

DER VORSORGEAUFTRAG IM INTERNATIONALEN RECHTSVERKEHR (TEIL II)

CHRISTIANA FOUNTOULAKIS

Prof. Dr. iur., Chaire de droit civil, Universität Freiburg

Stichworte: Vorsorgeauftrag, Internationales Privatrecht (IPR), Internationales Zivilprozessrecht (IZVR), Haager Übereinkommen zum Erwachsenenschutz (HEsÜ), anwendbares Recht, internationale Zuständigkeit, Gutgläubensschutz, Befugnisse ausländischer Behörden, Patientenverfügung

Der moderne Erwachsenenschutz ist vom Grundsatz der Selbstbestimmung geprägt, der sich im schweizerischen Recht insbesondere anhand des sog. Vorsorgeauftrags realisieren lässt. Ausländische Rechte kennen andere entsprechende Vorsorgeinstrumente, die teils ähnlich, teils unterschiedlich sind, wobei es auch etliche Staaten gibt, die Vorsorgeaufträge im eigenen Recht gar nicht vorsehen. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, wie ausländische Vorsorgeinstrumente in der Schweiz umgesetzt werden und wie, spiegelbildlich, ein Schweizer Vorsorgeauftrag im Ausland Wirkung entfalten kann.

I. Einleitung

Seit nunmehr zehn Jahren gewähren Art. 360 ff. ZGB die Möglichkeit, eine umfassende persönliche und finanzielle Vorsorge für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit zu treffen. Voraussetzungen, inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten und Wirkungen des Vorsorgeauftrags sind in einem früheren Beitrag dargestellt worden.¹ An dieser Stelle soll den internationalen Aspekten Rechnung getragen werden. Keineswegs nämlich ist es immer so, dass ein in der Schweiz wohnhafter Schweizer in der Schweiz einen Vorsorgeauftrag verfasst und im Zeitpunkt, in dem dieser seine Wirkung entfalten soll, weiterhin in der Schweiz weilt. Die hohe Mobilität innerhalb von Europa und darüber hinaus, und zwar auch in fortgeschrittenem Alter, führt rasch zu Sachverhalten mit Auslandsbezug: Eine in Frankreich lebende Schweizerin wünscht Vorkehrungen hinsichtlich ihrer in der Schweiz gelegenen Grundstücke zu treffen für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit, eine in der Schweiz wohnende Engländerin hatte vor ihrem Umzug in die Schweiz *lasting powers of attorney* nach englischem Recht erteilt, der in der Schweiz weilende Österreicher möchte eine Vorsorgevollmacht errichten, ohne aber gleichzeitig die strengen Formvorschriften des österreichischen Rechts² beachten zu müssen, usw.

Wir rufen im Folgenden die relevanten IPR-Vorschriften in Erinnerung (II.-III.), bevor wir uns mit der Frage beschäftigen, nach welchem Recht ein Vorsorgeauftrag beurteilt wird, der, vereinfacht gesprochen, anderswo errichtet wird, als er wahrgenommen wird (IV.-VI.). Dabei soll auch die Relevanz einer ausländischen bzw. im Ausland eingesetzten Patientenverfügung diskutiert werden (VII.).

II. Massgebliche international-privatrechtliche Vorschriften

Die massgebliche schweizerische Vorschrift zum Internationalen Erwachsenenschutzrecht findet sich in Art. 85 Abs. 2 IPRG. Demnach gilt «für den Schutz von Erwachsenen ... in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden, auf das anwendbare Recht sowie auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen das Haager Übereinkommen vom 13.1.2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen». Die Schweiz ist also dem Haager Erwachsenenschutzübereinkommen von 2000 (HEsÜ)³ nicht nur *beigetreten*, mit der Wirkung, dass dessen Bestimmungen im Verhältnis zu den übrigen Vertragsstaaten

- 1 FOUNTOULAKIS, Der Vorsorgeauftrag – Grundsatz- und Streitfragen (Teil I), *Anwaltsrevue* 2022, 7 ff.
- 2 Die Vorsorgevollmacht nach österreichischem Recht bedarf der schriftlichen Errichtung vor einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein (§ 262 Abs. 2 ABGB), wohingegen nach Art. 361 ZGB auch die eigenhändige Errichtung, versehen mit Datum und Unterschrift, genügt.
- 3 SR 0.211.231.011. S. dazu LAGARDE, Erläuternder Bericht zum Übereinkommen vom 13.1.2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen (inoffizielle deutsche Übersetzung, überarbeitete Version), Den Haag 2017, abrufbar unter <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2951&dtid=3> (zuletzt besucht am 4.1.2023) (zit. LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017); aus der Schweizer Literatur insb. FÜLLEMANN, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes, Zürich/St. Gallen 2008, N 10 ff. (zit. FÜLLEMANN).

(es sind aktuell deren 14)⁴ Anwendung finden; vielmehr hat sie sich dazu entschieden, die Vorschriften des HESÜ, soweit sie sich auf Zuständigkeit, anwendbares Recht und Anerkennung bzw. Vollstreckung beziehen,⁵ in das autonome Internationale Privat- und Zivilprozessrecht zu integrieren.⁶ Das IPRG verzichtet damit auf eigene Bestimmungen des Internationalen Erwachsenenschutzes und erklärt stattdessen die Bestimmungen des HESÜ auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten für anwendbar.⁷

III. Insbesondere: Vorsorgevollmachten («Vorsorgeaufträge»)

Der sachliche⁸ Anwendungsbereich des HESÜ umfasst nicht nur behördliche Massnahmen des Erwachsenenschutzes⁹, sondern erstreckt sich auch auf von der betroffenen Person selbst erteilte Vollmachten, die «ausgeübt werden soll[en], wenn [der] Erwachsene nicht in der Lage ist, seine Interessen zu schützen» (Art. 15 Abs. 1 HESÜ). In der Erfassung solcher Vorsorgevollmachten liegt, wie oft betont worden ist, die wohl wichtigste Innovation des Übereinkommens:¹⁰ Indem das HESÜ bereits im Jahre 2000 die – damals noch nicht sehr weit verbreiteten –¹¹ eigenen Vorsorgeinstrumente für den Fall einer späteren Schutzbedürftigkeit berücksichtigte, trug es zum Durchbruch des heutzutage den modernen Erwachsenenschutz prägenden Grundsatzes der Selbstbestimmung auch bei Verlust bzw. Schwinden der eigenen geistigen Fähigkeiten bei.¹²

IV. Auf Vorsorgeaufträge (Vorsorgevollmachten) anwendbares Recht

1. Grundsatz: Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt

Instrumente, die wie der Vorsorgeauftrag nach Schweizer Recht durch Erteilung einer Vollmacht eine autonom bestimmte Vorsorge für den Fall der späteren Schutzbedürftigkeit des Betroffenen gewährleisten wollen, sind weltweit durchaus unterschiedlich ausgestaltet.¹³ Am auffälligsten ist folgender Unterschied, welcher die Rechtsordnungen gleichzeitig in zwei grosse Gruppen aufteilt: Die einen haben ein *auftragsrechtliches* Vorsorgeinstrument eingeführt (so u.a. die kanadischen Provinzen, Frankreich, die Schweiz, heute auch Belgien), während die anderen lediglich an eine *Vollmacht* anknüpfen (so der amerikanische Uniform Power of Attorney Act 2006,¹⁴ das Recht von England und Wales sowie das schottische Recht, Irland, Deutschland, Liechtenstein sowie die skandinavischen Rechte). Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung als Rechtsinstrument variieren namentlich die Formerfordernisse sowie Inhalt und Umfang erheblich (unten IV. 3.). Teilweise sieht ein und dieselbe Rechtsordnung auch gleich mehrere alternative Vorsorgeinstrumente vor, so etwa das französische und heute auch das österreichische Recht.¹⁵

Zur Vermeidung von Qualifikationsproblemen verzichtet das HESÜ auf die national u. U. verschieden gedeuteten

Bezeichnungen «Vollmacht» und «Auftrag», sondern verwendet diejenige der (vom Betroffenen eingeräumten) «Vertretungsmacht». Erfasst wird also jede rechtsgeschäftlich etablierte Vertretungsmacht, von der Gebrauch gemacht werden soll, wenn der Betroffene schutzbedürftig wird.¹⁶ Davon ist selbstverständlich der schweizerische Vorsorgeauftrag mit umfasst. Die aus ihm fließende Vollmacht untersteht grundsätzlich – nämlich was das Bestehen, den Umfang, die Änderung und die Beendigung der Vollmacht anbelangt; dazu IV. 3. – dem Recht des Staates, in dem der Betroffene *bei Einräumung der Vollmacht sei-*

⁴ Siehe den von der Haager Konferenz stetig nachgeführten «status table» (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=71>; besucht am 4. 1. 2023). Zu den Vertragsstaaten des HESÜ zählen neben der Schweiz u. a. Deutschland, Frankreich, Österreich und das Vereinigte Königreich (allerdings nur für Schottland).

