

**Schweizerische Zeitschrift
für Beurkundungs-
und Grundbuchrecht**

**Revue Suisse du Notariat
et du Registre foncier**

91. Jahrgang – 2010

Redaktion:

Jürg Schmid, a. Notariatsinspektor, Volketswil
Prof. Dr. iur. Michel Mooser, notaire, Bulle
Peter Voser, Notar, Schlieren
Roman Sandmayr, Notar-Stellvertreter, Zollikon

Verlag:

Zürcher Notariatsverein

Expedition:

Stutz Druck AG, 8820 Wädenswil

Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände / Organe des associations suivantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV), Aargauische Notariatsgesellschaft, Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz, Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la photocopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

Erwachsenenschutz und Notariat*

Von Prof. Dr. *Stephan Wolf*, Fürsprecher und Notar,
Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern,
Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.

Materialien

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7001 ff. (zit. Botschaft); Amtliches Bulletin des Nationalrats: 2. Oktober 2008, S. 1509–1514, 1515–1524; 3. Oktober 2008, S. 1533–1544; 11. Dezember 2008, S. 1796–1797; 19. Dezember 2008, S. 1975 (zit. Amtl. Bull. NR 2008); Amtliches Bulletin des Ständerats: 27. September 2007, S. 820–825, 829–844; 4. Dezember 2008, S. 882–883; 19. Dezember 2008, S. 1058 (zit. Amtl. Bull. SR 2007 bzw. 2008).

Literaturverzeichnis

Regina E. Aebi-Müller/Deborah Tanner, Das behinderte Kind im Zivilrecht, in: Franziska Sprecher/Patrick Sutter (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich 2006, S. 81–113; *Kurt Affolter*, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006 S. 1057 ff.; *Oliver Arter*, Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder, ST 2007 S. 657 ff.; *Peter Breitschmid*, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, successio 2008 S. 16 ff.; *Peter Breitschmid/Johannes Reich*, Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW 2001 S. 144 ff.; *Peter Breitschmid/Daniel Steck/Caroline Wittwer*, Der Heimvertrag, FamPra.ch 2009 S. 867 ff.; *Christian Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993; *Roland Fankhauser/Brigitte Bieler*, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht,

* Schriftliche und erweiterte Fassung des am 23. Juni 2009 in Hünigen anlässlich des Notariatstages des Verbandes bernischer Notare sowie am 1. Oktober 2009 in Zürich anlässlich der Herbstveranstaltung des Zürcherischen Notaren-Kollegiums und der Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich gehaltenen Vortrages. Soweit möglich wurde die mündliche Ausdrucksform beibehalten. Für die wertvollen Diskussionen und die Durchsicht des Manuskriptes danke ich meiner Assistentin Fürsprecherin *Barbara Ballmer* und meinem Hilfsassistenten BLaw *Martin Eggel*.

insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, successio 2009 S. 162 ff.; *Thomas Geiser*, Wie lässt sich der Nachlass eines geistig Behinderten regeln?, ZVW 1985 S. 55 ff.; *Joachim Güntner*, Mein Wille, mein Tod, Deutschland hat die Patientenverfügung gesetzlich geregelt – eine Nachbetrachtung, NZZ Nr. 145 vom 26. Juni 2009 S. 43; *Peter Max Gutwiller*, Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des «Vorsorgeauftrages», AJP 2007 S. 556 ff.; *Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller*, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2010; *Hans Huber*, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBGR 69 S. 228 ff.; *Rochus Jossen*, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Diss. Bern 2009; *Oliver Kälin*, Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen, Dispute Resolution und ausgewählte Probleme, ST 2008 S. 1048 ff.; *Gerrit Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Methode-Verfahren-Vertragstypen, 3. Aufl., München 2004; *Audrey Leuba*, Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil, in: Margareta Baddeley (Hrsg.), La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006, En l'honneur du professeur Martin Stettler, Genève 2007, S. 27 ff.; *Hans Marti*, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983; *Philippe Meier*, Le nouveau droit de protection de l'adulte – Présentation générale, Jusletter 17 novembre 2008, (zit. *Meier*, présentation); *Philippe Meier*, Perte du discernement et planification du patrimoine: droit actuel et droit futur, in: Margareta Baddeley/Bénédict Foëx (Hrsg.), La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008, En l'honneur du professeur Andreas Bucher, Genève 2009, S. 39 ff. (zit. *Meier*, planification); *Michel Mooser*, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005; Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen (zit. Musterurkunde VbN mit Nr.); *Frank Th. Petermann*, Demenz-Erkrankungen und Selbstbestimmung – ein Widerspruch in sich?, Unter besonderer Berücksichtigung des Instituts der Patientenverfügung, hill (Health Insurance Liability Law) 2007, Fachartikel N. 1; *Denis Piotet*, La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte, successio 2007 S. 240 ff.; *Ruth Reusser*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Vortrag vom 8. März 2007 vor dem Juristenverein Schaffhausen, <http://www.juristenverein-sh.ch/vortrag_reusser.pdf> (besucht am 8. Februar 2010); *Peter Ruf*, Notariatsrecht, Langenthal 1995; *Jörg Schmid*, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich 2007, S. 1 ff.; *Dieter Schwab*, Selbstbestimmung im Alter, ZBJV 142 S. 561 ff.; *Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009; *Urs Vogel/Diana Wider*, Das neue Erwachsenenschutzrecht – Eine Übersicht über den kantonalen Regelungsbedarf, den Stand der entsprechenden Umsetzungsarbeiten und ein Ausblick auf Unterstützungsangebote, ZVW 2009 S. 73 ff.; *Peter Weimar*, Berner Kommentar, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband, 1. Teil, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009 (zit. *BK-Weimar*); *Stephan Wolf*, Erbrecht in besonderen Situationen: Konkubinats-, Ehekrise, Erwachsenenschutz, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht, Bern 2009, S. 27 ff. (zit. *Wolf*, Erbrecht in besonderen Situationen); *Stephan Wolf* (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (zit. *KNB-Autor*); *Stephan Wolf*, Willensvollstreckung und Notariat – insbesondere Ausstandsfragen, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich/Basel/Genf 2006, S. 87 ff. (zit. *Wolf*, Willensvollstreckung); *Stephan Wolf/Gian Sandro Gemma*, Die Beurkundungsverfahren des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich 2007, S. 63 ff.

I. Einleitung

Die Revision des Vormundschaftsrechts ist – unter der Bezeichnung Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht – am 19. Dezember 2008 in der Schlussabstimmung von National- und Ständerat verabschie-

det worden¹. Die Referendumsfrist ist am 16. April 2009 unbenützt abgelaufen². Mit einem Inkrafttreten ist auf 1. Januar 2013 zu rechnen³.

Für die Praktikerin und den Praktiker – namentlich auch für Notarinnen und Notare – ist es unabdingbar, sich bereits jetzt mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht zu befassen. Denn aufgrund der übergangsrechtlichen Situation ist es möglich, Institute des neuen Rechts schon zum heutigen Zeitpunkt anzuwenden. Im Bereiche der öffentlichen Urkunden gilt das besonders für den Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. nZGB)^{4 5} und die Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen Nachkommen (Art. 492a und 531 nZGB)⁶.

Im Folgenden wollen wir vorerst die Hauptanliegen des neuen Erwachsenenschutzrechts ansehen⁷ und alsdann einen allgemeinen Überblick über die Neuordnung vornehmen⁸. Anschliessend wird einzugehen sein auf wichtige, das Notariat betreffende Neuerungen⁹.

II. Hauptanliegen des neuen Erwachsenenschutzrechts¹⁰

1. Anpassung des geltenden Vormundschaftsrechts an die heutigen Verhältnisse

Das geltende Vormundschaftsrecht des ZGB ist seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1912 nahezu – diesbezüglich vorbehalten bleibt namentlich die Einführung des Abschnittes über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a – 397f ZGB) – unverändert geblieben. Es entspricht unseren heutigen Verhältnissen nicht mehr und wird deshalb grundlegend erneuert¹¹.

2. Förderung des Selbstbestimmungsrechts durch eigene Vorsorge

Ein zentrales Ziel des neuen Erwachsenenschutzrechts ist die Förderung des Selbstbestimmungsrechts durch eigene Vorsorge¹². Das Finden

¹ Der in der Schlussabstimmung verabschiedete Gesetzestext findet sich in BBl 2009 S. 141 ff.

² Vgl. BBl 2009 S. 141.

³ Die Dauer bis zum voraussichtlichen Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts mag als relativ lang erscheinen. Sie erklärt sich zur Hauptsache damit, dass das neue Recht die Kantone vor etlichen Umsetzungsaufwand stellt, dies namentlich im Bereiche der Behördenorganisation. Vgl. dazu die Übersicht über den kantonalen Regelungsbedarf und den Stand der Umsetzungsarbeiten bei *Vogel/Wider*, S. 73 ff., welche ihrerseits – S. 79 – von einer Inkraftsetzung des neuen Rechts nicht vor 2012, tendenziell eher auf 2013, ausgehen.

⁴ Dazu III.1.1.a. und ausführlich IV.1. hienach.

⁵ Die Bestimmungen des neuen Rechts werden hier und nachfolgend mit «nZGB» bezeichnet.

⁶ Dazu IV.7. hienach.

⁷ II.

⁸ III.

⁹ IV.

¹⁰ Vgl. zu den Hauptanliegen der Revision Botschaft, S. 7002 f. und 7011 ff.

¹¹ Botschaft, S. 7002.

¹² Botschaft, S. 7002 und 7011.

einer dem Persönlichkeitsrecht des Menschen angemessenen Gestaltung des Fürsorgefalls ist ein in jüngerer Zeit auch in anderen Ländern manifest gewordenes rechtspolitisches Anliegen; dem Ziel der möglichst langen und möglichst weitgehenden Wahrung der Selbstbestimmung dienen die «vorgestellten Rechtstechniken, die auf unterschiedliche Weise dem Eigenwillen auch der geistig behinderten oder psychisch kranken Person Beachtung sichern wollen»¹³.

Die eigene Vorsorge wird im revidierten Recht durch die beiden neuen Rechtsinstitute des Vorsorgeauftrages (Art. 360 ff. nZGB)¹⁴ und der Patientenverfügung (Art. 370 ff. nZGB)¹⁵ gefördert. Bildhaft gesprochen kann man inhaltlich in den beiden Instituten den Ausdruck des «zweitletzten Willens» einer natürlichen Person erblicken, mithin den Willen, der greifen soll im Falle des Eintritts der eigenen Urteilsunfähigkeit, dies in Abgrenzung zur letztwilligen Verfügung und zum Erbvertrag als den Verfügungen von Todes wegen, die den «letzten Willen» für den Fall des Ablebens zum Ausdruck bringen^{16 17}.

Die Institute des Vorsorgeauftrages und der Patientenverfügung kommen in der Praxis bereits seit etlicher Zeit vor¹⁸. Zur Patientenverfügung finden sich auch Regelungen in einem Teil der kantonalen Gesundheitsgesetze^{19 20}. Die Tragweite von Patientenverfügungen wird allerdings unterschiedlich eingeschätzt, und für Vorsorgevollmachten ist die Gültigkeit ausserhalb des medizinischen Bereichs umstritten²¹.

Mit dem neuen Recht werden bisher im Zusammenhang mit Vorsorgeaufträgen bzw. -vollmachten und Patientenverfügungen bestehende Unsicherheiten behoben. Zugleich wird hinsichtlich der beiden Institute für die

¹³ Schwab, S. 578.

¹⁴ Zum Vorsorgeauftrag III.1.1.a. und ausführlich IV.1. hienach.

¹⁵ Zur Patientenverfügung Näheres in III.1.1.b. und IV.2. hienach.

¹⁶ Siehe in diesem Sinne für Patientenverfügungen Güntner, S. 43.

¹⁷ Ähnlich ferner die Betrachtungen von Meier, planification, S. 39: «Celui qui veut tenter de garder quelque prise sur le futur ne peut donc plus se contenter de songer aux instruments du droit successoral. Il doit se demander qui gèrera ses affaires personnelles et patrimoniales pendant la période qui précédera son décès ...»

¹⁸ Siehe Breitschmid/Reich, S. 149 ff., mit weiteren Hinweisen und einer Gliederung der in der Praxis vorhandenen Typen; Arter, S. 657; Kälin, S. 1050 f. und 1052.

¹⁹ Vgl. für Bern Art. 40b GesG (Gesundheitsgesetz), welcher unter der Marginalie «Patientenverfügung» folgenden Wortlaut aufweist:

«¹ Hat eine Person im Voraus im Zustand der Urteilsfähigkeit schriftlich oder mündlich angeordnet, welche Behandlungsmassnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit in einer bestimmten Situation erhalten oder verweigern will, so hat die Fachperson dies im Rahmen der Rechtsordnung zu beachten.

² Jede Person kann im Voraus bestimmen, wer im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit über die zu treffenden Massnahmen aufzuklären und anzuhören ist.

³ Die im Voraus getroffenen Anordnungen sind nicht mehr verbindlich, wenn die Fachperson Kenntnis davon erhält, dass sie nicht mehr dem aktuellen Willen der Patientin oder des Patienten entsprechen.»

²⁰ Hinweise auf die Regelungen in weiteren Kantonen finden sich bei Arter, S. 660, FN 6.

²¹ Siehe Botschaft, S. 7012.

ganze Schweiz eine einheitliche, zivilrechtliche Rechtsgrundlage geschaffen^{22 23}.

3. Stärkung der Solidarität innerhalb der Familie

Bereits heute kommt das Handeln von Angehörigen für eine urteilsunfähige Person innerhalb der Familie nicht selten vor. Künftig soll solches Handeln rechtlich besser legitimiert werden²⁴.

Dafür sieht das Gesetz neu zwei besondere Massnahmen vor, nämlich erstens die *Vertretung der urteilsunfähigen Person durch den Ehegatten oder den eingetragenen Partner* (Art. 374 ff. nZGB)²⁵ und zweitens die *Vertretung bei medizinischen Massnahmen* (Art. 377 ff. nZGB)²⁶. Damit wird die Solidarität innerhalb der Familie gestärkt und zugleich der Staat entlastet²⁷.

4. Verbesserung des Schutzes urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen

Der Schutz urteilsunfähiger Menschen, die in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen leben, wird heute nicht in allen Teilen als genügend erachtet. Das neue Recht (Art. 382 ff. nZGB) will diesen Zustand jedenfalls punktuell verbessern, namentlich mit dem Erfordernis eines *schriftlichen Betreuungsvertrages* (Art. 382 nZGB)^{28 29}.

