

SG_KANTONSGERICHT KES.2023.22-EZE2 vom 16. April 2024

Sg Kantonsgericht, 2024-04-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_KES.2023.22-EZE2

FR: SG_KANTONSGERICHT KES.2023.22-EZE2 du 16 avril 2024

IT: SG_KANTONSGERICHT KES.2023.22-EZE2 del 16 aprile 2024

Regeste

Art. 361 Abs. 1 ZGB; Art. 55 SchlT ZGB: Die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags (Art. 361 Abs. 1 ZGB) richtet sich gemäss Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht. Die bundesrechtlichen Vorschriften über die öffentliche Beurkundung letztwilliger Verfügungen (Art. 499 ff. ZGB) sind nicht massgebend, weshalb der Beizug von zwei Zeugen bei der Beurkundung des Vorsorgeauftrags im Kanton St. Gallen nicht notwendig ist (E. III/3). (Kantonsgericht, Einzelrichterin im Familienrecht, 16. April 2024, KES.2023.22-EZE2). Hinweis: Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben (BGer 5A_336/2024).

Erwägungen

E. 1

A.____ (geboren am [...]) und B.____ (geboren am [...]) sind die Töchter von E.____ (geboren am [...]). Im Oktober 2019 übernahmen sie auf Wunsch ihres Vaters seine privaten und finanziellen Angelegenheiten sowie die Verwaltung seiner Liegenschaften. Mit Vollmacht vom 25. November 2019 bevollmächtigte E.____ B.____ zur Besorgung aller Tätigkeiten in Zusammenhang mit der Verwaltung seines Liegenschaftsbesitzes und seiner administrativen und finanziellen Angelegenheiten sowie zur Verwaltung der Einkünfte und des Vermögens. Seine Tochter A.____ bevollmächtigte er mit Vollmacht vom 10. Januar 2020 zu seiner Vertretung gegenüber Behörden, Versicherungen, öffentlichen Stellen sowie Privatpersonen, zur Verfügung über sein Vermögen sowie zum Eingehen von Verbindlichkeiten jeder Art.

E. 2

Insbesondere beinhaltet der Auftrag Folgendes: i. Veranlassung aller für meine Gesundheit notwendigen Massnahmen und Wahrnehmung der damit zusammenhängenden Rechte. ii. Sicherstellung eines geordneten Alltags. iii. Sämtliche zur Erfüllung des Auftrags notwendigen Prozesshandlungen. iv. Die beauftragte Person ist berechtigt, zur Erfüllung des Auftrags Substituten (soweit zulässig) und Hilfspersonen beizuziehen. b) mit meiner Vermögenssorge und der damit zusammenhängenden Vertretung im Rechtsverkehr:
KES.2023.22-EZE2 2/19

C.____, geb. [...], von [...], wohnhaft [...]. Insbesondere beinhaltet der Auftrag Folgendes: i. Wahrung meiner finanziellen Interessen, Verwaltung meines gesamten Vermögens, Verfügungen darüber und Treffen sämtlicher damit zusammenhängenden Massnahmen. ii. Erwerb, Belastung und Veräusserung von Grundeigentum und Veranlassung der entsprechenden Einschreibungen im Grundbuch. iii. Sämtliche zur Erfüllung des Auftrags notwendigen Prozesshandlungen. iv. Die beauftragte Person darf keine Vermögenswerte

der auftraggebenden Person un- entgeltlich veräussern, mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken oder Zuwendungen zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht. v. Die beauftragte Person ist berechtigt, zur Erfüllung des Auftrags Substituten (soweit zulässig) und Hilfspersonen beizuziehen.

E. 3

Der Vorsorgeauftrag und die damit zusammenhängende Vertretung im Rechtsverkehr gelten in jeder Beziehung umfassend. Ich befreie gegenüber den beauftragten Personen sämtliche einer Schweigepflicht unterstehenden Personen von der Schweigepflicht.

E. 4

Der beauftragten Person steht für die Auftrags Erfüllung eine Entschädigung zu. Diese bemisst sich nach den üblichen Ansätzen für die Entschädigung von Beiständen.

E. 5

Der vorliegende Vorsorgeauftrag soll nach meinem Versterben als Vollmacht über den Tod hinaus weiter bestehen.

E. 6

Der Vorsorgeauftrag ist ausdrücklich nicht auf den ersten Verlust meiner Urteilsfähigkeit beschränkt, sondern gilt auch für ein späteres, erneutes Eintreten meiner Urteilsfähigkeit.

E. 7

Separat abgefasste Patientenverfügungen gehen dieser Urkunde vor.

E. 8

Ich widerrufe sämtliche früheren Vorsorgeaufträge. 3. Am 8. November 2022 reichte C. __ den Vorsorgeauftrag von E. __ vom 23. Juni 2020 bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) F. __ zur Validierung ein (KESB-act. 2). Mit Schreiben vom 23. November 2022 bestätigte Dr. med. G. __, auf Er- suchen um Arztbericht hin (KESB-act. 16), die fehlende Urteilsfähigkeit von E. __ aufgrund einer demenziellen Entwicklung (KESB-act. 18). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 (Verfügungs-Nr. [...]; Dossier-Nr. [...]; KESB-act. B1) erklärte die KESB F. __ den Vorsor- geauftrag von E. __ vom 23. Juni 2020 für wirksam (Ziffer 1). Als vorsorgebeauftragte Per- son in der umfassenden Personensorge sowie Vertretung im Rechtsverkehr wurde D. __ (Ziffer 2) und in der Vermögenssorge sowie Vertretung im damit zusammenhängenden Rechtsverkehr C. __ bezeichnet (Ziffer 3). Ihre jeweiligen Aufgabenbereiche wurden ent- sprechend dem Vorsorgeauftrag konkret umschrieben (Ziffer 4 und 5) und von den in Zif- fer 3 des Vorsorgeauftrags enthaltenen Anordnungen wurde Vormerk genommen (Ziffer 6 und 7). Zudem wurde den Vorsorgebeauftragten je eine Aufwandsentschädigung von Fr. 1'000.00 pro Jahr zugesprochen (Ziffer 8 und 9). KES.2023.22-EZE2 3/19

