



## Generalvollmacht, Weitergültigkeitsklausel und Vorsorgeauftrag

### Sachverhalt

Ich arbeite auf dem Sozialdienst XY und bin mit einem Abklärungsauftrag Erwachsenenschutzverfahren der KESB für einen geistig behinderten erwachsenen Mann (Jahrgang 1992) beauftragt worden. Gerne gelange ich mit folgender Frage an Sie. Für obenerwähnten jungen Mann, ist sein Vater im Besitz einer Generalvollmacht, die ihn befugt, seinen Sohn vor allen Behörden der Verwaltung, den Gerichtsbarkeiten sowie auch Privatpersonen gegenüber rechtsgültig zu vertreten, mit der Wirkung, dass der Vollmachtgeber in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet ist, wie wenn er selber gehandelt hätte....

Ist eine solche Generalvollmacht eigentlich rechtsgültig? Der Vater hat mir erzählt, dass er diese bei Volljährigkeit seines Sohnes in Zusammenarbeit mit der damaligen zuständigen Vormundschaftsbehörde erstellt habe.

### Erwägungen

1. Eine Generalvollmacht überlässt dem Vollmachtnehmer oder der Vollmachtnehmerin alle Geschäfte wirtschaftlicher Natur, die der Vollmacht zugänglich sind; somit gehören beispielsweise höchstpersönliche Rechte nicht dazu. Die Gültigkeit einer Generalvollmacht ist fraglich, weil der Vollmachtgeber diese kaum überblicken kann. Sie steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 27 ZGB, der besagt, dass niemand sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann (vgl. BK-Zäch, Art. 33 OR N 95 f.). Eine Vollmacht muss ein Akt wirklicher Selbstbestimmung sein, das heisst, dass der Einwilligende einerseits die Fähigkeit für eine Einwilligung besitzen muss (Urteilsfähigkeit [vgl. CHK-Kut, Art. 32 OR N 30 m.w.H.]), andererseits dass die zu tätigenen Rechtsgeschäfte vorhersehbar sein müssen (vgl. Brückner, Personenrecht, Zürich 2000, N 823 ff.; BK-Kramer, Art. 19-20 OR N 208 ff., insb. N 228 ff. im Zusammenhang mit Datenaustauschen: Rosch, Schweigen und Sprechen im System, Bern 2005, S. 87). Deshalb wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass eine Generalvollmacht unzulässig sei (BK-Zäch, Art. 33 OR N 96 f.; Bucher, OR AT, S. 605 f.). Diese Bedenken akzentuieren sich, wenn eine Vollmacht über die Urteilsunfähigkeit hinaus Gültigkeit hat. Eine solche Vollmacht ist möglich, soweit die Vollmacht eine Weitergültigkeitsklausel beinhaltet (Art. 35 OR), also eine Klausel in der explizit festgehalten wird, dass die Vollmacht über die Urteilsunfähigkeit hinaus Gültigkeit haben soll. Dann kann oft ein Vollmachtgeber oder eine Vollmachtgeberin die Handlungen des Vollmachtnehmers oder der Vollmachtnehmerin auch nicht mehr rudimentär überwachen (vgl. BGE 134 III 385 E. 4.2; BGer 5A\_588/2008 E. 3.3.1.). BGer 5A\_588/2008 betrifft eine Generalvollmacht mit Weitergültigkeitsklausel; aus dem Entscheid ist positiv abzuleiten, dass grundsätzlich Generalvollmachten (mit Weitergültigkeitsklausel) gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als zulässig erachtet werden, mit folgenden Einschränkungen:
  - a. Eine Vollmacht ist nur möglich, solange „die hilfsbedürftige Vollmachtgeberin jederzeit in der Lage ist, die von ihr eingesetzte Person wenigstens grundsätzlich zu kontrollieren und zu überwachen und nötigenfalls auch zu ersetzen“ (BGer 5A\_588/2008 E. 3.3.1.).