5. Massgeschneiderte Massnahmen für Hilfsbedürftige

An die Stelle der Vormundschaft und der Beiratschaft mit ihren inhaltlich starren Vorgaben tritt neu als einheitliches Institut die *Beistandschaft* (Art. 390 ff. nZGB). Diese wird gegliedert in die Begleitbeistandschaft, die Vertretungsbeistandschaft, die Mitwirkungsbeistandschaft und die umfassende Beistandschaft. Kombinationen der Begleit-, der Vertretungs- und der Mitwirkungsbeistandschaft sind möglich (Art. 397 nZGB)^{30 31}.

²² Vgl. Botschaft, S. 7012.

²³ Rechtsvergleichend finden sich ähnliche, den Gedanken der Selbstbestimmung durch eigene Vorsorge fördernde zivilrechtliche Regelungen des Vorsorgeauftrages bzw. der Vorsorgevollmacht und der Patientenverfügung namentlich bereits in Österreich und Deutschland. Vgl. für Österreich § 284f ff. ABGB (Vorsorgevollmacht, in Kraft getreten am 1. Juli 2007) und das Patientenverfügungs-Gesetz (PatVG, in Kraft getreten am 1. Juni 2006); für Deutschland die Modifikationen von § 1901c BGB (Vorsorgevollmacht) und § 1901a ff. BGB (Patientenverfügung) aufgrund des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes (in Kraft getreten am 1. September 2009).

²⁴ Botschaft, S. 7013.

²⁵ Dazu Näheres in III.1.2.a. hienach.

²⁶ Dazu ausführlicher III.1.2.b. hienach.

²⁷ Vgl. Botschaft, S. 7013 und 7014.

²⁸ Siehe Botschaft, S. 7014 f.

²⁹ Dazu Näheres in III.1.2.c. hienach.

³⁰ Vgl. Botschaft, S. 7016 f.

³¹ Ausführlicher dazu III.2.2. hienach.

Mit diesem Massnahmenpaket soll eine bedürfnisgerechte Rechtsfürsorge ermöglicht werden. Die Ordnung orientiert sich am Leitsatz «So viel staatliche Fürsorge wie nötig, so wenig staatlicher Eingriff wie möglich»³².

6. Verbesserung des Rechtsschutzes bei der fürsorglichen Unterbringung

Die Bestimmungen von Art. 397a bis 397f ZGB über die fürsorgliche Freiheitsentziehung erfahren eine Verbesserung des Rechtsschutzes. Zugleich werden Lücken geschlossen^{33 34}.

7. Weitere Neuerungen der Revision

Weitere Revisionsanliegen betreffen die Beschränkung der Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde auf natürliche Personen³⁵, den Verzicht auf die sogenannte erstreckte elterliche Sorge³⁶, den Verzicht auf die Veröffentlichung der Einschränkung oder des Entzugs der Handlungsfähigkeit³⁷, die Verankerung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze im ZGB³⁸, den Einbezug des Personen- und Kindesrechts³⁹ sowie eine Stigmatisierung vermeidende Terminologie⁴⁰.

8. Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

Mit dem neuen Recht werden alle Entscheide im Bereiche des Kindes- und Erwachsenenschutzes bei *einer Behörde* konzentriert (vgl. Art. 440 Abs. 1 und 3 nZGB). Diese Behörde muss eine Fachbehörde sein. Sie wird von den Kantonen bestimmt (Art. 440 Abs. 1 nZGB). Die Behörde muss ihre Entscheide grundsätzlich mit mindestens drei Mitgliedern fällen (Art. 440 Abs. 2 nZGB).

Für die innere *Organisation* der Fachbehörde sind die Kantone zuständig. Die Fachbehörde kann dabei eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht sein⁴¹. Die Umsetzungsarbeiten in den Kantonen befinden sich derzeit im Gang^{42 43}.

³² Botschaft, S. 7017.

³³ Botschaft, S. 7019.

³⁴ Näheres dazu in III.2.3. hienach.

³⁵ Dazu Botschaft, S. 7017.

³⁶ Botschaft, S. 7017 f.

³⁷ Botschaft, S. 7018 f.

³⁸ Auf das ursprünglich vorgesehene und seinerzeit in die Vernehmlassung geschickte besondere Verfahrensgesetz ist dagegen verzichtet worden. Vgl. zum Ganzen Botschaft, S. 7021 f.

³⁹ Dazu Botschaft, S. 7022 f.

⁴⁰ Botschaft, S. 7023 f.

⁴¹ Botschaft, S. 7021.

⁴² Vgl. auch *Vogel/Wider*, S. 80 ff.

⁴³ Im Kanton Bern ist am 1. Juli 2009 die Vernehmlassung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion zur Umsetzung des neuen Erwachsenen- und Kindesschutzrechts abgeschlossen worden; siehe dazu Neues Erwachsenen- und Kindesschutzrecht/Umsetzung im Kanton Bern; Vernehmlassung, eingeleitet am 2. April 2009 durch die Justiz-, Ge-

III. Übersicht über das neue Erwachsenenschutzrecht

1. Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen

1.1 Die eigene Vorsorge

a) Der Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. nZGB)

Mit dem Vorsorgeauftrag kann eine handlungsfähige Person für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit eine Person beauftragen, die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten (Art. 360 Abs. 1 nZGB).

Der Vorsorgeauftrag ist eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden (Art. 361 Abs. 1 nZGB). Damit ist das Notariat angesprochen, weshalb darauf noch näher einzugehen sein wird⁴⁴.

b) Die Patientenverfügung (Art. 370 ff. nZGB)

Die Patientenverfügung ermöglicht eine Antizipation einer künftigen Krankheitssituation⁴⁵. Damit kann eine urteilsfähige Person festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt (Art. 370 Abs. 1 nZGB). Sie kann auch eine natürliche Person bezeichnen, welche mit dem Arzt die medizinischen Massnahmen besprechen und in ihrem Namen entscheiden soll. Dieser Person können Weisungen erteilt werden (Art. 370 Abs. 2 nZGB).

Die Patientenverfügung ist schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen (Art. 371 Abs. 1 nZGB)⁴⁶.

1.2 Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen

a) Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner (Art. 374 ff. nZGB)

Für Ehegatten und eingetragene Partner, die mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führen oder ihr Beistand

meinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, gestützt auf den Beschluss des Regierungsrates vom 1. April 2009. Dabei wurde unter dem Titel «Modelle von Fachbehörden – Eckwerte» namentlich die Frage nach einer kommunalen oder kantonalen Zuständigkeit und nach den dafür erforderlichen Eckwerten aufgeworfen. Dass der Gemeinderat zugleich als Vormundschaftsbehörde fungiert, wie das heute im Kanton Bern häufig der Fall ist, ist nicht mehr zulässig. Vor diesem Hintergrund ist im Kanton Bern ein kantonales und ein kommunales Modell einer künftigen Fachbehörde erarbeitet worden. Die beiden Modelle sind mittels Eckwerten – in Bezug u.a. auf Einzugsgebiet, Organisationsform, Sekretariat – in ihren Grundzügen so konkretisiert worden, dass ein Grundsatzentscheid, auf welcher Ebene die künftigen Fachbehörden anzusiedeln sind, ermöglicht werden sollte; vgl. Vernehmlassung, S. 4. Am 27. Januar 2010 hat sich der Grosse Rat des Kantons Bern im Sinne eines Kompromisses für eine regionale Organisation des Erwachsenen- und Kindesschutzes ausgesprochen; vgl. Zeitung im Espace Mittelland Nr. 22 vom 28. Januar 2010, S. 6.

⁴⁴ IV.1. hienach.

⁴⁵ *Affolter*, S. 1061; *Petermann*, RZ 74; *Kälin*, S. 1051.

⁴⁶ Vgl. Näheres zur Patientenverfügung in IV.2. hienach.

leisten, besteht *von Gesetzes wegen* ein Vertretungsrecht, wenn weder ein Vorsorgeauftrag noch eine entsprechende Beistandschaft vorliegt (Art. 374 Abs. 1 nZGB). Insofern ist das ex lege begründete Vertretungsrecht subsidiär.

Das Vertretungsrecht umfasst alle zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlichen Rechtshandlungen (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB), die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 nZGB) sowie nötigenfalls die Befugnis, die Post zu öffnen und zu erledigen (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 3 nZGB). Im Bereiche der ausserordentlichen Vermögensverwaltung ist durch den Vertreter die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen (Art. 374 Abs. 3 nZGB).

b) Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 377 ff. nZGB)

Das Erwachsenenschutzrecht räumt Angehörigen in einer bestimmten Reihenfolge das Recht ein, im Namen der urteilsunfähigen Person die Zustimmung zu medizinischen Massnahmen zu erteilen oder zu verweigern, sofern kein Vorsorgeauftrag und keine Patientenverfügung vorliegen⁴⁷. Das Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen ist mithin subsidiär zu der von der betroffenen Person selbst vorgekehrten Vorsorge.

Hat sich eine urteilsunfähige Person zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäussert, so plant die behandelnde Ärztin unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die Behandlung (Art. 377 Abs. 1 nZGB). Die Ärztin informiert die vertretungsberechtigte Person über alle wesentlichen Umstände (Art. 377 Abs. 2 nZGB). Die urteilsunfähige Person wird soweit möglich ebenfalls in die Entscheidungsfindung einbezogen (Art. 377 Abs. 3 nZGB).

Art. 378 Abs. 1 nZGB legt die Reihenfolge der nacheinander vertretungsberechtigten Personen fest; diese lautet wie folgt:

1. die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person;
2. der Beistand mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen;
3. der Ehegatte oder der eingetragene Partner, der mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
4. die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und – kumulativ – ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
5. Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
6. Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;

⁴⁷ Botschaft, S. 7014.

7. Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

c) Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen (Art. 382 ff. nZGB)

Urteilsunfähige Personen, die in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen leben, gelangen nicht immer in den Genuss des Schutzes, den sie benötigen. Häufig thematisiert werden die Qualität der Leistungen, der Mangel an persönlicher Betreuung sowie die fehlende Transparenz bei den vertraglichen Beziehungen zwischen den Bewohnern und der Einrichtung⁴⁸.

Gemäss Art. 382 nZGB ist deshalb bei Aufenthalt von urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen ein *schriftlicher Betreuungsvertrag* erforderlich⁴⁹. Die Schriftform dient der Transparenz; sie ist nur Beweisform und nicht Gültigkeitserfordernis⁵⁰. Im Betreuungsvertrag muss schriftlich festgelegt werden, welche Leistungen die Einrichtung erbringt und welches Entgelt dafür geschuldet ist (Art. 382 Abs. 1 nZGB). Die Wünsche der betroffenen Person werden dabei soweit möglich berücksichtigt (Art. 382 Abs. 2 nZGB).

Die Zuständigkeit für die Vertretung der urteilsunfähigen Person beim Betreuungsvertrag richtet sich sinngemäss nach der Regelung über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 382 Abs. 3 nZGB). Damit wird auf Art. 378 nZGB verwiesen^{51 52}.

2. Die behördlichen Massnahmen

2.1 Allgemeine Grundsätze (Art. 388 f. nZGB)

Zweck der behördlichen Erwachsenenschutzmassnahmen ist die Sicherstellung von Wohl und Schutz hilfsbedürftiger Personen (Art. 388 Abs. 1 nZGB). Dabei ist – soweit möglich – die Selbstbestimmung der betroffenen Person zu erhalten und zu fördern (Art. 388 Abs. 2 nZGB). Bei der Anordnung von behördlichen Massnahmen sind die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 389 nZGB).

2.2 Die Beistandschaften

a) Allgemeine Bestimmungen (Art. 390 ff. nZGB)

Die *Voraussetzungen* für die Anordnung einer Beistandschaft sind in Art. 390 nZGB geregelt. Ganz allgemein erforderlich für eine Beistand-

⁴⁸ Botschaft, S. 7014 f.

⁴⁹ Siehe allgemein zum Vertrag zwischen Alters- und Pflegeheim sowie seiner Bewohner-schaft *Breitschmid/Steck/Wittwer*, S. 867 ff.

⁵⁰ Vgl. Botschaft, S. 7038.

⁵¹ Siehe Botschaft, S. 7038.

⁵² Vgl. zu den gemäss Art. 378 nZGB der Reihe nach vertretungsberechtigten Personen III.1.2.b. soeben.

schaft sind kumulativ ein *Schwächezustand* und ein *Unvermögen*, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen bzw. einen Stellvertreter zu bezeichnen⁵³.

Im Einzelnen hat die Erwachsenenschutzbehörde eine Beistandschaft dann zu errichten, wenn eine volljährige Person

- wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustandes ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 nZGB);
- wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln kann noch eine zur Stellvertretung berechnete Person bezeichnet hat (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 nZGB).

Die Beistandschaft wird dabei auf *Antrag* der betroffenen oder einer nahestehenden Person oder *von Amtes wegen* errichtet (Art. 390 Abs. 3 nZGB).

Die Aufgabenbereiche der Beistandschaft sind durch die Erwachsenenschutzbehörde entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Person zu umschreiben (Art. 391 Abs. 1 nZGB). Allgemein betreffen die Aufgabenbereiche die Personensorge, die Vermögenssorge oder den Rechtsverkehr (Art. 391 Abs. 2 nZGB). Zur Öffnung der Post oder zum Betreten der Wohnung ist der Beistand nur dann berechnete, wenn die betroffene Person zustimmt oder die Erwachsenenschutzbehörde die Befugnis dazu ausdrücklich erteilt hat (Art. 391 Abs. 3 nZGB).

Die Beistandschaften sollen nach der Absicht des Gesetzgebers massgeschneiderte Massnahmen darstellen. Der Realisierung dieser Zielsetzung dienen zwei vom Gesetz gewährte Möglichkeiten. Erstens kann die Massnahme im Einzelfall aus den dafür in Frage kommenden Stufen der Begleitung, der Vertretung, der Mitwirkung oder der umfassenden Beistandschaft ausgewählt werden. Zweitens kann auch eine Wahl der von der einzelnen Massnahme erfassten Bereiche getroffen werden; so ist es etwa möglich, hinsichtlich des Lohnes eine Verwaltung und in Bezug auf Schenkungen eine Mitwirkung anzuordnen⁵⁴.

b) Die Arten von Beistandschaften (Art. 393 ff. nZGB)

aa) Begleitbeistandschaft (Art. 393 nZGB)

Die Begleitbeistandschaft entspricht der heutigen Beistandschaft auf eigenes Begehren i.S.v. Art. 394 ZGB⁵⁵. Sie stellt die niedrigste Stufe der Beistandschaften dar und setzt voraus, dass die betroffene Person mit der Massnahme einverstanden ist⁵⁶.

