

## Neues zur Unterhaltsstiftung

Dr. iur. Alexandra Zeiter (Baden / Zürich)

### I. Problemstellung

Ob der stetigen Diskussion um und über die Unternehmensstiftungen in den letzten Jahren wurde den Familienstiftungen nur sekundär Beach-

tung geschenkt<sup>1</sup>. Ebenso wenig wurden die Familienstiftungen im Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches von 1993 berücksichtigt<sup>2</sup>. Diese einseitige Fokussierung der Diskussion im Stiftungsrecht erstaunt, gilt die Familienstiftung doch in der Praxis als eine der häufigsten Stiftungsarten<sup>3</sup>. Trotzdem vermochten Rechtsprechung und Lehre mit der Entwicklung der gelebten Praxis nicht Schritt zu halten. Dies bestätigt einmal mehr das kürzlich ergangene Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2001<sup>4</sup>: Art. 335 Abs. 1 ZGB wird noch immer, und zwar trotz erheblicher Veränderung der Gesellschaftsstrukturen und der jeweiligen Bedarfssituationen, im historischen Sinn ausgelegt<sup>5</sup>. Es lohnt sich daher, die Diskussion über die Familienstiftung im Allgemeinen und über die Unterhaltsstiftung<sup>6</sup> im Besonderen wieder aufzunehmen.

Zwei Beispiele veranschaulichen einleitend die im Folgenden behandelte Problematik:

*Beispiel A:* Eine Stifterin verfügt in ihrem Testament, dass ein Teil ihres Vermögens in der Höhe von SFR 200 000.— sowie ihr Haus den Leprakranken in Form einer Stiftung zukommen soll. Nach heutiger Auslegung ist diese Stiftung gültig<sup>7</sup>.

*Beispiel B:* Ein Stifter errichtet in seinem Testament eine Erb Stiftung, bezeichnet als Stiftungsvermögen Bargeld von SFR 200 000.— sowie ein Landhaus und bestimmt, dieses sei den Familienangehörigen des Stifters zuzuwenden. Nach heutiger Auslegung ist diese Stiftung nichtig<sup>8</sup>.

In Beispiel A ist die Stiftung gültig, in Beispiel B ist sie nichtig. Dieses

*Die Unterhaltsstiftung mit Familienmitgliedern als Destinatären und wirtschaftlichem Zweck wird in der heutigen Lehre und Rechtsprechung als nichtig qualifiziert. Die Autorin zeigt auf, dass diese unbefriedigende Situation gelöst werden und die Familien-Unterhaltsstiftung rechtliche Anerkennung finden kann, wenn sie als allgemeine Stiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB ausgestaltet wird.*

Zi.

*L'article traite des fondations de famille, en particulier des fondations dites d'entretien. L'auteur préconise une interprétation moins restrictive de l'art. 335 al. 1 CC, ce qui permettrait d'admettre plus facilement des fondations similaires.*

Hj. P.

<sup>1</sup> Die letzten umfassenderen Abhandlungen liegen schon Jahre zurück. Zu nennen sind etwa die Dissertation von *Hans Hoffmann*, Die Familienstiftung nach schweizerischem Recht und ihr Unterschied vom Familienfideikommiss, Diss. Bern 1918, die Abhandlung von *Franz Gerhard*, Die Familienstiftung nach ZGB, in: ZSR 49 (1930) 137 ff., oder *Robert Kaufmann*, Begriff und Zweck der Familienstiftung und ihre Abgrenzung von ähnlichen Instituten, Diss. Bern 1954.

<sup>2</sup> Vgl. Bericht mit Vorentwurf (Anhang) für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Stiftungsrecht und Eröffnung von Ehe- und Erbverträgen), Bern 1993.

<sup>3</sup> Z.B. *Therese Gerber*, Mit Stiftungen das Vermögen zusammenhalten, Schutz vor Erbteilung und Fremdzugriff, in: NZZ vom 6. September 1999 Nr. 206, 28; *Hans Rainer Künzle*, Stiftungen und Nachlassplanung, in: Tagung über «Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis» vom 26. April 2001, Tagungsunterlagen, 14; *Hans Michael Riemer*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, I/3./3: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB, 3. A., Bern 1975, ST N 106.

<sup>4</sup> Urteil 5C.9/2001.

<sup>5</sup> Urteil 5C.9/2001 E. 3; vgl. dazu auch *Justin Thorens*, L'article 335 CCS et le trust de common law, in: Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, 155 ff.

<sup>6</sup> Auch Genusstiftung genannt.

<sup>7</sup> BGE 100 II 98 ff.

<sup>8</sup> BGE 108 II 393 ff. Ähnlich in BGE 93 II 439 ff. (448 ff.) E. 4, wo das Bundesgericht eine Familienstiftung, die den Familienangehörigen die Benützung einer Burg als Aufenthaltsort zur Verfügung stellen wollte, als nichtig erklärt hat.

Ergebnis erstaunt, beinhalten doch beide Stiftungen dasselbe: die Zuwendung von Vermögen in Form von Bargeld und einer Liegenschaft an eine bestimmte Personengruppe. Sie unterscheiden sich einzig in ihrem *Destinatärkreis*: Bei Beispiel A werden Leprakranke begünstigt, bei Beispiel B Familienmitglieder. Die differenzierte Handhabung mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit bei Beispiel B wird damit begründet, dass bei diesem eine Familienstiftung vorliege, die nach Art. 335 Abs. 1 ZGB beurteilt werde; Beispiel A hingegen sei eine gewöhnliche Stiftung gemäss Art. 80 ZGB und unterliege deshalb den allgemeinen stiftungsrechtlichen Regeln<sup>9</sup>.

