



Lara M. Pair

Dr. iur. HSG, JD, LL.M.
Managing Partner Pairfact Legal AG, Zürich
www.pairfactlegal.com



Patrick Simon Gloor

Notar und Urkundsperson des Kantons Aargau
Notar Baden, Baden
www.notar-baden.ch

Erwachsenenschutzrecht

Vorsorgeaufträge: Wie mit internationalen Bezügen umzugehen ist

Unsere Welt wird immer mehr vernetzt. Innerhalb von EWR, EU und EFTA besteht eine besonders hohe Mobilität. Das Recht ist jedoch immer noch national organisiert. Im nachfolgenden Beitrag erläutern die Autoren, wie mit dieser Mobilität im Falle von Vorsorgeaufträgen umzugehen ist. Insbesondere wird anhand der Länder Deutschland und Schweiz beispielhaft aufgezeigt, welche Herausforderungen sich aus der zunehmenden Internationalität ergeben können. Dabei werden die jeweiligen Rechtslagen zur Vorsorge der beiden Länder veranschaulicht und anhand eines praktischen Beispiels illustriert.

Werden die Menschen älter, steigt das Risiko des Eintritts einer Urteilsunfähigkeit. Das heisst, dass die Wahrscheinlichkeit, die eigenen Interessen nicht mehr vollständig wahrnehmen, schützen und durchsetzen zu können, steigt. Aber auch unerwartete Ereignisse wie Unfälle können eine dauernde oder vorübergehende Urteilsunfähigkeit herbeiführen. Dies kann auch schon in jungen Jahren und besonders in der Generation «Sport und Reise» eintreten.

Für diesen Fall wurden in der Schweiz unter anderem die Institute des Vorsorgeauftrags und der Patientenverfügung errichtet. Mithilfe dieser Institute können die Menschen ihre zukünftige Situation für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit selbständig gestalten bzw. sie können entscheiden, wer ihre Interessen im Falle einer

Urteilsunfähigkeit wahrnehmen soll oder welche Massnahmen ergriffen werden sollen.

Der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung werden umfassend im schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) geregelt. Es gibt im Immigrationsland Schweiz aber immer wieder Personen, die zum Beispiel eine Vorsorgevollmacht/-verfügung in Deutschland treffen und zu einem späteren Zeitpunkt dauerhaft in die Schweiz reisen. Oder umgekehrt Personen, die in der Schweiz einen Vorsorgeauftrag erstellen und dann nach Deutschland ziehen. Zum Zeitpunkt, an dem die Urteilsunfähigkeit eintritt, befinden sich diese Personen demnach nicht in dem Land, in welchem sie die Vollmacht/Verfügung bzw. den Auftrag errichtet haben. Ebenfalls ist es möglich, dass eine Person zwar den Vorsorgeauftrag in dem Land errichtet hat, in dem sie urteilsunfähig

wird, aber Vermögen oder Verpflichtungen in einem anderen Land hat.

In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob und inwieweit die in einem anderen Land getroffene Vollmacht/Verfügung bzw. der Auftrag auch im Land des Aufenthalts während der Urteilsunfähigkeit gilt und wie sich die Vermögens- oder Verpflichtungslage in einem anderen Land gestaltet.

Im Folgenden soll erläutert werden, wie mit Vorsorgeaufträgen international umzugehen ist. Der Einfachheit halber wird dies anhand der Länder Deutschland und Schweiz beispielhaft aufgezeigt. Dabei werden zuerst die jeweiligen Rechtslagen zur Vorsorge der beiden Länder veranschaulicht und anschliessend wird auf die internationale Rechtslage mit einem Beispiel eingegangen.

1. Rechtslage in Deutschland

In Deutschland wird zwischen der gerichtlich überwachten Betreuung, welche in den §§ 1896ff. im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt ist, und der privatrechtlichen Vorsorgevollmacht unterschieden.

Die Vorsorgevollmacht unterliegt den gesetzlichen Regelungen für die (allgemeine) Vollmacht

(§ 164ff. BGB). In einer solchen Erklärung erteilt die vollmachterteilende Person für den Fall einer später eintretenden Geschäfts- und/oder Einwilligungsunfähigkeit eine Vollmacht.

Eine Hierarchie besteht zwischen diesen beiden jedoch gem. § 1896 Abs. 2 BGB nicht, auch wenn es Ziel der Vorsorgevollmacht ist, eine formelle Betreuung zu vermeiden.¹ Gibt es eine Vorsorgevollmacht, gleich welchen Umfangs,

und wird für diese Person eine Betreuung ins Auge gefasst, so muss der Vorsorgebevollmächtigte dem Betreuungsgericht die Existenz der Vorsorgevollmacht mitteilen.