⁵ Das HESÜ enthält auch Kooperationspflichten zwischen den sog. Zentralen Behörden der Vertragsstaaten, vgl. Art. 28 ff.; diese Pflichten zur Zusammenarbeit können Nichtvertragsstaaten nicht einseitig auferlegt werden, weshalb sie im Verhältnis zu diesen ausgenommen sind, vgl. statt vieler SCHWANDER, in: Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, Art. 85 N 140 (zit. BSK IPRG-AUTOR); DERS., Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, AJP 2014, 1351, 1353.

⁶ Bzgl. des anwendbaren Rechts ergibt sich durch diesen Weg nichts Besonderes, weil die diesbezüglichen Normen nach Art. 18 HESÜ ohnehin eine *loi uniforme* und damit nicht beschränkt auf das Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten sind.

⁷ Ausführlich BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 9 f.

⁸ Zum persönlichen Anwendungsbereich s. unten VII. 3.

⁹ So die Beistandschaften (Art. 390 ff. ZGB) und die fürsorgliche Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB) nach Schweizer Recht.

¹⁰ Vgl. BUCHER, La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, SZIER 2000, 37, 50, sowie DERS., in: Bucher (Hrsg.), Commentaire romand Loi sur le droit international privé / Convention de Lugano, Basel 2011, Art. 85 N 344 (zit. CR LDIP/CL-AUTOR): «*innovation principale*»; DUTOIT, Droit international privé suisse, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 85 N 61: «*la particularité la plus saillante*»; VON HEIN, in: Staudinger (Hrsg.), BGB – EGBGB/IPR, 2022, Art. 15 ErwSÜ N 6 (zit. Staudinger/V. HEIN): «*bemerkenswerte Pionierleistung*»; LIPP, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2020, Art. 15 ErwSÜ N 1 (zit. MüKo BGB-LIPP): «*kollisionsrechtliches Neuland*».

¹¹ LAGARDE, La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Rev. crit. 2000, 159, 174.

¹² FÜLLEMANN, N 258; zum Grundsatz der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz auf internationaler Ebene s. Council of Europe, Recommendations v. 23. 2. 1999 (legal protection of incapable adults), 9. 12. 2009 (continuing powers of attorney and advance directives for incapacity) und 19. 2. 2014 (promotion of human rights of older persons); s. auch die Beiträge in ARAI/BECKER/LIPP (Hrsg.), Adult Guardianship for the 21st Century, Baden-Baden 2013.

¹³ Siehe den Überblick bei FRIMSTON/RUCK KEENE/VAN OVERDIJK/WARD (Hrsg.), The International Protection of Adults, Oxford 2015; LÖHNING ET AL. (Hrsg.), Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa, 2011; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 2 ff.

¹⁴ Er ist von den meisten Bundesstaaten übernommen worden, vgl. Uniform Law Commission (<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=b1975254-8370-4a7c-947f-e5af0d6cb07c#:text=The%20Uniform%20Power%20of%20Attorney,manage%20the%20principal's%20financial%20assets.>) (besucht am 4. 1. 2023).

¹⁵ Nachweise wie in Fn. 14.

¹⁶ Zur Frage, ob Vollmachten, die über den Eintritt der Schutzbedürftigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit *hinaus* gelten sollen, unter das HESÜ fallen, s. unten IV. 3. D).

nen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (vgl. Art. 15 Abs. 1 HESÜ). Der gewöhnliche Aufenthalt, der im Übereinkommen nicht definiert ist, ist autonom auszulegen; als grundsätzlich auf die (rein) tatsächlichen Begebenheiten abstellender Begriff setzt er neben physischer Präsenz eine besonders enge Verbindung zu dem betreffenden Staat (Lebensmittelpunkt) voraus.¹⁷

Das Vollmachtstatut ist unwandelbar:¹⁸ Erteilt beispielsweise eine in Stuttgart ansässige Person eine Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht, zieht sie anschliessend nach Rom, um sich schliesslich im Tessin niederzulassen, bevor ihre geistigen Kräfte allmählich nachlassen, so bestimmt sich nach deutschem Recht, ob die Vorsorgevollmacht Bestand hat und in welchem Umfang sie besteht.

2. Ausnahme: Rechtswahl

Es besteht aber auch die Möglichkeit, das auf die Vorsorgevollmacht anwendbare Recht zu wählen. Dieses braucht nicht das Recht eines Vertragsstaates zu sein (Art. 18 HESÜ; sog. *erga-omnes*-Wirkung). Mit dem gewählten Recht ist das Sachrecht eines Staates gemeint, nicht auch dessen Kollisionsrecht; eine Rück- oder Weiterverweisung ist somit ausgeschlossen (Art. 19 HESÜ).

Die Rechtswahl muss allerdings ausdrücklich und schriftlich¹⁹ sein.²⁰ Sie ist im Übrigen beschränkt: Infrage kommen (einzig) das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt (Heimatrecht), das Recht (irgend)eines Staates, in dem der Betroffene früher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder das Recht des Landes, in dem sich Vermögen des Betroffenen befindet, Letzteres konsequenterweise nur hinsichtlich eben dieses Vermögens (Art. 15 Abs. 2 HESÜ). Ein in Edinburgh niedergelassener Schweizer beispielsweise, der früher in Paris lebte und u. a. Immobilien in Monaco hat, kann, wenn er Vorsorge treffen will für einen etwaigen Verlust seiner Urteilsfähigkeit, einen Vorsorgeauftrag nach Schweizer Recht errichten (Heimatrecht), ein *mandat de protection future* nach französischem Recht einräumen (Recht des Staates eines früheren gewöhnlichen Aufenthalts) oder *continuing* und/oder *welfare powers of attorney* gewähren (Recht am Ort des jetzigen gewöhnlichen Aufenthalts). Hinsichtlich seiner Grundstücke in Monaco kann er zudem ein *mandat de protection future* nach monegassischem Recht errichten.²¹ Vorsorgevollmachten können im Übrigen auch mehreren Rechten unterstellt sein (sog. *dépeçage*);²² so kann im soeben geschilderten Beispiel die Vertretungsmacht betreffend die Personensorge etwa schottischem Recht, diejenige betreffend die Immobilien in Monaco monegassischem Recht und die diejenige betreffend die übrigen Vermögenswerte Schweizer Recht unterworfen werden.

Nicht möglich ist es hingegen, die Vorsorgevollmacht dem Recht des Staates zu unterstellen, in dem der Betroffene plant, sich inskünftig aufzuhalten.²³ Dies ist zwar kritisiert worden,²⁴ ergibt aber durchaus Sinn, da sich Planungen schnell wieder ändern können; liesse man die Rechtswahl zugunsten des künftigen gewöhnlichen Aufenthaltsortes zu, liefe dies auf eine für den Erwachsenen-

schutz unangebrachte freie Rechtswahl hinaus.²⁵ Infrage kommt allerdings eine nachträgliche Rechtswahl, mit der der Betroffene die Vertretungsmacht dem Recht am neuen gewöhnlichen Aufenthaltsort unterstellt.²⁶ Auch kann er am neuen gewöhnlichen Aufenthaltsort (erneut) eine Vorsorgevollmacht in Anwendung des dortigen Rechts erteilen und somit IPR-Fragen aus dem Weg räumen.²⁷ Allerdings werden diese Lösungen in jenen Fällen scheitern, in denen der Betroffene wegen eingetretener Urteilsunfähigkeit nicht mehr handeln kann.²⁸ Die in der Literatur aufgeworfene Idee, (einzig) für diesen Fall eine Pflicht der Behörden am neuen gewöhnlichen Aufenthaltsort (sofern Vertragsstaat) anzunehmen dahingehend, dass die nach dem Recht dieses Staates errichtete Vorsorgevollmacht als wirksam anzuerkennen ist,²⁹ kann dem HESÜ nicht entnommen werden.³⁰ In einer solchen Konstellation bleibt nichts anderes übrig, als dem in der – unwirksamen –³¹ Vorsorgevollmacht zum Ausdruck gebrachten Willen im Rahmen der Rechtsordnung am neuen Aufenthaltsort Rechnung zu tragen, beispielsweise indem der in der Vollmacht genannte Ermächtigte zum gesetzlichen Vertreter (Beistand nach Schweizer Recht) ernannt wird.

¹⁷ Zu den Schwierigkeiten, die bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes eines schutzbedürftigen Erwachsenen entstehen können, und der Berücksichtigung derselben im HESÜ vgl. FÜLLEMANN, N 128 ff., insb. N 145 ff.; SCHWANDER, AJP 2014, 1351, 1360 ff.

