Vorsorgeauftrag aus juristischer Perspektive

I. Einleitung

1. 3 Fragen sollen als Einstieg und zum Erörtern des Themas „Vorsorgeauftrag“ dienen:

   a. Was bedeutet Urteilsunfähigkeit und was sind ihre rechtlichen Folgen?
   b. Wer nimmt die Rechte der urteilsunfähigen Person wahr und vertritt sie im Rechtsverkehr?
   c. Welche rechtlichen Lösungen bestehen und wie werden sie realisiert?

   Auf die 1. Frage wird nachstehend in Ziffer 2 im Einzelnen eingegangen. Die Antworten auf die beiden anderen Fragen ergeben sich aus den nachfolgenden Ausführungen.

2. Urteilsfähigkeit – Urteilsunfähigkeit – Handlungsfähigkeit

2.1 Formel

Urteilsfähigkeit - Art. 16 ZGB
Urteilsfähig ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

\+ *Volljährigkeit* - Art. 14 ZGB
Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat.

= *Handlungsfähigkeit* - Art. 12 ZGB
Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

2.2 Begriff Urteilsfähigkeit

a. In einer konkreten Lebenssituation vernunftgemäss handeln können;
b. Die Tragweite der eigenen Handlungen erkennen können;
c. Sich entsprechend einsichtig zu verhalten.

Ohne diese Voraussetzungen können keine rechtlichen Wirkungen entstehen.

Die Urteilsfähigkeit besteht aus der Erkenntnisfähigkeit (Aussenwelt erkennen und von der Realität ein adäquates Bild verschaffen), der Wertungsfähigkeit (Urteilsvermögen bzgl. Tragweite und Opportunität anstehender Handlungen), der Fähigkeit zur Willensbildung und Entscheidung zu treffen und der Willenskraft (Fähigkeit in eigenem Willen zu handeln und gebildeten Willen umzusetzen) [0].

2.3 Relativität der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit ist relativ. Sie muss nicht in allen Lebensbereichen vorhanden sein und bezieht sich immer auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder Situation [1]. Eine Person kann also für eine gewisse Handlung durchaus urteilsfähig sein und bezüglich einer anderen urteilsunfähig (beschränkte Urteilsfähigkeit).

Beispiel: Eine Person kann zwar noch einkaufen gehen und seine täglichen Besorgungen erledigen. Mit der Verwaltung ihres Vermögens und Erledigung der monatlichen Zahlungen ist sie jedoch überfordert.

Der Vorsorgeauftrag sollte dem Rechnung tragen und die einzelnen Aufgabenbereiche (Personensorge, Vermögenssorge und Vertretung im Rechtsverkehr) ausdrücklich erwähnen und je nach rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer Situation des Auftraggebers diese sogar noch differenzierter ausgestalten.

2.4 Dauer der Urteilsunfähigkeit

Die Urteilsunfähigkeit muss für eine gewisse Dauer sein. Eine nur vorübergehende Urteilsunfähigkeit reicht für die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages nicht aus. Die Voraussetzungen sind jedoch gegeben, wenn ein Handeln erforderlich wird [1].

2.5 Folge der Urteilsunfähigkeit

Die urteilsunfähige Person kann im betroffenen Bereich selber keine rechtswirksamen Handlungen vornehmen. Sie ist handlungsunfähig. Die urteilsunfähige Person muss durch eine andere Person (z.B. gesetzlicher Vertreter, Vorsorgebeauftragter, Vertretungsperson laut Patientenverfügung, Beistand) vertreten werden.

3. Persönliches und rechtliches Beziehungsumfeld

Wir sind in verschiedenen Bereichen mit anderen Menschen, Institutionen und Einrichtungen verknüpft – vernetzt und stehen zu diesen in Rechten und Pflichten. Dieses Beziehungsfeld verlangt nach Kontaktpersonen – Vertretern, die befugt sind, für uns zu handeln, wenn wir dazu nicht mehr in der Lage sind.

Gewisse Aufgaben, Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen müssen von uns höchstpersönlich wahrgenommen werden. Wir können uns in dieser Sache (absolut höchstpersönliche Rechte) nicht vertreten lassen. Dies sind z.B.

a. Vorsorgeauftrag (erstellen, ändern und widerrufen);
b. Patientenverfügung (erstellen, ändern und widerrufen);
c. Testament (erstellen, ändern und widerrufen);
d. Erbvertrag als Erblasser (erstellen, ändern und widerrufen);
e. Mandat als Organ einer juristischen Person, z.B. Vorstandsmitglied eines Vereins, Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Geschäftsführer einer GmbH.

IT-Bereich – Digitale Welt
Als User der digitalen Welt verfügen wir über Daten und Vermögenswerte wie:
a. Daten auf einem Rechner (PC, Laptop, Smartphone);
b. Daten in Clouds;
c. E-Mail-Dienste;
d. Soziale Netzwerke;
e. Kryptowährungen, z.B. Bitcoin;
f. Online-Geschäfte, die noch nicht erfüllt sind.

