

Vorsorgeauftrag – Pflichten und Haftung des Beauftragten

Stephanie Hrubesch-Millauer
Rechtsanwältin/ordentliche
Professorin an der Universität Bern

Martina Jaussi
Hilfsassistentin
an der Universität Bern

Was in der Praxis beim neugeschaffenen Vorsorgeauftrag zu beachten ist – Tipps für Rechtsanwälte, Notare und Mitglieder von Erwachsenenschutzbehörden.

Die demografische Struktur der Schweizer Bevölkerung hat sich im Laufe der vergangenen Jahrzehnte stark verändert: Einerseits ist der Anteil der Jugendlichen unter zwanzig Jahren gesunken, andererseits ist gemäss Angaben des Bundesamts für Statistik eine stetige Zunahme der Anzahl älterer Menschen zu beobachten. Dieser Alterungsprozess führt dazu, dass es immer mehr betagte Personen gibt, die bei ihren täglichen Belangen nicht mehr ohne Hilfe auskommen können: So leiden zum Beispiel 8 Prozent der über 65-Jährigen und 30 Prozent der über 85-Jährigen an der Alzheimer-Krankheit oder an einer anderen Form von Demenz.¹

Oft werden diese Menschen von Betreuungspersonen, die sie nicht selbst bestimmt haben – in der Regel beliebige Angehörige oder Personal in Altersheimen – bis zum Lebensende betreut. Diese Konstellation birgt ein gewisses Konfliktpotenzial, da die Betreuenden (ohne eine erteilte «Ermächtigung») rechtlich nicht an den Willen der häufig urteilsunfähigen Betagten gebunden sind. Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags war bis anhin gesetzlich nicht vorgesehen. Gewisse Bedürfnisse konnten jedoch durch «Ersatz- beziehungsweise Hilfskonstruktionen» teilweise abgedeckt werden, so zum Beispiel durch Vollmachten (nach Art. 32 ff. OR), durch Aufträge (gemäss Art. 394 ff. OR) oder auch durch das Heranziehen von Art. 166 ZGB (Vertretung der ehelichen Gemeinschaft) oder von Art. 419 ff. OR (Geschäftsführung ohne Auftrag).²

1. Gegenstand des Vorsorgeauftrags

Das neue Erwachsenenschutzrecht erlaubt es seit Anfang 2013, mit dem Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags explizit das eigene Selbstbestimmungsrecht über den Zeitpunkt eines allfälligen Verlustes der Urteilsfähigkeit hinaus zu wahren: Jeder kann vorgängig jemanden beauftragen, im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit die Sorge für ihn in kleinerem oder auch grösserem Umfang zu übernehmen und damit seine bisherige Lebensführung und die künftige Lebensplanung weiterhin zu gewährleisten.³

Der Vorsorgeauftrag ist ein privatrechtliches Instrument, welches den behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes grundsätzlich vorgeht.⁴ Es handelt sich um einen (suspensiv bedingten) Auftrag, auf den die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 394 ff. OR) sinngemäss anwendbar sind, sofern das ZGB nicht abweichende Regelungen enthält.

Mit dem Vorsorgeauftrag können gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB die drei folgenden Inhalte geregelt werden, wobei die Aufgaben kumulativ oder alternativ übertragen werden können:⁵

■ Die Personensorge, die dazu dienen soll, den Schwächezustand der Hilfsbedürftigkeit, die Schutz- und Beistandsbedürftigkeit und das Angewiesensein auf unbestimmte Hilfspersonen zu überwinden.⁶ Dazu gehört etwa die Unterstützung bei der Bewältigung von alltäglichen Aufgaben.

■ Die Vermögenssorge, die unter anderem dann von Belang ist,

wenn die betroffene Person ihr Einkommen und Vermögen nicht selbst verwalten kann. Ziel dieser Vorsorge ist die Vornahme der nötigen rechtlichen und tatsächlichen Handlungen für die Erhaltung des Vermögens.⁷ Für die Vermögensverwaltung kann beispielsweise eine Bank eingesetzt werden.

■ Die Vertretung im Rechtsverkehr, womit die eigentliche Personen- und Vermögenssorge im Ausserverhältnis ermöglicht wird. Ähnlich wie beim einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR), der regelmässig mit einer Vollmacht zur direkten Stellvertretung kombiniert ist, bildet die Vertretung im Rechtsverkehr den eigentlichen Kern eines jeden Vorsorgeauftrags.⁸ Eine wirksame Wahrung der Interessen der auftraggebenden Person ist kaum denkbar ohne Vertretungsbefugnis. Zu beachten ist, dass die Vertretung im Bereich medizinischer Massnahmen nur durch eine natürliche Person wahrgenommen werden kann.⁹

Die auftraggebende Person ist frei in ihrer Wahl der vorsorgebeauftragten Person; sie kann sich für eine oder mehrere natürliche¹⁰ oder juristische¹¹ Personen entscheiden und hat auch die Möglichkeit, Ersatzverfügungen zu treffen, falls die primär bezeichnete Person den Auftrag nicht annehmen kann oder will (Art. 360 Abs. 1 und 3 ZGB). Beauftragt sie mehrere Personen, ist darauf zu achten, dass das Verhältnis und die einzelnen Kompetenzen zwischen diesen Personen im Vorsorgeauftrag geregelt sind. Insbesondere für Anwälte in ihrer Funktion als Vertrauensperson

wird der Vorsorgeauftrag Bedeutung erlangen.

