



## Die Form der Vollmacht für öffentlich zu beurkundende Verträge

CONRADIN CRAMER\*

*Die Vollmacht ist in der Schweiz grundsätzlich formfrei. Das gilt nach Rechtsprechung und Notariatspraxis auch für Vollmachten, die zum Abschluss eines öffentlich zu beurkundenden Vertrags ermächtigen. Die Formfreiheit der Vollmacht ermöglicht die Beurkundung des Hauptgeschäfts ohne Überprüfung der Urteilsfähigkeit und ohne notarielle Belehrung des Vertretenen. Dieser Aufsatz prüft, inwieweit aufgrund der Schutzzwecke der Beurkundungsvorschriften eine Formvorschrift analog zu den Regeln des Bürgschaftsrechts zu fordern oder de lege ferenda sinnvoll ist.*

*En Suisse, la procuration n'est en principe soumise à aucune condition de forme. Selon la jurisprudence et la pratique notariale, il en va de même des procurations autorisant la conclusion d'un contrat qui requiert la forme authentique. La liberté de forme de la procuration permet d'authentifier l'activité principale sans vérifier la capacité de discernement de la personne représentée et sans renseignements fournis par le notaire. Se fondant sur la finalité protectrice des dispositions relatives à l'authentification, cet article analyse dans quelle mesure une exigence de forme devrait s'appliquer, par analogie avec les règles applicables au cautionnement, et s'avère pertinente de lege ferenda.*

### Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
- II. Gesetzliche Regelung der Form der Vollmacht in der Schweiz
- III. Rechtsprechung
- IV. Rechtsvergleichung
- V. Positionen in der Lehre
  - A. Für die Formfreiheit der Vollmacht
  - B. Für die Anwendung der Form des Hauptgeschäfts auf die Vollmacht
- VI. Keine Verbreitung der öffentlichen Beurkundung der Vollmacht
- VII. Auswirkungen der Formfreiheit der Vollmacht
  - A. Keine Prüfung der Urteilsfähigkeit
  - B. Keine Belehrung der Vollmachtgeberin
- VIII. Argumente für die öffentliche Beurkundung der Vollmacht
  - A. Der Schutz vor Unbedacht als Zweck des Beurkundungserfordernisses
  - B. Schriftform als «Kompromiss» ungeeignet
  - C. Angemessenheit der Beurkundungsvorschriften und des Übereilungsschutzes im 21. Jahrhundert
- IX. Sinnvolle Einschränkungen für die Beurkundungspflicht der Vollmacht
  - A. Beschränkung anhand des Zwecks der Beurkundungspflicht (Schutz vor Unbedacht)
  - B. Beschränkung auf schutzbedürftige Vollmachtgeberinnen
  - C. Beschränkung auf natürliche Personen
  - D. Fazit: Einheitliche Regelung für alle Geschäfte nicht sinnvoll
  - E. Übersicht über Verträge mit beurkundungspflichtiger Vollmacht
- X. Keine Lückenfüllung durch Analogieschluss
  - A. Möglicher Analogieschluss zum Bürgschaftsrecht
  - B. Grundsatz der restriktiven Auslegung von Formvorschriften
- XI. Vorschlag de lege ferenda
- XII. Schlussfolgerung

\* CONRADIN CRAMER, PD Dr. iur., LL.M. (Berkeley), Advokat und Notar, Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt und Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität Basel. Dieser Aufsatz ist die ergänzte Fassung des Habilitationsvortrags, den der Autor am 9. November 2017 an der Fakultätsversammlung der Juristischen Fakultät der Universität Basel gehalten hat.

### I. Fragestellung

Gewisse Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.<sup>1</sup> So kann man einen Kaufvertrag über ein Grundstück nur abschliessen, indem eine vom Kanton autorisierte Urkundsperson die wesentlichen Vertragspunkte aufzeichnet.<sup>2</sup> Die öffentliche Beurkundung von Verträgen dient zwei Hauptzwecken: Erstens schafft sie einen schriftlichen Beleg öffentlichen Glaubens für den Rechtsverkehr. Zweitens soll sie die Parteien vor Unbedacht schützen.<sup>3</sup>

Es ist seit Erlass des alten Obligationenrechts 1881 ganz unbestritten, dass man für den Abschluss eines öffentlich zu beurkundenden Vertrags einen Stellvertreter bevollmächtigen darf. Muss nun diese Vollmacht die Form des anvisierten Hauptgeschäfts einhalten? Oder plakativer gefragt: Darf man abends in der Beiz auf der berühmten Papierserviette eine Zufallsbekanntschaft gültig dazu ermächtigen, sein Haus zu verkaufen?

<sup>1</sup> Vgl. den Katalog bei ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch Vertrag, Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit. BK-KRAMER/SCHMIDLIN), Art. 11 OR N 81 ff.

<sup>2</sup> Art. 216 Abs. 1 OR (keine öffentliche Beurkundung ist gemäss Art. 229 Abs. 2 OR für den Kauf an einer freiwilligen öffentlichen Versteigerung nötig).

<sup>3</sup> BGE 140 III 200, 202; 118 II 32, 34; 90 II 274, 281; vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 239 ff. auch mit einer Übersicht zur weiter differenzierenden Lehre. Bei der hier nicht interessierenden Protokollierung von Veranstaltungen in öffentlicher Urkunde liegt der Formzweck in der Kontrolle des rechtmässigen Ablaufs (Verfahrenskontrolle).

## II. Gesetzliche Regelung der Form der Vollmacht in der Schweiz

Das Recht der Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) sieht keine besondere Form für die Vollmacht vor. Die Vollmacht ist damit grundsätzlich *formfrei*.<sup>4</sup> In Nebenbestimmungen finden sich *Sondernormen*: Schriftlich abzufassen sind Vollmachten an den Handlungsreisenden<sup>5</sup>, zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte von Aktionären<sup>6</sup> oder der Stimmrechte von Anleihergläubigern<sup>7</sup>. Diese Schriftformerfordernisse orientieren sich nicht an der Form der Hauptgeschäfte, sondern stehen sozusagen für sich. Nur das *Bürgschaftsrecht* kennt eine Formvorschrift für die Vollmacht, die auf das Hauptgeschäft Bezug nimmt: Art. 493 OR verlangt, dass die Vollmacht der gleichen Form bedarf wie die Bürgschaftserklärung selbst, also in gewissen Fällen öffentlich zu beurkunden ist (vgl. unten X.A.). Keine Formvorschriften sehen das OR und das ZGB für Vollmachten bei öffentlich zu beurkundenden *Grundstücksgeschäften* vor. Bei einigen wichtigen öffentlich zu beurkundenden Verträgen stellt sich die Frage der Form der Vollmacht von vornherein nicht: *Eheverträge*<sup>8</sup>, *Erbverträge*<sup>9</sup> und die seit bald fünf Jahren möglichen *Vorsorgeaufträge*<sup>10</sup> sind höchstpersönlich, also vertretungsfeindlich.

Das OR behandelt die Vollmacht – mit Ausnahme der Bürgschaft – somit unabhängig vom Hauptgeschäft. Das ist Ausdruck der dem schweizerischen Stellvertretungsrecht zugrunde liegenden sogenannten Repräsentationstheorie.<sup>11</sup> Die Vollmachterteilung seitens der Vertretenen

einerseits und das vom Vertreter in Ausübung der Vollmacht vorgenommene Geschäft andererseits sind als zwei ganz unabhängige Rechtsgeschäfte und nicht als eine gesamtheitliche Erscheinung aufzufassen.<sup>12</sup> Das die Vertretene verpflichtende Geschäft wird allein vom Vertreter vorgenommen.

## III. Rechtsprechung

Das Bundesgericht befasste sich mit der Frage der Vollmachtsform immer wieder und fast immer im Zusammenhang mit formbedürftigen Grundstückskaufverträgen. In Leitentscheiden aus den Dreissiger-<sup>13</sup> und Fünfzigerjahren<sup>14</sup>n, sowie von 1973<sup>15</sup> und zuletzt 1986<sup>16</sup> sagt es in aller Deutlichkeit, dass ein Vertreter für ein Grundstücksgeschäft formfrei ermächtigt werden kann, etwa mit folgender Formulierung: «Nach Art. 32 ff. OR kann die Ermächtigung zur Stellvertretung formlos erteilt werden. Auch die Vollmacht zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes über Eigentum oder beschränkt dingliche Rechte an Grundstücken ist formlos gültig.»<sup>17</sup> Die Formfreiheit der Vollmacht für öffentlich zu beurkundende Verträge ist ständige Rechtsprechung.<sup>18</sup>

Ein früherer Vorbehalt aus dem Jahr 1938, mit dem das Bundesgericht eine Einschränkung der Formfreiheit der Vollmacht in allgemeiner Weise in Erwägung zog, blieb ohne Folgen.<sup>19</sup> Allerdings hat das Bundesgericht in einem *obiter dictum* aus dem Jahr 2001 die Frage offen gelassen: «*Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral,*

<sup>4</sup> Das entspricht einhelliger Lehre, vgl. die Nachweise in FN 32, 35 und 36.