## II. Auslegung der Zweckumschreibungen

### A. Stiftung im Sinne von Art. 80 ZGB und Art. 493 ZGB

1. Gemäss Art. 80 ZGB ist jede Stiftung mit einem «besonderen» Zweck zulässig. Art. 493 ZGB erlaubt die Errichtung einer Erbstiftung zu «irgend einem» Zweck. Beide Bestimmungen umschreiben jedoch aufgrund der Rechtsgeschäfts- sowie der Stiftungsfreiheit<sup>10</sup> denselben Zweck: Zulässig ist *jeder beliebige Stiftungszweck*, solange er nicht unmöglich, widerrechtlich oder unsittlich ist<sup>11</sup>. Nach heute vorherrschender Ansicht kann eine Stiftung gemäss Art. 80 bzw. 493 ZGB auch wirtschaftlichen Zwecken dienen, d.h. sie kann ihren Destinatären Leistungen zuwenden, ohne diese an eine besondere Bedarfssituation zu knüpfen oder von einem besonderen Leistungsgrund abhängig zu machen. Dadurch hält auch die Errichtung von Unternehmensstiftungen vor dem Gesetz und seiner Auslegung stand<sup>12</sup>.

2. Ebenso frei ist der Stifter in der Umschreibung des *Destinatärkreises*.

Einzig Schranken bilden die genügende Bestimmtheit und eine bestimmte Offenheit<sup>13</sup> (ausser, wenn es sich bei den Destinatären um Familienangehörige handelt; siehe sogleich bei B.).

### B. Familienstiftung

1. Eine Familienstiftung gemäss Art. 335 Abs. 1 ZGB liegt vor, wenn das Stiftungsvermögen zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken dient. Die Familienstiftung ist damit eine Stiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB<sup>14</sup>, unterscheidet sich von dieser im Tatbestand jedoch dadurch, dass sie erstens Stiftung für eine Familie ist (a.) und zweitens eine vom Gesetz vorgeschriebene Aufgabe (b.) erfüllt.

a. Das Eigentümliche der Familienstiftung ist der familiäre Bezug. Der Destinatär definiert sich – im Gegensatz zur gewöhnlichen Stiftung – über die *Zugehörigkeit zu einer Familie*<sup>15</sup>, wobei es sich normalerweise um diejenige des Stifters handelt<sup>16</sup>. Lehre und Rechtsprechung betrachten die Abgrenzung zwischen Familien- und gewöhnlichen Stiftungen als *objektiv-zwingend*: Eine Stiftung, deren Destinatärkreis auf die Angehörigen einer Familie beschränkt ist, wird als Familienstiftung qualifiziert und untersteht zwingend der Vorschrift des Art. 335 Abs. 1 ZGB<sup>17</sup>.

b. Art. 335 Abs. 1 ZGB nennt abschliessend<sup>18</sup> die Erziehung, die Ausstattung, die Unterstützung und ähnliche Zwecke als zulässige Aufgaben. Gemäss vorherrschender Ansicht ist die Errichtung von Familienstiftungen ausschliesslich für *besondere Bedarfs- und Bedürfnissituationen* zulässig. Zu den Leistungen im Zusammenhang mit der *Erziehung* zählen etwa die Kosten der Ausbildung. Die

*Unterstützung* erlaubt Beiträge, wenn das entsprechende Familienmitglied einer finanziellen Hilfe bedarf. Die *Ausstattung* umfasst Zuwendungen an heiratsfähige oder heiratende Töchter und Söhne<sup>19</sup>. Unter «*ähnliche Zwecke*» subsumieren die heute<sup>20</sup>

<sup>9</sup> Vgl. Begründung in BGE 93 II 439 ff. (451) E. 4c.

<sup>10</sup> Vgl. im Zusammenhang mit Art. 80 ZGB Urteil 5C.9/2001 E. 2c.

<sup>11</sup> Siehe zur Auslegung *Alexandra Zeiter*, Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB), Diss. Freiburg 2001 (AISUF 203), Nr. 538 ff., insb. Nr. 543; *Josef Ackermann*, Der besondere Zweck der Stiftung, unter spezieller Berücksichtigung des Zweckes der Familienstiftung, Diss. Freiburg 1950, 13 ff.; vgl. auch BGE 110 Ib 17 ff. (22) E. 3d; *Riemer* (zit. Anm. 3) Art. 80 N 43 ff.

<sup>12</sup> Für Zusammenstellungen der Lehrmeinungen vgl. Urteil 5C.9/2001 E. 2b; *Harold Grüninger*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1–359 ZGB, Vorb. zu Art. 80–89<sup>bis</sup> N 20 ff., Art. 80 N 18 f.; *Zeiter* (zit. Anm. 11) Nr. 534 ff. Abzulehnen ist die Fassung des Art. 80 ZGB-VE 1993 mit der Umschreibung «überwiegend nicht wirtschaftliche, ideale Zwecke», siehe auch *Zeiter* (zit. Anm. 11) Nr. 545.

<sup>13</sup> Siehe *Zeiter* (zit. Anm. 11) Nr. 557 ff.

<sup>14</sup> *Grüninger* (zit. Anm. 12) Art. 335 N 5.

<sup>15</sup> Z.B. BGE 75 II 81 ff. (88) E. 3a; FZR 1993 287 ff. (288 f) E. 2a; *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 108. Der Begriff der Familie ist nicht mit dem juristischen Begriff identisch, sondern umfasst die Familie nach dem allgemeinen Verständnis, z.B. *Künzle* (zit. Anm. 3) 14; *Gerhard* (zit. Anm. 1) 141 f.; *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 109.

<sup>16</sup> *Gerhard* (zit. Anm. 1) 141; *Ackermann* (zit. Anm. 11) 23.

<sup>17</sup> Z.B. Urteil 5C.9/2001 E. 3d; BGE 93 II 439 ff. (451) E. 4c; *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 152.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. Urteil 5C.9/2001 E. 3b; BGE 108 II 393 ff. (394) E. 6a; 93 II 439 ff. (448 f) E. 4; 73 II 81 ff. (86) E. 5.

<sup>19</sup> Z.B. *Grüninger* (zit. Anm. 12) Art. 335 N 10; *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 145 ff.