Die Betreuung, welche sich ausschliesslich an Volljährige richtet, soll dabei nicht tatsächliche Hilfe, sondern Rechtsfürsorge übernehmen. Sie ist an die Stelle der früheren Vormundschaft getreten. Diese Rechtsfürsorge soll im Umfang

der gerichtlich bestimmten Aufgabenkreise begrenzt sein. Persönliche Massnahmen der Fürsorge, die wünschenswert wären, gehören aber nicht mehr zum Auftrag des Betreuers. Der Betreuer soll Hilfe lediglich organisieren und für diese Organisation eine Vergütung, aber nicht zusätzliche Verdienste verlangen. Es werden die Vorschriften der Vormundschaft, die sich an Minderjährige richtet, angewendet.² Eine weitere Besonderheit ist, dass die Betreuung auch nur für Teilbereiche des Lebens eines Betroffenen angeordnet werden kann. Als Beispiel kann eine Person zwar noch die physische Sorge für sich tragen, ist aber nicht mehr in der Lage, Bankgeschäfte zu erledigen. Es muss also keine völlige Unzurechnungsfähigkeit vorliegen.

Der Vorsorgeauftrag in dem Umfang, wie ihn das schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) umschreibt, ist im Rahmen des deutschen Vormundschafts- und Betreuungsrechts per se nicht vorgesehen. Andererseits kann dieser durch den kundigen Anwalt so formuliert werden, dass sich der Inhalt annähert.

Das Selbstbestimmungsrecht ermöglicht die private Vorsorge durch Vorsorgeverfügungen und Vorsorgevollmachten. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) schreibt keine besondere Form für die Errichtung solcher Verfügungen bzw. Vollmachten vor. Soll die Vorsorgevollmacht jedoch auch für Rechtsgeschäfte gelten, die einer bestimmten Form bedürfen, muss die für dieses Rechtsgeschäft vorgesehene Form eingehalten werden.

Will der Betreuer in eine ärztliche Massnahme einwilligen, bedarf es der Schriftform sowie der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht (§1904 BGB). Davon zu unterscheiden ist die Patientenverfügung, welche in § 1901a BGB geregelt ist. Diese muss z.B. lediglich unterzeichnet sein. Es empfiehlt sich bei Geschäften, die über die alltäglichen Angelegenheiten hinausgehen, die Schriftform oder eine notarielle Beurkundung.

Werden also die nötigen Angelegenheiten durch die Vollmacht geregelt, bedarf es keines zusätzlichen rechtlichen Einschreitens. Damit einher geht aber ein gewisses Risiko, da eine staatliche Kontrolle über die pflichtbewusste Ausführung des (mutmasslichen) Willens des geschäftsunfähig gewordenen Vollmachtgebers weitestgehend fehlt.³ Um diesem Umstand entgegenzuwirken, kann der Geschäftsunfähige im Sinne einer Überwachungsfunktion einen Betreuer bestellen (§ 1896 Abs. 3 BGB).

Widerruf und Kündigung der Vollmacht können, solange die vollmachtgebende Person urteilsfähig (geschäftsfähig) ist, jederzeit formlos erfolgen.⁴ Als weitere Beendigungsgründe der Vorsorgevollmacht sind etwa der Tod des Bevollmächtigten oder der Eintritt einer auflösenden Bedingung zu nennen.

Gemäss § 78 Abs. 2 S. 1 deutsche Bundesnotarordnung (BNotO) führt die deutsche Bundesnotarkammer als Registerbehörde ein automatisiertes elektronisches Register über die Vorsorgevollmachten, das sogenannte Zentrale Vorsorgeregister. Darin aufgenommen werden Angaben über den Vollmachtgeber, die Bevollmächtigten, die Vollmacht und deren Inhalt (§ 78a BNotO).

Der Vollmachtgeber kann den Antrag für die Eintragung stellen.⁵

2. Rechtslage in der Schweiz

Der Vorsorgeauftrag wird in der Schweiz in den Art. 360ff. ZGB geregelt. Die Institute der Betreuung und der Vorsorgevollmacht werden an der gleichen Stelle und damit einheitlich geregelt.

Der Vorsorgeauftrag weist Parallelen zur letztwilligen Verfügung (vgl. Art 467ff. ZGB) sowie zum Auftrag gemäss Art. 394ff. OR (Obligationenrecht) auf. Vor der Annahme des Vorsorgeauftrags durch den Beauftragten handelt es sich beim Vorsorgeauftrag um eine einseitige Willenserklärung, analog der Einsetzung eines Willensvollstreckers.

Die Erwachsenenschutzbehörde prüft die Gültigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vorsorgeauftrags. Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann der Beauftragte den Vorsorgeauftrag annehmen oder ablehnen. Bei Annahme kommt ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis zustande. Das Vorliegen eines klassischen Vertrags als zweiseitigen Rechtsgeschäfts ist jedoch abzulehnen, da ein Vertrag mit einer urteilsunfähigen Person nach schweizerischem Recht fraglich erscheint. Dies ändert nichts daran, dass der Vorsorgeauftrag eine privat veranlasste Erwachsenenschutzmassnahme ist, welche anderweitige erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen verdrängt.⁶

Der Vorsorgeauftrag ist gemäss Art. 361 ZGB eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden. Im Falle der eigenhändigen Errichtung müssen die erhöhten Formvorschriften nach Art. 361 Abs. 2 ZGB, welche jenen der eigenhändigen letztwilligen Verfügung⁷ (Testament) entsprechen, für die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags eingehalten werden.