<sup>5</sup> Art. 348b Abs. 1 OR.

<sup>6</sup> Art. 689a Abs. 1 OR (Namenaktien) und Art. 689b Abs. 2 OR (Inhaberaktien).

<sup>7</sup> Art. 1168 Abs. 1 OR.

<sup>8</sup> Art. 182 ff. ZGB, zur Form und Vertretungsfeindlichkeit Art. 184 ZGB.

<sup>9</sup> Art. 468 ZGB, zur Form und Vertretungsfeindlichkeit Art. 512 ZGB.

<sup>10</sup> Art. 360 ff. ZGB, zur Form Art. 361 ZGB; die Vertretungsfeindlichkeit oder formelle Höchstpersönlichkeit des Vorsorgeauftrags ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber unbestritten aus dessen Rechtsnatur, vgl. WALTER BOENTE, Zürcher Kommentar, Art. 360–387 ZGB, Der Erwachsenenschutz, Zürich 2015, Art. 360 ZGB N 99 f.; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. A., Bern 2014, N 2.12.

<sup>11</sup> EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 595, 602; mit der Repräsentationstheorie distanzierte sich der Gesetzgeber von der von Romanisten entwickelten Geschäftsherrentheorie, wonach der Vertreter nicht seinen eigenen Willen, sondern jenen des Vertretenen formuliere.

<sup>12</sup> Eindrücklichstes Beispiel dieser Trennung ist wohl § 166 I BGB/DE: «Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.»

<sup>13</sup> BGE 57 II 502, 504 f.; 64 II 220, 228 (vgl. aber den Vorbehalt); 65 II 161, 163.

<sup>14</sup> BGE 81 II 227, 231 f.; 84 II 151, 157.

<sup>15</sup> BGE 99 II 159, 162.

<sup>16</sup> BGE 112 II 330, 332.

<sup>17</sup> BGE 99 II 159, 162.

<sup>18</sup> Vgl. auch HGer ZH, HG120067, 24.3.2015, E. 3.2.3.3.

<sup>19</sup> BGE 64 II 229, unter Verweis auf die deutsche Rechtsprechung: «Ein Vorbehalt ist lediglich für den einen Fall zu machen, dass das Auftragsverhältnis den Zweck hat, die Schutzfunktion der öffentlichen Beurkundung zum Nachteil des Auftraggebers auszuschalten und den Abschluss eines Kaufvertrages zu ermöglichen, der sonst am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung scheitern müsste», vgl. auch BGE 57 II 502 ff. Eingehend und kritisch dazu HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Grundstückkauf, Art. 216–221 OR, Bern 1997 (zit. BK-GIGER), Art. 216 OR N 188. Die vom Bundesgericht nie mehr aufgegriffene Formulierung führt kaum weiter als das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot.

*le mandat de conclure un contrat nécessitant une forme particulière n'est pas soumis à la même condition de forme [...]. On peut se demander à bon droit, du point de vue téléologique, si une distinction se justifie encore, sous l'angle de la forme, entre le mandat de cautionner donné dans le cadre de la représentation indirecte (rapport fiduciaire) et le pouvoir spécial de cautionner octroyé à un représentant direct.»<sup>20</sup>*

#### IV. Rechtsvergleichung

Die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen kennen auffällig uneinheitliche, ja gegenteilige Regelungen:<sup>21</sup> Das *deutsche* BGB statuiert ausdrücklich,<sup>22</sup> dass die Bevollmächtigung nicht der Form bedarf, die für das auszuführende Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist.<sup>23</sup> Die deutsche Rechtsprechung verlangt eine Beurkundung der Vollmacht, aber nur für den Fall, dass die Vollmacht unwiderruflich erteilt ist.<sup>24</sup> Das ist eine Konstellation, die es in der Schweiz nicht geben kann, weil die Vollmacht zwingend jederzeit widerrufbar ist.<sup>25</sup>

Andere Rechtsordnungen bestimmen das Gegenteil, nämlich dass die Vollmacht stets derselben Form bedarf, die für das Hauptgeschäft vorgesehen ist. So verlangt der *italienische Codice Civile* für jede Vollmacht die beim Hauptvertrag geltende Form.<sup>26</sup> Dasselbe gilt für *Spanien*.<sup>27</sup>

Dazwischen stehen Rechte, die anhand des Zwecks der Formvorschrift entscheiden: In *Österreich* ist die Voll-

macht grundsätzlich formfrei<sup>28</sup>. Ein gesetzliches Formerfordernis erstreckt sich aber nach der Lehre und Rechtsprechung auf die Vollmacht, wenn die Formvorschrift die Ernstlichkeit des Parteiwillens sichern soll und nicht bloss Beweis Zwecken dient.<sup>29</sup> Ähnliches gilt im *französischen* Recht.<sup>30</sup>

Das *türkische* Obligationengesetzbuch, das auch im Stellvertretungsrecht seinen Ursprung im Schweizer OR hat, sieht keine besondere Form für die Vollmacht vor. Das nationale türkische Notariatsgesetz verlangt aber namentlich für beurkundungspflichtige Verfügungen über Grundstücke die Beurkundung der Vollmacht.<sup>31</sup>

#### V. Positionen in der Lehre

##### A. Für die Formfreiheit der Vollmacht

Das traditionelle Schrifttum in der Schweiz sieht sich ganz der Formfreiheit verpflichtet: Die Vollmacht ist formfrei, auch wenn das vom Vertreter abzuschliessende Geschäft einer bestimmten Form bedarf.<sup>32</sup> Begründet wird dies damit, dass die Erteilung der Vollmacht nicht den Abschluss des formbedürftigen Geschäfts bedeute. Die Vollmacht könne vielmehr jederzeit widerrufen wer-

<sup>20</sup> BGer, 4C.25/2001, 25.6.2001, E. 1b.

<sup>21</sup> Ein Grund für die sehr uneinheitlichen Regelungen auf kleinem europäischem Raum dürfte die späte Entwicklung des Stellvertretungsrechts im 19. Jahrhundert sein.

<sup>22</sup> § 167 Abs. 2 BGB/DE: «Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht.»

<sup>23</sup> CLAUDIA SCHUBERT, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, 7. A., München 2015, § 167 N 17 ff.; JÜRGEN ELLENBERGER, in: Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 77. A., München 2018, § 167 N 2.

<sup>24</sup> BK-GIGER (FN 19), Art. 216 OR N 188, 199.

<sup>25</sup> Art. 34 Abs. 1 OR.

<sup>26</sup> Art. 1392 CC/IT: «La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.»

<sup>27</sup> Art. 1280 No. 5 CC/ES: «Deberán constar en documento público: (5) El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.»

<sup>28</sup> § 1005 ABGB/AT: «Bevollmächtigungsverträge können mündlich oder schriftlich geschlossen werden.»

<sup>29</sup> PETER BYDLINSKI, Bürgerliches Recht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. A., Wien 2013; HEIN KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 2. A., Tübingen 2015, 440 f.

<sup>30</sup> Für Grundstückskaufverträge wird nach herrschender französischer Lehre und der Praxis allerdings keine öffentliche Beurkundung der Vollmacht verlangt; vgl. KÖTZ (FN 29), 441; MURAD FERID/HANS JÜRGEN SONNENBERGER, Das Französische Zivilrecht, 2. A., Heidelberg 1994, 631 ff.; WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt, Frankfurt am Main 1982, 13.

<sup>31</sup> CHRISTIAN RUMPF, in: Susanne Frank/Thomas Wachter (Hrsg.), Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2. A., München 2015, Kap. 22 N 384.

