

Mit freundlicher Genehmigung des Stämpfli-Verlags

Brücken bauen

Festschrift für Thomas Koller

Herausgegeben von:

Susan Emmenegger

Stephanie Hrubesch-Millauer

Frédéric Krauskopf

Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.)

Brücken bauen



Thilo

Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.)

Brücken bauen

Festschrift für Thomas Koller



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2657-1

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:
Judocu ISBN 978-3-0354-1583-4

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Die Vollmacht im Erbgang des Vollmachtgebers – zu einer Schnittstelle zwischen Obligationen- und Erbrecht

STEPHAN WOLF*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	975
II.	Der Grundsatz der Unvererblichkeit der Vollmacht und seine Ausnahmen	977
III.	Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) und postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall).....	978
	A. Unterscheidung.....	978
	B. Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus).....	979
	C. Postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall).....	980
IV.	Die transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers.....	981
	A. Einleitende Bemerkungen.....	981
	B. Ausschluss der vererblichen Vollmacht im Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrecht.....	982
	C. Fortgeltung der Vollmacht mit Subjektswechsel auf Seiten des Vollmachtgebers.....	983
	D. Informationspflicht des Bevollmächtigten gegenüber den Erben.....	986
	E. Handeln im Namen des Erblassers oder der Erben?.....	988
	F. Wahrung der Interessen des Erblassers oder der Erben?.....	989
	G. Widerruf der Vollmacht durch die Erben	990
V.	Schluss	993

I. Einleitung

In seinem reichen, vielfältigen Wirken als Forscher und Lehrer hat sich der Jubilar als einem seiner Kerngebiete besonders auch mit dem Obligationenrecht befasst. Von THOMAS KOLLER hat der Schreibende während nunmehr über zwanzig Jahren – zunächst als Oberassistent und dabei namentlich in gemeinsam mit dem Jubilar durchgeführten Privatrechtlichen Übungen sowie später als jüngerer Kollege in der Berner Fakultät – nicht nur fachlich überaus viel gelernt, sondern bei ihm vor allem auch immer ein offenes Ohr und direkten persönlichen Zugang gefunden. Der vorliegende, THOMAS freund-

schaftlich gewidmete Beitrag verbindet namentlich Fragen des Obligationenrechts und solche des Erbrechts.

Beim Ableben eines Menschen gehen dessen Rechtsverhältnisse grundsätzlich – mithin soweit sie nicht unvererblicher Natur sind, wie das namentlich bei (höchst-)persönlichen Beziehungen der Fall ist – auf dem Wege der *Universalsukzession* und *ipso iure* auf seine Erben über (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB). Das gilt insbesondere auch für obligationenrechtliche Beziehungen, die typischerweise vermögensrechtlicher Natur sind und deshalb regelmässig zur Erbschaft gehören¹.

Gehen die Rechtsverhältnisse auf einen Alleinerben über, so tritt dieser als einzige Person an die Stelle des Erblassers. Besteht – wie es die Regel bildet² – eine Erbenmehrheit, so werden die übergehenden Rechtsverhältnisse demgegenüber gemeinschaftlich und stehen sämtlichen Erben als Erbengemeinschaft zu gesamter Hand zu (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB)³. Das gilt allgemein und somit auch für obligationenrechtliche Verhältnisse.

Die Regelung der *Vollmacht* findet sich im Obligationenrecht unter der Marginalie «Stellvertretung» (Art. 32-40 OR). Die Vollmacht ermöglicht natürlich auch die Vornahme vermögenswerter Transaktionen durch den Stellvertreter, sie stellt aber nicht eine eigentliche vermögensrechtliche Rechtsbeziehung dar. Vielmehr ist sie Ausdruck eines persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem⁴. Aus diesem Grunde bestimmt Art. 35 Abs. 1 OR, dass die Vollmacht unter anderem mit dem Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten erlischt, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht. Das Gesetz ordnet damit die *grundsätzliche Unvererblichkeit der Vollmacht* an^{5, 6}. Der Fall der Vollmacht über den Tod des Bevollmächtigten hinaus kommt in

* Prof. Dr. iur. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

¹ Siehe dazu STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 41.

² STEPHAN WOLF, in: Stephan Wolf/Martin Eggel, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014, Art. 602 ZGB N 4; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Erbrecht, Basel 2015, S. 153; je m.w.H.

³ Die Erbengemeinschaft hat keine Rechtsfähigkeit, sondern gehört zu den Rechtsgemeinschaften in der Gestalt der Gemeinschaft zu gesamter Hand; vgl. näher zur Rechtsnatur der Erbengemeinschaft BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 42 ff.

⁴ Siehe auch CHARLOTTE THALMESSINGER, Beiträge zur Lehre von der Vollmacht, Diss. Zürich 1931, S. 35; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 371.

⁵ Siehe auch FELIX ERB, Die Bankvollmacht, Diss. Freiburg 1974, S. 255.

⁶ Dazu näher II. sogleich.

der Praxis kaum vor und wird im Schrifttum jeweils nur knapp behandelt⁷. Demgegenüber bildet die (auch) nach dem Tod des Vollmachtgebers wirkende Vollmacht durchaus eine praktische Realität und findet in der Lehre grössere Beachtung.

Die Erteilung der Vollmacht stellt ein *einseitiges Rechtsgeschäft* dar, das zwar weder annahmebedürftig noch annahmefähig, aber doch empfangsbedürftig ist⁸. Zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem besteht in der Regel zusätzlich auch ein vertragliches Verhältnis (sog. *Grundverhältnis*), namentlich ein Auftrag⁹ oder ein Arbeitsvertrag. Vollmacht und Grundverhältnis bleiben aber grundsätzlich in ihrem Bestand voneinander unabhängig, d.h. die Vollmacht ist abstrakt¹⁰. Mittels die Vollmacht begleitender Verträge können der Vertretene und der Vertreter ihre Beziehungen rechtlich regeln, mithin im Innenverhältnis Rechte und Pflichten begründen¹¹. Am Berührungspunkt von Vollmacht und vollmachtbegleitendem Vertrag stehen die Weisungen für die Ausübung der Vollmacht; sie gelten in der Regel als inhaltliche Begrenzung der Vollmacht¹².

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Vollmacht im Erbgang des Vollmachtgebers. Dabei ist zunächst der Grundsatz der Unvererblichkeit der Vollmacht darzustellen (II.), anschliessend ist auf die Unterscheidung zwischen transmortalen und postmortalen Vollmacht einzugehen (III.). Es folgen Ausführungen zur transmortalen Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers (IV.) und der Schluss (V.).

II. Der Grundsatz der Unvererblichkeit der Vollmacht und seine Ausnahmen

Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht *erlischt mit dem Tod des Vollmachtgebers*, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des

⁷ ERB (Fn. 5), S. 275; vgl. auch THALMESSINGER (Fn. 4), S. 44; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 371; ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Auflage, Bern 2014, Art. 35 OR N 78 f.

⁸ Ausführlicher zur Rechtsnatur der Vollmacht BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 33 OR N 28-30, m.w.H. Vgl. auch VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 354.

