwerden, die sie in ihrem Alltag und Beruf einschränken. Ungefähr 20 % der an Covid-19-Erkrankten zeigen einen prolongierten Verlauf. Die Zahl der Long-Covid-Patienten wächst stetig.¹

Seit Januar 2021 führen die IV-Stellen ein Monitoring und zählen die Personen, die sich aufgrund einer Erkrankung an Covid-19 anmelden. Bis Mitte 2021 registrierten die IV-Stellen über 900 Personen mit Covid-Langzeitfolgen. Auch die Berufsunfall- und die Krankentaggeldversicherungen verzeichnen eine Zunahme von Fällen im Zusammenhang mit Long Covid.²

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates reichte am 26. März 2021 ein Postulat ein, einen Bericht zu verfassen zu den Auswirkungen von Long Covid auf die Sozialversicherungen, zu den Armutrisiken der Betroffenen sowie zu den nötigen Anpassungen in den Prozessen, z.B. Aufteilung von resultierenden Kosten zwischen Arbeitgebenden, Krankentaggeldversicherern, IV, Krankenkassen und Betroffenen. Auf Empfehlung des Bundesrates hat der Nationalrat das Postulat am 16. Juni 2021 angenommen.³

Am 3. September 2021 forderte der Verein Long Covid in einem offenen Brief vom Bundesrat, einen Forschungsfonds für Long Covid zu schaffen,

¹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/long-covid.html>, zuletzt abgerufen am 29.10.2021.

² <https://www.altea-network.com/blog/29-iv-anmeldungen-long-covid/>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

³ Postulat 21.3454 der Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit NR vom 26.3.2021.

der die Forschung, Entwicklung und Zulassung von vielversprechenden Medikamenten fördert.⁴

Aufgrund dieser Tatsachen ist davon auszugehen, dass Long Covid in Zukunft nicht nur die Medizin, sondern auch den Rechtsanwender im Versicherungsrecht vermehrt beschäftigen wird.

2. Medizinische Aspekte

Das BAG bezeichnet die anhaltenden Folgen einer Corona-Infektion als «Langzeitfolgen von Covid-19» und folgt damit der Sprachregelung der Weltgesundheitsorganisation (WHO).⁵ Diese anhaltenden Folgen einer Coronavirus-Infektion werden in den Medien oft und so auch in diesem Beitrag als «Long Covid» bezeichnet.

Gemäss einer von der Universität Zürich am 7. Mai 2021 veröffentlichten Studie hatten sich 26 % der mit dem Coronavirus infizierten Personen nach sechs bis acht Monaten nicht vollständig von der Infektion erholt. 10 % der Infizierten litten noch an schwerwiegenden Symptomen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit.⁶ Die Daten variieren je nach Studie und Land. Eine amerikanische Studie belegt, dass nur 65 % der Patienten mit einem positiven Covid-Test nach 14 bis 21 Tagen ihr ursprüngliches Gesundheitsniveau wieder erreichen.⁷

Die Wahrscheinlichkeit, ein Long-Covid-Syndrom zu entwickeln, ist unabhängig von der Schwere der akuten Infektion. Es spielt auch keine Rolle, ob die Betroffenen hospitalisiert waren oder nicht. Bei Long Covid handelt es sich um eine eigene Entität im Sinne einer Multisystemerkrankung, deren Ursachen nicht geklärt sind. Ähnliche Verläufe sind auch bei anderen Coronaviren bekannt (SARS und MERS). Diese haben pathophysiologische Parallelen mit einem postakuten Covid-19.⁸

Allgemein umschreibt Long Covid eine Vielzahl von persistierenden Symptomen und Beschwerden, unter denen Patienten im Anschluss an eine Er-

⁴ <https://www.longcovidch.info/>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

⁵ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/long-covid.html>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

⁶ NITTAS/PUHAN, 14 f.

⁷ CHMIEL, 1.

