



Das Handeln und Vertreten als Vorsorgebeauftragter

Aspekte der praktischen Umsetzung

11. Mai 2017

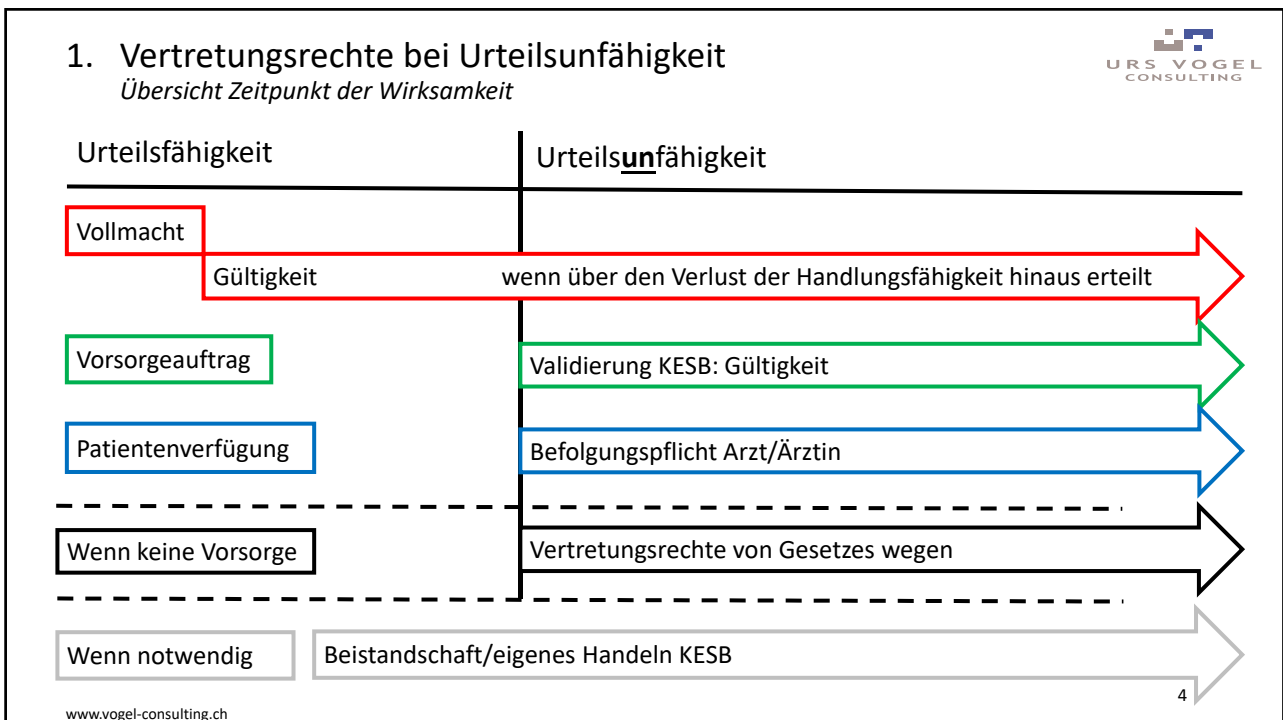
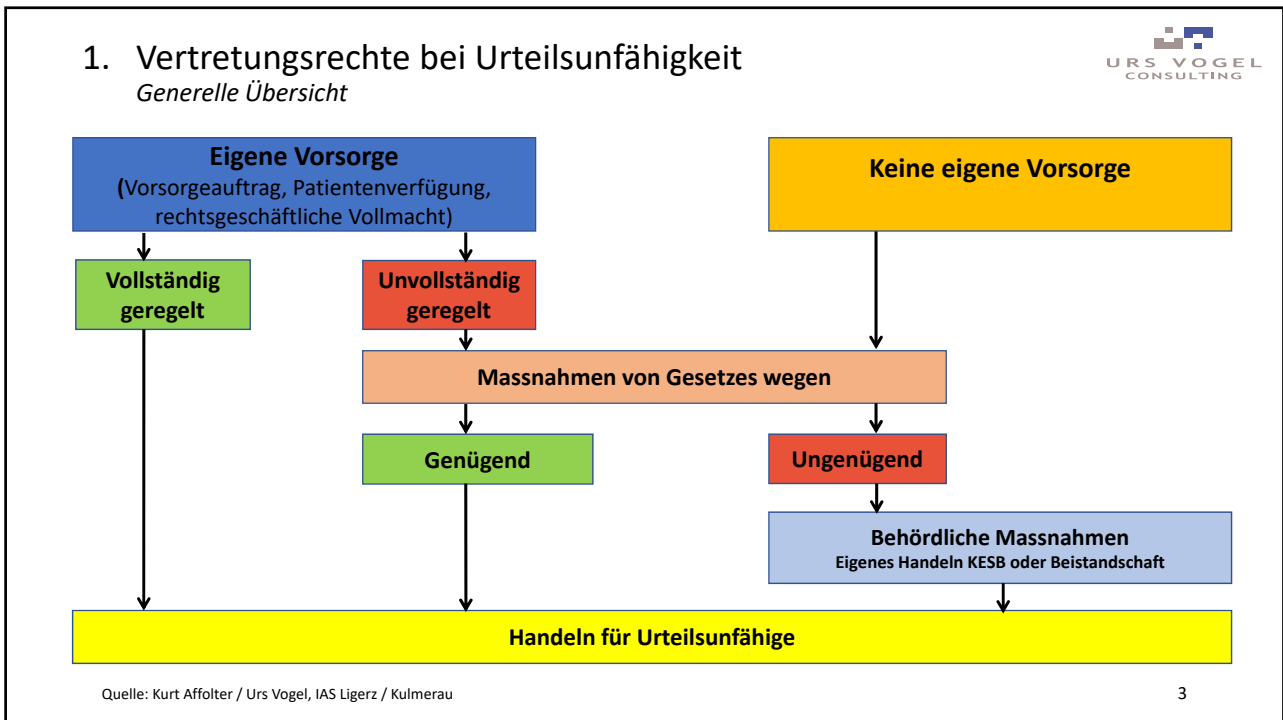
Rechtsfragen im Alter - Universität Luzern

