

Steiermark: G, mit dem das Steiermärkische Krankenanstaltengesetz 2012 geändert wird (3. StKAG-Novelle)

K unter LGBL 2018/3 vom 8. 1. 2018.

RdM 2018/34

Tirol: V der Landesregierung über die Festsetzung der LKF-Gebühren und der Pflegegebühr in den öffentlichen Krankenanstalten

K unter LGBL 2017/124 vom 21. 12. 2017.

RdM 2018/35

Tirol: V der Landesregierung über die Ambulanzgebühren in den öffentlichen Krankenanstalten

K unter LGBL 2017/125 vom 21. 12. 2017.

RdM 2018/36

Tirol: V der Landesregierung über die Anpassung des Kostenbeitrages in den öffentlichen Krankenanstalten

K unter LGBL 2017/126 vom 21. 12. 2018.

RdM 2018/37

Tirol: V der Landesregierung über die Anstaltsgebühren und die Hebammengebühr in den öffentlichen Krankenanstalten

K unter LGBL 2017/135 vom 28. 12. 2017.

RdM 2018/38

Vorarlberg: V der Landesregierung über die Festsetzung des für die LKF-Gebühren zur Verrechnung gelangenden Eurowertes je LKF-Punkt und der Pflege- und Sondergebühren sowie des Kostenbeitrages für öffentliche und private gemeinnützige Krankenanstalten für das Jahr 2018 (LKF-Gebühren-, Pflege- und Sondergebührenverordnung 2018)

K unter LGBL 2017/85 vom 14. 12. 2017.

RdM 2018/39

Vorarlberg: V der Landesregierung über den Regionalen Strukturplan Gesundheit für Krankenanstalten 2020

K unter LGBL 2017/88 vom 15. 12. 2017.

RdM 2018/40

Qualitätssicherung

K einer V der Österreichischen Ärztekammer zur Qualitätssicherung der ärztlichen Versorgung durch niedergelassene Ärzte und Ärztinnen sowie Gruppenpra-

xen (QualitätssicherungsV 2018 – QS-VO 2018) im Internet auf der Homepage der ÖÄK unter www.aerztekammer.at.

RdM 2018/41

Spezialisierungen

K einer V der Österreichischen Ärztekammer über Spezialisierungen (SpezV) im Internet auf der Homepage der ÖÄK unter www.aerztekammer.at

RdM 2018/42

Ärztliche Fortbildung

K einer V der Österreichischen Ärztekammer, mit der die V über ärztliche Fortbildung geändert wird (2. No-

velle der V über ärztliche Fortbildung) im Internet auf der Homepage der ÖÄK unter www.aerztekammer.at

RdM 2018/43

Rechtsprechung

→ Mutmaßliche Entbindung von der Schweigepflicht

1. Die Aussage-(verweigerungs-)pflicht des Arztes in einem Verfahren, in welchem die Testierfähigkeit des Erblassers geklärt werden muss, richtet sich nach dem feststellbaren oder mutmaßlichen Willen des Erblassers, den Arzt von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden (§ 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG). Hat der Erblasser zu Lebzeiten seinen diesbezüglichen Willen nicht ausdrücklich oder konkludent erklärt und verfügt der Arzt auch sonst über keine Anhaltspunkte, dass der Erblasser die Entbindung gegenüber den Verfahrensparteien

verweigern wollte, so ist auf die Maßfigur des verständigen und einsichtigen Menschen abzustellen. Ein solcher würde typischerweise in die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht einwilligen, wenn es um die Aufklärung von Zweifeln an seiner Testierfähigkeit geht, liegt es doch im grundsätzlichen Interesse des Erblassers, mag er testierfähig oder testierunfähig gewesen sein, dass sich jene Personen äußern, die am ehesten Aufschluss über seinen wahren letzten Willen geben können. →

RdM 2018/44

§ 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG;
§ 6 Abs 2 GuKG;
§ 8 Abs 2 Oö SBG;
§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO;
§ 35 AußStrG;
§ 565 ABGB

OGH 27. 7. 2017,
2 Ob 162/16m

2. Dasselbe gilt für Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (§ 6 Abs 2 GuKG) sowie für Angehörige der Sozialberufe (hier: Heimhelfer

und Altenfachbetreuer) nach dem Oö SBG (§ 8 Abs 1 Oö SBG).

Sachverhalt:

Der am 4. 5. 2014 im Alter von 88 Jahren verstorbene Erblasser hinterließ das von einem öffentlichen Notar verfasste private fremdhändige Testament v 13. 2. 2012, in dem er den Drittantragsteller zum Alleinerben und dessen Ehefrau zur Ersatzerbin bestimmte. Der Drittantragsteller (in der Folge: Testamentserbe) gab aufgrund dieses Testaments zum gesamten Nachlass die unbedingte Erbantrittserklärung ab.

Der OGH anerkennt eine „mutmaßliche Entbindung“ von der Schweigepflicht.

Der Erstantragsteller und die Zweit-antragstellerin (in der Folge: gesetzliche Erben) sind der Großcousin bzw die Großcousine des Erblassers. Sie gaben aufgrund des Gesetzes, vorerst ohne Nennung einer Erbquote, je eine bedingte Erbantrittserklärung ab. Eine weitere Großcousine behielt sich die Abgabe einer Erbantrittserklärung zu einem späteren Zeitpunkt vor.

Für den Erblasser war mit Beschluss v 20. 12. 2012 ein Sachwalter – der nunmehrige Verlassenschaftskurator – bestellt worden, dessen Wirkungskreis die Vermögensverwaltung sowie die Vertretung vor Ämtern, Behörden, Gerichten und privaten Vertragspartnern umfasste.

