

Aspekte der öffentlichen Beurkundung

Verfahren, Auslandbeurkundung, Stellvertretung, Unterschriftsbeglaubigung

Oftmals werden in der Praxis Zweck und Bedeutung der für bestimmte Rechtsgeschäfte vorausgesetzten öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung verkannt oder es mangelt in diesem Zusammenhang zumindest am Verständnis für gewisse (vom Gesetz vorgeschriebene) Vorgänge sowie Voraussetzungen. Ein Legal Counsel mag sich fragen, weshalb der Notar nicht einfach seine Unterschrift unter ein ihm durch einen Boten vorgelegtes Dokument setzen kann und stattdessen schriftliche Vollmachten oder gar das persönliche Erscheinen verlangt. Unklarheiten bei Legal Counsels bestehen immer wieder beispielsweise im Zusammenhang mit den Fragen, für welche Handlungen eine Stellvertretung zulässig ist, in welcher Form Bevollmächtigungen nachgewiesen werden müssen oder wie die Beglaubigung einer Unterschrift abzulaufen hat oder was hinsichtlich Unterschriftenanerkennung möglich ist.



Michael Kummer, Partner
lic. iur. HSG, LL.M., M.B.L.-HSG
Rechtsanwalt, Notar

Lehnt der Notar eine Beurkundung oder Beglaubigung ab, wird nicht selten mit Unverständnis reagiert. Zudem werden die vom Notar zusätzlich verlangten Anforderungen als unnötige, bloss schikanöse, zumindest bürokratische Hindernisse betrachtet. Problemstellungen dieser Art kann der Unternehmensjurist im Rahmen seines professionellen Austauschs mit einem Notar begegnen. Die nachfolgenden Ausführungen sollen daher einerseits dazu dienen, Verständnis für den Vorgang der öffentlichen Beurkundung respektive der Beglaubigung und der damit zusammenhängenden gesetzlichen Vorgaben zu schaffen. Andererseits sollen Hinweise gegeben werden, wie unnötiger Aufwand von vornherein vermieden und die Zusammenarbeit zwischen Legal Counsel und Notar verbessert werden kann.

A. Öffentliche Beurkundung

1. Begriff der öffentlichen Beurkundung

„Öffentliche Beurkundung“ ist das Festhalten von Willenserklärungen von Individuen, von Versammlungsbeschlüssen oder von Tatsachen in einem Schriftstück durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person (Notar oder andere Urkundsperson) in einem vom Staat vorgeschriebenen Verfahren zwecks Sicherung oder Gestaltung von Rechten und Rechtsverhältnissen. Die Urkundsperson vertritt in ihrer Funktion den Staat und damit die Öffentlichkeit und ist dieser gegenüber zur Wahrheitsgewähr verpflichtet.¹ Die öffentliche Beurkundung, die beispielsweise für die Gründung einer Gesellschaft oder in gewissen Rechtsordnungen für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen vorgesehen ist, ist von der Beglaubigung abzugrenzen.

„Beglaubigung“ ist die Bescheinigung der Echtheit

einer Unterschrift oder der Richtigkeit einer Kopie, einer Abschrift, eines Auszugs, einer Übersetzung oder eines Datums durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Beglaubigungsperson. Durch die Beglaubigung entsteht jedoch keine „öffentliche Urkunde“. Der Beglaubigungsperson obliegt hinsichtlich des Inhalts des ihr zur Beglaubigung vorgelegten Dokuments grundsätzlich keine Prüfungspflicht. Sie hat nicht zu ermitteln, ob der Inhalt des Dokuments dem wirklichen Willen der unterzeichnenden Person entspricht. Um im Rechtsverkehr keinen falschen Anschein zu erwecken, dürfen beurkundungspflichtige Inhalte daher auch nicht mit einer Beglaubigung versehen werden.

2. Zweck der öffentlichen Beurkundung

Nicht immer ist in der Praxis das Verständnis vorhanden, weshalb für bestimmte Rechtsgeschäfte von Gesetzes wegen die Form der öffentlichen Beurkundung vorgeschrieben ist oder die Beglaubigung beispielsweise einer Unterschrift verlangt wird. Oftmals werden diese regelmässig

¹ BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz 74, 77.

mit einem Besuch beim Notar und entsprechenden Kostenfolgen verbundenen Formvorschriften als mässig oder gar unnötig erachtet. Die vom Gesetzgeber mit der strengsten Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung verfolgten Zwecke werden – wie schon eingangs erwähnt – vielfach verkannt.

Dabei verfolgt die Form der öffentlichen Beurkundung verschiedene Zwecke: Im Wesentlichen wird mit einer öffentlichen Urkunde ein Beleg öffentlichen Glaubens für den Rechtsverkehr geschaffen. Öffentliche Urkunden dienen der Beweissicherung; sie erbringen für die in ihnen bezeugten Tatsachen den vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist.² Es kommt ihnen also eine erhöhte Beweisfunktion zu und sie bewirken eine Beweislastumkehr. Im Falle der Beurkundung individueller Willenserklärungen, die die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten bewirken, bezweckt die öffentliche Urkunde weiter den Schutz der Erklärenden vor Übereilung, insbesondere durch die Rechtsbelehrungs- und Beratungspflicht des Notars. Dieser soll im Rahmen seiner Möglichkeiten den wirklichen Willen der Erklärenden, insbesondere die Ernsthaftigkeit ihres Abschlusswillens (Abschlussklarheit), feststellen und diesen sowie rechtserhebliche Tatsachen objektiv, klar und wahrheitsgemäss festhalten (Inhaltsklarheit). Im Rahmen der Protokollierung von Veranstaltungen respektive deren Beschlüssen dient das Beurkundungsverfahren der Kontrolle ihres rechtmässigen Ablaufs.³ Schliesslich dient die (für bestimmte Rechtsgeschäfte als Gültigkeitserfordernis vorgeschriebene) Form der öffentlichen Beurkundung generell der Erhöhung der Rechts- und Verkehrssicherheit.

