Kinga M. Weiss / Martin Ruf
Januar 2012

# Vorsorgeauftrag

## Gestützt auf das neue Erwachsenenschutzrecht wird behördliches Handeln bei Urteilsunfähigkeit grundsätzlich nur noch dann zum Tragen kommen, wenn andere – private – Vorkehren oder gesetzliche Vertretungsrechte nicht ausreichen.

walderwyss rechtsanwälte



Von **Kinga M. Weiss**
Dr. iur., LL.M, Rechtsanwältin / Fachanwältin SAV Erbrecht
Telefon +41 44 498 96 80
kinga.weiss@walderwyss.com



und **Martin Ruf**
MLaw / Notar
Telefon +41 44 498 99 21
martin.ruf@walderwyss.com

## Allgemeines

Das Parlament hat am 19. Dezember 2008 die Revision des Vormundschaftsrechts, welches neu Erwachsenenschutzrecht heisst, verabschiedet. Damit wird das seit 1912 nahezu unverändert gebliebene Vormundschaftsrecht den heutigen Verhältnissen und Anschauungen angepasst. Der Bundesrat hat das Erwachsenenschutzrecht auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt.

Leider nimmt die Zahl der Fälle immer mehr zu, welche vormundschaftsrechtliche Massnahmen als unumgänglich machen. In einer Zeit, in welcher die Lebenserwartung ständig steigt, nimmt insbesondere die Zahl der Personen zu, welche von Altersdemenz betroffen sind. Aber auch andere schicksalhafte Ereignisse, wie Kopfverletzungen oder Hirnschläge, können zu Situationen führen, welche zu einer Einbusse der geistigen Kräfte führen und im Falle der Urteilsunfähigkeit verunmöglichen, namentlich den Alltag zu bewältigen, die geschäftlichen Angelegenheiten weiterzuführen oder gültig im Rechtsverkehr aufzutreten.

Gestützt auf das neue Erwachsenenschutzrecht soll behördliches Handeln nur noch dann zum Tragen kommen, wenn andere – private – Vorkehren oder gesetzliche Vertretungsrechte nicht ausreichen. Das neue Erwachsenenschutzrecht will das Selbstbestimmungsrecht fördern und stellt dazu zwei neue Instrumente zur Verfügung, den *Vorsorgeauftrag* und die *Patientenverfügung*[1]. Damit kann jede Person selbstbestimmend verhindern, dass sie, sollte sie urteilsunfähig werden, vom Staat abhängig wird.

## Der Vorsorgeauftrag

### Allgemeines

Der Vorsorgeauftrag ermöglicht einer Person die Gestaltung der eigenen Angelegenheiten für den Fall der zukünftigen Urteils- und damit Handlungsunfähigkeit. Die gesamte Personen- und Vermögenssorge sowie die Vertretung im Rechtsverkehr kann geregelt werden (Art. 360 des revidierten Zivilgesetzbuches, nachfolgend «nZGB»).

### Form und Errichtung

Der Auftraggeber muss im Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrages handlungsfähig, d.h. urteilsfähig und volljährig sein. Hinsichtlich der Form muss der Vorsorgeauftrag wie ein Testament entweder beim Notar öffentlich beurkundet werden oder eigenhändig errichtet werden (Art. 361n ZGB). Nach Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutz-

1 Auf die Patientenverfügung wird im folgenden aus Platzgründen nicht näher eingegangen.

rechts wird die Möglichkeit bestehen, die Tatsache, dass ein Vorsorgeauftrag errichtet worden ist und der Hinterlegungsort, in die zentrale Datenbank des Zivilstandsamtes einzutragen. Dadurch kann sichergestellt werden, dass die eigene Umgebung oder die zuständige Behörde von der Existenz eines Vorsorgeauftrages erfahren. Der Vorsorgeauftrag selber kann aber beim Zivilstandsamt nicht hinterlegt werden. Für die sichere Hinterlegung ist der Auftraggeber verantwortlich.

### Widerruf und Erlöschen

Der Vorsorgeauftrag kann, solange der Auftraggeber urteilsfähig ist, jederzeit widerrufen werden. Der Vorsorgeauftrag wird entweder durch Vernichtung, oder in einer der beiden für die Errichtung vorgeschriebenen Formen, widerrufen (Art. 362 nZGB).

