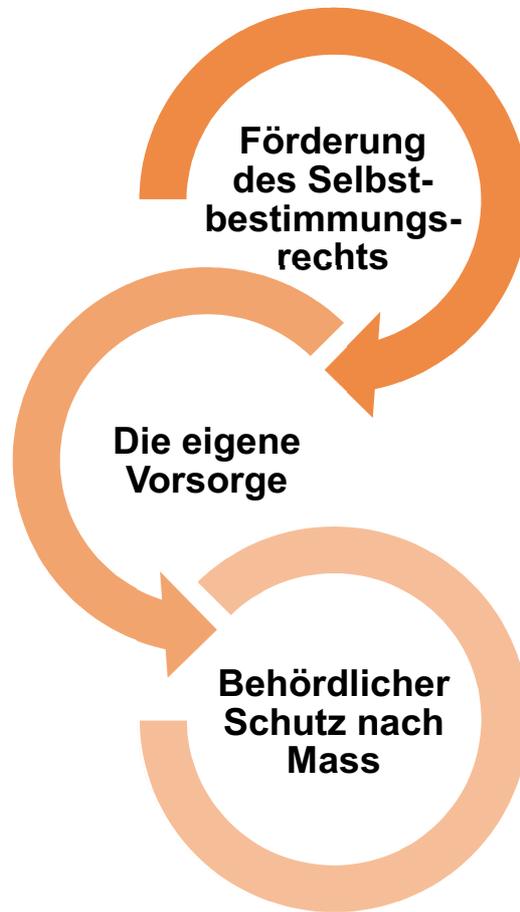


Der Vorsorgeauftrag



Im Spannungsfeld zwischen Gesetz und Praxis

Eine qualitative Forschungsarbeit zu den Möglichkeiten
und Grenzen eines Vorsorgeauftrages

Bachelor Arbeit der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit

Januar 2019

Nadja Künzler & Susanne Stähli

Bachelor-Arbeit

Ausbildungsgang Sozialarbeit

Kurs TZ 2014-2019

Kurs VZ 2015-2019

Name/n

Künzler Nadja

Stähli Susanne

Der Vorsorgeauftrag – Im Spannungsfeld zwischen Gesetz und Praxis

**Eine qualitative Forschungsarbeit zu den
Möglichkeiten und Grenzen eines Vorsorgeauftrages**

Diese Bachelor-Arbeit wurde im Januar 2019 eingereicht zur Erlangung des vom Fachhochschulrat der Hochschule Luzern ausgestellten Diploms für **Sozialarbeit**.

Diese Arbeit ist Eigentum der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit. Sie enthält die persönliche Stellungnahme des Autors/der Autorin bzw. der Autorinnen und Autoren.

Veröffentlichungen – auch auszugsweise – bedürfen der ausdrücklichen Genehmigung durch die Leitung Bachelor.

Reg. Nr.:

Originaldokument gespeichert auf LARA – Lucerne Open Access Repository and Archive der Zentral- und Hochschulbibliothek Luzern



Dieses Werk ist unter einem
Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 3.0 Schweiz Lizenzvertrag
lizenziert.

Um die Lizenz anzuschauen, gehen Sie bitte zu <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ch/>
Oder schicken Sie einen Brief an Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California
95105, USA.

Urheberrechtlicher Hinweis

Dieses Dokument steht unter einer Lizenz der Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle
Nutzung-Keine Bearbeitung 3.0 Schweiz <http://creativecommons.org/>

Sie dürfen:



Teilen — das Material in jedwedem Format oder Medium vervielfältigen und weiterverbreiten
Zu den folgenden Bedingungen:



Namensnennung — Sie müssen angemessene Urheber- und Rechteangaben machen, einen Link zur
Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Diese Angaben dürfen in jeder
angemessenen Art und Weise gemacht werden, allerdings nicht so, dass der Eindruck entsteht, der Lizenzgeber
unterstütze gerade Sie oder Ihre Nutzung besonders.



Nicht kommerziell — Sie dürfen das Material nicht für kommerzielle Zwecke nutzen.



Keine Bearbeitungen — Wenn Sie das Material remixen, verändern oder darauf anderweitig direkt
aufbauen dürfen Sie die bearbeitete Fassung des Materials nicht verbreiten.
Im Falle einer Verbreitung müssen Sie anderen die Lizenzbedingungen, unter welche dieses Werk fällt,
mitteilen.

Jede der vorgenannten Bedingungen kann aufgehoben werden, sofern Sie die Einwilligung des Rechteinhabers
dazu erhalten.

Diese Lizenz lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte nach Schweizer Recht unberührt.

Eine ausführliche Fassung des Lizenzvertrags befindet sich unter <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ch/legalcode.de>

Vorwort der Schulleitung

Die Bachelor-Arbeit ist Bestandteil und Abschluss der beruflichen Ausbildung an der Hochschule Luzern, Soziale Arbeit. Mit dieser Arbeit zeigen die Studierenden, dass sie fähig sind, einer berufsrelevanten Fragestellung systematisch nachzugehen, Antworten zu dieser Fragestellung zu erarbeiten und die eigenen Einsichten klar darzulegen. Das während der Ausbildung erworbene Wissen setzen sie so in Konsequenzen und Schlussfolgerungen für die eigene berufliche Praxis um.

Die Bachelor-Arbeit wird in Einzel- oder Gruppenarbeit parallel zum Unterricht im Zeitraum von zehn Monaten geschrieben. Gruppendynamische Aspekte, Eigenverantwortung, Auseinandersetzung mit formalen und konkret-subjektiven Ansprüchen und Standpunkten sowie die Behauptung in stark belasteten Situationen gehören also zum Kontext der Arbeit.

Von einer gefestigten Berufsidentität aus sind die neuen Fachleute fähig, soziale Probleme als ihren Gegenstand zu beurteilen und zu bewerten. Sozialarbeiterisches Denken und Handeln ist vernetztes, ganzheitliches Denken und präzises, konkretes Handeln. Es ist daher nahe liegend, dass die Diplomandinnen und Diplomanden ihre Themen von verschiedenen Seiten beleuchten und betrachten, den eigenen Standpunkt klären und Stellung beziehen sowie auf der Handlungsebene Lösungsvorschläge oder Postulate formulieren.

Ihre Bachelor-Arbeit ist somit ein wichtiger Fachbeitrag an die breite thematische Entwicklung der professionellen Sozialen Arbeit im Spannungsfeld von Praxis und Wissenschaft. In diesem Sinne wünschen wir, dass die zukünftigen Sozialarbeiterinnen mit ihrem Beitrag auf fachliches Echo stossen und ihre Anregungen und Impulse von den Fachleuten aufgenommen werden.

Luzern, im Januar 2019

Hochschule Luzern, Soziale Arbeit
Leitung Bachelor

Abstract

Nadja Künzler und Susanne Stähli widmen sich mit der vorliegenden Forschungsarbeit dem Spannungsfeld eines Vorsorgeauftrages, welches sich aufgrund der gesetzlichen Vorgaben und der Praxis ergeben kann. Als Instrument des neuen Erwachsenenschutzrechts hat der Vorsorgeauftrag zum Ziel, dass erwachsene Personen für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit ihre persönliche, rechtliche und finanzielle Vertretung regeln können. Die Selbstbestimmung soll gefördert werden.

Unter dem Titel «Der Vorsorgeauftrag – Im Spannungsfeld zwischen Gesetz und Praxis» befassen sich die Autorinnen in dieser Bachelorarbeit mit den rechtlichen Grundlagen und erklären wichtige Aspekte, wie z.B. Urteilsunfähigkeit, Selbstbestimmung oder Selbstbindung. Ebenso werden die möglichen Alternativen zum Vorsorgeauftrag erklärt.

Im Forschungsteil werden die Vorstellungen und der Wissensstand des Zielpublikums, welche mittels Interviews erfasst wurden, dargestellt und ausgewertet. Die Umgehung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde KESB mit Hilfe eines Vorsorgeauftrages war ein zentrales Thema der befragten Personen. Mit Fachpersonen fand ein Erfahrungsaustausch statt. Dabei haben die Autorinnen festgestellt, dass in der Praxis die gesetzlichen Vorgaben mit den Bedürfnissen der Menschen kollidieren. Diese Diskrepanzen werden dargestellt und erörtert.

Damit der Vorsorgeauftrag sein Ziel einer selbstbestimmten Fremdbestimmung erreichen kann, wird dieser in den Kontext der Sozialen Arbeit gebracht und es werden Empfehlungen für die professionelle Beratung zum Vorsorgeauftrag abgeleitet.

Die vorliegende Arbeit leistet einen Beitrag, sich im komplexen Gebiet der eigenen Vorsorge zurecht zu finden.

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis.....	2
Tabellenverzeichnis.....	2
1. Einleitung	3
1.1 Vorwort und Danksagung.....	3
1.2 Ausgangslage	4
1.3 Fragestellung und Ziel.....	8
1.4 Aufbau der Arbeit.....	9
1.5 Berufsrelevanz und Adressatenschaft.....	10
2. Der Vorsorgeauftrag als Instrument der eigenen Vorsorge.....	11
2.1 Rechtliche Grundlagen des Vorsorgeauftrages.....	12
2.1.1 Grundsatz	12
2.1.2 Errichtung und Widerruf	14
2.1.3 Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages und Validierung	16
2.1.4 Erfüllung des Vorsorgeauftrages durch die beauftragte Person	17
2.1.5 Entschädigung und Spesen	17
2.1.6 Ende des Vorsorgeauftrages.....	18
2.1.7 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde.....	19
2.1.8 Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit	20
2.2 Aspekte des Vorsorgeauftrages.....	20
2.2.1 Erwachsenenschutz.....	21
2.2.2 Urteilsunfähigkeit	23
2.2.3 Selbstbestimmung	25
2.2.4 Eignung von eingesetzten Personen.....	27
2.2.5 Interessenkollision und persönliche Rechte	29
2.2.6 Selbstbindung	31
2.3 Alternativen zum Vorsorgeauftrag.....	32
2.3.1 Die gesetzlichen Vertretungsrechte als Massnahmen von Gesetzes wegen.....	32
2.3.2 Die behördlichen Massnahmen.....	34
2.4 Fazit.....	35
3. Methodisches Vorgehen für die Forschung	37
3.1 Forschungsdesign.....	38
3.2 Ziel der Forschung	39
3.3 Stichprobe.....	40
3.4 Datenerhebung	42

3.5 Datengewinnung	42
3.6 Datenauswertung	43
4. Forschungsergebnisse	44
4.1 Interviews mit Privatpersonen	44
4.2 Erfahrungsaustausch Erwachsenenschutzexpertinnen und -experten	46
4.3 Experteninterview	50
5. Diskussion	58
5.1 Diskussion aus den Befragungen	58
5.2 Zusammenarbeit diverser Akteure	65
5.3 Fazit	67
6. Der Vorsorgeauftrag im Kontext der professionellen sozialarbeiterischen Beratung	68
6.1 Berufliche Schlussfolgerung	68
6.2 Handlungsleitende Empfehlungen für die Beratung zum Vorsorgeauftrag	74
7. Beantwortung der Fragestellung, persönliche Stellungnahme und Ausblick	79
7.1 Beantwortung der Fragestellung	79
7.2 Persönliche Stellungnahme	83
7.3 Ausblick	87
8. Quellenverzeichnis	89

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Teilbereiche des Erwachsenenschutzes (eigene Darstellung)	11
Abbildung 2: Das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ (Peter Wührich, 2013, S. 12)	24
Abbildung 3: Methodisches Vorgehen (eigene Darstellung)	38
Abbildung 4: Motivation für das Erstellen eines Vorsorgeauftrages (eigene Darstellung)	39
Abbildung 5: Involvierte Akteure (eigene Darstellung)	65
Abbildung 6: Möglichkeiten und Grenzen (eigene Darstellung)	67
Abbildung 7: Interdisziplinäre Zusammenarbeit (eigene Darstellung)	72

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Kategorie 1: Personen mit oder ohne Vorsorgeauftrag	41
Tabelle 2: Kategorie 2: Fachexpertinnen und Fachexperten	41
Tabelle 3: Kategorien für Leitfaden	43
Titelbild: eigene Darstellung	

Diese Bachelorarbeit wurde von den Autorinnen Nadja Künzler und Susanne Stähli gemeinsam verfasst.

1. Einleitung

1.1 Vorwort und Danksagung

Die Autorinnen der vorliegenden Arbeit schliessen ihren Bachelor-Studiengang in Richtung Sozialarbeit im Februar 2019 ab. Beide sind bereits als Sozialarbeiterinnen tätig und in ihrer Arbeit immer wieder mit dem Thema der Selbstbestimmung konfrontiert. Die Selbstbestimmung ist für die Klientinnen und Klienten zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit wichtig und gilt als besonders schützens- und erhaltenswert. Die Selbstbestimmung als Teil der Grund- und Menschenrechte ist für die Soziale Arbeit ein relevantes Thema. Menschen wollen und sollen ihr Leben selbstbestimmt in die Hand nehmen. Die Soziale Arbeit fördert und ermächtigt Menschen, ihr Wohlbefinden zu stärken (AvenirSocial, 2014). Dazu gehört in besonderen Lebenslagen auch die Gratwanderung zwischen Selbstbestimmung und Schutz, welche von Klientinnen und Klienten manchmal auch als Fremdbestimmung wahrgenommen wird. Leider ist es nicht immer möglich, ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Ein Unfall oder eine Krankheit können in einem bisher selbstbestimmt geführten Leben dazu führen, dass Schutz und Hilfe notwendig werden. Wie dieser Schutz oder diese Hilfe aussehen soll, darüber herrschen unterschiedliche Ansichten. Vom Gesetzgeber wurde für den besonderen Fall einer möglichen Urteilsunfähigkeit ein Instrument geschaffen, mit welchem im Vorfeld selbstbestimmte Vorkehrungen getroffen werden können. Mit dem Erstellen eines Vorsorgeauftrages kann bei einer späteren Urteilsunfähigkeit Selbstbestimmung möglich sein. Die Autorinnen werden sich in dieser Arbeit mit dem Vorsorgeauftrag als Möglichkeit der selbstbestimmten Fremdbestimmung auseinandersetzen und aufzeigen, wieviel Selbstbestimmung im Rahmen des Gesetzgebers tatsächlich möglich ist und wieviel Fremdbestimmung vorhanden ist.

An dieser Stelle möchten wir die Gelegenheit nutzen, uns bei allen herzlich zu bedanken, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Unser Dank gilt den interviewten Personen, welche sich die Zeit genommen haben, unsere Fragen zu beantworten. Auch bei den Fachstellen und den Expertinnen und Experten, wie auch bei den beteiligten Dozenten der Hochschule Luzern - Soziale Arbeit bedanken wir uns herzlich. Die Auseinandersetzung fand auf diversen Ebenen statt und hat massgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ein herzlicher Dank geht auch an die Lektorinnen und Lektoren und unsere Familien, die stets Verständnis und Geduld für uns und unsere Arbeit hatten.

1.2 Ausgangslage

Mit der Revision des Vormundschaftsrechts aus dem Jahr 1907 wurde das neue Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz als letzter Teil des Familienrechts im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 360-456 ZGB, 1907) errichtet und am 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt. Die wichtigsten Gründe, welche den Bundesrat zu dieser Reform veranlasste, sind:

- Die Gesellschaft und das Weltbild haben sich seit Mitte des letzten Jahrhunderts massiv gewandelt;
- Das Selbstbestimmungsrecht hatte einen viel geringeren Stellenwert als heute;
- Der Massnahmenkatalog im alten Vormundschaftsrecht war zu starr. Der einzelnen Person und dem Verhältnismässigkeitsprinzip konnte nicht genügend Rechnung getragen werden (Sicherheits- und Justizdirektion des Kantons Freiburg, 2013).

Die Autorinnen werden auf die Veränderungen, welche vom alten zum neuen Recht stattfanden, nicht eingehen. Dies wurde schon durch andere Bachelorarbeiten aufgezeigt.

Mit der Revision des erwähnten Gesetzes wurden die bisherigen, meist kommunal oder gerichtlich organisierten Vormundschaftsbehörden durch regionale oder kantonale Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (nachfolgend KESB) ersetzt. Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes sollen bei einer Fachbehörde konzentriert werden (Bundesamt für Justiz, 2006, 7004). Diese Professionalisierung der neuen Behörde zog im Vergleich zum alten Vormundschaftsrecht eine Anonymisierung nach sich. Waren es im alten Vormundschaftsrecht rund 1'500 Vormundschaftsbehörden, sind nach der Professionalisierung noch 146 Behörden tätig (Christoph Häfeli, 2016, S. 21-22). Als Folge kann von einer „Distanz“ zwischen der neuen Behörde und den Bürgerinnen und Bürgern gesprochen werden. Das grosse mediale Interesse an der KESB und die entsprechende kritische und eher negative Berichterstattung tragen dazu bei, dass viele Bürgerinnen und Bürger verunsichert sind und die KESB seit Einführung des neuen Gesetzes möglichst meiden wollen.

Die Grundlagen zum neuen Erwachsenenschutzrecht finden sich im Gesetz Art. 360-456 ZGB. Daneben sind diverse Kommentare und zahlreiche Literatur zum neuen Erwachsenenschutzrecht zu finden und erste Erfahrungen wurden seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes gemacht. Das neue Erwachsenenschutzrecht gibt Anlass zu Kritik. Es gilt unter anderem als zu bürokratisch und die Behörde als zu kontrollwütig (Schweizerische Eidgenossenschaft, 2017, S. 67). Eine Gesetzesrevision mit solch einer Dimension zieht

unweigerlich Unsicherheiten nach sich und eine einheitliche Praxis in der Umsetzung zu entwickeln benötigt Zeit.

Christoph Häfeli, Mitglied der Expertengruppe für den Vorentwurf und den Grundlagenbericht, hat ein Jahr nach dem Inkrafttreten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz eine erste Zwischenbilanz erstellt (2013). Häfeli verdeutlichte die Verwirklichung der Selbstbestimmung mittels gesetzlicher Grundlage, wies jedoch auch auf die möglichen Spannungsverhältnisse zwischen Erwartungen von Angehörigen, der Gesellschaft und den individuellen Interessen des Einzelnen hin. Die Selbstbestimmung könne durch die neu geschaffenen Rechtsinstitute, dem Vorsorgeauftrag und der Patientenverfügung, massgeblich gefördert werden (Häfeli, 2016, S. 41 ff.) und solle auch das Subsidiaritätsprinzip festigen. Die Autorinnen werden in dieser Arbeit auf die Patientenverfügung als Mittel zur Selbstbestimmung nicht eingehen. Es wird aber darauf hingewiesen, dass die Patientenverfügung ein weiterer Teil der neu geschaffenen Instrumente zur eigenen Vorsorge darstellt.

Unterschiedliche Handhabungen und Auslegungen des neuen Rechts haben dazu geführt, dass die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES, ohne Datum, a) in Zusammenarbeit mit verschiedenen Interessenverbänden und als Verbindungsorgan zwischen den kantonalen Aufsichtsbehörden zahlreiche Merkblätter und Empfehlungen erarbeitet hat.

Eines der Ziele des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes war es, mit Hilfe des neuen Rechtsinstituts, dem Vorsorgeauftrag, das Selbstbestimmungsrecht zu fördern (Bundesamt für Justiz, 2006, 7002):

„Mit einem Vorsorgeauftrag soll eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person bezeichnen können, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge übernehmen oder sie im Rechtsverkehr vertreten soll.“

Der Vorsorgeauftrag wird als Teil einer sicheren und lebensnahen Gesamtlösung vom Gesetzgeber angepriesen:

„Selbstwahl einer Person des Vertrauens als Vertretung bei sämtlichen rechtlichen Angelegenheiten und als Kontaktperson für das persönliche

Wohlergehen sowie eine weitgehende Verhinderung von behördlichem Eingreifen.“ (Pro Senectute Schweiz, 2017a)

Damit ein Vorsorgeauftrag in Kraft treten und verwendet werden kann, müssen einerseits formale Vorgaben eingehalten werden und andererseits muss die Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person gegeben sein. Bei beidem ist die KESB die neue Fachbehörde, die diese Voraussetzungen prüft (KESB Kanton Zürich, 2016).

Die Bekanntmachung der verschiedenen Vorsorgemöglichkeiten war Thema zweier Bachelorarbeiten, auf welche sich die beiden Autorinnen, neben zahlreicher anderer Literatur, beziehen. Ramona Christen und Anika Schwenk (2016) beantworteten die Frage, ob die Soziale Arbeit einen Auftrag hat, die neuen Instrumente bekannt zu machen und erforschten, wie und durch wen diese Instrumente bekannt gemacht werden können. Grob zusammengefasst kamen Christen und Schwenk zu dem Schluss, dass in der Bevölkerung ein Informationsdefizit herrsche und die Soziale Arbeit diesbezüglich einen Auftrag habe (2016, S. 88). Monika Jufer und Yvonne Omlin (2014) kamen mit der ebenfalls ähnlich gestellten Frage, ob die Soziale Arbeit einen Auftrag betreffend neuer Vorsorgeinstrumente habe, zum selben Schluss. Christen und Schwenk erwähnten zudem, dass die ablehnende Haltung der Bevölkerung gegenüber der KESB hinderlich sei, um sich mit dem Vorsorgeauftrag auseinanderzusetzen (2016, S. 89). Sie fanden es wünschenswert, wenn eine Grossbefragung zur Kenntnis des Vorsorgeauftrages in der Bevölkerung stattfinden würde (Christen & Schwenk, 2016, S. 91). Jufer und Omlin wiesen darauf hin, dass die Sensibilisierung in den Kinderschuhen stecke (2014, S. 75 ff.) und dass es notwendig sei, Qualitätskriterien in der Sozialen Arbeit zu erschaffen um die nötigen Kompetenzen zur professionellen Beratung des Vorsorgeauftrages in Bezug auf die Selbstbestimmung über die Urteilsunfähigkeit hinaus zu gewähren. Die beiden Arbeiten wurden kurz nach der Einführung des neuen Erwachsenenschutzrechts geschrieben.

Eine Grossbefragung zur Kenntnis des Vorsorgeauftrages erfolgte im Sommer 2017 durch die Pro Senectute Schweiz (2017b). Es wurde eine quantitative Befragung zur persönlichen Vorsorge in Auftrag gegeben. Zur persönlichen Vorsorge hat die Pro Senectute Schweiz sowohl den Vorsorgeauftrag wie auch die Patientenverfügung untersucht. Da sich die vorliegende Arbeit nur mit dem Vorsorgeauftrag befasst, werden die Ergebnisse zur Patientenverfügung nicht erwähnt.

Die Studie ist für die Schweiz repräsentativ. Es wurden 1'200 Interviews durchgeführt mit folgenden Ergebnissen:

- Von den 1'200 befragten Personen gaben knapp die Hälfte an, die Möglichkeit zur Erstellung eines Vorsorgeauftrages zu kennen. Von diesen knapp 50% kennen 23% diesen sehr gut, 25% haben schon davon gehört;
- Der Vorsorgeauftrag ist in der Deutschschweiz bekannter als im Tessin oder der Westschweiz;
- Jüngere Befragte (18-39 J.) kennen den Vorsorgeauftrag signifikant schlechter als die Altersgruppe über 40 Jahren;
- Etwa jede zehnte befragte Person hat einen Vorsorgeauftrag erstellt, und die Wahrscheinlichkeit, einen Vorsorgeauftrag zu erstellen, steigt mit zunehmendem Alter.

Seit der Einführung des neuen Erwachsenenschutzrechts sind zahlreiche Artikel im Internet oder in der Tagespresse zu finden, welche die Unzufriedenheit der Bevölkerung gegenüber der KESB thematisieren. Der Unmut in der Bevölkerung gegenüber der KESB ist gross. Er ist so gross, dass ein Komitee KESB-Initiative (ohne Datum) gegründet wurde. Die Initiative verfolgt das Ziel, die Bundesverfassung zu ändern, um sicherzustellen, dass *"Familien und insbesondere auch Familienbetriebe und Unternehmen gegen unverhältnismässige Eingriffe von Behörden geschützt werden."* Das Komitee verfolgt das Ziel, dass eigenständig bestimmt werden kann, wer sich im Falle einer Urteilsunfähigkeit um das Vermögen und die Betreuung kümmert.

Die Konferenz für Kinder und Erwachsenenschutz (KOKES, ohne Datum, b) nimmt im Mai 2018 zu der Initiative in einer Medienmitteilung wie folgt Stellung:

"Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden KESB sind Notfalldienste für Menschen, die Hilfe und Unterstützung brauchen. Familienmitglieder werden bereits heute von Gesetzes wegen in die Entscheidungsfindung der KESB eingebunden. Sie werden, wenn möglich, als Beistände eingesetzt und vertreten ihre Nächsten, wenn diese urteilsunfähig werden. Die Volksinitiative «Eigenständiges Handeln in Familien und Unternehmen» bringt keine einzige Verbesserung mit sich, sondern verschlechtert vielmehr den Schutz von hilfsbedürftigen Kindern und Erwachsenen."

Diese Ausgangslage gibt Anlass zu offenen Fragen und hat die Autorinnen zu den nachfolgenden Fragen geführt.

1.3 Fragestellung und Ziel

Der Vorsorgeauftrag gibt die Möglichkeit, das Selbstbestimmungsrecht im Fall einer künftigen Urteilsunfähigkeit zu regeln. Um die Möglichkeiten des Vorsorgeauftrages richtig nutzen zu können, braucht es fundierte Kenntnisse über die rechtlichen Grundlagen, über Aspekte, welche eng mit dem Vorsorgeauftrag verbunden sind, sowie über das gesamte Verfahren zum Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit. Dieses Wissen ist zentraler Bestandteil für die Beratung des Vorsorgeauftrages und dient der Aufklärung und der Hilfestellung beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages. Die vorliegenden Sachverhalte bilden die Grundlage für die relevanten Fragestellungen dieser Arbeit:

a) *Der Vorsorgeauftrag als Instrument der eigenen Vorsorge – Welches sind die rechtlichen Grundlagen und Aspekte?*

Die Autorinnen werden die rechtlichen Grundlagen, welche die Rahmenbedingungen bestimmen, ausführlich darlegen. Gleichzeitig gibt es Aspekte, die eng mit dem Vorsorgeauftrag zusammenhängen und zu beachten sind. Diese werden aufgegriffen und erläutert.

b) *Selbstbestimmte Fremdbestimmung – Welches sind die Möglichkeiten und Grenzen des Vorsorgeauftrages?*

Menschen erstellen einen Vorsorgeauftrag, um für den Fall einer möglichen Urteilsunfähigkeit selbstbestimmt vorzusorgen. Was bedeutet diese selbstbestimmte Vorsorge? Welche Möglichkeiten hält sie bereit und inwiefern sind ihr auch Grenzen gesetzt? Die Antworten zu diesen Fragen erforschen die Autorinnen mit Hilfe der Befragungen.

c) *Der Vorsorgeauftrag im Kontext der professionellen sozialarbeiterischen Beratung*

Die Legitimation und die Bedeutung der Beratung in Bezug auf den Vorsorgeauftrag im Berufsfeld der Sozialarbeit wird von den Autorinnen dargestellt.

In den fünf Jahren seit der Einführung des Vorsorgeauftrages konnten erste Erfahrungen gesammelt werden. Die vorliegende Arbeit soll einen Einblick in die Selbstbestimmung mit Hilfe des neuen Rechtsinstituts, dem Vorsorgeauftrag, bieten. Die Möglichkeiten und die Grenzen, die die selbstbestimmte Vorsorge haben kann, sollen aufgezeigt werden.

1.4 Aufbau der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in eine Einleitung, einen Theorie- und einen Forschungsteil sowie in eine berufliche Schlussfolgerung mit handlungsleitenden Empfehlungen.

Der Theorieteil in Kapitel 2 dient der Beantwortung der Frage a). Die rechtlichen Grundlagen werden erklärt. Es wird insbesondere auf die gesetzlichen Grundlagen in Art. 360-369 ZGB eingegangen und diese detailliert analysiert. Um einen gültigen Vorsorgeauftrag errichten zu können, müssen verschiedene gesetzliche Vorgaben eingehalten werden. Diese Punkte werden umschrieben und erörtert. Im Unterkapitel der Aspekte des Vorsorgeauftrages werden verschiedene Fachbegriffe, die im Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag wichtig sind, detailliert erklärt und definiert. Dabei wird einerseits auf die gesetzliche Grundlage und andererseits auf den aktuellen Wissensstand abgestützt. Die gesetzlichen und behördlichen Massnahmen werden in dieser Arbeit als Alternativen zum Vorsorgeauftrag beschrieben.

Aus den rechtlichen Grundlagen und den Aspekten des Vorsorgeauftrages ergeben sich in Kapitel 3 das methodische Vorgehen für die Forschung mit der dazu gehörenden Forschungsfrage, welche zur Beantwortung der Frage b) führt. Die Autorinnen klären die Möglichkeiten und Grenzen, die sich bei einem Vorsorgeauftrag ergeben können. Die Ergebnisse aus den Gesprächen mit Fachpersonen von Beratungsstellen oder Behörden und die Umfrage bei Adressatinnen und Adressaten werden in Kapitel 4 dargestellt. In einer ausführlichen Diskussion werden in Kapitel 5 die Ergebnisse aus den Befragungen analysiert und erläutert.

Aus der Zusammenfassung der rechtlichen Grundlagen, der Beschreibung der Aspekte, der bisherigen Ausgangslage und aus den Befragungen der Fach- und Privatpersonen wird im Kapitel 6 eine Schlussfolgerung für die Sozialarbeit gezogen und handlungsleitende Empfehlungen abgegeben. Dieses Kapitel dient der Darstellung der Legitimation und der Bedeutung der Beratung in Bezug auf den Vorsorgeauftrag im Berufsfeld der Sozialarbeit c).

Abgerundet wird die Arbeit im Kapitel 7 mit einer persönlichen Stellungnahme der Autorinnen sowie einem Ausblick.

1.5 Berufsrelevanz und Adressatenschaft

Mit dem neuen Erwachsenenschutzgesetz soll das Selbstbestimmungsrecht gefördert werden. Die Selbstbestimmung in Anspruch zu nehmen und die Folgen einer möglichen eigenen Urteilsunfähigkeit zu planen, kann für Menschen jeglichen Alters eine grosse Herausforderung darstellen, welche nicht in jedem Fall alleine bewältigt werden kann. Gemäss Pia Gabriel-Schärer (2016, S. 6) bewegt sich die professionelle Soziale Arbeit im Spannungsfeld der verschiedenen Ansprüche von Individuum und Gesellschaft. Gabriel-Schärer meint, sozialarbeiterische Beratung könne dazu beitragen, dass Klientinnen und Klienten der Umgang mit alltäglichen Herausforderungen besser gelinge. Zudem sollen Sozialarbeitende gemäss Beat Schmocker (2011) das Ziel verfolgen, mit systematischem Wissen professionelle Unterstützung, Anleitung und fördernde Massnahmen zu entwickeln, und ihre Methoden durch Reflexion und Evaluation zu verfeinern (S. 20).

