

Dr. Sandra Hotz

Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden

Kritische Bemerkungen zu BGE 134 III 385

Das Selbstbestimmungsrecht eines für seine künftigen rechtlichen und persönlichen Verhältnisse Vorsorgenden gilt es de lege lata und de lege ferenda zu achten. Eine Urteilskritik zum Thema «Vorsorgevollmacht» zeigt, wie schwierig die Balance zwischen (künftigen) Erwachsenen- und «Erbenschutz» sein kann.

Rechtsgebiet(e): Urteilsbesprechungen; Beziehungen zwischen Eltern und Kindern.
Vormundschaft / Erwachsenenschutz

Zitiervorschlag: Sandra Hotz, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden, in: Jusletter 14. Februar 2011

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. «Vorsorgevollmachten» de lege lata
- III. Kritische Bemerkungen zu BGE 134 III 385
 - A. Regesten
 - B. Zum Sachverhalt
 - C. Auseinandersetzung mit den bundesgerichtlichen Erwägungen
 - D. Im Vergleich zur Vollmacht über den Tod hinaus
- IV. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

[Rz 1] Vorsorgende Anordnungen im Hinblick auf das eigene Vermögen und die eigene Person in einer Zukunft – ohne eigene geistige Präsenz – zu treffen, beruht auf Weitsicht und Nüchternheit, das heisst auf Selbstbestimmung und zugleich auf Vertrauen. Die Tragweite solcher vertraglicher Anordnungen beziehungsweise solcher einseitiger rechtsgeschäftlicher Vollmachten, ist so gross, dass sich Fragen der Gültigkeit und der Kontrollmöglichkeiten über die eingesetzten Personen stellen und weiterhin stellen werden. Der *Entwurf zum neuen schweizerischen Erwachsenenschutzrecht vom 21. Juni 2006* (BBI 2006 7001, BBI 2009 141), der per 1. Januar 2013 in Kraft treten wird (Medienmitteilung EJPD vom 12. Januar 2011), sieht u.a. *neu, Regelungen zum Vorsorgeauftrag nach nArt. 360 ff. ZGB* und zur Patientenverfügung nach nArt. 370 ff. ZGB vor¹. Das sind zwei Rechtsinstitute, welche die Selbstbestimmung der vorsorgenden Personen und das Vertrauen der beteiligten Personen im Hinblick auf den Zeitpunkt der Handlungsunfähigkeit oder des Todes eines Auftrag- und Vollmachtgebers hin stärken und sicher stellen sollen. Eine explizite Regelung einer «Vorsorgevollmacht», im Sinne der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung zur Vornahme von Rechtshandlungen, die im Rahmen eines Vorsorgeauftrags erteilt werden, ist indes nicht vorgesehen (s. aber nArt. 360 ZGB in fine, nArt. 35 OR)².

[Rz 2] Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag der Frage nach, ob und wie das Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden *de lege lata* geschützt wird, wenn dieser nach einer einmal erteilten Vollmacht nicht mehr in der Lage ist, «Autonomie» oder «Vertrauen» zu empfinden, auszudrücken oder nachzuleben, weil er allenfalls handlungsunfähig geworden ist. Aus der Perspektive der Selbstbestimmung des Vorsorgenden folgt die kritische Besprechung von BGE 134 III 385.

II. «Vorsorgevollmachten» de lege lata

[Rz 3] Der Begriff der Vorsorgevollmacht wird sich aber

künftig aus nArt. 360 ZGB und nArt. 35 OR ableiten lassen,³ so dass der Begriff der Vorsorgevollmacht nachfolgend verwendet wird.