<sup>32</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Bern 1945, Art. 32 OR N 5; BUCHER (FN 11), 602; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 396 OR N 124 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 10. A., Zürich 2014, N 1347; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 19 N 3; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, Bern 1974, Art. 657 ZGB N 52; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Art. 1–183 OR, Zürich 1929, Art. 32 OR N 25; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A., Zürich 1984, 355.

den, sodass die Vertretene jederzeit die Möglichkeit habe, die formfrei eingegangene Bindung zu Fall zu bringen<sup>33</sup>. Ausserdem seien Formvorschriften eng auszulegen, da der Geschäftsverkehr ansonsten übermässig behindert und die Rechtssicherheit gefährdet wäre.<sup>34</sup> Auch heute finden sich zahlreiche, allerdings – wohl auch angesichts der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ausladend begründete – Lehrmeinungen für die Formfreiheit der Vollmacht.<sup>35</sup>

## B. Für die Anwendung der Form des Hauptgeschäfts auf die Vollmacht

Eine starke neuere Lehre geht mit Blick auf den Zweck der öffentlichen Beurkundung davon aus, dass auch die Vollmacht öffentlich zu beurkunden sei.<sup>36</sup> Gemäss dieser Lehre missachte die Formfreiheit der Vollmacht den Schutzzweck der Form, da die Vollmachtgeberin das Geschäft aus der Hand gebe. Es sei nicht konzis, dass die schliesslich betroffene Vertretene ein formbedürftiges Geschäft abschliessen könne, ohne selbst je eine Form eingehalten zu haben.<sup>37</sup> Das Einhalten der Form durch den

Vertreter sei kein gleichwertiger Ersatz. Zusammenfassen lässt sich diese Position wie folgt: Die Vollmacht zu einem formbedürftigen Geschäft verlangt die Einhaltung einer Form insoweit, als sie Gültigkeitsvoraussetzung ist und den Schutz einer Vertragspartei vor unüberlegtem Vertragsabschluss bezweckt.<sup>38</sup>

Nicht immer wird klar, ob die Lehrmeinungen als rechtspolitische Forderung zu verstehen sind oder die Vollmacht nach geltendem Recht auf dem Weg der Lückenfüllung formpflichtig werden soll (vgl. unten X.). Man darf aber zum Schluss kommen, dass der Übereilungsschutz ein von einer breiten Lehre anerkannter Grund für die öffentliche Beurkundung auch der Vollmacht ist.

## VI. Keine Verbreitung der öffentlichen Beurkundung der Vollmacht

Angesichts der neueren Lehre und des *obiter dictum* des Bundesgerichts aus dem Jahr 2001 könnte man denken, dass die Praxis nach dem Vorsichtsprinzip agiert und im Zweifel Vollmachten öffentlich beurkunden lässt. Das ist mitnichten der Fall. Öffentlich beurkundete Vollmachten für den inländischen Gebrauch sind exotische Ereignisse. Die Notariatspraxis geht selbstbewusst davon aus, dass die Bedenken der neueren Lehre als rechtspolitische Postulate zu verstehen sind und die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts ständig bleibt. Man könnte es auch undiplomatisch formulieren: Die Notariatspraxis schert sich nicht um die Frage der Beurkundung der Vollmacht. Dabei hat die Formfreiheit der Vollmacht durchaus konkrete Konsequenzen für die Parteien eines öffentlich zu beurkundenden Vertrages.

## VII. Auswirkungen der Formfreiheit der Vollmacht

### A. Keine Prüfung der Urteilsfähigkeit

Zunächst zeitigt die unterschiedliche Behandlung von Vollmacht und Hauptgeschäft Folgen für die Prüfung der *Handlungsfähigkeit*: Die Urkundsperson ist verpflichtet, Vertragsparteien zu identifizieren. Bei anwesenden Parteien erfolgt die Identifikation über einen amtlichen

<sup>33</sup> GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 32), § 19 N 3 a.E.

<sup>34</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 32), N 1349 f.

<sup>35</sup> BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 2. A., Bern 2008, N 856; AHMET KUT, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 33 OR N 6; PAUL-HENRI STEINAUER, Zürcher Kommentar, Art. 842–865 und 875 ZGB, Der Schuldbrief, 2. A., Zürich 2015 (zit. ZK-STEINAUER), Art. 857 ZGB N 29, 37; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5. A., Zürich 2012, N 410.

<sup>36</sup> BRÜCKNER (FN 3), N 281; BK-GIGER (FN 19), Art. 216 OR N 202; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 336; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 18 N 15; CHRISTOPH LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskaufvertrag, 2. A., Bern 2001, § 2 N 80; CHRISTIAN SCHÖBI, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 33 OR N 8; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 42.03; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 14, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser), Art. 33 N 14 (de lege ferenda); ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. A., Bern 2014 (zit. BK-ZÄCH/KÜNZLER), Art. 33 OR N 58 (allerdings nicht für den Grundstückskaufvertrag).

<sup>37</sup> BK-GIGER (FN 19), Art. 216 OR N 188, 200; BK-ZÄCH/KÜNZLER (FN 36), Art. 33 OR N 58, die allerdings zum Schluss kommen, dass für den Grundstückskauf als Hauptanwendungsfall eine schriftliche Vollmacht genüge, um den Schutzzweck zu wahren, da die Beurkundung des Kaufvertrags dem Beweisziel und der Rechtssicherheit diene. Diese Argumentationslinie dürfte nur schwierig zu halten sein. Dass die Beurkundungsvorschrift für den

Grundstückskaufvertrag den Übereilungsschutz bezweckt, ist unbestritten, ja wird als die Essenz der Beurkundungsvorschrift wahrgenommen (vgl. hiernach FN 52).

<sup>38</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER (FN 36), Art. 33 OR N 58.



Ausweis oder persönliche Bekanntheit.<sup>39</sup> Sie bietet keine theoretischen und nur selten praktische Schwierigkeiten. Mit der Identifikation verbunden ist immer die Prüfung, ob die Partei in der Lage ist, das fragliche Geschäft abzuschliessen, also ob sie volljährig und urteilsfähig und mithin handlungsfähig gemäss Art. 13 ZGB ist. Die *Volljährigkeit* ergibt sich aus dem offenzulegenden Geburtsdatum. Die *Urteilsfähigkeit* gemäss Art. 16 ZGB darf nach Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich vermutet werden, sodass die Urkundsperson den geistigen Zustand volljähriger Klienten nicht abklären muss. Die Urkundsperson hat aber auf Indizien zu achten, die Zweifel an der Urteilsfähigkeit erwecken können, also besonders eine geistige Abwesenheit oder Verwirrtheit, «Trunkenheit sowie ähnliche Zustände», oder auch die Erwähnung von Erwachsenenschutzmassnahmen.<sup>40</sup> Bestehen leichte Zweifel, hat die Urkundsperson gemäss dem Bundesgericht «die Meinung eines Arztes, bei erheblichen Zweifeln ein eigentliches psychiatrisches Gutachten einzuholen»<sup>41</sup>. Diese allgemeinen Grundsätze entsprechen auch kantonalen Vorschriften, welche die Urkundsperson anhalten, die Handlungsfähigkeit zu prüfen.<sup>42</sup>

Auch abwesende Parteien, die sich vertreten lassen, müssen identifiziert werden. Die Urkundsperson muss jeden begründeten Zweifel an der behaupteten Identität der vertretenen Person ausschliessen können.<sup>43</sup> Die Urkundsperson verlangt für diese Prüfung routinemässig eine schriftliche Vollmacht. Sie kontrolliert, ob die Unterschrift auf der Vollmacht wirklich die Unterschrift der Partei ist. Aufgrund kantonaler Beurkundungsvorschriften<sup>44</sup> oder der eidgenössischen Grundbuchverordnung<sup>45</sup> muss die Unterschrift auf der Vollmacht beglaubigt werden. Die Urkundsperson beglaubigt selbst, wenn die Vertretene vor ihr unterschreibt oder ihr die auf der Vollmacht angebrachte Unterschrift der Vertretenen bekannt ist. Sie

kann die Beglaubigung aber auch vornehmen, wenn sie die Unterschrift auf der Vollmacht mit der Unterschrift der Vertretenen auf einem anderen beglaubigten Dokument oder einem amtlichen Ausweispapier vergleicht. In der Praxis erfolgen Unterschriftsbeglaubigungen häufig direkt aufgrund des Vergleiches der Unterschrift auf dem Pass oder der Identitätskarte; viele Urkundspersonen lassen als Vergleichsvorlage gar die Kopie eines amtlichen Ausweisdokuments genügen. Will oder kann die Urkundsperson die Beglaubigung nicht selbst vornehmen, darf sie sich grundsätzlich auf die Beglaubigung einer Behörde oder einer Urkundsperson im In- oder Ausland verlassen.<sup>46</sup>

