

# BGer 5A 336/2024 vom 17. Januar 2025

Bundesgericht, 2025-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_336\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_336_2024)

FR: TF 5A 336/2024 du 17 janvier 2025

IT: TF 5A 336/2024 del 17 gennaio 2025

## Regeste

Validierung Vorsorgeauftrag | Familienrecht

## Erwägungen

### E. 1.1

Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildete die Feststellung der Wirksamkeit eines Vorsorgeauftrags ( Art. 363 ZGB ). Angefochten ist damit ein öffentlich-rechtlicher Entscheid ohne Streitwert, der in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht steht ( Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 BGG; vgl. Urteil 5A\_674/2023 vom 31. Juli 2024 E. 1 ). Das Kantonsgericht hat als letzte kantonale Instanz auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) einen Endentscheid gefällt ( Art. 90 BGG ). Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen; ihnen geht es mit der Beschwerde darum, die Besorgung der persönlichen und finanziellen Angelegenheiten ihres Vaters, die sie im Oktober 2019 übernommen haben, weiterführen zu können. Sie sind damit zur Beschwerdeführung legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ). Die rechtzeitig ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde ist zulässig.

### E. 1.2

Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde insoweit, als die Beschwerdeführerinnen auch die Aufhebung der Verfügung der KESB beantragen. Anfechtungsobjekt im Verfahren vor Bundesgericht sind ausschliesslich die (Rechtsmittel-) Entscheide oberer kantonaler Instanzen ( Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 141 III 188 E. 4.1 ), die die erstinstanzlichen Verfügungen ersetzen (sog. Devolutiveffekt; BGE 146 II 335 E. 1.1.2; 134 II 142 E. 1.4), hier mithin der Entscheid des Kantonsgerichts.

### E. 2.1

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet Bundesrecht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es befasst sich aber grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). In der Beschwerde muss in gedrängter Form dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt, was eine Auseinandersetzung mit dessen Begründung erfordert ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2 ). Für das Vorbringen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und von kantonalem und interkantonalem Recht gelangt dagegen das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG zur Anwendung ( BGE 144 II 313 E. 5.1; 143 II 283 a.a.O. ). Das Bundesgericht prüft insoweit nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen ( BGE 140 III 264 E. 2.3 ).

### E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Gemäss Art. 361 Abs. 1 ZGB ist der Vorsorgeauftrag eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden. Strittig ist die Formgültigkeit des öffentlich beurkundeten Vorsorgeauftrags vom 23. Juni 2020.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat erwogen, die Auslegung von Art. 361 Abs. 1 ZGB nach den klassischen Interpretationselementen führe zum Ergebnis, dass sich die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags gemäss Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richte. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei damit der Beizug von zwei Zeugen bei der Beurkundung von Bundesrechts wegen nicht erforderlich. Gegenteiliges wäre, zumal ein ausdrücklicher Verweis auf die Art. 499 ff. ZGB fehle, denn auch aus Gründen der Rechtssicherheit kaum vertretbar. Da das Beurkundungsrecht des Kantons St. Gallen den Beizug von Zeugen nicht vorschreibe, sei der am 23. Juni 2020 öffentlich beurkundete Vorsorgeauftrag von A.A. \_\_\_\_\_ entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen gültig errichtet worden.

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerinnen wenden dagegen ein, die Auslegung von Art. 361 Abs. 1 ZGB führe zum Ergebnis, dass sich die öffentliche Beurkundung eines Vorsorgeauftrags nach Bundesrecht richte und die Formvorschriften der öffentlichen letztwilligen Verfügung ( Art. 499 ff. ZGB ) zur Anwendung gelangten. Danach sei der Beizug von zwei Zeugen erforderlich. Insbesondere der Schutzbedarf der betroffenen Person gebiete diese Lösung. Der Beizug von zwei Zeugen stelle ein Gültigkeitserfordernis dar. Der Vorsorgeauftrag vom 23. Juni 2020 sei daher nicht formgültig errichtet worden.