Gemäss Art. 362 ZGB kann die auftraggebende Person vor Eintritt ihrer Urteilsunfähigkeit den Vorsorgeauftrag jederzeit in einer für die Errichtung vorgeschriebenen Form widerrufen.

Jede handlungsfähige Person kann eine oder mehrere Vertrauenspersonen miteinander (kollektiv) oder nacheinander (Reihenfolge mit Ersatzbeauftragten) für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit als Beauftragte ernennen.⁸ Wird die handlungsfähige Person urteilsunfähig, ohne eine solche Verfügung getroffen zu haben,

bestimmt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) einen geeigneten Beistand, wobei nahestehenden Personen des Urteilsunfähigen nur ein beschränktes Antrags-, Mitsprache- und Beschwerderecht zukommt.⁹

Der Auftraggeber kann an Beauftragte Aufgaben delegieren und dazu Weisungen geben, wie die Aufgaben auszuführen sind. So kann er im Voraus Einfluss auf die Ausführungen nehmen. Die Aufgaben können sehr präzise definiert werden. Es können auch Aufträge oder Bereiche aus dem Aufgabenbereich ausgeschlossen werden. Wird ein Bereich im Vorsorgeauftrag ausgeschlossen, so tritt für diesen Bereich die gesetzliche Vertretung nach Art. 374ff. ZGB ein oder es wird eine Beistandschaft errichtet. Es können auch mehrere Beauftragte für eine oder verschiedene Aufgaben ernannt werden.¹⁰ Bei den Aufgabenbereichen wird zwischen Personen-, Vermögenssorge und Vertretung im Rechtsverkehr unterschieden.¹¹

In den Bereich der Personensorge fallen etwa Aufgaben und Entscheidungen, welche die persönliche Lebenssituation, die gesundheitliche und allgemeine Betreuung sowie weitere relativ höchstpersönliche Rechte betreffen.¹² Ergänzend können mittels Patientenverfügung Anordnungen betreffend medizinische Massnahmen getroffen werden.¹³ Die Vermögenssorge umfasst die Wahrung der (mutmasslichen) finanziellen Interessen der urteilsunfähig gewordenen Person. Um die gehörige Wahrung der Personen- und Vermögenssorge gewährleisten zu können, bildet die Vertretung im Rechtsverkehr meist die notwendige Voraussetzung.¹⁴

Die urteilsunfähige Person kann jedoch keine verbindliche Weisung erlassen, wie mit einer Drittperson, welche ebenfalls urteilsunfähig ist, zu verfahren sei. So können z.B. Eltern minderjähriger Kinder lediglich eine Absichtserklärung zuhanden der KESB abgeben, wer in diesem Fall die Beistandschaft der Kinder übernehmen soll.¹⁵

Damit der Vorsorgeauftrag wirksam wird, muss die Urteilsunfähigkeit der Person gegeben sein, welche den Auftrag erstellt hat. Die Urteilsunfähigkeit wird von der Erwachsenenschutzbehörde festgestellt.¹⁶

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist, und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt. Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob er gültig errichtet wurde, die Voraussetzungen für die Wirksamkeit eingetreten sind (das heisst, die betreffende Person urteilsunfähig geworden ist), die beauftragte Person geeignet ist, die genannten Aufgaben zu erbringen, und ob weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind (Art. 363 ZGB).

Die Person, welche im Vorsorgeauftrag beauftragt wurde, kann die Erwachsenenschutzbehörde um Auslegung des Vorsorgeauftrags und dessen Ergänzung in Nebenpunkten ersuchen (Art. 364 ZGB).

3. Internationale Rechtslage

3.1 Ausgangslage

Nun kann es, wie eingangs erwähnt, zu einer Fallkonstellation kommen, bei welcher eine Person in einem Land eine Vorsorgeanordnung¹⁷ errichtet und später in ein anderes Land umzieht oder in einem anderen Land noch Vermögenswerte besitzt oder Verpflichtungen (z.B. Zahlungen, Unterhalt, Eigentum) hat. Die Frage ist nun, ob die in einem anderen Land (hier Deutschland) zu früherer Zeit errichtete Vorsorgevollmacht auch in dem Land gilt, in welchem die betreffende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat und womöglich urteilsunfähig wird.

3.2 Haager Übereinkommen zum Schutz Erwachsener

Allgemeines

Bei einem internationalen Sachverhalt stellen sich immer zwei Fragen:

- Welche Behörde ist zuständig?
- Welches Recht ist anwendbar?

