

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
zur Patientenverfügung

BGH Beschl. v. 06.07.2016 („BGH I“)

BGH Beschl. v. 08.02.2017 („BGH II“)

BGH Beschl. v. 14.11.2018 („BGH III“)

- Anmerkungen von RA Dr. K. Jan Schiffer -

Anmerkung zu dem BGH-Beschluss vom 06. Juli 2016 - XII ZB 61/16

Anmerkung

In der Praxis sind für Patientenverfügungen zahlreiche „Formulierungsbeispiele“ entwickelt worden. Bis zu dem BGH-Beschluss wurde es grundsätzlich als eine gute Idee gesehen, solche Formulierungen zu verwenden. Daran sind nun ganz erhebliche Zweifel angebracht, denn die vom BGH ausdrücklich zitierten (Rn 2) und abgelehnten konkreten Formulierungen aus dem von ihm entschiedenen Fall waren bisher in der Praxis ganz weitgehend üblich. Bislang geradezu propagierte Musterformulierungen hat der BGH als nicht ausreichend konkret bewertet. Solche Formulierungen sind von bekannten „Stellen“ und Fachleuten vorgeschlagen worden und deshalb weit verbreitet. Man sehe nur die einschlägige Broschüre des Bundesministeriums der Justiz aus dem Jahre 2010 mit entsprechenden „Textbausteinen“.

Der BGH-Beschluss ist deshalb ein erhebliches Problem für viele Menschen. Sie können sich nun nicht mehr auf die Umsetzung ihrer entsprechenden Patientenverfügung verlassen. Der BGH (Rn 45 ff, insb. Rn 47 f) verneint bei entsprechenden Formulierungen sogar überhaupt die Existenz einer Patientenverfügung im Sinne des Gesetzes (§ 1901 a Abs. 1 S. 1 BGB). Es fehle die „zu verlangende bestimmte Behandlungsentscheidung“. Das ist eine deutliche Aussage! Sie gibt allerdings in der Rechtspraxis gerade keine Sicherheit, sagt uns der BGH doch nicht, wie eine „richtige“, tragfähige Patientenverfügung auszusehen hat. Hierzu bleibt er merkwürdig unkonkret und praxisfern. Er hatte ja (an sich)

auch nur seinen konkreten Fall zu entscheiden und nicht uns Berater zu beraten.

Zu folgen ist dem BGH, wenn er betont (Rn 46), die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann mit dem BGH in der Tat an sich „nur“, dass der betroffene Mensch umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was ggf. nicht. Angesichts der aktuellen Fortschritts- und Erkenntnisgeschwindigkeit in der Medizin kann nicht gefordert werden, wie auch der BGH hervorhebt, dass der Betroffene seine eigene Krankheitsbiografie als Patient vorausahnt und zukünftige Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt. Das aber bedeutet eine doch relativ niedrige Schwelle für eine wirksam konkretisierte Patientenverfügung. Ausgehend davon, erscheint mir die Argumentation des BGH widersprüchlich, wenn er die Konkretisierung durch das Verweisen auf bestimmte Behandlungssituationen ausdrücklich als zu unkonkret ablehnt.

Die Gedanken des BGH erinnern mich an die Andeutungstheorie, die wir insbesondere vom Recht der letztwilligen Verfügungen her kennen (*Palandt/Ellenberger*, § 133 BGB Rn 19). Sollte dieser Gedanke nicht auch hier ganz konsequent angewendet werden, wo der Patient ähnlich dem verstorbenen Erblasser ja eben auch nicht mehr selbst über sein Schicksal verfügen und erläutern kann, was er genau gewollt hat?

Der BGH selbst nennt in drei Zeilen nur folgende Möglichkeiten der erforderlichen Konkretisierung (Rn 47):

- a) die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen (Ist dieser Ansatz konkreter als bisher üblich? Wie der BGH selbst betont, kann der Patient auch dazu als Nichtfachmann nicht in die Zukunft sehen.)
- b) die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten (Ja, das erscheint möglich, aber eben doch nur, soweit der Patient diese Krankheiten aktuell kennt.)
- c) die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Behandlungssituationen (Gerade das hat die Beratungspraxis bisher schon versucht, aber so ist es aus Sicht des BGH nicht ausreichend konkret. Was aber konkret soll hier konkreter formuliert werden?)