⁸ CHMIEL, 1.

krankung mit Covid-19 leiden.⁹ Als Langzeitfolgen werden am häufigsten Symptome wie Fatigue, Kopfschmerzen, Konzentrationsschwierigkeiten, Dyspnoe (Kurzatmigkeit) und Anosmie (Verlust des Geruchssinns), Husten, Gelenk- und Brustschmerzen beobachtet. Weitere Studien belegen, dass Organschädigungen (z.B. fibrotische Lungenveränderungen oder Entzündungen des Herzmuskels) als Folge einer Covid-19-Infektion nachgewiesen werden konnten. Aber auch Schlaganfälle, Entzündungen des Gehirns und des Rückenmarks sowie das Guillain-Barré-Syndrom (Muskelschwäche) sind als Langzeitfolgen dokumentiert.¹⁰ Zudem kommt es im Zusammenhang mit Long Covid auch häufig zu psychischen Symptomen wie Depressionen, Ängstlichkeit, Anpassungs- und Schlafstörungen.¹¹

3. Long Covid als Krankheit

Eine offizielle Diagnose «Long Covid» gibt es noch nicht. Nach dem gegenwärtigen Stand der medizinischen Wissenschaft wurde die Krankheit noch nicht in einem anerkannten Diagnosesystem klassifiziert. Die WHO hat Covid-19 in die Liste der Krankheiten mit unklarer Ätiologie und nicht belegter Schlüsselnummer aufgenommen.¹² Ob Long Covid als eigenständige Krankheit in die ICD aufgenommen wird, ist noch nicht absehbar. Derzeit beschäftigen sich auf Ebene der WHO mehrere Arbeitsgruppen mit Long Covid. Im Januar 2022 wird die Überarbeitung ICD-11 in Kraft treten, welche von der WHO herausgegeben wird.¹³

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht versteht man gemäss Art. 3 ATSG unter Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Nach der Rechtsprechung liegt eine Behandlungsbedürftigkeit vor, wenn die Gesundheitsbeeinträchtigung die körperlichen und geistigen Funktionen in so beträchtlichem Masse einschränkt,

⁹ EGLI/KRADOLFER/VOKINGER, 175.

¹⁰ <https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/coronavirus/in-depth/coronavirus-long-term-effects/art-2049035>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

¹¹ <https://www.altea-network.com/long-covid/ubersicht-symptome/>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

¹² <https://www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2020/block-u00-u49.htm#U07>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

¹³ <https://www.republik.ch/2021/09/03/wer-sagt-uns-ob-wir-krank-sind>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

dass die versicherte Person ärztlicher Hilfe bedarf und die Gesundung ohne medizinische Hilfe wahrscheinlich nicht oder nicht mit Aussicht auf Erfolg innert angemessener Zeit zu erreichen wäre, oder wenn der versicherten Person nicht zugemutet werden kann, ohne wenigstens den Versuch einer Behandlung zu leben.¹⁴ Der rechtliche Krankheitsbegriff deckt sich somit nicht notwendigerweise mit dem medizinischen.

Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Krankheit gemäss Art. 3 ATSG dürften bei anhaltenden Symptomen nach einer Infektion mit dem Coronavirus ohne Weiteres erfüllt sein, sofern die Symptome die Person in beträchtlichem Masse einschränken. Medizinisch nachgewiesen ist zudem, dass die im Anschluss an eine Infektion aufgetretenen Beschwerden nicht nur auf einem subjektiven Empfinden basieren, sondern aufgrund der statistisch erhobenen Daten bei einer Vielzahl von Personen nach einer Covid-19-Infektion auftreten. Die diagnostische Klärung und Behandlung der Leiden stellen daher eine kassenpflichtige Leistung dar.

4. Long Covid als Unfall oder Berufskrankheit?

4.1 Unfall

Eine Infektion mit dem Coronavirus stellt keinen Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG dar. Die Rechtsprechung hat eine Qualifikation als Unfall nur dann bejaht, wenn bei einer Infektion ein ungewöhnlicher, äusserer Faktor vorliegt. Dies ist zum Beispiel bei einer durch einen Zeckenbiss verursachten Infektion der Fall.¹⁵ Da das Coronavirus hauptsächlich über virushaltige Partikel übertragen wird, die von infizierten Personen vor allem beim Husten und Niesen sowie beim Atmen, Sprechen und Singen freigesetzt werden, ist die Voraussetzung des ungewöhnlichen, äusseren Faktors bei einer Erkrankung am Coronavirus nicht erfüllt.

¹⁴ BGE 137 V 295 E. 4.2.2.

¹⁵ BGE 122 V 230 E. 5.