4. Mit Eingabe vom 20. Januar 2023 (vi-act. 1) erhoben A. __ und B. __ Beschwerde bei der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen (VRK) und beantragten mit Beschwerdeergänzung ihrer Rechtsvertreterin vom 15. Februar 2023 (vi-act. 7), die Ver- fügung der KESB F. __ vom 20. Dezember 2022 sei vollumfänglich aufzuheben. Eventuali- ter sei die damit erfolgte Ernennung/Bezeichnung von D. __ als Vorsorgebeauftragte in der umfassenden Personensorge sowie die Vertretung im Rechtsverkehr vollumfänglich auf- zuheben und stattdessen sie, A. __ und B. __, als Vorsorgebeauftragte zu bezeichnen. Weiter sei die Ernennung/Bezeichnung von C. __ als Vorsorgebeauftragter in der Vermö-

genssorge sowie der Vertretung im damit zusammenhängenden Rechtsverkehr vollumfänglich aufzuheben; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Am 27. Februar 2023 nahm C.___ – unaufgefordert – als "Beschwerdebeteiligter" Stellung (vi-act. 14/2). D.___ verzichtete auf eine Stellungnahme. Am 3. März 2023 stellte die Rechtsvertreterin von A.___ und B.___ ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen (superprovisorischen) Massnahme (vi-act. 15) mit dem Antrag, die KESB sei anzuweisen, die Ernennungsurkunden, zumindest diejenige für D.___, zurückzuverlangen und den Gebrauch von Kopien der Ernennungsurkunden unter Strafandrohung zu verbieten; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Präsidentin der VRK wies das Gesuch am 6. März 2023 mit Hinweis auf die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ab (vi-act. 17). Mit Vernehmlassung vom 10. März 2023 beantragte die KESB F.___ die Abweisung der Beschwerde (vi-act. 18). A.___ und B.___ nahmen mit Schreiben vom 12. Mai 2023 durch ihre Rechtsvertreterin Stellung und hielten an ihren bisherigen Anträgen fest (vi-act. 23). Mit Entscheid vom 14. August 2023 wies die Präsidentin der Abteilung V der VRK (nachfolgend: Vorinstanz) die Beschwerde ab und auferlegte A.___ und B.___ die amtlichen Kosten des Verfahrens von Fr. 1'000.00, unter Verrechnung des Kostenvorschusses in gleicher Höhe; ausseramtliche Kosten wurden nicht entschädigt (vi-act. 26 [nachfolgend: vi-Entscheid]). 5.a) Dagegen erhoben A.___ und B.___ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen), beide vertreten durch Rechtsanwältin X.___, mit Eingabe vom 18. September 2023 (KES/1 [nachfolgend: Beschwerde]) Beschwerde an die Einzelrichterin im Familienrecht des Kantonsgerichts mit folgenden Anträgen: 1. Es sei der Entscheid der Verwaltungsrekurskommission vom 14. August 2023 im Verfahren V-2023/15 mitsamt der ihm zugrunde liegenden Verfügung der KESB F.___ vom 20. Dezember 2022 vollumfänglich aufzuheben. 2. Es sei die Ungültigkeit des Vorsorgeauftrags von E.___ vom 23. Juni 2020 festzustellen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten der Vorinstanzen. KES.2023.22-EZE2 4/19

b) Mit gerichtlichem Schreiben vom 22. September 2023 wurde der Eingang der Beschwerde den Beschwerdeführerinnen bestätigt bzw. den weiteren Verfahrensbeteiligten mitgeteilt. Gleichzeitig wurde der Vorinstanz die Gelegenheit eingeräumt, sich zur Beschwerde innert der Frist von zehn Tagen zu äussern (KES/4). Mit Schreiben vom 26. September 2023 verzichtete diese auf eine Stellungnahme und übermittelte die vorinstanzlichen Akten (KES/6). Mit Eingabe vom 25. Oktober 2023 verzichtete auch die KESB F.___, nachdem ihr sowie den weiteren Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 19. Oktober 2023 die Äusserungsmöglichkeit eingeräumt wurde, auf eine Stellungnahme. C.___ und D.___ liessen sich nicht vernehmen (KES/7-9). II. 1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid der Präsidentin der Abteilung V der VRK als Einzelrichterin (Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a EG-KES). Zur deren Beurteilung ist gestützt auf Art. 28 Abs. 2 lit. a EG-KES die Einzelrichterin der Familienrechtskammer des Kantonsgerichts zuständig. 2. Auf das Verfahren vor Kantonsgericht finden, da die Regelung des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens in Angelegenheiten des Kindes- und Erwachsenenschutzes in die Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers fällt (vgl. auch BGer 5A_112/2015 E. 2.1; 5A_478/2014 E. 2.2; 5A_327/2013 E. 3.2), die Bestimmungen der ZPO sachgemäss Anwendung, soweit das ZGB oder das EG-KES keine Regelung enthält (Art. 11 lit. b EG-KES; vgl. Botschaft zum EG-KES, ABI 2011 2846 ff., 2863 und 2883). Massgebend sind grundsätzlich die Regeln über die Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO (KGer SG KES.2014.2 vom 6. Februar 2014 E. 3.a [www.publikationen.sg.ch]; vgl. Botschaft zum EG-KES, a.a.O., 2883; BGer 5A_478/2014 E. 2.2). Sieht die ZPO für bestimmte Gegenstände die Beschwerde vor, sind die Bestimmungen von Art. 319 ff. ZPO als

Spezialregelungen anwendbar (vgl. KGer SG KES.2021.22 vom 20. September 2022 E. II/1 [www.publikationen.sg.ch]). Dies ist hier nicht der Fall, so dass die Vorschriften über die Berufung massgebend sind. 3. Nach Eingang der Beschwerde prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend erfüllt: Die Beschwerde ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein. Die Beschwerdeführerinnen sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert. Das angerufene Gericht ist, wie hiervor erwähnt, zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. KES.2023.22-EZE2 5/19

4. Mit der Beschwerde im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht bzw. der Berufung, deren Vorschriften vorliegend sachgemäss anzuwenden sind, können die unrichtige Rechtsanwendung, die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung und die Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheids geltend gemacht werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB; Art. 310 ZPO; CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, 2021, Art. 310 ZGB N 2). Die das Rechtsmittel führende Person trifft dabei eine Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Sie hat sich daher sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen, warum dieser in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 311 N 36; vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_651/2012 E. 4.2). Die Beanstandungen am vorinstanzlichen Entscheid sind innerhalb der Rechtsmittelfrist vollständig vorzutragen und geben das Prüfprogramm der Rechtsmittelinstanz vor (vgl. je mit weiteren Hinweisen BGE 144 III 394 E. 4.1.4 und BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Ungeachtet der Begründungspflicht gilt jedoch auch im Rechtsmittelverfahren der Grundsatz, dass das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 57 ZPO), weshalb die Rechtsmittelinstanz in rechtlicher Hinsicht nicht auf die Prüfung geltend gemachter Rechtsverletzungen beschränkt ist (ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, 2013, Art. 311 N 94; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., N 4.52 und 12.41; REETZ/THEILER, ZPO Komm., Art. 311 N 36, S. 2442 unten). 5. Im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 446 Abs. 1 ZGB; BGer 5A_770/2018 E. 3.2; BSK ZGB I-MARANTA/ 7. Aufl., Art. 446 N 7; FamKomm Erwachsenenschutz/STECK, 2013, Art. 446 ZGB N 8) und zwar auch vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen (vgl. KGer SG KES.2020.30 vom 30. März 2022 E. II/6 [www.publikationen.sg.ch]). Dies hat zur Folge, dass das Gericht selbständig Abklärungen tätigen und Beweise erheben darf (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZPO). Zudem gilt die Novenschranke von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht, so dass im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auch im (zweitinstanzlichen) Beschwerdeverfahren Noven grundsätzlich noch bis zur Urteilsberatung vollumfänglich berücksichtigt werden können (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1 = Pra 2019 Nr. 88). III. 1. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Validierung des Vorsorgeauftrags von E. ___ vom 23. Juni 2020. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Voraussetzungen der Validierung eines Vorsorgeauftrags soweit korrekt wiedergegeben (vi- KES.2023.22-EZE2 6/19