¹⁸ SIEHR/MARKUS, in: Müller-Chen/Widmer Lüchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 15 HESÜ N 310 (zit. ZK-Autor); GUTTENBERGER, Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener, Bielefeld 2004, 153; RÖTHEL/WOITGE, Das Kollisionsrecht der Vorsorgevollmacht, IPRax 2010, 494, 495; LUDWIG, Der Erwachsenenschutz im internationalen Privatrecht nach Inkrafttreten des Haager Erwachsenenschutzübereinkommens, DNotZ 2009, 251, 255; FÜLLEMANN, N 265.

¹⁹ Was unter Schriftlichkeit zu verstehen ist, definiert das Übereinkommen nicht. Nach wohl h. M. ist der Begriff autonom auszulegen und erfordert hand- oder maschinenschriftliche Niederschrift sowie eigenhändige Unterschrift, was die bloss elektronische Form auf Datenträgern oder in einer E-Mail ausschliesst, vgl. Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 23.

²⁰ Art. 15 Abs. 1 HESÜ *in fine*. Es geht darum, Unsicherheiten hinsichtlich des anwendbaren Rechts zu vermeiden, die der betroffene Erwachsene aufgrund seiner eingetretenen Schutzbedürftigkeit nicht mehr beheben kann, vgl. LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 101.

²¹ Vgl. Art. 410-37-410-57 des monegassischen Code civil.

²² LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 103.

²³ LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 102.

²⁴ SIEHR, Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener, RabelsZ 64 (2000) 715, 739; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 30.

²⁵ So auch FÜLLEMANN, N 279 ff.

²⁶ Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 22, 30; BÜCKEN, Rechtswahlklauseln in Vollmachten, RNotZ 2018, 213, 227.

²⁷ MEIER, De la Côte d'Azur au Lac Majeur ... ou comment un mandat pour cause d'incapacité survit-il à un déménagement?, FS Geiser, 363, 383 (zit. MEIER, FS Geiser); FÜLLEMANN, N 279.

²⁸ Zur schwierigen Frage, ob wegen Urteilsunfähigkeit auch kein neuer gewöhnlicher Aufenthaltsort begründet werden kann, vgl. die Nachweise in Fn. 17.

²⁹ So FÜLLEMANN, N 280 ff.

³⁰ Gleicher Ansicht CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 346.

³¹ Unwirksam deshalb, weil sie nicht einem der in Art. 15 Abs. 1 oder 2 HESÜ vorgesehenen Rechte untersteht.

3. Reichweite des Vollmachtstatuts

Das soeben geschilderte Vollmachtstatut umfasst praktisch sämtliche Rechtsfragen, die sich in Zusammenhang mit einer Vorsorgevollmacht stellen: Danach bestimmt sich nämlich nicht nur, ob eine wirksame Vorsorgevollmacht *besteht*, sondern auch, *welche Rechtsgeschäfte* sie umfasst. Dazu gehören auch die Fragen, ob die Vorsorgevollmacht *geändert* oder *beendet* (widerrufen) worden ist (vgl. Art. 15 Abs. 1 HESÜ).

A) Bestand der Vorsorgevollmacht

a) Überblick

Der Begriff des «Bestands» der Vertretungsmacht ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Dazu gehört zunächst einmal die Frage, ob nach dem anwendbaren Recht die Erteilung einer Vorsorgevollmacht überhaupt *zulässig* ist.³² Dem ist inzwischen unter vielen Rechten so, aber bei Weitem nicht in allen.³³

Zum Bestand der Vertretungsmacht gehören auch die Voraussetzungen für die *wirksame Erteilung* derselben.³⁴ Ist Schweizer Recht anwendbar, bedeutet dies, dass der Ermächtigende (Vorsorgeauftraggeber) im Zeitpunkt der Erteilung handlungsfähig sein muss (Art. 360 Abs. 1 ZGB), was neben der Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit auch das Fehlen einer die Handlungsfähigkeit einschränkenden Erwachsenenschutzmassnahme für die dem Vorsorgeauftrag unterstellten Rechtsgeschäfte voraussetzt.³⁵

Auch *Formerfordernisse* zählen zum Bestand der Vertretungsmacht und unterstehen damit dem Vollmachtstatut.³⁶ Sie variieren von der einen zur anderen Rechtsordnung stark. So bedarf der Vorsorgeauftrag nach Schweizer Recht der öffentlichen Beurkundung oder der eigenhändigen Niederschrift (Art. 361 ZGB), während beispielsweise die Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht keinen Formvorschriften unterliegt; hingegen muss für englische *lasting powers of attorney* ein bestimmtes Formular verwendet werden, ansonsten es an einer wirksam erteilten Vertretungsmacht fehlt.³⁷ Ebenfalls vom Vollmachtstatut erfasst ist die Frage, ob die *Ermächtigung zu bestimmten Rechtsgeschäften* einer ausdrücklichen oder einer besonderen Form bedarf. Die Frage stellt sich für das Schweizer Recht in Zusammenhang mit der Veräusserung oder Belastung von Grundstücken, für die richtigerweise eine ausdrückliche Ermächtigung in der Vorsorgeauftragsurkunde zu verlangen ist.³⁸ Sieht der nach Schweizer Recht errichtete Vorsorgeauftrag die Ermächtigung zur Veräusserung von Grundstücken des Vorsorgeauftraggebers nicht ausdrücklich vor, besteht zumindest das Risiko, dass diese Art von Geschäften von der Behörde des Vertragsstaates, in dem der Vorsorgeauftrag ausgeübt werden soll, wegen fehlender Ausdrücklichkeit als nicht vom Vorsorgeauftrag umfasst angesehen wird. Schenkungen hingegen sind nach schweizerischem Recht m. E. zulässig (sehr strittig)³⁹ und können deshalb auch im Ausland durch den Vorsorgevertreter vorgenommen werden (stets vorausgesetzt, es handelt sich um einen Vertragsstaat). Untersteht die Vorsorgevollmacht allerdings englischem Recht, sind Schen-

kungen weitgehend ausgeschlossen,⁴⁰ auch wenn sie in der Schweiz vorgenommen werden sollten.

Das Vollmachtstatut regelt auch die Frage, ob die Vorsorgevollmacht *behördlich bestätigt oder eingetragen* werden muss.⁴¹ So sieht etwa der englische Mental Capacity Act 2005 vor, dass *lasting powers of attorney* im *Office of the Public Guardian* eingetragen werden müssen, um Rechtswirkung erzeugen zu können.⁴² Zum Bestand der Vorsorgevollmacht, und damit vom Vollmachtstatut erfasst, sind auch spezifische Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die Vorsorgevollmacht vom Bevollmächtigten wirksam eingesetzt werden kann.⁴³ Dies betrifft für das Schweizer Recht das sog. *Validierungsverfahren* nach Art. 363 Abs. 2 ZGB, in dessen Rahmen die Behörde u. a. prüft, ob der Betroffene urteilsunfähig geworden ist.⁴⁴

b) Praktisches Beispiel

Soll also der nach Schweizer Recht errichtete Vorsorgeauftrag in einem anderen Vertragsstaat wahrgenommen werden, so prüft die dortige zuständige Behörde *in Anwendung Schweizer Rechts* das Vorliegen der in Art. 363 Abs. 2 ZGB genannten Voraussetzungen, auch wenn das eigene Recht ein solches Validierungsverfahren nicht vorsieht und die Voraussetzungen für die Erteilung eines Vorsorgeauftrags andere wären.⁴⁵ Die ausländische Behörde wird folg-

³² MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 29.

³³ Dazu Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 2 *in fine*.

³⁴ MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 29; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 17.

³⁵ Wobei der letztgenannte Punkt im Einzelnen strittig ist, vgl. statt vieler STEINAUER/FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Bern 2014, N 836; MEIER, *Droit de la protection de l'adulte*, 2. Aufl., Zürich 2022, N 392, m. zahlr. Nachw. (zit. MEIER, *Protection*).

³⁶ CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 347; GUILLAUME/DUREL, *La protection internationale de l'adulte*, in: Guillod/Bohnet (Hrsg.), *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Neuenburg/Basel 2012, 341 N 112; ZK-SIEHR/MARKUS, Art. 15 HESÜ N 312; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 18; MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 29.

³⁷ Siehe Schedule 1 des Mental Capacity Act 2005.

³⁸ Dazu jüngst FOUNTOULAKIS, *Anwaltsrevue* 2022, 7, 10; MEIER, *Protection*, N 439 f.

³⁹ FOUNTOULAKIS, *Anwaltsrevue* 2022, 7, 10 f.; wohl a. A., da gar der *ordre-public*-Charakter von Art. 240 Abs. 2 OR geprüft wird: MEIER, FS Geiser, 363, 376 ff.

⁴⁰ Art. 12 Mental Capacity Act 2005.

⁴¹ BUCHER, SZIER 2000, 37, 53; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 18; MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 29.