<sup>20</sup> Vgl. zur Entwicklung des Begriffsverständnisses unten IV/A./3.

herrschende Lehre und Rechtsprechung ausschliesslich diejenigen Familienstiftungen, die darauf gerichtet sind, Familienmitgliedern in bestimmten Lebenslagen jene materielle Hilfe zu gewähren, die unter gegebenen

Umständen als nötig und wünschbar erscheint<sup>21</sup>. Als Beispiele werden die finanzielle Unterstützung bei Aus- oder Weiterbildung<sup>22</sup>, der Unterhalt einer Familiengrabstätte oder das Lesen von Seelenmessen<sup>23</sup> genannt, abgelehnt wird etwa die Finanzierung jährlicher Familienzusammenkünfte<sup>24</sup>. Allerdings vermag die jeweilige Begründung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit im Einzelfall wenig zu überzeugen<sup>25</sup>.

2. Erfüllt eine Stiftung die Tatbestandselemente von Art. 335 Abs. 1 ZGB, geniesst sie verschiedene *gesetzliche Privilegien*: Sie entsteht beispielsweise ohne Eintragung im Handelsregister (Art. 52 Abs. 2 ZGB)<sup>26</sup>. Ebenso wenig untersteht die Familienstiftung einer staatlichen Aufsichtsbehörde (Art. 87 ZGB).

3. Eine Stiftung, die Familienangehörige als Begünstigte bezeichnet und nicht eine Aufgabe gemäss Art. 335 Abs. 1 ZGB verfolgt, ist widerrechtlich und daher nichtig, d.h. sie erlangt keine Rechtspersönlichkeit (Art. 52 Abs. 3 ZGB)<sup>27</sup>. Darunter fallen namentlich alle Familienstiftungen mit wirtschaftlichem Zweck, die sog. *Unterhaltsstiftungen*<sup>28</sup>: Es handelt sich um Stiftungen, die Familienangehörigen den Genuss des Stiftungsvermögens oder der Erträge daraus zur schlichten Verbesserung ihres Lebens oder zur Finanzierung einer angenehmeren Lebensgestaltung ermöglichen, ohne diese von einer Bedarfssituation abhängig zu machen<sup>29</sup>. *Ausnahmsweise* wird die Nichtigkeit dadurch vermieden, als die widerrechtliche Familienstiftung durch Konversion in eine gewöhnliche Stiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB<sup>30</sup> oder in eine Nacherbeneinsetzung<sup>31</sup> umgewandelt wird.

4. In neuerer Zeit stösst die heutige Praxis zu Recht vermehrt auf *Kritik*,

und verschiedene Lösungsvorschläge liegen vor. Einzelne fordern eine Gesetzesrevision<sup>32</sup>. Für andere scheint eine Beschränkung der zeitlichen Dauer auf 100 Jahre als angemessen<sup>33</sup>. Wieder andere plädieren für eine extensive Auslegung des Begriffes der ähnlichen Zwecke<sup>34</sup>; möglich wäre die Ausdehnung der zulässigen Aufgaben des Art. 335 Abs. 1 ZGB auf alle Familienstiftungen, die «familienfreundlich» sind und die Familie in irgend einer Weise fördern. Der Nachteil der letzteren Lösung liegt jedoch darin, dass die an Art. 335 Abs. 1 ZGB anknüpfenden Privilegien auch auf die zufolge extensiver Auslegung unter Art. 335 Abs. 1 ZGB fallenden Unterhaltsstiftungen angewendet würden.

5. Im Folgenden wird eine *neue Lösung* vorgeschlagen, die weder einer Gesetzesrevision bedarf noch eine ungerechtfertigte Ausweitung der gesetzlichen Privilegien, die an Art. 335 Abs. 1 ZGB knüpfen, herbeiführt (III.).

### III. Lösungsvorschlag: Unterhaltsstiftung als Stiftung gemäss Art. 80 ZGB

1. Wie oben ausgeführt, lässt die heute herrschende Auslegung *keinen Mittelweg* zu<sup>35</sup>: Zum einen wird eine *Familienstiftung* entweder als zulässig erklärt und geniesst die an Art. 335 Abs. 1 ZGB knüpfenden Privilegien, oder sie fällt der Nichtigkeit zum Opfer. Zum andern hängt die Gültigkeit einer *Stiftung mit wirtschaftlicher Zweckverfolgung* vom Destinatärkreis ab: Besteht er aus familienfremden Personen, ist sie gültig (Beispiel A), nichtig hingegen, wenn familieneigene Personen begünstigt werden (Beispiel B). Es rechtfertigt sich jedoch weder eine Ungleichbehandlung zu Gunsten der Familienstiftungen mit wirtschaftli-

<sup>21</sup> Z.B. BGE 108 II 393 ff. (394) E. 6a; 93 II 439 ff. (449) E. 4; FZR 1993 287 ff. (288) E. 2a; *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 133 ff. Diese Auslegung wird heute vermehrt als zu restriktiv beurteilt, und es zeichnet sich in der neueren Lehre die Tendenz zur extensiveren Handhabung der zulässigen Zwecke ab, vgl. unten II./B./4.

<sup>22</sup> M.E. sind diese bereits im Zweck «Erziehung» enthalten.

<sup>23</sup> BGE 75 II 15 ff. (24) E. 4; vgl. auch *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 150.

<sup>24</sup> *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 150; a.M. *Grüninger* (zit. Anm. 12) Art. 335 N 12.

<sup>25</sup> Gemäss *Christian Brückner*, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Nr. 1458, muss die heutige Interpretation in dem Sinne verstanden werden, als dass die Bezeichnung «zu ähnlichen Zwecken» gar nicht geschrieben stehe und die Aufzählung der andern drei Zwecke abschliessend sei.

<sup>26</sup> Der Eintrag hat, sofern er erfolgt, lediglich deklaratorische Bedeutung.

<sup>27</sup> Z.B. BGE 93 II 439 ff. (448) E. 4; *Gerhard* (zit. Anm. 1) 143 f., 178; *Max Gutzwiller*, Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht. Band II: Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967, 571 ff., 604.

<sup>28</sup> Vgl. zur Entwicklung unten IV./A./B.