Entscheid, S. 7): Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten (Art. 360 Abs. 1 ZGB). Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, so prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob 1) dieser gültig er-

worden ist, 2) die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind und 3) die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1-3 ZGB). Darüber hinaus prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags gemäss Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB setzt voraus, dass dieser formgültig errichtet wurde (Art. 361 ZGB), dass die Auftraggeberin im Zeitpunkt der Errichtung handlungsfähig war und der Inhalt des Vorsorgeauftrags weder widerrechtlich noch sittenwidrig oder unmöglich ist (BSK ZGB I-JUNGO, 7. Aufl., Art. 363 N 9; vgl. RENZ, Der Vorsorgeauftrag und seine Validierung, 2020, N 425 ff.). Die Wirksamkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 363 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sind der Eintritt der Urteilsunfähigkeit der vorsorgenden Person, das Vorliegen deren Sorgebedürftigkeit sowie die inhaltlichen Mindestanforderungen im Vorsorgeauftrag (BSK ZGB I-JUNGO, Art. 363 N 12; vgl. RENZ, a.a.O., N 576 ff.). Hinzu kommt nach Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 ZGB die Eignung der vorgesehenen Beauftragten sowie die Annahme des Vorsorgeauftrags durch diese (BSK ZGB I-JUNGO, Art. 363 N 21 und 27; vgl. RENZ, a.a.O., N 580; zum Ganzen auch KGer GR ZK1 22 174 vom 26. Mai 2023 E. 3.3.2; ZK-BOENTE, 2015, Art. 363 ZGB N 59 ff.). 2. Vor Vorinstanz machten die Beschwerdeführerinnen unter anderem geltend, dass der Vorsorgeauftrag mangels Beizugs von Zeugen bei der öffentlichen Beurkundung formungültig sei; ausserdem und zur Hauptsache beriefen sie sich auf die Urteilsunfähigkeit ihres Vaters bei der Errichtung des Vorsorgeauftrags (vgl. Beschwerde, S. 5 Ziff. II/6; zur vor Vorinstanz aufgeworfenen Frage der Notwendigkeit des Beizugs von Zeugen vgl. die Stellungnahme vom 12. Mai 2023 [vi-act. 23], S. 4 Ziff. II/7 f.). Im Verfahren vor Kantonsgericht beschränken sie sich nun auf die Frage der Formungültigkeit, was insofern das Prüfprogramm der Rechtsmittelinstanz vorgibt, soweit ein Mangel des vorinstanzlichen Entscheids nicht geradezu offensichtlich ist (vgl. E. II/4 hiervor). Die Beschwerdeführerinnen lassen im Wesentlichen vortragen, dass die öffentliche Beurkundung des am 23. Juni 2020 durch E. __ errichteten Vorsorgeauftrags ohne den Beizug von zwei Zeugen vor dem Amtsnotariat H. __ erfolgt sei (Beschwerde, S. 3 Ziff. II/1). Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (vgl. vi-Entscheid, S. 7 E. 2.d/aa) setze die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags den Bezug zweier Zeugen voraus, was sich aus der analogen Anwendung der Vorschriften über die letztwillige Verfügung, konkret Art. 499 ZGB, ergebe. Diese Auf- KES.2023.22-EZE2 7/19

fassung werde auch von einem, freilich kleineren Teil der Lehre richtigerweise vertreten. Ausserdem sei es in der Notariatspraxis durchaus üblich, Zeugen beizuziehen (Beschwerde, S. 5 f. Ziff. II/8-11). Für die Anwendung der Beurkundungsvorschriften über letztwillige Verfügungen (Art. 499 ff. ZGB) spräche, so die Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin weiter, die historische, systematische und teleologische Auslegung von Art. 361 Abs. 1 ZGB (Beschwerde, S. 6 ff. Ziff. II/12-16). Auf die konkreten Vorbringen wird nachfolgend eingegangen. 3.a) Wie die Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin zutreffend festhalten (vgl. Beschwerde, S. 6 Ziff. II/10), spricht sich die – und zwar nicht nur deutschsprachige – Lehre überwiegend dafür aus, dass sich die öffentliche Beurkundung gemäss Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richtet. Die bundesrechtlichen Vorschriften für die letztwillige Verfügung (Art. 499 ff. ZGB) würden nicht gelten, womit der Beizug von zwei Zeugen von Bundesrechts wegen nicht notwendig sei, zumal das Vorsorgeauftragsrecht selbst dies nicht vorsehe (vgl. m.w.N.: ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 13 ff.; FamKomm Erwachsenenschutz/ GEISER, 2013, Art. 361 ZGB N 11; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen

Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., N 1685; BSK ZGB I-JUNGO, Art. 361 N 1; LAN-GENEGGER, in: Rosch/Büchler/Jakob, Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Art. 361 ZGB N 2; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360–456 CC, 2. Aufl., N 403; MEIER/LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, 2011, N 210; KUKO ZGB-MORDASINI-ROHNER/STEHLI/LANGEN-EGGER, 2. Aufl., Art. 361 N 2; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, 2010, Art. 361 ZGB N 1 f.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, 2014, N 837a; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN- KAUP, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., § 50 N 12; WOHLGEMUTH, Vorsorgeauftrag, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2016, N 4.47; ferner insb. BRÜCKNER, Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz, BN 2011, S. 36 ff., 47; FOUNTOULAKIS/GAIST, Le mandat pour cause d'inaptitude dans le nouveau droit de la protection de l'adulte, in: Zufferey/Dubey/Previtali, L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, 2011, S. 153 ff., 161 [zit. Mélanges Borghi]; DIES., Les mesures personnelles anticipées: les directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'inaptitude, FamPra.ch 2012, S. 867 ff., 882 [zit. Fam- Pra.ch 2012]; HOTZ, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda, Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda, ZKE 2011, S. 102 ff., 108; LEUBA/ GIUDICE, Le mandat pour cause d'inaptitude, in: Guillod/Bohnet, Le nouveau droit de la protection de l'adulte, 2012, N 6 f.; MOOSER, La constitution du mandat, in: Franz/Mooser, KES.2023.22-EZE2 8/19