Beide Fragen werden in zahlreichen internationalen Übereinkommen geregelt. Mithilfe dieser Vereinbarungen legen die verschiedenen Vertragsstaaten Regeln für die Lösung internationaler Konflikte fest. Damit ein Übereinkommen zur Anwendung kommt, bedarf es der Unterzeichnung des Übereinkommens seitens der Vertragsstaaten, für welche dieses zur Anwendung kommen soll.

Eines dieser Übereinkommen ist das Haager Übereinkommen zum Schutz Erwachsener (HEsÜ). Dieses Übereinkommen verhilft der Vorsorgevollmacht auch im internationalen Kontext vermehrt zur Anwendung.¹⁸ Beide Länder, die Schweiz und Deutschland, haben dieses Übereinkommen unterzeichnet.

Zuständigkeit

Grundsätzlich bestimmt das HEsÜ vor allem das anwendbare Recht für behördliche Massnahmen. Es lässt jedoch gemäss Art. 3 lit. d HEsÜ auch Raum für die Bestimmung der Person oder Stelle, welche für die betreffende Person oder das Vermögen zuständig ist.¹⁹

Das HEsÜ sieht die Einrichtung zentraler Behörden und die Zusammenarbeit der Behörden auf internationaler Ebene für den Bereich des Erwachsenenschutzrechts vor.

Darüber hinaus regelt es die Frage, welche Behörde im Fall der Urteilsunfähigkeit einer

Person zuständig ist. Gemäss Art. 5 Abs. 1 HEsÜ sind immer die Behörden des Vertragsstaats zuständig, in welchem der Erwachsene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese Behörde trifft die Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Erwachsenen. Wechselt der Erwachsene seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Vertragsstaat, so ist dieser für die entsprechenden Massnahmen zuständig.

Es gibt jedoch eine Ausnahme: Sind die Behörden des Vertragsstaats, dem der Erwachsene angehört, der Auffassung, sie seien besser in der Lage, das Wohl des Erwachsenen zu beurteilen und haben sie die nach Art. 5 HEsÜ zuständige Behörde benachrichtigt, so sind die Behörden des Vertragsstaats, dem der Erwachsene angehört, zuständig (Art. 7 Abs. 1 HEsÜ).

Hat jedoch die nach Art. 5 HEsÜ zuständige Behörde die Behörden des Staats, dem der Erwachsene angehört, unterrichtet, dass sie die durch die Umstände gebotenen Massnahmen getroffen oder entschieden hat, dass keine Massnahmen zu treffen sind, oder ein Verfahren bei ihr hängig ist, so kommt diese Ausnahme nicht zur Anwendung und demzufolge bleibt die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Erwachsenen zuständig (Art. 7 Abs. 2 HEsÜ).

Daneben kann die nach Art. 5 HEsÜ zuständige Behörde, wenn sie der Auffassung ist, dass es dem Wohl des Erwachsenen dient, von Amts wegen oder auf Antrag der Behörde eines anderen Vertragsstaats die Behörden eines nach Art. 8 Abs. 2 HEsÜ genannten Staats ersuchen, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Erwachsenen zu treffen (Art. 8 Abs. 1 HEsÜ).

In dringenden Fällen ist gemäss Art. 10 Abs. 1 HEsÜ die Behörde jedes Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet sich die betroffene Person oder ihr Vermögen befindet, zuständig, die erforderlichen Massnahmen zu treffen.

Anwendbares Recht

Gemäss Art. 13 HEsÜ wenden die Behörden der Vertragsstaaten bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit ihr eigenes Recht an. Wird eine in einem Vertragsstaat getroffene Massnahme in einem anderen Vertragsstaat durchgeführt, bestimmt das Recht dieses anderen Staats die Bedingungen, unter denen die Massnahme durchgeführt wird (Art. 14 HEsÜ).²⁰

Gemäss Art. 15 Abs. 1 HEsÜ bestimmen sich das Bestehen, der Umfang, die Änderung sowie die Beendigung nach dem Recht des Staats, in dem der Erwachsene zum Zeitpunkt der Errichtung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, sofern keine ausdrückliche und schriftliche Rechtswahl i.S.v. Art. 15 Abs. 1 und 2 HEsÜ vorliegt.

Gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. c HEsÜ kann z.B. als anwendbares Recht für Bestehen, Umfang, Änderung und Beendigung in der Vorsorgevoll-

macht auch das Recht des Staats, in welchem sich das Vermögen der betreffenden Person befindet, bezeichnet werden.

Gemäss Art. 15 Abs. 3 HEsÜ untersteht die Art und Weise der Ausübung einer Vorsorgevollmacht der Rechtsprechung des Staats, in dem die Vorsorgevollmacht/Vertretungsmacht ausgeübt wird.