In der Regel sind der Rechner, die Daten und die Vermögenswerte über ein Kennwort und ein Passwort gesichert. Damit diese Daten und Vermögenswerte bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit nicht verloren gehen, sollte der Zugang dazu sichergestellt werden (z.B. Erstellen eines Inventars der Daten und eines Verzeichnisses der Zugangscodes etc.).

4. Gesetzliche Vertretungsrechte

Das Gesetz sieht folgende Vertretungsrechte vor:

4.1 Recht zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 166 ZGB) oder der Gemeinschaft der eingetragenen Partnerschaft (Art. 15 PartG) [2]

Jeder Ehegatte kann gemäss Art. 166 Abs. 1 ZGB während des Zusammenlebens die eheliche Gemeinschaft für die laufenden Bedürfnisse der Familie vertreten. Zu den laufenden Bedürfnissen zählen Nahrung, Kleider, Energielieferungen, Haushaltgeräte, kleinere Reparaturen der Familienwohnung, obligatorische Versicherungen (Sachversicherungen, Krankenkasse etc.) usw. Die Ehegatten haften für die dabei entstehenden Schulden solidarisch. Art. 166 ZGB hat gegenüber den Vertretungsbestimmungen des Erwachsenenschutzes den Vorrang [3]. Dasselbe gilt für die eingetragene Partnerschaft (Art. 15 PartG).

4.2 Ehegatten unter Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) [2]

Gestützt auf Art. 227 Abs. 2 ZGB kann jeder Ehegatte in den Schranken der ordentlichen Verwaltung die Gemeinschaft verpflichten und über das Gesamtgut verfügen. Art. 374 Abs. 2 Ziffer 2 ZGB ergänzt dieses Vertretungsrecht soweit es um die ordentliche Verwaltung des Eigengutes des urteilsunfähigen Ehegatten geht.

4.3 Vertretungsrecht durch Ehegatten oder eingetragene/n Partner/in nach Art. 374 ZGB [2]

Der Ehegatte bzw. der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin einer urteilsunfähigen Person haben im Umfang gemäss lit. a und den Voraussetzungen gemäss lit. b und c ein Vertretungsrecht nach Art. 374 ZGB:

a. Das Vertretungsrecht umfasst:
   aa. alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind. Damit ist der gesamte Lebensbedarf der betroffenen Person gemeint. Darunter fallen z.B. Haushaltskosten wie Wohnung, Ernährung, Kleider, Körperpflege, Gesundheit, Versicherungsprämien, Steuern, Beiträge an Sozialversicherungen und Altersvorsorge.
   bb. die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte der urteilsunfähigen Person. Also des ganzen Vermögens der urteilsunfähigen Person. Unter die ordentliche Verwaltung fallen Geschäfte und Handlungen, die erforderlich und zweckmässig sind, um das Vermögen zu erhalten und zu mehren oder von geringer Bedeutung sind.

cc. nötigenfalls die Befugnis, die Post zu öffnen und zu erledigen sowie eingeschriebene Sendungen entgegenzunehmen bzw. bei der Post abzuholen.

b. Der handelnde Ehegatte bzw. Partner/in führt mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt oder leistet ihr regelmässig und persönlich Beistand.

c. Die urteilsunfähige Person hat keinen Vorsorgeauftrag erstellt und es besteht keine Vertretungsbeistandschaft.

4.4 Vertretung bei medizinischen Massnahmen nach Art. 378 ZGB

Eine urteilsfähige Person kann in einer Patientenverfügung oder einem Vorsorgeauftrag festlegen, wer sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit bei medizinischen Massnahmen gegenüber Ärzten vertritt.

Besteht weder eine Patientenverfügung noch ein Vorsorgeauftrag, so sieht das Gesetz in Art. 378 Abs. 1 ZGB ein Vertretungsrecht für folgende weitere Personen in diesem Bereich in folgender Reihenfolge vor:

a. der Beistand oder die Beiständin mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen;
b. wer als Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
c. die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet (Konkubinatspartner/in oder Mitbewohner/in)
d. die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
e. die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
f. die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

4.5 Geschäftsführung ohne Auftrag Art. 419 ff. OR

Jemand erledigt ohne dafür beauftragt zu sein für eine Person ein Geschäft, das dringend ist und im Interesse der betroffenen Person steht. Die betroffene Person konnte das Geschäft nicht selber besorgen.

4.6 Fazit

Die gesetzlichen Vertretungsrechte decken für Ehegatten und eingetragene Partner/innen die täglichen Bedürfnisse und die ordentliche Vermögensverwaltung ab. Auch bei medizinischen Massnahmen besteht eine Vertretungslösung.

Diese Vertretungsrechte sind jedoch begrenzt und decken insbesondere die ausserordentliche Vermögensverwaltung nicht ab. Unter die ausserordentliche Vermögensverwaltung fallen z.B. Prozessführung, Verkauf von Wertpapieren, wertvermehrende Umbauten, Aufnahmen von Hypotheken, Grundbuchgeschäfte (Kauf/Verkauf von Grundstücken etc.). Hier ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (nachstehend kurz "ESB" genannt) erforderlich.

