

Ausländische Familienunterhaltstiftungen

BGE 135 III 614



Oliver Arter*

Inhaltsverzeichnis

- I. Vorbemerkung
- II. Sachverhalt
- III. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. E.4.1: Gegenstand des Urteils
 - 2. E.4.1.1: Internationaler Sachverhalt und Gesellschaftsstatut
 - 3. E. 4.1.2: Gründungstheorie
 - 4. E. 4.1.3: Errichtung der Familienunterhaltstiftung nach liechtensteinischem Recht
 - 5. E.4.2/E.4.3: Einschränkung von Verweisungen
 - 6. E.4.3.1: Verbot der Errichtung eines Familienfideikommisses
 - a. Abgrenzung
 - b. Familienstiftungen nach schweizerischem Recht
 - aa. Allgemeines
 - bb. Kosten für die Erziehung, Berufsschulen und andere Unterrichtsinstitute
 - cc. Ausstattung

- dd. Unterstützungsleistungen
 - ee. Zulässige ähnliche Zwecke
 - 7. E.4.3.2: Ist Art. 335 Abs. 2 ZGB zwingend anwendbares Recht gemäss Art. 18 IPRG? – Überblick zu den Lehrmeinungen
 - 8. E.4.3.3: Ergebnis – Art. 335 Abs. 2 ZGB ist nicht zwingend anwendbares Recht
- IV. Folgerungen

I. Vorbemerkung

Mit Urteil vom 29. Oktober 2009 hat das schweizerische Bundesgericht entschieden, dass das Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen nach Art. 335 Abs. 2 ZGB keine sog. «loi d'application immédiate» im Sinne von Art. 18 IPRG darstellt, die die Anwendung eines ausländischen Gesetzes, welches die Errichtung von Familienunterhaltstiftungen für zulässig erklärt, zu verdrängen vermag¹. Aus dem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts folgt, dass nach ausländischem Recht gültig errichtete Familienstiftungen in der Schweiz als juristische Personen selbst dann anzuerkennen sind, wenn sie als Zweck den voraussetzungslosen Unterhalt von Familienmitgliedern verfolgen. Nachfolgend wird das Urteil des Bundesgerichtes dargestellt und gezeigt, welche Bedeutung diesem für die weitere Rechtsentwicklung in der Schweiz zukommen könnte.

II. Sachverhalt

Am 4. Mai 1987 wurde die Y.-Stiftung mit Sitz in Vaduz nach dem Recht des Fürstentums Liechtenstein errichtet. Der Zweck der Stiftung besteht in der Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens und der Ausschüttung desselben an Begünstigte.

* Der Autor bedankt sich bei EVA WETTSTEIN, Zürich, sowie lic. iur. BRIGITTA CLAVADETSCHER, Zürich, für ihre wertvolle Mitarbeit beim Verfassen dieses Artikels. Für die kritische Durchsicht des Artikels bedankt sich der Autor zudem bei Dr. iur. BERTOLD MÜLLER, LL.M., M.A., Rechtsanwalt, Zürich sowie lic. iur. NICOLE KÄLIN, Rechtsanwältin, Zürich.

¹ In BGE 135 III 614 wurde auf eine Wiedergabe des Sachverhaltes grösstenteils verzichtet. Für den vollständigen Urteilstext vgl. BGer., Urteil vom 17. November 2009, 4A_339/2009. Vgl. zum Ganzen auch SIMON OTHENIN-GIRARD: Fondations d'entretien et interdiction des fidéicommiss de famille en droit international privé suisse, Quelques jalons posés par l'ATF 135 III 614, AJP 2010, 1261 ff.



Der Erstbegünstigte der Stiftung ist D., die Zweitbegünstigten nach dessen Tod sind zu gleichen Teilen E., F. und G. und als Drittbegünstigte wurden die Nachkommen von E. und F. bezeichnet. Zur Zeit der Errichtung der Stiftung hatten die Begünstigten ihren Wohnsitz in der Schweiz.

Art. 12 der Satzung der Y.-Stiftung sieht vor, dass jederzeit, nach freiem Ermessen des zuständigen Stiftungsorgans, Kapital oder Erträge der Stiftung ganz oder teilweise einzelnen oder mehreren Begünstigten zugewiesen werden dürfen.

Am 10. März 1993 eröffnete die Y.-Stiftung eine Bankbeziehung bei der X.-Bank mit Sitz in Genf, welche insbesondere von der Bankangestellten E., ihres Zeichens Direktorin bei der X.-Bank, betreffend Verwaltung der Vermögenswerte der Stiftung betreut wurde.

Im Januar 2005 reichte die Y.-Stiftung Strafanzeige gegen E. wegen Urkundenfälschung und Untreue ein, nachdem sie festgestellt hatte, dass E. wiederholt unbefugt Dispositionen über die Konten der Y.-Stiftung getätigt hatte. Am 4. März 2008 wurde E. zu einer Gefängnisstrafe verurteilt.

