

Zivilgesetzbuch

Letzte Änderung: 30.09.2025

PDF erstellt am: 06.10.2026



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Art. 52 ZGB.....	5
Art. 53 ZGB.....	19
Art. 54/55 ZGB	29
Art. 56 ZGB.....	43
Art. 57 ZGB	59
Art. 58 ZGB.....	75
Art. 59 ZGB.....	83
Art. 80 ZGB	95
Art. 84 ZGB.....	109
Art. 85 und 86 ZGB	123
Art. 86a ZGB.....	145
Art. 86b ZGB	159
Art. 86c ZGB.....	167
Art. 87 ZGB.....	171
Art. 88 und 89 ZGB	193
Art. 252 ZGB.....	207
Art. 335 ZGB.....	217
Art. 522 ZGB.....	239
Art. 523 ZGB.....	265
Art. 533 ZGB.....	285

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 52 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 52 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 52 ZGB N. XXX.

Zweiter Titel: Die juristischen Personen

Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

A. Persönlichkeit

Art. 52

¹ Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besondern Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister.

² Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten sowie die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen.

³ Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgegenstand	7
II. Entstehungsgrundsätze bei juristischen Personen	7
A. Registerzwang vs. Errichtungsfreiheit	7
B. Verhältnis zu behördlichen Genehmigungen nach anderen Erlassen	9
III. Rechtslage vor der rechtswirksamen Entstehung	9
IV. Juristische Personen mit einem widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck.....	10
A. Nichterwerb der Rechtsfähigkeit	10
B. Vermögenskonfiskation	13
C. Möglichkeit der «heilenden» Wirkung der Eintragung.....	14
D. Abgrenzung: Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit aufgrund eines «Durchgriffs»	15
Literaturverzeichnis	15

I. REGELUNGSGEGENSTAND

Art. 52 ZGB regelt den Schlusspunkt des Entstehungsprozesses von 1 juristischen Personen, nämlich den **Erwerb der Rechtspersönlichkeit**. Anders als die Marginalie («Persönlichkeit») vermuten lässt, geht es nur um die Erlangung der Rechtspersönlichkeit und nicht um deren Inhalt und Umfang, welche in Art. 53 ZGB («Rechtsfähigkeit») geregelt werden.¹

In Art. 52 ZGB wird eigentlich nur die *Wirkung* des **letzten Schritts des 2 Entstehungsprozesses einer juristischen Person** (also regelmässig deren Handelsregistereintragung) geregelt. Der Schritt selbst wird in der HRegV im Detail geregelt,² dessen Grundlagen (Statuten bzw. Stiftungsurkunde) in materiell-inhaltlicher und formeller (Beschlussfassung, Stiftungsgeschäft, weitere allfällige formelle Voraussetzungen) Hinsicht bei den jeweiligen Gesetzesbestimmungen der einzelnen juristischen Personen.³

II. ENTSTEHUNGSGRUNDSÄTZE BEI JURISTISCHEN PERSONEN

A. Registerzwang vs. Errichtungsfreiheit

Das Schweizer Recht geht in Art. 52 Abs. 1 ZGB vom **Grundsatz des sog. 3 Registerzwangs** bzw. dem Normativsystem aus. Die Entstehung einer juristischen Person ist somit abhängig von der zwingenden, konstitutiv wirkenden Eintragung ins Handelsregister, auf welche bei Erfüllung der gesetzlich determinierten Voraussetzungen ein Anspruch besteht.⁴ Das Normativsystem stellt das Gegenmodell zum sog. Konzessionssystem dar,

1. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 1; SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 1; zu den terminologischen Differenzierungen vgl. BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 1 m.w.H. Vgl. zu Umfang und Inhalt der Rechtsfähigkeit neben der Kommentierung in OK-Humbel, Art. 53 N. 5 ff., auch OFK-Scherrer, Art. 53 ZGB N. 4 ff.; BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 6 ff.; Weber, SPR II/4, 124 ff.; CR-Xoudis, Art. 53 CC N. 9 ff.

2. Vgl. den Überblick in Jakob/Humbel, npoR 2022, 119.

3. Vgl. bei den juristischen Personen des Bundesprivatrecht Art. 60, 80 f. ZGB; Art. 626 ff.; 764 Abs. 2; Art. 776 ff.; 830 ff. OR; vgl. zum Ganzen SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 1.

