

**Wahrnehmung der Sorgfaltspflicht einer Bank
im Rahmen der Compliance
bei Eintritt und Umsetzung eines Vorsorgeauftrages**

Abschlussarbeit im Rahmen des
CAS Paralegal II / 2018

an der
Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW Winterthur
School of Management and Law

bei Rechtsanwältin Michèle Forster

vorgelegt von:
Tatjana Steinberg
Matrikelnummer: S06534010

Abgabefrist: 4. Januar 2019

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	III
JUDIKATUR.....	V
MATERIALIEN	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	VI
1 EINLEITUNG	1
1.1 Ausgangslage und Problemanalyse	1
1.2 Zielsetzung und Themenabgrenzung	2
1.3 Rechtliche Grundlage, Entstehungsgeschichte und Definition des Vorsorgeauftrages	2
2 INVOLVIERUNG / ROLLE DER BANK UND DER ESB	5
2.1 Involvierung, Auftrag und Kompetenzen der ESB.....	5
2.2 Involvierung und Auftrag der Bank.....	7
3 VORGEHEN BEI EINTRITT DER URTEILSUNFÄHIGKEIT UND VALIDIERUNG DES VORSORGEAUFTRAGES.....	9
3.1 Eintritt der Urteilsunfähigkeit der Auftrag gebenden Person und Validierung des Vorsorgeauftrages	9
3.2 Wahrnehmung und Grundlagen der Sorgfaltspflicht im Rahmen der Compliance seitens der Bank	11
3.2.1 Checkliste für involvierte Bankmitarbeiter bei Eingang eines Vorsorgeauftrages	12
3.2.2 Mögliche Herausforderungen, auf die im Rahmen der Compliance geachtet werden soll	14
4 FAZIT.....	21
ANHANG: MUSTER EINES VORSORGEAUFTRAGES.....	22

Literaturverzeichnis

AFFOLTER-FRINGELI KURT, Erwachsenenschutzrecht: Behördliche Schutzmassnahmen und der Verkehr mit Banken, in: Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 167-216.

EMMENEGGER SUSAN, Erwachsenenschutzrecht und Meldepflicht der Bank (Art. 397a OR), in: Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 111-165.

FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutz, Zürich 2012.

FERBER MICHAEL, Die Tücken des Vorsorgeauftrages, in: Neue Zürcher Zeitung 22.12.2017, <https://www.nzz.ch/finanzen/die-tuecken-des-vorsorgeauftrags-Id.1342140>, besucht am: 02.01.2019.

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/ROSCH DANIEL, Elemente des Erwachsenenschutzes, in: Rosch Daniel/Fountoulakis Christiana/Heck Christoph (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 2. Aufl., Bern 2018, S. 494-520.

HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2016.

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Bern 2014.

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Erwachsenenschutzrecht in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017.

JUNGO ALEXANDRA, Kommentar zu Art. 360-369 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Zweiter Teil: Das Familienrecht, Dritte Abteilung: Der Erwachsenenschutz, Zehnter Titel: Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Erster Abschnitt: Die eigene Vorsorge, Erster Unterabschnitt: Der Vorsorgeauftrag, Art. 360-369 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018.

Kanton Obwalden, Vorsorgeaufträge,
http://www.ow.ch/de/verwaltung/dienstleistungen/welcome.php?dienst_id=4394,
besucht am 30.12.2018.

KESB Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kanton Zürich, Vorsorgeauftrag,
<https://www.kesb-zh.ch/vorsorgeauftrag>, besucht am: 30.12.2018.

MÜLLER THOMAS, Wann Banken die Kesb einschalten, in: Tages Anzeiger
26.04.2017, <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/sozial-und-sicher/wann-banken-die-kesb-einschalten/story/26115333>, besucht am: 02.01.2019.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Private Schutzmassnahme - Der Vorsorgeauftrag, in:
Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz,
Basel 2013, S. 217-245.

WOHLGEMUTH MARC, Vorsorgeauftrag, in: Fountoulakis Christiana/Affolter-Fringeli
Kurt/Biderbost Yvo/Steck Daniel, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutz-
recht, Zürich 2016.

ZONDLER GEORG/NÄF PATRICK, Die Banken und das Erwachsenenschutzrecht,
AJP/PJA 8/2013, S. 1232-1239.

Judikatur

BGE 140 III 49.

OGer AG, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, XKS.2012.3, Hinterlegung von Vorsorgeaufträgen und Patientenverfügungen gemäss § 23 EG ZGB, 1. Januar 2013 (Letzte Änderung: 28. Februar 2018),

https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/kreisschreiben/XKS20123_Hinterlegung_von_Vorsorgeauftraegen_und_Patientenverfuegungen_ge_maess__60a_EG_ZGB.pdf, besucht am: 30.12.2018.

Materialien

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Empfehlungen der SBVg und der KOKES zur Vermögensverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Basel 2013.

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16), SBVg 2016.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aargau
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz) vom 8. November 1934 (Stand 1. Januar 2016)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CCQ	Code civile québécois
CRM	Client Relationship Management
d.h.	das heisst
EG	Einführungsgesetz
ESB	Erwachsenenschutzbehörde
f./ff.	folgende/fortfolgende
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
inkl.	inklusive
KESB	Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde
KOKES	Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz
Kt.	Kanton
NB	notabene
o.ä.	oder ähnlich
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 (Stand am 1. April 2017) betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
OW	Obwalden
PJA	Pratique Juridique Actuelle
resp.	respektive

Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
VSB 16	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
z.B.	zum Beispiel
Zf.	Ziffer
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
z.H.	zu Handen

1 Einleitung

Im Zusammenhang der steigenden Lebenserwartung und des dadurch ebenfalls steigenden Risikos der Altersdemenz wuchs in unserer Gesellschaft das Bedürfnis, für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit Vorkehrungen treffen und dadurch selber entscheiden zu können, welche Person(en) sich um die eigenen Angelegenheiten kümmern soll(en), wenn man selbst nicht mehr dazu in der Lage ist.¹ Ein Schwerpunkt des neuen Erwachsenenschutzrechts ist die Förderung der Selbstbestimmung im Sinne einer Priorisierung der selbständigen Entscheidungsautonomie vor dem Einsatz behördlicher Massnahmen.² „Der Vorsorgeauftrag war bis anhin gesetzlich nicht vorgesehen“³ und ist somit Ergebnis und Teil der Weiterentwicklung des Erwachsenenschutzrechtes. Das Ziel ist dabei immer „die *Ausgleichung gewisser Schwächezustände* von natürlichen Personen mittels [...] Massnahmen“⁴. Nebst der Patientenverfügung ist somit auch der Vorsorgeauftrag eine Möglichkeit und ein Mittel im Bereich der nicht behördlichen Massnahmen.

1.1 Ausgangslage und Problemanalyse

Der Vorsorgeauftrag als Massnahme des Erwachsenenschutzes ist noch relativ neu: Die dritte Abteilung des ZGB trat erst am 1. Januar 2013 in Kraft. Der erste Abschnitt regelt die eigene Vorsorge, dabei behandelt der erste Unterabschnitt den Vorsorgeauftrag von Art. 360 bis Art. 369 ZGB. Durch diese Neuartigkeit entstanden und bestehen bei Banken immer noch einige offene Fragen und Unsicherheiten betreffend des Umgangs mit dem Vorsorgeauftrag im Hinblick auf ein allfälliges rechtliches Haftungsrisiko, da man noch nicht auf einen breit gesammelten Erfahrungsschatz bzw. jahrelang bewährte „best practice“ zurückblicken kann. Auch Bundesgerichtsentscheide gibt es noch fast keine dazu. Dadurch bleiben die Unsicherheiten infolge fehlender Erfahrungen und derzeit noch fehlender oberster Rechtsprechung momentan weiterhin bestehen.

¹ JUNGO, BSK, Rz. 1 zu Art. 360 ZGB.

² HÄFELI, S. 41, Rz. 07.01.

³ HRUBESCH-MILLAUER, S. 25.