Die vorliegende Arbeit liefert erweitertes Wissen und fundierte Informationen über den Vorsorgeauftrag. Sie dient als informelle Grundlage für Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter und weitere interessierte Kreise, um beispielsweise ihre Klientinnen und Klienten umfassend über die rechtlichen Grundlagen, die Möglichkeiten und die Grenzen des Vorsorgeauftrages beraten zu können. Die Beratung im Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag erfüllt einerseits einen wichtigen Bestandteil des neuen Gesetzes und andererseits kann sie den Klientinnen und Klienten helfen, sich dieser Herausforderung zu stellen. Zudem bietet die Arbeit die Möglichkeit zur allgemeinen Wissenserweiterung zum komplexen Thema Vorsorgeauftrag. Damit ist die Relevanz dieser Arbeit für die Profession gegeben.

2. Der Vorsorgeauftrag als Instrument der eigenen Vorsorge

Der Erwachsenenschutz als Teil des Familienrechts umfasst die drei Teilbereiche eigene Vorsorge, Massnahmen von Gesetzes wegen und behördliche Massnahmen. Diese kommen in der Reihenfolge der Aufzählung im jeweiligen Einzelfall zur Anwendung.

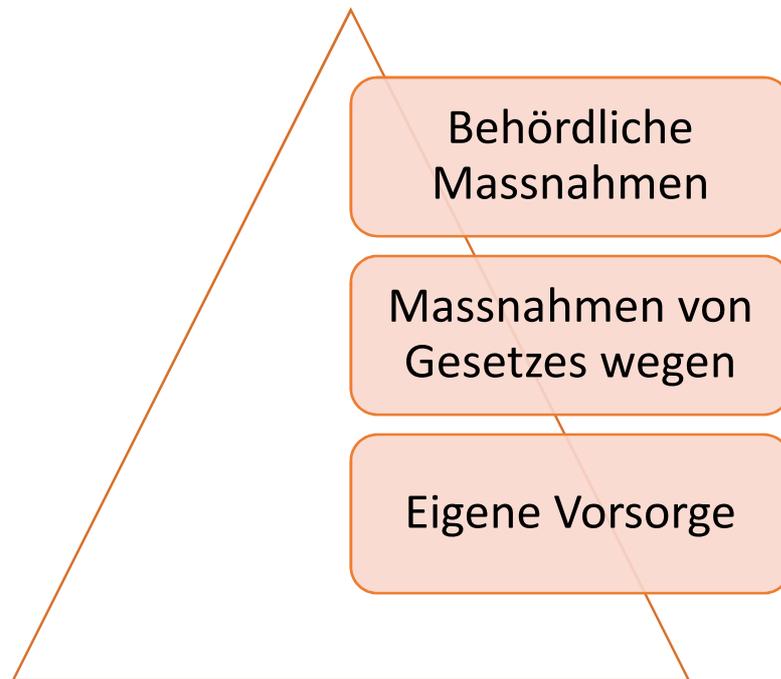


Abbildung 1: Teilbereiche des Erwachsenenschutzes (eigene Darstellung)

Um die Bedeutung und den Inhalt des Vorsorgeauftrages als Teil des Erwachsenenschutzes näher darzulegen, werden die Autorinnen in diesem Kapitel zuerst die eigene Vorsorge mit dem Instrument des Vorsorgeauftrages nach dessen Rechtsgrundlagen aufgliedern. Anschliessend werden Aspekte des Vorsorgeauftrages, welche relevant sind und den Vorsorgeauftrag direkt betreffen, erläutert und näher darauf eingegangen. Der Vorsorgeauftrag wurde vom Gesetzgeber als Instrument zu mehr Selbstbestimmung geschaffen und ist aus diesem Grund im Zusammenhang mit dem Erwachsenenschutz zu verstehen. Erst wenn die eigene Vorsorge nicht vorhanden ist, werden Massnahmen von Gesetzes wegen oder behördliche Massnahmen eingeleitet. Die Zusammenhänge zwischen dem bestehenden Recht und den dazugehörenden Aspekten werden in einem Fazit zum Ende des Kapitels aufgezeigt.

2.1 Rechtliche Grundlagen des Vorsorgeauftrages

Die rechtlichen Grundlagen des Vorsorgeauftrages finden sich im Schweizerischen Zivilgesetzbuch:

- Dritte Abteilung: **Der Erwachsenenschutz**
- Zehnter Titel: **Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen**
- Erster Abschnitt: **Die eigene Vorsorge**
- Erster Unterabschnitt: **Der Vorsorgeauftrag**

Diese rechtlichen Grundlagen sind gemäss Art. 1 ZGB nach ihrem Wortlaut oder deren Auslegung anzuwenden. Sofern keine Vorschrift dem Gesetz entnommen werden kann, entscheidet das Gericht nach Gewohnheitsrecht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB. Die rechtlichen Grundlagen sind seit 1. Januar 2013 in Kraft, die Auslegung kann entsprechend zu noch vielen offenen Fragen führen. Aus diesem Grund sind zahlreiche Ausführungen und Gesetzeskommentare erschienen. Sie bieten Hilfe für die Anwendung des neuen Gesetzes und werden in diese Arbeit miteinbezogen. Gesamtzusammenhänge können so besser verstanden werden.

2.1.1 Grundsatz

Art. 360 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches definiert als Grundsatz Folgendes:

¹Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten.

²Sie muss die Aufgaben, die sie der beauftragten Person übertragen will, umschreiben und kann Weisungen für die Erfüllung der Aufgaben erteilen.

³Sie kann für den Fall, dass die beauftragte Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, Ersatzverfügungen treffen.

Wird dieser Gesetzesartikel detailliert betrachtet, sind die Begriffe der Handlungsfähigkeit und der Urteilsunfähigkeit näher zu definieren und es ist zu klären, was unter Personensorge, Vermögenssorge und Vertretung im Rechtsverkehr zu verstehen ist. Art. 12 ZGB definiert, dass wer handlungsfähig ist, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten

begründet. Für die Handlungsfähigkeit muss die Person gemäss Art. 13 ZGB volljährig und urteilsfähig sein. Die Volljährigkeit ist mit der Vollendung des 18. Lebensjahres erreicht (Art. 14 ZGB). Art. 16 ZGB umschreibt, dass jede Person urteilsfähig ist, welche nicht infolge ihres Kindesalters, infolge einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. Das vernunftgemässe Handeln wird dabei nicht von einem bestimmten Alter, sondern von der Kompetenzfähigkeit der einzelnen Person abhängig gemacht. Sie kann ihren Willen bilden und ist fähig, diesen Willen konkret zu steuern und umzusetzen (Christiana Fountoulakis & Daniel Rosch, 2016a, S. 34 ff.). Grundsätzlich wird von der Urteilsfähigkeit ausgegangen, andernfalls muss das Gegenteil bewiesen werden. Die Person darf zudem nicht unter einer umfassenden Beistandschaft stehen, ansonsten ist die Handlungsfähigkeit gemäss Art. 17 ZGB nicht gegeben. Die Autorinnen gehen in Kapitel 2.2.2 näher auf die Urteilsunfähigkeit ein.

Art. 360 Abs. 2 ZGB besagt weiter, dass die Aufgaben, welche übertragen werden sollen, umschrieben werden müssen. Dies geschieht bereits mit der Aufteilung in Personensorge, Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB. Werden diese drei Bereiche kumulativ einer Person übertragen, so entspricht ihr Aufgabenbereich demjenigen der umfassenden Beistandschaft (vgl. Art. 398 Abs. 2 ZGB).

Unter Personensorge wird das körperliche, geistige und seelische Wohl der betroffenen Person verstanden. Es umfasst somit die persönliche Fürsorge und die Hilfe im Alltag. Die Pro Senectute Schweiz (2017a) bietet als Gesamtlösung den Docupass an, in welchem für alle Bereiche der persönlichen Vorsorge Beispiele und Vorlagen ersichtlich sind. Der Docupass kann bei der Pro Senectute bezogen werden. Im Docupass (S. 10) wird empfohlen, die Personensorge im Vorsorgeauftrag einer natürlichen Person zu übertragen.

Für die Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr kann sowohl eine natürliche wie auch eine juristische Person vorgesehen werden. Bei der Vermögenssorge handelt es sich um die sachgerechte Verwendung des Vermögens sowie die Erledigung der anfallenden Geschäfte, wie zum Beispiel die Bezahlung der Miete, Krankenkassenprämien usw. Wie das Vermögen verzehrt wird und wie mit übrigen Besitztümern der auftraggebenden Person umgegangen werden soll, darüber sollten klare Richtlinien bestehen (ebd.). Ebenso sollten die Befugnisse klar geregelt sein, falls in einer Patientenverfügung andere Personen eingesetzt werden als beim Vorsorgeauftrag.

Die Vertretung im Rechtsverkehr beinhaltet entweder nur einzeln definierte oder alle rechtlichen Angelegenheiten, welche die Vertretung gegenüber Behörden, Banken usw. umfasst. Die Vertretungsbefugnis ist grundsätzlich persönlich und nicht auf eine weitere Person übertragbar (ebd.). Trotzdem ist es möglich, mit Hilfe einer Substitutionsbefugnis eine kompetente Drittperson zur Aufgabenerledigung hinzuzuziehen, wie das zum Beispiel bei einem Hausverkauf sinnvoll sein kann. Eine Substitutionsbefugnis wird im Vorsorgeauftrag vermerkt: die auftraggebende Person ermächtigt die auftragnehmende Person zur Inanspruchnahme von Fachpersonen für gewisse Tätigkeiten (ebd.). Die Verantwortung trägt jedoch immer die vorsorgebeauftragte Person (Art. 398 Abs. 3 OR).

Sowohl beim Einsetzen einer natürlichen wie auch einer juristischen Person muss deren Bestimmbarkeit beachtet werden (Fountoulakis & Rosch, 2016b, S. 463). Sollte eine vorgesehene Person für gewisse Geschäfte nicht geeignet sein oder den Auftrag nicht annehmen, so können, wie in Art. 360 Abs. 3 ZGB erwähnt, Ersatzverfügungen getroffen werden. Ersatzverfügungen gewährleisten die Umsetzung des Vorsorgeauftrages, solange sie der Wirksamkeitsprüfung der Erwachsenenschutzbehörde standhalten (Alexandra Rumo-Jungo, 2012, S. 42-43). Trotz Ersatzverfügungen kann es vorkommen, dass eine Beistandschaft von Gesetzes wegen errichtet werden muss, da die in der Ersatzverfügung vorgesehene Person den Auftrag nicht annehmen kann oder will. Auch bei nicht genügender oder umfassender Umschreibung der Geschäfte kann für diese Bereiche eine Beistandschaft errichtet werden oder die gesetzlichen Vertretungsrechte kommen zur Anwendung (Rumo-Jungo, 2012, S. 44). Dem Einsetzen der künftig beauftragten Person sollte besondere Bedeutung beigemessen werden (siehe Kapitel 2.2.4 „Eignung von eingesetzten Personen“). Nach dem Eintritt der eigenen Urteilsunfähigkeit kann nicht mehr vom erstellten Vorsorgeauftrag zurückgetreten werden (Rumo-Jungo, 2012, S. 47-48).

Um einen Vorsorgeauftrag gültig errichten zu können muss die betroffene Person handlungsfähig sein. Sie darf nicht unter einer umfassenden Beistandschaft stehen. Die zu übertragenden Aufgaben müssen genau definiert werden und die beauftragte Person (natürliche oder juristische) muss fähig und willens sein, diese Aufgaben zu übernehmen.

2.1.2 Errichtung und Widerruf

Die Errichtung eines Vorsorgeauftrages kann für die Zukunft von grosser Tragweite sein. Zum Schutz der auftraggebenden Person war es dem Gesetzgeber wichtig, besondere Formvorschriften zu erlassen (Bundesamt für Justiz, 2006, 7026).

Gemäss Art. 361 ZGB ist der Vorsorgeauftrag eigenhändig zu errichten, also von Anfang bis zum Ende handschriftlich zu verfassen, zu datieren und zu unterzeichnen. Diese Formvorschrift dient auch dazu, dass leichtsinnige oder unüberlegte persönliche Entscheide vermieden werden und auch Drittpersonen nicht die Möglichkeit haben, betagten Personen ein Dokument zur Unterschrift zu unterbreiten, ohne dass diese wissen, was sie unterschreiben (Rumo-Jungo, 2012, S. 49). Aufgrund des Alters oder anderen Gründen kann es allenfalls nicht mehr möglich sein, eigenhändig einen Vorsorgeauftrag zu verfassen. Eine Urkundsperson kann in einem solchen Fall den Vorsorgeauftrag erstellen, welcher mittels notarieller Beurkundung Gültigkeit erlangt. Diese Form der Errichtung gibt zudem die Möglichkeit, sich beim Erstellen beraten zu lassen. Die notarielle Beurkundung kann bei der späteren Wirksamkeitsprüfung durch die KESB als Hinweis dienen, dass die Person zum Zeitpunkt der Errichtung handlungsfähig war. Dies ist jedoch keine Garantie für eine spätere erfolgreiche Wirksamkeitsprüfung des Vorsorgeauftrages durch die Erwachsenenschutzbehörde (Rumo-Jungo, 2012, S. 48).

Tritt eine Urteilsunfähigkeit ein, so hat die Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 363 Abs. 1 ZGB zu prüfen, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt. Es ist wichtig, dass ein errichteter Vorsorgeauftrag aufgefunden werden kann. Ein Vorsorgeauftrag, der nicht aufgefunden werden kann, nützt nichts. Aus diesem Grund sieht der Gesetzgeber den Eintrag des Vorsorgeauftrages beim zuständigen Zivilstandesamt vor (Art. 361 Abs. 3 ZGB). In gewissen Kantonen, wie beispielsweise im Kanton Obwalden (2017), kann der Vorsorgeauftrag bei der Erwachsenenschutzbehörde gegen eine einmalige Gebühr hinterlegt werden. Beim Hinterlegen prüft die Erwachsenenschutzbehörde den Vorsorgeauftrag nicht auf seine Gültigkeit, dies geschieht erst mit der Validierung (vgl. Kapitel 2.1.3).

Ein errichteter Vorsorgeauftrag kann jederzeit von der auftraggebenden Person gemäss Art. 362 ZGB widerrufen werden und zwar in gleicher Form, wie bei der Errichtung. Sie kann den Vorsorgeauftrag schriftlich oder öffentlich beurkundet widerrufen oder ihn auch einfach vernichten. Gibt es Änderungen im bestehenden Vorsorgeauftrag, so ist der neue Vorsorgeauftrag analog zu den oben genannten Vorschriften zu erstellen und mit dem bisherigen auszutauschen. Dieses Recht haben alleine die Auftraggebenden solange sie urteilsfähig sind (Rumo-Jungo, 2012, S. 50). Werden diese urteilsunfähig, so tritt der Vorsorgeauftrag in Kraft und die Ersetzung des bestehenden Vorsorgeauftrages durch die auftraggebende Person ist nicht mehr möglich.

Ein Vorsorgeauftrag muss von der handlungsfähigen Person eigenhändig geschrieben oder durch öffentliche Beurkundung errichtet werden. Der Vorsorgeauftrag kann nur von der auftraggebenden Person, so lange sie handlungsfähig ist, ersetzt oder widerrufen werden.

2.1.3 Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages und Validierung

Der Vorsorgeauftrag entfaltet seine Wirksamkeit mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person und der Validierung (Feststellungsverfügung) durch die Erwachsenenschutzbehörde (Fountoulakis & Rosch, 2016b, S. 465). Aufgabe der Erwachsenenschutzbehörde ist es, die Urteilsunfähigkeit festzustellen. Sie kann dazu einen Arzt oder eine Ärztin oder eine andere Fachperson beiziehen (Rumo-Jungo, 2012, S. 43). Sie hat sich nach einem allenfalls erstellten Vorsorgeauftrag zu erkundigen. Ist ein solcher vorhanden, prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob dieser gültig errichtet wurde (Art. 363 Abs. 2 ZGB) und teilt dem Zivilstandesamt mit, dass für eine dauernd urteilsunfähige Person ein Vorsorgeauftrag wirksam wird (Art. 449c ZGB). Sie prüft, ob weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind. Allenfalls sind gemäss Art. 364 ZGB Ergänzungen vorzunehmen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn im Vorsorgeauftrag wichtige Geschäfte nicht aufgeführt wurden. Ist der Vorsorgeauftrag gültig und die einzusetzende Person geeignet, so wird diese mit einer Urkunde auf ihre Rechte und Pflichten über ihren Auftrag nach den Bestimmungen des Obligationenrechts hingewiesen (Obligationenrecht, 1991, Art. 394 ff. OR). Nimmt die eingesetzte Person den Auftrag an, so kann diese in der Regel ihren Auftrag künftig ohne Beaufsichtigung der Erwachsenenschutzbehörde wahrnehmen, ausser die Erwachsenenschutzbehörde erteilt der beauftragten Person Weisungen oder verpflichtet sie zur Berichterstattung gemäss Art. 368 Abs. 2 ZGB. Die Erwachsenenschutzbehörde schreitet in allen anderen Fällen nur ein, wenn die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht gewahrt werden. In diesem Fall muss sie Kenntnis darüber haben (Art. 368 ZGB).

Wird eine Person urteilsunfähig, prüft die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen, ob ein gültiger Vorsorgeauftrag vorliegt. Ist ein Vorsorgeauftrag vorhanden, wird dieser auf seine Gültigkeit und seine Wirksamkeit überprüft und validiert. Nimmt die eingesetzte Person den Auftrag an, wird ihr eine Urkunde ausgestellt.

2.1.4 Erfüllung des Vorsorgeauftrages durch die beauftragte Person

Gemäss Art. 365 Abs. 1 ZGB vertritt die beauftragte Person die auftraggebende Person im Rahmen des Vorsorgeauftrages und nimmt die Aufgaben nach den auftragsrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 394 ff. OR wahr. Dabei ist zu beachten, dass die auftraggebende Person zu diesem Zeitpunkt nicht mehr urteilsfähig und somit nicht mehr in der Lage ist, die beauftragte Person zu überwachen oder den Auftrag zu widerrufen (Rumo-Jungo, 2012, S. 70 ff.). Die beauftragte Person hat somit eine Vertretungsmacht wie auch eine Vertretungspflicht. Betreffend Vertretungsmacht haben die Handlungen des Vertretenden direkte Auswirkungen auf die auftraggebende Person (Art. 32 Abs. 1 OR), es kann von einem einseitigen Rechtsgeschäft gesprochen werden. Die beauftragte Person braucht für die unmittelbare und direkte Vertretung keine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Rumo-Jungo, 2012, S. 72). Durch die Vertretungsmacht entsteht der beauftragten Person eine Sorgfaltspflicht, da diese nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag haftet (Art. 456 ZGB).

Durch die Handlungen der beauftragten Person wird die auftraggebende Person unmittelbar und direkt verpflichtet. Es braucht keine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde für die zu tätigenen Geschäfte. Die beauftragte Person haftet nach den Bestimmungen des Auftrages nach OR.

2.1.5 Entschädigung und Spesen

Mit dem Erfüllen des Vorsorgeauftrages durch die vorsorgebeauftragte Person ergeben sich Arbeitsaufwand und Spesen und es stellt sich die Frage, ob und in welcher Höhe die Entschädigung festgesetzt werden soll (Rumo-Jungo, 2012, S. 77). Gemäss Bundesamt für Justiz (2006, 7029) wird nicht vorgeschrieben, ob es eine Entschädigung geben soll oder nicht. Die Entscheidung darüber kann die auftraggebende Person treffen und die eingesetzte Person kann entscheiden, ob sie unter den vorgegebenen Umständen den Auftrag annehmen will oder nicht. Das Gesetz definiert weiter, dass die Erwachsenenschutzbehörde eine angemessene Entschädigung festsetzen kann, wenn die erbrachten Leistungen der beauftragten Person üblicherweise entgeltlich wären (Art. 366 Abs. 1 ZGB). Dies kann sie jedoch nur dann, wenn aus dem Vorsorgeauftrag ersichtlich ist, dass die Regelung der Entschädigung vergessen wurde. Wurde von der auftraggebenden Person bewusst die Unentgeltlichkeit entschieden, so kann die Erwachsenenschutzbehörde diesbezüglich keine Ergänzung treffen (Rumo-Jungo, 2012, S. 77-78). In der Lehre und der Rechtsprechung wird

eine Entgeltlichkeit empfohlen, sind die zu tätigenen Geschäfte doch regelmässig aufwändig und benötigen Zeit. Auch die Entschädigung von Verwandten sollte üblich sein (Rumo-Jungo, 2012, S. 78). Ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde ist nur dann gerechtfertigt, wenn der eingesetzte Betrag zu hoch ist und dadurch die Interessen der Auftraggeberin gefährdet sind. Als Richtlinien gelten die Tarife für Beistandschaften (ebd.). Spesen werden bei deren Notwendigkeit gemäss Art. 366 Abs. 2 ZGB ersetzt. Die Notwendigkeit ergibt sich aus dem objektiv sinnvollen Aufwand ohne Verursachung unnötiger Kosten. Sowohl die Entschädigung wie auch die Spesen gehen zu Lasten der auftraggebenden Person. Kann eine auftraggebende Person aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse diese nicht begleichen, so kann entweder die vorsorgebeauftragte Person darauf verzichten, also den Auftrag unentgeltlich ausführen, oder das Gemeinwesen kommt im Sinne des Sozialhilferechts dafür auf (ebd.). Ergeben sich Unregelmässigkeiten beim Auszahlen der Entschädigungen oder der Spesen durch die vorsorgebeauftragte Person so kann das Zivilgericht darüber entscheiden (Rumo-Jungo, 2012, S. 80).

Ob und wie hoch die Entschädigung für den Aufwand der vorsorgebeauftragten Person ist, entscheidet die auftraggebende Person. Nur wenn diesbezüglich eine Regelung vergessen wurde, kann die Erwachsenenschutzbehörde nachträglich eine angemessene Entschädigung festlegen. Als Richtwerte werden die Tarife für Beistandschaften verwendet. Spesen werden nach dem tatsächlichen Aufwand vergütet.

2.1.6 Ende des Vorsorgeauftrages

Der validierte Vorsorgeauftrag erlischt mit dem Tod der auftraggebenden Person (Art. 405 Abs. 1 OR), mit dem Entzug der Befugnisse durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 368 Abs. 2 ZGB) oder durch Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit (Art. 369 Abs. 1 ZGB). Die eingesetzte Person hat jederzeit die Möglichkeit, mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist den Vorsorgeauftrag zu kündigen. Aus wichtigen Gründen ist auch eine fristlose Kündigung möglich. Eine Kündigung muss an die zuständige Erwachsenenschutzbehörde am Wohnort der auftraggebenden Person eingereicht werden. Eine Begründung ist nur bei einer fristlosen Kündigung erforderlich (Rumo-Jungo, 2012, S. 80-82). Angehörige, die mit der vorsorgebeauftragten Person nicht zufrieden sind, können eine Meldung an die zuständige Erwachsenenschutzbehörde einreichen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann erforderliche Massnahmen ergreifen (ebd.). Die auftraggebende Person kann den Auftrag nicht kündigen, da sie zu diesem Zeitpunkt urteilsunfähig ist. Bei Interessenkollision entfallen die Befugnisse der beauftragten Person von Gesetzes wegen (Art. 365 Abs. 3 ZGB).

Ein Vorsorgeauftrag erlischt mit dem Tod der auftraggebenden Person, mit dem Entzug der Befugnisse durch die Erwachsenenschutzbehörde oder mit dem Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit. Die eingesetzte Person kann den Auftrag jederzeit kündigen. Bei Unzufriedenheit mit der vorsorgebeauftragten Person können sich die Angehörigen an die zuständige Erwachsenenschutzbehörde wenden.

2.1.7 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

Zum Schutz und zur Wahrung der Interessen der urteilsunfähigen Person kann bei Bedarf die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Gesuch von Dritten hin einschreiten (Art. 368 Abs. 1 ZGB) und entsprechende Massnahmen erteilen (Art. 368 Abs. 2 ZGB). Voraussetzung einer solchen Massnahme seitens der Erwachsenenschutzbehörde muss eine Gefährdung oder eine fehlende Wahrung der Interessen der Auftraggeberin sein. Das Subsidiaritätsprinzip wie auch das Verhältnismässigkeitsprinzip sind dabei zu wahren. Eine Massnahme kann zum Zug kommen, wenn die beauftragte Person ihre Befugnisse überschreitet oder aus anderen Gründen (persönlich, zeitlich, gesundheitlich) nicht mehr in der Lage oder geeignet ist, den Vorsorgeauftrag nach dem Willen der urteilsunfähigen Person zu erfüllen (Rumo-Jungo, 2012, S. 83). Aus den ebengenannten Gründen hat die Erwachsenenschutzbehörde die Möglichkeit, den Auftrag ganz oder teilweise zu entziehen und, falls vorhanden, gemäss Ersatzverfügung eine neu beauftragte Person einzusetzen (Rumo-Jungo, 2012, S. 85). Ist keine Ersatzverfügung vorhanden, wird der aktuelle Vorsorgeauftrag wirkungslos und es kann eine Massnahme von Gesetzes wegen (eine Beistandschaft) errichtet werden. Weitere mögliche Massnahmen seitens der Erwachsenenschutzbehörde sind, dass sie Weisungen an die beauftragte Person ausstellen kann, um die Interessen der auftraggebenden Person nachträglich zu wahren und zu schützen. Sie kann ferner die beauftragte Person zur Einreichung eines Inventars oder zur periodischen Rechnungslegung sowie zur Berichterstattung verpflichten und sie kann, wie in Kapitel 2.1.5 „Entschädigung und Spesen“ erwähnt, die Entschädigung für die geleistete Arbeit erhöhen oder senken, wenn die Aufgaben sehr komplex sind oder das Vermögen der auftraggebenden Person geschützt werden muss. In jedem Fall aber muss die Interessenwahrung der auftraggebenden Person gewährleistet werden und eine Anordnung oder Weisung darf nicht dem mutmasslichen Willen der auftraggebenden Person widersprechen (Rumo-Jungo, 2012, S. 83 ff.). Sinn und Geist des Vorsorgeauftrages sind zu wahren. Nicht zulässig wäre dagegen die Ernennung einer neuen beauftragten Person oder eine Verlängerung eines von der auftraggebenden Person befristeten Vorsorgeauftrages (Rumo-Jungo, 2012, S. 84).

Werden die Interessen der auftraggebenden Person nicht mehr gewahrt, kann die Erwachsenenschutzbehörde zum Schutz der urteilsunfähigen Person einschreiten und Massnahmen ergreifen. Zur Anzeige sind alle handlungsfähigen Personen berechtigt.

2.1.8 Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit

Das Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit ist ein Grund, weshalb die Wirkung des Vorsorgeauftrages von Gesetzes wegen hinfällig wird (Art. 369 Abs. 1 ZGB). Ebenso wie die Urteilsunfähigkeit, muss auch die Urteilsfähigkeit von gewisser Dauer sein, damit die Wirkung des Vorsorgeauftrages erlischt. Im Unterschied zum Erlöschen durch Tod der auftraggebenden Person, muss beim Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit nichts unternommen werden, da die Legitimationsurkunde nur bis zu diesem Zeitpunkt Wirkung entfaltet. Es ist jedoch sinnvoll, die Legitimationsurkunde zurückzufordern. Damit wird sichergestellt, dass die beauftragte Person auch tatsächlich von der Beendigung erfährt und nicht weiter für die auftraggebende Person handelt (Rumo-Jungo, 2012, S. 87). Auch die auftraggebende Person kann bei der Erwachsenenschutzbehörde die Originalurkunde verlangen, um klare Verhältnisse zu schaffen. Bestehen Zweifel betreffend Urteilsfähigkeit, ist es Aufgabe der Erwachsenenschutzbehörde, dies zu überprüfen und mittels Verfügung festzustellen. Zudem ist die beauftragte Person verpflichtet, bis zur tatsächlichen Übernahme der laufenden Geschäfte als Überbrückung weiterhin tätig zu sein. Die Unterlagen werden anschliessend an die auftraggebende Person zurückgegeben (Rumo-Jungo, 2012, S. 87-88).

Die Wiedererlangung längerdauernder Urteilsfähigkeit führt zum Erlöschen der Vertretungsbefugnis. Bestehen Zweifel, prüft die Erwachsenenschutzbehörde und verfügt.

2.2 Aspekte des Vorsorgeauftrages

Die gesetzlichen Grundlagen des Vorsorgeauftrages bringen zahlreiche Aspekte mit sich, die mit diesem eng verknüpft sind. Die Autorinnen wollen in diesem Kapitel die Begriffe Erwachsenenschutz, Urteilsunfähigkeit, Selbstbestimmung, Eignung, Interessenkollision und Selbstbindung aufnehmen und näher auf diese eingehen. Eine einfache Begriffserklärung scheint den Autorinnen nicht genügend. Die gesetzlichen Grundlagen liefern die Rahmenbedingungen, bedürfen jedoch der Auslegung und sind in Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag zu beschreiben und zu erklären.

2.2.1 Erwachsenenschutz

Grundsätzlich sind erwachsene Personen, das heisst Menschen, die gemäss Art. 14 ZGB volljährig sind, für sich selbst verantwortlich. Es gibt aber Erwachsene, die diese Verantwortung nicht wahrnehmen können, das heisst, dass eine Hilfs- und Schutzbedürftigkeit vorliegt. Der Erwachsenenschutz stellt das Wohl und den Schutz von hilfsbedürftigen Personen sicher (KESCHA, 2018).

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Erwachsenenschutzrechts sind in den Grundrechten der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft BV (1999) verankert. Gemäss Art. 36 BV darf in ein Grundrecht nur unter gewissen Voraussetzungen eingegriffen werden:

- es bedarf einer gesetzlichen Grundlage;
- der Eingriff ist durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt;
- der Eingriff muss verhältnismässig sein;
- der absolute Kerngehalt ist geschützt.

Die behördlichen Massnahmen im Erwachsenenschutz bedeuten einen Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen. Es muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Voraussetzungen dazu erfüllt sind.