4. BGE 120 II 374 E. 4a; KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 4; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 11 N. 18 f.; BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 2.

welches einen hoheitlichen Akt durch eine Behörde – eine Genehmigung oder Anerkennung – als Entstehungsvoraussetzung verlangt.⁵

- 4 Dem Registerzwang bzw. **Normativsystem** unterliegen alle nicht von der Ausnahme in Abs. 2 erfassten juristischen Personen. Daraus ergibt sich eine Eintragungspflicht für die Körperschaften des OR sowie der Stiftungen des Privatrechts.⁶
- 5 Für die in **Abs. 2** aufgezählten juristischen Personen gilt spiegelbildlich das **Prinzip der Errichtungsfreiheit**, welches eine freie Körperschaftsbildung vorsieht. Die Eintragung ist in diesem Fall regelmässig ebenfalls möglich – dies kann freiwillig erfolgen oder vom Gesetzgeber aus anderen Gründen gefordert werden, z.B. bei nichtwirtschaftlichen Vereinen, welche ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, revisionspflichtig sind oder hauptsächlich Vermögenswerte im Ausland direkt oder indirekt sammeln oder verteilen⁷ (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1, 2 und 3 ZGB⁸) –, hat in diesem Fall aber stets rein deklaratorischen Charakter.⁹ Der Anwendungsbereich von Abs. 2 wurde im Verlauf der Zeit immer weiter eingeschränkt – zuletzt wurde der Registerzwang mit dem sog. GAFI-Gesetz vom 12. Dezember 2014 mit Wirkung zum 1. Januar 2016 auch auf kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen ausgedehnt.¹⁰ Der Anwendungsbereich von Abs. 2 bleibt im Bundesprivatrecht somit auf den nichtwirtschaftlichen Verein nach Art. 60 ff. ZGB beschränkt. Dieser entsteht – ungeachtet allfälliger

5. Vgl. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 2; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 11 N.20 ff. m.w.H. auch zum sog. Octroisystem (N. 23); vgl. zur historischen Entwicklung und dem Einfluss des kanonischen Rechts auf die Entstehung des Normativsystems, Mayer, 66 f.; vgl. rechtsvergleichend aus Sicht des Stiftungsrechts Jakob, in: MüHB, § 119 N. 65 ff.; ders. ZSR 2013 II, 222 ff.

6. Vgl. zum Spezialfall der Stiftung von Todes wegen, welche gemäss der Lehre mit Wirkung ab dem Tod des Stifters entstehen, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch kein Eintrag im Handelsregister vorliegt, insofern stellen Art. 493 ZGB sowie Art. 539 Abs. 2 ZGB je gegenüber Art. 52 Abs. 1 ZGB derogierende *leges speciales* dar SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 10.

7. Vgl. zur Einführung dieser Pflicht zur Eintragung Jakob/Brugger/Humbel, 183.

8. Vgl. dazu BK-Riemer, Art. 61 ZGB N. 18 ff.

9. BK-Riemer, Art. 61 ZGB N. 6, 50 m. umfangreichen w.H.; Pachmann 202; Sportverbandkommentar-Humbel/Schneuwly, N. 33, 36.

10. Dazu und zu den übergangsrechtlichen Fragestellungen KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 2; Jakob/Humbel, SJZ 2022, 736 ff.; dies., npoR 2022, 119 ff., auch zur kritisch zu hinterfragenden Praxis des EHRA und des BVGer; Jakob/Studen, Trusts & Trustees 2016, 707 ff.; Riemer, SZW 2016, 70 ff.

Eintragungspflichten von Art. 61 Abs. 2 ZGB, welche lediglich zu einem deklaratorischen Eintrag führen –, «sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist» (Art. 60 Abs. 1 ZGB).

B. Verhältnis zu behördlichen Genehmigungen nach anderen Erlassen

Die behördliche Erteilung einer **Bewilligung zum Betrieb einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit** durch die juristische Person ist von der Erlangung der Rechtspersönlichkeit zu trennen.¹¹ Allerdings verknüpft der Gesetzgeber diese beiden Fragen teils über das Erfordernis des Handelsregistereintrags.¹²

III. RECHTSLAGE VOR DER RECHTSWIRKSAMEN ENTSTEHUNG

Vor der rechtswirksamen Entstehung von juristischen Personen kommt bei Vereinen und anderen Körperschaften (vorbehaltlich von Sondervorschriften, vgl. etwa Art. 645 OR¹³) das Recht der **einfachen Gesellschaft** (Art. 530 ff. OR) zur Anwendung (Art. 62 ZGB).¹⁴ Nach strittiger, aber wohl überwiegender Auffassung gelten Stiftungen vor der rechtswirksamen Entstehung hingegen als *nasciturus* und sind somit unter dem Vorbehalt der nachträglichen Eintragung rechtsfähig (Art. 31 Abs. 2 ZGB analog).¹⁵

-
11. Vgl. zu den Bewilligungserfordernissen etwa im Bereich von Banken Art. 3 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8.11.1934 (SR 952.0); im Bereich von Finanzinstituten Art. 5 ff. Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1); im Bereich von Krankenkassen Art. 4 ff. Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) vom 26.9.2014 (SR 832.12); im Bereich der Versicherungsunternehmen vgl. Art. 6 f. Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17.12.2004 (SR 961.01).
 12. Art. 52 Abs. 1 ZGB; vgl. etwa in Art. 3 Abs. 1 BankG «Die Bank bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA; sie darf nicht ins Handelsregister eingetragen werden, bevor diese Bewilligung erteilt ist»; ferner Art. 12 Abs. 1, Art. 16 BVV 1 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 lit. f HRegV; zum Ganzen auch SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 10.
 13. Vgl. zu dessen Anwendungsbereich BSK-Schenker/Meyer, Art. 645 OR N. 2; KUKO-Sethe/Humbel, Art. 645 OR N. 1 ff. (im Erscheinen).
 14. Vgl. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 4
 15. Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 17.51; KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 4 m.w.H.