⁴ HRUBESCH-MILLAUER, S. 1.

1.2 Zielsetzung und Themenabgrenzung

In dieser Abschlussarbeit wird das Thema des Vorsorgeauftrages nach Art. 360 bis Art. 369 ZGB zunächst inhaltlich dargestellt und dann aus Sicht einer Bank beleuchtet. Dabei fokussiert sich diese Arbeit geographisch auf die Schweiz und die Schweizer Gesetzgebung und das Thema wird aus dem Blickwinkel einer Schweizer Bank beschrieben. Der Fokus des Inhaltes umfasst ausschliesslich den Vorsorgeauftrag, auch wenn im Rahmen des Erwachsenenschutzes weitere Möglichkeiten (behördliche Massnahmen) zur Verfügung stehen. Es kann dabei nur am Rande auf das Thema der kantonalen Unterschiede eingegangen werden, da dies sonst den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Diese Arbeit über den Vorsorgeauftrag grenzt sich deutlich von der Thematik der einfachen Vollmacht, der Patientenverfügung, des Testaments mit Einsetzung eines Willensvollstreckers und anderen Aufträgen ab.

Im Rahmen dieser Arbeit soll eine Checkliste entstehen, welche die entsprechenden Punkte benennt, die für eine Bank im Umgang mit dem Vorsorgeauftrag relevant sind. Im heutigen Umfeld der Finanzbranche bestehen zahlreiche und immer unübersichtlicher werdende Mengen an Vorschriften und Regulationen im Bereich Compliance. An dieser Stelle soll mit dieser Arbeit eine Hilfestellung und damit ein Beitrag für mehr Sicherheit im Umgang mit dem Vorsorgeauftrag geboten werden.

1.3 Rechtliche Grundlage, Entstehungsgeschichte und Definition des Vorsorgeauftrages

Der Vorsorgeauftrag ist im Schweizerischen Zivilgesetzbuch ZGB in den **Artikeln 360 bis 369** geregelt, welche seit dem 1.1.2013 in Kraft getreten sind.

Gem. Art. 360 Abs. 1 ZGB kann der Vorsorgeauftrag drei Bereiche umfassen:

1. Die Übernahme der Personensorge
2. Die Übernahme der Vermögenssorge
3. Die Vertretung im Rechtsverkehr

Dabei können diese Aufgaben einzeln oder kumuliert an eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen übertragen werden; bei einer vollständigen Übertragung aller drei Bereiche, entspricht der Vorsorgeauftrag dem Umfang einer umfassenden Beistandschaft.⁵

⁵ WOHLGEMUTH, S. 52f., Rz. 4.9, Rz. 4.12.

Grundsätzlich sollten in jedem der drei Bereiche die Vorgaben möglichst genau umschrieben werden.

Historisch entstand der Vorsorgeauftrag nach der Jahrtausendwende auf der Grundlage und aus dem Bedürfnis heraus, die Selbstbestimmung einer Person über den Zeitpunkt eines allfälligen Verlustes der eigenen Urteilsfähigkeit zu wahren, d.h. bereits im Vorfeld eine Fremdbestimmung so selbstbestimmt wie möglich zu gestalten und damit verbunden die Umsetzung des eigenen Willens in einem bestimmten Rahmen zu ermöglichen.⁶ Ursprünglich sah der Vorentwurf 2003 zwei Formen des Vorsorgeauftrages vor, den Vorsorgeauftrag im Allgemeinen und den Vorsorgeauftrag in medizinischen Belangen, doch dieses Konzept wurde alsbald durch die heute bekannten Formen, der Unterscheidung zwischen Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, ersetzt.⁷ Des Weiteren stellt der Vorsorgeauftrag keine Neuerfindung dar, sondern es gab dafür ausländische Vorbilder, an die er sich in der Ausgestaltung anlehnen konnte, beispielsweise in Deutschland⁸ oder Österreich⁹. Der Code civile québécois (CCQ) stellt bereits seit dem Jahr 1990 das Recht sicher, im Fall der Urteilsunfähigkeit einer oder mehreren Personen die Personen- und / oder die Vermögenssorge im Fall der Urteilsunfähigkeit zu übertragen (Art. 2166 CCQ).¹⁰

Das Erwachsenenschutzrecht, welches in der dritten Abteilung im ZGB geregelt ist, unterscheidet grundsätzlich zwei Arten von Massnahmen¹¹:

1. Die **nicht behördlichen** Massnahmen, bestehend einerseits aus der eigenen Vorsorge sowie aus den gesetzlichen Massnahmen im zehnten Titel.
2. Die **behördlichen** Massnahmen im elften Titel.

Der Vorsorgeauftrag gehört in den Bereich des **nicht behördlichen** Erwachsenenschutzes und wird somit prioritär den behördlich angeordneten Massnahmen vorangestellt. Nebst der Tatsache, dass der Vorsorgeauftrag vor den behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzrechtes Vorrang hat, kann er als

⁶ HÄFELI, S. 42, Rz. 08.01.

⁷ HÄFELI, S. 42f., Rz. 08.02.

⁸ HÄFELI, S. 43, Rz. 08.03.

⁹ JUNGO, BSK, Rz. 2 zu Art. 360 ZGB.

¹⁰ JUNGO, BSK, Rz. 2 zu Art. 360 ZGB.

¹¹ JUNGO, BSK, Rz. 8 zu Art. 360 ZGB.

ein privatrechtliches Instrument und einen durch Formvorschriften geregelten Auftrag im Sinne des Obligationenrechts verstanden werden.¹²

Bei der **Errichtung** des Vorsorgeauftrages handelt es sich rechtsnatürlich um ein gem. Art. 362 Abs. 1 ZGB jederzeit widerrufbares, suspensiv bedingtes, **einseitiges** Rechtsgeschäft unter Lebenden. Gleichzeitig beinhaltet der errichtete Vorsorgeauftrag eine einseitige, noch nicht annahmebedürftige Bevollmächtigung.¹³

Beim **Vollzug** des Vorsorgeauftrages handelt es sich rechtsnatürlich um ein gem. Art. 363 Abs. 3 ZGB annahmebedürftiges und **zweiseitiges** Verpflichtungsgeschäft, d.h. um einen Auftrag, für den nebst dessen Bestimmungen auch die Bestimmungen des Stellvertretungsrechts zur Anwendung gelangen, solange Art. 360 ff. ZGB nichts anderes regeln bzw. es dem Charakter des Vorsorgeauftrages nicht widerspricht.¹⁴

Bei der Errichtung eines gültigen Vorsorgeauftrages ist relevant, dass die Auftrag gebende Person im Zeitpunkt der Errichtung handlungsfähig, volljährig und urteilsfähig ist – fehlt auch nur eine dieser Voraussetzungen, so kann ein Vorsorgeauftrag nicht gültig erstellt werden.¹⁵ Die Urteilsfähigkeit wird im Idealfall durch einen Notar bestätigt.

Mit dem Vorsorgeauftrag kann die Auftrag gebende Person gleich in dreifacher Hinsicht selbstbestimmt entscheiden: Erstens bestimmt sie die Person, die für sie handeln soll, zweitens beschreibt sie die Tätigkeitsfelder des Beauftragten abgrenzend, und drittens kann sie für den Beauftragten konkrete Handlungs- und Entscheidungsrichtlinien aufstellen.¹⁶

Der Vorsorgeauftrag hat eine bedingte Rechtsnatur und entfaltet seine Wirkung nur, wenn die Urteilsunfähigkeit der Auftrag gebenden Person eintritt und kann jederzeit, jedoch nur bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit widerrufen werden.¹⁷

¹² HRUBESCH-MILLAUER, S. 26.

¹³ FASSBIND, S. 169.

¹⁴ FASSBIND, S. 169.

¹⁵ JUNGO, BSK, Rz. 20 zu Art. 360 ZGB.

¹⁶ JUNGO, BSK, Rz. 9 zu Art. 360 ZGB.

¹⁷ JUNGO, BSK, Rz. 10 zu Art. 360 ZGB.

