



Merkblatt Vorsorgeauftrag

Was ist ein Vorsorgeauftrag, was muss ich bei der Erstellung beachten?

Herr A., 57-jährig, ist mit der Diagnose eines Hirntumors konfrontiert. Der weitere Krankheitsverlauf ist offen. Bis anhin fühlt er sich im Alltag nicht eingeschränkt. Herr A. möchte, dass seine Tochter im Falle seiner Urteilsunfähigkeit alles für ihn erledigen kann, weiss aber nicht, wie er dies festhalten soll.

Frau B., 84-jährig, möchte, dass ihre langjährige Treuhänderin im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit ihre administrativen und finanziellen Angelegenheiten erledigen kann. Bislang füllte sie jeweils ihre Steuererklärung aus. Für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit möchte Frau B. ihrer Treuhänderin weitreichendere Kompetenzen einräumen.

Eine handlungsfähige Person kann mit einem Vorsorgeauftrag für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen mit der Erledigung gewisser Angelegenheiten beauftragen (Art. 360 ZGB). Der Vorsorgeauftrag kann für die gesamte Personen- und Vermögenssorge sowie die Vertretung im Rechtsverkehr erteilt werden, er kann aber auch nur Anordnungen für Teilbereiche (z.B. Vermögenssorge) enthalten. Auch eine Patientenverfügung kann Teil eines Vorsorgeauftrages sein. Enthält der Vorsorgeauftrag auch Elemente einer Patientenverfügung, können für die entsprechenden Bereiche nur natürliche Personen eingesetzt werden. Absolut höchstpersönliche Rechte, wie zum Beispiel die Errichtung eines Testamentes, können nicht an eine bezeichnete Person delegiert werden. Die Errichtung eines Vorsorgeauftrages ist an Formvorschriften gebunden (Art. 361 ZGB). Es gibt, wie beim Testament, zwei Möglichkeiten, einen Vorsorgeauftrag zu verfassen:

- Entweder wird ein Vorsorgeauftrag vollständig von Hand geschrieben, datiert und unterzeichnet, oder
- er wird durch eine Notarin oder einen Notar öffentlich beurkundet.

Werden die Formvorschriften nicht eingehalten, kann der Vorsorgeauftrag keine Wirkung entfalten. Dann wird die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) im Falle der Urteilsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts prüfen müssen. Es empfiehlt sich daher, Beratung bei kompetenten Fachstellen oder einer Notarin bzw. einem Notarin Anspruch zu nehmen.

Wo kann ich den Vorsorgeauftrag aufbewahren?

Frau C. hat bislang niemandem eine Vollmacht erteilt, möchte aber einen Vorsorgeauftrag erstellen, damit im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit ihre Bank sich ihrer finanziellen und administrativen Angelegenheiten annimmt. Sie überlegt sich, wo sie den Vorsorgeauftrag aufbewahren soll.

Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann frei wählen, wo der Vorsorgeauftrag aufbewahrt wird. Jedoch sollte darauf geachtet werden, dass der Vorsorgeauftrag im Falle der Urteilsunfähigkeit auch leicht aufgefunden werden kann. Wird der Vorsorgeauftrag, ohne dass jemand davon Kenntnis hat, in einem Banksafe aufbewahrt, und niemand anderes als der Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin hat darauf Zugriff, wird das Dokument nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit beim Vorsorgeauftraggeber wo-

möglich erst vorgefunden, wenn im Rahmen einer Beistandschaft ein Inventar aufgenommen wird. Es empfiehlt sich daher,

- die mit dem Vorsorgeauftrag beauftragte (natürliche oder juristische) Person über den Hinterlegungs-ort zu orientieren. Denn es ist davon auszugehen, dass diese mit Ihnen in Kontakt steht und von der eingetretenen Urteilsunfähigkeit erfährt;
- einen Ort zu wählen, auf den problemlos zugegriffen werden kann, und diesen Hinterlegungsort beim Zivilstandsamt ins Personenstandsregister eintragen zu lassen. Im Kanton Bern bieten auch einzelne Gemeinden Ihren Bürgerinnen und Bürgern die Dienstleistung an, den Vorsorgeauftrag dort zu hinterlegen.

Wann wird ein Vorsorgeauftrag wirksam?

Frau B. ist mittlerweile 95-jährig. Die Treuhänderin stellt fest, dass ihre Klientin nicht mehr in der Lage ist, die Tätigkeiten der Treuhänderin nachvollziehen zu können. Vielmehr scheint sie ihr "blind" zu vertrauen. Allerdings findet sich Frau B. in ihrer geliebten Wohnung mit Unterstützung der Spitex und des Mahlzeitendienstes noch gut zurecht. Die Treuhänderin wendet sich an die KESB.