2. Pflichten des Beauftragten

2.1 Grundsätzliches

Bei Eintritt des Vorsorgefalles überprüft zwar die Erwachsenenschutzbehörde, ob die gewählte Person für die übertragenen Aufgaben geeignet ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Trotzdem besteht die Gefahr, dass sich die gewünschte Person nicht genügend um die Erfüllung des Auftrags kümmert oder ihre Kompetenzen gar missbraucht. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, an welche Pflichten die vorsorgebeauftragte Person bei der Wahrnehmung der Aufgaben gebunden ist und unter welchen Voraussetzungen sie haftbar werden kann:

Die beauftragte Person hat nur jene Aufgaben auszuführen, die ihr durch den Vorsorgeauftrag übertragen werden, und sie muss sich grundsätzlich an allfällige Weisungen des Auftraggebers halten. Gemäss Art. 363 Abs. 3 ZGB händigt die Erwachsenenschutzbehörde der beauftragten Person eine (Legitimations-)Urkunde aus, welche die Befugnisse der beauftragten Person wiedergibt und ihr als Legitimation im Verkehr mit Dritten dient. Das Dispositiv des Validierungsentscheids ist zur Legitimation möglich, sofern lediglich die notwendigsten Informationen gegenüber Drittpersonen darin enthalten sind. Vorstellbar ist, dass mehrere Legitimationsurkunden für jeweils einzelne Adressatenkreise ausgestellt werden müssen.

Wurde der Vorsorgeauftrag nur für einen beschränkten Aufgabenbereich errichtet und stellt die beauftragte Person fest, dass Geschäfte besorgt werden müssen, die nicht vom Vorsorgeauftrag abgedeckt werden, so hat sie gemäss Art. 365 Abs. 2 ZGB unverzüglich

die Erwachsenenschutzbehörde zu informieren, damit diese die notwendigen Massnahmen treffen kann. Eine solche kann beispielsweise die Errichtung einer Beistandschaft sein, wobei die beauftragte Person als Beistand eingesetzt werden kann. Im Fall eines Interessenskonflikts zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und der beauftragten Person entfallen nach Art. 365 Abs. 3 ZGB die Befugnisse der letzteren.

Treten bei der Ausführung des Vorsorgeauftrags Unklarheiten über dessen Inhalt auf, so hat sich die beauftragte Person an die Erwachsenenschutzbehörde zu wenden und eine verbindliche Auslegung des Auftrags zu verlangen (Art. 364 ZGB). Obwohl gesetzlich nicht geregelt, muss es der Erwachsenenschutzbehörde aufgrund der Aufsichtspflicht gemäss Art. 368 ZGB möglich sein, die Vertragsauslegung auch ohne einen entsprechenden Antrag des Beauftragten vorzunehmen.¹³

Der Vorsorgeauftrag wird mit der Annahme durch die beauftragte Person nach Eintreten der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers und erfolgreicher Prüfung durch die Erwachsenenschutzbehörde zu einem vertragsähnlichen, aber dennoch einseitigen Rechtsgeschäft,¹⁴ bei dem die Selbstbestimmung der auftraggebenden Person im Vordergrund steht. Daher ist bei der Auslegung das Willensprinzip anzuwenden. Massgeblich ist demnach grundsätzlich das, was die den Vorsorgeauftrag verfassende Person wirklich oder mutmasslich wollte.¹⁵ Kann der mutmassliche Wille der auftraggebenden Person bezüglich einer bestimmten Frage nicht mehr eruiert werden, so ist ein Eingreifen der Behörde notwendig (Art. 368 ZGB).¹⁶

Gemäss Art. 365 Abs. 1 ZGB gelten bezüglich der Erfüllung des Vorsorgeauftrags die obligationenrechtlichen Regeln des einfachen

Auftrags (Art. 394 ff. OR). Demnach hat der Beauftragte seine Aufgabe mit Sorgfalt wahrzunehmen, muss in jedem Zeitpunkt in der Lage sein, Rechenschaft über die Geschäftsführung abzulegen und unterliegt der Haftung gemäss Art. 398 ff. OR (Art. 456 ZGB).¹⁷ Bei einem Vorsorgeauftrag mit Vermögenssorge ist die auftraggebende Person gemäss Art. 365 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 400 OR zusätzlich befugt, jederzeit über die Führung des Auftrags Auskunft zu verlangen.¹⁸

2.2 Pflichten aus dem Auftragsverhältnis

a. Vertragsgemässe Ausführung (Art. 394 OR)

Die Hauptleistungspflicht beim Auftrag liegt im Tätigwerden in fremdem Interesse. Der Beauftragte schuldet keinen Erfolg, sondern ein kunstgerechtes Wirken.¹⁹ Wie genau sich diese Tätigkeit gestaltet, ist abhängig von Inhalt und Umfang des konkreten Auftrags. Massgebend sind die entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen und – beim Fehlen von solchen – die Natur des zu besorgenden Geschäfts (Art. 396 Abs. 1 OR).