Für nicht verheiratete Personen bestehen keine gesetzlichen Vertretungsrechte, welche die täglichen Bedürfnisse und die ordentliche Vermögensverwaltung abdecken.

Fazit: Es besteht also Handlungsbedarf!

Damit kommen wir zum Kern des Themas, nämlich der Vertretung einer urteilsunfähigen natürlichen Person insbesondere durch einen Vorsorgeauftrag.

II. Praktische Umsetzung - Vorsorgeauftrag

1. Einleitung

- Wie können Sie durch eigene Vorsorge Ihre Selbstbestimmung im rechtsgeschäftlichen und persönlichen Bereich wahrnehmen und gestalten?

Folgende Institute stehen zur Verfügung:
a. Vorsorgeauftrag;
b. Generalvollmacht;
c. Patientenverfügung;
d. Auftrag;
e. Lösungen im Gesellschafts-/Handelsregisterrecht.

Im nachfolgenden Teil des Fachbeitrages wird der Vorsorgeauftrag und die Generalvollmacht im Detail erläutert.

2. Vorsorgeauftrag

2.1 Begriff

Was ist der Vorsorgeauftrag?

Mit einem Vorsorgeauftrag wird eine natürliche oder juristische Person beauftragt, sich um die Personensorge und/oder die Vermögenssorge einer natürlichen Person zu kümmern und/oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten, für den Fall, dass sie **urteilsunfähig** wird (Art. 360 Abs. 1 ZGB) [2].

Wichtig: Der Vorsorgeauftrag kommt nur in der Lebenssituation der Urteilsunfähigkeit zum Zug.

Sollte der Vorsorgeauftrag auch das Recht, über medizinische Massnahmen zu entscheiden beinhalten, so kann damit nur eine natürliche Person betraut werden. Materiell geht es hier um eine Patientenverfügung (Art. 370 Abs. 2 ZGB) [4].

Es ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das vom Vorsorgeauftraggeber, solange er urteilsfähig ist, jederzeit und ohne die beauftragten Personen fragen zu müssen, widerrufen, geändert oder durch einen neuen Vorsorgeauftrag ersetzt werden kann.

Der Vorsorgeauftrag kann nicht von mehreren Vorsorgeauftraggebern (z.B. Ehegatten) gemeinsam erlassen werden. Jede natürliche Person muss den Vorsorgeauftrag persönlich errichten und selber die beauftragten Personen auswählen und ihre Aufgaben und Kompetenzen bestimmen. Eine Delegation an einen Dritten oder ein Verweis auf Bestimmungen eines Vorsorgeauftrages einer anderen Person sind nicht zulässig.

Auf dem Markt befinden sich verschiedene Vorlagen. Die Zürcher Notariate bieten eine Kurzversion und eine ausführliche Version an.

Wer wirkt beim Vorsorgeauftrag im rechtlichen Sinne im Kanton Zürich alles mit?

	Beratung	Errichten (eigenhändig oder öffentliche Beurkundung)	Ändern / Aufheben (vor Validierung)	Deponieren / Aufbewahren	Registrieren (Art. 361 Abs. 3 ZGB)	Eintritt Urteilsunfähigkeit Validierung	Kündigung (nach Validierung)	des Vorsogeauftrags (Art. 364 ZGB)	Anordnung von Massnahmen (Art. 368 ZGB) (z.B. Interessenkollision)	Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit	Tod oder Kündigung der beauftragten Person	Tod des Vorsorge-auftraggebers
Vorsorgeauftraggeber	X	X	X	X	X	X				X [6]		X [8]
Beauftragte Person				X		X [4]	X [5]	X	X	X		X
Ersatzbeauftragte Person				X		X [4]	X [5]	X	X	X	X [7]	X
Berater (Anwalt, Bank, Treuhänder etc.)	X			X								
Urkundsperson (im Kanton Zürich Notar / Notar-Stellvertreter)	X	X [1]	X [1]									
Zivilstandsamt des Wohnortes					X [3]							
Erwachsenenschutzbehörde (ESB) des Wohnortes des Vorsorgeauftraggebers				X [2]		X [4]	X	X	X		X [7]	

[1] Bei öffentlicher Beurkundung

[2] amtliche Hinterlegungsstelle

[3] Bei Änderungen, Ersetzen des Vorsorgeauftrages durch einen neuen oder Aufhebung ist die Registrierung beim Zivilstandsamt nachzuführen. Auch ein Wohnsitzwechsel des Vorsorgeauftraggebers ist zu melden. Der Vorsorgeauftraggeber muss beim Zivilstandsamt persönlich erscheinen und sich durch einen Ausweis (Pass oder Identitätskarte oder Ausländerausweis) legitimieren.

[4] Die Einsetzung der beauftragten Person erfolgt über ein Validierungsverfahren (Art. 363 ZGB). Die beauftragte Person hat zu erklären, ob sie den Auftrag annimmt oder nicht. Die ESB stellt eine Einsetzungsurkunde als Legitimationspapier aus.