Zur Art und Weise der Ausübung gehört die Überprüfung des Bestehens und des Umfangs sowie der Gültigkeit und Wirksamkeit einer Vorsorgevollmacht.²¹

Der Begriff der Art und Weise der Ausübung gemäss Art. 15 Abs. 3 HEsÜ ist eng auszulegen. Behördliche Genehmigungserfordernisse des Ausübungsstaats fallen nicht unter diese Bestimmung. Der Vorsorgebevollmächtigte hat infolgedessen in sämtlichen Vertragsstaaten nur diejenigen behördlichen Genehmigungsvorschriften zu beachten, welche nach dem Recht gelten, welchem die Vorsorgevollmacht unterstellt ist.²²

Befindet sich eine Person in der Schweiz, so ist die schweizerische Behörde zuständig, und es ist gemäss Art. 15 Abs. 3 HEsÜ schweizerisches Recht für die Ausübung der Vertretungsmacht anwendbar. Wurde der Vorsorgebevollmächtigte im Ausland bevollmächtigt bzw. die Vollmacht im Ausland errichtet und handelt dieser in der Schweiz, so ist ebenfalls schweizerisches Recht anwendbar.²³

Anerkennung

Gemäss Art. 22 des HEsÜ werden die von den Behörden eines Vertragsstaats getroffenen Massnahmen kraft Gesetzes in den anderen Vertragsstaaten anerkannt. Dies bedeutet so viel wie: Die in einem Vertragsstaat getroffenen Massnahmen werden in einem anderen Vertragsstaat gutgeheissen.

Die Massnahmen, welche in einem anderen Vertragsstaat getroffen wurden, werden ohne Durchführung eines speziellen Verfahrens kraft Gesetzes anerkannt. Die Folge der Anerkennung ist eine Erstreckung der Gestaltungswirkung der ausländischen Massnahmen. Ein Beistand, der im Ausland ernannt wird, verfügt im Anerkennungsstaat über die gleiche Vertretungsmacht wie im Anordnungsstaat.²⁴

Die Anerkennung kann aus verschiedenen Gründen, welche in Art. 22 Abs. 2 HEsÜ geregelt sind, verneint werden. Darunter fällt zum Beispiel die Verneinung einer Anerkennung aufgrund der fehlenden Zuständigkeit der Behörde, welche die Massnahmen getroffen hat, oder aufgrund des Verstosses des Entscheids des Anordnungsstaats gegen die öffentliche Ordnung (ordre public) des Anerkennungsstaats.

Für potenzielle Vertragspartner der urteilsunfähig gewordenen Person (Letztere handelnd durch den Vertretungsbevollmächtigten) kann

es zu Unsicherheiten kommen, da über die Anerkennung meist erst nach der/dem Vertretungshandlung/-schluss geurteilt wird. Deshalb sieht Art. 23 HESÜ vor, dass jede betroffene Person bei der zuständigen Behörde des Vertragsstaats bereits vorgängig ein selbständiges förmliches und regelmässig kontradiktorisches Verfahren über die Anerkennung oder Nichtanerkennung beantragen kann. Damit wird jedoch nur die Anerkennung und nicht die Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht geklärt.²⁵ Die Vollstreckung der ausländischen Schutzmassnahme erfolgt nach dem Recht des Staats, in welchem sie ausgeführt werden soll.²⁶

Zusammenarbeit der Behörden

Die Qualität der Massnahmen hängt von der Behördenzusammenarbeit ab, welche ein Wesensmerkmal des Personen- und Vermögensschutzes darstellt.²⁷

Wird die Vertretungsmacht in der Schweiz ausgeübt, so ist schweizerisches Recht anwendbar und die schweizerischen Behörden haben die Aufsicht über die vorsorgebevollmächtigte Person. Die Aufsicht beinhaltet das Behandeln von Beschwerden sowie das Einschreiten bei Interessenkollisionen oder Sorgfaltspflichtverletzungen. Muss die vorsorgebevollmächtigte Person in mehreren Staaten handeln, so untersteht sie der Aufsicht mehrerer Behörden.²⁸

Das HESÜ verpflichtet die Vertragsstaaten, eine oder mehrere zentrale Behörden einzurichten, um die Kooperations- und Informationspflichten zu gewährleisten. Dies soll die internationale Zusammenarbeit fördern (Art. 28f. HESÜ). Art. 30 HESÜ zählt die Aufgaben der zentralen Behörden auf. In der Schweiz ist die zentrale Behörde das Bundesamt für Justiz (Fachbereich IPR).

Art. 32 HESÜ verpflichtet die Vertragsstaaten, bei zu treffenden Schutzmassnahmen alle Informationen über die betroffene Person zu liefern, sei es auf direkte Anfrage der zuständigen Behörde hin oder über die zentrale Behörde des Staats.²⁹

Die Aufgaben des Bundesamts für Justiz sind unter anderem: Mitteilungen aus dem Ausland an die zuständige zentrale Behörde des Kantons weiterleiten und ausländischen Behörden Auskünfte über das schweizerische Recht geben. Die kantonalen Behörden haben die Aufgabe, den anderen Vertragsstaat bei der Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts zu unterstützen, die Koordination zwischen den kommunalen und kantonalen Behörden zu fördern, Dokumente und Mitteilungen an die mit der Anordnung der Schutzmassnahme beschäftigte Behörde zu übermitteln.

