

Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen - eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz

von Prof. Dr. iur. Christian Brückner, LL.M. (Harvard), Advokat und Notar,
em. ausserordentlicher Professor der Universität Basel

Erschienen in BN 2011 S. 36-50

Inhalt

1. Worum geht es?
2. Bisherige Möglichkeiten des Handelns in fremdem Namen
3. Der Vorsorgeauftrag als neue, zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit
4. Rechtsnatur des Vorsorgeauftrags
5. Praktische Anwendungsbereiche des Vorsorgeauftrags
 - a) Normalfall: Umfassende Vorsorgeaufträge zur Fortsetzung bestehender Betreuungsverhältnisse
 - b) Fortsetzung spezieller Vertretungsverhältnisse
 - c) Ausnahmefall: Der Vorsorgeauftrag "auf Vorrat"
6. Erteilung des Vorsorgeauftrags in Absprache mit dem Beauftragten
7. Intertemporales Recht
8. Wahl der zweckmässigen Form
9. Notarielle Prüfung der Handlungsfähigkeit
10. Aufbewahrung
11. Kantonales Beurkundungsverfahren

1. Worum geht es?

Mit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts¹, d.h. am 1. Januar 2013², wird das ZGB die Grundlage zu einem neuen Rechtsinstitut, dem *Vorsorgeauftrag*, bereitstellen. Der Vorsorgeauftrag wird entweder in öffentlicher Urkunde oder insgesamt handschriftlich auszufertigen sein. Damit kommt eine neue Aufgabe auf die Urkundspersonen³ zu. Nachfolgend sollen einige Aspekte dargestellt werden, die bei der Bearbeitung solcher Geschäfte zu bedenken sind.

2. Bisherige Möglichkeiten des Handelns in fremdem Namen

Mit der steigenden Lebenserwartung ist in der Schweiz die Zahl betagter Menschen gewachsen, die für ihre Belange nicht mehr selber sorgen können. Der grösste Teil dieser Menschen wird durch Angehörige oder andere Betreuungspersonen bis zum Lebensende umfassend betreut, ohne dass vormundschaftliche Massnahmen ergriffen werden. Wo rechtsgeschäftlich

¹ Art. 360-456 ZGB in der vom Parlament verabschiedeten Fassung vom 19.12.2008, hienach als "nZGB" zitiert (vgl. Bundesblatt 2009 S. 141 ff.).

² Der Bundesrat hat die Inkraftsetzung am 12.1.2011 beschlossen (vgl. AS 2011 S. 725 ff.).

³ Zur Vermeidung der schwerfälligen Ausdrucksweise "*die Notarin oder der Notar*" wird der geschlechterneutrale Begriff der *Urkundsperson* verwendet. Aus dem gleichen Grund wird für die Auftraggeberin hier die weibliche, für den Beauftragten die männliche Form verwendet. Das andere Geschlecht ist jeweils mitumfasst.

gehandelt werden muss, wird aufgrund gewillkürter Vollmachten gehandelt. Wer seine geistigen Kräfte schwinden fühlt, pflegt solche Vollmachten rechtzeitig zu erteilen, oder genauer: die Betreuer einer solchen Person pflegen die nötigen Vollmachten rechtzeitig einzuholen. In den Vollmachten pflegt ausdrücklich bestimmt zu werden, dass sie auch nach Verlust der Handlungsfähigkeit wirksam bleiben. Gemäss Art. 35 Abs. 1 OR ist eine solche Bestimmung zulässig⁴.

Vollmachten tun den Dienst aber nur in jenen Belangen, die der gewillkürten Stellvertretung zugänglich sind. Dazu gehören insbesondere die Vermögensverwaltung und die vermögensrechtliche Interessewahrung gegenüber Privaten und Behörden, d.h. die meisten jener Dinge, die unter den Begriff der *Vermögenssorge*⁵ fallen.

Die Vollmacht versagt hingegen, wo es um *höchstpersönliche* Dinge geht. In den *relativ-höchstpersönlichen* Angelegenheiten kann die urteilsunfähige Person zwar vertreten werden, aber nur durch einen *gesetzlichen* Vertreter, nicht durch einen gewillkürten Stellvertreter⁶. Hiezu gehört die Zustimmung zu medizinischen Heileingriffen und die Zustimmung zur Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt - vereinfacht gesagt vorwiegend Dinge, die unter den Begriff der *Personensorge*⁷ fallen.

Soweit Eingriffe in die Persönlichkeit eines Menschen gemäss Art. 28 ZGB ohne dessen Einwilligung rechtswidrig wären, sind sie mit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters rechtmässig. Fehlt es an einer gesetzlichen Vertretung, so erfolgt die Rechtfertigung mittels der Fiktion einer *mutmasslichen Einwilligung* der betroffenen Person⁸, wobei die Betreuer die sachlich gebotenen Eingriffe auf die *Zustimmung der nächsten Angehörigen* abzustützen pflegen⁹.