IV. JURISTISCHE PERSONEN MIT EINEM WIDERRECHTLICHEN ODER UNSITTLICHEN ZWECK

A. Nichterwerb der Rechtsfähigkeit

- 8 Nach Art. 52 Abs. 3 ZGB können Personenverbindungen und Anstalten mit **widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecken** das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen.¹⁶ Die Vorschrift beschlägt lediglich die *anfängliche* Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit der Zweckverfolgung; wird ein Zweck erst *nachträglich* unzulässig, ist die juristische Person richtigerweise aufzulösen.¹⁷
- 9 Die Zweckbestimmung einer juristischen Person ist dann **widerrechtlich**, wenn sie gegen zwingende geschriebene oder ungeschriebene Normen des privaten oder öffentlichen Rechts verstösst. Nicht zuletzt aufgrund von sich wandelnden gesellschaftlichen Anschauungen besteht hinsichtlich der **Sittenwidrigkeit** ein weniger klar konturiertes Bild,¹⁸ eine verbreitete Formel umschreibt sie als «einen Verstoss gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen».¹⁹ Sowohl der statutarisch umschriebene als auch der tatsächlich verfolgte Zweck können die Unzulässigkeit begründen; nach der Rechtsprechung (bei entsprechendem Umfang) sogar die eingesetzten Mittel.²⁰ Nach der Lehre und u.E. zu Recht ist hinsichtlich der Auswirkung von Organverhalten auf die Wirksamkeit der Rechtsperson zu differenzieren: Wenn ein (zulässiger) statutarischer Zweck durch den tatsächlich verfolgten unzulässigen Zweck erst konkretisiert wird und dies auch ursprünglich gewollt war, liegt eine «Simulation» vor (Art. 18 Abs. 1 OR); in dieser Konstellation überlagert die unzulässige tatsächliche Zweckverfolgung den eigentlich gesetzes- und sittlichkeitskonformen statutarischen Zweck, weshalb von einer ursprünglichen Unzulässigkeit auszugehen ist. War der ursprüngliche Wille hingegen auf einen zulässigen Zweck gerichtet und setzen sich die Handlungsorgane eigenmächtig über

16. S. BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 16; CR-Xoudis, Art. 52 CC N. 17.

17. Vgl. etwa Art. 78, 88/89 ZGB ggf. mit der Folge von Art. 57 Abs. 3 ZGB.

18. Vgl. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 6; BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 14; SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 6.

19. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 6, m.H.a. einen älteren Entscheid des deutschen Reichsgerichts RGZ 48, 114, 124.

20. Vgl. dazu BGE 115 II 401 E. 1b.

diesen ordnungsgemäss konzipierten und in den Statuten niedergeschriebenen Zweck hinaus, ist darin hingegen richtigerweise ein Verstoss der Organe zu erkennen, welcher ggf. deren Verantwortlichkeit (oder die aufsichtsrechtliche bzw. gerichtliche Anhaltung zu einem statutenkonformen Verhalten) nach sich ziehen, nicht aber die Zulässigkeit der Rechtsperson in Frage stellen kann.²¹

Rechtsfolge eines Verstosses gegen diese Schranken ist i.d.R. die **Nichtigkeit**.¹⁰ In der Lehre wird vertreten, dass die Nichtanerkennung der Rechtspersönlichkeit nur für einen kleinen Teil der tatbestandsmässig von Art. 52 Abs. 3 ZGB erfassten Fälle angemessen und nach Massgabe des **Schutzzwecks der verletzten Norm zu prüfen** sei, ob die traditionelle Nichtigkeit die zur Beseitigung des Mangels gebührende Rechtsfolge darstellt.²² Mithin ist auf **Teilnichtigkeit** zu befinden, wenn sich dies im Einzelfall als sachgerecht erweist.²³

Ist eine juristische Person nach Art. 52 Abs. 3 ZGB als nichtig anzusehen, hat¹¹ sie prinzipiell **nie existiert**. Dennoch sind Lehre und Rechtsprechung der einhelligen Auffassung, dass eine **in formeller Hinsicht perfekte juristische Person** zunächst (von einem Zivilgericht) **in einem förmlichen Verfahren für nichtig erklärt** werden muss, bevor sie rechtlich als inexistent behandelt werden kann.²⁴ Bis zu diesem Zeitpunkt wird sie als Rechtssubjekt betrachtet. Mit anderen Worten soll die mangelnde Rechtspersönlichkeit um der Rechtssicherheit willen durch (gerichtliche) Nichtigerklärung festgestellt werden.²⁵

Der **zeitliche Wirkungsbeginn** einer solchen **Feststellung der anfänglichen Nichtigkeit** ist strittig. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass¹²

21. Vgl. statt vieler BSK-Grüniger, Art. 88/89 ZGB N. 10 sowie KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 5, Art. 88/89 ZGB N. 4; BK-Riemer, Syst. Teil N. 160; Vez, Rz. 135.