Die internationale Zusammenarbeit kann im Rahmen der Anordnung von Schutzmassnahmen direkt zwischen den im Einzelfall zuständigen lokalen Behörden erfolgen.³⁰

4. Illustration anhand eines praktischen Beispiels

Wir nehmen an, Frau X ist 55 Jahre alt und deutsche Staatsangehörige. Sie entscheidet sich, dass im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit ihr Sohn Y über sämtliche persönlichen sowie vermögensrechtlichen Massnahmen entscheiden soll. Dafür errichtet sie eine Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht. Mit 65 Jahren begibt sich Frau X in die Schweiz. Im Alter von 80 Jahren erleidet Frau X einen Hirnschlag und ist fortan nicht mehr fähig, ihre Interessen wahrzunehmen und zu schützen, bzw. sie wird urteilsunfähig. Sie befindet sich derweil in einem Zürcher Spital (in der Schweiz) und wird von Schweizer Ärzten behandelt. Aufgrund des Hirnschlags ist eine weitere Operation am Gehirn von Frau X notwendig. Da Frau X nicht mehr selber entscheiden kann, ob sie die Operation an sich durchführen lassen will, muss jemand anders entscheiden. Bevor die Ärzte etwas unternehmen, werden sie die Angehörigen kontaktieren. Der Sohn Y wird dem Arzt mitteilen, dass seine Mutter X eine Vorsorgevollmacht in Deutschland errichtet hat. Diese kann, wenn der Sohn sie nicht übermitteln kann und Frau X die Vorsorgevollmacht im dafür vorgesehenen Register hat registrieren lassen, bei der Registerbehörde in Deutschland abgefragt werden.

Mit Erhalt der Vorsorgevollmacht stellt sich für die Ärzte die Frage, wer beurteilt, ob diese richtig errichtet wurde und ob und wie weit sie zur Anwendung kommt. Dafür ist nun das HESÜ massgebend. Gemäss HESÜ ist die Behörde des Landes zuständig, in welchem die urteilsunfähige Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. Art. 5 HESÜ). Da Frau X seit mehreren Jahren in der Schweiz lebt, wären das in unserem Beispiel die Schweizer Behörden. Vorliegend handelt es sich um einen Fall des Erwachsenenschutzes, weshalb in der Schweiz die Erwachsenenschutzbehörde zuständig wäre. Dabei muss konkretisiert werden, ob im internationalen Verhältnis keine *perpetuatio fori* besteht. Das heisst, mit Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts wechselt auch der örtliche Gerichtsstand. Im schweizerischen Recht gilt die *perpetuatio fori*, was bedeutet, dass der Gerichtsstand nach Rechtshängigkeit bei einem Aufenthaltswechsel bestehen bleibt und nicht gewechselt wird. Im Einzelfall muss also zwischen einem Aufenthaltswechsel vor oder nach Verfahrenseinleitung unterschieden werden.

Nun stellt sich die Frage, nach welchem Recht die Erwachsenenschutzbehörde der Schweiz über die Vorsorgevollmacht entscheidet. Gemäss dem HESÜ ist das Recht des Landes anwend-

bar, in welchem die vermutungsweise urteilsunfähig gewordene Person zum Zeitpunkt der Errichtung der Vorsorgeanordnung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte (vgl. Art. 15 HESÜ). In unserem Fall wäre dies das deutsche Recht, da Frau X sich in Deutschland befunden hat, als sie die Vorsorgevollmacht errichtete.

Die Erwachsenenschutzbehörde der Schweiz entscheidet also über das Bestehen und den Umfang der Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht. Dabei schaut die schweizerische Behörde, ob bei Frau X der Zustand der Urteilsunfähigkeit eingetreten ist und ob sie ihre Vorsorgevollmacht im Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit korrekt nach deutschem Recht errichtet hat. Ist dies der Fall, steht der Anwendung der Vorsorgevollmacht in der Schweiz nichts im Wege und der Sohn Y entscheidet über den weiteren Behandlungsweg seiner Mutter, so wie es sich Frau X gewünscht hatte.

Befindet sich ein Teil des Vermögens von Frau X auf einer Bank in Frankreich, braucht ihr Sohn eine validierte Vorsorgevollmacht. Das heisst, er muss zuerst (und das grundsätzlich immer) zur zuständigen Erwachsenenschutzbehörde in der Schweiz, welche darüber entscheidet, ob die Vorsorgevollmacht gültig errichtet wurde und der Sohn als Bevollmächtigter infrage kommt. In der Praxis wird dabei geprüft, ob bei der eingesetzten Person irgendwelche Einträge im Straf- oder Betreibungsregister vorhanden sind und sie handlungsfähig ist. Sind die Voraussetzungen gegeben, werden von der Erwachsenenschutzbehörde ein amtlicher Entscheid und eine Urkunde ausgestellt. Mit diesen zwei Dokumenten kann der Sohn auf der ganzen Welt handeln. In der Praxis wird die betreffende ausländische Bank die validierte Vorsorgevollmacht sowie die Urkunde sehen wollen. Danach wird sie in der Schweiz bei der betreffenden Erwachsenenschutzbehörde nachfragen, ob die Vorsorgevollmacht noch aktuell ist. Bestätigt die Behörde dies, wird die Bank das Geld freigeben.