Ja, das Leben ist ein ganz, ganz hohes Gut. Der Gesetzgeber hat, wie es auch der BGH sieht (Rn 42), mit den gesetzlichen Regelungen zur Patientenverfügung allerdings das Ziel verfolgt, Betroffenen eine vorsorgende privatautonome Entscheidung zu ermöglichen. Diese muss in einem in der Praxis machbaren, praktikablen Umfang möglich sein und bleiben, sonst läuft die gesetzliche Regelung ins Leere.

Bei alledem sollten wir auch nicht verkennen, wie sehr es für das deutsche Recht (anders als z. B. wohl im US-amerikanischen Recht) als eine Errungenschaft begriffen wird, dass wir durch Beispiele konkretisierte Generalklauseln verwenden (*Palandt/Sprau*, Einl. vor § 1 BGB Rn 42). Damit haben wir in unserem Rechtsraum große Erfahrung. Die Konsequenz daraus ist

natürlich, dass derjenige, der aufgrund einer Generalklausel zu entscheiden hat, einen erheblichen Entscheidungsspielraum hat. So war es in dem Fall auch bei der bevollmächtigten Tochter. Das hat der BGH in seinem Beschluss betont. Zum „Abschalten“ kann ein Bevollmächtigter deshalb grundsätzlich nicht gezwungen werden. Gerade dazu hatte der BGH in dem ihm vorliegenden speziellen Fall zu entscheiden, aber eben nicht generell zu dem erforderlichen Inhalt von Patientenverfügungen. Der BGH hätte deshalb aus meiner Sicht gar nicht so grundlegend entscheiden müssen. Nun wirkt es, als sei er über das Ziel hinausgeschossen. Für die Praxis sehe ich den BGH-Beschluss deshalb jedenfalls bis zu einer besseren Erkenntnis ganz bewusst „nur“ als nicht zu verallgemeinernde Einzelfallentscheidung für einen Sonderfall.

In der Praxis müssen wir nun dennoch vorsorglich versuchen, alle entsprechenden Patientenverfügungen sowie die „Muster“ für solche Verfügungen durch zusätzliche Erläuterungen möglichst zu konkretisieren. Das gilt wegen ihrer Verbreitung ganz besonders für die Formulierungsvorschläge aus dem Bundesjustizministerium. Dieser Praxishinweis ist nicht sehr konkret. Das ist mir bewusst. Ich weiß nach der BGH-Entscheidung aber leider auch nicht genauer, was der BGH hier konkret meint. Vielleicht kann er seine Auffassung ja bald konkretisieren. Dafür würden ihm viele Menschen sicherlich sehr dankbar sein. Hier ist echte Klarheit erforderlich!

Von Rechtsanwalt Dr. K. Jan Schiffer, Bonn

AUFSÄTZE

1

Editorial 6/2017 - Patientenverfügung: Der BGH präzisiert seine Entscheidung aus Juli 2016

von Dr. K. Jan Schiffer, RA und Zert. Testamentsvollstrecker (AGT), SPSP Schiffer & Partner, Bonn

Werte Kolleginnen und Kollegen!

Zu der Frage nach der erforderlichen Bestimmtheit einer Patientenverfügung hatte der BGH die Praxis mit einer Entscheidung vom 06.07.2016¹ stark verunsichert. Bislang geradezu propagierte Musterformulierungen bewertete der BGH als nicht ausreichend konkret. Man sehe dazu beispielhaft die einschlägige Broschüre des Bundesministeriums der Justiz aus dem Jahre 2010 mit entsprechenden „Textbausteinen“. Der BGH-Beschluss war deshalb ein erhebliches Problem für sehr viele Menschen. Sie konnten sich nicht mehr auf die Umsetzung ihrer entsprechenden Patientenverfügung verlassen. Der BGH verneinte bei entsprechenden – aus seiner damaligen Sicht zu unkonkreten – Formulierungen sogar überhaupt die Existenz einer Patientenverfügung im Sinne des Gesetzes (§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB). Es fehle, so der BGH damals, die „zu verlangende bestimmte Behandlungsentscheidung“. Im Internet findet man dazu, wenn man nach dem Thema sucht, eine erhebliche Menge mehr oder weniger sachliche Kritik. Auch in der Fachwelt ist die Entscheidung des BGH erheblich kritisiert worden.²