Am 18. März 2008 erhob die Y.-Stiftung Klage gegen die X.-Bank und forderte Schadenersatz im Umfang von CHF 2916000 plus 5% Zinsen ab dem 26. Januar 2005, da die X.-Bank mangelhaft organisiert sei und es an interner Beaufsichtigung gefehlt habe.

Dagegen wandte die X.-Bank ein, dass die Y.-Stiftung zufolge Nichtigkeit weder prozessführungsbefugt noch aktivlegitimiert sei, da es sich bei der Y.-Stiftung um ein nach Art. 335 Abs. 2 ZGB verbotenes Familienfideikommiss handle. Dies sei nach Art. 18 IPRG zu berücksichtigen.

Sowohl das «Tribunal de première instance» mit Entscheid vom 6. November 2008 als auch der «Cour de justice du canton de Genève» mit Entscheid vom 28. Mai 2009 haben diese Einwände verworfen.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

1. E.4.1: Gegenstand des Urteils

Vorliegende Streitigkeit weist ein internationales Merkmal auf, weil eine privatrechtliche Stiftung mit Sitz in Vaduz gegen eine Bank mit Sitz in Genf klagt wegen unerlaubter Handlung aufgrund rechtswidrigen Verhaltens eines Direktionsmitglieds der Bank und wegen vertraglicher Haftung aufgrund angeblicher Verletzung des Depot- und Mandatsvertrags durch die Bank. Die Bank bestreitet die Prozessfähigkeit der Stiftung. In casu ist dies die einzige Frage², über welche vom Kantonsgericht geurteilt wurde und die Gegenstand des Urteils des Bundesgerichts ist.

2. E.4.1.1: Internationaler Sachverhalt und Gesellschaftsstatut

Da in vorliegendem Fall keine völkerrechtlichen Verträge einschlägig sind, unterliegt der Sachverhalt den Regeln des Kollisionsrechts nach dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG)³.

Vorliegend geht es vorerst um das Gesellschaftsstatut, auch bezeichnet als Personalstatut von Gesellschaften. Der Begriff des Gesellschaftsstatuts ist in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst diejenige Rechtsordnung, welcher eine Gesellschaft in ihren wesentlichen Aspekten untersteht, insbesondere also die Vorschriften, welche den Gesellschaftstypus, den Grad der Selbständigkeit der Gesellschaft im Verhältnis zu ihren Mitgliedern, die juristische Persönlichkeit und deren Umfang, die gültige Begründung und Organisation der Gesellschaft sowie das Verhältnis zu den Mitgliedern ordnen⁴.

Gemäss Art. 150 Abs. 1 IPRG umfasst der Begriff der Gesellschaft «organisierte Personenzusammenschlüsse»⁵ und «organisierte Vermögenseinheiten»⁶. Unter den Begriff der «organisierten Vermögenseinheiten» fallen u.a. auch ausländische Stiftungen⁷.

2 Nicht Gegenstand des Urteils ist, ob die Bank für allfälliges rechtswidriges Handeln ihrer Organe oder Erfüllungsgehilfen einzustehen hat oder wie die internationalen vertraglichen Beziehungen zwischen den Prozessparteien zu regeln sind.

3 Vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG. Dazu BGE 133 II 321 ff., 323.

4 ANDREAS GIRSBERGER/ANTON HEINI/MAX KELLER/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/KURT SIEHR/FRANK VISCHER/PAUL VOLKEN (Hrsg.) (ZK-BEARBEITER): Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, Zürich 2007, ZK-VISCHER, N 6 zu Vor Art. 150–165 IPRG.

5 Der Verweisungsbegriff «organisierte Personenzusammenschlüsse» umfasst in- und ausländische Kapital- und Personengesellschaften, gesetzliche Personenverbindungen, Vereine des In- und Auslands sowie einfache Gesellschaften, sofern sie eine Organisation aufweisen. So ZK-VISCHER (Fn. 4), N 3 zu Art. 150 IPRG. Vgl. auch HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER/STEPHEN V. BERTI (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Basel 2007, BasK-VON PLANTA/EBERHARD, N 6 ff. zu Art. 150 IPRG.

6 Unter den Verweisungsbegriff der «organisierten Vermögenseinheit» fallen alle Rechtsformen zweckgerichteter verselbständigter Vermögen. So ZK-VISCHER (Fn. 4), N 11 zu Art. 150 IPRG. Vgl. zum Ganzen zudem BasK-VON PLANTA/EBERHARD (Fn. 5), N 2 f. zu Vor Art. 150–165 IPRG sowie N 10 ff. zu Art. 150 IPRG.

