

Document	ZKE 2011 S. 102
Auteur(s)	Sandra Hotz
Titre	Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda - Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda
Pages	102-115
Publication	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
Editeur	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES
Anciens Editeurs	Kurt Affolter, Estelle de Luze, Gabriel Fossard, Marco Zingaro
ISSN	1664-2007
Maison d'édition	Schulthess Juristische Medien AG

Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda

von Sandra Hotz, Dr. iur., Visiting Research Fellow, Columbia Law School, New York ¹

Vorsorgevollmacht, Vorsorgeauftrag, Erwachsenenschutzrecht, Selbstbestimmungsrecht, Urteilsfähigkeit

Die Art und Weise, wie künftig ein Vorsorgeauftrag nach nArt. 360 ff. ZGB begründet wird, hat auch verschiedene Auswirkungen inhaltlicher und formeller Natur auf die Errichtung einer rechtsgeschäftlichen Vorsorgevollmacht gemäss nArt. 35 OR. Da das Institut des Vorsorgeauftrags der Stärkung der Selbstbestimmung eines Vorsorgenden dient, sind auch die Vorsorgevollmachten in diesem Lichte zu betrachten. Generell empfiehlt es sich künftig, beim Abschluss eines Vorsorgeauftrags möglichst konkrete Anweisungen zu erteilen und überdies an die Vorsorgevollmachten zu denken und diese mit einzubeziehen sowie als solche zu benennen.

Pouvoirs de représentation, Mandat pour cause d'incapacité, Droit de protection des adultes, Droit à l'autodétermination, Capacité de discernement

Les pouvoirs de représentation de lege ferenda.

Mandat pour cause d'incapacité: le droit à l'autodétermination de la personne à protéger de lege lata et de lege ferenda

Sul diritto di autodeterminazione del mandante precauzionale de lege lata e de lege ferenda

La procura precauzionale de lege ferenda

Procura precauzionale, Mandato precauzionale, Diritto di protezione degli adulti, Diritto d'autodeterminazione, Capacità di giudizio

ZKE 2011 S. 102

A l'avenir, la manière d'établir un mandat pour cause d'incapacité conformément aux nart. 360 et ss CC comportera des effets quant au fond et quant à la forme, lorsqu'il s'agira de définir les pouvoirs de représentation selon l'art 35 CO dans sa nouvelle teneur. Dès lors que l'institution d'un mandat pour cause

¹ Vgl. zu diesem Thema die kritische Kommentierung von [BGE 134 III 385](#) der gleichen Autorin in: jusletter vom 14. Februar 2011.

d'inaptitude vise à renforcer l'autodétermination de la personne à protéger, les pouvoirs de représentation devront également être examinés sous cet angle. Lors de l'établissement d'un tel mandat, il conviendra - d'une manière générale - de prévoir des instructions aussi précises que possible et avant tout de définir l'étendue des pouvoirs de représentation, tout en les incluant dans l'acte et en les spécifiant comme tels.

In futuro, il modo con cui si motiva una procura precauzionale per cause d'incapacità di discernimento, redatta a sensi degli art. 360 e ss. del CC, nel momento in cui si dovranno definire i termini di rappresentanza in conformità a quanto prevede il nuovo art. 35 CO, comporterà effetti di natura sostanziale e formale. Considerato che l'istituto del mandato precauzionale per cause d'incapacità mira a rafforzare l'autodeterminazione della persona da proteggere, gli effetti delle procure precauzionali sono da considerare anche sotto questo aspetto. *Perciò, in previsione dell'assegnazione di un compito precauzionale, si consiglia di prescrivere istruzioni il più possibile precise e di definire l'estensione dei poteri di rappresentanza, menzionandoli nell'atto e specificandoli come tali.*

ZKE 2011 S. 102, 103

I. Stärkung der Selbstbestimmung

Ein Grundanliegen des künftigen Erwachsenenschutzrechts ist die Stärkung der Selbstbestimmung Erwachsener betreffend ihre eigene Vorsorge auf einen Zeitpunkt hin, in welchem sie wegen eines Unfalls, einer Krankheit oder ihres hohen Alters oder wegen eines anderen Grundes nicht mehr in der Lage sind, ihre eigene Vermögens- und Personensorge auszuüben². nArt. 388 [ZGB](#) lautet wie folgt:

"Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes stellen das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicher. Sie sollen die Selbstbestimmung der betroffenen Personen so weit wie möglich erhalten und fördern."

Wichtigste Mittel für die Stärkung der Selbstbestimmung des Vorsorgenden sind die beiden neu geregelten Rechtsinstitute, der Vorsorgeauftrag (nArt. 360 ff. [ZGB](#)) und die Patientenverfügung (nArt. 370 ff. [ZGB](#))³. Im Folgenden werden der Vorsorgeauftrag (nArt. 360-369 [ZGB](#)) und die *Vorsorgevollmacht de lege ferenda* (nArt. 35 [OR](#)) im Hinblick auf dieses Ziel hin untersucht⁴. Im Hintergrund steht dabei ein Vergleich zur geltenden Rechtslage, nach der eine Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus formfrei gültig ist ([Art. 34 f. OR](#), [BGE 132 III 222](#)), wobei das Bundesgericht Interventionskriterien für vormundschaftliche Massnahmen entwickelt hat ([BGE 134 III 358](#); 17.11.2008, [5A 588/2008 E.3.3.2](#); vgl. Hotz, jusletter vom 14. Februar 2011).

II. Zum Begriff der Vorsorgevollmacht

Vorwegzunehmen ist, dass weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* eine gesetzliche Definition dessen existiert, was eine "Vorsorgevollmacht" ist, noch Regelungen zu einer solchen bestehen oder vorgesehen sind. Dass nach schweizerischem Recht künftig auch Vorsorgevollmachten vorkommen werden, lässt sich zwar weder aus nArt. 360 ff. [ZGB](#) noch aus nArt. 35 [OR](#) ablesen, jedoch

ZKE 2011 S. 102, 104

ableiten⁵. Der Begriff "Vorsorgevollmacht" ist ausserdem bereits heute in der Alltagssprache gebräuchlich und es finden sich etwa *schweizerische* Internet-Seiten, die Informationen und Muster anbieten. Das kommt daher, dass im deutschen und österreichischen Recht der Begriff der "Vorsorgevollmacht" seit Langem

² Entwurf zum neuen schweizerischen Erwachsenenschutzrecht vom 21.6. 2006 (BBI 2006 7001, BBI 2009 141); Urs Vogel/Diana Widmer, Das neue Erwachsenenschutzrecht, ZVW 1/2009 73 ff., 75; Kurt Affolter, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzrecht [AJP 2006, 1057 ff.](#), 1060; Yvo Biderbost, Beistandschaft nach Mass - das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes, [AJP 2010, 3 ff.](#)

³ BBI 2006 7001, Affolter, [AJP 2006, 1057 ff.](#), 1060.