Im Verfahren über das Erbrecht brachten die gesetzlichen Erben vor, das Testament v 13. 2. 2012 sei ungültig, weil der Erblasser im Zeitpunkt seiner Errichtung nicht mehr testierfähig gewesen sei. Sie beantragten ua die Einvernahme zweier Ärzte, einer Altenfachbetreuerin, eines diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegers sowie zweier Heimhelferinnen, die allesamt mit dem Erblasser beruflichen Kontakt gehabt hatten, als Zeugen.

In den Tagsatzungen v 3. 3. 2015 und 15. 4. 2015 verwiesen diese Zeugen auf ihre Verschwiegenheitspflicht, von der sie der Erblasser nicht entbunden habe. Darauf verkündete der Erstrichter jeweils den Beschluss auf Abstandnahme von der Einvernahme des Zeugen oder der Zeugin. Der Vertreter der gesetzlichen Erben rügte diese Vorgangsweise jeweils als Verfahrensmangel. [...]

Das ErstG ging im Wesentlichen von folgendem weiteren Sachverhalt aus:

Bei der Errichtung des Testaments am 13. 2. 2012 fungierten der Notar und zwei Notariatssubstituten als Testamentszeugen. Der Ablauf der Testamentserrichtung gestaltete sich so, dass der Notar dem Erblasser im Beisein der beiden Substituten das maschinell angefertigte Testament erklärte. Anschließend fragte er den Erblasser, ob es sich dabei um seinen letzten Willen handle. Diese Frage bejahte der Erblasser. Daraufhin unterfertigten der Erblasser sowie die Testamentszeugen mit Hinweis auf ihre Zeugeneigenschaft das Testament. Während des Vorgangs der Testamenterrichtung zeigte der Erblasser keine kognitiven Auffälligkeiten dahingehend, dass er die Bedeutung der Unterfertigung eines Testaments nicht hätte einsehen können. Im Zeitpunkt der Testamenterrichtung bestanden bei ihm leichte kognitive Einschränkungen. Er litt zwar an einer ausgeprägten Schwerhörigkeit, war

jedoch in der Lage, auch komplexere Zusammenhänge noch zu verstehen. Der Erblasser war zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung am 13. 2. 2012 in der Lage, die Bedeutung der Unterfertigung eines Testaments einzusehen. Er erkannte, dass es sich beim Testament um eine Verfügung über sein Vermögen handle. [...]

Rechtlich erörterte das ErstG, das Testament sei im Zustand der Testierfähigkeit errichtet worden. Es entspreche auch den gesetzlichen Formvorschriften und sei daher wirksam. [...]

Die als Zeugen beantragten Ärzte unterlägen gem § 54 Abs 1 ÄrzteG der Pflicht zur Verschwiegenheit; ein Ausnahmefall iSd § 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG liege nicht vor. Würde schon das Interesse der Erben, sich für die eigene Prozessführung Beweise zu verschaffen, als höherwertiges Interesse der Rechtspflege gelten, das die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt unbedingt erforderlich mache, käme dies einer Aushöhlung bzw Möglichkeit zur Umgehung der Verschwiegenheitspflicht gleich. Auch die Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe unterlägen nach § 6 Abs 1 GuKG der Verschwiegenheitspflicht, ebenso die Heimhelferinnen gem § 8 Abs 1 Oö SBG. Alle diese Bestimmungen stünden iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO der Einvernahme der beantragten Zeugen entgegen.

Das RekG hob den erstinstanzlichen Beschluss auf und verwies die Rechtssache an das ErstG zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. [...]

Aber auch die von den gesetzlichen Erben beantragten Zeugen hätten einvernommen werden müssen. Ein Zeuge könne nur die Beantwortung einzelner Fragen, nicht aber seine Aussage zur Gänze verweigern. Die Aussageverweigerungsgründe des § 321 ZPO seien ferner nicht von Amts wegen zu beachten, sondern vom Zeugen geltend zu machen. Vor seiner Befragung sei der Zeuge über die ihm zustehenden Verweigerungsrechte zu belehren. Danach habe er selbst zu entscheiden, ob er davon Gebrauch macht. Die Geltendmachung des Rechts zur Aussageverweigerung bleibe also dem Zeugen überlassen und es sei allein seine Sache, Gründe dafür vorzubringen. Mache der Zeuge Aussageverweigerungsgründe geltend, so habe das Gericht nach § 324 ZPO mit Beschluss darüber zu entscheiden.

Im gegenständlichen Verfahren hätten die zu vernehmenden Ärzte und Pflegepersonen lediglich angegeben, nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden worden zu sein, nicht jedoch, ob sie aus diesem Grund ihre Aussage verweigern würden. Das ErstG habe nur einen Beschluss auf Abstandnahme von weiteren Befragungen gefasst, über die Rechtmäßigkeit der Aussageverweigerung aber nicht entschieden. Es werde die beantragten Zeugen daher im fortgesetzten Verfahren neuerlich zu vernehmen haben. Dabei werde Folgendes zu beachten sein:

Ärzte und Hilfspersonen seien zur Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Berufs anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse ver-

pflichtet. Eine Entbindung durch die von der Offenbarung des Geheimnisses betroffene Person sei zulässig. Nach bisheriger stRsp könne eine Entbindung nicht durch das Gericht substituiert werden. Bisher sei auch judiziert worden, dass ein Verlassenschaftskurator nicht legitimiert sei, als Vertreter des Nachlasses seine Zustimmung zur Einsichtnahme in die Krankengeschichte des Verstorbenen oder zur Entbindung von gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten behandelnder Ärzte des Verstorbenen im Erbrechtsstreit zu erteilen. Eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit bestehe nach § 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG grundsätzlich nur dann nicht, wenn die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt zum Schutz höherwertiger Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege oder der Rechtspflege unbedingt erforderlich sei, wovon im Regelfall im Zivilprozess nicht auszugehen sei. Eine Ausnahme sei bisher im Sorgerechtsverfahren zum Tragen gekommen, es sei jedoch strittig, ob sie ganz allgemein für vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte Verfahren gelte.