##### **E. 3.3.1**

Der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört dem Bundesrecht an; die Kompetenz zu deren gesetzlichen Regelung liegt indessen grundsätzlich bei den Kantonen. Art. 55 SchlT ZGB überträgt diesen die Aufgabe zu bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet öffentliche Urkunden hergestellt werden. Mithin hat das kantonale Recht festzulegen, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde sachlich zuständig und wie dabei zu verfahren ist. Neben Zuständigkeit und Form des Verfahrens sind insbesondere die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, die Aufgaben und Berufspflichten der Urkundsperson sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln ( BGE 133 I 259 E. 2.1; 131 II 639 E. 6.1). Diese Normierungsfreiheit der Kantone wird immerhin in zweierlei Hinsicht beschränkt, einerseits durch die bundesrechtlichen Mindestanforderungen, die sich aus dem materiellen Zweck des Instituts ergeben ( BGE 106 II 146 E. 1), und andererseits durch die punktuellen Regelungen, welche die Beurkundungsgeschäfte im Gesetzesrecht des Bundes erfahren ( BGE 133 I 259 E. 2.2).

##### **E. 3.3.2**

Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung entweder mit öffentlicher Beurkundung oder eigenhändig oder durch mündliche Erklärung errichten ( Art. 498 ZGB ). Was die öffentliche Beurkundung letztwilliger Verfügungen betrifft, findet sich in Art. 499 ff. ZGB eine punktuelle Regelung des Beurkundungsverfahrens durch das Bundesrecht (vgl. Tuor/Schnyder/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2023, § 70 Rz. 12). Art. 499 ZGB bestimmt, dass die öffentliche letztwillige Verfügung unter Mitwirkung von zwei Zeugen vor dem Beamten, Notar oder einer anderen Urkundsperson erfolgt, die nach kantonalem Recht mit diesen Geschäften betraut sind. Gemäss Art. 501 ZGB hat der Erblasser unmittelbar nach der Datierung und Unterzeichnung den zwei Zeugen in Gegenwart des Beamten zu erklären, dass er die Urkunde gelesen habe und dass sie seine letztwillige Verfügung enthalte (Abs. 1). Die Zeugen haben auf der Urkunde mit ihrer Unterschrift zu bestätigen, dass der Erblasser vor ihnen diese Erklärung abgegeben und dass er sich nach ihrer Wahrnehmung dabei im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden habe (Abs. 2). Diese Bestimmungen sind zwingender Natur und die Kantone können das Beurkundungsverfahren bei Verfügungen von Todes wegen nicht abweichend regeln ( BGE 118 II 273 E. 3b).

### **E. 3.4**

Die für den Vorsorgeauftrag vorgesehenen Formen der eigenhändigen Errichtung und der öffentlichen Beurkundung entsprechen den für die letztwilligen Verfügungen geltenden Formvorschriften (eine mündliche Erklärung ist beim Vorsorgeauftrag dagegen anders als bei der letztwilligen Verfügung nicht vorgesehen). In der Literatur ist umstritten, ob aus dieser weitgehenden Parallelität der Errichtungsformen folgt, dass für die öffentliche Beurkundung eines Vorsorgeauftrags von einem Verweis auf Art. 499 ff. ZGB auszugehen und auch hier der Beizug von zwei Zeugen erforderlich ist. Mehrheitlich verneint die Lehre diese Frage. Die überwiegende Auffassung geht davon aus, dass Art. 361 Abs. 1 ZGB nicht (implizit) auf Art. 499 ff. ZGB verweist, sich die öffentliche Beurkundung mithin entsprechend dem Grundsatz von Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richtet. Die Erfordernisse für die öffentliche Beurkundung letztwilliger Verfügungen müssen demnach nicht eingehalten werden; insbesondere ist der Beizug von zwei Zeugen nicht erforderlich (Walter Boente, Zürcher Kommentar, 2015, N. 13 ff. zu Art. 361 ZGB ; derselbe, in: Commentaire romand, Code civil I, 2. Aufl. 2023, N. 14 zu Art. 361 ZGB ; Christian Brückner, Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen - eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz, in: Bernischer Notar 2011, S. 46 ff.; Fountoulakis/Gaist, Le mandat pour cause d'inaptitude dans le nouveau droit de la protection de l'adulte, in: L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, 2011, S. 161; dieselben, Les mesures personnelles anticipées: les directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'inaptitude, FamPra.ch 2012, S. 882; Thomas Geiser, in: FamKomm Erwachsenenschutz, 2013, N. 11 ff. zu Art. 261 ZGB ; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., 2014, Rz. 2.14; Alexandra Jungo, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl. 2022, N. 1 zu Art. 361 ZGB ; Leuba/John-Giudice, Le mandat pour cause d'inaptitude: état des lieux à quelques mois de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, in: Le nouveau droit de la protection de l'adulte, 2012, Rz. 6 f.; PHILIPPE MEIER, Droit de la protection de l'adulte, 2. Aufl., 2022, Rz. 403; Mordasini-Rohner/Stehli/Langenegger, in: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., 2018, N. 2 zu Art. 361 ZGB ; Hermann Schmid, Erwachsenenschutz, Kommentar, 2010, N. 1 zu Art. 361 ZGB ; Jörg Schmid, Vollmachten und Vorsorgeauftrag, in: Nachlassplanung und Nachlassenteilung, 2014, S. 280 ff.;