Der Widerruf kann durch eine handschriftliche Erklärung, durch Vernichtung der Originalurkunde oder durch Errichtung eines neuen Vorsorgeauftrages erfolgen.¹⁸

2 Involvierung / Rolle der Bank und der ESB

Eine natürliche Person kann durch die Anfertigung eines Vorsorgeauftrages eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, z.B. eine Bank, dazu bevollmächtigen, im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit die Sorge für ihre Person, für ihr Vermögen oder für den Rechtsverkehr zu übernehmen.¹⁹ Der Vorsorgeauftrag geht immer einer behördlichen Massnahme vor, wie es auch vom Bundesgericht eindeutig festgehalten worden ist.²⁰ Gem. Art. 361 Abs. 1 stehen für die Errichtung des Vorsorgeauftrages zwei Möglichkeiten zur Auswahl: die eigenhändige Ausfertigung oder die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrages.²¹ Dabei sind einige Formvorschriften – denjenigen der Testamenterrichtung ähnlich – zu beachten, da die Auswirkungen eines solchen Vorsorgeauftrages bedeutend und weitgehend sind und der Bedeutung eines Testaments fast gleichgestellt werden können.²² Durch die Vorgabe solcher Formvorschriften können allfällige Risiken im Vornherein bis zu einem gewissen Masse eingeschränkt, wenngleich auch nicht vollständig ausgeschlossen werden. Nichteinhaltung der Formvorschriften führt zur Nichtigkeit, sprich Ungültigkeit, des Vorsorgeauftrages.²³

2.1 Involvierung, Auftrag und Kompetenzen der ESB

Im Rahmen der Erstellung eines Vorsorgeauftrages hat die Auftrag gebende Person dafür zu sorgen, dass die Erwachsenenschutzbehörde (ESB) bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit Kenntnis vom Vorsorgeauftrag erhält.²⁴ In diesem Zusammenhang besteht die Möglichkeit, beim Zivilstandesamt der Wohngemeinde der Auftrag gebenden Person gegen eine Gebühr die Information der Existenz eines Vorsorgeauftrages und dessen Hinterlegungsort eintragen zu lassen – diese

¹⁸ WOHLGEMUTH, S. 66f., Rz. 4.59ff.

¹⁹ HÄFELI, S. 43, Rz. 08.04.

²⁰ BGE 140 III 49 S. 53.

²¹ HÄFELI, S. 47, Rz. 08.12.

²² HÄFELI, S. 47, Rz. 08.12.

²³ WOHLGEMUTH, S. 64, Rz. 4.49.

²⁴ HÄFELI, S. 48, Rz. 08.15.

Eintragung ist jedoch fakultativ und kein Formerfordernis.²⁵ Dabei muss das Dokument selber nicht hinterlegt und der Inhalt des Vorsorgeauftrages dem Zivilstandesamt nicht mitgeteilt werden, was einerseits die Privatsphäre schützt, andererseits dadurch aber auch kein Gültigkeitsanspruch des Vorsorgeauftrages abgeleitet werden kann, da er von dieser Stelle nicht geprüft wird.²⁶

In gewissen Kantonen besteht die Möglichkeit, den Vorsorgeauftrag bei der ESB (z.B. Kt. ZH²⁷ und Kt. OW²⁸) oder dem Familiengericht (z.B. Kt. AG²⁹) zu hinterlegen, was der Hinterlegung beim Zivilstandesamt vorzuziehen wäre, da im Falle des Eintritts der Urteilsunfähigkeit eine Validierung (d.h. Inkraftsetzung) schneller gewährleistet werden kann.³⁰

Die Involvierung der ESB beginnt somit in gewissen Kantonen bereits bei der Errichtung des Vorsorgeauftrages, indem der Auftrag bei der ESB-Stelle hinterlegt wird.

In einem zweiten Schritt wird die ESB involviert, sobald sie von der Urteilsunfähigkeit einer Person und der (allfälligen) Existenz sowie des Hinterlegungsortes eines Vorsorgeauftrages erfährt und durch die Kenntnisnahme dieser Tatsachen aktiv wird.³¹ Es gehört grundsätzlich zur allgemeinen Sorgfaltspflicht der ESB, bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit einer Person, sowohl beim zuständigen Zivilstandesamt wie auch bei nahestehenden Personen betreffend der Existenz eines Vorsorgeauftrages nachzufragen; und wer im Besitz eines solchen Dokumentes ist, hat dieses der ESB herauszugeben.³²

Falls durch mangelnde Kenntnisnahme der Existenz eines Vorsorgeauftrages bereits behördliche Massnahmen ergriffen worden sind und erst im Nachhinein ein Vorsorgeauftrag zum Vorschein kommt, ist dieser im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB den behördlichen Massnahmen

²⁵ HÄFELI, S. 49, Rz. 08.16.

²⁶ HÄFELI, S. 49, Rz. 08.16.

²⁷ KESB im Kanton Zürich („Form“).

²⁸ Kanton Obwalden („Vorsorgeaufträge“).

²⁹ OGer AG, S. 1.

³⁰ HÄFELI, S. 49, Rz. 08.16.

³¹ HÄFELI, S. 50, Rz. 08.18.

³² HÄFELI, S. 50, Rz. 08.18 - 08.19.

vorzuziehen, indem die Beistandschaft aufgehoben und der Vorsorgebeauftragte eingesetzt wird.³³

Die ESB prüft die Gültigkeit der Wirksamkeit und der Voraussetzungen des Vorsorgeauftrages (die sogenannte „Validierung“), ordnet die Einsetzung des Beauftragten an (der diesen Auftrag auch ablehnen darf, dabei wird eine Bedenkfrist von 14 Tagen als geeignet erachtet³⁴), und sorgt für die angemessene Entschädigung der beauftragten Person.³⁵

Ebenfalls überwacht sie das Ende des Mandats, das in den folgenden Fällen eintritt³⁶:

1. Kündigung durch den Vorsorgebeauftragten (jederzeit mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist, aus wichtigen Gründen auch fristlos möglich), gem. Art. 367 ZGB
2. Tod des Auftraggebers (an dessen Stelle treten die Erben)
3. Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit der Auftrag gebenden Person gem. Art. 369 ZGB
4. Partieller oder vollständiger Vollmachtentzug durch die ESB gem. Art. 368 Abs. 2 ZGB

Dadurch kommt der ESB der Auftrag zu, die Einhaltung und Umsetzung des zu Zeiten der Urteilsfähigkeit geäußerten Willens einer Person zu gewährleisten. Dadurch wird die Selbstbestimmung über den Zeitraum des Eintritts der Urteilsunfähigkeit bis zu dessen Ende hin geschützt.

2.2 Involvierung und Auftrag der Bank

Der Vorsorgeauftrag betrifft in Bezug auf die Bank insbesondere die Vermögensverwaltung („Vermögenssorge“ nach Art. 360 Abs. 1 ZGB) der Auftrag gebenden Person im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit durch eine von ihr bestimmten natürlichen oder juristischen Person. In diesem Bereich treten unweigerlich Berührungspunkte mit derjenigen Bank bzw. denjenigen Banken auf, bei der / denen die entsprechenden Vermögenswerte der Auftrag gebenden Person hinterlegt sind.

³³ HÄFELI, S. 50, Rz. 08.18a.

³⁴ WOHLGEMUTH, S. 71, Rz. 4.81.

³⁵ HÄFELI, S. 51ff., Rz. 08.20, Rz. 08.24, Rz. 08.34.

³⁶ HÄFELI, S. 58, Rz. 08.42, FONTOULAKIS/ROSCH Rz. 1154 auf S. 499.

Die Bank hat in erster Instanz die durch den Vorsorgeauftrag entstandene Vollmacht umzusetzen und prozessintern die entsprechenden Befugnisse sicherzustellen.