In Anbetracht der E 2 Ob 194/14i erscheine es aber nur konsequent – um den wahren letzten Willen des Erblassers tatsächlich besser erforschen zu können –, nicht mehr von einer Verschwiegenheitspflicht über den Tod hinaus auszugehen, zumal die Erforschung des wahren letzten Willens das höhere Rechtsgut im Vergleich zum postmortalen Geheimnisschutz darstelle. In einer Konstellation wie der vorliegenden könne aber auch von einer mutmaßlichen Entbindung durch den Erblasser selbst ausgegangen werden. Es solle bei der Entscheidung über das Erbrecht letztlich ja die Nutzung sämtlicher relevanten Erkenntnisquellen sichergestellt werden, die den wahren Willen des Erblassers zutage fördern und somit seinen Wünschen und Vorstellungen zum Durchbruch verhelfen könnten. Die Zeugen könnten sich daher bei ihrer neuerlichen Einvernahme nicht auf ihre jeweilige Verschwiegenheitspflicht berufen. [...]

Gegen den Beschluss des RekG richtet sich der Revisionsrekurs des Testamentserben wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die erstinstanzliche Entscheidung wiederherzustellen.

Die gesetzlichen Erben beantragen in ihrer Revisionsrekursbeantwortung das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil es einer Klarstellung der Rechtslage bedarf. Er ist jedoch nicht berechtigt.

Der Testamentserbe steht auf dem Standpunkt, ein erstinstanzlicher Verfahrensmangel liege nicht vor. Das pauschale Vorbringen der gesetzlichen Erben entspreche nicht dem Konkretisierungserfordernis iS der E 2 Ob 194/14i. Im Übrigen seien die bezeichneten Aktenstücke auch nicht geeignet, zur Beschreibung des Gesundheitszustands des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung Essentielles beizutragen. Die Beurteilung, ob das Interesse an der Preisgabe des Geheimnisses höherwertig sei als jenes der betroffenen Patienten an der Geheimhaltung, setze eine umfassende Interessenabwägung voraus. Ein höherwertiges Interesse, das iSd § 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG ausnahmsweise eine Durchbrechung

des Berufsgeheimnisses rechtfertigen würde, liege nicht vor. Das Interesse der gesetzlichen Erben am Erhalt von Informationen zum Geistes- und Gesundheitszustand des Erblassers überwiege nicht das persönliche Interesse des Erblassers auf Geheimhaltung, welches als Persönlichkeitsrecht auch nach seinem Tod fortbestehe.

Hiezu wurde erwogen:

I. Zur Testierfähigkeit:

1. Voraussetzung der Errichtung eines wirksamen Testaments ist nach § 565 ABGB ua, dass der Erblasser seinen letzten Willen im Zustand der vollen Besonnenheit erklärt. Wird bewiesen, dass die Erklärung in einem die hierfür erforderliche Besonnenheit ausschließenden Zustand, wie dem einer psychischen Krankheit, einer geistigen Behinderung oder der Trunksucht, geschehen sei, so ist sie gem § 566 ABGB ungültig. An die Bejahung der Testierfähigkeit legt die Rsp einen weniger strengen Maßstab an als an die Geschäftsfähigkeit bei Geschäften unter Lebenden. Nicht jede geistige Erkrankung schließt die Testierfähigkeit aus und ebenso wenig die bloße Abnahme der geistigen Kräfte. Der Vollbesitz der geistigen Kräfte und die volle Kenntnis der Tragweite der Anordnung sind nicht erforderlich (1 Ob 28/03 d; RIS-Justiz RS0012428; RS0012463).

2. Die Testierfähigkeit fehlt jedenfalls dann, wenn der Erblasser nicht einmal das Bewusstsein hatte, eine letztwillige Anordnung zu treffen und ihm das Verständnis ihres Inhalts zur Gänze abging (RIS-Justiz RS0012397; RS0012402). Die Testierfähigkeit fehlt aber auch, wenn der Erblasser zwar den Willen hat, ein Testament zu errichten und auch in der Lage ist, zu erkennen, dass er dies tut, die normale Freiheit seiner Willensbildung aber dennoch aufgehoben ist. Hiebei schadet nur ein hoher Grad der Willensbeeinträchtigung, der dem Zustand des § 566 ABGB gleichsteht. Als Richtschnur für die Bejahung der Testierfähigkeit nimmt die Rsp an, es müssten zumindest die kognitiven und volitiven Fähigkeiten eines 14-Jährigen vorliegen (RIS-Justiz RS0012427), ohne dass dies ausdrücklich festgestellt werden muss (4 Ob 198/11 p).

3. Die Beurteilung der Testierfähigkeit ist eine Rechtsfrage, die aufgrund der Feststellungen über den Geisteszustand des Erblassers und den Grad der Beeinträchtigung seiner Willensbildung zu lösen ist (2 Ob 228/16 t; RIS-Justiz RS0012408). Dem Sachverständigen obliegt daher kein Urteil über die Testierfähigkeit; er hat bloß mit Hilfe seiner besonderen Sachkunde an den Feststellungen mitzuwirken, welchen Grad der „Besonnenheit“ der Erblasser im Zeitpunkt der Verfassung der letztwilligen Verfügung hatte (RIS-Justiz RS0012400). Die Beweislast, dass der Testator testierunfähig war, trifft diejenige Prozesspartei, die die Testierunfähigkeit behauptet; die bloße Wahrscheinlichkeit der Testierunfähigkeit genügt nicht (RIS-Justiz RS0012415).

4. Nach diesen Grundsätzen wäre aufgrund der Feststellungen des ErstG der den gesetzlichen Erben obliegende Beweis der behaupteten Testierunfähigkeit des Erblassers misslungen. Zu klären ist aber, ob dieser Beurteilung der vom ErstG ermittelte Sachverhalt tatsächlich zugrunde gelegt werden kann. Dies wurde vom RekG wegen des Vorliegens primärer Verfahrensmängel verneint. →

II. Zur Nichtberücksichtigung von Aktenstücken:

[...]