Die Details des Erwachsenenschutzrechts sind im Schweizerischen Zivilgesetzbuch geregelt. Es bezweckt den Schutz von gefährdeten Erwachsenen, die sich in einem ausgeprägten Schwächezustand befinden. Mit geeigneten Massnahmen sollen diese Menschen unterstützt werden (Fountoulakis & Rosch, 2016c, S. 22). Das Erwachsenenschutzrecht wurde – zusammen mit dem Kinderschutz – umfassend revidiert und trat am 1. Januar 2013 in Kraft. Ein zentrales Anliegen des neuen Erwachsenenschutzrechts ist die Förderung der Selbstbestimmung und die Subsidiarität der behördlichen Massnahmen: die Bestimmungen über die eigene Vorsorge und die gesetzlichen Massnahmen werden den behördlichen Massnahmen vorangestellt (Christoph Häfeli, 2013). Der Vorsorgeauftrag gilt als Teil der eigenen Vorsorge. Die Selbstbestimmung wird in Kapitel 2.2.3 erklärt. Die verschiedenen gesetzlichen und die behördlichen Massnahmen werden in Kapitel 2.3 erläutert.

➤ Prinzip der Subsidiarität

Im Erwachsenenschutz sollen gemäss Art. 389 Abs. 1 ZGB Massnahmen nur dann angewendet werden, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreichend gewährleistet ist oder von vornherein als ungenügend eingestuft werden muss. Zudem muss zuerst abgeklärt werden, ob die hilfsbedürftige Person eigene Massnahmen bei allfälliger Urteilsunfähigkeit getroffen hat. Damit wird staatliches Handeln nachrangig bzw. subsidiär.

➤ Verhältnismässigkeitsprüfung

Damit die Verhältnismässigkeit der geplanten behördlichen Massnahme geprüft werden kann, muss der Sachverhalt (der Schwächezustand und die Schutzbedürftigkeit) ermittelt und daraus eine Prognose abgeleitet werden. Dadurch wird die Gefährdungssituation konkretisiert und die Frage geklärt, was ohne Massnahme geschehen würde (Fountoulakis und Rosch, 2016a, S. 32). Fountoulakis und Rosch erklären die drei Elemente der Verhältnismässigkeitsprüfung wie folgt:

- **Zwecktauglichkeit:** die angestrebte Massnahme muss geeignet sein, das aufgrund der Prognose definierte Ziel zu erreichen.
- **Erforderlichkeit:** dieser Aspekt wird mit dem Prinzip der Subsidiarität geprüft. Die behördliche Massnahme darf nur angewendet werden, wenn es keine mildere und gleich geeignete Massnahme gibt, um das angestrebte Ziel zu erreichen.
- **Zumutbarkeit:** damit wird geklärt, ob die Massnahme in einem angemessenen Verhältnis von Zweck und Wirkung steht. Es wird abgewogen, welche Folgen der Eingriff im konkreten Fall für die betroffene Person haben wird und ob er die gewünschte Wirkung erzielt.

Die Verhältnismässigkeitsprüfung gibt der geplanten Massnahme eine formale Struktur. Die drei Elemente – Zwecktauglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit – müssen detailliert geklärt und begründet werden.

Das Erwachsenenschutzrecht hat Einfluss auf die Folgen der Urteilsunfähigkeit, die Selbstbestimmung und die höchstpersönlichen Rechte. Diese Aspekte werden in den folgenden Kapiteln erläutert.

Das Erwachsenenschutzgesetz dient dem Schutz erwachsener Menschen, die sich in einem ausgeprägten Schwächezustand befinden. Dabei muss das Prinzip der Subsidiarität und das Prinzip der Verhältnismässigkeit eingehalten werden.

2.2.2 Urteilsunfähigkeit

Der Vorsorgeauftrag kommt zum Einsatz, sobald die auftraggebende Person urteilsunfähig geworden ist. Dabei wird zuerst berücksichtigt, was die Urteilsfähigkeit ausmacht. Gemäss Art. 16 ZGB ist jede Person urteilsfähig, die nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände unfähig ist, vernunftgemäss zu handeln. Die Urteilsfähigkeit wird mittels gemischter Methode definiert (Carmen Ladina Widmer Blum, 2010, S. 39): es wird auf biologische (z. B. Kindesalter, geistige Behinderung etc.) wie auch auf psychologische Momente (z. B. Rausch und ähnliche Zustände) abgestellt. Beide Tatbestände müssen kumulativ erfüllt sein, damit die Urteilsfähigkeit im Sinne des Gesetzes vorliegt. Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist ein zentrales Element im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Schutz (Martin Graf, 2012). Graf erwähnt und umschreibt folgende Elemente für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit:

- **Erkenntnisfähigkeit:** die handelnde Person muss in der Lage sein, die Aussenwelt zumindest in ihren Grundzügen richtig zu erkennen und sich ein adäquates Bild der Realität zu verschaffen.
- **Wertungsfähigkeit:** Fertigkeit zur rationalen Beurteilung und Vermögen, sich über die Tragweite und die Opportunität der in Frage stehenden Handlung ein vernünftiges Urteil zu bilden. Die Wertungsfähigkeit beruht auf der Erkenntnisfähigkeit. Fehlt diese, ist die Urteilsunfähigkeit gegeben.
- **Willensbildung:** die Fähigkeit, aufgrund gewonnener Einsicht und eigener Motive einen nach Aussen wirksamen Willen zu bilden und bei verschiedenen denkbaren Möglichkeiten eine Entscheidung zu treffen.
- **Willenskraft:** die Kraft, gemäss gewonnener Einsicht und eigenem Willen zu handeln, das heisst auch, über die Fähigkeit zu verfügen, dem Versuch einer fremden Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten.

Im Erwachsenenschutzrecht wird von dauernder Urteilsunfähigkeit ausgegangen; eine nur vorübergehende Urteilsunfähigkeit, die zum Beispiel wegen Rausch oder Ohnmacht eintritt, hat diesbezüglich keine Wirkung (Walter Noser & Daniel Rosch, 2013, S. 19).

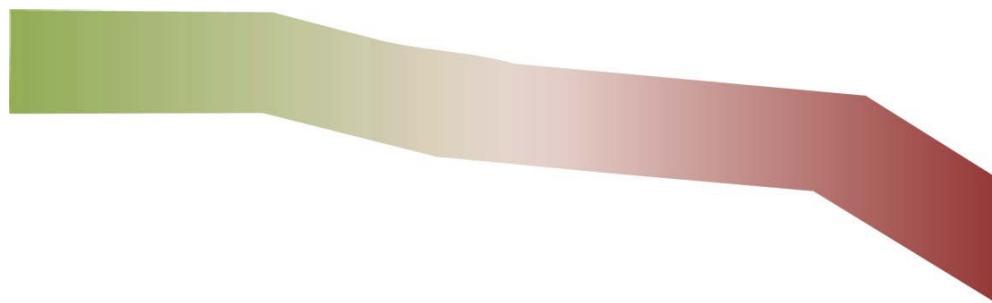
Im Gesetz werden die Umstände, die zu einer Urteilsunfähigkeit führen können, nur grob definiert. In der Praxis wird Urteilsunfähigkeit oft im Zusammenhang mit dem Alter und damit mit Altersdemenz, schwerer Erkrankung oder Schlaganfall als möglicher Ursache erwähnt. Dass auch junge Menschen aufgrund eines Unfalles oder einer Erkrankung dauernd oder vorübergehend urteilsunfähig sein können, geht dabei oft vergessen.

Gegenüber dem Gesetz ist jede Person für eine bestimmte Handlung immer entweder vollständig urteilsfähig oder vollständig urteilsunfähig: es gilt das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ (Widmer Blum, 2010, S. 38). Eine Abstufung ist nicht möglich, weil klar definiert werden muss, ob eine Person das fragliche Rechtsgeschäft tätigen kann oder nicht. In der Praxis sind verschiedene „Zwischenstufen“ möglich, die eine eindeutige Diagnose erschweren. Bestehen bei einer Person Zweifel, ob sie in der Lage ist, ein bestimmtes Rechtsgeschäft vernunftgemäss zu erledigen, muss im Einzelfall entschieden werden, ob diese Person urteilsfähig oder –unfähig ist (Peter Wüthrich, 2013, S. 12). Gemäss Wüthrich muss auch ein Grenzfall definitiv entschieden werden, weil es im Interesse der Rechtssicherheit keine beschränkt verbindlichen Rechtshandlungen, wie zum Beispiel halbe Arbeits- oder Darlehensverträge, geben kann.

➤ Das „Alles-oder-nichts-Prinzip“

Beispielhafter natürlicher Verlauf einer zunehmenden Urteilsunfähigkeit:

urteilsfähig



urteilsunfähig

Rechtliche Wirkung des natürlichen Verlaufs:

urteilsfähig



urteilsunfähig

Abbildung 2: Das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ (Peter Wüthrich, 2013, S. 12)

Der Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeitsfeststellung auf der Zeitachse ist zufällig gewählt. Er ist abhängig von der Art des zur Diskussion stehenden Geschäftes und wird im Streitfall durch das Gericht festgelegt.

Im Alltag kann nicht für jedes Rechtsgeschäft einzeln geprüft werden, ob jemand urteilsfähig ist. Dies würde den Rechtsverkehr verunmöglichen. Im Rechtsverkehr wird die Urteilsfähigkeit deshalb vermutet; wer diese Vermutung bestreiten möchte, muss die Urteilsunfähigkeit beweisen können (Christiana Fountoulakis & Daniel Rosch, 2016a, S. 35 ff.). Der Nachweis der Urteilsfähigkeit oder –unfähigkeit erfolgt in der Regel mit einem ärztlichen bzw. psychiatrischen Gutachten und ist letztlich ein Ermessensentscheid. Dabei muss berücksichtigt werden, dass unvernünftiges Handeln allein nicht genügt, um die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person in Frage zu stellen. Das Recht auf freie Entscheidung ist zu respektieren (Widmer Blum, 2010, S. 43-44). Rechtlich handelt es sich beim erwähnten Art. 16 ZGB um eine Generalklausel, die letztlich durch die Rechtsprechung nach Art. 1 ZGB zu konkretisieren ist (Peter Wüthrich, 2013, S. 10).

Gegenüber dem Gesetz ist jeder Mensch entweder urteilsfähig oder urteilsunfähig in Bezug auf das zu tätige Geschäft bzw. auf die bevorstehende Handlung. In der Praxis sind die Übergänge von Urteilsfähigkeit zu Urteilsunfähigkeit fließend.

2.2.3 Selbstbestimmung

In der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) wird das Selbstbestimmungsrecht nicht explizit erwähnt, wird aber üblicherweise dem Art. 8 EMRK „Schutz des Privat- und Familienlebens“ zugeordnet. In der Schweizerischen Bundesverfassung wird das Selbstbestimmungsrecht aus den Freiheitsrechten abgeleitet (Widmer Blum, 2010, S. 9 ff.), welche insbesondere in den Artikeln 10, 11, 13 – 28 und 33 erläutert werden.

Auf Gesetzesebene hat die Selbstbestimmung seit der Revision des Erwachsenenschutzrechts eine zentrale Bedeutung erhalten. Art. 388 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich zu erhalten und zu fördern sei. Doch bereits vor der Gesetzesrevision galt die Selbstbestimmung als Grundsatz, welcher bei der Anordnung von vormundschaftlichen Massnahmen zur Anwendung kam (Widmer Blum, 2010, S. 8).

Für die Soziale Arbeit ist die Selbstbestimmung ein Grundwert. Im Berufskodex von Avenir Social (2010, S. 8) wird der Grundsatz der Selbstbestimmung wie folgt beschrieben:

„Das Anrecht der Menschen, im Hinblick auf ihr Wohlbefinden, ihre eigene Wahl und Entscheidung zu treffen, genießt höchste Achtung, vorausgesetzt, dies gefährdet weder sie selbst noch die Rechte und legitimen Interessen Anderer.“

Der zweite Satzteil zeigt auf, dass die Selbstbestimmung auch Grenzen haben kann. Um die eigene Selbstbestimmung wahrnehmen zu können, braucht sie Akzeptanz in der restlichen Gesellschaft. Andernfalls droht die Gefahr, dass die eigene Selbstbestimmung in die Selbstbestimmung eines Mitmenschen eingreift. Das Recht auf Selbstbestimmung bedeutet also nicht die rücksichtslose Durchsetzung der eigenen Interessen, sondern benötigt freiwillige Einordnung im sozialen Kontext, um Freiheit und Selbstbestimmung überhaupt zu ermöglichen (Daniel Rosch, 2015, S. 215 ff.).

Um das Recht auf Selbstbestimmung wahrnehmen zu können, braucht es ein gewisses Mass an Eigenverantwortlichkeit. Die eigenen Interessen zu erkennen, danach zu handeln oder diese mitzuteilen erfordert bestimmte körperliche und intellektuelle Fähigkeiten (Widmer Blum, 2010, S. 15-16). Echte Selbstbestimmung kann somit auch für Menschen ohne Schwächezustand anspruchsvoll sein (Rosch, 2015, S. 218).

Für viele Menschen sind Werte wie Freiheit, Autonomie oder eben das Selbstbestimmungsrecht sehr wichtig. Die Wahrnehmung dieser Werte können überfordern. Dann braucht es möglicherweise personelle und finanzielle Hilfe von Aussen. Der Wandel der Gesellschaft und das veränderte Weltbild führen dazu, dass diese Hilfe nicht mehr in jedem Fall im familiären Umfeld geleistet werden kann. Gesellschaftliche Lösungen sind gesucht. Es besteht die Gefahr, dass der persönliche Druck zunimmt, die eigene Selbstbestimmung wahrzunehmen, um die Gesellschaft finanziell oder zeitlich zu entlasten (Ramona Christen & Anika Schwenk, 2016, S. 84).

In der Gesellschaft scheint Einigkeit zu herrschen, dass die geltenden gesetzlichen Grundlagen betreffend Selbstbestimmung auch für Menschen mit einem Schwächezustand möglich sein sollen, zum Beispiel für Menschen mit einer psychischen Erkrankung oder einer geistigen Behinderung. Allfällige Fremdbestimmung soll möglichst minimiert werden. Die betroffenen Menschen sollen dabei als Subjekte und Gestalter und nicht als passive Objekte gelten (Rosch, 2015, S. 218). Die instrumentelle Selbstbestimmung, das heisst die Selbstbestimmung auf behördlicher Ebene, soll im konkreten Fall aufzeigen, „welche

rechtliche Intervention bei Menschen mit Schwächezuständen angezeigt ist, um möglichst viel Selbstbestimmung zu ermöglichen“.

Es werden folgende Formen und Stufen der Selbstbestimmung unterschieden (Rosch, 2015, S. 219):

- **Die reine Selbstbestimmung und die selbstbestimmte Fremdbestimmung:** diese werden mit einer Patientenverfügung und einem Vorsorgeauftrag erreicht. Die Patientenverfügung wird in der vorliegenden Arbeit nicht weiter erläutert; zu den Erfordernissen eines Vorsorgeauftrages verweisen die Verfasserinnen auf Kapitel 2.1 ff. dieser Arbeit. Je präziser der Vorsorgeauftrag formuliert ist, desto weniger Ermessensspielraum hat die vertretungsberechtigte Person und desto reiner ist die Selbstbestimmung.
- **Die hypothetische Selbstbestimmung:** der Gesetzgeber hat Situationen vorgesehen, bei denen eine Vertretung auch ohne Vorsorgeinstrumente ermöglicht wird. Diese Sonderregelungen gelten für urteilsunfähige verheiratete Personen (nach Art. 374 ff. ZGB), für urteilsunfähige Personen, denen ein notwendiger medizinischer Eingriff bevorsteht (nach Art. 377 ff. ZGB) und für solche, die in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung eintreten (nach Art. 382 ff. ZGB).
- **Die Fremdbestimmung mit Selbstbestimmungselementen:** Dort, wo die zwei erwähnten Selbstbestimmungsinstrumente nicht möglich sind, kommen behördliche Massnahmen zum Zug. Diese werden im Kapitel 2.3.2 „Die behördlichen Massnahmen“ beschrieben.

Das Recht auf Selbstbestimmung ist ein Grundrecht, welches mit dem neuen Erwachsenenschutzgesetz gestärkt und gefördert wird.

2.2.4 Eignung von eingesetzten Personen

Der Gesetzgeber hat mit dem Vorsorgeauftrag die Möglichkeit geschaffen, dass urteilsfähige Personen im Falle ihrer dauernden Urteilsunfähigkeit im Voraus selber bestimmen können, wem sie die Vertretungsbefugnisse zukommen lassen können (Ruth E. Reusser, 2012, S. 16). Ist eine natürliche Person vorgesehen, so muss diese namentlich benannt werden und handlungsfähig sein (Bundesamt für Justiz, 2006, 7025). Sie darf auch nicht unter umfassender Beistandschaft stehen (Art. 17 ZGB). Sie sollte zudem geeignet sein und die notwendigen Kompetenzen aufweisen (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Nach welchen Kriterien soll nun eine natürliche Person ausgewählt werden? Auf welche Qualitäten und

Kompetenzen soll geachtet werden? Dies sind in der Praxis nicht einfach zu beantwortende Fragen und sollten im Einzelfall gut bedacht und genau geprüft werden.

In einem Vorsorgeauftrag werden eine oder mehrere Personen bestimmt, welche die Personensorge, die Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr übernehmen. Unter Personensorge werden die Sorge und die Entscheidungen in allen persönlichen Angelegenheiten verstanden und sie richtet sich nach den individuellen Bedürfnissen der auftraggebenden Person (Rumo-Jungo, 2012, S. 75). Zur Personensorge bezeichnet Christoph Häfeli (2016, S. 129-130) unter anderem die Wohnungsangelegenheiten, den Postverkehr, die Bestimmung über den Aufenthaltsort, gesundheitliche Betreuung sowie die berufliche und soziale Integration. Dem Gesundheitszustand und dem bisherigen Lebensstandard der betroffenen Person ist entsprechend Sorge zu tragen, die Hilfs- und Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person soll mit Hilfe der beauftragten Person kompensiert werden (Rumo-Jungo, 2012, S. 75).

Die Vermögenssorge umfasst den Erhalt und die Verwaltung des Vermögens. Je nach finanziellen Verhältnissen kann diese Aufgabe mehr oder weniger aufwändig und komplex sein. Grundsätzlich hat die vorsorgebeauftragte Person alle Geschäfte persönlich zu erfüllen. Es besteht jedoch die Möglichkeit, Hilfspersonen beizuziehen. Die Vermögenssorge soll sorgfältig und nachvollziehbar sein. Dokumente können von Erben, von der Erwachsenenschutzbehörde oder von der auftraggebenden Person bei Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit verlangt werden. Wichtig zu beachten ist zudem, dass die beauftragte Person bei den zu tätigenen Geschäften nach dem Auftragsrecht haftet (ebd.). Dies gilt ebenso bei der Vertretung im Rechtsverkehr, bei welcher es sich zum Beispiel um Verträge handeln kann.

Die Erwachsenenschutzbehörde prüft von Amtes wegen, ob die eingesetzte Person geeignet ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Die eingesetzte Person kann die Einsetzung auch ablehnen (Bundesamt für Justiz, 2006, 7027). Nimmt die eingesetzte Person den Auftrag an, so wird dies von der Erwachsenenschutzbehörde mittels einer Feststellungsverfügung mitgeteilt. Als Ausweis gegenüber Dritten wird eine Legitimationsurkunde ausgestellt. Sind Dritte mit dieser Ernennung nicht einverstanden, so steht ihnen die Möglichkeit der Beschwerde beim zuständigen Gericht offen (Rumo-Jungo, 2012, S. 62-63). Eine Ablehnung der eingesetzten Person durch die Behörde darf jedoch nur bei triftigen Gründen und bei Erkennung von Mängeln und Risiken betreffend Wahl der beauftragten Person erfolgen. Sie kann in einem solchen Fall die Eignung absprechen oder weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts treffen (Rumo-Jungo, 2012, S. 61 ff.).

Eine vorsorgebeauftragte Person muss geeignet sein und die notwendigen Kompetenzen zur Vertretung der persönlichen Rechte und Pflichten der auftraggebenden Person haben.

2.2.5 Interessenkollision und persönliche Rechte

Bei der Wahl einer künftigen Vertretungsperson muss sorgfältig überlegt werden, wem diese Vertretung zukommen soll und welche Spannungsfelder sich daraus ergeben können. Bei der Urteilsunfähigkeit der auftraggebenden Person werden persönliche Rechte vertreten. Die beauftragte Person hat in Vertretung der auftraggebenden Person zu handeln (Rumo-Jungo, 2012, S. 38). Bei den persönlichen Rechten muss zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten unterschieden werden (Noser & Rosch, 2013, S. 20). Absolut höchstpersönliche Rechte schliessen jede Vertretung aus (Art. 19c Abs. 2 ZGB), da sie eng mit der eigenen Person verknüpft sind. Dies ist beispielsweise beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages oder auch bei einem Testament der Fall. Der Gesetzgeber hat damit einer Interessenkollision entgegengewirkt und eine Vertretung ist in jedem Fall vollumfänglich ausgeschlossen (Noser & Rosch, 2013, S. 20). Dagegen ist die Vertretung bei den relativ höchstpersönlichen Rechten möglich, wie dies zum Beispiel bei einer medizinischen Behandlung oder bei Eheschutzmassnahmen der Fall ist.

Ein vertretendes Handeln, wie es der Vorsorgeauftrag zum Ziel hat, beinhaltet unweigerlich eine gewisse Form von Interessenkollision, welche in Interessengefährdung oder fehlende Interessenwahrnehmung zu unterteilen ist (Sandra Imbach, 2013, S. 223). Von einer Interessengefährdung kann gesprochen werden, wenn die Interessen der vorsorgebeauftragten Person den Interessen der auftraggebenden Person widersprechen (Imbach, 2013, S. 225). Besteht eine nahe persönliche Beziehung zwischen diesen beiden Personen, so stellt sich dabei die Frage, wie mit den Interessen, also den Anliegen und Wünschen der eingesetzten gegenüber der auftraggebenden Person, umgegangen wird. Dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Personen kann immer nur annäherungsweise entsprochen werden. Die auftraggebende Person ist unterdessen urteilsunfähig geworden und unter Umständen besteht keine Möglichkeit nachzufragen, welches der Wille der urteilsunfähigen Person gewesen wäre (ebd.). Unter dem Willen wird die Fähigkeit verstanden, zwischen verschiedenen Zielen und Verhaltensweisen bewusst und ohne äusseren Druck frei entscheiden zu können (Günter Wiswede, 2004, S. 620). Da keine Drittperson diese Fähigkeit für eine andere Person übernehmen kann wird eine Diskrepanz angenommen. Diese Diskrepanz wird von der auftraggebenden Person durch das Erstellen eines Vorsorgeauftrages und dem Vertrauensverhältnis zur beauftragten Person in Kauf genommen (Rumo-Jungo, 2012, S. 76). Auch bei Überforderung oder

gesundheitlichen Problemen der vorsorgebeauftragten Person kann eine Interessengefährdung vorliegen (Imbach, 2013, S. 226).

Bei der fehlenden Interessenwahrung wird davon ausgegangen, dass der auftraggebenden Person durch die vorsorgebeauftragte Person physischen, psychischen oder finanziellen Schaden zugefügt wird. Ein Schaden kann durch unrechtmässige Ausübung aber auch durch Unterlassen entstehen (Imbach, 2013, S. 227). Gründe für eine solch fehlende Interessenwahrung kann die Unfähigkeit der vorsorgebeauftragten Person sein. Dies weil beispielsweise die Vermögensverwaltung zu komplex ist oder die beauftragte Person nicht in der Lage ist, sinnvoll mit Geld umzugehen. Es kann auch sein, dass die vorsorgebeauftragte Person verhindert ist wegen längerer Abwesenheit oder infolge eines sich verschlechternden Gesundheitszustandes (Imbach, 2013, S. 228-229).

Eine Intervention durch die Erwachsenenschutzbehörde ist in einem solchen Fall notwendig (Art. 368 Abs. 1 ZGB). Die Anzeige kann durch die vorsorgebeauftragte Person selber oder durch Dritte im Rahmen einer Gefährdungsmeldung geschehen. Der Gesetzgeber hat mit Art. 365 Abs. 3 ZGB die Möglichkeit geschaffen, die Befugnisse der beauftragten Person in diesem Sinne zu entziehen und sie kann gemäss Art. 368 Abs. 1 einschreiten und erforderliche Massnahmen treffen. Jede Person ist berechtigt, bei Verdacht auf Interessenkollision Anzeige zu erstatten (Art. 443 ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde muss solchen Hinweisen von Amtes wegen nachgehen (Art. 444 ZGB) und trifft entsprechende Massnahmen. Gemäss Botschaft des Erwachsenenschutzes (2006, 7028) muss die beauftragte Person die Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigen, wenn Geschäfte erledigt werden müssen, welche nicht im Vorsorgeauftrag benannt wurden. Das Gleiche gilt für die Interessenkollision gemäss Art. 365 Abs. 2 ZGB. Von einer gewissen Interessenkollision wird jedoch, wie bereits erwähnt, ausgegangen (Rumo-Jungo, 2012, S. 76).

Die Interessen der urteilsunfähigen Person müssen gewahrt und umgesetzt werden. Von einer gewissen Interessenkollision durch die Vertretung ist auszugehen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann bei fehlender Interessenwahrung oder -gefährdung Massnahmen treffen.

2.2.6 Selbstbindung

Das Erstellen eines Vorsorgeauftrages zur Zeit der Urteilsfähigkeit drückt eine in die Zukunft gerichtete Entscheidung aus (Widmer Blum, 2010, S. 182-184). Durch die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts und den dafür geschaffenen gesetzlichen Grundlagen hat eine urteilsfähige Person die Möglichkeit zu entscheiden, wer für sie im Falle einer möglichen Urteilsunfähigkeit handeln soll, was die vorgesehene Person für Handlungen zu tätigen hat und wie sie diese besorgen soll (Rumo-Jungo, 2012, S. 35). Entsprechend sind Gegebenheiten zur Zeit des Erstellens eines Vorsorgeauftrages nicht mehr dieselben, wie zur Zeit der Wirksamkeit. Möglicherweise würde die auftraggebende Person zum Zeitpunkt der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages eine alternative Handlung wählen als sie dies im Vorsorgeauftrag beschrieben hat (Widmer Blum, 2010, S. 184). Rumo-Jungo spricht in diesem Fall von Selbstbindung (2012, S. 35 ff.). Diese Selbstbindung ist, wie bereits oben erwähnt, auf mehreren Stufen anzutreffen: Es betrifft die Person, welche gewählt wurde, es betrifft die Aufgabengebiete, welche ausgeführt werden müssen und es betrifft die Art und Weise, wie diese ausgeführt werden sollen. Die Selbstbindung ist also dreifach anzutreffen (Rumo-Jungo, 2012, S. 35).

Solange die Person urteilsfähig ist, hat sie die Möglichkeit, den Vorsorgeauftrag jederzeit zu widerrufen und neu zu errichten, um den geänderten Gegebenheiten Rechnung zu tragen (Rumo-Jungo, 2012, S. 36). Durch den Eintritt ihrer Urteilsunfähigkeit wird diese Möglichkeit hinfällig und die Selbstbindung erhält eine starke Wirkung (ebd.). Doch auch wenn die Zeitdauer zwischen Erstellung und Wirksamkeit eine lange ist und möglicherweise nicht mehr aktuell, darf nicht davon abgewichen werden. Dies würde gerade dem Sinn und Zweck eines Vorsorgeauftrages widersprechen (Widmer Blum, 2010, S. 295-297). Auf die Selbstbindungsproblematik soll genügend aufmerksam gemacht werden. Ebenso auf die Verschliessung einer möglichen Intervention oder einer Kontrolle durch die Erwachsenenschutzbehörde. Das behördliche Einschreiten ist jedoch auch hier wieder mit Art. 386 ZGB gegeben. Es ist jedoch ersichtlich, dass es in der Praxis schwierig sein wird, abweichende Interessen zwischen der vorsorgebeauftragten Person und der auftraggebenden Person festzustellen (Widmer Blum, 2010. S. 298-300).

Die dreifache Selbstbindung über mehrere Jahre ist zu beachten. Der Vorsorgeauftrag kann nur während der Urteilsfähigkeit von der auftraggebenden Person widerrufen werden. Mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit erhält die Selbstbindung eine starke Wirkung.

2.3 Alternativen zum Vorsorgeauftrag

Zu den Alternativen zum Vorsorgeauftrag gehören die gesetzlichen Vertretungsrechte als Massnahmen von Gesetzes wegen und die behördlichen Massnahmen. Wenn kein Vorsorgeauftrag vorliegt, kommen zuerst die gesetzlichen Vertretungsrechte zur Anwendung und erst subsidiär die behördlichen Massnahmen. Nachfolgend werden diese Alternativen erläutert.

2.3.1 Die gesetzlichen Vertretungsrechte als Massnahmen von Gesetzes wegen

Wie beim Vorsorgeauftrag liegt auch bei den gesetzlichen Vertretungsrechten der Fokus auf der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person. Die Urteilsunfähigkeit wurde von den Autorinnen bereits im Kapitel 2.2.2 eingehend erläutert. Während beim Vorsorgeauftrag die betroffene Person selber bestimmen kann, wer bei Vorliegen einer allfälligen Urteilsunfähigkeit die nötigen Entscheidungen treffen soll, übernimmt diese Aufgabe bei den gesetzlichen Vertretungsrechten die nach diesem Gesetz vorgesehene Person.

Das Vertretungsrecht kann gemäss Art. 374 ZGB an den Ehegatten, die Ehegattin, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner übertragen werden, welche regelmässig und persönlich Beistand leisten oder mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führen. Es umfasst:

- alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind;
- ordentliche Verwaltung des Einkommens und der Vermögenswerte;
- nötigenfalls die Befugnis, die Post zu öffnen und zu erledigen.

Für Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung muss der Ehegatte / die Ehegattin, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde analog Art. 416 ZGB einholen.

Unter dem Blickwinkel des genannten Artikels stellt sich berechtigterweise die Frage, weshalb bei der benannten Personengruppe überhaupt ein Vorsorgeauftrag zu erstellen ist. Ein Vorsorgeauftrag kann zusätzlich gelten. Eine Person hat die Möglichkeit, eine andere Person als die in Art. 374 ZGB vorgesehene einzusetzen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Ehemann betr. der Vermögenssorge nicht die Ehefrau (Anm. der Autorinnen: die

Reihenfolge ist rein zufällig gewählt) einsetzen will (Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid & Alexandra Jungo, 2015, S. 603 ff.). Auch die Eignung oder die Interessenkollision wie in Kapitel 2.2.4 und 2.2.5 beschrieben, können mögliche Gründe für eine alternative Wahl sein. Zwischen dem Feststellen der Urteilsunfähigkeit und dem Einsetzen einer vorsorgebeauftragten Person liegt zudem eine gewisse Zeitspanne. Um Geschäfte während dieser Zeit dennoch tätigen zu können, haben die in Art. 374 ZGB genannten Personen in dieser Zeit die Vertretungsrechte. Dies ist sinnvoll, da gewisse Handlungen regelmässig vorgenommen werden müssen und nicht darauf gewartet werden kann, bis eine Person offiziell als Vorsorgebeauftragte eingesetzt wird.