[5] Die beauftragte Person kann den Vorsorgeauftrag jederzeit mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist schriftlich bei der ESB kündigen. Aus wichtigen Gründen kann sie den Vorsorgeauftrag fristlos kündigen (Art. 367 ZGB).

[6] Der Vorsorgeauftrag entfällt von Gesetzes wegen ohne weitere Handlung/Entscheid der ESB (Art. 369 ZGB). Die Legitimationsurkunde sollte jedoch von der beauftragten Person zurückverlangt werden.

[7] Die ESB muss die erforderlichen Massnahmen treffen und einen allfälligen Ersatzbeauftragten einsetzen, welcher wiederum den Auftrag annehmen muss. Auch seine Einsetzung erfolgt durch ein Validierungsverfahren (Art. 363 ZGB).

[8] Der Vorsorgeauftrag endet mit dem Tod des Vorsorgeauftraggebers ohne Einschreiten der ESB. Der Vorsorgeauftrag wird vielfach über den Tod des Auftraggebers angeordnet, damit die beauftragte Person ihr Mandat sauber abschliessen und den Erben bzw. dem Willensvollstrecker übergeben kann.

2.2 Der Vorsorgeauftraggeber

Der Vorsorgeauftraggeber ist eine natürliche Person. Sie muss im Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrages handlungsfähig (Volljährigkeit, Urteilsfähigkeit und Fehlen einer umfassenden Beistandschaft) sein [4]. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, kann der Vorsorgeauftrag nicht gültig errichtet werden. Ob ein Vorsorgeauftraggeber, dessen Handlungsfähigkeit nur in Teilbereichen eingeschränkt ist, noch einen Vorsorgeauftrag in den übrigen Tätigkeitsbereichen errichten kann, ist umstritten [4/5].

Der Vorsorgeauftrag nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch kann von natürlichen Personen mit Wohnsitz bzw. gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz und damit unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit errichtet werden.

Im internationalen Rechtsverkehr ist der gewöhnliche Aufenthalt des Vorsorgeauftraggebers Anknüpfungspunkt zur Beurteilung der Vorsorgevollmacht (Art. 15 Abs. 1 Haager Übereinkommen zum Schutz Erwachsener [ESÜ]) [6].

Wenn die Urteilsfähigkeit in Frage gestellt werden könnte (z.B. zufolge Betagtheit), empfiehlt es sich, die Urteilsfähigkeit durch ein ärztliches Zeugnis bestätigen zu lassen.

Beim Vorsorgeauftrag handelt es sich um ein sogenanntes höchstpersönliches Recht. Der Vorsorgeauftraggeber muss den Vorsorgeauftrag persönlich errichten. Er kann sich also nicht vertreten lassen. Er braucht aber auch keine Zustimmung z.B. vom anderen Ehegatten, eingetragene/n Partner/in oder vom Beistand.

2.3 Der Beauftragte

Der Vorsorgeauftraggeber kann natürliche oder juristische Personen beauftragen. Damit der Beauftragte den Vorsorgeauftrag ausüben kann, muss er spätestens bei der Validierung durch die ESB handlungsfähig (bei natürlichen Personen: mündig und urteilsfähig) sein.

Dabei können mehrere Personen nebeneinander oder in einer Reihenfolge und in verschiedenen Zusammensetzungen eingesetzt werden. Werden mehrere Personen gleichzeitig beauftragt, sollte ihre Zeichnungsberechtigung, z.B. Einzelunterschrift oder Kollektivunterschrift zu zweien, und ihr Aufgabebereich (Personensorge, Vermögenssorge, Vertretung im Rechtsverkehr) geregelt werden. Zulässig ist auch, mehrere Personen für alle oder mehrere Bereiche zu berufen und den Beauftragten die Aufgabenverteilung durch einstimmigen Beschluss zu überlassen [7].

Der Beauftragte ist von Gesetzes wegen erste Ansprechperson für medizinische Massnahmen (Art. 378 ZGB). Sieht der Vorsorgeauftrag eine Vertretung bei medizinischen Massnahmen vor, sollte die gleiche natürliche Person wie in der Patientenverfügung damit beauftragt werden. Andernfalls müsste die ESB den Widerspruch regeln. Zur Klarstellung sollte im Vorsorgeauftrag verfügt werden, dass die Patientenverfügung dem Vorsorgeauftrag vorgeht. Zu beachten ist, dass juristische Personen nicht für medizinische Massnahmen beauftragt werden können (Art. 370 Abs. 2 ZGB).

Wichtig ist, Ersatzbeauftragte vorzusehen, für den Fall, dass der primär Beauftragte den Vorsorgeauftrag nicht annehmen kann oder nach Antritt nicht mehr ausüben kann. Es kann eine ganze Kaskade von Ersatzverfügungen angeordnet werden, sofern dies Sinn macht und vor der Prüfung der ESB besteht. Fällt der Beauftragte weg und bestehen keine Ersatzverfügungen, muss die ESB eine Beistandschaft errichten[8].

