

Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute*

Dr. Alexandra Zeiter, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Erbrecht (Zürich)**

I. Ausgangslage

Am 1. Januar 2013 ist das neue Erwachsenenschutzrecht (Art. 360–456 ZGB) in Kraft getreten.¹ Es ersetzt das Vormundschaftsrecht, das seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1912 – abgesehen von den Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a–f ZGB) – praktisch unverändert geblieben ist. Ändert sich mit dieser Revision etwas für den Praktiker? Öffnen sich durch diese Gesetzesnovelle neue Beratungsfelder?

Die Antwort lautet ja. Der Gesetzgeber hat mehrere neue Rechtsinstitute geschaffen, die das Planungsfeld jedes Beraters erweitern. Die Einsatzgebiete dieser neuen Planungsinstrumente seien anhand folgender aus dem Leben gegriffener Beispiele illustriert:

Beispiel 1: Eine 85-jährige verwitwete Person leidet an fortgeschritte-

ner Altersdemenz. Sie lebt in ihrem Eigenheim, ist aber für die tägliche Pflege und Hausarbeit sowie für die Erledigung ihrer finanziellen Angelegenheiten vollständig auf fremde Hilfe angewiesen. Wer entscheidet, welche Personen diese Arbeiten erledigen? Wer schliesst mit diesen Personen die Verträge und überwacht sie? Wer entscheidet über eine allfällige Unterbringung in eine Alters- oder Pflegeeinrichtung?

Beispiel 2: Eine 40-jährige ledige Frau verunglückt beim Skifahren schwer und ist seit Wochen nicht ansprechbar. Wer entscheidet über die zu ergreifenden medizinischen Massnahmen? Wer zahlt in dieser Zeit ihre Rechnungen, kümmert sich um die Steuerangelegenheiten oder tritt für sie gegenüber Behörden oder Banken auf?

Beispiel 3: Ein Ehepaar, Eltern eines seit Geburt geistig schwer behinderten Kindes, wünscht, dass ihr beträchtliches Vermögen dereinst ihrem Kind zufällt. Allerdings möchten sie vermeiden, dass dieses Vermögen nach dem Tod ihres Kindes ihren eigenen Geschwistern, d.h. den Tanten und Onkeln des Kindes, zufällt. Das Vermögen soll letztlich einer ihnen bekannten Behindertenorganisation zukommen. Lässt sich dieser Wunsch verwirklichen?

Bei den ersten beiden Beispielen stehen die zwei neuen Rechtsinstitute im Mittelpunkt, die im neuen Erwachsenenschutzrecht unter dem Begriff

Die Autorin stellt die seit dem 1. Januar 2013 im Erwachsenenschutzrecht geregelten Rechtsinstitute Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung vor und zeigt den Weg von der Errichtung bis zur Validierung sowie die Mandatsführung und den adäquaten Einsatz dieser Planungsinstrumente in der Praxis auf. Sodann veranschaulicht sie das neue erbrechtliche Institut der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest gemäss Art. 492a ZGB und empfiehlt, bei dessen Anwendung namentlich die offenen Fragen in Bezug auf die Rechte und Pflichten des Vorerben zu regeln.

Zi.

L'auteure présente deux nouvelles institutions introduites par le droit de la protection de l'adulte en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013, le mandat pour cause d'incapacité et la directive anticipée du patient. Elle expose ainsi le processus de ces instruments de planification dans la pratique, de leur constitution à leur validation, et aborde aussi leur utilisation appropriée et l'exécution du mandat. Elle illustre ensuite la nouvelle institution du droit des successions qu'est la substitution fidéicommissaire pour le surplus au sens de l'art. 492a CC et recommande, dans l'application de celle-ci, de régler les questions laissées indécises des droits et devoirs de l'héritier grevé.

P.P.

* Der vorliegende Artikel basiert auf einem am 8. November 2012 vor dem Zürcher Juristenverein gehaltenen Referat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

** Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwältin, Zürich; Lehrbeauftragte an den Universitäten Freiburg i.Ue. und Luzern.

¹ Zur Geschichte der Revision vgl. statt vieler Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., 7008 ff.; Christoph Höfeli, FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013, Teil 1/L.: Allgemeine Einleitung, Entstehung des Gesetzes.

«Eigene Vorsorge» zusammengefasst werden: der *Vorsorgeauftrag* (Art. 360–Art. 369 ZGB) und die *Patientenverfügung* (Art. 370–Art. 373 ZGB). Das dritte Beispiel zielt auf eine Neuerung im Erbrecht ab, und zwar auf die neu geschaffene Verfügungsart der *Nacherbeneinsetzung auf den Überrest* (Art. 492a ZGB).

Die nachfolgenden Ausführungen zeigen einen kurzen Überblick über diese neuen Rechtsinstitute und eine Gegenüberstellung zur bisherigen Rechtslage. Ausserdem wird bei den einzelnen Instituten den konkreten Planungsmöglichkeiten, verbunden mit einer Auswahl von Empfehlungen, nachgegangen.

II. Der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung

A. Änderungen vom bisherigen zum neuen Recht

1. Rechtslage im bisherigen Recht

Das bisherige Recht bot keine Rechtsgrundlage, damit Ehe- oder eingetragene Partner oder andere nahestehende Personen für (dauernd oder vorübergehend) urteilsunfähige Personen handeln oder diese vertreten konnten. Eine urteilsunfähige Person musste an sich entmündigt und bevormundet werden. In der Praxis haben die Vormundschaftsbehörden allerdings selbst in Fällen, bei denen eine Entmündigung angezeigt gewesen wäre, häufig darauf verzichtet und sich mit der blossen Anordnung einer Beistandschaft oder Beiratschaft begnügt. Vielfach haben sie sogar gänzlich von vormundschaftlichen Massnahmen abgesehen,² und die schutzbedürftige Person wurde (sozusagen informell) von Familienangehörigen in persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten vertreten.³