Ein Vorsorgeauftrag kann allenfalls auch neben anderen gesetzlichen Massnahmen zum Zug kommen. Dies wenn zum Beispiel eine Beistandschaft nur für gewisse Teilbereiche errichtet worden ist (vgl. Art. 391 ZGB). Die gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter können gegen den Entzug des Vertretungsrechts Beschwerde erheben (Tuor et. al., 2015, S. 603).

Anders sieht es bei den medizinischen Massnahmen oder bei Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen aus. Es kommen bei gleichzeitiger Urteilsunfähigkeit und Fehlen entsprechender Vorkehrungen (z. B. Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung) die folgenden Vertretungsrechte zum Zug (Art. 377-378 ZGB):

1. die in der Patientenverfügung oder im Vorsorgeauftrag bezeichnete Person;
2. der Beistand oder die Beiständin mit Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen;
3. Ehegatten, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner, die regelmässig und persönlich Beistand leisten oder mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führen;
4. die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
5. die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
6. die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
7. die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

Die berechnigte Person vertritt die urteilsunfähige Person und stimmt zu oder verweigert die vorgesehenen ambulanten oder stationären Massnahmen.

Ohne Vorsorgeauftrag regeln die gesetzlichen Vertretungsrechte die Vertretung von betroffenen Personen bei Alltagsgeschäften, bei der ordentlichen Einkommens- und Vermögensverwaltung, bei medizinischen Massnahmen oder bei Aufenthalt in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung.

2.3.2 Die behördlichen Massnahmen

Bei den behördlichen Massnahmen handelt es sich um die verschiedenen Beistandschaften und die Fürsorgerische Unterbringung. Hier liegt der Fokus auf dem Schwächezustand und dem daraus abgeleiteten Schutzbedarf. Urteilsunfähigkeit bedeutet zwar ebenfalls ein Schwächezustand, dieser wird in der Definition gemäss Christiane Fountoulakis und Daniel Rosch (2016b, S. 460 ff.) aber weiter gefasst: Menschen mit psychischen Störungen oder geistiger Behinderung können trotz Schwächezustand urteilsfähig sein. Gewisse Beistandschaften setzen Urteilsfähigkeit voraus, wie zum Beispiel die Begleitbeistandschaft, die Vertretungsbeistandschaft oder die Mitwirkungsbeistandschaft.

Bei einer urteilsunfähigen Person kommen die behördlichen Massnahmen subsidiär zum Zug, wenn die betroffene Person keinen Vorsorgeauftrag erstellt hat. Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine Beistandschaft angeordnet werden kann (Luca Maranta & Patrik Terzer, 2016, S. 485 ff.):

- Volljährigkeit zum Zeitpunkt der Errichtung der Beistandschaft;
- Vorliegen eines relativen Schwächezustandes;
- Vorliegen eines Schutzbedarfes aufgrund des bestehenden Schwächezustandes;
- Verhältnismässigkeit der Massnahme: diese muss vor dem Hintergrund des damit verfolgten Zieles geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

Beistandschaften können von Privat- oder Fachpersonen übernommen werden. Die KESB prüft und entscheidet im Einzelfall, je nach Komplexität und Umfang der bevorstehenden Massnahme. Sowohl die Privaten Mandatsträgerinnen und -träger (nachfolgend PriMa genannt) als auch die Berufsbeiständinnen und -beistände sind verpflichtet, die ihnen übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Mindestens alle zwei Jahre muss der KESB ein Bericht über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft abgegeben werden (Art. 411 ff. ZGB).

Beistandschaften können individuell auf die Bedürfnisse der betroffenen Personen angepasst werden. Die Aufgaben der Beiständinnen und Beistände werden detailliert beschrieben, man spricht daher von einer „Massschneidung“. Die Aufgaben können jederzeit angepasst oder verändert werden, entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Person (Maranta & Terzer, 2016, S. 495 ff.).

Zu den behördlichen Massnahmen gehört die massgeschneiderte Beistandschaft. Bei den Beiständinnen und Beiständen wird unterschieden zwischen Privat- und Fachpersonen.

2.4 Fazit

Mit dem Vorsorgeauftrag hat der Gesetzgeber im Erwachsenenschutz ein Instrument zur Wahrung der selbstbestimmten Fremdbestimmung geschaffen. Beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages müssen die in diesem Kapitel erwähnten formalen Vorgaben erfüllt sein, damit dieser seine Wirksamkeit entfalten kann. Die Alternativen zu einem Vorsorgeauftrag, die gesetzlichen Vertretungsrechte und die behördlichen Massnahmen, sollen beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages in Betracht gezogen werden. Die Lebenswelt und die konkreten Umstände einer Person müssen mitberücksichtigt werden.

Die auftraggebende Person muss während ihrer Urteilsfähigkeit eine Person (natürliche oder juristische) bestimmen, welche im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit möglichst nach ihrem Willen handelt und die dazu nötigen Kompetenzen aufweist. Die eingesetzte Person muss in der Lage sein, sich in die Person hineinzusetzen und so zu handeln, wie die nun urteilsunfähige Person gehandelt hätte und nicht danach, wie vernünftiger- oder korrekterweise gehandelt worden wäre.

Die beauftragte Person benötigt die notwendigen Kompetenzen, um die Personen- und Vermögenssorge und die Vertretung in Rechtsverkehr im Namen der auftraggebenden Person auszuführen. Eine Vertretung in diesem Ausmass kann eine grosse Herausforderung sein und zu offenen Fragen führen, hauptsächlich im Bereich der Personensorge, bei welcher der mutmassliche Wille der auftraggebenden Person zentral ist. Die Vertretung im Rechtsverkehr oder die Vermögenssorge scheint etwas weniger auslegebedürftig, wenn auch nicht weniger sorgfaltspflichtig zu sein (Rumo-Jungo, 2012, S. 66 ff.). Die vorsorgebeauftragte Person haftet nach den Bestimmungen über den Auftrag für die von ihr getätigten Geschäfte (Art. 365 Abs. 1 ZGB). Obwohl die Entscheidungs- und Handlungskompetenzen voll und ganz in den Händen der vorsorgebeauftragten Person

liegen, hat sich die vorsorgebeauftragte Person strikte an den Interessen der auftraggebenden Person zu orientieren. Nur so wird dem Prinzip der Selbstbestimmung genügend Beachtung geschenkt und die Interessen der auftraggebenden Person gewahrt. Die Hilfs- und Schutzbedürftigkeit der urteilsunfähigen Person wird durch die vorsorgebeauftragte Person kompensiert.

Der Zeitspanne zwischen der Errichtung und dem tatsächlichen Eintreten der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages ist ebenfalls Beachtung zu schenken. Unter Umständen kann nicht mehr festgestellt werden, ob der damals errichtete Vorsorgeauftrag noch dem heutigen mutmasslichen Willen der auftraggebenden Person entspricht. Die Auslegung des Vorsorgeauftrages wird bei Unklarheiten nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen (Rumo-Jungo, 2012, S. 67 ff.). Der Selbstbindung über mehrere Jahre ist beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages die nötige Aufmerksamkeit zu schenken.

Um Interessenkollisionen oder einer anderen allfälligen Gefährdung bei der Ausübung der Vertretung entgegenzutreten zu können, hat der Gesetzgeber Art. 368 ZGB erlassen, welcher der Erwachsenenschutzbehörde die Möglichkeit bietet, einzuschreiten.

3. Methodisches Vorgehen für die Forschung

Ausgehend von den lebenspraktischen Interessen und der Einbindung in ihren beruflichen Kontext als Sozialarbeiterinnen haben die Autorinnen zusammen mit einem Dozenten (Fachperson aus dem Erwachsenenschutz) der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit die Fragestellung konzipiert. Sie beinhaltet in einem komplexen Themengebiet einen relevanten Blickwinkel, der zu Konflikten und Problemen im Alltag führen kann und aus diesem Grund näher analysiert werden soll (Uwe Flick, Ernst von Kardorff, Heiner Keupp, Lutz von Rosenstiel & Stephan Wolff, 1991, S. 152). Dieses Kapitel widmet sich dem methodischen Vorgehen für die in Kapitel 1 gestellten Fragen:

- a) *Der Vorsorgeauftrag als Instrument der eigenen Vorsorge – Welches sind die rechtlichen Grundlagen und Aspekte?***

- b) *Selbstbestimmte Fremdbestimmung – Welches sind die Möglichkeiten und Grenzen des Vorsorgeauftrages?***

- c) *Der Vorsorgeauftrag im Kontext der professionellen sozialarbeiterischen Beratung***

Alle drei Fragen sind für die vorliegende Arbeit von Bedeutung. Frage a) wird hauptsächlich durch Disziplinwissen generiert. Das Disziplinwissen setzt für diese Arbeit die notwendigen Gültigkeitskriterien fest (Gregor Husi, 2017, S. 2-3). Die Beantwortung von Frage b) wird mittels der qualitativen Methode zur Forschung genutzt. Diese Form der Forschung hilft, Eindrücke der Wirklichkeit in Textform darzulegen und den Sinn und ihre Zusammenhänge zu verstehen (Husi, 2017, S. 13). Die Autorinnen haben sich intensiv mit dem Vorsorgeauftrag befasst und sich dabei auf die Forschungsfrage b) festgelegt. Die Beantwortung von Frage c) ist schlussendlich die Anschlussfähigkeit an die Sozialarbeit mit Hilfe des Disziplinwissens a) und der Erkenntnisse aus der getätigten Forschung b).

Das für die Beantwortung der Frage b) gewählte Forschungsdesign und das dazu gewählte Erhebungsinstrument mit seinen theoretischen Grundlagen wird nachfolgend erläutert. Das Ziel der Forschung, die Stichprobe und die einzelnen Forschungsschritte werden aufgezeigt.

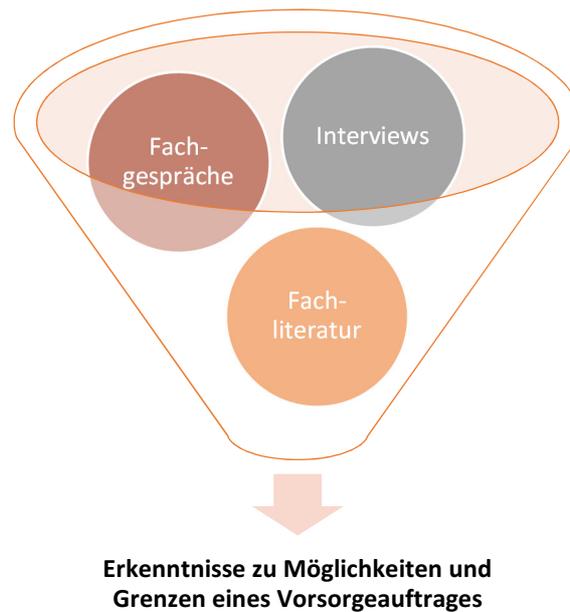


Abbildung 3: Methodisches Vorgehen (eigene Darstellung)

3.1 Forschungsdesign

Für empirische Untersuchungen eignen sich verschiedene Methoden. Bei der Auswahl der Methode soll sich die Wahl nach der Fragestellung der Untersuchung richten (Horst Otto Mayer, 2013, S. 35). Die theoretischen Grundlagen zum Vorsorgeauftrag und die Beobachtungen der Autorinnen führen zum gewählten Forschungsdesign: die qualitative Befragung. Dieses Design erlaubt, Kausalzusammenhänge zu untersuchen und darzustellen. Das in dieser Arbeit zusammengetragene Wissen bildet den Ausgangspunkt für die Formulierung der Forschungsfrage b).

Der Gegenstand, welcher untersucht werden soll, kann mit Hilfe einer Vorannahme eine Vorstellung der Realität aufzeigen (Mayer, 2013, S. 29). Obwohl es nicht das Ziel einer qualitativen Forschung ist, mit Hilfe einer Vorannahme die Theorie zu überprüfen, macht es trotzdem Sinn, diese Vorstellungen in den Forschungsprozess einfließen zu lassen (Mayer, 2013, S. 36). Diese theoretische Vorannahme ist hilfreich für die Entwicklung eines Leitfadens. Das Leitfadeninterview bietet in der qualitativen Forschung die Möglichkeit, verbale Daten zu sammeln. Im Leitfaden für die Interviews sollen offene Fragen gestellt werden und damit die Möglichkeit bieten, andere Sichtweisen zuzulassen. Die Fragen sollen als Orientierung dienen und sicherstellen, dass die wesentlichen Aspekte im Interview aufgegriffen werden. Die Leitfadeninterviews können sowohl bei betroffenen Personen, wie auch bei Experten und Expertinnen durchgeführt werden (Mayer, 2013, S. 37 ff). Die

qualitative Forschung kann auch als Handlungsforschung angesehen werden. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse werden den Betroffenen mitgeteilt und der Dialog gefördert (Flick et al., 1991, S. 170-171).

3.2 Ziel der Forschung

Insgesamt ist das Ziel dieser Arbeit, Antworten auf die eingangs dieses Kapitels und in Kapitel 1.3 gestellten Fragen zu erhalten. Schwerpunktmässig dient die Untersuchung in diesem Kapitel dazu, Antworten auf die Forschungsfrage b) zu erfahren und darzustellen.

Das zentrale Revisionsanliegen im neuen Familienrecht geht wie in Kapitel 1 beschrieben von der Grundidee aus, dass Menschen mit dem Erstellen eines Vorsorgeauftrages selbstbestimmt ihre persönlichen, finanziellen und rechtlichen Angelegenheiten im Voraus regeln und gleichzeitig behördliche Interventionen zu minimieren (Häfeli, 2016, S. 27). In der Praxis wird oft die Meinung vertreten, dass mit einem Vorsorgeauftrag selbstbestimmt und unabhängig, auch von der KESB, die eigene Vorsorge im Falle einer möglichen Urteilsunfähigkeit geregelt werden kann.

Diese Aussage dient den Autorinnen als Vorannahme für die vorliegende Arbeit. Zudem wird sie als Motivation zur Erstellung eines Vorsorgeauftrages in Beratungsgesprächen erwähnt (Interview mit Miriam Schriber, Sozialarbeiterin bei der Pro Senectute Obwalden, Juni 2018). Die Motivation kann zusätzlich mit untenstehender Abbildung verdeutlicht werden:

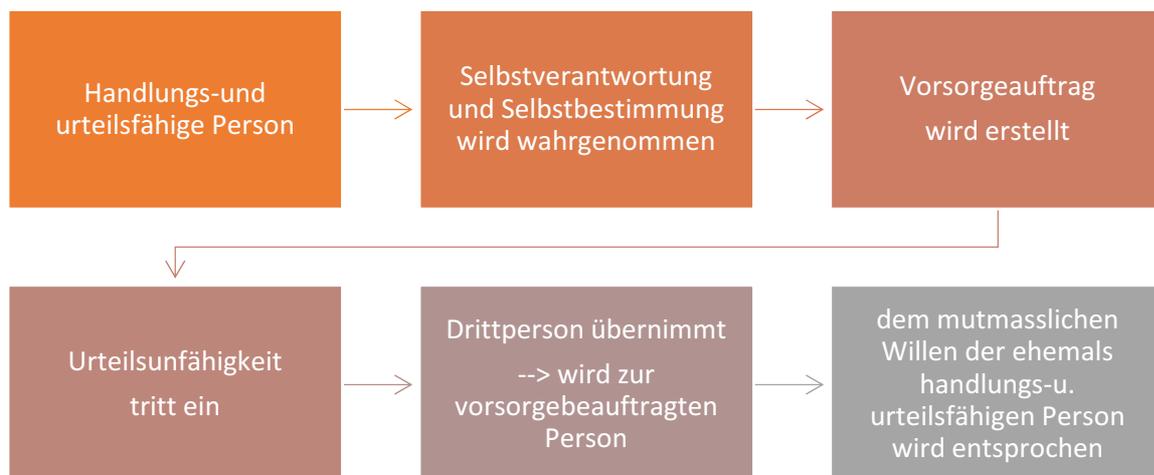


Abbildung 4: Motivation für das Erstellen eines Vorsorgeauftrages (eigene Darstellung)

Burkhard Vollmers (1999, S. 12-13) geht in Anlehnung an die Motivationstheorie davon aus, dass Menschen einerseits aufgrund von Wünschen, Bedürfnissen, Zuständen, Wertvorstellungen und Idealen handeln. Andererseits werden sie durch die Umwelt wie Personen, Gegenstände oder Institutionen beeinflusst. Eine Interaktion zwischen dem Individuum und der Umwelt kann dabei festgestellt werden und ist für eine wechselwirkende Handlung entscheidend.

3.3 Stichprobe

Die Stichprobe hat in der qualitativen Forschung die Funktion, die für diese Arbeit relevanten Antworten auf die gestellten Fragen zu erhalten. Die Auswahl der Zielgruppe soll so erfolgen, dass die Ergebnisse übertragbar und in diesem Sinne generalisierbar sind (Mayer, 2013, S. 38-39). Die Autorinnen haben zwei Zielgruppen für die Interviews vorgesehen:

- Personen, welche einen Vorsorgeauftrag erstellt haben oder ev. einen erstellen wollen (Kategorie 1);
- Experten und Expertinnen im Thema Vorsorgeauftrag (Kategorie 2).

Die befragten Personen werden im Voraus festgelegt und beschränken sich auf die Innerschweiz und die Kantone Bern und Zürich. Aufgrund der zeitlichen Ressourcen der beiden Autorinnen wird das Feld nicht weiter geöffnet. Bei der Festlegung der zu interviewenden Personen wird auf eine möglichst gleichmässige Geschlechterverteilung geachtet und auch bei den weiteren Kriterien wie Alter, Bildungsstand und familiäre Verhältnisse wird auf Heterogenität geachtet. Die Personengruppe aus Kategorie 2 wird während der Untersuchung laufend aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse erweitert und es wird auf verschiedenen Ebenen geforscht um möglichst unterschiedliche Standpunkte berücksichtigen zu können (Mayer, 2013, S. 39 ff.).

Kategorie 1: Personen mit oder ohne Vorsorgeauftrag

	Geschlecht	Alter	Familienverhältnisse	Funktion	Vorsorgeauftrag
A	männlich	84	- verwitwet - Kinder	Privatperson	VA erstellt
B	weiblich	63	- verheiratet - keine Kinder	Privatperson	will VA erstellen
C	weiblich	45	- verheiratet - Kinder	Privatperson	will VA erstellen
D	weiblich	36	- ledig - keine Kinder	Privatperson	will VA erstellen

	Geschlecht	Alter	Familienverhältnisse	Funktion	Vorsorgeauftrag
E	männlich	65	- verheiratet - Kinder	Privatperson	will keinen VA erstellen
F	weiblich	46	- verheiratet - Kinder	Privatperson	unschlüssig
G	männlich	46	- Konkubinat - Kinder	Privatperson	unschlüssig

Tabelle 1: Kategorie 1: Personen mit oder ohne Vorsorgeauftrag

Kategorie 2: Fachexpertinnen und Fachexperten

	Organisation	Funktion
H	Hausarztpraxis Kerns, OW	Kantonsarzt
I	Unabhängige Beschwerdestelle für das Alter, Zürich	Vorsitzender Fachkommission
J	KESB Stadt Luzern	Präsidentin
K	Pro Senectute Schweiz	Experte Erwachsenenschutz
L	Pro Senectute Obwalden	Sozialarbeiterin
M	Alzheimervereinigung Obwalden	Co-Präsident & Beraterin

Tabelle 2: Kategorie 2: Fachexpertinnen und Fachexperten

Die Auswahl der oben genannten Organisationen, der Expertinnen und Experten erfolgte aufgrund der Aspekte, welche der Vorsorgeauftrag beinhaltet (zum Beispiel Validierung oder Feststellung der Urteilsunfähigkeit) und mit diesem entsprechend in Berührung kommen.

Die genannten Gruppen wurden persönlich angefragt und alle angesprochenen Personen haben dem Interview zugestimmt. Die Interviews fanden zwischen Mai und Juli 2018 auf den genannten Stellen, bei den betroffenen Personen zu Hause oder an einem geeigneten Ort statt. Sie dauerten in der Regel 1,5 Stunden. Ein Pretest wurde bei beiden Zielgruppen durchgeführt. Die Zufallsauswahl bei den befragten Personen ist nicht gegeben, da eine gezielte Auswahl der zu interviewenden Personen erfolgte. Aus Sicht der Autorinnen ist dies unproblematisch, da die Heterogenität gewährleistet ist.

3.4 Datenerhebung

Die Antworten auf die gestellten Fragen wollen die Autorinnen sowohl aus einer Aussen- wie auch aus einer Innenperspektive heraus erforschen. Gemäss Flick et al. kann in diesem Fall von zwei Wirklichkeiten gesprochen werden. Die Autorinnen werden diese über die Aussenperspektive mit Hilfe der Kategorie 1 (einzelne Subjekte und deren Verständnis zur Materie) wie auch über die Innenperspektive mit Hilfe der Kategorie 2 (Expertinnen und Experten auf dem Gebiet des Erwachsenenschutzes) erschliessen (1991, S. 154-155). Die Aussenperspektive, also die Sichtweise von betroffenen Personen, die entweder schon einen Vorsorgeauftrag erstellt haben, eventuell noch erstellen wollen oder sich gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages entscheiden, soll schwerpunktmässig für die Beantwortung der Forschungsfrage b) ermittelt werden. Sie kann als Beschreibungswissen „*Was liegt vor?*“ zur Kenntnis genommen werden. Die Ergebnisse der Expertinnen und Experten dienen dazu, die Praxis, welche sich aus der Umsetzung des Gesetzes ergibt, darzulegen und sollen helfen, mögliche Spannungsfelder besser zu verstehen. Diese Antworten dienen der Erklärung „*Warum ist das so, wie es ist*“ (Husi, 2017, S. 7 ff.). Die Ergebnisse der Expertinnen und Experten werden aus diesem Grund in die Diskussion miteinfließen und sollen dazu dienen, ob, wie und wofür ein mögliches Handeln aus Sicht der Sozialarbeit notwendig ist.

3.5 Datengewinnung

Durch die Berücksichtigung der rechtlichen Grundlagen und den wesentlichen Aspekten zum Vorsorgeauftrag (siehe Kapitel 2) werden Kategorien (siehe Tabelle 3) für die Entwicklung der Fragestellung formuliert. Der Leitfaden wird aufgrund dieser Kategorien entwickelt und mit offenen Fragen gestaltet. Es mussten drei verschiedene Leitfaden (Leitfaden für Privatpersonen, Leitfaden für Personen aus dem Gebiet des Erwachsenenschutz, Leitfaden für Ärzte) erarbeitet werden, da die Fragestellung nicht bei allen Zielgruppen identisch ist und zu Missverständnissen führen könnte. Der Leitgedanke ist bei jedem Leitfaden der gleiche und hat stets den Vorsorgeauftrag mit seinen Möglichkeiten und seinen Grenzen aber auch die Praxis im Blickwinkel und bezieht sich immer auf die gebildeten Kategorien. Die Fragestellung lässt Offenheit und die Möglichkeit nach Entfaltung zu (Mayer, 2013, S. 43-46).

Kategorien für den Leitfaden:

- Passende Einstiegsfrage und Abschlussbemerkung
- Wissen über den Vorsorgeauftrag
- Motivation für oder gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages
- Alternativen zum Vorsorgeauftrag
- Was wird im Vorsorgeauftrag geregelt
- Validierung des Vorsorgeauftrages
- Urteilsunfähigkeit
- Zusammenarbeit diverser Akteure

Tabelle 3: Kategorien für Leitfaden

Die Interviews wurden von beiden Autorinnen gemeinsam durchgeführt und aufgenommen. Die Interviewten wurden über den Ablauf und die Verwendung des Materials in Kenntnis gesetzt und gaben ihr Einverständnis. Die Interviews verliefen unkompliziert und ungezwungen. Das Fachwissen der beiden Autorinnen über das komplexe Themengebiet hat dazu beigetragen.

3.6 Datenauswertung

Die aufgenommenen Interviews wurden transkribiert. Anschliessend wurden wichtige Textstellen markiert. Aufgrund der Forschungsfrage wurden thematische Hauptkategorien erstellt, welche sich an den Kategorien für den Leitfaden orientieren. Die transkribierten Interviews wurden mit diesen Hauptkategorien versehen und gleiche Textstellen zusammengestellt (Udo Kuckartz, 2012, S. 78 ff.). Diese wurden zusammengefasst und als Ergebnisse in Kapitel 4 dargestellt. Das Experteninterview mit der KESB wird zur besseren Lesbarkeit in leicht gekürzter Form wiedergegeben. Der Fachaustausch mit weiteren Expertinnen und Experten aus dem Erwachsenenschutz wird zusammengefasst wiedergegeben oder fliesst direkt in die ausführliche Diskussion in Kapitel 5 mit ein. Die Autorinnen wollen mit Hilfe der Datenauswertung die nötigen Antworten auf die gestellten Fragen erhalten und werden die Schlussfolgerung für die Sozialarbeit in Kapitel 6 ziehen. Sollten sich im Anschluss an die getätigte Forschung weitere Wissenslücken ergeben, so werden diese in Kapitel 7 dargestellt und geben die Möglichkeit, sich künftig diesen Themen zu widmen.

4. Forschungsergebnisse

Die Ergebnisse aus der getätigten Forschung mittels Interviews mit Privatpersonen und Fachpersonen werden nachfolgend sachlich und ohne Interpretation aufgeführt. Es wird darauf hingewiesen, dass die Interviews wortgetreu wiedergegeben werden und nicht der Meinung der Autorinnen entsprechen müssen. Auch können Wörter in Umgangssprache zu finden sein. Wertende Aussagen wurden bewusst belassen, um die Ergebnisse nicht zu verfälschen. Die Anpassung an eine gendergerechte Sprache wurde in den Transkriptionen ebenfalls nicht vorgenommen. Im Anschluss folgt die Diskussion zu den Forschungsergebnissen.

4.1 Interviews mit Privatpersonen

- Was wissen Sie über den Vorsorgeauftrag?

Alle der befragten Personen kennen den Vorsorgeauftrag und können Aussagen dazu machen. Mehrmals werden die Selbstbestimmung und die Regelung der persönlichen und finanziellen Angelegenheiten erwähnt. Der Zeitpunkt, bei welchem der Vorsorgeauftrag zum Tragen kommt, umschreiben die befragten Personen mit „wenn ich selber nicht mehr in der Lage bin“, „wenn ich geistig nicht mehr zurechnungsfähig bin“ oder „wenn ich selber nicht mehr bestimmen kann“. Je eine Person erwähnt den Ausdruck „urteilsunfähig“ und „handlungsunfähig“. Es wird ebenfalls eine Verbindung zur Erwachsenenschutzbehörde ESB bzw. zur KESB sowie ein Zusammenhang mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht gemacht. Dabei wird der Vorsorgeauftrag als Instrument zur Vermeidung staatlicher Eingriffe genannt. Mehrere Personen erwähnen, dass sie mit dem Vorsorgeauftrag selber eine Person bestimmen können, welche später für sie persönlich zuständig sein wird.

- Was ist Ihre Motivation für / gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages?

Bei dieser Frage wird die Selbstbestimmung genannt. Für mehrere Personen ist es wichtig, dass die zuständige Person weiss, was der eigene Wille gewesen wäre. Genannt werden hier die emotionale Nähe und Vertrautheit zur Person. Zudem kommt hier die eigene private Situation ins Spiel: Vermögen, familiäre Verhältnisse oder Erlebnisse im privaten Umfeld beeinflussen bei den befragten Personen die Motivation für oder gegen den Vorsorgeauftrag. Zwei Personen erwähnen die grosse Familie, was sich für die Regelung der Verhältnisse ohne Vorsorgeauftrag als Herausforderung darstellen könnte: zum Beispiel könnte es zu einem Interessenkonflikt kommen, wenn Ehepartner oder erwachsene Kinder neben den

Interessen der betroffenen Person auch die eigenen Interessen vertreten. Aber auch die fehlende Familie ist eine Motivation für einen Vorsorgeauftrag. Bei dieser Frage wird wieder die Vermeidung staatlicher Eingriffe durch die KESB angeführt.

Drei der befragten Personen geben an, zumindest aktuell keine Motivation zum Erstellen eines Vorsorgeauftrages zu haben. Als Begründung geben sie ihren derzeitigen guten Gesundheitszustand oder die bestehende Familie an. Alle drei Personen erwähnen, dass es trotzdem sinnvoll wäre, einen Vorsorgeauftrag zu erstellen.

➤ Was wäre für Sie die Alternative zum Vorsorgeauftrag?

Zu dieser Frage werden sehr unterschiedliche Antworten gegeben. Eine Person nennt das Testament als Möglichkeit um festzulegen, wer bei Unzurechnungsfähigkeit die Verantwortung übernehmen soll. Auch Vollmachten werden als Alternativen erwähnt. Weiter vermutet eine Person, dass die KESB auch private Vereinbarungen und Abmachungen wie zum Beispiel ein Konkubinats- oder Unterhaltsvertrag berücksichtigen würde. Eine weitere Person sieht die KESB als einzige Alternative zum Vorsorgeauftrag. Eine Person ist der Meinung, dass die gesetzliche Erbfolge wohl Streit innerhalb der Familie verursachen würde und es deshalb für ihn keine Alternative zum Vorsorgeauftrag gibt. Zwei Personen geben an, keine Ahnung zu haben, ob es Alternativen zum Vorsorgeauftrag gibt.

➤ Was regeln Sie im Vorsorgeauftrag?

Die Mehrheit der befragten Personen hat bei dieser Frage die Regelung der finanziellen Angelegenheiten und das Vermögen genannt. Drei Personen haben zusätzlich noch die Regelung bei einem späteren Heimeintritt erwähnt. Für zwei Personen ist es klar, dass sie die medizinischen Anliegen in einer separaten Patientenverfügung klären. Weiter ist es für alle der befragten Personen klar, dass sie in einem Vorsorgeauftrag eine Person einsetzen können, die für sie allenfalls die Verantwortung in persönlichen Angelegenheiten übernehmen kann. Bei der Wahl der eingesetzten Person wird einstimmig das nötige Vertrauen erwähnt. Konkretisiert wird diese Angabe mit Partner, Kinder, Geschwister oder weiteren Personen im familiären Umfeld. Eine Person gibt an, dass er sowohl seine leibliche Tochter als auch seine drei Stiefkinder eingesetzt hat, um sie alle gleichzeitig zur Verantwortung und zur Zusammenarbeit zu bringen. Dabei hat er sie beauftragt, gemeinsam eine Lösung zu finden. Die Verteilung der einzelnen Aufgaben hat er ihnen selber überlassen. Eine Stieftochter hat den Vorsorgeauftrag aufgesetzt und anschliessend wurde der Vertrag durch einen Notar überarbeitet und von allen unterschrieben. Eine andere Person sagt, dass aus seiner Sicht nicht mehrere Personen gleichzeitig und gleichberechtigt

als eingesetzte Personen tätig sein können. Aus seiner Sicht muss eine Person die Leitung übernehmen und die nötigen Entscheidungen fällen.