[Rz 4] Für die persönliche Vorsorge in Notlagen haben sich in der Praxis bisher schon unterschiedliche Formen von «Vorsorgevollmachten», entwickelt, die zwischen einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht über die Handlungsfähigkeit oder den Tod hinaus (Art. 35 OR) und einer sog. Patientenverfügung, im Sinne von medizinischen Behandlungsanweisungen liegen⁴. *De lege lata* findet einzig die rechtsgeschäftliche Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit und den Tod hinaus eine einheitliche gesetzliche Teilregelung in Art. 35 OR: Mit einer «gegenteiligen Anordnung» nach Art. 35 Abs. 1 OR kann nach geltendem Recht ein vorsorgender Vollmachtgeber einer Person seines Vertrauens⁵ die Berechtigung oder Befugnis erteilen, als Vertreter in seinem Namen zu handeln, und zwar auch auf den speziellen Fall hin, dass der Vollmachtgeber künftig selbst nicht mehr in der Lage ist zu handeln, weil er wegen Krankheit, Behinderung oder Alters in eine Notlage geraten und deswegen selber zumindest teilweise handlungsunfähig geworden ist⁶. Da kein *numerus clausus* der Rechtsgeschäfte unter Lebenden besteht, fällt eine Vollmacht auf die Handlungsunfähigkeit hin sowie über diese hinaus unter Art. 34 f. OR und ist *formfrei gültig*. Zu einer notariell beglaubigten Vollmacht besteht keine Pflicht, sie dient indessen der Beweissicherung⁷.

[Rz 5] In der schweizerischen Lehre ist die Frage nicht unumstritten, ob eine Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus gültig bestehen könne⁸. Zwischenzeitlich hat das

³ Vgl. etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, 5.A., Bern 2009, N 42.25. Im Alltagssprachgebrauch ist der Begriff schon geläufig, was wohl daher kommt, dass im deutschen und österreichischen Recht der Begriff der «Vorsorgevollmacht» seit langem bekannt ist.

⁴ PETER BREITSCHMID/JOHANNES REICH, Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW 2001, 145 ff., 149 f.; OLIVIER GUILLIOD/PHILIPPE MEIER, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: Festschrift für Professor Bernhard Schnyder, Freiburg i.d.Schweiz 1995, 325 ff., 335 f. nArt. 35 Abs. 1 OR wird dabei künftig minimal revidiert: Eine Vollmacht wird künftig einseitig «angeordnet» und nicht mehr wie unter geltendem Recht «vereinbart», was der Einseitigkeit des Rechtsgeschäfts entspricht; zudem wird nArt. 35 OR insofern an die neuen Regelungen des Vorsorgeauftrags angepasst als auf den «Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit» abgestellt wird.

⁵ Meist gründet das Vertrauen in den besonderen Fachkenntnissen einer Person. Es liegt aber auch im nahen Beziehungsverhältnis oder ist in Sympathie begründet: BGE 50 II 103 ff., 106; BGE 53 II 298, 303.

⁶ ROLF WATTER/YVES SCHNELLER, Art. 33, N 4, 8 in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007; Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), (nachfolgend zit. BSK OR I-Bearbeiter).

⁷ Wird von den Zürcher Notariaten regelmässig verlangt.

⁸ Für die Gültigkeit: BSK OR I -WATTER/SCHNELLER, Art. 35 N 4.; gegen: BK-ZÄCH, Art. 35 OR N 83, 16; eine dritte Meinung vertritt etwa EUGEN BUCHER, Allgemeiner Teil zum Obligationenrecht, Bern 1998, 608; mit «Verlust der Handlungsfähigkeit» nach Art. 35 Abs. 1 OR sei nur der Entzug der Handlungsfähigkeit erfasst. Siehe *weiterführend und vermittelnd*: THOMAS

¹ KURT AFFOLTER, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006, 1057 ff., 1060.

² Zur künftigen Regelung des Vorsorgeauftrags beziehungsweise der *Vorsorgevollmachten* aus der Perspektive der Selbstbestimmung des Vorsorgenden vgl. SANDRA HOTZ, ZKE 2011 Nr. 2.

