

Abhandlungen zum Medizin- und Gesundheitsrecht

---

Band 4

# Die Patientenverfügung

Eine kritische Analyse  
der gesetzlichen Regelung unter besonderer  
Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung  
zur Bestimmtheit

Von

Bente Brandt



Duncker & Humblot · Berlin

BENTE BRANDT

## Die Patientenverfügung

# Abhandlungen zum Medizin- und Gesundheitsrecht

Herausgegeben von

Andreas Hoyer

Sebastian Graf von Kielmansegg, Saskia Lettmaier

Rudolf Meyer-Pritzl

Band 4

# Die Patientenverfügung

Eine kritische Analyse  
der gesetzlichen Regelung unter besonderer  
Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung  
zur Bestimmtheit

Von

Bente Brandt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel  
hat diese Arbeit im Jahr 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 2750-5790 (Print) ISSN 2750-5804 (Online)

ISBN 978-3-428-19027-0 (Print)

ISBN 978-3-428-59027-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Juni 2023 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Rudolf Meyer-Pritzl, für die persönliche Betreuung und Unterstützung des Dissertationsprojekts. Er gab den Anstoß dazu und hat mir große inhaltliche Freiheit gewährt, wobei gleichzeitig seine Tür jederzeit offenstand. Dafür bin ich sehr dankbar. Ebenso möchte ich mich bei ihm sowie meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Europäische Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Rechtsvergleichung für das angenehme Arbeitsumfeld bedanken, welches auch meine Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl zu einer wunderbaren Zeit gemacht hat.

Herrn Prof. Dr. Dr. Jan Backmann danke ich für die aufmerksame und zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die darin enthaltenen Anregungen.

Bedanken möchte ich mich ebenfalls bei Frau Prof. Dr. Susanne Lilian Gössl, LL.M. (Tulane) für die – wenn auch kurze – Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an ihrem Lehrstuhl.

Die Dissertation wurde mit dem Förderpreis des Zentrums für Gesundheitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel im Jahr 2023 ausgezeichnet. Für den in diesem Rahmen von der Kanzlei Brock Müller Ziegenbein in Kiel gestifteten Druckkostenzuschuss bedanke ich mich sehr herzlich.

Von ganzem Herzen danke ich schließlich meiner Familie und all jenen, die mir während der gesamten Ausbildung und Promotionszeit zur Seite standen und mich unterstützt haben.

Kiel, im September 2023

*Bente Brandt*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	11
<b>B. Begriffserklärung</b> .....	15
<b>C. Grundlagen der Patientenverfügung</b> .....	16
I. Grundzüge des Betreuungsrechts .....	16
1. Historische Entwicklung des Betreuungsrechts .....	16
2. Grundprinzipien des Betreuungsrechts .....	17
a) Der Erforderlichkeitsgrundsatz .....	18
b) Das Subsidiaritätsprinzip .....	18
c) Das Selbstbestimmungsrecht .....	19
II. Grundlagen der medizinischen Behandlung .....	20
1. Indikation .....	21
2. Einwilligung .....	21
3. Durchführung lege artis .....	23
III. Verfassungsrechtliche Ausgangslage .....	23
1. Art. 1 I GG .....	24
2. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG .....	24
3. Art. 2 II 1 GG .....	25
<b>D. Entwicklungsgeschichte der Patientenverfügung</b> .....	27
<b>E. Abgrenzung zu anderen Vorausverfügungen</b> .....	32
I. Vorsorgevollmacht .....	32
1. Definition und Zweck .....	33
2. Erteilung der Vollmacht .....	35
3. Wirksamkeitsbeginn .....	36
4. Inhaltliche Gestaltung .....	37
a) Allgemeines .....	38
b) Bestimmtheit .....	42
c) Generalvollmacht .....	47
5. Form .....	48
6. Verwahrung .....	51
7. Kontrolle des Bevollmächtigten .....	53
8. Erlöschen der Vollmacht .....	55
9. Verhältnis zur Patientenverfügung .....	57
a) Unterschiede .....	57
b) Verhältnis der Verfügungen .....	58
c) Kombination der Verfügungen .....	59