- Wie läuft es, wenn der Vorsorgeauftrag in Kraft treten soll?

Die befragten Personen geben keine einheitliche Antwort über das Vorgehen. Für drei Personen ist es klar, dass als Voraussetzung für die Inkraftsetzung die betroffene Person nicht mehr selber entscheiden kann und dass dann der Vorsorgeauftrag an die KESB geht. Wer über diesen Zeitpunkt entscheidet, darüber geben die befragten Personen unterschiedliche Antworten: Arztzeugnis, Gefährdungsmeldung einer Drittperson, eigene Meldung oder Mitteilung durch die eingesetzte Person. Über das genaue Prozedere bei der KESB werden keine Angaben gemacht. Es wird aber von mehreren Interviewten vermutet, dass der Vorsorgeauftrag auf seine Gültigkeit und die eingesetzte Person auf ihre Fähigkeiten überprüft wird.

- Wissen Sie, ob die Erwachsenenschutzbehörde (KESB) in Bezug auf einen erstellten Vorsorgeauftrag involviert sein kann?

Drei der befragten Personen sind klar in der Aussage, dass die KESB beim erstellten Vorsorgeauftrag eine Kontrollfunktion habe. Sie leite das Verfahren und kontrolliere die formalen Bedingungen. Der Vorsorgeauftrag müsse genehmigt werden. Eine befragte Person gibt an, dass er viel Vertrauen in die KESB habe und dies deshalb kein Problem für ihn sei. Er habe den Vorsorgeauftrag bei einem Notar schreiben lassen, um einen möglichen Konflikt mit der KESB zu verhindern.

Zwei Personen geben an, dass die KESB bei einem Vorsorgeauftrag nicht involviert sei. Eine Ausnahme sei es, wenn „etwas passiert“. In diesem Fall sei die KESB von Amtes wegen involviert. Eine Person gab an, dass die KESB nur bei einer Meldung / Anzeige von einer Drittperson tätig werde. Eine Person war der Meinung, dass der Vorsorgeauftrag bei der KESB hinterlegt werden kann.

4.2 Erfahrungsaustausch Erwachsenenschutzexpertinnen und -experten

Zusammenfassung des Erfahrungsaustausches bei der Pro Senectute Schweiz (2018), geleitet von Christoph Häfeli, Erwachsenenschutzexperte und Albert Wettstein, ehem. Chefarzt Stadtärztlicher Dienst und Vorsitzender der Fachkommission der Unabhängigen Beschwerdestelle für das Alter (UBA), Zürich.

- Demenz als mögliche Ursache, welche zur Urteilsunfähigkeit führen kann. Wie kommt es zur Diagnose?

Grundsätzlich wird von Urteils- und Handlungsfähigkeit ausgegangen. Wenn Dritte anderer Meinung sind, muss das bewiesen werden. Meistens kommt eine Meldung von Angehörigen, Bekannten oder Nachbarn an die Hausärzte oder die KESB. Dieser Meldung ist nachzugehen und ein Arzt entscheidet darüber. Um eine Demenz zu diagnostizieren gibt es Tests, die eine hohe Zuverlässigkeit einer Diagnose darstellen. Trotzdem ist es gemäss Wettstein schwierig, eine Demenz zu diagnostizieren. Der schleichende Verlauf einer Demenzerkrankung erschwert die Diagnose (die Autorinnen verweisen auf das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ in Kapitel 2.2.2 Urteilsunfähigkeit). Die Diagnose ist für den Zeitpunkt einer Rechtshandlung ausschlaggebend. Bei Streitigkeiten entscheiden immer die Mediziner aufgrund folgender Instrumente:

- Prüfung der Hirnleistung
- Miteinbezug der Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person (ist diese noch fähig, vernunftgemäss zu handeln?)
 - ➔ Die Verhältnismässigkeit ist immer abzuwägen
 - ➔ Um sich ein Bild zu machen sind Hausbesuche ein zentraler Bestandteil der Beratung: Die Lebenswelt und die Selbstbestimmung als oberstes Gebot

- Aufklärung der Betroffenen

Transparenz und Information sind zentral. Mit den Betroffenen werden pragmatische Entscheidungen getroffen, dass zum Beispiel bei der Vermutung einer Demenz der Arzt oder die Ärztin mit der betroffenen Person noch die notwendigen Vorkehrungen trifft und erst anschliessend die Diagnose stellt. Gemäss Wettstein sei dies ein absolut legitimes und in der Praxis weit verbreitetes Vorgehen. Gemäss Wettstein gilt: wo kein Kläger, da kein Richter. Wenn alles über die Familie oder Dritte geregelt werden kann, mittels vorgängig erstellter Vollmacht, so sei dies legitim. Der Graubereich soll genutzt werden.

- Vorgehen KESB betreffend Feststellung der Urteilsunfähigkeit

Damit die KESB eine Urteilsunfähigkeit feststellen kann, braucht es ein medizinisches Gutachten. Die KESB ist zudem die Auskunftsstelle, welche über eine fehlende Urteilsfähigkeit einer Person Auskunft geben muss. Falls eine fehlende Urteilsfähigkeit vorliegt, so hat die KESB auch mitzuteilen, in welchem Umfang die Handlungsunfähigkeit besteht.

➤ Motivation zum Erstellen eines Vorsorgeauftrages

Die Motivation, einen Vorsorgeauftrag zu erstellen, sei meistens, die KESB zu umgehen. Wettstein weist dabei auf folgende Problematik hin: wenn demente Personen von Familienangehörigen betreut werden, können sich zwei Probleme ergeben: häusliche Gewalt oder Krankheit der Betreuungsperson durch Überforderung. Aus diesem Grund sollte eine private Betreuung immer durch mehrere Personen erfolgen, um oben genannte Risikofaktoren zu minimieren. Die Betreuung muss nicht ausschliesslich durch das familiäre Netz gewährleistet werden. Professionelle Hilfe wie zum Beispiel Spitex eignen sich sehr gut, um die Betreuung gut zu gewährleisten.

➤ Woran scheitert ein erstellter Vorsorgeauftrag in der Praxis?

Es wurden bereits Vorsorgeaufträge validiert. Genaue Zahlen liegen noch nicht vor, sie sind jedoch in den letzten 2-3 Jahren sprunghaft angestiegen. Die konkreten Schwierigkeiten sind momentan noch nicht bekannt. Eine Dissertation ist diesbezüglich in Arbeit. Die Schwierigkeiten werden sich in den nächsten Jahren zeigen. Eine bekannte Schwierigkeit ist, dass der Vorsorgeauftrag im Original bei der KESB vorliegen muss, was nicht immer geschieht. Oft ist nur eine Kopie vorhanden. Weiter wird die Eignung der eingesetzten Personen in Frage gestellt. Die eingesetzten Personen sind nicht immer geeignet.

Diskussionen ergeben auch regelmässig: wann wurde der Vorsorgeauftrag erstellt? War die Person zum Zeitpunkt der Erstellung noch urteilsfähig? Meist wird dies von Angehörigen in Frage gestellt. Sie sind der Meinung, die Person sei gar nicht mehr in der Lage gewesen, einen Vorsorgeauftrag zu erstellen. Die Urteilsunfähigkeit muss jedoch bewiesen werden. Je länger die Erstellung des Vorsorgeauftrages zurückliegt, desto schwieriger wird dies sein. Die notarielle Beurkundung ist eine Alternative. Der Notar beurteilt die aktuelle Urteilsfähigkeit und erfüllt so seine Sorgfaltspflicht. Das Vorgehen beim Notar läuft folgendermassen ab:

- Der Notar erstellt den Vorsorgeauftrag gemäss den Wünschen der auftraggebenden Person;
- Der Notar liest anschliessend Abschnitt um Abschnitt vor;
- Nach jedem Abschnitt wird nachgefragt, ob das so richtig ist;
- Wird dies bejaht, so ist dies für den Notar in Ordnung, der Vorsorgeauftrag wird notariell beurkundet.

Im Vorsorgeauftrag wird unter anderem auch die Vertretung in medizinischen Angelegenheiten geregelt. Wenn nichts anderes vermerkt, kommt die Kaskade gemäss Art. 378 ZGB zur Anwendung. Über Streitigkeiten in Verbindung mit dem Vorsorgeauftrag entscheidet die KESB.

Die Personen- und Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr können aufgeteilt werden. Diese Aufteilung kann unter Umständen zu Interessenkollision führen:

- Tochter hat die Personensorge und möchte, dass Mutter in Heim kommt;
- Sohn hat die Vermögenssorge und findet, ein Heim sei zu teuer;
- Im Streitfall würde wieder die KESB entscheiden.

Der Zweck eines Vorsorgeauftrages ist immer wieder zu berücksichtigen: der vertretungslose Zustand einer urteilsunfähigen Person muss behoben werden.

Häfeli gibt folgende Empfehlung, in welchen Fällen es sinnvoll sei, einen Vorsorgeauftrag zu erstellen:

- Vermögen;
- Liegenschaften;
- aussergewöhnliche Geschäfte;
- konflikthafte Familienverhältnisse.

Wettstein erachtet bei allen anderen Personen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages als eher unnötig.

➤ Zusammenarbeit

Gemäss Häfeli ist die KESB überlastet. 30'000 PriMa stehen 8'000 Berufsbeiständen und –beiständinnen gegenüber. Bei beiden ist die KESB die zuständige Fachbehörde. PriMa sind gemäss Häfeli hauptsächlich Familienangehörige. Die KESB überprüft die Eignung der PriMa. 45% aller KESB-Massnahmen werden durch PriMa geführt. Diese führen zu den meisten Problemen. Der Grund sei oft der Argwohn der restlichen Familienangehörigen gegenüber den eingesetzten Personen. PriMa haben im Unterschied zu den vorsorgebeauftragten Personen Rechte und Pflichten nach Art. 405-414 ZGB. Mit Art. 420 ZGB kann die Befreiung für den Rechenschaftsbericht und die Rechnungsablage (Kontrollinstrumente für die KESB) angefordert werden. Mehrfachbeistände sind gemäss Häfeli im privaten Rahmen sinnvoll.

Im Unterschied zu den PriMa, sind Berufsbeistände und -beiständinnen über eine Staatshaftung abgesichert. Ein Rückgriff wäre nur im Fall von Grobfahrlässigkeit möglich. Klagen zu den Berufsbeiständinnen und -beiständen sind, dass wenig Zeit für die

betroffenen Menschen aufgewendet wird. Dies gilt vor allem für Personen im Heim. Berufsbeiständinnen und -beistände gehen teilweise nicht mal mehr vorbei, es sei ein reines Verwalten. Dies ist ein grosser Schwachpunkt der Berufsbeiständinnen und -beistände gegenüber den PriMa und den vorsorgebeauftragten Personen.

4.3 Experteninterview

Die Befragung von Angela Marfurt, Präsidentin KESB Stadt Luzern, fand am 11. Juni 2018 statt. Das Interview wird zum besseren Verständnis in leicht gekürzter Form wiedergegeben.

- Welche praktischen Chancen und Probleme sehen Sie im Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag?

In meinen Referaten zeige ich jeweils auf, welche gesetzlichen Vertretungen möglich sind, was von denen nicht abgedeckt wird und was man im Vorsorgeauftrag festhalten kann. Ich zeige aber auch die Nachteile des Vorsorgeauftrages auf.

Die meisten Interessenten solcher Vorträge wollen die KESB aus ihren Angelegenheiten heraushalten. Man muss ihnen deshalb sagen: die KESB muss prüfen, ob der Vorsorgefall eingetreten ist und den Vorsorgeauftrag validieren. Die eingesetzte Person wird mit einem Strafregisterauszug und mit einem Betreuungsauszug überprüft. Danach ist die KESB „draussen“. Wenn der Vorsorgeauftrag validiert ist, wirkt die eingesetzte Person relativ frei. Diese Person wird auch nicht beraten. Ein privater Beistand erhält Erklärungen, z. B. wie Ergänzungsleistungen beantragt werden etc. Wenn er oder sie Fehler macht, übernimmt der Schaden die Versicherung der Stadt Luzern. Diese Sicherheit fehlt bei einem Vorsorgeauftrag. Wenn die eingesetzte Person Fehler macht, ist das deren Problem. Auch in einem Haftpflichtfall. Die Sicherheit der KESB bei einer Beistandschaft (Betreuung und Schulung des Beistandes, Übernahme der Schäden), entfällt bei einem Vorsorgeauftrag. Also: ein Vorsorgeauftrag ist nicht nur gut, das muss man wissen.

- Die KESB muss die Urteilsunfähigkeit einer betroffenen Person überprüfen?

Ja, die KESB muss überprüfen, ob der Vorsorgefall eingetreten ist.

- Wie kommt es dazu?

In der Regel erhalten wir eine Meldung, dass jemand urteilsunfähig geworden ist. Zum Beispiel von der eingesetzten Person oder von einem Arzt. Danach wird immer abgeklärt, ob ein Vorsorgeauftrag vorhanden ist.

- Eine einfache Mitteilung, dass die Urteilsunfähigkeit eingetreten ist, reicht aber noch nicht aus?

Nein. Danach überprüfen wir beim Hausarzt, mit dem Heimarzt oder mit einem anderen Mediziner ob die Angaben stimmen. Oder wir gehen selber bei der Person vorbei und prüfen, ob eine Urteilsunfähigkeit vorliegt. Niemand möchte von einer Person vertreten werden, wenn sie noch selber handlungsfähig ist.

- Wie wird die betroffene Person informiert?

Wenn sich das Spital meldet, weil ein Patient oder eine Patientin im Koma liegt, ist der Fall klar. In den anderen Fällen, wo sich jemand aus der Familie meldet, gehen wir vorbei und informieren die Person.

- Und wie reagieren die betroffenen Personen?

Wenn sie einen Vorsorgeauftrag gemacht haben, dann sind sie informiert. Und ausserdem: in den meisten Fällen realisieren sie das gar nicht mehr. Demente Menschen können das nicht mehr verstehen. Man versucht, den Menschen mit einfachen Worten alles zu erklären, soweit wie möglich.

- Dann passiert das erst in einem recht fortgeschrittenen Stadium?

Ja, die Leute müssen ja urteilsunfähig sein. Sonst werden wir nicht tätig.

- Der Übergang zur Urteilsunfähigkeit ist ja fließend?

Die Urteilsunfähigkeit im juristischen Sinn bezieht sich immer auf die Handlung, welche die Person aktuell machen muss. Man ist vielleicht urteilsfähig, ob man Pasta oder Risotto essen will, das reicht aber nicht aus zum Entscheid, ob die Aktien verkauft, die Wohnung gekündigt oder ins Heim eingetreten werden soll. Dort schauen wir hin. Für den Vorsorgeauftrag sind die Rechtsgeschäfte die relevanten Sachen, wo die Vertretung übergeben werden soll.

- Gibt es Leute, die anderer Meinung sind, dass sie sehr wohl noch urteilsfähig sind?

Bei einem Vorsorgeauftrag ist es so: die Meldung erhalten wir in den meisten Fällen von den eingesetzten Personen. Dann sind die Bedingungen meistens bereits eingetreten bzw. dann ist das kein Problem. Schwieriger sind die Fälle, wo die Meldung von irgendeiner Person gemacht wird. Aktuelles Beispiel: alleinstehender Mann, es stinkt aus der Wohnung, erledigt

vermutlich seine Post nicht mehr. Dort gehen wir vorbei. Er versteht aber nicht, warum sich die KESB meldet, ihm gehe es ja gut. Das sind die schwierigen Fälle. Dort hilft uns unsere Erfahrung aber auch der Austausch mit dem Arzt, der auch gut beurteilen kann, ob die alltäglichen Rechtsgeschäfte noch selber erledigt werden können. Dann muss halt auch einmal gegen den Willen der Person ein Beistand eingesetzt oder der Vorsorgeauftrag validiert werden. Ich habe noch nie einen Vorsorgeauftrag validiert, bei dem sich eine Person vehement zur Wehr gesetzt hat.

- Wenn sich eine Person trotzdem wehren würde, welche Möglichkeiten hat sie?

Wenn sie urteilsfähig ist kann sie die Verfügung anfechten. Jede Verfügung der KESB kann angefochten werden.

- Aber sie muss urteilsfähig sein. Nehmen wir an, der Arzt hat die Urteilsunfähigkeit bereits festgesetzt?

Wenn die Person der Meinung ist, dass sie noch urteilsfähig ist, und dies mit einer schriftlichen Einsprache beim Kantonsgericht macht – einfacher Satz genügt – dann ist dies ein Indiz, dass sie verstanden hat, was sie gelesen hat. Und wenn sie dies nicht mehr schafft, dann ist sie auch nicht urteilsfähig. Es kann auch eine Vertrauensperson beigezogen werden, die dies für sie erledigen kann. Aber auch da braucht es eine gewisse Kommunikation, damit ersichtlich wird, dass das Verfahren verstanden wird.

- Gibt es auch Gründe, warum der Vorsorgeauftrag trotz der erfüllten Vorgaben für ungültig erklärt wird?

Die formalen Voraussetzungen müssen zuerst einmal erfüllt sein. Wenn diese nicht erfüllt sind, wird die vorgesehene Person nicht eingesetzt. Dann kann allenfalls geprüft werden, ob die Person als privater Beistand eingesetzt wird.

- Wenn die formalen Vorgaben erfüllt sind, gibt es noch andere Gründe?

Nur wenn die Person nach der Überprüfung als nicht geeignet beurteilt wird. Es gibt genau drei Vorgaben: die formalen Vorgaben erfüllt, der Vorsorgefall eingetreten und die eingesetzte Person geeignet.

- Was bedeutet „geeignete“ Person?

Strafregisterauszug und Betreibungsauszug. Mehr nicht. Es liegt in der Verantwortung der Vorsorgeauftrag erstellenden Person, sich gut zu überlegen, wen sie einsetzen. Die eingesetzte Person muss vertrauenswürdig sein, der Wille sollte vorbesprochen werden. Die betroffene Person muss sich selber ein Bild machen.

Man muss sich dies gut überlegen, was ist wichtig für mich, wieviel Kontrolle stimmt für mich. Ist es eine Person, die mich gut einschätzen kann, die weiss, was ich will? Das wird durch die KESB nicht geprüft. Wir kennen die Leute ja nicht. Wir können nur die harten Fakten testen.

- Kommt es vor, dass eingesetzte Personen ablehnen?

Das hatten wir noch nie. Aber das kann vorkommen. Darum müssen die Leute vorher angefragt werden. Man kann ja auch zwei Personen einsetzen, dann kommt zuerst A dann B. Zum Beispiel ein Firmeninhaber, der wird mehrere Personen einsetzen: z. B. ein Anwalt für gewisse Aufgaben, einen Treuhänder für andere Aufgaben und ein Familienmitglied für private Angelegenheiten. Und auch dort schauen wir nicht, ob das „gute“ Leute sind.

- Wir reden hier vom „mutmasslichen“ Willen. Der wird also respektiert?

Ja. Mit allen Risiken.

- In welchen Beziehungen stehen in der Regel die betroffenen und die eingesetzten Personen?

In der Regel Verwandte, Kinder oder auch Geschwister.

- Gibt es Meldungen betr. Interessenkollisionen?

Nein. Was gelegentlich vorkommt ist die Frage nach der Entschädigung. Wenn das im Vorsorgeauftrag nicht geklärt ist, muss die KESB das klären. Es können dann z. B. die Arbeiten, die im Rahmen des Vorsorgeauftrages geleistet werden – analog einem privaten Beistand – mit CHF 40.00 pro Stunde entschädigt werden, zu Lasten des Vermögens.

Andere Meldungen betr. Interessenkollisionen gibt es bisher nicht. Dies weil es den Vorsorgeauftrag noch nicht lange gibt. Es gibt ihn erst seit 5 Jahren. Wenn Sie heute einen Vorsorgeauftrag erstellen, wird der erst in ca. 10 Jahren in Kraft treten. Bisher wurden erst wenige validiert.

Bei einer Erbschaft könnte eine Interessenkollision eintreten. Aber dazu braucht die KESB eine Meldung. Wenn es nicht gemeldet wird, merkt die KESB das gar nicht. Falls es eine Mitteilung geben sollte, kann für die Erbschaft eine Vertretungsbeistandschaft eingesetzt werden. Das kann auch bei privaten Beiständen so gemacht werden.

- Betreffend die zustimmungsbedürftigen Geschäfte (Art. 416 ZGB): gilt das auch für den Vorsorgeauftrag?

In der Regel nicht. Wir überwachen und überprüfen die eingesetzten Personen nicht. Der Art. 416 ZGB gilt für die eingesetzte Person nicht. Auch das ist ein Nachteil. Vordergründig, wenn alles funktioniert, ist der Vorsorgeauftrag eine gute Sache. Man muss sich einfach über alles bewusst sein. Die betroffene Person kann die eingesetzte Person nicht überwachen, die KESB macht es auch nicht.

- Gibt es oft Ergänzungen zu einem bestehenden Vorsorgeauftrag?

Betreffend die Entschädigung wird oft ergänzt und es wurde auch schon ein Vorsorgeauftrag konkretisiert, weil es nicht genügend klar geschrieben war. Dies im mutmasslichen Sinn der betroffenen Person, damit der Vorsorgeauftrag gültig war.

- Gibt es oft Probleme mit den Banken?

„Off“ gibt es bis jetzt noch gar nicht, weil es noch nicht viele validierte Vorsorgeaufträge gibt. Wenn der Vorsorgeauftrag korrekt geschrieben ist, und die Person korrekt eingesetzt wird, dann gibt das keine Probleme. Die Probleme mit den Banken gibt es oft bei der gesetzlichen Vertretung von Ehepartnern. Dort gilt nach dem Gesetz ein Recht auf Bezüge für die Finanzierung des täglichen Bedarfs (auch ohne Vollmacht). Was darüber hinaus geht, muss über die KESB laufen.

- Gemäss einer Studie der Pro Senectute haben nur sehr wenig Leute einen Vorsorgeauftrag erstellt. Wie erklären Sie sich das?

Gegenfrage: Haben Sie einen erstellt? Ich habe auch keinen.

Die Zahlen sind eher spekulativ. Viele kennen den Vorsorgeauftrag nicht, weil es ihn erst seit 2013 gibt, und für die anderen gilt dasselbe wie bei einem Testament: man muss sich mit sich selber auseinandersetzen, mit seiner Vergänglichkeit, mit seiner Fragilität, mit der Möglichkeit einer Urteilsunfähigkeit. Viele Leute schieben das von sich weg. Auch die formalen Vorgaben (Handschriftlichkeit oder Beurkundung) hindern viele Menschen. Auch

junge Leute müssten einen Vorsorgeauftrag erstellen. Durch einen Unfall kann man sehr schnell urteilsunfähig werden.

- Gibt es hier ein Spannungsfeld? Einerseits der Staat, der Interesse an weniger behördlichen Massnahmen hat und andererseits die Motivation der Menschen, die selbstbestimmte Vorsorge wahrzunehmen oder eben nicht?

Ein Vorsorgeauftrag ist eine selbstbestimmte Fremdbestimmung. Wer soll für Sie bei einer vorliegenden Urteilsunfähigkeit die Interessen wahren? Wenn Sie das nicht machen, macht es die KESB. So wird der Vorsorgeauftrag verkauft. Das tönt auf den ersten Blick sehr gut. Ich kann wählen, wen ich will. Die KESB kommt nicht ins Spiel. ABER: der Vorsorgeauftrag muss von Hand geschrieben werden, er muss unterschrieben werden. Das ist nicht einfach. Der Notar kostet, das will man auch nicht. Es war der Wille des Gesetzgebers, dass es nicht so einfach wie eine Patientenverfügung ist, weil der Vorsorgeauftrag einschneidende Folgen hat. Wie ein Testament. Weiter: die eingesetzte Person muss willig sein und die Aufgaben auch gut erledigen. Die eingesetzte Person ist frei. Das muss gut überlegt werden.

Wenn ich sehe, wie viele Fehler ein privater Beistand in den ersten zwei Jahren macht, dann ist das nicht so einfach. Private Beistände werden in der Regel zwei Jahre lang eng begleitet, sie werden geschult, erhalten einen Ordner mit vielen Informationen und die Berichte werden geprüft. Das ist beim Vorsorgeauftrag alles nicht vorhanden.

- Von welchen Personen wurden bisher Vorsorgeaufträge validiert?

Vor allem von älteren Menschen.

- Haben Sie Zahlen?

2016: 7

2017: 12

Vorher waren es noch weniger. Das wird erst eine Aufgabe in den nächsten Jahren.

Es gibt auch Fälle, wo ein Vorsorgeauftrag erstellt wird, und am nächsten Tag die Mitteilung eingeht, dass die Person urteilsunfähig ist. Das geht nicht. Eine Person, die den Vorsorgeauftrag unterschreibt, muss urteilsfähig sein. Oft sind es Kinder, die so handeln, weil sie Angst vor der KESB haben. Das wird nicht akzeptiert.

- Bei einer Weiterbildung in Zürich wurde gesagt, dass das Erstellen eines Vorsorgeauftrages sehr pragmatisch gehandhabt wird.

Bei mir würde das nicht gelten. Dieser Vorsorgeauftrag wäre für mich nichtig.

- Sehen Sie noch andere Lücken, wenn man einen Vorsorgeauftrag erstellt hat?

Manchmal sind die gestellten Aufträge nicht vollständig. Darum wäre es wichtig, zuerst eine Liste der anfallenden Aufgaben zu machen. Jede Person muss das individuell machen. Mögliche Themen sind auch Haustiere, Ferienwohnung, Auto, Zigaretten besorgen usw. Was muss und soll die eingesetzte Person für mich erledigen?

- Darum gilt: je detaillierter desto besser?

Man kann nie alles abdecken, aber die wichtigsten Sachen müssen überlegt werden. Bevor man mit Schreiben beginnt. Standardvorlagen reichen da nicht aus.

- Es gibt nur wenig validierte Vorsorgeaufträge. Gibt es viele private Beistände?

Ja, aber nicht nur wegen Urteilsunfähigkeit. In Heimen möchten viele Menschen ihre Angelegenheiten nicht mehr selber erledigen, trotz Urteilsfähigkeit. Je nach Komplexität gibt es Privat- oder Berufsbeistände.

- Betreffend Aufbewahrungsort: die meisten Leute bewahren den Vorsorgeauftrag wohl zu Hause auf?

Ich empfehle, der eingesetzten Person eine Kopie des Vorsorgeauftrages abzugeben oder sie zumindest zu informieren, wo sich das Original befindet. Bei gewissen Gemeinden kann der Vorsorgeauftrag auf der Verwaltung deponiert werden. Im Kanton Luzern ist das nicht vorgesehen. Aber man kann im Zivilstandsregister eintragen lassen, dass ein Vorsorgeauftrag erstellt wurde. Betreffend Aufbewahrung haben die Kantone zum Teil eigene Möglichkeiten gefunden. Für die Validierung braucht die KESB das Original des Vorsorgeauftrages.

- Leute ohne soziales Umfeld haben keine Möglichkeiten, eine Person einzusetzen?

Es müssen ja nicht zwingend eigene Kinder sein. Es können auch andere enge Bezugspersonen sein.

- Sie empfehlen, den Vorsorgeauftrag ca. alle fünf Jahre zu überprüfen. Wenn man feststellt, dass es Ergänzungen braucht: muss dieser neu geschrieben werden?

Ja.

- Was möchten Sie uns noch mitteilen?

Es scheint mir, als laufe alles auf „KESB-Bashing“ hinaus. Die „böse“ KESB, die überall hinschauen will. Wichtig ist, dass die KESB immer subsidiär handelt. Den Menschen muss die Angst vor der KESB genommen werden. Die KESB handelt gesetzeskonform, machen richtige Inventare und handeln neutral. Die Fachpersonen sind Sozialarbeitende, keine „Teufel“.

5. Diskussion

Im folgenden Kapitel werden die rechtlichen Grundlagen mit den dazu gehörenden Aspekten, die der Vorsorgeauftrag beinhaltet und in Kapitel 2 ausführlich umschrieben wurden, mit den Ergebnissen aus der Forschung zusammengeführt, analysiert und kommentiert. Dazu werden auch weitere Aussagen, welche nicht explizit als Forschungsergebnisse dargestellt wurden aber in Fachgesprächen zum Ausdruck kamen, miteinbezogen. Zum besseren Verständnis der Abfolge halten sich die Autorinnen an die Kategorienbildung, die für das Erstellen der Leitfadeninterviews zentral war. Die Möglichkeiten und die Grenzen zum Vorsorgeauftrag werden zum Schluss dieses Kapitels in einer Tabelle dargestellt.

5.1 Diskussion aus den Befragungen

➤ Wissen über den Vorsorgeauftrag

Aus den Befragungen wird ersichtlich, dass der Vorsorgeauftrag als Instrument zur eigenen Vorsorge im Falle einer „Unzurechnungsfähigkeit“ oder „Handlungsunfähigkeit“ bekannt ist. Nicht bekannt ist hingegen, dass er ein neu geschaffenes Instrument aus dem Erwachsenenschutz ist. Es wird vielmehr davon ausgegangen, dass der Vorsorgeauftrag ein alternatives Instrument zum Erwachsenenschutz darstellt.

Der Vorsorgeauftrag ist aus Sicht der interviewten Personen notwendig, wenn Eigentum oder Vermögen vorhanden ist und die Person selbstbestimmt vorsorgen und eine Person ihrer Wahl bestimmen und einsetzen möchte:

B: *„...dass wenn kein Vorsorgeauftrag vorhanden ist, dass sich die KESB einschaltet.“*

D: *„Damit ich jemanden beauftragen kann und mir nicht jemand von der Behörde aufgedrückt wird“.*

B: *„Die KESB kommt auf jeden Fall wenn ich tot bin und keinen Vorsorgeauftrag erstellt habe..“*

Der Grundsatz des Vorsorgeauftrages, welcher in Art. 360 ZGB definiert ist, wird grundsätzlich verstanden, auch wenn zuweilen die Begrifflichkeiten nicht ganz korrekt benannt werden. Alle Interviewten wissen, dass der Hauptgrund eine künftige Urteilsunfähigkeit ist. Teilweise gibt es Missverständnisse betreffend Abgrenzung im Zusammenhang mit dem eigenen Tod.

Aufgrund der geführten Interviews und bezugnehmend auf die Ausgangslage in Kapitel 1.2 dieser Arbeit kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Vorsorgeauftrag inzwischen bekannter geworden ist. Die Möglichkeit, selbstbestimmt Vorkehrungen für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit treffen zu können, ist bekannt. Der Leitgedanke des Gesetzgebers für das Schaffen der neuen Vorsorgeinstrumente konnte umgesetzt werden und erste Vorsorgeaufträge wurden validiert. Das Ziel selbstbestimmt die persönlichen, finanziellen und rechtlichen Angelegenheiten im Voraus zu regeln und gleichzeitig behördliche Interventionen zu minimieren scheint erreicht. Die Motivation dazu wird im nächsten Abschnitt behandelt.