Gemäss der Lehre bezeugt die Urkundsperson mit der Unterschriftsbeglaubigung, dass sie keinen Zweifel an der Handlungs- und damit namentlich an der Urteilsfähigkeit der Vertretenen hatte.<sup>47</sup> Ein Teil der Lehre verlangt, dass die Urkundsperson bei nicht persönlicher Abklärung der Handlungsfähigkeit einer vertretenen Partei «zumindest» eine behördliche Bescheinigung der Handlungsfähigkeit verlange.<sup>48</sup> Die Praxis in den meisten Kantonen genügt diesen Anforderungen nicht. Urkundspersonen beglaubigen Unterschriften häufig ohne jede Reflektion über die Urteilsfähigkeit der unterzeichnenden Person.<sup>49</sup> Auch in Kantonen mit strengerer Praxis entspricht es der Usanz, die Unterschriftsbeglaubigung einer anderen, möglicherweise weniger vorsichtigen schweizerischen Urkundsperson vorbehaltlos zu akzeptieren. Das Beglaubigungserfordernis der Vollmacht bringt in der Praxis keine Beurkundung der Urteilsfähigkeit (und selbstverständlich auch nicht des Parteiwillens).

<sup>39</sup> BRÜCKNER (FN 3), N 956 ff.

<sup>40</sup> BGE 124 III 5, 8; 117 II 231, 234; 105 II 209, 212; 91 II 327, 338; neustens BGer, 5A\_623/2016, 24.5.2017, E 3.1; kritisch zum Beurteilungsvermögen der Urkundsperson EUGEN BUCHER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, 2. A., Bern 2017 (zit. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER), Art. 16 ZGB N 180 ff.

<sup>41</sup> BGE 124 III 341, 345 f.

<sup>42</sup> Vgl. § 239 Abs. 1 EG ZGB des Kantons Zürich (Prüfung nur «so weit erforderlich»); Art. 43 Abs. 1 Notariatsverordnung des Kantons Bern; BRÜCKNER (FN 3), N 989 f.

<sup>43</sup> BRÜCKNER (FN 3), N 980.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. § 15 Abs. 3 Notariatsverordnung des Kantons Zürich vom 23. November 1960 (LS 242.2; Fassung vom 24. Juni 1992).

<sup>45</sup> Art. 86 Abs. 2 Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.423.1): Kann sich das Grundbuchamt nicht selbst von der Echtheit einer Unterschrift vergewissern, so verlangt es deren Beglaubigung.

<sup>46</sup> Eine ausländische Beglaubigung ist mit einer Apostille gemäss dem massgeblichen Haager Übereinkommen (Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung; SR 0.172.030.4) zu versehen. Bei Staaten, die das Haager Übereinkommen nicht ratifiziert haben, ist eine – mitunter sehr kostspielige – Überbeglaubigung durch die zuständige diplomatische oder konsularische Vertretung in der Schweiz einzuholen. Alternativ kann die schweizerische Urkundsperson die Unterschrift selbst erneut beglaubigen – sie wird dies tun, wenn sie die ausländische Urkundsperson kennt oder mindestens auf das Notariatssystem des betreffenden Staates vertraut.

<sup>47</sup> BRÜCKNER (FN 3), N 3329.

<sup>48</sup> FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten, Diss., Bern 2017, 72 f.; STEPHAN WOLF/ANNA LEA SETZ, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Bern 2012, 49 («grundsätzlich immer»), m.w.N. auf die bernische Notariatslehre.

<sup>49</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 3), N 1013; CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte, Zürich 2016, N 757.

Ein sogenanntes Handlungsfähigkeitszeugnis des kantonalen Einwohneramtes löst das Problem nicht, da dieses nicht die Urteilsfähigkeit bestätigen kann, sondern nur feststellt, dass keine die Handlungsfähigkeit einschränkende Beistandschaft besteht und kein darauf gerichtetes Verfahren im Gange ist.<sup>50</sup> Problematisch sind aber nicht Geschäftsaktivitäten von behördennotorisch handlungsunfähigen Personen.<sup>51</sup> Heikel sind Fälle, in denen Verwandte oder gar Aussenstehende einer meist älteren Person von zweifelhafter Urteilsfähigkeit eine Vollmacht abnötigen für ein Geschäft, das diese Person bei persönlichem Erscheinen im Notariat möglicherweise nicht abschliessen könnte oder wollte. Solche Fälle kann nur die öffentliche Beurkundung der Vollmacht verhindern, indem die Urkundsperson sich selbst ein unabhängiges Urteil von der Urteilsfähigkeit der Vollmachtgeberin bezüglich des konkreten Geschäfts bildet.

## B. Keine Belehrung der Vollmachtgeberin

Von noch grösserer Bedeutung als der Schutz möglicherweise urteils- und damit handlungsunfähiger Personen und ihrer Gegenparteien erscheint die notarielle Belehrung handlungsfähiger Parteien, die mit der öffentlichen Beurkundung vor Unbedacht geschützt werden sollen. Eine Belehrung der abwesenden Vollmachtgeberin erfolgt klarerweise nicht. Belehrt wird nur der Vertreter.

Selbst wenn ein Vertrag krass einseitig zulasten der vertretenen Partei ausgestaltet ist und der Vertreter sich völlig uninteressiert an Belehrungen zeigt, kann die Urkundsperson nicht insistieren. Sie ist nicht autorisiert, auf eine persönliche Anwesenheit der Vollmachtgeberin zu bestehen, sprich, eine Vollmacht rundweg abzulehnen.

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten: Die Beglaubigung der Unterschrift auf der Vollmacht hat nichts mit der Beurkundung des Willensinhalts zu tun und die Schutzvorkehrungen der Belehrung erreichen die Vertretene nicht. Das Notariatsrecht und die Notariatspraxis der Kantone kennen keine wirksamen Mittel, um Abhilfe zu schaffen.

## VIII. Argumente für die öffentliche Beurkundung der Vollmacht

### A. Der Schutz vor Unbedacht als Zweck des Beurkundungserfordernisses

Der Übereilungsschutz, also der Schutz vor Unbedacht, ist die Essenz der öffentlichen Beurkundung von Verträgen.<sup>52</sup> Er ist für die geschäftsunerfahrenen, naiven, überforderten Menschen gedacht. Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung ist Sozialschutzrecht. Nicht nur Menschen, deren Handlungsfähigkeit zweifelhaft ist, sollen besonders geschützt werden, sondern alle, die in einem notorisch wichtigen Geschäftsfeld keine Erfahrung haben. Die Urkundsperson soll die Parteien vor einem unbedachten Vertragsschluss bewahren.<sup>53</sup> Das ist durchaus parteilich gemeint: Der Schwache wird vor dem Starken geschützt. Dieser Schutz erfolgt, indem auf die Unüblichkeit oder Üblichkeit der Wegbedingung der Gewährleistung oder auf massgebliche Abweichungen von marktüblichen Konditionen aufmerksam gemacht wird.<sup>54</sup> Die Urkundsperson bevormundet nicht, aber sie informiert, ohne ein Blatt vor den Mund zu nehmen. Sie versucht, eine gewisse Waffengleichheit herzustellen.<sup>55</sup>

Die Konstruktion, dass Belehrungen über den Vertreter die Vertretene erreichen, trägt nicht.<sup>56</sup> Die vom Gesetzgeber vorgesehene öffentliche Beurkundung indiziert eine individuelle Beratung von Mensch zu Mensch. Dieses Ziel wird durch eine formfrei installierte Stellvertretung vereitelt.

<sup>50</sup> BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 40), Art. 18 ZGB N 135; kritisch auch MICHEL MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, Bern 2005, N 197; BRÜCKNER (FN 3), N 987 und 3332.

<sup>51</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 49), N 943, stellen zu Recht fest, dass handlungsfähige Menschen geschäftlich meist nicht aktiv sind und selten Dritte täuschen wollen.

