

Verrechnung der Mandatsentschädigung mit «Mängeln» aus der Mandatsführung?

Aus der Beratungspraxis der SVBB¹

Daniel Rosch, Prof. (FH) Dr. iur./dipl. Sozialarbeiter FH/MAS Nonprofit-Management, Hochschule Luzern Soziale Arbeit.

Stichwörter: Beistand, Berichterstattung, Berufsbeistand, Haftung, KESB, Legalzession, Mandatsentschädigung, Mandatsführung, Rechnungslegung, Schaden, Verrechnung.

Mots-clés: APEA, Cession légale, Curateur, Curateur professionnel, Compensation, Conduite du mandat, Dommage, Indemnité pour le mandat, Présentation des comptes, Remise des rapports, Responsabilité.

Parole chiave: APMA, Cessione legale, Compensazione, Condotta del mandato, Curatore, Curatore professionale, Danni, Fatturazione, Redazione del rapporto, Responsabilità, Compenso di mandato.

Die KESB kann Mängel in der Mandatsführung nicht mit der Mandatsentschädigung verrechnen, weil das Bundesrecht separate Verfahren und Schutzinstrumente für die Berichtsprüfung (Art. 410 f., Art. 415 ZGB) und die Haftung (Art. 454 ZGB) vorsieht. Zudem bedarf es für eine Verrechnung der Gegenseitigkeit von Forderungen. Dies ist vorliegend nicht der Fall, weil der Berufsbeistand bzw. die Berufsbeiständin in Vertretung der verbeiständeten Person gegenüber einem Dritten und nicht gegenüber der KESB handelt und die Mandatsentschädigung, welche beim Berufsbeistand dem Arbeitgeber zufallen, lediglich das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Beistandsperson betrifft. Es handelt sich nach der hier vertretenen Auffassung somit nicht um eine Legalzession an den Arbeitgeber.

Compensation de «manquements» dans la conduite du mandat avec l'indemnité pour le mandat?

L'APEA ne peut pas compenser des manquements dans la conduite du mandat avec l'indemnité pour le mandat, car le droit fédéral prévoit des procédures et des instruments de protection différents pour le contrôle des comptes (art. 410 s., art. 415 CC) et pour la responsabilité (art. 454 CC). Par ailleurs, la compensation nécessite la réciprocité des créances. Ce n'est pas le cas en l'espèce car le curateur professionnel agit en qualité de représentant de la personne concernée vis-à-vis des tiers et non pas vis-à-vis de l'APEA. Au surplus, l'indemnité pour le mandat, qui revient à l'employeur dans le cas d'une curatelle professionnelle, ne concerne que le rapport interne entre l'employeur et le curateur. Il ne s'agit, selon le point de vue défendu dans cette contribution, pas d'une cession légale à l'employeur.

Calcolo del compenso del curatore tenendo conto d' «insufficienze» nella condotta del mandato?

L'APMA non può calcolare nella fatturazione del compenso di mandato le insufficienze riscontrate nella condotta del mandato in quanto il diritto federale prevede procedure e strumenti di protezione separati per l'esame del rapporto (art. 410 f., art. 415 CC) e della responsabilità (art. 454 CC). Inoltre per il calcolo è necessaria la reciprocità nelle pretese. Questo non è il caso in quanto il curatore professionale o la curatrice professionale rappresentano la persona curatellata nei confronti di un terzo e non agiscono nei confronti

¹ Schweizerische Vereinigung der Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände.

dell'APMA. Il risarcimento di mandato, se esercitato da curatori professionali, è destinato al datore di lavoro e riguarda il rapporto interno fra datore di lavoro e la persona curatela. Non si tratta quindi, secondo l'interpretazione qui esposta, di una cessione legale al datore di lavoro.

I. Ausgangslage/Fragestellung

Die Beistandsperson aus dem Kanton St.Gallen hat eine Frage in Bezug auf kleinere Unregelmässigkeiten und «Mängel» im Rahmen ihrer Mandatsführung. Diese bringe ihre KESB im Rahmen der Beschlussfassung direkt mit der Mandatsentschädigung in Abzug. Als Beispiel wird erwähnt, dass die «Verrechnungssteuer in der Höhe von Fr. 100.– nicht zurückgefordert» wurde. Die Beistandsperson stellt die Frage, ob dieses Vorgehen der KESB aus rechtlicher Sicht korrekt sei?