⁴ Carmen Ladina Widmer Blum, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Luzern 2010, 271-326; Audrey Leuba, Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil, in: La protection de la personne par le droit, Journées de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Stettler, Margaretha Baddeley (Hrsg.), Genf, Zürich, Basel 2007, 27 ff.; Philippe Meier, Perte du discernement et planification du patrimoine - droit actuel et droit future, in: La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher, Margaretha Baddeley (Hrsg.), Genf, Zürich, Basel 2009, 39 ff., 44 f., 50 f., 56.

⁵ Vgl. etwa Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, 5. Aufl., Bern 2009, N 42.25.

bekannt ist. - In casu folgten die Gesetzesverfasser des Erwachsenenschutzrechts jedoch französischsprachigen Vorlagen⁶.

Das *deutsche Recht* kennt seit der Einführung des Betreuungsgesetzes vom 2. September 1990, in Kraft seit dem 1.1.1992 (BGBl. I S. 2002), und der Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) in [§ 1901c BGB](#) das Institut der Vorsorgevollmacht oder der "schriftlichen Betreuungswünsche". Wie nach schweizerischem Recht bestimmt die Vollmacht ([§§ 164 BGB](#)) nach aussen, für den Geschäftsverkehr, wer zuständig ist, wobei intern ein Auftrag zu Grunde liegt ([§ 662 BGB](#)). Zudem existiert ein bundesweites Vorsorgeregister, das alle Angaben zu den sog. notariellen und sonstigen Vollmachten zur Vorsorge aufnimmt⁷.

Im *österreichischen Recht* wurde die Vorsorgevollmacht im Jahre 2007 mit dem Sachwalterrechtsgesetz bzw. dessen Änderung gesetzlich geregelt. Nach österreichischem Recht wird unter dem Titel der Vorsorgevollmacht in §§ 284 f-i ABGB, in Kraft seit 1.7.2007, Vergleichbares mit den künftigen Regelungen zum Vorsorgeauftrag nach nArt. 360 ff. [ZGB](#) geregelt. § 284 f Abs. 1 ABGB lautet dabei wie folgt:

"(1) Eine Vorsorgevollmacht ist eine Vollmacht, die nach ihrem Inhalt dann wirksam werden soll, wenn der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder seine Äußerungsfähigkeit verliert. Die Angelegenheiten, zu deren Besorgung die Vollmacht erteilt wird, müssen bestimmt angeführt sein. Der Bevollmächtigte darf nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zu einer Krankenanstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung stehen, in der sich der Vollmachtgeber aufhält oder von der dieser betreut wird.

(2) Die Vorsorgevollmacht muss vom Vollmachtgeber eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden. Hat der Vollmachtgeber die Vollmacht zwar eigenhändig unterschrieben, nicht aber eigenhändig geschrieben, so muss er in Gegenwart dreier unbefangener, eigenberechtigter und sprachkundiger Zeugen bekräftigen, dass der Inhalt der von ihm unterschriebenen Vollmachtsurkunde seinem Willen entspricht.(...)

(3) Soll die Vorsorgevollmacht auch Einwilligungen in medizinische Behandlungen im Sinn des § 283 Abs. 2, Entscheidungen über dauerhafte Änderungen des Wohnorts sowie die Besorgung von Vermögensangelegenheiten, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, umfassen, so muss sie unter ausdrücklicher

ZKE 2011 S. 102, 105

Bezeichnung dieser Angelegenheiten vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder bei Gericht errichtet werden (...)."

Intern liegt auch dieser Vollmacht nach § 284 h ABGB ein "*Bevollmächtigungsvertrag*" zu Grunde, der indes nicht spezifiziert wird⁸.

Da das schweizerische Rechtssystem wie das deutsche und österreichische dogmatisch zwischen Auftrag und Vollmacht unterscheidet und der Begriff der Vorsorgevollmacht bereits geläufig ist, sollte künftig zwischen den beiden Begriffen Vorsorgeauftrag und Vorsorgevollmacht unterschieden und Letzterer definiert werden: Als Vorsorgevollmacht ist in erster Linie eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung zur Vornahme von Rechtshandlungen, die im Rahmen des Vorsorgeauftrags erteilt wurden, zu verstehen (nArt. 360 [ZGB](#) i.V.m. nArt. 35 [OR](#)). Die Vorsorgevollmacht ist eine für Dritte bestimmte Erklärung und beschreibt das "Aussenverhältnis" der Beziehung von Vollmachtgeber und -nehmer. Der Vorsorgeauftrag regelt demgegenüber das Innenverhältnis, das unter Umständen "Dritte" nichts angeht und deshalb Inhalte enthalten kann, die nicht Gegenstand der Vorsorgevollmacht zu sein brauchen und umgekehrt.

⁶ Ernst Langenegger, nArt. 360 [ZGB](#) N 1 m.w.N. in: Das Schweizerische Erwachsenenschutzrecht, Kommentar zu [Art. 360-465 ZGB](#), Daniel Rosch, Andrea Büchler, Dominique Jacob, (Hrsg.), Basel 2011 (erscheint demnächst).

⁷ Bundesnotarkammer, Zentrales Vorsorgeregister, Postfach 0851 51, 10001 Berlin, s. unter: www.vorsorgeregister.de.

⁸ § 284h (1) Der Bevollmächtigte hat bei Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten dem Willen des Vollmachtgebers, wie er in dem Bevollmächtigungsvertrag zum Ausdruck gebracht wird, zu entsprechen (...).