Der Bank kommt zudem in zweiter Instanz im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit, basierend auf der VSB 16 und Art. 305ter StGB, generell der Auftrag der Wahrung der Sorgfaltspflicht betreffend wirtschaftlicher Berechtigung und Geldwäscherei zu. Die Sorgfaltspflicht der Banken ist jedoch nicht auf das Thema der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung begrenzt, sondern gilt darüber hinaus im Sinne eines „Code of Conduct“, um jederzeit eine ethisch einwandfreie Geschäftsführung sicherstellen zu können. Somit ist der Gedanke der Sorgfaltspflicht auf alle Bereiche der Geschäftstätigkeit einer Bank anzuwenden und gilt damit ebenfalls in Bezug auf den Vorsorgeauftrag. Sollte die Bank einen begründeten Verdacht hegen, dass im Rahmen einer Bevollmächtigung eines Vorsorgeauftrages Rechte und Interessen der Auftrag gebenden Person verletzt werden, muss sie dies aufgrund der Meldepflicht, die in Art. 397a OR begründet ist, der ESB melden. Grundsätzlich ist jeder meldeberechtigt³⁷, aber die für die Banken relevante Meldepflicht nach Art. 397a OR verlangt sogar zwingend eine Mitteilung an die ESB (siehe dazu auch Kapitel 3.2). Die damit verbundene Intervention der ESB ist in solchen Fällen gerechtfertigt, um die Interessen der urteilsunfähigen Person zu wahren.³⁸ Zudem erteilt die Meldepflicht der Bank, die sich in solchen Situationen oft in der „Zwickmühle“ befindet, eine eindeutige Vorschrift; denn die Bank ist oft im Spannungsfeld zwischen der Wahrung des Bankgeheimnisses und der Pflicht, bei Verdachtsmomenten einschreiten zu müssen, um die Sorgfaltspflicht und damit verbunden die ethischen Grundsätze, zu denen eine Bank sich bekennt, einhalten zu können.

Die Bank hat intern grundsätzlich sicherzustellen, dass der Beauftragte, der den auftragsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflichten unterliegt, im Rahmen der Personen- und/oder Vermögenssorge seine Aufgaben wahrnehmen kann, u.a. die folgenden³⁹:

- Sorgfältige Wahrnehmung der Interessen der urteilsunfähig gewordenen Auftrag gebenden Person, Besorgung der Geschäfte im Rahmen des Auftrages

³⁷ HÄFELI, S. 56, Rz. 08.36.

³⁸ HÄFELI, S. 56, Rz. 08.36.

³⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.28 auf S. 41.

(z.B. Vermögensverwaltung, Verlängerung der Hypothek etc.), Verschwiegenheitspflicht.

- Entgegennahme von Mitteilungen, Informationen, Öffnen der Post (Erstellen einer Versandadresse z.H. des Beauftragten).
- rechtsgeschäftliche Vertretung der Auftrag gebenden Person im definierten Umfang.
- sorgfältige Dokumentation der ausgeführten Geschäfte und erfüllten Aufgaben, damit jederzeit Bericht und Rechenschaft an die ESB erteilt werden kann (genaues Führen der Kontakteinträge, Archivierung der Korrespondenzen etc.).

3 Vorgehen bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit und Validierung des Vorsorgeauftrages

Das Vorgehen bei Eintritt des Vorsorgeauftrages ist grundsätzlich gesetzlich geregelt (siehe dazu Kapitel 1.3) und wird durch die ESB sichergestellt. Der Bank kommen ab diesem Zeitpunkt hauptsächlich Aufgaben im Bereich der Gewährleistung der korrekten Umsetzung dieser Vorgaben zu, d.h. bei der Errichtung der nötigen Vollmacht(en) und der Sicherstellung der Sorgfaltspflicht.

3.1 Eintritt der Urteilsunfähigkeit der Auftrag gebenden Person und Validierung des Vorsorgeauftrages

Bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit der Auftrag gebenden Person sorgt die ESB für die Prüfung und Validierung des Vorsorgeauftrages (siehe dazu auch Kapitel 2.1). Folgende Auflistung soll den Ablauf seitens der ESB auf übersichtliche Weise darstellen:

Chronologische Abfolge der Aufgaben der ESB:

- **Feststellung der Urteilsunfähigkeit einer Person.** Die zugrundeliegende Meldung erfolgt in der Regel durch die Angehörigen, eine Person im medizinischen Bereich oder durch eine Amtsstelle. Diese Meldung kann aber durch jede beliebige Person erfolgen.⁴⁰

⁴⁰ WOHLGEMUTH, S. 68, Rz. 4.66.

- **Prüfung der Existenz eines Vorsorgeauftrages** durch Erkundigungen beim Zivilstandesamt, bei nahestehenden Personen und bei Bedarf durch weitere Nachforschungen.⁴¹
- Bei Vorliegen eines Vorsorgeauftrages folgt die **Prüfung der Formgültigkeit** des Vorsorgeauftrages.⁴²
- Bei positivem Ergebnis folgt bei einer natürlichen Person die **Prüfung der Eignung der beauftragten Person** in Bezug auf persönliche und fachliche Kompetenzen, zureichenden Leumund durch Prüfung des Betriebsregister- und Strafregisterauszuges, Prüfung der Handlungsfähigkeit etc.⁴³
- Bei einer juristischen Person wird die **Eignung der natürlichen Person geprüft**, welche für die juristische Person letztendlich die Aufgaben des Vorsorgeauftrages wahrnehmen wird.⁴⁴
- Bei Eignung der beauftragten Person wird diese **über den Vorsorgeauftrag orientiert und aufgefordert**, das Mandat innerhalb einer bestimmten Frist anzunehmen.⁴⁵
- Bei ausdrücklicher Annahme durch die beauftragte Person (auch eine partielle Annahme ist möglich) erfolgt die **Validierung des Vorsorgeauftrages** durch die ESB.⁴⁶ Bei Unklarheiten über den Inhalt kann die ESB den Vorsorgeauftrag in bestimmten Punkten auslegen und ergänzen.⁴⁷
- Nach der Validierung besteht jederzeit die **Möglichkeit des Einschreitens durch die ESB**, wenn die Interessen der Auftrag gebenden Person gefährdet sind oder eine Verletzung der Pflichten der beauftragten Person vorliegt.⁴⁸
- Das **Erlöschen des validierten Vorsorgeauftrages** erfolgt in vier Fällen⁴⁹:
 - Kündigung durch die beauftragte Person
 - Tod der Auftrag gebenden Person
 - Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit der Auftrag gebenden Person
 - Einschreiten und Entzug des Mandates durch die ESB

⁴¹ WOHLGEMUTH, S. 68, Rz. 4.68.

⁴² WOHLGEMUTH, S. 69, Rz. 4.71.

⁴³ WOHLGEMUTH, S. 69f., Rz. 4.73, Rz. 4.74.

⁴⁴ WOHLGEMUTH, S. 70, Rz. 4.75.

⁴⁵ WOHLGEMUTH, S. 70f., Rz. 4.78, Rz. 4.81.

⁴⁶ WOHLGEMUTH, S. 71f., Rz. 4.81f.

⁴⁷ WOHLGEMUTH, S. 73, Rz. 4.87.

⁴⁸ WOHLGEMUTH, S. 75, Rz. 4.95.

⁴⁹ WOHLGEMUTH, S. 77, Rz. 4.104.

3.2 Wahrnehmung und Grundlagen der Sorgfaltspflicht im Rahmen der Compliance seitens der Bank

Die Sorgfaltspflichten einer Bank können im Rahmen des Vorsorgeauftrages in zwei Kategorien eingeteilt werden⁵⁰:

- Die **bankgeschäftlichen Sorgfaltspflichten**: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Bank differenziert am Kunden resp. am Vorsorgebeauftragten.
- Die **vorsorgeauftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten**: Das Zugestehen nur jener Rechte, die durch die Legitimationsurkunde an den Vorsorgebeauftragten erteilt worden sind.