<sup>52</sup> BGE 118 II 32, 34 und BGE 90 II 274, 281 mit der Formulierung: «Wo das Bundesrecht die öffentliche Beurkundung eines Vertrages fordert, verfolgt es den Zweck, die Vertragsparteien vor unüberlegten Entschlüssen zu bewahren und dafür zu sorgen, dass sie die Tragweite ihrer Verpflichtung erkennen und dass ihr Wille klar und vollständig zum Ausdruck kommt.» Noch deutlicher BGE, 4A\_637/2014, 15.9.2015, E. 6: «[L]o scopo della forma dell'atto pubblico prevista dall'art. 216 CO consiste segnatamente nel proteggere le parti da decisioni precipitose e di garantire loro una consulenza professionale [...]» Vgl. auch BK-GIGER (FN 19), Art. 216 OR N 200; LEUENBERGER (FN 36), § 2 N 20.

<sup>53</sup> Schutzbedürftig ist in erster Linie der Verkäufer, vgl. KARL SPIRO, *Grundstückskauf und Formzwang* Replik zu BGE 90 II 154 ff., BJM 1965, 213, 226: «[F]ür den Verkäufer ist der Schutz vor Unbesonnenheit weit dringender, weil der Entschluss für ihn viel schwerer wiegt. Erwirbt der Käufer zu teuer, so kann er in vielen Fällen Gewährleistung oder Willensmängel geltend machen [...]. Der Verkäufer dagegen, den der Kauf reut, sieht Haus und Hof nicht wieder, bringt oft sich und seine Familie um die Heimstätte und nicht selten um die Grundlage ihrer selbständigen Existenz.»

<sup>54</sup> BRÜCKNER (FN 3), N 886 ff.

<sup>55</sup> BRÜCKNER (FN 3), N 896.

<sup>56</sup> BRÜCKNER/KUSTER (FN 49), N 757.

Auch die jederzeitige Widerrufbarkeit der Vollmacht kann die Vollmachtgeberin nur sehr beschränkt schützen: Mit der Vollmacht gibt sie das Heft aus der Hand, und das Geschäft kann ohne ihr Zutun und eben ohne ihre Belehrung abgeschlossen werden. Damit die Schutzfunktion der öffentlichen Beurkundung erreicht wird, muss sich die Beurkundung richtigerweise grundsätzlich auf die Vollmacht erstrecken.

Dogmatisch wird damit keine rote Linie überschritten. Die der schweizerischen und deutschen Regelung der Stellvertretung eigene Abgrenzung zwischen Bevollmächtigung und Hauptgeschäft wird regelmässig durchbrochen. So wird auf das Wissen der Vertretenen und nicht nur auf das Wissen des Vertreters abgestellt, beispielsweise wenn die bösgläubige Vollmachtgeberin einen gutgläubigen Vertreter vorschicken will.<sup>57</sup> Auch die kodifizierte Formvorschrift im Bürgschaftsrecht verknüpft Hauptgeschäft und Bevollmächtigung. Das Stellvertretungsrecht kennt insofern keine dogmatische Rigidität.

## B. Schriftform als «Kompromiss» ungeeignet

Teilweise erwägt die Lehre als mögliche «Kompromisslösung», für öffentlich zu beurkundende Verträge eine schriftliche Vollmacht zu verlangen.<sup>58</sup> Damit wird gefordert, was bereits Realität ist: Kantonale Notariatsvorschriften und die Grundbuchpraxis verlangen schriftliche Vollmachten, einschliesslich der Beglaubigung der Unterschrift (vgl. oben VII.A.). Gewonnen ist mit der Privatschriftlichkeit aber nichts, da sie die Belehrung nicht ersetzt.<sup>59</sup> Paradoxerweise dürften die Anforderungen an eine mündliche oder konkludente Vollmacht sogar höher sein: Eine Urkundsperson wird eine solche nur akzeptieren, wenn gute nachvollziehbare und offenzulegende Gründe gegen die Schriftlichkeit sprechen. Solche Gründe kann es geben, besonders bei Parteien, die nicht schriftlich kommunizieren können, weil sie aufgrund einer körperlichen Behinderung nicht unterschreiben oder aufgrund einer Sehbehinderung oder Analphabetismus nicht selbst erkennen können, was sie unterschreiben. Bei der öffentlichen Beurkundung der Vollmacht wäre dieses Problem

gelöst, da das Notariatsrecht detaillierte Vorgaben kennt, wie Erklärungen von Menschen mit Behinderungen aufzunehmen sind.<sup>60</sup>

## C. Angemessenheit der Beurkundungsvorschriften und des Übereilungsschutzes im 21. Jahrhundert

Möglicherweise stehen hinter einzelnen Stimmen gegen die Ausdehnung des Formzwangs auf Vollmachten auch generelle Zweifel am Sinn der gesetzlichen Beurkundungserfordernisse. Diese Zweifel darf man haben: Warum ist der Verkauf eines Schrebergartens für CHF 10'000 zu beurkunden, nicht aber der Verkauf aller Anteile am dreihundert Jahre alten Familienunternehmen? Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die Beurkundung gewisser Verträge ohnehin ein alter Zopf ist, dann ist es konsequent, nicht noch ihre Ausweitung auf Vollmachten zu propagieren.

Allerdings erscheinen die auch im internationalen Vergleich nach wie vor üblichen Formvorschriften gerade für Grundstücksgeschäfte angemessen. Auch im 21. Jahrhundert ist Grundeigentum in geschäftsunerfahrenen Kreisen verbreitet, während es Aktienpakete an Familienunternehmen nicht sind. Der Erwerb oder die Veräusserung von Grundeigentum bleibt für viele Menschen der ökonomisch bedeutendste und verhältnismässig komplexeste Vertragsschluss ihres Lebens.<sup>61</sup>

Die öffentliche Beurkundung mit ihren Siegeln und ihrem Brimborium mag dereinst anderen Mechanismen weichen.<sup>62</sup> Auch in Zukunft dürfte das Recht aber einen Schutz vor übereilten Geschäften mit besonders bedeutendem Inhalt durch Einschränkungen der Formfreiheit bieten wollen.

Zu konzedieren ist, dass sich ein wirksamer Übereilungsschutz grundsätzlich umso besser erreichen lässt, je weiter man den Anwendungsbereich einer Formvorschrift zieht. Zwar mag den gesetzlichen Formgeboten «kein harmonisches und auf möglichst umfassende Verwirklichung zielendes einheitliches System zugrunde liegen»,

<sup>57</sup> BSK OR I-WATTER (FN 36), Art. 32 N 25, m.w.N.

<sup>58</sup> CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. A., Zürich 2014, N 1069; PETER JUNG, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 33 N 5; BRÜCKNER/KUSTER (FN 49), N 1087.

<sup>59</sup> Sie dient auch nicht der Belegfunktion der öffentlichen Beurkundung, da die Urkundsperson in den seltenen Fällen einer mündlichen oder konkludenten Vollmacht durch klare Worte in der Urkunde die Sach- und Rechtslage festhalten kann.

<sup>60</sup> Die kantonalen Verfahren sehen in Anlehnung an Art. 502 ZGB etwa die Vorlesung in ununterbrochener Anwesenheit des Notars und zweier Zeugen vor, so § 36 NotG BS; auf die öffentliche Beurkundung als geeigneten Ersatz der Privatschriftlichkeit verweist auch Art. 15 OR.

<sup>61</sup> Die Aussage erfolgt unter Vorbehalt der Bestimmungen von Art. 90 ff. ZGB.

<sup>62</sup> Vgl. die allerdings weiterhin zurückhaltende Förderung elektronischer öffentlicher Urkunden durch die per 1. Februar 2018 in Kraft getretene revidierte Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV, SR 943.033).

aber es ist auch nicht so, dass die Regelung im schweizerischen Stellvertretungsrecht «das Resultat einer gesetzgeberischen Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen einer Formpflicht»<sup>63</sup> zeigt. Es scheint angemessen, dass das System in sich stimmig bleibt oder eben durch eine Angleichung der Formvorschriften für Vollmachten stimmig wird. Diese Systemintegrität dürfte auch dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechen.<sup>64</sup>

## IX. Sinnvolle Einschränkungen für die Beurkundungspflicht der Vollmacht

### A. Beschränkung anhand des Zwecks der Beurkundungspflicht (Schutz vor Unbedacht)

In gewissen Konstellationen bringt die Beurkundung der Vollmacht keinen Mehrwert oder keinen den zusätzlichen Aufwand rechtfertigenden Mehrwert. Das ist immer dann der Fall, wenn die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts oder eines Vorgangs gar nicht den Schutz vor Unbedacht bezweckt. Bei öffentlichen Beurkundungen, die ausschliesslich der Belegfunktion dienen, sind formfreie Vollmachten unproblematisch. Es spielt keine Rolle, ob ein Vertreter oder eine Vertretene selbst mitwirkt.