Bundesgericht (BGE 132 III 222 ff., 224 f.)⁹ diese Streitfrage entschieden und sich im Grundsatz für die Zulässigkeit von Vollmachten über die Handlungsunfähigkeit hinaus ausgesprochen¹⁰. Nicht nur spreche der Wortlaut für die dispositive Natur von Art. 35 Abs. 1 OR, sondern eine Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus entspreche den anerkannten Bedürfnissen der Praxis. Man denke etwa nur schon an die Vollmachtsformulare des Zürcher Anwaltsverbandes, die seit vielen Jahren über die Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus gelten¹¹. Ausserdem werde die Vollmacht noch zu einem Zeitpunkt erteilt, in dem der Vollmachtgeber handlungsfähig sei, so dass auch das vorgebrachte Argument der Nichterweiterungsfähigkeit der Handlungsfähigkeit ins Leere ginge. Das Gericht hält in diesem Entscheid auch fest, dass der Schutzzweck einer vormundschaftlichen Massnahme nicht schlechterdings dadurch beeinträchtigt werde, dass eine Vollmacht beim Eintritt der Urteilsunfähigkeit weiterbestehe. Das zeigt sich etwa darin, dass neben denjenigen Vollmachten für den Vormund (bzw. künftig für den Beistand) weitere existieren können. Auch ein Beistand kann weitere Vollmachten erteilen, man denke etwa nur an die Prozessvollmacht¹². Das entspricht insoweit dem Gedanken der Selbstbestimmung eines Vorsorgenden. Wie wird nun mit solchen «Vorsorgevollmachten» umgegangen und wann darf/soll eine Behörde zum Schutz des Vollmachtgebers ausnahmsweise intervenieren? Diese Frage liegt auch den neuen inhaltlichen Regelungen zum Vorsorgeauftrag und dem Recht zum Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde (nArt. 368 ZGB) zu Grunde, so dass eine Auseinandersetzung mit der geltenden Rechtslage interessiert.

III. Kritische Bemerkungen zu BGE 134 III 385

A. Regesten

[Rz 6] Der Bundesgerichtsentscheid vom 22. Mai 2008 (BGE 134 III 385 ff. bzw. 5A_67/2008 E. 6 und 5A_71/2008), bestätigt im Entscheid vom 17. November 2008, 5A_588/2008)

GEISER, Demenz und Recht Regulierung - Deregulierung, ZVW 2003, 97-114, 100 f., der alle Lehrmeinungen zum Problem zusammengetragen hat; bereits auch AUBERT, Procuration encore valable après décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client à regard des héritiers, SJ 1991, 285 ff.

⁹ Entscheid wurde befürwortet: MICHAEL RIEMER in SJZ 2008, PETER BREITSCHMID, successio 2007, 50 ff., JON SAMUEL PLOTKE, Weitergeltung einer Vollmacht trotz Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers?, recht 2005, 151 ff.

¹⁰ Strittig war die Prozessführungsbefugnis des Rechtsvertreters, der aufgrund einer Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus bevollmächtigt war.

¹¹ BSK OR I-WATTER/SCHNELLER, Art. 35 N 4; CR-CHAPPUIS, art. 35 CO N 11; bzgl. Auftrag an Bank: BGE 94 II 31 E. 3.

¹² PLOTKE, recht 2005, 152.

behandelt die Frage, ob sich trotz einer allenfalls gültig erteilten Vollmacht beziehungsweise in casu von zwei erteilten Vollmachten eine vormundschaftliche Massnahme aufdränge, wenn sich später herausstellt, dass der Vollmachtgeber keine Kontrolle mehr über die Bevollmächtigten ausüben kann. Die zweisprachigen Regesten des Entscheides lauten:

«Kombinierte Beistandschaft (Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB).

Eine wegen eines altersbedingten Schwächezustandes schutz-, vertretungs- und betreuungsbedürftige Person ist unter (kombinierte) Beistandschaft zu stellen, wenn sie zwar zwei Personen eine Generalvollmacht erteilt hat, jedoch nicht jederzeit in der Lage ist, die Bevollmächtigten wenigstens grundsätzlich zu kontrollieren und zu überwachen und nötigenfalls auch zu ersetzen (E. 3 und 4).

Curatelle combinée (art. 392 ch. 1 et art. 393 ch. 2 CC).

Celui qui, pour cause d'état de faiblesse dû à l'âge, nécessite protection, représentation et assistance, doit être placé sous curatelle (combinée) alors même qu'il a accordé une procuration générale à deux personnes, s'il n'est pas en tout temps à même de contrôler et de surveiller, du moins en principe, ses représentants, ainsi que de les remplacer au besoin (consid. 3 et 4).»