Der Beauftragte wie auch der Ersatzbeauftragte müssen im Vorsorgeauftrag möglichst genau bezeichnet werden. Bei juristischen Personen verrichten stets natürliche Personen, welche für die juristische Person handeln, die mit dem Auftrag verbundenen Arbeiten. Diese natürlichen Personen müssen im Vorsorgeauftrag nicht namentlich erwähnt werden [4].

Der Vorsorgeauftraggeber muss sich bewusst sein, dass der Beauftragte selbständig und ohne Aufsicht und Rechenschaftspflicht handelt und damit über sehr viel Einfluss und Macht verfügt. Das (gesamte) persönliche und vermögensrechtliche Schicksal liegt in den Händen des Beauftragten. Bei Gefährdung der Interessen des Vorsorgeauftraggebers wird die ESB zwar von Amtes wegen oder auf Antrag nahestehender

Personen einschreiten (Art. 368 Abs. 1 ZGB), unter Umständen ist es jedoch ratsam, durch entsprechende Weisungen im Vorsorgeauftrag einen Aufsichts- und Kontrollmechanismus vorzusehen. So können bei mehreren Beauftragten die einen im operativen Bereich und andere mit der Aufsicht und Revision der Rechnungslegung beauftragt werden. Ein Aufsichtsorgan kann auch im Interesse des Beauftragten sein, da ihm die ESB im Gegensatz bei einem Beistand keine Decharge erteilt.

Beispiel: Eines von mehreren Kindern wird beauftragt. Nach dem Tod des Vorsorgeauftraggebers wird ihm von den anderen Kindern Misswirtschaft vorgeworfen.

2.4 Errichtung – Form

Der Vorsorgeauftrag kann auf zwei Arten errichtet werden. Gemäss Art. 361 Abs. 1 ZGB ist der Vorsorgeauftrag entweder eigenhändig oder durch öffentliche Beurkundung zu errichten.

Der Vorsorgeauftrag kann nicht in mündlicher Form errichtet werden, wie dies beim Nottestament der Fall ist.

Eigenhändig heisst, der Vorsorgeauftraggeber schreibt den ganzen Text des Vorsorgeauftrages von Anfang bis Ende selber von Hand nieder, datiert und unterzeichnet diesen. Der Vorsorgeauftrag sollte dabei in einem Zug (also ohne Unterbruch) abgeschrieben, datiert und sofort unterzeichnet werden. Eine amtliche Beglaubigung der Unterschrift ist nicht erforderlich. Sollte dies vom Vorsorgeauftraggeber gewünscht werden, hat er den Vorsorgeauftrag dem Beglaubigungsbeamten bereits unterzeichnet vorzulegen.

Bei der öffentlichen Beurkundung wird der Vorsorgeauftrag unter Mitwirkung einer Urkundsperson, im Kanton Zürich Notar oder Notar-Stellvertreter, errichtet. Die Urkundsperson setzt i.d.R. den Vorsorgeauftrag aufgrund der Angaben des Vorsorgeauftraggebers auf, der Vorsorgeauftraggeber liest und unterzeichnet den Vorsorgeauftrag in Anwesenheit der Urkundsperson oder der Vorsorgeauftraggeber unterzeichnet den Vorsorgeauftrag, nachdem die Urkundsperson ihm den Text vorgelesen hat. In gewissen Kantonen müssen bei der Beurkundung zwei Zeugen mitwirken. Im Kanton Zürich erfolgt die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrages ohne Mitwirkung von Zeugen.

Vorsorgeauftraggebern, die nicht mehr unterzeichnen können, kann durch die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrages im Sinne von Art. 15 OR geholfen werden. Die öffentliche Beurkundung erfolgt damit als Ersatz der Unterschrift. Bei blinden Personen wird der Vorsorgeauftrag durch die Urkundsperson vorgelesen und vom Vorsorgeauftraggeber, sofern möglich, unterzeichnet. Bei Vorsorgeauftraggebern, die weder sprechen und/oder hören noch schreiben können, erfolgt die öffentliche Beurkundung unter Mitwirkung eines Dolmetschers.

Diese Formvorschriften sind Gültigkeitsvoraussetzung. Formfehler führen zur Ungültigkeit, d.h. Nichtigkeit des Vorsorgeauftrages [9].

2.5 Errichtung – Inhalt

Der Inhalt des Vorsorgeauftrages ergibt sich aus den Bestimmungen von Art. 360 ff. ZGB. Das Gesetz nennt als Aufgabenbereiche die Personensorge, die Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr, ohne diese jedoch zu umschreiben (Art. 360 Abs. 1 ZGB). Es ist Sache des Vorsorgeauftraggebers, die Aufgabe im Vorsorgeauftrag möglichst genau zu definieren (Art. 360 Abs. 2 ZGB). Er kann dazu im Vorsorgeauftrag auch Weisungen erteilen. Dies schliesst jedoch nicht aus, den Vorsorgeauftrag sehr kurz und allgemein zu halten. Aus dem Vorsorgeauftrag muss klar

hervorgehen, dass der Auftrag für den Fall des Eintritts einer dauernden oder länger andauernden Urteilsunfähigkeit gilt [10].