<sup>29</sup> Siehe die Umschreibung bei *Gerhard* (zit. Anm. 1) 138, der den Begriff der Unterhaltsstiftung geprägt hat.

<sup>30</sup> BGE 108 II 439 ff. (52 f.) E. 5 und 6; 93 II 439 ff. (452 f.) E. 5 und 6.

<sup>31</sup> BGE 89 II 437 ff. (440 f.) E. 2, in casu allerdings verneint.

<sup>32</sup> *Marco Lanter*, Was die Schweizer Stiftung kann, in: Die Stiftung, 21. Tagung der DACH in Wien vom 16.–18. September 1999, Köln/Wien/Zürich 2000, 77 ff., 80.

<sup>33</sup> *Künzle* (zit. Anm. 3) 15.

<sup>34</sup> Generell *Grüninger* (zit. Anm. 12) Art. 335 N 3.

<sup>35</sup> Mit Ausnahme der Konversion in eine gewöhnliche Stiftung oder eine Nacherbeneinsetzung, vgl. oben II./B./3.

cher Zweckverfolgung gegenüber gewöhnlichen wirtschaftsorientierten Stiftungen, indem sie in den Genuss der Privilegien kommen, noch eine Ungleichbehandlung zu Ungunsten der Familienstiftungen gegenüber den gewöhnlichen Stiftungen mit wirtschaftlichem Zweck durch ihre Nichtigerklärung. Eine solche Ungleichbehandlung ist zudem stossend, weil sich die Nichtigkeit gar nicht aus dem Gesetz ergibt, sondern ein Ergebnis der Auslegung ist<sup>36</sup>.

2. Es drängt sich deshalb folgende *Lösung* auf: Der Begriff der Familienstiftung nach Art. 335 Abs. 1 ZGB umfasst diejenigen Stiftungen, die *kumulativ* Familienmitglieder begünstigen *und* einen in Art. 335 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Zweck verfolgen. Alle andern Stiftungen fallen unter Art. 80 ZGB und sind nach den allgemeinen stiftungsrechtlichen Regeln zu beurteilen. Verfolgt demnach eine Stiftung, die ihren Destinatärkreis auf Familienmitglieder beschränkt, nicht eine unter Art. 335 Abs. 1 ZGB genannte Aufgabe, ist sie als gewöhnliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ZGB zu qualifizieren, mit den Rechtsfolgen, dass sie erstens gültig ist, sofern sie nicht unmöglich, widerrechtlich oder sittenwidrig ist, und zweitens nicht von den an Art. 335 Abs. 1 ZGB anknüpfenden gesetzlichen Privilegien profitiert.

3. Nichts anderes gilt bereits für die *kirchlichen Stiftungen*, welche dieselben Privilegien wie die Familienstiftungen geniessen. Die Befreiung von der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister und von der Unterstellung unter die staatliche Aufsicht erfolgt allerdings nur, sofern die Stiftung die Kriterien des «kirchlichen» Zweckes erfüllt. Andernfalls ist die Rechtsfolge nicht die Nichtigkeit,

sondern nur, aber immerhin, die Nichtprivilegierung zu den gewöhnlichen Stiftungen<sup>37</sup>.

4. Die in Art. 335 Abs. 1 ZGB umschriebene Familienstiftung ist deshalb auf ideale Zwecke einzuschränken und als so genannte *Familienstiftung im engeren Sinne* zu bezeichnen, wohingegen sämtliche anderen Stiftungen mit familiärem Bezug als *Familienstiftungen im weiteren Sinne* den Vorschriften des Art. 80 ZGB unterliegen. Spricht der Gesetzgeber demnach von der Familienstiftung (vgl. auch Marginalie zu Art. 335 ZGB), meint er m.E. die so genannten «privilegierten» Familienstiftungen, d.h. die Familienstiftungen im engeren Sinne. Dieses Begriffsverständnis liegt auch dem vorliegenden Artikel zugrunde.

#### IV. Sachliche Rechtfertigung des Lösungsvorschlags

##### A. Entwicklung des zulässigen Stiftungszwecks

1. Das Institut der Stiftung war zu Beginn dieses Jahrhunderts wenig geklärt. Dies erstaunt nicht, basiert die Anerkennung der Stiftung als juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit erst auf der von *Savigny* entwickelten Fiktionstheorie des 19. Jahrhunderts<sup>38</sup>. So finden sich denn in den einzelnen, vor Einführung des ZGB geltenden kantonalen Kodifikationen nur wenige, und wenn überhaupt, nur rudimentäre Regelungen betreffend die Stiftungen<sup>39</sup>. Bei der Einführung des ZGB basierte das Stiftungsrecht auf der *ursprünglichen Idee*, dass die Gemeinnützigkeit der Inbegriff einer jeden Stiftung darstelle und sich deshalb auch die Dauerhaftigkeit der Bindung eines Vermögens rechtfertige. Dadurch unterscheidet sie sich auch von den im

Handelsrecht geregelten Gesellschaften. Unter diesem Begriffsverständnis wurden Art. 335 Abs. 1 ZGB und die daran anknüpfenden Privilegien eingeführt<sup>40</sup>.

2. Nach Einführung des ZGB wurde die *Zweckumschreibung des Art. 80 ZGB* bald auch auf nicht ideale Stiftungen ausgedehnt. *Ackermann* hielt bereits 1950 fest, dass die Umschreibung «besonderer» Zweck in Art. 80 ZGB keineswegs gleichbedeutend mit Gemeinnützigkeit sei, sondern lediglich auf die Notwendigkeit eines Mindestmasses an Bestimmtheit hinweise<sup>41</sup>. Heute sind Stiftungen mit beliebiger Zweckverfolgung zulässig, namentlich auch mit wirtschaftlichen Zwecken, sofern sie nicht den allgemeinen Schranken der Rechtsordnung widerstreben<sup>42</sup>. Das Bundesgericht geht in seinem neuesten Urteil sogar so weit, als es die Beschränkung der zulässigen Zwecke nur durch eine Gesetzesrevision oder aufgrund freiwilliger Entscheidung durch den Stifter für möglich hält<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> *Emil Müller*, Zur Frage der Nichtigkeit von Familienstiftungen, in: SJZ 53 (1957) 229 ff., 230; vgl. auch die Ausführungen bei *Konrad Bloch*, Die Ungültigkeit von Familienstiftungen und ihre Rechtsfolgen, in: SJZ 53 (1957) 1 ff., 2.

