www.jusletter.ch

Prof. Dr. Stephan Wolf / Martin Eggel

Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag – aus der Sicht der Urkundsperson

Bei der Beurkundung des im neuen Erwachsenenschutzrecht geregelten Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff. ZGB) stellt sich die Frage nach dem einzuhaltenden Verfahren. Der Beitrag setzt sich damit auseinander, wie die mit ebendieser Frage befasste Urkundsperson vorzugehen hat.

Rechtsgebiet(e): Notariats- und Anwaltsrecht; Beziehungen zwischen Eltern und Kindern. Vormundschaft

Zitiervorschlag: Stephan Wolf / Martin Eggel, Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag – aus der Sicht der Urkundsperson, in: Jusletter 6. Dezember 2010

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77 Editions Weblaw

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Der Vorsorgeauftrag
III. Beurkundungsverfahren
IV. Vorgehen des Notars
V. Ergebnis

I. Einleitung

[Rz 1] Das neue Erwachsenenschutzrecht wird voraussichtlich auf das Jahr 2014 in Kraft treten. Dennoch stellen sich für die Notarinnen und Notare bereits jetzt Fragen im Zusammenhang mit dem neuen Institut des Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff. nZGB), ist doch dessen Errichtung schon zum heutigen Zeitpunkt möglich.

II. Der Vorsorgeauftrag

[Rz 2] Mit Errichtung eines Vorsorgeauftrags kann der Auftraggeber für den Fall seiner Urteilsunfähigkeit eine natürliche oder juristische Person damit beauftragen, die Personen- oder Vermögenssorge zu übernehmen oder ihn im Rechtsverkehr zu vertreten (Art. 360 Abs. 1 nZGB)[1]. Als Anordnung von grosser Tragweite[2] ist die Errichtung an gewisse Formen geknüpft. Das Gesetz sieht denn auch vor, dass der Vorsorgeauftrag entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist (Art. 361 Abs. 1 nZGB).

III. Beurkundungsverfahren

[Rz 3] Für den beurkundenden Notar stellt sich bei der Errichtung des Vorsorgeauftrages die grundlegende Frage, ob das bundesrechtliche ZGB-Verfahren für die öffentlichen letztwilligen Verfügungen gemäss Art. 499 ff. ZGB oder ein kantonalrechtliches Verfahren durchzuführen ist. Die Verfahren unterscheiden sich hauptsächlich darin, dass beim bundesrechtlichen Verfahren zwei Zeugen beizuziehen sind (Art. 501 f. ZGB). Grundlegend ist die Frage nach der Form deshalb, weil von deren Wahrung letztlich die Gültigkeit des Geschäfts abhängt[3]. Dass bei Ungültigkeit des Vorsorgeauftrages wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften die entsprechenden Anordnungen von der Erwachsenenschutzbehörde als Wünsche berücksichtigt werden können[4], entschärft – zumindest für den seine Berufspflichten ernst nehmenden Notar – die Problematik nicht. Bedeutung hat die Frage nach dem Verfahren des Weiteren für die von der Urkundsperson zu beachtenden Ausstandsgründe[5].

[Rz 4] In der Literatur[6] finden sich zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag beide Auffassungen vertreten. Der Wortlaut von Art. 361 Abs. 1 nZGB lässt die Annahme der Beurkundung im kantonalrechtlichen Verfahren immerhin zu[7].

[Rz 5] Die Materialien und auch die weiteren Auslegungselemente führen indes zu einem anderen Ergebnis. Die Botschaft hält fest, der Entwurf sehe «nun vor, dass der Vorsorgeauftrag – entsprechend den Formerfordernissen für letztwillige Verfügungen – entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist»[8], womit auf das bei letztwilligen Verfügungen einzuhaltende bundesrechtliche ZGB-Verfahren Bezug genommen wird.

[Rz 6] Ebenso folgt aus der Bestimmung von Art. 362 Abs. 2 nZGB, wonach der Vorsorgeauftrag auch durch Vernichtung widerrufen werden kann, dass der Gesetzgeber umfassend auf die Formen der letztwilligen Verfügung verwiesen hat[9]. Würde man für die Errichtung des Vorsorgeauftrages auf das kantonale Beurkundungsverfahren abstellen, ergäbe sich die für das schweizerische Recht systemwidrige Situation, dass Errichtung und Aufhebung eines Akts nicht auf gleicher Stufe geregelt würden, nämlich im einen Fall durch kantonales Recht und im anderen durch Bundesrecht. Hätte der Bundesgesetzgeber tatsächlich eine solche Sonderform – als Unikat nur gerade für den öffentlichen Vorsorgeauftrag – errichten wollen, hätte er das ausdrücklich festgehalten.