III. Zur Verschwiegenheitspflicht der Zeugen:

1. Allgemeines:

1.1 § 321 Abs 1 ZPO, der kraft des Verweises in § 35 AußStrG auch im Verfahren außer Streitsachen zur Anwendung gelangt, enthält eine taxative Aufzählung von Geheimnissen, die einen Zeugen berechtigen, die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern (2 Ob 61/13 d mwN SZ 2013/101 = EvBl 2014/40 [Spitzer] = EF-Z 2014/55 [A. Tschugguel] = iFamZ 2014/41 [Mondel] = NZ 2014/16 [Rabl/Schumacher]). Es besteht jedoch kein generelles Aussageverweigerungsrecht (1 Ob 341/99 z mwN SZ 73/87). Es ist auch allein Sache des Zeugen, Gründe für eine Aussageverweigerung vorzubringen (1 Ob 310/97 p SZ 70/223; RIS-Justiz RS0108824). Überwiegend wird der Geheimnisschutz an gesetzliche Verschwiegenheitspflichten des Zeugen geknüpft (2 Ob 61/13 d mwN).

1.2 Nach § 321 Abs 1 Z 3 ZPO darf die Aussage von einem Zeugen verweigert werden in Bezug auf Tatsachen, über welche der Zeuge nicht würde aussagen können, ohne eine ihm obliegende staatlich anerkannte Pflicht zu verletzen, insofern er hievon nicht gültig entbunden wurde.

Die Regelung beruht im Grundsatz darauf, dass die Ausübung bestimmter, zumeist freier Berufe faktisch unmöglich wäre, wenn die solche Dienste in Anspruch nehmenden Personen nicht darauf vertrauen könnten, dass dem Gegenüber erteilte Informationen vertraulich bleiben. Dieses Vertrauen ist nämlich Voraussetzung dafür, dass ohne Hintergedanken und Berechnung sämtliche Informationen preisgegeben werden können, was für eine sinnvolle und kunstgerechte Ausübung dieser Berufe erforderlich ist. § 321 Abs 1 Z 3 ZPO schützt daher in seinem Kernbereich spezifische Vertrauensverhältnisse im Bereich der Dienstleistungserbringung (4 Ob 228/04 i SZ 2004/187; 2 Ob 61/13 d mwN).

1.3 „Staatlich anerkannt“ ist eine Verschwiegenheitspflicht schon dann, wenn sie durch ein Gesetz normiert wird (vgl 4 Ob 228/04 i; 2 Ob 61/13 d). Für Ärzte und ihre Hilfspersonen enthält § 54 Abs 1 ÄrzteG eine entsprechende Regelung, für Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe findet sich eine solche in § 6 Abs 1 Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG). § 8 Abs 1 Oö Sozialberufegesetz (Oö SBG) LGBl 2008/63 regelt die Verschwiegenheitspflicht für Angehörige der Sozialberufe. Letzterer unterliegen nicht nur die beiden Heimhelferinnen, sondern auch die Altenfachbetreuerin (vgl § 1 Z 1 lit a und b leg cit), deren Einvernahme die gesetzlichen Erben im vorliegenden Fall beantragt haben.

2. Verschwiegenheitspflicht der Ärzte:

2.1 Nach § 54 Abs 1 ÄrzteG sind der Arzt und seine Hilfspersonen zur Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Berufs anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet. Gem § 54 Abs 2 ÄrzteG (idF BGBl I 2017/25) besteht die Verschwiegenheitspflicht ua dann nicht, wenn die durch die Offenbarung des Geheimnisses bedrohte Person den Arzt von der Geheimhaltung entbunden hat (Z 3) und wenn die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt zum Schutz höherwertiger Interessen a)

der öffentlichen Gesundheitspflege, b) der Rechtspflege und c) (insoweit neu) von einwilligungsunfähigen Patientinnen/Patienten iZm der Bereitstellung der für die Behandlungskontinuität unerlässlichen Eckdaten gegenüber den mit der Pflege betrauten Personen (Z 4) unbedingt erforderlich ist.

Obwohl § 321 Abs 1 Z 3 ZPO nur die gültige Entbindung als Grund für den Entfall einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht nennt (entspricht § 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG), ist in diesem Zusammenhang auch das in § 54 Abs 2 Z 4 lit b ÄrzteG idGF genannte Überwiegen der Interessen der Rechtspflege beachtlich (Riesz, Ärztliche Verschwiegenheitspflicht [2013] 144 und 154). Der OGH hat dazu bereits ausgesprochen, dass die Offenbarung des Geheimnisses in einem – dort auf Schadenersatz wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht gerichteten – Zivilprozess zum Schutz höherwertiger Interessen der Rechtspflege regelmäßig nicht erforderlich sei (1 Ob 254/99 f SZ 72/183 = JBl 2000, 657 [Jabornegg]). Einer solchen Interessenabwägung (vgl dazu etwa 6 Ob 267/02 m SZ 2002/167; 7 Ob 50/12 x; RIS-Justiz RS0117236) bedarf es, wie noch zu erörtern sein wird, hier aber ohnedies nicht.

