

## Aus der Praxis – Nouvelles de la pratique – Casi della pratica

# Anwaltsvollmacht durch umfassend Verbeiständeten

## Aus der Beratungspraxis der SVBB<sup>1</sup>

von Kurt Affolter-Fringeli, Fürsprecher und Notar, Ligerz

**Stichwörter:** Auftragserteilung durch Verbeiständete, Beschränkte Handlungsunfähigkeit, Höchstpersönliche Rechte, Umfassende Beistandschaft, Vollmacht.

**Mots-clés:** Curatelle de portée générale, Désignation d'un mandataire par une personne sous curatelle, Droits strictement personnels, Incapacité restreinte, Procuration.

**Parole chiave:** Curatela generale, Designazione di un mandatario da una persona sotto curatela, Diritti strettamente personali, Procura, Ridotta capacità di giudizio.

Die umfassend verbeiständete Person kann ohne Einverständnis des Beistandes einen Anwalt rechtsgültig mandatieren, wenn sie urteilsfähig ist und höchstpersönliche Rechte wahrt. Darunter fällt die Überprüfung von Lebenshaltungskosten, weil diese nicht nur vermögensrechtlicher Natur sind, sondern sich direkt auf die Lebensführung auswirken. Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht wird namentlich auch das Anliegen verfolgt, die verbeiständete Person ihr Leben nach eigenen Wünschen und Vorstellungen gestalten zu lassen. Offenheit und Transparenz sind deshalb grundlegende Leitlinien in der Betreuung, weshalb ein Anwalt, der von der betreuten Person beigezogen wird, grundsätzlich als Unterstützung und nicht als Gegner zu verstehen ist.

### La procuration conférée à un avocat par une personne sous curatelle de portée générale

#### Cas pratique issu des consultations de l'ASCP

La personne sous curatelle de portée générale peut, sans avoir besoin de l'accord de son curateur, mandater elle-même un avocat lorsqu'elle est capable de discernement et que la cause concerne ses droits strictement personnels. La détermination du coût de la vie entre dans la catégorie des droits strictement personnels car elle n'a pas qu'une portée purement patrimoniale, mais également un effet direct sur le mode de vie de la personne. Le droit de la protection de l'adulte a notamment pour but de laisser la personne sous curatelle organiser son existence comme elle l'entend. L'esprit d'ouverture et de transparence sont en ce sens des principes directeurs de la prise en charge et c'est pourquoi l'avocat désigné par la personne sous curatelle doit en principe être considéré comme un soutien plutôt que comme un adversaire.

### Procura conferita a un avvocato da una persona posta sotto curatela generale

#### Dalla pratica consigliata dall'ACP

La persona posta sotto curatela generale può, senza il consenso del curatore, dare un mandato legalmente valevole a un avvocato nel caso in cui è capace di intendere e di volere e protegge i suoi diritti strettamente personali. In questa situazione si deve considerare l'esame delle spese di mantenimento perché esse non sono solo di natura patrimoniale legale ma esplicano effetti diretti nella conduzione della vita. Con il nuovo diritto di protezione degli

<sup>1</sup> Schweizerische Vereinigung der Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände.

*adulti è stato introdotto anche il principio di lasciare la possibilità alla persona di organizzare la propria esistenza secondo le sue idee e i suoi desideri. Apertura e trasparenza sono perciò le linee direttive base nell'assistenza, per cui un avvocato, incaricato dalla persona assistita, deve essere considerato in principio come un sostegno e non come un avversario.*

## **I. Ausgangslage**

Ich führe eine umfassende Beistandschaft für einen 37-jährigen Mann. Er bzw. seine Eltern nehmen ständig – und auch für die kleinsten Angelegenheiten – die Dienste eines Rechtsanwaltes in Anspruch.