⁹ Entsprechend der Regelung von Art. 35 Abs. 1 OR für die Vollmacht erlischt auch der Auftrag mit dem Tod des Auftraggebers oder des Beauftragten, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht (Art. 405 Abs. 1 OR).

¹⁰ Zum Ganzen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 32 OR N 160; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 615 f.; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 359.

¹¹ Näher BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 32 OR N 163 f.; BUCHER (Fn. 10), S. 616 ff.

¹² BUCHER (Fn. 10), S. 617 f.; weiter BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 32 OR N 162.

Geschäftes hervorgeht (Art. 35 Abs. 1 OR). Der Tod des Vollmachtgebers bildet demnach einen gesetzlichen Erlöschensgrund¹³ für die Vollmacht. Die Vollmacht ist somit *grundsätzlich unvererblich*¹⁴.

Die Vorschrift des Art. 35 Abs. 1 OR ist allerdings – wie sich bereits aus ihrem Wortlaut ergibt – von *dispositiver Natur*¹⁵. Durch entsprechende Anordnung kann der Erblasser als Vollmachtgeber bestimmen, dass die Vollmacht auch nach seinem Ableben fortbesteht, mithin mit Wirkung für seine Erben. Statt durch eine entsprechende gegenteilige Bestimmung kann sich das Fortbestehen der Vollmacht auch aus der besonderen Natur des Geschäftes ergeben (Art. 35 Abs. 1 OR); zu denken ist etwa an dringliche Akte im Interesse des Vollmachtgebers bzw. seiner Erben wie eine Fristwahrung oder die Beendigung eines begonnenen Geschäftes¹⁶.

III. Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) und postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall)

A. Unterscheidung

Innerhalb der Vollmachten ist für den hier interessierenden Zusammenhang des Ablebens des Vertretenen im Einzelnen zu unterscheiden zwischen der transmortalen und der postmortalen Vollmacht. Gleichbedeutend wird auch von der Vollmacht über den Tod hinaus und der Vollmacht auf den Todesfall gesprochen¹⁷.

¹³ Siehe BUCHER (Fn. 10), S. 607 f.

¹⁴ Eine vergleichbare Rechtslage besteht in Österreich gemäss § 1022 ABGB: «In der Regel wird die Vollmacht sowohl durch Tod des Gewaltgebers als des Gewalthabers aufgehoben. Lässt sich aber das angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachteil der Erben nicht unterbrechen, oder erstreckt sich die Vollmacht selbst auf den Sterbefall des Gewaltgebers; so hat der Gewalthaber das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden.» Dazu näher PETER BYDLINSKI, in: Helmut Koziol/Peter Bydliniski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkommmentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO, 5. Auflage, Wien 2017, N 1-3 zu § 1022 ABGB.

¹⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 2.

¹⁶ ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 35 OR N 2, m.w.H.

¹⁷ Abweichend von der hier vorgenommenen, im Erbrecht üblichen Unterscheidung – vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 270-272; wie hier auch VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 369 – werden in der schuldrechtlichen Literatur die Vollmacht über den Tod hinaus und die Vollmacht auf den Todesfall regelmässig unter dem Oberbegriff der

B. Transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus)

Die transmortale Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) ist bereits zu Lebzeiten des Vollmachtgebers wirksam und behält ihre Wirksamkeit auch bei dessen Ableben. Weil ihre Wirkungen schon zu Lebzeiten bestehen, handelt es sich dabei dem Grundsatz nach um ein *Rechtsgeschäft unter Lebenden*¹⁸. Diesbezüglich vorzubehalten bleibt der Fall, in dem der Bevollmächtigte tatsächlich erst nach dem Ableben des Vollmachtgebers auftreten soll, womit eine Verfügung von Todes wegen vorliegt¹⁹ und sich dieselben Fragen zur Zulässigkeit stellen wie für die postmortale Vollmacht²⁰.

Als Rechtsgeschäft unter Lebenden kann die Vollmacht über den Tod hinaus grundsätzlich formfrei ausgestellt werden²¹. Sie allein ist in Art. 35 Abs. 1 OR denn auch angesprochen; mit der Anordnung der Wirkung über den Tod hinaus wird sie zur vererblichen Vollmacht²². Die Vollmacht über den Tod hinaus ist in der Praxis, namentlich im Bankgeschäft als sogenannte T-Vollmacht, weit verbreitet²³.

postmortalen Vollmacht zusammengefasst; so etwa BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 46, m.w.H.; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 7. Diese nicht differenzierende Begriffsverwendung erschwert die Diskussion und macht jeweils namentlich eine eindeutige Beurteilung schwierig, ob im Einzelfall eine Vollmacht über den Tod hinaus oder eine Vollmacht auf den Todesfall gemeint ist. Siehe zur Terminologie jüngstens auch ANNINA VÖGELI, Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?, *successio* 2018, S. 31 ff., S. 32.

¹⁸ STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Basel 2012, S. 168 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 68; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 8; PETER WEIMAR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, die Verfügungsfreiheit, die Verfügungsarten, die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, N 104 der Einleitung zum 14. Titel; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 271; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2^e édition, Bern 2015, N 285g.

¹⁹ STEPHAN WOLF, Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, insbesondere aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Vermögensverwaltung und Nachlassplanung*, Berner Bankrechtstag, BBT Band 11, S. 59 ff., S. 86.

²⁰ Vgl. dazu III.C. sogleich.

²¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 68.

²² Siehe VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 369.

²³ DIETER ZOBL, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb- und Schuldrecht, *AJP* 2001, S. 1007 ff., S. 1008; vgl. auch GENEVIÈVE BRUNNER, *Der Tod des Bankkunden*, Diss. St. Gallen, Zürich 2011, S. 22.

C. Postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall)

Die postmortale Vollmacht (Vollmacht auf den Todesfall) erlangt dagegen erst auf den Zeitpunkt des Ablebens des Vollmachtgebers Wirksamkeit²⁴. Weil sie zu Lebzeiten des Vollmachtgebers noch gar nicht besteht, kann sie auch nicht vererbt werden; sie ist mithin – anders als die Vollmacht über den Tod hinaus²⁵ – nicht eine vererbliche Vollmacht, sondern sie entsteht überhaupt erst mit dem Erbgang. Damit wird die postmortale Vollmacht vom Wortlaut des Art. 35 Abs. 1 OR gar nicht erfasst²⁶. Die Vollmacht auf den Todesfall stellt folglich ein ausschliesslich auf den Tod des Vollmachtgebers hin wirksames Rechtsgeschäft dar, sie ist deshalb als eine *Verfügung von Todes wegen* zu qualifizieren und hat die für eine solche vorgeschriebenen Formvorschriften zu wahren²⁷. Aber selbst dann, wenn die postmortale Vollmacht formrichtig in einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag²⁸ ausgestellt worden ist, lässt sich ihre Zulässigkeit nicht vorbehaltlos bejahen. Denn die Vollmacht auf den Todesfall *fehlt im numerus clausus erbrechtlicher Anordnungen*. Weiter verstösst eine postmortale Vollmacht gegen den Grundsatz der *Höchstpersönlichkeit von Verfügungen von Todes wegen*, welcher jede Vertretung des Erblassers ausschliesst²⁹. Ausserdem sieht das Erbrecht für entsprechende Aufgaben das eigenständige Institut der *Willensvollstreckung* (Art. 517 f. ZGB) vor. Unter diesen Gesichtspunkten muss sich die Vollmacht auf den Todesfall als unzulässig erweisen^{30, 31}. Wegen der recht-

²⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 272.