Bei mehreren Beauftragten mit verschiedenen Aufgaben sollten die Tätigkeiten der Beauftragten koordiniert werden, damit keine Kompetenzkonflikte insbesondere bei den Finanzen entstehen (z.B. Erstellen eines Budgets und monatlicher Freibetrag für die Personensorge).

Die drei Aufgabenbereiche können wie folgt definiert werden:

Personensorge
Bei der Personensorge geht es um das körperliche, geistige und seelische Wohl des Vorsorgeauftraggebers und den Schutz seiner Persönlichkeit. Der Beauftragte muss hier in einem intimen Bereich des Vorsorgeauftraggebers handeln. Dieser sollte dem Beauftragten deshalb klare Weisungen erteilen, wie die Personensorge auszuüben ist. Bei Ehegatten, eingetragener Partnerschaft oder bei Konkubinatspaaren dürfte sich eine detaillierte Weisung aufgrund des langjährigen Zusammenlebens und des damit verbundenen «sich gegenseitig kennen» und Praxis erübrigen.

Die Personensorge kann insbesondere Folgendes umfassen:
a. Anstellung, Beaufsichtigung und Entlassung von Haushalts- und Pflegepersonal;
b. Veranlassung ärztlicher Massnahmen und Erteilung der dafür notwendigen Zustimmungen. Hier handelt es sich um eine Patientenverfügung, mit der nur eine natürliche Person beauftragt werden kann (vgl. Ausführung dazu zum Thema «Der Beauftragte»);
c. Entscheid über die Unterbringung des Auftraggebers in einem Spital, einer Klinik oder einem Heim (Alters- und Pflegeheim). Der Auftraggeber sollte seinen Wunsch, in welchem Heim er wohnen will, in einer Weisung festlegen;
d. Wahrnehmung der Rechte des Auftraggebers gegenüber Ärzten, Pflegepersonal, Spitälern, Alters- und Pflegeheimen usw. Die mit der Betreuung des Auftraggebers befassten Ärzte, Pflegepersonen sowie sämtliche Hilfspersonen und Verwaltungsangestellte sind gegenüber den Beauftragten von der Schweigepflicht zu entbinden;
e. Entgegennahme, Öffnen und Bearbeiten sämtlicher für den Auftraggeber bestimmten Post- und weiteren Zusendungen;
f. Entscheid über die dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Informations- und Kommunikationsmittel;
g. Sicherstellung, am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können.

Vermögenssorge
Bei der Vermögenssorge geht es um die ordentliche und ausserordentliche Verwaltung, Erhaltung, Bewirtschaftung und Verwendung des Einkommens und Vermögens sowie der Schulden, also um die Aktiven und Passiven des Vorsorgeauftraggebers. Auch Verfügungen über Vermögenswerte gehören dazu.

Die Vermögenssorge kann vor allem Folgendes umfassen:
a. Prüfung und Zahlung sämtlicher Schulden sowie Einfordern aller Forderungen und Guthaben;
b. Entgegennahme sämtlicher Zahlungen;
c. Entgegennahme sonstiger Zuwendungen;
d. Verwaltung des gesamten Vermögens und Verfügung darüber;
e. Verfügung über Bankkonti, Schliessfächer und Wertschriftenvermögen, Saldierung und Eröffnung von Bankkonti, Wertschriftendepots, sonstige Depots usw., Aufnahme, Erhöhung, Verlängerung, Kündigung von Krediten, Darlehen und Hypotheken und Sicherstellung derselben, Einsichtnahme in Schliessfächer sowie Eröffnung, Aufhebung und Behändigung des Inhalts von solchen;

f. Erwerb, Belastung und Veräusserung von Grundeigentum (Wohnhaus, Stockwerkeigentum etc.) und Veranlassung der entsprechenden Einschreibungen im Grundbuch. Soll der Beauftragte Grundeigentum veräussern oder belasten können, so muss dies im Vorsorgeauftrag ausdrücklich erwähnt werden. Ansonsten kann er diesbezüglich nicht über das Grundeigentum verfügen (Art. 396 Abs. 3 OR);
g. Vertretung des Auftraggebers vor Behörden, Gerichten, privaten Institutionen, Versicherungen und Sozialleistungsträgern und Einleiten sämtlicher damit zusammenhängenden Massnahmen und Prozesshandlungen;
h. Ausfüllen, Unterzeichnen und Einreichen der Steuererklärung sowie sämtliche damit zusammenhängenden Massnahmen;
i. Banken, Anwälte, Notare, Treuhänder und weitere der Schweigepflicht unterstehenden Institute und Personen sollten von der Schweigepflicht (insbesondere aufgrund gesetzlicher z.B. Art. 47 BankG, oder vertraglicher Berufs- und Amtsgeheimnisse) gegenüber dem Beauftragten entbunden werden.