4.2 Berufskrankheit

4.2.1 Long Covid bei Arbeiten in Spitälern, Laboratorien, Versuchsanstalten oder dergleichen

Eine Covid-19-Infektion kann eine Berufskrankheit im Sinne von Art. 9 UVG darstellen und somit Leistungen der Unfallversicherung zur Folge haben. Gemäss Art. 9 Abs. 1 UVG gelten Krankheiten dann als Berufskrankheit, sofern sie bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht werden. Die schädigenden Stoffe und die arbeitsbedingten Erkrankungen sind im Anhang 1 der UVV detailliert aufgeführt. Dessen Ziffer 2 regelt unter anderem, dass Infektionskrankheiten, die bei Arbeiten in Spitälern, Laboratorien, Versuchsanstalten oder dergleichen entstehen, als arbeitsbedingte Erkrankung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVG zu werten sind.

Nach der Rechtsprechung ist eine vorwiegende Verursachung von Krankheiten durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten nur dann gegeben, wenn diese schwerer wiegen als alle anderen mitbeteiligten Ursachen, mithin im gesamten Ursachenspektrum mehr als 50 % ausmachen. Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit des Erkrankungsrisikos am Arbeitsplatz stellt das Bundesgericht auf das sogenannte relative Risiko ab. Das heisst, es ist das Verhältnis der Erkrankungswahrscheinlichkeit zwischen exponierten und nicht exponierten Personen innerhalb einer bestimmten Bevölkerung und Zeiteinheit zu vergleichen. Um eine vorwiegende Verursachung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVG zu bejahen, muss das Risiko der Exposition am Arbeitsplatz mehr als 50 % ausmachen, was einem relativen Risiko von mehr als 2 entspricht.¹⁶

Die Ad-hoc-Kommission Schaden UVG hat ihre Empfehlung Nr. 1/2003 zu Erkrankungen im Sinne von Anhang 1 Ziff. 2 lit. b UVV am 23. Dezember 2020 revidiert und festgehalten, dass bei Infektionskrankheiten, welche von Mensch zu Mensch übertragen würden, das entscheidende Merkmal der berufsbedingten Exposition darin bestehe, dass die konkrete Tätigkeit Arbeiten mit infizierten Patienten (Spitäler) oder Arbeiten mit einer stark infizierten/infizierenden oder kontaminierten Umgebung (Laboratorien/Versuchsanstalten) bedinge bzw. umfasse. Deshalb sei das versicherte Gesundheits- und Pflegepersonal der ambulanten und stationären Einrichtungen sowie der Pflegeeinrichtungen dem Spitalpersonal gleichgestellt, soweit es einem spezifischen beruflichen Expositionsrisiko aus-

¹⁶ Urteil Bundesgericht 8C_758/2018 vom 7. Januar 2019, E. 3.1.

gesetzt sei, indem es direkt infizierte Patienten wegen der Infektion in diesen Einrichtungen behandle und pflege.

Eine an Long Covid erkrankte Person, die in einem Spital, einem Laboratorium oder in einer Pflegeeinrichtung arbeitet, muss mithin nachweisen können, dass die Erkrankung wahrscheinlich, d.h. mit mehr als 50 %, bei der Arbeit erfolgte. Dieser Beweis dürfte Personen, die nachgewiesenermassen am Coronavirus erkrankte Patienten pflegten, leichter fallen. In diesem Fall ist die vom Bundesgericht geforderte Exposition einer gewissen Dauer ohne weiteres erfüllt.¹⁷ Ziffer 2 des Anhangs 1 zur UVV erfasst aber alle Personen, die in einem Spital, Labor, Versuchsanstalten oder dergleichen arbeiten. Das heisst, Mitarbeitende in der Spitaladministration und zudienende Tätigkeiten (z.B. Küche, Reinigung) sind davon nicht auszuschliessen.¹⁸ Diesen Personen dürfte allerdings der Nachweis der mehr als 50%igen beruflichen Verursachung schwerer fallen.

4.2.2 Long Covid bei anderen beruflichen Tätigkeiten

Bei den übrigen beruflichen Tätigkeiten wird eine Berufskrankheit gemäss der Generalklausel von Art. 9 Abs. 2 UVG bejaht, falls nachgewiesen wird, dass die Krankheit ausschliesslich oder stark überwiegend durch die berufliche Tätigkeit verursacht wurde. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75 % durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist. Das Bundesgericht verlangt zudem, dass die versicherte Person für eine gewisse Dauer einem typischen Berufsrisiko ausgesetzt sei. Eine einmalige gesundheitliche Schädigung, die gleichzeitig mit der Berufsausübung eintrete, genüge nicht. Für die Beurteilung der Exposition (oder Arbeitsdauer) sei die gesamte ausgeübte Berufstätigkeit zu berücksichtigen. Vorausgesetzt werde, dass die versicherte Person bei ihrer Berufstätigkeit vergleichsweise zur Bevölkerung einem vier Mal höheren Risiko ausgesetzt sei, zu erkranken.¹⁹ Entscheidend ist nicht, dass sich ein betriebstypisches Risiko verwirklicht, sondern dass die Exposition des Arbeitnehmers im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers stattfindet. Auszuschliessen sind jedoch Fälle, in denen die Exposition zufällig eintritt.²⁰