Eine urteilsfähige Person selber konnte bisher nur beschränkt Vorkehrungen treffen, damit im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit von der Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen abgesehen werden konnte. Möglich war bisher etwa die Ausstellung von Vollmachten über die Urteilsunfähigkeit hinaus (Art. 35 OR; vgl. auch Art. 405 Abs. 1 OR).⁴ Trotz deren gesetzlicher Regelung war die Gültigkeit solcher Vollmachten in der Lehre umstritten.⁵ Auch das Bundesgericht war diesen gegenüber kritisch eingestellt,⁶ und auch in der Praxis bestand keine Gewähr, dass eine solche Vollmacht tatsächlich akzeptiert wurde.⁷

Im medizinischen Bereich existierten bereits bisher sog. Patientenverfügungen, mit der eine urteilsfähige Person für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit Anordnungen mit Bezug auf medizinische Massnahmen treffen konnte. Deren rechtliche Grundlage fand sich bisher aber lediglich in einzelnen kantonalen Gesundheitsgesetzen. Die Regelung war entsprechend uneinheitlich, und die Bedeutung einer Patientenverfügung wurde sehr unterschiedlich beurteilt.⁸

Damit blieb letztlich die unbefriedigende Situation, dass selbst eine eigene Vorsorge für den Fall der Urteilsunfähigkeit nicht bestandessicher war und die Behörden nach eigenem Ermessen entschieden, ob sich im konkreten Fall trotz eigener Vorsorge die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen aufdrängte.

2. Rechtslage seit dem 1. Januar 2013

Bei der Totalrevision des Vormundschaftsrechtes standen unter anderem die Förderung des Selbstbestimmungsrechtes der einzelnen Person und die Stärkung der Solidarität in der Familie im Vordergrund.⁹

Zur Verwirklichung des zweitgenannten Ziels, der Stärkung der Familiensolidarität, hat der Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage geschaffen, damit Angehörige urteilsunfähiger Personen ohne grosse Umstände für diese handeln können.¹⁰ Neu steht einem Ehe- oder eingetragenen Partner das Recht zu, für seinen urteilsunfähigen Partner alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind (Art. 374 Abs. 2

² Yvo Biderbost, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010 309 ff., 310.

³ Die Praxis rechtfertigte solche Handlungen entweder mit einer (zu) extensiven Interpretation von Art. 166 ZGB bzw. Art. 15 PartG oder griff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zurück.

⁴ Zu den Möglichkeiten im Bankenverkehr vgl. Daniel Stoll, Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?, *successio* 2013 35 ff., 36 ff; vgl. auch Peter Max Gutzwiller, Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des «Vorsorgeauftrages» (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.6.2006), AJP 2007 556 ff., 559, der als Alternative zur Vollmacht eine Trustlösung vorschlägt.

⁵ Zu den diversen Lehrmeinungen vgl. Alexandra Rumo-Jungo, *BasKomm*, Basel 2012, N 1 zu Art. 360 ZGB.

⁶ Gemäss BGE 134 III 385 (bestätigt in BGE 5A_588/2008 E. 3.3) sind solche Vollmachten nur so lange gültig, als der Auftraggeber noch fähig ist, die Handlungen und Entscheidungen des Beauftragten zu kontrollieren.

⁷ Stoll (Fn. 4) 37, weist darauf hin, dass Banken eine Vollmacht regelmässig nicht mehr beachten, wenn Dritte dagegen intervenieren, indem sie (vorsorglich) gegen Verwaltungs- und Verfügungsgeschäfte des Bevollmächtigten Einspruch erheben, da eine solche Blockade für die Bank billiger sei als mit einer Schadenersatzforderung konfrontiert zu werden.

⁸ Vgl. Botschaft (Fn. 1) 7013.

⁹ Zu den Zielen der Gesetzesrevision vgl. Botschaft (Fn. 1) 7011 ff.

¹⁰ Vgl. Botschaft (Fn. 1) 7013.

Ziff. 1 ZGB), die ordentliche Verwaltung seines Einkommens und Vermögens zu übernehmen (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) sowie nötigenfalls seine Post zu öffnen und zu erledigen (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB),¹¹ sofern er mit der urteilunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet (Art. 374 Abs. 1 ZGB). Ausserdem sind diese sowie weitere, in Art. 378 ZGB konkret (und abschliessend) aufgezählte Personen berechtigt, medizinischen Massnahmen zuzustimmen oder diese zu verweigern (Art. 377 ZGB).

Die erwähnten gesetzlichen Vertretungsrechte gelten lediglich subsidiär zur eigenen Vorsorge und kommen nur zum Zug, sofern die betroffene Person für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit keine eigene Regelung getroffen hat (Art. 374 Abs. 1 ZGB).¹² Denn zur Verwirklichung des erstgenannten Ziels, der Förderung der Selbstbestimmung, stehen neu unter dem Begriff «eigene Vorsorge» zwei neue Rechtsinstitute zur Verfügung, der Vorsorge-

auftrag (Art. 360 ff. ZGB)¹³ und die Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB).

B. Der Vorsorgeauftrag

1. Überblick

a) Von der Errichtung bis zur Validierung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Eine handlungsfähige, d.h. urteilsfähige und volljährige Person kann mittels Vorsorgeauftrag eine natürliche (ebenfalls zwingend handlungsfähige) oder juristische Person beauftragen,¹⁴ im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personen- oder Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten (Art. 360 Abs. 1 ZGB).

Der Vorsorgeauftrag ist öffentlich zu beurkunden (Art. 361 Abs. 1 ZGB; im Gegensatz zum Erbvertrag ohne Mitwirkung von Zeugen) oder (analog des eigenhändigen Testaments) von Anfang bis Ende von Hand niederzuschreiben, zu datieren und zu unterzeichnen (Art. 361 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZGB). Die auftraggebende urteilsfähige Person kann den Vorsorgeauftrag jederzeit widerrufen. Der Widerruf hat in einer der Errichtungsformen (Art. 362 Abs. 1 ZGB) oder durch Vernichtung des Dokumentes zu erfolgen (Art. 362 Abs. 2 ZGB). Die Errichtung eines neuen Vorsorgeauftrages ohne ausdrückliche Aufhebung des früheren Vorsorgeauftrages ersetzt Letzteren nur, sofern Ersterer nicht zweifelsfrei eine Ergänzung darstellt (Art. 362 Abs. 3 ZGB).