Genügen die vorhandenen Vollmachten nicht und sind keine Angehörigen da, die für anstehende Vorkehren in höchstpersönlichen Belangen einer handlungsunfähigen Person die Zustimmung erteilen, so ist nach bisherigem Recht die Involvierung der Vormundschaftsbehörde (VB) unumgänglich. Die VB ernennt eine geeignete Person als Beistand oder als Vormund.

⁴ Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht erhält Art. 35 Abs. 1 OR u.a. die hier hervorgehobene Ergänzung: "*Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der **entsprechenden** Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.*" - Mit dem neu eingefügten Wort "entsprechenden" soll laut Botschaft vom 28.6.2006, Bundesblatt 2006, S. 7112, zum Ausdruck gebracht werden, dass die Kompetenz des Bevollmächtigten dahinfällt, sobald die entsprechende Kompetenz eines Vorsorgebeauftragten oder eines Beistandes Platz greift. Man kann sich fragen, ob der Gesetzestext, der sich gleichlautend auch im neuen Art. 405 Abs. 1 OR findet, diesen Gedanken in verständlicher Weise ausdrückt.

⁵ Die Begriffe der Vermögenssorge und der hienach erörterten Personensorge kommen mit der Gesetzesrevisi-
on neu ins ZGB. Sie finden sich in Art. 360 Abs. 1, 391 Abs. 2, 398 Abs. 2 nZGB.

⁶ HEINZ HAUSHEER / REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl. Bern 2008, S. 67, Ziff. 07.22.

⁷ Vgl. Fussnote 5.

⁸ HEINZ HAUSHEER / REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl. Bern 2008, S. 163, Ziff. 12.20.

⁹ Der Vollständigkeit halber sei beigefügt, dass es in den *absolut-höchstpersönlichen* Belangen überhaupt keine Vertretung gibt, weder durch einen Vormund oder Beistand noch (künftig) durch einen Vorsorgebeauftragten. Hiezu gehört etwa der Abschluss eines Ehe- oder Erbvertrags, die Errichtung eines Testaments sowie die Zustimmung zu medizinischen Eingriffen ohne Heilzweck, z.B. zu einer Organspende oder zur Unfruchtbarmachung zwecks Schwangerschaftsverhütung; vgl. PETER TUOR / BERNHARD SCHNYDER / JÖRG SCHMID / ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2009, S. 89; CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Ziff. 593.

Der Beistand oder Vormund steht unter der Aufsicht der VB, der er periodisch Rechenschaft abzulegen hat.

3. Der Vorsorgeauftrag als neue, zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit

Zusätzlich zu den im vorherigen Abschnitt beschriebenen Möglichkeiten, die im Wesentlichen auch nach 2013 zur Verfügung stehen werden, führt das neue Recht die Figur des *Vorsorgeauftrags* ein. Mit dem Vorsorgeauftrag nominiert eine handlungsfähige Person auf den Zeitpunkt ihrer Handlungsunfähigkeit hin einen Vorsorgebeauftragten, der die gleiche Vertretungsmacht hat, die nach bisherigem Recht einem gesetzlichen Vertreter zukam.

Der Vorsorgeauftrag kann umfassend formuliert werden und (sofern der Beauftragte eine natürliche Person ist) auch die Ermächtigung zur Entscheidung in medizinischen Fragen gemäss Art. 370 Abs. 2 ZGB enthalten¹⁰.

Bei einem Vergleich mit den Möglichkeiten nach bisherigem Recht kommt die Errichtung eines Vorsorgeauftrags der *Verbeiständung auf eigenes Begehren* am nächsten, allerdings mit dem Unterschied, dass die Verbeiständung sofort wirksam wird, der Vorsorgeauftrag eventuell erst in unbestimmter Zukunft. Für die Würde der betroffenen Person ist der Vorsorgeauftrag schonender, denn er erheischt nicht die peinliche Anerkennung der eigenen Handlungsunfähigkeit. Wird der Vorsorgeauftrag zu einem späteren Zeitpunkt durch die Erwachsenenschutzbehörde (ESB) validiert, so kann auch dies still und schonend geschehen, ohne dass gegenüber der Auftraggeberin kommuniziert wird, man betrachte sie jetzt als urteilsunfähig.

Der Vorsorgeauftrag wird an eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen erteilt. Die Nomination ist ein *wesentlicher Punkt* des Geschäfts und damit im Falle der öffentlichen Beurkundung vom Formzwang erfasst. Die Nomination muss von der Auftraggeberin selber im Vorsorgeauftrag vorgenommen werden. Die Auftraggeberin kann, analog zur Regelung bei der Erbeinsetzung (Art. 487 ZGB), Ersatzverfügungen treffen (Art. 360 Abs. 3 nZGB). Dies schliesst aus, dass die Auftraggeberin die Nomination an eine Drittperson delegiert. Hingegen muss es genügen, dass die Person aufgrund der Urkunde *bestimmbar* ist, etwa aufgrund einer Formulierung wie *"der jeweilige Direktor des Pflegeheims X"*.