Erlangt die betroffene Person ihre Urteilsfähigkeit wieder oder stirbt sie, erlischt der Vorsorgeauftrag von Gesetzes wegen (Art. 369 Abs. 1 nZGB). Es ist aber möglich vorzusehen, dass der Auftrag und die Vollmacht über den Tod hinaus gültig sein sollten. Dabei handelt es sich dann aber um einen einfachen Auftrag nach Art. 394 ff. OR.

### Wirkung und Inhalt

Der Vorsorgeauftrag entfaltet erst Wirkung, wenn die auftraggebende Person urteilsunfähig geworden ist und wenn die Urteilsunfähigkeit den im Vorsorgeauftrag umschriebenen Rechtsbereich betrifft. Eine bloss vorübergehende Urteilsunfähigkeit oder eine geistige Schwäche genügt nicht.

Der Inhalt des Vorsorgeauftrags bestimmt sich nach den jeweiligen Anordnungen des Auftraggebers gestützt auf seine individuelle Lebenssituation und seine Bedürfnisse. Die diversen Aufgaben (Personensorge, Vermögenssorge oder Vertretung im Rechtsverkehr) können entweder alternativ oder vollständig übertragen werden. Der Auftraggeber ist frei, den Auftrag umfassend zu erteilen oder auf bestimmte Bereiche oder Geschäfte zu beschränken. Zudem kann der Auftraggeber konkrete Handlungsanweisungen geben oder bestimmte Handlungen sogar verbieten. Der Vorsorgeauftrag kann auch die Entscheidungsbefugnis in Bezug auf medizinische Massnahmen umfassen (Patientenverfügung).

### Vorsorgebeauftragter

Die beauftragte Person kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein (Art. 360 nZGB). Der Vorsorgeauftraggeber kann für den Fall, dass die bezeichnete Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag gar nicht annimmt oder ihn kündigt Ersatzbeauftragte vorsehen. Nimmt der Vorsorgebeauftragte sein Amt an, so gehört es zu seinen Aufgaben, die Erwachsenenschutzbehörde über den Eintritt des Vorsorgefalles zu informieren. Der Vorsorgebeauftragte hat jene Geschäfte wahrzunehmen, welche im Vorsorgeauftrag umschrieben sind, die rechtsgeschäftliche Vertretung des Auftraggebers im umschriebenen Rahmen zu besorgen und sich an die Weisungen des Auftraggebers zu halten (Art. 365 Abs. 1 nZGB). Der Vorsorgebeauftragte kann den Auftrag mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten kündigen (Art. 367 Abs. 1 nZGB). Die Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. ZGB) sind anwendbar, soweit das ZGB nicht abweichende Bestimmungen enthält.

### Aufgabe der Erwachsenenschutzbehörde

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass jemand urteilsunfähig geworden ist, klärt sie ab, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt. Wenn ein Vorsorgeauftrag errichtet worden ist, prüft sie des Weiteren, ob dieser gültig errichtet worden ist und ob die Urteilsunfähigkeit eingetreten ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 nZGB). Sodann prüft sie, ob die beauftragte Per-

son geeignet erscheint und auch bereit ist, den Auftrag anzunehmen (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 nZGB). Bei Erfüllung der Voraussetzungen stellt sie sodann im Sinne eines Legitimationspapiers gegenüber Dritten dem Vorsorgebeauftragten eine Urkunde aus (Art. 363 Abs. 3 nZGB).

Damit die beauftragte Person das in sie gesetzte Vertrauen nicht missbraucht bzw. die übertragenen Aufgaben in ordnungsgemässer Weise ausführt, bleibt ein bestimmtes Mass an behördlicher Eingriffsmöglichkeit bestehen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann jederzeit auf Antrag oder von Amtes wegen die erforderlichen Massnahmen ergreifen (Art. 368 Abs. 1 nZGB). Kontrollmechanismen können aber auch im Vorsorgeauftrag selber eingebaut werden (Bsp. regelmässige Rechenschaftsablegung und Berichterstattung).

### Gesetzliche Vertretungsrechte

Das neue Vormundschaftsrecht dehnt die gesetzliche Vertretungsberechtigung der nahestehenden Personen sowohl im rechtsgeschäftlichen Bereich als auch für medizinische Massnahmen[2] aus. Diese Vertretungsrechte bestehen von Gesetzes wegen; besondere Vorkehren oder behördliches Eingreifen erübrigen sich. Das Vertretungsrecht entfällt jedoch, wenn die betroffene Person die entsprechenden Rechtshandlungen in einem Vorsorgeauftrag geregelt hat.