7 ZK-VISCHER (Fn. 4), N 11 zu Art. 150 IPRG; BasK-VON PLANTA/EBERHARD (Fn. 5), N 10 zu Art. 150 IPRG.

8 BGE 117 II 494, E. 4b.

9 Im Gegensatz zur Inkorporationstheorie unterstellt die Sitztheorie Gesellschaften ausschliesslich dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet werden und in dem die Gründungsvorschriften beachtet wurden. Vgl. MARKUS MÜLLER-CHEN: Altbekanntes und Aktuelles zum internationalen Gesellschaftsrecht, REPRAX 2001, 12, 15.

10 Art. 154 Abs. 1 IPRG.

11 Art. 154 Abs. 2 IPRG.

12 Art. 155 lit. a IPRG.

13 ZK-VISCHER (Fn. 4), N 2 zu Art. 155 IPRG.

14 Art. 155 lit. c IPRG.

15 Vgl. dazu den Verweis auf die nachfolgenden Bestimmungen des liechtensteinischen Rechts:

Art. 106 Abs. 1 PGR:

«Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen (Körperschaften oder Korporationen) und die einem besonderen Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten einschliesslich Stiftungen erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Öffentlichkeitsregister (Inkorporierung), und zwar mangels abweichender Gesetzesvorschrift selbst dann, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren, vorbehaltlich des Vernichtbarkeitsverfahrens.»

Art. 552 § 1, Art. 1 Abs. 1 PRG:

«Eine Stiftung im Sinne dieses Abschnittes ist ein rechtlich und wirtschaftlich verselbständigt Zweckvermögen, welches als Verbandsperson (juristische Person) durch die einseitige Willenserklärung des Stifters errichtet wird. Der Stifter widmet das bestimmt bezeichnete Stiftungsvermögen und legt den unmittelbar nach aussen gerichteten, bestimmt bezeichneten Stiftungszweck sowie Begünstigte fest.»

16 Vgl. dazu den Verweis auf die folgende Bestimmung des liechtensteinischen Rechts:

Art. 109 Abs. 1–3 PGR:

«¹ Die Verbandspersonen sind von Gesetzes wegen gleich natürlichen Personen aller Rechte, wie namentlich der Vermögensrechte, des Rechtes auf Namen oder Ehre, der Mitgliedschaftsrechte, der Beteiligungen an Firmen und aller Pflichten fähig, soweit diese Rechte oder Pflichten nicht die natürlichen Zustände oder Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.

² Die für natürliche Personen geltenden Bestimmungen finden daher mit dieser Beschränkung auch auf Verbandspersonen Anwendung.

³ Die Verbandspersonen können in diesem Sinne durch ihre zur Vertretung bestellten Organe oder Vertreter unter ihrem Namen oder unter ihrer Firma vor allen Gerichts- und Verwaltungsbehörden und in allen Verfahren als Partei, Intervenient, Beigeladener, Beteiligter oder in ähnlicher Eigenschaft für ihre Rechte auftreten und Eintragungen in öffentliche Register, wie Grundbuch, Öffentlichkeitsregister, Patentregister und dergleichen erwirken und Rechtsschutz verlangen.»

17 BERNARD DUTOIT: Droit international privé suisse, Basel 2005, N 5^{bis} zu Art. 154 IPRG.

3. E.4.1.2: Gründungstheorie

In einem Grundsatzentscheid⁸ hat das Bundesgericht festgehalten, dass das IPRG der Inkorporationstheorie (Gründungstheorie)⁹ folgt. Gesellschaften unterstehen damit dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert haben¹⁰. Für den Fall, dass eine Gesellschaft diese Voraussetzungen nicht erfüllt, untersteht sie dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wird¹¹.

4. E.4.1.3: Errichtung der Familienunterhaltstiftung nach liechtensteinischem Recht

Vorliegend ist nie bestritten worden, dass die besagte Stiftung am 4. Mai 1987 gemäss Art. 552 ff. des liechtensteinischen Gesetzes vom 20. Januar 1926 über die Personen und Gesellschaften (nachfolgend «PGR») rechtsgültig errichtet wurde. Da die Stiftung nach liechtensteinischem Recht ordnungsgemäss errichtet wurde, untersteht sie unter Anwendung der Kollisionsnorm von Art. 154 Abs. 1 IPRG dem liechtensteinischen Recht. Das anzuwendende Recht bestimmt die Rechtsnatur der Gesellschaft¹² sowie deren Rechts-¹³ und Handlungsfähigkeit¹⁴. Aufgrund der einschlägigen Bestimmungen des liechtensteinischen Rechts ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, es sei in jedem Fall nicht unhaltbar, anzuerkennen, dass das liechtensteinische Recht den Stiftungen Rechtspersönlichkeit¹⁵ zuerkennt und diese damit handlungsfähig¹⁶ sind.

5. E.4.2/E.4.3: Einschränkung von Verweisungen

Aufgrund der Verweisung von Art. 154 Abs. 1 IPRG an das Recht der Inkorporation ist für den vorliegenden Fall vorerst zu folgern, dass die Stiftung nach liechtensteinischem Recht gegründet wurde, dass sie alle notwendigen Attribute der Rechtspersönlichkeit innehat, sie diese auch in der Schweiz ausüben kann und sie folglich prozess- und parteifähig ist¹⁷.