²⁵ Dazu III.B. soeben.

²⁶ Zutreffend THALMESSINGER (Fn. 4), S. 55, wonach «eine rein grammatikalische Interpretation» des Art. 35 OR ergebe, «dass das Gesetz nicht eine erst mit dem Tode in Kraft tretende Vollmacht erlauben wollte, denn dieser Artikel handelt vom Erlöschen der Vollmacht, was voraussetzt, dass dieselbe bereits bestanden haben muss.»

²⁷ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 167 f.; STEINAUER (Fn. 18), N 285h; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 70; BK-WEIMAR (Fn. 18), N 104 der Einleitung zum 14. Titel; HANS RAINER KÜNZLE, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung*, 3. Auflage, Basel 2015, N 100 der Einleitung. A.M., für die Qualifikation als Rechtsgeschäft unter Lebenden, ERB (Fn. 5), S. 301.

²⁸ Zu beachten ist, dass die postmortale Vollmacht formell zwar in einem Erbvertrag enthalten sein kann, aber nur als einseitige, jederzeit widerrufliche testamentarische Klausel; vgl. THOMAS GEISER, Über den Tod hinaus wirksame Vollmacht und wirksamer Auftrag, in: Giorgio A. Bernasconi/Marco Ambrosini/Luca Guidicelli (Hrsg.), *Temi scelti di diritto ereditario: atti della giornata di studio del 16 ottobre 2000*, Genf/Basel/München 2002, S. 21 ff., S. 35; weiter VÖGELI (Fn. 17), S. 34.

²⁹ STEINAUER (Fn. 18), N 285h, Fn. 29. Zur Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen näher WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 280 ff.

³⁰ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 167 f., m.w.H.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 272; so auch STEINAUER (Fn. 18), N 285h, Fn. 29; kritisch zur Zulässigerklärung durch einen Teil der Lehre weiter namentlich OLIVER OEXL, *Praktische Probleme der Vermögensverwaltung und Nachlassplanung aus der Sicht des Bankjuristen*, in: Wolfgang

lichen Unwägbarkeiten und auch des im Vergleich mit der transmortalen Vollmacht wesentlich höheren Missbrauchspotenzials ist auf die Verwendung der postmortalen Vollmacht vorzugsweise überhaupt zu verzichten. In der Praxis kommt der postmortalen Vollmacht heute denn auch kaum mehr Bedeutung zu, namentlich wird sie von Banken nicht (mehr) akzeptiert^{32, 33}. Im Folgenden wird deshalb mit Blick auf die Situation nach dem Tod des Vollmachtgebers nicht mehr auf die postmortale Vollmacht eingegangen, sondern einzig auf die transmortale Vollmacht Bezug genommen.

IV. Die transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers

A. Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend sind das Schicksal und die Wirkungen der transmortalen Vollmacht (Vollmacht über den Tod hinaus) nach dem Ableben des Vollmachtgebers zu betrachten. Im Einzelnen zu behandeln sind, nach einem Hinweis auf die Sonderregelung des Grundbuchrechts³⁴, die Fortgeltung der Vollmacht bei Eintritt eines Subjektswechsels auf Seiten des Vollmachtgebers³⁵, die Fragen

Wiegand (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Berner Bankrechtstag, BBT Band 11, S. 13 ff., S. 17. Vgl. ebenso auch schon früh THALMESSINGER (Fn. 4), S. 55 f., wonach «die Errichtung einer erst mit dem Tode des Vollmachtgebers in Kraft tretende Vollmacht stets eine Umgehung der erbrechtlichen Formen darstellt und vom Standpunkte des schweizerischen Rechtes aus unzulässig ist.» Für Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall hingegen BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 47; CHARLOTTE-ELISABETH SCHULTZ-MEISTER, Die Vollmacht über den Tod hinaus nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1960, S. 178 f.; ERB (Fn. 5), S. 300 f.; je m.w.H.

³¹ In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist soweit ersichtlich die Frage nach der Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall noch nie beurteilt worden.

³² Zum Ganzen WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 167 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 272; PraxKomm-KÜNZLE (Fn. 27), N 100 der Einleitung; je m.w.H.; OEXL (Fn. 30), S. 17. Die Bankenpraxis beruht auf Schweizerische Bankiervereinigung, Zirkular Nr. 5159 vom 22. Oktober 1973; vgl. dazu auch VÖGELI (Fn. 17), S. 41, Fn. 41. Siehe zur Bankenpraxis näher BRUNNER (Fn. 23), S. 24, m.w.H.

³³ Eine vergleichbare Entwicklung lässt sich seit dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechtes im Jahre 2013 für auf den Fall des Verlusts der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers ausgestellte Vollmachten feststellen. Von Banken werden derartige, von der dispositiven Regel des Art. 35 Abs. 1 OR abweichende Vollmachten zunehmend nicht (mehr) anerkannt; stattdessen wird ein Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB) verlangt. Vgl. dazu auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 276.

³⁴ IV.B. sogleich.

³⁵ IV.C.

der Informationspflicht³⁶, des Handelns im Namen des Erblassers oder der Erben³⁷ und der Interessenwahrung³⁸ sowie des Widerrufs der Vollmacht durch die Erben³⁹.

B. Ausschluss der vererblichen Vollmacht im Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrecht

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf die Sonderregelung des Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrechts, wonach sich eine Vollmacht über den Tod hinaus im Grundbuchverkehr als nicht zielführend erweist⁴⁰. Grundbuchliche Verfügungen – wie namentlich Eintragungen – dürfen nämlich in allen Fällen nur auf Grund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden (Art. 965 Abs. 1 ZGB). Der Ausweis über das Verfügungsrecht liegt dabei im Nachweis, dass der Gesuchsteller die nach Massgabe des Grundbuches verfassungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat (Art. 965 Abs. 2 ZGB). Mit dem Ableben des Vollmachtgebers erwerben dessen Erben als Universalsukzessoren die Erbschaft unmittelbar als Ganzes (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB). Das Eigentum an Grundstücken des Erblassers wird dabei von den Erben aussergrundbuchlich erworben (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Damit aber ist der Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers *nicht mehr Inhaber einer Vollmacht der aktuell verfassungsberechtigten Person* und folglich nicht in der Lage, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen. Stattdessen ist aufgrund eines Erbenscheins (Art. 559 Abs. 1 ZGB) als Rechtsgrundaussweis zunächst die Eintragung der Erben des Verstorbenen als Eigentümer in das Grundbuch vorzunehmen (vgl. Art. 65 Abs. 1 lit. a GBV), bevor alsdann durch diese – sei es selber oder sei es durch einen von ihnen allen neu Bevollmächtigten – über das Grundstück verfügt werden kann (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Art. 37 OR bleibt insoweit nicht anwendbar⁴¹. Im Ergebnis ist somit aufgrund der materiellen Ordnung des Immobiliarsachen- bzw. Grundbuchrechts eine vererbliche Vollmacht i.S.v. Art. 35 Abs. 1 OR im Bereiche des Grundbuchverkehrs von vornherein ausgeschlossen.