Besteht ein Vorsorgeauftrag, so hat die ESB ein wesentlich geringeres Ermessen als bei der Bestellung eines Beistandes. Bei der Verbeiständung *kann* die ESB die personellen Wünsche der betreuten Person und ihrer Angehörigen berücksichtigen - und sie tut es in der Regel. Beim Vorsorgeauftrag *muss* sie die von der Auftraggeberin erklärte Nomination akzeptieren, sofern kein wichtiger Grund dagegen spricht.

4. Rechtsnatur des Vorsorgeauftrags

Der Vorsorgeauftrag gleicht einem Auftrag, verbunden mit einer General- oder Spezialvollmacht. Die Art. 363 Abs. 3, 365 Abs. 1 und 456 nZGB verweisen auf die Bestimmungen des Obligationenrechts.

¹⁰ Beispiel einer umfassenden Beauftragung: *"Frau A beauftragt Herrn B, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge und die Vermögenssorge umfassend zu übernehmen und sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Herr B soll auch mit den behandelnden Ärzten allfällige medizinische Massnahmen besprechen und im Namen der Auftraggeberin entscheiden."* - Die blosser Ermächtigung, medizinische Massnahmen zu besprechen und darüber zu entscheiden, kann in einer Patientenverfügung in einfacher Schriftform, d.h. auch maschinengeschrieben und handschriftlich unterzeichnet, erteilt werden. Die Integration dieser Ermächtigung in eine öffentliche Urkunde ist aber zulässig und wirksam.

Dies hat in der parlamentarischen Debatte zu widersprüchlichen Äusserungen geführt. Der ständerätliche Kommissionssprecher Wicki betonte, dass es sich um einen obligationenrechtlichen Auftrag handle, allerdings nicht wirklich und genau, sondern nur "grundsätzlich"¹¹, wogegen Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf äusserte: "*Der Vorsorgeauftrag ist eben kein normaler Auftrag, weil der Auftraggeber den Auftrag nicht mehr widerrufen kann, wenn er in Kraft tritt.*"¹²

Indessen betreffen die Unterschiede zum obligationenrechtlichen Auftrag nicht nur den Widerruf. Im Gegensatz zu den Verträgen des Obligationenrechts kommt der Vorsorgeauftrag nicht durch die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien zustande, sondern durch eine einseitige Erklärung der Auftraggeberin zuhanden der ESB zum Zeitpunkt A sowie durch eine behördliche Prüfung und die gegenüber der Behörde geäusserte Annahmeerklärung des Beauftragten zum späteren Zeitpunkt B. Eine gegenüber der handlungsfähigen Auftraggeberin abgegebene Annahmeerklärung des Beauftragten wäre verfrüht und an den falschen Adressaten gerichtet.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass der Vorsorgeauftrag das Handeln in relativ-höchstpersönlichen Belangen der Auftraggeberin ermöglicht, d.h. in Belangen, die nicht zum Inhalt eines Auftrags nach Art. 394 OR gemacht werden können.

Eine dritte Abweichung vom obligationenrechtlichen Auftrag betrifft die *Rechenschaftspflicht* des Vorsorgebeauftragten. Sie besteht - abweichend von Art. 400 Abs. 1 OR - nicht gegenüber der Auftraggeberin. Denn diese ist definitionsgemäss ab Beginn des Rechtsverhältnisses handlungsunfähig und damit nicht in der Lage, vertragliche Kontrollrechte auszuüben.

Vielmehr wird die Kontrolle, wenn überhaupt, von der ESB ausgeübt, jedoch nicht im Sinne einer Amtspflicht zu periodischer Aufsicht.

In der Botschaft heisst es dazu: "*Insbesondere muss sie [die vorsorgebeauftragte Person] zu jedem Zeitpunkt in der Lage sein, Rechenschaft über ihre Geschäftsführung abzulegen (Art. 400 OR)*"¹³. Damit ist angedeutet, dass der Vorsorgebeauftragte nicht unbedingt Rechenschaft abzulegen hat. Er muss dazu lediglich "*in der Lage sein*". Gemäss Art. 368 Abs. 2 nZGB kann die ESB die beauftragte Person zur periodischen Rechnungsablage und zur Berichterstattung verpflichten. Aber sie *kann* es bloss - sie *muss* es nicht. Das Gesetz ist so formuliert, dass die ESB, die sich um die Tätigkeiten von Vorsorgebeauftragten nicht kümmert, keine Amtspflichten verletzt, solange ihr nicht nachweisbar zur Kenntnis gelangt, dass die Tätigkeiten schlecht ausgeübt werden. Die Behörde hat diesbezüglich keine Erkundigungspflicht. Ihre Aufsichtstätigkeit gemäss Art. 368 nZGB steht unter dem Titel "*Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde*", womit angedeutet ist, dass es sich nicht um eine regelmässige Beaufsichtigung, sondern nur um kasuelle Interventionen beim Aufscheinen von Missständen handelt.