Das gilt beim *Gründungsakt einer Kapitalgesellschaft*, der teilweise als vertragsähnlich qualifiziert wird.<sup>65</sup> Hier dient die Beurkundung nicht dem Übereilungsschutz, sondern der Bündelung eines komplexen Vorgangs in einer Urkunde, die dann den Eintrag in das Handelsregister ermöglicht. Gleiches gilt für das einseitige Rechtsgeschäft der *Errichtung einer Stiftung*.<sup>66</sup> Auch bei öffentlich zu beurkundenden Versammlungen, also namentlich *Generalversammlungen* mit Statutenänderungen, geht es nie um den Schutz vor Unbedacht.

Die *Abtretung von Stammanteilen an einer GmbH* war bis zur Revision des GmbH-Rechts im Jahr 2008 zwin-

gend öffentlich zu beurkunden.<sup>67</sup> Heute genügt für die Abtretung von Stammanteilen die einfache Schriftlichkeit.<sup>68</sup> Die Statuten können sie aber der öffentlichen Beurkundung unterstellen.<sup>69</sup> Bei altrechtlichen Statuten, welche die öffentliche Beurkundung vorsehen, dürfte regelmässig davon auszugehen sein, dass die Statuten einfach das damals zwingende gesetzliche Beurkundungserfordernis wiederholen und nicht spezifisch einen Übereilungsschutz bezwecken. Bei entsprechenden neurechtlichen Statutenbestimmungen ist zu klären, ob das Beurkundungserfordernis zum Schutz der Parteien vorgesehen ist oder ob es lediglich der Solennität und Klarheit dienen soll. Sofern Indizien für einen Übereilungsschutzzweck vorliegen, etwa weil die Gesellschaft besondere Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten kennt,<sup>70</sup> die einem Rechtsnachfolger im Verfahren der öffentlichen Beurkundung besonders bewusst gemacht werden sollen, ist auch für die Vollmacht zur Abtretung von Stammanteilen die öffentliche Beurkundung zu verlangen.

### B. Beschränkung auf schutzbedürftige Vollmachtgeberinnen

Des Schutzes vor Unbedacht bedarf nur, wer sich verpflichtet. Eine Beurkundung der Vollmacht erscheint also nur nötig, wenn diese sich auf das Eingehen einer Verpflichtung bezieht. Das ist nicht der Fall, wenn das Geschäft einer Vollmachtgeberin nur Vorteile bringt, also wenn sie beispielsweise aus einer Dienstbarkeit ausschliesslich berechtigt wird.

Allerdings schränkt das Gesetz nur beim Bürgschaftsvertrag die Formvorschrift ausdrücklich auf die sich verpflichtende Partei ein, nicht aber etwa beim Schenkungsversprechen über Grundstücke<sup>71</sup> oder bei der vertraglichen Schuldbrieferrichtung<sup>72</sup>. Für Verträge mit gesetzlichem Schriftformerfordernis kennt das OR eine allgemeine Regelung: Der Vertrag muss gemäss Art. 13 Abs. 1 OR nur von denjenigen Personen unterschrieben werden, die sich durch ihn verpflichten. Diese Regelung darf mit der herrschenden Lehre richtigerweise auf für die der öffentlichen Beurkundung unterstehenden Verträge angewendet

<sup>63</sup> BERND MERTENS, Die Reichweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB, JZ 2004, 431 ff., 439.

<sup>64</sup> Umfragen des Verfassers unter Studierenden ergeben regelmässig nahezu totalitäre Mehrheiten für das Formerfordernis der Vollmacht. Klarerweise richtet sich Rechtsauslegung nicht nach unrepräsentativen Mehrheitsentscheiden, als gesellschaftliche Wertung dürfen sie aber in die Auslegung einfließen; vgl. ERNST A. KRAMER, Die Relevanz gesellschaftlicher Wertungen im Obligationenrecht, in: Ernst A. Kramer, Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrechts, München/Basel/Wien 1997, 43 ff.

<sup>65</sup> CONRADIN CRAMER, Zürcher Kommentar, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Zürich 2016, Art. 629 OR N 4, m.w.N.

<sup>66</sup> Art. 81 Abs. 1 ZGB.

<sup>67</sup> Art. 791 Abs. 4 aOR; die zwingende öffentliche Beurkundung der Abtretung von Geschäftsanteilen ist heute noch geltendes Recht in Deutschland, vgl. § 15 Abs. 3 deutsches GmbH-Gesetz.

<sup>68</sup> Art. 785 Abs. 1 OR. Dasselbe gilt für die Verpflichtung zur Abtretung.

<sup>69</sup> Art. 776a Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>70</sup> Art. 795 ff. OR.

<sup>71</sup> Art. 243 Abs. 2 OR.

<sup>72</sup> Art. 842 ff. i.V.m. Art. 799 Abs. 2 ZGB.



werden.<sup>73</sup> Obwohl es sich um eine bundesrechtliche Frage handelt,<sup>74</sup> kennen die Kantone für die vertragliche Schuldbrieferrichtung unterschiedliche Praxen: So verzichtet namentlich die Basler, Berner und Zürcher Notariatspraxis auf die öffentliche Beurkundung der Willenserklärung der Gläubigerin. Nur die Verpfändungserklärung des Pfandgebers wird öffentlich beurkundet. Demgegenüber müssen namentlich in den Kantonen Genf, Luzern und Waadt der Pfandgeber und die Pfandgläubigerin vor der Urkundsperson erscheinen.<sup>75</sup>

Eine Einschränkung des Formerfordernisses der Vollmacht auf sich verpflichtende Parteien entspräche dem Zweck von Art. 13 Abs. 1 OR und würde keine neue Inkongruenz zur Behandlung des Hauptgeschäfts schaffen. In den Kantonen würde die Einschränkung allerdings aufgrund der unterschiedlichen Praxen für das Hauptgeschäft weiterhin unterschiedlich interpretiert.

### C. Beschränkung auf natürliche Personen

Die Belehrung der Urkundsperson richtet sich an natürliche und juristische Personen. Allerdings sind juristische Personen selten unbedacht und meist geschäftserfahren. Das gilt auch für die Ein-Personen-AG oder -GmbH: Wer seine geschäftliche Tätigkeit über die Errichtung einer juristischen Person strukturiert, dem ist zuzutrauen, dass er beispielsweise ein Grundstücksgeschäft nicht übereilt abschliesst.

In grösseren Unternehmen ist es heute allgemein verlangte und gelebte Praxis, dass Zeichnungsberechtigungen nur kollektiv erteilt werden.<sup>76</sup> Für die Formalisierung eines beurkundungspflichtigen Geschäfts haben Unternehmen allerdings oft das berechtigte Bedürfnis, einen Vertreter allein zu bevollmächtigen – damit eben nur ein

Angestellter auf das Notariat muss. Eine Beurkundungspflicht der Vollmacht würde diese erleichterte Delegation verunmöglichen. Inhaltlich treffen Unternehmen mit dem Doppelzeichnungserfordernis oder in selteneren Fällen auch mit der Erteilung einer Einzelprokura, die belastende Grundstücksgeschäfte ausschliesst,<sup>77</sup> selbst ausreichende Vorkehrungen gegen Unbedacht einzelner Zeichnungsberechtigter. Ein Beurkundungszwang für Vollmachten würde den Schutz kaum zusätzlich stärken, brächte aber für Unternehmen eine administrative Erschwernis.

Es erscheint deshalb sinnvoll, die Beurkundung nur für Vollmachten zu fordern, die natürliche Personen erteilen.<sup>78</sup> Diese Beschränkung würde eine Inkongruenz zwischen der Formvorschrift für die Vollmacht und der Formvorschrift für das Hauptgeschäft schaffen.