3. Verfahren der öffentlichen Beurkundung

Voraussetzung einer öffentlichen Beurkundung ist das Gesuch eines Rechtssubjekts an die Adresse des Notars um Errichtung einer öffentlichen Urkunde (sogenannte *Rogation*).⁴ Im Rahmen des darauffolgenden „Prüfungsverfahrens“ überprüft der Notar seine örtliche und sachliche Zuständigkeit sowie die Identität, die Vertretungsmacht sowie die Handlungs- respektive Geschäftsfähigkeit der Erschienenen.⁵ Es folgt das „Vorbereitungsverfahren“ mit der Redaktion des Entwurfs der Urkunde respektive der Prüfung und Überarbeitung des von den Erschienenen vorgelegten Urkundenentwurfs durch den Notar.⁶ Im Rahmen seiner Rechtsbelehrungs- und Beratungspflicht prüft der Notar die beabsichtigten Willenserklärungen respektive den Inhalt des vorgesehenen Rechtsgeschäfts auf die Rechtmässigkeit hin und nimmt allfällige Korrekturen vor. In Deutschland

wird etwa von der „vorsorgenden Rechtspflege“ oder der „präventiven Rechtskontrolle“ durch den Notar gesprochen.⁷ An das Vorbereitungs-schliesst das „Hauptverfahren“ an, welches bei individuellen Erklärungen darin besteht, dass die Erschienenen in Gegenwart des Notars den Urkundentext zur Kenntnis nehmen (sogenannte *Rekognition*),⁸ allfällige Änderungen vornehmen und schliesslich genehmigen, woraufhin der Notar seine Unterschrift unter das dem Urkundentext folgende Schlussverbal setzt.⁹

Schliesslich folgen das Heften, die Siegelung und Registrierung der Urkunde im Rahmen des „Nachverfahrens“.¹⁰

4. Kosten öffentlicher Beurkundungen

Für Legal Counsels sind im Rahmen ihrer professionellen Tätigkeit immer wieder die mit einer öffentlichen Beurkundung verbundenen Kosten ein Thema. Urkundspersonen beziehen für die Vornahme öffentlicher „Beurkundungen oder Beglaubigungen“ Gebühren, die sich nach festen Ansätzen (Zeitaufwand), nach dem Streitwert oder nach einem Gebührenrahmen bemessen können, wobei sich die Festsetzung der Gebühren zum Beispiel in der Schweiz nach kantonalen und kommunalen Verordnungen richtet, welche bei streitwertabhängigen Tarifen Höchstgrenzen vorsehen. Schweizer Notare sind – zumindest in den Kantonen mit freiberuflichem Notariat¹¹ – nicht an die Anwendung staatlich festgesetzter Tarife gebunden und daher flexibel in Bezug auf die Gebührenfestsetzung. Freiberufliche Notare wenden in der Regel weder die staatlichen Tarife an, noch stellen sie bei der Kostenbemessung auf den Streitwert ab. Stattdessen stellen sie ihren tatsächlich angefallenen Zeitaufwand in Rechnung und verlangen für den Beurkundungsakt zusätzlich eine gewisse Gebühr. Das Gesamthonorar ist bei freiberuflichen Notaren regelmässig verhandelbar. Häufig kann mit dem Notar eine fixe Pauschale für das zu beurkundende Geschäft vereinbart werden, was dem Legal Counsel hilft, die Kosten zu kalkulieren und im Griff zu behalten.

In Deutschland richten sich die Beurkundungsge-

² Art. 9 ZGB; BGE 84 IV 163, 163.

³ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 283.

⁴ SCHMID, Kommentierung von Art. 55 Schlusstitel ZGB. In: HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlIT ZGB, 5. Auflage Basel 2014, Art. 55 SchlIT ZGB N15 mit Hinweis.

⁵ SCHMID, a.a.O., Art. 55 SchlIT ZGB N 16a.

⁶ SCHMID, a.a.O., Art. 55 SchlIT ZGB N 32.

⁷ ARNET, Form folgt Funktion, Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 149/2012 (5): 391-414, 395 mit Hinweisen.

⁸ Die Kenntnisnahme kann durch das Lesen der Urkunde durch die Erschienenen selbst oder durch das Vorlesen durch den Notar erfolgen. Einige Rechtsordnungen schreiben für gewisse Rechtsgeschäfte das Vorlesen zwingend vor.

⁹ ARNET, a.a.O., 395 f. mit Hinweisen; SCHMID, a.a.O., Art. 55 SchlIT ZGB N 33 ff.

¹⁰ SCHMID, a.a.O., Art. 55 SchlIT ZGB N 45.

¹¹ In der Schweiz ist die Organisation des Beurkundungswesens Kantonssache (vgl. Art. 55 SchlIT ZGB). Je nach Kanton ist die Notariatsorganisation unterschiedlich ausgestaltet. Neben dem reinen Amtsnotariat einerseits und dem freiberuflichen Notariat (insbesondere dem „Anwaltsnotar“) andererseits sind auch Mischformen anzutreffen, wobei sowohl Ämter als auch freiberufliche Notare Beurkundungen vornehmen können, wobei zum Teil bestimmte Beurkundungsgeschäfte, wie beispielsweise Beurkundungen von Grundstücksgeschäften den Grundbuchämtern dem Amtsnotar vorbehalten sind.

bühren bundesweit einheitlich nach den festen Tarifen gemäss dem Gerichts- und Notarkostengesetz¹², abhängig von Bedeutung und Wert des Geschäfts. Die starren Gebührensätze können zu unangemessen hohen Gebühren führen, die in keinem Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand stehen. Besonders vor Inkrafttreten des Gerichts- und Notarkostengesetzes im Jahr 2013 konnten sich die Beurkundungsgebühren in Deutschland besonders bei hohen Geschäftswerten auf ein Vielfaches der in der Schweiz anfallenden Gebühren belaufen. Die Problematik unverhältnismässig hoher Gebühren bei hohen Streitwerten aufgrund starrer Gebührensätzen wurde mit Einführung des neuen Gerichts- und Notarkostengesetzes entschärft, namentlich indem Rahmengebühren für die notwendige Flexibilität sorgen. Dennoch kann gerade bei hohen Streitwerten aufgrund der flexiblen (und verhandelbaren) Honorar- und Gebührengestaltung in Schweizer Kantonen mit freiberuflichen Notaren die Beurkundung eines nach einem ausländischen Staat formpflichtigen Rechtsgeschäfts durch einen Schweizer Notar trotz Reisekosten in die Schweiz nach wie vor deutlich günstiger ausfallen als im Heimatstaat. Für den Legal Counsel lohnt es sich daher besonders bei Geschäften mit höherem Streitwert, die zu erwartenden Kosten und Gebühren vor-gängig abzuklären und allenfalls eine Beurkundung im grenznahen Ausland in Betracht zu ziehen.