<sup>37</sup> Statt vieler *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 222.

<sup>38</sup> Vgl. *Hans Liermann*, Handbuch des Stiftungsrechts, 1. Band: Geschichte des Stiftungsrechts, Tübingen 1963, insb. 230 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Eugen Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Systematische Zusammenstellung des geltenden kantonalen Privatrechtes, 1. Band, Basel 1886, 172 ff.; vgl. auch *Zeiter* (zit. Anm. 11) Nr. 75 ff.

<sup>40</sup> Vgl. auch *Grüniger* (zit. Anm. 12) Vorb. zu Art. 80–89<sup>bis</sup> N 1.

<sup>41</sup> *Ackermann* (zit. Anm. 11) 15 f.

<sup>42</sup> Vgl. oben II/A/1.

<sup>43</sup> Urteil 5C.9/2001 E 2c.

3. Diese Entwicklung in der Auslegung hat für die *Zweckumschreibung des Art. 335 Abs. 1 ZGB* nicht stattgefunden. Man blieb einer restriktiven Auslegung verhaftet oder, präziser formuliert, die Unterhaltsstiftungen wurden erst im Verlaufe der Jahre als unzulässig erachtet. Bis in die späten 20er Jahre war ihre Errichtung unproblematisch<sup>44</sup>. So subsumierte etwa *Hoffmann* im Jahre 1918 unter den Begriff «ähnliche Zwecke» alles, «was in irgendeiner Form den ökonomischen und ethischen Bedürfnissen einer Familie dient und sie hierin fördert»<sup>45</sup>. Erst *Gerhard* leitete mit seiner vehementen Kritik im Jahre 1930 die Kehrtwende ein, indem er die Unterhaltsstiftungen für unzulässig erklärte und als adäquate Rechtsfolge die (buchstäblich vernichtende) Nichtigkeit vorschlug<sup>46</sup>. Dieser Ansicht folgen seither das Bundesgericht sowie die herrschende Lehre<sup>47</sup>.

4. Eine solche unterschiedliche Handhabung ist jedoch nicht gerecht-

fertigt. Die Ausweitung der Zweckumschreibung in Art. 80 ZGB auf alle beliebigen Zwecke macht vielmehr auch eine *Anpassung der Auslegung* des Zweckes betreffend die Stiftungen mit familiärem Bezug notwendig. Ist die wirtschaftliche Zweckverfolgung für Stiftungen zu Gunsten familienfremder Personen möglich, muss sie in konsequenter Weiterführung auch für Stiftungen zu Gunsten familieneigener Personen gelten.

#### B. Bedeutung der gesetzlichen Privilegien von Art. 335 ZGB

1. Folgt man der *heute* vorherrschenden Ansicht<sup>48</sup>, wonach eine Stiftung, deren Destinatärkreis auf die Angehörigen einer bestimmten Familie beschränkt ist, zwingend der Vorschrift des Art. 335 Abs. 1 ZGB untersteht, hätte die hier vertretene Ausdehnung der zulässigen Zwecke in Bezug auf Familienstiftungen zur Folge, dass die an Art. 335 Abs. 1 ZGB anknüpfenden gesetzlichen Privilegien für sämtliche Stiftungen gelten, die mit einer Familie verbunden sind. Dies wäre jedoch nicht gerechtfertigt und würde zu einer nicht vertretbaren Ungleichbehandlung der Stiftungen führen. Zudem war dies nicht Sinn des Gesetzgebers (2.), weshalb an der objektiv-zwingenden Abgrenzung zwischen Art. 80 und Art. 335 Abs. 1 ZGB nicht festgehalten werden kann (3.).

2. Bei der Einführung des Art. 335 Abs. 1 ZGB orientierte sich der Gesetzgeber am damaligen Bild der Stiftung als dem Inbegriff des Idealen. In Anlehnung an die damals bekannten Berner Familienkisten und Zürcher Familienfonds schuf er mit Art. 335 Abs. 1 ZGB eine Grundlage für denjenigen Stifter, der in nobler Tat seinen Familienangehörigen in Form einer Stiftung Vermögen zur Verfügung

stellt, um diesen in Not zu helfen. Nach Meinung des Gesetzgebers beschränkte sich Art. 335 Abs. 1 ZGB auf *familieninterne Angelegenheiten*, die aufgrund ihres intimen Charakters und des mangelnden öffentlichen Interesses nicht an die Öffentlichkeit gezogen werden müssen<sup>49</sup> und sich deshalb auch keine staatliche Aufsicht aufdrängte<sup>50</sup>. Deshalb befreite er diese Stiftungen sowohl von der Eintragung ins Handelsregister als auch von der staatlichen Aufsicht. Der Gesetzgeber beabsichtigte ausserdem, diejenigen Stiftungen zu bevorzugen, die mit ihrer Ausrichtung auf «Notsituationen» auch den Staat entlasten, namentlich die staatliche Fürsorge, und damit «Hilfe an den Staat» leisten.

Die gesetzlichen Privilegien sind auch in Zukunft, unter Umständen wieder vermehrt, von Bedeutung: Durch die Beschränkung der Verwandtenunterstützungspflicht im Rahmen der Revision des ZGB vom 26. Juni 1998<sup>51</sup> verbleibt dem Staat in Notsituationen häufig lediglich der Rückgriff auf Verwandte in auf- und absteigender Linie (sowie den Ehegatten, Art. 328 Abs. 2 ZGB), wenn sie in günstigen Verhältnissen leben (Art. 328 Abs. 1 ZGB). Die Geschwister bleiben künftig «verschont». Damit entlastet die hier vorgeschlagene Lösung mitunter ebenfalls die öffentliche Hand<sup>52</sup>.