Der Vorsorgeauftrag steht unter der aufschiebenden Bedingung der Urteilsunfähigkeit. Tritt die Urteilsunfähigkeit ein, prüft die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend «KESB»), ob der Vorsorgeauftrag gültig errichtet worden ist, ob die Urteilsunfähigkeit der betroffenen

Person eingetreten ist, ob die beauftragte Person für die ihr übertragenen Aufgaben geeignet ist und das Mandat annehmen will und ob weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes notwendig sind (Art. 363 Abs. 2 ZGB).¹⁵ Sind die vorerwähnten Voraussetzungen erfüllt, wird der Vorsorgeauftrag von der KESB für wirksam erklärt, d.h. validiert (Art. 363 Abs. 3 ZGB). Es ist umstritten, ob diese Validierungsverfügung der KESB konstitutiver oder deklaratorischer Natur ist. Unabhängig davon ist allerdings davon auszugehen, dass in der Praxis (abgesehen von Notfällen) regelmässig keine Handlungen der beauftragten Person lediglich gestützt auf den Vorsorgeauftrag ausgeführt werden, sondern die beauftragte Person sich jeweils mittels der vorerwähnten Validierungsverfügung oder einer separaten, von der KESB ausgestellten, Urkunde ausweisen muss.

b) Mandatsführung bis zur Beendigung des Auftrages

Der Inhalt des Mandates bestimmt sich nach den im Vorsorgeauftrag enthaltenen konkreten Anordnungen. Für die Mandatsführung selber sind die auftragsrechtlichen Bestimmungen massgebend (vgl. Art. 365 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 394 ff. OR).

Die Aufgabe der KESB beschränkt sich auf die blosser Ausstellung der Validierungsverfügung. Die beauftragte Person untersteht daher weder der Aufsicht der KESB noch hat sie irgendwelche Rechenschaftspflichten. Die KESB greift nur dann ein, wenn sie von der Gefährdung der Interessen der betroffenen Person oder von Interessenkollisionen erfährt (vgl. Art. 365 Abs. 3 ZGB).

Die beauftragte Person kann den Vorsorgeauftrag jederzeit mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist, bei

¹¹ Für weitergehende Rechtshandlungen ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde notwendig (Art. 374 Abs. 3 ZGB).

¹² Dem Subsidiaritätsprinzip folgend kommt es im Fall der Urteilsunfähigkeit überdies grundsätzlich nur zur Anordnung einer Beistandschaft, wenn kein Vorsorgeauftrag vorhanden ist und das gesetzliche Vertretungsrecht nicht greift (vgl. Art. 389 Abs. 1 ZGB).

¹³ Was aber nicht bedeutet, dass sich die Praxis nicht bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechtes dieses Rechtsinstitutes bedient hätte.

¹⁴ Zu den persönlichen Voraussetzungen der beteiligten Personen im Einzelnen vgl. *Rumojungo* (Fn. 5) N 20 ff. zu Art. 360 ZGB.

¹⁵ Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn einzelne Aufgaben vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst werden.

wichtigen Gründen auch fristlos, jeweils durch schriftliche Mitteilung an die KESB kündigen (Art. 367 ZGB). Sodann verliert der Vorsorgeauftrag von Gesetzes wegen seine Wirksamkeit, wenn die auftraggebende Person wieder urteilsfähig wird (Art. 369 Abs. 1 ZGB) oder verstirbt.

2. Planerische Überlegungen und Empfehlungen

a) Vorbemerkungen

Ein Vorsorgeauftrag muss mindestens die beauftragte Person bezeichnen und – zumindest generell – den Aufgabenbereich umschreiben, den diese Person zu übernehmen hat. Überdies muss aus dem Vorsorgeauftrag hervorgehen, dass er im Fall der Urteilsunfähigkeit wirksam werden soll.¹⁶ Man sollte sich allerdings nicht auf diesen Mindestinhalt beschränken, sondern zusätzliche Aspekte regeln. Die in der Praxis bestehenden Mustervorlagen zum Vorsorgeauftrag zeigen, welche weiteren Regelungsmöglichkeiten bestehen. Wie bei allen Mustervorlagen gilt es indessen, eine unreflektierte Übernahme solcher Vorlagen zu vermeiden, die Geeignetheit einer Vorlage im Einzelfall kritisch zu überprüfen und diese jeweils auf den konkreten Fall anzupassen bzw. masszuschneiden. Welche Überlegungen könnten nun bei dieser Massschneidung angestellt werden?

b) «Richtige» Wahl der beauftragten Person(en)

Aufgrund der fehlenden Aufsicht¹⁷ über die beauftragte Person lebt ein «guter» Vorsorgeauftrag letztlich von der richtigen Wahl dieser Person. Bei der Auswahl stehen zwar die fachliche und persönliche Geeignetheit der zu beauftragenden Person im Vordergrund. Ebenso wichtig ist aber, dass die beauftragte Person das Vertrauen

der auftraggebenden Person geniesst und jene auch objektiv betrachtet vertrauenswürdig ist.

Es ist ohne Weiteres zulässig, nicht nur eine, sondern mehrere natürliche oder juristische Personen gleichzeitig mit den Aufgaben zu betrauen. Denkbar wäre etwa die Aufteilung der einzelnen Aufgabenbereiche auf verschiedene Personen, indem die eine Person für die Personen-, die andere Person für die Vermögenssorge zuständig ist. Möglich ist auch die Einsetzung mehrerer Personen für dieselben Aufgabenbereiche. Damit lässt sich nicht nur eine Kumulation der Verantwortung bei einer einzigen Person und eine damit einhergehende Missbrauchsgefahr vermeiden, sondern es kann zugleich eine gewisse Kontrolle sichergestellt werden. Diesfalls sollte der Vorsorgeauftrag regeln, ob die Personen nur gemeinsam oder ob sie je einzeln handeln können (wobei auch eine Kombination möglich ist).¹⁸

Die Einsetzung mehrerer Personen, sei es für unterschiedliche, sei es für dieselben Aufgabenbereiche, ermöglicht auch eine Kombination von familieninterner und familienexterner Betreuung und Vertretung.