II. Erwägungen

1. Rechnungslegung und Berichterstattung:

Art. 411 ZGB regelt die Berichterstattung des Beistandes bzw. der Beiständin im Rahmen ihrer Mandatsführung. Darin findet sich eine Berichterstattungspflicht zuhanden der KESB so oft wie nötig, mindestens aber alle zwei Jahre. Art. 410 ZGB beinhaltet die analoge Regelung, wenn der Beistand bzw. die Beiständin Vermögens- oder/und Einkommensverwaltungsaufgaben innehat. Sie bzw. er hat die Rechnung der KESB zur Prüfung vorzulegen. Die KESB hat sodann gemäss Art. 415 ZGB die beiständliche Rechnung und den beiständlichen Bericht zu prüfen. Sie kann von Bundesrechts wegen:

- a. die Genehmigung erteilen oder diese verweigern,
- b. in Bezug auf den Bericht, wenn nötig, eine Ergänzung einverlangen,
- c. nötigenfalls Massnahmen treffen, die zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person angezeigt sind.

2. Mandatsentschädigung:

Der Beistand hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und den Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der verbeiständeten Person gemäss Art. 404 ZGB, wobei bei einem Berufsbeistand die Entschädigung und der Spesenersatz an den Arbeitgeber des Berufsbeistandes fällt (siehe hierzu unten Ziff. 4). Die Höhe der Entschädigung legt die KESB fest, wobei sie insbesondere den Umfang und die Komplexität der Aufgaben des Beistandes zu berücksichtigen hat. Zudem können die Kantone Ausführungsbestimmungen erlassen. Der Kanton St.Gallen hat aufgrund dieser Gesetzesdelegation und in Anwendung von Art. 32 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 21. Februar 2012 (EG KESR; SG 912.5) die Verordnung über die Entschädigung und den Spesenersatz bei Beistandschaften vom 11. Dezember 2012 (SG 912.51) erlassen. Gemäss Art. 3 der

Verordnung rechnet die Beiständin oder der Beistand die Entschädigung in der Regel nach Abschluss der Rechnungsperiode nach Art. 410 ZGB ab.

3. *Haftung des Beistandes bzw. der Beiständin:*

Entsteht der verbeiständeten Person aufgrund von widerrechtlichem (in der Regel sorgfaltspflichtwidrigem) Handeln des Beistandes bzw. der Beiständin ein Schaden, so hat gemäss Art. 454 ZGB der Staat dafür aufzukommen; dieser kann allerdings gemäss Art. 454 Abs. 4 ZGB Rückgriff auf den Beistand bzw. die Beiständin nehmen, soweit dies im kantonalen Recht vorgesehen ist. Der Kanton St.Gallen hat in Art. 9 EG KESR den Rückgriff auf die Trägerschaft der KESB und die die nach Art. 33 des Sozialhilfegesetzes vom 27. September 1998 (SG 381.1) für die Aufsicht zuständige Stelle vorgesehen, die ihrerseits wiederum auf die verursachende Person Rückgriff nehmen kann, soweit der Schaden grobfahrlässig oder vorsätzlich verursacht wurde. Massgebend sind, soweit das Bundesrecht nicht greift, die Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 7. Dezember 1959 (SG 161.1).

4. *Verrechnung und ratio legis von Art. 404 Abs. 1 Satz 2:*

Mit Art. 120 ff. OR sieht das Recht vor, dass Forderungen miteinander verrechnet, also wechselseitig getilgt werden können, wenn zwei Personen einander gleichartige Leistungen, insb. Geld, schulden; sie ist möglich mit einer Verrechnungserklärung der Partei, die eine Verrechnung möchte (SCHWENZER, OR AT, Rz. 77.01). Davon zu unterscheiden ist der Verrechnungsvertrag, der eine gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien voraussetzt (SCHWENZER, OR AT, Rz. 77.03) und vorliegend (wohl) mangels Konsens nicht vorliegt.

Voraussetzung für eine Verrechnung ist nach Art. 120 Abs. 1 OR unter anderem, dass die Partei, die verrechnen will, *Gläubigerin* der Verrechnungsforderung ist, die sie durchsetzen möchte und gleichzeitig *Schuldnerin* der Hauptforderung, die sie tilgen will. Somit kann die verrechnende Partei nicht die Forderung eines Dritten gegen den Verrechnungsgegner einsetzen und verrechnen (BGE 132 III 342, E. 4.3.; SCHWENZER, OR AT, Rz. 77.04).

Vorliegend sind aber die Forderungen nicht gegenseitig. Der Anspruch auf Mandatsentschädigung ist auch beim Berufsbeistand bzw. der Berufsbeiständin eine Forderung gegenüber der betroffenen Person, die von der KESB festgelegt und gegenüber der betroffenen Person bzw. subsidiär dem Gemeinwesen (vgl. Art. 5 Abs. 2 Verordnung über die Entschädigung und den Spesenersatz bei Beistandschaften vom 11. Dezember 2012 [SG 912.51]) danach geltend gemacht werden kann (BGer vom 23.12.2016 5A_503/2016, E. 2.3.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, ZGB, S. 655). Bei Berufsbeistand(inn)en fallen gemäss Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB Entschädigung und Spesen an den Arbeitgeber. Im Schrifttum wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass es sich hierbei um eine Legalzession an den Arbeitgeber handelt (BSK ZGB I-REUSSER, Art. 404 N 33). Dies würde bedeuten, dass nicht mehr der Beistand bzw. die Beiständin, sondern