⁴² Art. 9 Abs. 2 Bst. b Mental Capacity Act 2005.

⁴³ MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 29.

⁴⁴ CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 352; FÜLLEMANN, N 288 ff.; DERS., ZVW 2009, 30, 50; MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 29; GUILLAUME/DUREL, N 114; RENZ, *Der Vorsorgeauftrag und seine Validierung*, Zürich 2020, N 418; PAIR/GLOOR, *Vorsorgeaufträge: Wie mit internationalen Bezügen umzugehen ist*, TREX 2020, 298, 300.

⁴⁵ Cour cass., civ., 1^{ère} (Frankreich), 27.1.2021, pourvoi n° 19-15.059, Erw. 7; Ist Schweizer Recht auf den Vorsorgeauftrag anwendbar, dürfen die frz. Behörden für dessen Inkraftsetzen in Frankreich nicht die Bedingungen des frz. Rechts (in casu: dass der Vorsorgeauftrag Bestimmungen betr. die Kontrolle des Beauftragten enthalten muss) berücksichtigen.

lich zu prüfen haben, ob der Vorsorgeauftraggeber bei Errichtung des Vorsorgeauftrags urteilsfähig, volljährig und nicht unter Beistandschaft war. Sie wird auch verifizieren müssen, dass der Auftraggeber zum jetzigen Zeitpunkt urteilsunfähig ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1, 2 ZGB); zwar setzt das HESÜ für das Wirksamwerden nicht den Eintritt der Urteilsunfähigkeit voraus, sondern knüpft an die Tatsache an, dass der Erwachsene «aufgrund einer Beeinträchtigung oder der Unzulänglichkeit [seiner] persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage [ist], [seine] Interessen zu schützen» (Art. 1 Abs. 1; s. auch Art. 15 Abs. 1 HESÜ), was auch bei noch vorhandener Urteilsfähigkeit der Fall sein kann. Dem ist so, weil nicht jede Rechtsordnung für das Wirksamwerden einer Vorsorgevollmacht einzig an den Verlust der geistigen Fähigkeiten anknüpft.⁴⁶ Weil nun aber in unserem Beispiel die ausländische Behörde schweizerisches Recht anzuwenden hat und dieses die Urteilsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers zur Voraussetzung für das Inkraftsetzen des Vorsorgeauftrags erhebt, muss sie sich davon überzeugen, dass der Vertretene urteilsunfähig geworden ist (was sie nach umstrittener, aber richtiger Ansicht in Anwendung des auf die Vollmacht anwendbaren, hier also des schweizerischen Rechts tun wird;⁴⁷ die Art und Weise hingegen, wie sie zur Einsicht gelangt, dass Urteilsunfähigkeit vorliegt, also etwa ob sie dafür ein ärztliches Attest einzuholen hat, ist ihrem eigenen Recht überlassen; dazu unten V.1.). Sie wird ebenfalls prüfen, ob die in der Vorsorgeurkunde benannte Person als Vorsorgevertreterin geeignet ist (vgl. Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB), auch wenn sie dies nach ihrem eigenen Recht nicht zu prüfen hätte. Die Frage hingegen, ob «weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind» (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB), stellt richtiger Ansicht nach einen Eingriff in die Vertretungsmacht dar und beurteilt sich deshalb in Anwendung von Art. 16 HESÜ (unten VI.2.).⁴⁸

B) Umfang der Vorsorgevollmacht

Nach dem Vollmachtstatut bestimmt sich auch der *Umfang* der Vorsorgevollmacht. Dies bezieht sich zunächst auf die Frage, *welche Rechtsgeschäfte* der Vertreter für den Vorsorgevollmachtgeber tätigen darf. Gewisse Rechtsordnungen verbieten nämlich zum Schutz des Betroffenen bestimmte Rechtsgeschäfte gänzlich oder beschränken die Vertretungsmacht auf die ordentliche Vermögensverwaltung.⁴⁹ Zum Umfang gehört auch, ob der Vertreter *alleine handeln* kann oder aber einer Genehmigung bedarf.⁵⁰ So darf etwa der Bevollmächtigte unter einem *mandat de protection future* nach monegassischem Recht Schenkungen aus dem Vermögen des Vertretenen nur mit gerichtlicher Ermächtigung ausrichten (Art. 410-47 Abs. 2 monegassischer Code civil); dies gilt aufgrund des monegassischen Vollmachtstatuts auch dann, wenn das *mandat* in der Schweiz ausgeübt wird, wobei die Fragen, welche Schweizer Behörde für das Aussprechen dieser Ermächtigung zuständig ist und welche Verfahrensregeln gelten, dem Schweizer Recht überlassen bleiben (vgl. unten V.1.).⁵¹ Nach französischem Recht beispielsweise ist die Annahme einer Schenkung durch

den Vertreter nur zulässig, wenn er durch notarielle Urkunde dazu ermächtigt worden ist (Art. 933 französischer Code civil). Die zuständige Schweizer Behörde hat diese Bestimmung anzuwenden, auch wenn im Schweizer Recht keine entsprechende Vorschrift besteht.⁵² Auch *konkrete Weisungen* des Vertretenen an den Vertreter, bestimmte Rechtsgeschäfte nicht oder nur in einer bestimmten Weise vorzunehmen, bestimmen den Umfang der Vertretungsmacht und unterstehen damit dem Vollmachtstatut.⁵³

C) Insbesondere: Sorgfalts-, Informations-, Herausgabepflichten usw. sowie Entschädigung des Vertreters

a) Ausgangslage

Das HESÜ regelt nur das Aussenverhältnis zum Dritten, sprich die Vertretungsmacht. Dieser zugrunde liegen aber im Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter Rechtsbeziehungen, die typischerweise die Form eines Auftrags annehmen.⁵⁴ Unter dem HESÜ stellt sich folglich die Frage, ob das Vollmachtstatut auch auf die *auftragsrechtlichen* Seiten des Vorsorgeverhältnisses Anwendung findet oder aber ob diese nach den allgemein für Verträge geltenden Anknüpfungsregeln folgen.

Die Frage ist durchaus von Bedeutung: Die im Schweizer Recht vorgesehene Pflicht zur Entschädigung des Vorsorgebeauftragten (Art. 366 ZGB) beispielsweise ist anderen Rechten unbekannt; die Entschädigungspflicht ist auftragsrechtlicher Natur, ist also von der in Art. 15 HESÜ genannten «Vertretungsmacht» strikt zu trennen. Ist auf die auftragsrechtlichen Komponenten eines Vorsorgeauftrags Schweizer Recht anzuwenden, so umfasst dies auch die genannte Entschädigung für den Vorsorgebeauftragten; auch wenn dieser sein Mandat in einem anderen Vertragsstaat ausübt, hat er Anspruch auf eine Entschädigung, die nötigenfalls von der dortigen Behörde festgesetzt wird (vgl. Art. 366 Abs. 1 ZGB). Bestimmt sich nun das auf das Vorsorgeauftragsverhältnis anwendbare Recht nach den vertragsrechtlichen Kollisionsregeln der

⁴⁶ Vgl. etwa Art. 425 frz. CC, Art. 410-4 monegassischer CC.

⁴⁷ BUCHER, SZIER 2000, 37, 53; SCHWANDER, AJP 2014, 1351, 1367; FÜLLEMANN, N 269; ausführlich Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 17.

⁴⁸ Ausführlich Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 41 f.; MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 24, m. Nachw.

⁴⁹ Vgl. z. B. Art. 493 Abs. 1 frz. CC für das eigenhändig verfasste *mandat de protection future*.

⁵⁰ MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 30.

⁵¹ CLIVE, The New Hague Convention on the Protection of Adults, in: Sarcevic/Volken (Hrsg.), Yearbook of Private International Law, Vol. 2 (2000), 2, 12.

⁵² So auch Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 44.

⁵³ Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 15, m. zahlr. Nachw.

⁵⁴ Für das Schweizer Recht vgl. Art. 365 Abs. 1 ZGB, der für den Vorsorgeauftrag auf die Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) verweist; für das deutsche Recht vgl. etwa OLG Schleswig v. 18. 3. 2014, ErbR 2014, 347, 348: «Bei der Erteilung einer umfassenden Vorsorgevollmacht wird i. d. R. ... von einem Auftragsverhältnis auszugehen sein»; OLG Brandenburg v. 19. 3. 2013 - 3 U 1/12 N 82.