Vorsorgeauftrag, 2023, S. 85 ff., N 10 f.; RENZ, a.a.O., N 163 und 452; SCHMID J., Vollmachten und Vorsorgeauftrag, in: Schmid, Nachlassplanung und Nachlassteilung, 2014, S. 259 ff., 280 ff.; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, 2010, S. 303; ZINGARO/MEIER, in: Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht [mit Mustern], 2012, N 2.8). Nach einer Minderheitsauffassung ist die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags nach den Vorschriften über die letztwillige Verfügung vorzunehmen (so OFK-FASSBIND, 4. Aufl., Art. 361 ZGB N 1; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, in: Wolf, Das neue Erwachsenen- schutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, 2012, S. 65 ff., 85 f.; WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, ZGBR 91/2010, S. 73 ff., 93 ff. [zit. Erwachsenenschutz], m.w.N. in Fn. 124, welche aber mehrheitlich nicht eindeutig ausfallen; DERS., Der Vorsorgeauftrag – insbesondere Grundlagen und Inhalt, mit Berücksichtigung notarieller Aspekte, in: Franz/Mooser, Vorsorgeauftrag, 2023, S. 1 ff., 11 f. [zit. Vorsorgeauftrag]; WOLF/EGGEL, Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag – aus der Sicht der Urkundsperson, Jusletter vom 6. Dezember 2010, N 3 ff.). Gerichtlich musste die Frage, soweit ersichtlich, bis anhin erst vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt entschieden werden. Es folgte dabei der herrschenden Ansicht und erachtete den Beizug von zwei Zeugen als nicht erforderlich (AppGer BS VD.2020.247 vom 6. Juli 2021 E. 5.1). In der dagegen erhobenen Beschwerde (BGer 5A_732/2021) war die Frage des Beizugs von Zeugen nicht mehr Streitgegenstand. Das Bundesgericht führte in Zusammenhang mit der Frage, ob mit der Beurkundung des Vorsorgeauftrags auch die Urteilsfähigkeit der Betroffenen beurkundet worden sei und diese an der erhöhten Beweis-

kraft gemäss Art. 9 ZGB teilnehme, zwar aus, dass dies bei einer "kantonalrechtlichen" Verpflichtung des Notars zur Prüfung der Urteilsfähigkeit – gleich wie bei der Bestätigung der Zeugen nach Art. 501 Abs. 2 ZGB und den Erklärungen der Urkundsperson – nicht der Fall sei (E. 3.3.3); zur Frage des Beizugs von zwei Zeugen bei der Beurkundung des Vorsorgeauftrags äusserte sich das Bundesgericht damit aber nicht. Eine (offensichtliche) Rechtsverletzung machte es immerhin nicht aus (E. 4). b) Bei der Auslegung von Art. 361 Abs. 1 ZGB nach den klassischen Interpretationselementen (vgl. dazu insb. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., S. 56 ff.; ferner etwa BGE 145 III 133 E. 6) ergibt sich das Folgende: KES.2023.22-EZE2 9/19

aa) Dem Wortlaut von Art. 361 Abs. 1 ZGB und dem ihm zu entnehmenden Wortsinn (grammatikalische Auslegung, welche naturgemäss Ausgangspunkt der Interpretation eines Rechtssatzes bildet) lässt sich – wie erwähnt – nicht entnehmen, dass bei der öffentlichen Beurkundung die Vorschriften über die letztwillige Verfügung (Art. 499 ff. ZGB) anwendbar sind bzw. fehlt ein ausdrücklicher Verweis (vgl. auch FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 361 ZGB N 11). Dies im Gegensatz zu anderen Rechtsgeschäften, die das Gesetz der "erbrechtlichen Beurkundungsform" unterstellt (vgl. SCHMID J., S. 282 m.V. auf Art. 522 Abs. 1 OR [Verpfändungsvertrag] und Art. 245 Abs. 2 OR [Schenkung auf den Todesfall hin]). Bereits dies spricht aus Gründen der Rechtssicherheit dafür, dass sich die Beurkundung gemäss Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richtet (ebenso AppGer BS VD.2020.247 vom 6. Juli 2021 E. 5.1.2; vgl. auch SCHMID J., S. 282, wonach sich der Gesetzeswortlaut klar auf die "gewöhnliche" öffentliche Beurkundung beziehe, deren Verfahren nach kantonalem Recht sowie den bundesrechtlichen Minimalanforderungen bestimmt werde). Daran ändert nichts, dass der deutsche Wortlaut der Bestimmungen über Errichtung und Widerruf des Vorsorgeauftrags teilweise demjenigen der Vorschriften über Errichtung und Widerruf der letztwilligen Verfügung entspricht, zumal der französische Wortlaut der Bestimmungen anders ausfällt und eine selbständige Regelung beider Errichtungsformen nahelegt (vgl. ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 14 f., wonach es sich bei den Art. 361 Abs. 1 und 2 sowie Art. 362 ZGB folglich um selbständige und abschliessende Regelungen handle; vgl. auch LEUBA/GIUDICE, a.a.O., N 6; auch WOLF, Erwachsenenschutz, S. 93, erklärt, der Wortlaut von Art. 361 Abs. 1 ZGB könnte darauf schliessen lassen, die Beurkundung sei nach kantonalrechtlichem Verfahren vorzunehmen, wie i.d.R. für Rechtsgeschäfte unter Lebenden). bb) Betreffend den Sinn und Zweck der Vorschrift zur öffentlichen Beurkundung des Vorsorgeauftrags (teleologische Auslegung) lassen die Beschwerdeführerinnen zusammengefasst vortragen, dass auch beim Vorsorgeauftrag die Formvorschriften (nebst der Prüfung der Handlungsfähigkeit) zur Sicherstellung dienten, dass die Verfügung der vorsorgeauftraggebenden Person auf freiem Willen beruhe und den damaligen Willen korrekt wiedergebe (m.V. auf FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 363 ZGB N 6). Anders als bei der letztwilligen Verfügung handle es sich beim Vorsorgeauftrag zwar um eine Willenserklärung, die ihre Wirkung bereits zu Lebzeiten der vorsorgeauftraggebenden Person entfalte; in vergleichbarer Weise sei aber auch beim Vorsorgeauftrag die Mitwirkung von zwei Zeugen notwendig, weil er während seiner Wirksamkeit, gleich einer letztwilligen Verfügung, irreversibel sei, entfalte er doch erst nach eingetretener Urteilsunfähigkeit Wirkung und könne er während der Dauer dieses Zustands auch nicht mehr widerrufen werden. Bei Eintritt der Wirksamkeit könne die vorsorgeauftraggebende Person, wiederum vergleich-