Urs Vogel



Übersicht Inhalt der Ausführungen

1. Vertretungsrechte bei Urteilsunfähigkeit
2. Die selbstbestimmte Vorsorge
 - a. Abgrenzung rechtsgeschäftliche Vollmacht und Vorsorgeauftrag
 - b. Abgrenzung Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag
 - c. Abgrenzung Massnahmen von Gesetzes wegen und Vorsorgeauftrag
3. Handlungsmacht des Vorsorgebeauftragten
 - a. Erfüllung des Vorsorgeauftrages
 - b. Aufgabenbereiche
 - c. Ersatzverfügungen
4. Einbezug und Aufgaben der KESB
 - a. Validierung
 - b. Auslegung, Ergänzung und Entschädigung



2. Selbstbestimmte Vorsorge

a. Abgrenzung rechtsgeschäftliche Vollmacht und Vorsorgeauftrag

- Erteilen einer **Vollmacht ist jederzeit** möglich
- Regelung der Vertretung ohne staatliche Einmischung wenn **ausdrücklich erklärt wird**, dass die Vollmacht/Auftrag über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus gelten soll (Art. 35 Abs. 1 und 405 Abs. 1 OR; BGE 132 III 222 E.2)
- Vollmacht gilt grundsätzlich **ab dem Zeitpunkt der Vollmachterteilung**
- Inhalt und Form sind frei gestaltbar, sinnvollerweise zu Legitimationszwecken schriftlich, im Bank/Postverkehr in der Regel eigene Vollmachtsformulare der entsprechenden Institute; allenfalls Unterschrift beglaubigen
- Bei **Verlust der Urteilsfähigkeit** muss die KESB einbezogen werden, wenn dies die **Interessen der vertretenen Person** erfordern (Art. 397a OR)