III. Vorsorgeauftrag und Vorsorgevollmacht

A. Zur Entstehung des Vorsorgeauftrags nach nArt. 360 ff. ZGB⁹

1. Relativität der Urteilsfähigkeit

Nach nArt. 360 Abs. 1 ZGB kann jede handlungsfähige Person eine juristische oder natürliche Person beauftragen, sie für den Eintritt ihrer Urteilsunfähigkeit im Rechtsverkehr zu vertreten sowie die Personen- oder Vermögenssorge zu übernehmen. Der Vorsorgeauftrag ist eine Form des Auftragsverhältnisses, was bedeutet, dass die auftragsrechtlichen Bestimmungen subsidiär zur Anwendung gelangen (Art. 394 Abs. 2 OR). Um einen Vorsorgeauftrag anordnen zu können, muss die auftragserteilende Person zum Zeitpunkt der Auftragsformulierung handlungsfähig sein (Art. 12 ff. ZGB), d.h. sie muss *volljährig* nach nArt. 13 ZGB und *urteilsfähig* nach nArt. 16 ZGB sein¹⁰.

Urteilsfähig ist eine Person, die einen für die persönlichen Verhältnisse adäquaten Vorsorgeauftrag zu regeln vermag. Die Urteilsfähigkeit bestimmt sich dabei nach zwei Elementen¹¹: 1.) Der Fähigkeit, einen eigenen Willen bezüglich des Vorsorgeauftrags zu bilden, wobei der Vorsorgende seine Beweggründe, den Zweck und die Folgen des eigenen Verhaltens erkennen können muss und 2.) der Willenskraft, dieser Voraussicht entsprechend zu handeln, d.h. konkret, Sinn machende Anweisungen zu treffen und diese in einen Vorsorgeauftrag und Vollmachten umzusetzen. An beide Elemente sind keine allzu hohen Anforderungen

ZKE 2011 S. 102, 106

zu stellen, namentlich wird kein Spezialwissen vorausgesetzt¹². Die Einsichtsfähigkeit besteht etwa schon dann, wenn die Person erkennen kann, wann sie eine fremde Person beiziehen muss¹³. Ebenso wird die voluntative Komponente grosszügig zu beurteilen sein,¹⁴ denn Krankheit, Rausch (Medikamente) oder hohes Alter können bewirken, dass eine Person ihren eigenen Willen nicht immer so umsetzen wird, wie es idealiter geschehen würde. Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit richtet sich nach dem Inhalt, den konkreten Umständen und der Tragweite des zu beurteilenden Vorsorgeauftrags (Relativität der Urteilsfähigkeit)¹⁵. Ähnlich wie die Testierfähigkeit wird die Urteilsfähigkeit eines "komplizierten" Vorsorgeauftrags anders zu beurteilen sein als diejenige hinsichtlich eines "einfachen",¹⁶ und erst recht als diejenige hinsichtlich "geringfügiger Alltagsgeschäfte", was sich künftig schon aus nArt. 19 Abs. 2 ZGB ergibt (s. auch § 284 f Abs. 1 Ziff. 3 ABGB): Ein Vorsorgeauftrag, das "gesamte Familiengeschäft" zu besorgen, wird anders zu beurteilen sein als derjenige, "um die Hauskatze besorgt zu sein". Handelt es sich ferner beim "Familiengeschäft" um eine Papeterie mit drei Angestellten, in welcher der Vorsorgende tätig ist, kann davon ausgegangen werden, dass dieser die Tragweite des Auftrags kennt. Beauftragt der Vorsorgende etwa den "besten Ingenieur" seines hoch spezialisierten Elektronikbetriebes mit 60 Angestellten, so bestehen ebenfalls wenig Zweifel, dass dies ein Sinn machender Entscheid ist.

Es entspricht dabei dem Grundsatz der maximalen Selbstbestimmung, wenn der Vorsorgende nur hinsichtlich einzelner Inhalte des Vorsorgeauftrags als urteilsfähig respektive urteilsunfähig angesehen wird (vgl. Einschränkung der Handlungsfähigkeit, nArt. 19d ZGB). Damit wird auch eine grösstmögliche Flexibilisierung der behördlichen Massnahmen erreicht: Wenn eine Person, die bereits punktuell handlungsunfähig ist und unter einer Form von Beistandschaft steht (z.B. einer Mitwirkungsbeistandschaft bei einer Besuchsregelung der Kinder), kann sie in Bezug auf die Errichtung eines Vorsorgeauftrags als

⁹ BBI 2006 7001, 7035 ff.; Affolter, [AJP 2006, 1057 ff.](#), 1060.

¹⁰ Botschaft, 7025.

¹¹ [BGE 134 II 235 E. 4.3.2.](#), [BGE 124 III 5 E. 1a-b](#), [BGE 127 I 6 E. 7b](#).

¹² Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl., Basel 2009, N 75 f.

¹³ [BGE 77 II 97](#), Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Aufl., 2008 Zürich, N 06.33.

¹⁴ [BGE 102 II 363](#).

¹⁵ In [BGE 90 II 9 E.3](#): "Cette capacité est relative. Le juge doit rechercher in concreto, pour un acte déterminé ou une série d'actes, si le défendeur la possédait au moment où il a accompli celui qui a donné lieu au litige.", [BGE 134 II 235 E. 4.3.2.](#), [124 III 5 E. 1a](#).

¹⁶ Wobei sich wieder darüber streiten lässt, was ein "kompliziertes Testament" sei: s. BSK [ZGB II](#) - Peter Breitschmid, Art. 467 N 13; Max Gutzwiller, *Über die Substanz der Urteilsfähigkeit*, [AJP 2008, 1223 ff.](#), 1227; [BGE 124 III 5 E. 1a, 117 II 231 E. 2a](#). bzgl. der Testierfähigkeit eines "Geisteskranken" und einem möglichen *lucidum intervallum*.

urteilsfähig beurteilt werden¹⁷. Demgegenüber wird eine Person unter umfassender Beistandschaft (nArt. 398 ZGB), die vollkommen handlungsunfähig ist, regelmässig keinen Vorsorgeauftrag selbständig schliessen können. Mit dem stimmt überein, dass die Auswahl der Person des Beauftragten eine besondere Vertrauenssache ist¹⁸ und gewisse Inhalte, die dieser mit dem Vorsorgeauftrag übertragen werden,