### D. Fazit: Einheitliche Regelung für alle Geschäfte nicht sinnvoll

Es zeigt sich, dass eine einheitliche Regelung, wie sie die meisten europäischen Rechtsordnungen auf die eine oder radikal andere Weise treffen, nicht sinnvoll ist. Eine solche ist entweder ungenügend oder überschüssend. Mit den vorgeschlagenen Beschränkungen der Beurkundungspflicht auf (1) übereilungsanfällige Geschäfte, (2) im konkreten Geschäft schutzbedürftige Vollmachtgeberinnen und (3) natürliche Personen generell dürfte eine dem Schutzzweck der Beurkundung angemessene Regelung ohne dogmatische Brüche gefunden werden können. Die Beschränkungen ermöglichen es auch, den zusätzlichen Aufwand der Rechtsunterworfenen (und je nach Tarifgestaltung auch der öffentlichen Hand) für die Beurkundung der Vollmacht in vertretbaren Grenzen zu halten. Zu konzedieren ist aber, dass insbesondere für Personen im Ausland die Erschwernis beträchtlich sein kann: Wer in den USA wohnt und sein Grundeigentum in der Schweiz verkaufen will, wird in den USA keine Möglichkeit finden, die Vollmacht gemäss schweizerischem Standard zu beurkunden. Sinnvollerweise müssten deshalb die *konsularischen Dienstleistungen* der schweizerischen Auslandsvertretungen erweitert werden. Bereits heute dürfen schweizerische Auslandsvertretungen Unterschriften von Auslandschweizern und auch von Ausländern auf Privaturkunden beglaubigen.<sup>79</sup> Es wäre keine Überforde-

<sup>73</sup> BK-KRAMER/SCHMIDLIN (FN 1) Art. 13 N 2; BSK OR I-SCHWENZER (FN 36), Art. 13 N 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 32), N 531, m.w.N.; a.A. aber für die Schuldbrieferrichtung PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015, § 112 N 37, Fn 44, m.w.N.

<sup>74</sup> Bei der Frage, ob die öffentliche Beurkundung den Willen der Schuldbriefgläubigerin abdecken muss, geht es um den Geltungsbereich und nicht um die gemäss Art. 55 SchlT ZGB den Kantonen überlassene Ausgestaltung der öffentlichen Beurkundung; ZK-STEINAUER (FN 35), Art. 857 ZGB N 103.

<sup>75</sup> ZK-STEINAUER (FN 35), Art. 857 ZGB N 107 ff.; BRÜCKNER/KUSTER (FN 49), N 1710.

<sup>76</sup> So vergeben sämtliche zwanzig im Swiss Market Index (SMI) der SIX Swiss Exchange AG geführten Gesellschaften ausschliesslich Kollektivunterschrift (und vereinzelt Kollektivprokura) zu zweien; vgl. auch die entsprechende Vorgabe in Art. 12 Abs. 2 Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311).

<sup>77</sup> Art. 459 Abs. 2 OR.

<sup>78</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER (FN 36), Art. 33 OR N 58, a.A. HUGUENIN (FN 58), N 1071.

<sup>79</sup> Art. 67 Verordnung vom 7. Oktober 2015 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizerverordnung, V-ASG; SR 195.11).

rung des Systems und der gut ausgebildeten Leitungspersonen der konsularischen Abteilungen, zusätzlich eine Beurkundungsbefugnis der Auslandsvertretungen für Vollmachten einzuführen, die in der Schweiz verwendet werden sollen.

### E. Übersicht über Verträge mit beurkundungspflichtiger Vollmacht

Unter Berücksichtigung der aufgeführten Einschränkungen wären Vollmachten der sich verpflichtenden natürlichen Personen zum Abschluss folgender Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden:

- Kaufvertrag über ein Grundstück<sup>80</sup>, einschliesslich des Vorvertrags;<sup>81</sup>
- Vertrag über ein Vorkaufsrecht mit zum voraus bestimmtem Kaufpreis, über ein Kaufsrecht oder über ein Rückkaufsrecht bezüglich eines Grundstücks;<sup>82</sup>
- Tauschvertrag über ein Grundstück;<sup>83</sup>
- Schenkungsvertrag über ein Grundstück oder ein dingliches Recht;<sup>84</sup>
- Aufhebung oder Abänderung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen mit nicht öffentlich-rechtlichem Charakter;<sup>85</sup>
- Vertrag über eine Dienstbarkeit an einem Grundstück,<sup>86</sup> darunter insbesondere die Begründung oder Anpassung einer Nutzniessung,<sup>87</sup> eines Wohnrechts<sup>88</sup> sowie eines selbstständigen und dauernden Baurechts;<sup>89</sup>
- Begründung einer Grundlast;<sup>90</sup>
- Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes;<sup>91</sup>
- Begründung von Stockwerkeigentum<sup>92</sup> sowie Änderung der Wertquoten bei Stockwerkeigentum;<sup>93</sup>

<sup>80</sup> Art. 216 Abs. 1 OR, vgl. auch die «Grundnorm» von Art. 657 Abs. 1 ZGB.

<sup>81</sup> Art. 216 Abs. 2 OR.

<sup>82</sup> Art. 216 Abs. 2 und 3 OR.

<sup>83</sup> Art. 237 OR i.V.m. Art. 216 Abs. 1 OR.

<sup>84</sup> Art. 243 Abs. 2 OR; die Formvorschrift trifft nur den Versprechenden.

<sup>85</sup> Art. 680 Abs. 2 und 3 ZGB.

<sup>86</sup> Art. 732 Abs. 1 ZGB; die Formvorschrift trifft diejenigen nicht, die aus der Dienstbarkeit nur Vorteile erlangt.

<sup>87</sup> Art. 746 Abs. 2 ZGB i. V. m. Art. 657 Abs. 1 ZGB.

<sup>88</sup> Art. 776 Abs. 3 ZGB i. V. m. Art. 746 Abs. 2 ZGB und Art. 657 Abs. 1 ZGB.

<sup>89</sup> Art. 779a Abs. 1 ZGB.

<sup>90</sup> Art. 783 Abs. 3 ZGB i. V. m. Art. 657 Abs. 1 ZGB, die Formvorschrift trifft nur den Belasteten.

<sup>91</sup> Art. 799 Abs. 2 ZGB; die Formvorschrift trifft nur den Pfandgeber.

<sup>92</sup> Art. 712d Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 712e Abs. 1 ZGB.

<sup>93</sup> Art. 712e Abs. 2 ZGB.

- Verpfändungsvertrag;<sup>94</sup>
- Begründung einer Gemeinderschaft.<sup>95</sup>

## X. Keine Lückenfüllung durch Analogieschluss

### A. Möglicher Analogieschluss zum Bürgschaftsrecht

Angesichts des überzeugenden Schutzzweck-Arguments (vgl. oben VIII.A.) könnte man *de lege lata* von einer echten Gesetzeslücke im Recht der Vollmacht ausgehen.<sup>96</sup> Weder der Wortlaut des Gesetzes, die Systematik oder die Rechtsetzungsgeschichte scheinen eine Gesetzesauslegung *praeter verba legis* zu verunmöglichen.

Eine analoge Anwendung der seit 1942 geltenden Bestimmungen zur Form der Vollmacht bei der Bürgschaft erscheint geradezu auffällig geeignet, um dem Schutzzweck Genüge zu tun. Die massgeblichen Regelungen von Art. 493 OR sind die Folgenden:

#### Art. 493 OR

<sup>1</sup> Die Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages seiner Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst.

<sup>2</sup> Die Bürgschaftserklärung natürlicher Personen bedarf ausserdem der öffentlichen Beurkundung, die den am Ort ihrer Vornahme geltenden Vorschriften entspricht. Wenn aber der Haftungsbetrag die Summe von 2000 Franken nicht übersteigt, so genügt die eigenschriftliche Angabe des zahlenmässig bestimmten Haftungsbetrages und gegebenenfalls der solidari-schen Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst.

[...]

<sup>6</sup> Der gleichen Form wie die Bürgschaft bedürfen auch die Erteilung einer besonderen Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft und das Versprechen, dem Vertragsgegner oder einem Dritten Bürgschaft zu leisten. [...]

Vollmachten natürlicher Personen für eine Bürgschaftserklärung mit einem Haftungsbetrag von mehr als CHF 2'000 bedürfen gemäss der Regelung von Art. 493 OR der öffentlichen Beurkundung. Die Formvorschrift im Bürgschaftsrecht scheint ideal verallgemeinerbar: Sie ist beschränkt auf natürliche Personen und betrifft nur den sich verpflichtenden Bürgen, nicht aber die Bürgschafts-gläubigerin.<sup>97</sup> Die erwähnten Inkongruenzen bei der Be-

<sup>94</sup> Art. 522 Abs. 1 OR unter Vorbehalt von Art. 522 Abs. 2 OR.