22. So etwa BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 16 m.w.H.; Kick, 83 ff.; Weber, SPR II/4, 99; CR-Xoudis, Art. 52 CC N. 17 («nullité de plein droit. Cette conséquence doit toutefois être expressément prévue par la norme violée ou découler du sens et du but de celle-ci»), mit Verweis auf BGE 134 III 52 E. 1.1; 123 III 292 E. 2e/aa *in fine*; 119 II 222 E. 2; 117 II 47 E. 2a. Es handelt sich bei der zitierten Rechtsprechung vornehmlich um Urteile, welche das Vertragsrecht betrafen.

23. So die wohl h. M., BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 16 f.; BK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 30; SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 6. In diese Richtung tendiert auch die Rechtsprechung: Bejaht in BGE 73 II 81 E. 7 (Stiftung) und BGE 80 II 123 E. 3c und E. 5 (Genossenschaft); offengelassen in BGE 133 III 593 E. 4.6 (Verein). A.A. und mit eingehender Diskussion der dogmatischen Fragen Heini/Portmann, SPR II/5, Rz. 169.

sie bei einem anfänglich widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck «zwar von Anfang an nichtig [wären], doch wenn sie bereits mit Dritten in Beziehung getreten oder sonstwie in Vollzug gesetzt worden [sind], fallen sie nicht als von Anfang an inexistente Gebilde *ex tunc* dahin, sondern werden in ihrer formalen Existenz anerkannt und in einem Liquidationsverfahren *ex nunc* aufgehoben».²⁶ Ein anderer Teil der Lehre – und dies dürfte insbesondere im stiftungsspezifischen Kontext wohl die Mehrheit darstellen – geht hingegen davon aus, dass auch eine anfänglich formell existierende juristische Person vom Gericht mit **Wirkung *ex tunc*** für nichtig erklärt wird.²⁷ Auch das Bundesgericht scheint im Stiftungsbereich trotz «entsprechender Anwendung von Art. 88 Abs. 2 ZGB» von einer Wirkung *ex tunc* und somit von einer anfänglichen Unwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts auszugehen;²⁸ im vereinsrechtlichen Kontext geht das Bundesgericht ausdrücklich von einer Auflösung *ex tunc* aus.²⁹ Allerdings scheint es zugleich (**zumindest im Aussenverhältnis**) jeweils die Existenz eines *ex nunc* zu liquidierenden

24. Vgl. mit Blick auf Stiftungen BGE 120 II 374 E. 4: «Verfolgte [die Stiftung] einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck (Art. 52 Abs. 3 und Art. 57 Abs. 3 ZGB), müsste sie durch den Richter aufgehoben werden, wobei jedermann, der ein Interesse hat (Art. 89 Abs. 1 ZGB), klageberechtigt wäre [...]», es könne «eine eigentliche Klagepflicht» angenommen werden; BGE 76 II 39 (vorfrageweise Überprüfung der Widerrechtlichkeit durch die Stiftungsaufsichtsbehörde): «so steht freilich auch der Stiftungsaufsichtsbehörde das Recht zu, vorfrageweise einen in die Zuständigkeit des Zivilrichters fallenden Anstand zu entscheiden. Doch ein solcher Vorfrageentscheid wird nicht rechtskräftig. Eine Stiftungsaufsichtsbehörde kann daher die Übernahme der Stiftungsaufsicht ablehnen, wenn sich ohne weiteres ergibt, dass der Stiftungszweck widerrechtlich oder unsittlich ist. Damit ist aber über die Widerrechtlichkeit bzw. Unsittlichkeit des Stiftungszweckes nicht rechtskräftig entscheiden. Jedermann, der ein Interesse hat, kann den Schutz des Richters anrufen»; schliesslich BGE 75 II 81 E. 1: «Die Klage stützt sich nicht, wie in Art. 88 Abs. 2 ZGB vorausgesetzt ist, darauf, dass der Stiftungszweck nachträglich widerrechtlich geworden, sondern darauf, dass er von Anfang an widerrechtlich gewesen sei. Aber auch in diesem Falle ist [...] die durch Art. 88/89 ZGB vorgesehene Klage im Sinne einer Nichtigerklärung mit Feststellungscharakter gegeben». Ob die Klage lediglich gegeben ist, das Gericht also angerufen werden *kann*, oder ob es tatsächlich zwingend angerufen werden *muss*, lässt sich aus diesen Aussagen nicht mit letzter Sicherheit entnehmen. Gesichert erscheint jedenfalls, dass das Bundesgericht vom Leitbild eines förmlichen Verfahrens zur Feststellung der anfänglichen Nichtigkeit ausgeht; ferner BGE 90 II 376, 387; BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 17; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 1 N. 85.