Erfährt die KESB, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist, klärt sie ab, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt. Wenn ein Vorsorgeauftrag errichtet worden ist, prüft sie im Weiteren, ob er gültig und ob die Urteilsunfähigkeit tatsächlich eingetreten ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ZGB). Zudem prüft die KESB, ob die beauftragte Person geeignet und auch bereit ist, den Auftrag unter den gegebenen Bedingungen anzunehmen (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Sind alle Voraussetzungen erfüllt, wird der Vorsorgeauftrag durch die KESB für wirksam erklärt (Validierung). Ist die Urteilsunfähigkeit nur für gewisse Aufgaben, die im Vorsorgeauftrag genannt wurden, eingetreten, ist eine teilweise Validierung des Vorsorgeauftrages möglich.

Gegenseitiger Vorsorgeauftrag unter Ehegatten – macht dies Sinn?

Die Ehegatten D. haben sich vor einiger Zeit gegenseitig einen Vorsorgeauftrag erteilt. Nach einem schweren Arbeitsunfall liegt Herr D. im Koma. Derzeit ist noch völlig unklar, ob und gegebenenfalls wann er wieder aus dem Koma erwachen wird.

Nach dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht haben Ehegatten und eingetragene Partner/innen bei Urteilsunfähigkeit des Ehegatten bzw. der/des eingetragenen Partners bzw. Partnerin auch von Gesetzes wegen ein Vertretungsrecht (Art. 374 ZGB). Allerdings ist dieses beschränkt auf Besorgungen des täglichen Lebens, Handlungen zur Deckung des Unterhaltsbedarfs, die alltägliche Verwaltung des Einkommens und Vermögens und die notwendige Erledigung der Post. Für Rechtshandlungen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung – z.B. Erhöhung der Hypothek für einen barrierefreien Umbau des Eigenheims – benötigt der (handlungsfähige) Ehegatte die Zustimmung der KESB. Mit einem Vorsorgeauftrag entfällt dieses Zustimmungserfordernis, sofern im Vorsorgeauftrag die Beauftragten mit den entsprechenden Aufgaben betraut worden sind.

Bin ich vor Missbrauch durch den Vorsorgebeauftragten geschützt?

Frau E. lebt zurückgezogen und ist schwer erkrankt. Sie überlegt sich, ob sie ihrem netten neuen Nachbarn einen Vorsorgeauftrag erteilen will. Da sie ihn erst seit Kurzem kennt, ist sie sich aber nicht sicher, ob er in der Lage ist, ihre komplexe Vermögensverwaltung zu übernehmen und ob sie ihm dieses Vertrauen entgegenbringen kann.

Die vorsorgebeauftragte Person wird vor der Validierung durch die KESB auf ihre grundsätzliche Eignung abgeklärt. Der Gesetzgeber hat vorgesehen, dass nach der Validierung in der Regel keine Überprüfung der Tätigkeit des Vorsorgebeauftragten durch die KESB mehr erfolgt, wenn nicht bereits im Rahmen der Validierung von einer Gefährdung der Interessen der Auftrag gebenden Person ausgegangen werden muss.

Wenn die KESB nach der Validierung vernimmt, dass die Interessen der Auftrag gebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind, trifft sie zu deren Schutz die erforderlichen Massnahmen. Die KESB kann der beauftragten Person Weisungen erteilen, diese zur Einreichung eines Inventars, zur periodischen Rechnungsablage und zur Berichterstattung verpflichten oder ihr die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen (Art. 368 ZGB).

Damit eine vorsorgebeauftragte Person in ihrem Aufgabenbereich grundsätzlich frei agieren kann, wird empfohlen - wie bei einer Bevollmächtigung - nur eine Person als Beauftragte einzusetzen, der man das volle Vertrauen schenkt und der man die Erledigung der im Auftrag bezeichneten Angelegenheiten zutraut.

Können mehrere Personen beauftragt werden?

Herr E. ist seit Jahren verwitwet. Er und seine zwei Töchter pflegen ein herzliches Verhältnis untereinander. In seinem Vorsorgeauftrag will er darum beide Töchter beauftragen. Kann er das, ist dies sinnvoll und was muss er beachten?

Es ist möglich, mehrere Personen als Vorsorgebeauftragte einzusetzen. Dabei gibt es zwei Möglichkeiten: Die erste besteht darin, mehrere Personen parallel einzusetzen. Allerdings sollten die einzelnen Vertretungskompetenzen aus Gründen der Praktikabilität aufgeteilt und den einzelnen Personen zugewiesen werden (z.B. die Tochter Y für die Finanzen, Tochter Z für die Personensorge). Die zweite Möglichkeit besteht darin, nur eine Person für sämtliche Bereiche und die zweite Person als Ersatzbeauftragte zu bezeichnen. Tritt die Urteilsunfähigkeit ein und ist die erste Person bereit und geeignet, den Auftrag anzunehmen, wird diese durch den Entscheid der KESB ermächtigt, für den Auftraggeber oder die Auftraggeberin zu sorgen. Falls diese Person den Auftrag ablehnt (weil sie z.B. selber schwer erkrankt ist), tritt die ersatzbeauftragte Person an deren Stelle. Generell ist wichtig, dass die eingesetzten Personen mit den Verhältnissen der Auftrag gebenden Person vertraut sind und über die nötigen persönlichen Eignungen und fachlichen Kenntnisse verfügen.

