

ÖBB hat Recht auf Gegenbeweis bei Krankenständen

Ein bisher kaum beachteter Aspekt der ÖBB-Affäre:

Ein Arzt kann oft nicht beurteilen, ob ein Patient wirklich arbeitsunfähig ist.

Doch solange der Arbeitgeber die Diagnose nicht kennt, kann er das Gegenteil nicht beweisen.

*Jakob Widner**

In der Beurteilung der ÖBB-Krankendatenaffäre steht außer Frage, dass das Bahnmanagement im Kampf gegen Krankenstände unverhältnismäßige Maßnahmen ergriffen hat. Die Anwesenheit des Vorgesetzten bei der betriebsärztlichen Nachuntersuchung, die Druckausübung zur Bekanntgabe der ärztlichen Diagnose im Rahmen von Krankenstandsrückkehrgesprächen und die EDV-Speicherung personenbezogener, sensibler Daten lässt sich mit geltendem Recht nicht vereinbaren. Ganz unverständlich ist dieser Maßnahmenkatalog allerdings nicht, hält man sich die hohen Kosten, die den ÖBB durch übermäßige Krankenstände entstanden sind, und die gegenwärtige Krankenstandspraxis vor Augen:

Das beginnt mit der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit (Krankenstandsbestätigung) durch den behandelnden Arzt. Dieser ist dazu oft gar nicht in der Lage, denn der Begriff der „Arbeitsunfähigkeit“ infolge Krankheit ist kein medizinischer, sondern das Ergebnis rechtlicher Würdigung eines bestimmten Sachverhalts, genauer: die Beurteilung der auf Basis medizinischen Befunds festzustellenden körperlichen und geistigen Fähigkeiten in Beziehung zur bisherigen Beschäftigung.

Das eine weiß der Arzt nicht ...

Der Arzt hat aber typischerweise keine klaren Informationen darüber, welche Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer zu erbringen hat und welche körperlichen und geistigen Fähigkeiten er dafür braucht. Ohne diese Kenntnisse ist es gar nicht möglich, eine Bescheinigung über die vom Arzt zu prüfende Rechtsfrage der „Arbeitsunfähigkeit“ auszustellen. Von ganz eindeutigen Fällen wie ein schwerer Unfall oder hohes Fieber einmal abgesehen wird den Ärzten praktisch Unmögliches abverlangt.

Vor diesem Hintergrund ist es einleuchtend, dass der Arbeitgeber in verdächtigen Fällen herausfinden will, ob ein Arbeitnehmer nicht nur krankgeschrieben, sondern auch tatsächlich arbeitsunfähig

ist. Tatsächlich kommt ihm das Recht zu, den Gegenbeweis anzutreten, dass der Arbeitnehmer trotz Vorlage einer Krankschreibung arbeitsfähig war und daher auch entlassen werden kann, wenn ihm das zumindest bewusst sein musste.

Doch wie soll er diesen Gegenbeweis antreten? Die Krankenstandsbestätigung muss zwar Angaben über Beginn und Dauer der Arbeitsunfähigkeiten enthalten, die Diagnose unterliegt jedoch der ärztlichen Schweigepflicht. Abgesehen von der Sonderkontrolle durch den Versicherungsträger kann der Arbeitgeber auch eigene „Spitzel“ losschicken, etwa einen Detektiv. Diese Überwachungskosten sind vom Arbeitnehmer sogar zu ersetzen, falls er wegen tatsächlicher Arbeitsfähigkeit oder Fehlverhaltens im Krankenstand entlassen wird und das nachfolgende Gerichtsverfahren verliert.

..., das andere der Arbeitgeber

Aber auch ein Detektiv kann den entscheidenden Hinweis nicht liefern, da der Arbeitgeber die ärztliche Diagnose nicht kennen darf. Daher ist es ungewiss, welches Verhalten im Krankenstand im Einzelfall zu unterlassen ist. Dieselben Beobachtungen des Detektivs können bei einem Bandscheibenvorfall hilfreich, im Fall der Modediagnose Burn-out-Syndrom aber unbrauchbar sein.

Was liegt also – wie im Fall der ÖBB – näher, als Freunde und Angehörige des Arbeitnehmers zu befragen? Da der Arbeitgeber ein Recht hat, den Gegenbeweis anzutreten, ist dies keine unzulässige „Bespitzelung“. Vor Gericht hat er es ohnehin schwer genug, denn die Rechtsprechung ist zugunsten des Arbeitnehmers sehr großzügig: Bei einer Depression soll das Ausreiten zulässig sein, bei Kreuzschmerzen das Tanzen, Disco-Besuche bei Schnupfen schaden nicht und die vom Arzt vorgegebenen Ausgehzeiten sollen (wenn überhaupt) nur Richtzeiten sein.

Der Arbeitgeber muss also zur Überprüfung der behaupteten Arbeitsunfähigkeit Kenntnis von der Diagnose erlangen. Überspitzt formuliert: Die Arbeitsunfähigkeit können Arzt und Arbeitgeber oft gleichermaßen nicht beurteilen, denn der Arzt kennt zwar die Diagnose, aber nicht das Arbeitsumfeld, und der Arbeitgeber wiederum nur Letzteres, darf aber die Diagnose nicht erfahren. Nur der Arbeitnehmer kennt beides. Es kann nicht verwundern, dass dieser Wissensvorsprung gerne einmal ausgenützt wird. **ÖBB-Affäre Seite 19**

**Der Autor ist Partner und Arbeitsrechtsexperte bei Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte. widner@gnp.at*