Long Covid sollte demgemäss als Berufskrankheit anerkannt werden, wenn ein Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit beruflich besonders exponiert

¹⁷ Urteil Bundesgericht 8C_67/2017 vom 14. Juni 2017, E. 5.6.

¹⁸ GEHRING/KIESER, 147.

¹⁹ BGE 126 V 183 E. 4.

²⁰ TRAUB, UVG, Art. 9 N 35.

ist und eine Infektion am Arbeitsplatz als überwiegend wahrscheinlich, d.h. zu über 75 %, nachgewiesen werden kann. Der Arbeitnehmer muss also bei seiner beruflichen Tätigkeit einen mehrfachen und längeren Kontakt mit infizierten Personen gehabt haben. Denkbar ist dies beispielsweise bei einer Lehrperson, wenn sich gleichzeitig verschiedene Schüler und Schülerinnen ihrer Klasse mit dem Coronavirus infizieren.

5. Long Covid und Arbeitsunfähigkeit

5.1 Allgemeines

Damit eine an Long Covid erkrankte Person Taggeldleistungen der Krankentaggeldversicherung oder der Unfallversicherung beanspruchen kann, muss eine attestierte Arbeitsunfähigkeit vorliegen. Gemäss Art. 6 ATSG versteht man unter Arbeitsunfähigkeit 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. Diese Bestimmung gilt für alle Sozialversicherungen.

Bei der Krankentaggeldversicherung sind die AVB massgebend. Viele AVB-Bestimmungen enthalten jedoch oft den gleichen Wortlaut wie Art. 6 ATSG. Wird eine Person aufgrund von Long Covid arbeitsunfähig und ist sie über ihren Arbeitgeber krankentaggeldversichert, gilt der Beginn der Arbeitsunfähigkeit als Eintritt des Versicherungsfalles.²¹ Die Krankentaggeldversicherung leistet in der Regel Taggelder in der Höhe von 80 % des versicherten Lohnes während maximal 720 bis 730 Tagen.

Es ist primär eine ärztliche Aufgabe, anhand der objektiven Befunderhebung die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit zu bestimmen. Eine rein subjektive Einschätzung der Arbeitsfähigkeit ist nicht entscheidend.²² Massgebend ist grundsätzlich die auf Grund ärztlicher Feststellungen ermittelte tatsächliche Unfähigkeit, am angestammten Arbeitsplatz nutzbringend tätig zu sein, nicht hingegen die bloss medizinisch-theoretische Schätzung der Arbeitsunfähigkeit.²³

²¹ BGE 142 III 671 E. 3.2.

²² Urteil Bundesgericht 9C_319/2011 vom 11. Juli 2011, E. 3.2.

²³ BGE 114 V 281 E. 1c; RKVU 1987 Nr. U 27 S. 393, E. 2b.

Es ist daher im Einzelfall entscheidend, dass die gesundheitlichen Beschwerden, die nach einer Coronainfektion prolongieren, lückenlos und echtzeitlich medizinisch dokumentiert sind. Zudem sind die in diesem Zusammenhang durchgeführten Behandlungen und deren Auswirkungen auf den Gesundheitszustand festzuhalten. Weiter müssen die arbeitsplatzbezogenen Leistungseinbußen aus medizinischer Sicht möglichst konkret, detailliert und nachvollziehbar dargelegt sein.