Erhält die vorsorgebeauftragte Person eine Entschädigung?

Frau F. möchte in einem Vorsorgeauftrag einerseits ihren Anwalt als Vorsorgebeauftragten für die Verwaltung ihres umfangreichen Vermögens und die Vertretung im Rechtsverkehr einsetzen. Für die weitere Vertretung in ihren persönlichen und finanziellen Belangen möchte sie ihren Sohn K. beauftragen. Nun stellt sich die Frage, wie sie die Beauftragten im Falle der Wirksamkeit des Auftrages entschädigen soll.

Im Vorsorgeauftrag kann festgehalten werden, ob überhaupt eine Entschädigung erfolgen und wie hoch diese gegebenenfalls sein soll, bzw. wie sie berechnet werden muss. Spesenersatz ist immer geschuldet. Eine Erhöhung der im Vorsorgeauftrag vorgesehenen Entschädigung ist auf Antrag der vorsorgebeauftragten Person möglich, wenn sie sich objektiv rechtfertigt und angenommen werden kann, dass dies auch dem mutmasslichen Willen der Vorsorgeauftraggeberin oder des Vorsorgeauftraggebers entspricht. Eine Herabsetzung der vorgesehenen Entschädigung ist möglich, wenn eine Interessengefährdung der Auftrag gebenden Person vorliegt (Art. 368 ZGB). Wurde im Vorsorgeauftrag keine Anordnung über die Entschädigung getroffen, legt die KESB eine angemessene Entschädigung fest, soweit dies mit Rücksicht auf den Umfang der Aufgaben als gerechtfertigt erscheint oder wenn die Leistungen der beauftragten Person üblicherweise entgeltlich sind, wenn nicht klar aus dem Auftrag hervorgeht, dass die Vorsor-

geauftraggeberin von Unentgeltlichkeit ausging (Art. 366 ZGB). Die Festlegung der Entschädigung erfolgt grundsätzlich nach der Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften (ESBV). Entschädigung und Spesen werden der auftraggebenden Person belastet und können von der beauftragten Person direkt bezogen werden.

Kann ich einen Vorsorgeauftrag abändern oder widerrufen?

Herr G. hat seine Lebenspartnerin H. vor drei Jahren als Vorsorgebeauftragte eingesetzt. Seit einem halben Jahr leben sie nicht mehr zusammen und vermeiden nach einer schwierigen Trennungszeit heute jeglichen Kontakt. Herr G. erinnert sich, dass er in seinem Schreibtisch einen Vorsorgeauftrag aufbewahrt hat.

Ein Vorsorgeauftrag kann vor der Validierung jederzeit vernichtet oder in einer derjenigen Formen widerrufen werden, die für die Errichtung vorgeschrieben sind. Wird ein neuer Vorsorgeauftrag erstellt, ohne dass der frühere ausdrücklich aufgehoben wurde, so tritt der neue Vorsorgeauftrag an die Stelle des früheren, sofern er nicht eine blosser Ergänzung darstellt (Art. 362 ZGB).

Wie lange ist ein Vorsorgeauftrag wirksam?

Frau J., 40 Jahre alt, hat vor einigen Jahren einen Vorsorgeauftrag erstellt und ihren Ehemann als Vorsorgebeauftragten eingesetzt. Aufgrund schwerer Komplikationen infolge einer Operation ist sie vollumfänglich pflegebedürftig und nicht mehr in der Lage ein sachbezogenes Gespräch zu führen.

Nach der Validierung ist der Vorsorgeauftrag grundsätzlich zeitlich unbeschränkt wirksam. Die vorsorgebeauftragte Person ist nach der Validierung durch die KESB nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Vorsorgeauftrag auszuführen. Die vorsorgebeauftragte Person kann den Auftrag jedoch jederzeit mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist durch schriftliche Mitteilung an die KESB kündigen. Aus wichtigen Gründen ist auch eine fristlose Kündigung möglich (Art. 5 / 6367 ZGB). Die KESB wird bei Kündigung ein Verfahren auf Prüfung von Erwachsenenschutzmassnahmen eröffnen.