2. Selbstbestimmte Vorsorge

a. Abgrenzung rechtsgeschäftliche Vollmacht und Vorsorgeauftrag

- Bundesgerichtspraxis zur Weitergeltung bei Urteilsunfähigkeit: BGer 5A_588/2008 vom 17.11.2008 E. 3.3.1 und BGer 5A_67/2008 vom 22.5.2008 (auszugsweise publiziert als BGE 134 III 385, E. 4.2)
 - Notwendigkeit der Errichtung einer Beistandschaft, wenn die urteilsunfähige Person die Tätigkeit nicht mehr in den Grundzügen überwachen kann
 - Praxis übt aber Zurückhaltung; keine abstrakte Gefährdungslage, sondern eine konkrete Interessenabwägung (siehe dazu CHK ZGB-GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 397a N 7; ESR KOMM-LANGENEGGER, Art. 360 N 6; 6; PETER BREITSCHMID, ISABEL MATT, Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.), in: Pflegerecht, 2012, S. 223 ff.)

2. Selbstbestimmte Vorsorge

a. Abgrenzung rechtsgeschäftliche Vollmacht und Vorsorgeauftrag

- Praxisprobleme ergeben sich vor allem im Verkehr mit Banken
 - Auskunft einer angefragten Bank: Besteht eine Vollmacht, so kommt diese nach dem Verlust der Urteilsfähigkeit höchstens noch sehr beschränkt zum Einsatz. Sie wird eingeschränkt auf notwendige, offensichtlich im Interesse des Vollmachtgebers liegende Transaktionen wie die Bezahlung der Miete.
 - Probleme insbesondere, wenn die bevollmächtigte Person sich die Bankpost des Kontoinhabers schicken lassen möchte; in der Praxis verlangen Banken dann oft die schriftliche Zustimmung, dass das in Ordnung ist, was bei einer urteilsunfähigen Person nicht mehr möglich ist
- Daher: **Erstellen eines Vorsorgeauftrages als Absicherung notwendig**, für den Fall dass die Vollmacht angezweifelt wird; Vollmacht kann bis zur allfälligen Validierung des Vorsorgeauftrages überbrücken

2. Selbstbestimmte Vorsorge

b. Abgrenzung Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag

- Zustimmung/Ablehnung von medizinischen Massnahmen für den Fall der Urteilsunfähigkeit (Art. 370 Abs. 1 ZGB): **Antizipierende** Patientenverfügung
- Bezeichnung einer natürlichen Vertretungsperson (Art. 370 Abs. 2 ZGB), allenfalls verbunden mit Weisungen, Möglichkeit von Ersatzverfügungen (Art. 370 Abs. 3 ZGB): **Delegierende** Patientenverfügung
- Sinnvollerweise als separates Dokument verfassen; entsprechend im Vorsorgeauftrag darauf hinweisen, insbesondere wenn andere Vertretungsperson bezeichnet wird; allenfalls Kompetenzen abgrenzen; entstehen Unklarheiten, entscheidet die KESB über das Vertretungsrecht (Art. 381 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB)
- Relativierte Befolgungspflicht (Art. 372 Abs. 2 ZGB): wenn Zweifel am noch mutmasslichen Willen bestehen; kann dann der Fall sein, wenn die Patientenverfügung schon vor langer Zeit verfasst wurde → regelmässige Überprüfung, Neudatierung und Unterschrift