25. BSK-Grüniger, Art. 88/89 ZGB N. 1 *in fine*, 11; BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 17 m.w.H.; Oesterheld/Opel, EF 2021, 487, 492 f.; Weber, SPR II/4, 202; CR-Xoudis, Art. 52 CC N. 20 m.w.H.

26. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 1 N. 85, ferner auch N. 75, 79; CR-Xoudis, Art. 52 CC N. 21.

Sondervermögens zumindest implizit anzunehmen, wodurch die Verbindlichkeiten gegenüber allfälligen (Putativ-)Schuldnern beglichen werden könnten.³⁰ Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts wird in der Lehre mit der treffenden Begründung kritisiert, ohne eine existierende juristische Person könne auch keine Liquidation erfolgen.³¹ Im Bereich der Körperschaften des OR geht das Bundesgericht mit Hinweis auf die Heilung nach Art. 643 Abs. 2 OR bei der Aktiengesellschaft (und dementsprechend bei der Kommanditaktiengesellschaft, Art. 764 Abs. 2 OR) von einer Aufhebung der juristischen Person *ex nunc* aus;³² was gemäss Riemer auch für die übrigen Körperschaften des OR (GmbH, Genossenschaft) anzunehmen sein wird.³³

B. Vermögenskonfiskation

Eine **Vermögenskonfiskation i.S.v. Art. 57 Abs. 3 ZGB** bildet die 13 grundsätzliche Folge eines Aufhebungsverfahrens *ex tunc* mit Liquidation – welches bei trotz des ursprünglichen Fehlers im Handelsregister eingetragenen oder aufgrund von Art. 52 Abs. 2 ZGB nicht eingetragenen juristischen Personen zur Anwendung kommt. Dies gilt für Körperschaften des OR,³⁴ gemäss einer älteren, aber wohl weiterhin geltenden bundesgerichtlichen Praxis aber *nicht* bei gegen Art. 335 ZGB verstossenden Familienstiftungen (bei welchen das Stiftungsvermögen mit der

27. Von einer Wirkung *ex tunc* gehen u.a. folgende Autoren aus CHK-Eisenring, Art. 88–89 ZGB N. 6; Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 1336; Oesterheld/Opel, EF 2021, 487, 492 f.; deutlich auch (obwohl er von CR-Xoudis, Art. 52 CC N. 21 der a.A. zugewiesen wird) BK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 29: «die Gründung der juristischen Person ist i.S.v. Art. 19 Abs. 2/20 Abs. 1 OR (*ex tunc*) *nichtig*. Das muss auf Klage jedes Interessierten gerichtlich festgestellt werden können (richterliche Nichtigerklärung [...]), und es hat ein Liquidationsverfahren i.S.v. Art. 58 ZGB [...] stattzufinden [...], wobei Art. 57 Abs. 3 (Vermögenskonfiskation) mangels Entstehung einer juristischen Person nicht anwendbar ist»; ferner BK-Riemer, Art. 88/89 ZGB N. 5; Weber, SPR II/4, 202; wohl ebenfalls BSK-Grüniger, Art. 88/89 ZGB N. 9.

28. BGE 93 II 439 E. 4.

29. BGE 133 III 593 E. 4.7.

30. In BGE 73 II 81 E. 10 deutete das Bundesgericht an, dass «es zur Liquidation des Stiftungsvermögens als eines Sondervermögens» kommen könne, um Drittinteressen zu schützen. Freilich liess es letztlich offen, ob es eines solchen Vermögens bedürfe. Ebenfalls offengelassen in BGE 75 II 15 E. 6; mit ausdrücklichem Hinweis auf das Sondervermögen hingegen BGE 96 II 273 E. 2.

31. Zu dieser Rechtsprechung s. allgemein BK-Riemer, Art. 88/89 ZGB N. 122 f.; vgl. ferner die Kritik in CR-Piotet, Art. 335 CC N. 13 und CR-Xoudis, Art. 52 CC N. 21.