10. Resümee . . . . .	62
II. Betreuungsverfügung . . . . .	63
1. Definition . . . . .	64
2. Verhältnis zur Patientenverfügung . . . . .	65
3. Verhältnis zur Vorsorgevollmacht . . . . .	66
<b>F. Rechtsnatur . . . . .</b>	<b>68</b>
<b>G. Voraussetzungen der Errichtung . . . . .</b>	<b>72</b>
I. Wirksamkeitsvoraussetzungen . . . . .	72
1. Einwilligungsfähigkeit . . . . .	72
2. Volljährigkeit . . . . .	73
3. Höchstpersönlichkeit . . . . .	73
4. Schriftform . . . . .	74
5. Fehlen von Wirksamkeitsvoraussetzungen . . . . .	75
II. Keine Wirksamkeitsvoraussetzungen . . . . .	75
1. Beratung . . . . .	76
a) Medizinische Beratung . . . . .	76
b) Rechtliche Beratung . . . . .	80
c) Einrichtung von Beratungsangeboten . . . . .	81
2. Aktualisierung . . . . .	81
3. Hinterlegung . . . . .	84
4. Erhöhte Formanforderungen . . . . .	86
5. Ergebnis . . . . .	87
III. Errichtung als Minderjähriger . . . . .	87
1. Rechtliche Ausgangslage . . . . .	87
2. Verfassungsmäßigkeit des Volljährigkeitserfordernisses . . . . .	89
a) Auslegung . . . . .	90
aa) Wortlaut . . . . .	90
bb) Historie . . . . .	90
cc) Systematik . . . . .	92
dd) Telos . . . . .	93
ee) Grenzen der Auslegung . . . . .	94
ff) Ergebnis . . . . .	94
b) Vereinbarkeit mit dem Selbstbestimmungsrecht, Art. 1, Art. 2 GG . . . . .	94
aa) Rechtfertigung durch das Elternrecht, Art. 6 II 1 GG . . . . .	95
bb) Rechtfertigung durch die staatliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit, Art. 2 II 1 GG . . . . .	99
cc) Resümee . . . . .	100
c) Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrund- satz, Art. 3 I GG . . . . .	101
d) Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit . . . . .	103
3. Auswege de lege lata . . . . .	104

a)	Verfassungskonforme Auslegung des § 1827 I 1 BGB.....	104
b)	Die Errichtung einer Patientenverfügung stellvertretend durch die Eltern .....	105
c)	Die Errichtung einer Vorsorgevollmacht durch den Minderjährigen .....	105
d)	Beachtlichkeit des Willens des Minderjährigen gem. § 1827 II BGB analog .....	109
e)	Unmittelbarer Rückgriff auf den Willen des Minderjährigen... ..	110
f)	Gerichtliche Ersetzung nach § 1666 III Nr. 5 BGB .....	111
g)	Empfehlungen zum Vorgehen in Notfallsituationen .....	113
h)	Resümee .....	114
4.	Eigener Lösungsansatz .....	114
a)	Die Einwilligung des Minderjährigen in ärztliche Behandlungen .....	114
aa)	Die generelle Einwilligungsbefugnis bei der Behandlung minderjähriger Patienten .....	115
(1)	Keine gesetzliche Regelung .....	115
(2)	Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung .....	115
(3)	Stand der Literatur .....	116
(4)	Zwischenergebnis .....	118
bb)	Übertragbarkeit auf die Patientenverfügung .....	119
b)	Die Errichtung anderer höchstpersönlicher Verfügungen .....	119
aa)	Vergleich zur Errichtung eines Testaments .....	120
(1)	Die Errichtung eines Testaments .....	120
(2)	Übertragbarkeit auf die Patientenverfügung .....	121
bb)	Vergleich zur Errichtung einer Vorsorgevollmacht .....	123
cc)	Vergleich zur Eheschließung .....	123
c)	Andere Altersgrenzen im Gesetz .....	124
d)	Zwischenergebnis .....	125
e)	Eigener Lösungsvorschlag .....	125
5.	Ergebnis .....	128
<b>H.</b>	<b>Inhalt der Patientenverfügung .....</b>	<b>130</b>
I.	Regelungsinhalt .....	130
II.	Bestimmtheit .....	132
1.	Entwicklung der Rechtsprechung .....	132
a)	Rechtsslage unmittelbar nach Inkrafttreten des § 1827 BGB ...	132
b)	Beschluss des BGH vom 17. September 2014 .....	134
2.	Aktuelle Rechtsprechung .....	136
a)	Beschluss des BGH vom 6. Juli 2016 .....	137
aa)	Inhalt der Entscheidung .....	137
bb)	Einordnung der Entscheidung .....	138
b)	Beschluss des BGH vom 8. Februar 2017 .....	140
aa)	Inhalt der Entscheidung .....	140