Schliesslich sei erwähnt, dass die Beauftragung höchstpersönlicher Natur ist. Sofern die beauftragte Person die Aufgaben an Drittpersonen delegieren darf, sollte dies im Vorsorgeauftrag explizit erwähnt werden.

In jedem Fall ist bzw. sind Ersatzperson(en) zu bezeichnen, sofern die beauftragte Person aus irgendeinem Grund den Auftrag nicht ausüben kann oder will oder von der KESB abgelehnt wird (Art. 360 Abs. 3 ZGB).

c) Entschädigung der beauftragten Person

Mit der Frage nach der «geeigneten» Person ist auch jene nach der Ent-

schädigung dieser Person verbunden. Die auftraggebende Person kann den Vorsorgeauftrag entgeltlich oder unentgeltlich ausgestalten. Sofern sie sich für die Unentgeltlichkeit des Vorsorgeauftrages entscheidet, sollte sie sich jedoch des Risikos bewusst sein, dass die beauftragte Person unter Umständen das Mandat nicht annimmt. Dasselbe Risiko besteht, wenn der Vorsorgeauftrag zwar entgeltlich ausgestaltet ist, der beauftragten Person die vorgesehene Entschädigung jedoch zu niedrig erscheint.¹⁹

Fehlt im Vorsorgeauftrag eine Regelung über die Entschädigung, entscheidet darüber die KESB. Sie legt eine Entschädigung fest, wenn dies mit Rücksicht auf den Umfang der Aufgaben als gerechtfertigt erscheint oder die Leistungen der beauftragten Person üblicherweise entgeltlich sind (Art. 366 Abs. 1 ZGB).²⁰ Bei der Festlegung der Höhe des Entgelts wird sie auf eigene Richtlinien abstellen oder sich an bestehenden Berufstarifen orientieren.²¹ Ist die im Vorsorgeauftrag eingesetzte Person «überqualifiziert», spricht zu teuer (z.B. ist die eingesetzte Rechtsanwältin auch für die

¹⁶ Vgl. *Rumo-Jungo* (Fn. 5) N 32 zu Art. 360 ZGB.

¹⁷ Vgl. vorstehend II./B./1b.

¹⁸ Vgl. *Rumo-Jungo* (Fn. 5) N 35 zu Art. 360 ZGB.

¹⁹ Gemäss *Rumo-Jungo* (Fn. 5) N 4 zu Art. 366 ZGB, ist eine Erhöhung des im Vorsorgeauftrag vorgesehenen Entgelts durch die KESB grundsätzlich nicht möglich, da der Wille der auftraggebenden Person zu beachten ist.

²⁰ Zur Üblichkeit der Entgeltlichkeit in der Praxis vgl. *Rumo-Jungo* (Fn. 5) N 3 zu Art. 366 ZGB, mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung.

²¹ Im Kanton ZH wird diese Entschädigung gestützt auf die VO über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften vom 3. Oktober 2012 (ESBV) erfolgen.

Erledigung von Alltagsaufgaben zuständig), wird die KESB im Regelfall auf jene Tarife abstellen, die für einen entsprechenden Aufgabenbereich geeignete Person gelten.²² Damit bleibt auch in diesen Fällen das Risiko bestehen, dass eine eingesetzte Person das Mandat nicht annehmen wird, weil sie mit der von der KESB festgesetzten Entschädigung nicht einverstanden ist.

Dies zeigt, dass eine an sich «geeignete» Person, die aus finanziellen Überlegungen das Mandat nicht annimmt, den gesamten Vorsorgeauftrag aushebeln kann und der KESB nichts anderes übrig bleibt, als eine Beistandschaft zu errichten. Dieses Risiko kann mit einer sorgfältigen Regelung der Entschädigungsfrage vermieden oder zumindest eingeschränkt werden.

d) Umfang des Vorsorgeauftrages

Das Gesetz unterscheidet zwischen der Personen-, der Vermögenssorge und der Vertretung im Rechtsverkehr. Die auftraggebende Person ist frei, in welchem Detaillierungsgrad die Aufgaben der beauftragten Person beschrieben werden. Der Vorsorgeauftrag muss die Aufgaben jedoch zumindest in genereller Weise wiedergeben. Es steht zudem im Belieben der auftraggebenden Person, ob der Vorsorgeauftrag eine umfassende Übertragung der Aufgaben vorsieht oder auf bestimmte Teilbereiche beschränkt ist. Im letzteren Fall hätte die

KESB für die von der Regelung ausgeschlossenen Aufgabenbereiche eine Beistandschaft zu errichten, sofern diese nicht vom gesetzlichen Vertretungsrecht gemäss Art. 374 ff. ZGB umfasst sind. Und schliesslich kann der Vorsorgeauftrag auch konkrete Weisungen enthalten (Art. 360 Abs. 2 ZGB). Es ist in diesem Zusammenhang beispielsweise zu überlegen, ob sich Anweisungen zur Anlagestrategie aufdrängen, zumal die Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft vom 4. Juli 2012 (VBW) für den Vorsorgeauftrag nicht gilt. Möglich wäre auch die Anweisung zur Aufnahme eines Inventars des Vermögens bei Mandatsantritt, was wiederum eine gewisse Kontrolle gewährleistet.

Bei der Formulierung der Aufgaben sollte jeweils die Möglichkeit allfälliger zukünftiger Veränderungen berücksichtigt werden. Die Anwendung des Vorsorgeauftrages sollte nämlich auch in zehn oder zwanzig Jahren noch möglich sein. Deshalb ist eine auftraggebende Person gut beraten, der beauftragten Person genügend Handlungsspielraum zu belassen, um auf Änderungen reagieren zu können, ohne dass der Beizug der KESB notwendig ist.