⁵³ Vgl. Botschaft, S. 7043.

⁵⁴ Botschaft, S. 7044.

⁵⁵ Botschaft, S. 7016.

⁵⁶ Botschaft, S. 7045.

Die Begleitbeistandschaft wird mit Zustimmung der bedürftigen Person errichtet, wenn diese für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht (Art. 393 Abs. 1 nZGB). Die Handlungsfähigkeit bleibt unberührt (Art. 393 Abs. 2 nZGB).

bb) Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 und 395 nZGB)

aaa) Allgemeines

Die Vertretungsbeistandschaft lehnt sich an die heutige Beistandschaft i.S.v. Art. 392 und 393 ZGB sowie an die Verwaltungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 2 ZGB an. Der Beistand ist gesetzlicher Vertreter, der für die betroffene Person handeln kann. Die Handlungsfähigkeit bleibt grundsätzlich unberührt. Die betroffene Person muss sich aber die Handlungen des Beistandes anrechnen lassen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann zudem die Handlungsfähigkeit punktuell einschränken⁵⁷.

bbb) Die zwei Unterarten

aaaa) Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen (Art. 394 nZGB)

Eine Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss (Art. 394 Abs. 1 nZGB). Die Handlungsfähigkeit kann dabei entsprechend eingeschränkt werden (Art. 394 Abs. 2 nZGB). Und auch wenn die Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist, muss sich die Person die Handlungen des Beistandes anrechnen lassen (Art. 394 Abs. 3 nZGB).

bbbbb) Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung (Art. 395 nZGB)

Verwaltung durch den Beistand ist praktisch kaum möglich ohne Vertretung der betroffenen Person. Die Vermögensverwaltungsbeistandschaft wird deshalb als besondere Art der Vertretungsbeistandschaft geregelt⁵⁸. Sie stellt eine Innovation des neuen Erwachsenenschutzrechts dar⁵⁹.

Wird die Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung errichtet, so bestimmt die Erwachsenenschutzbehörde die Vermögenswerte, die vom Beistand verwaltet werden. Das können Teile des Einkommens oder das ganze Einkommen sein oder Teile des Vermögens oder das ganze Vermögen oder das gesamte Einkommen und Vermögen (Art. 395 Abs. 1 nZGB).

Die Erwachsenenschutzbehörde kann der betroffenen Person den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entziehen, ohne die Handlungsfähig-

⁵⁷ Zum Ganzen Botschaft, S. 7016.

⁵⁸ Botschaft, S. 7046.

⁵⁹ So *Affolter*, S. 1063.

keit einzuschränken (Art. 395 Abs. 3 nZGB). Untersagt die Erwachsenenschutzbehörde der betroffenen Person, über ein Grundstück zu verfügen, so lässt sie das im Grundbuch anmerken (Art. 395 Abs. 4 nZGB).

cc) Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 nZGB)

Die Mitwirkungsbeistandschaft entspricht der heutigen Mitwirkungsbeiratschaft gemäss Art. 395 Abs. 1 ZGB⁶⁰.

Bei der Mitwirkungsbeistandschaft bedürfen bestimmte Handlungen der hilfsbedürftigen Person *der Zustimmung des Beistandes* (Art. 396 Abs. 1 nZGB). Die Handlungsfähigkeit wird dabei von Gesetzes wegen entsprechend eingeschränkt (Art. 396 Abs. 2 nZGB).

dd) Kombinierte Beistandschaft (Art. 397 nZGB)

Die *Begleit-*, die *Vertretungs-* und die *Mitwirkungsbeistandschaft* können miteinander kombiniert werden (Art. 397 nZGB). Demgegenüber ist die umfassende Beistandschaft keiner Kombination zugänglich⁶¹. Mit der Kombination von Beistandschaften soll – entsprechend dem Gedanken der massgeschneiderten Massnahmen⁶² – eine im Einzelfall bedürfnisgerechte Rechtsfürsorge ermöglicht werden^{63 64}.

ee) Umfassende Beistandschaft (Art. 398 nZGB)

Die umfassende Beistandschaft entspricht der heutigen Entmündigung. Es handelt sich um die am weitesten gehende erwachsenenschutzrechtliche Massnahme. Ihre Anordnung führt zum Entzug der Handlungsfähigkeit⁶⁵.

Der Anwendungsbereich der umfassenden Beistandschaft ist eingeschränkt. Sie verlangt eine besonders ausgeprägte Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person⁶⁶. Die umfassende Beistandschaft darf nur als *ultima ratio* angeordnet werden⁶⁷.

Die umfassende Beistandschaft wird errichtet, wenn eine Person *besonders hilfsbedürftig* ist, namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit (Art. 398 Abs. 1 nZGB). Inhaltlich bezieht sie sich auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs (Art. 398 Abs. 2 nZGB). Die umfassende Beistandschaft hat von Gesetzes wegen den Wegfall der Handlungsfähigkeit zur Folge (Art. 398 Abs. 3 nZGB).

⁶⁰ Botschaft, S. 7016.

⁶¹ Botschaft, S. 7048.

⁶² Vgl. Botschaft, S. 7048. Zu den massgeschneiderten Massnahmen im Zusammenhang mit Beistandschaften auch schon III.2.2.a. i.f. hievov.

⁶³ Botschaft, S. 7017.

⁶⁴ Massgeschneiderte Massnahmen für Hilfsbedürftige zur Verfügung zu stellen, ist ein Hauptanliegen des neuen Rechts; vgl. II.5. hievov.

⁶⁵ Siehe auch Botschaft, S. 7017 und 7048.

⁶⁶ Botschaft, S. 7017.

⁶⁷ Botschaft, S. 7048.

c) Ende der Beistandschaft (Art. 399 nZGB)

Die Beistandschaft endet von Gesetzes wegen mit dem Tod der betroffenen Person (Art. 399 Abs. 1 nZGB). Besteht für die Fortdauer einer Beistandschaft kein Grund mehr, so hat sie die Erwachsenenschutzbehörde auf Antrag oder von Amtes wegen aufzuheben (Art. 399 Abs. 2 nZGB).

d) Der Beistand oder die Beiständin (Art. 400 ff. nZGB)

Die Erwachsenenschutzbehörde ernennt als Beistand eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt (Art. 400 nZGB). Auf die Wünsche der betroffenen Person oder ihr nahestehender Personen ist Rücksicht zu nehmen (Art. 401 nZGB)⁶⁸. Bei Verhinderung oder Interessenkollision ernennt die Erwachsenenschutzbehörde einen Ersatzbeistand oder regelt die Angelegenheit selber (Art. 403 nZGB).

e) Die Führung der Beistandschaft (Art. 405 ff. nZGB)

Allgemein verschafft sich der Beistand die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Kenntnisse und nimmt persönlich mit der betroffenen Person Kontakt auf (Art. 405 Abs. 1 nZGB).

Mit Blick auf das Notariat ist besonders hinzuweisen auf die Bestimmung von Art. 412 nZGB über «Besondere Geschäfte». Danach darf der Beistand in Vertretung der betroffenen Person keine Bürgschaften eingehen, keine Stiftungen errichten und keine Schenkungen vornehmen, vorbehaltlich der üblichen Gelegenheitsgeschenke (Art. 412 Abs. 1 nZGB). Vermögenswerte, die für die betroffene Person oder ihre Familie einen besonderen Wert haben, werden wenn immer möglich nicht veräussert (Art. 412 Abs. 2 nZGB).

f) Die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 415 ff. nZGB)

Hinzuweisen ist namentlich auf die Bestimmungen von Art. 416–418 nZGB über die *zustimmungsbedürftigen Geschäfte*. Neu ist, dass nur noch die Erwachsenenschutzbehörde zustimmen muss. Die heutige Differenzierung zwischen Vormundschaftsbehörde und Aufsichtsbehörde entfällt⁶⁹.

Nicht mehr aufgeführt unter den zustimmungsbedürftigen Geschäften ist der *Ehevertrag*. Für den Ehevertrag ist heute gemäss Art. 421 Ziff. 9 ZGB die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich. Neu ist die Zustimmung des Beistandes ausreichend (Art. 183 Abs. 2 nZGB)^{70 71}.

⁶⁸ Zu beachten ist, dass die Ernennung der richtigen Betreuungsperson oft entscheidender ist als die Frage, ob die angeordnete Massnahme die richtige sei oder nicht; vgl. *Affolter*, S. 1064, mit weiteren Hinweisen.

⁶⁹ Botschaft, S. 7056.

⁷⁰ Botschaft, S. 7056.

⁷¹ Vgl. dazu auch III.4.2. und IV.5. hienach.

Unterschieden wird zwischen Geschäften, die von Gesetzes wegen der Zustimmung bedürfen (Art. 416 nZGB), und Geschäften, die aufgrund der Anordnung der Erwachsenenschutzbehörde zur Zustimmung zu unterbreiten sind (Art. 417 nZGB).

Vorerst ist auf die *ex lege zustimmungsbedürftigen Geschäfte* (Art. 416 nZGB) einzugehen. Anzuführen sind hier namentlich die für das Notariat bedeutsamen Akte. Es sind das hauptsächlich die folgenden Geschäfte:

– Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB:

Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, wenn dafür eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist

Die Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass Annahme und Ausschlagung gegebenenfalls ohne Abgabe einer Willenserklärung erfolgen können (Art. 566 ZGB)⁷².

Erbverträge und Erbteilungsverträge

In Bezug auf «Erbverträge» ist hier die Situation zu verstehen, bei der die betroffene Person nicht als Erblasserin auftritt, sondern als Gegenkontrahentin, vertreten durch den Beistand⁷³.

– Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 nZGB:

Erwerb, Veräusserung, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken sowie Erstellen von Bauten, das über ordentliche Verwaltungshandlungen hinausgeht

Entgegen dem heutigen, von «Kauf, Verkauf» sprechenden Wortlaut des Art. 421 Ziff. 1 ZGB ist neu umfassender von Erwerb und Veräusserung die Rede. Damit ist z.B. auch der Tausch erfasst.

Die Erstellung von Bauten entspricht dem heutigen Art. 421 Ziff. 3 ZGB. Der Begriff der ordentlichen Verwaltungshandlung bestimmt sich gemäss Art. 647a ZGB⁷⁴.

– Art. 416 Abs. 1 Ziff. 5 nZGB:

Erwerb, Veräusserung und Verpfändung anderer Vermögenswerte sowie Errichtung einer Nutzniessung daran, wenn diese Geschäfte nicht unter die Führung der ordentlichen Verwaltung und Bewirtschaftung fallen

Die Norm entspricht grundsätzlich Art. 421 Ziff. 2 ZGB. Zustimmungspflichtig ist neu auch die Errichtung einer Nutzniessung an anderen Objekten als an Grundstücken⁷⁵.

– Art. 416 Abs. 1 Ziff. 6 nZGB:

Aufnahme und Gewährung von erheblichen Darlehen

Die Bestimmung entspricht den heutigen Regelungen von Art. 421 Ziff. 4 und 5 ZGB⁷⁶.

⁷² Botschaft, S. 7057.

⁷³ Botschaft, S. 7057.

⁷⁴ Zum Ganzen Botschaft, S. 7057.

⁷⁵ Botschaft, S. 7057.

⁷⁶ Botschaft, S. 7057.

– Art. 416 Abs. 1 Ziff. 7 nZGB:

Verpfändungsvertrag

– Art. 416 Abs. 1 Ziff. 8 nZGB:

Übernahme oder Liquidation eines Geschäfts, Eintritt in eine Gesellschaft mit persönlicher Haftung oder erheblicher Kapitalbeteiligung

Die Bestimmung entspricht dem heutigen Art. 422 Ziff. 3 ZGB⁷⁷.

Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist dann nicht erforderlich, wenn die betroffene Person urteilsfähig ist, ihr Einverständnis erteilt hat, und ihre Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt ist (Art. 416 Abs. 2 nZGB). Immer der Zustimmung bedürftig sind Verträge zwischen dem Beistand und der betroffenen Person, ausser diese erteile einen unentgeltlichen Auftrag (Art. 416 Abs. 3 nZGB).

Aus wichtigen Gründen kann die Erwachsenenschutzbehörde anordnen, dass ihr – über den gesetzlichen Katalog des Art. 416 nZGB hinaus – *weitere Geschäfte* zur Zustimmung zu unterbreiten sind (Art. 417 nZGB). Die Norm entspricht dem Konzept der massgeschneiderten erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen^{78 79}.

g) *Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 419 nZGB)*

Art. 419 nZGB statuiert die Möglichkeit der Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistandes, von Drittpersonen oder behördlich beauftragten Stellen.

h) *Besondere Bestimmungen für Angehörige (Art. 420 nZGB)*

Die Erwachsenenschutzbehörde kann Angehörige, die als Beistand eingesetzt werden, von der Inventarpflicht, der Pflicht zur Berichterstattung und Rechnungsablage sowie der Pflicht zur Einholung der Zustimmung zu bestimmten Geschäften ganz oder teilweise entbinden, wenn es die Umstände rechtfertigen. Es handelt sich dabei um einen Ermessensentscheid⁸⁰.

i) *Das Ende des Amtes des Beistandes oder der Beistandin (Art. 421 ff. nZGB)*

Das Amt des Beistandes kann von Gesetzes wegen (Art. 421 nZGB) oder durch Entlassung (Art. 422 f. nZGB) beendet werden. Gesetzlich geregelt werden die Weiterführung der Geschäfte (Art. 424 nZGB) sowie Schlussbericht und Schlussrechnung (Art. 425 nZGB).

⁷⁷ Botschaft, S. 7057.

⁷⁸ Botschaft, S. 7058.

⁷⁹ Massgeschneiderte Massnahmen für Hilfsbedürftige zur Verfügung zu stellen, stellt ein Hauptanliegen des neuen Rechts dar; vgl. II.5. hievor.