Die Ermessensfreiheit der ESB, ob sie Rechenschaft einfordern will oder nicht, mag sich eines Tages als ein Defizit der neuen gesetzlichen Regelung herausstellen. Die mit der Beurkundung von Vorsorgeaufträgen befassten Urkundspersonen tun gut daran, ihren Klientinnen Formulierungen vorzuschlagen, die dieses Defizit mindestens teilweise wettmachen, etwa

¹¹ Vgl. das Votum Wicki im Amtl. Bull. SR 2007, S. 830: "*In Absatz 3 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich beim Vorsorgeauftrag grundsätzlich um einen Auftrag im Sinne des Obligationenrechtes handelt. Das betont auch die Kommission.*"

¹² Amtl. Bull. NR 2008, S. 1517.

¹³ Vgl. Botschaft vom 28.6.2006, Bundesblatt 2006, S. 7028.

durch die Anordnung, dass der Vorsorgebeauftragte nach Ende jedes Kalenderjahrs gegenüber bestimmten Angehörigen oder gegenüber der zuständigen ESB einen Rechenschaftsbericht zu erstatten hat, der unter anderem Aufschluss gibt über die Gesamtheit der Honorare, Spesenvergütungen und weiteren geldwerten Leistungen, die der Vorsorgebeauftragte aus dem Vermögen der Auftraggeberin bezogen hat.

Um die nötigen Kontrollmechanismen einzubauen, kann auch der Person A ein Vorsorgeauftrag zur Besorgung bestimmter Geschäfte erteilt werden, der Person B ein weiterer förmlicher Vorsorgeauftrag mit dem einzigen Inhalt, die Person A zu kontrollieren.

Zusammenfassend kann der Vorsorgeauftrag als ein Institut des Erwachsenenschutzrechts qualifiziert werden, bei dem die Parteirolle der Auftraggeberin vakant ist und durch ein kasuelles amtliches Handeln der ESB ersetzt wird. Im Übrigen gelangen auf dieses Institut einzelne, aber nicht alle Bestimmungen über den einfachen Auftrag zur Anwendung.

5. Praktische Anwendungsbereiche des Vorsorgeauftrags

a) Normalfall: Umfassende Vorsorgeaufträge zur Fortsetzung bestehender Betreuungsverhältnisse

Es ist davon auszugehen, dass die meisten Vorsorgeaufträge im Vorfeld einer bereits absehbaren Demenz errichtet werden, und zwar zur *Absicherung der bestehenden Betreuungsverhältnisse*. Im Normalfall dürfte die Initiative von Personen ausgehen, die mit der Betreuung befasst sind, also von nahen Angehörigen, Spitex-Mitarbeitern oder von Heim- und Klinikleitungen. Dass jemand aus eigener Initiative Vorkehrungen für seine bevorstehende Demenz trifft, dürfte weniger häufig sein.

Ob das Institut des Vorsorgeauftrags die Betroffenen zu vermehrter *Selbstbestimmung*¹⁴ führt, ist fraglich. Sicher ist bloss, dass die ESB beim Vorliegen eines Vorsorgeauftrags von gewissen Pflichten *entlastet* wird, nämlich von der Pflicht, einen gesetzlichen Vertreter zu rekrutieren und periodisch zu beaufsichtigen.

Inhaltlich dürften sich die meisten Vorsorgeaufträge an den Wortlaut von Mustern anlehnen, die von den einschlägigen Organisationen - Pro Senectute, Alzheimervereinigungen, Spitex u.a. - in Zusammenarbeit mit ESB-Vertretern entwickelt und ins Netz gestellt werden. Nur selten werden die Urkundspersonen eigene Kreativität entfalten müssen.

b) Fortsetzung spezieller Vertretungsverhältnisse

Die gewillkürte Stellvertretung *handlungsfähiger* Personen ist immer dort üblich, wo sich ein Laie durch eine spezialisierte Berufsperson rechtlich vertreten lässt. Solche Vollmachten pflegen erteilt zu werden an Rechtsanwälte, Vermögensverwalter, Liegenschaftsverwalter, Steuerberater, Treuhänder, Generalunternehmer, Architekten und an Angehörige anderer Berufsgattungen. Schon heute ist es üblich, derartige Vollmachten mit Wirkung über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus zu erteilen. Das neue Erwachsenenschutzrecht macht es möglich, diesen Vollmachten für den Zeitraum nach Eintritt der Handlungsunfähigkeit inhaltsgleiche Vorsorgeaufträge zur Seite zu stellen¹⁵. Bestehen Vollmacht und Vorsorgeauftrag nebenei-

¹⁴ Vgl. Botschaft vom 28.6.2006, Bundesblatt 2006, S. 7002: "*Eines der Ziele der Revision ist es, das Selbstbestimmungsrecht zu fördern.*"

¹⁵ Der gleichzeitig mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht ins OR eingefügte Art. 397a auferlegt allen Beauftragten eine Demenz-Meldepflicht mit folgenden Worten: "*Wird der Auftraggeber voraussichtlich dauernd*

inander, so handelt der Stellvertreter für die handlungsfähige Auftraggeberin kraft Vollmacht, für die handlungsunfähige kraft Vorsorgeauftrag. Ob und wann der Übergang vom einen zum andern Zustand stattfindet, hat dann keine praktische Bedeutung.