Art. 116 f. IPRG, so ist für diese Frage bei fehlender Rechtswahl das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Vorsorgeauftragnehmers massgeblich (vgl. Art. 117 Abs. 3 Bst. c IPRG). Dieses Recht *kann* dasselbe sein wie das Vollmachtstatut,⁵⁵ ist es aber nicht zwangsläufig.

b) Lösungsansatz

Die – autonom auszulegende – «Vertretungsmacht» des HESÜ kann, wie dessen Art. 15 Abs. 1 besagt, «durch eine Vereinbarung oder ein einseitiges Rechtsgeschäft eingeräum[t]» werden. Gemeint ist damit, dass die Vertretungsmacht entweder auf einem – in aller Regel – auftragsrechtlichen Verhältnis beruht und insoweit (oft implizit) «vereinbart» ist (so beim Schweizer Vorsorgeauftrag oder beim französischen *mandat de protection future*), oder aber einseitig erteilt wird wie im Falle der deutschen Vorsorgevollmacht oder der englischen *lasting powers of attorney*. Ungeachtet dessen, wie die Vertretungsmacht begründet wird, gelten für sie die Anknüpfungsregeln des Art. 15 Abs. 1, 2 HESÜ. Über das auf das Grundverhältnis anwendbare Recht hingegen sagt das HESÜ nichts aus. Die Tatsache, dass der Erläuternde Bericht abwechslungsweise von «*mandat (d'inaptitude)*» und von «*pouvoirs de représentation*» spricht, vermag die Rechtslage nicht zu erhellen, ist doch auch nie die Rede von auftragsrechtlichen Rechten und Pflichten, sondern stets vom Bestand und von der Ausübung der *Vertretungsmacht*.⁵⁶ Unterstellt man nun in denjenigen Fällen, in denen die Vertretungsmacht in ein Vorsorgeauftragsverhältnis eingebettet ist, das gesamte Vorsorgeinstrument (Grundverhältnis und Vollmacht) dem Vollmachtstatut, trifft man damit eine Differenzierung gegenüber jenen Rechtsordnungen, in denen das Vorsorgeinstrument lediglich in einer Vollmachterteilung besteht; für Letztere wird sich mangels spezifischen vorsorgeauftragsrechtlichen Instrumentariums das auf das (vertrags-, familienrechtliche usw.) Grundverhältnis anwendbare Recht nach den für diese Verhältnisse geltenden Anknüpfungsregeln bestimmen. Eine derartige Unterscheidung je nachdem, welcher Art das Vorsorgeinstrument ist, mit dem der Erwachsene eine Vorsorgevertretungsmacht erteilt, widerspricht aber offensichtlich dem Anliegen des HESÜ, das mit seiner auf die *Vertretungsmacht* reduzierten Anknüpfung eben gerade ausschliesslich eine einheitliche Kollisionsregel für diesen – aus der Warte des Schutzbedürftigen: mit Abstand zentralen – Punkt schaffen wollte.

Die auftragsrechtlichen (oder familienrechtlichen usw.) Aspekte des jeweiligen Vorsorgeinstruments, mit dem der Erwachsene einem Dritten Vertretungsmacht einräumt, sind deshalb richtigerweise nach den jeweiligen dafür geltenden Kollisionsregeln anzuknüpfen.⁵⁷ In der Sache wird dies bei auftragsrechtlichen Instrumenten wie dem Vorsorgeauftrag dennoch auf das Recht hinauslaufen, dem auch die Vertretungsmacht untersteht: Wer nämlich eine solche nach Schweizer Recht erteilt, also einen Vorsorgeauftrag verfasst, wählt – zumindest stillschweigend – das Schweizer Recht auch für die auftragsbezogenen Aspekte des Vorsorgeauftrags; eine solche (womöglich bloss stillschwei-

gende) Rechtswahl ist nach Art. 116 IPRG ohne Weiteres zulässig.

D) Exkurs: fortdauernde (General-)Vollmachten

Vergleichbare Fragen werfen die Fälle auf, in denen «gewöhnliche» Vollmachten eingeräumt bzw. «gewöhnliche» Auftragsverhältnisse eingegangen werden, die über den Eintritt der Handlungsunfähigkeit hinaus wirken sollen. Im Schweizer Recht besteht diese Möglichkeit seit je (vgl. Art. 35 Abs. 1 OR, Art. 405 Abs. 1 OR). Sie wird auch regen genutzt, beispielsweise im Verhältnis von Banken zu Kunden oder Anwälten zu Mandanten.⁵⁸ Auf diese fortdauernden Vertretungs- bzw. Mandatsverhältnisse findet das HESÜ m. E. keine Anwendung; dies gilt nicht nur *vor*, sondern auch *nach* dem Eintreten der Urteilsunfähigkeit des Vertretenen.⁵⁹ Vielmehr können die Parteien ihr Innenverhältnis (in der Regel ein Auftrag) einem beliebigen Recht unterstellen (Art. 126 Abs. 1 i. V. m. Art. 116 IPRG), während die Vertretungsmacht (Vollmacht) nach Art. 126 Abs. 2 IPRG gesondert angeknüpft wird. Diese Anknüpfungsregel ändert sich nicht, wenn der Vertreter schutzbedürftig wird: Über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit fortdauernde Vertretungs- und Mandatsverhältnisse haben nicht primär zum Ziel, ausgeübt zu werden, weil der Erwachsene ansonsten schutzlos wäre (vgl. Art. 15 Abs. 1 HESÜ), sondern sind – durch das Verhindern eines abrupten Abbruchs – um Interessenwahrung in punktuellen Angelegenheiten besorgt, soweit und solange wie der rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertreter dies zulässt.⁶⁰

Dasselbe muss für Generalvollmachten gelten, die über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus erteilt werden. Solche Generalvollmachten werden namentlich unter Ehegatten oder Konkubinatspartnern erteilt; sie entfalten ihre Wirkung bereits im Zeitraum, in dem der Vertretene

⁵⁵ Beispielsweise wenn ein in der Schweiz lebender und tätiger Anwalt (in diesem Fall führt Art. 117 Abs. 3 Bst. c IPRG zur Anwendung schweizerischen Rechts) von einer Französin per schweizerischem Vorsorgeauftrag zur Verwaltung ihrer in der Schweiz befindlichen Immobilien ermächtigt wird (die Betroffene macht also von der Möglichkeit Gebrauch, die Vertretungsmacht dem Recht am Ort der belegenen Sache zu unterstellen, was zur Anwendung schweizerischen Rechts führt).

⁵⁶ LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 95 ff.

⁵⁷ So auch Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 11; MüKo BGB-LIPP, Art. 15 ErwSÜ N 12; MÄSCH, Ein Vollmachtstatut für Europa, Liber Amicorum Schurig, Berlin 2012, 147, 157; SCHAUB, Kollisionsrechtliche Probleme bei Vorsorgevollmachten, IPRax 2016, 207, 209; a. A. PRAGER, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – IPRG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 85 N 161; in der sonstigen Schweizer Literatur, soweit ersichtlich, offengelassen.

⁵⁸ Statt vieler FOUNTOULAKIS, Le mandat pour cause d'inaptitude: du mandat «trans-inaptitude» au mandat «post-inaptitude», in: Borghi/Filippini (Hrsg.), Dal diritto tutorio al diritto della protezione degli adulti, Basel 2014, 45, 53 ff. (zit. FOUNTOULAKIS, Mandat); DIES., Die Teilnahme urteilsunfähiger Erwachsener am Rechtsverkehr, BJM 2015, 189, 203 ff.

⁵⁹ A. A. FÜLLEMANN, Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen von 2000 (HESÜ), ZVW 2009, 30, 50; DERS., N 261.

⁶⁰ FOUNTOULAKIS, Mandat, 45, 53 ff.; DIES., BJM 2015, 189, 203 ff., m. w. Nachw.

noch nicht schutzbedürftig ist, wirken aber auch über den Eintritt der Schutzbedürftigkeit hinaus.⁶¹ Vor Inkrafttreten der Bestimmungen über den Vorsorgeauftrag waren solche verlängerten Generalvollmachten vermutlich für den Zeitraum vor Eintritt der Schutzbedürftigkeit nach Art. 126 IPRG, nach Eintritt derselben hingegen nach Art. 15 Abs. 1, 2 HESÜ anzuknüpfen. Diese Lösung wurde bereits bei Inkrafttreten des HESÜ für diejenigen Rechtsordnungen postuliert, bei denen die Vertretungsmacht für den Vorsorgefall eben nicht erst mit Eintritt desselben entstehen soll, sondern lediglich für diesen Fall eine bereits erteilte und wirksam ausübende Vertretungsmacht weiter gelten soll,⁶² wie dies für das deutsche Recht gilt. Mit der Einführung des Vorsorgeauftrags im Jahre 2013 stellt das Schweizer Recht nun ein spezifisches Vorsorgeinstrument zur Verfügung, das zwar die Existenz der fortdauernden Generalvollmacht als rechtliches Instrument nicht verdrängt,⁶³ aber Letzterer dennoch den Charakter als Schutzinstrument für den Vorsorgefall nimmt und diese Funktion allein für sich in Anspruch nimmt. Deshalb rechtfertigt sich auch die kollisionsrechtliche *triage* nicht mehr, wie sie vor Einführung des Vorsorgeauftrags wohl noch galt und wonach die kollisionsrechtliche Anknüpfung vor und nach Eintritt der Schutzbedürftigkeit jeweils eine andere war. Sollte aber der Vollmachtgeber einer vor Inkrafttreten der Art. 360 ff. ZGB erteilten fortdauernden Generalvollmacht zu diesem Zeitpunkt bereits urteilsunfähig gewesen sein, muss aber m. E. weiterhin die «alte» kollisionsrechtliche Lösung gelten. Der Vertretene hat es in diesen Fällen nicht mehr in der Hand, sich des neuen Vorsorgeinstruments zu bedienen; die fortdauernde Generalvollmacht erfüllt in diesem Fall noch die Schutzfunktion, die ihr unter altem Recht zukam.

