37 KRANKSCHREIBUNG AUS GEFÄLLIGKEIT

von Prof. Dr. Johannes Zahl, Österreichische Ärztekammer, (veröffentlicht in DAG 4/2015)

Krankschreiben aus Gefälligkeit – kein Kavaliersdelikt!

Ärzte stehen nicht – wie vielfach zu lesen – „mit beiden Beinen im Kriminal“! Wer anderes behauptet, ignoriert die Empirie oder hat ein Interesse daran, Ärzte im Kriminal zu sehen, etwa um sie mit anwaltlichem Geschick aus demselben wieder herausholen zu dürfen.

Und dennoch gibt es einen Bereich des Medizinrechts, in dem es ganz schnell – meist sogar ohne jegliche böse Absicht des Täters – zu einer empfindlichen Haftung kommen kann. Die Rede ist von sog. Gefälligkeitsgutachten.

Leider ist Ärzten zunächst oft nicht bewusst, wie oft ihr Handeln eine gutachterliche Tätigkeit darstellt. Wer denkt schon – wenn er ein ärztliches Attest über eine Turnbefreiung oder eine andere Bestätigung für die Schule ausstellt – daran, dass dafür die allgemeinen Regeln des Ärztegesetzes (in der Folge ÄrzteG) über die Begutachtung gelten, wie sie auch für umfangreiche Gerichtsgutachten Anwendung finden? Andere Beispiele lassen sich leicht anfügen: Gesundheitsatteste bei Anstellungen, ärztliche Zeugnisse in Zusammenhang mit Pflegefreistellungen, Sporttauglichkeitszeugnisse, Feuerwehruntersuchungen, Bestätigungen nach Kassenverträgen, Privatgutachten für Versicherungen, Gutachten für Pensions- und Unfallversicherungen, Blutalkohol- und Suchtgiftuntersuchungen, Führerscheinquersuchen uva.

Nach der üblichen Lehrbuchdefinition ist ein Sachverständiger eine Person, die an der Feststellung eines Sachverhalts mitwirkt, indem sie aus bestimmten (ihr bekannten oder von ihr noch zu erhebenden) Tatsachen aufgrund seines besonderen Fachwissens Schlüsse auf das (Nicht-)Vorliegen einzelner – für eine bestimmte Entscheidung relevante – Umstände zieht. Das lässt sich natürlich auch einfacher sagen: Eine Behörde (in der Regel ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde) oder auch eine andere Institution (etwa eine Privatversicherung) muss eine Entscheidung treffen, für die sie medizinisches Fachwissen braucht. Da sie darüber selbst nicht verfügt, kauft sie dieses zu, indem sie eine fachkundige Person um eine Stellungnahme ersucht. Diese Person wird sich zunächst darum bemühen, den Sachverhalt zu ermitteln, also fragen, worum es eigentlich geht. Sie wird also den Probanden untersuchen, frühere oder auch aktuelle Befunde einbeziehen und sich derart ein Bild hinsichtlich bestimmter medizinischer Fragestellungen machen. Darauf aufbauend wird die sachverständige Person versuchen, die konkret an sie gestellte Frage zu beantworten, also aufgrund ihres spezifischen Fachwissens Schlussfolgerungen aus den ermittelten Tatsachen zu ziehen. Die Ermittlung des medizinischen Sachverhalts bezeichnet man in Lehrbüchern gerne als „Befund“, die medizinischen Schlussfolgerungen daraus als „Gutachten im engeren Sinn“; beides zusammen als „Gutachten im weiteren Sinn“.

Damit ist aber klargestellt: Auch die Arbeitsunfähigkeitsmeldung ist rechtlich ein Gutachten! Der Krankenversicherungsträger muss eine Entscheidung treffen, für die er medizinisches Fachwissen benötigt. Dieses haben jedenfalls seine Vertragspartner, die Kassenärzte. Letztere untersuchen eine Person und ziehen aufgrund ihres Fachwissens den Schluss, dass diese Person arbeitsfähig ist oder nicht. Dass es sich bei der Arbeitsunfähigkeit auch gleich um die – streng genommen von der Behörde festzustellende – Rechtsfolge handelt, sei lediglich erwähnt. Die Feststellung des Arztes ist für die Entscheidung des Krankenversicherungsträgers jedenfalls von großer Relevanz. Der krankschreibende Arzt hat einen Befund und ein Gutachten erstellt.