<sup>95</sup> Art. 337 ZGB.

<sup>96</sup> Diese offene Lücke bzw. teleologische Lücke könnte ein Gericht gestützt auf Art. 1 ZGB füllen; für die Annahme einer echten Gesetzeslücke etwa BK-GIGER (FN 19), Art. 216 OR N 201 ff.

<sup>97</sup> Die Bürgschaft ist (meist) ein einseitig verpflichtender Vertrag.

schränkung auf natürliche Personen und schutzbedürftige Vollmachtgeber liessen sich mit Verweis auf das Bürgerschaftsrecht recht elegant erklären.

## B. Grundsatz der restriktiven Auslegung von Formvorschriften

Trotz der Eignung der bürgerschaftsrechtlichen Regelung für eine Verallgemeinerung, die dem Zweck der Formvorschriften entsprechen würde, sprechen gute Argumente gegen einen Analogieschluss. Das Bundesgericht hat immer wieder festgehalten, dass Formvorschriften eng auszulegen sind.<sup>98</sup> Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage soll kein Formzwang bestehen. Die für die Beurkundung der Vollmacht sprechende Lehre begegnet diesem Argument nicht.<sup>99</sup> Tatsächlich wäre ein höchststrichterlich, notwendigerweise handstreichartig eingefügter Formzwang ohne Beispiel in der schweizerischen Rechtsgeschichte. Nähme das Bundesgericht eine Praxisänderung vor, wäre Rechtssicherheit *pro futuro* zwar hergestellt. Zahlreiche Grundstücksgeschäfte befänden sich aber in einem hängenden Zustand, da Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zeitlich nicht selten Tage, Wochen oder gar Monate auseinanderliegen. Eine Berufung auf Formmangel einer vertretenen Partei wäre mindestens nicht in jedem Fall rechtsmissbräuchlich. Die Fragen des Gutgläubensschutzes von Gegenparteien wären zahlreich, zumal auch nicht davon auszugehen ist, dass die Kunde der neuen Rechtsprechung besonders schnell in die entlegenen Notariatsbezirke aller Sprachregionen dränge. Auch wäre wohl nicht restlos klar, auf welche Geschäfte sich der Formvorbehalt bezöge, da das Gericht den konkreten Fall kaum zum Anlass nehmen könnte, umfassend Geschäfte des OR und ZGB abzuhandeln. Zwar darf der traditionelle Grundsatz, dass Formvorschriften restriktiv auszulegen sind, nicht absolut gelten und nicht den Sinngehalt der Formvorschriften konterkarieren.<sup>100</sup> Aber er fusst auf konkreten Anliegen des Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit, die in der hier interessierenden Frage wegen der Bedeutung der vom Formzwang der öffentlichen Beurkundung erfassten Geschäfte besonders schwer wiegen.

## XI. Vorschlag de lege ferenda

Der Analogieschluss *de lege lata* erscheint also aus Gründen des Verkehrsschutzes zu problematisch und ist abzulehnen. *De lege ferenda* liegt ein konkreter Vorschlag vor. Die Forschungsgruppe «Obligationenrecht 2020» will das für das Hauptgeschäft geltende Formerfordernis auf die Vollmacht erstrecken, wenn die Formvorschrift zumindest auch dem Übereilungsschutz dient.<sup>101</sup>

### Art. 189 Abs. 3 «OR 2020»

Die Erklärung bedarf der Form des abzuschliessenden Vertrages, wenn die Formvorschrift den Vollmachtgeber vor Übereilung schützen soll.

Das «Obligationenrecht 2020» schlägt eine generelle Regelung vor, die nach dem Zweck der Formvorschrift die Beurkundungspflicht einschränkt.<sup>102</sup> Sinnvoll erscheint es, die Formvorschrift zusätzlich auf natürliche Personen zu beschränken (vgl. oben IX.C.). Die Formulierung einer allgemeinen Regel im Stellvertretungsrecht könnte wie folgt lauten:

Die Vollmacht einer natürlichen Person bedarf der Form des abzuschliessenden Vertrages, wenn die Formvorschrift den Vollmachtgeber vor Übereilung schützen soll.

Angemessene Lösungen wären alternativ sicher auch mit einer eigenen Regelung zur Form der Vollmacht für jedes formbedürftige Hauptgeschäft zu finden – so wie es das OR für die Bürgschaft tut. Dennoch scheint eine Regelung im allgemeinen Teil des OR sinnvoller. Dies schon darum, weil Art. 216 OR zwar den Grundstückkaufvertrag und Verträge über Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechte an einem Grundstück regelt, nicht aber etwa die Begründung von Stockwerkeigentum, die Dienstbarkeitsverträge oder die Grundpfanderrichtung, die alle im ZGB geregelt sind und alle mit eigenen Vollmachtsregelungen versehen werden müssten. Das entspräche nicht dem Konzept des OR, das das Stellvertretungsrecht vor die Klammer zieht und im OR AT abhandelt.

Die Wahrscheinlichkeit für eine umfassende oder auch nur teilweise Reform des OR AT in absehbarer Zeit dürfte, zumal angesichts der mit Bericht vom 31. Januar 2018 sorgfältig begründeten ablehnenden Haltung des Bundesrats, gering sein.<sup>103</sup> Wenn man die Beurkundung der Voll-

<sup>98</sup> BGE 113 II 402, 405; 89 II 191.

<sup>99</sup> Als Argument für die Formfreiheit der Vollmacht GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 32), N 1349 f.

<sup>100</sup> HUGUENIN (FN 58), N 1068.

<sup>101</sup> PETER JUNG, in: Claire Huguenin/Reto M. Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, Art. 189 OR 2020 N 2 ff.

<sup>102</sup> Vgl. in diesem Sinn schon MÜLLER-FREIENFELS (FN 30), 312.

<sup>103</sup> Mit Verweis auf das Obligationenrecht 2020 wurden im Ständerat und im Nationalrat im März 2013 politisch breit abgestützte Postulate eingereicht, die den Bundesrat auffordern, «darüber Bericht zu erstatten, ob er bereit ist, dem Parlament den Entwurf für einen modernen und benutzerfreundlichen Allgemeinen Teil des Schwei-

macht als dringendes Anliegen empfunden, könnte man versucht sein, über die kantonalen Notariatsvorschriften sozusagen indirekt einzuwirken. Klarerweise sind die Kantone gemäss Art. 5 ZGB nicht kompetent, eine Beurkundungspflicht zu statuieren. Allerdings bestimmen die Kantone gemäss Art. 55 SchlT ZGB, «in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird». Möglich wäre es, Urkundspersonen durch kantonales Recht zu verpflichten, bei Stellvertretungsverhältnissen genauer hinzuschauen, etwa die Beglaubigung der Unterschriften nur vorzunehmen, wenn die Vollmachtgeberin die Vollmacht eigenhändig vor der Urkundsperson unterschrieben hat. Solche Modifikationen brächten allerdings ein Mehr an Formalität, das nicht an den Kern des Problems rührt, nämlich die Belehrung der Betroffenen statt ihres Stellvertreters. Es ist den kantonalen Gesetz- oder Verordnungsgebern deshalb nicht zu empfehlen, tätig zu werden.

## XII. Schlussfolgerung

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Die Form der Vollmacht soll der Form des Hauptgeschäfts folgen, aber nur, wenn das Formerfordernis dem Schutz vor Unbedacht dient. Das Bürgschaftsrecht bietet zwar eine geradezu idealtypische Vorlage für einen Analogieschluss. Die Rechtssicherheit gebietet es aber, eine Gesetzesänderung im Recht der Stellvertretung anzustreben. Gemäss dieser Regelung sollte die Vollmacht einer natürlichen Person der Form des abzuschliessenden Vertrages bedürfen, wenn die Formvorschrift die Vollmachtgeberin vor Unbedacht schützen will.

---

zer Obligationenrechtes vorzulegen.» (Postulat Bischof, 13.3217; Postulat Caroni, 13.3226); die Postulate wurden in Einklang mit dem Antrag des Bundesrats im Juni 2013 angenommen. Der Bundesrat führt in seinem Bericht in Erfüllung dieser Postulate vom 31. Januar 2018 aus, dass gemäss einer breiten Umfrage bei Fachleuten aus der Praxis kein Handlungsbedarf für eine solche, erhebliche Ressourcen bindende Gesamtrevision des OR AT bestehe.