Ob die erwähnten Dienstleister von der Figur des Vorsorgeauftrags häufig oder sogar regelmässig Gebrauch machen werden, bleibt abzuwarten. Aus der Sicht der Kundin ist bei der Erteilung von Vorsorgeaufträgen an solche Dienstleister Zurückhaltung geboten. Unter dem Aspekt funktionierender Kontrollen ist es besser, die Dienstleister unter die Aufsicht eines übergeordneten Vorsorgebeauftragten zu stellen, der bezüglich der betreffenden Dienste keine eigenen Honorarinteressen hat.

c) Ausnahmefall: Der Vorsorgeauftrag "auf Vorrat"

Vorsorgeaufträge können auch in Situationen gefertigt werden, in denen noch keine eingespielten Betreuungs-Beziehungen bestehen. So können junge Menschen, die auf Ereignisse mit dem Risiko schwerer neurologischer Schäden zugehen - z.B. gefährliche sportliche Vorhaben oder Gehirnoperationen -, eine solche Vorkehr treffen.

Derartige Konstellationen dürften aber selten sein. Wer in geistiger Gesundheit durch ein normales bürgerliches Leben geht, hat keinen Anlass, einen Vorsorgeauftrag zu fertigen - sowenig man als gesunder Mensch Anlass hat, Generalvollmachten für die Eventualität künftiger Demenz auszustellen oder sich über die Person eines allfälligen Beistandes Gedanken zu machen.

6. Erteilung des Vorsorgeauftrags in Absprache mit dem Beauftragten

Vorsorgeaufträge dürften in der Mehrzahl der Fälle so zustande kommen, dass der künftige *Vorsorgebeauftragte* den Auftrag von der betreuten Person *einholt*. Der Vorsorgeauftrag wird normalerweise also aus einer Absprache zwischen den Parteien herauswachsen. Auch wo die Initiative von der Auftraggeberin ausgeht, tut diese gut daran, sich vorgängig zu vergewissern, dass der Beauftragte die Aufgabe zu übernehmen bereit ist, und sie spricht die konkreten Einzelheiten des Vorsorgeauftrags mit ihm ab.

Dadurch unterscheidet sich die Erteilung eines Vorsorgeauftrags von der Errichtung eines Testaments. Wer testiert, pflegt die Betroffenen in der Regel nicht zu kontaktieren. Es ist früh genug, wenn eingesetzte Erben und Vermächtnisnehmer nach der Eröffnung des Erbgangs von ihrem Glück erfahren.

Demgegenüber bedeutet der Vorsorgeauftrag vor allem *Last und Bürde*, etwas also, was man niemandem ungefragt anhängen sollte. Die Arbeit des Vorsorgebeauftragten ist im Wesentlichen das, was man als *Sozialarbeit* zu bezeichnen pflegt: Besuchsdienst bei der betreuten Person; Sorge tragen dafür, dass sie bekommt, was sie braucht und keinen unnötigen Risiken

urteilsunfähig, so muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint". - Die Bestimmung ist ein bedauerlicher Fremdkörper in der schweizerischen Privatrechtsordnung. Da der Gesetzgeber offenbar den politischen Willen nicht aufgebracht hat, eine solche Schutzpflicht generell allen Personen aufzuerlegen, die mit Dementen zu tun haben, hätte er sie richtigerweise auch nicht für den Spezialfall des Auftragsverhältnisses einführen sollen. Der neue Art. 397a OR kann Berufsgeheimnisträger in Pflichtenkollisionen bringen und führt beispielsweise zum absonderlichen Resultat, dass Urkundspersonen ihre dementen Klienten nicht zur Anzeige bringen müssen, weil die Beurkundungstätigkeit dem öffentlichen Recht untersteht, wohl aber Rechtsanwälte, die für ihre Klienten im privatrechtlichen Auftragsverhältnis arbeiten.

ausgesetzt ist; Vermögen sorgfältig verwalten; Aufträge erteilen und Rechnungen bezahlen, nachdem man sie kontrolliert hat; eine Buchhaltung mit den Einnahmen und Ausgaben führen; Belege aufbewahren und einordnen; Steuererklärungen ausfüllen; mit Heimleitungen verhandeln; Anträge an Sozialbehörden stellen etc. - "Knochenarbeit" also im eigentlichen Sinne, die in der Regel nur knapp honoriert wird, bei verwandtschaftlicher Nähe zuweilen überhaupt nicht. - Eine solche Aufgabe jemandem zuzumuten, der das nicht von sich aus angeregt hat oder den man nicht vorgängig darum gebeten hat, wäre unpassend.

Der Vorsorgeauftrag darf diesbezüglich auch nicht mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers verglichen werden, die zuweilen ohne Absprache mit der nominierten Person geschieht. Bei der Willensvollstreckung entfällt die aufwendige Personensorge. Zudem hat sich hier eine komfortable Honorierung, nämlich zum Anwaltstarif, eingebürgert. Es ist nicht anzunehmen, dass sich für Vorsorgebeauftragte vergleichbare Stundenansätze generell durchsetzen werden.