Bei Leistungen der Krankentaggeldversicherung muss die Arbeitsunfähigkeit zudem von der versicherten Person bewiesen werden. Sollte die Versicherung beispielsweise nach einer akuten Corona-Erkrankung eine Leistungspflicht anerkennen, allerdings bei anhaltenden Long-Covid-Symptomen die Ansicht vertreten, die versicherte Person sei wieder arbeitsfähig, so ist Letztere dafür ebenfalls beweispflichtig.²⁴ Bei solchen Konstellationen lassen die Versicherungen die anspruchsberechtigte Person oft von ihren Vertrauensärzten untersuchen. Dazu sind sie in der Regel gestützt auf die AVB berechtigt. Kommt die Versicherung nach der vertrauensärztlichen Beurteilung zum Schluss, die versicherte Person sei wieder arbeitsfähig, so hat die versicherte Person wiederum zu beweisen, dass sie weiterhin arbeitsunfähig ist und Anspruch auf Taggelder hat.²⁵ Im Falle der Beweislosigkeit trägt also nicht die Versicherung, sondern die versicherte Person die nachteiligen Folgen.²⁶ Eine einwandfreie und echtzeitliche medizinische Dokumentation der anhaltenden Beschwerden nach einer Coronainfektion ist deshalb unerlässlich.

5.2 Zumutbare Verweistätigkeit

Der Grad der Arbeitsunfähigkeit ist bei der Unfallversicherung indessen nur so lange unter Berücksichtigung des bisherigen Berufs festzusetzen, als von der versicherten Person vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, ihre restliche Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten. Das bedeutet, dass bei einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person unter dem Titel der Schadenminderungspflicht eine Verweistätigkeit zugemutet wird. Versicherte, die ihre restliche Arbeitsfähigkeit nicht verwerten, obgleich sie unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage und gegebenenfalls einer bestimmten Anpassungszeit dazu in der Lage wären, sind nach der beruflichen Tätigkeit zu beurteilen,

²⁴ Urteil Bundesgericht 4A_246/2015 vom 17. August 2015, E. 2.2.

²⁵ BGE 141 III 241 E. 3.1.

²⁶ Urteil Bundesgericht 4A_246/2015 vom 17. August 2015, E. 2.2.

die sie bei gutem Willen ausüben könnten.²⁷ Bei langdauernder Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf hat die versicherte Person daher andere ihr offenstehende Erwerbsmöglichkeiten auszuschöpfen, und zwar so lange, als man dies unter den gegebenen Umständen von ihr verlangen kann.²⁸ Dabei ist der versicherten Person eine Übergangszeit von drei bis fünf Monaten zur Stellensuche und zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse einzuräumen.²⁹

Die Tätigkeiten müssen im örtlichen Stellenmarkt tatsächlich angeboten werden. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt ist im Rahmen von Art. 6 ATSG nicht massgebend.³⁰

Bei der Krankentaggeldversicherung handelt sich um eine VVG-Versicherung. Die Schadenminderungspflicht des Versicherten beurteilt sich demnach nach Art. 61 VVG. Das Bundesgericht hat gestützt auf diese Bestimmung entschieden, dass auch im Bereich der Krankentaggeldversicherung dem Versicherten ein Berufswechsel zugemutet werden kann. Die Versicherung muss die versicherte Person ebenfalls auf die Pflicht, eine dem Gesundheitszustand angepasste Tätigkeit vorzunehmen, hinweisen und ihr für den Jobwechsel eine angemessene Frist von drei bis fünf Monaten einräumen.³¹ Auch in der Krankentaggeldversicherung sind die realen Chancen massgebend, die der Versicherte aufgrund seines Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat.³²

Bei einer wegen Long Covid arbeitsunfähigen Person muss im Einzelfall geprüft werden, inwiefern ihr überhaupt ein Berufswechsel zugemutet werden kann. Wie oben beschrieben wurde, leidet die versicherte Person bei Long Covid sehr häufig an heterogenen Symptomen wie Fatigue, Kopfschmerzen, Konzentrationsschwierigkeiten oder Dyspnoe (Kurzatmigkeit), die sie bei allen Tätigkeiten beeinträchtigen. Es fragt sich daher, welche Verweistätigkeit für eine versicherte Person überhaupt in Frage kommt. Denn die meisten typischen Long-Covid-Beschwerden wirken sich auch auf leichte Tätigkeiten aus. Es ist daher davon auszugehen, dass einer an Long Covid erkrankten Person in der Regel auf dem realen Ar-

²⁷ Urteil Bundesgericht 8C_320/2007 vom 7.12.2007, E. 6.

²⁸ BGE 114 V 281 E. 1d; RKUV 1987 Nr. U 27 S. 393, E. 2b.

²⁹ BGE 114 V 281 E. 5b; RKUV 2005 Nr. KV 342 S. 356.

³⁰ TRAUB, ATSG, Art. 6 N 24.