Die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages entfällt von Gesetzes wegen, wenn die Auftrag gebende Person wieder urteilsfähig wird (Art. 369 ZGB), wenn die Auftrag gebende oder die beauftragte Person stirbt oder die beauftragte Person handlungsunfähig wird.

Kann mit einem Vorsorgeauftrag auf Massnahmen der KESB in jedem Fall verzichtet werden?

Frau K. bewohnt ein kleines Einfamilienhaus, das in ihrem alleinigen Eigentum steht. Darüber hinaus hat sie kein Vermögen. Sie lebt von einer bescheidenen Rente und möchte so lange wie möglich in ihrem Eigenheim bleiben. Für den Fall, dass sie urteilsunfähig werden sollte, möchte sie, dass ihr Sohn L. alles nötige für sie regeln kann.

Je nach Situation können Massnahmen der KESB auch mit einem Vorsorgeauftrag nicht verhindert werden – sind die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet, hat die KESB einzuschreiten. Dies kommt aber nur selten vor. Eine vorsorgebeauftragte Person vertritt in dem ihr delegierten Bereich die auftraggebende Person und muss ihre Aufgaben nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag sorgfältig wahren (Art. 365 ZGB). Sie muss die KESB orientieren, wenn Geschäfte besorgt werden müssen, die vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst werden. Ebenso muss sie sich an die Behörde wenden, wenn ihre Interessen denjenigen der betroffenen Person widersprechen könnten, da bei einer Interessenkollision ihre Befugnisse automatisch dahinfallen. Dies ist z.B. der Fall, wenn beide als Erben im gleichen Nachlass beteiligt sind.

Gestützt auf das Auftragsrecht (Art. 396 Abs. 3 OR) bedarf eine vorsorgebeauftragte Person sodann einer besonderen Ermächtigung, um einen Vergleich abzuschliessen, ein Schiedsgericht anzunehmen, wechselrechtliche Verbindlichkeiten einzugehen, Grundstücke zu veräussern oder zu belasten oder Schenkungen zu machen. Sind solche einzelne Geschäfte nicht explizit im Vorsorgeauftrag aufgeführt, muss sich die beauftragte Person an die KESB wenden, wenn ein entsprechendes Geschäft ansteht. Ist z.B. absehbar, dass die Belastung oder der Verkauf eines Grundstückes erforderlich werden könnte, muss daher eine entsprechende Ermächtigung im Vorsorgeauftrag aufgenommen werden, wenn eine Mitwirkung der KESB vermieden werden soll.

Werden Angehörige oder Vertrauenspersonen nicht gestützt auf den Vorsorgeauftrag, sondern im Rahmen einer behördlichen Massnahme der KESB – also einer Beistandschaft – für die betroffene Person als private(r) Mandatsträger(in) (PriMa) eingesetzt, hat dies im Übrigen auch Vorteile: Insbesondere können sich PriMa bei der Fachstelle für PriMas des zuständigen Sozialdienstes beraten lassen und von regelmässigen Schulungen profitieren.

Ich habe eine Vorsorgevollmacht erteilt - brauche ich dennoch einen Vorsorgeauftrag?

Herr M. ist 85 Jahre alt. Um sicherzustellen, dass er auch im Falle seiner Urteilsunfähigkeit durch eine ihm vertraute Person vertreten werden kann, hat er seiner Nichte bereits vor einiger Zeit eine Vorsorgevollmacht überreicht, in der er vermerkt hat, dass diese auch bei Verlust der Handlungs- bzw. Urteilsunfähigkeit oder mit dem Tod nicht erlöschen solle.

Ein Vollmachtgeber kann in einer Vorsorgevollmacht festhalten, dass diese auch weiter gelten soll, wenn er urteilsunfähig geworden ist. Eine solche Regelung ist auch nach dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht gültig. Nicht gültig ist hingegen die Erteilung einer Vollmacht zur Personen- und Vermögenssorge und Vertretung, welche erst zum Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit wirksam werden und nicht schon vorher gültig sein soll. Eine solche Regelung muss mit einem Vorsorgeauftrag getroffen werden, der an strengere Formvorschriften geknüpft ist als eine Vollmacht.

In der Praxis kommt es vor, dass Vorsorgevollmachten – obschon formell korrekt und eigentlich rechtswirksam – dennoch nicht akzeptiert werden. Um einer solchen Situation vorzubeugen, empfiehlt es sich, einer bevollmächtigten Person noch zusätzlich einen Vorsorgeauftrag zu übergeben. Dieser kann nötigenfalls der KESB zur Validierung unterbreitet werden, wenn die Vorsorgevollmacht im Falle des Eintritts der Urteilsunfähigkeit trotz Gültigkeit nicht akzeptiert werden sollte.

Geschäftsleitung KESB, 24.10.2018 (Stand vom 31.12.2019)