2. Selbstbestimmte Vorsorge

c. Abgrenzung Massnahmen von Gesetzes wegen und Vorsorgeauftrag

- Vorsorgeauftrag **geht Vertretungsrechten von Gesetzes wegen vor**; es kann aber explizit im Vorsorgeauftrag anders geregelt werden
 - z.B. dass der Vorsorgeauftrag nur zum Tragen kommt, wenn der Ehegatte oder die Ehegattin die Vertretung von Gesetzes wegen nicht wahrnehmen kann (Suspensivbedingung)
- Kommt allenfalls zum Tragen, wenn im Vorsorgeauftrag **nur Teilaufgaben übertragen** wurden (z.B. lediglich Vermögenssorge)
- Im Speziellen: Abschluss von Beherbergungsverträgen von urteilsunfähigen Personen
 - Vertretungsrecht richtet sich nach der Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 382 Abs. 3 ZGB)!
 - Gefahr der konkurrierenden Vertretung: Aufgabe Personensorge im Vorsorgeauftrag ohne medizinisches Vertretungsrecht – Vertretung von Gesetzes wegen
 - Daher: Regelung dieser Vertretung, soweit notwendig, über den Vorsorgeauftrag oder eine Patientenverfügung

3. Handlungen des Vorsorgebeauftragten

a. Erfüllung des Vorsorgeauftrages (Art. 365 ZGB)

- Zweck des Handelns: **Interessenwahrung** der urteilsunfähigen Person (tatsächlicher Wille der betroffenen Person, ersatzweise mutmasslicher)
- Vertretungsmacht aber auch Vertretungspflicht
- Nur **sinngemässe Anwendung** des Auftragsrechtes (Botschaft und überwiegende Lehrmeinung s. ZK-BOENTE, Art. 365 N 31 ff m.w.H.)
- Direkte, **selbstständige Ausübung** der Vertretung; kein Einbezug der KESB für bestimmte Geschäfte (s. a. Massnahmen der KESB bei Interessengefährdung: Art. 368 ZGB)
- **Keine Sonderermächtigung** gemäss Art. 396 Abs. 3 OR notwendig, soweit nicht eine entgegenstehende Anordnung besteht (BSK ZGB I-RUMO-JUNGO, Art. 365 N 8; FamKomm ESR-GEISER, Art. 365 N 14 m.w.H.)

3. Handlungen des Vorsorgebeauftragten

a. Erfüllung des Vorsorgeauftrages (Art. 365 ZGB)

– Substitution?

- Bezeichnung eines Vorsorgebeauftragten ist ein höchstpersönliches Recht; kann nicht stellvertretend ausgeübt werden; daher: Grundsätzlich **persönliche Ausführung des Vorsorgeauftrages**, eine Substitution als Ganzes ist ausgeschlossen (s. aber Ersatzverfügungen)
- Stellvertretung für einzelne Geschäfte möglich (Art. 398 Abs. 3 OR; überwiegende Lehrmeinung: BSK ZGB I-RUMO-JUNGO, Art. 365 N 11), soweit nicht explizit ausgeschlossen

– Dokumentation?

- Sorgfältige Dokumentation der Geschäfte erforderlich (Art. 400 Abs. 1 OR)
- Gegenüber betroffenen Person selber, wenn wieder urteilsfähig oder gegenüber Erben; Gegebenenfalls Rechenschaft gegenüber KESB oder Beistand
- daher sinnvoll Anfangsinventar und minimale Buchführung

3. Handlungen des Vorsorgebeauftragten

a. Erfüllung des Vorsorgeauftrages (Art. 365 ZGB)

– Interessenkollision

- Bei Interessenkollision fällt von Gesetzes wegen die Vertretungsmacht der vorsorgebeauftragten Person dahin (Art. 365 Abs. 3 ZGB)
- Abstrakter oder konkreter Interessenkonflikt?
- Massgebend die Selbstbestimmung der betroffenen Person: **Bewusste Inkaufnahme von Interessenkollisionen**, z.B. bei Einsetzung von Angehörigen, führen nicht zum Wegfall der Vertretungsbefugnisse; allenfalls explizit auch so verfügen!
- Wille ist im Einzelfall zu prüfen, insbesondere bei Selbstkontraktion und Doppelvertretung (Insichgeschäfte)

– Benachrichtigung der KESB

- Wenn Geschäfte zu erledigen sind, die nicht vom Vorsorgeauftrag erfasst sind
- Bei Interessenkollision

3. Handlungen des Vorsorgebeauftragten

b. Aufgabenbereiche und Weisungen (Art. 360 Abs. 2 ZGB)

– Generelle oder detaillierte Beschreibung?