2.2 In Rsp und Lehre ist anerkannt, dass aus § 16 ABGB und einer Reihe von aus der gesamten Rechtsordnung sich ergebenden Grundwertungen, darunter auch die gesetzlich normierten Verschwiegenheitspflichten, das jedermann angeborene Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereichs abzuleiten ist (1 Ob 550/84 SZ 57/98; 1 Ob 341/99 z; RIS-Justiz RS0009003; Koch in KBB⁵ § 16 Rz 7). Der höchstpersönliche Lebensbereich stellt den Kernbereich der geschützten Privatsphäre dar, wozu jedenfalls auch die Gesundheit (der Gesundheitszustand) einer Person zählt (RIS-Justiz RS0122148; auch Danzl in KBB⁵ § 1328 a Rz 3). Es ist ferner anerkannt, dass die Privatsphäre über den Tod hinaus Schutz genießt (1 Ob 550/84; Koch in KBB⁵ § 16 Rz 5; Aicher in Rummel, ABGB³ § 16 Rz 28; Schilchegger/Gruber, Verschwiegenheitspflichten gegenüber Erben [2013] 234). Wo aber die Verschwiegenheitspflicht höchstpersönliche Umstände (Rechte) betrifft, ist auch die Entbindungserklärung höchstpersönlich. Sie kann daher weder vom Gericht nach § 367 EO substituiert, noch durch Vertreter, Erben oder einen Nachlasskurator des Verstorbenen erteilt werden (4 Ob 228/04 i mwN; RIS-Justiz RS0004570; RS0122813).

2.3 Diese Rechtslage könnte nun nahelegen, dass der Arzt als Geheimnisträger bei Fragen zur Gesundheit des Patienten nach dessen Tod – abgesehen von den Fällen des § 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG – stets der unbedingten und uneingeschränkten Verschwiegenheitspflicht unterliegt, sofern er nicht schon zu Lebzeiten des Patienten von ihr entbunden wurde. Diese Annahme trifft jedoch nicht zu. Denn die zu beurteilende Rechtsfrage ist vielmehr danach zu lösen, ob – da keine tatsächliche Entbindung vorliegt – von einem auf Entbindung gerichteten mutmaßlichen (hypothetischen) Willen des Verstorbenen auszugehen ist.

2.4 Der OGH hat vor dem Hintergrund der erörterten Rechtslage bereits in der E 1 Ob 550/84 SZ 57/98, die das Begehren eines nahen Angehörigen und Erben auf Gewährung von Einsicht in die Krankengeschichte des Verstorbenen zum Gegenstand hatte, in Anleh-

nung an einschlägige Rsp des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH 31. 5. 1983, VI ZR 259/81 NJW 1983, 2627) auf den mutmaßlichen Willen des verstorbenen Patienten abgestellt. Der (beklagte) Krankenhausträger habe das Begehren dahin zu prüfen, ob eine mutmaßliche Einwilligung des Verstorbenen zur Offenlegung demgegenüber, der die Einsicht begehrt, anzunehmen sei. Die endgültige Beurteilung obliege jedoch – und darin unterscheidet sich die E von jener des BGH – dem Gericht (vgl auch 1 Ob 341/99 z).

2.5 Im Schrifttum wird die Bedachtnahme auf den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen grundsätzlich bejaht und in unterschiedlichem – teilweise auch auf die Frage der Testierfähigkeit bezogenem – Zusammenhang erörtert:

a) So vertritt etwa *Priehl* (Die ärztliche Schweigepflicht nach dem Tod des Patienten, RdM 1995, 6 [8]) die Auffassung, das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung sei anzunehmen, wenn der Verstorbene ein Testament hinterlassen habe, aber Zweifel über seine Testierfähigkeit geäußert würden, welche vom Arzt ausgeräumt werden könnten.

b) *F. Bydlinski* (Paradoxe Geheimnisschutz post mortem? JBl 1999, 553 [558 f]) hält es für den in der Regel anzunehmenden Fall, dass Anhaltspunkte für konkrete Willensendenzen des Verstorbenen fehlen, für „unvermeidlich“, dass sich das Gewicht auf die Prüfung verlagere, wie verständige und einsichtige Menschen in der Position des Verstorbenen angesichts der konkreten Interessenlage über die Geheimhaltung oder Entbindung für die nach dem Tod auftretende Situation mutmaßlich entschieden hätten, wäre diese voraussehbar gewesen. Die Privatautonomie des Verstorbenen werde – wenn gleich abgeschwächt und nur annäherungsweise – auch dann noch gewahrt, wenn man „den Umweg über das typische willensbestimmte Verhalten sorgfältiger und redlicher (bzw vernünftiger und einsichtiger) Menschen in vergleichbaren Situationen nehmen“ müsse. Wenn dann noch Zweifel bestünden, solle es aber bei der Verschwiegenheitspflicht bleiben.

c) Auch nach *Schilchegger/Gruber* (Verschwiegenheitspflichten gegenüber Erben [2013] 240) könne eine mutmaßliche Einwilligung vorliegen, wenn eine solche mit Sicherheit zu erwarten sei. Sie könne in Einzelfällen geeignet sein, den Arzt „gewissermaßen konkludent“ von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden.

d) *Spitzer* stellte in seiner Glosse zu 2 Ob 61/13 d (EvBl 2014/40, 272 [274 f]), die den Fall eines sich auf die Verschwiegenheitspflicht nach § 37 NO berufenden Notariatssubstituten betraf, der nicht nur als Vertragserrichter, sondern auch als Testamentszeuge fungiert hatte und im Verfahren über das Erbrecht als Zeuge befragt werden sollte, weiterführende Überlegungen an. Dabei gelangte er zu dem Ergebnis, dass die (in casu bejahte) Aussagepflicht auch dann bestanden hätte, wenn der Notariatssubstitut bloßer Vertragserrichter gewesen wäre. Von einer teleologischen Betrachtung des Zwecks der Verschwiegenheitspflicht (von Notaren und Rechtsanwälten) ausgehend, würde es – so der Glossator – verwundern, dass ein testierfähiger Erblasser Beweise für seine Testierfähigkeit und damit die Chance der Durchsetzung seines letzten Willens geheim halten wollte. Eine Verschwiegenheits-

pflicht bestehe nicht. Beim Testierunfähigen sei die Interessenlage nicht anders. Das Gesetz gehe davon aus, dass er seinen Willen nicht rite bilden könne. Dann ziele sein „wohlverstandenes Interesse“ aber nicht darauf ab, die mangelhafte Willensbildung zu verstecken und so einen letzten Willen durchzusetzen, der – zum Schutz des Erblassers! – kein tauglicher letzter Wille sei. Bedenke man dies, sprächen die besseren Argumente auch beim bloßen Testamentserrichter gegen ein Entschlagungsrecht. Überzeugend werde in Deutschland die Ansicht vertreten, dass die Aufklärung von Zweifeln an der Testierfähigkeit im wohlverstandenen Interesse des Erblassers liege, sodass eine Verschwiegenheitspflicht nicht anzunehmen sei (dazu zitiert der Glossator auch zum Arzt ergangene Rsp).