5. Zulässigkeit von Beurkundungen durch ausländische Notare

Die Vornahme von Beurkundungen durch Schweizer Notare insbesondere für Legal Counsels aus Deutschland war und ist aufgrund der Kostenthematik immer noch gängige Praxis; gerade in grenznahen Kantonen, wie beispielsweise Basel-Stadt und Basel-Landschaft oder St.Gallen. Dieser „Beurkundungstourismus“ in die Schweiz blieb nicht ohne Kritik und wird verständlicherweise von deutschen Notaren nicht gerne gesehen. Aus rechtlicher Sicht darf ein Schweizer Notar jedoch Urkunden nach ausländischem Recht erstellen, wenn er die zu beurkundenden Rechtshandlungen versteht, er diese den vor ihm erschienenen Personen erläutern kann, er das anwendbare ausländische Recht insoweit ermittelt oder kennt, dass er die Urkunde nach den Vorgaben der erschienenen Personen formulieren respektive einen ihm vorgelegten Urkundenentwurf auf seine Vereinbarkeit mit dem ausländischen Recht hin überprüfen kann und die Urkunde vom ausländischen Bestimmungsstaat voraussichtlich anerkannt wird und dadurch die beabsichtigten Rechtswirkungen entfalten kann.¹³ Für den Legal Counsel stellt sich in diesem Zusammenhang also die Frage, ob der ausländische Zielstaat die in der Schweiz ausgefertigte öffentliche Urkunde anerkennt. Während Urkunden, die nicht in ein Register einzutragen sind, in der Regel im Ausland anerkannt werden, hängt die Aner-

kennung jener Urkunde, die in ein ausländisches Register aufgenommen werden muss nicht zuletzt von der Rechtsanwendung der ausländischen Registerführer ab. Deutsche Gerichte behandelten in der Vergangenheit immer wieder solche Anerkennungsfragen und kamen dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen. Schliesslich wurde die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung (in Bezug auf die Beurkundung der GmbH-Gesellschafterliste) durch den deutschen Bundesgerichtshof (BGH) mit Entscheid vom 17. Dezember 2013 bejaht.¹⁴ Die deutsche Rechtsprechung anerkennt die Beurkundung durch einen ausländischen Notar, sofern sie mit der deutschen als funktional gleichwertig erscheint.¹⁵ Das wurde bis zum Entscheid im Jahr 2013 namentlich für den Sonderfall der Übertragung von deutschen GmbH-Anteilen immer wieder infrage gestellt.¹⁶ Von einer funktionalen Gleichwertigkeit ist heute auszugehen, wenn die ausländische Urkundsperson erstens nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und zweitens für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.¹⁷

Funktionsentsprechende Notariatsausübung

Es stellt sich zunächst die Frage nach der Gleichwertigkeit der Vorbildung, Stellung sowie Funktion des schweizerischen Notars. In §5 der deutschen Bundesnotarordnung wird zur geeigneten Ausübung der Notariatstätigkeit die Befähigung zum Richteramt nach dem deutschen Richtergesetz vorausgesetzt, was das Bestehen der beiden juristischen Staatsprüfungen bedingt.¹⁸ In Bezug auf die Staatsexamina ist in der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie der Europäischen Union anerkannt, dass Anpassungslehrgänge oder Eigenprüfungen diesen gleichgestellt werden können.¹⁹ Während anstelle der „Ersten Juristischen Staatsprüfung“ der Erwerb der notwendigen Kenntnisse im deutschen Recht im Rahmen einer Gleichwertigkeitsprüfung anderweitig nachgewiesen werden kann,²⁰ wird die „Grosse Juristische Staatsprüfung“ als nicht ersetzbar angesehen.²¹

¹⁴ Vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 17. Dezember 2013, II ZB 6/13.

¹⁵ SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter vom 28. Oktober 2013, S- 1-12, 7 f.; Bundesgerichtshof (BGH), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1981:1160; Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt, in: GmbH Rundschau (GmbHR) 2005: 764 ff.

¹⁶ Vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 17. Dezember 2013, II ZB 6/13.

¹⁷ Vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 17. Dezember 2013, II ZB 6/13.

¹⁸ SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.

¹⁹ Dies dann, wenn die Ausübung des Berufes eine genaue Kenntnis des nationalen Rechts verlangt beziehungsweise wenn die Beratung oder der Beistand in Fragen des innerstaatlichen Rechts ein wesentlicher und ständiger Bestandteil der beruflichen Tätigkeit ist; SPICKHOFF, S. 10 f.).

²⁰ SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.

²¹ SCHMID / PINKEL, Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2011: 2928-2931, 2931; SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.;

¹² Vgl. deutsches Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (GNotKG).

¹³ Vgl. Art. 9 Verordnung SG.

Weil das Notariatswesen in der Schweiz nicht bundeseinheitlich geregelt ist, sind Ausbildung, Stellung und Funktion der Notare und ihre Verfahren für jeden Kanton gesondert zu untersuchen.²² Die Beurkundungsvorschriften sind in einigen Kantonen ziemlich vage, in anderen äusserst streng. Ebenso unterschiedlich ausgestaltet ist die vorausgesetzte Ausbildung der Notare. Während in einigen Kantonen sogar Nichtjuristen zum Notariat zugelassen werden, werden in anderen eigene, hoch qualifizierte Studiengänge für Notare vorausgesetzt. Die Gleichwertigkeit im Hinblick auf die Qualifikation des Notars in der Schweiz wurde von deutschen Gerichten dann angenommen, wenn der Notar eine volle juristische Ausbildung im Sinne eines vollwertigen Jura-Studiums erfolgreich absolviert hatte. Dies gilt derzeit für die Kantone Bern²³, Basel-Stadt²⁴ und Genf²⁵, aber auch für weitere Kantone, wie beispielsweise den Kanton St. Gallen.