Sofern die auftraggebende Person neben dem Vorsorgeauftrag eine Patientenverfügung verfasst, sollte der Vorsorgeauftrag regeln, was bei allfälligen Widersprüchlichkeiten zwischen den beiden Dokumenten gelten soll.

e) Informationspolitik

Die beauftragte Person sollte frühzeitig, sinnvollerweise vor der Errichtung des Vorsorgeauftrages, über ihre Einsetzung orientiert und über die Vorstellungen und den Lebensplan der auftraggebenden Person aufgeklärt werden. Nur so kann letztlich sicher-

gestellt werden, dass der Vorsorgeauftrag auch im Sinn der auftraggebenden Person ausgeübt wird. Eine frühzeitige Orientierung ist aber auch aus einem anderen Grund nützlich. Sollte sich herausstellen, dass die vorgesehene Person eine dannzumalige Übernahme des Mandates ablehnt, könnte rechtzeitig nach einer anderen geeigneten Person gesucht werden.

Unter Umständen empfiehlt sich, den Vorsorgeauftrag vor der Errichtung auch mit Drittpersonen, beispielsweise den involvierten Banken, zu besprechen. Der Vorsorgeauftrag kann in diesem Zeitpunkt allenfalls noch den Wünschen dieser Geschäftspartner angepasst werden, womit sichergestellt werden kann, dass diese im dannzumaligen Zeitpunkt dem Vorsorgeauftrag auch Folge leisten werden.

f) Errichtung verschiedener Vorsorgeaufträge

Die Validierungsverfügung der KESB gibt entweder direkt den Inhalt des Vorsorgeauftrages wieder oder weist auf dieses Dokument. In jedem Fall aber nehmen dadurch Drittpersonen grundsätzlich jeweils Kenntnis vom gesamten Inhalt des Vorsorgeauftrages. Damit sieht ein Bankangestellter (auch) die Anweisungen mit Bezug auf ärztliche Massnahmen oder umgekehrt ein Arzt (auch) die Weisungen zur Vermögensanlage. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass die KESB von sich aus mehrere Validierungsverfügungen (oder Urkunden) mit Teilaspekten erlassen wird bzw. erlassen sollte, damit eine Drittperson nur von den sie betreffenden Aufgaben Kenntnis erhält.²³ Um sicherzustellen, dass auch tatsächlich verschiedene Verfügungen zu den einzelnen Teilbereichen erlassen werden, sollte die auftraggebende Per-

²² Ausnahmen sind denkbar, beispielsweise wenn die Familienangehörigen mit einer höheren Entschädigung einverstanden sind und das Vermögen der betroffenen Person eine entsprechende Entschädigung auch zulässt.

²³ Thomas Geiser, FamKomm Erwachsenen-schutz, Bern 2013, N 23 zu Art. 363 ZGB.

son selber die nötigen Massnahmen treffen. Es ist deshalb zu empfehlen, je gesonderte Vorsorgeaufträge für die einzelnen Teilbereiche zu errichten (wobei Widersprüche zwischen den einzelnen Vorsorgeaufträgen zu vermeiden sind²⁴).

g) Wirksamkeit

Der Vorsorgeauftrag steht unter der aufschiebenden Bedingung der Urteilsunfähigkeit. Die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages kann auch an weitere aufschiebende Bedingungen geknüpft werden (z.B. bis der Ehepartner die gesetzliche Vertretung nach Art. 374 ff. ZGB nicht mehr wahrnehmen kann).

h) Aufbewahrung

Die auftraggebende Person ist selber dafür verantwortlich, dass die KESB bei Eintritt ihrer Urteilsunfähigkeit vom Vorsorgeauftrag Kenntnis erhält. Der Vorsorgeauftrag sollte daher an einem sicheren, aber leicht auffindbaren Ort aufbewahrt werden. Im Kanton ZH besteht beispielsweise die Möglichkeit, den Vorsorgeauftrag bei der KESB am Wohnsitz zu hinterlegen.²⁵ Überdies können die Tatsache, dass ein Vorsorgeauftrag besteht, sowie der Hinterlegungsort beim Zivilstandsamt in die zentrale Datenbank «Infostar» eingetragen werden (Art. 361 Abs. 3 ZGB). Da sich die KESB bei Kenntnis der Urteilsunfähigkeit einer Person beim Zivilstandsamt nach dem Vorliegen eines Vorsorgeauftrages zu erkundigen hat (Art. 363 Abs. 1 ZGB), wird sie durch diese Registrierung in jedem Fall Kenntnis vom Bestehen des Vorsorgeauftrages erhalten.

i) Regelmässige Überprüfung der getroffenen Lösung

Was für die Nachlassregelung gilt, gilt umso mehr bei der eigenen Vorsorge: Eine regelmässig Überprüfung der ge-

troffenen Lösung ist Pflicht. Denn während die Anordnungen bei einer Nachlassregelung «nur mehr» die Erben betreffen, greifen die Anordnungen in einem Vorsorgeauftrag direkt und unmittelbar ins Leben der auftraggebenden Person ein und können durchaus jahrzehntelang²⁶ gelten.

In diesem Zusammenhang ist auf Folgendes hinzuweisen: Währenddem ein rechtskräftig geschiedener Ehepartner von Gesetzes wegen jegliche erbrechtlichen Ansprüche verliert, scheidet ein in einem Vorsorgeauftrag eingesetzter Ehepartner auch nach rechtskräftiger Ehescheidung nicht per se als beauftragte Person aus. Über die Frage, ob dieser für ein solches Mandat die geeignete Person ist, entscheidet die KESB nach eigenem Ermessen.