Steinauer/Fountoulakis, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, 2014, Rz. 837a; Tuor/Schnyder/Jungo, a.a.O., § 50 Rz. 12; Marc Wohlgemuth, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck [Hrsg.], Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2016, Rz. 4.47). Nach anderer Meinung ist dagegen - vor allem unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik und der Entstehungsgeschichte des Art. 361 Abs. 1 ZGB - von einem umfassenden Verweis auf die bundesrechtlichen Vorschriften für die letztwillige Verfügung auszugehen (Patrick Fassbind, in: Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2021, N. 1 zu Art. 361 ZGB ; Hrubesch-Millauer/Jakob, Das neue Erwachsenenschutzrecht - insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht - insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, 2012, S. 85 f.; Stephan Wolf, Erwachsenenschutz und Notariat, in: ZBGR 2010, S. 93 ff.; Wolf/Eggel, Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag - aus der Sicht der Urkundsperson, in: Jusletter 6. Dezember 2010, Rz. 5 ff.). Das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht entschieden. In der kantonalen Rechtsprechung ist das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in einem Urteil vom 6. Juli 2021 (VD.2020.247; E. 5.1.2) der herrschenden Auffassung gefolgt und hat die allgemeine Regelung gemäss Art. 55 SchlT ZGB angewandt.

### **E. 3.5**

Ob Art. 361 Abs. 1 ZGB (implizit) auf die gemäss Art. 499 ff. ZGB für die öffentliche Beurkundung letztwilliger Verfügungen geltenden Vorschriften verweist, ist durch Auslegung der Bestimmung zu ermitteln. Ausgangspunkt der Auslegung eines Rechtssatzes bildet der Wortlaut der Bestimmung (sog. grammatikalische Auslegung). Ist er klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, so darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, er ziele am "wahren Sinn", d.h. am Rechtssinn der Regelung, vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (sog. historische Auslegung), ihr Sinn und Zweck (sog. teleologische Auslegung) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (sog. systematische Auslegung) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann ( BGE 147 III 41 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Ist der Wortlaut der Bestimmung unklar bzw. nicht restlos klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden. Dabei sind im Sinne des pragmatischen Methodenpluralismus alle anerkannten Auslegungselemente zu berücksichtigen (zum Ganzen BGE 150 III 113 E. 6.2.1.6; 148 II 243 E. 4.5.1 mit Hinweisen).

#### **E. 3.5.1**

Nach seinem Wortlaut bestimmt Art. 361 Abs. 1 ZGB , dass der Vorsorgeauftrag eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist (franz.: "Le mandat pour cause d'incapacité est constitué en la forme olographe ou authentique"; ital.: "Il mandato precauzionale è costituito per atto olografo o per atto pubblico"). Der Wortlaut enthält keinen Verweis auf die für öffentliche letztwillige Verfügungen geltenden Beurkundungsvorschriften (vgl. Fountoulakis/Gaist, FamPra.ch, a.a.O., S. 882; Geiser, a.a.O., N. 11 zu Art. 361 ZGB ). Ein solcher Verweis ergibt sich insbesondere nicht bereits daraus, dass letztwillige Verfügungen ebenfalls mit öffentlicher Beurkundung oder eigenhändig errichtet werden können, zumal das Gesetz bei letztwilligen Verfügungen mit der mündlichen Erklärung gemäss Art. 506 ff. ZGB - anders als bei Vorsorgeaufträgen -