Beabsichtigt der Vorsorgeauftraggeber konkrete Schenkungen oder Erbvorbezüge (z.B. Generationenwechsel in einem Unternehmen oder Schenkung/Erbvorbezug eines Grundstückes an ein Kind), so müssen diese im Vorsorgeauftrag ausdrücklich und klar definiert angeordnet werden. Ansonsten gilt das in Art. 396 Abs. 3 OR enthaltene Schenkungsverbot. Wenn der Vorsorgeauftraggeber auch nach seiner Urteilsunfähigkeit regelmässig (grössere) Beträge für wohltätige Zwecke spenden will, sollte dies ebenfalls im Vorsorgeauftrag vermerkt werden.

Vertretung im Rechtsverkehr

Die Vertretung im Rechtsverkehr beinhaltet das Recht, die gemäss Vorsorgeauftrag erteilten Befugnisse gegenüber Dritten auszuüben. Die Beauftragten sollten immer auch zur Vertretung des Vorsorgeauftraggebers im Rechtsverkehr im entsprechenden Aufgabenbereich ermächtigt werden. Ohne Vertretungsbefugnis kann der Beauftragte nur intern wirken und seinen Auftrag im Bereich der Personen- und Vermögenssorge extern gar nicht oder nur sehr eingeschränkt wahrnehmen und durchsetzen [4].

Weisungen

Der Vorsorgeauftraggeber kann seinen Auftrag konkretisieren und den Beauftragten Weisungen erteilen (Art. 360 Abs. 2 ZGB). Die Weisungen können sowohl im Innenverhältnis zwischen Vorsorgeauftraggeber und Beauftragten als auch extern gegenüber Dritten wirken. So kann er zum Beispiel anordnen, in welchem Alters- und Pflegeheim er untergebracht werden will, dass der Beauftragte über seine Handlungen Rechenschaft ablegen muss (z.B. gegenüber der ESB oder Drittperson), dass bestimmte Anlagestrategien verfolgt werden müssen etc.

Substitution / Stellvertreter

Der Beauftragte muss den Vorsorgeauftrag persönlich ausüben. Er kann den Auftrag nicht als Ganzes an Dritte übertragen. Bei der Personensorge ist der Beizug von Substituten, die nicht mehr der Aufsicht und Weisung des Beauftragten unterstehen, unzulässig. Dafür kann der Beauftragte jedoch Hilfspersonen beiziehen, welcher seiner Aufsicht und Weisung unterstehen müssen. Bei der Vermögenssorge können sowohl Substitute als auch Hilfspersonen beigezogen werden.

Entschädigung

Gemäss Art. 366 ZGB steht dem Beauftragten eine Entschädigung zu, die von der ESB festzulegen ist, wenn der Vorsorgeauftrag diesbezüglich nichts regelt.

2.6 Aufbewahrung

Der Vorsorgeauftraggeber muss sicherstellen, dass das Original seines Vorsorgeauftrages an einem sicheren Ort aufbewahrt und bei Eintritt seiner Urteilsunfähigkeit verfügbar ist. Eine Kopie reicht für die Validierung nicht aus, respektive es liegt in Ausnahmefällen im Ermessen der ESB eine Validierung aufgrund einer eingereichten Kopie vorzunehmen. Der Vorsorgeauftraggeber kann den Vorsorgeauftrag selber aufbewahren oder bei einer Drittperson (Beauftragter, Familienangehörige, Treuhänder, Bank etc.) hinterlegen. Amtliche Hinterlegungsstelle ist die ESB, welche für den Wohnsitz des Vorsorgeauftraggebers zuständig ist. Die Gebühr für die Hinterlegung beträgt CHF 150.00.

Die Hinterlegung des Vorsorgeauftrages hat keinen Einfluss auf seine Gültigkeit.

2.7 Registrierung

Der Vorsorgeauftraggeber kann bei einem Zivilstandsamt die Tatsache, dass er einen Vorsorgeauftrag errichtet hat und den Hinterlegungsort registrieren lassen (Art. 361 Abs. 3 ZGB). Damit kann sichergestellt werden, dass die ESB bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit vom Vorsorgeauftrag Kenntnis erhält (Art. 363 Abs.1 ZGB). Ein Wohnsitzwechsel oder Änderung des Hinterlegungsortes ist dem Zivilstandsamt zu melden. Die Gebühren für die Registrierung und Änderung der Eintragung betragen im Kanton Zürich je CHF 75.00.

2.8 Widerruf / Änderung

Der Vorsorgeauftraggeber kann den Vorsorgeauftrag jederzeit – unter Voraussetzung seiner Urteilsfähigkeit – in den für die Errichtung vorgesehenen Formvorschriften widerrufen oder ändern. Er kann den Vorsorgeauftrag auch dadurch widerrufen, dass er die Originalurkunde physisch vernichtet. Wenn der Vorsorgeauftraggeber einen neuen Vorsorgeauftrag errichtet, so ersetzt dieser den früheren Vorsorgeauftrag, sofern die neue Urkunde die bisherige nicht bloss ergänzt (Art. 362 Abs. 3 ZGB).