32. BGE 112 II 1 E. 4b; ferner SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 7.

33. SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 7.

Nichtigerklärung an die Stifterin oder den Stifter oder deren Erben und Erben zurückfällt, siehe für Einzelheiten die Kommentierung in OK-Brugger/Humbel, Art. 57 ZGB N. 8 ff.).³⁵ Die Lehre geht davon aus, dass dies *a fortiori* bei der *nachträglichen* Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des Zwecks gelten soll.³⁶

C. Möglichkeit der «heilenden» Wirkung der Eintragung

- 14 Ein wirksamer Handelsregistereintrag vermag zwar gewisse **Gründungsmängel zu «heilen», prinzipiell aber keine Zweckmängel** i.S.v. Art. 52 Abs. 3 ZGB, weil eine solche juristische Person gar nicht entstehen kann. Dabei geht es eng besehen um die Wahrung des Rechtsscheins aus Verkehrsschutzüberlegungen.³⁷
- 15 Gegenstand einiger Kontroversen in der Lehre bildet die mögliche **Ausnahme für die Aktiengesellschaft** gemäss Art. 643 Abs. 2 OR, wonach das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung auch dann erworben wird, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren. Strittig ist zum einen deren Anwendbarkeit auf *anfängliche* Zweckmängel und zum anderen die Übertragbarkeit auf andere Körperschaften des OR.³⁸ Dieser Lehrstreit beschlägt die **juristischen Personen des ZGB** allerdings nicht: Bei Vereinen fehlt es an der Eintragungspflicht (Art. 52 Abs. 2 ZGB); hinsichtlich der Stiftung hat das Bundesgericht in BGE 96 II 273 E. 2 ausgeführt, der Grundsatz der Rechtssicherheit sei bei Stiftungen anders zu beurteilen als bei den übrigen juristischen Personen, weshalb dem Handelsregistereintrag bei Nichtigkeit des Stiftungsgeschäfts oder Formungültigkeit der Stiftungsurkunde keine heilende Wirkung zuzusprechen sei.³⁹

34. Die fraglichen Urteile ergingen stets im Bereich von Verstössen gegen den Bewilligungsbeschluss des Bundesrats vom 23. März 1961/21. März 1973 (BewB, Vorgänger des heutigen Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland [BewG] vom 16.12.1983 [SR 211.412.41]); vgl. BGE 112 II 1 E. 5 f.; 115 II 401 E. f.; dazu SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 7.

35. BGE 73 II 89 E. 8, wonach es für die Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB eine Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit im allgemeinen Sinne brauche, welche aber bei einer schlichten Überschreitung der Schranken von Art. 335 ZGB nicht gegeben sei, 75 II 26 E. 5, 93 II 439; vgl. ferner SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 7.

36. SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 7; BK-Riemer, Art. 76–79 ZGB N. 50, 133.

37. BSK-Schenker/Meyer, Art. 643 N. 3 m.w.H. Zum mehrdeutigen Begriff der «Heilung» vgl. BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N. 60.

38. Vgl. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 2a; BSK-Reitze, Art. 52 ZGB N. 18 ff.

D. Abgrenzung: Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit aufgrund eines «Durchgriffs»

Abzugrenzen vom *Nichterwerb* der Rechtsfähigkeit aufgrund der Schranken von Art. 52 Abs. 3 ZGB ist die *Nichtanerkennung* der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person aufgrund eines sog. «**Durchgriffs**». Diese Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit gründet auf dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB; teils wird daneben/zusätzlich auf Abs. 1 verwiesen⁴⁰) und ermöglicht es in Fällen, in welchen eine juristische Person missbräuchlich verwendet oder vorgeschoben wird (meist um eine Haftung zu umgehen), «durch den Schleier der juristischen Person» auf die dahinterstehenden (natürlichen oder juristischen) Personen zu greifen. Beim gewöhnlichen bzw. direkten Durchgriff wird eine die juristische Person beherrschende Drittperson mit dieser identifiziert, beim umgekehrten oder indirekten Durchgriff wird der beherrschenden Drittperson «ihre» juristische Person bzw. deren Verhalten zugerechnet.⁴¹ Wie stets bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist Zurückhaltung geboten.⁴²

LITERATURVERZEICHNIS

Eisenring Martin, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, 4. Aufl., Zürich 2023.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.

Heini Anton/Portmann Wolfgang, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/5, Das Schweizerische Vereinsrecht, 3. Aufl., Basel 2005.

39. BGE 96 II 273 E. 2; 120 II 374 E. 4 (beide betreffend die «klassische» Stiftung, dies dürfte wohl inskünftig auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen gelten, KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 2a); vgl. zum Ganzen auch SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 7.

40. Vgl. die Hinweise in SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 8.

41. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 9; SHK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 8; Urteil 5A_498/2007 vom 28.2.2008 E. 2.2 (umgekehrter Durchgriff).

42. KUKO-Jakob, Art. 52 ZGB N. 9.

Humbel Claude, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Guggi Nils/von Orelli Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch – Version 27.4.2023 <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/zgb59>.

Humbel Claude/Schneuwly Anne Mirjam, Gesellschaftsformen im Sportorganisationsrecht, in: Schneuwly Anne Mirjam/Strub Yael Nadja/Koller Trunz Mirjam (Hrsg.), Sportverbandskommentar, publiziert am 15.8.2023.