KES.2023.22-EZE2 10/19

bar mit der letztwilligen Verfügung, nicht mehr zu ihrem tatsächlichen Willen befragt werden bzw. könne sie diesbezüglich keine verlässliche Auskunft mehr geben. Ferner werde ein Vorsorgeauftrag ebenso regelmässig im fortgeschrittenen bis hohen Alter errichtet, was nicht selten mit einer Einschränkung der kognitiven Fähigkeiten und der damit verbundenen Anfälligkeit auf Verständnisschwierigkeiten, Beeinflussung oder Täuschung, insbesondere auch durch nahestehende Personen, einhergehe. Aus allen diesen Gründen stehe der Vorsorgeauftrag dem Testament viel näher als etwa der im kantonalen Verfahren zu beurkundenden Errichtung von Stockwerkeigentum, woraus zu schliessen sei, dass für die Errichtung des Vorsorgeauftrags das Verfahren zur Errichtung der letztwilligen Verfügung und nicht dasjenige gemäss den kantonalen Beurkundungsgesetzen zur Anwendung komme (m.V. auf WOLF, Erwachsenenschutz, S. 95). Dies, zumal der Vorsorgeauftrag im Vergleich zur letztwilligen Verfügung eine ungleich grössere Tragweite aufweise, indem nicht nur das Vermögen, sondern auch die Personensorge sowie insbesondere die Vertretung im Rechtsverkehr betroffen seien. Zudem gehe es nicht primär um die Interessen möglicher Erben und anderer, zumeist urteilsfähiger Drittpersonen, sondern um diejenigen der vorsorgeauftraggebenden Person, die bei Wirksamwerden des Vorsorgeauftrags zufolge Urteilsunfähigkeit nicht mehr rechtsgeschäftlich handeln könne. Im Zusammenhang mit einem Vorsorgeauftrag bestehe bei der verfügenden Person somit eine weitaus höhere Schutzbedürftigkeit als bei einer letztwilligen Verfügung (m.V. auf ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 30). Art. 363 Abs. 2 ZGB betreffend die Prüfung durch die KESB und Art. 368 Abs. 1 ZGB betreffend deren Einschreiten würden der Schutzbedürftigkeit der vorsorgeauftraggebenden Person allein nicht Rechnung tragen bzw. genügten diese Massnahmen nicht, um dem Risiko einer Falschbeurkundung und den damit verbundenen Folgen vorzubeugen. Eine Täuschung, ein Irrtum oder eine Beeinflussung durch eine Urkunds- oder Drittperson könnten von der KESB im Validierungsprozess nicht festgestellt werden. Das nachträgliche Eingriffsrecht gemäss Art. 368 ZGB ziele auf die objektiv anzunehmenden Interessen ab, welche nicht unbedingt mit dem tatsächlichen Willen der vorsorgeauftraggebenden Person übereinstimmen, gerade im Bereich der Personensorge. Alle diese Umstände sprächen dafür, sicherzustellen, dass die im Vorsorgeauftrag getroffenen Anordnungen dem frei gebildeten, tatsächlichen Willen der vorsorgeauftraggebenden Person entsprächen und diese sich bei der Errichtung des Vorsorgeauftrags im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden habe, was durch den Beizug von zwei Zeugen eher erreicht werden könne (zum Ganzen Beschwerde, S. 7 ff. Ziff. 13.1-13.6). Es trifft zu, dass die vorsorgeauftraggebende Person bei Wirksamwerden des Vorsorgeauftrags nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr umfassend in sämtlichen Lebensbereichen imstande ist, selbst rechtsgeschäftlich zu handeln, womit insofern eine mit der testieren-

KES.2023.22-EZE2 11/19

den Person vergleichbare Situation vorliegt (vgl. KÄLIN, Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen, Dispute Resolution und ausgewählte Probleme, ST 12/2008, S. 1048 ff., 1049; WOLF, Erwachsenenschutz, S. 95; WOLF/EGGEL, a.a.O., N 7). Daraus lässt sich aber die Anwendbarkeit der Art. 499 ff. ZGB auf die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags, namentlich der zwingende Beizug von Zeugen, nicht begründen (gl.M. AppGer BS VD.2020.247 vom 6. Juli 2021 E. 5.1.2). Die Schutzbedürftigkeit der vorsorgenden Person einerseits und der testierenden Person andererseits bzw. die mit den beiden Instituten einhergehende Missbrauchsgefahr ist unterschiedlich: Beim Vorsorgeauftrag werden nicht in gleicher Weise wie bei der letztwilligen Verfügung Vermögensrechte an andere Personen zur freien Verfügung übertragen (geschuldet ist

allenfalls eine Entschädigung, vgl. Art. 366 ZGB), sondern es wird einer oder mehrerer Personen der Auftrag erteilt, um die Personen- und/oder Vermögenssorge der vorsorgenden Person besorgt zu sein. Die Geeignetheit der jeweils beauftragten Person zur Erfüllung ihrer Aufgaben wird von der Erwachsenenschutzbehörde, welche den Vorsorgeauftrag zu validieren hat, geprüft (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Die Ausübung des Auftrags hat sich so- dann an den Interessen der vorsorgenden Person zu orientieren, wobei die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person hin korrigierend eingreifen kann (Art. 368 ZGB). Dem geht unweigerlich eine geringere Missbrauchsgefahr im Beurkundungsverfahren voraus (ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 22 f. und 32; vgl. SCHMID J., S. 283 f.), so dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin der Beizug von Zeugen bei der Beurkundung nicht notwendig ist. Die Mit- wirkung der Urkundsperson selber reicht aus, zumal der Beurkundungsbegriff bundesrecht- licher Natur ist und entsprechend bundesrechtliche Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung bestehen, welche durch kantonale Vorschriften, auch über die Aufsicht und die Verantwortlichkeit der Urkundsperson, ergänzt werden (vgl. ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 23; SCHMID J., S. 284; vgl. auch FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 361 ZGB N 11 f.; SCHMID H., Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 361 N 3). cc) Was die Entstehungsgeschichte von Art. 361 Abs. 1 ZGB betrifft (historische Ausle- gung), stützen sich die Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin zunächst auf S. 7026 der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachse- nenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006 7001 ff.), der zu ent- nehmen ist, "dass der Vorsorgeauftrag – entsprechend den Formerfordernissen für letztwil- lige Verfügungen – entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist". Auch der Kommissionspräsident Franz Wicki habe anlässlich der Diskussion im Ständerat ausgeführt, dass der Vorsorgeauftrag den Formerfordernissen für die letztwilligen Verfü- gungen entspreche, und dass es diese Lösung einfacher mache, Vorsorgeauftrag und KES.2023.22-EZE2 12/19