ZKE 2011 S. 102, 107

zweifelsohne privat und intim sein können (z.B. Aufträge betr. Kontaktpflege oder Wahl des Wohnorts) und damit höchstpersönlicher Natur sind. Aus der *Höchstpersönlichkeit dieser Rechtsakte*, die nicht alle Gegenstand höchstpersönlicher Patientenrechte beziehungsweise einer Patientenverfügung sein müssen, wird sich m.E. nach nArt. 19c Abs. 1 ZGB im Einzelfall die Frage stellen, ob diese Anweisungen nicht auch von urteilsfähigen Handlungsunfähigen sowie beschränkt Handlungsfähigen erteilt werden können müssten. Man denke etwa an eine 17-Jährige, die schwerkrank ist und sich nicht mit ihren Eltern verträgt¹⁹. Dabei soll nicht ausgeschlossen sein, dass die Kinderschutzbehörden mittels Kinderschutzmassnahmen die Interessen der urteilsfähigen Minderjährigen etwa durch eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB oder eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 306 Abs. 1 ZGB wahren könnten (relative Höchstpersönlichkeit).

Wird bedacht, dass die Handlungsfähigkeit bzw. die Handlungsunfähigkeit verschiedene Stufen aufweisen kann²⁰, so lässt sich der Standpunkt vertreten, dass mit "handlungsfähig" gemäss nArt. 360 ZGB über die Stufen dieser Handlungsfähigkeit noch nichts Endgültiges ausgesagt ist²¹. Anerkannt ist schliesslich in diesem Zusammenhang, dass für die Fähigkeit den Vorsorgeauftrag zu widerrufen, die Urteilsfähigkeit ausreicht (nArt. 362 Abs. 1 ZGB, ergibt sich bereits aus Art. 27 Abs. 2 ZGB).

2. Person des Vertrauens

Die mit der Vorsorge beauftragte Person kann eine juristische oder natürliche Person sein. Mangels spezieller Normen kommen die allgemeinen Regeln nach Art. 12 ff. ZGB resp. nach Art. 54 ZGB zur Anwendung: d.h. der Auftragnehmer muss grundsätzlich "handlungsfähig" sein. Es wird jedoch wie nach allgemeinem Auftragsrechts eine Person des Vertrauens sein²².

Die Handlungsfähigkeit des Vorsorgebeauftragten beurteilt sich dabei nach den allgemeinen Regeln der Handlungsfähigkeit einer Vertragspartei. Im Anschluss an das oben Ausgeführte zu nArt. 19 Abs. 2 ZGB wird man sich m.E. aufgrund des besonderen Vertrauens, das in die Person des Beauftragten gesetzt wird und der Tatsache, dass diese den Auftrag persönlich ausführen muss, auch die Frage stellen müssen, ob auch ein beschränkt Handlungsfähiger bzw. ein urteilsfähiger Minderjähriger diese Aufträge annehmen kann. Denkt man beispielsweise an einen langjährig bekannten 17-jährigen urteilsfähigen Nachbarn, der die Kontaktpflege sowie einfachere Rechtsgeschäfte zum täglichen Bedarf wie Botengänge zum Bäcker (s. nArt. 19 Abs. 2 ZGB) und der Bank (Geldabheben per Karte) und gewisse Kontaktpflege (Vorlesen, Begleitung beim Spazieren) problemlos für die ältere Dame, die dies wünscht, tätigen kann, so spricht

ZKE 2011 S. 102, 108

m.E. in diesem Rahmen nichts dagegen, auch den urteilsfähigen Minderjährigen als Vorsorgebeauftragten anzuerkennen; insbesondere auch deshalb nicht, weil die Erwachsenenschutzbehörde bei Person des Vorsorgebeauftragten noch mitreden kann. Zudem muss der Handlungsfähige den Vorsorgeauftrag annehmen, was einen bewussten Akt des urteilsfähigen Minderjährigen voraussetzt (nArt. 360 Abs. 3 ZGB). Da in dieser Konstellation indes nicht wie bei der Vorsorgeauftragserteilung von einer Höchstpersönlichkeit des Rechtsakts des Jugendlichen ausgegangen werden kann, werden die Eltern oder ein anderer gesetzlicher Vertreter regelmässig die Zustimmung zu einem Vorsorgeauftrag geben müssen. Besonders interessant wird diese Frage jedoch, wenn es sich um eine Vorsorgevollmacht handelt, die gültig bleibt, auch wenn der einseitig Bevollmächtigte noch minderjährig und der Vorsorgeauftrag ungültig ist (s. Ziff. III.B.3).

¹⁷ Unklar ist die Position Widmer Blum, a.A. 273 ff., sinngemäss wie hier 275 f.; wie hier: Langenegger, Art. 360 nZGB N 16 (erscheint demnächst).

¹⁸ BGE 50 II 103 ff., 106; BGE 53 II 298, 303 betr. die Fachkenntnisse eines Arztes.

¹⁹ Peter Breitschmid, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, [successio 2008, 16 ff.](#), 24; a.A. Widmer Blum, 284.

²⁰ Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Schweizerisches Zivilrecht, 13. Aufl., Zürich 2009, N 48 ff., Hausheer/Aebi-Mueller, N 0.701 ff.

²¹ Widmer Blum, 273.

²² BGE 50 II 103 ff., 106, BGE 53 II 298, 203.

3. Form des Vorsorgeauftrags

Der Vorsorgeauftrag muss nach nArt. 361 Abs. 1 [ZGB](#) von *Anfang bis Ende eigenhändig geschrieben oder öffentlich beurkundet sein*. Letzteres setzt im Gegensatz zur öffentlich beurkundeten Verfügung ([Art. 499 ZGB](#)) keine Mitwirkung von Zeugen voraus. Die Notariatsperson muss in beiden Fällen die Identität und Urteilsfähigkeit des Auftraggebers abklären. Erst dann folgt ein Eintrag ins Register. Eine notfallmässige mündliche Errichtung des Vorsorgeauftrags ist gesetzlich zwar nicht vorgesehen, wird sich aber in der Praxis von selbst entwickeln (vgl. auch § 281 f. ABGB), wogegen nach dem Gedanken der maximalen Selbstbestimmung grundsätzlich nichts einzuwenden ist.