C. Patientenverfügung

1. Überblick

Eine urteilsfähige (im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag nicht notwendig volljährige) Person kann in einer Patientenverfügung im Voraus entweder festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie für den Fall fehlender Urteilsfähigkeit zustimmt bzw. welche sie ablehnt (Art. 370 Abs. 1 ZGB). Sie kann sich aber auch darauf beschränken, eine (im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag zwingend) natürliche (m.E. handlungsfähige²⁷) Person zu bezeichnen, die bei ihrer Urteilsunfähigkeit in ihrem Namen über die medizinischen Massnahmen entscheiden soll (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Es geht bei der Patientenverfügung ausschliesslich um medizinische Massnahmen, d.h. um Handlungen, die mit einem Eingriff in die körperliche und/oder psychische Integrität einer Person verbunden sind.²⁸

Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag genügt es bei der Patientenver-

fügung, wenn die verfügende Person ein nicht eigenhändig geschriebenes, beispielsweise ein maschinelles Dokument datiert und unterzeichnet (Art. 371 Abs. 1 ZGB). Überdies darf selbst eine formungültige Patientenverfügung nicht einfach unbeachtet bleiben, sondern ist bei der Evaluierung des mutmasslichen Willens einer urteilsunfähigen Person zu berücksichtigen.²⁹ Die Widerrufsmöglichkeiten sind mit jenen eines Vorsorgeauftrages identisch (Art. 371 Abs. 3 i.V.m. Art. 362 ZGB).³⁰

Die Wirksamkeit der Patientenverfügung ist wie beim Vorsorgeauftrag an die Bedingung des Eintritts der Urteilsunfähigkeit geknüpft (Art. 372 Abs. 1 ZGB). Im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag wird die Patientenverfügung jedoch nicht von der KESB validiert. Vielmehr hat die behandelnde Ärztin eine Patientenverfügung zu überprüfen und dieser zu entsprechen, ausser diese verstosse gegen gesetzliche Vorschriften, oder es bestünden begründete Zweifel, ob deren Inhalt noch dem Willen der urteilsunfähigen Person entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB).

Eine in einer Patientenverfügung eingesetzte Person hat ihr Mandat entsprechend den auftragsrechtlichen

²⁴ Vgl. auch *Rumo-Jungo* (Fn. 5) N 36 zu Art. 360 ZGB.

²⁵ § 75 EG KESR.

²⁶ Dies ist ein weiterer Grund, dass (eine) Ersatzperson(en) bezeichnet werden sollte(n).

²⁷ Zur Darstellung der einzelnen Lehrmeinungen vgl. *Andrea Büchler/Margot Michel*, FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013, N 26 zu Art. 370 ZGB.

²⁸ Zur prinzipiellen Widerrechtlichkeit dieser Handlungen und zu den Rechtfertigungsgründen vgl. *Büchler/Michel* (Fn. 27) N 18 zu Art. 370 ZGB.

²⁹ Vgl. Botschaft (Fn. 1) 7031.

³⁰ Vgl. vorstehend II./B./1a.

Regeln (Art. 394 ff. OR) auszuüben. Wie beim Vorsorgeauftrag untersteht sie keiner behördlichen Aufsicht und hat auch keine Rechenschaftspflicht. Die KESB greift auch bei der Patientenverfügung nur ein, wenn sie erfährt, dass die Interessen der betroffenen Person gefährdet oder nicht gewahrt sind, wenn einer Patientenverfügung nicht entsprochen wird oder diese nicht auf freiem Willen beruht (Art. 373 ZGB).

Der Gesetzgeber äussert sich im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag nicht zur Möglichkeit der beauftragten Person, das Mandat zu beenden. Die Lehre plädiert dafür, dass die beauftragte Person gestützt auf Art. 404 OR den Auftrag jederzeit mit sofortiger Wirkung beenden kann.³¹

2. Planerische Überlegungen und Empfehlungen

Wie beim Vorsorgeauftrag bestehen auch für die Patientenverfügung bereits unzählige Mustervorlagen. Auch bei der Patientenverfügung ist vor einer unbedachten Übernahme solcher Muster oder vorgedruckter Formulare zu warnen. Die diesbezügliche Gefahr ist bei den Patientenverfügungen noch grösser als bei einem Vorsorgeauftrag, zumal es für die gültige Errichtung reicht, solche Formulare einfach zu datieren und zu unterzeichnen.³²

Im Übrigen kann weitgehend auf die beim Vorsorgeauftrag angestellten Überlegungen verwiesen werden, weshalb nachfolgend nur mehr einzelne,

für die Patientenverfügung spezifische Aspekte herausgegriffen werden:

Wahl der geeigneten Person und deren Aufklärung: Die Verantwortung der in der Patientenverfügung beauftragten Person ist erheblich, hat sie doch unter Umständen Entscheidungen über Leben und Tod zu treffen. Deshalb ist m.E. das persönliche Gespräch mit dieser Person noch viel wichtiger als beim Vorsorgeauftrag.

Entschädigung: Wie beim Vorsorgeauftrag kann auch in der Patientenverfügung festgelegt werden, ob die beauftragte Person eine Entschädigung erhält. Fehlt eine solche Anordnung, kann die KESB im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag jedoch keine Entschädigung zusprechen.³³ Ist es der verfügenden Person ein Anliegen, dass die beauftragte Person ein Entgelt erhält, hat sie deshalb zwingend eine Regelung in der Patientenverfügung vorzusehen.

Umfang der Patientenverfügung: Wie ausgeführt, kann die verfügende Person in der Patientenverfügung entweder direkt bestimmen, welche medizinischen Massnahmen sie im Fall der Urteilsunfähigkeit wünscht oder ablehnt, oder sie kann diese Entscheidungen an eine Drittperson delegieren. Möglich ist auch eine Kombination dieser beiden Anordnungen. Zulässig und unter Umständen sinnvoll ist allenfalls die Bezeichnung weiterer Aspekte, die das Medizinalpersonal oder die eingesetzte Person bei der Ermittlung ihres dereinstigen mutmasslichen Willens berücksichtigen sollen. Schliesslich können in der Patientenverfügung auch andere Aspekte wie Organentnahmen, Fragen zur Autopsie oder der Verwendung des toten Körpers zu Forschungszwecken, aber auch Besuchsrechte oder -verbote oder Arten der seelsorgerischen Betreuung geregelt werden.

Beizug eines Vertrauensarztes bei der Errichtung der Patientenverfügung: Es empfiehlt sich aufgrund der fachspezifischen Thematik, Inhalt und allfällige Auswirkungen von medizinischen Massnahmen mit dem Vertrauensarzt zu besprechen, damit die verfügende Person in der Patientenverfügung die für sie richtigen Anordnungen treffen kann.