V. Nicht vom Vollmachtstatut erfasste Rechtsfragen

1. Art und Weise der Ausübung

Das Vollmachtstatut umfasst die meisten mit der Vorsorgevollmacht einhergehenden Aspekte, allerdings nicht alle. Die «Art und Weise der Ausübung einer solchen Vertretungsmacht» untersteht nämlich dem Recht des Staates, in dem die Vertretungsmacht ausgeübt wird (Art. 15 Abs. 3 HESÜ). Diese Regel ist eng auszulegen und bezieht sich lediglich auf «des points de détail»⁶⁴, wobei höchst strittig ist, was im Einzelnen darunter zu verstehen ist.⁶⁵ Sicherlich fallen darunter Verfahrensregeln zur vorfrageweisen Überprüfung des Bestands und des Umfangs einer ausländischem Recht unterstellten Vorsorgevollmacht durch schweizerische Behörden,⁶⁶ ebenso etwaige Formvorschriften betreffend die dem Vertreter ausgestellte Urkunde, die seine Vertretungsmacht bescheinigt (Art. 363 Abs. 3 ZGB),⁶⁷ oder die Pflicht der Behörde, die nicht eindeutige oder lückenhafte Vollmachtsurkunde auszulegen bzw. in Nebenpunkten zu ergänzen;⁶⁸ ferner eine etwaige Pflicht in einem anderen Vertragsstaat zur Hinterlegung der Vollmachtsurkunde⁶⁹ oder eine Regel, wonach die Präsenz des Vertreters vor Ort oder beispielsweise eine

schriftliche Bestätigung seiner Vertretungshandlungen verlangt würde.⁷⁰ Hingegen gehört ein behördliches Genehmigungsverfahren, mit dem konstitutiv das Wirksamwerden der Vertretungsmacht festgelegt wird, wie etwa das Validierungsverfahren nach Art. 363 Abs. 2 ZGB, nicht zur «Art und Weise der Ausübung» der Vertretungsmacht,⁷¹ sondern vielmehr zur Frage, ob die Vertretungsmacht überhaupt wirksam besteht. Ein solches Genehmigungsverfahren richtet sich folglich richtigerweise nach dem Vollmachtstatut. Das bedeutet, dass ein Vertragsstaat, in dem ein nach Schweizer Recht errichteter Vorsorgeauftrag ausgeübt werden soll, diesen in Anwendung von Art. 363 Abs. 2 ZGB zu validieren hat, wobei die anwendbaren Verfahrensregeln diejenigen des Ausübungsortes sind (oben IV.3.A)b)); umgekehrt durchläuft eine nach ausländischem Recht erteilte Vertretungsmacht in der Schweiz kein Validierungsverfahren nach Art. 363 ZGB, wenn das Vollmachtstatut ein solches nicht vorsieht.

2. Schutz des gutgläubigen Dritten

Eine Ergänzung des Vollmachtstatuts ist zum Schutz des gutgläubigen Dritten vorgenommen worden: Gemäss Art. 17 HESÜ ist ein mit bzw. gegenüber⁷² dem Letztgenannten abgeschlossenes bzw. vorgenommenes Rechtsgeschäft wirksam, auch wenn der Handelnde zur Vertretung nicht ermächtigt war, sofern in Anwendung des Rechts am Abschlussort eine Vertretungsmacht des Handelnden anzunehmen wäre. Um nochmals das nach Schweizer Recht erforderliche Validierungsverfahren zu bemühen (das den meisten anderen Rechtsordnungen unbekannt ist): Setzt ein Vorsorgebeauftragter nach Schweizer Recht die Vollmacht in Deutschland ein – um beispielsweise im Namen des Vorsorgeauftraggebers einen diesem gehörenden Wagen zu verkaufen –, ohne dass der Vor-

⁶¹ FOUNTOULAKIS, BJM 2015, 189, 207 ff.

⁶² FÜLLEMANN, ZVW 2009, 30, 50 Fn. 86; DERS., N 261; RÖTHEL/WOITGE, IPRax 2010, 494, 495; CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 345; MüKo BGB-LIPP Art. 15 ErwSÜ N 9; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 12, allesamt unter Bezugnahme auf LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 97 *in fine*; a. A. offenbar die Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen, BBI 2007, 2595, 2614.

⁶³ FOUNTOULAKIS, BJM 2015, 189, 207 ff.

⁶⁴ LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 107 (in der französischen Originalfassung).

⁶⁵ Ausführlich FÜLLEMANN, N 286 ff.

⁶⁶ Vgl. LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 107.

⁶⁷ FOUNTOULAKIS, Internationale Sachverhalte, in: Rosch/Fountoulakis/Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 3. Aufl., Bern 2022, N 77.

⁶⁸ CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 354.

⁶⁹ LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 107.

⁷⁰ BUCHER, SZIER 2000, 52 f.; FÜLLEMANN, N 293.

⁷¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 44.

⁷² Die Bestimmung erfasst nicht nur zwei-, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte, etwa eine Einwilligung in eine Handlung, die der Vertreter im Namen des Vertretenen gibt, vgl. LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 109; DUTOIT, Art. 85 N 66.

sorgeauftrag vorgängig validiert worden ist, fehlt es an der Vertretungsmacht des Beauftragten. Der Verkauf ist dennoch gültig, wenn der Käufer nicht erkennen konnte, dass auf die Vertretungsmacht («den Vorsorgeauftrag») Schweizer Recht anwendbar ist.

Die Regel gilt allerdings nur, wenn das Rechtsgeschäft unter Anwesenden im selben Staat abgeschlossen wird (Art. 17 Abs. 2 HESÜ); (nur) wenn der «Vertreter» sich physisch in dem Land befindet, in dem er das Rechtsgeschäft mit dem Dritten vornimmt, schafft er den Rechtsschein, der es rechtfertigt, das Recht an jenem Ort zur Anwendung zu bringen.⁷³ Angesichts ihrer Zielsetzung, die im Schutz des *Dritten*, nicht aber im Schutz der Rechtssicherheit *an sich* besteht, wird die Vorschrift im Übrigen nur anzuwenden sein, wenn das vom «Vertreter» getätigte Rechtsgeschäft keine negativen Wirkungen für den Dritten zeitigt; würde etwa der Vorsorgebeauftragte gestützt auf einen noch nicht validierten Vorsorgeauftrag in Deutschland einem Dritten im Namen des Vorsorgeauftraggebers die Wohnung kündigen, wäre diese Kündigung nicht deshalb wirksam, weil der Mieter nicht erkennen konnte, dass der Vorsorgeauftrag Schweizer Recht unterstand.

VI. Intervention der Behörde

1. Bestätigung und Bescheinigung der Vertretungsmacht

Bisher war ausschliesslich die Rede vom anwendbaren Recht, dies schlicht deshalb, weil es für rechtsgeschäftlich erteilte Vorsorgevollmachten, anders als bei behördlichen Erwachsenenschutzmassnahmen, in manchen Rechtsordnungen zunächst einmal gar keine behördliche Intervention braucht. Zwar setzen namentlich das Schweizer und das französische Recht ein förmliches Genehmigungsverfahren voraus, doch ist dem überall dort nicht so, wo Vorsorgevollmachten zunächst einmal als «gewöhnliche» Vollmachten eingesetzt werden und «einfach» fort dauern, auch wenn der Vertretene geschäftsunfähig geworden ist.