Gemäss Art. 396 Abs. 3 OR bedarf es einer besonderen Ermächtigung des Auftraggebers für den Abschluss bestimmter Geschäfte, wie zum Beispiel für die Veräusserung von Grundstücken oder für Schenkungen. Ob aber Art. 396 Abs. 3 OR auf den Vorsorgeauftrag (analog) anwendbar ist, ist unklar.²⁰ Ein Teil der Lehre spricht sich in Bezug auf die in Art. 416 ZGB aufgezählten Rechtshandlungen des Beistandes auch für eine Mitwirkungspflicht der Erwachsenenschutzbehörde aus.²¹ Art. 368 ZGB, der ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde vorsieht – sei es durch das Treffen von erforderlichen Massnahmen oder auch durch Einschränkung der Befugnisse oder durch Erteilung von Weisungen – und

neu Art. 240 Abs. 2 OR, der aus dem Vermögen eines Handlungsunfähigen nur die Austrichtung von Gelegenheitsgeschenken zulässt, machen unseres Erachtens eine analoge Anwendung von Art. 396 Abs. 3 OR und Art. 416 ZGB obsolet.

b. Vorschriftsgemässe

Ausführung (Art. 397 Abs. 1 OR)

Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag vorschriftsgemäss auszuführen, also so, wie er im Vorsorgeauftrag konkretisiert und umschrieben wurde. Die auftraggebende Person kann den Beauftragten wahlweise mit einem Teil oder mit allen der zu besorgenden Aufgaben betrauen und dabei detaillierte Anmerkungen und Weisungen einbringen.²² An die daraus erwachsenden Vorschriften ist der Beauftragte gebunden und darf nur ausnahmsweise davon abweichen; eine Pflicht zur Abweichung trifft ihn jedoch bei widerrechtlichen und sittenwidrigen Weisungen.²³

Da aufgrund der Urteilsunfähigkeit der auftraggebenden Person die Möglichkeit entfällt, sie um Einwilligung für Abweichungen zu bitten, hat sich der Beauftragte an die Erwachsenenschutzbehörde zu wenden (Art. 364 ZGB). Hat es die urteilsunfähige Person unterlassen, in einem Vorsorgeauftrag Weisungen bezüglich der Vermögenssorge zu erteilen, hat der Vorsorgebeauftragte nach der gleichen konservativen Strategie vorzugehen wie ein Beistand,²⁴ das heisst das Vermögen sorgfältig zu verwalten und gewisse Rechtsgeschäfte wie das Eingehen von Bürgschaften zu unterlassen (vgl. Art. 408 und 412 ZGB).

c. Treuepflicht

(Art. 398 Abs. 2 OR)

Gleich wie beim obligationenrechtlichen Auftragsverhältnis ist der Vorsorgebeauftragte dem (nun urteilsunfähigen) Auftraggeber zu

einer interessenwahrenden Tätigkeit verpflichtet und muss alles unterlassen, was diesem Schaden zufügen könnte. Zudem ist er an Informationspflichten und an eine Verschwiegenheitspflicht gebunden.²⁵ Einschränkungen treffen den Vorsorgebeauftragten bei jeglichen Interessenkollisionen, so auch im Bereich des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung; es sei denn, im Vorsorgeauftrag finde sich eine ausdrückliche Zustimmung des Auftraggebers zu solchen Geschäften.²⁶ Zur Interessenwahrung der vertretenen Person ist Art. 365 Abs. 2 und 3 ZGB im Auge zu behalten.

d. Sorgfaltpflicht

(Art. 398 Abs. 1 und 2 OR)

Der Vorsorgebeauftragte ist zur sorgfältigen Ausführung verpflichtet. Diese Pflicht erstreckt sich auf die Haupt- wie auch auf die Nebenpflichten. Was der Vorsorgebeauftragte für eine sorgfältige Ausführung tun oder unterlassen muss, ist abhängig vom jeweiligen Vorsorgeauftrag.²⁸ Das Mass der Sorgfalt richtet sich gemäss der Verweisung in Art. 398 Abs. 1 OR nach Arbeitsrecht (Art. 321e OR). Dabei ist grundsätzlich die für den konkreten Vorsorgeauftrag notwendige Sorgfalt erforderlich, die eine gewissenhafte Drittperson mit den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften der beauftragten Person anzuwenden pflegt.²⁹