⁸⁰ Botschaft, S. 7060.

2.3 Die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. nZGB)

Die fürsorgerische Unterbringung ersetzt die heutige fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a–397f ZGB). Mit dem neuen Recht soll namentlich der *Rechtsschutz verbessert* werden^{81 82}.

Als wichtige Neuerung wird die Möglichkeit der *ärztlichen Unterbringung* (vgl. dazu Art. 397b Abs. 2 ZGB) in zweifacher Hinsicht beschränkt. Erstens muss die ärztliche Verfügung innert einer Frist von maximal sechs Wochen zwingend durch einen Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde bestätigt werden (Art. 429 Abs. 1 und 2 nZGB). Zweitens können die Kantone Ärzte bezeichnen, welche – neben der Erwachsenenschutzbehörde – die Unterbringung während maximal sechs Wochen anordnen dürfen (Art. 429 Abs. 1 nZGB). Neu ist auch das *Recht auf Beizug einer Vertrauensperson* gesetzlich verankert (Art. 432 nZGB)⁸³.

3. Organisation

3.1 Behörden und örtliche Zuständigkeit (Art. 440 ff. nZGB)

Neu sind – wie schon erwähnt⁸⁴ – die Erwachsenen- und Kindesschutzbehörden *Fachbehörden* (Art. 440 nZGB). Die örtliche Zuständigkeit ist grundsätzlich am *Wohnsitz* der betroffenen Person gegeben (Art. 442 nZGB).

3.2 Verfahren (Art. 443 ff. nZGB)

Geregelt werden die Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 443 ff. nZGB) und vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Art. 450 ff. nZGB). Weiter finden sich eine gemeinsame Bestimmung (Art. 450f nZGB) und eine Regelung der Vollstreckung (Art. 450g nZGB).

3.3 Verhältnis zu Dritten und Zusammenarbeitspflicht (Art. 451 ff. nZGB)

Das neue Recht ordnet in besonderen Bestimmungen die Verschwiegenheitspflicht und Auskunft (Art. 451 nZGB), die Wirkung der Massnahmen gegenüber Dritten (Art. 452 nZGB) und die Zusammenarbeitspflicht (Art. 453 nZGB).

3.4 Verantwortlichkeit (Art. 454 ff. nZGB)

Bei der erwachsenenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit handelt es sich um eine *Kausalhaftung*⁸⁵.

⁸¹ Vgl. Botschaft, S. 7019.

⁸² Die Verbesserung des Rechtsschutzes bei der fürsorgerischen Unterbringung stellt eines der Hauptanliegen des neuen Rechts dar; vgl. II.6. hievor.

⁸³ Zum Ganzen Botschaft, S. 7019.

⁸⁴ Vgl. II.8. hievor.

⁸⁵ Vgl. Botschaft, S. 7092.

Die Verantwortlichkeit ist ausschliesslich und direkt gegenüber dem Kanton geltend zu machen (Art. 454 Abs. 3 nZGB). Die Regelung des internen Regresses des Kantons gegenüber der schädigenden Person ist durch das kantonale Recht vorzunehmen (Art. 454 Abs. 4 nZGB)⁸⁶.

4. Änderungen weiterer Bestimmungen des Zivilgesetzbuches

4.1 Personenrecht

Im Zuge der Revision erfährt das Personenrecht verschiedene Änderungen⁸⁷, so im Bereiche der Handlungsfähigkeit (Art. 17 und 19 ff. nZGB), des Wohnsitzrechts (Art. 23, 25 und 26 nZGB) und der fehlenden Verwaltung von Sammelvermögen (Art. 89b f. nZGB).

4.2 Familienrecht

Auch im Familienrecht finden mehrere Änderungen statt⁸⁸. Namentlich entfällt für den Ehevertrag das Erfordernis der Zustimmung durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 183 Abs. 2 und Art. 416 Abs. 1 nZGB)⁸⁹. Eine besondere Regelung findet sich für Minderjährige unter Vormundschaft (Art. 327a ff. nZGB): Steht ein Kind nicht unter elterlicher Sorge, so ernennt ihm die Kindesschutzbehörde einen Vormund (Art. 327a nZGB).

4.3 Erbrecht

Im Erbrecht⁹⁰ finden sich namentlich Änderungen hinsichtlich der Erbvertragsfähigkeit (Art. 468 nZGB)⁹¹, der Nacherbeneinsetzung zulasten urteilsunfähiger Nachkommen (Art. 492a und 531 nZGB)⁹², der Beistandschaft für einen nasciturus (Art. 544 Abs. 1bis und 2 nZGB), des Erbschaftsinventars (Art. 553 Abs. 1 nZGB) und der Erbschaftsverwaltung (Art. 553 Abs. 3 nZGB).

5. Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen (Art. 14, 14a, 52 Abs. 3 und 4 SchlT nZGB)

Neue Regelungen enthalten Art. 14, 14a, 52 Abs. 3 und 4 SchlT nZGB⁹³.

6. Änderungen anderer Erlasse

Für die Änderung anderer Erlasse wird verwiesen auf die amtliche Publikation im Bundesblatt⁹⁴.

⁸⁶ Siehe zum Ganzen Botschaft, S. 7092 f.

⁸⁷ Siehe zum Personenrecht im Einzelnen den Gesetzestext in BBl 2009 S. 171–174.

⁸⁸ Zu den Änderungen im Familienrecht BBl 2009 S. 174–180.

⁸⁹ Botschaft, S. 7099. Vgl. dazu auch schon III.2.2.f. hievor.

⁹⁰ Zu den Änderungen im Erbrecht BBl 2009 S. 181.

⁹¹ Dazu Näheres IV.6. hienach.

⁹² Ausführlicher dazu IV.7. hienach.

⁹³ Vgl. den Gesetzestext in BBl 2009 S. 182 f.

⁹⁴ BBl 2009 S. 184 ff.

IV. Wichtige, das Notariat betreffende Neuerungen

1. Der Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. nZGB)

1.1 Beteiligte Personen

Der Vorsorgeauftrag wird vom *Vorsorgeauftraggeber* erteilt. Dieser muss handlungsfähig sein (Art. 360 Abs. 1 nZGB), d.h. volljährig und urteilsfähig (Art. 13 nZGB).

Der *Vorsorgebeauftragte* kann eine natürliche oder juristische Person sein (vgl. Art. 360 Abs. 1 nZGB). Es kann also auch etwa eine Bank oder eine Organisation wie die Pro Senectute mit einem Vorsorgeauftrag beauftragt werden. Ebenfalls möglich ist es, mehrere Vorsorgebeauftragte zu bestimmen. Die beauftragte(n) Person(en) sind namentlich zu bezeichnen⁹⁵. Ausdrücklich vorgesehen ist die Möglichkeit der Bestimmung von Ersatzvorsorgebeauftragten (Art. 360 Abs. 3 nZGB)⁹⁶.

1.2 Inhalt

Die vorsorgeauftraggebende Person kann für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit eine natürliche oder juristische Person damit beauftragen, die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten (Art. 360 Abs. 1 nZGB).

Die Aufgaben der Personensorge, der Vermögenssorge und der Vertretung im Rechtsverkehr können *alternativ* oder *kumulativ* an den Vorsorgebeauftragten übertragen werden. Werden alle drei Teilbereiche übertragen, so entspricht der Vorsorgeauftrag einer umfassenden Beistandschaft i.S.v. Art. 398 nZGB⁹⁷.

Der Vorsorgeauftraggeber hat die *Aufgaben*, die dem Beauftragten übertragen werden, möglichst genau zu umschreiben. Er kann Weisungen erteilen, wie die Aufgaben zu erfüllen sind (Art. 360 Abs. 2 nZGB)⁹⁸. Mit der präzisen und detaillierten Umschreibung der Aufgaben sowie der Erteilung von Weisungen lassen sich Zweideutigkeiten und allenfalls eine Verleihung von für den Vorsorgeauftraggeber zu weitgehenden Kompetenzen an den Vorsorgebeauftragten vermeiden⁹⁹.

Möglich ist auch, dass eine Person damit beauftragt wird, im Namen der Auftraggeberin die Zustimmung zu einer medizinischen Massnahme zu erteilen oder zu verweigern. Dabei handelt es sich materiell um eine Patientenverfügung (Art. 370 Abs. 2 nZGB)¹⁰⁰, weshalb diesfalls nur eine natürliche Person beauftragt werden darf¹⁰¹.

⁹⁵ Zum Ganzen Botschaft, S. 7025.

⁹⁶ Dazu Näheres IV.1.2 sogleich.

⁹⁷ Botschaft, S. 7025.

⁹⁸ Vgl. Botschaft, S. 7025, wonach dem Vorsorgebeauftragten beispielsweise die Vornahme bestimmter Vermögensanlagen verboten werden kann.

⁹⁹ Meier, planification, S. 57.

¹⁰⁰ Zu dieser IV.2. sogleich, besonders IV.2.2.

¹⁰¹ Botschaft, S. 7025 f.

Für den Fall, dass der Vorsorgebeauftragte für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, kann der Auftraggeber Ersatzverfügungen treffen (Art. 360 Abs. 3 nZGB). Der Auftraggeber kann also Ersatzvorsorgebeauftragte bezeichnen¹⁰². Die Situation erinnert an den Willensvollstrecker im Erbrecht (vgl. Art. 517 f. ZGB), wo ebenfalls Ersatzwillensvollstrecker bezeichnet werden können. Der Vorsorgeauftraggeber kann ersatzweise auch anordnen, dass eine Beistandschaft errichtet werden soll^{103 104}.

1.3 Errichtung

a) Allgemeines

Der Vorsorgeauftrag ist entweder *eigenhändig zu errichten* oder *öffentlich zu beurkunden* (Art. 361 Abs. 1 nZGB). Die Botschaft verweist diesbezüglich – unter Vorbehalt des nicht übernommenen Nottestaments i.S.v. Art. 506 ff. ZGB¹⁰⁵ – auf die entsprechenden Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen¹⁰⁶. Gemäss der Botschaft vereinfacht diese Lösung «die Situation, wenn Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen errichtet werden»¹⁰⁷.

Nach hier vertretener Ansicht ist dem Notar grundsätzlich von einer gemeinschaftlichen Beurkundung von Vorsorgeauftrag und Testament in einer Urkunde abzuraten. Und auch bei Wahl der eigenhändigen Form ist eine getrennte Abfassung vorzuziehen. Denn es geht um zwei verschiedene Rechtsgeschäfte mit unterschiedlichen Anwendungsbereichen und unterschiedlichen Inhalten¹⁰⁸. Für die beiden Geschäfte sind im Anwendungsfall auch verschiedene Behörden zuständig, nämlich die Erwachsenenschutzbehörde für den Vorsorgeauftrag und die Testamentseröffnungsbehörde für die letztwillige Verfügung.

b) Eigenhändiger Vorsorgeauftrag

Der eigenhändige Vorsorgeauftrag ist von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende von Hand zu schreiben, zu datieren und zu unterzeichnen (Art. 361 Abs. 2 nZGB). Die Form richtet sich mithin nach Art.

¹⁰² Das kann nur ein Ersatzvorsorgebeauftragter sein oder es können dies auch mehrere, sich in einer Kaskade ersetzende Beauftragte sein. Siehe auch Meier, planification, S. 57.

¹⁰³ Vgl. zum Ganzen Botschaft, S. 7026.

¹⁰⁴ Die Anordnung, dass für den Fall des Fehlens eines Vorsorgebeauftragten eine Beistandschaft errichtet werden soll, erweist sich insofern nicht als erforderlich, als dies bereits die von Gesetzes wegen eintretende Folge ist; vgl. Meier, planification, S. 57.

¹⁰⁵ Für dieses wurde kaum ein praktisches Bedürfnis erkannt.

¹⁰⁶ Vgl. Botschaft, S. 7026.

¹⁰⁷ Botschaft, S. 7026.

¹⁰⁸ Der Vorsorgeauftrag drückt bildhaft gesprochen den «zweitletzten» Willen für den Fall des Eintritts der Urteilsunfähigkeit aus, wohingegen die letztwillige Verfügung eben den «letzten» Willen für den Fall des Ablebens enthält; vgl. dazu schon II.2. hievior.

505 Abs. 1 ZGB¹⁰⁹, d.h. nach den für die eigenhändige letztwillige Verfügung bestehenden Vorschriften¹¹⁰. Die in Art. 520a ZGB für das holographische Testament besonders vorgesehene Milderung der Wirkungen von Formmängeln in Bezug auf das Datum¹¹¹ ist m.E. angesichts des in den Materialien enthaltenen umfassenden Verweises auf die Formen der letztwilligen Verfügungen¹¹² auch auf den Vorsorgeauftrag anwendbar.

c) Öffentlich beurkundeter Vorsorgeauftrag

aa) Art und Verfahren der Beurkundung

aaa) Beurkundungsart

Der öffentlich beurkundete Vorsorgeauftrag wird durch eine Urkundsperson errichtet. Innerhalb der verschiedenen Arten von Beurkundungen¹¹³ handelt es sich um die *Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung*. Der Vorsorgeauftrag ist dabei als *Rechtsgeschäft unter Lebenden* zu qualifizieren, denn seine Wirkungen sind nicht auf den Tod, sondern auf den lebzeitigen Eintritt der Urteilsunfähigkeit gestellt.

Weiter stellt die Errichtung des Vorsorgeauftrages ein *einseitiges Rechtsgeschäft* dar¹¹⁴. Der Vorsorgeauftraggeber geht keinerlei nicht mehr auflösbare Bindungen ein, wie sie mit einem Vertrag als zweiseitigem Rechtsgeschäft verbunden sind. Vielmehr kann er den Vorsorgeauftrag jederzeit frei widerrufen (Art. 362 Abs. 1 nZGB). Der Vorsorgebeauftragte seinerseits nimmt am Rechtsgeschäft zur Errichtung des Vorsorgeauftrages nicht teil und braucht von diesem auch gar keine Kenntnis zu haben¹¹⁵. Er kann erst nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers auf Prüfung und Einsetzung durch die Erwachsenenschutzbehörde hin tätig werden (vgl. Art. 363 nZGB)¹¹⁶. Dass der Vorsorgebeauftragte dabei den Vorsorgeauftrag annehmen oder nicht annehmen kann und seine

¹⁰⁹ Botschaft, S. 7026.