Zur Vertretung berechtigt sind der Ehegatte und der eingetragene Partner. Das Vertretungsrecht betrifft jedoch nur die Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind, sowie die ordentliche Verwaltung des Einkommens und des Vermögens (Art. 374 Abs. 2 nZGB). Bei ausserordentlichen Verwaltungshandlungen muss die Erwachsenenschutzbehörde zustimmen.

Die gesetzlichen Vertretungsrechte sind für die kurzfristige Urteilsunfähigkeit gedacht. Für den Fall von dauerhafter Urteilsunfähigkeit ist es daher empfehlenswert, – wenn behördliche Massnahmen verhindert werden sollen – einen Vorsorgebeauftragten zu ernennen.

### Fälle aus der Praxis

Ein junger Familienvater erleidet einen Verkehrsunfall und liegt mit einer schweren Hirnverletzung im Spital. Ein 50-jähriger Geschäftsmann ist wegen eines Schlaganfalles nicht mehr ansprechbar. Eine betagte vermögende Frau ist infolge Altersschwäche zunehmend verwirrt und pflegebedürftig. Wer soll fortan die privaten und geschäftlichen Angelegenheiten dieser Personen regeln, wenn vorsorglich keine Vollmacht erteilt wurde?

Ist die betroffene Person z.B. Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft oder einfachen Gesellschaft kann die Urteilsunfähigkeit je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages zur Beschlussunfähigkeit führen und behördliche Massnahmen sind unabwendbar. Grundsätzlich erfordern Gesellschaftsbeschlüsse die Zustimmung aller Gesellschafter (Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 534 Abs. 1 OR).

Ist die betroffene Person z.B. Mehrheitsaktionär kann die Urteilsunfähigkeit zur Nichtberücksichtigung des Stimmrechts führen und je nach Ausgestaltung der Quoren in den Statuten sogar die Beschlussunfähigkeit der Generalversammlung zur Folge haben. Der Ausfall eines Verwaltungsrates infolge Urteilsunfähigkeit kann ebenfalls zu unerwünschten Unwägbarkeiten führen.

Ist die betroffene Person z.B. Eigentümer einer Liegenschaft und stand kurz vor Unterzeichnung eines Kaufvertrages zur Übertragung der Liegenschaft an einen Dritten, so stellt sich die Frage, wer die Liegenschaft rechtsgültig übertragen kann.

2 Auf das gesetzliche Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen wird im Folgenden aus Platzgründen nicht näher eingegangen.

Gemäss Art. 657 ZGB sind Kaufverträge über Gründstücke von einem Notar öffentlich zu beurkunden und die Eigentumsübertragung ist beim Grundbuchverwalter anzumelden (Art. 656 ZGB). Der Notar prüft dabei, ob die Parteien handlungsfähig sind. Ist eine Partei urteilsunfähig und somit auch handlungsunfähig, so kann die Liegenschaft nicht rechtsgültig übertragen werden. In diesem Fall müsste eine erwachsenenschutzrechtliche Massnahme angeordnet werden, es sei denn ein Vorsorgebeauftragter sei durch die urteilsunfähige Person für dieses Geschäft ernannt worden.

**Konklusion**

Wer infolge eines Unfalles, wegen plötzlicher schwerer Erkrankung oder Altersschwäche nicht mehr für sich selber sorgen kann oder gar urteilsunfähig wird, ist auf die Hilfe Dritter angewiesen. Solange jemand noch gesund ist, kann er selber entscheiden, wer in diesen Fällen seine Interessen wahrnehmen soll und mittels einer Vollmacht sicherstellen, dass eine Vertrauensperson ihn rechtsgültig gegenüber Dritten (Banken, Versicherungen, Gerichten, Grundbuchämtern, etc.) vertreten kann. Liegt eine Vollmacht vor, können sehr oft behördliche Massnahmen, welche eine Einmischung des Staates in die persönlichen Verhältnisse darstellen, vermieden werden. Die Redaktion und Beurkundung eines Vorsorgeauftrags kann bereits heute erfolgen. Gerne beraten wir Sie dabei und stehen Ihnen jederzeit für Fragen zur Verfügung.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
8034 Zürich
Schweiz

Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

Bubenbergplatz 8
Postfach 8750
3001 Bern
Schweiz

Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com