Eine Forderung über Fr. 8000.– ist seitens des Anwaltes für die Jahre 2012 bis anfangs 2015 eingetroffen. Aus verschiedensten Gründen ist die Forderung aus meiner Sicht ungerechtfertigt und falsch, weshalb ich sie nicht bezahlt und gegen die Betreuung Rechtsvorschlag erhoben habe. Demnächst soll es deshalb zu einem Zivilprozess kommen.

Ein neuestes Beispiel:

Ich habe mit meinem Klienten auf seinen Wunsch hin die Finanzen besprochen, ihm dann eine Budgetvorlage überlassen, damit er die Ein- und Ausgaben überprüfen kann. Kopien zu Vermögensaufstellung und Verlauf habe ich ihm bewusst nicht ausgehändigt, damit sie nicht in andere Hände gelangt. Mein Klient war damit einverstanden. Über die Feiertage ging er zu den Eltern auf Besuch. In dieser Zeit erfolgte ein Brief an den Rechtsanwalt mit verschiedenen Anliegen, u.a. dass er mit dem Budget nicht einverstanden sei, insbesondere die Auflistung über den Betrag für die Mandatsführung entspreche nicht seinen Vorstellungen.

Prompt folgte ein Brief des Rechtsanwaltes an mich mit der Aufforderung zur Stellungnahme und um Zustellung von Steuerakten. Zudem empfahl er, mir auf den Prozess hin Gedanken zum Thema Interessenkollision als Beistand gegen den Willen des Klienten zu machen. In einem zweiten Schreiben verlangte er eine Zustellung des Berichts mit der Vermögensaufstellung und setzte mir eine Frist an.

## **II. Frage**

Meine Anfrage lautet dahin, inwiefern man auch dem «uneinsichtigen» Anwalt begegnen kann.

- a) Kann eine anwaltschaftliche Vertretung seitens des umfassend Verbeiständeten in jedem Fall möglich sein, oder allenfalls unter welchen spezifischen Voraussetzungen?
- b) Besteht eine Auskunftspflicht meinerseits gegenüber dem vom umfassend verbeiständeten Klienten mandatieren Rechtsanwalt?

### III. Erwägungen

1. Der Klient ist umfassend verbeiständet (Art. 398 ZGB). Damit entfällt seine Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen (Art. 398 Abs. 3, Art. 17 ZGB). Fehlt ihm die Handlungsfähigkeit, so kann er sich grundsätzlich rechtsgeschäftlich nicht mehr verpflichten (Art. 12 ZGB e contrario).
2. Vom Grundsatz der Handlungsunfähigkeit umfassend Verbeiständeter gibt es Ausnahmen, nämlich dann, wenn die verbeiständete Person urteilsfähig ist (was bei umfassend Verbeiständeten aufgrund der Verbeiständungsvoraussetzungen gem. Art. 398 ZGB oft nicht der Fall sein dürfte, aber auch nicht ausgeschlossen ist). Soweit Ihr Klient also urteilsfähig ist, kann er gem. Art. 407 ZGB im Rahmen des Personenrechts durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten begründen und höchstpersönliche Rechte ausüben. Diese sogenannte beschränkte Handlungsunfähigkeit ermöglicht dem urteilsfähigen umfassend Verbeiständeten
  - a) **sich mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** rechtsgeschäftlich zu verpflichten oder Rechte aufzugeben (Art. 19 Abs. 1 ZGB),
  - b) **ohne diese Zustimmung** Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens zu besorgen (Art. 19 Abs. 2 ZGB),
  - c) **ohne diese Zustimmung** höchstpersönliche Rechte auszuüben, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verlangt (Art. 19c ZGB), wie das beispielsweise beim Abschluss eines Ehevertrages oder bei der Kindesanerkennung gefordert ist (Art. 184, 260 Abs. 2 ZGB).
3. Der Abschluss einer Anwaltsvollmacht bzw. eines Auftrages an einen Anwalt ist wegen der damit einhergehenden Verpflichtung zur Honorierung des Anwaltes weder nur ein Vorteil noch eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens. Aus diesem Grund ist die Anwaltsvollmacht nur gültig und die Forderung des Anwaltes nur berechtigt, wenn der umfassende Beistand entweder vorgängig oder nachträglich diese Vollmacht genehmigt (Art. 19a ZGB), oder aber wenn die Vollmacht der Wahrung höchstpersönlicher Rechte dient (Art. 19c ZGB; BGer 5A\_194/2011 vom 30. Mai 2011 E. 5).
  - a) Gemäss Art. 19a Abs. 1 ZGB kann die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Vertritt ein Anwalt seine Klientschaft in einem Verfahren, so gelten die diesbezüglichen kantonalen Verfahrensbestimmungen. Gemäss § 36a EG ZGB SZ ist für das Verfahren vor der KESB das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG SZ) anwendbar. § 16 VRPG SZ bestimmt, dass sich durch eine schriftliche Vollmacht auszuweisen habe, wer eine Partei vor der Behörde vertritt. Diese Bestimmung bezieht sich allerdings nur auf Verfahren vor der KESB (z.B. Beschwerde gegen den Beistand nach Art. 419 ZGB) und nicht auch für den Verkehr zwischen der vertretenen Person und dem Beistand, welcher sich nach Art. 406 ZGB gestaltet. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Verbeiständeten und dem Anwalt ist