letztwillige Verfügung zusammen zu errichten (m.V. auf Amtl Bull StR 2007, S. 829 f.). In den Materialien werde also, so die Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin, für die Errichtungsformen des Vorsorgeauftrags uneingeschränkt auf die Formen für letztwillige Verfügungen verwiesen. Die Formen würden in der Mehrzahl erwähnt, so dass damit – nachdem die letztwillige mündliche Verfügung ausgeschlossen worden sei – die Errichtungsformen für die eigenhändige und für die öffentliche letztwillige Verfügung bezeich- net würden. Nur dann, wenn für die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags die For- merfordernisse der öffentlichen letztwilligen Verfügung ebenfalls eingehalten würden, sei es ausserhalb der Form der eigenhändigen Errichtung überhaupt möglich, den explizit ausge- drückten Willen des Gesetzgebers zu realisieren, Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfü- gung zusammen errichten zu können. Dies werde in der Notariatspraxis denn auch sehr häufig so gehandhabt (zum Ganzen Beschwerde, S. 10 f. Ziff. 14.1-14.3). Wie schon betreffend die teleologische Auslegung geben die Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin mit den vorstehenden Ausführungen weitestgehend die Lehrmei- nung von WOLF wieder (vgl. WOLF, Erwachsenenschutz, S. 93 f. und S. 95, inkl. Fn. 127; vgl. auch WOLF/EGGEL, a.a.O., N 5). Diese und weitere Äusserungen in der Lehre (insb. OFK-FASSBIND, Art. 361 ZGB N 1, wonach sich die Intention des Gesetzgebers, die Beur- kundung des Vorsorgeauftrags den Bestimmungen über die letztwillige Verfügung zu un- terstellen, "klar" aus den Materialien und der Botschaft ergebe) verkennen dabei aber zu- nächst eine andere mögliche Lesart der

erwähnten Materialien: Die Formulierung "entsprechend den Formerfordernissen für letztwillige Verfügungen" könnte lediglich dahingehend zu verstehen sein, dass ebenso die beiden Errichtungsformen der eigenhändigen Errichtung und öffentlichen Beurkundung zur Verfügung stehen, ohne dass dadurch – darüber hinaus – auch die Beurkundungsvorschriften von Art. 499 ff. ZGB für anwendbar erklärt werden (vgl. auch ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 18; BRÜCKNER, S. 48; FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 361 ZGB N 11; SCHMID H., Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 361 N 1; SCHMID J., S. 282 a.E.; ferner FOUNTOULAKIS/GAIST, *Mélanges Borghi*, S. 161; BSK ZGB I-JUNGO, Art. 361 N 1). In der französischen Fassung der Botschaft ist denn auch nur zu lesen, dass der Entwurf – "comme pour le testament" – die eigenhändige oder die öffentliche Form vorsehe (FF 2006 6635 ff., S. 6660; LEUBA/GIUDICE, a.a.O., N 7; die italienische Fassung der Botschaft entspricht in etwa der deutschen Fassung, vgl. FF 2006 6391 ff., S. 6416). Der Hinweis in der Botschaft ist damit jedenfalls keineswegs klar, womit sich aus dieser – und ebenso wenig aus der Wortmeldung des Kommissionspräsidenten, der bloss den Text der Botschaft wiedergab (FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 361 ZGB N 11) – nicht ableiten lässt, der Gesetzgeber habe die Beurkundung des Vorsorgeauftrags dem erbrechtlichen Beurkundungsverfahren unterstellen wollen. KES.2023.22-EZE2 13/19

Die Gesetzesmaterialien legen sodann insgesamt (denn) auch eher Gegenteiliges nahe: Der Vorentwurf sah noch ausschliesslich die öffentliche Beurkundung und die Protokollierung vor einer Behörde als zulässige Formen und nicht auch die eigenhändige Errichtung vor, womit noch keinerlei Bezug zu den Testamentsformen bestand (FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Vorbem. zu Art. 360–369 ZGB N 4 ff. und Art. 361 ZGB N 11). Der Bericht der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts zum Vorentwurf vom Juni 2003 (abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/vormundschaft.html>>, besucht am 10. April 2024) erklärte dazu, dass sich "die Zuständigkeit und das Verfahren [...] im einzelnen nach dem kantonalen Recht" richteten (S. 22 des Berichts; siehe auch den Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden von Oberrichter Dr. Daniel Steck vom Juni 2003, S. 9: "Nicht nach Bundesrecht, sondern nach kantonalem Recht richten sich gemäss dem vorliegenden Vorentwurf Zuständigkeit und Verfahren für die Errichtung des Vorsorgeauftrags [Art. 361 VE ZGB]."). Dass sich mit der Botschaft daran etwas hätte ändern sollen, ist nicht anzunehmen, selbst wenn der hiervor erwähnten Formulierung in der Botschaft der Hinweis vorangestellt ist, dass einige Vernehmlassungsteilnehmer angeregt hätten, den Vorsorgeauftrag denjenigen Formvorschriften zu unterstellen, die für Verfügungen von Todes wegen gelten würden (vgl. BBl 2006 S. 7026; WOLF, *Erwachsenenschutz*, S. 93). Es handelte sich dabei um vereinzelte Rückmeldungen, namentlich des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV (vgl. die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches vom Juni 2010 [abrufbar unter der hiervor wiedergegebenen URL], S. 109 und 118). Vermehrt wurde dagegen das Bedürfnis geäussert, die Form zu erleichtern und nicht sie zu erschweren (zutreffend FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 361 ZGB N 11; vgl. BBl 2006 S. 7026). Die Anwendung der Art. 499 ff. ZGB würde diesem Ansinnen gerade nicht gerecht werden (vgl. auch ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 19, wonach es näherliegend erscheine, die öffentliche Beurkundung als Fortführung der bereits im Vorentwurf vorgesehenen, noch von den Vorschriften über letztwillige Verfügungen losgelösten Errichtungsform anzusehen; LEUBA/GIUDICE, a.a.O., N 7).