Ebenfalls im Lichte der grösstmöglichen Selbstbestimmung sind nach der hier vertretenen Ansicht Verträge und Vollmachten, die nach geltendem Recht ([Art. 405, 35 OR](#)) errichtet wurden, auch nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Erwachsenenschutzgesetzes gültig (Art. 50, Art. 1 Abs. 2 SchIT [ZGB](#), s. Fn. 22). Dies wird indes nichts daran ändern, dass die Vormundschaftsbehörden bzw. später die Erwachsenenschutzbehörden sich auch nach geltendem Recht zu den erforderlichen Massnahmen vernehmen lassen werden (vgl. hierzu BGE 134 II 358).

4. Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde

Die Erwachsenenschutzbehörde, die sich den Vorsorgeauftrag ordnungsgemäss beschaffen hat, prüft diesen im Sinne von nArt. 374 ff. [ZGB](#). Das heisst die Behörde prüft nochmals, ob der Vorsorgeauftrag unter Einhaltung der Formvorschriften entstanden ist und - soweit möglich - ob dieser bei Urteilsfähigkeit des Ausstellers errichtet worden ist (nArt. 363 Abs. 2 Ziff 1 [ZGB](#)). Zudem prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob die beauftragte Person für die ihr übertragenen Aufgaben geeignet ist (nArt. 363 Abs. 2 Ziff. 3 [ZGB](#)). Vom Willen der Auftraggeberin darf sie indes nur abweichen, wenn offensichtlich ist, dass die bezeichnete Person ihren Aufgaben nicht gewachsen ist.

Ebenfalls Aufgabe der Erwachsenenschutzbehörde (nArt. 363 Abs. 2 Ziff. 2 [ZGB](#)) ist es, den *Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit festzustellen*, denn mit diesem beginnt der Vorsorgeauftrag zu wirken. Auch in dieser Frage muss ein gradueller Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers in Relation zu den

ZKE 2011 S. 102, 109

Inhalten des Vorsorgeauftrags berücksichtigt werden, sollen nicht Vertretungslücken entstehen. Es muss sich aber um eine Urteilsunfähigkeit von einer gewissen Dauer handeln²³. Erlangt die unterstützungsbedürftige Person ihre Urteilsfähigkeit (teilweise oder ganz, dauernd oder vorübergehend) wieder, so wird der Vorsorgeauftrag im entsprechenden Rahmen überflüssig und fällt dahin.

Zusammenfassend muss die Erwachsenenschutzbehörde den Vorsorgeauftrag so genannt validieren²⁴.

B. Zur Errichtung der Vorsorgevollmacht gemäss nArt. 35 [OR](#)

1. Fragestellung

Versteht man also im schweizerischen Recht unter einer Vorsorgevollmacht eine rechtsgeschäftliche Vertretungs- und Handlungsvollmacht im Rahmen der umfassend übertragenen Vermögenssorge sowie im Rahmen der übertragenen Personensorge (sofern die Rechtshandlung aufgrund der Höchstpersönlichkeit übertragbar ist), so stellt sich die Frage, ob *de lege ferenda* eine einseitige, *formlos* erteilte rechtsgeschäftliche Vollmacht nach nArt. 35 [OR](#) über "den Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit" hinaus trotz der neuen Regelungen zum Vorsorgeauftrag nArt. 360 Abs. 1 [ZGB](#) überhaupt noch gültig wäre? Und wenn ja, wie müsste eine künftige Vorsorgevollmacht lauten, um gültig zu sein? Und würden bei einer allfällig formlosen Vorsorgevollmacht nicht die künftigen Schutzbestimmungen zum Vorsorgeauftrag nach nArt. 360 Abs. 1 [ZGB](#) unterlaufen? Wenn nein, wie ist mit solchen Vollmachten gestützt auf nArt. 35 [OR](#) umzugehen?

²³ Weiterführend zu dieser Problematik: Max Gutzwiller, Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des Vorsorgeauftrags, [AJP 2007, 556 ff.](#), 558 ff.; Widmer Blum, 277 ff.

²⁴ Langenegger, nArt. 360 [ZGB](#) N 5, nArt. 363 [ZGB](#) N 22.

2. Minimale Anpassungen von nArt. 35 OR

Fest steht zunächst, dass mit dem revidierten Erwachsenenschutzrecht lediglich eine einfache inhaltliche, mehr terminologische Anpassung des nArt. 35 Abs. 1 OR stattfindet: Eine Vollmacht wird künftig einseitig "angeordnet" und nicht mehr wie unter geltendem Recht "vereinbart", was der Einseitigkeit des Rechtsgeschäfts entspricht. Dann wird nArt. 35 OR insofern an die neuen Regelungen des Vorsorgeauftrags angepasst, als auf den "Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit" abgestellt wird. Damit soll die Relativität der Urteilsfähigkeit berücksichtigt werden. Es bleibt indessen im Grundsatz dabei, dass eine Vollmacht bei Verlust der Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen erlischt, sofern "nicht das Gegenteil angeordnet ist", und umgekehrt, dass eine formlos erteilte Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus grundsätzlich weiterhin gültig bleibt (vgl. [BGE 132 III 222](#), [134 III 385](#)).

Übergangsrechtlich ist u.a. aufgrund dieser minimalen Änderungen von Art. 35n ZGB davon auszugehen, dass die unter geltendem Recht erteilten Vollmachten ihre Gültigkeit auch nach dem Inkrafttreten behalten werden (Art. 1 Abs. 2 SchIT). Der Vorsorgevertrag, der vor dem Inkrafttreten des neuen

ZKE 2011 S. 102, 110

Gesetzes abgeschlossen wurde, bleibt ebenfalls nach allgemeiner Übergangsregelung unter neuem Recht gültig (Art. 50 SchIT)²⁵.

3. Rechtswirkungen zwischen Vorsorgeauftrag und -vollmacht

Aufgrund der rechtlich unabhängigen Entstehung und Wirkung einer Vollmacht vom zu Grunde liegenden Auftrag (die beiden Rechtsgeschäfte sind sog. abstrakt voneinander zu beurteilen),²⁶ wird immer noch vertreten, dass die Erteilung einer Vollmacht grundsätzlich keiner besonderen Form bedarf, dies selbst dann nicht, wenn sie sich auf Abschluss eines formbedürftigen Vertrags beziehe ([BGE 112 II 330 E. 1a](#), [99 II 159 E. 2b](#)). Das bedeutete, dass auch eine künftige Vorsorgevollmacht grundsätzlich keiner besonderen Form bedarf (s. nArt. 35 OR). Wo Formvorschriften jedoch zum Schutze einer Partei errichtet werden, vertritt die Lehre mehrheitlich die Auffassung, dass die Vollmacht in der entsprechenden Form errichtet werden müsse²⁷.