bb) Einordnung der Entscheidung . . . . .	142
c) Beschluss des BGH vom 14. November 2018 . . . . .	143
aa) Inhalt der Entscheidung . . . . .	143
bb) Einordnung der Entscheidung . . . . .	144
3. Bewertung der Rechtsprechung . . . . .	144
a) Vorgaben des BGH . . . . .	145
b) Bewertung der Vorgaben des BGH . . . . .	146
aa) Ärztliche Maßnahmen und Behandlungssituationen . . . . .	146
bb) Konkretisierungsgrad . . . . .	146
cc) Auslegung . . . . .	150
dd) Zusammenfassung . . . . .	152
c) Handlungsbedarf des Gesetzgebers . . . . .	153
d) Vergleich zur Rechtslage in Österreich . . . . .	154
4. Folgen für die Praxis . . . . .	155
<b>I. Widerruf . . . . .</b>	<b>158</b>
<b>J. Rechtsfolgen der Patientenverfügung . . . . .</b>	<b>160</b>
I. Verbindlichkeit . . . . .	160
II. Fehlen einer verbindlichen Verfügung . . . . .	162
III. Möglichkeiten der Überprüfung . . . . .	164
<b>K. Einzelne Anwendungsfälle der Patientenverfügung . . . . .</b>	<b>166</b>
I. Patientenverfügung und postmortale Organspende . . . . .	166
II. Patientenverfügung und COVID-19-Erkrankung . . . . .	168
<b>L. Vorausschauende Behandlungsplanung als Ergänzung zur Patientenverfügung . . . . .</b>	<b>171</b>
<b>M. Schlussbetrachtung . . . . .</b>	<b>176</b>
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>179</b>
<b>Internetquellen . . . . .</b>	<b>191</b>
<b>Stichwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>193</b>

## A. Einleitung

Jeder Einzelne<sup>1</sup> kann jederzeit Opfer eines schweren Unfalles oder einer gravierenden Erkrankung werden. Eine solche Situation tritt meist unerwartet auf und kann mit der Einwilligungsunfähigkeit des Betroffenen einhergehen. Hat der Patient für diesen Fall keine Vorsorge getroffen, können nur Mutmaßungen über seinen Willen betreffend die durchzuführenden medizinischen Maßnahmen angestellt werden. Eine Patientenverfügung kann in dieser Situation die fehlende Kommunikationsmöglichkeit zwischen Arzt und Patient überbrücken und die Behandlung des Betroffenen nach seinen Vorstellungen ermöglichen.

Gerade in Anbetracht des medizinischen Fortschritts kommt der Patientenverfügung eine enorme Bedeutung zu. Im Rahmen der modernen Medizin ist mittlerweile eine umfassende Krankheitsbehandlung einschließlich einer häufigen Lebensrettung und Lebensverlängerung möglich, daneben ist die Palliativmedizin breit aufgestellt. Während früher zumeist nach kurzem Todeskampf der Tod eines Patienten eintrat, wird der Sterbeprozess heutzutage zunehmend von den medizinischen Möglichkeiten bestimmt. Vor diesem Hintergrund befürchten viele Menschen übertherapiert zu werden, insbesondere hinsichtlich einer Sterbens- und Leidensverlängerung, sollten sie ihren Willen nicht mehr selbst bilden und mitteilen können.<sup>2</sup> Sie haben Angst, ungeachtet der Qualität ihres erhaltenen Lebens weiter behandelt und so zu einem „Objekt moderner Hochleistungsmedizin“ zu werden.<sup>3</sup> Hiervor kann die Patientenverfügung schützen.