³⁶ IV.D.

³⁷ IV.E.

³⁸ IV.F.

³⁹ IV.G.

⁴⁰ BGE 111 II 41 f. Aus dem Schrifttum BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 53; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 9; a.M. SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 137 ff.

⁴¹ Zum Ganzen BGE 111 II 41 f.

C. Fortgeltung der Vollmacht mit Subjektswechsel auf Seiten des Vollmachtgebers

Die Vollmacht ist – wie bereits dargelegt⁴² – nach Art. 35 Abs. 1 OR grundsätzlich unvererblich, sie kann aber vom Erblasser durch gegenteilige Anordnung vererblich gestellt werden⁴³. In diesem Fall wirkt die (transmortale) Vollmacht nach dem Ableben des Vollmachtgebers auch für und gegen die Erben, und zwar aufgrund der unmittelbar von Gesetzes wegen eintretenden erbrechtlichen Gesamtnachfolge (Universalsukzession, Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB)⁴⁴. Zur Aufrechterhaltung und *Fortgeltung der Vollmacht* ist deshalb auch keine Zustimmung der Erben notwendig⁴⁵. Der Bevollmächtigte über den Tod hinaus wird selbst dann zum Stellvertreter der Erben, wenn diese vom Vertretungsverhältnis keine Kenntnis haben⁴⁶. Die Fortgeltung der i.S.v. Art. 35 Abs. 1 OR vom Vollmachtgeber vererblich gestellten Vollmacht ist somit alleine aufgrund des Prinzips der *Universalsukzession* zu anerkennen⁴⁷, denn Universalsukzession bedeutet, dass die vererblichen Rechtspositionen, so wie sie beim Erblasser vorhanden sind, bei seinen Erben nahtlos und unverändert fortbestehen⁴⁸. Weiter bleibt die vererbliche Vollmacht auch unabhängig davon bestehen, ob ein zugehöriges Grundverhältnis überhaupt vorliegt und wie es gegebenenfalls um dieses bestellt ist⁴⁹. Die transmortale Vollmacht qualifiziert sich mithin als den Tod des Vollmachtgebers überdauernde, unvollendete, nicht vermögensrechtliche Rechtslage, die aufgrund des Prinzips der Gesamtnachfolge übergeht⁵⁰.

Mit dem Ableben des Vollmachtgebers und Erblassers findet ein *Subjektswechsel* hinsichtlich der Rechts- und Pflichtenlage – mithin der Rechtsträgerschaft – an den Gegenständen der Erbschaft statt. An die Stelle des Verstorbenen treten dessen Erben, und zwar nach den in Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB verankerten Grundsätzen der Universalsukzession und des ipso iure-Erwerbs

⁴² I., II. und III.B. hievov.

⁴³ Zum vorzubehaltenden Sonderfall des Grundbuchverkehrs IV.B. soeben.

⁴⁴ Siehe dazu näher SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 68 ff., die sich zu Recht namentlich auch gegen die Begründung der Vererblichkeit aus dem Vertrauen des Erblassers ausspricht.

⁴⁵ ZOBL (Fn. 23), S. 1008. Vgl. auch, m.H. auf Lehre und Rechtsprechung in Deutschland, BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 58, wonach eine Bestätigung der Vollmacht seitens der Erben nicht erforderlich ist.

⁴⁶ ERB (Fn. 5), S. 278. Zur Informationspflicht des Bevollmächtigten über das Bestehen der Vollmacht gegenüber den Erben IV.D. hienach.

⁴⁷ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 77 f. A.M. BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 46, wonach mit der Universalsukzession nach Art. 560 ZGB keine Vollmachten übertragen werden.

⁴⁸ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 24 f., und SPR IV/2 (Fn. 2), S. 66; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 28.

⁴⁹ THALMESSINGER (Fn. 4), S. 44.

⁵⁰ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 77 f. und 116 f.

der Erbschaft⁵¹. Für die Vollmacht über den Tod hinaus bedeutet das, dass der Bevollmächtigte zu Lebzeiten des Vollmachtgebers diesen berechtigt und verpflichtet. Nach dem Ableben kann dagegen der Verstorbene als nicht mehr existierendes Rechtssubjekt (vgl. Art. 31 Abs. 1 ZGB) nicht mehr vertreten werden, sondern es werden *ausschliesslich und unmittelbar die Erben* als (Gesamt-)Rechtsnachfolger des Vollmachtgebers durch die Handlungen des Bevollmächtigten *berechtigt und verpflichtet*⁵². Die Vertretungsmacht über den Tod hinaus wirkt nicht mehr für den Vollmachtgeber, sondern für dessen Erben, auf welche die Erbschaft übergegangen ist und deren Stellung durch das Handeln des Bevollmächtigten nunmehr betroffen wird⁵³. Ab dem Erbfall sind die Erben deshalb auch zuständig für die Erteilung oder Änderung von Weisungen an den Bevollmächtigten und auch zum Widerruf der Vollmacht⁵⁴. Der über den Tod hinaus Bevollmächtigte seinerseits erlangt keinerlei materielle Berechtigung an der Erbschaft – diese steht den Erben zu –, er

⁵¹ Dazu bereits I. hievov und näher WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 26 ff.

⁵² Anders aber BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 49: «Der procurator post mortem verpflichtet und berechtigt nicht (direkt) die Erben, sondern (nach wie vor) den Erblasser. Die Erben werden wegen der Universalsukzession allerdings mittelbar betroffen.» Im Sinne der Vertretung einer nicht mehr existierenden Person für den Fall der Prozessvollmacht auch BGE 50 II 30: «Überdauert somit die Prozessvollmacht gegebenenfalls die Auflösung der Handelsgesellschaft (bezw. den Tod der physischen Person), welche sie erteilt hat, so kann der Bevollmächtigte aus ihr doch nicht die Befugnis herleiten, den Prozess im Namen des Rechtsnachfolgers (Geschäftsübernehmers, Erben) fortzuführen, der ihm ja keinerlei Vollmacht erteilt hat. Vielmehr vermag der Bevollmächtigte auf Grund jener Vollmacht den Prozess nur im Namen der bisherigen Partei fortzusetzen, mag diese auch nicht mehr existieren, mit der Massgabe freilich, dass das auf deren Namen gefällte Urteil gegenüber dem Rechtsnachfolger wirksam ist.» Die «Berechtigung und Verpflichtung des Erblassers» ist auch nicht einmal eine «gedankliche Zwischenstation» – so BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 46 –, weil der Erblasser als verstorbene Person gar nicht mehr vertreten werden kann. Der durch die vorerwähnten Auffassungen letztlich zum Ausdruck gebrachten Ansicht einer «Totenvertretung» lässt sich nicht folgen, denn nach dem Ableben existiert der Erblasser nicht mehr als Rechtssubjekt (Art. 31 Abs. 1 ZGB) und kann natürlich nicht mehr verpflichtet und berechtigt werden. Richtigerweise sind vom Handeln des Bevollmächtigten über den Tod hinaus ausschliesslich die Erben betroffen, und zwar infolge der Universalsukzession und des Vonselbsterwerbs der Erbschaft (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) unmittelbar. Gegen eine «Totenvertretung» unter Hinweis auf Art. 31 ZGB auch EMIL MÜLLER, Vererbliche Vollmacht, SJZ 43/1947, S. 317 ff., S. 318; ERB (Fn. 5), S. 278, Fn. 1, und S. 67, Fn. 2; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 370 f.; näher SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 118 f., welche die «Totenvertretung» neben der grundsätzlichen Überlegung der fehlenden Rechtsfähigkeit weiter auch deshalb ablehnt, weil sie «die Erben in eine zu grosse Abhängigkeit vom Willen des Erblassers bringen» würde und «zu einer Ausschaltung des Widerruflichkeitsprinzips durch die Erben» führen müsste. Gegen BGE 50 II 30 aus der Praxis ZR 97/1998, Nr. 24, S. 70 ff., S. 73 f.