Umfasst der formrichtig verfasste Vorsorgeauftrag *explizit die Rechtshandlungen im Sinne von nArt. 360 Abs. 1 ZGB in fine* so stellen sich diesbezüglich keine Probleme, denn dann ist auch die rechtsgeschäftliche Vorsorgevollmacht gemäss nArt. 35 OR von der Form von nArt. 360 ZGB erfasst. Der Vorsorgeauftrag kann damit direkt nach aussen als formrichtig errichtete Vollmacht einem Dritten vorgelegt werden (z.B. "Y soll nötigenfalls die Führung des Bankkontos X übernehmen"). Das entspricht soweit auch der allgemeinen Regelung von [Art. 396 Abs. 2 OR](#)²⁸.

Umschreibt der formrichtig verfasste Vorsorgeauftrag indes die zu übernehmenden Rechtshandlungen nicht ausdrücklich beziehungsweise zählt diese nicht einzeln auf, so fragt sich, ob allenfalls implizit auch eine einseitige Vorsorgevollmacht erteilt wurde, weil ohne die rechtsgeschäftlichen Vollmachten die Personen- und Vermögenssorge nicht oder nur schlecht bzw. gar nicht ausführbar wäre. Angesichts des Grundgedankens der Förderung der maximalen Selbstbestimmung des Vorsorgenden ist dies grosszügig auszulegen und zu bejahen²⁹. Wenn der Vorsorgeauftrag also etwa lautete: "X soll bei Verlust meiner Handlungsfähigkeit meine Vermögenssorge übernehmen", so sei damit auch eine Bankvollmacht erteilt. In

²⁵ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Erwachsenenschutzrecht, N 2.05; Sandra Hotz, Art. 50 SchIT N 2 in: Kurzkomentar [ZGB](#), Andrea Büchler, Dominique Jacob (Hrsg.), Basel 2011 (erscheint demnächst); s. weiterführend Langenegger, nArt. 360 [ZGB](#) N 7-11.

²⁶ BSK-OR-I Watter/Schneller, Art. 33, N 12 f.; Peter Jung, [Art. 33 OR](#) N 3 in: Kurzkomentar [OR](#) Obligationenrecht Art. 1-529, Heinrich Honsell (Hrsg.), Basel 2008 zit. als Kuko-OR; Dieter Zobl, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb-, Schuldrecht, [AJP 2001, 1007 ff.](#), zur dogmatischen Trennung von Auftrag und Vollmacht: Eugen Bucher, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Bern 1988, N 227.

²⁷ BK-Zäch, [Art. 33 OR](#), N 57; [OR](#)-Schöbi, Art. 33 N 8 in: [OR](#) Kommentar, Jolanta Kren, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf (Hrsg.) 2. Aufl., Zürich 2009; differenzierend BSK-OR I-Watter/Schneller, Art. 33, N 14 m.w.H.; keine Stellungnahme: Schwenzer, N 42.03.

²⁸ Kuko-OR-Jung, Art. 33 N 3, Kuko-OR-Weber, Art. 396 N 3.

²⁹ Widmer Blum, 287 m.w.H., VE 2003, 22 f.

praxi wird sich dennoch die Frage stellen, ob dieser Wortlaut auch als spezifische Bankvollmacht gegenüber der Bank Z ausreiche³⁰. Wird dies

ZKE 2011 S. 102, 111

bejaht, so stellt sich die Frage der gültigen Form der Vollmacht nach nArt. 35 [OR](#) wiederum nicht.

Wird umgekehrt einer Person des Vertrauens eine einseitige "Vorsorgevollmacht" über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus erteilt, mündlich oder konkludent, beispielsweise vor einer Operation ("*Falls ich nicht mehr in der Lage sein sollte, besorge du mir bitte meine Postgeschäfte*" oder "*Nimm du dann bitte meinen Hund zu dir*"), so ist diese Vollmacht trotz eines fehlenden oder eines ungültigen Vorsorgeauftrags nach der erwähnten älteren Rechtsprechung und dem neu revidierten nArt. 35 [OR](#) unabhängig vom Schicksal des Letzteren gültig. Oder fehlt es an einem gültigen Vorsorgeauftrag wegen allfälliger Handlungsunfähigkeit des beauftragten Minderjährigen, so bleibt die Vollmacht als einseitiges Geschäft bei Handlungsfähigkeit des Vorsorgenden gültig bestehen³¹. Eine solche Vorsorgevollmacht in Postgeschäften könnte damit rechtlichen Bestand haben.

Die Post P, die bei der Vorlage einer solchen Vollmacht nicht wissen kann, ob diese nur ein spezielles Postgeschäft umfasst (eine Spezialvollmacht erlischt regelmässig nach Erfüllung des Geschäfts³² oder vielmehr eine Gattung von Geschäften oder im Rahmen eines Grundverhältnisses als Generalvollmacht erteilt wurde, wird eine solche Vollmacht nicht *tel quel* akzeptieren. Das bedeutet, dass faktisch die neuen Formerfordernisse (und Inhaltserfordernisse) des Vorsorgeauftrags Einfluss auf die Ausgestaltung einer Vorsorgevollmacht haben werden.

IV. Auslegung durch die Erwachsenenschutzbehörde

Damit wird auch eines der künftigen Hauptprobleme aus Sicht der Selbstbestimmung des Vorsorgenden angesprochen. Sind die Anordnungen des Vorsorgeauftrags sowie der Vorsorgevollmacht nicht genügend bestimmt, muss die Behörde diese auslegen und die Lücken füllen. Dies ergibt sich explizit für den Vorsorgeauftrag aus nArt. 360 Abs. 2 und nArt. 364 [ZGB](#) sowie für die Vorsorgevollmacht aus dem allgemeinen Vertrauensprinzip.