noch eine dritte Errichtungsform vorsieht (vgl. Art. 498 ZGB ). Soweit die Beschwerdeführerinnen im Übrigen mit Art. 245 Abs. 2 OR argumentieren, handelt es sich entgegen ihren Ausführungen nicht um einen Aspekt der grammatikalischen, sondern der systematischen Auslegung (dazu E. 3.5.2). Bei der Testamenterrichtung ist die Einhaltung der dafür vorgeschriebenen Form von so grosser Tragweite, dass die am Rechtsakt Beteiligten in ihrem Vertrauen auf eine möglichst wörtliche Befolgung des Gesetzes zu schützen sind. Die Formerfordernisse dürfen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung daher nicht über den Gesetzeswortlaut hinaus ausgedehnt werden ( BGE 118 II 273 E. 3b; 103 II 84 E. 2b). Wer einen Vorsorgeauftrag errichtet, trifft ebenfalls eine Entscheidung von grosser Tragweite (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7026). Wie der Erblasser ist der Vorsorgeauftraggeber zudem nicht mehr in der Lage, selbst zu handeln, nachdem die Situation eingetreten ist, für die der Vorsorgeauftrag errichtet wurde (Wolf/Eggel, a.a.O., Rz. 7). Die Überlegungen zur Bedeutung des Gesetzeswortlauts bei der letztwilligen Verfügung drängen sich deshalb analog auch beim Vorsorgeauftrag auf. Der Wortlaut von Art. 361 Abs. 1 ZGB ist insofern eindeutig, als sich ihm kein Verweis auf die Vorschriften von Art. 499 ff. ZGB entnehmen lässt (vgl. Brückner, a.a.O., S. 47; Schmid, Vollmachten und Vorsorgeauftrag, a.a.O., S. 282). Die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags vom Beizug von zwei Zeugen abhängig zu machen, hiesse, die Formerfordernisse über den Gesetzeswortlaut hinaus auszudehnen. Das verträgt sich nicht mit dem Gebot, die Beteiligten in ihrem Vertrauen auf eine möglichst wörtliche Befolgung des Gesetzes zu schützen.

### **E. 3.5.2**

In systematischer Hinsicht findet sich Art. 361 Abs. 1 ZGB im Familienrecht, und dort bei den Vorschriften über den Erwachsenenenschutz. Der Vorsorgeauftrag hat die Übertragung der Personen- oder Vermögenssorge bei Urteilsunfähigkeit (vgl. Art. 360 Abs. 1 ZGB ) und somit zu Lebzeiten des Auftraggebers zum Gegenstand. Die Art. 499 ff. ZGB bilden dagegen Teil des Erbrechts ( Art. 457 ff. ZGB ). Sie befassen sich mit Verfügungen, die erst mit dem Tod der verfügenden Person wirksam werden. Die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung gilt aufgrund des Verweises in Art. 512 Abs. 1 ZGB auch für Erbverträge. Ausserhalb des Erbrechts verweisen Art. 245 Abs. 2 OR und Art. 522 Abs. 1 OR ausdrücklich auf die entsprechenden Vorschriften: Eine Schenkung, deren Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkers gestellt ist, steht gemäss Art. 245 Abs. 2 OR unter den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen. Dass Art. 245 Abs. 2 OR die Formvorschriften der Verfügungen von Todes wegen nicht unmittelbar erwähnt, ändert entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nichts an diesem Verweis (vgl. Urteil 4A\_575/2009 vom 11. Februar 2010 E. 2.3). Der Verpfändungsvertrag bedarf aufgrund von Art. 522 Abs. 1 OR zu seiner Gültigkeit, auch wenn keine Erbeinsetzung damit verbunden ist, derselben Form wie der Erbvertrag. Die Gesetzssystematik liefert damit keine Argumente für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung von Art. 361 Abs. 1 ZGB : Art. 361 Abs. 1 ZGB einerseits und die Art. 499 ff. ZGB andererseits betreffen unterschiedliche Rechtsgebiete; die entsprechenden Rechtsakte werden zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam. In Fällen, in denen der Gesetzgeber die Art. 499 ff. ZGB ausserhalb der Bestimmungen des Erbrechts angewendet wissen wollte, hat er zudem ausdrücklich auf sie verwiesen (vgl. Schmid, Vollmachten und Vorsorgeauftrag, a.a.O., S. 282 f.). Das Fehlen eines entsprechenden Verweises in Art. 361 Abs. 1 ZGB spricht dafür, dass sich die öffentliche Beurkundung bei Vorsorgeaufträgen im Einklang mit dem