⁵³ BUCHER (Fn. 10), S. 608.

⁵⁴ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 219.

kann aber über die Erbschaftsobjekte als Inhaber und im Umfang der Vollmacht verfügen⁵⁵.

Falls *mehrere Erben* vorhanden sind – wie es dem Regelfall entspricht –, beerben sie alle den Vollmachtgeber als Erblasser und die Vollmacht wird nunmehr zur *gemeinsamen Vollmacht*⁵⁶. Der Bevollmächtigte vertritt somit mehrere Miterben, die ihrerseits als Erbengemeinschaft zu gesamter Hand miteinander verbunden sind (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB). Anstelle des ursprünglichen Vollmachtgebers sind insofern nun auf der Vollmachtgeberseite mehrere Personen am Vollmachtsverhältnis beteiligt.

Die Stellung des mit einer transmortalen Vollmacht versehenen Bevollmächtigten als solche bleibt somit beim Tod des Vollmachtgebers zunächst grundsätzlich⁵⁷ unverändert bestehen. Die Vollmacht behält ihre Wirkung. Allerdings *vertritt der Bevollmächtigte nunmehr andere Personen*, die gegebenenfalls auch andere Interessen haben als der ursprüngliche Vollmachtgeber. Handelte der Bevollmächtigte bisher mit Wirkung für und gegen den Vollmachtgeber und Erblasser, so handelt er nunmehr nach dessen Ableben mit Wirkung für und gegen seine Erben⁵⁸. Das ergibt sich als Folge des eben bereits dargestellten, mit dem Ableben des Erblassers aufgrund von Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB unmittelbar eingetretenen Subjektswechsels. Die Erben ihrerseits werden somit durch einen Bevollmächtigten vertreten, dem sie selber nicht Vollmacht erteilt haben. Während in der Regel Vollmachtgeber und Vertretener identisch sind, ist das hier ausnahmsweise nicht der Fall: Vollmachtgeber ist der Erblasser, Vertretene sind nach dessen Ableben die Erben⁵⁹. Diese Konstellation wirft mehrere Fragen auf. So fragt sich zunächst, ob der über den Tod hinaus Bevollmächtigte die Erben über das Bestehen der Vollmacht zu orientieren habe⁶⁰, und weiter, ob er nunmehr im Namen des Erblassers oder der Erben zu handeln⁶¹ und ob er die Interessen des Erblassers oder diejenigen der Erben zu wahren habe⁶². Ebenso stellt sich die zentrale Frage, wie die Erben die nicht von ihnen erteilte, aber direkt für und gegen sie wirkende Vollmacht widerrufen können⁶³.

⁵⁵ Vgl. ERB (Fn. 5), S. 277.

⁵⁶ Siehe allgemein zur gemeinsamen Vollmacht von TUHR/PETER (Fn. 4), S. 367; weiter BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 33 OR N 77.

⁵⁷ Zu Vorbehalten sogleich im Text, m.w.H.

⁵⁸ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 21.

⁵⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60.

⁶⁰ Dazu IV.D. sogleich.

⁶¹ IV.E.

⁶² IV.F.

⁶³ IV.G.

D. Informationspflicht des Bevollmächtigten gegenüber den Erben

Wenn die Erben Kenntnis haben vom Bestehen der vom Erblasser über seinen Tod hinaus erteilten Vollmacht, ergeben sich grundsätzlich keine besonderen Schwierigkeiten im Verhältnis zwischen den an der Vollmacht beteiligten Personen. Die Erben können dem ihnen bekannten Bevollmächtigten Instruktionen betreffend die Vollmachtausübung erteilen und letztlich kann jeder einzelne Erbe die erteilte Vollmacht auch widerrufen^{64, 65}. Demgegenüber ergeben sich dann praktische Probleme für die Weisungserteilung an den Bevollmächtigten oder die Ausübung des Widerrufsrechts seitens der Erben, wenn diesen die vom Erblasser zu dessen Lebzeiten erteilte Vollmacht gar nicht bekannt ist. In einem solchen Falle der Unkenntnis der Erben besteht insbesondere die Gefahr, dass die Vollmacht zu ihrem Nachteil verwendet wird⁶⁶.

Falls die Erben keine Kenntnis vom Bestehen der transmortalen Vollmacht haben und der Bevollmächtigte seinerseits um das Ableben des Erblassers weiss, hat er zunächst die Vollmacht im Interesse der Erben als den vom Geschäft nunmehr Betroffenen auszuüben^{67, 68}.

Der Bevollmächtigte, der vom Tod seines Vollmachtgebers Kenntnis erhält, wird darüber hinaus *die Erben über das Bestehen der Vollmacht so bald als möglich orientieren* müssen⁶⁹. Die Orientierungspflicht ergibt sich regelmässig aus dem die Vollmacht *begleitenden Vertragsverhältnis*, für den häufig vorliegenden Auftrag insbesondere aus Art. 400 Abs. 1 OR⁷⁰ sowie auch aus der Art. 35 Abs. 1 OR entsprechenden Regelung des Art. 405 Abs. 1 OR⁷¹.

⁶⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 57.

⁶⁵ Zum Widerrufsrecht näher IV.G. hienach.

⁶⁶ ERB (Fn. 5), S. 290; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 58, m.H. auch auf BGE 96 II 152.

⁶⁷ Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 59 f.

⁶⁸ Näher zur Frage, wessen Interessen der über den Tod hinaus Bevollmächtigte nach dem Ableben des Vollmachtgebers wahrzunehmen hat, IV.F. hienach.

⁶⁹ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 214 ff.; ERB (Fn. 5), S. 278 f.; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 11. A.M. BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 62, wonach eine derartige Pflicht nach schweizerischem Recht nicht bestehe.

⁷⁰ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 214 f.

⁷¹ Gemäss WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 405 OR N 78, darf der über den Tod des Auftraggebers hinaus Beauftragte die ihm aufgetragenen Geschäfte «nicht hinter dem Rücken der Erben tätigen» (im Original teilweise in Fettschrift), sondern muss vielmehr die Erben über das Bestehen des Auftrages in Kenntnis setzen und eine angemessene Frist abwarten, ob sie den Auftrag widerrufen.