daher nicht an eine bestimmte Form (namentlich Schriftlichkeit) gebunden, was bedeutet, dass es vom Beistand auch stillschweigend genehmigt werden könnte.

- b) Immer in der Annahme, es handle sich nicht um die Wahrung höchstpersönlicher Rechte, kann demnach die verbeiständete Person unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Beistand dem Anwalt einen Auftrag und eine Vollmacht erteilen, und der Beistand kann diesen Auftrag vorgängig oder nachträglich sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend genehmigen. Stillschweigend (konkludent) erfolgt eine Genehmigung beispielsweise, indem man auf die seitens des Anwaltes vorgetragenen Anliegen eintritt, mit ihm diesbezüglich korrespondiert und ihm beispielsweise Unterlagen liefert oder mit ihm Gespräche führt. Um eine zweifelsfreie Nichtgenehmigung zu manifestieren empfiehlt es sich, dem Anwalt ausdrücklich mitzuteilen, dass man dessen Vollmacht als ungültig erachte und der Klient selbst sich gem. Art. 19 Abs. 1 ZGB ohne Zustimmung seines Beistandes für Nichts verpflichten könne. Aufgrund einer ungültigen Vollmacht darf der Anwalt nicht nur nicht handeln, er kann auch keine Entschädigung für seine Bemühungen verlangen.
- c) Ob es sich um die Wahrung höchstpersönlicher Rechte handle, wenn eine verbeiständete Person Handlungen des Beistandes anfecht, oder ob nur das Verfahren um Anordnung oder Aufhebung einer Beistandschaft zu den höchstpersönlichen Rechten gehöre, ist umstritten. Nach der (restriktiven) bundesgerichtlichen Praxis (BGer 5A\_658/2012 vom 19.12.2012 E. 2.1, zusammengefasst und mit einem kritischen Hinweis versehen von MEIER/HÄBERLI, ZKE 2013, 122 ÜR 35-12) gilt als höchstpersönliches Recht im Sinne von Art. 19c bzw. aArt. 19 Abs. 2 ZGB auch das in aArt. 420 ZGB und geltendem Art. 419 und 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB verankerte Recht der urteilsfähigen Person, gegen die Handlungen des Mandatsträgers und gegen die Beschlüsse der Behörde Beschwerde zu führen, selbst wenn ihr die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist (BGer 5P408/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 1.3.1, publ. in: SJ 2004 I S. 458). Auch zur Einreichung anderer Rechtsmittel wird der urteilsfähige umfassend Verbeiständete (und früher Bevormundete) als befugt erachtet, wenn gerade seine eigene Handlungs- und Prozessfähigkeit in Frage stehen, ansonst er sich gar nicht wirksam gegen die Verneinung seiner Handlungs- und Prozessfähigkeit zur Wehr setzen könnte (BGer 5A\_194/2011 vom 30. Mai 2011 E. 3; BGE 118 Ia 236 E. 3a S. 239 f.; 99 III 4 E. 5 S. 8; BGer 5P214/1996 vom 28. Juni 1996 E. 2, publ. in: Rep. 1996 S. 4 f.). Demgegenüber gilt die Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen nicht als Ausübung höchstpersönlicher Rechte (BGer 5A\_658/2012 vom 19.12.2012 E. 2.1; 5P408/2003 vom 22.12.2003 E. 1.3.1, publ. in: SJ 2004 I S. 458). Will der urteilsfähige umfassend Verbeiständete in einem Prozess seine eigenen Vermögensinteressen durchsetzen, bedarf es daher der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (Art. 19 Abs. 1 ZGB) oder – im Falle eines Interessenkonfliktes zwischen