Grundsatz von Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richtet. Die auftraggebende Person kann ihren Vorsorgeauftrag jederzeit in einer der Formen widerrufen, die für die Errichtung vorgeschrieben sind ( Art. 362 Abs. 1 ZGB ). Sie kann den Vorsorgeauftrag auch dadurch widerrufen, dass sie die Urkunde vernichtet ( Art. 362 Abs. 2 ZGB ). Eine Lehrmeinung folgert aus dieser Bestimmung, dass der Gesetzgeber umfassend auf die Formen der letztwilligen Verfügung verwiesen hat (vgl. für den Widerruf und die Vernichtung letztwilliger Verfügungen Art. 510 Abs. 1 ZGB ). Sie hält es für systemwidrig, die Aufhebung eines Rechtsakts durch Bundesrecht, dessen Errichtung dagegen durch kantonales Recht zu regeln. Wenn der Bundesgesetzgeber eine solche Besonderheit nur gerade für den öffentlichen Vorsorgeauftrag gewollt hätte, hätte er das - so diese Lehrmeinung - ausdrücklich festgehalten (Wolf/Eggel, a.a.O., Rz. 6). Auch wenn die Kantone das Beurkundungsverfahren regeln, gehört der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht an (vgl. vorne E. 3.3.1). Der Einwand, Errichtung und Aufhebung des Rechtsakts würden auf unterschiedlichen Stufen geregelt, trifft insofern nicht zu bzw. ist zumindest zu relativieren (vgl. Boente, Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 16 zu Art. 361 ZGB ). Das Gleiche gilt für den Einwand der Beschwerdeführerinnen, es wäre systemwidrig, die beiden möglichen Errichtungsformen des Vorsorgeauftrags auf unterschiedlichen Stufen - die eigenhändige Errichtung durch Bundesrecht und die öffentliche Beurkundung durch kantonales Recht - zu regeln (vgl. auch Wolf, a.a.O., S. 95). Insbesondere ändern diese Einwände aber nichts daran, dass die Regelung des Beurkundungsverfahrens durch kantonales Recht den Grundsatz bildet und ein ausdrücklicher Verweis auf die Vorschriften von Art. 499 ff. ZGB fehlt.

### **E. 3.5.3**

Der Vorentwurf sah in Art. 361 Abs. 1 ZGB vor, dass der Vorsorgeauftrag öffentlich beurkundet oder bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle zu Protokoll gegeben werden muss (s. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/vormundschaft.html>, besucht am 24.12.2024). Der Bericht zum Vorentwurf führt aus, die Zuständigkeit und das Verfahren würden sich im Einzelnen nach dem kantonalen Recht richten (Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts, Erwachsenenschutz, Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht], S. 22; s. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/vormundschaft.html>; besucht am 24. Dezember 2024). Die im Vorentwurf enthaltene Lösung wurde in der Vernehmlassung als zu kompliziert und zu kostspielig kritisiert. Während einige Stimmen dahin gingen, für den Vorsorgeauftrag einfache Schriftlichkeit genügen zu lassen, regten andere an, den Vorsorgeauftrag den für Verfügungen von Todes wegen geltenden Formvorschriften ( Art. 499 ff. ZGB ) zu unterstellen. Die Botschaft hielt fest, der Entwurf sehe nun vor, dass der Vorsorgeauftrag - "entsprechend den Formvorschriften für letztwillige Verfügungen" - entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden sei. Diese Lösung vereinfache die Situation, wenn Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen errichtet würden. Nicht übernommen werde indessen die mündliche Erklärung (das Nottestament) nach Art. 506 ff. ZGB , weil kaum ein praktisches Bedürfnis dafür bestehen dürfte (Botschaft, BBl 2006 7026). Anlässlich der parlamentarischen Beratungen hat der Kommissionsberichtersteller des Ständerats im Wesentlichen die Ausführungen in der Botschaft wiedergegeben, wonach der Vorsorgeauftrag den Formerfordernissen für die letztwilligen Verfügungen entsprechen solle, also entweder eigenhändig zu errichten oder