Aber auch bei Fehlen eines Grundverhältnisses für die Vollmacht trifft den Vertreter eine aus der subsidiären Ordnung der *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR) abzuleitende Benachrichtigungspflicht⁷². Dass der Bevollmächtigte die Erben über das Bestehen der Vollmacht zu orientieren hat, ergibt sich nach hier vertretener Ansicht schliesslich bereits aus der Tatsache, dass die Erben die neuen Rechtsträger der Erbschaft sind; und dass die unwisenden Vertretenen vom Vertreter über die Existenz der Vollmacht in Kenntnis zu setzen sind, folgt letztlich aus dem *Gebot des Handelns nach Treu und Glauben* (Art. 2 Abs. 1 ZGB).

Erst die Benachrichtigung durch den Bevollmächtigten ermöglicht es den Erben als den nunmehr aufgrund der Vollmacht über den Tod hinaus von den Handlungen des Vertreters betroffenen Personen, ihr Weisungsrecht auszuüben oder die Vollmacht zu widerrufen. Bei Nicht- oder Schlechterfüllung seiner Benachrichtigungspflicht verletzt somit der Bevollmächtigte seine Pflichten, was ihn gegebenenfalls *schadenersatzpflichtig* macht. Denn weil der Bevollmächtigte in fremdem Interesse handelt, weiss er bzw. muss er wissen, dass er nach dem Willen des Vollmachtgebers zu handeln hat⁷³. Zwischen Weisungsrecht und Benachrichtigungspflicht besteht im Rahmen der Vollmacht ein innerer Zusammenhang⁷⁴. Aus der Informationspflicht des Bevollmächtigten folgt zudem, dass er grundsätzlich – unter Vorbehalt dringender Handlungen, die im offensichtlichen Interesse der Vertretenen stehen⁷⁵ – bis zur Entscheidung der Erben mit der Vornahme rechtsgeschäftlicher oder sonstiger Akte zuzuwarten hat⁷⁶. Einschränkend ist festzuhalten, dass der Bevollmächtigte durch das Tätigwerden unter nunmehr nach dem Tod des ursprünglichen Vollmachtgebers veränderten Umständen nicht stärker belastet werden darf, was ihn aber nicht von der Pflicht zur Benachrichtigung befreit⁷⁷.

Die Informationspflicht kann auch keinesfalls deswegen als problematisch bezeichnet werden, weil der Bevollmächtigte nicht wissen muss, welche Personen die Erben sind und ob diese die Erbschaft nicht ausschlagen⁷⁸. Im Gegenteil: Wer sich eine Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus erteilen lässt und gestützt darauf stellvertretend Handlungen vornimmt, muss sich des beim Ableben eintretenden Subjektswechsels⁷⁹ und der daraus sich für die Bevollmächtigung ergebenden Konsequenzen gerade bewusst sein;

⁷² SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 217. Zum Ganzen auch ERB (Fn. 5), S. 278 f.

⁷³ Zu alledem SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 215.

⁷⁴ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 217.

⁷⁵ Vgl. BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 2.

⁷⁶ ERB (Fn. 5), S. 279. Siehe auch SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 217 und 220.

⁷⁷ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 216.

⁷⁸ So aber BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 62.

⁷⁹ Dazu IV.C. hievor.

will er diese nicht beachten müssen, so hat er auf die Vollmacht zu verzichten oder jedenfalls von der Ausübung der Vollmacht über den Tod hinaus abzu- sehen. Hat der Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers etwa dringende Massnahmen vorzunehmen und weiss er nicht, wer die Erben sind, so wird er sich wie ein Treuhänder verhalten⁸⁰ und sich mithin auf die nötigsten Vorkehren zum Erhalt der Erbschaft beschränken. Zudem wird sich der vom Erblasser Bevollmächtigte bei unbekanntem Erben vorzugsweise an *die für die Abwicklung des Erbanges zuständige Behörde (Sicherungsbehörde)* am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 1 ZGB) wenden und diese Stelle auf seine transmortale Vollmacht hinweisen. Ein unbesehenes, uneingeschränktes Handeln ohne Rücksicht auf die Erben als nunmehrige Rechts- träger der Erbschaftsgegenstände und ohne Kontaktaufnahme mit der Erbgangs- behörde droht nicht zuletzt auch die im Erbrecht letztlich zum Schutz der wahren Erben besonders vorgesehenen Sicherungsmassregeln (Art. 551 ff. ZGB)⁸¹ zu unterlaufen. Zudem steht es von vornherein im Widerspruch dazu, dass die Ausübung der Vollmacht in der Regel allgemein den Interessen des Vertreten- en zu dienen hat⁸², der Stellvertreter sich somit nach dem Ableben des Vollmachtgebers nunmehr an die Interessen der Erben zu halten hat⁸³.

Der sorgfältig vorgehende Bevollmächtigte wird über die Benachrichtigung der Rechtsnachfolger des verstorbenen Vollmachtgebers hinaus seine Rechts- stellung auf eine gesicherte Basis legen und deshalb im Falle von Zweifeln möglichst bald versuchen, von den Erben eine *Bestätigung oder Erneuerung seiner Vollmacht* zu erhalten⁸⁴.

E. Handeln im Namen des Erblassers oder der Erben?

Nach dem Bundesgericht hat der Bevollmächtigte auch nach dem Ableben des Vollmachtgebers in dessen Namen zu handeln und nicht in demjenigen seiner Erben als Rechtsnachfolger⁸⁵. Das Gericht begründet seine Auffassung damit, die Erben hätten dem Bevollmächtigten «ja keinerlei Vollmacht erteilt», so dass er «den Prozess nur im Namen der bisherigen Partei fortzusetzen» vermöge, «mag auch diese nicht mehr existieren»⁸⁶. Nicht mehr existierende Rechtssub-

⁸⁰ So SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 220.

⁸¹ Zum Zweck der Sicherungsmassregeln WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 1303.

⁸² BUCHER (Fn. 10), S. 596.

⁸³ Vgl. denn auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 65, wonach eine postmortale Vollmacht nicht ohne deren Zustimmung wirksam gegen die – vermutlichen – Interessen der Erben verwendet werden kann. Zur Wahrung der Interessen näher IV.F. hienach.

⁸⁴ So für den Zweifelsfall, ob die Vollmacht weiter besteht, BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 2, m.H. auf BGE 110 V 391.

⁸⁵ So für den Fall einer Prozessvollmacht BGE 50 II 30.

⁸⁶ BGE 50 II 30.

jekte können aber nicht mehr vertreten werden⁸⁷. Das Bundesgericht selber räumt denn auch ein, die Wirkungen würden den Rechtsnachfolger treffen⁸⁸. Dem durch den Tod des Vollmachtgebers aufgrund der Universalsukzession ipso iure (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) eingetretenen Subjektswechsel ist Rechnung zu tragen. Der über den Tod hinaus Bevollmächtigte, dem das Ableben des Vollmachtgebers bekannt ist, hat mithin konsequenterweise ausschliesslich *im Namen der Erben* als Rechtsnachfolger zu handeln⁸⁹.