Bestehen allgemein befolgte berufs- oder gewerbespezifische Verhaltensregeln oder Usancen, können sie zur Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes herangezogen werden³⁰ – so wird zum Beispiel generell vorausgesetzt, dass ein Anwalt die massgebenden Gesetze, die höchstgerichtliche Rechtsprechung und die Standardliteratur kennt.³¹ Wird eine Person wegen ihrer beruflichen Stellung beauftragt, sind erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltpflichten zu stel-

- 1 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht, Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., S. 7011; mit Hinweis auf Campus, Magazine de l'Université de Genève, no. 79 2006, S. 8.
- 2 Alexandra Rumo-Jungo, Basler Kommentar (BSK) Erwachsenenschutz, Basel 2012, Art. 360 ZGB, N. 11 ff., vgl. N. 12 ff.
- 3 Oliver Arter, Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, «Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder», in: Der Schweizer Treuhänder 2007, S. 658; mit Hinweis auf: Kurt Affolter, «Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht», in: AJP 2006, S. 1060.
- 4 Carmen Ladina Widmer Blum, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 48, S. 271 mit Hinweis auf Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.
- 5 Ernst Langenegger, Das neue Erwachsenenschutzrecht: Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Art. 360 N. 23.
- 6 Widmer Blum, a.a.O., S. 285.
- 7 Widmer Blum, S. 285; mit Hinweis auf Bernhard Schnyder / Erwin Murer, Berner Kommentar, Bd. II/3/1, Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360–397 ZGB, Bern 1984, Systematischer Teil, N. 38.
- 8 Widmer Blum, a.a.O., S. 298.
- 9 Hermann Schmid, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 360 ZGB, N. 9.
- 10 Sandra Hotz, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda – Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda, ZKE 2011, S. 107 f.
- 11 Botschaft, S. 7025 f.
- 12 Botschaft, S. 7028.
- 13 Heinz Hausheer / Thomas Geiser / Regina E. Aebi-Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, Rz. 2.32.
- 14 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 360 ZGB, N. 14.
- 15 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 364 ZGB, N. 4ff., insb. N. 12 f.
- 16 Widmer Blum, a.a.O., S. 296.
- 17 Botschaft, S. 7028.
- 18 Widmer Blum, a.a.O., S. 285.
- 19 Roland Bühler, OR Kommentar (OFK), Zürich 2009, Art. 394 OR, N. 12.
- 20 Daniel Füllemann, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes, Diss. Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 296; Audrey Leuba, «Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil», in: Baddeley Margareta (Hrsg.), La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008, En l'honneur du Professeur Martin Stettler, Genf/Zürich/Basel 2007, S. 27 ff.: Leuba, S. 45; Philippe Meier, «Perte de discernement et planification du patrimoine – droit actuel et droit futur», in: Margareta Baddeley / Bénédicte Foëx (Hrsg.), La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006, En l'honneur du Professeur Andreas Bucher, Genf/Zürich/Basel 2009, S. 39 ff., Rz. 72.
- 21 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 365 ZGB, N. 4; andere Meinung Widmer Blum, a.a.O., S. 289 f.

len – so werden etwa Handlungen einer Anwältin oder eines Notars strenger zu beurteilen sein als die des nicht in diesem Bereich tätigen und «ungeschulten» Ehegatten der urteilsunfähigen Person.³²

e. Persönliche Ausführung (Art. 398 Abs. 3 OR)

Der Beauftragte muss das Geschäft beim einfachen Auftrag grundsätzlich persönlich besorgen. Eine Unterbeauftragung ist unter Vorbehalt der Ausnahmen in Art. 398 Abs. 3 OR unzulässig. Nicht unter den Begriff der Substitution fällt der Beizug von Hilfspersonen (wobei die Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitut freilich nicht immer leicht vorzunehmen ist).³³

Eine umfassende Übertragung durch den Vorsorgebeauftragten auf eine Drittperson ist als unzulässig anzusehen.³⁴ Dies würde einerseits dem Selbstbestimmungsrecht des Auftraggebers widersprechen und andererseits eine Umgehung der Schutzvorschriften von Art. 363 Abs. 2 ZGB darstellen, nach denen die Eignung der vorsorgebeauftragten Person geprüft wird. Eine teilweise Delegation von Aufgaben an einen Dritten erscheint unter den Voraussetzungen von Art. 398 Abs. 3 OR jedoch zulässig. Eine Substitution des Vorsorgebeauftragten ist allenfalls durch die Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 365 oder 368 ZGB vorstellbar. Zur Beurteilung dieser Frage ist aber stets auch der entsprechende Vorsorgeauftrag zu beachten.

f. Weitere Pflichten

Der Beauftragte ist gemäss Art. 400 OR verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Dazu gehört auch, dass er den Auftraggeber über Sachverhalte, die für diesen möglicherweise bedeutsam sind, unauf-

gefordert informiert. Dabei hat er in verständlicher Weise über alles Wesentliche Bericht zu erstatten.³⁵ Weiter wird unter die Rechenschaftsablegung die Pflicht zur Abrechnung subsumiert, um dem Auftraggeber die Kontrolle der Ausführung zu ermöglichen. Der Beauftragte hat die Erfüllung seiner Aufgabe zu dokumentieren und Buch zu führen.³⁶

Auch beim Vorsorgeauftrag hat der Beauftragte prinzipiell der auftraggebenden Person Rechenschaft abzulegen und muss die Erfüllung der Aufgaben dokumentieren. Obwohl die auftraggebende Person urteilsunfähig ist, muss sie die Befugnis haben, Berichterstattung zu verlangen. Diese Befugnis kommt zudem der Erwachsenenschutzbehörde zu (Art. 368 Abs. 2 ZGB).