öffentlich zu beurkunden sei; dadurch werde die Situation vereinfacht, wenn die beiden Akte zusammen errichtet würden (SR Franz Wicki, AB 2007 S 829 f.). Im Nationalrat wurde der Vorschlag der Kommission ohne Diskussion angenommen (AB 2008 N 1514). Die Ausführungen in der Botschaft und des Berichterstatters des Ständerats müssen entgegen der Minderheitsmeinung in der Lehre (Wolf, a.a.O., S. 94; Wolf/Eggel, a.a.O., Rz. 5) nicht ohne Weiteres in dem Sinn verstanden werden, dass Vorsorgeaufträge entweder eigenhändig zu errichten oder nach den Vorgaben von Art. 499 ff. ZGB öffentlich zu beurkunden sind. Sie lassen sich auch so verstehen, dass sich die Formvorschriften von Vorsorgeauftrag und letztwilliger Verfügung (lediglich) insoweit entsprechen sollen, als beide Rechtsakte eigenhändig oder durch öffentliche Beurkundung errichtet werden können, ohne dass damit beim Vorsorgeauftrag in die Kompetenz der Kantone zur Regelung der Beurkundung eingegriffen wird (vgl. Boente, Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 18 zu Art. 361 ZGB ; Schmid, a.a.O., N. 1 zu Art. 361 ZGB ; Schmid, Vollmachten und Vorsorgeauftrag, a.a.O., S. 282 f.). Für dieses zweite Verständnis spricht, dass aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens einzig insofern eine Änderung gegenüber dem Vorentwurf erfolgte, als die Erklärung zu Protokoll durch die eigenhändige Errichtung ersetzt wurde. Die bereits im Vorentwurf als Errichtungsform vorgesehene öffentliche Beurkundung wurde beibehalten. Der Vorentwurf stand offensichtlich im Einklang mit dem Grundsatz von Art. 55 SchlT ZGB , wonach sich die öffentliche Beurkundung nach kantonalem Recht richtet (vgl. Boente, Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 19 zu Art. 361 ZGB ; Geiser, a.a.O., N. 11 zu Art. 361 ZGB ). Die Beschwerdeführerinnen wenden zwar ein, der Vorentwurf habe in Abs. 2 von Art. 361 ZGB Mindestanforderungen an die Beurkundung vorgesehen. Es sei vorgesehen gewesen, dass die Urkundsperson oder die vom Kanton bezeichnete Stelle die Identität der auftraggebenden Person prüfen und abklären muss, ob sie urteilsfähig ist und die Wirkungen ihres Vorsorgeauftrags kennt und ob dieser ihrem freien Willen entspricht. Daraus lässt sich aber jedenfalls nicht schliessen, dass nach dem Vorentwurf die für die Beurkundung letztwilliger Verfügungen massgeblichen Vorschriften hätten anwendbar sein sollen. Aus der Botschaft ergibt sich nicht, dass im Entwurf bezüglich der öffentlichen Beurkundung eine Änderung gegenüber dem Vorentwurf vorgenommen worden wäre (vgl. auch Brückner, a.a.O., S. 48). Ein Hinweis auf eine solche Änderung lässt sich insbesondere auch nicht darin erblicken, dass die Botschaft das Ergebnis der Vernehmlassung wiedergibt, indem sie ausführt, einige Teilnehmer der Vernehmlassung hätten für den Vorsorgeauftrag einfache Schriftlichkeit genügen lassen wollen, während andere angeregt hätten, den Vorsorgeauftrag den für Verfügungen von Todes wegen geltenden Vorschriften ( Art. 499 ff. ZGB ) zu unterstellen. Gemäss Botschaft und Berichterstatter des Ständerats vereinfachen die den letztwilligen Verfügungen entsprechenden Formvorschriften bei Vorsorgeaufträgen die Situation, wenn beide Rechtsakte zusammen errichtet werden. Mit Blick darauf argumentiert Wolf, nur wenn für die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrages ebenfalls die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung gemäss Art. 499 ff. ZGB eingehalten werde, sei es - ausserhalb der Form der Eigenhändigkeit - überhaupt möglich, den Willen des Gesetzgebers zu realisieren, Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung auch zusammen errichten zu können (Wolf, a.a.O., S. 94). Die Aussage in der Botschaft diene indessen vor allem dazu, die aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens im Entwurf neu vorgesehene Lösung (öffentliche Beurkundung und Eigenhändigkeit statt öffentliche Beurkundung und Erklärung zu Protokoll als Errichtungsformen) zu begründen. Eine Vereinfachung wird denn auch bereits dadurch erreicht, dass auch der Vorsorgeauftrag - anders als noch im Vorentwurf