3. Die Bestimmungen, die sich zum Stiftungszweck äussern, konnten im Zeitpunkt ihrer Entstehung unter Berücksichtigung des damals herrschenden Stiftungsbildes nur in dem Sinne interpretiert werden, als dass sie alle von einem idealen bzw. gemeinnützigen Zweck ausgingen. Art. 335 Abs. 1 ZGB umschrieb mit seiner Aufzählung nichts anderes als Art. 80 ZGB mit dem «besonderen Zweck» so-

<sup>44</sup> Vgl. BGE 52 I 372 ff. (381) E. 1; 53 I 440 ff.; 55 I 373 ff.; vgl. auch die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 93 II 439 ff. (448) E. 3c oder die Bemerkungen bei *Gutzwiller* (zit. Anm. 27) 603 f. sowie die ausführliche Darstellung der Meinungen bei *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 140.

<sup>45</sup> *Hoffmann* (zit. Anm. 1) 74.

<sup>46</sup> Vgl. Aufsatz von *Gerhard* (zit. Anm. 1) 137 ff.

<sup>47</sup> Sie stellen bei ihrer Begründung weiterhin auf die Gesetzesmaterialien ab: z.B. Urteil 5C.9/2001 E. 3b; BGE 108 II 393 ff. (394 f) E. 6a; *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 141 mit etlichen Hinweisen.

<sup>48</sup> Vgl. dazu oben II/B/1a

<sup>49</sup> *Huber*, StenBull. NR 1905 487 Spalte 1; Sten Bull. StR 1905 929, 1239.

<sup>50</sup> *Huber*, StenBull. NR 1905 1237

<sup>51</sup> In Kraft seit 1. Januar 2000

<sup>52</sup> Vgl. auch *Hans Vontobel/Eveline Oechslin*, Mehr privates Engagement durch Steueranreize. Dringender Revisionsbedarf beim Stiftungs- und Steuerrecht, in: NZZ vom 21. Februar 2000 Nr. 43, 11.

wie Art. 493 ZGB mit «irgend einem» Zweck. Zum selben Ergebnis gelangte bereits *Ackermann* im Jahre 1950: «Der allgemeine Rechtssatz: «Stiftung ist die Widmung eines Vermögens zu einem besonderen Zweck» gilt uneingeschränkt auch im Falle der Familienstiftung. Der Art. 335 ist einzig und allein eine Verdeutlichung des allgemeiner gehaltenen Art. 80. Art. 335 führt nur näher aus, was bei der Familienstiftung unter dem (besonderen Zweck) zu verstehen ist.»<sup>53</sup> Solange die Gemeinnützigkeit das Institut der Stiftung versinnbildlichte, sprach denn auch nichts gegen die objektiv-zwingende Abgrenzung der gewöhnlichen Stiftung von der Familienstiftung. Erst durch die Ausweitung des zulässigen Zweckes in Art. 80 ZGB entstand die heute frappierende Diskrepanz zwischen den einzelnen Zweckumschreibungen, die leicht zur irrtümlichen Annahme verleitet, die Aufzählung in Art. 335 Abs. 1 ZGB sei eine Einschränkung zu Art. 80 bzw. 493 ZGB und abschliessend. Vielmehr war das Ziel des Gesetzgebers nicht die Einschränkung der Zwecke für diejenigen Stiftungen, deren Destinatärkreis eine bestimmte Familie bildete, sondern die *Abgrenzung* der zulässigen Familienstiftung *zum* in Art. 335 Abs. 2 ZGB verbotenen *Familienfideikommiss*<sup>54</sup>. Nichts anderes ergibt sich aus der systematischen Stellung des Art. 335 Abs. 1 ZGB. Aus welchem anderen Grund stünde die Regelung der Familienstiftung im direkten Zusammenhang mit dem Familienfideikommissverbot? Wäre das Ziel der Aufzählung der Zwecke in Art. 335 Abs. 1 ZGB tatsächlich die Einschränkung des in Art. 80 ZGB definierten Zweckes gewesen, hätte der Gesetzgeber diese Bestimmung nicht eher als Abs. 2 des Art. 80 ZGB oder zumindest im stiftungsrechtlichen Teil

platziert? Die Gesetzessystematik zeigt, dass die Bindung an eine Familie nicht zwingend zur Anwendung von Art. 335 Abs. 1 ZGB führt, sondern nur dann, wenn die Stiftung zusätzlich eine gemeinnützige Aufgabe verfolgt und damit, wie oben ausgeführt, den Staat entlastet. Dadurch rechtfertigt sich auch die Anwendung der gesetzlichen Privilegien.

### C. Widerlegung heutiger Argumente

1. Noch heute wird versucht, die Nichtigkeit der Unterhaltstiftung damit zu begründen, dass der Gesetzgeber mit der abschliessenden Aufzählung der zulässigen Aufgaben in Art. 335 Abs. 1 ZGB vermeiden wollte, dass auf dem (Um-)Weg einer Stiftung zu Gunsten einer Familie das *Verbot von Familienfideikommissen* (Art. 335 Abs. 2 ZGB) umgangen und unter dem Deckmantel einer Familienstiftung wirtschaftlich dasselbe Resultat wie bei einem Familienfideikommiss erreicht wird<sup>55</sup>. Mit den Familienfideikommissen und den Familienstiftungen werden jedoch zwei völlig unterschiedliche Institute verglichen: Dem Familienfideikommiss kommt keine Rechtspersönlichkeit zu. Der jeweilige Fideikommissinhaber ist voller Eigentümer des Vermögens. Dieses bildet als Sondervermögen Bestandteil des privaten Vermögens des jeweiligen Inhabers. Die Stiftung hingegen ist juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit und damit Eigentümerin des Vermögens. Das Stiftungsvermögen vermischt sich nicht mit privatem Vermögen und ist dem Einfluss einzelner Personen entzogen. Im Gegensatz zum Fideikommissvermögen, für welches in der Regel eine besondere Erbfolge festgelegt

wird, wird das Stiftungsvermögen nicht weitergegeben, sondern verbleibt der Stiftung<sup>56</sup>.