Bei der Validierung eines Vorsorgeauftrages wird bei der Bank, bei der sich die Vermögenswerte der Auftrag gebenden Person befinden, eine Vollmacht für den durch den Vorsorgeauftrag eingesetzten Beauftragten erstellt. Für die involvierte Bank und deren Mitarbeiter ist es von grossem Nutzen, ein grundsätzliches Verständnis für das für viele immer noch neuartige Konzept des Vorsorgeauftrages zu entwickeln und zu wissen, worauf sie im Falle einer Validierung durch die ESB achten müssen. Dabei besteht der Wunsch nach einer Checkliste, die bei Eintritt eines validierten Vorsorgeauftrages von den Bankmitarbeitern zu Rate gezogen werden kann.

In diesem Kapitel folgen:

- Eine **Checkliste** für den korrekten Umgang mit einem validierten Vorsorgeauftrag für die involvierten Bankmitarbeiter (beschrieben aus der Sicht einer Raiffeisenbank in der Schweiz).
- Eine **Liste der möglichen Herausforderungen**, die sich im Zusammenhang mit der Erstellung und Bearbeitung eines Vorsorgeauftrages ergeben könnten.

⁵⁰ RUMO-JUNGO, S. 240.

3.2.1 Checkliste für involvierte Bankmitarbeiter bei Eingang eines Vorsorgeauftrages

1. Eingang eines Vorsorgeauftrages per Post:

Prüfung der Gültigkeit gemäss den nachfolgend aufgeführten Punkten:

a) Vorsorgeauftrag ist **validiert** durch die ESB und ein **Legitimationsausweis**⁵¹ liegt bei: Weiter bei Punkt 2.

b) Vorsorgeauftrag ist **nicht validiert**: Rückfrage beim Absender nach den Beweggründen der Zustellung (Intention der Hinterlegung bei der Bank? Vorab-Information betreffend Validierungs-Prozess bei der ESB?).

c) Ergänzende Gedanken:

- Bei Rückfragen immer das Bankgeheimnis einhalten, d.h. (noch) keine Informationen über den Kunden und seine Vermögenswerte herausgeben, sondern sich nur auf den Inhalt des Schreibens beziehen.
- Ein Posteingang eines validierten Vorsorgeauftrages kann zusammen mit einem Begleitbrief (z.B. der involvierten Treuhandfirma) erwartet werden, inkl. einer Generalvollmacht (Kopie der öffentlichen Urkunde resp. Ernennungsurkunde) und eines Auszuges aus dem Dispositiv der ESB.
- Sollten bereits vor der Validierung vom Vorsorgebeauftragten Rechnungen der Vollmacht gebenden Person eintreffen (z.B. Arztrechnungen, Spitalrechnungen, Heizkostenabrechnungen etc.), können diese – ähnlich wie in der Situation von Todesfällen – interessewährend ausgeführt werden.

2. Ist ein Vorsorgeauftrag validiert, kantonale Unterschiede beachten:

Beispielsweise im Kanton Zürich braucht es zusätzlich ein separates Schreiben: Die sogenannte **Rechtskraftbescheinigung**. Das heisst, dass ein validierter Vorsorgeauftrag nicht per sofort gültig ist, sondern innert 30 Tagen Einsprache erhoben werden kann. Infolgedessen empfiehlt es sich, die 30 Tage Frist plus 10 Tage Bearbeitungszeit abzuwarten und anschliessend bei der ESB abzuklären, ob Einsprache erhoben worden ist:

⁵¹ RUMO-JUNGO, S. 244.

- a) Einsprache wurde erhoben: Kein Handlungsbedarf, bis der validierte Vorsorgeauftrag rechtskräftig wird.
- b) Falls keine Einsprache erhoben wurde, ist der validierte Vorsorgeauftrag gültig: Weiter bei Punkt 3.
3. Falls die Zusage der ESB vorliegt, im bankeigenen **Kundendatenbanksystem** folgende Änderungen eingeben:
- die Umcodierung auf „nicht handlungsfähig“ vornehmen
 - den Namen des Vorsorgebeauftragten eintragen
 - alle anderen Vollmachten löschen
 - bei Bedarf für den Vorsorgebeauftragten den Zugriff für das e-banking einrichten
 - bei Bedarf eine Stichtagsbescheinigung z.H. des Vorsorgebeauftragten und/oder der ESB erstellen
4. **Einholung der nötigen Unterlagen, Prüfung der Unterschrift:**
- neuer Basisvertrag, unterzeichnet vom Vorsorgebeauftragten
 - bei Bedarf e-banking-Vertrag, unterzeichnet vom Vorsorgebeauftragten
 - ID-Kopie des Vorsorgebeauftragten
5. Alle neu unterzeichneten **Dokumente elektronisch** im Kunden-Dossier (dem elektronischen Archiv) erfassen, damit sie dort abgerufen werden können
6. **Kontakteintrag** im bankeigenen Kundendatenbanksystem vornehmen, um die abgeklärten Punkte und Vorgehensweise zusammenfassend festzuhalten
7. **Sicherstellung / Überprüfung**, dass dem Vorsorgebeauftragten nur diejenigen Befugnisse erteilt werden⁵², welche die Auftrag gebende Person ihm auch übertragen hat – und nicht mehr.
8. **Prüfung der Erfassung einer Ausgabenlimite oder einzelfallbezogenen Genehmigungen**⁵³, um der Sorgfaltspflicht nachzukommen.

⁵² RUMO-JUNGO, S. 244.

⁵³ RUMO-JUNGO, S. 240.

3.2.2 Mögliche Herausforderungen, auf die im Rahmen der Compliance geachtet werden soll

- Um der Bank allfällige **Interessenskonflikte** zu ersparen, ist es ihr sehr zu empfehlen, sich nicht als Bevollmächtigte eines Kunden in einen Vorsorgeauftrag eintragen zu lassen – weder die Bank als juristische Person noch ein Bankmitarbeiter als natürliche Person. Eine Ausnahme könnte bankintern dann bewilligt werden, wenn kumulativ folgende zwei Voraussetzungen zutreffen:
 - Der Bankmitarbeiter unterhält zur Auftrag gebenden Person unabhängig von der Bankbeziehung eine persönliche Beziehung und
 - die Vermögenswerte befinden sich auf einer anderen Bank als diejenige, welche den Bankmitarbeiter angestellt hat.

Doch auch in solchen Ausnahmefällen ist Vorsicht geboten und das Vorgehen im Vorfeld stets mit Legal&Compliance abzusprechen. Insbesondere soll die Bank keinesfalls ihre eigene Einsetzung als Vorsorgebeauftragten empfehlen.⁵⁴ Sollte trotz allen Vorsichtsmassnahmen durch die Auftrag gebende Person die Bank als juristische Person oder ein konkreter Bankmitarbeiter als Vorsorgebeauftragter eingesetzt worden sein, sind die Bestimmungen mit grösster Sorgfalt umzusetzen – oder gar eine Ablehnung der Beauftragung in Erwägung zu ziehen. Denn ganz grundsätzlich wird die Beauftragung einer Bank oder eines ihrer Angestellten als Vorsorgebeauftragten als heikel und nicht empfehlenswert eingestuft.⁵⁵ Die Risiken von Interessenskonflikten können reduziert werden, indem die Bank nicht als Vorsorgebeauftragte, sondern als Hilfsperson der Vorsorgebeauftragten eingesetzt wird.⁵⁶

- **Nicht adäquate oder gänzlich fehlende Reaktion auf Anzeichen, die auf eine Beeinträchtigung der Urteilskraft deuten und damit verbunden Verletzung der Meldepflicht nach Art. 397a OR.** Für das bessere Verständnis dieses OR-Artikels kann im Kontext des Bankumfelds der „Auftraggeber“ dem „Kunden“ gleichgesetzt werden und der „Beauftragte“ dem „Kundenberater“

⁵⁴ RUMO-JUNGO, S. 236.

⁵⁵ RUMO-JUNGO, S. 236.

⁵⁶ RUMO-JUNGO, S. 236.