¹¹⁰ Kritisch zu dieser gesetzlich vorgeschriebenen Form *Leuba*, S. 40, welche sich stattdessen für die einfache Schriftlichkeit ausspricht.

¹¹¹ Siehe auch schon *Breitschmid*, S. 23.

¹¹² Dazu ausführlich und mit Hinweisen IV.1.3.c.aa.bbb. hienach.

¹¹³ Vgl. dazu *KNB-Wolff/Pfammatter*, N. 6 ff. zu Art. 21 NG, mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁴ Dass die Rechtsnatur des Vorsorgeauftrages insgesamt vielschichtig ist und mehrere Elemente aufweist – vgl. dazu *Meier*, *présentation*, RZ 47, der von einer «nature hybride de l'institution» spricht; ferner *Leuba*, S. 29 – ist durchaus zutreffend, ändert aber nichts an dessen rein einseitiger Errichtung. Siehe dazu Weiteres sogleich im Text.

¹¹⁵ Siehe auch *Meier*, *planification*, S. 56.

¹¹⁶ Im Lichte dieser behördlichen Prüfung und Einsetzung des Vorsorgebeauftragten lässt sich die Aussage in der Botschaft, S. 7027, erklären, wonach dann, wenn «kein Vertrag» errichtet worden sei, die Erwachsenenschutzbehörde Massnahmen nach Art. 388 ff. nZGB ergreifen werde. Die Verwendung des Begriffs «Vertrag» kann aber niemals so verstanden werden, dass die Errichtung des Vorsorgeauftrages ein bindendes zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Vorsorgeauftraggeber und Vorsorgebeauftragtem wäre.

Tätigkeit den Vorschriften über den Auftrag untersteht (Art. 363 Abs. 3 nZGB)¹¹⁷, betrifft alleine die Vollzugsphase¹¹⁸, vermag aber die Errichtung des Vorsorgeauftrages keinesfalls zu einem Vertrag als einem zweiseitigen und damit bindenden Rechtsgeschäft zu machen¹¹⁹.

Die Errichtung eines Vorsorgeauftrages erweist sich damit als *Beurkundung einer einseitigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung unter Lebenden*.

bbb) Beurkundungsverfahren

Nicht geklärt ist derzeit, ob der Vorsorgeauftrag in einem bundesrechtlichen ZGB-Verfahren für die öffentlichen letztwilligen Verfügungen gemäss Art. 499 ff. ZGB oder in einem kantonalrechtlichen Verfahren zu beurkunden ist. Für den Notar ist diese Frage von fundamentaler Bedeutung, steht doch damit letztlich die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes auf dem Spiel¹²⁰.

Der *Text* von Art. 361 Abs. 1 nZGB hält fest, der Vorsorgeauftrag sei eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden. Zum einzuhaltenen Verfahren der öffentlichen Beurkundung finden sich keine weiteren Hinweise. Das könnte schliessen lassen, die Beurkundung sei – wie es für Rechtsgeschäfte unter Lebenden die Regel bildet – nach kantonalrechtlichem Verfahren vorzunehmen.

Die *Materialien* zu Art. 361 nZGB führen indessen zum gegenteiligen Schluss, dass für die Beurkundung des Vorsorgeauftrages das ZGB-Verfahren für öffentliche letztwillige Verfügungen gemäss Art. 499 ff. ZGB anwendbar ist. So führt die *Botschaft*¹²¹ – im Anschluss an den Hinweis auf die Anregung von Vernehmlassungsteilnehmern, für den Vorsorgeauftrag nur gerade die Formen für die letztwilligen Verfügungen (Art. 499 ff. ZGB) zuzulassen – aus, der Entwurf sehe «nun vor, dass der Vorsorgeauftrag – entsprechend den Formerfordernissen für letztwillige Verfügungen – entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist». Unmittelbar anschliessend betont die Botschaft, solches «vereinfacht die Situation, wenn Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen errichtet werden», und lehnt schliesslich die Form des Nottestaments ab¹²². Diese Erläuterungen beziehen sich ausnahmslos und explizit auch

¹¹⁷ Dabei ist der Vorsorgebeauftragte freilich im Unterschied zu einem gewöhnlichen Mandatar der Aufsicht durch die Erwachsenenschutzbehörde unterworfen (vgl. Art. 368 nZGB).

¹¹⁸ In dieser sind insofern durchaus vertragliche oder jedenfalls vertragsähnliche Elemente vorhanden.

¹¹⁹ Vgl. auch *Leuba*, S. 29, welche vom «caractère unilatéral de la désignation du mandataire» spricht.

¹²⁰ Im Weiteren sind namentlich auch die zu beachtenden Ausstandsgründe vom anwendbaren Beurkundungsverfahren abhängig; vgl. dazu IV.1.3.b.c. hienach.

¹²¹ Botschaft, S. 7026.

¹²² Botschaft, a.a.O.

für die Variante der öffentlichen Beurkundung auf die Testamentsformen. Und anlässlich der in den *Eidgenössischen Räten* zu Art. 361 Abs. 1 Entwurf ZGB geführten Diskussion wurde unwidersprochen festgehalten, dass «der Vorsorgeauftrag den Formerfordernissen für die letztwilligen Verfügungen entspricht, also entweder eigenhändig errichtet ist oder öffentlich beurkundet wird. Diese Lösung macht es einfacher, beispielsweise Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen zu errichten»¹²³. In den Materialien wird somit für die Errichtungsformen des Vorsorgeauftrages uneingeschränkt auf die Formen für die letztwilligen Verfügungen verwiesen; die Formen werden in der Mehrzahl erwähnt, so dass damit – nachdem die letztwillige mündliche Verfügung ausgeschlossen worden ist – das eigenhändige und eben auch das öffentliche Testament bezeichnet werden. Und nur dann, wenn für die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrages ebenfalls die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung i.S.v. Art. 499 ff. ZGB eingehalten wird, ist es – ausserhalb der Form der Eigenhändigkeit – überhaupt möglich, den explizit ausgedrückten Willen des Gesetzgebers zu realisieren, Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung auch zusammen errichten zu können.

Gerichtsentscheide zum neuen Recht sind naturgemäss noch nicht vorhanden. Die *Literatur* ist nicht einheitlich, und eine ausführliche, vertiefte Diskussion der Frage fehlt bisher. Nach der einen Ansicht werden für die Errichtung des Vorsorgeauftrages ebenfalls generell – und damit auch für den öffentlichen Vorsorgeauftrag – die Formen letztwilliger Verfügungen bzw. die Testamentsformen verlangt¹²⁴. Nach anderer Auffassung wird dagegen für die Form die blosser öffentliche Beurkundung ausdrücklich ohne Einhaltung der Formen von Art. 499 ff. ZGB – und damit namentlich ohne Beizug von Zeugen – als genügend erachtet¹²⁵.

¹²³ So das Votum des Kommissionspräsidenten Ständerat *Franz Wicki* vom 27. September 2007 zur Behandlung von Art. 361 Abs. 1 Entwurf ZGB im Ständerat, Amtl. Bull. SR 2007 S. 829. Der Nationalrat hat am 2. Oktober 2008 Zustimmung zum Beschluss des Ständerates erteilt; vgl. Amtl. Bull. NR 2008 S. 1514.

Von einer gemeinsamen Beurkundung von Vorsorgeauftrag und Testament in einer Urkunde ist freilich in der Regel abzuraten; vgl. zur Begründung hievon IV.1.3.a. i.f.

¹²⁴ So *Affolter*, S. 1060; *Petermann*, RZ 70 und 76; *Breitschmid*, S. 18 und 23; *Kälin*, S. 1049; ebenso für Errichtung des Vorsorgeauftrages in der Form «analog Testament (ohne Nottestament)» auch schon die Präsidentin der Expertenkommission Erwachsenenschutzrecht *Reusser*, S. 3.

¹²⁵ So *Leuba*, S. 29 f., mit FN 8, welche im Gesetzesentwurf ohne nähere Begründung eine Abweichung von den Ausführungen in der Botschaft erkennen will; gefolgt von *Meier*, *planification*, S. 55, mit FN 98. Vgl. gegen die Erforderlichkeit des Beizuges von Zeugen auch *Meier*, *présentation*, RZ 46; werden die Zeugen zur Beurkundung nicht beigezogen, ist allerdings die von diesem Autor, a.a.O., unmittelbar anschliessend als von der geforderten Form her möglich erachtete Kombination von Vorsorgeauftrag und Testament «dans un même acte» gerade ausgeschlossen. Nicht konsequent jüngstens auch *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, RZ 20.13 f., die einerseits betonen, das Gesetz lehne «sich bei der Form an jene des Testaments an» und der Vorsorgeauftrag sei entweder öffentlich zu beurkunden oder eigenhändig zu errichten, andererseits aber ohne Begründung dafür halten, die «bundesrechtlichen Vorschriften für die letztwillige Verfügung (Art. 499 ff. nZGB) gelten hier nicht».

Aufgrund einer gesamthaften, die gesetzliche Regelung von Errichtung und Widerruf¹²⁶ des Vorsorgeauftrages wie auch die insofern eindeutigen Materialien einbeziehenden Beurteilung ist nach hier vertretener Ansicht von einem *umfassenden Verweis des Gesetzgebers auf die Formen der letztwilligen Verfügungen* auszugehen¹²⁷. Eine Spaltung der Errichtungsverfahren in den eigenhändigen Vorsorgeauftrag, der sich nach der Regelung der letztwilligen Verfügungen richtete, und den öffentlichen Vorsorgeauftrag, der die Bestimmungen der letztwilligen Verfügungen nicht zu beachten brauchte, lässt sich jedenfalls nur schwer begründen. In der Sache selbst ist die Gleichstellung mit der qualifizierten öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 499 ff. ZGB insofern gerechtfertigt, als der Vorsorgeauftraggeber beim Wirksamwerden des Vorsorgeauftrages – genau gleich wie der Testator beim Inkrafttreten seiner letztwilligen Verfügung – selber nicht mehr rechtsgeschäftlich handeln kann; die beiden Situationen sind insofern miteinander vergleichbar, und deshalb steht der Vorsorgeauftrag dem Testament viel näher als etwa der im kantonalen Verfahren zu beurkundenden – auch einseitig möglichen (vgl. Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) – Errichtung von Stockwerkeigentum, so dass auch aus teleologischer Sicht die Gleichstellung des Verfahrens mit demjenigen für das öffentliche Testament fundiert ist. In Berücksichtigung all dieser Überlegungen ergibt sich, dass beim Vorsorgeauftrag eine *Beurkundung eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden in einem bundesrechtlichen ZGB-Verfahren* stattfindet¹²⁸.

Und selbst dann, wenn man die gegenteilige Meinung vertreten möchte, mithin für den öffentlichen Vorsorgeauftrag – im Unterschied zum eigenhändig verfassten – von der Einhaltung der Testamentsvorschriften dispensiert, so *empfiehlt sich* mit Blick auf die derzeit bestehenden Unsicherheiten dennoch die Vornahme der Beurkundung unter Berücksichtigung auch der für die öffentliche letztwillige Verfügung mass-

¹²⁶ In dieser Hinsicht sei namentlich auf Art. 361 Abs. 2 nZGB hingewiesen, wonach der Vorsorgeauftrag auch durch Vernichtung widerrufen werden kann. Diese Widerrufsform gilt nach der gesetzlichen Regelung uneingeschränkt und damit auch für den öffentlichen Vorsorgeauftrag. Die Vernichtung einer öffentlichen Urkunde führt ausserhalb der öffentlichen letztwilligen Verfügung (vgl. Art. 510 Abs. 1 ZGB, der auch auf öffentliche Testamente anwendbar ist) nie deren Aufhebung herbei. Erfolgt im Bereiche der Widerrufsverfahren eine Gleichstellung des Vorsorgeauftrages mit dem öffentlichen Testament, so ist nicht einzusehen, wieso das für das Errichtungsverfahren nicht der Fall sein sollte.

¹²⁷ Die Ansicht von *Leuba*, S. 29 f., greift m.E. zu kurz und berücksichtigt die in der Entstehungsgeschichte mehrfach gemachten, unmissverständlichen und unwidersprochen gebliebenen Erläuterungen nicht.

¹²⁸ Damit liegt in Bezug auf das Beurkundungsverfahren von Willenserklärungen ein Novum vor. Bisher bekannt waren nur das bundesrechtliche Beurkundungsverfahren von Rechtsgeschäften von Todes wegen im ZGB-Verfahren und die fakultative Heranziehung des ZGB-Verfahrens als ergänzendes kantonales Recht für die Beurkundung von jeglichen Willenserklärungen (vgl. für Bern Art. 48 NV).

gebenden Bestimmungen der Art. 499 ff. ZGB, wobei selbstverständlich die einschlägigen Vorschriften des kantonalen Beurkundungsrechts ebenfalls zu beachten sind. Ein solches Vorgehen ist überall dort ohne weiteres möglich, wo nach dem kantonalen Recht die Beurkundung von sämtlichen Willenserklärungen auch in denjenigen Formen vorgenommen werden kann, welche das Bundesrecht für öffentliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge vorsieht¹²⁹. Das ZGB-Beurkundungsverfahren findet diesfalls als ergänzendes Verfahren auf kantonalechtlicher Grundlage Anwendung¹³⁰. Damit werden sowohl die kantonalechtlichen Verfahrensvorschriften als auch – für den Fall, dass wie hier vertreten, die Formen des öffentlichen Testaments zu beachten sind – die Erfordernisse aus dem bundesrechtlichen ZGB-Verfahren gewahrt. Der Grundsatz, dass die Einhaltung des ZGB-Verfahrens auch die Form für die nach kantonalem Recht vorgesehenen Beurkundungsverfahren für Willenserklärungen wahrt, gilt nach der überwiegenden notariatsrechtlichen Lehre – im Lichte der allgemeinen Überlegung, wonach die Wahrung einer weitergehenden Formvorschrift stets auch eine weniger weitgehende Formvorschrift erfüllt – grundsätzlich auch ohne eine ausdrückliche Regelung im kantonalen Recht¹³¹. Ergänzend sind allenfalls weitere Vorschriften des konkret anwendbaren kantonalen Rechts zu beachten. Wird auf solche Weise vorgegangen, so wird dem für Urkundspersonen geltenden methodischen Grundsatz der Beschreitung des sichereren Weges¹³² nachgelebt. Demgegenüber erweist sich die umgekehrte Vorgehensweise der Beurkundung ohne Beachtung der Art. 499 ff. ZGB zum gegenwärtigen Zeitpunkt als riskant.