- Minimalanforderung: generelle Umschreibung, welche Bereiche (Personensorge, Vermögenssorge, Rechtsvertretung) übertragen werden
- Möglichkeit einer Generalklausel, dass sämtliche Aufgaben der Personen- und Vermögenssorge übertragen werden
- Wird die Rechtsvertretung nicht speziell geregelt, so gilt sie im Rahmen von Art. 365 Abs. 1 ZGB für die erteilten Aufgabenbereiche
- Sinnvoll kann auch eine detailliertere Aufzählung von Aufgaben bei den einzelnen Aufgabenbereichen unter dem Hinweis sein, dass «insbesondere folgende Aufgaben umfasst sind» (dient zur Klärung des gewünschten Umfanges)
- Es können explizit auch abgegrenzte Einzelaufgaben aufgeführt werden
- Im Speziellen: Bei der Personensorge sollte die Frage der **Entbindung vom Arztgeheimnis** sinnvollerweise explizit geregelt werden, um Schwierigkeiten zu verhindern

3. Handlungen des Vorsorgebeauftragten

b. Aufgabenbereiche und Weisungen (Art. 360 Abs. 2 ZGB)

– Weisungen

- Zielsetzung: Grösstmögliche Weiterführung der bisherigen Lebensführung und Planung der künftigen Lebensführung bei Urteilsunfähigkeit

– Beispiele von Weisungen auf die konkrete Ausführungen der Aufgaben

- Berücksichtigung von **Betreuungsformen** (z.B. ambulant vor stationär, Wunschrichtungen etc.); **Einbezug oder Nicht-Einbezug** von Angehörigen
- Anlagevorschriften, **Risikoprofil**, inkl. Verbot für gewisse Vermögensanlagen
- Weiterführung einer **Schenkungspraxis**; Ausrichtung von Schenkungen bei Eintritt gewisser Bedingungen (z.B. Wohnungsauflösung; gemischte Schenkung bei Verkauf einer Liegenschaft)
- Verpflichtung zu einer jährlichen **Überprüfung der Rechnungsführung** (externe Person, Revisionsstelle)

– Abgrenzung zu «Wünschen»

3. Handlungen des Vorsorgebeauftragten

c. Ersatzverfügungen (Art. 360 Abs. 3 ZGB)

- Zielsetzung: Sicherung der selbstbestimmten Vorsorge, wenn die bezeichnete Person, die Aufgaben aus dem Vorsorgeauftrag nicht wahrnehmen kann
- Ersatzpersonen im Sinne einer Kaskade
 - Sicherung einer Vertretung bei Nichtannahme, Interessenkollision etc.
 - In der Regel ist **eine Altersgeneration dazwischen** zu schalten
- Mehrere Personen für je Einzel abgegrenzte Aufgabenbereiche
 - Berücksichtigung individueller Kompetenzen z.B. von Angehörigen
 - z.B. auch zur Kontrolle
- Mehrere Personen gemeinsam
 - In der **Lehre strittig**, ob diese mangels anderweitiger Anordnung immer kollektiv handeln müssen (bejahend: ZK-BOENTE, Art. 360 N 132 m.w.H.; verneinend: BSK ZGB RUMO-JUNGO, Art. 360 N 35 m.w.H.)
 - Daher **unbedingt regeln**, wie diese zueinanderstehen
 - Regeln auch was passieren soll, wenn eine von gemeinsam ernannten Personen die Annahme ablehnt oder kündigt

4. Einbezug und Aufgaben der KESB

a. Validierung (Art. 363 ZGB)