vorgesehen - eigenhändig errichtet werden kann (Boente, Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 20 zu Art. 361 ZGB ). Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, in der Botschaft sei festgehalten worden, der Vorsorgeauftrag solle den Formen der letztwilligen Verfügung entsprechen. Gleichzeitig sei explizit erwähnt worden, dass die mündliche Erklärung, d.h. das Nottestament nach Art. 506 ff. ZGB , nicht übernommen werde, weil hierzu kaum ein praktisches Bedürfnis bestehe. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass auch die Nichtanwendbarkeit der für die öffentliche Beurkundung geltenden Formvorschriften erwähnt worden wäre, so sie denn als entbehrlich erachtet worden wären. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es bei den Ausführungen bezüglich der mündlichen Erklärung um die möglichen Errichtungsformen geht, während die Beurkundungsvorschriften die Frage betreffen, in welcher Weise die öffentliche Beurkundung als eine der vom Gesetz vorgesehenen Errichtungsformen vorgenommen wird. Wenn sich die Botschaft zu den Errichtungsformen, nicht aber zum Verfahren der öffentlichen Beurkundung äussert, lässt sich daraus deshalb nicht zwangsläufig schliessen, dass die öffentliche Beurkundung nach dem Willen des Gesetzgebers gemäss Art. 499 ff. ZGB vorzunehmen ist.

#### **E. 3.5.4**

Auch der Gesetzeszweck vermag keine über den Wortlaut von Art. 361 ZGB hinausgehenden Formerfordernisse zu begründen. Soweit für die teleologische Auslegung relevant, hält die Botschaft einzig fest, dass die den Vorsorgeauftrag errichtende Person eine Entscheidung von grosser Tragweite trifft und gewisse Formvorschriften deshalb unerlässlich sind (Botschaft, BBl 2006 7026). Die Minderheitsmeinung geht von einer vergleichbaren Situation wie bei der letztwilligen Verfügung aus. Wie der Erblasser sei die auftraggebende Person bei Wirksamwerden ihres Vorsorgeauftrags nicht mehr imstande, selbst rechtsgeschäftlich zu handeln. Im Rahmen eines Prozesses betreffend die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags etwa bestünden die gleichen Beweisschwierigkeiten wie bei der letztwilligen Verfügung (Wolf, a.a.o., S. 95; Wolf/Eggel, a.a.O., Rz. 7). Die grosse Tragweite der Entscheidung bei beiden Rechtsgeschäften und der Umstand, dass sowohl der Erblasser als auch die auftraggebende Person nach Eintritt der Situation, für die das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, nicht mehr selbst rechtsgeschäftlich handeln können, rechtfertigen es zwar, in beiden Fällen von einem vergleichbaren Bedürfnis der Beteiligten nach Schutz des Vertrauens in den Gesetzeswortlaut auszugehen (vgl. vorne E. 3.5.1). Die Interessenlage bei den beiden Rechtsgeschäften ist jedoch nicht in jeder Hinsicht vergleichbar: Mit der letztwilligen Verfügung bestimmt der Erblasser, wem sein Vermögen im Todesfall zukommen soll (vgl. Art. 481 Abs. 1 ZGB ). Das Rechtsgeschäft dient dazu, andere Personen zu begünstigen. Mit dem Vorsorgeauftrag beauftragt eine Person dagegen eine andere Person, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten ( Art. 360 Abs. 1 ZGB ). Im Rahmen der Feststellung der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags prüft die Erwachsenenschutzbehörde insbesondere auch, ob die beauftragte Person für ihre Aufgabe geeignet ist ( Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB ). Gemäss Art. 365 ZGB muss die beauftragte Person ihre Aufgaben nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag ( Art. 397 ff. OR ) sorgfältig wahrnehmen (Abs. 1). Müssen Geschäfte besorgt werden, die vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst sind, oder hat die beauftragte Person in einer Angelegenheit Interessen, die denen der betroffenen Person widersprechen, so hat die beauftragte Person unverzüglich die Erwachsenenschutzbehörde zu benachrichtigen (Abs. 2). Bei Interessenkollision entfallen ihre Befugnisse von Gesetzes wegen (Abs. 3). Sind die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so trifft die

Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 368 ZGB von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person die erforderlichen Massnahmen (Abs. 1). Sie kann insbesondere der beauftragten Person Weisungen erteilen, diese zur Einreichung eines Inventars, zur periodischen Rechnungsablage und zur Berichterstattung verpflichten oder ihr die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen (Abs. 2). Die Situation beim Vorsorgeauftrag unterscheidet sich somit insbesondere durch die Sorgfaltspflicht der beauftragten Person, die bei Interessenkollisionen geltende Regelung sowie die Schutzmechanismen von Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB und Art. 368 ZGB von der Situation bei der letztwilligen Verfügung (vgl. Boente, Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 32 zu Art. 361 ZGB ). Aufgrund dieser Unterschiede lässt sich der Vorsorgeauftrag bezüglich der Risiken einer Falschbeurkundung entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht ohne Weiteres mit der letztwilligen Verfügung vergleichen. Auch wenn die Situation in anderer Hinsicht vergleichbar ist, drängt es sich daher auch unter teleologischen Gesichtspunkten nicht auf, in der Regel von Art. 361 Abs. 1 ZGB einen (impliziten) Verweis auf Art. 499 ff. ZGB zu erblicken.

### **E. 3.5.5**

Zusammenfassend ist der Wortlaut von Art. 361 Abs. 1 ZGB insofern eindeutig, als sich ihm kein Verweis auf Art. 499 ff. ZGB entnehmen lässt. Die Gesetzessystematik und die Entstehungsgeschichte deuten ebenfalls (eher) daraufhin, dass sich die öffentliche Beurkundung entsprechend dem Grundsatz von Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richtet. Jedenfalls liefern sie - wie das teleologische Auslegungselement - keinen triftigen Grund für die Annahme, der Wortlaut ziele am Rechtssinn der Bestimmung vorbei (vgl. vorne E. 3.5). Es besteht daher kein Grund, Art. 361 Abs. 1 ZGB abweichend vom Wortlaut im Sinn eines Verweises auf Art. 499 ff. ZGB zu verstehen. Dies gilt umso mehr, als beim Vorsorgeauftrag ein vergleichbares Bedürfnis nach Schutz des Vertrauens in den Gesetzeswortlaut besteht wie bei der Testamentserrichtung und die Formerfordernisse deshalb nicht über den Gesetzeswortlaut hinaus ausgedehnt werden dürfen (vgl. vorne E. 3.5.1). Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass sich die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags nach kantonalem Recht richtet.

### **E. 3.6**

Die Vorinstanz hat erwogen, da sich die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags gemäss Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richte und das Beurkundungsrecht des Kantons St. Gallen den Beizug von zwei Zeugen nicht vorschreibe, sei der am 23. Juni 2020 öffentlich beurkundete Vorsorgeauftrag von A.A. \_\_\_\_\_ gültig errichtet worden. Damit hat sie nach dem Gesagten kein Bundesrecht verletzt.

### **E. 4**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Parteien für die Gerichtskosten aufzukommen ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, nachdem in der Sache keine Vernehmlassungen eingeholt worden sind.