➤ Motivation für oder gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages

B: *„...überhaupt keine, ich muss, da mir nichts anderes übrig bleibt, dass die KESB keinen Einfluss auf mein Privatleben nimmt...“*

E: *„Ich brauche das nicht, ich habe eine Grossfamilie.. und die würden auch schauen ohne offiziellen Auftrag.“*

G: *„Ich haben keinen Vorsorgeauftrag, im Moment habe ich keine Motivation, einen zu erstellen..“*

A: *„...kommen plötzlich KESB-Behörden.. und mischen sich auch noch ein... in einem solchen Fall wirkt es besser wenn alles geregelt ist..“*

Die von den Autorinnen aufgestellte Vorannahme in Kapitel 3.2 „Ziel der Forschung“ bestätigt sich: eine hohe Motivation zur Erstellung eines Vorsorgeauftrages ist, nicht mit der KESB in Berührung zu kommen. Die interviewten Personen wollen eigenständig und ohne Berührungspunkte mit Behörden und ohne gesetzliche Vorschriften vorsorgen. Die Selbstbestimmung ist das zentrale Anliegen der Personen, welches sich mit der Idee des Gesetzgebers deckt. Gleichwohl sind Berührungspunkte mit der KESB und dementsprechend mit den gesetzlichen Grundlagen gegeben (siehe Kapitel 2.1.3 „Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages und Validierung“).

Die Sozialarbeiterin der Pro Senectute Obwalden meint hierzu:

L: *„Es ist wichtig, die Berührungspunkte mit der KESB genau zu benennen.“*

Die Pro Senectute bietet bei jedem gekauften Docupass eine kostenlose Beratung für das Erstellen eines Vorsorgeauftrages an. Diese Beratung ist gemäss Interview mit Miriam Schriber (Pro Senectute Obwalden, Juni 2018) enorm wichtig. Aufklärungsarbeit müsse geleistet werden. Personen, die in die Beratung kommen, seien regelmässig erstaunt, dass

trotz einem erstellten Vorsorgeauftrag die KESB bei der Validierung involviert sei. Ängste und offene Fragen können in diesen Beratungsgesprächen besprochen werden. Diese Aufklärungsarbeit ist aus Sicht der Autorinnen zentral. Zwischen dem Individuum und der Umwelt findet eine wechselwirkende Handlung statt, welche offenbar zum Ziel hat, die KESB möglichst zu vermeiden. Durch Aufklärungsarbeit kann dieses angestrebte Ziel möglicherweise auf Dauer verändert werden. Es ist zumindest ein Ansatz, um Realität und Vorstellung in ein besseres Verhältnis zu bringen.

Neben der oben genannten Motivation ist die Hauptmotivation die selbstbestimmte Vorsorge mit der Möglichkeit zur Selbstwahl einer vorgesehenen Person und der daraus folgenden Vertretung des persönlichen Willens. Was dies genau bedeuten kann und wie weit die Vertretung des persönlichen Willens überhaupt möglich ist, damit setzen sich die meisten Personen nicht ausführlich auseinander. Wie in Kapitel 2.1.4 „Erfüllung des Vorsorgeauftrages durch die beauftragte Person“ erwähnt, ist die auftraggebende Person zum Zeitpunkt ihrer Urteilsunfähigkeit nicht mehr in der Lage, die beauftragte Person zu überwachen oder den Auftrag zu widerrufen (Rumo-Jungo, 2012, S. 70 ff.). Eine sorgfältige Wahl ist daher von grosser Bedeutung und es ist von einer selbstbestimmten Fremdbestimmung auszugehen. Wenn davon ausgegangen wird, dass die Sichtweise auf die Aussenwelt über die persönliche Bewertung vollzogen wird, welche aus den subjektiven Werten und Bedürfnissen eines Menschen entstehen, so stellt sich die Frage, wie Bewertungen und Sichtweisen über eine Drittperson vertreten werden können (Vollmers, 1999, S. 27). Diese Grenzen sollten nach Meinung der Autorinnen in der professionellen Beratung die nötige Aufmerksamkeit erhalten und entsprechend diskutiert werden. Fachbehörden weisen zudem darauf hin:

K: *„Überforderung durch Betreuende Angehörige kann zu Problemen wie häuslicher Gewalt oder Krankheiten der Betroffenen führen.“*

Trotz der erwähnten relevanten Punkte sagen fünf von sieben Personen, dass sie beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages keine Beratung in Anspruch nehmen würden. Von Seiten der Fachstellen wird klar die Meinung vertreten, dass Transparenz und Information zentral sind.

➤ Alternativen zum Vorsorgeauftrag

Zu den Alternativen zu einem Vorsorgeauftrag (siehe Kapitel 2.3) ist wenig bekannt und auch falsches Wissen (wie die Nennung eines Testaments oder Vollmachten als Alternative zeigt) vorhanden. Es wird die Meinung vertreten, dass die Alternative zum Vorsorgeauftrag nur die behördlichen Massnahmen (zum Beispiel Beistandschaften) sind. Das Wissen, dass die behördlichen Massnahmen erst subsidiär zur Anwendung kommen, scheint nicht vorhanden zu sein. Als Alternativen gelten auch die gesetzlichen Vertretungsrechte, welche in Art. 374 ZGB definiert sind. Bei den befragten verheirateten Personen ist das Vertretungsrecht teilweise bekannt, teilweise bestehen falsche Vorstellungen darüber, was dies zu bedeuten hat. Es wird zum Beispiel die Meinung vertreten:

E: *„... mit dem Vertretungsrecht, das ich aufgrund meiner Ehe habe, reicht das aus. Zudem haben wir einen Ehevertrag.“*

Auch hier können möglicherweise Probleme auftauchen, wenn nicht genügend aufgeklärt wurde. Das Vertretungsrecht ist beschränkt und beinhaltet nur alltägliche Handlungen (Art. 374 ZGB), ansonsten die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 416 ZGB eingeholt werden muss. Dass dies anschliessend bei Betroffenen zu Unmut führen kann ist ersichtlich, und ist wiederum nur durch entsprechende Aufklärungsarbeit zu verhindern.

Alternativen können zusätzlich zum Vorsorgeauftrag getroffen werden. Die Autorinnen verweisen dazu auf Kapitel 2.3.1 „Die gesetzlichen Vertretungsrechte als Massnahmen von Gesetzes wegen“ und Kapitel 2.3.2 „Die behördlichen Massnahmen“. Dies scheint in der Praxis wenig bekannt und wird im folgenden Abschnitt näher aufgezeigt. Die Expertinnen und Experten im Erwachsenenschutz betonen immer wieder, dass den tatsächlichen Bedingungen immer genügend Beachtung zu schenken ist. Nur in einem persönlichen Gespräch können massgeschneiderte Lösungen getroffen werden.

➤ Inhalt des Vorsorgeauftrages

Zum Inhalt des Vorsorgeauftrages sind sich alle befragten Personen einig: Es soll eine Person eingesetzt werden, welche die Verantwortung in persönlichen und finanziellen Angelegenheiten übernimmt. Das nötige Vertrauen wird im Speziellen erwähnt und mit dem familiären Umfeld in Verbindung gebracht. Diesbezüglich scheint eine Übereinstimmung mit dem geschaffenen Instrument des Gesetzgebers zu herrschen, der diese Selbstbestimmung über die eigene Urteilsunfähigkeit hinaus den Menschen ermöglicht.

Der Inhalt soll den tatsächlichen Umständen entsprechen und die eingesetzte Person soll über die notwendigen Fähigkeiten verfügen und geeignet sein. Auf die Eignung von eingesetzten Personen (Kapitel 2.2.4), auf die Interessenkollision und die persönlichen Rechte (Kapitel 2.2.5) und auf die Selbstbindung (Kapitel 2.2.6) wurde vertieft eingegangen. Im Vergleich dazu wird dies von den Interviewten kaum thematisiert. Die Interviews haben nicht aufgezeigt, dass sich die Interviewten über die Einsetzung einer Person vertieft Gedanken machen und was dies für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit für Auswirkungen haben könnte. Es scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein, dass die eingesetzte Person schon so handelt, wie die auftraggebende Person das gerne haben möchte. Einzig das Vertrauen wird explizit genannt und scheint zu genügen. Schliesslich handelt es sich bei den eingesetzten Personen meist um Familienangehörige, nahe Verwandte oder gute Freunde. Angela Marfurt (J), KESB Stadt Luzern, weist in ihrem Interview explizit darauf hin: Probleme, die aufgrund von Fehlern entstehen, haben Konsequenzen für die vorsorgebeauftragten Personen. Dies sei ein grosser Unterschied zu den behördlichen Massnahmen. Dort werden Beistandspersonen betreut, geschult und im schlimmsten Fall werden Schäden, zum Beispiel Haftpflichtfälle, übernommen.

J: *„Ein Vorsorgeauftrag ist nicht nur gut, das muss man wissen. Es liegt in der Verantwortung der Vorsorgeauftrag erstellenden Person, sich gut zu überlegen, wen sie einsetzen. In der Regel werden Verwandte, Kinder oder Geschwister eingesetzt... mit allen Risiken, die sich daraus ergeben.“*
„Wenn ich sehe, wie viele Fehler ein privater Beistand in den ersten zwei Jahren macht, dann ist das nicht so einfach.“

Christoph Häfeli, Erwachsenenschutzexperte (K) erwähnt ähnliches: Die meisten Probleme seien bei PriMa zu verzeichnen. Der Argwohn der restlichen Familienangehörigen sei oft gross. Bei den PriMa bestehen Rechte und Pflichten nach Art. 405-414 ZGB, wohingegen die Vorsorgebeauftragten frei von allen Rechten und Pflichten sind und erst bei Meldung Dritter an die Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 368 Ab. 1 ZGB eingeschritten wird. Häfeli plädiert zum Schutz aller Beteiligten auf die Ernennung von Mehrfachbeauftragten.

➤ Validierung des Vorsorgeauftrages

Der Vorsorgeauftrag entfaltet seine Wirksamkeit nach Eintritt einer Urteilsunfähigkeit der betroffenen Personen mit der Validierung durch die KESB. Die KESB hat aufgrund der Gesetzgebung einen Auftrag, den sie erfüllen muss. Ohne Validierung wäre ein Vorsorgeauftrag nutzlos. Trotzdem zeigt gerade auch die Frage, ob die KESB in irgendeiner

Form mit einem erstellten Vorsorgeauftrag involviert ist, dass dies nicht allen Interviewten bekannt ist:

B: *„Nein, von mir aus gesehen nicht, denn ich habe den ja im Banksafe hinterlegt.“*

G: *„Nein, das ist sie nicht, erst wenn etwas passiert.“*

Der Wunsch, den Kontakt mit der KESB zu vermeiden, kann mit einem Vorsorgeauftrag demnach nicht erfüllt werden.

Aussagen wie

C: *"Ich glaube, das geht an die KESB und die prüfen dann, ob die eingesetzte Person geeignet ist...und am Schluss entscheidet die KESB ob alles richtig ist.."*

wurden selten formuliert. Gemäss Miriam Schriber (L) sind solche Aussagen zudem eher bei Personen zu finden, die vorgängig ein Beratungsgespräch in Anspruch genommen haben oder sich persönlich gut auskennen und in der Lage sind, sich die notwendigen Informationen zu beschaffen, wie auch die folgende Aussage zeigt:

A: *„Ich habe viel über die KESB gelesen. Wichtig ist halt, dass man sich im Umgang mit der KESB vorbereitet und sich informiert.“*

Ein Vorsorgeauftrag kann selber erstellt werden. Es braucht dazu kognitive und motorische Fähigkeiten. Annahmen und Erwartungen sind beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages vorhanden, können aber nicht in jedem Fall erfüllt werden. Entsprechend sind Enttäuschung oder Wut auf die Behörden zu erwarten. Das Schaffen des Feindbildes KESB hat bereits zu einer Gruppenkohäsion geführt, welches nur darauf wartet, wieder bestätigt zu werden. Wer keine abweichenden Meinungen von anderen Gruppen hört, wird diese Meinung als die Wahrheit annehmen. Der Gruppenzusammenhang und das Feindbild werden dabei weiter verstärkt. Ein anderes Bild von der KESB zu erhalten wird schwierig, lang und mühevoll (Vollmers, 1999, S. 43 ff).

Eine weitere Schwierigkeit bei der Validierung ist gemäss Häfeli, dass oft nicht das Original des Vorsorgeauftrages vorliege. Kopien können nicht berücksichtigt werden. Auch hier würde ein Beratungsgespräch vor Enttäuschungen schützen.

➤ Urteilsunfähigkeit

Gemäss Häfeli (K) und Wettstein (I) gibt der Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit, respektive der Urteilsunfähigkeit regelmässig Anlass zu Diskussionen:

I, K: *„Angehörige stellen einen erstellten Vorsorgeauftrag oft in Frage, da diese der Meinung sind, dass die Person nicht mehr in der Lage gewesen sei, einen solchen zu erstellen. Die Urteilsunfähigkeit muss jedoch bewiesen werden. Je länger die Erstellung des Vorsorgeauftrages zurückliegt, desto schwieriger wird es sein, die damalige Urteilsunfähigkeit beweisen zu können.“*

Die Feststellung der Urteilsunfähigkeit beinhaltet im Wesentlichen, dass jeder Mensch gegenüber einem bestimmten Rechtsgeschäft entweder urteilsfähig oder urteilsunfähig ist. Es gilt das „Alles-oder-nichts-Prinzip“, auch wenn der Übergang von Urteilsfähigkeit zu Urteilsunfähigkeit in der Realität fließend ist (siehe Kapitel 2.2.2).

H: *„Es ist halt so, dass man manchmal jemandem sagen muss, dass eine Demenz im Anzug ist oder frühe Symptome einer Demenz zu erkennen sind und dass man seine persönlichen Angelegenheiten regeln soll.“*

Betroffene Personen können in einem Moment ihre Angelegenheiten noch bei voller Urteilsfähigkeit in Angriff nehmen, in einem nächsten Moment ist die Fähigkeit möglicherweise schon nicht mehr gegeben. Wie Häfeli und Wettstein erwähnen, ist die Verhältnismässigkeit abzuwägen. Gemäss Wettstein werden pragmatische Lösungen getroffen und erst nach entsprechenden Vorkehrungen eine definitive Diagnose erstellt. Für Beide ist dies ein alltägliches und selbstverständliches Vorgehen und es wurde nicht hinterfragt, ob dieses in der Praxis respektive vor der KESB auch Stand hält. Angela Marfurt ergänzt:

J: *„Bei mir würde das nicht gelten. Dieser Vorsorgeauftrag wäre für mich nichtig.“*

Es scheint hier eine Diskrepanz zu geben zwischen der Diagnose stellenden Partei und der Partei, welche den Vorsorgeauftrag validiert. Gemäss Häfeli entscheiden bei Streitigkeiten betreffend Diagnose immer die Mediziner aufgrund ihrer Abklärungen. Die Validierung des Vorsorgeauftrages liegt jedoch in der Hoheit der KESB. Hier kann es zu Konflikten kommen, wenn die KESB die Diagnose des Arztes nicht anerkennt. Im Streitfall käme ein solcher Fall vor den Richter, welcher sich je nach Situation auf ein Arztbericht stützt. Im Zweifelsfall würden weitere Abklärungen, wie psychiatrische Gutachten und Zeugenbefragungen,

veranlasst. Gestützt darauf wird entschieden, ob die Urteilsfähigkeit, welche für das Erstellen eines Vorsorgeauftrages gegeben sein muss, bejaht werden kann oder nicht (Alzheimer, 2014).

5.2 Zusammenarbeit diverser Akteure

Häfeli und Wettstein betonen, dass die Transparenz und die Information im Zusammenhang mit dem Erstellen eines Vorsorgeauftrages zentral sind. Wie auch von den Autorinnen immer wieder erwähnt, ist Aufklärung und Beratung das Mittel, um Enttäuschungen und falschen Vorstellungen entgegenzuwirken. Ein Vorsorgeauftrag wird meist von einer einzelnen Person eigenständig, wie erwähnt meist ohne Beratung, erstellt. Die Person ist auf sich alleine gestellt und es ist ihr möglicherweise nicht bewusst, welche Auswirkungen, respektive welche Zusammenhänge ein erstellter Vorsorgeauftrag hat. Es hängt hier also davon ab, wie die betroffene Person sich selber informiert. Wird bspw. ein Vorsorgeauftrag bei einem Notar erstellt, kann von genügender Informationsweitergabe ausgegangen werden. Ansonsten ist die Lebenswelt der Betroffenen und das Verständnis für die Materie der Ausgangspunkt und ausschlaggebend für die Folgen, die ein erstellter Vorsorgeauftrag nach sich zieht.

Nachfolgende Darstellung soll aufzeigen, welche Akteure im Falle eines zu validierenden Vorsorgeauftrages involviert sind:

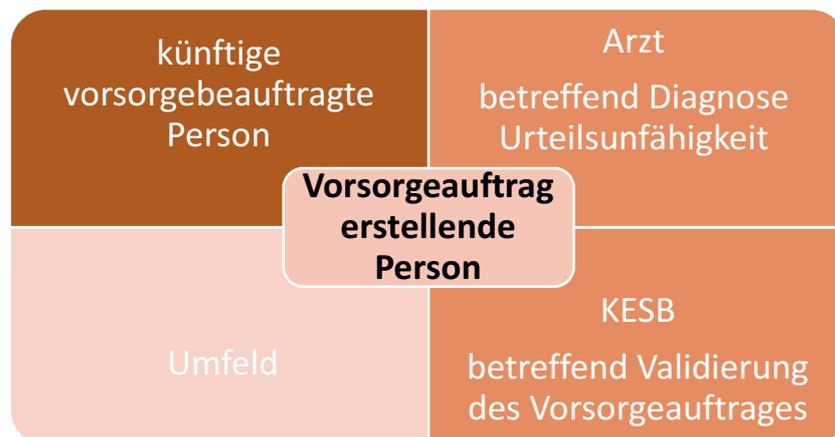


Abbildung 5: Involvierte Akteure (eigene Darstellung)

Beim Erstellen eines Vorsorgeauftrages ist es sinnvoll, bereits an all diese Akteure zu denken. Die Interviews haben ergeben, dass nur Wenige dies tun. Wird ein Vorsorgeauftrag aus der Motivation erstellt, künftig keine Berührungspunkte mit Behörden zu haben, kann dies zu Enttäuschungen führen. Die erwünschte Absicht entspricht nicht der Praxis und es kann bei der auftraggebenden Person das Gefühl entstehen, nicht selbstbestimmt handeln zu können. Der Kreislauf von empfangenen Botschaften in Verbindung mit der subjektiven Informationsverarbeitung wird weiter verknüpft. Die ursprüngliche Idee des Gesetzgebers aus ihrer Gestalt herausgelöst, verändert und auf diese Weise weitergegeben. Es kann hierbei von emotionaler Informationsverarbeitung (Wiswede, 2004, S. 304-306) gesprochen werden. Diese zu durchbrechen ist ein äusserst aufwändiges und zeitintensives Unterfangen und in der momentanen, negativ-geprägten medialen Berichterstattung gegenüber der KESB eher schwierig. Subjektiv wird der medialen Berichterstattung höchste Glaubwürdigkeit zugemessen. Erst danach haben Quellen eine Chance, welche von den betroffenen Personen als Glaubwürdig angesehen werden (ebd.).

5.3 Fazit

Die geführten Interviews, der Austausch mit Expertinnen und Experten und die Beziehung der Literatur inklusive Gesetzgebung ergeben folgende Darstellung über die Möglichkeiten und die Grenzen, die ein erstellter Vorsorgeauftrag mit sich bringt.

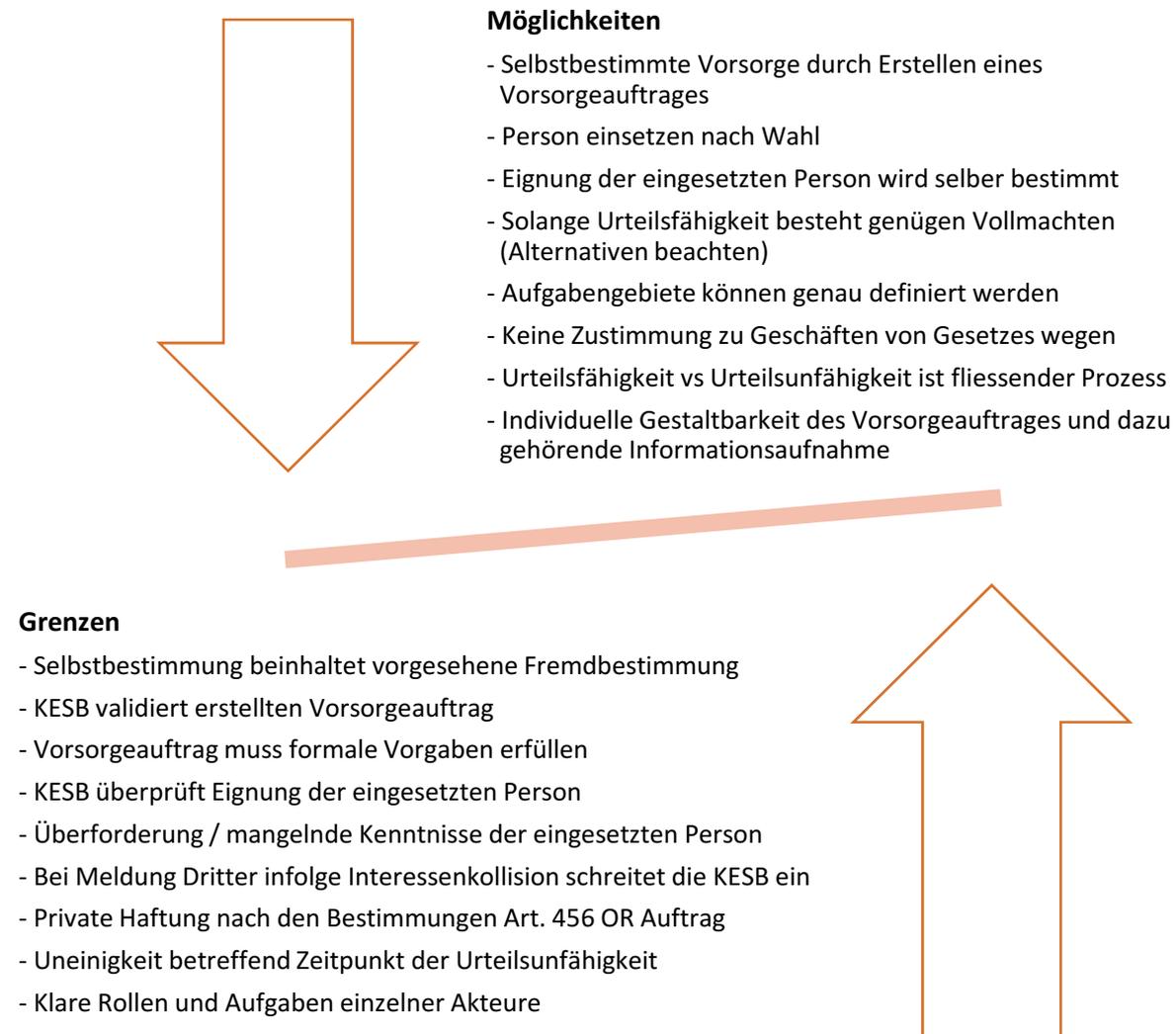


Abbildung 6: Möglichkeiten und Grenzen (eigene Darstellung)

Es ist ersichtlich, dass betreffend den individuellen Vorstellungen von Personen und der Praxis bei der Umsetzung eines Vorsorgeauftrages Diskrepanzen entstehen. Solche Diskrepanzen sind nicht unüberwindbar und bei einer Gesetzesänderung von einem solch grossen Ausmass nicht verwunderlich. Zudem ist der Vorsorgeauftrag ein neu geschaffenes Instrument. Es konnten nicht alle Problematiken, die mit diesem zusammenhängen, vorhergesehen werden. Die Autorinnen erachten es als sinnvoll, wenn Betroffene über diese Möglichkeiten und Grenzen aufgeklärt werden.

6. Der Vorsorgeauftrag im Kontext der professionellen sozialarbeiterischen Beratung

Im folgenden Kapitel werden die Erkenntnisse aus den rechtlichen Grundlagen, den Aspekten und aus der Forschung in Zusammenhang mit der Sozialen Arbeit gebracht. Es wird aufgezeigt, inwiefern der Vorsorgeauftrag als Teil der beruflichen Tätigkeit als Sozialarbeiterin oder als Sozialarbeiter eine Bedeutung hat und wie in der professionellen sozialarbeiterischen Beratung das Thema adäquat bearbeitet werden kann.

6.1 Berufliche Schlussfolgerung

Gemäss der International Federation of Social Workers IFSW wird Soziale Arbeit wie folgt definiert:

„Die Profession Soziale Arbeit fördert den sozialen Wandel, Problemlösungen in menschlichen Beziehungen sowie die Ermächtigung und Befreiung von Menschen, um ihr Wohlbefinden zu heben. Unter Nutzung von Theorien menschlichen Verhaltens und sozialer Systeme vermittelt Soziale Arbeit am Punkt, wo Menschen und ihre sozialen Umfelder aufeinander einwirken. Dabei sind die Prinzipien der Menschenrechte und sozialer Gerechtigkeit für die Soziale Arbeit fundamental.“
(AvenirSocial, ohne Datum)

Unter Berücksichtigung dieser Definition ist es Aufgabe der Professionellen der Sozialen Arbeit, sich mit der Thematik Vorsorgeauftrag zu befassen. Der soziale Wandel, ein verändertes Weltbild und der Wille für mehr Selbstbestimmung war ein Grund für die Revision des Familienrechtes (siehe Kapitel 1.2 „Ausgangslage“). Es ist auch Aufgabe der Sozialen Arbeit, die Menschen zu befähigen, diesen Wandel zu bestreiten und sie zu ermächtigen, die neuen Möglichkeiten auszuschöpfen.

Die Befragungen der Privat- und Fachpersonen im Rahmen dieser Arbeit, aber auch die Studie der Pro Senectute Schweiz (2017b), haben gezeigt, dass der Vorsorgeauftrag vielen Leuten bekannt ist. Sie wissen, dass es ein Instrument gibt, das für die eigene Vorsorge wichtig sein kann. Bei den Befragungen hat sich jedoch auch gezeigt, dass der jeweilige Kenntnisstand über die Details des Vorsorgeauftrages sehr unterschiedlich ist.

Die Autorinnen haben bei den Interviews für diese Arbeit oder in Gesprächen mit Berufskolleginnen und -kollegen aus der Sozialarbeit oder anderen Berufsgattungen, welche

mit dem Vorsorgeauftrag in Kontakt kommen, festgestellt, dass teilweise nur rudimentäres Wissen vorhanden ist. Aus der Überlegung, dass auch Personen aus anderen Berufsgruppen über den Vorsorgeauftrag um Rat gefragt werden, erachten es die Autorinnen als relevant, hier die Wichtigkeit betreffend der Informationsvermittlung zu benennen. Fundiertes Wissen ist unabdingbar für eine professionelle Beratung. Vermutungen in der Beratung können weitreichende persönliche und finanzielle Folgen haben.

Die Erkenntnisse aus der vorliegenden Arbeit führen die Autorinnen zu den folgenden beruflichen Schlussfolgerungen:

➤ Bekanntmachung des Vorsorgeauftrages

Der Gesetzgeber beabsichtigte mit dem Schaffen des neuen Rechtsinstitutes Vorsorgeauftrag die Selbstbestimmung des Einzelnen zu fördern. Urteilsfähige Personen haben seit dem 1. Januar 2013 die Möglichkeit, ihre eigene Vorsorge eigenständig im Voraus zu regeln. In den fünf Jahren seit der Einführung ist es zwar gelungen, den Vorsorgeauftrag bekannt zu machen, wie dies auch von den beiden Autorinnen Jufer und Omlin angeregt wurde (2014, S. 75 ff). Wie die Ergebnisse aus der Studie der Pro Senectute Schweiz (2017b) (siehe Kapitel 1.2 „Ausgangslage“) wie auch die momentane Anzahl der Validierung der Vorsorgeaufträge (siehe Kapitel 4.3 „Experteninterview“) aber zeigen, ist er jedoch nur etwa der Hälfte der Bevölkerung bekannt. Zudem erstellt nur etwa ein Zehntel der Befragten einen Vorsorgeauftrag. Neben dem Wissen um die Möglichkeit zur Erstellung eines Vorsorgeauftrages braucht es also auch die Motivation der einzelnen Person, die Eigenverantwortung und Selbstbestimmung wahrzunehmen. Der einzelne Mensch mit seinen in der Zukunft liegenden Vorhaben und Plänen, welche sein Handeln motivieren, sind hierfür zentral (Vollmers, 1999, S. 122-123). Eine fundierte, professionelle sozialarbeiterische Beratung zum Vorsorgeauftrag kann die Vermittlung der dazu benötigten Kenntnisse gewährleisten und eine mögliche Handlungsbereitschaft initiieren (Wolfgang Widulle, 2012, S. 30-34). Aus Sicht der Autorinnen wird auf den Beratungsstellen, wie beispielsweise der Pro Senectute, dies bereits heute praktiziert. Die dortigen Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter verfügen über eine fundierte Ausbildung und haben die nötigen Kompetenzen, die Ratsuchenden möglichst werteneutral, klientenorientiert und mit dem notwendigen Fachwissen zu beraten. Die Pro Senectute Schweiz (2017a) hat mit dem Docupass eine umfassende Dokumentation für die eigene Vorsorge mit vielen Informationen und Mustervorlagen erstellt. Für Interessierte, welche einen Docupass kaufen, besteht das Angebot, eine entsprechende Beratung in Anspruch zu nehmen. Der Bereich Altersarbeit scheint eine gute Abdeckung diesbezüglich zu haben. Die Pro Senectute als Fachstelle für

das Alter spricht dabei die jüngere Generation jedoch nicht an. Eine mögliche Urteilsunfähigkeit ist jedoch altersunabhängig (vgl. Kapitel 2.2.2 „Urteilsunfähigkeit“). Die Möglichkeit, einen Vorsorgeauftrag erstellen zu können, scheint bei der jüngeren Bevölkerungsgruppe wenig bekannt zu sein.