Gleichwertiges Beurkundungsverfahren

Die Beurkundungssubstitutionsfähigkeit setzt weiter ein dem deutschen Beurkundungsrecht äquivalentes Beurkundungsverfahren voraus. Der mit der Beurkundung verfolgte Zweck und das Beurkundungsverfahren im engeren Sinn stimmen in der Schweiz und in Deutschland im Wesentlichen überein; so etwa durch das Oberlandesgericht Düsseldorf, unter Verweis auf den Bundesgerichtsscheid vom 6. Oktober 1964, festgestellt.²⁶

6. Fazit

Aufgrund des Entscheids des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2013 und in Anbetracht der Gleichwertigkeit von Funktion und Verfahren ist davon auszugehen, dass der Gültigkeit der Auslandsbeurkundung keine zwingenden Hindernisse entgegenstehen; zumindest nicht im Falle von Auslandsbeurkundungen durch Notare aus Kantonen, die für die Ausübung des Notarberufes ein vollwertiges Jurastudium voraussetzen. Dies besonders dann nicht, wenn der Schweizer Notar sich an die vom deutschen Beurkundungsrecht in Bezug auf das Verfahren allenfalls vorgesehenen Besonderheiten, wie beispielsweise das Vorlesen der Urkunde, hält.

vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 17, 371, 377.

²² SPICKHOFF, a.a.O., 9 mit Verweis.

²³ Oberlandesgericht (OLG) Hamburg, in: Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts (IPRSspr) 1979, Nr. 9.

²⁴ Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt, in: GmbH Rundschau (GmbHR) 2005:764; OLG München, in: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1998:758.

²⁵ WINKLER VON MOHRENFELS, Kommentierung von Art. 11 EGBGB. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR, Art. 7, 9-12, 47 EGBGB (Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte), 15. Auflage Berlin 2013, Art. 11 EGBGB N 327.

²⁶ BGE 90 II 274 E. 6.

B. Beurkundungsbegehren durch Dritte

Eine öffentliche Beurkundung erfolgt auf ein formfreies Begehren einer Person hin. Notwendige Voraussetzung ist, dass der Beurkundungswille der sachbeteiligten Klientschaft – bei Vertragsbeurkundungen von sämtlichen Vertragsparteien – für den Notar ersichtlich ist.²⁷ Nicht notwendig hingegen ist, dass die Klientschaft selbst direkt mit dem Notar in Kontakt tritt. In der Praxis kommt es häufig vor, dass das Beurkundungsbegehren dem Notar informell durch einen Dritten, anstelle des Sachbeteiligten zugetragen wird, wie etwa durch Organe juristischer Personen, Stellvertreter, Hilfspersonen, Bote, Treuhänder, Vermittler oder sonstige Angehörige.²⁸

1. Glaubhaftigkeit der Vertretungsbefugnis und des Beurkundungswillens

Richtet ein Dritter, wie etwa ein Legal Counsel, im Namen des Sachbeteiligten das Beurkundungsbegehren an den Notar, muss dessen Vertretungsbefugnis glaubhaft sein, sofern nicht ein Fall offengelegter Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt.²⁹ Wie im übrigen Rechtsverkehr ist Geschäftsführung ohne Auftrag, also der Abschluss eines fremden Geschäfts ohne Auftrag im Interesse des Prinzipals im Hinblick auf die spätere Genehmigung durch diesen, auch im Beurkundungsverfahren zulässig. Aufgrund der Formfreiheit des Parteiinstosses muss sich der Dritte nicht notwendigerweise durch eine schriftliche Vollmacht ausweisen.³⁰ Der Notar muss sich aber anhand der gesamten Umstände Klarheit darüber verschaffen, wer ihm als Klientschaft gegenübersteht, und ob auf deren Beurkundungswillen geschlossen werden kann.³¹ Ist kein gegenteiliger Wille der Sachbeteiligten ersichtlich und kein Missbrauch zu befürchten, kann der Notar tätig werden.³² Im weiteren Verfahrensverlauf wird sich in der Regel zeigen, ob die (zunächst vertretene) Klientschaft tatsächlich eine öffentliche Beurkundung vornehmen lassen möchte. Die Glaubhaftigkeit des Beurkundungswillens der Klientschaft genügt zwar für die Einleitung des Beurkundungsverfahrens durch einen Dritten, nicht aber für die Durchführung des Hauptverfahrens. Spätestens im Zeitpunkt der Rekognition und Genehmigung des Urkundeninhalts muss der Notar zur Überzeugung gelangt sein, dass ein Stellvertreter tatsächlich vertretungsbefugt ist und im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelt.³³

²⁷ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 417, 748.

²⁸ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 423, 431; MARTI, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989, 85.

²⁹ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 750.

³⁰ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 432 mit Hinweis, 751.

³¹ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 423 f.

³² BRÜCKNER, a.a.O., Rz 417 f., 431, 752.

³³ BRÜCKNER, a.a.O., Rz. 753.

2. Haftung für den Entschädigungsanspruch des Notars

Stellt sich trotz sorgfältiger Abklärung durch den Notar heraus, dass dieser irrtümlich vom Vorhandensein des Beurkundungswillens eines abwesenden Sachbeteiligten ausgegangen ist, kommt zwischen diesem und dem Notar kein Rechtsverhältnis zustande, womit Ersterer nicht für Honorar und Auslagen des Notars haftet.³⁴ Stattdessen wird sich der Notar an dem vor ihm Erschienenen schadlos halten müssen. Analoges gilt in Fällen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Notar wird in der Praxis daher bereits für die Einleitung des Beurkundungsverfahrens eine entsprechende Vollmacht verlangen, obschon eine solche nicht zwingend notwendig wäre. Es empfiehlt sich daher für den Legal Counsel, mit dem Notar rechtzeitig den von diesem verlangten Vollmachtsnachweis abzusprechen. Der Legal Counsel, der für den Sachbeteiligten das Begehren stellt, wird ebenso daran interessiert sein, dass über das Vertretungsverhältnis von vornherein Klarheit herrscht, zumal er im Falle der Nichtgenehmigung durch den Vertretenen damit rechnen muss, vom Notar für dessen Aufwendungen haftbar gemacht zu werden.

C. Gewillkürte Stellvertretung

1. Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung

Gewillkürte Stellvertretung der Sachbeteiligten im Beurkundungsverfahren ist bei allen Geschäften zulässig, die nach Schweizer Recht durch Stellvertreter gültig abgeschlossen werden können. Voraussetzungen der gewillkürten Stellvertretung sind das Handeln in fremdem Namen, die Urteilsfähigkeit des Vertreters, die Handlungsfähigkeit des Vertretenen, ein vertretungsfreundliches Rechtsgeschäft sowie Vertretungsmacht.³⁵ Nicht erforderlich ist hingegen die Handlungsfähigkeit des gewillkürten Stellvertreters.