(beispielsweise am Schalter). Nebst der Sicherstellung einer angemessenen Wahrnehmung solcher Beeinträchtigungen der Urteilkraft ist aus Sicht der Bank ebenfalls von hoher Wichtigkeit, wie im Rahmen des Bankgeheimnisses damit umgegangen wird. Das heisst, der Kundenberater sollte in jedem Fall solche Beobachtungen in erster Instanz Compliance melden, damit gemeinsam eine dem konkreten Fall entsprechende Vorgehensweise besprochen und entschieden werden kann. Für den Kundenberater ist dabei relevant, dass nicht nur betagte Menschen von einer Beeinträchtigung der Urteilkraft betroffen sein können, sondern auch Menschen mit einer psychischen Krankheit, insbesondere Psychopathien und Schizophrenien.⁵⁷ Wobei sich hier berechtigterweise wiederum die Frage stellen lässt, inwieweit ein Bankangestellter in der Lage sein muss, solche Beeinträchtigungen zu erkennen. Eine Veränderung der Persönlichkeit wird dem Kundenberater nur im Verlauf einer langfristigen Kundenbeziehung auffallen und nicht im Rahmen von sporadischen Schalterbesuchen.

Jedenfalls unterstehen Banken in ihrer Beziehung zum Kunden dem Auftragsrecht, und deshalb ist die Meldepflicht nach Art. 397a OR von bleibender Relevanz.⁵⁸ Insbesondere auch deshalb, weil gemäss Auslegung des Wortlauts, der Teleologie und Historie diesem Art. 397a OR **zwingenden** (und somit nicht dispositiven) Charakter zukommt; das bedeutet, dass die auftragsrechtliche Meldepflicht nach Treu und Glauben direkt der Verwirklichung des materiellen Erwachsenenschutzrechtes dient.⁵⁹ Entscheidende Grundlage ist, dass die Urteilsunfähigkeit nach Art. 397a OR bereits eingetreten und eine voraussichtlich dauernde ist.⁶⁰ Dies umfasst Demenzerkrankungen und Geisteskrankheiten, die nach dem heutigen Stand der Medizin nicht geheilt werden können⁶¹, und nicht einen Krankenhausaufenthalt o.ä. Zudem muss die Meldung an die ESB nur erfolgen, wenn sie zur Interessenwahrung der Auftrag gebenden Person angezeigt erscheint, den Bereich des Leistungsauftrages der Bank betrifft und der Bankmitarbeiter davon Kenntnis hat.⁶² In diesem Bereich hat die Bank also eine

⁵⁷ EMMENEGGER, S. 120.

⁵⁸ EMMENEGGER, S. 121.

⁵⁹ EMMENEGGER, S. 138f.

⁶⁰ EMMENEGGER, S. 140, S. 147.

⁶¹ EMMENEGGER, S. 145.

⁶² EMMENEGGER, S. 152, S. 156.

grosse Verantwortung zu tragen und bei Bedarf auch konkret wahrzunehmen. Zugleich raten Experten den Banken, ihre Meldepflicht zurückhaltend wahrzunehmen.⁶³ Doch: „Entsteht dem Kunden durch die unterlassene Anzeige ein finanzieller Schaden, könnte die Bank [...] schadenersatzpflichtig werden.“⁶⁴ Im Zusammenhang mit der Meldepflicht nach Art. 397a OR sind auch die damit verbundenen möglichen Interessenskonflikte zu erwähnen, drei Beispiele wie folgt⁶⁵:

- wenn die Bank einer Anzeigepflicht unterliegt, aber zugleich in einem Interessenskonflikt steht, weil beispielsweise Familienangehörige, die ebenfalls gute Kunden sind, sich gegen eine Meldung aussprechen
- wenn sich Vermögenswerte als nicht steuerkonform herausstellen
- wenn die Auftrag gebende Person sich intransparenter Vermögenskonstrukte bediente und die Bank womöglich noch – direkt oder indirekt – involviert war

Grundsätzlich sind bei Art. 397a OR ausschliesslich die Interessen der betroffenen Person entscheidend.⁶⁶

In diesem Zusammenhang ist zudem an dieser Stelle auch noch das Melderecht nach Art. 443 Abs. 1 ZGB zu erwähnen: Doch da dies lediglich ein Melderecht und keine Pflicht darstellt, ist es im Hinblick auf das Bankgeheimnis – im Gegensatz zu Art. 397a OR – nur zurückhaltend anzuwenden, sprich nur dann, wenn zugleich auch die Voraussetzungen für Art. 397a OR vorliegen.⁶⁷

- **Umsetzung des Vorsorgeauftrages erst nach der offiziellen Validierung und je nach Kanton Rechtskraftbescheinigung – und nicht vorher.** Für eine korrekte Umsetzung eines in Kraft getretenen Vorsorgeauftrages sind die Bankmitarbeiter selber verantwortlich. Hier ist es wichtig, dass sie eine einfache und übersichtliche Checkliste erhalten, an die sie sich halten können, und versierte Ansprechpartner bei Legal&Compliance haben. Zudem empfiehlt es sich, dass im Rahmen der regelmässigen Compliance-Schulungen dieses Thema aufgegriffen wird und es nebst den bisher bekannten und üblichen

⁶³ MÜLLER („Was tun, wenn Kunden urteilsunfähig werden? Fachleute raten den Instituten zur Zurückhaltung.“).

⁶⁴ MÜLLER („Bevollmächtigte haben keine andere Wahl“).

⁶⁵ AFFOLTER-FRINGELI, S. 212.

⁶⁶ ZONDLER/NÄF, S. 1237.

⁶⁷ ZONDLER/NÄF, S. 1235.

Themen (wie Geldwäscherei, politisch exponierten Personen etc.) in Schulungen seine Daseinsberechtigung erhält. Der Vorsorgeauftrag gehört, nebst Themen wie Datenschutz und Informationssicherheit, zu den Themen der Zukunft.

Grundsätzlich soll ein Vorsorgeauftrag bankintern erst umgesetzt werden, wenn er von der ESB validiert worden ist und – je nach kantonalen Vorgaben – eine Rechtskraftbescheinigung vorliegt, auch wenn es Stimmen gibt, die dabei geltendes Recht verletzt sehen, wenn die Bank erst die Einverständniserklärung der ESB abwartet.⁶⁸ „Die aus einer Angst vor Verantwortung resultierende Tendenz der Absicherung auf Kosten der Selbstbestimmung [...]“⁶⁹ ist kennzeichnend für die heutzutage unter dem Druck von unzähligen Regulationen stehenden Banken. Da das neue Erwachsenenschutzrecht noch jung ist, gibt es immer noch gewisse Punkte mit Klärungsbedarf.⁷⁰ Am einfachsten kann dies aus Sicht des Kunden gelöst werden, wenn nebst des Vorsorgeauftrages noch zur Zeit der Urteilsfähigkeit auch eine Bankvollmacht für dieselbe Person vorliegt.⁷¹

- **Bei Wahrnehmung von nicht angemessener Geschäftsführung eines Vorsorgebeauftragten: Meldung an die ESB.** Sollte ein Bankmitarbeiter beobachten, dass ein Beauftragter das in ihn gesetzte Vertrauen missbraucht (z.B. wie ein Vorsorgebeauftragter unverhältnismässig viel Geld abhebt oder wenn sonst ein begründeter Verdacht auf Missbrauch der Vorsorgevollmacht besteht) oder dass er nicht oder nicht mehr in der Lage ist, die ihm übertragenen Aufgaben in ordnungsgemässer Weise auszuführen⁷², dann ist eine Meldung an die ESB angezeigt. Solche Meldungen der Bank an die ESB sollten in jedem Fall vorab immer mit Legal & Compliance abgesprochen werden.
- **Sicherstellung der effizienten Kommunikation und Abwicklung zwischen Bank und ESB:** Bereits unter dem alten Vormundschaftsrecht bildeten die Schnittstellen zwischen den anordnenden Behörden und den Banken

⁶⁸ FERBER („Ängstliche Banken“).