2.6 Die herrschende Rsp und Lehre in Deutschland geht, an die bereits erwähnte Leitentscheidung (BGH 31. 5. 1983, VI ZR 259/81 NJW 1983, 2627) anknüpfend, in der Frage des Zeugnisverweigerungsrechts des Arztes im Erbscheinverfahren vom feststellbaren oder mutmaßlichen Willen des Erblassers aus. Habe sich der Patient bei Lebzeiten darüber geäußert, ob und in welchem Umfang der Arzt nach dem Tod des Patienten zum Schweigen verpflichtet sei, sei es gegenüber dem Arzt oder gegenüber Dritten, dann sei dieser Wille grundsätzlich maßgebend. Lasse sich dagegen eine positive Willensäußerung des Verstorbenen nicht feststellen, dann müsse der mutmaßliche Wille des Patienten erforscht, also geprüft werden, ob er die konkrete Offenlegung durch den Arzt gebilligt oder missbilligt haben würde. Von der erkennbar gewordenen oder zu vermutenden Willensrichtung des Patienten nicht gedeckte Verweigerungsgründe seien sachfremd und daher unbeachtlich. Der Arzt werde den Willen des Patienten in diesen Fällen selbst am besten kennen, er trage daher die Hauptverantwortung für die Einhaltung der Schweigepflicht. Allerdings könne er sich nicht darauf beschränken, seine Weigerung mit bloß allgemeinen Erwägungen zu begründen. Er müsse konkret darlegen, auf welche Belange des Verstorbenen sich seine Weigerung stütze. Im Allgemeinen gehe das Interesse des Erblassers dahin, aufkommende Zweifel über seine Testierfähigkeit nach Möglichkeit auszuräumen. Das liege für den testierfähigen Erblasser auf der Hand, gelte aber auch für den Testierunfähigen. Dessen wohlverstandenes Interesse sei nicht darauf gerichtet, zu verbergen, dass er testierunfähig sei; vielmehr würden damit umgekehrt die seinem Schutz dienenden Vorschriften über die Testierfähigkeit gerade unterlaufen (BGH 4. 7. 1984, IV a ZB 18/83 NJW 1984, 2893; BayOblG 21. 8. 1986, FamRZ 1986, 1237; vgl auch OLG Naumburg 9. 12. 2004, NJW 2005, 2017; *Bartsch*, Die postmortale Schweigepflicht des Arztes beim Streit um die Testierfähigkeit des Patienten, NJW 2001, 861; *Gierl* in *Burandt/Rojahn*, Erbrecht² [2014] § 2358 BGB Rn 57; *Zimmermann* in *Keidel*, FamFG¹⁹ [2017] § 352 e Rn 51).

2.7 Der erkSen schließt sich der (zumindest) überwiegenden Meinung in Österreich und Deutschland an, dass sich die Aussage-(verweigerungs-)pflicht des Arztes in einem Verfahren, in welchem die Testierfähigkeit des Erblassers geklärt werden muss, nach dem feststellbaren oder mutmaßlichen Willen des Erblassers, den Arzt von seiner Verschwiegenheitspflicht zu

entbinden, richtet. Hat der Erblasser zu Lebzeiten seinen diesbezüglichen Willen nicht ausdrücklich oder konkludent erklärt (zur privatrechtlichen Natur der Entbindungserklärung vgl 4 Ob 228/04 i) und verfügt der Arzt auch sonst über keine Anhaltspunkte, dass der Erblasser die Entbindung gegenüber den Verfahrensparteien verweigern wollte, so ist – insoweit iS von *F. Bydlinski* – auf die Maßfigur des verständigen und einsichtigen Menschen abzustellen. Ein solcher würde typischerweise in die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht einwilligen, wenn es um die Aufklärung von Zweifeln an seiner Testierfähigkeit geht. Die dazu von *Spitzer* unter Hinweis auf die deutsche Rechtslage genannten Gründe für den Entfall der Verschwiegenheitspflicht sind auch auf Ärzte übertragbar. Es liegt im grundsätzlichen Interesse des Erblassers, mag er testierfähig oder testierunfähig gewesen sein, dass sich jene Personen äußern, die am ehesten Aufschluss über seinen wahren letzten Willen geben können.

3. Verschwiegenheitspflicht des diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegers:

3.1 Gem § 6 Abs 1 GuKG sind Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe zur Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Berufs anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet. Die Verschwiegenheitspflicht besteht nach § 6 Abs 2 GuKG ua dann nicht, wenn die durch die Offenbarung des Geheimnisses betroffene Person den Angehörigen eines Gesundheits- und Krankenpflegeberufs von der Geheimhaltung entbunden hat (Z 1).

3.2 Hat der Betroffene den Geheimnisverpflichteten nicht schon zu Lebzeiten von der Verschwiegenheit entbunden (vgl *Weiss/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz – GuKG⁷ [2014] § 6 Anm 1 und 2), so ist nach seinem Tod erforderlichenfalls wieder auf den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen abzustellen (vgl *Riesz*, Die Verschwiegenheitspflicht der Pflegeberufe in Abgrenzung zu anderen sie treffenden Geheimnisverpflichtungen, ÖZPR 2014, 135). Es gelten daher die Ausführungen zu Pkt 2.