Das ÄrzteG sieht für die Erstellung von Befund und Gutachten spezifische Regelungen vor. § 2 Abs 3 ÄrzteG, wonach *jeder zur selbständigen Ausübung des Berufes berechnigte Arzt befugt ist, ärztliche Zeugnisse auszustellen und ärztliche Gutachten zu erstatten*, stellt klar, dass die Erstellung von Gutachten immanenter Teil der ärztlichen Berufsbefugnis ist. Für die medizinische Gutachtenserstellung gilt daher – abgesehen von der spezifischen Tätigkeit der Amtsärzte (bei denen es sich um Amtssachverständige handelt, deren Tätigkeit aber gem § 41

Abs 4 ÄrzteG von der Geltung des ÄrzteG explizit ausgenommen ist) – das ÄrzteG ohne Einschränkung.¹⁴

Besondere Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang § 55 ÄrzteG: „Ein Arzt darf ärztliche Zeugnisse nur nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausstellen.“

Wenn das ÄrzteG einmal von „ärztlichen Zeugnissen“, ein anderes Mal von „ärztlichen Bescheinigungen“, „ärztlichen Bestätigungen“ oder „ärztlichen Gutachten“ spricht, so ist anzumerken, dass diese Differenzierungen letztlich belanglos sind, da die rechtlichen Anforderungen des ÄrzteG für alle diese Kategorien ident sind.

Jedenfalls hat nach § 55 ÄrzteG einem ärztlichen Gutachten und damit auch der Arbeitsunfähigkeitsmeldung im Regelfall eine ärztliche Untersuchung voranzugehen. Ein absolutes Verbot, ärztliche Zeugnisse und Gutachten ohne vorhergehende persönliche Untersuchung zu erstellen, wird aus § 55 ÄrzteG weder von der Lehre, noch von der oberstgerichtlichen Rechtsprechung abgeleitet. Diese Bestimmung ist als genereller Grundsatz zu sehen, der sich aufgrund der ausdrücklichen Betonung der Gewissenhaftigkeit, gegen jede Form von „Blanko-Bescheinigungen“ und „Gefälligkeitsgutachten“ richtet. Das Unterlassen einer – an sich möglichen – Untersuchung wird nur in begründungspflichtigen Ausnahmefällen zulässig sein, etwa weil sich der Arzt auf andere Weise ausreichende Gewissheit über die zu beurteilenden Tatsachen verschaffen kann. Für die Arbeitsunfähigkeitsmeldung bedeutet das ganz konkret: Im Regelfall kommt sie nur nach erfolgter gewissenhafter Untersuchung durch den behandelnden Arzt in Betracht. Hängt die Beurteilung umgekehrt lediglich von der Schilderung der Symptomatik durch einen, dem Arzt ohnehin bekannten Patienten ab (war dieser etwa einige Tage davor beim Arzt und stellt sich nun eine Verschlechterung seines Zustands ein), so kann eine Arbeitsunfähigkeitsmeldung auch aufgrund telefonischer Mitteilungen des Patienten oder auch eines Dritten (z.B. eines Angehörigen) erfolgen.¹⁵ Immer ist aber eine Beurteilung einer solchen Situation durch den Arzt die Voraussetzung.

Aufgrund dieser Rechtslage ist Ärzten aber mit größtem Nachdruck von jeder Form einer Arbeitsunfähigkeitsmeldung ohne medizinisch wirklich nachvollziehbaren Grund – etwa aus Gefälligkeit gegenüber langjährigen Patienten – abzuraten. Wie eingangs bereits festgehalten, steht man hier schnell und ohne jede böse Absicht „im Kriminal“, denn die Rechtsfolgen sind vielfältig!

Ein Verstoß gegen § 55 ÄrzteG kann zunächst eine Verwaltungsübertretung bedeuten, welche mit einer Geldstrafe bis zu 2.180 Euro zu bestrafen ist (§ 199 Abs 3 ÄrzteG).

Weiters ist an disziplinarrechtliche Sanktionen zu denken, da eine Arbeitsunfähigkeitsmeldung, welche in Widerspruch zu § 55 ÄrzteG steht, im Regelfall eine Verletzung von Berufspflichten im Sinne des § 136 Abs 1 Z 2 ÄrzteG darstellen wird.¹⁶ Die Disziplinarbehörde kann einen schriftlichen Verweis oder eine Geldstrafe bis zu 36.340 Euro verhängen, aber in besonders schwerwiegenden Fällen auch eine befristete Untersagung der Berufsausübung oder die gänzliche Streichung aus der Ärzteliste aussprechen.