¹²⁹ Dies ist in einer Reihe von kantonalen Notariatsrechten ausdrücklich verankert; siehe die Hinweise bei *Mooser*, N. 675, und *Schmid*, S. 8, mit FN 30. Vgl. namentlich Art. 48 Abs. 1 NV Bern: «Die Beurkundung von Willenserklärungen kann auch in den Formen erfolgen, welche das Bundesrecht für öffentliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge vorsieht.»; Art. 60 LN Waadt: «Un acte authentique entre vifs est valablement instrumenté au regard de la loi cantonale s'il suit les formes d'instrumentation du droit fédéral.»; Art. 54 lit. d NG Freiburg: «Die Urkunde hat trotzdem öffentlichen Charakter: ... d) wenn die in den Artikeln 501, 502 und 512 ZGB vorgesehenen Formen verwendet wurden statt jener des kantonalen Rechts.»; § 39 Beurkundungsgesetz Luzern: «Ein Rechtsgeschäft unter Lebenden kann auch in der Form der Verfügung von Todes wegen beurkundet werden.»; Art. 25 Abs. 2 Notariatsdekret Jura: «L'observation des règles prescrites pour l'établissement d'actes portant sur des dispositions de dernière volonté ou des pactes successoraux suffit en vue de la passation des actes notariés.»

¹³⁰ Vgl. *Marti*, N. 1 zu Art. 16 ND; *KNB-Wolf/Genna*, N. 3 zu Art. 48 NV.

¹³¹ Vgl. grundlegend dazu die Ausführungen des früheren Zürcher Notariatsinspektors *Huber*, S. 251 f. und 254; weiter *Brückner*, RZ 2478; *Wolf/Genna*, S. 66; *KNB-Wolf/Genna*, N. 3 zu Art. 48 NV; so bei vorhandenen Abgrenzungsfragen zwischen Wirkungen eines Geschäfts unter Lebenden oder auf den Tod auch *Schmid*, S. 9. A.M. *Mooser*, N. 675, der dafür hält, die Anerkennung der Gültigkeit eines statt in einem kantonalen Verfahren in einem bundesrechtlichem Verfahren beurkundeten Geschäftes dürfe nur zugelassen werden, wenn das kantonale Recht solches vorsehe.

¹³² Dazu *Langenfeld*, S. 78 ff.

bb) Zu den Prüfungs- und weiteren Berufspflichten des Notars

Der Notar hat – nach meinem Dafürhalten – die *Identität* des Vorsorgeauftraggebers und dessen *Handlungsfähigkeit*, d.h. die Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit (Art. 13 nZGB), zu prüfen. Anders als bei Verfügungen von Todes wegen ist nicht die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit, sondern die Geschäftsfähigkeit in Bezug auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden¹³³ zu prüfen¹³⁴. Das ist – wenn wie hier vertreten die Beurkundung im ZGB-Verfahren stattfindet¹³⁵ – bei der von den Zeugen abzugebenden Bestätigung zu berücksichtigen.

In inhaltlicher Hinsicht hat der Notar zu prüfen, ob der *Vorsorgeauftrag dem im Gesetz Vorgesehenen entspricht*. Gemäss der Botschaft hat der Notar demgegenüber nicht zu prüfen, «ob die bezeichnete Person bereit ist, den Auftrag anzunehmen und dafür geeignet erscheint. Eine solche amtliche Prüfung macht keinen Sinn, weil sich die Verhältnisse bis zur Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages ändern können und die beauftragte Person den Auftrag jederzeit kündigen kann (vgl. Art. 367). Diese Prüfung obliegt demgegenüber der Erwachsenenschutzbehörde, sobald der Vorsorgefall eingetreten ist (vgl. Art. 363)»¹³⁶. Dem kann grundsätzlich gefolgt werden. Namentlich, ob der Vorsorgebeauftragte den Auftrag der-einst annehmen wird, lässt sich natürlich nicht ex ante prüfen. Ein Vorbehalt ist aber m.E. anzubringen hinsichtlich der *Eignung einer Person als Vorsorgebeauftragter*. Diesbezüglich hat der Notar eine momentbezogene prima facie-Prüfung im Rahmen des Offensichtlichkeitsmassstabes vorzunehmen¹³⁷. Und wenn er dabei erkennt, dass die gewünschte Person offensichtlich nicht geeignet ist – z.B. weil sie selber bereits unter umfassender Beistandschaft steht –, so hat er das seinem Klienten zu sagen. Das ergibt sich namentlich aus der Rechtsbelehrungspflicht des Notars¹³⁸.

Ebenfalls kraft seiner Rechtsbelehrungspflicht hat der Notar den Vorsorgeauftraggeber anlässlich der Beurkundung darauf hinzuweisen, dass sichergestellt werden sollte, dass die *Erwachsenenschutzbehörde* bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit vom Vorsorgeauftrag *Kenntnis erhält*¹³⁹. Der Notar hat mithin auf die Möglichkeit der *Registrierung* beim Zivilstandsamt aufmerksam zu machen. Der Auftraggeber kann die Tatsache, dass er einen Vorsorgeauftrag errichtet hat und wo dieser hinterlegt ist, beim

¹³³ Der Vorsorgeauftrag stellt ein Rechtsgeschäft unter Lebenden dar; vgl. IV.1.3.c.aa.aaa. hievor.

¹³⁴ Vorauszusetzen ist volle Handlungsfähigkeit; vgl. *Meier*, planification, S. 55.

¹³⁵ IV.1.3.c.aa.bbb. soeben.

¹³⁶ Botschaft, S. 7026.

¹³⁷ A.M. *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, RZ 20.14, wonach die Urkundsperson nicht zu prüfen hat, ob der Beauftragte geeignet ist.

¹³⁸ Für Bern Art. 35 NG.

¹³⁹ Gemäss Botschaft, S. 7026, hat die auftraggebende Person dafür zu sorgen, dass die Erwachsenenschutzbehörde vom Vorsorgeauftrag Kenntnis erhält. Für öffentlich beurkundete Vorsorgeaufträge besteht aber m.E. eine Pflicht für die Urkundsperson, auf die Problematik und deren Lösungsmöglichkeiten hinzuweisen.

Zivilstandsamt in die zentrale Datenbank «Infostar» eintragen lassen (Art. 361 Abs. 3 Satz 1 nZGB). Der Auftraggeber hat dabei seine Identität anzugeben, den Vorsorgeauftrag aber nicht auszuhändigen¹⁴⁰. Die sichere Aufbewahrung ist Sache des Vorsorgeauftraggebers¹⁴¹.

cc) Ausstandspflichten

Die von der Urkundsperson zu beachtenden Ausstandsgründe hängen vom anwendbaren Beurkundungsverfahren ab. Für das ZGB-Verfahren statuiert Art. 503 ZGB die Ausstandsvorschriften, während für die Beurkundungen nach kantonalem Verfahren grundsätzlich das kantonale Notariatsrecht eine Ausstandsregelung zu normieren hat. Weil die Frage des auf öffentliche Vorsorgeaufträge anwendbaren Beurkundungsverfahrens derzeit nicht geklärt ist¹⁴², empfiehlt sich für den Notar im Einzelfall vorsichtigerweise die Beachtung sowohl der bundesrechtlichen als auch der kantonalrechtlichen Ausstandsregeln.

Ausstandsrechtlich kann sich namentlich die Frage stellen, ob der den Vorsorgeauftrag beurkundende Notar in der öffentlichen Urkunde vom Vorsorgeauftraggeber als Vorsorgebeauftragter bezeichnet werden darf. Unter der Prämisse, dass die Beurkundung in einem bundesrechtlichen ZGB-Verfahren stattfindet¹⁴³, ist m.E. für die Ausstandspflichten die bundesrechtliche Ordnung von Art. 503 ZGB sinngemäss anwendbar¹⁴⁴. Damit ist die aufgeworfene Frage – analog zur Situation beim Willensvollstrecker¹⁴⁵ – zu bejahen. Wenn demgegenüber für den Vorsorgeauftrag ein kantonalrechtliches Beurkundungsverfahren zur Anwendung gelangen sollte, dann richten sich die Ausstandsgründe nach dem kantonalen Recht¹⁴⁶, und zwar – jedenfalls für das bernische Recht – auch dann, wenn das ZGB-Verfahren als alternatives kantonales Beurkundungsverfahren angewendet wird¹⁴⁷.

1.4 Widerruf

Der Vorsorgeauftraggeber kann seinen Vorsorgeauftrag *jederzeit in einer der beiden für die Errichtung vorgeschriebenen Formen* widerrufen (Art. 362 Abs. 1 nZGB). Der Widerruf kann auch durch *Vernichtung* der

¹⁴⁰ Botschaft, S. 7026 f.

¹⁴¹ Meier, planification, S. 58 f.

¹⁴² Dazu IV.1.3.c.aa.bbb. hievor.

¹⁴³ Dafür sprechen nach hier vertretener Auffassung überzeugende Gründe; vgl. IV.1.3.c.aa.bbb. hievor.

¹⁴⁴ Für die bundesrechtlich geregelten Beurkundungsverfahren richtet sich die Ausstandspflicht abschliessend und ausschliesslich nach Art. 503 ZGB; vgl. Ruf, RZ 739; Mooser, N. 153; KNB-Wolf, N. 7 zu Art. 32 NG, mit weiteren Hinweisen. Damit ist nach hier vertretener Ansicht Art. 503 ZGB analog auch auf die in einem bundesrechtlichen Verfahren erfolgende Beurkundung des Vorsorgeauftrages anwendbar.

¹⁴⁵ Siehe dazu Wolf, Willensvollstreckung, S. 93 ff., besonders S. 95, mit weiteren Hinweisen.

¹⁴⁶ Für Bern sind Art. 32 f. NG massgebend; vgl. KNB-Wolf, N. 6 zu Art. 32 NG.

¹⁴⁷ Vgl. KNB-Wolf, N. 9 f. zu Art. 32 NG, mit weiteren Hinweisen.

Urkunde erfolgen (Art. 362 Abs. 2 nZGB). Errichtet der Vorsorgeauftraggeber einen *neuen Vorsorgeauftrag* ohne ausdrückliche Aufhebung des früheren, so tritt der neue Vorsorgeauftrag an die Stelle des früheren, sofern er nicht zweifellos eine blosser Ergänzung darstellt (Art. 362 Abs. 3 nZGB). Die Widerrufsformen entsprechen denjenigen des Testaments¹⁴⁸.

Bei der Aufhebung durch Vernichtung ist – analog zur Situation bei öffentlichen letztwilligen Verfügungen¹⁴⁹ – das Original zu vernichten und nicht nur eine Kopie¹⁵⁰. Für öffentlich beurkundete Vorsorgeaufträge bedeutet das, dass die Urschrift zu vernichten ist. Analog zu Testamenten liegt ein Fall vor, in dem *von Bundesrechts wegen die Urschrift herauszugeben ist*¹⁵¹. Der bernische Notar hat somit sinngemäss nach Art. 42 Abs. 5 NV vorzugehen. M.E. sollte der kantonale Verordnungsgeber diese Norm auch für Vorsorgeaufträge anwendbar erklären. So oder anders ist die Urschrift eines Vorsorgeauftrages auf Verlangen dem Vorsorgeauftraggeber zur Vernichtung auszuhändigen. Der Notar nimmt darüber ein Verbal auf, welches er anstelle der ausgehändigten Urschrift der Urschriftensammlung beifügt¹⁵². Das Verbal erhält die Ordnungsnummer der ausgehändigten Urschrift¹⁵³. Das Verbal kann in einer Feststellungsurkunde des Notars über die Herausgabe der Urschrift oder in der Beurkundung einer Willenserklärung des Vorsorgeauftraggebers bestehen, wonach er die Urschrift zum Zwecke der Vernichtung herausverlangt und erhalten hat¹⁵⁴. Die letztere Form verdient dabei den Vorzug¹⁵⁵.

Der Notar sollte weiter darauf achten, dass neben der Vernichtung der Urschrift durch den Vorsorgeauftraggeber auch deren sämtlichen *Ausfertigungen* in seiner Gegenwart vernichtet werden. Zwecks Herstellung von Rechtssicherheit sind ebenso allfällig vorhandene schriftliche oder elektronische *Kopien und Abschriften* von Vorsorgeaufträgen zu vernichten, denn auch solche können im Falle der Urteilsunfähigkeit der Erwachse-

¹⁴⁸ Vgl. Art. 509 Abs. 1 ZGB für den Widerruf, Art. 510 Abs. 1 ZGB für die Vernichtung und Art. 511 Abs. 1 ZGB für die spätere Verfügung.

¹⁴⁹ BGE 83 II 500 = ZBGR 42 S. 260.

¹⁵⁰ Siehe auch Botschaft, S. 7027; ferner Ständerat Wicki, Amtl. Bull. SR 2007 S. 830.

¹⁵¹ Aus diesem Grunde enthielt der Entwurf des Bundesrates noch die der Rechtsprechung des Bundesgerichts Rechnung tragende Bestimmung (Art. 362 Abs. 2 Entwurf ZGB), wonach beim Widerruf durch Vernichtung eines öffentlich beurkundeten Vorsorgeauftrages die Urkundsperson zu benachrichtigen ist; vgl. auch den Hinweis in Botschaft, S. 7027. Die Bestimmung ist allerdings in der nachfolgenden Beratung durch die Eidgenössischen Räte gestrichen worden, um die Kohärenz mit Art. 510 Abs. 1 ZGB, wo der Revisionsvorschlag ebenfalls nicht übernommen wurde, zu wahren; vgl. Amtl. Bull. NR 2008 S. 1515 f., und Amtl. Bull. SR 2008 S. 882.

¹⁵² Werden solche Urschriften nach Schliessung des Büros nicht durch einen Büronachfolger aufbewahrt, so gilt diese Bestimmung auch für die aufbewahrende Stelle (vgl. für Verfügungen von Todes wegen Art. 42 Abs. 5 Satz 2 und 3 NV); vgl. KNB-Wolf, N. 9 zu Art. 42 NV.

¹⁵³ Vgl. Marti, N. 2 zu Art. 10 aND; KNB-Wolf, N. 9 zu Art. 42 NV.

¹⁵⁴ Siehe dazu auch für Verfügungen von Todes wegen Musterurkunde VbN Nr. 58.