Bei Beendigung des Vorsorgeauftrags hat die Rechenschaft an die auftraggebende Person zu erfolgen, sofern sie wieder urteilsfähig geworden ist (Art. 369 ZGB) oder bei Übernahme der Vorsorge durch einen Beistand an diesen. Im Falle des Todes der hilfsbedürftigen Person sollte sich der Vorsorgebeauftragte an die Erben wenden³⁷ und sinnvollerweise auch die Erwachsenenschutzbehörde über die Umstände informieren.

Alle Gegenstände und Mittel, die der Beauftragte im Zusammenhang mit der Ausführung des Vorsorgeauftrags erlangt, muss er während der Auftragsausführung laufend herausgeben (Art. 400 OR). Dabei wird er zinspflichtig, falls er mit der Ablieferung von Geldern in Rückstand geraten sollte. Erfasst von dieser Erstattungspflicht sind nicht nur Vermögenswerte, sondern auch Dokumente, Provisionen und Rabatte.³⁸ Die Prüfung der Ablieferung erfolgt gegebenenfalls durch die Erwachsenenschutzbehörde im Rahmen von Art. 368 Abs. 2 ZGB.³⁹

3. Mangelhafte Ausführung

3.1 Eingreifen der Erwachsenenschutzbehörde

Das Erwachsenenschutzrecht enthält keine eigenen Haftungstatbestände für den Vorsorgebeauftragten und die Überwachungsmöglichkeiten der Erwachsenenschutzbehörde sind geringer als bei der Beistandschaft. Erst bei einer Gefährdung der Interessen der hilfsbedürftigen Person kann sie gestützt auf Art. 368 ZGB eingreifen und erforderliche Massnahmen treffen. Die Erwachsenenschutzbehörde wird bei Kenntnisnahme einer Interessengefährdung von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person tätig. Anzeigeberechtigt ist zudem jede Person.

Das Tätigwerden der Behörde von Amtes wegen ist deshalb möglich, weil sie von jedem Vorsorgeauftrag Kenntnis hat. Im Gegensatz zur Patientenverfügung besteht hier die Möglichkeit, die Ausübung des Auftrags zu überwachen. Die Überwachung geht aber weniger weit als jene des Beistands, der einer regelmässigen Rechenschaftspflicht unterliegt. Daher kommt dieser Schutz beim Vorsorgeauftrag häufig erst dann zum Tragen, wenn bereits eine Interessengefährdung vorliegt (Art. 368 ZGB). Eine ständige Überwachung durch die Behörde ist natürlich nicht möglich, weshalb die Erwachsenenschutzbehörde auch auf Antrag von nahestehenden Personen tätig werden kann.

Die Behörde kann Weisungen erteilen, die Einreichung eines Inventars verlangen, die beauftragte Person zur Einreichung einer periodischen Rechnungslegung oder Berichterstattung verpflichten oder die durch den Vorsorgeauftrag eingeräumten Befugnisse ganz oder teilweise entziehen (Art. 368 Abs. 2 ZGB). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend.⁴⁰

Dass die Erwachsenenschutzbehörde auch ohne konkrete Anhaltspunkte für eine drohende oder tatsächliche Schädigung der Interessen die Ausführung des Auftrags überwachen kann, ist gesetzlich nicht vorgesehen und entspricht auch nicht dem Gedanken der Selbstbestimmung beim Vorsorgeauftrag. Dies verhält sich beim Willensvollstrecker anders: Er untersteht zwingend einer behördlichen Aufsicht, die unter anderem das Einhalten der Sorgfaltpflicht überprüft.⁴¹ Um eine erhöhte Überwachung des Vorsorgebeauftragten zu erwirken, steht der auftraggebenden Person immerhin die Möglichkeit offen, im Vorsorgeauftrag eine weitere Person einzusetzen und diese mit der Überwachung des Vorsorgeauftrags zu betrauen.⁴²

Von der Interessengefährdung, bei der ein Eingreifen der Erwachsenenschutzbehörde nötig ist, ist die Interessenkollision zu unterscheiden: Hat die beauftragte Person Interessen, die denjenigen der auftraggebenden Person nicht entsprechen, entfallen die Befugnisse der beauftragten Person von Gesetzes wegen (Art. 365 ZGB). In diesem Fall hat die beauftragte Person das Vorliegen einer solchen Situation gemäss Art. 365 Abs. 2 ZGB unverzüglich der Erwachsenenschutzbehörde zu melden.