2. Grundsätzliches Verbot des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung

Nach ständiger Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts ist das Selbstkontrahieren aufgrund der dem Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig inhärenten Interessenkollision grundsätzlich unzulässig.³⁶ Rechtsfolge des unzulässigen Selbstkontrahierens ist die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Ausnahme besteht, wenn die Gefahr der Benachteiligung der vertretenen Person aufgrund der Natur des Geschäftes ausgeschlossen werden kann, wenn der Vertretene den Vertreter zum Abschluss des Geschäftes besonders ermächtigt hat oder dieser das Geschäft nachträglich genehmigt. Diese Regeln

gelten auch bei der Doppelvertretung zweier Parteien durch ein und denselben Vertreter sowie bei der gesetzlichen Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe.

Mit Bezug auf die Organvertretung hat das Bundesgericht konkretisiert, dass eine besondere Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ notwendig ist, falls eine Benachteiligungsgefahr besteht.³⁷ Im Falle eines In-sich-Geschäfts eines Verwaltungsratsmitglieds einer Aktiengesellschaft ist davon auszugehen, dass jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrats nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung ein solches Geschäft nachträglich genehmigen kann.³⁸ Wenn das Mitglied des Verwaltungsrats, welches das In-sich-Geschäft abgeschlossen hat, das einzige Verwaltungsratsmitglied ist, steht kein nebengeordnetes Organ zur Genehmigung zur Verfügung. In diesem Fall ist die Generalversammlung als übergeordnetes Organ für die Genehmigung des In-sich-Geschäfts zuständig.³⁹ Aus denselben Überlegungen müssen das Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung, unter Berücksichtigung der beschriebenen Ausnahmen, auch im Beurkundungsverfahren als grundsätzlich unzulässig gelten.

3. Identität, Urteils- und Handlungsfähigkeit sowie Vertretungsmacht

Der Notar hat die Identität und in begrenztem Rahmen die Urteils- sowie die Handlungsfähigkeit der Beteiligten, welche individuelle Erklärungen zur Urkunde abgeben, und bei Stellvertretern zusätzlich deren Vertretungsmacht, sorgfältig zu ermitteln.⁴⁰

Prüfung von Identität sowie Urteils- und Handlungsfähigkeit

Der Notar hat die Identität aller natürlichen Personen festzustellen, die vor ihm erscheinen und Erklärungen abgeben. Die Identitätsprüfung erfolgt durch Einsichtnahme in ein einschlägiges (amtliches) Ausweispapier mit Foto, sofern der Notar die Identität einer Person aufgrund persönlicher Bekanntheit nicht bereits kennt. Dagegen wird die „Urteilsfähigkeit“ im Rechtsverkehr vermutet, sofern kein Anlass besteht, an deren Vorhandensein zu zweifeln.⁴¹ Bestehen Zweifel, gilt die umgekehrte Vermutung: Die betreffende Person gilt als urteilsunfähig bis zum Beweis des Gegenteils. Bei volljährigen Personen wird ebenfalls die Handlungsfähigkeit vermutet. Somit beschränkt sich die Ermittlungspflicht des Notars auf die Kontrolle der Volljährigkeit sowie auf eine Beurteilung der Urteilsfähigkeit gemäss seinem persönlichen Eindruck, sofern keine besonderen Umstände vorlie-

³⁴ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 425.

³⁵ Art. 32 Abs. 1 OR.

³⁶ BGE 127 III 332, 333 f.

³⁷ BGE 127 III 332, 334; 126 III 361, 363 mit weiteren Hinweisen.

³⁸ BGE 127 III 332, 334 mit weiteren Hinweisen.

³⁹ BGE 127 III 332, 334 f.

⁴⁰ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 159, 432 mit Hinweis, 939, 944.

⁴¹ Vgl. Art. 16 ZGB.

gen, die weitergehende Kontrollmassnahmen erforderlich machen.⁴² Im Falle der Stellvertretung überprüft der Notar die Urteils- und Handlungsfähigkeit des Stellvertreters, nicht aber jene der vertretenen Person, sofern kein Anlass zu Zweifeln besteht.⁴³ Andernfalls verlangt der Notar vom Stellvertreter den Nachweis der Rechtsgültigkeit der Vollmacht respektive der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers.

Prüfung der Vertretungsmacht gewillkürter Stellvertreter

Im Rahmen des Prüfungsverfahrens ermittelt der Notar die Vertretungsbefugnis gewillkürter Stellvertreter, wie zum Beispiel eines Legal Counsel. Das kann etwa durch Vorlage von Vollmachten oder Handelsregisterauszügen – zwecks Überprüfung von Zeichnungsberechtigungen in Bezug auf juristische Personen – geschehen. In der Urkunde gibt der Notar die Tatsache der Stellvertretung mit Angaben zum Vertretungsverhältnis sowie dasjenige Dokument an, anhand dessen er sich von der Vertretungsmacht überzeugt hat.

Anforderungen an die Vollmacht

Das Schweizer Recht verlangt grundsätzlich keine öffentliche Beurkundung der Vollmacht.⁴⁴ Auch dürfen kantonale Vorschriften keine Beglaubigung der Unterschrift der vollmachtgebenden Person vorschreiben.⁴⁵ Vollmachten können vielmehr formlos erteilt werden. Dennoch verlangen einzelne Kantone im Falle der Stellvertretung bei Beurkundungen eine schriftliche Vollmacht. Auch kann der Notar im Einzelfall eine solche verlangen. Insbesondere wenn der Notar den Vollmachtgeber noch nicht kennt, wird er eine schriftliche Vollmacht voraussetzen. Für den Fall, dass der Notar einen Vollmachtgeber persönlich kennt und dieser gegenüber dem Notar mündlich, beispielsweise am Telefon, die Bevollmächtigung des erschienenen Stellvertreters bestätigt, wird er dies in der Urkunde entsprechend zum Ausdruck bringen.⁴⁶ Sofern der Notar keinen direkten Kontakt mit dem Vollmachtgeber hatte und den Vollmachtgeber sowie dessen Unterschrift nicht kennt, wird er verlangen, dass die Unterschrift des Vollmachtgebers auf der