Nichtsdestotrotz ist es aus praktischer Sicht aus Gründen der Verkehrssicherheit unerlässlich, Gewissheit zu schaffen darüber, dass eine wirksame Vorsorgevollmacht besteht und welche Rechtsgeschäfte sie umfasst. Das Übereinkommen garantiert allerdings nicht, dass in jedem Vertragsstaat eine Bescheinigung ausgestellt wird, die die Vertretungsmacht des Vorsorgevertreters attestiert. Art. 38 Abs. 1 HESÜ sieht eine blosser «Kann-Vorschrift» vor:⁷⁴ Demnach *können* die «Behörden des Vertragsstaats, in dem ... eine Vertretungsmacht bestätigt wurde», dem Vertreter «auf dessen Antrag eine Bescheinigung über seine Berechtigung zum Handeln und die ihm übertragenen Befugnisse ausstellen». Die dafür zuständigen Schweizer Behörden sind i. d. R. die sog. Zentralen Behörden der Kantone, Art. 2 Abs. 3 BG-KKE.⁷⁵ Unsicherheiten haben sich vor allem hinsichtlich der in Art. 38 HESÜ erwähnten «Bestätigung der Vertretungsmacht» ergeben, die Voraussetzung dafür ist, dass eine Bescheinigung ausgestellt wird. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass ein Antrag

auf Bestätigung der Vertretungsmacht in jedem Vertragsstaat gestellt werden kann, in dem Letztere ausgeübt werden soll bzw. ausgeübt wird.⁷⁶ Die dortige Behörde bestätigt das Vorliegen der Vertretungsmacht, nachdem sie sich davon überzeugt hat, dass Letztere *in Anwendung des Vollmachtstatuts* (Art. 15 Abs. 1, 2 HESÜ) Bestand hat. Dabei geht es nicht darum, ein eigentliches *Validierungsverfahren* vorzunehmen, falls das *örtliche* Recht ein solches vorsieht (so wie Art. 363 ZGB), sondern lediglich um ein (im untechnischen Sinne) summarisches Überprüfungsverfahren. Dessen Ziel ist es, Verlässlichkeit zu schaffen hinsichtlich des Bestehens der Vertretungsmacht. Die Behörde prüft folglich nach, ob die Vertretungsmacht wirksam erteilt worden ist und ob die Voraussetzungen für ihre Ausübung eingetreten sind; das dazu erforderliche *Überprüfungsverfahren* unterliegt der *lex fori*⁷⁷ (nicht aber die Wirksamkeitsvoraussetzungen als solche). Die Bestätigung kann nun aber gleich im Anschluss an ein Validierungsverfahren, falls ein solches nach dem Vollmachtstatut durchgeführt werden muss, erfolgen, ebenso wie die in Art. 38 HESÜ erwähnte Bescheinigung zeitgleich mit der Bestätigung verlangt werden kann.⁷⁸

2. Massnahmen zum Schutz des Vertretenen

Weil keine Gewähr dafür besteht, dass eine Vorsorgevollmacht stets im bestmöglichen Interesse des Vertretenen ausgeübt wird, muss auch im internationalen Verkehr geregelt sein, welcher Staat zuständig ist, bei Missbrauch, Interessenkonflikt, Untätigbleiben u. Ä. die nötigen Schutzmassnahmen zu ergreifen, und welches Recht dabei anzuwenden ist. Gemäss Art. 16 HESÜ sind die Behörden sämtlicher Staaten, die nach Art. 5 ff. HESÜ Zuständigkeit besitzen, befugt und verpflichtet einzuschreiten. In erster Linie werden dies die Behörden des Landes sein, in dem

⁷³ Allerdings reicht dann der Abschluss des Rechtsgeschäfts per Fernkommunikationsmittel aus, Staudinger/V. HEIN, Art. 17 ErwSÜ N 9.

⁷⁴ LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 146.

⁷⁵ Eine aktuelle Adressliste findet sich auf der Website des Bundesamtes für Justiz (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/erwachsenenschutz/kantonsaufgaben.html>); besucht am 4. 1. 2023). Letzteres ist die Zentrale Behörde des Bundes für die Umsetzung des Übereinkommens und sinnvollerweise erste Anlaufstelle in Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Vorsorgeinstrumenten.

⁷⁶ Zur Frage, ob der Vertragsstaat, der nach seinem eigenen Recht kein Bestätigungsverfahren kennt, dennoch zur Durchführung eines solchen verpflichtet ist, vgl. MüKo BGB-LIPP, Art. 38 ErwSÜ N 6; Staudinger/V. HEIN, Art. 38 ErwSÜ N 5 (gestützt auf die gegenüber der ersten Version von 2009 erfolgten Änderung im Erläuternden Bericht 2017, N 144); Haager Konferenz, Special Commission Protection of Adults, Prel. Doc. No 22 von Okt. 2022 (<https://assets.hcch.net/docs/60a4702a-6612-440d-b7d6-3007b3c857ec.pdf>); besucht am 4. 1. 2023), V. 19 f.

⁷⁷ Statt vieler CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 354; FÜLLEMANN, N 303.

⁷⁸ Haager Konferenz, Special Commission Protection of Adults, Prel. Doc. No 22 von Okt. 2022, IV. 18., VI. 27.

der Vertretene im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht durch den Vertreter seinen gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 5 Abs. 1 HESÜ)⁷⁹ bzw. sein Vermögen hat (Art. 9 HESÜ), in begründeten Fällen («wenn es dem Wohl des Erwachsenen dient», Art. 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 HESÜ) aber etwa auch der Heimatstaat oder der Staat, dessen Behörden der Erwachsene schriftlich als zuständig gewählt hat. Stets vorbehalten ist die Dringlichkeitszuständigkeit (Art. 10 HESÜ). Die zuständige Behörde wendet ihr eigenes Recht an (sog. Gleichlaufprinzip).⁸⁰ So kann etwa eine Schweizer KESB dem Bevollmächtigten Weisungen erteilen, ihn – soweit noch nicht erfolgt – zur Erstellung eines Inventars oder zur regelmässigen Rechnungslegung verpflichten, aber auch die Vertretungsbefugnis beschränken oder schlimmstenfalls entziehen (Art. 368 ZGB). Allerdings hat die intervenierende Behörde das Recht, dem die Vorsorgevollmacht untersteht (Art. 15 Abs. 1, 2 HESÜ; oben IV.), «soweit wie möglich zu berücksichtigen» (Art. 16 S. 2 HESÜ). Die Lösung (Anwendung des eigenen Rechts mit der Pflicht, so weit wie möglich das Vollmachtstatut zu berücksichtigen) ist der Versuch, gleich zwei Ansprüchen gerecht zu werden: einerseits dem Erwachsenen einen möglichst effizienten Schutz zukommen zu lassen, andererseits «die selbstbestimmte Regelung des Erwachsenen, der mittels der Vorsorgevollmacht seine Fürsorge selbst organisiert hat, soweit wie möglich zu beachten»⁸¹.

Es liegt auf der Hand, dass der Behörde damit viel abverlangt wird: Sie hat keinen Spielraum hinsichtlich der Frage, ob sie das Recht der Vollmacht heranzieht, sondern ist dazu verpflichtet; gleichzeitig muss sie entscheiden, *inwieweit* der konkrete Fall danach verlangt, dass das Vollmachtstatut berücksichtigt wird, und *wie* diese Berücksichtigung erfolgen kann. Gleichwohl öffnet die Regel des Art. 16 HESÜ die Tür zu kreativen Lösungen. So kann beispielsweise eine Schweizer KESB, wenn sie zum Schluss kommt, es sei zum Schutz der Person, die eine Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht erteilt hat, notwendig, für bestimmte Aufgaben einen Beistand einzusetzen, diesem die Aufgaben eines deutschen Kontrollbetreuers (§ 1896 Abs. 3 BGB) übertragen,⁸² mit der Folge, dass die Vorsorgevollmacht bestehen bleibt, der Bevollmächtigte aber vom Beistand überwacht wird.

VII. Patientenverfügungen⁸³

1. Vertretungsmacht einräumende Patientenverfügungen

Es ist im Übrigen unbestritten, dass die in den Art. 15 ff. HESÜ geregelte, rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht nicht nur die Bereiche erfassen kann, die der Vermögens- sowie der allgemeinen Personensorge zuzuordnen sind, sondern auch die ärztlich-medizinischen Belange.⁸⁴ Somit untersteht grundsätzlich auch die Patientenverfügung schweizerischen Rechts (Art. 370 ff. ZGB) dem HESÜ, soweit damit eine *Vertretungsmacht* erteilt, d. h. eine Person ermächtigt wird, für den Fall der Urteilsunfähigkeit des Vertretenen die nötigen medizinischen Entscheidungen zu treffen (vgl. Art. 370 Abs. 2 ZGB).