Nun, auch BGH-Richter in ihren Senaten sind bei ihrer Suche nach dem „richtigen Recht“ keineswegs uneinsichtig. Der BGH ist den Hinweisen aus der Praxis gefolgt und das, soweit ersichtlich, bei der ersten Möglichkeit, die sich ihm dazu geboten hat. Ich zitiere dazu aus der Presseerklärung des BGH vom 24.03.2017³:

„Zur erforderlichen Bestimmtheit der Patientenverfügung hatte der BGH bereits in seinem Beschluss vom 06.07.2016 (XII ZB 61/16) entschieden, dass zwar die Äußerung, ‚keine lebenserhaltenden Maßnahmen‘ zu wünschen für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung enthält, die erforderliche Konkretisierung aber gegebenenfalls durch die Benennung

*bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen erfolgen kann. Diese Rechtsprechung hat der BGH nun weiter präzisiert und ausgesprochen, dass sich die erforderliche Konkretisierung im Einzelfall auch bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben kann. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch **Auslegung der in der Patientenverfügung** enthaltenen Erklärungen zu ermitteln.“*

Der BGH hat tatsächlich zu einer erfreulichen Klarstellung gefunden. So heißt es in dem nunmehr ergangenen Beschluss des BGH:⁴

*„Als eine der Schriftform unterfallende Erklärung muss die Patientenverfügung primär nach ihrem schriftlich niedergelegten Inhalt **ausgelegt** werden. Dabei ist der **Gesamtzusammenhang der Urkunde zu berücksichtigen** und festzustellen, ob sich daraus insgesamt ein hinreichend eindeutig zu bestimmender Patientenwille ergibt.“*

Damit hat der BGH im Sinne der erbrechtlichen Andeutungstheorie, wonach der in der Urkunde jedenfalls angedeutete Erblasserwille ausreichen soll, wenn er anderweitig belegt ist (§ 2084 BGB)⁵, nun also zu einer Auslegungslösung gefunden. Das entspricht der Rechtslage vor der BGH-Entscheidung aus Juli 2016. Die zwischenzeitlich entstandene erhebliche Verunsicherung dürfte damit erledigt sein.

Die Klarstellung des BGH ist erfreulich. Zu einem „mea culpa“ wegen der zwischenzeitlichen von ihm verursachten Verwirrung hat sich der BGH gleichwohl nicht bewegen gefühlt. Das ist auch nicht erforderlich. Führt doch die Suche nach dem richtigen Recht beinahe unvermeidbar auch zu Bewertungen, die sich in der Folgezeit qua besserer und/oder zusätzlicher Erkenntnis als nicht optimal herausstellen. Davor sind natürlich auch Richter nicht gefeit.

Eine rasche Änderung der bisherigen Ansicht (oder eben eine Präzisierung, Klarstellung, Ergänzung, Änderung, ...) ist dann allerdings geboten. So hat es der BGH gemacht. Die Rechtspraxis wird es ihm danken. Denken wir nur an die nicht wenigen Menschen, die eine Patientenverfügung verfasst haben, welche nach der nun überholten

Rechtsprechung aus 2016 des BGH unwirksam war, und die diese Verfügung etwa wegen zwischenzeitlicher Demenz nicht mehr hätten wirksam ändern können. Eine Auslegung nach dem Gesamtzusammenhang der Urkunde ist nicht nur in solchen Fällen ein Segen.

Der Dank dazu gilt dem 12. Zivilsenat des BGH, dessen Vorsitzender auf Nachfrage die neue Richtung in einer Mail an den Autor vom 09.02.2017 bereits angekündigt hatte - natürlich nur zwischen den Zeilen.

Herzlichst

Ihr K. Jan Schiffer

¹ BGH, Beschl. v. 06.07.2016 - XII ZB 61/16.

² Müller, ZEV 2016, 605, 607 ff.; Schiffer, AnwZert ErbR 16/2017, Anm. 1 und AnwZert ErbR 18/2017, Anm. 1; Schiffer, ZErb 2016, 337.

³ Pressemitteilung des BGH Nr. 40/2017 v. 24.03.2017 (Hervorhebungen nur hier).