B. Zum Sachverhalt

[Rz 7] Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zu Grunde¹³: Der Vollmachtgeber (nachfolgend VG), Jg. 1916, war Verwaltungsratspräsident, Einzelzeichnungsberechtigter und Gesamteigentümer einer Holding-AG (96,2 % der Aktien) mit allen Tochtergesellschaften. Seine Ehefrau E. war Geschäftsführerin in allen Gesellschaften. Mit seiner Ehefrau E. in zweiter Ehe hatte er einen gemeinsam Sohn S2 (Jg. 1985). Mit seiner ersten Ehefrau hat er einen weiteren Sohn S1 (Jg. 1980).

[Rz 8] Das Ehepaar VG und E trennte sich am 6. April 2006. Drei Tage zuvor, d.h. am 3. April 2006, hatte der VG einer seiner beiden Töchter, T1 aus seiner ersten Ehe, und seinem Rechtsanwalt RA je eine Generalvollmacht erteilt. Daraufhin stellten Ehefrau E und Sohn S2 Antrag auf Feststellung der Urteilsunfähigkeit und der Ungültigkeit der Generalvollmachten und beantragten vormundschaftliche Massnahmen für den VG. Das Begehren wurde am 25. April 2006 von der Vormundschaftsbehörde abgewiesen. Der Bezirksrat kam einer entsprechenden Beschwerde nicht nach. Das Obergericht

¹³ PETER BREITSCHMID, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, successio 2008, 16 ff., 17 ff., der diesen Fall (ev. leicht abgeändert) den Fachanwaltskandidatinnen und -kandidaten unterbreitet hatte.

des Kantons ZH wies den nachfolgenden Rekurs der Ehefrau E und des Sohnes S2 ab.

[Rz 9] Das Obergericht stellte im Dezember 2007 in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der VG an einem allgemeinen altersbedingten Schwächezustand leide und der Hilfe von Dritten in privaten und geschäftlichen Dingen bedürfe (und auch erhalte). Letztere, die finanziellen Belange, besorgten die beiden Bevollmächtigten: Rechtsanwalt RA und Tochter T1. Die ärztlichen Abklärungen hatten zudem ergeben, dass der VG bezüglich der Erteilung der betreffenden Generalvollmachten am 3. April 2006 als voll urteilsfähig zu bezeichnen sei, auch wenn er gegenwärtig nicht mehr in der Lage sei, die bevollmächtigten Personen zu kontrollieren. VG selbst hatte eingeräumt, die Bevollmächtigten nicht kontrollieren zu können, wobei auch noch eine Treuhandgesellschaft die geschäftlichen Dinge überprüfe (E.4.2.).

C. Auseinandersetzung mit den bundesgerichtlichen Erwägungen

[Rz 10] Vorauszuschicken ist, dass die Sachverhaltsschilderung auch in der vollständigen amtlichen Fassung dünn ist: Es lässt sich nichts Genaueres über die Art und das Ausmass des Kontrollverlustes des VG entnehmen. Es wird festgehalten, dass der VG der Personen- und Vermögenssorge bedürfe. – Doch welche Person, die eine Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus erteilt hat und nun handlungsunfähig geworden ist, bedarf einer solchen nicht? Es fehlen auch Ausführungen über allfällige konkrete gegenseitige Kontrollmöglichkeiten der beiden Bevollmächtigten. Allfällige Hintergründe betreffend Allianzen oder Abhängigkeitsverhältnisse zwischen den Bevollmächtigten, dem Rechtsanwalt RA und der Tochter T1, bleiben in den Ausführungen des Bundesgerichts unberücksichtigt. Es ist dem Entscheid auch bei genauer Lektüre kein intendierter oder überhaupt ein «Machtwechsel» zwischen den beiden Familienfronten abzulesen¹⁴. Tatsache mag indessen sein, dass ein Ehepaar in Trennung oft zu gegenseitigem Misstrauen neigt. Falls die Tochter T1 aus erster Ehe und/oder der Rechtsanwalt RA die entsprechenden besonderen Fähigkeiten der Unternehmensführung aufweisen, was im Sachverhalt ebenfalls nicht erörtert wird, erscheint einer unbeteiligten Leserin eine solche doppelte Vollmachtserteilung nicht unplausibel, sondern im Gegenteil vorausschauend und vorsorgend (des VG). Daraus ergibt sich, dass der Entscheid die tatsächlichen Umstände oder Grundlagen des Verlusts einer Kontrollmacht des VG nur beschränkt wiedergibt¹⁵ und damit die Urteilsbegründung auf allgemeinen juristischen Überlegungen zur Lage einer Person basiert, welche die von ihr eingesetzten