¹⁵⁵ Zum Ganzen für Verfügungen von Todes wegen KNB-Wolf, N. 7 ff. zu Art. 42 NV.

nenschutzbehörde eingeliefert werden und drohen alsdann im Falle von Unsicherheiten über die erfolgte Aufhebung des Vorsorgeauftrages durch Vernichtung dennoch – und allenfalls entgegen dem Willen des Vorsorgebeauftragten – zur Anwendung zu gelangen¹⁵⁶.

1.5 Vorgehen im Falle des Eintritts der Urteilsunfähigkeit

Erfährt die *Erwachsenenschutzbehörde* von der Urteilsunfähigkeit einer Person und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt (Art. 363 Abs. 1 nZGB). Liegt *kein Vorsorgeauftrag* vor, so prüft die Erwachsenenenschutzbehörde *Massnahmen* nach Art. 388 ff. nZGB¹⁵⁷. Liegt ein *Vorsorgeauftrag* vor, so prüft die Erwachsenenenschutzbehörde, ob dieser gültig errichtet worden ist, die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind, die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist und ob weitere Massnahmen erforderlich sind (Art. 363 Abs. 2 nZGB). Damit wird mithin die Erwachsenenenschutzbehörde auch über die Gültigkeit notarieller Urkunden – nämlich eben der öffentlich beurkundeten Vorsorgeaufträge – befinden.

Jeder Vorsorgeauftrag steht unter einer gesetzlichen Suspensivbedingung (Art. 360 Abs. 1 nZGB). Die Suspensivbedingung besteht im *Eintritt der Urteilsunfähigkeit* des Vorsorgeauftraggebers (vgl. neben Art. 360 Abs. 1 nZGB namentlich auch Art. 363 Abs. 2 Ziff. 2 nZGB, wonach die Erwachsenenenschutzbehörde zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen der Wirksamkeit eingetreten sind)¹⁵⁸. Die Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang Urteilsunfähigkeit gegeben ist bzw. ob die für die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages erforderliche Schwelle erreicht ist¹⁵⁹ und wie der Zustand der Urteilsunfähigkeit festgestellt werden soll, dürfte allerdings je nach Situation im Einzelfall einige Schwierigkeiten bereiten¹⁶⁰. Häufig wird die Urteilsunfähigkeit durch ein Gutachten festgestellt werden müssen¹⁶¹.

Nimmt die *beauftragte Person* den Vorsorgeauftrag an, so weist die Behörde sie auf ihre Pflichten nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag hin. Zugleich wird ihr ein «Vorsorgebeauftragterzeugnis» ausgestellt (Art. 363 Abs. 3 nZGB)¹⁶².

¹⁵⁶ Vgl. zum Ganzen aus der Optik der Verfügungen von Todes wegen KNB-Wolf, N. 13 zu Art. 42 NV, mit weiteren Hinweisen.

¹⁵⁷ Botschaft, S. 7027.

¹⁵⁸ Siehe auch Gutzwiller, S. 558; Meier, planification, S. 60.

¹⁵⁹ Zu erinnern ist, dass Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit nach herkömmlicher Auffassung relative Begriffe sind, d.h. sich auf ein bestimmtes konkretes Geschäft und auf einen bestimmten Zeitpunkt beziehen.

¹⁶⁰ Siehe zum Ganzen Gutzwiller, S. 558.

¹⁶¹ Meier, planification, S. 61.

¹⁶² Aus Gründen der Rechtssicherheit und mit Blick auf die mit dem Vorsorgeauftrag allenfalls verbundenen weitreichenden Kompetenzen ist der Erhalt der Urkunde der Erwachsenenenschutzbehörde als konstitutive Voraussetzung für die Ausübung des Auftrages durch den Beauftragten zu betrachten; vgl. so Meier, planification, S. 62.

Die Erwachsenenenschutzbehörde ist von Gesetzes wegen auch zur Auslegung des Vorsorgeauftrages und zu dessen Ergänzung in Nebenpunkten berechtigt, wenn der Vorsorgebeauftragte sie darum ersucht (Art. 364 nZGB).

Erlangt die auftraggebende Person ihre Urteilsfähigkeit wieder, so *verliert* der Vorsorgeauftrag von Gesetzes wegen seine *Wirkung* (Art. 369 nZGB). Diese gesetzliche Regelung ist bei der Formulierung des Vorsorgeauftrages zu bedenken. Will der Vorsorgeauftraggeber, dass sein infolge Eintritts der Urteilsunfähigkeit vorerst wirksam gewordener, alsdann aber aufgrund des Wiedererlangens der Urteilsfähigkeit seiner Wirkung wiederum verlustig gegangener Vorsorgeauftrag auch weiterhin, d.h. für einen späteren zweiten oder weiteren Fall des Eintritts der Urteilsunfähigkeit, Wirkung behält, so wird er diesen seinen Willen vorzugsweise im Vorsorgeauftrag ausdrücklich festhalten.

2. Patientenverfügung (Art. 370 ff. nZGB)

2.1 Grundsätzliches

Eine urteilsfähige Person kann mittels einer Patientenverfügung festlegen, welchen *medizinischen Massnahmen* sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt (Art. 370 Abs. 1 nZGB). Sie kann auch eine *natürliche Person bezeichnen*, die mit dem Arzt die medizinischen Massnahmen besprechen und in ihrem Namen entscheiden soll. Sie kann dieser Person *Weisungen* erteilen (Art. 370 Abs. 2 nZGB). Für den Fall, dass die bezeichnete Person nicht geeignet ist, den Auftrag ablehnt oder ihn kündigt, können *Ersatzverfügungen* getroffen werden (Art. 370 Abs. 3 nZGB).

Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag, der erteilt werden kann durch eine handlungsfähige Person (vgl. Art. 360 Abs. 1 nZGB)¹⁶³, genügt für den Erlass einer Patientenverfügung die Urteilsfähigkeit (Art. 370 Abs. 1 nZGB), weil es um die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts geht (Art. 19c nZGB)¹⁶⁴.

2.2 Errichtung und Widerruf

Die Patientenverfügung ist *schriftlich* zu errichten, zu *datieren* und zu *unterzeichnen* (Art. 371 Abs. 1 nZGB). Es gelten somit nicht dieselben Formvorschriften wie für den Vorsorgeauftrag¹⁶⁵. Vielmehr genügt Schriftform i.S.v. Art. 13 f. OR^{166 167}.

¹⁶³ Vgl. dazu IV.1.1. hievor.

¹⁶⁴ So Botschaft, S. 7031.

¹⁶⁵ Dazu IV.1.3. hievor.

¹⁶⁶ Botschaft, S. 7031.

¹⁶⁷ Siehe ausführlich zum Regelungs- und Diskussionsstand der formellen Anforderungen an eine Patientenverfügung Jossen, S. 194 ff.

Es ist möglich, eine Patientenverfügung in einen Vorsorgeauftrag zu integrieren¹⁶⁸. Diesfalls sind die strengeren Formvorschriften von Art. 361 Abs. 1 und 2 nZGB zu beachten^{169 170}.

Für den *Widerruf* einer Patientenverfügung gilt die Bestimmung über den Widerruf des Vorsorgeauftrages (Art. 362 nZGB)¹⁷¹ sinngemäss (Art. 371 Abs. 3 nZGB)¹⁷².

2.3 Eintritt der Urteilsunfähigkeit

Der Verfügende hat in erster Linie selber dafür zu sorgen, dass seine Verfügung im Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit zur Kenntnis genommen wird¹⁷³. Dafür besteht die Möglichkeit, die Tatsache der Errichtung einer Patientenverfügung und den Hinterlegungsort auf der *Versichertenkarte* eintragen zu lassen (Art. 371 Abs. 2 nZGB). Unter Vorbehalt dringender Fälle ist der behandelnde Arzt verpflichtet, bei urteilsunfähigen Patienten anhand der Versichertenkarte abzuklären, ob eine Patientenverfügung vorliegt (Art. 372 Abs. 1 nZGB).

Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag (vgl. Art. 363 Abs. 2 nZGB)¹⁷⁴ muss die Erwachsenenschutzbehörde die Wirksamkeit der Patientenverfügung nicht prüfen. Angesichts der Beschränkung auf den medizinischen Bereich erfolgt die *Kontrolle durch das Medizinalpersonal*¹⁷⁵. Jede dem Patienten nahestehende Person kann indessen die *Erwachsenenschutzbehörde anrufen* und geltend machen, es werde der Patientenverfügung nicht entsprochen, es seien die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, oder die Patientenverfügung beruhe nicht auf freiem Willen (Art. 373 Abs. 1 nZGB).

2.4 Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (Hinweis)

Die mit dem Erwachsenenschutzrecht für die Patientenverfügung geschaffene einheitliche Lösung für die Schweiz entspricht einer Empfehlung der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)¹⁷⁶. Diese hat eine am 19. Mai 2009 genehmigte, auf das neue Recht Bezug nehmende Fassung der «Patientenverfügungen, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen» erlassen¹⁷⁷.

¹⁶⁸ Vgl. schon IV.1.2. hievior.

¹⁶⁹ Botschaft, S. 7031.

¹⁷⁰ Vgl. für die Formen der Errichtung des Vorsorgeauftrages IV.1.3. hievior.

¹⁷¹ Dazu IV.1.4. hievior.

¹⁷² Botschaft, S. 7032.

¹⁷³ Vgl. Botschaft, S. 7032.

¹⁷⁴ Dazu IV.1.5. hievior.

¹⁷⁵ Botschaft, S. 7031.

¹⁷⁶ Vgl. Botschaft, S. 7030, mit Hinweis in FN 16.

¹⁷⁷ Vgl. <<http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-guelte-Richtlinien.html>>, besucht am 6. Januar 2010.

3. Beistandschaften und ihre Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit

Je nachdem, welche Beistandschaft konkret vorliegt, bestehen unterschiedliche Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit¹⁷⁸. Die Vornahme der entsprechenden Abklärungen gehört zu den Berufspflichten der Urkundsperson.

4. Erfordernis der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zu bestimmten Geschäften

Art. 416–418 nZGB enthalten Bestimmungen über die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zu bestimmten Rechtsgeschäften¹⁷⁹. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines von ihm zu beurkundenden Geschäftes ist durch den Notar im Einzelfall zu prüfen.

5. Ehevertrag

Gemäss Art. 183 Abs. 2 ZGB bedürfen Unmündige und Entmündigte für den Abschluss des Ehevertrages der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Diese Regelung wird beibehalten.

Heute fallen Eheverträge unter die Geschäfte, die von Gesetzes wegen der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bedürfen (Art. 421 Ziff. 9 ZGB). Im neuen Recht ist das nicht mehr so (vgl. Art. 416 Abs. 1 nZGB). Neben der Mitwirkung der urteilsfähigen verbeiständeten Person ist die Zustimmung des Beistandes ausreichend (Art. 183 Abs. 2 nZGB)¹⁸⁰.

6. Verfügung durch Erbvertrag (Art. 468 nZGB)¹⁸¹

Nach geltendem Recht kann eine entmündigte Person – selbst bei Vorliegen der Urteilsfähigkeit – nur durch Testament, nicht aber durch Erbvertrag von Todes wegen verfügen (Art. 468 ZGB). Gemäss dem neuen Recht können auch Personen unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrages umfasst, *erbvertraglich verfügen*. Dazu erforderlich sind die Urteilsfähigkeit und das Zurücklegen des 18. Altersjahrs (Art. 468 Abs. 1 nZGB) sowie die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 468 Abs. 2 nZGB). Nicht notwendig ist dagegen die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde: Erbrechtliche Verfügungen des Verbeiständeten werden von dem in Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB statuierten Zustimmungserfordernis nicht erfasst; dieses bezieht sich vielmehr nur auf den Fall des Abschlusses eines Erbvertrages durch den Verbeiständeten als Vertragspartner des Erblassers¹⁸².

¹⁷⁸ Vgl. dazu III.2.2.b. oben.

¹⁷⁹ Vgl. dazu III.2.2.f. hievior.

¹⁸⁰ Botschaft, S. 7056 und 7099. Siehe auch schon III.2.2.f. und III.4.2. hievior.

¹⁸¹ Zum Folgenden auch schon *Wolf*, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 57 f.

¹⁸² Vgl. Botschaft, S. 7105.

Als Beistandschaft, welche den Abschluss eines Erbvertrages umfasst, fällt nicht eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 nZGB), sondern eine Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 nZGB) in Betracht. Denn der Abschluss eines Erbvertrages stellt für den Erblasser ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft dar, so dass für ihn jede Vertretung ausgeschlossen ist^{183 184}.

Warum lässt man verbeiständete Personen neu auch durch Erbvertrag von Todes wegen verfügen? Nach der Botschaft kann es gelegentlich «im wohlverstandenen Interesse der verbeiständeten Person liegen ..., einen Erbvertrag abzuschliessen; man denke etwa an den Erbvertrag unter Ehegatten»¹⁸⁵.

Beim Abschluss eines Erbvertrages durch eine verbeiständete Person wird der Beistand besonders in die Verantwortung genommen. Der die Zustimmung zum Erbvertrag erteilende Beistand muss sich vor allem bewusst sein, dass die verbeiständete Person damit *bindende Verfügungen von Todes wegen* eingeht, die sich einseitig grundsätzlich nicht mehr aufheben lassen¹⁸⁶. Der Notar seinerseits hat gestützt auf seine Rechtsbehrungspflicht¹⁸⁷ den Verbeiständeten und dessen Beistand auf die dem Grundsatz nach bindende Wirkung der erbvertraglichen Verfügung hinzuweisen.

7. Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkommen (Art. 492a und 531 nZGB)¹⁸⁸

7.1 Ausgangslage

Mit der neuen Regelung werden besondere Rechtsgrundlagen geschaffen für das in der Literatur bereits seit etlicher Zeit erörterte sog. *Behindertentestament*¹⁸⁹. Eltern – und auch Grosseltern¹⁹⁰ – eines geistig schwer behinderten Kindes hinterlassen diesem zwar gerne ihr Vermögen bzw. einen Teil desselben. Sie erachten es aber häufig nicht als sachgerecht, dass nach dem Ableben des Kindes dessen Nachlass aufgrund der gesetzlichen

¹⁸³ Botschaft, S. 7105, mit Hinweis auf Art. 19c nZGB.