Nach Meinung der Autorinnen liegt es am Gesetzgeber, den Vorsorgeauftrag in der gesamten Bevölkerung bekannter zu machen. Dies könnte mit einer breit angelegten Werbekampagne gelingen. Die möglichen Alternativen dazu sollen ebenfalls aufgezeigt werden (vgl. Kapitel 2.3 „Alternativen zum Vorsorgeauftrag“). Nur so kann selbstbestimmt für oder gegen einen Vorsorgeauftrag entschieden werden und die nötige Motivation für das Erstellen geschaffen werden. Zudem wäre diese Werbekampagne losgelöst von der Verbindung mit der KESB und dem damit verbundenen negativ geprägten Image. Ob es anschliessend zu einer vermehrten Erstellung eines Vorsorgeauftrages kommt, ist jedoch nicht vorhersehbar. Weitere Vorschläge zur Bekanntmachung sind Informationsveranstaltungen, die schweizweit – auch in abgelegenen Regionen – durchgeführt werden oder Broschüren, die flächendeckend in allen Hausarztpraxen, Gemeindeverwaltungen etc. aufliegen. Dies geschieht bereits heute partiell durch die Pro Senectute für den Docupass im Bereich der Altersarbeit.

- Aufbau und Verbesserung des Fachwissens bei den Beratungsstellen in Bezug auf den Vorsorgeauftrag

Die Komplexität des Vorsorgeauftrages, der weitreichende Folgen für die betroffenen Personen haben kann, erfordert eine besondere Aufmerksamkeit in der professionellen Beratung. Gemäss Jan Scheibe (2018, S. 3) geht es in der alltäglichen Sozialen Arbeit darum, mit einer strukturierten Offenheit die Komplexität zu reduzieren. Detaillierte Informationen, Transparenz und Aufklärung mit den dazugehörenden Überlegungen zum Vorsorgeauftrag und dessen Folgen sind unumgänglich und erfordern von den Beratenden ein hohes Mass an Fachwissen und Beratungskompetenz. Weiter braucht es genügend Zeit, um die gesamte Lebenswelt der betroffenen Person in die Überlegungen miteinzubeziehen. Für die Klientinnen und Klienten sollte nach einer Beratung klar sein, welche Auswirkungen ein Vorsorgeauftrag haben wird, was die gewählte Selbstbestimmung für die Zukunft bedeutet und ab wann eine Urteilsunfähigkeit vorliegt. Auch die Wahl der vorgesehenen Person muss gut überlegt sein, da die KESB bei der einzusetzenden Person nur eine kurze Eignungsprüfung durchführt. Hier ist es Aufgabe der Beratungsperson, auf mögliche Spannungsfelder hinzuweisen und Alternativen aufzuzeigen. Die vom Gesetz vorgesehenen

Alternativen sollen mitberücksichtigt werden, um individuell die Vor- und Nachteile eines Vorsorgeauftrages abwägen zu können.

Der Vorsorgeauftrag wird hauptsächlich durch Beratungsstellen im Bereich der Sozialen Arbeit empfohlen und initiiert. Auch die Ärzte und Ärztinnen haben eine wichtige Rolle und sind oft bis zur Festlegung einer Urteilsunfähigkeit einer betroffenen Person involviert. Die Pro Senectute Schweiz (2017a) hat mit ihrem Docupass eine Vorreiterstellung übernommen und bietet entsprechende Beratungen an. Wie schon erwähnt geschieht dies jedoch im Bereich der Altersarbeit. Die Pro Infirmis hat in ihrem Beratungsangebot den Vorsorgeauftrag ebenfalls aufgeführt. Vielfach sind öffentliche Sozialdienste, Sozialberatungsstellen in Spitälern oder Heimen, Gemeindeschreiber oder Gemeindeschreiberinnen der öffentlichen Verwaltung und viele andere Bereiche für Interessierte die erste Anlaufstelle, um entsprechende Informationen einzuholen. Diese Beratungspersonen sind niederschwellig erreichbar und die Beratung ist meistens kostenlos und wird auch gerne genutzt. Es erscheint den Autorinnen wichtig, dass das notwendige Wissen über den Vorsorgeauftrag von den Beratenden in Tageskursen oder internen Weiterbildungen angeeignet wird. Nur so können anschliessend in der Beratung Informationen fachgerecht weitergegeben werden. Professionelles Handeln in der Sozialen Arbeit muss immer fall-, aufgaben- und situationsbezogen neu entwickelt und realisiert werden (Scheibe, 2018, S. 3).

➤ Interdisziplinäre Zusammenarbeit

Von der ersten Beratung in Bezug auf einen Vorsorgeauftrag bis hin zur Validierung kann die betroffene Person auf verschiedene Berufsgruppen treffen. Das berufliche Hauptanliegen und das Aufgabengebiet jeder dieser Berufsgruppen ist anders, entsprechend sind Rollen und Aufträge verschieden. Die Kernfunktion Sozialer Arbeit beinhaltet das Zusammenbringen unterschiedlicher Interessen und die Vermittlung innerhalb der verschiedenen Aufträge und Rollen (AvenirSocial, 2011, S. 21).

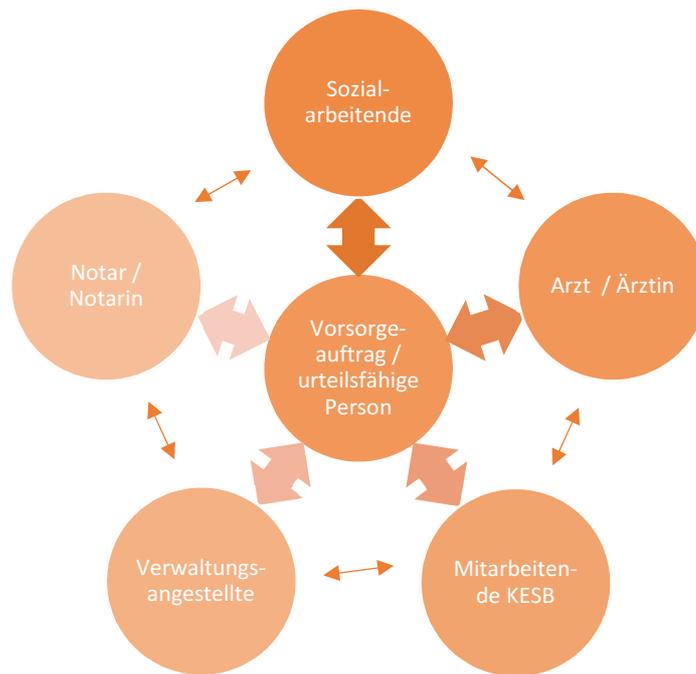


Abbildung 7: Interdisziplinäre Zusammenarbeit (eigene Darstellung)

Die nachfolgenden Zuschreibungen zu den verschiedenen Berufsgruppen beruhen auf den Erfahrungen der Autorinnen.

- **Sozialarbeitende:**
Sozialarbeitende orientieren sich an ethischen Grundsätzen, welche für das Zusammenleben in einer Gesellschaft gültig sind. Der Mensch wird als Individuum und gleichzeitig als Teil eines Systems betrachtet. Die internen und die externen Ressourcen werden miteinbezogen und berücksichtigt. Es wird auf die individuellen Bedürfnisse und Wünsche eingegangen. Die Persönlichkeit der Beratungssuchenden wird ins Zentrum gestellt.
- **Notarin / Notar:**
Bei Personen, die den Vorsorgeauftrag nicht selber schreiben können oder wollen, muss der Vorsorgeauftrag von einem Notar oder einer Notarin erstellt werden. Bei der notariellen Beurkundung werden hauptsächlich die Rechtsgrundlagen überprüft und berücksichtigt. Hauptaufgabe der Notarinnen und Notare ist die wahrheitsgetreue und unverfälschte Wiedergabe des Willens der betroffenen Person. Betreffend Feststellung der Urteilsfähigkeit der betroffenen Personen prüft die Notariatsperson lediglich die Fähigkeit in Bezug auf einen bestimmten rechtlichen Akt (zum Beispiel Verkauf der Liegenschaft oder Erstellen eines Vorsorgeauftrages). Es ist davon

auszugehen, dass der Notar oder die Notarin der Urteilsfähigkeit im Alltag der betroffenen Person wenig Beachtung schenkt.

- Ärztin / Arzt:

Diese prüfen ob eine Urteilsunfähigkeit vorliegt und stellen die entsprechende Diagnose. Der Mensch wird mit seinen physischen und psychischen Möglichkeiten und Einschränkungen betrachtet. Im Idealfall hat ein Hausarzt oder eine Hausärztin regelmässig Kontakt mit der betroffenen Person und kann deshalb Veränderungen im Verhalten, bei den Bewegungsabläufen oder beim Sprechen erkennen. Zudem besteht in der Regel ein Vertrauensverhältnis. Eine Hausärztin oder ein Hausarzt wird oft auch von besorgten Angehörigen kontaktiert. Auf diese Weise werden Informationen aus dem Umfeld der Patientin oder dem Patienten transparent. Sie sind somit diejenige Berufsgruppe, welche eine allfällige dauernde Urteilsunfähigkeit am besten beurteilen und anschliessend diagnostizieren können. Bei einer beginnenden Demenz kann ein Arzt oder eine Ärztin zudem auf die Möglichkeiten der selbstbestimmten Vorsorge hinweisen.

- Verwaltungsangestellte:

Je nach Auftrag der jeweiligen Verwaltung, ist die Sicherstellung der Aufbewahrung des Vorsorgeauftrages und die Information bei einem allfälligen Wegzug wichtig. Die Vermittlung der entsprechenden Informationen an Personen, welche den Vorsorgeauftrag hinterlegen, ist bei dieser Berufsgruppe zentral. Für diese Berufsgruppe ist wichtig zu wissen, an wen sich Betroffene für mehr Informationen wenden können und die Kontakte gegebenenfalls zu koordinieren.

- Mitarbeitende der KESB:

Mitarbeitende der KESB sind meistens ausgebildete Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter und haben die urteilsunfähige Person im Fokus. Die Autorinnen gehen von einer professionellen berufsethischen Haltung dieser Gruppe aus (AvenirSocial, 2011, S. 35 ff). Bei einer eingetretenen Urteilsunfähigkeit wird beim erstellten Vorsorgeauftrag die Einhaltung der formalen und rechtlichen Vorgaben sowie die Eignung der einzusetzenden Person geprüft. Bei einer Gefährdungsmeldung hat die KESB von Amtes wegen eine Abklärungspflicht (vgl. Kapitel 2.1.7 „Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde“). Mitarbeitende bieten keine spezifischen Beratungen in Bezug auf den Vorsorgeauftrag an. Sie verweisen auf die entsprechenden Beratungsstellen. Die Autorinnen gehen davon aus, dass die Mitarbeitenden jedoch über das notwendige Fachwissen verfügen und bei Anfragen entsprechend

informieren. Beratung und Information sind somit nicht klar trennbar und in der Praxis ein fließender Prozess. Die KESB verfügt zudem über Merkblätter und hält bei Anfrage Referate zum Thema Vorsorgeauftrag.

Bei jeder der genannten Berufsgruppen steht ein anderer Auftrag in Verbindung mit dem Vorsorgeauftrag und der betroffenen Person im Vordergrund. Jede Mitarbeiterin oder Mitarbeiter einer der erwähnten Berufsgruppen kann für eine Stellungnahme oder eine Information zum Vorsorgeauftrag angefragt werden oder hat einen beruflichen Auftrag zu erfüllen. Für Sozialarbeitende gilt (AvenirSocial, 2010, S. 13):

„Die Professionellen der Sozialen Arbeit kooperieren im Hinblick auf die Lösung komplexer Probleme interdisziplinär und setzen sich dafür ein, dass Situationen möglichst umfassend und transdisziplinär in ihren Wechselwirkungen analysiert, bewertet und bearbeitet werden können.“

Es wird also von interdisziplinärer Zusammenarbeit bei Sozialarbeitenden ausgegangen. Zusätzlich wird durch die Transdisziplinarität in der Sozialen Arbeit das notwendige Wissen bereitgestellt, gemeinsam ein Problem lösen zu können. Der Sachverhalt des Einzelnen wird mit dem zusammenhängenden Ganzen in Verbindung gebracht. Somit sind Professionelle der Sozialen Arbeit prädestiniert, Personen in Bezug auf den Vorsorgeauftrag zu informieren, persönlich zu beraten und zu befähigen, die nötigen Schritte einzuleiten (AvenirSocial, 2011, S. 58.). Ob andere Berufsgruppen diese interdisziplinäre Zusammenarbeit von sich aus anstreben, ist den Autorinnen nur zum Teil bekannt. Den Mitarbeitenden aller erwähnten Berufsgruppen muss bewusst sein, welche Verantwortung sie in Bezug auf den Vorsorgeauftrag haben. Bei Anfragen oder einer Beratung muss das notwendige Wissen vorhanden sein. Unterschiedliches oder nicht ausreichendes Fachwissen zu Detailfragen können zu Verwirrung oder falschen Handlungen der betroffenen Personen führen. Mit dem Verweis an eine Fachstelle können Falschinformationen vermieden werden.

6.2 Handlungsleitende Empfehlungen für die Beratung zum Vorsorgeauftrag

Aus der empirischen Forschung im Rahmen der vorliegenden Arbeit geht hervor, dass der Vorsorgeauftrag als Instrument der eigenen Vorsorge Interessierten bekannt ist. Wie bereits erwähnt, fehlt jedoch oft Detailwissen dazu. Die Autorinnen erachten es als wichtig, dass dieses Wissen in der Beratung vermittelt werden kann, damit die interessierten Personen sich eingehend mit der Thematik befassen können. In der Beratung soll zudem der Mensch in seiner Beziehungs- und Sozialstruktur als Ganzes wahrgenommen werden (AvenirSocial,

2011, S. 19). Auch dies ist ein wichtiger Aspekt in der Beratung zum Vorsorgeauftrag. Vor- und Nachteile eines Vorsorgeauftrages können so individuell abgewogen werden.

Für viele Menschen wird es zunehmend schwieriger, in der Komplexität des Alltags die Auswirkungen ihrer Entscheidungen vorherzusehen und abzuschätzen, insbesondere wenn davon rechtliche Bestimmungen und deren Folgen beziehungsweise Fragen der sozialen Sicherheit betroffen sind (Daniel Kunz, 2016, S. 9). Professionelle Beratung ist ein Schwerpunkt der Tätigkeit von Sozialarbeitenden. Je nach Organisation unterscheiden sich die Beratungsthemen, die theoretischen Grundlagen zur Beratung bleiben jedoch immer gleich. Nachfolgend wird die von Esther Weber (2016) entwickelte Beratungsmethodik aufgeführt, welche gemäss Kunz (S. 18) zum Ziel hat, die Autonomie der Klientinnen und Klienten zu gewährleisten und zu respektieren. Dies mit allen Konsequenzen, die diese dann bewusst selber tragen sollen und unter der Voraussetzung, dass die Rechte und legitimen Interessen Dritter nicht gefährdet werden.

➤ Methode

Unter Methode versteht Esther Weber (2016, S. 20 ff.) ein planvolles und zielgerichtetes Handeln, welches professionell reflektiert wird. Ein sorgfältig geplantes Beratungsgespräch sollte in einem ruhigen Rahmen und mit genügend Zeitressourcen stattfinden. Der zur Verfügung stehende Zeitrahmen sollte zu Anfang geklärt werden. Die spezifischen Arbeitsschritte für zielgerichtetes Handeln lauten

- Klärung der Ausgangslage
- Hypothesenbildung
- Zielformulierung
- Intervention
- Evaluation

In der heutigen Sozialen Arbeit wird gemäss Weber auf institutioneller Ebene Effizienz bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen gefordert. Immer öfter kommen dabei Regeln und Werte aus der Marktwirtschaft zur Anwendung. Diese erfordern eine systemische Angehensweise sowie einen ressourcen- und lösungsorientierten Ansatz.

In Bezug auf den Vorsorgeauftrag wäre es aus der Sicht der Autorinnen sinnvoll, künftig mit einem Leitfaden und einer Checkliste zu arbeiten. Der Leitfaden könnte anhand der in Kapitel 2 gemachten Ausführungen erstellt werden und sollte nach Meinung der Autorinnen

die in Kapitel 7.1 „Beantwortung der Fragestellung“ relevanten Fakten beinhalten. Auf der Checkliste wären sämtliche wichtigen Punkte, welche zwingend beachtet werden müssten, vermerkt und könnten abgearbeitet werden. Auf diese Weise würde sichergestellt, dass nichts vergessen wird. Wenn der zur Verfügung stehende Zeitrahmen für die Beratung nicht ausreicht, muss ein zweiter Termin vereinbart werden. Die bearbeitete Checkliste mit allfälligen Notizen, die sich aus dem Gespräch ergeben haben, kann anschliessend den Klientinnen und Klienten ausgehändigt werden, damit diese für die Erstellung des Vorsorgeauftrages über die wichtigen Stichworte verfügen. Am Ende der Beratungseinheit wird zusammen mit den Klientinnen und Klienten geklärt, ob alle offenen Fragen beantwortet werden konnten.

➤ Beratung

Die Beratung gilt als Kernkompetenz in der direkten Arbeit mit Klientinnen und Klienten. Damit die Bedürfnisse der Ratsuchenden grundlegend geklärt werden können und es am Ende des Beratungszeitraumes zu einem möglichst guten Ergebnis kommen kann, brauchen die Beratenden eine hohe Beratungskompetenz:

- Fähigkeit, Vertrauen zu schaffen und damit die Ratsuchenden zu Kooperation und Zusammenarbeit zu gewinnen
- Aktives Zuhören
- Paraphrasieren
- Offene Fragen stellen
- Nonverbales Verhalten bei sich und bei den Ratsuchenden beachten
- Schweigen respektieren
- Klientenzentrierter Fokus

Das Erstellen eines Vorsorgeauftrages bedeutet für die Klientinnen und Klienten die Auseinandersetzung mit der eigenen Verletzlichkeit und Vergänglichkeit. Nicht immer wird der Vorsorgeauftrag aus eigenem Willen erstellt. Es kommt vor, dass Angehörige die älteren Menschen auffordern, ihre Angelegenheiten zu regeln. Die Inanspruchnahme einer Beratung zeigt, dass der erste Schritt zu dieser Auseinandersetzung gemacht wurde. Trotzdem werden während der Beratung sehr persönliche Themen angesprochen, was für die Klientinnen und Klienten nicht immer einfach ist. Oft ist die Beratung in Bezug auf den Vorsorgeauftrag das erste Mal, dass Klientinnen und Klienten Kontakt mit Sozialarbeitenden haben. Dies gilt es bei der Beratung ebenfalls zu berücksichtigen.

➤ System

Im Zusammenhang mit Beratung wird immer wieder der Systembegriff verwendet. Gemäss Weber (S. 25) kann ein System als dynamisches Ganzes verstanden werden, das aus einzelnen Teilen besteht. Diese Teile sind voneinander abhängig und beeinflussen sich. Jede Bewegung eines Systemteiles verändert automatisch die anderen Systemelemente. In der Praxis heisst dies, dass die ratsuchende Person nicht nur als Individuum betrachtet werden kann, sondern immer auch als Teil ihres ganzen Umfeldes. Dies hat insbesondere bei der Ressourcenorientierung, aber auch bei gesetzlichen Rechten und Pflichten, eine grosse Bedeutung.

Bei der Beratung in Bezug auf den Vorsorgeauftrag ist das System, das heisst die Angehörigen und das gesamte Umfeld der Klientinnen und Klienten, zu berücksichtigen. Ob die ratsuchende Person über eine Familie mit regelmässigem und engem Kontakt verfügt, oder ob die Person alleinstehend und ohne Familie ist, dafür mit einem sich sorgenden Umfeld in der Nachbarschaft, oder ob sie völlig isoliert, alleine und ohne Kontakte lebt, ist wesentlich bei der Erstellung eines Vorsorgeauftrages. Der Vorsorgeauftrag ist ein sehr persönliches Dokument und beinhaltet die eigenen Wünsche und Vorstellungen der Person. Was im Vorsorgeauftrag geschrieben wird und wer die eingesetzte Person sein wird, wird vom umgebenden System der Person wesentlich beeinflusst.

➤ Konzept der Kundigkeit

Der Begriff Kundigkeit zeigt die Haltung der Beratenden, dass die ratsuchenden Klientinnen und Klienten grundsätzlich wissen (kundig sind), was sie wollen und was für sie richtig ist. Diese Haltung bekräftigt den Respekt und die Akzeptanz gegenüber den Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartnern. Die professionellen Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter beraten werteneutral, ohne die Meinung und die Anliegen der Ratsuchenden zu kritisieren, zu werten oder verändern zu wollen. Dies gilt auch für die Beratung in Bezug auf den Vorsorgeauftrag.

Sämtliche erwähnten Elemente der Beratungsmethodik von Esther Weber (2016) haben Einfluss auf eine professionell und fachlich fundierte Beratung in Bezug auf den Vorsorgeauftrag. Es gilt, die Ratsuchenden werteneutral, mit fundiertem Fachwissen und mit einer verständlichen Sprache zu beraten und ihnen auf dem Weg zum für sie richtigen Entscheid Hilfe zu bieten. Nicht jeder oder jede Ratsuchende wird sich für einen Vorsorgeauftrag entscheiden. Es kann auch Selbstbestimmung bedeuten, wenn sich jemand

bewusst gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages und für eine spätere Einflussnahme der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde entscheidet. In jedem Fall gilt es, den Entscheid der Klientinnen und Klienten zu respektieren und akzeptieren.

Zusammenfassend weisen die Autorinnen auf die Ausführungen von Beat Schmocker (2011, S. 47 ff.) zur Sozialen Arbeit und deren Ethik in der Praxis hin. Er beschreibt die Soziale Arbeit als dreifaches Mandat. Im ersten Mandat geht es um Hilfe und Kontrolle der Institution für in Not geratene Menschen, das zweite Mandat beinhaltet die Selbstverantwortung der Klientinnen und Klienten. Das dritte Mandat, das sogenannte Trippelmandat, ist erst in den 1990er-Jahren und im Wandel der Gesellschaft entstanden. Es nimmt Bezug auf die Profession der Sozialen Arbeit und stützt sich auf folgende Kriterien:

- Beschreibungs- und Erklärungswissen (wissenschaftliche Basis)
- Berufsethik und Axiologie (Wertebasis)
- die durch die Menschenwürde begründeten Menschenrechte und Sozialrechte

In Bezug auf den Vorsorgeauftrag ist das dreifache Mandat vollumfänglich anwendbar. Im ersten Mandat geht es um die professionelle Beratung der Klientinnen und Klienten und deren Befähigung zur Erstellung des Vorsorgeauftrages. Das zweite Mandat beinhaltet die Selbstverantwortung der Menschen, sich mit ihrem Leben und ihren eigenen Bedürfnissen auseinanderzusetzen und die nötigen Vorkehrungen zu treffen. Im dritten Mandat wird der Vorsorgeauftrag hinsichtlich der gesetzlichen und formalen Vorgaben, der Berufsethik und Werthaltung der Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter sowie bezüglich der Menschen- und Sozialrechte dargestellt. Dieses dritte Mandat haben die Autorinnen in den vorhergehenden Kapiteln eingehend diskutiert. Das Zusammenspiel der drei Mandate definiert die Problemstellung beim Vorsorgeauftrag indem jedes der drei Mandate unterschiedliche Sichtweisen darstellt. Gleichzeitig legitimiert es die Professionellen der Sozialen Arbeit mit der Auseinandersetzung damit. Dazu verweisen die Autorinnen auf folgende Aussage von Schmocker: mit dem Trippelmandat habe die Soziale Arbeit *„nicht nur ein effektives Handlungsinstrument zur Verfügung, sondern auch eine weiter gehende Verpflichtung, sich mit begründeter Fachpolitik in öffentliche Diskurse und Politiken einzumischen und diese mitzugestalten“*.

Die von den Autorinnen gemachten Empfehlungen sind hauptsächlich für die Qualität in der Beratung wegweisend. Sie zeigen die spezifischen Handlungen und die wünschenswerte Haltung für die Beratung auf.

7. Beantwortung der Fragestellung, persönliche Stellungnahme und Ausblick

In diesem Kapitel folgt nach der theoretischen Auseinandersetzung mit den schweizerischen Rechtsgrundlagen zum Vorsorgeauftrag, der empirischen Untersuchung, der Verbindung zur Profession der Sozialen Arbeit und den abgegebenen Handlungsempfehlungen, die Beantwortung der gestellten Fragen mit Anmerkung von kritischen Hinweisen im Sinne einer kurzen Zusammenfassung und anschliessend eine persönliche Stellungnahme. Die Autorinnen wagen zudem einen kurzen Ausblick.

7.1 Beantwortung der Fragestellung

a) *Der Vorsorgeauftrag als Instrument der eigenen Vorsorge – Welches sind die rechtlichen Grundlagen und Aspekte?*

Die eigene Vorsorge ist ein Teilbereich des Erwachsenenschutzes, zusammen mit den Massnahmen von Gesetzes wegen und den behördlichen Massnahmen. Der Vorsorgeauftrag – als Instrument der eigenen Vorsorge – bezieht seine rechtlichen Grundlagen aus den Art. 360 – 369 aus dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB). Um den Vorsorgeauftrag richtig nutzen zu können, müssen die gesetzlichen Grundlagen genau beachtet werden, ansonsten ist dieser nichtig.

➤ Formale Vorgaben

Der Vorsorgeauftrag muss handschriftlich erstellt oder von einem Notar oder einer Notarin beurkundet werden. Zudem braucht es eine gültige Unterschrift der auftraggebenden Person. Zum Zeitpunkt der Erstellung des Vorsorgeauftrages muss die betroffene Person handlungs- und urteilsfähig sein. Der Vorsorgeauftrag soll die Personen- und die Vermögenssorge, sowie die Vertretung im Rechtsverkehr regeln. Die Regelung der Entschädigung der eingesetzten Person sollte ebenfalls erwähnt werden. Als künftig vorsorgebeauftragte Personen können sowohl juristische als auch private Personen eingesetzt werden. Ein Vorsorgeauftrag erhält seine Gültigkeit erst mit der Validierung durch die KESB und endet nur unter gewissen Bedingungen. Diese sind der Tod der auftraggebenden Person, der Entzug der Befugnisse durch die KESB oder das Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit der betroffenen Person.

➤ Eingesetzte Person

Die vorgesehene eingesetzte Person muss fähig und willens sein, den Vorsorgeauftrag nach dem Willen der auftraggebenden Person auszuführen. Nur so kann dem Sinn und Geist des Vorsorgeauftrages Rechnung getragen werden. Die eingesetzte Person hat Rechte und Pflichten nach den Bestimmungen über den Auftrag. Der eingesetzten Person soll bewusst sein, welche Verantwortung sie in Zukunft übernehmen wird. Sie wird nach Einsetzung weder von einer Behörde überwacht noch verfügt sie über eine Schadensdeckung bei einer allfälligen fehlerhaften Wahrnehmung ihrer Tätigkeit. Sie muss jederzeit gegenüber Dritten (z.B. auf Verlangen von Verwandten) über die getätigten Geschäfte Rechenschaft ablegen können. Sie kann den Vorsorgeauftrag jederzeit kündigen.

➤ Urteilsunfähigkeit

Der Vorsorgeauftrag kommt nur im Falle einer Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person zur Anwendung. Das Gleiche gilt für die gesetzlichen Vertretungsrechte. Dagegen können behördliche Massnahmen, also die verschiedenen Beistandschaften, sowohl bei Urteilsfähigkeit wie auch bei Urteilsunfähigkeit zum Zug kommen. Der natürliche Verlauf einer Urteilsunfähigkeit ist zu beachten. Bei der rechtlichen Wirkung wird die Urteilsfähigkeit, respektive die Urteilsunfähigkeit klar auf einen bestimmten Moment festgelegt. Bei einer durch eine Krankheit bedingte Urteilsunfähigkeit kann es schwierig sein, diesen bestimmten Moment festzulegen. Bei einem Unfall ist dieser Moment wahrscheinlich eher gegeben.

➤ Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB)

Die KESB hat den Auftrag, einen erstellten Vorsorgeauftrag im Fall der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person auf seine Gültigkeit und Wirksamkeit zu überprüfen. Die vorgesehene, einzusetzende Person wird auf ihre Eignung hin überprüft und anschliessend mittels einer Feststellungsurkunde eingesetzt. Die Überprüfung der vorgesehenen Person erfolgt rudimentär, das heisst, es wird lediglich ein Strafregister- und ein Betreuungsauszug eingeholt. Der Wille der auftraggebenden Person wird damit berücksichtigt. Die richtige Ausführung des Vorsorgeauftrages liegt danach in der Verantwortung der eingesetzten Person und wird durch die KESB nicht weiter kontrolliert, ausser die KESB trifft von Amtes wegen erforderliche Massnahmen oder sie wird von Dritten auf Unregelmässigkeiten hingewiesen.

➤ Alternativen zum Vorsorgeauftrag

Wurde kein Vorsorgeauftrag erstellt, so regeln im Fall der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person die gesetzlichen Vertretungsrechte die Vertretung in Alltagsgeschäften oder im medizinischen Bereich. Sind keine Personen nach dem Gesetz für das Vertretungsrecht vorhanden oder betrifft es nichtalltägliche Geschäfte (z.B. Hausverkauf, Vermögensverwaltung etc.) kommen behördliche Massnahmen zum Zug. Zu den behördlichen Massnahmen gehört die massgeschneiderte Beistandschaft, welche von Privat- oder Fachpersonen übernommen werden kann.

b) Selbstbestimmte Fremdbestimmung – Welches sind die Möglichkeiten und Grenzen des Vorsorgeauftrages?

Die Ergebnisse aus der empirischen Forschung zeigen die Möglichkeiten und die Grenzen des Vorsorgeauftrages deutlich auf (siehe auch Abbildung 6 in Kapitel 5.3 „Fazit“). Die Befragungen zeigen, dass die interviewten Personen den Vorsorgeauftrag kennen, die Details aber nahezu unbekannt sind. Dadurch entsteht eine Diskrepanz zwischen den individuellen Erwartungen und Vorstellungen und der Praxis, die durch die gesetzlichen Grundlagen gegeben ist. Bei den befragten Personen besteht der Wunsch nach Selbstbestimmung und insbesondere nach der Vermeidung eines Kontaktes mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Die diesbezügliche Vorannahme der Autorinnen für die Forschung kann bestätigt werden. Aufgrund der Befragungen stellen die Autorinnen zudem fest, dass hauptsächlich die jüngeren Personen in der ersten Lebenshälfte noch keinen Vorsorgeauftrag erstellt haben. Es scheint, dass das Erstellen eines Vorsorgeauftrages vor allem mit Blick auf das eigene zunehmende Alter wahrgenommen wird. Die Wahrscheinlichkeit, dass aufgrund einer Krankheit oder einem Unfall eine Urteilsunfähigkeit eintreten kann, war hingegen kein Thema. Dafür spricht auch die Aussage von Angela Marfurt, Präsidentin KESB Luzern („Experteninterview“ in Kapitel 4.3), wonach die Auseinandersetzung mit der eigenen Vergänglichkeit schwierig ist und von vielen Menschen gerne verdrängt wird.