¹⁴ Kopetzki, Die Stellung des Sachverständigen nach dem Ärztegesetz, in *Diemath/Grabner/Kopetzki/Zahl* (Hrsg), *Das ärztliche Gutachten*⁵ (2008) 33.

¹⁵ Ebenso *Wallner*, *Ärztliches Berufsrecht* (2011) 136.

¹⁶ Ds 8/2008 RdM 2010/62.

Sehr viel einschneidender sind aber die zivil- und strafrechtlichen Auswirkungen von Gefälligkeitsattesten.¹⁷

Aus dem Behandlungsvertrag schuldet der Arzt seinem Patienten zunächst eine Behandlung *lege artis*, daneben aber auch zahlreiche Nebenleistungen, wie etwa die ordnungsgemäße Erstellung einer Arbeitsunfähigkeitsmeldung.¹⁸ Unzweifelhaft ergibt sich daher – schuldhaftes Verhalten und die sonstigen Bedingungen einer zivilrechtlichen Haftung vorausgesetzt – eine solche Haftung des Arztes, der beim Ausstellen eines Gefälligkeitsattestes als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB tätig wird, gem. § 1300 ABGB. Da ein Patient allerdings meist ein Interesse an der falschen Arbeitsunfähigkeitsmeldung haben wird, sind Fälle, in denen dieser seinen Arzt klagt nicht realistisch. Zu fragen ist aber, ob der Arzt zivilrechtlich nicht auch gegenüber dem Arbeitgeber bzw. gegenüber dem Krankenversicherungsträger, also gegenüber Personen bzw. Institutionen, die am Behandlungsvertrag gar nicht beteiligt sind, haftet. Werden nämlich nach dem dem Sachverständigen erkennbaren Zweck eines Gutachtensauftrages gerade auch Interessen eines bestimmten Dritten mitverfolgt, so erstrecken sich die Sorgfaltspflichten des Gutachters auch auf diesen.¹⁹ Erstellt ein Sachverständiger ein fehlerhaftes Gutachten, haftet er einem Dritten, wenn er damit rechnen musste, dass sein Gutachten die Grundlage für Dispositionen dieses Dritten bildet. Im Ergebnis wird daher der Arzt, der aus Gefälligkeit oder aus anderen Gründen eine falsche Arbeitsunfähigkeitsmeldung ausstellt, im Regelfall sehr wohl auch Dritten für deren Vertrauensschaden (Leistungen iSd Entgeltfortzahlung und sonstige bei korrekter Arbeitsunfähigkeitsmeldung nicht entstandene Schäden) haften.

Weiß der Arzt, dass sein Patient in Wirklichkeit gar nicht krank ist, und stellt er dennoch eine Arbeitsunfähigkeitsmeldung aus, so drohen ihm darüber hinaus schwerwiegende strafrechtliche Konsequenzen. Dabei ist zunächst an eine Strafbarkeit wegen Betrugs (§ 146 StGB) zu denken. Den Tatbestand des Betrugs verwirklicht, wer mit Tat- und Bereicherungsvorsatz einen anderen durch Täuschung über Tatsachen in einen Irrtum versetzt, wodurch der Getäuschte zu einer Verfügung veranlasst wird, die ihn selbst oder einen Dritten am Vermögen schädigt. Stellt der Arzt eine falsche Arbeitsunfähigkeitsmeldung mit entsprechendem Vorsatz aus, so täuscht er einen Dritten über den Gesundheitszustand des Patienten. Der Arbeitgeber und/oder der Krankenversicherungsträger wird dadurch in einen Irrtum geführt, welcher zu einer schädigenden Vermögensdisposition (Entgeltfortzahlung) führt. Auch, wenn der Arzt nicht unmittelbarer Täter des Betrugs sein wird (das wird der Arbeitnehmer sein), so verwirklicht er damit im Ergebnis als Beiragttäter ein Betrugsdelikt. Da die Täuschung durch „ein anderes solches Beweismittel“ iSd § 147 Abs 1 Z 1 4. Fall StGB erfolgt, wird im Ergebnis sogar ein schwerer Betrug zu bejahen sein, der mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, übersteigt der Schaden 50.000,- Euro, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen ist. Für den Vorsatz reicht es, dass der Arzt die Verwirklichung der genannten Tatbestandsmerkmale ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet (*dolus eventualis*), Wissentlichkeit oder gar Absicht braucht es dafür nicht. Nochmals betont sei aber ausdrücklich, dass eine Strafbarkeit wegen Betrugs ausscheidet, wenn auch nur irgendwelche Symptome einer wirklichen Erkrankung bestehen oder der Patient falsche Angaben macht, die vom Arzt gar nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand falsifiziert werden könnten. Ein Arzt, der dem Patienten seine Rücken- oder Kopfschmerzen glaubt und aus medizinisch vertretbaren Gründen keine