Allerdings sind Verweisungen auf ein ausländisches Recht nicht immer zu beachten. Zu prüfen ist vorliegend, so wie dies vorgebracht wurde, ob das Verbot des Familienfideikommisses gemäss Art. 335 Abs. 2 ZGB eine zwingende Bestimmung des schweizerischen Rechts im Sinne von Art. 18 IPRG ist; wäre dem so, würde die Kollisionsnorm des Art. 154 Abs. 1 IPRG keine Anwendung finden.

Art. 18 IPRG steht unter der Marginalie «Zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts»



und lautet folgendermassen: «Vorbehalten bleiben Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind». Mittels der Bestimmung von Art. 18 IPRG wird eine schweizerische rechtsanwendende Instanz ermächtigt, inländisches Recht unabhängig von einer kollisionsrechtlichen Verweisung anzuwenden, sofern die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind¹⁸.

Art. 18 IPRG ist im Gesamtkontext der im IPRG enthaltenen Verweisungen auf ein ausländisches Recht zu verstehen¹⁹. Art. 13 IPRG bestimmt vorerst, dass eine Verweisung auf ein ausländisches Recht alle Bestimmungen umfasst, welche auf den Sachverhalt anwendbar sind. Für die einzelnen Verweisungen gelten aber diverse Einschränkungen, so die Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG²⁰, die Vorbehaltsklausel von Art. 17 IPRG²¹ und die erwähnte zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts auf Grund von Art. 18 IPRG. Art. 17 IPRG und Art. 18 IPRG stehen in einem symbiotischen Verhältnis. Art. 17 IPRG enthält den sog. «negativen Ordre public», welcher greift, sofern «das Ergebnis der Beurteilung nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt ist und dieses Ergebnis das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. auf stossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht.»²² «Von der Ermittlung und der hypothetischen Anwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts ist indessen von vornherein abzusehen, wenn schweizerische Rechtsvorschriften gemäss Art. 18 IPRG unmittelbar, das heisst unabhängig von dem durch das Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind²³. Die sog. «loi d'application immédiate» des Art. 18 IPRG umfasst damit den «sog. positiven Ordre public»²⁴.

Was genau zum positiven Ordre public gehört, ist umstritten: Allgemein anerkannt ist, dass insbesondere Normen darunter fallen, welche den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen²⁵. Umstritten und zu prüfen war vorliegend, ob auch ausländische Familienunterhaltsstiftungen unter den Anwendungsbereich von Art. 18 IPRG fallen.

6. E.4.3.1: Verbot der Errichtung eines Familienfideikommisses

a. Abgrenzung

Die Errichtung eines Familienfideikommisses ist gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung heute verboten²⁶. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Familienfideikommiss ein durch

gültige Privatdisposition unveräusserlich mit einer Familie verbundener, zum Genuss durch die Familienmitglieder nach festgesetzter Sukzessionsordnung bestimmter Vermögenskomplex, durch welchen das Bewusstsein der Einheit der Familie in ihren sich folgenden, wechselnden Gliedern erhalten und der Glanz der Familie erhöht wird²⁷. Gegenstand eines Familienfideikommisses waren dauernde, ihre Substanz über Generationen hinaus erhaltende Vermögenswerte, vorzugsweise solche, welche Früchte oder Zinsen abwarfen, aber auch Kunstsammlungen, Bibliotheken, Juwelen usw.²⁸

Im Gegensatz zu einer Familienstiftung ist das Familienfideikommiss keine juristische Person, sondern ein Sondervermögen, welches in den Händen von Personen ist, die Nutzniesser davon sind²⁹.

b. Familienstiftungen nach schweizerischem Recht

aa. Allgemeines

Familienstiftungen nach schweizerischem Recht charakterisieren sich dadurch, dass für eine Familie ein Vermögen zur Bestreitung der *Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung* von

18 BasK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER (Fn. 5), N 8 zu Art. 18 IPRG.

19 Art. 13–19 IPRG.

20 Art. 15 IPRG:

«Das Recht, auf das dieses Gesetz verweist, ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht.

²Diese Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn eine Rechtswahl vorliegt.»

21 Art. 17 IPRG:

«Die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ist ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist.»

22 BGE 128 III 201, 202, 204.

23 BGE 128 III 201, 202, 204 f.

24 BGE 128 III 201, 202, 204 f.; BGE 125 III 443, 447; BGE 117 II 494, 501. Bestätigt in BGer., Urteil vom 1. Oktober 2009, 4A.106/2009.