Aufbewahrung und regelmässige Überprüfung: Wie beim Vorsorgeauftrag hat die verfügende Person auch bei der Patientenverfügung selber dafür besorgt zu sein, dass ihre Patientenverfügung im entscheidenden Moment gefunden wird. Es ist daher zu empfehlen, eine Kopie der Patientenverfügung bei der Hausärztin und der beauftragten Person zu hinterlegen. Zudem kann die Existenz der Patientenverfügung auf der Versichertenkarte eingetragen werden. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, empfiehlt sich, die Versichertenkarte jeweils auf sich zu tragen.

III. Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB

A. Änderungen vom bisherigen zum neuen Recht

1. *Rechtslage im bisherigen Recht*
Eltern haben ihren Nachkommen mindestens ihren Pflichtteil zu unbelastetem Eigentum zukommen zu lassen (Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Ein Eingriff in ihren Pflichtteil ist anfecht- bzw. herabsetzbar (Art. 522 ff. ZGB). Urteilsunfähige Personen sind weder testier- noch erbvertragsfähig und können damit nicht über ihren Nachlass verfügen (Art. 467 ZGB f. ZGB). Ihr Vermögen vererbt sich zwingend nach gesetzlichem Erbrecht. Diese gesetzliche Ausgangslage führte bisher, wie das eingangs erwähnte *Beispiel 3*

³¹ Bächler/Michel (Fn. 27) N 25 zu Art. 370 ZGB; Sabine Wyss, Baskomm, Basel 2012, N 27 zu Art. 370 ZGB.

³² Vgl. vorstehend II./C./1.

³³ Bächler/Michel (Fn. 27) N 25 zu Art. 370 ZGB mit Hinweisen.

zeigt, häufig zum stossenden Resultat, dass Personen den Nachlass eines urteilsunfähigen Nachkommen (und damit auch das vormalige Vermögen seiner Eltern) erben bzw. erben sollten, die den Eltern nicht genehm sind. Um den Vermögensfluss in die (aus Sicht der Eltern) richtige Richtung zu lenken, haben die Eltern daher oftmals eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB oder die im Gesetz nicht geregelte, aber in der Praxis unbestrittene Nacherbeneinsetzung auf den Überrest gewählt. Der urteilsunfähige Nachkomme wurde als Vorerbe eingesetzt, das Vorerbschaftsvermögen ging bei dessen Tod auf eine den Eltern genehme Person als Nacherbin über (Art. 489 Abs. 1 ZGB).

Solche Regelungen waren – selbst wenn sie (auch) im Interesse des Nachkommen erfolgten – problematisch, weil nicht auszuschliessen war, dass der gesetzliche Vertreter des urteilsunfähigen Nachkommen (in der Regel der für diese Aufgabe eingesetzte Beistand) die pflichtteilsverletzende Anordnung anfocht (vgl. Art. 531 ZGB).

2. Rechtslage seit dem 1. Januar 2013

Der Gesetzgeber hat das in der Praxis bestehende Bedürfnis erkannt und in Art. 492a ZGB (in Anlehnung an das im deutschen Recht geregelte «Behindertentestament») die neue Verfügungsart der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest geschaffen.³⁴ Sie ermöglicht es einem Erblasser, einen dauernd³⁵ urteilsunfähigen Nachkommen (auch Enkel oder Urenkel) für seinen gesamten Erbteil lediglich als Vorerbe einzusetzen, mithin in dessen Pflichtteil einzugreifen, ohne dass diese Verfügung anfechtbar wäre

(Art. 531 letzter Satzteil ZGB), vorausgesetzt, der Nachkomme selber hinterlasse weder eigene Nachkommen noch einen Ehe- oder eingetragenen Partner³⁶ (Art. 492a Abs. 1 ZGB).³⁷ Als Nacherben kann der Erblasser jede beliebige natürliche oder juristische Person bezeichnen.

Das Gesetz schweigt zur Frage, was gilt, wenn der Nachkomme eine eigene Verfügung von Todes wegen errichtet hat. Diese Frage wird sich im eingangs erwähnten *Beispiel 3* (voraussichtlich) nicht stellen, allenfalls aber im *Beispiel 2*, sofern die seit dem Unfall urteilsunfähige Frau vor diesem Unglück ein Testament errichtet hat und darin von der gesetzlichen Erbfolge abgewichen ist. Art. 492a ZGB soll «nur» verhindern, dass beim Tod eines urteilsunfähigen Nachkommen die gesetzliche Erbfolge eintritt. Hat dieser aber als (noch) urteilsfähige Person über seine Nachfolge verfügt, muss diese Verfügung von Todes wegen Vorrang haben.³⁸ Daher sollte es den Eltern der Frau in *Beispiel 2* nicht möglich sein, mittels einer Anordnung nach Art. 492a ZGB das bestehende Testament ihrer urteilsunfähigen Tochter auszuhebeln und diese lediglich als Vorerbin einzusetzen. Damit ist m.E. eine Anordnung nach Art. 492a ZGB nur zulässig, sofern zusätzlich zu den im Gesetz erwähnten Voraussetzungen auch keine Verfügung von Todes wegen des Nachkommen vorliegt.

B. Planerische Überlegungen und Empfehlungen

1. Bezeichnung anderer pflichtteilsgeschützter Erben als die Nachkommen

Die pflichtteilsverletzende Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB ist nur gegenüber Nachkommen, nicht

aber gegenüber anderen pflichtteilsgeschützten Erben möglich. Sofern ein Erblasser mittels einer Nacherbeneinsetzung (auf den Überrest) in deren Pflichtteil eingreifen möchte, ist daher von einem Verweis auf Art. 492a ZGB abzuraten, und zwar aus folgender Überlegung: Art. 492a ZGB regelt in Abs. 2 nur die Rechtsfolge, sofern die Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit fehlt. Diesfalls fällt die Anordnung von Gesetzes wegen dahin, und es kommt zur gesetzlichen Erbfolge. Nicht geregelt ist hingegen, wie es sich mit der Anordnung verhält, wenn eine der übrigen Voraussetzungen

³⁴ Vgl. zu diesem neuen Rechtsinstitut *Paul Eitel/Alexandra Zeiter*, FamKomm Erwachsenenschutzrecht, Basel 2013, N 1 ff. zu Art. 492a/Art. 531 ZGB; *Roland Fankhauser/Brigitte Bieler*, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, *successio 2009* 162 ff.; *Denis Piotet*, La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte, *successio 2007* 240 ff.; *Suzette Sandoz*, Substitution fidéicommissaire (pour le surplus) et réserve héréditaire, *Mélanges en l'honneur de François Dessemondet*, Lausanne 2009, 444 ff.; *Alexandra Zeiter*, Neues Erwachsenenschutzrecht – Die neuen Bestimmungen im Erbrecht, *successio 2011* 254 ff.