Außerdem wächst die Bedeutung dieser Vorsorgeverfügung mit Blick auf die demografische Entwicklung stetig. Durch die gestiegene Lebenserwartung sowie die vergleichsweise niedrige Geburtenrate in Deutschland wird

---

<sup>1</sup> In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Die gewählte männliche Form schließt jedoch Personen jeglichen Geschlechts gleichberechtigt ein.

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 7; *Renner*, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 232; *Verrel/Simon*, Patientenverfügungen, S. 61; *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Rn. 376.

<sup>3</sup> *Roth*, in: Dodegge/Roth, Praxiskommentar Betreuungsrecht, Teil C Rn. 107; zudem können hinter der Weiterbehandlung eines Patienten große wirtschaftliche Interessen stehen, s. dazu *Putz/Steldinger/Unger*, Patientenrechte, S. 27; *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Rn. 376.

die Bevölkerung hierzulande immer älter. Mit zunehmendem Alter steigt automatisch das Risiko, schwer zu erkranken.

Die Aktualität der Patientenverfügung sowie das Interesse seitens der Bevölkerung sind deutlich sichtbar. Regelmäßig befassen sich populärwissenschaftliche Literatur, Presse und Rundfunk mit dieser Thematik.<sup>4</sup> Im Internet existieren unzählige einschlägige Websites hierzu. Ferner werden von unterschiedlichsten Herausgebern Musterformulare und Praxisratgeber zur Patientenverfügung angeboten.<sup>5</sup>

Im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer waren am 31. Dezember 2022 knapp 4,4 Mio. Patientenverfügungen vermerkt.<sup>6</sup> Jährlich werden etwa 350.000 bis 400.000 neue Verfügungen registriert.<sup>7</sup> Daneben existiert eine Vielzahl weiterer, nicht registrierter Patientenverfügungen, da nur ein Teil der Errichtenden diese in dem Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer hinterlegt und die Registrierung zudem bislang nur in Verbindung mit einer Vorsorgevollmacht möglich war.<sup>8</sup>

Der Patientenverfügung liegt ein Konflikt zwischen der Autonomie des Verfügenden und der staatlichen Fürsorgepflicht zugrunde. Auf der einen Seite muss der Staat das Selbstbestimmungsrecht des Errichtenden aus Art. 1 I, Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I und Art. 2 II 1 GG achten. Er darf dieses nicht durch zu strenge Vorgaben an die Wirksamkeit der Patientenverfügung zu weit einschränken. Auf der anderen Seite trifft den Staat eine Schutzpflicht zugunsten des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit des Betroffenen aus Art. 2 II 1 GG. Er hat das Vorsorgeinstrument der Patientenverfügung so auszugestalten, dass der Verfügende – gerade im Hinblick auf die mitunter existenziellen Entscheidungen in einer Patientenverfügung – hinreichend geschützt wird. Das Recht steht somit vor der Herausforderung, ein

---

<sup>4</sup> So auch Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 226.

<sup>5</sup> Neben dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz oder der Bundesärztekammer geben bspw. Krankenkassen, Kirchen, Hilfsorganisationen, Sozialverbände oder Verbraucherzentralen entsprechendes Material heraus.

<sup>6</sup> Im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer waren am 31. Dezember 2022 fast 5,7 Mio. Vorsorgeverfügungen registriert, von diesen enthielten 77,1% einen Vermerk über eine Patientenverfügung (Jahresbericht 2022 des Zentralen Vorsorgeregisters bei der Bundesnotarkammer: [https://www.vorsorgeregister.de/fileadmin/user\\_upload\\_zvr/Dokumente/Jahresberichte\\_ZVR/2022-JB-ZVR.pdf](https://www.vorsorgeregister.de/fileadmin/user_upload_zvr/Dokumente/Jahresberichte_ZVR/2022-JB-ZVR.pdf)).