3.2 Haftung nach Auftragsrecht

a. Grundsätzliches

Auch die Haftung des Vorsorgebeauftragten richtet sich nach Auftragsrecht (Art. 456 ZGB). Obwohl Art. 398 Abs. 2 OR nur die Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht erwähnt, haftet der Beauftragte nach den allgemeinen Regeln auch für andere Leistungsstörungen.⁴³ In der Regel sind eine Vertragsverletzung, ein Schaden, der adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden des Beauftragten nötig, um eine Haf-

tung zu begründen.⁴⁴ Der Schaden ist die unfreiwillige Vermögensminderung, er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne schädigendes Ereignis hätte.⁴⁵ Genugtuungsansprüche der auftraggebenden Person sind vorstellbar, soweit sie eine schwere immaterielle Unbill erlitten hat.⁴⁶

Beim einfachen Auftrag ist die auftraggebende Person, bei ihrem Tod ihre Erben, zur Klage legitimiert. Erlangt die auftraggebende Person beim Vorsorgeauftrag ihre Urteilsfähigkeit nicht wieder, kann sie nicht selbst gegen den Beauftragten klagen (Art. 67 Abs. 2 ZPO) und wegen des offenkundigen Interessenkonfliktes kann der Vorsorgebeauftragte sie in dieser Sache nicht vertreten. Die Behörde muss deshalb einen Vertretungsbeistand ernennen.⁴⁷

Sind mehrere Personen mit dem Vorsorgeauftrag betraut, haften sie solidarisch, sofern sie gemeinsam für dieselbe Aufgabe zuständig sind (Art. 403 Abs. 2 OR analog, resp. Art. 530 ff. OR bei einer einfachen Gesellschaft).⁴⁸ Nach Art. 399 OR haftet der Beauftragte bei unbefugtem Beizug einer Drittperson für deren Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären. Er kann sich nicht exkulpieren; durch die unbefugte Substitution selber hat er bereits eine Pflicht verletzt – die Pflicht zur persönlichen Ausführung –, und haftet kausal.⁴⁹ War er zur Übertragung befugt, haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei Wahl und Instruktion des Dritten (Art. 399 Abs. 2 OR). Die Vertragsverletzung kann wie im allgemeinen Vertragsrecht in der Leistungsumöglichkeit, im Verzug und der Schlechtleistung bestehen.

b. Unmöglichkeit

Ist die Auftragsbefugnis von Anfang an unmöglich,⁵⁰ etwa weil der Beauftragte verstorben ist,

- 22 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 360 ZGB, N. 33 f.
 23 BGE 62 II 274 ff.
 24 Widmer Blum, a.a.O., S. 320 f.
 25 Bühler, a.a.O., Art. 398 OR, N. 2 f.
 26 Widmer Blum, a.a.O., S. 315 f.
 27 Rolf H. Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 398 OR, N. 24 ff.
 28 Widmer Blum, a.a.O., S. 319 f.
 29 BGE 127 III 357, E. 1c, S. 359; BGE 115 II 62, E. 3a, S. 64; Bühler, a.a.O., Art. 398 OR, N. 5.
 30 BGE 115 II 62, E. 3a, S. 64; BGE 133 II 121, E. 3.1, S. 124.
 31 Urteil BGER 4C.316/2001 vom 7.2.2002, E. 2b aa.
 32 Urteil BGER 5C.311/2001 vom 6.3.2002, E. 2b.
 33 Zur Abgrenzung Hilfsperson/Substitut: Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2010, § 23 IV. 1.; BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 398 OR, N. 3.
 34 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 365 ZGB, N. 11.
 35 BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 400 OR, N. 2.
 36 BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 400 OR, N. 7 f.
 37 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 365 ZGB, N. 12.
 38 BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 400 OR, N. 10 ff.
 39 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 365 ZGB, N. 12.
 40 Botschaft, S. 7029.
 41 Martin Karrer / Nedim Peter Vogt / Daniel Leu, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 518 ZGB, N. 97 f., mit Verweis auf Art. 595 ZGB, N. 22.
 42 Leuba, a.a.O., S. 35.
 43 BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 398 OR, N. 18.
 44 Jörg Schmid / Hubert Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2010, Rz. 1920.
 45 BGE 132 III 186, E. 8.1, S. 205.
 46 Widmer Blum, a.a.O., S. 319 f.
 47 Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 67 ZPO, N. 1 ff., insb. N. 18 ff. zur Prozessfähigkeit.
 48 Bühler, a.a.O., Art. 403 OR, N. 5.
 49 BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 399 OR, N. 5.
 50 Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, Rz. 63.01 ff.

erteilt die Erwachsenenschutzbehörde den Vorsorgeauftrag nicht, weshalb der anfänglichen Unmöglichkeit keine Relevanz zukommt.