⁴ BGH, Beschl. v. 08.02.2017 - XII ZB 604/15 Rn. 21 (Hervorhebungen nur hier).

⁵ Zur „Andeutungstheorie“ vgl. schon Schiffer, AnwZert ErbR 16/2014, Anm. 1; Schiffer, AnwZert ErbR 17/2014, Anm. 1.

Patientenverfügung: Der Weg in den Rechtsalltag

Anmerkung zu dem BGH-Beschluss vom 14. November 2018 – XII ZB 107/181¹

Von Rechtsanwalt Dr. K. Jan Schiffer, Bonn

Patientenverfügungen bewegen tausende ältere und jüngere Menschen in Deutschland. Viele versuchen hier mit ihren juristischen Beratern und ggf. auch mit ihren Ärzten möglichst gute und haltbare Regelungen für den Krisenfall zu schaffen. Dabei versuchen dann Juristen, sich für ihre Mandanten verständlich an Ärzte als Adressaten dieser Verfügungen zu wenden. Das ist ersichtlich nicht ganz einfach. Man mache sich nur einmal klar, wie Juristendeutsch auf Nichtjuristen typischerweise wirkt. Da haben wir sicherlich alle unsere Erfahrungen machen dürfen. Da überrascht es nicht, dass sich der BGH innerhalb kurzer Zeit bereits das dritte Mal mit dem Thema Patientenverfügung befasst hat.

Nach der ersten, vielfach diskutierten Entscheidung des BGH vom 6.7.2016 (XII ZB 61/16; siehe dazu: *Verf.*, ZErb 2016, 337 f. *Müller*, ZEV 2016, 605 ff; *Seibl*, NJW 2016, 3277 ff) hatte der BGH zwischenzeitlich bereits wesentlich praxisgerechter beschlossen (BGH-Beschl. V. 8.2.2017, XI ZB 604/15; dazu *Verf.* AnwZert ErbR 6/2017, 1 f).

Nun hat sich der XII. Senat unseres höchsten Zivilgerichts in einem Beschluss vom 14.11.2018 erneut mit dem Thema befasst. Der BGH ist offensichtlich mit Blick auf die Praxis noch klarer und deutlicher geworden. In seinem Beschluss aus Februar 2017 (BGH-Beschl. v. 8.2.2017 – Az. XII ZB 604/15, Rn 21) hieß es noch etwas unbestimmt:

„Als eine der Schriftform unterfallende Erklärung muss die Patientenverfügung primär nach ihrem schriftlich niedergelegten Inhalt ausgelegt werden. Dabei ist der Gesamtzusammenhang der Urkunde zu berücksichtigen und festzustellen, ob sich daraus insgesamt ein hinreichend eindeutig zu bestimmender Patientenwille ergibt.“

Das wurde als erfreulicher Hinweis auf die Andeutungstheorie (§ 2084 BGB) verstanden (*Verf.* AnwZert ErbR, 6/2017, 1). Nun sagt es der BGH ganz klar. Die ersten beiden Leitsätze des neuen Beschlusses lauten dazu erfreulicherweise sehr deutlich:

„a) Die erforderliche Konkretisierung einer Patientenverfügung kann sich im Einzelfall bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748).

b) Urkunden über formbedürftige Willenserklärungen sind nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen dabei aber nur berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden in der formgerechten Urkunde einen wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat.“

Das entspricht genau betrachtet der Rechtslage vor der BGH-Entscheidung aus Juli 2016. Die zwischenzeitlich entstandene erhebliche Verunsicherung sollte damit endgültig beseitigt sein.

In der Praxis sind für Patientenverfügungen zahlreiche „Formulierungsbeispiele“ dazu entwickelt worden, wie eine „richtige“, tragfähige Patientenverfügung auszusehen hat. In dem aktuellen Beschluss hebt der BGH dazu hervor (aaO, Rn 19), neben Erklärungen des Erstellers der Patientenverfügung zu den ärztlichen Maßnahmen, in die er einwillige oder die er untersage, verlange der Bestimmtheitsgrundsatz auch, dass die Patientenverfügung erkennen lasse, ob sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen solle. Eine Patientenverfügung sei nur dann ausreichend bestimmt, wenn sich feststellen lasse, in welcher Behandlungssituation welche ärztlichen Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen. Der BGH betont dazu erfreulicherweise einmal mehr (Rn 20), dass die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung bei alledem nicht überspannt werden dürfen. Vorausgesetzt werden könne nur, dass der Betroffene umschreibend festlege, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation wolle und was nicht. Maßgeblich sei nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahne und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtige. Insbesondere könne nicht ein gleiches Maß an Präzision verlangt werden, wie es bei der Willenserklärung eines einwilligungsfähigen Kranken in die Vornahme einer ihm angebotenen Behandlungsmaßnahme erreicht werden könne.