³¹ Urteil Bundesgericht 4A_73/2019 vom 29. Juli 2019, E. 3.3.1; BGE 133 III 527 E. 3.2.1.

³² Urteil Bundesgericht 4A_495/2016 vom 5. Januar 2017, E. 2.3.

beitsmarkt keine bzw. nur in einem sehr beschränkten Rahmen mögliche Verweistätigkeiten offenstehen.

6. Unfallversicherung und Kausalzusammenhang

Bei der Unfallversicherung als kausale Versicherung muss zwischen der gesundheitlichen Beeinträchtigung und dem versicherten Risiko sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang vorliegen.³³ Für die Bejahung der natürlichen Kausalität genügt es, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität der versicherten Person beeinträchtigt hat.³⁴

Wird eine Erkrankung an Long Covid als Berufskrankheit anerkannt, dürfen während der Heilbehandlung sowohl die natürliche als auch die adäquate Kausalität bejaht werden. Die Heilbehandlung ist so lange zu erbringen, wie die Fortsetzung der ärztlichen Behandlung eine namhafte Verbesserung des Gesundheitszustandes erwarten lässt (Art. 19 UVG). Sobald keine namhafte Verbesserung mehr zu erwarten ist, wird der Fallabschluss und somit die Adäquanz geprüft.

Bei einem organisch nachweisbaren behandlungsbedürftigen Befund deckt sich bei der Beurteilung gesundheitlicher Störungen die adäquate weitgehend mit der natürlichen Kausalität.³⁵ Von organisch objektiv ausgewiesenen Unfallfolgen kann erst dann gesprochen werden, wenn die erhobenen Befunde mit apparativen/bildgebenden Abklärungen bestätigt wurden und die hierbei angewendeten Untersuchungsmethoden wissenschaftlich anerkannt sind.³⁶

Sofern eine Long-Covid-Erkrankung organisch nachgewiesen werden kann, stellen sich keine Probleme in Bezug auf die Kausalität. Dies dürfte allerdings eine Ausnahme sein, denn die meisten Long-Covid-Symptome können gemäss dem heutigen Stand organisch nicht belegt werden. Nach wie vor wird in den meisten Fällen die Diagnose über das Abfragen von Symptomen gestellt.³⁷ Viele Betroffene leiden oft unter typischen Long-

³³ BGE 129 V 177 E. 3.

³⁴ BGE 119 V 337 E. 1; 118 V 289 E. 1b.

³⁵ BGE 140 V 356 E. 3.2; 138 V 248 E. 4.

³⁶ BGE 138 V 248 E. 5.1; 134 V 231 E. 5.1.

³⁷ <https://nzzas.nzz.ch/wissen/long-covid-wird-uns-noch-lange-beschaeftigen-sagt-ein-neurologe-ld.1649480>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

Covid-Symptomen, ohne dass Untersuchungen und Messungen eine Funktionseinschränkung oder Entzündungen nachweisen können.³⁸

Sind bei der Prüfung der Adäquanz die organisch nicht nachweisbaren Beschwerden Folge einer Berufskrankheit, ist die im Zusammenhang mit Unfällen geltende «Psycho-Praxis» nicht sinngemäss anwendbar. Es gilt die allgemeine Adäquanzformel. Vorausgesetzt ist, dass die Berufskrankheit eine wesentliche Teilursache der Gesundheitsbeeinträchtigung darstellt. Die Infektion mit dem Coronavirus müsste somit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hervorzurufen.³⁹

Da die Wahrscheinlichkeit, ein Long-Covid-Syndrom zu entwickeln, unabhängig von der Schwere der Infektion ist, erweist sich der Schweregrad der Infektion als Anknüpfungspunkt zur Beurteilung der Adäquanz als nicht geeignet. Zu berücksichtigen ist weiter, dass das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang bei multifaktoriellen Geschehen nur zurückhaltend bejaht.⁴⁰ Es ist deshalb zu befürchten, dass die Gerichtspraxis bei den unspezifischen, organisch nicht nachweisbaren Beschwerden von Long Covid die Adäquanz tendenziell verneinen wird.

7. Invalidenversicherung und strukturiertes Beweisverfahren

Falls eine Person wegen Long Covid während mehr als eines Jahres ohne wesentliche Unterbrüche zu mindestens 40 % arbeitsunfähig war, kann sie unter Umständen eine IV-Rente beanspruchen (Art. 28 IVG). Damit keine Ansprüche verwirken, muss die Anmeldung spätestens sechs Monate nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erfolgen (Art. 29 IVG).