Personen weder auszuwählen noch zu kontrollieren vermag. Damit ist der Entscheid von allem Anfang an nur beschränkt nachvollziehbar.

[Rz 11] Selbst wenn aber das Urteil des BGer von seiner Zielsetzung her – den Kontrollverlust aufzufangen, indem eine «Beistandschaft auf eigenes Begehren» angenommen wurde, gerade im Hinblick auf die künftige Regelung des Erwachsenenschutzrechts – richtig erscheinen mag, enthält es verschiedene Inkohärenzen:

- 1.) Die Ernennung eines Beistands nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB kann zunächst nur dann erfolgen, wenn die betroffene Person unfähig oder darin behindert ist, ihre eigenen Angelegenheiten zu besorgen, und wenn sie keinen anderen privaten Vertreter bestellt hat¹⁶. Nach *Schnyder/Murer* ist dabei mit Hinweis auf Art. 372 ZGB *ein grosszügiger Massstab anzuwenden*¹⁷. Erst dann, wenn auch niemand anders einspringt (aufgrund einer Geschäftsführung ohne Auftrag), darf ein Beistand bestellt werden. Dies ist *in casu* aber gerade im Voraus vorsorgend geschehen. Es kann damit vorliegend nicht von einer Unfähigkeit, einen Vertreter zu bestellen, ausgegangen werden, sondern nur von einer Unfähigkeit, den einmal bestellten Vertreter zu einem späteren Zeitpunkt zu überwachen, was aus der Perspektive der Selbstbestimmung des Vorsorgenden nicht das Gleiche ist. Letzteres wird Ersterem in der Lehre und Rechtsprechung jedoch gleichgestellt: Der vom BGer hierzu angerufene Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 14. Mai 1985¹⁸ betraf die Errichtung einer Verwaltungsbeistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 ZGB, weil die betroffene Person unfähig war, einen Vertreter zu bestellen (E. 2b). Diese Bestimmung umfasse aber *«bis zu einem gewissen Grad auch deren [= der betroffenen Person] Überwachung.»* *«An die Fähigkeit zur Überwachung des bevollmächtigten Vermögensverwalters dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Es genügt, wenn der Vollmachtgeber in der Lage ist, die grundsätzliche Eignung und die Vertrauenswürdigkeit des Vertreters zu erkennen und zu erfassen, ob der Vertreter allgemein die Interessen des Vollmachtgebers verfolgt.»*

Das Bundesgericht stützt sich dabei des Weiteren auf zwei ältere Entscheide vom 26. Mai 1925¹⁹ und vom 11. Februar 1932 (BGE 58 II 12 ff., 17), die festhalten, dass

¹⁴ Vgl. indes die insofern ausführlicheren Sachverhaltsschilderungen von BREITSCHMID, *successio* 2008, 17 f.

¹⁵ Vgl. Yvo BIDERBOST, *Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes*, AJP 2010, 3 ff., 7, Fn. 35.

¹⁶ ZK-EGGER, Art. 372 ZGB N 6 f.; BK-SCHNYDER MURER, Art. 392 ZGB N 47.

¹⁷ BK-SCHNYDER/MURER, Art. 392 ZGB N 48.

¹⁸ ZVW 41 1986 40 f.