Es braucht demnach keinen Gang zur ausländischen Erwachsenenschutzbehörde für Handlungen im Ausland. Was jedoch immer bei einer Vorsorgevollmacht getan werden muss, ist die Überprüfung der Vorsorgevollmacht in dem Staat, in welchem die urteilsunfähige Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Erst nach Überprüfung und Bestätigung der Gültigkeit kann die beauftragte Person rechtswirksam handeln.

Zwischenfazit

Anhand dieses Beispiels konnte klar aufgezeigt werden, dass eine Vorsorgevollmacht, welche in einem Land errichtet wurde, in einem anderen Land zur Anwendung kommen kann, ohne dass dafür ein separates Verfahren im betreffenden Land eingeleitet werden muss. Ein Auf-

enthaltenswechsel muss die Anwendung einer früher nach lokalem Recht richtig errichteten Vorsorgevollmacht demnach nicht gefährden. Es gehört zum Wesen einer Vorsorgeanordnung, dass sie auch unter veränderten Verhältnissen Wirkung entfaltet, die die vollmachtgebende Person nicht vorhergesehen hat und für die sie deshalb keine Dispositionen treffen konnte. Genau darin liegt ihr Zweck.³¹

→ **Exkurs: Patientenverfügung gem. Art. 370 ff. ZGB**

Es gibt zwei Arten von Patientenverfügungen:

- Bei der einen bestimmt die Person im Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit, welchen medizinischen Massnahmen sie im Falle einer Urteilsunfähigkeit zustimmt; und
- bei der anderen bestimmt die Person im Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit eine andere Person, welche im Falle der Urteilsunfähigkeit im Namen der urteilsunfähigen Person entscheidet.

Für den ersten Fall gibt es im internationalen Verhältnis keine Kollisionsregel. Dies hat seinen Grund im Fehlen einer Schutzmassnahme und Vertretungsvollmacht. Eine Patientenverfügung in dieser Art richtet sich unbestimmt an die Ärzte und Spitäler, welche die zukünftige medizinische Behandlung der urteilsunfähigen Person vornehmen würden.

Diese potenzielle Weisung an die Ärzte richtet sich nach dem Recht der Niederlassung des behandelnden Arztes bzw. Spitals. Neben diesen Anordnungen der urteilsunfähig gewordenen Person haben die Ärzte und Spitäler sich jedoch immer an das geltende Gesundheits- und Medizinalrecht des Niederlassungsorts zu halten.³² Ob und wie weit die so erteilten Anordnungen für die Ärzte und das Spital verbindlich sind, wird nach dem Recht am Ort des handelnden Arztes oder Spitals beurteilt.³³

Der zweite Fall, in welchem eine Person in der Patientenverfügung bestimmt wird, welche im Fall der Urteilsunfähigkeit entscheidet, wird im HESÜ behandelt wie eine Vorsorgevollmacht. Für diesen Fall kann demnach auf die Ausführungen oben verwiesen werden.³⁴

→ **Exkurs: Banken**

Bei Banken im jeweiligen Ausland ergeben sich gesetzlich keine Unterschiede. Praktisch gesprochen, behalten sich Banken in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch immer vor, dass «ihr» Vollmachtsformular verwendet wird. Diese Geschäftsbedingungen gelten für alle rechtsgeschäftlichen Akte, zu denen auch der Vorsorgeauftrag gehört, weiter fort. Entsprechend steht dem Vorsorgeauftrag nicht das Gesetz, sondern eine vertragliche Vereinbarung mit der Bank im Wege. Wird jedoch z.B. in Deutschland eine Betreuung gerichtlich angeordnet oder in der Schweiz die Vorsorgevollmacht durch die KESB überwacht und tritt somit eine öffentlich-rechtliche Komponente hinzu, werden die Geschäftsbedingungen der Bank keine Anwendung mehr finden.

5. Fazit

Wir wollen unsere Zeit im Leben nicht damit verschwenden, uns Gedanken darüber machen zu müssen, was passiert, wenn man zu einem späteren Zeitpunkt, sei es nach einem Unfall oder im hohen Alter, nicht mehr über das eigene Vermögen oder das eigene Leben entscheiden kann. Dennoch handelt es sich dabei nicht, wie einige denken, um verschwendete Zeit, sondern um einen wichtigen Schritt. Das eigene Leben oder Vermögen sollte so selbstbestimmt wie möglich verlaufen und im Falle der eigenen Unfähigkeit in die Hände einer selbst auserwählten Person gelegt werden, welche die eigenen Vorlieben und Wünsche kennt und respektiert.