Tritt die Unmöglichkeit nach Annahme des Mandats ein, handelt es sich wohl um eine objektive Unmöglichkeit, da die geschuldete Leistung eine höchstpersönliche ist.⁵¹ Hat der Beauftragte die Möglichkeit, die Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 365 Abs. 2 ZGB über die Unmöglichkeit zu informieren – zum Beispiel weil er ins Ausland zieht und ihm der Verbleib in der Schweiz unzumutbar ist⁵² – sollte er dies unverzüglich tun, um nicht haftbar gemacht zu werden.⁵³ Bei Unmöglichkeit, z.B. durch Tod oder Urteilsunfähigkeit des Beauftragten, hat die Erwachsenenschutzbehörde die nötigen Massnahmen nach Art. 368 ZGB zu treffen.⁵⁴

c. Verzug

Bleibt ein Auftragnehmer trotz Leistungsmöglichkeit untätig,⁵⁵ hat der Auftraggeber grundsätzlich die Wahl, auf Erfüllung und Schadenersatz zu klagen, den Auftrag zu widerrufen⁵⁶ oder davon zurückzutreten (Art. 107 ff. OR). Zu beachten ist, dass Art. 107 ff. OR

nur dann Anwendung finden, wenn der Auftrag entgeltlich ist, weil es sonst an der vorausgesetzten vollkommenen Zweiseitigkeit fehlt.⁵⁷ Bleibt ein Vorsorgebeauftragter trotz Leistungsmöglichkeit untätig, indem er beispielsweise trotz Zuständigkeit für die Vermögenssorge die laufenden Rechnungen nicht begleicht, hat der gesetzliche Vertreter oder ein möglicherweise ernannter Vertretungsbeistand wohl auf Erfüllung und Schadenersatz zu klagen. Er kann ansonsten auch das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 368 ZGB fordern.

Die anderen beim einfachen Auftrag vorgesehenen Wahlmöglichkeiten wie Widerruf und Rücktritt erscheinen unseres Erachtens nicht sachgerecht.

d. Schlechtleistung

Der Tatbestand der Schlechtleistung⁵⁸ kommt bei der Verletzung von allen Haupt- und Nebenleistungspflichten in Frage. Die unsorgfältige Ausführung des Auftrags steht dabei im Zentrum. Eine mangelhafte Ausführung des Vorsorgeauftrags kann zu einem positiven Schaden führen oder zu entgangenem Gewinn, wobei der

Auftraggeber jeweils so zu stellen ist, wie wenn der Auftrag sorgfältig und richtig erfüllt worden wäre.⁵⁹

Der Vorsorgebeauftragte haftet für jedes Verschulden, das heisst für vorsätzliches und fahrlässiges Handeln (eine Beschränkung der Haftung gestützt auf Art. 100 OR ist unseres Erachtens nicht möglich). Dabei ist das Mass der Sorgfalt für die Bestimmung der Fahrlässigkeit entscheidend. Sie hängt vom Vorsorgeauftrag und den konkreten Weisungen des Auftraggebers oder den Anweisungen ab, die die Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 364 ZGB nach dem Vertrauensprinzip konkretisiert hat. In der Regel kann von schwerwiegendem Verschulden ausgegangen werden, wenn der Beauftragte zu Unrecht gegen explizite Anordnungen im Vorsorgeauftrag verstösst oder wenn er es unterlässt, die Erwachsenenschutzbehörde um eine erforderliche Auslegung zu ersuchen.⁶⁰

3.3 Haftung aus Art. 41 ff. OR

Für widerrechtliche Handlungen ist eine Haftung nach den Regeln des allgemeinen Teils vorbehalten, wenn der Vorsorgebeauftragte der

ANZEIGE



ABACUS 
version internet

Business Software für rationelle Leistungserfassung

- > Flexible Definition von Leistungsarten > Freies Customizing der Mandatsstammdaten
- > Erfassung von Stunden, Drittleistungen, Spesen, Absenzen > Web-Erfassung > Stundenkontrolle nach verrechenbaren Stunden, Gleitzeit, Absenzen > Fristen- und Aktivitätenkontrolle > Projektübersichten mit Auftragseingängen und Projektabschlüssen > Automatische Fakturierung von Pauschalen, Vertragshonoraren > Produktivitätsauswertungen

www.abacus.ch

 **ABACUS**
business software

hilfsbedürftigen Person in rechts-widriger Art und Weise verschuldet und adäquat kausal einen Schaden zufügt.⁶¹ Zu beachten ist, dass bei reinen Vermögensschäden (die beim Vorsorgeauftrag praktisch im Vordergrund stehen werden) jeweils eine spezielle Schutznorm vorhanden sein muss, um die Widerrechtlichkeit begründen zu können.

3.4 Haftung aus culpa in contrahendo

Überschreitet der Vorsorgebeauftragte seine Vertretungs- oder Verfügungsmacht, kommt allenfalls in analoger Anwendung von Art. 39 OR eine Haftung aus culpa in contrahendo gegenüber einem Dritten in Betracht,⁶² wenn das Rechtsgeschäft nicht ausnahmsweise Gültigkeit erlangt.