¹⁸⁴ Gemäss BK-Weimar, N. 10a zu Art. 468 ZGB, ist die Erbvertragsfähigkeit des verbeiständeten urteilsfähigen Erblassers denkbar bei der Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 nZGB), «doch kommen kraft Kombination (vgl. nArt. 397) auch Begleit- und Vertretungsbeistandschaft in Frage, nicht dagegen eine umfassende Beistandschaft ...».

¹⁸⁵ Botschaft, S. 7105.

¹⁸⁶ Vgl. neuerdings zur erbvertraglichen Bindung im Allgemeinen Wolf, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 40 ff., mit weiteren Hinweisen.

¹⁸⁷ Angesprochen ist die materielle Rechtsbehrungspflicht, welche die Belehrung über den Inhalt der Urkunde und ihre rechtlichen Wirkungen umfasst; vgl. für Bern Art. 35 NG. Siehe zur materiellen Rechtsbehrungspflicht allgemein KNB-Wolf/Pfammatter, N. 13 ff. zu Art. 35 NG.

¹⁸⁸ Vgl. zum Folgenden auch schon Wolf, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 58–60.

¹⁸⁹ Siehe schon Geiser, S. 55 ff., und in jüngerer Zeit Aebi-Müller/Tanner, S. 81 ff.

¹⁹⁰ Art. 492a nZGB spricht generell von Nachkommen, so dass als Erblasser auch Grosseltern in Frage kommen. Siehe auch BK-Weimar, N. 2 zu Art. 492a nZGB.

Erbfolge an Intestaterben gelangt, die sich möglicherweise nie um das Kind gekümmert haben¹⁹¹.

Erlangt das behinderte Kind nie die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit (Art. 467 f. ZGB), so gelangt das gesetzliche Erbrecht zur Anwendung. Denn die Eltern können nur über ihren eigenen Nachlass von Todes wegen verfügen, nicht aber über denjenigen ihres geistig behinderten Kindes. Das folgt aus dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen, welcher jede Vertretung des Erblassers in der Willensbildung und in der Willenserklärung ausschliesst¹⁹². Daran wird auch im neuen Recht grundsätzlich festgehalten¹⁹³. Indessen liegt für den Fall des Vorhandenseins von urteilsunfähigen Nachkommen eine *Neuregelung der Nacherbeneinsetzung* vor (Art. 492a und 531 nZGB).

7.2 Die neue Regelung

Nach geltender Regelung ist eine Nacherbeneinsetzung gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfange des Pflichtteils ungültig (so untechnisch der Wortlaut von Art. 531 ZGB), d.h. herabsetzbar¹⁹⁴. Unter dem neuen Recht kann der Erblasser, wenn ein Nachkomme dauernd urteilsunfähig ist und weder Nachkommen noch Ehegatten hinterlässt, eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anordnen (Art. 492a Abs. 1 nZGB). Eltern bzw. ein Elternteil können folglich in einer Verfügung von Todes wegen ihr *urteilsunfähiges Kind als Vorerben* und eine *weitere Person als Nacherben* auf den Überrest einsetzen¹⁹⁵. Dabei darf die Nacherbeneinsetzung auch den *Pflichtteil des urteilsunfähigen Kindes belasten*. Art. 531 nZGB behält hinsichtlich des Pflichtteilsschutzes gegenüber Nacherbeneinsetzungen die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen (Art. 492a nZGB) ausdrücklich vor¹⁹⁶. Wird der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig, so fällt die Nacherbeneinsetzung von Gesetzes wegen dahin (Art. 492a Abs. 2 nZGB).

7.3 Übergangsrecht

Die neu geschaffene Möglichkeit der Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen Nachkommen ist dem Grundsatz nach bereits heute von Interesse. Denn in übergangsrechtlicher Hinsicht gelangen die Bestimmungen von Art. 15 f. SchlT ZGB zur Anwendung. Die Anfechtung von Verfügungen von Todes wegen infolge Überschreitung der Verfügungsfreiheit oder wegen der Art der Verfügung richtet sich somit nach den Bestimmungen

¹⁹¹ Botschaft, S. 7105.

¹⁹² Siehe zum Grundsatz statt vieler Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 66 RZ 3.

¹⁹³ Botschaft, S. 7105.

¹⁹⁴ BGE 108 II 290 ff. Vgl. auch Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 68 RZ 53.

¹⁹⁵ Botschaft, S. 7106.

¹⁹⁶ Insofern räumt die neue Regelung den Vorfahren behinderter Nachkommen mehr Rechte ein als denjenigen von gesunden Nachkommen; vgl. BK-Weimar, N. 4 zu Art. 492a nZGB.

des neuen Rechts, wenn der Erblasser nach dessen Inkrafttreten gestorben ist (Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB). Der Errichtungszeitpunkt einer Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen Nachkommen ist insofern ohne Belang. Deshalb kann eine entsprechende Nacherbeneinsetzung bereits heute angeordnet werden; sie steht allerdings unter der Bedingung des Versterbens des Erblassers erst nach dem Inkrafttreten des revidierten Rechts¹⁹⁷.

7.4 Hinweise auf problematische Punkte und offene Fragen

a) Vorbemerkung

Mit der Neuregelung der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkommen ergeben sich einige Schwierigkeiten und offene Fragen. Diese können hier nur ansatzweise angesprochen werden¹⁹⁸.

b) Vorerben können nur Nachkommen sein

Die Nacherbeneinsetzung kann *nur zulasten von Nachkommen als Vorerben* angeordnet werden. Demgegenüber sind Nacherbeneinsetzungen zulasten der weiteren pflichtteilsberechtigten Erben, nämlich zulasten der Eltern, des Ehegatten und des eingetragenen Partners, ausgeschlossen¹⁹⁹.

c) Dauernde Urteilsunfähigkeit des Vorerben und deren Feststellung

Der Vorerbe muss *dauernd urteilsunfähig* sein²⁰⁰. Die verlässliche Feststellung des Vorliegens der dauernden Urteilsunfähigkeit bildet den wohl heikelsten Punkt der neuen Regelung. Abzustellen ist auf die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit (Art. 467 f. ZGB) des Vorerben. Denn die Neuregelung findet ihre Begründung darin, dass der dauernd urteilsunfähige Nachkomme nicht von Todes wegen verfügen kann. Die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit ist – entsprechend der Urteilsfähigkeit – *relativ*; und zwar ist sie relativ hinsichtlich des konkreten Rechtsgeschäfts²⁰¹ und des konkreten Zeitpunktes seiner Vornahme. Relevant für die Beurteilung der

¹⁹⁷ So auch *Fankhauser/Bieler*, S. 165.

¹⁹⁸ Vgl. ausführlicher *Bieler/Fankhauser*, S. 165 ff.; *Piotet*, S. 240 ff.

¹⁹⁹ Siehe auch *Fankhauser/Bieler*, S. 165.

²⁰⁰ Gemäss BK-*Weimar*, N. 5 zu Art. 492a nZGB, ist die Bestimmung nicht nur bei dauernder Urteilsunfähigkeit, sondern «sinngemäss auch dann anwendbar, wenn zwar Hoffnung auf Heilung besteht und die Urteilsunfähigkeit damit nicht mit Sicherheit eine dauernde ist, die Urteilsfähigkeit aber dennoch nicht ... wiedererlangt würde». Es seien – so BK-*Weimar*, N. 7 zu Art. 492a nZGB – «alle Fälle gleich zu behandeln, in denen der Erblasser befürchtet, dass der (pflichtteilsberechtigten) *testierunfähige* Nachkomme (nach dem Eintritt des Erbfalls) sterben könnte, ohne die Testierfähigkeit erlangt zu haben. Ob die Befürchtung begründet war, sollte keine Rolle spielen. Nachteile sind nicht zu befürchten, da die Nacherbeneinsetzung mit Erlangung der Testierfähigkeit dahinfällt» (Kursivschrift im Original).

²⁰¹ Siehe dazu BK-*Weimar*, N. 8 zu Art. 467 ZGB.

Urteilsfähigkeit des Nachkommen wäre mithin die von diesem vorgenommene Errichtung einer konkreten Verfügung von Todes wegen in einem bestimmten Zeitpunkt. Demgegenüber stellt Art. 492a nZGB offensichtlich auf eine abstrakte Beurteilung der dauernden Urteilsunfähigkeit des Nachkommen ab, unabhängig von einer durch diesen in einem bestimmten Moment konkret errichteten Verfügung von Todes wegen. Denn aus Art. 492a nZGB folgt, dass sich die Voraussetzung der dauernden Urteilsunfähigkeit des Nachkommen auf den Zeitpunkt der die Nacherbschaft anordnenden Verfügung von Todes wegen der Eltern bezieht²⁰². Wer soll diesfalls – ausserhalb eines formellen Verfahrens, ganz einfach deswegen, weil zu einem ihnen beliebigen Zeitpunkt die Eltern oder ein Elternteil eine Verfügung von Todes wegen errichten möchten – die dauernde Urteilsunfähigkeit des Nachkommen beurteilen? Bei einer öffentlichen Beurkundung der entsprechenden Verfügung von Todes wegen sind m.E. die Urkundspersonen zu Sorgfalt angehalten. Allgemein gehört anlässlich der Beurkundung von Willenserklärungen die Prüfung der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien zu den rechtspolizeilichen Aufgaben des Notars^{203 204}. Von dieser dem Notar herkömmlicherweise vertrauten Situation unterscheidet sich allerdings die Nacherbeneinsetzung zulasten urteilsunfähiger Nachkommen dadurch, dass nicht die *Verfügungsfähigkeit* der Urkundsparteien, sondern vielmehr diejenige *eines ausserstehenden*, am Beurkundungsverfahren selbst nicht beteiligten *Dritten* – nämlich des dauernd urteilsunfähigen Nachkommen – zu prüfen ist. Dem Notar ist unbedingt zu empfehlen, das Vorliegen der dauernden Urteilsunfähigkeit des Nachkommen *präzise abzuklären*, allenfalls mittels Einholens von Arztzeugnissen bzw. ärztlichen Gutachten, und das Ergebnis seiner Abklärungen aufzubewahren, vorzugsweise als Beilage zur Urschrift. Anlässlich der Prüfung hat m.E. zu gelten, dass die Schwelle für die Bejahung der Urteilsunfähigkeit sehr hoch anzusetzen ist. Die Situation muss sich so präsentieren, dass die Wiedererlangung der Urteils- bzw. der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit durch den Nachkommen schlicht nicht zu erwarten ist²⁰⁵.

d) Vorerbe ohne Nachkommen, Ehegatten und eingetragenen Partner

Der als Vorerbe einzusetzende dauernd urteilsunfähige Nachkomme darf seinerseits *keine Nachkommen* und *keinen Ehegatten* haben. Nach hier vertretener Ansicht darf auch *kein eingetragener Partner* vorhanden

²⁰² Vgl. zum Ganzen bereits *Fankhauser/Bieler*, S. 166.

²⁰³ Vgl. *Mooser*, N. 187; *KNB-Wolf*, N. 11 zu Art. 43 NV.

²⁰⁴ Die Prüfung und Bescheinigung der Handlungsfähigkeit der Parteien durch die Urkundsperson geniesst allerdings keine erhöhte Beweiskraft, weshalb der Richter in einem Zivilprozess an die entsprechende notarielle Feststellung nicht gebunden ist; vgl. BGE 124 III 9; *KNB-Wolf*, N. 17 zu Art. 41 NV, mit weiteren Hinweisen.

²⁰⁵ Dies ist auch aus Art. 492a Abs. 2 nZGB zu schliessen, wo von einem Urteilsfähigwerden «wider Erwarten» gesprochen wird. Zum Ganzen schon *Fankhauser/Bieler*, S. 166.

sein, denn es wäre nicht ersichtlich, warum in dieser Hinsicht eine Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Partnern stattfinden sollte²⁰⁶. Ob der urteilsunfähige Nachkomme seinerseits keine Nachkommen und keinen Ehegatten bzw. keinen eingetragenen Partner «hinterlässt», steht allerdings erst bei seinem eigenen Ableben fest²⁰⁷. Damit können sich im Erbgang der die Nacherbeneinsetzung zulasten des urteilsunfähigen Nachkommen anordnenden Eltern etliche Ungewissheiten ergeben.

e) Kein Vorliegen einer vor Eintritt der Verfügungsunfähigkeit vom Vorerben errichteten Verfügung von Todes wegen

Im Gesetz unerwähnt geblieben ist, ob die Nacherbeneinsetzung auch dann angeordnet werden kann, wenn der Vorerbe bereits vor Eintritt seiner dauernden Urteilsunfähigkeit *eine Verfügung von Todes wegen errichtet hat*. Diesfalls muss m.E. gestützt auf die ratio legis – die Neuregelung will verhindern, dass für den Fall des Ablebens des Nachkommen zwingend gesetzliches Erbrecht greift, weil der dauernd Urteilsunfähige selber nicht von Todes wegen verfügen kann – die Anordnung einer *Nacherbeneinsetzung zulasten des Pflichtteils ausgeschlossen sein*²⁰⁸. In der praktischen Anwendung kann die Abklärung, ob eine vorbestehende Verfügung von Todes wegen des urteilsunfähig Gewordenen existiert, Schwierigkeiten bereiten. Denn es besteht keine Pflicht, eine Verfügung von Todes wegen amtlich zu hinterlegen oder – beispielsweise beim Zentralen Testamentenregister – registrieren zu lassen. Demgegenüber haben m.E. die Verfügungen von Todes wegen aufbewahrenden oder registrierenden Stellen bei einer in Zusammenhang mit der Nacherbeneinsetzung i.S.v. Art. 492a und 531 nZGB an sie gerichteten Anfrage über das Vorliegen einer Verfügung bereits zu Lebzeiten – und nicht erst im Erbgang – des Erblassers, d.h. des urteilsunfähigen Nachkommen, Auskunft zu erteilen.

²⁰⁶ Ebenso Fankhauser/Bieler, S. 167; gl.M. auch BK-Weimar, N. 8 zu Art. 492a nZGB.

²⁰⁷ Vgl. BK-Weimar, N. 9 zu Art. 492a nZGB, mit Hinweis darauf, dass zu diesem Zeitpunkt möglicherweise die Frist zur Herabsetzungsklage gemäss Art. 533 ZGB verwirkt ist.

²⁰⁸ Ebenso Fankhauser/Bieler, S. 169 f.