Die Institute des Vorsorgeauftrags sowie der Patientenverfügung wurden genau dafür errichtet und die Rechtslage umfassend in Gesetzen geregelt. Dabei handelt es sich um Institute, welche international anwendbar sind und zukünftige Konflikte vermeiden können. ■

Lara Pair dankt Frau Anna Kriech, MLaw, für ihre Unterstützung.

- ¹ Götz Isabell, Einf. v. § 1896, Rn. 5, in: Palandt Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2017, München [Götz].
- ² Götz, Einf. v. § 1896, Rn. 1.
- ³ Dieter Schwab, Selbstbestimmung im Alter, in ZBJV 142/2006, S. 575 ff.
- ⁴ Rumo-Jungo Alexandra, Art. 360 N 3ff., in: Geiser Thomas, Reusser Ruth. E. (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 2012, Basel [Rumo-Jungo].
- ⁵ Boente Walter, Der Erwachsenenschutz, Art. 360–387 ZGB, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Zürcher Kommentar, Zürich, 2015, Vorbemerkungen zu Art. 360–373/F. Rechtsvergleichung, S. 85, Rz. 196 ff.

- ⁶ Rumo-Jungo, Art. 360 N 14.
- ⁷ Vgl. Art. 505 Abs. 1 ZGB.
- ⁸ Art. 360 Abs. 1 und 3 ZGB; Huggenberger Eric, in: Abegg Philipp/Geissbühler Alex/Haefeli Kurt/Huggenberger Eric/Larumbe Gabriel, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl. 2019, Zürich, S. 85 f.
- ⁹ MWh. Fankhauser Roland/Fischer Nadja, Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in: Die Praxis des Familienrechts 2019, S. 1069 ff.
- ¹⁰ Rumo-Jungo, Art. 360 N 33 ff.
- ¹¹ Rumo-Jungo, Art. 360 N 41.
- ¹² Renker Jana, Bewegungseinschränkende Massnahmen in der häuslichen Pflege, in: Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie 2019, S. 19.
- ¹³ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinats, 6. Aufl. 2018, Bern, Rz. 20.5.
- ¹⁴ Rumo-Jungo, Art. 360 N 41.
- ¹⁵ Peterhans Katharina, Wunschvormund für seine Kinder festlegen?, in: AJP 2018, S. 3 ff.
- ¹⁶ Rumo-Jungo, Art. 360 N 30 f.
- ¹⁷ Stellvertretend für den jeweils gem. Landesrecht verwendeten Begriff, wie z.B. Vorsorgevollmacht oder Vorsorgeauftrag.
- ¹⁸ Rumo-Jungo, Art. 360 N 7.
- ¹⁹ Breitschmid Peter, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–1456 PartG, S. 1118, Rz. 7, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht sowie Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl. 2016, Zürich/Basel/Genf [Breitschmid].
- ²⁰ Breitschmid, S. 1118, Rz. 7.
- ²¹ Guillaume Florence, Internationales Privatrecht, Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen, Erwachsenenschutz, S. 1255, Rz. 95; Widmer Blum Carmen Ladinia, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung, insbesondere Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, S. 141, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin, (Hrsg.), FamKomm, Erwachsenenschutz, 2013, Bern.
- ²² Fountoulakis Christiana/Affolter-Fringeli Kurt/Biderbost Yvo/Steck Daniel, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2016, Zürich, S. 658, Rz. 17.60f. [Fountoulakis].
- ²³ Geiser Thomas, Vorbemerkungen zu Art. 360–369, Erwachsenenschutz, S. 113, Rz. 22, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin, (Hrsg.), FamKomm, Erwachsenenschutz, 2013, Bern.
- ²⁴ Füllemann Daniel, Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen von 2000 (HESÜ), S. 30, 54, in: ZVW (2009), Nr. 1 [Füllemann].
- ²⁵ Füllemann, S. 30, 55.
- ²⁶ Füllemann, S. 30, 57.
- ²⁷ Breitschmid, S. 1118, Rz. 7.
- ²⁸ Schwander Ivo, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht im internationalen Verhältnis, in AJP, S. 1351, 1368.
- ²⁹ Kren Kostkiewicz Jolanta, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2018, Bern, S. 388, Rz. 1566 ff.
- ³⁰ Füllemann, S. 30, 58.
- ³¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juli 2016, Geschäfts-Nr. PQ160026-O/U.
- ³² Herzog-Zwiler Iris/Landolt Hardy, Zweiter Teil Rechtsvergleich/Arzttaftpflicht: Deutschland versus Schweiz/IV.–V., in: Arzttaftpflicht 2019, Beiträge zur Tagung vom 22. Oktober 2019 in Luzern, S. 166 f.
- ³³ MWh. zur Garantienpflicht des Arztes Ege Gian, Die Rechtfertigung der indirekt aktiven Sterbehilfe, in: Autonomie am Lebensende – Kultur und Recht, Die aktuelle Diskussion in der Schweiz und in Japan 2018, S. 96.
- ³⁴ Fountoulakis, S. 659, Rz. 17.62f.