Vollmacht notariell beglaubigt wird.⁴⁷ Geschieht dies durch einen ausländischen Notar, ist zudem eine Apostille (sofern der ausländische Zielstaat dem Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung beigetreten ist) oder Überbeglaubigung durch die zuständige Behörde des Sitzstaates des Notars sowie der Legalisation durch die Botschaft oder das Konsulat des Zielstaates anzubringen. Das Vorhandensein respektive Fehlen einer Unterschriftsbeglaubigung ist für die Entstehung der öffentlichen Urkunde und für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts nicht von Bedeutung, kann aber Voraussetzung für die Eintragungsfähigkeit eines Geschäfts ins Grundbuch oder Handelsregister darstellen.⁴⁸

Der Notar prüft die ihm vorgelegten Vollmachten bezüglich ihrer Echtheit und ihres Inhalts summarisch unter Würdigung der gesamten Umstände mit gehöriger Sorgfalt und Objektivität.⁴⁹ Inhaltlich kontrolliert er, ob das beabsichtigte Handeln des Bevollmächtigten von der Vollmacht abgedeckt ist, und ob die Datierung mit dem zu beurkundenden Geschäft in einem glaubhaften Zusammenhang steht.⁵⁰ Bestehen Zweifel, nimmt der Notar die Beurkundung so lange nicht vor, bis die Zweifel beseitigt wurden.⁵¹ Liegt eine Vollmacht anlässlich der Beurkundung hingegen nicht im Original oder in beglaubigter Kopie vor, sondern beispielsweise nur als Fax, Kopie oder in digitaler Form, vermerkt der Notar diesen Umstand in der Urkunde. Dasselbe gilt in Bezug auf Vollmachten von dem Notar nicht persönlich bekannten Vollmachtgebern ohne Unterschriftsbeglaubigung oder Apostille. Die vorgelegte Vollmacht wird im Original oder als beglaubigte Kopie zu Beweis Zwecken der Urkunde als Beilage angehängt. Liegt anlässlich der Beurkundung eine Vollmacht bloss als Fax, als Kopie oder als Ausdruck einer digitalen Version vor, wird dieses Dokument der Urkunde beigeheftet.

Insbesondere Vertreter juristischer Personen

Im Hinblick auf die Beurkundung von Erklärungen namens juristischer Personen prüft der Notar einerseits die Existenz der juristischen Person sowie andererseits die Zeichnungsberechtigung oder Bevollmächtigung der handelnden Personen. Ist die Existenz einer juristischen Person dem Notar bekannt, kann er dies aus eigener Kenntnis ohne zusätzliche Prüfung bezeugen. Andernfalls wird sich der Notar durch Vorlage eines aktuellen Handelsregisterauszugs von der Existenz der juristischen Person überzeugen. Nicht zwingend, aber dennoch sinnvoll ist, dass der Handelsregisterauszug der Urkunde als Beilage angefügt wird. Dasselbe gilt grundsätzlich in Bezug auf die Prüfung von Zeichnungsberechtigungen. Bei bekannten juristischen Personen kann sich der Notar insbesondere

⁴² BRÜCKNER, a.a.O., Rz 939, 998.

⁴³ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 986, 1012.

⁴⁴ Eine Ausnahme besteht in Bezug auf die Bevollmächtigung zur Verbürgung, welche gemäss Art. 493 Abs. 6 OR der öffentlichen Beurkundung bedarf.

⁴⁵ SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg 1988, 61 N 226, mit Verweis auf BGE 99 II 159 ff., besonders 163; ferner MEIER-HAYOZ, Kommentierung von Art. 657 ZGB. In: MEIER-HAYOZ (Hrsg.) Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht/Sachenrecht/Grundeigentum I: Art. 655-679, Bern 1974, Art. 657 ZGB; HAAB/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Auflage Zürich 1977, Art. 657 ZGB N 16; BECK, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bd V, Schlusstitel, II, Abschnitt, Bern 1932, Art. 55 SchlT ZGB N 14. Anderer Meinung: WIELAND, Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909, Art. 657 ZGB N 5.

⁴⁶ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 2153.

⁴⁷ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1044, 2155.

⁴⁸ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1047; SCHMID, 1988, 61, N 172; BGE 99 II 159, 163.

⁴⁹ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1042, 1046.

⁵⁰ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1045.

⁵¹ BRÜCKNER a.a.O., Rz 1048.

auf eine Bestätigung der Existenz sowie Zeichnungsberechtigung einer bestimmten Person entweder per Telefon durch eine ihm bekannte Stimme oder mittels schriftlicher Mitteilung einer ihm bekannten zeichnungsberechtigten Person verlassen.⁵²

Der Inhalt des schweizerischen Handelsregisters gilt als öffentlich bekannt, weshalb der Notar auch selbst Einsicht in dieses nehmen und auf die Vorlage eines Handelsregisterauszugs verzichten kann. Der Notar kann daher auch darauf verzichten, in der Urkunde zu vermerken, wie er sich von Existenz und Zeichnungsberechtigung überzeugt hat. Ausländische (Handels-) Registereintragungen gelten in der Schweiz hingegen nicht als öffentlich bekannt. Dem Notar ist daher der ausländische Handelsregisterauszug im Original oder als Fotokopie vorzulegen, den er der Urkunde als Beilage anfügt.⁵³ In der Urkunde ist zu vermerken, dass und wie sich der Notar von der Existenz der juristischen Person sowie von der Zeichnungsberechtigung der erschienenen Person überzeugt hat.⁵⁴ Handelt es sich um eine juristische Person aus einem Staat ohne eine dem Handelsregister vergleichbare Institution, ist dem Notar ein (beglaubigtes und mit Apostille oder Überbeglaubigung versehenes) Exemplar des Gründungsakts und/oder der Statuten zum Existenzbeweis sowie ein aussagekräftiger Organbeschluss zum Beweis der Vertretungsmacht der erschienenen Personen vorzulegen.⁵⁵ Im Falle einer ausländischen juristischen Person darf eine Beurkundung – ohne Kontrolle der Existenz sowie der Zeichnungsberechtigung oder Bevollmächtigung der erschienenen Person – nur bei glaubhafter Dringlichkeit stattfinden, sofern weder ein Missbrauch noch ein rechtswidriges Handeln zu befürchten sind.⁵⁶ Ergibt sich die Zeichnungsberechtigung der handelnden Person in Bezug auf das beabsichtigte Geschäft nicht aus dem Handelsregister, hat der Notar Einsicht in die internen Ermächtigungsbeschlüsse zu nehmen, aus denen sich die Existenz respektive der Umfang der Zeichnungsberechtigung ergeben.⁵⁷