¹⁹ BGE 51 II 103 ff., 106 f.: «Die Fähigkeit zur Geschäftsüberwachung darf ihrerseits nicht zu eng ausgelegt werden», die betroffene Person muss nicht «den ganzen Geschäftsgang» so verstehen können wie der Bevollmächtigte.

eine Person, die ihre eigenen Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag, durchaus noch in der Lage sein könne, einen Vertreter zu bestellen und diesen «*einigermassen zu überwachen*». Erst, wenn dies nicht mehr der Fall sei, also weder die Bestellung noch eine grobe Überwachung des gewillkürten Vertreters möglich sei, könne von einer Beistandschaft auf eigenes Begehren ausgegangen werden.

Daraus lässt sich verallgemeinernd zweierlei schliessen: Erstens muss zumindest ein gleichermassen grosszügiger Massstab bei der Beurteilung der Fähigkeit zur Überwachung wie bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer Bestellung eines Beistandes angewendet werden. Zweitens erfordert die Fähigkeit der Überwachung grundsätzlich weder eine dauernde Überwachung noch spezielle Fachkenntnisse und Beurteilungsvermögen, sondern bloss die Fähigkeit zu erkennen, dass sich der Bevollmächtigte eignet und in der Lage ist, eine allgemeine Interessenvertretung wahrzunehmen.

2.) Das Bundesgericht stützt sich in seiner Begründung auf allgemeine Erwägungen zur Beistandschaft oder Beiratschaft auf eigenes Begehren nach Art. 372 ZGB²⁰: Eine solche kann nur beantragt werden, wenn sicher gestellt ist, dass der Beantragende *freien Willens* ist, wenn er also weder von seinen Angehörigen noch von den Behörden (inkl. Gerichten) beeinflusst ist. Eine blosser «*Zustimmung*» zu einem entsprechenden Vorschlag des Gerichts ist jedenfalls heikel, m.E. unzulässig²¹. Ob in casu von einem solchen «freien Willen» des Vollmachtgebers ausgegangen werden darf, wenn das Gericht erstens argumentiert, dass der VG zum Zeitpunkt des Prozesses zweifellos hilfsbedürftig sei, und zweitens aber die Frage der Urteilsfähigkeit des VG bewusst offen lässt bzw. dann zum Schluss kommt, eine Überwachung der Bevollmächtigten sei diesem nicht mehr möglich, erscheint zweifelhaft. Dass objektive Voraussetzungen einer Beistandschaft auf eigenes Begehren (wie die Altersschwäche oder ein anderes Gebrechen oder Unerfahrenheit) bestanden haben, ist insofern irrelevant, denn es mangelt mit aller Wahrscheinlichkeit (zumindest so, wie das Bundesgericht argumentiert) an den subjektiven Voraussetzungen. Eine abschliessende Beurteilung dieser Frage erlaubt die vorliegende Sachverhaltswiedergabe indes nicht.

3.) Vor dem Hintergrund der grundlegenden Prinzipien

der Verhältnismässigkeit und Subsidiarität einer staatlichen Massnahme erscheint das Argument, dass in dem zu Grunde liegenden Fall zwei Generalvollmachten bestanden haben, als zu wenig berücksichtigt. Der VG hatte nämlich nicht bloss einen Vertreter, sondern zwei bestellt: Zwei, von denen niemand den Nachweis erbracht hat, dass sie mit sich selbst kontrahierten, fachlich unfähig wären oder bewusst zum Nachteil der Ehegattin/Erben aus zweiter Ehe gehandelt hätten (zumindest lässt sich dies nicht aus dem Sachverhalt ablesen). Zwei, die zwar, möglicherweise nicht mehr von dem VG, der aufgrund seines Alters und anderer Gebrechen verwirrt ist, haben überwacht werden können, die aber einst von diesem ausgewählt worden sind und sich nun zumindest theoretisch gegenseitig kontrollieren können.

Es kann kaum bestritten werden, dass es ein Vorteil ist, wenn zwei verschiedene Personen mit einer Vollmacht ausgestattet sind statt nur eine. Da das Bundesgericht in seinem Entscheid dieses Argument aber nicht berücksichtigt, fragt sich, was es denn überhaupt als alternative Kontrollmöglichkeiten gelten lassen würde?