4. Verschwiegenheitspflicht der Altenfachbetreuerin und der Heimhelferinnen:

4.1 Gem § 8 Abs 1 Oö SBG sind Angehörige der Sozialberufe zur Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Berufs anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet. Eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht besteht nach § 8 Abs 2 Oö

SBG ua, wenn die betroffene Person oder deren gesetzlicher Vertreter oder gesetzliche Vertreterin der Offenbarung des Geheimnisses ausdrücklich zustimmt (Z 1).

4.2 Der Landesgesetzgeber geht vom Erfordernis einer „ausdrücklichen“ Zustimmung aus. Bei wörtlicher Auslegung könnte man zu der Ansicht neigen, dass bei der Verschwiegenheitspflicht von Angehörigen der Sozialberufe nicht auf den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen abgestellt werden kann. Einem derartigen Verständnis steht jedoch entgegen, dass diese Bestimmung – ebenso wie auch die anderen gesetzlichen Vorschriften über die berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten – keine Regelung dafür trifft, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Angehörigen der Sozialberufe auch noch nach dem Tod des Patienten weiterhin an ihre Schweigepflichten gebunden sind (vgl *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten gegenüber Erben [2013] 234). Bedenkt man, dass die Verschwiegenheitspflichten der Angehörigen der Sozialberufe mit jenen der einzelnen Gesundheitsberufe im Wesentlichen gleich gelagert sind, den gleichen Schutzzweck verfolgen und die selben Geheimnisse betreffen, verbietet sich eine abweichende Beurteilung der Reichweite der Verschwiegenheitspflicht. Auch für die Angehörigen der Sozialberufe gelten daher die Ausführungen in Pkt 2.

IV. Ergebnis und Kosten:

1. Das RekG hat die Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens zutreffend bejaht, weshalb es bei seiner aufhebenden Entscheidung zu bleiben hat. Der Revisionsrekurs des Testamentserben muss daher erfolglos bleiben.

Das ErstG wird im fortgesetzten Verfahren über das Erbrecht die Ergänzung des Sachverständigengutachtens zu veranlassen und die neuerliche Einvernahme der von den gesetzlichen Erben beantragten Zeugen durchzuführen haben. Dabei wird die Rechtsansicht des OGH zugrunde zu legen und die Zeugen werden in diesem Sinne zu belehren sein (§ 339 ZPO iVm § 35 AußStrG). Sollten die Zeugen zu einzelnen der an sie gerichteten Fragen die Aussage mit dem Hinweis auf ihre Verschwiegenheitspflicht dennoch verweigern, wird das ErstG die Rechtmäßigkeit der Weigerung zu prüfen und nach den §§ 324 ff ZPO (hier iVm § 35 AußStrG) vorzugehen haben. Erst nach Durchführung dieser Beweise wird erneut über das Erbrecht zu entscheiden sein. [...]

Anmerkung:

1. Im konkreten Fall war das Aussageverweigerungsrecht der Zeugen im Streit um die Testierfähigkeit des Verstorbenen zu klären. Die Tragweite der E geht aber darüber hinaus: Denn der OGH hat die Anerkennung der mutmaßlichen Entbindung von der Schweigepflicht nicht nur auf § 321 Abs 1 Z 3 ZPO gestützt, sondern auch auf die berufsrechtlichen Regelungen zu den Verschwiegenheitspflichten der Gesundheitsberufe übertragen. Die Argumentation des OGH bezog sich hier auf die Berufsgruppen der Ärzte, der diplomierten Gesundheits- und Krankenpfleger und der Heimhelfer; sie ist aber für andere (Gesundheits-)Be-

rufe generalisierbar, letztlich auch losgelöst vom speziellen Aspekt des postmortalen Geheimnisschutzes.

2. Entgegen der irreführenden Bezeichnung geht es bei der „mutmaßlichen“ Einwilligung nicht um eine besondere Art der „Einwilligung“ iS einer zustimmenden Willenserklärung zu Eingriffen in ein Rechtsgut. Sie ist keine Einwilligung, sondern ein Einwilligungssurrogat, eine „gewöhnheitsrechtlich anerkannte Illusion der Selbstbestimmung“ (*Linoh*, Die mutmaßliche Einwilligung im Medizinrecht, medstra 2017/4, 216 mwN). Manchmal greift der Gesetzgeber selbst darauf zurück, indem er mehr oder weniger explizit die Ermittlung eines mutmaßlichen Willens verlangt (vgl zB § 43 a Abs 1

Z 1 AMG; §§ 8 f PatVG) oder Rechtfertigungsgründe schafft, denen ein ähnliches Motiv zugrunde liegt: Dass nämlich handlungsunfähige Personen in besonderen Situationen vermutlich einen bestimmten Willen bilden würden, wenn sie könnten (zB im Notfall auch ohne Einwilligung behandelt zu werden, vgl § 110 Abs 2 StGB, oder die nötige Datenübermittlung zur Sicherstellung der Behandlungskontinuität zu erlauben, vgl § 54 Abs 2 Z 4 lit c ÄrzteG). Diese und verwandte Sonderbestimmungen sind aber nicht analogiefähig; wo sie nicht anwendbar sind, gibt es für die mutmaßliche Einwilligung keine Rechtsgrundlage.

Inhaltlich kombiniert die mutmaßliche Einwilligung ein Wahrscheinlichkeitsurteil über den wahren Willen des Rechtsgutträgers mit allgemeinen Vernunftigkeitserwägungen: Je weniger Anhaltspunkte dafür bestehen, wie sich der Betroffene tatsächlich entschieden hätte, desto mehr rückt in den Vordergrund, wie sich die „Maßfigur des verständigen und einsichtigen Menschen“ entscheiden würde. Das verleiht der mutmaßlichen Einwilligung ihren Reiz und eine nahezu uferlose Leistungsfähigkeit: Es kommt dann – um beim Ausgangsfall zu bleiben – nicht mehr darauf an, welche Gründe der Gesetzgeber für eine Ausnahme von der Schweigepflicht anerkannt hat, sondern darauf, was die einsichtige „Maßfigur“ (bzw ihre normative Rekonstruktion durch den Interpret) für vernünftig hält.