F. Wahrung der Interessen des Erblassers oder der Erben?

Mit dem Ableben des ursprünglichen Vollmachtgebers werden dessen Erben als Universalsukzessoren zu den durch den Bevollmächtigten vertretenen Personen. Damit fragt sich, ob der Bevollmächtigte weiterhin die Interessen des Erblassers oder nun vielmehr diejenigen der Erben zu vertreten hat, wenn sie sich widersprechen⁹⁰. Die Frage wird im Schrifttum uneinheitlich beantwortet.

Anders als die Willensvollstreckung (Art. 517 f. ZGB) dient die Vollmacht über den Tod hinaus nicht dazu, den (letzten) Willen des Vollmachtgebers umzusetzen⁹¹. Das Handeln des Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers trifft ausschliesslich die Erben als seine Rechtsnachfolger⁹². Die *Interessen der Erben haben* deshalb stets *Vorrang*⁹³. Verbindliche Anordnungen für die Zeit nach seinem Tod hat der Erblasser nicht in einer transmortalen Vollmacht, sondern in einer Verfügung von Todes wegen zu treffen, wobei er die dafür bestehenden formellen und materiellen Schranken des Erbrechts – namentlich aus dem Pflichtteilsrecht (Art. 470 ff. ZGB) – zu beachten hat⁹⁴.

⁸⁷ Vgl. zum Subjektswechsel und zur Ablehnung der «Totenvertretung» auch schon hievore IV.C., Fn. 52.

⁸⁸ BGE 50 II 30.

⁸⁹ In diesem Sinne und ausführlich zu BGE 50 II 27 ff. SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 122 ff. Siehe auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 45, wo allerdings alternativ sowohl ein Handeln im Namen des nicht mehr existierenden Vollmachtgebers als auch im Namen der Rechtsnachfolger als zulässig erachtet wird.

⁹⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60.

⁹¹ Ebenso BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60, m.w.H.

⁹² Dazu näher IV.C. hievore.

⁹³ Zutreffend BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60; OEXL (Fn. 30), S. 15 f., wonach die Bank ab dem Zeitpunkt des Todes des Kontoinhabers «die Interessen der Erben – ihrer neuen Kundschaft – zu wahren hat», m.H. auf BGE 4C.234/1999 vom 12. Januar 2000; jedenfalls sinngemäss so auch ERB (Fn. 5), S. 278. A.M. BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 10, wonach eine primäre Interessenbindung gegenüber dem Verstorbenen bestehe.

⁹⁴ Ebenso auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 60.

G. Widerruf der Vollmacht durch die Erben

Die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht kann vom Vollmachtgeber jederzeit widerrufen werden (Art. 34 Abs. 1 OR). Ein vom Vollmachtgeber zum voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig (Art. 34 Abs. 2 OR). Dieses zwingende Widerrufsrecht geht beim Tod des Vollmachtgebers auf dessen alleinigen oder dessen mehrere Erben über^{95, 96}. Ist nur ein *Alleinerbe* vorhanden, so kann er selbstverständlich allein die vom Erblasser erteilte Vollmacht grundsätzlich jederzeit widerrufen. Sind *mehrere Erben* vorhanden, so fragt sich, ob jeder Erbe allein die gemeinsame Vollmacht⁹⁷ widerrufen kann oder ob es dazu des gemeinsamen und mithin einstimmigen Widerrufs durch alle Miterben i.S.v. Art. 602 ZGB bedarf. Nach dem Bundesgericht soll für den Widerruf eines Auftrages bzw. der Vollmacht – sei sie vom Erblasser oder von den Erben erteilt worden – Einstimmigkeit aller Miterben notwendig sein⁹⁸. Ebenso wurde teilweise im früheren Schrifttum aus dem Umstand, dass die Erben nur gesamthänderisch handeln können (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB), abgeleitet, der Widerruf einer Vollmacht oder eines Auftrages müsse von allen Erben gemeinsam erfolgen⁹⁹. Diese Ansicht beruht – wie hier sogleich darzulegen ist – auf einem nicht zutreffenden Verständnis der Erben-gemeinschaft als Gesamthandschaft, weshalb ihr nicht gefolgt werden kann.

Sind mehrere Vollmachtgeber bzw. Vertretene vorhanden, so richtet sich der Widerruf allgemein nach den einschlägigen Regeln der betreffenden Gemeinschaft¹⁰⁰. Im Falle der vorliegend interessierenden Erbenmehrheit *steht das Widerrufsrecht jedem Miterben allein und individuell zu*, es braucht mithin keinen gemeinsamen Widerruf durch sämtliche Erben¹⁰¹. Das ergibt sich ein-

⁹⁵ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 168 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 271. Siehe zur Möglichkeit der Erben, dem Bevollmächtigten die Machtbefugnis durch Widerruf der Vollmacht zu entziehen, auch bereits SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 120.

⁹⁶ Faktisch ist Voraussetzung für die Ausübung des Widerrufsrechts durch die Erben, dass sie vom Bestehen der Vollmacht über den Tod hinaus überhaupt Kenntnis haben. Auch aus diesem Grunde ist eine Benachrichtigungspflicht seitens des Bevollmächtigten bedeutsam und zu bejahen; dazu IV.D. hievov.

⁹⁷ Dazu IV.C. hievov, bei Fn. 56.

⁹⁸ BGE 101 II 120; 94 II 318 f. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch PraxKomm-WEIBEL (Fn. 27), Art. 602 ZGB N 33.

⁹⁹ So ALFRED BÖCKLI, Die vererbliche Vollmacht, SJZ 19/1922, S. 145 ff., S. 146; MÜLLER (Fn. 52), S. 319; ebenso auch ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1960, Art. 602 ZGB N 70, allerdings im Gegensatz zu Art. 602 ZGB N 25.

¹⁰⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 34 OR N 32.

¹⁰¹ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 169; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 1), N 271; PraxKomm-KÜNZLE (Fn. 27), N 101 der Einleitung; THOMAS WEIBEL, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassab-

mal daraus, dass die mehreren Erben mit dem Ableben des Erblassers nunmehr gemeinsam die Position des Vollmachtgebers einnehmen; die Erteilung einer neuen Vollmacht durch die Erben als Gesamthänder muss von sämtlichen Erben ausgehen (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB)¹⁰². Das in Art. 602 ZGB verankerte Gesamthandsprinzip verlangt zur Begründung von Rechtswirkungen für und gegen den Nachlass grundsätzlich Einstimmigkeit der Erben; damit bedarf die Aufrechterhaltung einer Vollmacht nach dem Ableben des Vollmachtgebers des – jedenfalls stillschweigenden – Einverständnisses aller Erben¹⁰³. Gegen den Willen auch nur eines Erben kann kein Rechtsgeschäft für die Erbengemeinschaft wirksam werden¹⁰⁴. Auf der Passivseite, d.h. hinsichtlich der Haftung für Schulden, wird das Gesamthandsprinzip im schweizerischen Recht typischerweise (auch) mit einer Solidarhaftung der Gesamthänder verbunden. So greift auch für die Miterben eine Solidarhaftung (Art. 603 Abs. 1 ZGB)¹⁰⁵. Weil durch Handlungen des Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers jeder einzelne Miterbe nicht nur anteilmässig berechtigt (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB), sondern vor allem auch solidarisch verpflichtet (Art. 603 Abs. 1 ZGB) wird, bringt der Widerruf selbst nur seitens eines einzigen Erben die Vollmacht zum Erlöschen¹⁰⁶.