Das Selbstbestimmungsrecht des mittlerweile handlungsunfähigen älteren Mannes, der nicht nur Zeit seines Lebens (erfolgreicher) Unternehmer war, sondern zum Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht noch die geistige Präsenz hatte, zwei Personen statt einer eine Generalvollmacht zu erteilen, die zur Besorgung seiner finanziellen Belange in der Lage sind (etwas anderes steht nicht in der Begründung), wird zu wenig berücksichtigt.

D. Im Vergleich zur Vollmacht über den Tod hinaus

[Rz 12] Die Gültigkeit einer formfreien Vollmacht über den Tod hinaus nach Art. 35 OR und die nach erbrechtlichen Vorschriften verfasste Vollmacht auf den Todesfall hin waren und sind im Vergleich zur Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus weniger umstritten in der Lehre²². Die Vollmacht über den Tod hinaus ist denn nach Rechtsprechung²³,

²² Vgl. DIETER ZOBL, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb-, Schuldrecht, AJP 2001, 1007 ff.; KUKO OR-JUNG, Art. 35 N 6; PETER BREITSCHMID/ISABEL MATT, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung. Insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, successio 2010, 85 ff., 88 ff.; BGE 75 II 190, BGE 132 III 222, Urteil des Bundesgerichts 2C_498/2009 vom 28. August 2009 E.2.; Weitergeltung der Vollmacht nach dem Tod ist im Grundbuchverkehr nicht möglich: BGE 111 II 39.

²³ BGE 132 III 222 ff., Urteil des Bundesgerichts vom 4C.263/2004 23. Mai 2005.

²⁰ BK-SCHNYDER/MURER, Art. 372 ZGB N 84; Art. 392 ZGB N 48 und 53.

²¹ ZK-EGGER, Art. 372 ZGB N 6 f.

herrschender Lehre und dem Wortlaut von Art. 35 OR grundsätzlich anerkannt²⁴.

[Rz 13] Dies liegt vor allem daran, dass die Erben kraft Universalsukzession (Art. 560 ZGB) in die Vertragsverhältnisse und das Vollmachtsverhältnis des Erblassers eintreten, sofern es sich nicht um höchstpersönliche Rechte und Pflichten handelt²⁵. Ein Erbe des Vollmachtgebers tritt also in die Rolle des Erblassers ein und bei entsprechend erteilter gegenteiliger Erklärung nach Art. 35 OR läuft die Vollmacht zunächst weiter. Danach steht es im Ermessen des Erben, ob die Vollmacht aufgehoben werden soll oder nicht, wie auch der Widerruf des zu Grunde liegenden Auftrags jederzeit möglich ist (Art. 404 OR, nArt. 362 ZGB)²⁶. Jeder Miterbe kann eine Bevollmächtigung widerrufen, der Fortbestand erfordert die Einstimmigkeit der Erbengemeinschaft. Der Bevollmächtigte seinerseits hat sodann nur die Interessen der Erben zu wahren, dies im Gegensatz zu einem Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), der die Interessen des Erblassers zu wahren hat.

IV. Schlussfolgerungen

[Rz 14] Dass im Falle der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers keine Möglichkeit mehr besteht, den Bevollmächtigten zu kontrollieren bzw. kontrollieren zu lassen, liegt in der Natur der Notlage, für welche die Vollmacht abgeschlossen wurde. Die aufkommende Notlage, sei es die Handlungsunfähigkeit oder der Tod, war zumindest mit ein Grund für die Bevollmächtigung. Aus der Perspektive der Selbstbestimmung des nunmehr handlungsunfähigen Vollmachtgebers und dem Kriterium des «Kontrollverlusts» betrachtet, ist die Notlage, die eine Handlungsunfähigkeit mit sich bringt, «kaum schlimmer», als wenn er verstorben wäre, denn im Todesfall besteht unbestrittenermassen «gar keine Kontrollmöglichkeit» mehr über den Vollmachtnehmer. Folgte man auch bei einer Vollmacht über den Tod hinaus der Argumentation des Bundesgerichts in BGE 134 III 385, so wäre theoretisch in Fällen dieses sicheren Kontrollverlusts stets eine Art vormundschaftliche bzw. erwachsenenschutzrechtliche Begleitung von Nöten. Aus der Perspektive des

Selbstbestimmungsrechts des Vollmachtgebers und des Schutzes des Vertrauens, das er in den Bevollmächtigten gesetzt hat, gibt es keinen Grund zur Differenzierung zwischen den beiden Vollmachten. Diese Differenzierung zwischen Tod und Handlungsunfähigkeit nimmt denn das geltende Gesetz (Art. 35, Art. 405 OR) richtigerweise auch nicht vor.