- b. Stellvertretungsfeindliche höchstpersönliche Rechte sind einer Vertretung nicht zugänglich. Stellvertretung ist nur bei relativ höchstpersönlichen Rechten bei gleichzeitiger Urteilsunfähigkeit möglich (vgl. Rosch, Einführung N 29 f. m.w.H., in: Rosch/Büchler/Jakob, das neue Erwachsenenschutzrecht, Basel 2011).
- c. Der Gesetzgeber hat eigene oder zusätzliche Bestimmungen erlassen, z.B.
- Art. 459 OR für den Prokuristen,
  - Art. 16 ff. AVO für den Privatversicherungsbereich; aber auch
  - Art. 416 Abs. 2 ZGB, wonach urteilsfähige Personen im Rahmen einer Beistandschaft mit Beschränkung der Handlungsfähigkeit in diesem Bereich keine Vollmachten (an den Beistand) mehr erteilen können (vgl. FamKomm Erwachsenenschutz-Biderbost, Art. 416 N 8 ff.),
  - im Rahmen des Vorsorgeauftrages (Art. 360 ZGB; vgl. Meier/Lukic, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genf, Zürich, Basel, 2011, Rz. 192; BSK Erwachsenenschutz-Rumo-Jungo, Art. 360 N 32; zurückhaltender Langenegger, in: Rosch/Büchler/Jakob, Art. 360 N 21 mit Verweis auf die Botschaft) oder aber
  - dass die in Art. 396 Abs. 3 OR genannten Geschäfte ausdrücklich in der Vollmacht genannt sein müssen (CHK-Kut, Art. 33 OR N 30).
2. Bei der vorliegenden Situation stellt sich somit die Frage, ob der Vollmachtgeber bei der Erteilung der Vollmacht urteilsfähig war; geistig behinderte Menschen können durchaus urteilsfähig sein; fraglich oder zumindest zu prüfen wäre, ob er das auch in sämtlichen rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten war. Ist er das nicht, so ist die Vollmacht auf diejenigen Bereiche zu reduzieren, in welchen er überhaupt urteilsfähig war. Zudem sind geistige Behinderungen nicht selten stabile und sich wenig verändernde Gebrechen. Dementsprechend könnte die betroffene Person weiterhin noch urteilsfähig in den entsprechenden Bereichen sein und selber handeln. Soweit er urteilsfähig ist, insbesondere wenn er aktiv im Rechtsverkehr agiert und sich schädigt, sind behördliche Massnahmen auch dann zu prüfen. Soweit er unterdessen urteilsunfähig ist, ist ferner zur prüfen, ob eine Weitergültigkeitsklausel in der Vollmacht vorgesehen ist.
3. Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht ist zudem die Abgrenzung zum Vorsorgeauftrag zu beachten. Ein Vorsorgeauftrag kommt erst in demjenigen Zeitpunkt zur Anwendung, in dem jemand urteilsunfähig geworden ist. Dort, wo eine Vollmacht ausgestellt wird, die auf den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit Vertretungshandeln vorsieht, ist deshalb zwingend ein Vorsorgeauftrag zu erstellen (vgl. Langenegger, in: Rosch/Büchler/Jakob, Art. 360 N 11), wobei drei Dinge zu beachten sind:
- a. Im Unterschied zur Vollmacht muss die Person bei der Errichtung des Vorsorgeauftrages handlungsfähig und somit urteilsfähig und volljährig sein (vgl. Art. 360 Abs. 1 ZGB).
  - b. Der Vorsorgeauftrag muss zwingend entweder eigenhändig errichtet oder aber öffentlich beurkundet sein (vgl. Art. 361 Abs. 1 ZGB).



- c. Dort, wo die Person, die einen Vorsorgeauftrag ausstellt, die Handlungen der beauftragten Person im Sinne der oben genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr überwachen und kontrollieren kann, ist auch dann eine behördliche Massnahme anzuordnen (vgl. Breitschmid/Matt, in: *Pflegerecht* 4/2012, S. 223 ff. m.w.H.; Rosch, in: Rosch/Büchler/Jakob, Art. 389 N 5; a.M. BSK Erwachsenenschutz-Henkel, Art. 389 N 8).

Zu beachten ist ferner für die vorliegende Fragestellung, inwiefern eine altrechtliche Vollmacht Gültigkeit hat. Dies ist zu bejahen (vgl. Langenegger, in: Rosch/Büchler/Jakob, Art. 360 N 7).

**Fazit:**

Trotz Kritik sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung vor, dass Generalvollmachten möglich sind und zwar mit Weitergültigkeitsklausel auch über die Handlungsunfähigkeit hinaus, wobei die Rechtsprechung dort Grenzen findet, wo der Vollmachtgeber die Handlungen der beauftragten Person nicht mehr überwachen kann. Dann wäre eine Beistandschaft anzuordnen, soweit nicht subsidiäre Massnahmen – wie der Vorsorgeauftrag – zum Tragen kommen. Gleiches gilt im Rahmen eines Vorsorgeauftrages. Vorliegend sind insbesondere die Voraussetzungen für die Vollmachtserteilung zu prüfen (vgl. Ziffer 2).

Abzuwarten bleiben aber entsprechende höchstrichterliche Urteile zum neuen Recht. So lange das Bundesgericht aber nichts Gegenteiliges entscheidet ist meines Erachtens jeweils die vorsichtiger Variante zu wählen, die hier skizziert wurde.

Hochschule Luzern – Soziale Arbeit

Prof. (FH) Daniel Rosch, lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH / MAS Nonprofit-Management  
19. Juni 2013