Zudem wäre unter diesen Gegebenheiten zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber, sofern er die erbrechtlichen Beurkundungsvorschriften hätte für anwendbar erachten wollen, darauf im Gesetzestext verwiesen hätte. Diese und weitere Gründe (vgl. SCHMID J., S. 282 m.V. auf BBl 2006 S. 7026, dritter Absatz zu Art. 361 des Entwurfs, worin betreffend das Vorgehen bei der öffentlichen Beurkundung des Vorsorgeauftrags kein Hinweis auf den Beizug von Zeugen oder auf die Geltung der erbrechtlichen Form enthalten ist, und S. 283 betreffend die [ungewollte] Einschränkung der Notariatskompetenzen) sprechen insgesamt dafür, dass auch gemäss den Gesetzesmaterien KES.2023.22-EZE2 14/19

rialien entsprechend Art. 55 SchlT ZGB die Kantone bestimmen, in welcher Weise der Vorsorgeauftrag zu beurkunden ist. Zu keinem anderen Ergebnis, da unzutreffend, führt letztlich auch das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin, wonach sich nur bei analoger Anwendung der Vorschriften über die letztwillige Verfügung die gesetzgeberische Intention, Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen errichten zu können, realisieren liesse. Zum einen ist nämlich eine gemeinsame eigenhändige Errichtung ohne Weiteres möglich; zum andern ist die Einhaltung der erbrechtlichen Form zwar nicht notwendig, aber durchaus möglich, so dass Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung in einer Urkunde errichtet werden können (vgl. ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 20; LEUBA/ GIUDICE, a.a.O., N 7; SCHMID J., S. 284; zur Einhaltung der erbrechtlichen Form siehe auch die Ausführungen bei WOLF, Erwachsenenschutz, S. 95 f.). dd) Schliesslich spricht gemäss den Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin auch der Gesetzeszusammenhang (systematische Auslegung) für die Anwendung der Vorschriften über die letztwillige Verfügung; wäre die Beurkundung nach kantonalem Recht vorzunehmen, so ergäbe sich nach deren Ansicht in zweierlei Hinsicht eine systemwidrige Situation: Erstens zwischen den Errichtungsformen selbst, indem dann einzig das eigenhändige Errichtungsverfahren gemäss Art. 361 Abs. 2 ZGB mit den Formerfordernissen der eigenhändigen letztwilligen Verfügung in Art. 505 Abs. 1 ZGB übereinstimmte. Es lasse sich kaum begründen, dass bei der Errichtungsform der öffentlichen Beurkundung demgegenüber die bundesrechtlichen Vorschriften über die letztwillige Verfügung keine Beachtung finden sollen (m.V. auf WOLF, Erwachsenenschutz, S. 95). Eine systemwidrige Situation bestünde laut den Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin zweitens im Vergleich zum Widerruf des Vorsorgeauftrags, indem dieser gemäss Art. 362 Abs. 2 ZGB durch Vernichtung der Urkunde erfolgen könne. Dass die Errichtung und die Aufhebung des gleichen Akts nicht auf der gleichen Stufe (kantonales Recht bzw. Bundesrecht) geregelt würden, sei sinnlos und im schweizerischen Recht unüblich (m.V. auf WOLF/EGGEL, a.a.O., N 6). Hinzu komme, dass die Vernichtung der Urkunde – neben dem Vorsorgeauftrag – einzig noch bei der letztwilligen Verfügung (Art. 510 Abs. 1 ZGB) zur Aufhebung des darin beurkundeten Rechtsgeschäfts führe (m.V. auf WOLF, Erwachsenenschutz, S. 95, Fn. 126), woraus ebenso zu schliessen sei, dass der Vorsorgeauftrag gleich wie die letztwillige Verfügung errichtet werden müsse. Schliesslich sei auch nicht nachvollziehbar und nicht begründbar, wenn ein Teil der Lehre Art. 510 Abs. 2 ZGB betreffend die zufällige und fremdverschuldete Vernichtung der Urkunde für den Vorsorgeauftrag aufgrund der Vergleichbarkeit der Regelungen und Konstellationen analog angewendet sehen möchte, obschon sich der Gesetzgeber in Art. 362 ZGB dazu nicht äussere (m.V. auf BSK ZGB I-JUNGO, Art. 362 N 13), ohne aber für die Errichtung des Vorsorgeauftrags KES.2023.22-EZE2 15/19

auftrags die bundesrechtlichen Vorschriften ebenso für anwendbar zu erklären. Gestützt auf die systematische Auslegungsmethode müsse beides gleich gehandhabt werden (zum Ganzen Beschwerde, S. 11 f. Ziff. 15.1-15.3). Auch diese Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen: Der Umstand, dass das eigenhändige Errichtungsverfahren gemäss Art. 361 Abs. 2 ZGB inhaltlich (aber nicht wörtlich) mit Art. 505 Abs. 1 ZGB übereinstimmt, bedeutet nicht, dass hier die bundesrechtlichen Vorschriften über die letztwillige Verfügung Beachtung finden. Im Gegenteil: Es handelt sich für den Vorsorgeauftrag gerade um eine selbständige Regelung, die freilich vom Bundesgesetzgeber "entsprechend" Art. 505 Abs. 1 ZGB detailliert normiert wurde (vgl. BBl 2006 S. 7026); ein Verweis auf diese Vorschrift erfolgt nicht und Art. 361 Abs. 2 ZGB richtet sich in diesem Sinne nicht nach der Regelung der letztwilligen Verfügung (a.M. WOLF, Erwachsenenschutz, S. 95). Da es sich bei der Regelung über die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags um eine ebenso selbständige Regelung handelt (vgl. lit. aa hiavor), liegt diesbezüglich keine "systemwidrige Situation" vor (vgl. auch ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 17 und 18 a.E., der zutreffend darauf hinweist, dass betreffend die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags erst dann darauf geschlossen werden könnte, es liege ein Verweis auf Art. 499 ff. ZGB vor, wenn sich ein solcher Verweis auch betreffend die eigenhändige Errichtung begründen liesse und zwar "auf anderem Wege" als über den Wortlaut) und es kann nicht deshalb auf einen Verweis auf Art. 499 ff. ZGB geschlossen werden, weil im Gegensatz zur eigenhändigen Errichtung weitergehende Ausführungen zur Beurkundung fehlen (so aber OFK-FASSBIND, Art. 361 ZGB N 1). Aufgrund von Art. 55 SchlT ZGB erübrigen sich solche Ausführungen nämlich. Ähnliches gilt für den Vergleich zwischen Errichtungsform und der in Art. 362 Abs. 2 ZGB enthaltenen Widerrufsform der Vernichtung der Urkunde: Nur weil in Bezug auf Letztere eine "Gleichstellung" des Vorsorgeauftrags mit dem öffentlichen Testament erfolgt, kann nicht darauf geschlossen werden, das Errichtungsverfahren, namentlich die öffentliche Beurkundung, richte sich "ebenso" danach bzw. der Gesetzgeber habe umfassend auf die Formen der letztwilligen Verfügung verwiesen (so aber WOLF, Erwachsenenschutz, S. 95, Fn. 126; WOLF/EGGEL, a.a.O., N 6). Zunächst ist nicht einzusehen, weshalb, wenn ein umfassender Verweis auf Art. 499 ff. ZGB vorliegen würde, der Widerruf in Art. 362 Abs. 2 ZGB detailliert hätte geregelt werden sollen. Es ist vielmehr wiederum von einer selbständigen Regelung auszugehen (vgl. wiederum ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 17). Sodann sind die Errichtungs- und Aufhebungsformen durchaus auf gleicher Stufe in Art. 361 Abs. 1 und 2 sowie Art. 362 ZGB geregelt; die Kantone bestimmen nach Art. 55 SchlT ZGB lediglich, "in welcher Weise" auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (so zutref-