Der Dritte ist in seinem guten Glauben zu schützen. Der Schadenersatz geht dabei primär auf das negative Vertragsinteresse. Bei Verschulden kann das Gericht auf Ersatz des positiven Interesses erkennen (Art. 39 Abs. 2 OR).⁶³

3.5 Konsequenzen aus Standesrecht

Gleich wie bei der Willensvollstreckung muss auch der vorsorgebeauftragte Rechtsanwalt bei Fehlverhalten mit standesrechtlichen Konsequenzen rechnen. Spezielle Pflichten und Rechtsfolgen statuieren insbesondere das Anwaltsgesetz (BGFA) und die Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Gefordert wird eine sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung,⁶⁴ wobei jeder Interessenskonflikt zwischen Klientenschaft und Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu vermeiden ist.⁶⁵ Ausserdem ist das Berufsgeheimnis zu wahren.⁶⁶

Bei einer Zuwiderhandlung drohen je nach Schwere Disziplinnormmassnahmen wie Verwarnung, Busse oder Berufsverbot.⁶⁷

3.6 Strafrechtliche Verantwortung

Wirtschaftet der Vorsorgebeauftragte in die eigene Tasche, indem er zum Beispiel seine Ablieferungspflicht verletzt, hat dies allenfalls strafrechtliche Konsequenzen, namentlich wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) oder Veruntreuung (Art. 138 StGB).⁶⁸

4. Schlussfolgerung

Bei der Ausführung des Vorsorgeauftrags muss sich der Beauftragte zum einen nach den (mutmasslichen) Interessen des Auftraggebers richten, zum anderen hat er sich an dessen konkrete Weisungen zu halten. Die Aufgaben sind immer sorgfältig und getreu zu erfüllen, gleich wie bei einem Auftragsverhältnis nach Art. 394 ff. OR. Der Beauftragte haftet nicht für einen bestimmten Erfolg, sondern für das sorgfältige Tätigwerden.

Sieht der Vorsorgebeauftragte, dass er eine ihm übertragene Aufgabe nicht sachgerecht und weisungsgemäss erfüllen kann, hat er unverzüglich gestützt auf Art. 368 ZGB mit der Erwachsenenschutzbehörde Kontakt aufzunehmen und abzuklären, wie er die Aufgabe zu tätigen hat. Allenfalls trifft die Behörde dann Massnahmen.⁶⁹ Kann der Beauftragte den Vorsorgeauftrag nicht (sachgerecht) erfüllen, sollte er ihn gestützt auf Art. 367 ZGB kündigen. In jedem Fall ist eine sorgfältige und detaillierte Dokumentation der Tätigkeit zu empfehlen, um für einen allfälligen Schadenersatzprozess gewappnet zu sein.⁷⁰ Zudem ist es ratsam, sich versicherungstechnisch abzusichern. Bei Anwälten und Notaren sollte die Tätigkeit als vorsorgebeauftragte Person im Rahmen ihrer Berufshaftpflichtversicherung zur Entschädigung von begründeten und zur Abwehr von unberechtigten Ansprüchen abgedeckt sein.

- 51 Peter Gauch / Walter R. Schluep / Jörg Schmid / Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 2008, Rz. 2571.
- 52 Schwenzer, a.a.O., Rz. 63.06; BSK OR I-Wiegand, a.a.O., Art. 97 OR, N. 14; Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 398 OR, N. 234.
- 53 BSK OR I-Weber, Art. 398 OR, N. 19; Fellmann, a.a.O., Art. 398 OR, N. 227.
- 54 Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 365 ZGB, N. 16.
- 55 Vgl. zum Verzug z.B. Schwenzer, a.a.O., Rz. 65.01 ff.
- 56 Art. 404 OR.
- 57 BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 398 OR, N. 19.
- 58 Vgl. zur Schlechtleistung z.B. Schwenzer, a.a.O., Rz. 67.01 ff.
- 59 Widmer Blum, a.a.O., S. 319.
- 60 Widmer Blum, a.a.O., S. 322.
- 61 Schwenzer, a.a.O., Rz. 50.01 ff.
- 62 Hans Rainer Künzle, Berner Kommentar, Bd. III/1/2/2, Die Willensvollstrecker, Art. 517 f. ZGB, Bern 2011, Art. 518 ZGB, N. 436 für den Willensvollstrecker.
- 63 Schwenzer, a.a.O., Rz. 43.07 ff.
- 64 Art. 12 lit. a BGFA; Art. 1 Standesregeln.
- 65 Art. 12 lit. c BGFA; Art. 11 Standesregeln.
- 66 Art. 13 BGFA; Art. 15 Standesregeln.
- 67 Art. 17 BGFA.
- 68 BSK ZGB II-Karrer / Vogt / Leu, Art. 518 ZGB, N. 110.
- 69 Rumo-Jungo, vArt. 368 ZGB, N. 12.
- 70 Künzle, a.a.O., Art. 518 ZGB, N. 447.