Voraussetzung für die Beurteilung einer allfälligen Invalidität ist eine umfassende medizinische Abklärung. Dabei ist es wichtig, dass die einzelnen Symptome und deren Auswirkungen auf das funktionelle Leistungsvermögen eingehend fachärztlich von den verschiedenen betroffenen Disziplinen beurteilt werden. In den meisten Fällen wird eine Begutachtung der versicherten Person notwendig sein.

³⁸ <https://www.longcovidch.info/diagnose>, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

³⁹ BGE 125 V 456 E. 5.

⁴⁰ EGLI/KRADOLFER/VOKINGER, 180; Urteil Bundesgericht 8C_282/2020 vom 3. September 2020, E. 6.

Die Feststellung einer invalidisierenden Gesundheitsbeeinträchtigung erfolgt nach Vorliegen einer ärztlichen Diagnosestellung anhand eines strukturierten Beweisverfahrens. Anhand eines Kataloges von Indikatoren erfolgt eine ergebnisoffene symmetrische Beurteilung des – unter Berücksichtigung leistungshindernder äusserer Belastungsfaktoren einerseits und von Kompensationspotentialen (Ressourcen) andererseits – tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens.⁴¹ Das Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) verlangt, dass das strukturierte Beweisverfahren auf alle Arten von Gesundheitsschädigungen anwendbar sei.⁴² Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann aus Gründen der Verhältnismässigkeit dort von einem strukturierten Beweisverfahren abgesehen werden, wo es nicht nötig oder gar nicht geeignet ist.⁴³ Das Bundesgericht unterzieht jedoch sämtliche psychischen Erkrankungen einem strukturierten Beweisverfahren.⁴⁴ Auch auf posttraumatische Belastungsstörungen und auf primäre Abhängigkeitssymptome findet das strukturierte Beweisverfahren Anwendung.⁴⁵

Long-Covid-Symptome sind meistens organisch nicht nachweisbar und basieren im Wesentlichen auf Beschwerdebildern, die vor allem gestützt auf die Schilderungen des Patienten diagnostiziert werden. Nach wie vor sind die Beschwerden schwer objektivierbar. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beurteilung der invalidisierenden Gesundheitsbeeinträchtigung bei einer Long-Covid-Erkrankung gemäss der Indikatorenrechtsprechung vorgenommen wird. Sollten jedoch die Long-Covid-Symptome bildgebend nachweisbar und somit objektivierbar sein, ist von einem strukturierten Beweisverfahren abzusehen.

8. Schadenminderung und Impfung

Art. 21 Abs. 4 ATSG sieht eine vorübergehende oder dauernde Leistungskürzung sowie eine Leistungsverweigerung vor, falls sich die versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbs-

⁴¹ BGE 141 V 281 E. 3.6.

⁴² Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH), N 1005.

⁴³ Urteil Bundesgericht 9C_292/2018 vom 15. Januar 2019, E. 6.2.1.

⁴⁴ BGE 143 V 418 E. 6 und 7.

⁴⁵ BGE 142 V 342 E. 5.2; BGE 145 V 215 E. 5 und 6.2.

leben entzieht oder widersetzt. Dieser Grundsatz der Schadenminderungspflicht knüpft an den im Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatz der Zumutbarkeit an. Gemäss der Rechtsprechung sind die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht dort strenger, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Invalidenversicherung in Frage steht.⁴⁶

Vorausgesetzt wird, dass die medizinische Massnahme geeignet ist, eine erhebliche Minderung des versicherten Schadens zu bewirken. Es bedarf keines strikten Beweises, die verweigerte Massnahme hätte tatsächlich zum erwarteten Erfolg geführt. Es genügt, wenn die Vorkehr mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfolgreich gewesen wäre. Bei therapeutischen Massnahmen, die mit einem nur geringen Eingriff verbunden sind, dürfen gemäss Bundesgericht an die Wahrscheinlichkeit der zu erwartenden Besserung keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁴⁷

Es gibt Studien, gemäss welchen bei Long-Covid-Patienten nach einer Impfung mit den zugelassenen Impfstoffen eine Verbesserung der Beschwerden erreicht wurde.⁴⁸ Eine empirische Wirksamkeitskontrolle über mögliche kurative Wirkungen einer Covid-Impfung existiert allerdings noch nicht. Es stellt sich daher die Frage, ob gestützt auf das wenige verfügbare medizinische Wissen über die positive Wirkung einer Impfung zur Behandlung von Long-Covid-Symptomen eine Impfpflicht im Rahmen der Schadenminderungspflicht verlangt werden darf. Dafür müssten weitere verlässliche Studien vorliegen. Sobald aber genügend Evidenz einer heilenden Wirkung vorliegt, ist es durchaus denkbar, dass die Sozialversicherungen eine Behandlung einer Long-Covid-Erkrankung mit einer Impfung als zumutbar erachten und von den versicherten Personen verlangen.