¹⁷ Ausführlich dazu *Baritsch/Helmreich*, Der fingierte Krankenstand. Zur Strafbarkeit von Gefälligkeitsattesten, ZAS 2003/30; *Geiblinger*, Die Arbeitsunfähigkeitsbestätigung als Gefälligkeitsattest, RdM 2012/143, 269; *Lesigang*, Strafrechtliche Anmerkungen zur ärztlichen „Lugurkunde“, *ecolex* 2010, 116.

¹⁸ Ausdrücklich erwähnt sei, dass auch für den Patienten aus diesem Behandlungsvertrag Haupt- und Nebenleistungspflichten erwachsen; vgl. dazu *Memmer* in *Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht (2015) I/46.

¹⁹ Vgl etwa OGH 28.01.2010, 2 Ob 128/09a.

unverhältnismäßig teure Abklärung (z.B. eine sofortige CT- oder MRT-Untersuchung) in die Wege leitet, ihn aber statt dessen krankschreibt, braucht sich vor einer strafrechtlichen Haftung nicht zu fürchten.

Neben der Haftung wegen Betrugs ist aus strafrechtlicher Sicht aber auch noch an eine Strafbarkeit wegen Beweismittelfälschung (§ 293 StGB) zu denken. Nach dieser Norm ist grundsätzlich zu bestrafen, wer ein falsches Beweismittel herstellt oder ein echtes Beweismittel verfälscht und dabei mit dem Vorsatz handelt, dass das Beweismittel in einem gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren, in einem Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessordnung oder im Verfahren vor einem Untersuchungsausschuss des Nationalrates gebraucht werde. Bereits die Abfassung eines Gefälligkeitsattestes kann nach diesem Delikt strafbar sein.

Wird ein Kassenarzt wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener gerichtlich strafbarer Handlungen zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe oder wegen einer mit Bereicherungsvorsatz begangenen gerichtlich strafbaren Handlung rechtskräftig verurteilt, so führt dies automatisch – ohne dass es einer Kündigung durch den Krankenversicherungsträger bedarf – zum Erlöschen seines Kassenvertrages (§ 343 Abs 2 Z 4 ASVG). Bei einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines (schweren) Betrugs, also wegen eines Delikts, das man nur mit Bereicherungsvorsatz begehen kann, tritt diese Rechtsfolge jedenfalls ein. In allen anderen Fällen wird die Kasse vermutlich den Einzelvertrag kündigen. Eine solche Kündigung kann unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines Kalendervierteljahres wegen wiederholter nicht unerheblicher oder wegen schwerwiegender Vertrags- oder Berufspflichtverletzungen erfolgen. Zu den Pflichten von Vertragsärzten zählt nach sämtlichen Gesamtverträgen auch die Feststellung der Arbeitsfähigkeit bzw. der Arbeitsunfähigkeit. Die Berufspflicht gem. § 55 ÄrzteG wurde bereits besprochen. Eine bewusst falsch ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsmeldung verwirklicht daher im Ergebnis sowohl den Tatbestand der Vertragspflichtenverletzung, als auch jenen der Berufspflichtverletzung. Die Beantwortung der Frage, ob diese „wiederholt nicht unerheblich“ oder „schwerwiegend“ war, wird einer Abwägung im Einzelfall bedürfen.

Im Ergebnis bleibt: Viel größer als die (meist unbegründete) Angst vor einer Haftung wegen Behandlungs- oder Aufklärungsmängeln sollte die Furcht vor den Auswirkungen sog. Gefälligkeitsgutachten sein! Die Rechtsfolgen solcher Malversationen gehen an die Existenz.