3. Darin liegt zugleich die Problematik der mutmaßlichen Einwilligung. Sie mag als Rechtfertigungsgrund im Zivil- und (Verwaltungs-)Strafrecht einen kleinen (subsidiären) Platz haben. Für die Legitimierung von Grundrechtsbeeinträchtigungen (hier: postmortaler Geheimnisschutz als Element des Art 8 EMRK) taugt der „mutmaßliche“ Wille aber schon deshalb nicht, weil ihm die gesetzliche Deckung iSd Art 8 Abs 2 EMRK fehlt. Wenn das Gesetz einen umfangreichen Katalog je nach Berufsgruppe unterschiedlich formulierter Ausnahmetatbestände für die Schweigepflicht vorsieht, dann geht es nicht an, die dahinterstehenden gesetzlichen Differenzierungen mit einem „ungeschriebenen“ Rechtfertigungsgrund zu überspielen. Die gesetzlich verankerten Ausnahmen (zB) des § 54 Abs 2 ÄrzteG wären dann weitgehend entbehrlich, weil die „Maßfigur“ – sofern sie nur vernünftig genug ist – auch nichts gegen die Informationspreisgabe in allen anderen Durchbruchstatbeständen einzuwenden hätte, schon gar nicht dort, wo die Informationspreisgabe ihrem eigenen Interesse dient (§ 54 Abs 2 Z 4 lit c ÄrzteG). Und wo ein Gesetz (wie in § 8 Oö SBG) bewusst strenger ist und eine „ausdrückliche“ Zustimmung zur Geheimnisoffenbarung verlangt, kann man zwar an der Sinnhaftigkeit einer solchen Regelung im Vergleich zu den anderen Gesundheitsberufen zweifeln. Der Hinweis auf den „gleichen Schutzzweck“ ist aber kein tragfähiges Argument für ein Verständnis, das sich über den eindeutigen Gesetzeswortlaut hinwegsetzt. Das ist keine Auslegung mehr, sondern eine Gesetzeskorrektur unter dem Deckmantel der Interpretation.

4. Im Ergebnis ist die vorliegende E gewiss richtig. Für die Begründung hätten sich aber überzeugendere –

und näher am positiven Recht liegende – Argumente angeboten:

Hält man mit dem OGH daran fest, dass ein Erblasser „typischerweise in die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht einwilligen“ würde, weil die Befragung jener Personen, die am ehesten Aufschluss über seinen wahren letzten Willen geben können, in seinem eigenen „grundsätzlichen Interesse“ liegt (s Pkt 2.7), so ist fraglich, ob in dieser Konstellation überhaupt ein (dem Geheimnisbegriff immanentes) Geheimhaltungsinteresse des Erblassers gegeben ist. Verneint man dies, dann entfällt der Geheimnisschutz bereits auf der Tatbestandsebene.

Doch selbst wenn man vorläufig von einem schutzwürdigen Geheimnis ausgeht, ist der Rückgriff auf einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund unnötig, weil das Gesetz eine ausdrücklich normierte Ausnahme kennt, mit der die Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme begründet werden kann: § 54 Abs 2 Z 4 lit b ÄrzteG erlaubt eine Durchbrechung der Schweigepflicht ua dann, wenn die „Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt zum Schutz höherwertiger Interessen der Rechtspflege“ unbedingt erforderlich ist. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte damit sichergestellt werden, dass die behördliche Tätigkeit von Verwaltungsbehörden und Gerichten nicht an der ärztlichen Verschwiegenheit scheitert – und zwar nicht nur in amtsweigen einzuleitenden Verfahren, sondern auch „in allgemeinen Zivilprozessen“ (1386 BlgNR 20. GP 96).

Diese Ausnahme zugunsten der Rechtspflege wäre in diesem Fall durchaus einschlägig gewesen. Allerdings hätte der OGH dann seine stRsp überdenken müssen, wonach die Geheimnisoffenbarung in einem Zivilprozess „zum Schutz höherwertiger Interessen regelmäßig nicht erforderlich“ sei (vgl Pkt 2.1). Jene wertende Interessenabwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen einerseits und den Interessen der Rechtspflege andererseits, um die es in § 54 Abs 2 Z 4 lit b ÄrzteG geht und die der OGH für entbehrlich hielt, verschwindet freilich auch bei der mutmaßlichen Einwilligung nicht: Sie wird bloß in die normativ aufgeladene Maßfigur des „verständigen und einsichtigen Menschen“ verlagert.

5. Im GuKG und im Oö SBG fehlt zwar eine Ausnahme zugunsten der Rechtspflege. Beide Gesetze sehen aber einen Entfall der Verschwiegenheitspflicht vor, wenn die Geheimnisoffenbarung ua „zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig“ (§ 6 Abs 2 Z 2 GuKG) bzw „zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder im Interesse der betroffenen Person unerlässlich“ ist (§ 8 Abs 2 Z 3 Oö SBG). Diese – vom OGH erstaunlicherweise nicht einmal zitierte – Ausnahme des Schutzes der „Rechte anderer“ ist, eine entsprechende Interessenabwägung vorausgesetzt, bei einem gerichtlichen Verfahren über ein zwischen den Parteien strittiges Erbrecht grundsätzlich erfüllt. Auch für das Pflegepersonal und die Angehörigen der Sozialberufe nach dem oö Landesrecht hätte sich also eine auf das Gesetz zurückführbare Begründung für die Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme finden lassen.

Christian Kopetzki