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, § 119 Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland, in: Beuthien Volker/Gummert Hans/Schöpflin Martin (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, Verein – Stiftung bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 2016 (zit. Jakob, MüHB).

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, 185 ff.

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2023.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, SJZ 2022, 736 ff.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen und die Änderungskompetenz des Stiftungsrats – Zugleich eine Besprechung des Urteils des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16.8.2021, npoR 2022, 119 ff.

Jakob Dominique/Studen Goran, Swiss family foundations and the new registration requirement – paper tiger or paradigm shift?, Trusts & Trustees 2016, 707 ff.

Kick Markus, Die verbotene juristische Person. Unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensverwendung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB, Diss. Univ. Freiburg 1992 (= AISUF 123).

Mayer Colin, Prosperity. Better business makes the greater good, Oxford 2018.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Bern 2023.

Meise Barbara/Huguenin Claire, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-527 OR, 7. Aufl., Basel 2020.

Oesterhelt Stefan/Opel Andrea, Statuswechsel von Liechtensteinischen Familienstiftungen, EF 2021, 487 ff.

Pachmann Thilo, Sportverbände und Corporate Governance, Diss. Univ. Zürich 2007.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

Reitze Christophe, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Riemer Hans Michael, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, SZW 2016, 70 ff.

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993.

Schenker Franz/Meyer Manuel, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964/ OR inkl. Schlussbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2024.

Scherrer Urs, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021.

Sethe Rolf/Humbel Claude, in: Heinrich Honsell/Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2024 (im Erscheinen).

Vez Parisima, Fondation, lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 89 à 89, Bern 2004.

Weber Rolf, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Juristische Personen, Basel 1999.

Xoudis Julia, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 53 ZGB

Eine Kommentierung von Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 53 ZGB.

B. Rechtsfähigkeit

Art. 53

Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.

GLIEDERUNG

I. Normzweck und systematische Stellung	21
II. Einzelne Aspekte der Rechtsfähigkeit	22
A. Privatrecht	22
1. Sachen- und allgemeines Obligationenrecht	22
2. Personenrecht und Persönlichkeitsrechte	23
3. Familienrecht	24
4. Erbrecht	25
B. Partei-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit	25
C. Öffentliches Recht (einschliesslich Strafrecht)	25
Literaturverzeichnis	27

I. NORMZWECK UND SYSTEMATISCHE STELLUNG

Nachdem in Art. 52 ZGB der *Erwerb* der Rechtsfähigkeit von juristischen 1
Personen geregelt ist, nimmt sich Art. 53 ZGB dem *Umfang* und dem *Inhalt*
derselben an.⁴³

Ausgangspunkt bildet dabei der Grundsatz der allgemeinen Rechtsfähigkeit 2
der juristischen Personen, welche als selbständige Trägerinnen von Rechten
und Pflichten den natürlichen Personen im Rechtsverkehr als grundsätzlich
gleichwertige Rechtssubjekte gegenübergestellt werden.⁴⁴ Dieser
Gleichheitsgrundsatz von juristischen und natürlichen Personen wird
indessen erheblich eingeschränkt: So können jene Rechte und Pflichten,
welche mit dem Menschsein verknüpft sind, nur natürlichen Personen
zukommen. Anders gewendet: Sind bestimmte Fähigkeiten und Eigenschaften
intrinsisch mit der «Natur» des Menschen (das Gesetz nennt beispielhaft «das
Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft») verbunden, können
juristische Personen sie nicht erlangen.⁴⁵

Diese vermeintlich einfache Formel – juristischen Personen kommen alle 3
jene Rechte und Pflichten zu, die nicht aus Gründen der Sachlogik
ausgeschlossen werden müssen⁴⁶ – kann in der Praxis schwierige
Abgrenzungsfragen bergen und hat zu einer reichhaltigen und
differenzierten Rechtsprechung geführt (vgl. im Einzelnen II.). Blickte man
nur auf diese Formel, würde man übersehen, dass es auch Rechte und
Pflichten gibt, von denen juristische Personen nicht aufgrund ihres
«Nichtmenschseins» ausgeschlossen wären, sondern weil der Gesetzgeber dies
bewusst ausgeklammert hat.⁴⁷

Schliesslich ist anzumerken, dass die Rechte und Pflichten von juristischen 4
Personen nicht nur eine Teilmenge der Rechte und Pflichten von natürlichen
Personen bilden. Vielmehr wird die Rechtsfähigkeit von genuin auf juristische

43. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 1; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 1.

44. Statt vieler BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 1; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 1; SHK-Riemer, Art.
53 ZGB N. 1; OFK-Scherrer, Art. 53 ZGB N. 1; CR-Xoudis, Art. 53 ZGB N. 1, 3.