Die Erbengemeinschaft ist nicht eine juristische Person, sondern eine Gemeinschaft zur gesamten Hand¹⁰⁷, so dass ihre rechtsgeschäftliche Vertretung nicht auf einer einheitlichen Vollmacht beruht, sondern vielmehr – dem Gesamthandsverhältnis entsprechend – auf einer Bevollmächtigung durch jeden

wicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015, Art. 602 ZGB N 33; PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, 2. Auflage, Bern 1966, Art. 602 ZGB N 22 f.; BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 80; BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 73; BSK OR I-WATTER (Fn. 16), Art. 35 N 11; EUGEN BUCHER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Auflage, Bern 2017, Art. 11 ZGB N 49; ZOBL (Fn. 23), S. 1008; GEISER (Fn. 28), S. 36; VÖGELI (Fn. 17), S. 37; ebenso auch bereits SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 142 ff. Aus der Praxis: ZR 97/1998, Nr. 19, S. 57 ff.; ZR 97/1998, Nr. 24, S. 70 ff.

¹⁰² BUCHER (Fn. 10), S. 608, Fn. 38; vgl. auch BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (Fn. 101), Art. 11 ZGB N 49. Ebenso allgemein für die gemeinsame Vollmacht von Gesamthändern gestützt auf Art. 653 ZGB, HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1945, Art. 34 OR N 7.

¹⁰³ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 169, Fn. 628.

¹⁰⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 73. Siehe auch GEISER (Fn. 28), S. 36; VÖGELI (Fn. 17), S. 37.

¹⁰⁵ Näher zu alledem BK-WOLF (Fn. 2), Art. 603 ZGB N 6.

¹⁰⁶ Vgl. auch BUCHER (Fn. 10), S. 608, Fn. 38; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (Fn. 101), Art. 11 ZGB N 49.

¹⁰⁷ Zur Rechtsnatur der Erbengemeinschaft näher BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 42 ff.

einzelnen Miterben. Widerruft ein einziger Miterbe die Vollmacht, so kann die Vertretung für sämtliche Erben nicht mehr stattfinden. Ein Handeln, das nicht mehr durch die Vollmacht jedes einzelnen Miterben abgedeckt wird, kann nicht im Namen der Erbengemeinschaft – genauer aller Miterben – vorgenommen werden, sondern nur noch für diejenigen Miterben, welche die Vollmacht nicht widerrufen haben¹⁰⁸. Das Recht zum Widerruf einer Vollmacht gehört mithin zu den individuellen Erbenrechten und nicht zum seinerseits dem Gesamthandsprinzip unterworfenen Nachlass als solchem¹⁰⁹.

Zu präzisieren ist, dass die vom Erblasser erteilte Vollmacht von jedem einzelnen Miterben widerrufen werden kann mit Wirkung für seine Person¹¹⁰. Für die anderen, die Vollmacht ihrerseits nicht widerrufenden Erben als solche bleibt die Vollmacht an sich bestehen. Für die Gesamtheit der Erben als Erbengemeinschaft und damit mit Wirkung für und gegen die Erbschaft kann der Bevollmächtigte dagegen in dieser Konstellation nicht mehr handeln¹¹¹. Einer solcherweise nicht mehr alle Erben abdeckenden Vollmacht wird freilich praktisch kaum wirklich Bedeutung zukommen.

In aller Regel wird ein Miterbe die Vollmacht mit Wirkung individuell für sich allein widerrufen. Möglich ist allerdings ebenfalls, dass ein Erbe allein in einem dringlichen Fall die Vollmacht mit Wirkung auch für sämtliche seine Miterben entziehen kann¹¹².

Neben den Erben können auch der *Willensvollstrecker* (Art. 517 f. ZGB)¹¹³, der *Erbenvertreter* (Art. 602 Abs. 3 ZGB)¹¹⁴ und der *Erbschaftsverwalter* (Art. 554 ZGB) die vom Erblasser erteilte rechtsgeschäftliche Vollmacht widerrufen¹¹⁵.

¹⁰⁸ BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 80.

¹⁰⁹ Siehe ZK-ESCHER (Fn. 99), Art. 602 ZGB N 25.

¹¹⁰ VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 367; ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Band II/2, Leipzig 1918, S. 404.

¹¹¹ Siehe auch BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 73.

¹¹² SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 146. Vgl. allgemein zur im Falle der Dringlichkeit anerkannten Möglichkeit des Handelns jedes Miterben für die Gesamtheit der Erben BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 91 ff.

¹¹³ Zum Widerrufsrecht des Willensvollstreckers HANS RAINER KÜNZLE, *Berner Kommentar zum schweizerischen Erbrecht*, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker, Art. 517-518, Bern 2011, Art. 517-518 ZGB N 209.

¹¹⁴ Die behördliche Ernennung eines Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB ihrerseits wird durch eine bestehende Vollmacht nicht ausgeschlossen; sie ist namentlich dann angezeigt, wenn die Interessen der Erbschaft durch den rechtsgeschäftlichen Vertreter nicht als genügend gewahrt erscheinen. Dazu BK-WOLF (Fn. 2), Art. 602 ZGB N 142.

¹¹⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 7), Art. 35 OR N 72.

V. Schluss

Von der Verwendung der Vollmacht auf den Todesfall (postmortale Vollmacht) ist im schweizerischen Recht infolge ihrer zweifelhaften Zulässigkeit abzusehen. Die Vollmacht über den Tod hinaus (transmortale Vollmacht) vermag kurzfristig ein Handeln nach dem Ableben des Erblassers und Vollmachtgebers sicherzustellen¹¹⁶, ist aber doch mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden. Mit dem Erbgang über den Vollmachtgeber werden die Erben zu den Vertretenen und sind damit berechtigt, alle Instruktionen über die Ausübung der Vollmacht zu erteilen. Jeder einzelne Erbe verfügt über ein individuelles Widerrufsrecht und bringt damit die Vollmacht insgesamt zum Erlöschen. Namentlich die Widerruflichkeit der Vollmacht über den Tod hinaus unterscheidet sie von den Verfügungen von Todes wegen¹¹⁷. Die Stellung eines transmortale Bevollmächtigten ist wesentlich schwächer und weniger sicher als diejenige eines Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB). Dieser kann von den Erben selbst bei Einstimmigkeit nicht abgesetzt werden, sondern es müsste vielmehr bei gegebenen Voraussetzungen eine aufsichtsrechtliche Amtsenthebung angestrebt werden¹¹⁸. Statt eine Vollmacht über den Tod hinaus zu erteilen, ist vom Erblasser für das Handeln nach seinem Ableben deshalb vorzugsweise ein *Willensvollstrecker* einzusetzen.

¹¹⁶ Siehe etwa ERB (Fn. 5), S. 275 f.

¹¹⁷ SCHULTZ-MEISTER (Fn. 30), S. 168; VON TUHR/PETER (Fn. 4), S. 369, Fn. 78.

¹¹⁸ WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 18), S. 169, Fn. 629.