[Rz 15] Dass Selbstbestimmungsrecht und staatliche Massnahmen miteinander kollidieren, liegt in der Natur der Sache. Es fragt sich aber, ob das Bundesgericht in diesem Entscheid statt eines wohlmeinenden vorausblickenden Erwachsenenschutzes zu Gunsten des Vollmachtgebers nicht vielmehr Erbenschutz zu Gunsten der «Kernfamilie», d.h. der Ehefrau E. und der beiden Söhne betrieben hat. Mit diesem Entscheid wird, ungeachtet eines gültig erklärten Willens des VG und eines von ihm zweifach dargebrachten Vertrauensbeweises eine staatliche Schutzmassnahme angeordnet, die betreffenden Mandatsverhältnisse zu überwachen (konkret, ein Beistand bestellt, der die Vollmachten aller Art zu überprüfen und gegebenenfalls abzuändern oder aufzuheben habe: s.E.6 5A_67/2008), weil angeblich keine Kontrollmöglichkeit mehr über die Bevollmächtigten bestünde. Es gibt keine schlüssigen Hinweise dafür, dass die Bevollmächtigten fachlich ungeeignet oder *unvertrauensunwürdig* gewesen wären. Der Verlust der Kontrollmacht des Vollmachtgebers hätte in Anbetracht der Tatsache, dass er zwei verschiedene Generalvollmachten erteilt hatte, als zumindest eingeschränkt beurteilt werden müssen. Darüber hinaus lag diesem Entscheid, wie bereits ausgeführt, gar kein explizites «eigenes Begehren auf Beistandschaft» des VG vor, sondern bloss «eine Erklärung vor dem Richter», dass nichts gegen eine solche Massnahme einzuwenden sei. Nur aufgrund dieser Erklärung, die höchstwahrscheinlich gar nicht mehr juristisch gültig zu Stande kommen konnte, weil der Vollmachtgeber zu diesem Zeitpunkt ja nunmehr handlungsunfähig geworden ist, erschiene dieser Entscheid des Bundesgerichts vertretbar.

[Rz 16] Mit Blick auf die künftige Rechtslage fragt sich, ob dieser Entscheid vorweg nimmt, dass die Erwachsenenschutzbehörden künftig immer «einschreiten» müssen (nArt. 368 ZGB), wenn eines von vielen Familienmitgliedern über die Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus formrichtig bevollmächtigt wurde, weil dieses als Rechtsanwalt oder Unternehmensführerin das Vertrauen des Vorsorgenden genießt?

²⁴ Einschränkung sei darauf hinzuweisen, dass in der Bankenpraxis postmortale Vollmachten auch bei entsprechender Einhaltung der erbrechtlichen Vorschriften regelmässig nicht anerkannt werden: DANIEL GUGGENHEIM, Verträge in der Bankpraxis, 3.A./1.A. in dt. Sprache, 1985 Zürich, 205 f.; URS EMCH, HUGO RENZ, RETO ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, 6.A., 2004 Zürich, N 702.

²⁵ In Bezug auf den Übergang des Rechts auf Übergabe von Bankkonten und der Erteilung entsprechender vertraglicher Auskunftsrechte aus Auftrag: BGE 133 III 664 E.2.5., BGE 135 III 597 E.3, 3.1.1. Das Bundesgericht hielt in diesem jüngeren Entscheid indes fest, dass die Geheimnishaerrschaft in Bezug auf ein Anwaltsgeheimnis nicht auf die Erben übergehe, sondern sich diese nur nach Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA richte; s. zur Kritik: IOLE FARGNOLI in AJP 2010, 380 ff., 383 f.

²⁶ BK-FELLMANN, Art. 405 OR N 31, 91.

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

* * *