2. Ein weiteres Argument, die Unterhaltstiftung sei eine dauernde Vermögensbindung und stehe deshalb im Widerspruch zur erbrechtlichen Regelung der *Nacherbeneinsetzung*, vermag ebenso wenig zu überzeugen. Es wird verkannt, dass mit dem Institut der Stiftung als zulässiger juristischer Person dauernde Vermögensbindungen ohne maximale zeitliche Schranken anerkannt wurden. Die Stiftung als Institut steht damit generell im Widerspruch zum Institut der erbrechtlichen Nacherbeneinsetzung.

3. Die heute herrschende Auslegung in Bezug auf die Unterhaltstiftungen verwechselt *Stiftermotivation und Stiftungswirklichkeit*. Der Entscheid über die Existenzberechtigung von Unterhaltstiftungen darf nicht von den in der Praxis gelebten Missbrauchsfällen abhängig gemacht werden, insbesondere der Kaschierung von Vermögen vor dem Fiskus. Selbst wenn Familienstiftungen oder Unterhaltstiftungen (auch) aus steuerrechtlichen Überlegungen gegründet werden, spricht dies nicht gegen deren Zulässigkeit; bleibt doch anzu-

<sup>53</sup> *Ackermann* (zit. Anm. 11) 22.

<sup>54</sup> Dieselbe gesetzgeberische Absicht trifft man ebenfalls bei Art. 493 ZGB, der nur, aber immerhin wiederholt, dass eine Stiftungserrichtung auch von Todes wegen zulässig ist.

<sup>55</sup> Statt vieler Urteil 5C.9/2001 E. 3b und 3c; *Gerhard* (zit. Anm. 1) 140; *Riemer* (zit. Anm. 3) ST N 142.

<sup>56</sup> Z.B. Urteil 5C.9/2001 E. 3a; *Helmut Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Band I: *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, 387 ff.; *Hoffmann* (zit. Anm. 1) 126 ff. Vgl. dazu auch die kritischen Bemerkungen bei *Werner Seifart/Axel Von Campenhäusen*, *Handbuch des Stiftungsrechts*, 2. A., München 1999, 169.

fügen, dass heute wohl generell die Wahl der adäquaten Rechtsform meist auch steuerrechtlich motiviert ist. Dies ist durchaus legal und nicht zu bemängeln.

#### D. Übereinstimmung mit rechtlichen Grundsätzen

1. Die heute praktizierte Handhabung des Art. 335 ZGB im Allgemeinen und der Unterhaltsstiftung im Besonderen widerstrebt klar dem das Stiftungsrecht beherrschenden *Grundsatz der Stifterfreiheit*. Dieser steht denn auch

bei jeder stiftungsrechtlichen Frage als oberste Auslegungsmaxime. Es geht nicht an, im Rahmen des Art. 80 bzw. Art. 493 ZGB jeden beliebigen Zweck zuzulassen, bei Art. 335 ZGB hingegen einen überaus restriktiven Massstab anzusetzen. Es geht ebenfalls nicht an, in stiftungsrechtlichen Fragen jeweils von der Stifterfreiheit als Grundvoraussetzung auszugehen, diese jedoch bei Art. 335 Abs. 1 ZGB ausser Acht zu lassen.

2. Die heutige Auslegung verträgt sich nicht mit der *erbrechtlichen Freiheit des Erblassers*. Im Rahmen des Pflichtteilsschutzes ist der Erblasser befugt, beliebig über seinen Nachlass zu verfügen. Er ist frei, wem er wieviel in welcher Form zuwendet. Mit einem Verbot von Unterhaltsstiftungen werden Familienmitglieder unnötig gegenüber familienfremden Personen benachteiligt. So kann der Erblasser beispielsweise eine Stiftung zu einem beliebigen Zweck für familienfremde Personen errichten, jedoch ist er bei einer Stiftung zu Gunsten von Familienmitgliedern in der Wahl des Zweckes eingeschränkt. Auch kann der Erblasser einer beliebigen Person im Rahmen einer Erbeinsetzung oder eines Vermächtnisses Vermögen zukommen lassen, ohne Ein-

fluss auf die Verwendung des Zugewendeten zu nehmen. Es ist ihm jedoch verwehrt, dasselbe in Form einer Stiftung für seine Nachkommen zu verfügen. Diese Diskriminierung der eigenen Nachkommen und der Familienmitglieder im Rahmen des Erbrechts gegenüber sämtlichen anderen Personen ist in höchstem Masse stossend und nicht akzeptierbar<sup>57</sup>.

#### E. Rechtsvergleichung und ökonomische Betrachtung

1. Die hier vertretene Lösung rechtfertigt sich auch aus wirtschaftlichen Überlegungen. Die restriktive Haltung in der Schweiz betreffend die Unterhaltsstiftungen hat viele Stifter dazu bewegt, ihre *Stiftung ins Ausland* zu verlegen<sup>58</sup>. Dies ist ohne weiteres möglich, ist die Errichtung der Unterhaltsstiftung in umliegenden Nachbarländern unproblematisch: Zu nennen ist in erster Linie *Liechtenstein*, wo die Unterhaltsstiftung seit jeher und ohne Einschränkung zulässig ist. Das liechtensteinische Recht qualifiziert die Unterhaltsstiftung als eine Familienstiftung<sup>59</sup>. Eine interessante Alternative bietet zudem *Österreich* mit dem 1993 in Kraft getretenen Privatstiftungsgesetz. Die Privatstiftung kann jeder beliebigen Zweckverfolgung dienstbar gemacht werden<sup>60</sup>. Als einzige Grenze gilt die Erlaubtheit, d.h. die Privatstiftung darf weder gesetzes- oder sittenwidrig sein noch gegen das Verbot der Selbstzweckstiftung verstossen<sup>61</sup>. Ebenso lassen die meisten *deutschen Bundesländer* die Unterhaltsstiftungen zu. In einzelnen Bundesländern werden sie über die Sonderregelung der Familienstiftung abgehandelt, sofern das Bundesland eine solche Sonderregelung kennt, in anderen werden die Familienstiftungen sowie die Unterhaltsstiftungen wie gewöhnliche Stiftungen behandelt<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Vgl. Peter Breitschmid, *Erbrecht*, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 109 ff., 134.