2. Entscheidungen vorwegnehmende (Patienten-)Verfügungen

Hingegen ist die Verfügung, mit der der Patient antizipierend festlegt, welchen medizinischen Massnahmen er für den Fall seiner Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt (Art. 370 Abs. 1 ZGB), nicht vom HESÜ erfasst;⁸⁵ ob und inwieweit sie im Ausland als wirksam erachtet wird, richtet sich nach dem Recht, welches das dortige IPR für anwendbar erklärt. Aus Schweizer Sicht rechtfertigt es sich m. E., solche *advance directives* kollisionsrechtlich gleich zu behandeln wie erteilte Vorsorgevollmachten.⁸⁶ Die Art. 15 HESÜ zugrunde liegende *ratio* besteht darin, der persönlich getroffenen Vorsorge auch auf internationaler Ebene so weit wie möglich Geltung zu verschaffen, was mit einschliesst, dass sich die selbstbestimmten Vorkehren in Anwendung des Rechts, vor dessen Hintergrund sie ergriffen wurden, bestimmen.⁸⁷ Es ist kein Grund ersichtlich, diese *ratio* auf die *Vorsorgevollmacht* zu beschränken und sie (autonom) nicht auch auf *Vorsorgeanweisungen* zu erstrecken; im einen wie im anderen Fall geht es um selbstbestimmte Fürsorge, die der Betroffene vor dem Hintergrund des ihm vertrauten Rechts getroffen hat.

3. Anwendung des HESÜ

Ungeachtet dessen ist in Bezug auf Patientenverfügungen aus Schweizer Sicht relevant, dass nach Art. 370 Abs. 1 ZGB auch eine minderjährige Person, sofern sie urteilsfähig ist, eine Patientenverfügung verfassen kann. Das HESÜ allerdings findet nur Anwendung auf Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben (Art. 2 Abs. 1 HESÜ).

⁷⁹ Wobei die Zuständigkeit bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts an die Behörden im Vertragsstaat des neuen gewöhnlichen Aufenthalts übergeht (keine *perpetuatio fori*, vgl. Art. 5 Abs. 2 HESÜ).

⁸⁰ MüKo BGB-LIPP, Art. 16 ErwSÜ N 15; Staudinger/V. HEIN, Art. 16 ErwSÜ N 1.

⁸¹ MüKo BGB-LIPP, Art. 16 ErwSÜ N 11. Vgl. bereits LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 108, sowie Staudinger/V. HEIN, Art. 16 ErwSÜ N 1. Krit. BUCHER, SZIER 2000, 37, 55.

⁸² Beispiel bei MüKo BGB-LIPP, Art. 16 ErwSÜ N 16.

⁸³ Auf die in Zusammenhang mit Vorsorgevollmachten unter dem HESÜ oftmals mitdiskutierten gesetzlichen Vertretungsrechte (für die Schweiz: Art. 374 ff. ZGB) muss vorliegend aus Platzgründen verzichtet werden.

⁸⁴ Statt vieler CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 355 ff.; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 15, m. zahlr. Nachw.; SCHWANDER, AJP 2014, 1351, 1368 f.; MEIER, Protection, N 350; DUTOIT, Art. 85 N 61; GUILLAUME/DUREL, N 116.

⁸⁵ Statt vieler SCHWANDER, AJP 2014, 1351, 1369; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 16, m. zahlr. Nachw.

⁸⁶ A. A. CR LDIP/CL-BUCHER, Art. 85 N 356: Anwendung schweizerischen Rechts durch Schweizer Behörden; SCHWANDER, AJP 2014, 1351, 1369, sowie HUNGERBÜHLER/JOHN, Internationales Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, N 17.63: Anknüpfung über Art. 117 Abs. 2 IPRG.

⁸⁷ FRANZINA, Note in merito ai profili internazionali di mandati in previsione di incapacità, in: Pretelli/Romano/Rossi (Hrsg.), Tui Memores, La dimension culturelle du droit international privé, Genf 2017, 173, 181; Staudinger/V. HEIN, Art. 15 ErwSÜ N 1, 22.

Auf international-privatrechtlicher Ebene führt dies zu folgenden Konstellationen: Ist der Patient im Moment, in dem er entscheidungsunfähig wird, über 18 Jahre alt, so findet das HESÜ Anwendung, und zwar ungeachtet dessen, ob der Patient im Zeitpunkt des Errichtens der Patientenverfügung minder- oder volljährig war (vgl. Art. 2 Abs. 2 HESÜ). Bestand und Umfang der Patientenverfügung bestimmen sich folglich nach Art. 15 Abs. 1, 2 HESÜ und somit, mangels Rechtswahl, nach dem Recht des Staates, in dem der Patient bei Aufsetzen der Patientenverfügung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (oben IV.1.). Gilt es also die Verbindlichkeit einer nach niederländischem Recht errichteten Patientenverfügung in der Schweiz zu beurteilen, so wenden die Schweizer Behörden für die Frage, ob die in der Patientenverfügung vorgesehene Vertretungsmacht wirksam erteilt wurde (wozu auch entsprechende Formvorschriften gehören), nicht Art. 370 f. ZGB an, sondern niederländisches Recht. Dasselbe gilt für die Frage, welche Entscheidungen der Vertreter treffen darf. Die Grenze der Anwendung ausländischen Rechts bildet allerdings der *ordre public* (Art. 21 HESÜ), wofür in der Literatur regelmässig das Beispiel angeführt wird, dass der Anwen- derstaat Sterbehilfemassnahmen, wie sie in der Patienten- verfügung gewünscht werden, nicht zulässt.⁸⁸ Vorbehalten sind auch die zwingenden Vorschriften in dem Staat, in dem der Schutz des Betroffenen zu gewährleisten ist (sog. *lois d'application immédiate*, Art. 20 HESÜ), wozu aus Schweizer Sicht die grundsätzliche Bindung des Arztes an den Patientenwillen (Art. 372 Abs. 2 ZGB) zählen dürfte.⁸⁹

4. Die Altersgrenze von 18 Jahren im HESÜ

Ist der Patient zu dem Zeitpunkt, in dem er urteilsunfähig wird, noch minderjährig, ist nicht das HESÜ, sondern das Parallelabkommen zum Kinderschutz (HKsÜ) anzuwenden, dem das HESÜ über weite Strecken entspricht.⁹⁰ Die Behörden eines in Anwendung des HKsÜ zuständigen Staates wenden ihr eigenes Recht an (Art. 15 Abs. 1 HKsÜ). Hat beispielsweise eine noch nicht 18-jährige Person, die urteilsunfähig wird, bereits als 16-Jährige eine Patienten- verfügung nach englischem Recht verfasst und gibt es beispielsweise aufgrund gewöhnlichen Aufenthalts eine Schweizer Zuständigkeit, so wendet die Schweizer Behör- de schweizerisches Recht an. Sie wird die englische Pa- tientenverfügung jedenfalls nicht deswegen für unwirk-

sam erklären, weil das englische Recht für *lasting powers of attorney* (inkl. in medizinischen Belangen)⁹¹ eine Alters- grenze von 18 Jahren vorschreibt,⁹² und zwar deshalb nicht, weil nach schweizerischem Recht für das Verfassen einer Patientenverfügung lediglich Urteilsfähigkeit vor- ausgesetzt wird,⁹³ die durchaus auch bei einer noch nicht 18-jährigen Person gegeben sein kann.

VIII. Schlussfolgerungen

Der Vorsorgeauftrag wird im Hinblick auf eine bestmögli- che eigenplanerische Vorsorge für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit hin errichtet. Dabei gilt es auch die Mög- lichkeit zu berücksichtigen, dass sich Lebensumstände än- dern und es gerade heutzutage zwischen Verfassen des Vorsorgeauftrags und dessen Wirksamwerden zu grenz- überschreitenden Aufenthaltswechseln kommen kann. Der Beitritt der Schweiz zum Haager Erwachsenenschutz- übereinkommen bewirkt, dass ausländische Vorsorgein- strumente vor Schweizer Behörden in sehr weit gehendem Ausmass nach Wunsch des Betroffenen umgesetzt werden können. Dasselbe gilt für Vorsorgeaufträge schweizeri- schen Rechts, sofern der Staat, in dem der Vorsorgeauf- trag Wirkung entfalten soll, ein Vertragsstaat des entspre- chenden Haager Übereinkommens ist. Ist dem nicht so, verbleiben Unsicherheiten, zumal die meisten Länder kein spezifisches erwachsenenschutzrechtliches Internationa- les Privatrecht aufweisen. Der vorliegende Beitrag zeigt sie auf, vor allem aber die im Rahmen des Haager Überein- kommens vorhandenen planerischen Gestaltungsmöglich- keiten, nicht ohne auf die nach wie vor bestehenden Streit- fragen in Anwendung desselben einzugehen.

⁸⁸ GUILLAUME/DUREL, N 113; vgl. auch Staudinger/V. HEIN, Art. 21 ErwSÜ N 2.

⁸⁹ Ebenso MüKo BGB-LIPP, Art. 20 ErwSÜ N 5 für das deutsche Recht.

⁹⁰ Statt vieler LAGARDE, Erläuternder Bericht 2017, N 1 ff.; CLIVE, Yearbook of Private International Law, Vol. 2 (2000), 2, 3 f.

⁹¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 Mental Capacity Act 2005.

⁹² Vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. c Mental Capacity Act 2005.

⁹³ Art. 370 Abs. 1 ZGB.