7. Intertemporales Recht

Vorsorgeaufträge können erst ab 2013 behördlich anerkannt werden, richterweise aber auch solche, die schon vorher gefertigt wurden, sofern die Formerfordernisse von Art. 361 nZGB eingehalten sind. Das Gesetz verbietet die rückwirkende Anerkennung nicht. Sie kommt den schutzwürdigen Interessen der Vorsorgeauftraggeberinnen entgegen. Eine Verletzung von Drittinteressen wäre nicht zu befürchten.

8. Wahl der zweckmässigen Form

Die Mehrzahl der künftigen Vorsorgeaufträge dürfte handschriftlich gefertigt werden, nämlich immer dann, wenn bestehende Stellvertretungs- oder Betreuungsverhältnisse längerfristig gesichert werden sollen und wenn keine Widerstände von Angehörigen oder von anderer Seite zu gewärtigen sind.

Öffentliche Beurkundung empfiehlt sich, wenn die Auftraggeberin wegen körperlicher Schwäche nicht in der Lage ist, den Text von Hand zu schreiben, ferner, wenn Widerstände gegen die Nomination des Vorsorgebeauftragten zu befürchten sind. Solche Widerstände mögen insbesondere bei Personen mit grossem Vermögen und zudem bei Personen zu gewärtigen sein, deren nächste Angehörigen untereinander zerstritten sind oder wenn der Vorsorgeauftrag die Einflussphären verschiedener Angehöriger tangiert¹⁶.

9. Notarielle Prüfung der Handlungsfähigkeit

Gemäss Art. 360 Abs. 1 nZGB muss Handlungsfähigkeit gegeben sein, d.h. Mündigkeit und Urteilsfähigkeit. Beides ist von der Urkundsperson zu prüfen¹⁷. Die Urteilsfähigkeit gilt als etwas Relatives, d.h. sie bemisst sich nach der Natur des konkreten Geschäftes¹⁸. Demgemäss kann bei einer Person die Urteilsfähigkeit für die Erteilung des Vorsorgeauftrags noch ausreichen, während sie für die meisten übrigen Rechtsgeschäfte schon nicht mehr ausreicht. Wer einsieht, dass er fremde Hilfe braucht, ist mit seinem Hilfsbegehren auch und gerade dann zu

¹⁶ In seltenen Fällen mögen sich psychisch geschwächte Menschen in Zukunft auch vermehrten Pressionen durch egoistische Angehörige ausgesetzt sehen, die für sich selber den Vorsorgeauftrag sichern wollen, um andere Angehörige von der Vermögensverwaltung auszuschliessen und sich auch etwa eine stärkere Stimmkraft innerhalb einer Familienunternehmung zu verschaffen.

¹⁷ Vgl. STEPHAN WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 91 (2010) S. 73 ff. (97).

¹⁸ BGE 109 II 276; ähnlich 118 Ia 238. - Vgl. auch CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Ziff. 161 ff.

hören, wenn er diese Hilfe tatsächlich braucht. Die Relativität der Urteilsfähigkeit mag zur Erkenntnis führen, dass zwischen der Errichtung des Vorsorgeauftrags gemäss Art. 361 nZGB und seiner amtlichen Inkraftsetzung gemäss Art. 363 nZGB kein langes Zeitintervall zu verstreichen braucht, ja, dass beide Akte unmittelbar nacheinander erfolgen können. Die Urkundsperson prüft, ob die Urteilsfähigkeit *für die Auftragserteilung noch genügt*, die ESB, ob sie *für den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten nicht mehr genügt*. Beides sollte zur Schonung der Würde der Vorsorgeauftraggeberin ohne psychiatrische Begutachtung möglich sein.

Jede Analogie zur letztwilligen Verfügung ist verfehlt: Wer einen Vorsorgeauftrag erteilt, bittet um Hilfe; wer testiert, verfügt über Vermögen. Zum gültigen Testieren dürfte in der Regel ein höheres Mass an Urteilskraft erforderlich sein¹⁹.

10. Aufbewahrung

Im Rahmen der notariellen Belehrung ist die *Aufbewahrung* des Vorsorgeauftrags anzusprechen. Art. 361 Abs. 3 Satz 1 nZGB ermöglicht die Registrierung beim Zivilstandsamt. Diese Massnahme erübrigt sich, wenn die Urkunde vom Vorsorgebeauftragten zur Aufbewahrung entgegengenommen wird. In der Praxis dürfte dies die Regel sein. Denn der Vorsorgeauftrag ist, im Gegensatz zum Testament, kein Dokument, das im Stillen errichtet und im Geheimen aufbewahrt wird, sondern eine organisatorische Vorkehr unter Lebenden, die zweckmässigerweise zwischen den Beteiligten abgesprochen wird.