ZKE 2011 S. 102, 112

V. Intervention der Erwachsenenschutzbehörde?

A. Bei Missbrauch und Interessengefährdung

Das nächste Problem aus der Perspektive der Selbstbestimmung des Vorsorgenden ist die Intervention der Erwachsenenschutzbehörde, wenn der Vorsorgeauftrag und die -vollmachten gültig und die Inhalte ausreichend ausgelegt sind. Wann kann und soll die Erwachsenenschutzbehörde trotz Vorliegens von Vorsorgeauftrag und -vollmacht nach nArt. 368 [ZGB](#) intervenieren? Die geltende Rechtsprechung rechtfertigt Massnahmen der Behörden bei einem "Kontrollverlust des Vollmachtgebers" (v.a. [BGE 134 III 358](#)). Art. 368 nZGB regelt neu das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde wie folgt:

"Sind die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so trifft die Erwachsenenschutzbehörde die erforderlichen Massnahmen. Sie kann von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person tätig werden(...)."

Während der Vorentwurf nur den jederzeitigen Widerruf des Vorsorgeauftrags vorsah, will das künftige Gesetz den Willen der auftraggebenden Person so weit wie möglich wahren. Erst wenn der Wille des Vorsorgeauftraggebers nicht mehr gewahrt ist oder seine Interessen gefährdet sind, darf die Erwachsenenschutzbehörde intervenieren. Dies sei der Fall, wenn die beauftragte Person ihre Kompetenzen

³⁰ Einschränkung ist darauf hinzuweisen, dass in der geltenden Bankenpraxis postmortale Vollmachten auch bei entsprechender Einhaltung der erbrechtlichen Vorschriften regelmässig nicht anerkannt werden: Daniel Guggenheim, *Verträge in der Bankpraxis*, 3. Aufl./1. Aufl. in dt. Sprache, 1985 Zürich, 205 f.; Urs Emch, Hugo Renz, Reto Arpagaus, *Das schweizerische Bankgeschäft*, 6. Aufl., 2004 Zürich, N 702.

³¹ [OR](#)-Schöbi, Art. 35 N 2 in: [OR](#) Kommentar, Jolanta Kren, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf (Hrsg.) 2. Aufl., Zürich 2009); Schwenzer, N 42.07.

³² Schwenzer, N 42.09 ff., N 42.22.

³³ Biderbost, [AJP 2010, 7](#).

"missbraucht"³³, d.h. bewusst überschreitet oder in einer Angelegenheit nachweislich Interessen hat, die denen der betroffenen Person widersprechen oder deren Interessen "gefährden"³⁴.

Eine Intervention wäre demnach etwa zulässig, wenn der Vorsorgeauftrag nicht gültig ist oder wenn die beauftragte Person Anstalten macht oder gemacht hat, die schutzbedürftige Person bewusst zu schädigen (physisch, psychisch oder finanziell). Bei offensichtlicher Interessenkollision zwischen den Parteien des Vorsorgeauftrags entfallen die Befugnisse der beauftragten Person sogar von Gesetzes wegen (nArt. 365 ZGB): Unter diesen Tatbestand sind die Selbstkontrahierung oder die Doppelvertretung zu subsumieren, es sei denn, diese seien ausdrücklich durch die Vollmacht genehmigt. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wann die Tat- und Rechtshandlungen der beauftragten und bevollmächtigten Person nicht mehr (nur) den Interessen der hilfsbedürftigen Person entsprechen oder wann in die Vertretung "Drittinteressen einfließen"³⁵: Ob etwa schon aus der Tatsache, dass (nicht mehr so unübliche) Patchwork-Familien-Konstellationen vorliegen, geschlossen werden kann, dass eine unabhängige Vertretung durch bevollmächtigte Familienmitglieder grundsätzlich verunmöglicht sei und sich deswegen bei Patchwork-Familien regelmässig eine behördliche Massnahme rechtfertige³⁶, sei hier bezweifelt. Erstens wäre der statistische Beweis anzutreten, dass Patchwork-Familienmitglieder zu mehr

ZKE 2011 S. 102, 113

Rechtsstreitigkeiten neigen als Mitglieder der Kernfamilien, und zweitens würde durch ein so pauschales Kriterium das Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden in der Wahl seiner Vertrauensperson vorab übermässig beschränkt. Damit soll nicht ausgeschlossen sein, dass ein Vorsorgeauftraggeber in einer konkreten Situation, in der er bei Auftragserteilung noch nicht ahnen konnte, dass eine Patchwork-Familien-Konstellation entstehen würde, später eine andere Vertrauensperson gewählt hätte bzw. Interessenkollisionen entstehen können.

Sicherlich werden sich in der Praxis zur Führung der Beistandschaft (nArt. 405 ff. ZGB) Beurteilungsrichtlinien bilden, wie sich die Vertrauensperson zu verhalten habe und wie nicht. Indes ist dabei zu berücksichtigen, dass auf eine entsprechende Reglementierung für die Vertrauensperson bewusst verzichtet wurde und damit ein Beistand strengerer Regelungen unterliegt³⁷. Eine Lösungsmöglichkeit wäre, transparent darzulegen, wer als Vertrauensperson für die Behörden "problematisch" sei und wer nicht. Das österreichische Recht schliesst etwa prophylaktisch eine Vollmacht an Personen aus, die in einer engen Beziehung zur einer beliebigen Institution stehen, in der sich der Vollmachtgeber aufhält oder von der dieser betreut wird (s. § 284 f Abs. 1 Ziff. 1 ABGB).