⁶⁹ FERBER („Ängstliche Banken“).

⁷⁰ FERBER („Bankiervereinigung involviert“).

⁷¹ FERBER („Bankiervereinigung involviert“).

⁷² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.36 auf S. 44.

Gegenstand von Missverständnissen und Auseinandersetzungen.⁷³ Da auch das neue Erwachsenenschutzrecht ein gewisses Konfliktpotential birgt, liegt es deshalb besonders auch im Interesse einer effizienten Abwicklung der Bankgeschäfte, wenn die Zuständigkeiten zwischen der ESB und der Bank bereits im Vorfeld soweit wie möglich geklärt werden.⁷⁴ Dafür wurden die „Empfehlungen der SBVg und der KOKES zur Vermögensverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht“ per Juli 2013 ausgearbeitet. Dabei ist insbesondere Titel II, „Vermögenssorge im Vorsorgeauftrag (Art. 360, 365 ZGB)“, relevant, wo auf S. 2 unter Zf. 3 geschrieben steht, wozu die beauftragte Person gegenüber der Bank ermächtigt ist, und zwar für die vertretene Person

- Bankbeziehungen einzugehen und zu beenden,
- Wertschriften-, Verwaltungs- und Zahlungsaufträge zu erteilen,
- Bareinzahlungen und -bezüge zu tätigen,
- Bankvollmachten zu erteilen und zu widerrufen,
- Schrankfächer einzurichten und aufzuheben,
- Auskünfte zu erhalten,
- Darlehensverträge einzugehen.⁷⁵

NB: Dabei hängt das genaue Ausmass der Ermächtigung natürlich immer vom beschriebenen Inhalt des Vorsorgeauftrages ab.

Ebenfalls von grossem Interesse ist auf S. 3 die Zf. 5, die besagt, dass bei Kollisionen zwischen den Interessen der beauftragten Person und den Interessen der vertretenen Person es zur Ungültigkeit des Geschäfts kommt, was die Rückabwicklung vollzogener Leistungen zur Folge haben kann.⁷⁶ Auch dieser Punkt muss im Rahmen der Sorgfaltspflicht einer Bank beachtet werden, genauso wie die Situation eines Interessenskonfliktes; diese Punkte stützen sich auf Art. 365 Abs. 2 und 3 ZGB, dann muss die Bank für dieses Geschäft vom Vorsorgebeauftragten eine entsprechende Anordnung der ESB verlangen, bevor sie den Auftrag ausführt.⁷⁷

Gegenstand der effizienten Kommunikation und Hilfestellung der Bank gegenüber der Behörde umfasst auch die Auskunft in Abklärungsverfahren, bei

⁷³ AFFOLTER-FRINGELI, S. 199.

⁷⁴ AFFOLTER-FRINGELI, S. 199.

⁷⁵ Empfehlungen SBVg/KOKES, Zf. 3 auf S. 2.

⁷⁶ Empfehlungen SBVg/KOKES, Zf. 5 auf S. 2.

⁷⁷ Empfehlungen SBVg/KOKES, Zf. 6 auf S. 2.

der Inventaraufnahme, bei Überwachungsmaßnahmen und ganz generell gegenüber der ESB als Aufsichtsbehörde.⁷⁸

- **Wahrung der Grenzen gemäss Vorsorgeauftrag.** Das bedeutet, dass die Sicherstellung im Rahmen der vorsorgerechtlichen Sorgfaltspflichten so ausgestaltet sein muss, dass der Vorsorgebeauftragte nur jene Rechte erhält, die durch die Legitimationsurkunde an den Vorsorgebeauftragten erteilt worden sind⁷⁹ – und nicht mehr. Das bedingt, dass die Bank und ihre Mitarbeiter genau unterscheiden können, wie weit der Vorsorgeauftrag im individuellen Fall geht und wo er endet, d.h. wo dem Beauftragten Grenzen gesetzt sind. Diese Rechte und Grenzen sind von Vorsorgeauftrag zu Vorsorgeauftrag unterschiedlich, da jeder Vorsorgeauftrag individuell ausgestaltet ist, und sie müssen im konkreten Fall bankintern für die Mitarbeiter nochmals konkret ausformuliert und umgesetzt werden (beispielsweise mit Hinweisen in einer internen Meldung in der Kundenbeziehung und mit Kontakt- und Informationseinträgen im Kundenstamm).
- Sollte die Bank bereits **bei der Erstellung des Vorsorgeauftrages vom Kunden involviert werden**, sollte sie schon im Vorfeld ihre Sorgfaltspflicht wahrnehmen und ihre bisher gesammelten Erfahrungswerte bei der Erstellung eines neuen Vorsorgeauftrages einbringen. Beispielsweise soll sie darauf hinweisen, dass weder die Bank noch ein Bankangestellter als Vorsorgebeauftragter genannt werden und in welchem Detaillierungsgrad die Auftragserteilung im konkreten Fall ausformuliert werden soll, damit später von Seiten der Bank möglichst keine offenen Fragen bestehen. Ebenfalls macht es Sinn, den Kunden darauf hinzuweisen, dass nebst eines Vorsorgeauftrages auch eine Patientenverfügung erstellt werden kann. In der notariellen Praxis ist die zeitgleiche Erstellung eines Testaments sinnvoll, da auch für dessen Errichtung stets die Urteilsfähigkeit Voraussetzung ist.⁸⁰ Dann können die Beurkundungen dieser Dokumente gleichzeitig erfolgen und der Kunde hat seinen Willen auf breiter Basis ausformulieren und hinterlegen können. Hinweis:

⁷⁸ AFFOLTER-FRINGELI, S. 200ff.

⁷⁹ RUMO-JUNGO, S. 240.

⁸⁰ FOUNTOULAKIS/ROSCH, Rz. 1161 auf S. 501, Rz. 1162 auf S. 502.

Für die Beurkundung eines Vorsorgeauftrages sind – im Gegensatz zur Beurkundung eines Testaments – keine Zeugen notwendig.⁸¹

- **Wahrung des Bankgeheimnisses:** Gem. Art. 47 BankG unterliegen die Bank und deren Mitarbeiter grundsätzlich dem Bankgeheimnis, dieses Berufsgeheimnis gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Gem. Art. 47 Abs. 5 BankG besteht u.a. eine Auskunftspflicht gegenüber Behörden, und damit wird bei einem Interessenskonflikt zwischen Bankgeheimnis und Offenbarungspflicht klar zu Gunsten der Offenbarungspflicht entschieden.⁸² Eine Bank kann und darf sich somit nicht dieser Pflicht entziehen.⁸³ Dazu gehört auch die Herausgabe von Dokumenten z.H. der ESB.⁸⁴ Bei der Frage, *welche* Informationen eine Bank offenzulegen hat – und nicht, *ob* sie das zu tun hat – kann im Rahmen des Prozessrechtes im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden, doch im Regelfall dürfte das Interesse der ESB dem Geheimhaltungsinteresse vorgehen.⁸⁵ Die Aufforderungen der ESB an die Bank haben grundsätzlich rechtskräftig und vollstreckbar zu sein⁸⁶, bei einem Vorsorgeauftrag liegt also – je nach Kanton – bei Vorliegen der Rechtskraftbescheinigung eine eindeutig definierte Situation vor.

⁸¹ FOUNTOULAKIS/ROSCH, Rz. 1161 auf S 501.

⁸² ZONDLER/NÄF, S. 1232.

⁸³ ZONDLER/NÄF, S. 1233.

⁸⁴ ZONDLER/NÄF, S. 1234.

⁸⁵ ZONDLER/NÄF, S. 1234.

⁸⁶ ZONDLER/NÄF, S. 1235.

4 Fazit

Obgleich der Vorsorgeauftrag ein noch relativ neues Instrument in den nichtbehördlichen Massnahmen darstellt, so ist er vom Prinzip her einfach zu verstehen und, basierend auf gewissen Vorgaben, nach der Validierung bankintern auch einfach umzusetzen (siehe die Checkliste in Kapitel 3.2.1).