Nicht ausreichend seien, so der BGH ausdrücklich (Rn 21), allgemeine Anweisungen wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten sei. Auch die Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthalte jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung. Die erforderliche Konkretisierung könne sich im Einzelfall aber auch bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, sei dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln.

Das überzeugt. Im Ergebnis bedeutet es allerdings eine doch relativ niedrige Schwelle für eine wirksam konkretisierte Patientenverfügung. Ist das bedenklich? Ich meine: Nein.

1) ZErb Februar 2019, 38 ff.

Die Andeutungstheorie, die wir ja insbesondere vom Recht der letztwilligen Verfügungen her kennen (siehe *Palandt-Ellenberger*, 78. Aufl., 2019, § 133 BGB Rn 19), überzeugt auch für den vorliegenden Zusammenhang, in dem der Patient typischerweise ähnlich einem verstorbenen Erblasser auch nicht mehr selbst über sein Schicksal verfügen und nicht mehr erläutern kann, was er genau gewollt hat.

Das Leben ist ein ganz, ganz hohes Gut. Im Umgang damit ist besondere Vorsicht angesagt. Der Gesetzgeber hat aber, wie es auch der BGH sieht (siehe bereits BGH-Beschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, Rn 42), mit den gesetzlichen Regelungen zur Patientenverfügung das Ziel verfolgt, potentiell Betroffenen eine vorsorgende privatautonome Entscheidung zu ermöglichen. Das bleibt, wie sich spätestens aus dem aktuellen BGH-Beschluss deutlich ergibt, in einem in der Praxis machbaren, praktikablen Umfang möglich. So verstanden dient die gesetzliche Regelung der Praxis. Man denke nur an die mit der älter werdenden Gesellschaft steigende Zahl der Demenzerkrankungen (dazu mit Blick auf die Nachfolgeplanung etwa von *Oertzen/Windeknecht*, ZEV 2019, 8 ff). In der Praxis wird eine Demenzerkrankung die Nachbesserung einer Patientenverfügung unmöglich machen. Da ist dann die etwa-

ige Auslegung der bisherigen Verfügung vor dem Hintergrund der Andeutungstheorie bei allen Schwierigkeiten, die eine Auslegung im Einzelfall mit sich bringen mag, doch ein Segen.

Überzeugen mag uns zusätzlich, dass wir in Deutschland nicht nur Erfahrungen mit der Auslegung von Willenserklärungen haben, sondern anders als beispielsweise das US-amerikanische Recht es als eine juristische Errungenschaft begriffen haben, wie sehr durch Beispiele konkretisierte Generalklauseln als Rechtsgrundlagen dienen können (siehe nur *Palandt-Grüneberg*, Einl. vor § 1 BGB Rn 42). Darum geht es doch ganz wesentlich auch bei Patientenverfügungen. In der Praxis bleibt damit vor dem Hintergrund der erfreulichen Rechtsprechung die Aufgabe, im Einzelfall Patientenverfügungen möglichst durch passende und spezifische Erläuterungen und Beispiele zu konkretisieren. Diesen Weg weist uns auch der BGH, an dessen aktuellem Beschluss allenfalls zu monieren ist, dass er die Befassung der Fachöffentlichkeit mit seiner betreffenden bisherigen Rechtsprechung in seinem aktuellen Beschluss nicht erwähnt. Der BGH zitiert außer bei zwei Nebenaspekten nur sich selbst. Da geht im Sinne einer herrschenden Meinung sicherlich noch mehr. Unabhängig davon ist der aktuelle Beschluss, wie ausgeführt, zu begrüßen. Als Rechtspraktiker sage ich deshalb höflich Danke!