9. Zusammenfassung

Es ist erwiesen, dass es nach einer Infektion mit dem Coronavirus zu Langzeitfolgen kommen kann, die eine Person nachhaltig gesundheitlich beeinträchtigen können. Eine einheitliche, anerkannte medizinische Definition von Long Covid existiert noch nicht. Deshalb kann man noch nicht von einer gesicherten Evidenz ausgehen. Tatsache ist aber, dass seit Ausbruch der Pandemie viele infizierte Personen aufgrund ihrer persistierenden Be-

⁴⁶ BGE 113 V 22 E. 4d; Urteil Bundesgericht 8C_70/2014 vom 7. April 2014, E. 6.1.

⁴⁷ Urteil Bundesgericht 9C_671/2016 vom 20. März 2017, E. 4.1.1.

⁴⁸ https://3ca26cd7-266e-4609-b25f-6f3d1497c4cf.filesusr.com/ugd/8bd4fe_a338597f76bf4279a851a7a4cb0e0a74.pdf, zuletzt abgerufen am 21.10.2021.

schwerden von den Sozial- und Krankentaggeldversicherungen Leistungen beanspruchen. Diese Ausgangslage erschwert eine juristische Einordnung.

Führt eine Long-Covid-Erkrankung zu einer Arbeitsunfähigkeit, ist eine detaillierte, lückenlose medizinische Dokumentation entscheidend. Zudem muss am Anfang sogleich geprüft werden, ob die Ansteckung mit dem Coronavirus vorwiegend oder überwiegend wahrscheinlich am Arbeitsplatz erfolgte, um den Fall unter Umständen bei der Unfallversicherung als Berufskrankheit anmelden zu können.

Da es sich bei den Long-Covid-Symptomen meistens um Beschwerden handelt, die organisch nicht nachweisbar sind, wird die erkrankte Person bei einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit mit weiteren versicherungsrechtlichen Hürden konfrontiert werden. Einerseits müssen die Unfallversicherungen im Rahmen der Adäquanzprüfung beurteilen, ob die persistierenden Beschwerden auf die Covid-19-Infektion zurückzuführen sind. Die Invalidenversicherung andererseits dürfte bei den organisch nicht nachweisbaren Beschwerden ein strukturiertes Beweisverfahren nach der Indikatorenrechtsprechung durchführen.

Von der versicherten Person mit einer Long-Covid-Erkrankung im Rahmen der Schadenminderungspflicht eine Behandlung mit einer Impfung zu verlangen, ist mangels gesicherter medizinischer Wirksamkeitsstudien abzulehnen.

Wie gezeigt, ist heute auch die rechtliche Beurteilung einer Long-Covid-Erkrankung von den medizinischen Unsicherheiten geprägt. Die künftigen Ergebnisse der medizinischen Forschung zu Long Covid werden die Rechtsanwendung im Sozialversicherungsrecht beeinflussen.

Das JaSo 2022 überzeugt mit Praxisbezogenheit und Aktualität. Wie gewohnt finden sich im ersten Teil Entwicklungen in der Gesetzgebung. Hier sind vor allem die per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Änderungen durch die Weiterentwicklung der IV sowie die Tonaufnahmen bei Gutachten zentral. Im zweiten Teil folgt die systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesgerichts von Juli 2020 bis Juli 2021.

Den dritten Teil des Buches bilden Aufsätze, die sich mit zahlreichen grundlegenden Fragen des Sozialversicherungsrechts und angrenzender Gebiete befassen: dem Anrechnungsprinzip in der beruflichen Vorsorge, den Auswirkungen der Revision des DSG auf das Sozialversicherungsrecht, der Pension Fund Governance und dem Untersuchungsgrundsatz sowie dem höchst aktuellen Thema Long Covid.