Dabei kann die Bank ihren Kunden einen Mehrwert erbringen, indem sie den Vorsorgeauftrag im Rahmen der Beratung proaktiv anspricht und den Kunden Unterstützung bei der Erstellung eines solchen anbietet – immer unter der Prämisse, dass sich die Bank nicht als Vorsorgebeauftragten eintragen lässt. Die Herausforderungen bestehen somit nicht in der Komplexität eines Vorsorgeauftrages, sondern im zumeist fehlenden Wissen der Bankmitarbeiter. Dem kann Abhilfe geschaffen werden, indem die Compliance-Schulungen dieses aktuelle Thema aktiv aufgreifen und die Compliance-Abteilung sowohl Informationen wie auch eine Checkliste, wie sie in dieser Arbeit vorliegt, für den Umgang mit validierten Vorsorgeaufträgen zur Verfügung stellt. Dazu macht es Sinn, dass fachverantwortliche Compliance Officers sich in diesem Gebiet weiterbilden und danach den Kundenberatern und Assistenten beratend zur Seite stehen können.

Der Vorsorgeauftrag ist nur ein Rädchen im IKS, dem internen Kontrollsystem einer Bank. Doch da der Vorsorgeauftrag in den kommenden Jahren an Bekanntheitsgrad gewinnen und die Bevölkerung immer älter wird, nimmt die Auseinandersetzung mit dieser Thematik in der nächsten Zeit mutmasslich deutlich zu und der Vorsorgeauftrag wird sich als ein weiteres, wichtiges Element in der Kundenberatung einer Bank etablieren.

Anhang: Muster eines Vorsorgeauftrages

Copyright: Raiffeisen Schweiz

Zur Information

Der Vorsorgeauftrag ist gültig, wenn er von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende eigenhändig geschrieben wird, einschliesslich Tag, Monat und Jahr der Ausstellung sowie der Unterschrift (Art. 361 Abs. 1 ZGB). Der Vorsorgeauftrag ist somit nicht gültig, wenn nur dieser Entwurf datiert und unterzeichnet wird.

Der auftraggebenden Person ist bekannt, dass die Registrierung der Existenz des Vorsorgeauftrages sowie dessen Hinterlegungsort in der zentralen Datenbank beim Zivilstandsamt möglich ist (Art. 361 Abs. 3 ZGB).

Gewisse Kantone sehen für den Vorsorgeauftrag eine offizielle Depositenstelle vor. Diese ist im Einzelfall bei der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde abzuklären.

Vorlage für Herr / Frau _____ [Vorname, Name]

ab hier abschreiben:

Vorsorgeauftrag

Ich, **der / die** unterzeichnete _____ [Vorname, Name], geb. _____ [Geburtsdatum], wohnhaft _____ [Adresse], erkläre für den Fall meiner Urteilsunfähigkeit als meinen Vorsorgeauftrag:

1. Ich beauftrage folgende Person mit meiner Personen- und Vermögenssorge und der damit zusammenhängenden Vertretung im Rechtsverkehr:

a. **Meinen Ehemann / Meine Ehefrau** _____ [Vorname, Name], geb. _____ [Geburtsdatum], wohnhaft _____ [Adresse].

Sollte **er / sie** verhindert sein, ernenne ich ersatzweise (in der Reihenfolge ihrer Aufzählung) folgende **Person(en)** zu **meinem / r** Vorsorgebeauftragten:

b. **Meinen Sohn / Meine Tochter** _____ [Vorname, Name], geb. _____ [Geburtsdatum], wohnhaft _____ [Adresse].

c. ...

2. Der Vorsorgeauftrag und die damit zusammenhängende Vertretung im Rechtsverkehr gelten in jeder Beziehung umfassend. Ich befreie gegenüber **der / den** beauftragten **Person(en)** sämtliche einer Schweigepflicht unterstehenden Personen von der Schweigepflicht. Insbesondere beinhaltet der Auftrag Folgendes:

- a. Veranlassung aller für meine Gesundheit notwendigen Massnahmen und Wahrnehmung der damit zusammenhängenden Rechte.
 - b. Sicherstellung eines geordneten Alltags (Wohnen, Betreuung, Tagesstruktur etc.).
 - c. Wahrung meiner finanziellen Interessen, Verwaltung meines gesamten Vermögens, Verfügungen darüber und Treffen sämtlicher damit zusammenhängenden Massnahmen.
 - d. Erwerb, Belastung und Veräusserung von Grundeigentum und Veranlassung der entsprechenden Einschreibungen im Grundbuch.
 - e. Vornahme sämtlicher zur Erfüllung des Auftrags notwendigen Prozesshandlungen.
 - f. Die **beauftragte(n) Person(en) darf / dürfen** keine Vermögenswerte der auftraggebenden Person unentgeltlich veräussern, mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken oder Zuwendungen zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht (z.B. Unterstützungszahlungen innerhalb der Familie).
 - g. Die **beauftragte(n) Person(en) ist / sind** berechtigt, zur Erfüllung des Auftrags Substituten und Hilfspersonen beizuziehen.
3. **Variante 1:** Die **beauftragte(n) Person(en)** gemäss Ziffer 1 **hat / haben** für ihre Leistungen Anspruch auf angemessene Entschädigung. Soweit sie im Rahmen dieses Vorsorgeauftrages Tätigkeiten **ausübt / ausüben**, die sie regelmässig auch im Rahmen ihrer Berufstätigkeit für Dritte **ausübt / ausüben**, bemisst sich die Entschädigung nach branchenüblichen Ansätzen. Soweit nicht branchenübliche Ansätze angewendet werden können, bemisst sich die Entschädigung nach den bei der Erwachsenenschutzbehörde üblichen Ansätzen für die Entschädigung von Beiständen.⁸⁷
- Variante 2:** Die notwendigen Auslagen sind **der / den** beauftragten **Person(en)** zu ersetzen. Für ihren zeitlichen Aufwand **wird / werden** sie mit Franken pro Stunde entschädigt.
- 4. Ich unterstelle den Vorsorgeauftrag dem schweizerischen Recht und schweizerischer Zuständigkeit nach Massgabe des Gesetzes.
 - 5. Separat abgefasste Patientenverfügungen gehen dieser Urkunde vor.
 - 6. Die Wirkungen dieses Vorsorgeauftrages treten in Kraft, sobald der Vorsorgeauftrag durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde genehmigt worden ist.

Ich gebe diese Erklärung nach sorgfältiger Überlegung und im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte ab.

Ich habe diesen Vorsorgeauftrag mit **der / den beauftragten Person(en)** besprochen und bin mir über die Auswirkungen im Klaren.

[Datum]

[Unterschrift]

⁸⁷ Branchenübliche Ansätze werden beispielsweise von Treuhändern, Rechtsanwälten und Notaren angewendet. Alle übrigen Personen, wie z.B. Ehegatten, Nachkommen sowie Drittpersonen, können sich an den üblichen Ansätzen der KESB für die Entschädigung von Beiständen orientieren.

Disclaimer

Diese Vorlage wurde von Raiffeisen Schweiz als Gesprächsgrundlage / Musterexemplar erstellt. Aus diesem Grund kann weder für die Vollständigkeit noch für die Aktualität dieser Vorlage Gewähr geleistet werden. Dieses Muster eignet sich insbesondere nicht für die Direktabgabe an Kunden ohne individuelle Beratung. Der Kunde ist nicht berechtigt, dieses Beratungsdokument zu veröffentlichen oder anderweitig an Dritte weiterzugeben. Raiffeisen Schweiz haftet nicht für allfällige Schäden (direkte, indirekte oder Folgeschäden), die durch die Verteilung dieses Beratungsdokuments oder dessen Inhalt verursacht werden. Für die persönliche Beratung stehen Ihnen unsere Spezialisten gerne zur Verfügung. Wenden Sie sich an Ihren Kundenberater / Ihre Kundenberaterin und vereinbaren Sie einen Termin für ein Erstgespräch.