[Rz 7] In der Sache ist die Übereinstimmung mit dem Testamentsverfahren ebenfalls durchaus begründet, wenn auch nicht mit dem vom Gesetzgeber gelieferten Argument der gemeinsamen Errichtung von letztwilliger Verfügung und Vorsorgeauftrag[10]. Wie der Testator ist der Vorsorgeauftraggeber

---

1 Siehe zum Ganzen ausführlich Stephan Wolf, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 2010, S. 73 ff., S. 90 ff.; Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2010, Rz. 20.07 ff.

2 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 20.14.

3 Wolf, a.a.O. (Fn. 1.), S. 93; dazu in grundsätzlicher Hinsicht Rainer Schumacher, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004, Rz. 1295 f., m.w.H.; BsK-Schwenzer, N. 6 ff. zu Art. 11 OR; BK-Becker, N. 8 ff. zu Art. 11 OR.

4 So Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 20.14 a.E.

5 Wolf, a.a.O. (Fn. 1.), S. 97.

6 Höchstrichterliche Entscheide zur Klärung der umstrittenen Frage liegen naturgemäss noch nicht vor.

7 Im Sinne einer Beurkundung im kantonalrechtlichen Verfahren äussern sich Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 20.14; Audrey Leuba, Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil, in: Margareta Baddeley (Hrsg.), La protection de la personne par le droit, Journées de droit civil 2006, En l'honneur du professeur Martin Stettler, Genf/Zürich/Basel 2007, S. 27 ff., S. 29 f. Weitere Autoren aufgeführt bei Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 94, Fn. 125.

8 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff., S. 7026. Zu den in gleicher Richtung verlaufenden parlamentarischen Beratungen siehe Amtl. Bull. SR 2007 S. 829 und Amtl. Bull. NR 2008 S. 1514. Vgl. Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 94, Fn. 123. Zum Ausschluss der Form des Nottestaments aufgrund mangelnden praktischen Bedürfnisses siehe Botschaft, a.a.O., S. 7026.

9 Ausserhalb der öffentlichen letztwilligen Verfügung führt die Vernichtung einer öffentlichen Urkunde niemals die Aufhebung des darin beurkundeten Rechtsgeschäfts herbei. Eingehend zum Ganzen Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 95.

10 Nicht nur für die Errichtung durch öffentliche Beurkundung, sondern auch

bei Wirksamwerden seines Vorsorgeauftrags nicht mehr imstande, selbst rechtsgeschäftlich zu handeln[11]. Im Rahmen eines allfälligen Prozesses betreffend die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags etwa würden sich die gleichen Beweisschwierigkeiten ergeben wie bei der letztwilligen Verfügung. Und gerade im Fall eines nachträglichen Anfechtungsprozesses kann sich der bloss geringfügige, mit einem bundesrechtlichen Verfahren verbundene Mehraufwand lohnen und als Mehrwert erweisen. In der Lehre[12] und jüngst gerade auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[13] wird denn auf die unter Umständen erhebliche Bedeutung von – wohlgemerkt mit Blick auf ihre besondere fachliche Qualifikation ausgewählten – Zeugen im Beurkundungsverfahren hingewiesen (bspw. Psychiater, Ärzte, Pflegepersonen)[14].

IV. Vorgehen des Notars

[Rz 8] Vor dem dargestellten Hintergrund – und ohne die Sicherheit eines klärenden Bundesgerichtsentscheids – muss der Notar Vorsorgeaufträge beurkunden[15]. Für ihn ist dabei die Kontroverse in der Lehre bloss Ausgangslage, wohingegen sie keinesfalls alleinige Handlungsanweisung sein kann.

[Rz 9] Bei der Ausgestaltung der von ihm zu beurkundenden Rechtsgeschäfte hat der Notar mehrere Aspekte zu berücksichtigen. Grundanliegen – nicht einmal unbedingt unter dem Aspekt seiner Haftung, sondern im Sinne einer bestmöglichen Umsetzung der Anliegen seiner Klientschaft – muss stets die Rechtsbeständigkeit des beurkundeten Geschäfts sein[16]. Um dies zu gewährleisten, soll sich der Notar an den Grundsatz des sicheren Weges halten[17].