- Gültigkeit des Vorsorgeauftrages ohne Prüfung der KESB (dh mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit: so FamKomm ESR-GEISER, Art. 360 N 1) oder erst mit der Validierung durch die KESB (so ZK-BOENTE, Art. 360 N 185; BSK ZGB I-RUMO-JUNGO, Art. 360 N 1a) ist umstritten
- Dritte werden aber in der Praxis auf eine **Validierung mit der entsprechenden Ernennungsurkunde** (Art. 363 Abs. 3 ZGB) aus Sicherheitsgründen bestehen
- Formelle Gültigkeit
 - Originaldokument in der entsprechenden Formvorschrift
 - Handlungsfähigkeit bei Errichtung des Vorsorgeauftrages; Bestätigung durch ein Arztzeugnis bei Errichtung in unklaren Situationen (z.B. bei bereits diagnostizierter Demenz) empfohlen
 - Aufgaben genügend bezeichnet

4. Einbezug und Aufgaben der KESB

a. Validierung (Art. 363 ZGB)

– Eintritt der Urteilsunfähigkeit

- Dauerhaft oder nicht? Gesetz schreibt keine Mindestdauer vor; Zeitdauer bemisst sich an der Vertretungsnotwendigkeit (*in der Lehre strittig*)
- Vorgehen bei **partieller Urteilsunfähigkeit**; Teilvalidierung möglich, z.B. bezüglich Vermögenssorge, Personensorge bleibt noch ausgeklammert (*auch hier ist die Lehre unterschiedlicher Auffassung: strenge Auslegung versus Praktikabilität*)
- Beweissmassnahmen durch die KESB, Abklärung von Amtes wegen
- **Unmittelbare Rückschlüsse von der Diagnose oder von «unvernünftigem» Verhalten auf die Urteilsfähigkeit sind unzulässig** (gilt auch für gravierende Diagnosen wie Schizophrenie oder Alzheimer-Demenz)
- Psychopathologischer Befund, Angaben von Pflegepersonen und Angehörigen, allenfalls ergänzt durch standardisierte Erhebungsinstrumente liefern wesentliche Entscheidungsgrundlagen

4. Einbezug und Aufgaben der KESB

a. Validierung (Art. 363 ZGB)

– Eignung der beauftragten Person

- **Verantwortung liegt grundsätzlich bei der verfügenden Person**; Kontrolle durch die KESB von Amtes wegen
 - Handlungsfähigkeit als Voraussetzung
 - Geeignetheit: individuell-persönliche Kompetenzen, fachliche Kompetenzen, Verfügbarkeit, bei mehreren Personen auch die Kooperationsfähigkeit
 - Sinngemässer Bezug der Kriterien von Art. 400 ZGB (Beistand)
 - Beurteilung und Prüfung im Einzelfall; situationsbezogen
 - Resultat:
 - Einsetzung ohne Vorbehalt
 - mit flankierenden Massnahmen
 - Ablehnung
- Beschwerde gegen die Ablehnung durch den abgelehnten Beauftragten gestützt auf Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB

4. Einbezug und Aufgaben der KESB

b. Auslegung und Ergänzung (Art. 364 ZGB) und Entschädigung (Art. 366 ZGB)

- Auslegung/Ergänzung auf Gesuch des Vorsorgebeauftragten oder von Amtes wegen im Rahmen des Validierungsverfahrens
- Auslegung grundsätzlich nach dem Willensprinzip; allenfalls auch das Vertrauensprinzip im Rahmen der Haftung bei fehlerhafter Interpretation von Weisungen
- Ergänzungen
 - Nur zu Nebenpunkten, keine Schaffung von neuen Aufgaben
 - Insbesondere können auch keine Ersatzpersonen eingesetzt werden, wenn keine genannt sind
- Entschädigung
 - Regelung durch die vorsorgende Person
 - Fehlt eine solche; Festlegung durch die KESB;
 - Vermutung der Unentgeltlichkeit bei Angehörigen?
 - **Keine subsidiäre Kostentragung durch das Gemeinwesen** (im Unterschied zur behördlichen Massnahme)

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.