2.9 Validierung

Tritt die Urteilsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers ein, ist der ESB der Vorsorgeauftrag im Original zur Prüfung einzureichen. Zuständig ist die ESB des Wohnsitzes des Vorsorgeauftraggebers. Die ESB prüft gemäss Art. 363 Abs. 2 ZGB, ob

a. der Vorsorgeauftrag gültig errichtet worden ist;
b. die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind;
c. der Beauftragte für seine Aufgabe geeignet ist, und
d. weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind.

In diesem Validierungsverfahren hat sich der Beauftragte dazu zu äussern, ob er den Auftrag annimmt.

Sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt, erlässt die ESB einen Validierungsentscheid und händigt dem Beauftragten die Urkunde über seine Befugnisse aus (Art. 363 Abs. 3 ZGB). Diese Urkunde dient dem Beauftragten als Legitimationsausweis gegenüber Dritten.

2.10 Generalvollmacht

Mit der Generalvollmacht ermächtigt der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten, sämtliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die nicht aufgrund der Höchstpersönlichkeit ausschliesslich dem Vollmachtgeber vorbehalten sind. Während der Vorsorgeauftrag erst bei Eintritt der Urteilungsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers seine Wirkung entfaltet, kann die Generalvollmacht nach seiner Unterzeichnung

sofort eingesetzt werden. Nach Art. 35 Abs. 1 OR erlischt die Generalvollmacht mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten. Die Generalvollmacht kann jedoch ausdrücklich über den Verlust der Handlungsfähigkeit, den Tod oder der Verschollenheit des Vollmachtgebers hinaus erteilt werden. Es gibt jedoch Geschäfte, z.B. über Grundstücke, welche die Wirkung über den Tod, den Verlust der Handlungsfähigkeit und der Verschollenerklärung nicht zulassen.

Die Generalvollmacht (und das damit verbundene Auftragsverhältnis) ist eine gute Ergänzung zum Vorsorgeauftrag. Ist die Generalvollmacht über die Urteilsunfähigkeit hinaus errichtet worden, kann mit der Generalvollmacht so lange gehandelt bzw. der Vorsorgeauftraggeber vertreten werden, bis die Einreichung bzw. Validierung des Vorsorgeauftrages unausweichlich ist. Die Generalvollmacht dient also zur zeitlichen Überbrückung.

Im Bankverkehr müssen Bankvollmachten erstellt werden. Die Generalvollmachten werden in der Regel von den Banken nicht akzeptiert.

2.11 Kündigung durch den Beauftragten

Der Beauftragte kann den Vorsorgeauftrag jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 2 Monaten durch schriftliche Mitteilung an die ESB kündigen. Aus wichtigen Gründen kann er den Vorsorgeauftrag fristlos kündigen (Art. 367 ZGB).

2.12 Massnahmen der ESB gegen den Beauftragten

Sind die Interessen des Vorsorgeauftraggebers gefährdet oder nicht mehr gewahrt, hat die ESB von Amtes wegen oder auf Antrag nahestehender Personen Massnahmen zu erlassen. Sie kann Weisungen an den Beauftragten erteilen, ihn zum Einreichen von Inventar, periodischer Rechnungstellung oder Berichterstattung verpflichten oder ihm die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen (Art. 368 Abs. 2 ZGB).

2.13 Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit durch den Vorsorgeauftraggeber

Wird der Vorsorgeauftraggeber wieder urteilsfähig, so fällt der Vorsorgeauftrag von Gesetzes wegen ohne weitere Handlung oder Entscheid der ESB dahin. Die Legitimationsurkunde sollte jedoch von der beauftragten Person zurückverlangt werden.

3. Kontaktstellen

Auf der Homepage "https://www.notariate.zh.ch" finden Sie die Kontaktadressen der Zürcher Notariate, die Ihnen für weitere Auskünfte und Beratung gerne zur Verfügung stehen.

Verfasst von Thomas Glanzmann
Notar des Notariates, Grundbuch- und Konkursamtes Wetzikon

im Mai 2021

Fussnoten

[0] https://www.kokes.ch/application/files/2914/6167/0811/Beurteilung_der_Urteilsfaehigkeit.pdf

[1] BSK ZGB I-Jungo, Art. 363 N 14/15

[2] Referat «Überblick über das Erwachsenenschutzrecht mit Schwerpunkt Notariat und Grundbuch» von RA Natascia Nussberger,
Bundesamt für Justiz vom 27.10.2012 anlässlich eines Seminars für Zürcher Notare und Notar-Stellvertreter/innen

[3] BSK ZGB I-Reusser, Art. 374 N 24

[4] Referat «Der Vorsorgeauftrag» von Dr. iur. Peter Stähli, Notar und Fürsprecher, Burgdorf, vom 27.10.2012 anlässlich eines Seminars für
Zürcher Notare und Notar-Stellvertreter/innen

[5] BSK ZGB I-Jungo, Art. 360 N 23

[6] BSK ZGB I-Jungo, Art. 360 N 7

[7] BSK ZGB I-Jungo, Art. 360 N 35

[8] BSK ZGB I-Jungo, Art. 360 N 28

[9] BSK ZGB I-Jungo, Art. 361 N 3

[10] BSK ZGB I-Jungo, Art. 360 N 32