[Rz 10] Rechtsbeständig ist ein Geschäft nur dann, wenn die vorgeschriebene Form eingehalten ist. Und so denn in dieser für den Bestand des gesamten Rechtsgeschäftes schicksalhaften Frage keine Klarheit herrscht, hat der Notar derart vorzugehen, dass er die strengere Form wahrt, mit der die leichtere gleichzeitig eingehalten ist. Man hat sich bewusst zu sein, dass es bei der Formfrage im hier interessierenden Fall nicht nur um die Beständigkeit einer einzelnen Modalität oder Klausel in einem Rechtsgeschäft geht, sondern um die Gültigkeit des ganzen Geschäfts[18]. Da wird die Beschreitung des sicheren Weges ganz im Sinne des Klienten sein, der aufgrund des Verfahrens der öffentlichen Beurkundung die Schaffung einer sicheren Rechtslage erwarten darf. Mit Blick darauf erweist sich der durch den Beizug von Zeugen entstehende, nicht erheblich höhere Aufwand in jedem Fall als verhältnismässig und damit als gerechtfertigt[19].

V. Ergebnis

[Rz 11] Der Notar hat – solange die Rechtsprechung und namentlich das Bundesgericht zur streitigen Frage nicht in entgegengesetztem Sinne klärend Stellung genommen hat – den Vorsorgeauftrag im bundesrechtlichen ZGB-Verfahren für letztwillige Verfügungen zu beurkunden[20]. Dieser Schluss ergibt sich nicht aus einer Abwägung von bestimmten Lehrmeinungen, sondern alleine aus dem in der notariellen Methodenlehre feststehenden, unbestrittenen Grundsatz des sicheren Weges.

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

Martin Eggel, MLaw, Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

für die eigenhändige Errichtung ist von einer zusammenfassenden Errichtung von letztwilliger Verfügung und Vorsorgeauftrag abzuraten. Es geht um zwei unterschiedliche Rechtsgeschäfte, deren Wirkungen zeitlich nicht zusammenfallen und für die im Anwendungsfall unterschiedliche Behörden zuständig sind. Siehe dazu Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 91.

11 Dazu Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 95. Nicht vergleichbar mit dem Vorsorgeauftrag ist die Patientenverfügung; diese betrifft ausschliesslich Eingriffe in höchstpersönliche Rechtsgüter. Die Formerfordernisse bei Errichtung einer Patientenverfügung sind herabgesetzt. Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 20.44.

12 BK-Weimar, N. 8 zu Art. 501 ZGB und N. 23 zu Art. 467 ZGB; BsK-Ruf/Jeitziner, N. 11 zu Art. 501 ZGB; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N. 2420; Simone Steiner, Urteilsfähigkeit bei letztwilligen Verfügungen aus Sicht der Urkundsperson, AnwaltsRevue 2009, S. 237 ff., S. 239 f.

13 BGE 5A_12/2009 vom 25. März 2009, E. 7.

14 Ein Teil der Lehre spricht sich denn auch für die Beurkundung des Vorsorgeauftrages im ZGB-Verfahren gemäss Art. 499 ff. ZGB aus. So Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 95; Kurt Affolter, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006, S. 1057 ff., S. 1060; Frank Th. Petermann, Demenz-Erkrankungen und Selbstbestimmung – ein Widerspruch in sich?, Unter besonderer Berücksichtigung des Instituts der Patientenverfügung, hill (Health Insurance Liabiltity Law) 2007, Fachartikel N. 1, Rz. 70, 76; Oliver Kälin, Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen, Dispute Resolution und ausgewählte Probleme, ST 2008, S. 1048 ff., S. 1049. Weitere Autoren aufgeführt bei Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 94, Fn. 124.

15 Zur Urkundspflicht des Notars siehe Stephan Wolf/Aron Pfammatter, N. 1 ff. zu Art. 30 NG, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009.

16 Gerrit Langenfeld, Vertragsgestaltung, Methode – Verfahren – Vertragstypen, 3. Aufl., München 2004, Rz. 216.

17 Langenfeld, a.a.O. (Fn. 16), Rz. 216, m.w.H. in Fn. 3.

18 Es handelt sich um einen Fall, bei dem sich die Einhaltung zwingenden Rechts zur Vermeidung der Rechtsfolgen (Ungültigkeit) empfiehlt. Dazu Schumacher, a.a.O. (Fn. 3), Rz. 395.

19 Zur Frage der Mehrkosten siehe Langenfeld, a.a.O. (Fn. 16), Rz. 216 a.E.

20 Solange die Frage des anwendbaren Beurkundungsverfahrens offen ist, empfiehlt sich weiter die Beachtung sowohl der bundesrechtlichen als auch der kantonalrechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen, namentlich hinsichtlich derjenigen Ausstandspflichten, deren Verletzung zur Ungültigkeit der öffentlichen Urkunde führt. Vgl. Wolf, a.a.O. (Fn. 1), S. 98.

* * *