➤ Möglichkeiten

Der Vorsorgeauftrag ist als Möglichkeit zur Wahrung der Selbstbestimmung bei den befragten Personen bekannt. Die einzusetzende Person kann persönlich ausgesucht und deren Eignung nach eigenem Ermessen bestimmt werden. Der Inhalt des Vorsorgeauftrages kann ebenfalls eigenständig mehr oder weniger detailliert formuliert werden. Der Vorsorgeauftrag als Instrument der eigenen Vorsorge kann auch als selbstbestimmte

Fremdbestimmung betrachtet werden („Experteninterview“ Kapitel 4.3), mit welchem die KESB umgangen werden will. Da der Vorsorgeauftrag vor dem Todesfall zum Einsatz kommt, hebt er sich klar vom Testament ab. Diese Abgrenzung war bei den Befragungen nicht immer ersichtlich. Der Angst, bei einer allfälligen Urteilsunfähigkeit wehrlos den Entscheiden eines unbekanntes Beistandes oder einer Beiständin ausgeliefert zu sein, kann mit einem Vorsorgeauftrag entgegengewirkt werden. Diese weit verbreitete Meinung führt jedoch geradewegs zu den Grenzen eines Vorsorgeauftrages:

➤ Grenzen

Die ermöglichte Selbstbestimmung beinhaltet mit dem Erstellen eines Vorsorgeauftrages, willentlich für die Zukunft eine selbstbestimmte Fremdbestimmung zu wählen und sich diesbezüglich zu binden. Im Vorsorgeauftrag können grundsätzlich bezüglich der Personen- und Vermögenssorge und der Vertretung im Rechtsverkehr detaillierte Regelungen getroffen werden. Es besteht allerdings die Gefahr, dass vermeintliche Nebensächlichkeiten, wie zum Beispiel das Haustier oder persönliche Vorlieben, vergessen werden. Wird die eingesetzte Person zur vorsorgebeauftragten Person, hat diese zu entscheiden, was zum Beispiel mit eben diesem Tier geschehen soll. Die eingesetzte Person wird auf diese Weise unter Umständen mit schwerwiegenden Entscheidungen konfrontiert, was zu Überforderung führen kann.

Im Gegensatz zu einem Beistand oder einer Beiständin wird die in einem Vorsorgeauftrag eingesetzte Person nur bei deren Einsetzung von der KESB auf ihre Eignung geprüft. Diese beinhaltet, wie bereits erwähnt, eine Überprüfung bezüglich ihres Strafregisters und des Betreuungsauszugs. Anschliessend ist sie in ihrer Handlungskompetenz frei und wird weder von behördlicher noch von gesetzlicher Seite kontrolliert. Es gibt im Gegensatz zu eingesetzten Berufsbeiständinnen oder Berufsbeiständen und PriMa weder eine Schulung noch einen Rechenschaftsbericht oder eine Finanzkontrolle. Die eingesetzte Person handelt und haftet nach den Bestimmungen des Auftrages.

Ein Vorsorgeauftrag kommt erst bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person zum Einsatz. Wann genau diese eintritt, ist nicht immer klar ersichtlich. Den Rollen und Aufgaben aller betroffenen Akteure ist Beachtung zu schenken. Der Vorsorgeauftrag muss nach den gesetzlich formalen Vorgaben erstellt werden. Sind diese nicht erfüllt, ist der erstellte Vorsorgeauftrag nicht gültig und es kommen Massnahmen von Gesetzes wegen oder behördliche Massnahmen zur Anwendung. Der Vorsorgeauftrag wird in jedem Fall von einer

KESB validiert, ansonsten ist dieser nicht einsetzbar. Die KESB kann somit nicht, wie gewünscht, vollumfänglich umgangen werden.

Die formalen Vorgaben für das Erstellen eines Vorsorgeauftrages sind hoch. Den Vorsorgeauftrag handschriftlich zu verfassen kann zu einer Herausforderung werden. Mit der Beurkundung durch einen Notar oder einer Notarin kann dem entgegengewirkt werden. Doch die Kosten für Notarinnen und Notare sind nicht für alle Menschen tragbar. Zudem haben spätere Anpassungen eine neue Erstellung des Vorsorgeauftrages zur Folge. Daraus wird ersichtlich, dass es für die Erstellung eines Vorsorgeauftrages durchaus persönliche, kognitive oder finanzielle Grenzen gibt oder geben kann. Die Ergebnisse aus der Forschung haben jedoch bei den befragten Personen keine solch konkreten Grenzen aufgezeigt. Diese scheinen den interviewten Personen nicht bekannt oder für sie nicht relevant zu sein. Dies führt die Autorinnen zur Beantwortung der Frage c) und der sich daraus ergebenden Legitimation in der professionellen sozialarbeiterischen Beratung.

c) Der Vorsorgeauftrag im Kontext der professionellen sozialarbeiterischen Beratung

Der Vorsorgeauftrag im Kontext der professionellen sozialarbeiterischen Beratung wird im Kapitel 6.1 „Berufliche Schlussfolgerung“ eingehend behandelt und analysiert. Aus diesem Grund verzichten die Autorinnen an dieser Stelle auf eine Wiederholung.

7.2 Persönliche Stellungnahme

Die Autorinnen haben sich während den letzten Monaten intensiv mit dem Vorsorgeauftrag auseinandergesetzt. Die folgenden Punkte entsprechen der persönlichen Meinung der Autorinnen und sind nicht weiter belegt:

- Der Vorsorgeauftrag hat hohe formale Anforderungen

Will eine Person einen Vorsorgeauftrag erstellen, so muss sie dies selbständig und handschriftlich tun und diesen auch persönlich unterschreiben. Ist sie dazu nicht in der Lage, gibt es die Möglichkeit, den Vorsorgeauftrag notariell erstellen zu lassen. Dies ist jedoch mit erheblichen Kosten verbunden. Der bereits angebrachte Hinweis in Kapitel 7.1 „Beantwortung der Fragestellung“, dass das Erstellen eines Vorsorgeauftrages persönliche und finanzielle Grenzen haben kann, sind entscheidende Gründe, welche für oder gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages sprechen. Diese Gründe sollen jedoch nicht primär ausschlaggebend sein und mittels Hilfe zur Selbsthilfe über die Sozialarbeiterinnen und

Sozialarbeiter bei Bedarf von Klientinnen und Klienten ermöglicht werden. Die persönliche Situation kann sich immer wieder verändern. Aus diesem Grund wird empfohlen, den Vorsorgeauftrag alle paar Jahre zu überprüfen und allenfalls anzupassen. Eine Anpassung bedeutet jedoch, dass der Vorsorgeauftrag wieder neu geschrieben werden muss bzw. der Notar oder die Notarin ein weiteres Mal involviert ist.

Beim Vorsorgeauftrag gelten die gleichen formalen Anforderungen wie bei einem Testament. Dies geschieht um Missbrauch vorzubeugen. Es handelt sich hierbei um Dokumente, welche die höchstpersönlichen Rechte einer Person betreffen und deshalb als besonders schützenswert gelten. Nicht alle Menschen erstellen jedoch einen Vorsorgeauftrag oder ein Testament. Die Gründe sind vielfältig: oft erscheint die Höhe des persönlichen Vermögens zu klein, um es verwalten lassen zu müssen oder die gesetzliche Erbfolge wird akzeptiert. Ein Testament kann zudem nur wenige Sätze beinhalten und die Folgen des Inhalts sind möglicherweise besser abschätzbar. Aber auch Menschen in sehr einfachen finanziellen Verhältnissen kann es wichtig sein, dass im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit eine Vertrauensperson ihrer Wahl für sie zuständig wird.

Diese Überlegungen führen die Autorinnen zu weiteren Gedanken: Ist es im Sinne des Gesetzgebers, den Vorsorgeauftrag lediglich für Menschen mit genügend kognitiven oder finanziellen Ressourcen zugänglich zu machen? Müssten die Kosten für eine allfällige notarielle Erstellung des Vorsorgeauftrages durch die öffentliche Hand übernommen werden? Die Autorinnen sind der Meinung, dass diese Fragen noch gelöst werden müssen. Selbstbestimmung und Eigenverantwortung soll nicht eine Frage der kognitiven und motorischen Fähigkeiten und den finanziellen Möglichkeiten sein. Dies würde dem Art. 8 Abs. 1 in der Bundesverfassung widersprechen: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

➤ Der Vorsorgeauftrag als geeignetes Instrument für alle?

Die Autorinnen sind in der Auseinandersetzung mit dem Vorsorgeauftrag auf keine Bevölkerungsgruppe gestossen, für welche der Vorsorgeauftrag nicht geeignet ist. In der Praxis wird der Vorsorgeauftrag vor allem für ältere Menschen als wichtig eingestuft und deshalb oft erwähnt und angepriesen. Eine mögliche Urteilsunfähigkeit kann durch Unfall oder Krankheit jedoch auch jüngere Menschen treffen und somit eine Validierung des Vorsorgeauftrages – sollte er denn vorhanden sein – nötig machen. Somit ist der Vorsorgeauftrag grundsätzlich für alle Menschen eine Möglichkeit, das Selbstbestimmungsrecht wahrzunehmen.

Wenn also der Vorsorgeauftrag für alle Menschen eine geeignete Möglichkeit ist, warum werden so wenig Vorsorgeaufträge erstellt, respektive validiert? Warum schieben die Menschen eine Errichtung vor sich her? Die Autorinnen schliessen sich der Meinung von Angela Marfurt (J), KESB Stadt Luzern an: die Menschen befassen sich nicht gerne mit der eigenen Verletzlichkeit und Vergänglichkeit. Dies führt dazu, sich so lange wie möglich nicht mit Themen wie zum Beispiel Krankheit, Unfall, Urteilsunfähigkeit und Tod auseinanderzusetzen. Es kann auch sein, dass sich diese Menschen bewusst gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages entscheiden, da sie die Massnahmen von Gesetzes wegen oder die behördlichen Massnahmen als ausreichend erachten.

Die Autorinnen sind überzeugt, dass die KESB gute Arbeit leistet und jeweils der Wille und die Bedürfnisse der betroffenen Person so weit wie möglich berücksichtigt werden. Deshalb ist es aus Sicht der Autorinnen nicht in jedem Fall notwendig, einen Vorsorgeauftrag zu erstellen. Die Lebenslage, die Bedürfnisse und die Vorstellungen der betroffenen Personen sind ausschlaggebend und entscheidend und sollen entsprechend in die Überlegung für oder gegen das Erstellen eines Vorsorgeauftrages einfließen.

➤ Validierung des Vorsorgeauftrages

Theoretisch ist klar, dass der Vorsorgeauftrag zur Anwendung kommt, wenn die Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person eingetreten ist. In Kapitel 2.2.2 „Urteilsunfähigkeit“ wurde mit dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“ aufgezeigt, dass die Urteilsunfähigkeit schleichend eintritt. Je nach Tagesform der betroffenen Person wird die Beurteilung der abklärenden KESB oder der Ärztin oder des Arztes unterschiedlich ausfallen. Eine längerfristige Beobachtung anstelle einer Momentaufnahme wäre im Zweifelsfall nötig.

Stellt die eingesetzte oder eine andere nahestehende Person fest, dass die betroffene Person nicht mehr in jedem Fall über ihr Leben selber entscheiden kann, kann dies zu einem Loyalitätskonflikt führen. Es stellt sich die Frage: kann alles so belassen werden wie bis anhin oder ist jetzt der Zeitpunkt für die Validierung des Vorsorgeauftrages gekommen? Die eingesetzte Person muss diesen Entscheid vor sich selber, vor der auftraggebenden Person, der KESB und allenfalls vor anderen Personen im nahen Umfeld verantworten. Aus den Interviews wurde den Autorinnen nicht klar, ob sich eingesetzte Personen über die Konsequenzen respektive auch über ihre Verantwortung ihrer Zusage bewusst sind. Eingesetzte Söhne, Töchter oder andere gewählte Personen können Vorwürfen von Verwandten oder Bekannten ausgesetzt werden. Um dies zu umgehen werden sogenannte Graubereiche ausgelotet: Bankvollmachten werden so lange wie möglich verwendet,

möglichweise werden Finanzen über das E-Banking getätigt. Dieser Graubereich wurde gegenüber den Autorinnen oft erwähnt und stellt offenbar ein weit verbreitetes Vorgehen dar. Für die Autorinnen zeigen diese Graubereiche, welche als Umgehung des Gesetzes betrachtet werden können, dass die Menschen beim Thema der eigenen Vorsorge sehr unsicher sind. Es ist zwar bekannt, dass es Möglichkeiten für eine Regelung im Falle einer eigenen Urteilsunfähigkeit gibt. Die Angst und die Bedenken vor einer behördlichen Einflussnahme scheinen jedoch gross. Mit Vollmachten und anderen Vereinbarungen wirken die Betroffenen dem entgegen.

Seit der Idee und der Umsetzung des Gesetzgebers bis hin zum neuen Erwachsenenschutzrecht ist viel Zeit vergangen. Mit dem Vorsorgeauftrag wurde ein Instrument geschaffen, um die Selbstbestimmung und die Eigenverantwortung zu stärken. Diese Entwicklung ist auf den ersten Blick positiv. Sie führt möglicherweise zu weniger behördlichen Massnahmen (Beistandschaften). Die damit verbundenen hohen Kosten könnten eingespart werden. Der allgemeine schweizweite Druck im Sozialwesen ist hoch: erhöhte Fallzahlen bei den Berufsbeiständinnen und Berufsbeiständen und bei der öffentlichen Sozialhilfe, Kürzung von Unterstützungsbeiträgen, Schliessung von Beratungsstellen in Randregionen etc. Der Kostendruck zwingt die Fachstellen in der Sozialarbeit, für einzelne Klientinnen und Klienten weniger Zeit aufzuwenden und diese zu mehr Eigenverantwortung zu motivieren. Dies kann sich im Einzelfall bewähren. Wird das Erstellen eines Vorsorgeauftrages jedoch angepriesen, um Kosten zu reduzieren, so wäre dies nach Ansicht der Autorinnen eine falsche Motivation von Seiten der Sozialarbeit und würde wohl eher zu mehr Verwahrlosung als zur erwünschten Selbstbestimmung führen. Die Zukunft wird zeigen, ob eine solche Richtung eingeschlagen wird. Für eine weitergehende Diskussion über Kostendruck im Sozialwesen im Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag und dessen Folgen ist hier jedoch der falsche Ort, könnte jedoch in künftigen Bachelorarbeiten verfolgt werden.

Der Vorsorgeauftrag als Mittel zur Erhaltung der Selbstbestimmung wird oft als Bedürfnis einer veränderten Gesellschaft dargestellt. Die Autorinnen stellen in ihrer Arbeit als Sozialarbeiterinnen und in ihrem privaten Umfeld jedoch fest, dass sich dieses Bedürfnis bei älteren Menschen oft in ein Vertrauen in ihr Umfeld wandelt. Die Hilfe von Aussen – sei es aus dem privaten Umfeld oder von behördlicher Seite – wird oft als positiv wahrgenommen. Vielleicht wird sich dies mit der jetzigen aktiven Bevölkerung ändern, wenn diese in 20-30 Jahren zur älteren Generation gehören wird. Es kann aber auch sein, dass es sich um einen natürlichen Prozess des Lebens handelt, dass Verantwortung abgegeben wird. Es wäre nach Ansicht der Autorinnen der falsche Weg, der älteren Bevölkerung ein erhöhtes

Bedürfnis nach Selbstbestimmung einzureden um damit die gesellschaftlichen Aufgaben wie Hilfe, Fürsorge und Menschlichkeit vernachlässigen zu können und um Kosten zu reduzieren.

7.3 Ausblick

Der Vorsorgeauftrag im Sinne des Gesetzgebers und die entsprechenden Bedürfnisse der Menschen sind nicht vollumfänglich deckungsgleich. Gerade die hohen formalen Anforderungen sind für das Erstellen eines Vorsorgeauftrages eine Hürde für gewisse Personen. Es ist zu überlegen, ob der Gesetzgeber diese Anforderungen anpassen könnte, andernfalls wird riskiert, dass sich der Vorsorgeauftrag nicht durchsetzen wird. Die nächsten Jahre werden zeigen, ob er sich in der breiten Bevölkerung etablieren kann oder ob er sich als zu theoretisches und kompliziertes Instrument erweist. Durch eine Anpassung dieser formalen Anforderungen wäre es möglich, dem entgegenzuwirken. Ansonsten kann es sein, dass sich der Vorsorgeauftrag nicht etabliert und immer weniger genutzt wird und allmählich wieder von der Bildfläche verschwindet. Die Erstellung soll nach Meinung der Autorinnen einfacher gehandhabt werden können und im Falle einer nicht eigenständigen Erstellung kostengünstiger werden. Dies ist bereits bei der Patientenverfügung der Fall, welche ebenfalls ein neu geschaffenes Instrument der eigenen Vorsorge ist. Eine Angleichung in der Schriftlichkeit des Vorsorgeauftrages an die Patientenverfügung und der Kosten wäre aus Sicht der Autorinnen wünschenswert.

Damit die Beratung zum Vorsorgeauftrag einheitlicher und einfacher gestaltet werden kann, wäre, wie bereits in Kapitel 6.2 erwähnt, das Erstellen eines Leitfadens und der Einsatz einer Checkliste eine grosse Hilfe. Der Leitfaden würde alle notwendigen rechtlichen und formalen Vorgaben beinhalten. Dieser soll nicht die Beratung ersetzen. Er könnte jedoch einerseits die Beratungsperson unterstützen, da alle wesentlichen Elemente ersichtlich sind. Andererseits kann dieser Leitfaden mitgegeben werden, um eigenständig das nötige Wissen zur Hand zu haben. Die Checkliste könnte aus drei Teilen bestehen: im ersten Teil der Checkliste könnten Fragen zur Motivation und zu den Erwartungen geklärt werden. Dies würde vor falschen Erwartungen und Enttäuschungen schützen. Im zweiten Teil müsste der detaillierte Ablauf erklärt werden, inkl. Zuständigkeiten, Aufgaben der eingesetzten Person, mögliche Herausforderungen etc. Im dritten Teil würden die persönlichen Details aufgeschrieben: möglicher Heimeintritt, Vermögen, persönliche Vorlieben und Eigenheiten der betroffenen Person, Entschädigung für die eingesetzte Person etc., um anschliessend aufgrund dieser Vorgaben den Vorsorgeauftrag eigenständig mit allen wesentlichen Punkten erstellen zu können. Es wäre denkbar, zwei Beratungen zu planen: die erste für die allgemeinen

Informationen, die zweite für die Details des Erstellens. Die Autorinnen könnten sich auch vorstellen, dass die Beratung im Beisein der eingesetzten Person durchgeführt würde. Auf diese Weise würde bereits ein Dialog zwischen den beiden Personen stattfinden, Erwartungen und Wünsche könnten geklärt werden. Dem Spannungsfeld, in welchem sich der Vorsorgeauftrag zwischen dem Gesetz und der Praxis befindet, wird so die nötige Aufmerksamkeit gegeben. Bestenfalls können Möglichkeiten voll ausgeschöpft und die bestehenden Grenzen berücksichtigt werden.

Den Autorinnen schwebt vor, dass ein Leitfaden und eine Checkliste von Studierenden der Sozialen Arbeit als Projekt erarbeitet und verbreitet werden könnte. Zurzeit ist eine Projektgruppe der Pro Senectute Schweiz am Überarbeiten des Docupasses. Die Projektgruppe hat die Schwierigkeiten in der Umsetzung der eigenen Vorsorge erkannt und wird diesbezüglich neue Wege suchen.

Anzumerken ist, dass seit der Einführung des Vorsorgeauftrages vor 5 Jahren erst wenig Erfahrung mit der Validierung gemacht werden konnte. In den nächsten Jahren werden sich die Validierungen wohl mehren. Es wird sich zeigen, welche Hürden und Schwierigkeiten in der Praxis entstehen, ob beispielsweise die bisherigen Prüfungen der eingesetzten Personen ausreichen, oder ob die KESB eine ausführlichere Eignungsprüfung durchführen muss oder welche anderen Herausforderungen ersichtlich werden. Aufgrund der Erkenntnisse dieser Arbeit sind die Autorinnen der Meinung, dass der Vorsorgeauftrag Potential für Anpassungen hat und sind gespannt, wie sich die Thematik in den nächsten Jahren entwickeln wird.

8. Quellenverzeichnis

- Alzheimer (2014). *Urteilsfähigkeit bei Demenz, IB 163 A 35*. Yverdon-les-Bains: Schweizerische Alzheimervereinigung.
- AvenirSocial (2010). *Berufskodex Soziale Arbeit Schweiz. Ein Argumentarium für die Praxis der Professionellen*. Bern: AvenirSocial.
- AvenirSocial (2011). *Soziale Arbeit und ihre Ethik in der Praxis. Eine Einführung mit Glossar zum Berufskodex Soziale Arbeit Schweiz*. Bern: AvenirSocial.
- AvenirSocial (2014). *Berufsbild der professionellen Sozialen Arbeit*. Gefunden unter http://www.avenirsocial.ch/cm_data/AS_Berufsbild_DE_def.pdf
- AvenirSocial (ohne Datum). *Definition Soziale Arbeit*. Gefunden unter http://www.avenirsocial.ch/cm_data/defsozarbeitifswiassw.pdf
- Bundesamt für Justiz (2006). *Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht, Kindesrecht)*. Gefunden unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf>
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).
- Christen, Ramona & Schwenk, Anika (2016). *Der Vorsorgeauftrag als Instrument zur Selbsthilfe. Ein Auftrag der Sozialen Arbeit?* Bachelor-Thesis des Fachbereichs Soziale Arbeit der Berner Fachhochschule.
- Flick, Uwe, von Kardorff, Ernst, Keupp, Heiner, von Rosenstiel, Lutz & Wolff, Stephan (Hrsg.) (1991). *Handbuch qualitative Sozialforschung. Grundlagen, Konzepte, Methoden und Anwendungen* (2. Aufl.). München: Psychologie Verlags Union.
- Fountoulakis, Christiana & Rosch, Daniel (2016a). Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des Eingriffssozialrechts. In Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis & Christoph Heck (Hrsg.). *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute* (S. 30-43). Bern: Haupt.
- Fountoulakis, Christiana & Rosch, Daniel (2016b). Elemente des Erwachsenenschutzes. In Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis & Christoph Heck (Hrsg.). *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute* (S. 460-484). Bern: Haupt.
- Fountoulakis, Christiana & Rosch, Daniel (2016c). Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des schweizerischen Sozialrechts. In Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis & Christoph Heck (Hrsg.). *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute* (S. 21-29). Bern: Haupt.
- Gabriel-Schärer, Pia (2016). Vorwort. In Esther Weber & Daniel Kunz. *Beratungsmethodik in der Sozialen Arbeit. Das Unterrichtskonzept der Beratungsmethodik an der Hochschule Luzern - Soziale Arbeit* (4. unveränd. Aufl.) (S. 6-7). Luzern: interact.
- Graf, Martin (2012). *Beurteilung der Urteilsfähigkeit als zentrales Element im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Schutz*. KOKES Fachtagung 2012 in Freiburg. Gefunden unter https://www.kokes.ch/application/files/2914/6167/0811/Beurteilung_der_Urteilsfaehigkeit.pdf

- Häfeli, Christoph (2013). *Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Eine Zwischenbilanz und Perspektiven*. Gefunden unter https://www.vbbrb.ch/files/files_vbbrb/newsarchiv/Jusletter_Haefeli_Erwachsenenschutzrecht_Zwischenbilanz_20131209.pdf
- Häfeli, Christoph (2016). *Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz* (2., vollst. überarb. u. erw. Aufl.). Bern: Stämpfli Verlag.
- Husi, Gregor (2017). *Skript Wissenschaft, Forschung und Praxis in der Sozialen Arbeit*. Unveröffentlichte Unterrichtsunterlagen. Hochschule Luzern - Soziale Arbeit.
- Imbach, Sandra (2013). *Die vermögensrechtliche Vertretung der Ehegatten und eingetragene Partner im Erwachsenenschutzrecht*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG.
- Jufer, Monika & Omlin, Yvonne (2014). *Damit mein Wille zählt. Die eigene Vorsorge als Auftrag für die Soziale Arbeit*. Bachelor-Arbeit der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit.
- Kanton Obwalden (2017). *Merkblatt zur Hinterlegung von Vorsorgeaufträgen bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Obwalden*. Gefunden unter http://www.ow.ch/dl.php/de/59c0d8a4b9fd0/Merkblatt_Hinterlegung_von_Vorsorgeauftraegen_AL.pdf
- KESB Kanton Zürich (2016). *Merkblatt Vorsorgeauftrag*. Gefunden unter <http://www.kesb-zh.ch/sites/default/files/attachments/merkblattvorsorgeauftrag.pdf>
- KESCHA, Anlaufstelle Kindes- und Erwachsenenschutz (2018). *Was ist Erwachsenenschutz?* Gefunden unter <https://kescha.ch/de/erklaerungen-zum-kindes-und-erwachsenenschutz/erklaerungen-zum-erwachsenenschutz/was-ist-erwachsenenschutz.php>
- KOKES (ohne Datum, a). *Organisation*. Gefunden unter <https://www.kokes.ch/de/organisation/zweck-mittel-organe>
- KOKES (ohne Datum, b). *Initiative bringt Kindes- und Erwachsenenschutz in Gefahr. Hauptargumente zur Eidgenössischen Volksinitiative „Eigenständiges Handeln in Familien und Unternehmen (Kindes- und Erwachsenenschutz-Initiative)“*. Gefunden unter https://www.kokes.ch/application/files/4015/2639/5831/180515_Volksinitiative_Hauptargumente_Point_de_Presse.pdf
- Komitee KESB-Initiative (ohne Datum). *Eidgenössische Volksinitiative «Eigenständiges Handeln in Familien und Unternehmen (Kindes- und Erwachsenenschutz-Initiative)»*. Gefunden unter <http://www.kesb-initiative.ch/de/home/>
- Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).
- Kuckartz, Udo (2012). *Qualitative Inhaltsanalyse. Methoden, Praxis, Computerunterstützung* (1. Aufl.). Weinheim: Beltz Juventa.

- Kunz, Daniel (2016). Einleitung. In Esther Weber & Daniel Kunz. *Beratungsmethodik in der Sozialen Arbeit. Das Unterrichtskonzept der Beratungsmethodik an der Hochschule Luzern - Soziale Arbeit* (4. unveränd. Aufl.) (S. 8-18). Luzern: interact.
- Maranta, Luca & Terzer, Patrik (2016). Die Beistandschaft. In Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis & Christoph Heck (Hrsg.). *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute* (S. 485-505). Bern: Haupt.
- Mayer, Horst Otto (2013). *Interview und schriftliche Befragung. Grundlagen und Methoden empirischer Sozialforschung* (6. überarb. Aufl.). München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH.
- Noser, Walter & Rosch, Daniel (2013). *Erwachsenenschutz. Das neue Gesetz umfassend erklärt – mit Praxisbeispielen*. Zürich: Axel Springer Schweiz AG.
- Obligationenrecht vom 30. März 1991 (SR 220).
- Pro Senectute Schweiz (2017a). *Docupass. Das Dossier für Ihre persönlichen Vorsorgedokumente*. Bern: Stämpfli.
- Pro Senectute Schweiz (2017b). *Selbstbestimmen bei Urteilsunfähigkeit – Zahlen und Fakten*. Gefunden unter https://www.prosenectute.ch/dam/jcr:e916dfbd-4bbf-4662-8f9a-c0bd090d1e19/Selbstbestimmung-bei-Urteilsunfähigkeit_Zahlen-Fakten-01.10.2017.pdf
- Pro Senectute Schweiz (2018). *Kindes- und Erwachsenenschutz Vertiefung und Erfahrungsaustausch mit einem Schwerpunkt Demenz und Recht*. Unveröffentlichtes Skript der Pro Senectute Schweiz.
- Reusser, Ruth E. (2012). Allgemeine Vorbemerkungen zum Basler Kommentar Erwachsenenschutz. In Thomas Geiser & Ruth E. Reusser (Hrsg.). *Basler Kommentar. Erwachsenenschutz. Art. 360-456 ZGB, Art. 14, 14a SchIT ZGB* (S. 1-89). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Rosch, Daniel (2015). Die Selbstbestimmung im revidierten Erwachsenenschutzrecht. *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE 3/2015)*, (S. 215-225). Gefunden unter http://danielrosch.ch/wp-content/uploads/2018/04/Rosch_Selbstbestimmung-def.pdf
- Rumo-Jungo, Alexandra (2012). Dritte Abteilung: Der Erwachsenenschutz. Zehnter Titel: Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen. Erster Abschnitt: Die eigene Vorsorge. Erster Unterabschnitt: Der Vorsorgeauftrag. In Thomas Geiser & Ruth E. Reusser (Hrsg.). *Basler Kommentar. Erwachsenenschutz. Art. 360-456 ZGB, Art. 14, 14a SchIT ZGB* (S. 31-88). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Scheibe, Jan (2018). *Methodenvielfalt in der Beratung*. Unveröffentlichte Unterrichtsunterlagen. Hochschule Luzern - Soziale Arbeit.
- Schmocker, Beat (2011). *Soziale Arbeit und ihre Ethik in der Praxis. Eine Einführung mit Glossar zum Berufskodex Soziale Arbeit Schweiz*. Bern: AvenirSocial.
- Schweizerische Eidgenossenschaft (2017). *Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*. Gefunden unter <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20143891/Bericht%20BR%20D.pdf>

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

Sicherheits- und Justizdirektion SJD (2013). *Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*. Gefunden unter http://appl.fr.ch/friactu_inter/handler.ashx?fid=6583

Tuor, Peter, Schnyder, Bernhard, Schmid, Jörg & Jungo, Alexandra (2015). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag.

Vollmers, Burkhard (1999). *Streben, leben und bewegen. Kleiner Abriss der Motivationspsychologie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Weber, Esther (2016). *Beratungsmethodik in der Sozialen Arbeit. Das Unterrichtskonzept der Beratungsmethodik an der Hochschule Luzern - Soziale Arbeit* (4. unveränd. Aufl.). Luzern: interact.

Widmer Blum, Carmen Ladina (2010). *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*. Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien AG.

Widulle, Wolfgang (2012). *Gesprächsführung in der sozialen Arbeit. Grundlagen und Gestaltungshilfen* (2., durchges. Aufl.). Wiesbaden: Springer.

Wiswede, Günter (2004). *Sozialpsychologie-Lexikon*. München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH.

Wüthrich, Peter (2013). *Urteils(un)fähigkeit im Erwachsenenschutz – Praxishilfe für Beiständinnen und Beistände*. Masterarbeit Fachhochschule Zentralschweiz.