11. Kantonales Beurkundungsverfahren

Art. 361 Abs. 1 nZGB lautet: *"Der Vorsorgeauftrag ist eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden."*

Der Wortlaut ist klar. Die Anordnung der öffentlichen Beurkundung kann nur die Beurkundung gemäss dem jeweiligen kantonalen Verfahren bedeuten²⁰. Die für Geschäfte von Todes wegen in den Art. 499 ff. verlangten Beurkundungszeugen sind in Art. 361 nZGB nicht vorgeschrieben, weder direkt noch durch einen Verweis auf Art. 499 ZGB. Also braucht es sie nicht. Hätte der Gesetzgeber den Beizug von Beurkundungszeugen verlangen wollen, dann hätte er dies im Gesetz zum Ausdruck bringen müssen, und er hätte wohl auch regeln müssen, was die Zeugen bezüglich der Urteilsfähigkeit der Vorsorgeauftraggeberin zu bestätigen haben. Denn die von den Testamentszeugen gemäss Art. 501 Abs. 2 ZGB verlangte Erklärung, dass der Erblasser *"sich nach ihrer Wahrnehmung im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden habe"*, hat beim Vorsorgeauftrag keinen Sinn: Die Erteilung eines Vorsorgeauftrags ist keine Verfügung. Die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit ist weder zu prüfen noch zu bestätigen²¹.

¹⁹ Dem Hinweis von STEPHAN WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 91 (2010) S. 73 ff. (97), dass die Urteilsfähigkeit nicht unter erbrechtlichen Aspekten, sondern in Bezug auf ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zu prüfen sei, ist beizupflichten. Das braucht aber nicht zu heissen, dass gleich hohe Anforderungen wie beim erbrechtlichen Verfügen zu stellen sind, oder gar solche, wie sie für ein Grundstücksgeschäft oder eine Bürgschaft gelten.

²⁰ So auch HEINZ HAUSHEER / THOMAS GEISER / REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, Rz. 2.14; CARMEN LADINA WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 303.

²¹ Vgl. vorn, Abschnitt 9.

Demgegenüber hat STEPHAN WOLF postuliert, die öffentliche Beurkundung sei unter Beizug von Beurkundungszeugen vorzunehmen²². Er stützt sich dabei einerseits auf eine Passage in der bundesrätlichen Botschaft von 2006²³, andererseits auf die fast wörtliche Vorlesung dieser Passage durch den ständerätlichen Kommissionspräsidenten Wicki zu Beginn der parlamentarischen Behandlung von Art. 361 nZGB²⁴.

Die beiden Voten können die fehlende gesetzliche Grundlage für das Zeugenerfordernis nicht aufwiegen, sondern beruhen, was die Analogie mit den Errichtungsformen für letztwillige Verfügungen anbelangt, auf einer Verkennung der tatsächlichen Gegebenheiten. Der Hauptverfasser der Botschaft, Hermann Schmid, hat sich von der diesbezüglichen Passage in der Botschaft mittlerweile distanziert²⁵.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes macht vielmehr Folgendes deutlich: Im Vorentwurf von 2003 waren zwei Errichtungsformen vorgesehen, nämlich (1.) die öffentliche Beurkundung und (2.) die Erklärung zu Protokoll bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle²⁶. Im Vernehmlassungsverfahren wurde diese Formvorschrift als zu kompliziert und zu kostspielig kritisiert, worauf im Entwurf von 2006 die Protokollierung bei der kantonalen Amtsstelle durch die Form der handschriftlichen Errichtung ersetzt, jedoch die öffentliche Beurkundung als alternative Form unverändert beibehalten wurde. Aus diesem Werdegang ergibt sich, dass mit der öffentlichen Beurkundung von 2006 das gleiche Verfahren gemeint ist wie schon im Vorentwurf von 2003.

²² Vgl. STEPHAN WOLF, *Erwachsenenschutz und Notariat*, ZBGR 91 (2010) S. 73 ff. (93 f.); STEPHAN WOLF / MARTIN EGGEL, *Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag - aus der Sicht der Urkundsperson*, Jusletter 6. Dezember 2010.

²³ Botschaft vom 28.6.2006, Bundesblatt 2006, S. 7026: *"Wer einen Vorsorgeauftrag errichtet, trifft eine Entscheidung von grosser Tragweite. Gewisse Formvorschriften sind deshalb unerlässlich. Der Vorentwurf sah vor, dass der Vorsorgeauftrag öffentlich beurkundet oder bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle zu Protokoll gegeben werden sollte. Diese Lösung wurde indessen in der Vernehmlassung als zu kompliziert und zu kostspielig kritisiert. Einige Teilnehmer der Vernehmlassung wollten für den Vorsorgeauftrag einfache Schriftlichkeit genügen lassen, andere regten an, den Vorsorgeauftrag denjenigen Formvorschriften zu unterstellen, die für Verfügungen von Todes wegen gelten (Art. 499 ff. ZGB). Der Entwurf sieht nun vor, dass der Vorsorgeauftrag - entsprechend den Formerfordernissen für letztwillige Verfügungen - entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist (Abs. 1). Diese Lösung vereinfacht die Situation, wenn Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen errichtet werden. Nicht übernommen wird indessen die mündliche Erklärung, d.h. das Nottestament nach Art. 506 ff. ZGB, weil kaum ein praktisches Bedürfnis dafür bestehen dürfte."*