Verbeiständetem und Beistand – der Ernennung eines Beistandes nach Art. 403 ZGB (BGer 5A\_884/2010 vom 7. Januar 2011 E. 2.1).

Demgegenüber wird in der Lehre für eine erweiterte beschränkte Handlungsunfähigkeit geworben, indem die umfassend verbeiständete, urteilsfähige Person alle Handlungen des Beistandes und der KESB anfechten können solle, unbesehen des Gegenstandes der Streitigkeit (BSK ZGB I-AFFOLTER, Art. 406 N 37; MEIER/HÄBERLI in ZKE 2013 S. 122 f. ÜR 35-13 und ZVW 2004 S. 133 f. ÜR 29-04; BSK ZGB I-GEISER, 4. Aufl., aArt. 420 N 28 ff.). Ob er dazu des Beizugs eines Anwaltes bedarf, ist eine andere Frage. Ist das nicht nötig, liegt eine überflüssige Mandatsführung vor, womit der Anwalt riskiert, dass er nicht entschädigt werden kann (BSK ZGB I-GEISER, 4. Aufl., aArt. 420 N 29). Mithin sollte die Frage, ob sich eine urteilsfähige umfassend verbeiständete Person gegen Handlungen des Beistandes und der KESB zur Wehr setzen könne, nach einem grosszügigen Massstab beurteilt werden (MEIER/HÄBERLI Bemerkung zu BGer 5A\_658/2012 vom 19.12.2012, ZKE 2013 S. 123 unter ÜR 35-13).

4. Es macht einen Unterschied, ob eine verbeiständete Person aus freien Stücken und in Einzelfällen den Handlungen der Beistandsperson und der KESB misstraut und sich dagegen beschwert, oder ob sie sich fortdauernd oder ohne besonderen Anlass von Dritten instrumentalisieren oder manipulieren lässt. Aus pädagogischen Gründen kann es sehr hilfreich sein, in Einzelfällen der verbeiständeten Person sogar zu einer objektiven Beurteilung der beistandschaftlichen Handlungen zu verhelfen und ihr in rechtlich anspruchsvollen Fragen die Zustimmung zum Beizug eines Anwaltes zu erteilen. In einfachen Fällen kann sie sich ohne anwaltliche Hilfe an die KESB als Aufsichtsbehörde wenden (Art. 419 ZGB). Solche Verfahren können durchaus geeignet sein, vertrauensbildend zu wirken, wenn sich der Beistand der Sache nicht widersetzt, sondern das Misstrauen des Klienten respektiert. So können beispielsweise fortdauernde Streitereien um die Höhe des Beitrags zur freien Verfügung (Taschengeld, Art. 409 ZGB) oder um die Grösse einer Wohnung etc. mittels eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens nach Art. 419 ZGB ein für alle Mal einer Klärung zugeführt werden. Das gilt selbstredend nicht mehr, wenn es sich um notorische Beschwerden oder manipulierte Verhalten handelt. In solchen Fällen muss die KESB – sei es durch Nichteintreten auf notorische Beschwerden, sei es durch ein «sich an die Brust nehmen des Verbeiständeten» (paternalistisches Zureden) – ein Machtwort sprechen. Gegebenenfalls muss der Beistand einem Anwalt, der ja letztlich denselben Auftrag hat wie der Beistand, nämlich die Interessen der verbeiständeten Person zu wahren (Art. 406 ZGB), sein Betreuungskonzept darlegen und ihn von der Richtigkeit und vor allem vom dem Beistand zustehenden Ermessen überzeugen und den anwaltlichen Auftrag ausdrücklich nicht billigen (womit eben immer noch offenbleibt, wieweit der urteilsfähige Verbeiständete Aufträge erteilen kann, der Anwalt läuft aber immerhin ein Entschädigungsrisiko, vgl. BSK ZGB I-GEISER 4. Auflage, aArt. 420 N 29; Ziff. 3.c) hievor).