³⁵ Der Begriff der Dauerhaftigkeit lässt viel Interpretationsspielraum offen. Aus meiner Sicht kann dauerhaft jedoch nur bedeuten, dass mit der Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit schlicht nicht gerechnet werden darf.

³⁶ Obwohl das Gesetz den eingetragenen Partner nicht nennt, gibt es keinen Grund, den Ehe- und den eingetragenen Partner unterschiedlich zu behandeln; vgl. *Zeiter* (Fn. 34) 264 mit Hinweisen.

³⁷ Nicht entscheidend ist, ob diese Personen urteilsfähig sind oder nicht. Vgl. auch *Zeiter* (Fn. 34) 264.

³⁸ Vgl. im Einzelnen *Zeiter* (Fn. 34) 265.

fehlt. M.E. ist eine pflichtteilsverletzende Nacherbeneinsetzung zu Lasten der übrigen pflichtteilsgeschützten Erben selbst mit einem Verweis auf Art. 492a ZGB als «gewöhnliche» (nicht im Gesetz geregelte, aber zulässige) Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu qualifizieren. Sie ist somit gemäss Art. 531 erster Satzteil ZGB «lediglich» herabsetzbar. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass ein Gericht eine solche Anordnung analog Art. 492a Abs. 2 ZGB als nichtig erklärt, mit der Konsequenz, dass es zur gesetzlichen Erbfolge kommt. Diese nicht beabsichtigte Folge sollte vermieden werden.

2. Rechtsfolgen einer ungültigen Anordnung nach Art. 492a ZGB

Das Gesetz lässt offen, zu welchem Zeitpunkt die vorerwähnten Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die pflichtteilsverletzende Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB gültig ist.

Sowohl der Wortlaut als auch die ratio legis der Bestimmung lassen einzig den Schluss zu, dass die Voraussetzungen im Zeitpunkt der Anordnung selber, d.h. bei der Errichtung der Verfügung von Todes wegen, beim Tod des Erblassers sowie beim Tod des als Vorerben eingesetzten Nachkommen erfüllt sein müssen.³⁹ Damit zeigt sich erst beim Tod des Nachkommen selber

und damit unter Umständen jahre- bzw. jahrzehntelang nach dem Tod des Erblassers, ob die Anordnung überhaupt gültig ist. Sofern es an einer Voraussetzung fehlt, fällt die Anordnung entweder von Gesetzes wegen dahin (Art. 492a Abs. 2 ZGB), und es kommt zur gesetzlichen Erbfolge, oder aber die Anordnung ist herabsetzbar (Art. 531 erster Satzteil ZGB).⁴⁰

Aufgrund dieser unter Umständen sehr lange andauernden Unsicherheit sollte der Erblasser Ersatzverfügungen anordnen (Art. 487 ZGB) für den Fall, dass eine der Voraussetzungen bei seinem eigenen Tod oder beim Tod des Vorerben nicht mehr erfüllt sein sollte.

3. Rechte und Pflichten des Vorerben bei einer gültigen Anordnung nach Art. 492a ZGB

Das Gesetz regelt nicht, welche Rechte und Pflichten des Vorerben mit einer gültig errichteten Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB verbunden sind. Auch den Materialien ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Da sich das Gesetz auch nicht bei der Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB zu diesen Fragen äussert, bleibt lediglich der Beizug der von Lehre und Rechtsprechung für die (nicht gesetzlich geregelte) gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest entwickelten allgemeinen Grundsätze. Dabei gilt es aber zu bedenken, dass bis heute lediglich zu Einzelfragen Gerichtsentscheide vorliegen und viele relevante Fragen noch immer umstritten sind. Dazu gehört zum Beispiel die Frage, ob der Vorerbe, der über eige-

nes Vermögen verfügt, sein eigenes und das Vorerbschaftsvermögen verhältnismässig zu verbrauchen hat oder ob er zuerst das eine und dann das andere Vermögen verbrauchen muss. Ebenso unklar ist, ob bzw. bis zu welchem Betrag der Vorerbe Schenkungen ausrichten darf.

Es ist deshalb zu empfehlen, bei einer Anordnung nach Art. 492a ZGB gleichzeitig die Rechte und Pflichten des Vorerben (faktisch des Beistandes) zu regeln, insbesondere mit Bezug auf vorstehende, praktisch durchaus relevante Fragen.

IV. Schluss

Es wird voraussichtlich Zeit brauchen, bis sich Behörden und Geschäftspartner an den Einsatz der neuen Institute, insbesondere des Vorsorgeauftrages, gewöhnt haben. Auch wird es den einen oder anderen klärenden Gerichtsentscheid zum auslegungsbedürftigen Institut der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB benötigen. Die drei dargestellten Rechtsinstitute widerspiegeln aber alle den Zeitgeist und «legalisieren» sozusagen auch die bisher gelebte Praxis. Es wurden daher nach meinem Dafürhalten die richtigen Ziele in den Vordergrund gestellt und auch verwirklicht.

Nun liegt es (auch) an den Beratern, die neuen Rechtsinstitute als mögliche Planungsinstrumente in den Klientengesprächen zu thematisieren und diese massgeschneidert auf den Einzelfall, auch einzusetzen.

³⁹ Vgl. dazu eingehend Zeiter (Fn. 34) 265.

⁴⁰ Im Einzelnen vgl. Zeiter (Fn. 34) 266.