KES.2023.22-EZE2 16/19

fend ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 16). Auch diesbezüglich liegt folglich keine "systemwidrige Situation" vor, weshalb der Bundesgesetzgeber auch keine "Sonderform" (vgl. WOLF/EGGEL, a.a.O., N 6; vgl. auch WOLF, Vorsorgeauftrag, S. 12) festhalten musste. Systemwidrig wäre es vielmehr, wenn die erbrechtliche Beurkundungsform beim Vorsorgeauftrag übernommen würde, weil dieser ein Rechtsgeschäft unter Lebenden darstellt, die erbrechtliche Form aber naturgemäss nur für Verfügungen von Todes wegen vorgesehen ist (SCHMID J., S. 283 mit weiteren systematischen Überlegungen). Eine analoge Anwendung der Art. 499 ff. ZGB auf die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags ist nicht möglich, weil bei der öffentlichen Beurkundung letztwilliger Verfügungen die Zeugen auf der Urkunde unter anderem zu bestätigen haben, dass der Erblasser sich "im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden habe" (Art. 501 Abs. 2

ZGB), welche beim Vorsorgeauftrag gerade nicht vorliegen muss. Insofern hätte der Gesetzgeber im Rahmen der Vorschriften über die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags erklären müssen, was die Zeugen zu bezeugen haben (vgl. FOUNTOULAKIS/GAIST, *Mélanges Borghi*, S. 161 und DIES., *Fam- Pra.ch* 2012, S. 882, jeweils mit Verweis auf BRÜCKNER, a.a.O., S. 47). Daran ändert nichts, dass ein Teil der Lehre beim Vorsorgeauftrag gleichwohl Art. 510 Abs. 2 ZGB sinngemäss angewendet sehen möchte (vgl. BSK ZGB I-JUNGO, Art. 362 N 13; RENZ, a.a.O., N 430; vgl. dazu aber ZK-BOENTE, Art. 362 ZGB N 50 f.; FamKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 362 ZGB N 5). Bei einem umfassenden Verweis wäre es ausserdem nahegelegen, wenn der Gesetzgeber das Nottestament gemäss Art. 506 ff. ZGB, für welches er kein praktisches Bedürfnis beim Vorsorgeauftrag sah (vgl. BBl 2006 S. 7026), vom Verweis ausdrücklich ausgenommen hätte (zutreffend ZK-BOENTE, Art. 361 ZGB N 21). Dies konnte aber, weil selbständige Regelungen vorliegen, unterbleiben. Auch die systematische Auslegung spricht damit insgesamt dafür, dass sich die Errichtung des Vorsorgeauftrags durch öffentliche Beurkundung nach kantonalem Recht richtet. c) Insgesamt führt die Auslegung von Art. 361 Abs. 1 ZGB nach den klassischen Interpretationselementen zum Ergebnis, dass sich die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags gemäss Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richtet, womit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreterin der Beizug von zwei Zeugen bei der Beurkundung von Bundesrechts wegen nicht erforderlich ist. Gegenteiliges wäre, zumal ein ausdrücklicher Verweis auf die Art. 499 ff. ZGB fehlt, denn auch aus Gründen der Rechtssicherheit kaum vertretbar (AppGer BS VD.2020.247 vom 6. Juli 2021 E. 5.1.2). Wenn es in der Notariatspraxis und offenbar auch in der Kanzlei der Rechtsvertreterin den- noch üblich ist, Zeugen beizuziehen (vgl. auch WOLF, *Vorsorgeauftrag*, S. 12), so erfolgt dies insofern lediglich zur Sicherung eines weiteren Indizes für die Urteilsfähigkeit der vor-

KES.2023.22-EZE2 17/19

sorgenden Person im Zeitpunkt der Errichtung, mithin als reine Beweis- und nicht Gültigkeitsform (vgl. BÜTTNER/FOUNTOULAKIS, *Der Vorsorgeauftrag: erste Erfahrungen aus der Praxis – Zahlen und Fallbeispiele von den Berner Erwachsenenschutzbehörden*, *FamPra.ch* 2015, S. 507 ff., 511, Fn. 17 unter Hinweis auf die Notariatspraxis der lateinischen Schweiz), es sei denn, dass kantonale Recht schreibe den Beizug von Zeugen vor. 4. Da sich die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags gemäss Art. 55 SchlT ZGB nach kantonalem Recht richtet und das Beurkundungsrecht des Kantons St. Gallen den Beizug von Zeugen nicht vorschreibt, wurde der am 23. Juni 2020 öffentlich beurkundete Vorsorgeauftrag von E. __ entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, S. 12 f. Ziff. II/17) gültig errichtet. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Damit und weil eine Prüfung der Urteilsfähigkeit von E. __ bei der Errichtung des Vorsorgeauftrags – da von den Beschwerdeführerinnen nicht beanstandet und mit Bezug auf welche eine falsche Rechtsanwendung nicht ersichtlich ist – unterbleiben kann (vgl. E. 2 hiervor), brauchen auch nicht, wie beantragt, etwaige Beweise abgenommen zu werden (vgl. Beschwerde, S. 3 ff. und 8). IV. 1. Für die Prozesskosten im Verfahren vor Kantonsgericht gelten mangels Regelung im ZGB sowie im EG-KES die Bestimmungen der ZPO (vgl. E. II/2 hiervor). Prozesskosten sind die Gerichtskosten, insbesondere die Entscheidungsgebühr sowie die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 und 2 lit. b ZPO). Sie sind grundsätzlich nach Obsiegen bzw. Unterliegen zu verlegen (Art. 106 ff. ZPO sachgemäss). 2. Die Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt (Art. 10 Ziff. 211 GKV) und, da die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist, den Beschwerdeführerinnen auferlegt,

unter Verrechnung mit dem von ihnen in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss (vgl. Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Zusprechung einer Partei- bzw. Umtriebsentschädigung an die weiteren Verfahrensbeteiligten fällt ausser Betracht, da sich diese nicht vernehmen liessen.
KES.2023.22-EZE2 18/19

Entscheid 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Kosten des Verfahrens von Fr. 1'500.00 haben A.__ und B.__ zu tragen, unter Verrechnung mit dem von ihnen in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss. 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
KES.2023.22-EZE2 19/19

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.