25 Vgl. BGE 125 III 443, 447.

26 Art. 335 Abs. 2 ZGB.

27 BGE 9 I 577 ff., 586.

28 ROBERT KAUFMANN: Begriff und Zweck der Familienstiftung und ihre Abgrenzung von ähnlichen Instituten, Bern 1954, 2 f.

29 BGer., Urteil vom 18. Mai 2001, 5C.9/2001, E. 3a; HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), Basel 2010, BasK-GRÜNINGER, N 14a zu Art. 335 ZGB.

Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken zur Verfügung steht³⁰. Die Familienstiftung unterscheidet sich von der gewöhnlichen Stiftung insofern, als der Kreis der Begünstigten gemäss dem Willen des Stifters auf die Angehörigen einer einzigen, bestimmten Familie beschränkt ist, zu welchem insbesondere die durch Blutsverwandtschaft, Ehe oder Adoption verbundenen Personen gehören³¹. Die Familienstiftung ist damit eine gewöhnliche Stiftung³², die sich dadurch auszeichnet, dass sie eine Stiftung für Begünstigte der Familie des Stifters³³ ist und gesetzlich vorgeschriebene Aufgaben erfüllt³⁴.

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die im Gesetz enthaltene Aufzählung der

Zwecke, zu denen Familienstiftungen errichtet werden dürfen, abschliessend³⁵. Diese Zwecke stimmen darin überein, dass den zum Kreis der Begünstigten gehörenden Familienangehörigen in bestimmten Lebenslagen, nämlich im Jugendalter, bei Gründung eines eigenen Hausstandes oder einer eigenen Existenz sowie im Falle von Not und zur Befriedigung der sich daraus ergebenden besonderen Bedürfnisse Hilfe geleistet werden soll³⁶. Mit den gesetzlich erwähnten «ähnlichen Zwecken» sind nur solche gemeint, welche ebenfalls darin bestehen, den Familienmitgliedern in bestimmten Lebenslagen jene materielle Hilfe zu gewähren, die unter den gegebenen Umständen als nötig oder wünschbar erscheint³⁷.

Familienstiftungen, die den Begünstigten Vorteile aus dem Stiftungsvermögen ohne besondere, an eine bestimmte Lebenslage anknüpfende Voraussetzungen zukommen lassen, einfach, um ihnen eine höhere oder angenehmere Lebenshaltung zu gestatten, sind nach derzeit herrschender Auffassung und Rechtsprechung unzulässig³⁸.

bb. Kosten für die Erziehung, Berufsschulen und andere Unterrichtsinstitute

Der Begriff der Kosten für die Erziehung wird weit gefasst. Familienstiftungen können Kosten des Unterrichts für Grundausbildung sowie weiterführende Ausbildung an Universitäten, Berufsschulen und anderen Unterrichtsinstituten tragen. Dies beinhaltet Kosten für Erst-, Zweit- und Weiterausbildung (Umschulung, Berufseinstieg, Berufswechsel, Allgemeinbildung, künstlerische Weiterbildung, Bildungsurlaub, Forschungsvorhaben usw.). Bei auswärtiger Unterbringung können auch die Kosten des mit der Erziehung und Ausbildung zusammenhängenden Lebensunterhalts (Internate, Pensionate, Erziehungsheime, Miete, Reisen, Transport usw.) gedeckt werden³⁹. In der Erziehungs- und Ausbildungsphase eines Begünstigten kann damit auch dessen allgemeiner Lebensunterhalt finanziert werden⁴⁰.

cc. Ausstattung

Unter dem Begriff der Ausstattung wurde früher ausschliesslich die Mitgift heiratsfähiger oder tatsächlich heiratender Töchter verstanden⁴¹. Im heutigen Zeitalter der Gleichberechtigung ist dagegen geschlechterunabhängig alles als Ausstattung zu betrachten, was der *Begründung, Verbesserung und Sicherung der Existenz*, insbesondere bei Heirat oder Aufnahme einer selbständigen Berufstätigkeit⁴², dient⁴³. Der Begriff der Ausstattung sollte weit verstanden werden. Existenzbegründung bei Heirat ermöglicht etwa die Ausschüttung von Stiftungs-

30 Art. 335 Abs. 1 ZGB.

31 BGer., Urteil vom 4. März 2002, 2A.457/2001; HANS MICHAEL RIEMER (BK-RIEMER): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, Bern 1990, BK-RIEMER, N 109 zum Systematischen Teil die Stiftungen; MICHAEL HAMM/STEFANIE PETERS: Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *successio* 2008, 248. Nach modernem Verständnis sind wohl auch Konkubinatspartner, die in einer gefestigten Beziehung leben, zu den möglichen «Familien»-Begünstigten zu zählen.

32 Gemäss Art. 80 ff. ZGB.

33 Meistens handelt es sich um Familienangehörige des Stifters.

34 ALEXANDRA ZEITER: Neues zur Unterhaltsstiftung, *SJZ* 2001, 451, 452.

35 BGE 108 II 393, 394. Art. 335 ZGB stellt zwingendes Recht dar. Vgl. dazu JUSTIN THORENS: L'article 335 CCS et le trust de common law, in: PIERRE-HENRI BOLLE: Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel 2000, 161; LUC THÉVENOZ: Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye, *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Zürich 2007, 68.