<sup>7</sup> S. die Jahresberichte des Zentralen Vorsorgeregisters der Bundesnotarkammer aus den letzten Jahren: <https://www.vorsorgeregister.de/footer/jahresbericht-und-statistik>.

<sup>8</sup> Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts am 1.1.2023 wurde die Möglichkeit geschaffen, Patientenverfügungen auch isoliert im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer registrieren zu lassen, vgl. § 78a I, II Nr. 8 BNotO, §§ 9, 1 VRegV.

situationsgerechtes und hinreichend differenziertes Konzept zu entwickeln, welches diese beiden Interessen in Einklang bringt.<sup>9</sup>

Im Jahr 2009 hat der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts<sup>10</sup> die Patientenverfügung in § 1827 BGB (damals § 1901a BGB) gesetzlich geregelt. Durch die Einführung formeller Voraussetzungen zur Errichtung der Verfügung sowie die Forderung nach einem gewissen Bestimmtheitsgrad der Festlegungen in der Patientenverfügung hat er versucht, das Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Verfügenden und der staatlichen Fürsorgepflicht auszugleichen.

§ 1827 BGB enthält jedoch keine detaillierteren Vorgaben an die Konkretisierung der Festlegungen in der Patientenverfügung. Seit dem Inkrafttreten der Norm herrscht in der Praxis hierüber große Verunsicherung.<sup>11</sup> Es sind unzählige Muster mit unterschiedlich präzisen Formulierungen im Umlauf.<sup>12</sup> Aufgrund dessen hatte sich der BGH in den vergangenen Jahren mehrfach mit der Frage der Bestimmtheit von Festlegungen in einer Patientenverfügung zu befassen.<sup>13</sup> Ein wesentlicher Schwerpunkt der Arbeit liegt auf der detaillierten Analyse und Bewertung dieser BGH-Rechtsprechung. Fraglich ist, ob die Entscheidungen des BGH für die juristische Praxis sowie den einfachen Bürger hilfreich sind. Können sie die in der Praxis bestehenden Unsicherheiten beseitigen? Besteht Handlungsbedarf des Gesetzgebers?

Außerdem hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 1827 BGB das Vorsorgeinstrument der Patientenverfügung auf Volljährige beschränkt. Das Erfordernis der Volljährigkeit wurde ohne jegliche Begründung in § 1827 BGB mit aufgenommen.<sup>14</sup> Wie ganz zu Beginn festgestellt, kann jeder Mensch jederzeit einwilligungsunfähig werden. Auch bei Minderjährigen kann der Fall eintreten, dass sie selbst für eine längere Zeit oder permanent keine eigenen Entscheidungen mehr treffen können. Dass Minderjährige de lege lata von der Möglichkeit der Errichtung einer Patientenverfügung ausgeschlossen sind, wirft gravierende verfassungsrechtliche Fragen auf. Ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit liegt daher in der Prüfung der Vereinbarkeit des

---

<sup>9</sup> Vgl. *Albers*, MedR 2009, 138 (139 f.).

<sup>10</sup> Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl. I 2009, S. 2286–2287).

<sup>11</sup> Vgl. *Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler*, Die Patientenverfügung, Rn. 354; *Heintz*, MedR 2018, 637.

<sup>12</sup> *Düll/Kreienberg*, ErbR 2020, 823; *Putz*, NJW 2019, 603.

<sup>13</sup> BGH, Beschluss v. 6.7.2016 – XII ZB 61/16 = BGHZ 211, 67 = NJW 2016, 3297; BGH, Beschluss v. 8.2.2017 – XII ZB 604/15 = BGHZ 214, 62 = NJW 2017, 1737; BGH, Beschluss v. 14.11.2018 – XII ZB 107/18 = NJW 2019, 600.

<sup>14</sup> Vgl. dazu BT-Drs. 16/8442.