ausschliesslich der Arbeitgeber Entschädigung und Spesen geltend machen und durchsetzen könnte. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich demgegenüber nicht um eine *Legalzession* wie z.B. in Art. 289 Abs. 2 ZGB. Vielmehr betrifft die Regelung ausschliesslich das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Beistand bzw. Beiständin. Der historische Gesetzgeber wollte hier eine Regelung einführen, welche im vorrevidierten Recht «regelmässig» dienstrechtlich, also arbeitsrechtlich vorgesehen war und diese arbeitsrechtliche Regelung bundesweit vereinheitlichen. Die Botschaft zum revidierten Erwachsenenschutzrecht führt dies wie folgt aus:

«...Für einen Systemwechsel besteht kein ausreichender Anlass. Die Beistandschaft dient den Interessen der betroffenen Person, sodass diese weiterhin primär für die Kosten der staatlich organisierten Dienstleistung aufzukommen hat.

Nach geltendem [bzw. vorrevidiertem; Anm. des Verfassers] Recht hat die Vormundschaftsbehörde die Entschädigung dem Vormund zuzusprechen (Art. 416 ZGB), nicht dem Gemeinwesen, das ihn angestellt hat. Dienstrechtlich wird allerdings regelmässig vorgesehen, dass eine solche Entschädigung an die Kasse der Amtsvormundschaft abzuliefern ist. Das neue Recht vereinfacht mit Absatz 3 die Situation» (Botschaft, S. 7051).

Schon aus dem Wortlaut ist abzuleiten, dass nicht die ehemalige «Amtsvormundschaft» den Anspruch geltend macht, sondern der Beistand, der diesen dann – im Innenverhältnis – «abzuliefern» hat. Entsprechend zurückhaltend ist auch Art. 404 Abs. 1 Satz 2 formuliert («zufallen»), insbesondere wenn man diese Formulierung mit der *Legalzession* von Art. 289 Abs. 2 ZGB vergleicht («geht mit allen Rechten ... über»).

Diese Kontroverse ist jedoch nicht ausschlaggebend für die Frage der Gegenseitigkeit der Verrechnung. Geht man von einer *Legalzession* aus, ist der Arbeitgeber anspruchsberechtigt und zur Durchsetzung der Forderung eingesetzt. Geht man von der hier vertretenen Auffassung aus, wäre es der Beistand bzw. die Beiständin, die aber im Rahmen der Verpflichtung im Innenverhältnis Entschädigung und Spesen dem Arbeitgeber «abliefern» muss. *Demgegenüber* ist die Einforderung der Verrechnungssteuer bzw. regelmässig weitere Forderungen, welche der Beistand bzw. die Beiständin im Rahmen der Mandatsführung geltend macht, eine Forderung der schutzbedürftigen Person, vertreten durch den Beistand bzw. der Beiständin, gegenüber einem Dritten bzw. einer Dritten und nicht gegenüber der KESB. Folglich mangelt es an der Gegenseitigkeit als Voraussetzung für eine Verrechnung. Es kann nicht verrechnet werden.

5. Weitere Überlegungen zur «Verrechnung»:

Diese Form der «Verrechnung» ist aber auch aus anderen grundsätzlichen Überlegungen nicht zulässig. Das Zivilgesetzbuch umschreibt die Schutzinstrumente im Bereich Haftung und Berichtsprüfung umfassend. Unterläuft einem Beistand oder einer Beiständin eine Sorgfaltspflichtverletzung und entsteht daraus adäquat kausal ein Schaden, so kommen die Haftungsbestimmungen gemäss

Art. 454 ZGB zum Tragen (siehe ausf. ESR Komm-MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454 N 3 ff.). Das kantonalrechtliche vorgesehene Haftungsverfahren ist anzuberaumen, worin auch Schaden und Verantwortlichkeit festgelegt werden (dies ist nicht Aufgabe der KESB, vgl. oben Ziffer 3). Wird demgegenüber im Rahmen der Prüfung des Rechenschaftsberichtes festgestellt, dass mögliche Forderungen nicht geltend gemacht wurden, kommen Weisungen, Aufforderungen, Empfehlungen, Ersatzvornahmen oder eine Nichtgenehmigung in Betracht (ESR Komm-LANGENEGGER, Art. 415 N 5 f.). Es handelt sich somit um zwei zu unterscheidende Verfahren und Instrumente, die von Bundesrechts wegen nicht miteinander vermischt werden dürfen.

Beantwortung der Frage:

Aufgrund dieser Überlegungen können Mängel in der Mandatsführung nicht mit dem Mandatsentschädigungsanspruch verrechnet werden. Notfalls ist gegen den Entscheid der KESB mittels Beschwerde vorzugehen.