²⁴ Amtl. Bull. SR 2007, S. 829: *"Wer einen Vorsorgeauftrag errichtet, trifft eine Entscheidung von grosser Tragweite. Deshalb sind gewisse Formvorschriften unerlässlich. Die Vorlage sieht vor, dass der Vorsorgeauftrag den Formerfordernissen für die letztwilligen Verfügungen entspricht, also entweder eigenhändig errichtet ist oder öffentlich beurkundet wird. Diese Lösung macht es einfacher, beispielsweise Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen zu errichten."*

²⁵ Vgl. HERMANN SCHMID, *Erwachsenenschutz*, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, Zürich 2010, N 1 zu Art. 360 ZGB: *"Die vorliegende Regelung «entsprechend den Formerfordernissen für letztwillige Verfügungen» (BBl 2006, S. 7026) sieht in Bezug auf den Vorsorgeauftrag bloss einen Dualismus der Errichtungsformen vor, bedeutet aber nicht, dass im Fall der öffentlichen Beurkundung auch das bundesrechtliche Verfahren nach Art. 499 ff. ZGB, insbesondere mit dem Beizug von zwei Zeugen, zum Tragen kommt."* - HERMANN SCHMID war im Bundesamt für Justiz mit der Projektleitung der Totalrevision des Vormundschaftsrechts betraut, dies von der ersten Sitzung der Expertenkommission 1999 bis zur Schlussabstimmung 2008.

²⁶ VE 2003: *"Art. 361. - II. Errichtung - (1) Der Vorsorgeauftrag muss öffentlich beurkundet oder bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle zu Protokoll gegeben werden. (2) Die Urkundsperson oder die vom Kanton bezeichnete Stelle muss die Identität der auftraggebenden Person prüfen und abklären, ob sie urteilsfähig ist und die Wirkungen ihres Vorsorgeauftrags kennt und ob dieser ihrem freien Willen entspricht."* - Dass unter öffentlicher Beurkundung hier das kantonale Verfahren gemeint war, ist offensichtlich.

WOLF räumt selber ein, dass von der zusammenfassenden Beurkundung von Vorsorgeauftrag und Testament abzuraten ist²⁷. In der Tat beruht die in der Botschaft als besonderer Vorteil hervorgehobene gleichzeitige Fertigung von Vorsorgeauftrag und Testament auf einer Verkennung der praktischen Bedürfnisse. Vorsorgeauftrag und Testament haben miteinander nichts zu tun. Der Vorsorgeauftrag wird richtigerweise unter Einbezug der zu nominierenden Person errichtet - einer Person, die häufig mit der Nachlassregelung nichts zu tun hat und sich in diese auch nicht einmischen soll. Was die Klientin bezüglich ihres Testaments im Sinne hat, geht den Vorsorgebeauftragten grundsätzlich nichts an. Warum es also tunlich sein sollte, Vorsorgeauftrag und Testament im gleichen Beurkundungsverfahren zu regeln, ist nicht ersichtlich.

Dass die Nomination eines Vorsorgebeauftragten durch die Auftraggeberin (anstelle der Nomination durch die Behörde) ein Geschäft von "grosser Tragweite" sei, wie es in der Botschaft heisst, darf bezweifelt werden. Bei Licht betrachtet handelt es sich um eine organisatorische Vorkehr, deren Zweck sich darauf beschränkt, um eine Verbeiständung herumzukommen und der ESB jenes Entscheidungsermessens aus der Hand zu nehmen, das sie andernfalls bezüglich der Rekrutierung des Beistands und der Umschreibung seines Amtes hätte.

Ein Beizug von Beurkundungszeugen aus blosser Ungewissheit, ob es sie braucht oder nicht, ist nicht angebracht²⁸. Angesichts des klaren Gesetzeswortlauts besteht keine relevante Ungewissheit. Sollte aber eines Tages ein Vorsorgeauftrag wegen Formmangels erfolgreich angefochten werden, so wäre auch dies kaum ein dramatischer Haftpflichtfall für die Urkundsperson. Dann nämlich läge es nahe, dass die zuständige ESB den dahingefallenen Vorsorgeauftrag durch eine Verbeiständung ersetzt und die im Auftrag nominierte Person zum Beistand ernennt. Abgesehen von den Verfahrenskosten würde kein Schaden entstehen.

²⁷ Vgl. STEPHAN WOLF / MARTIN EGGEL, Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag - aus der Sicht der Urkundsperson, Jusletter 6. Dezember 2010, Ziff. 7 und Fussnote 10.

²⁸ STEPHAN WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 91 (2010) S. 73 ff. (95); ähnlich STEPHAN WOLF / MARTIN EGGEL, Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag - aus der Sicht der Urkundsperson, Jusletter 6. Dezember 2010, Ziff. 10.