36 BGE 108 II 393, 394.

37 BGE 108 II 393, 394.

38 BGer., Urteil vom 30. November 2006, 5C.68/2006. Vgl. zum Ganzen BGE 108 II 398 ff., BGE 108 II 393 ff., BGE 93 II 439 ff., BGE 89 II 437 ff., BGE 79 II 113 ff., BGE 75 II 81 ff., BGE 75 II 15 ff., BGE 73 II 81 ff. sowie den Leitentscheid BGE 71 I 265 ff. Abweichend etwa PETER MAX GUTZWILLER: Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung, *AJP* 12/2010, 1559 ff.

39 BasK-GRÜNINGER (Fn. 29), N 10 zu Art. 335 ZGB.

40 BasK-GRÜNINGER (Fn. 29), N 10 zu Art. 335 ZGB.

41 BK-RIEMER (Fn. 31), N 147 zu Systematischem Teil die Stiftungen.

42 In Anlehnung an die erbrechtliche Bestimmung von Art. 626 ZGB bezüglich Ausgleichspflicht der Erben.

43 CHRISTIAN BRÜCKNER: Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N 1460, unter Verweis auf Art. 626 ZGB.



mitteln zum Erwerb einer Liegenschaft. Die Aufnahme einer selbständigen Berufstätigkeit ermöglicht die Ausschüttung von Stiftungsmitteln oder die Gewähr von rückzahlbaren Darlehen, auch zinsfrei oder zu einem Vorzugszins, zur Gründung eines eigenen Unternehmens⁴⁴. Auch im Alter können spezifische Ausstattungsbedürfnisse bestehen. So ist es nach der hier vertretenen Auffassung zulässig, dass Familienstiftungen den Erwerb von Liegenschaften finanzieren, welche der Errichtung von Alterswohnstätten für Destinatäre dienen⁴⁵. Die Sicherung der Existenz schliesslich erlaubt die Ausschüttung von Mitteln an Begünstigte zur Erhaltung der gewohnten Lebensführung⁴⁶.

dd. Unterstützungsleistungen

Der Begriff der Unterstützungsleistungen wird tendenziell eng gefasst. Unterstützungsleistungen sind zur Überbrückung einer finanziellen Notlage gedacht und setzen eine Bedarfssituation eines Begünstigten, beispielsweise im Krankheits- oder Invaliditätsfall sowie wegen unverschuldeter Arbeitslosigkeit, voraus⁴⁷.

ee. Zulässige ähnliche Zwecke

Unter die ähnlichen Zwecke fallen gemäss der Rechtsprechung etwa der Unterhalt einer Familiengrabstätte oder das Lesen von Seelenmessen⁴⁸. Umstritten, aber wohl zulässig, zumindest sofern dies nicht der alleinige Zweck einer Stiftung darstellt, sind der Unterhalt eines Denkmals des Stifters, das Verfassen einer Familienchronik⁴⁹, die Erhaltung von Familienschriften oder Familienbibliotheken oder die Finanzierung regelmässiger Familienzusammenkünfte⁵⁰. Der Erhalt von Sammlungen oder Familienschmuck ausschliesslich zugunsten von Familienangehörigen wäre dagegen wohl unzulässig⁵¹.

7. E.4.3.2: Ist Art. 335 Abs. 2 ZGB zwingend anwendbares Recht gemäss Art. 18 IPRG? – Überblick zu den Lehrmeinungen

Bis zu vorliegendem Urteil hatte das Bundesgericht nicht über die Frage zu entscheiden, ob Art. 335 Abs. 2 ZGB als unmittelbar oder zwingend anwendbares Recht gemäss Art. 18 IPRG betrachtet werden muss, und es setzt sich deshalb mit dieser Frage eingehend auseinander.

Vorerst weist das Bundesgericht auf ein Urteil des Obergerichts Zürich vom 22. August 1985 hin⁵². Das Obergericht Zürich kam in seinem Urteil zum Schluss, dass das Fideikommissverbot kein fester Bestandteil des schweizerischen Ordre public sei und erwog, dass Art. 335 Abs. 2 ZGB in Verbindung

mit Art. 488 Abs. 2 ZGB betrachtet werden müsse, wonach wiederholte Nacherbeneinsetzungen unzulässig seien. Das Obergericht Zürich führte schon damals aus, wenn Art. 488 Abs. 2 ZGB – wie auch die Bestimmungen über das Pflichtteilsrecht nach Art. 470 ff. ZGB – keine Vorschrift des schweizerischen Ordre public sei, habe dies auch für Art. 335 Abs. 2 ZGB zu gelten.