Bei Dringlichkeit

Bei glaubhafter Dringlichkeit kann eine Beurkundung auch dann erfolgen, wenn im Zeitpunkt der Beurkundung der Erschienene zwar erklärt, er sei bevollmächtigt, der Notar die Bevollmächtigung jedoch nicht (sofort) kontrollieren kann. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn keine schriftliche Vollmacht vorliegt oder Zweifel bestehen, ob das beabsichtigte Handeln von einer vorliegenden Vollmacht abgedeckt ist.⁵⁸ Der Notar muss bei fehlender Vollmacht respektive Kontrollmöglichkeit oder Zweifeln an der Urkunde auf diesen Umstand sowie den Grund für die gleichwohl vorge-

nommene Beurkundung hinweisen.⁵⁹ Bis zur genügenden Klärung der Vertretungsmacht wird der Notar zur Vermeidung von Missbrauch davon absehen, die Urkunde oder auch nur schon Fotokopie beziehungsweise digitale Versionen der Urkunde herauszugeben. Der Notar wird die Urkunde erst an die Klientschaft aushändigen oder dem zuständigen Handelsregister (oder sonstigem Amt) einreichen, nachdem er Klarheit über die Vertretungsmacht erhalten hat.

Für den Legal Counsel ist es daher unerlässlich, dem Notar in Fällen von Dringlichkeit eine plausible Erklärung dafür abgeben zu können, weshalb die Beurkundung keinen Aufschub dulde. Kann der Erschienene keine glaubhaften Gründe für das Fehlen einer (ausreichenden) schriftlichen Vollmacht sowie für die Dringlichkeit darlegen, wird der Notar die Beurkundung ablehnen; ebenso wenn sich aus der Kontrolle der Vollmacht oder den gesamten Umständen der Verdacht rechtswidrigen Handelns ergibt.⁶⁰ Das kann etwa der Fall sein, wenn eine Vollmacht ein altes Datum aufweist und der Erschienene hierfür keine plausible Erklärung hat, oder wenn sich das zu beurkundende Geschäft für den Vollmachtgeber als offensichtlich unvorteilhaft oder für den angeblich mündlich Bevollmächtigten selbst als übermässig vorteilhaft erweist.⁶¹

Fazit

Im Hinblick auf die Prüfung der Vertretungsmacht durch den Notar sowie die Notwendigkeit der Offenlegung in der Urkunde empfiehlt es sich, die erforderlichen Belege, namentlich eine genügende Vollmacht, rechtzeitig zu beschaffen und dem Notar (allenfalls vorgängig zur Vorprüfung) vorzulegen. Es ist nicht Sache des Notars, sich aktiv um die Vorlage genügender Belege zu kümmern, sondern der vor ihm erscheinenden Personen, ihn ausreichend zu dokumentieren. Da der Notar die Beurkundung ablehnen muss, wenn ihm eine genügende Abklärung der Vertretungsmacht eines Stellvertreters nicht möglich ist, erscheint es gerade für einen Legal Counsel im Hinblick auf die Beurkundung eines Geschäftes für ein Unternehmen durch dessen Organe oder sonstige Stellvertreter sinnvoll, rechtzeitig im Voraus mit dem Notar Kontakt aufzunehmen und seine Anforderungen an einen rechtsgenügenden Nachweis der Vertretungsmacht im Hinblick auf die Beurkundung in Erfahrung zu bringen. Dabei kann der Notar darüber aufklären, ob und in welchem Fall die Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers sowie allenfalls das Einholen einer Apostille oder Überbeglaubigung erforderlich sind. Idealerweise bittet der Legal Counsel den Notar, ihm eine individuell vorbereitete Vollmachtsvorlage zur Verfügung zu stellen. Um insbesondere allfälligen Zweifel in Bezug auf den Umfang der Vertretungsmacht eines Bevollmächtigten entgegenzu-

⁵² BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1021.

⁵³ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1027.

⁵⁴ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1027.

⁵⁵ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1027.

⁵⁶ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1017.

⁵⁷ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1026, 1029.

⁵⁸ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1031, 1035, 1048.

⁵⁹ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 2152, 2156 f.

⁶⁰ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1039 f.

⁶¹ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1040.

treten, empfiehlt sich das Ausstellen einer Spezialvollmacht mit aktuellem Datum und möglichst genauer Bezeichnung des beabsichtigten Rechtsgeschäfts. Immer wieder werden in der Praxis Vollmachten ohne Bedacht ausgestellt und rückdatiert. Das nachträgliche Ausstellen und Rückdatieren von Vollmachten erfüllt jedoch den Straftatbestand der Falschbeurkundung.⁶²

Empfehlenswert ist es zudem, die vorbereiteten Unterlagen dem Notar vorab in digitaler Form (zur Vorprüfung) zuzustellen. Dies erlaubt es ihm einerseits, zu prüfen, ob diese vollständig und ausreichend sind, sowie andererseits die personellen Angaben und jene zum Vertretungsverhältnis im Urkundenentwurf bereits vor dem Beurkundungstermin zu finalisieren. Dem Legal Counsel seinerseits bleibt genügend Zeit, um rechtzeitig vor der Beurkundung allfällige Verbesserungen vorzunehmen oder ergänzende Dokumente zu beschaffen. Durch eine rechtzeitige Klärung der Anforderungen des Notars sowie ein rechtzeitiges Einholen der benötigten Dokumente seitens des Legal Counsel kann vermieden werden, dass ungenügende Unterlagen zur Nachbesserung zurückgewiesen werden, die Beurkundung abgesagt oder verschoben werden muss; oder allgemein kurzfristige Abklärungs- oder Nachbesserungshandlungen notwendig sind, die für alle Beteiligten unnötigen Mehraufwand und allenfalls Mehrkosten bedeuten.