<sup>58</sup> Siehe auch Stefan Lüscher, *Ein einzig Volk von Stiftern*, in: *bilanz* 1999 83 ff., 84; Grüniger (zit. Anm. 12) Art. 335 N 3; vgl. die kritischen Bemerkungen von Breitschmid (zit. Anm. 57) 133.

<sup>59</sup> Vgl. im Einzelnen Ludwig Marxer, *Die Liechtensteinische Familienstiftung. Ihre Eigenart im Verhältnis zum schweizerischen Recht*, Diss. Freiburg 1990, 92 f. Die Familienstiftung ist in Art. 553 Abs. 2 PRG geregelt, der fast wortwörtlich mit Art. 335 Abs. 1 ZGB übereinstimmt.

<sup>60</sup> Sie unterscheidet sich damit von den Stiftungen gemäss Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz, welches weiterhin neben dem Privatstiftungsgesetz Gültigkeit hat. Letzteres setzt bei der Zweckumschreibung die Gemeinnützigkeit voraus.

<sup>61</sup> Martin Schauer, *Familienstiftung und Unwürdigkeit des Begünstigten als Problem des Privatstiftungsrechts*, in: *GesRZ* 29 (2000) 233 ff., 233; Peter Knirsch, *Ein neues Stiftungsrecht für Österreich?*, in: *GesRZ* 21 (1992) 186 ff., 187. Dass Österreich sein Ziel mit der Schaffung des neuen Gesetzes vorerst erreicht hat, zeigt die Anzahl Privatstiftungen nach sieben Jahren: Es wurden am 20. Juli 2000 1543 Privatstiftungen gezählt, wobei eine beliebte Art der Privatstiftung die Familienstiftung darstellt. Siehe dazu die Angabe bei Schauer, 233 Fn 8.

<sup>62</sup> Seifart/Von Campenhausen (zit. Anm. 56) 169 f.; Gustav Duden, *Vorschriften und Tatsachen zur deutschen Stiftung*, in: *Die Stiftung*. 21. Tagung der DACH in Wien vom 16.–18. September 1999, Köln/Wien/Zürich 2000, 1 ff., 15. In Deutschland ist man landesweit bestrebt, das Recht der Familienstiftung dem allgemeinen Stiftungsrecht anzupassen. Zur Abschaffung dieser Sonderstellung und zur Anpassung an die gewöhnlichen Stiftungen siehe auch Klaus Neuhoff, *Bürgerliches Gesetzbuch (Kohlhammer Kommentar)*, Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1–240), HaustürwiderrufsG, 12. A., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1998, vor § 80 N 58 mit Beispielen.

2. Neben der Abwanderung ins Ausland fördert das Verbot der Unterhaltstiftung auch die Ausweichung auf das stiftungsähnliche, der Schweiz unbekanntes Institut des Trusts. Der Trust stellt ein geeignetes Instrument dar, Vermögen in beliebiger Art mit bestimmten Personen zu verbinden. Insbesondere kann er ohne Schranken Vermögen zum Zweck der Befriedigung von Wohlstandsgenüssen und zur Ermöglichung bzw. zur Erhöhung eines angenehmen Lebensstandards seiner Nachkommen bestimmen.

3. Ausserdem provoziert die restriktive Haltung einen Missbrauch der nur Familienstiftungen im engeren Sinn zustehenden Privilegien. Die von der Praxis entwickelten Verbote werden «elegant» umgangen, indem die Stiftungen ihre voraussetzungslosen Zuwendungen unter «dem Mäntelchen der Gemeinnützigkeit»<sup>63</sup> verdecken.

Diese «unzulässige» Umgehung ist heute problemlos möglich, denn die unter der Bezeichnung Familienstiftungen auftretenden Stiftungen bedürfen, wie gesehen, zur Entstehung keines Eintrages im Handelsregister (Art. 52 Abs. 2 ZGB) und sind von der Aufsicht einer Aufsichtsbehörde befreit (Art. 87 Abs. 2 ZGB). So müssen sie sich weder im Zeitpunkt der Errichtung noch während ihrer Tätigkeit einer Kontrolle unterstellen. Solange sich kein Kläger aus den eigenen Reihen findet, können sie ihr Ziel denn auch beliebig verfolgen<sup>64</sup>.

4. Nicht zu vergessen sind die ausländischen Stifter, die ihre Stiftungen in der Schweiz gegründet haben, weil das schweizerische Stiftungsrecht im Gegensatz zu ihrem eigenen Stiftungsrecht überaus liberal ausgestaltet war. Mittlerweile haben diese Länder ihre Unzulänglichkeiten erkannt

und mit entsprechenden Stiftungsreformen reagiert. Hinzuweisen sei insbesondere auf Österreich, das bei der Einführung des Privatstiftungsgesetzes ausdrücklich zum Reformziel hatte, «Anreiz für das Stiften» zu schaffen und damit die Abwanderung von «stiftbarem Vermögen» aus Österreich zu vermeiden<sup>65</sup>. Die Schweiz, will sie ihre Attraktivität bei den ausländischen Stiftern nicht verlieren, darf sich deshalb vor den Veränderungen im Ausland nicht verschliessen und hat ebenfalls adäquate Rahmenbedingungen zu bieten.

---

<sup>63</sup> Lüscher (zit. Anm. 58) 84.

<sup>64</sup> Lanter (zit. Anm. 32) 79.

<sup>65</sup> Knirsch (zit. Anm. 61) 186f.; Christian Nowotny, Fragen des neuen Privatstiftungsgesetzes, in: GesRZ 23 (1994) 1 ff., 2.