Anschliessend weist das Bundesgericht auf die kontroverse Diskussion in der Lehre hin. Die Mindermeinung sei der Ansicht, dass das Verbot der Familienfideikommissen das Merkmal des schweizerischen Ordre public aufweise, weil die Bestimmung erlassen worden sei, um die Begünstigten vor einem Müssiggang zu schützen. Das Familienfideikommissverbot solle daher als unmittelbar anwendbares Recht behandelt werden, wenn die Stiftung eine besondere Beziehung zur Schweiz habe, zum Beispiel wenn im Zeitpunkt ihrer Gründung ihre Begünstigten Wohnsitz in der Schweiz haben oder wenn sich das Stiftungsvermögen in diesem Staat befinde⁵³.

Die Mehrheitsmeinung vertritt dagegen die Ansicht, dass das Verbot der Familienfideikommissen nicht Ausdruck eines fundamentalen Grundsatzes der schweizerischen Rechtsordnung sei und deshalb

MARKUS MÜLLER-CHEN/VITO ROBERTO/MARC AMSTUTZ/
PETER BREITSCHMID/ANDREAS FURRER/DANIEL GIRSBERGER/
CLAIRE HUGUENIN/ANTON K. SCHNYDER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO (Hrsg.) (HandKomm-BEARBEITER): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, HandKomm-BREITSCHMID/VETSCH, N 4 zu Art. 335 ZGB.

44 Vgl. etwa Familienstiftung Fritz Liechti oder Familienstiftung Schmid-Leibundgut.

45 Vgl. etwa Familienstiftung Geschwister Grunder.

46 Vgl. Karl Epting Familienstiftung.

47 BasK-GRÜNINGER (Fn. 29), N 11 zu Art. 335 ZGB.

48 BGE 72 II 19 ff., 24; BasK-GRÜNINGER (Fn. 29), N 12 zu Art. 335 ZGB.

49 BGer., Urteil vom 4. März 2002, 2A.457/2001.

50 BasK-GRÜNINGER (Fn. 29), N 12 zu Art. 335 ZGB.

51 BasK-GRÜNINGER (Fn. 29), N 12 zu Art. 335 ZGB

52 Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 22. August 1985, abgedruckt in SJZ 82/1986, 245 f.

53 Mit Verweis auf BasK-VON PLANTA/EBERHARD (Fn. 5), N 18 zu Art. 154 IPRG; ZK-VISCHER (Fn. 4), N 34 zu Art. 154 IPRG; ANTON K. SCHNYDER: Trust, Pflichtteilsrecht, Familienfideikommiss, in: PETER BREITSCHMID/WOLFGANG PORTMANN/HEINZ REY/DIETER ZOBL (Hrsg.): Festschrift für Hans Michael Riemer, Bern 2007, 347 ff., insb. 348; THOMAS M. MAYER: Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Trust, Basel 1994, 37 ff., 47 f.; ANDREAS BUCHER: Droit international privé suisse, tome II: Personnes, Famille, Successions, Basel 1992, ch. 987, 317.

nicht als unmittelbar zwingend anwendbares Recht im Sinne von Art. 18 IPRG zu verstehen sei⁵⁴.

8. E.4.3.3: Ergebnis – Art. 335 Abs. 2 ZGB ist nicht zwingend anwendbares Recht

Gemäss dem bundesgerichtlichen Urteil überzeugt die überwiegende Meinung der Autoren aus folgenden Gründen. Historisch gesehen schein es, dass bei Einführung des ZGB das Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen das Ergebnis eines Kompromisses gewesen war. In den Vorentwürfen des ZGB von 1896 und 1900 habe Eugen Huber das Familienfideikommiss auf die gleiche Stufe wie die Familienstiftung gestellt und es den Kantonen überlassen, diese Rechtsinstitute zu beschränken oder zu verbieten. Allerdings hat die Expertenkommission schliesslich gegen die von Eugen Huber vorgeschlagene Beibehaltung des Fideikommisses gestimmt. Es wurde in der Folge eine Einigung gefunden, wonach es zwar verboten sei, neue Familienfideikommissen zu gründen, dass jedoch diejenigen, welche bereits bestanden, bestehen bleiben können. Dieser Vorschlag wurde in den Entwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement

ments aufgenommen und schliesslich als solcher im ZGB vom 10. Dezember 1907 verabschiedet. Unter diesem Aspekt sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber wohl der Auffassung war – da er die Aufrechterhaltung bereits vor Inkrafttreten des ZGB bestandener Familienfideikommissen erlaubt hat –, dass diese Institution nicht in einem unerträglichen Widerspruch zur schweizerischen Rechts- und Sitteauffassung stehe.