5. Im vorliegenden Fall will die umfassend verbeiständete Person (als jüngstes Beispiel) über den Anwalt Auskunft über die Grundlagen des Budgets und der Mandatsentschädigung. Beides scheinen mir keine Geheimnisse zu sein, beides kann und soll offen kommuniziert werden (Art. 388 Abs. 2, 406 Abs. 1 und 2 ZGB). Beim Budget handelt es sich eben nicht allein um eine Frage der Vermögensverwaltung, sondern auch um eine Frage der persönlichen Lebensgestaltung. Wo die Mittel eng begrenzt sind, gibt es wenig Spielraum, wer aber über Vermögen verfügt, hat – wie nicht Verbeiständete auch – Anspruch auf einen allenfalls entsprechend gehobeneren Lebensstandard. Deshalb scheint es mir unproblematisch, dass eine verbeiständete Person mithilfe eines Anwaltes das Budget des Beistandes einmal kritisch hinterfragt. Vielleicht hilft ja gerade auch die anwaltschaftliche Unterstützung, den Klienten (und hier dessen Eltern!) von der Richtigkeit des beistandschaftlichen Handelns zu überzeugen.

Was die Mandatsentschädigung anbelangt muss sich der Verbeiständete gegebenenfalls gegen den Entscheid der KESB (Art. 404 ZGB) zur Wehr setzen, er hat aber auf jeden Fall Anspruch auf Einsicht in den Aufwand des Beistandes, d.h. die KESB muss ihren Entscheid, weshalb sie welche Entschädigung zuspricht, so begründen, dass sie vom Betroffenen auch angefochten werden kann. Wenn die KESB die Mandatsentschädigung rechtskräftig festgelegt hat, gibt es dagegen keinen Diskussionsstoff mehr mit dem Verbeiständeten oder dessen Anwalt.

6. Damit lassen sich Ihre Fragen wie folgt beantworten:

**a) Kann eine anwaltschaftliche Vertretung seitens des KL mit umfassender Beistandschaft in jedem Fall möglich sein, oder dann unter welchen spezifischen Voraussetzungen.**

Nach der Praxis des Bundesgerichtes (BGer 5A\_658/2012 vom 19.12.2012 in ZVW 2013 S. 122 f. UR 35-13) kann der urteilsfähige umfassend Verbeiständete einen Anwalt beauftragen, die Handlungen des Beistandes und die Entscheide der KESB anzufechten, soweit es nicht allein um vermögensrechtliche Belange (wie beispielsweise den Abschluss eines Erbteilungsvertrages) geht. In der Lehre wird dafür geworben, dem umfassend Verbeiständeten das Recht zur Anfechtung unbesehen des materiellen Gegenstandes der Streitigkeit einzugestehen, soweit der Verbeiständete nicht im Sinne von Art. 69 ZPO offensichtlich nicht imstande ist, den Prozess zu führen. Hier spielt letztlich auch die Sorgfaltspflicht eines beauftragten Rechtsanwaltes mit, welcher kein Mandat annehmen darf, das offensichtlich nicht nötig ist. In Ihrem Fall muss der Anwalt, soweit er durch die Eltern des Verbeiständeten beauftragt worden ist, diesen seine Aufwendungen in Rechnung stellen. Soweit es darum geht, das Budget zu hinterfragen oder sich zur Höhe der Mandatsentschädigung Klarheit zu verschaffen, steht – wenn ein entsprechender Ermessensspielraum besteht und der Klient nicht mittellos ist bzw. aufgrund seines Einkommens ans Existenzminimum gebunden ist – dem Beizug eines Anwaltes aus meiner Sicht nichts entgegen. Das muss selbstverständlich einmalig bleiben, so-