B. "Verlust der Kontrolle" ist kein Kriterium mehr

Ob zum Zeitpunkt des Eintritts der teilweisen Handlungsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers, d.h. dem Eintritt der Wirkungen der Vorsorgeauftrags, ein "Verlust seiner Kontrollmacht" gegenüber dem Beauftragten und Bevollmächtigten vorliegt oder nicht und damit ausnahmsweise die Vorsorgevollmacht ungültig bzw. ungenügend ist und sich eine behördliche Massnahme trotz entsprechender Erklärung rechtfertigte, wird die Erwachsenenschutzbehörde künftig nicht mehr zu prüfen haben (vgl. [BGE 134 III 385](#), best. 17.11.2008, [5A 588/2008 E.3.3.2](#), vgl. [Hotz](#), jusletter 14.2.2011). Vielmehr wird ein Verlust der Kontrollmacht des Vollmachtgebers wegen vollständiger oder teilweiser Handlungsunfähigkeit neu - und zu Recht - als Regelfall anerkannt und deshalb ein qualifizierter Vorsorgeauftrag (nArt. 360 ZGB) inklusive entsprechender Vollmachten verlangt. Am Grundsatz der Gültigkeit einer Vorsorgevollmacht nach nArt. 35 OR ändert sich dadurch nichts ([BGE 132 III 222](#)). Mit anderen Worten: Ein "Kontrollverlust" des Vorsorgeauftraggebers ist damit künftig kein Grund mehr für eine Intervention für die Erwachsenenschutzbehörde. Sind der Vorsorgeauftrag und die Vorsorgevollmacht korrekt errichtet (gemäss Ziff. III A/B), ist das Selbstbestimmungsrecht und das Vertrauen des Vorsorgenden zu schützen. Dies gilt auch dann, wenn der Vorsorgeauftrag und die Vorsorgevollmacht Auswirkungen auf das Erbrecht haben, denn die neuen Institute des Erwachsenenschutzes dienen *dem Schutz der erwachsenen Person, die Hilfe in ihrer Personen- und Vermögenssorge benötigt und deren Willen im Mittelpunkt aller Erwägungen steht*³⁸. Gegenläufige Interessen der Erben müssen gegebenenfalls hinter dem

ZKE 2011 S. 102, 114

³⁴ Affolter, [AJP 2006, 1060](#).

³⁵ Widmer Blum, 315.

³⁶ Breitschmid, [successio 2008, 18](#); vgl. [BGE 134 III 385](#).

³⁷ Widmer Blum, 317.

³⁸ Biderbost, [AJP 2010, 5](#).

Selbstbestimmungsrecht eines vorsorgenden Vollmachtgebers zurückstehen und damit auch für die Behörde irrelevant sein. Der Erbenschutz ist nicht Aufgabe des Erwachsenenschutzes³⁹.

VI. Würdigung

Vertrauensschutz und Selbstbestimmung treten in diesem persönlichkeitsensiblen Auftrag in ein Spannungsverhältnis, denn sie sind beide qualifiziert schützenswert: Ein urteilsfähiger Vorsorgender ist ungeachtet seiner späteren Handlungsunfähigkeit *de lege lata* (BGE 134 III 358) und *de lege ferenda* ausdrücklich gemäss nArt. 360 ff. ZGB und nArt. 368 ZGB frei, die Person seines Vertrauens zu beauftragen oder zu bevollmächtigen und nach nArt. 35 OR einzusetzen. Das ist Teil seines Selbstbestimmungsrechts.

Mit einem neu qualifiziert schriftlichen Vorsorgeauftrag wird künftig zum einen eine schnelle unüberlegte Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus verhindert und zum anderen die Beweislage für alle Beteiligten verbessert. Es soll von Amtes wegen sichergestellt werden, dass die Interessen des Vorsorgeauftrag- und Vorsorgevollmachtgebers gewahrt bleiben. Für die Vorsorgevollmacht bedeutet dies, dass sie entweder Gegenstand des formrichtigen Vorsorgeauftrags sein wird oder zwar separat theoretisch weiterhin auch formfrei gültig bleibt (nArt. 35 OR), die Befugnisse aber in jedem Fall vom Grundgeschäft gedeckt sein müssen. Im Sinne neuerer Lehre muss eine Vorsorgevollmacht aber qualifiziert schriftlich erfolgen.

Allgemein gehaltene Vorsorgeaufträge und Generalvollmachten sind als gültig anzusehen. An die Bestimmtheit der Anordnungen sind zur Wahrung der Selbstbestimmung keine hohen Anforderungen zu stellen; zumal die Behörden die getroffenen Anweisungen auslegen dürfen. Zu empfehlen ist indes das möglichst umfassende Verfassen eines Vorsorgeauftrags mit den entsprechenden Vorsorgevollmachten, die zur Umsetzung nötig sind, denn damit wird der *Wille des Vorsorgenden festgeschrieben*, über den sich die Erwachsenenschutzbehörde und ggf. auch ein Beistand nicht hinwegsetzen können werden. Als Vertrauenspersonen genannte Personen würden zudem ggf. von der Erwachsenenschutzbehörde auch als Beistand eingesetzt. Je bestimmter die Anordnungen im Vorsorgeauftrag und der Vorsorgevollmacht sind, um so besser ist dies gemäss nArt. 360 ZGB und aus der Perspektive der Selbstsorge und -verantwortung⁴⁰. Es ist aber nachvollziehbar, wenn eine oder mehrere Vertrauenspersonen *gegenüber allen Privaten, Behörden, Unternehmen und Institutionen mit allen Tat- und Rechtshandlungen, einschliesslich vermögensrechtlicher Verfügungen im In- und Ausland, betraut werden*, ohne dass der Vorsorgende - allenfalls auf sehr lange Dauer hinaus - im Detail überlegen muss, welche Tat- und Rechtshandlungen in Sachen Personen- und Vermögenssorgen anfallen mögen. Das würde die meisten durchschnittlichen

ZKE 2011 S. 102, 115

Verfasser eines Vorsorgeauftrags mit Vorsorgevollmacht überfordern und ist lebensfern. Generalvollmachten werden daher künftig weiterhin Realität sein. Das Ziel und der Zweck der maximalen Selbstbestimmung (Ziff. I), konkretisiert hier vor allem am Grundsatz der "Relativität der Urteilsfähigkeit" (Ziff. III.A.1), sollten dann die Leitlinien der Behörde sein.

Sollen künftig Generalvollmachten verhindert werden, müssen die Erwachsenenschutzbehörden gemeinsam mit privaten Organisationen (z.B. Anwaltsverbände) möglichst schweizweit einheitliche Musterverträge mit Vollmachten⁴¹ kreieren, welche die Bestimmtheit der Anordnungen aufzeigen. - Dies müsste möglichst schnell geschehen.

³⁹ BGer vom 29.6.1977 in ZVW 1978 S. 32 Nr. 2; BK-Schnyder/Murer, [Art. 370 ZGB](#), N 169; Hans-Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 1997, 54.

⁴⁰ Langenegger, nArt. 360 ZGB N 22.

⁴¹ Vgl. Muster-Vollmacht des deutschen Bundesministeriums für Justiz vom Oktober 2003, abrufbar unter www.bmj.bund.de.