D. Unterschriftsbeglaubigung

1. Einleitende Erläuterungen zur Unterschriftsbeglaubigung

Der Idealvorgang der Beglaubigung der Echtheit einer Unterschrift besteht in der Bescheinigung des Notars, dass die unterzeichnete Person, deren Identität er zuvor geprüft hat, die Unterschrift in seiner Anwesenheit angebracht oder ihm gegenüber als die eigene anerkannt hat. Da dieser Vorgang des persönlichen Aufsuchens eines Notars in der Praxis bei der Klientschaft gerade bei häufigem Beglaubigungsbedürfnis unliebsame Mühen beschert, wird von dieser eine „Beglaubigung unter Abwesenden“ (auch „Fernbeglaubigung“ genannt) bevorzugt. Wenngleich einzelne Autoren die Auffassung vertreten, die Unterschriftsbeglaubigung unter Abwesenden sei generell unzulässig⁶³, erachtet die herrschende Lehre diese als grundsätzlich zulässig.⁶⁴ Der deutsche Gesetzgeber erachtet die Fernbeglaubigung ebenfalls kritisch.⁶⁵ Gerade für den Legal Counsel wird sich in der Praxis deshalb immer wieder die Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen die Fernbeglaubigung von Unter-

schriften der operativ tätigen Personen seines Unternehmens möglich ist, respektive wann diese Personen persönlich vor dem Notar erscheinen müssen.

2. Fernbeglaubigung

An Fernbeglaubigungen sind hohe Anforderungen zu stellen, denn immerhin bestätigt der Notar die Echtheit der Unterschrift einer bestimmten Person, was deren Identifizierung voraussetzt. Denkbar sind verschiedene Vorgehensweisen: Der Notar kann durch Vergleich der fraglichen Unterschrift mit einer anderen, ihm vorliegenden, unzweifelhaft echten Unterschrift der unterzeichnenden Person (Unterschriftenmuster), durch Beurteilung der Unterschrift aufgrund eigener Erinnerung an früher gesehene Unterschriften der fraglichen Person,⁶⁶ durch telefonische Anerkennung durch die unterzeichnende Person oder eine Kombination mehrerer dieser Methoden die Echtheit der Unterschrift ermitteln. Die Beglaubigung der Echtheit einer Unterschrift aufgrund blosser Erinnerung wird der Notar nur vornehmen, wenn er mit der unterzeichnenden Person mit einer gewissen Regelmässigkeit zu tun hat und aufgrund der gesamten Umstände (verwendetes Briefpapier, Inhalt des unterzeichneten Textes, Art der Übermittlung des Beglaubigungsbegehrens etc.) eine Fälschung mit Sicherheit ausschliessen kann.⁶⁷ Voraussetzung der telefonischen Anerkennung ist, dass die unterzeichnende Person dem Notar persönlich so gut bekannt ist, dass er diese am Telefon zweifelsfrei identifizieren kann, dass der Notar die zu beglaubigende Unterschrift gut kennt oder ein zuverlässiges Vergleichsmuster zur Hand hat, und dass sowohl für den Notar als auch für die unterzeichnende Person übereinstimmend und zweifelsfrei feststeht, auf welchem Dokument sich die zu beglaubigende Unterschrift befindet.⁶⁸ Die in der Praxis am häufigsten erscheinende Methode ist jene der Beurteilung der Gesamtumstände ohne Unterschriftenvergleich. Im Rahmen der Beurteilung der Gesamtumstände kann der Notar der unterzeichnenden Person beispielsweise einen Scan des Dokuments mit der zu beglaubigenden Unterschrift an ihre persönliche E-Mail Adresse senden, mit der Bitte um Bestätigung, dass es sich um die eigene, persönlich geleistete Unterschrift handle. In jedem Fall muss der Notar aber selbst zur Überzeugung gelangen, dass eine Unterschrift echt, also einer bestimmten Person zuzuordnen ist und eine Fälschung mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Aus dem Gesagten folgt, dass bei Erstbeglaubigungen, wenn also der Notar die Unterschrift einer ihm unbekannt Person beglaubigen soll, keine Fernbeglaubigung erfolgen darf.

⁶² Art. 251 Ziff. 1 StGB; BGE 122 IV 332.

⁶³ SCHÖNENBERGER/JÄGGLI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilbd. V/1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkung vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR, 3. Auflage Zürich 1973, Art. 13 OR N 90, 572.

⁶⁴ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 3243 mit Verweis; MARTI, a.a.O., 132.

⁶⁵ In § 40 Abs. 1 des deutschen Beurkundungsgesetzes ist vorgesehen, dass eine Unterschrift nur beglaubigt werden soll, wenn sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt wird.

⁶⁶ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 3324.

⁶⁷ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 3327.

⁶⁸ RUF, Notariatsrecht, LANGENTHAL 1995, § 37 N 1521; BRÜCKNER, a.a.O., Rz 3310 ff.; BGE 113 IV 77.

3. Unterschriftsbeglaubigung auf privaten Akten

Unterschriftsbeglaubigungen auf privaten Akten dürfen nur vorgenommen werden, wenn hierfür ein schutzwürdiges Interesse gegeben ist.⁶⁹ Da der Unterschied zwischen einer öffentlich beurkundeten Erklärung und einer privatschriftlichen Erklärung mit beglaubigter Unterschrift nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden darf, besteht die Gefahr, dass eine solche Beglaubigung bei Dritten den Anschein einer öffentlichen Beurkundung (mit allen damit verbundenen Rechtsfolgen, wie namentlich der erhöhten Beweiskraft) erweckt.⁷⁰ Die bloße Unterschriftsbeglaubigung macht jedoch keine Aussage zur Wahrheit oder Richtigkeit des Inhalts des Rechtsgeschäfts. Ferner wird dadurch der Inhalt des Rechtsgeschäfts weder verbindlich(er), noch erhöht sich die Beweiskraft des Dokuments. Wird mit einer Unterschriftsbeglaubigung bezweckt, ein Geschäft durch die Mitwirkung eines Notars als inhaltlich geprüft, wichtiger oder verbindlicher darzustellen, als es tatsächlich ist, oder besteht die Gefahr, ein solcher Eindruck könnte bei Dritten erweckt werden, wird der Notar eine Beglaubigung nicht vornehmen.⁷¹

Der Artikel wurde in folgendem Praxishandbuch publiziert:



<http://www.springer.com/de/book/97836625>

Stach Rechtsanwälte AG
Poststrasse 17
Postfach 1944
CH-9001 St.Gallen
T +41 (0)71 278 78 28
F +41 (0)71 278 78 29
kummer@stach.ch
www.stach.ch

⁶⁹ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1202, 3275.

⁷⁰ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1202.

⁷¹ BRÜCKNER, a.a.O., Rz 1203.