lange sich die Verhältnisse nicht grundlegend verändert haben (z.B. kann sich nach Anfall einer Erbschaft die Bemessungsgrundlage eines Budgets grundlegend verändern). Wenn es in Ausnahmefällen aufgrund der psychischen oder intellektuellen Verfassung eines Verbeiständeten nicht möglich ist, ihn mit dem Vorhandensein eines grösseren Vermögens vertraut zu machen, muss dies dem Anwalt, welcher Akteneinsicht nehmen soll, auch erläutert werden. Wie schon dargelegt, hat ein Anwalt die Interessen des Mandanten zu vertreten, und diese Interessenwahrung kann grundsätzlich in keine andere Richtung gehen als jene des Beistandes.

**b) Besteht eine Auskunftspflicht gegenüber dem vom Klienten mit umfassender Massnahme mandatierten RA.**

Ja, sofern die verbeiständete Person urteilsfähig ist und der Auftrag an den Anwalt rechtsgültig zustande kam (vgl. Ziff. 3 hievor). Dafür spricht auch das den Bestimmungen von Art. 405 und 406 ZGB zugrundeliegende Betreuungskonzept, das auf Transparenz, Kommunikation, Einbezug, Respekt, Rücksichtnahme auf die eigenen Werte und Lebenspläne ausgerichtet ist. Die verbeiständete Person ist nicht an die Wertmassstäbe des Beistandes gebunden, sondern sie kann ihre eigenen zum Tragen bringen, solange diese nicht ihr Wohl in einem Ausmass in Frage stellen, das zur Anordnung der Beistandschaft geführt hat. Damit einher geht allenfalls auch ein dosiertes Mass an Unvernunft, wie es jedem Menschen zusteht.

Wenn ein Verbeiständeter einen Anwalt oder eine Vertrauensperson einbezieht, sollte man dies als Beistand grundsätzlich nicht als Gegnerschaft verstehen, sondern als Hilfe und Unterstützung und allenfalls auch als Chance, widerspenstige Verbeiständete von der Richtigkeit des beistandschaftlichen Handelns zu überzeugen. Wenn alle das Wohl des Schwachen anstreben, sollte dies ja grundsätzlich in dieselbe Richtung gehen.

**c) Ergänzung:**

Anzufügen bleibt noch die Frage nach der Rolle der Eltern. Es ist aufgrund der geschilderten Konstellation nicht auszuschliessen, dass sie ihrer Rolle bereits während ihrer Erziehungspflicht (d.h. bis zum 18. Altersjahr) nur bedingt gewachsen waren. Als Beistand wird man deshalb ihre Rolle gegenüber dem volljährigen Sohn definieren müssen. Familiäre Kontakte sind ja grundsätzlich Ressourcen und Schutzfaktoren, sie können aber auch Quelle oder Mitursache des Problems sein. Deshalb wird sich hier die Frage stellen, welchen Beitrag die Eltern leisten können, damit ihr Sohn autonom und glücklich wird. Vielleicht drängen sich konkrete Umgangsregeln – allenfalls auch unter Beizug des beauftragten Anwaltes – auf, damit sie nicht zum Störfaktor, sondern zu einer guten Stütze werden. Sind sie dazu ausserstande, wird man versuchen müssen, die ausserfamiliären sozialen Kontakte des Klienten zu intensivieren und zu stärken, was selbstverständlich von einem Beistand nur sehr bedingt beeinflussbar ist.