Darüber hinaus sind die Überlegungen, aufgrund deren Art. 335 Abs. 2 ZGB eingeführt wurde – es war das Nichtstun zu bekämpfen und die Verbreitung von unveräusserlichem Eigentum zu verhindern – heute veraltet⁵⁵. Entsprechend führte das Bundesgericht aus, dass in der heutigen Zeit der schweizerische Staat seine Aufgabe eher in der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit als in der Bekämpfung der Nachteile des Müssiggangs sieht. Auch das Wesen des unveräusserlichen Eigentums lehnt sich an das alte Recht an und ist im heutigen modernen, wirtschaftlichen System der Schweiz völlig fremd. Folglich lässt es sich nicht rechtfertigen, dass ausländische Familienstiftungen, welche den Zweck des Unterhalts verfolgen und nach ausländischem Recht rechtsgültig errichtet wurden, nicht anerkannt werden. Entsprechend ist Art. 335 Abs. 2 ZGB keine Norm des unmittelbar bzw. zwingend anwendbaren Rechts.

54 Mit Verweis auf BasK-DUTOIT (Fn. 5), N 9 zu Art. 154 IPRG; BasK-GRÜNINGER (Fn. 29), N 16/17 zu Art. 335 ZGB; BasK-VOGT (Fn. 5), N 96 zu Vorbemerkungen zu Art. 149a-e IPRG; PETER MAX GUTZWILLER: Schweizerisches Internationales Trustrecht, Kommentar zum Haager Trust Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung von 2006, Basel 2007, N 47–48 zu Allgemeine Einleitung, 11/12; THORENS (Fn. 35), 164 ff.; THÉVENOZ (Fn. 35), 68 ff.; SIMON OTHENIN-GIRARD: La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Zürich 1999, ch. 951, 593; DOMINIQUE JAKOB: Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 104/2008, 539; FLORENCE GUILLAUME: Trust, réserves héréditaires et immeubles, AJP 1/2009, 36; JULIEN PERRIN: Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, Genf 2006, 225/226; DENIS PIOTET: Les inefficacités des dispositions à cause de mort en droit suisse, in quelques actions en annulation, Neuenburg 2007, ch. 27/28, 62–63; Yves BONNARD/SOPHIE CIOLA-DUTOIT: Trusts internes suisses: objectifs recherchés et obstacles juridiques, AJP 12/2007, 1511/1512; DAVID WALLACE WILSON: Planification immobilière autour du trust, in: MARGARETA BADDELEY/BENEDICT FOËX (Hrsg.): La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Bucher, Genf 2009, 130 f.

55 Mit Verweis auf die Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005, BBl 2006, 551 ff., 564 f.

IV. Folgerungen

Dem Urteil des schweizerischen Bundesgerichts kommt in praktischer Hinsicht vor allem folgende Bedeutung zu: In der Schweiz wohnhafte Personen können ausländische Rechtsinstitute errichten, welche voraussetzungslos Unterhaltsleistungen an Begünstigte ausrichten, seien dies nun ausländische Stiftungen oder Trusts. Möglich ist damit, was mittels schweizerischen Familienstiftungen als nicht zulässig erscheint. Ob mit diesem Entscheid das schweizerische Bundesgericht künftig den Weg gehen will, voraussetzungslose Unterhaltsleistungen auch bei schweizerischen Familienstiftungen als zulässig zu erklären oder nicht, bleibt abzuwarten.

Für die schweizerische Rechtslandschaft ist es jedenfalls wenig sinnvoll, wenn sich Personen mit Wohnsitz in der Schweiz durch Verwendung ausländischer Rechtsinstitute Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen, welche in der Schweiz nicht ebenfalls zur Verfügung stehen. Hinzu kommt, dass damit auch inländische Berater und Dienstleister gegenüber ausländischen benachteiligt werden; dies zeigt sich etwa bei Trusts, welche in der Schweiz wohl anerkannt werden, aber in der Schweiz nicht existieren.



Ausländische Familienunterhaltstiftungen

Entsprechend können Trusts nur durch ausländische Spezialisten errichtet werden. Die mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens auch verfolgte Zielsetzung, den Standort Schweiz bei der Erbringung von Vermögensplanungsdienstleistungen besser zu positionieren, konnte damit nur sehr beschränkt verwirklicht werden. Es ist deshalb an der Zeit, dass auch in der Schweiz ein Rechtsinstitut geschaffen wird, welches voraussetzungslose Unterhaltszahlungen an Begünstigte ermöglicht.

Statt über die Schaffung eines schweizerischen Trust- oder Treuhandrechts nachzudenken, sollte vielmehr auf die Familienstiftung zurückgegriffen werden. Dieses in der schweizerischen Rechtslandschaft bekannte und vertraute Rechtsinstitut kann gesetzgeberisch ohne weiteres für voraussetzungslose Unterhaltszwecke geöffnet werden. Es ist deshalb zu hoffen, dass das bundesgerichtliche Urteil demnächst auch auf politischer Ebene aufgegriffen wird.

This document is for information purpose only. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201,
8034 Zurich, Switzerland, Tel.: 0041 44 386 6000.**