45. Statt vieler BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 1; OFK-Scherrer, Art.
53 ZGB N. 1; CR-Xoudis, Art. 53 ZGB N. 5. Illustrativ auch BGE 106 II 375 E. 4: «droits
inséparables des conditions naturelles de l'homme».

46. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 4; ähnlich BK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 90 ff.

Personen bezogene **Rechtsfähigkeitsbereiche** erweitert.⁴⁸ Beispiele für solche Rechte und Pflichten, die «natürlicherweise» nur juristischen Personen (und teilweise auch Rechtsgemeinschaften) zukommen können oder sollen, sind etwa die Tatbestände der Fusion, Spaltung oder Umwandlung gemäss FusG⁴⁹ oder die Personalvorsorge nach Art. 331 Abs. 1 OR.⁵⁰

II. EINZELNE ASPEKTE DER RECHTSFÄHIGKEIT

A. Privatrecht

1. Sachen- und allgemeines Obligationenrecht

- 5 Juristische Personen sind regelmässig Trägerinnen von **Vermögens-, Forderungs-, Sachen-⁵¹ und Immaterialgüterrechten** (mit Ausnahme des Urheberrechts⁵²).⁵³ Sie nehmen am wirtschaftlichen Wettbewerb teil und können bei einer Verletzung ihrer Rechte gemäss KG⁵⁴ und UWG⁵⁵ klagen oder Strafanträge stellen.⁵⁶ Weil die Handlungen der Organe von juristischen

47. SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 1 und 11 f., m. Hinweis auf das Erwachsenenschutzrecht, wo etwa Art. 400 Abs. 1 ZGB nur natürliche Personen als Beistand vorsieht. Auch können ferner nur natürliche Personen Wohnrechtsberechtigte i.S.v. Art. 776–778 ZGB, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen i.S.v. Art. 319 ff. OR sowie die Inhaber bestimmter Funktionen bei bestimmten juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften sein (Art. 707 Abs. 3, Art. 894 Abs. 2 OR resp. Art. 552 Abs. 1, Art. 594 Abs. 2 OR).

48. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 1. Ähnlich BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 1.

49. Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3.10.2003 (SR 221.301).

50. Zum Ganzen auch SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 1 und 14 f.

51. Vgl. die in Fn. 5 genannte Ausnahme hinsichtlich des Wohnrechts gemäss Art. 776–778 ZGB. Anzumerken ist, dass juristische Personen aber Nutzniesser und Nutzniesserinnen gemäss Art. 745 ff. ZGB sein können.

52. Ausnahmen gelten für die Urheber und Urheberinnen gemäss Art. 380 OR (Verlagsvertrag) sowie Art. 6 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9.10.1992 (SR 231.1). Vgl. auch SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 9 m.w.H. zu den weiteren Ausnahmen.

53. Zum Ganzen BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 6; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 7 ff.

54. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6.10.1995.

55. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (SR 241).

56. Vgl. BGE 91 II 17 E. 1 ff.; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 2; BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 7 m.w.H.

Personen diesen nicht nur im genannten rechtsgeschäftlichen Bereich, sondern auch für ihr «sonstiges Verhalten» angerechnet werden (Art. 55 Abs. 2 ZGB), sind sie deliktsfähig i.S.v. Art. 41 ff. OR und können ausservertraglich verpflichtet werden (etwa aus *culpa in contrahendo*, ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. OR oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 419 ff. OR).⁵⁷ Zu differenzieren ist bei der (grundsätzlich möglichen) Geltendmachung von Genugtuungsansprüchen aus Art. 49 OR.⁵⁸

2. Personenrecht und Persönlichkeitsrechte

Zu differenzieren ist im Bereich der **Persönlichkeitsrechte**. Hier gibt es teils 6
Rechtsverhältnisse, die zwar für juristische Personen relevant sind, aber eigenen Normen unterliegen (wie etwa der Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie der Frage nach dem Wohnsitz).⁵⁹ Andere Aspekte, wie das Alter (bzw. die Volljährigkeit), sind für juristische Personen kaum je relevant.⁶⁰ Wieder weitere Aspekte des Persönlichkeitsrechts (wie die Verwandtschaft, das Bürgerrecht, die Geburt und der Tod sowie der Personenstand), haben zwar kein unmittelbares Pendant bei den juristischen Personen, werden aber eigenen, inhaltlich vergleichbaren Normenkreisen zugeführt (beispielsweise Mutter- und Tochtergesellschaften, die in- oder ausländische Beherrschung, die Gründung und Aufhebung/Liquidation von Gesellschaften sowie der Handelsregistereintrag).⁶¹

Beim **Persönlichkeitsschutz** ist hingegen von der grundsätzlichen 7
Anwendbarkeit von Art. 27 ff. ZGB auf juristische Personen auszugehen.⁶² Diese ist indessen verschiedentlich zu relativieren: Die «Bindungsfähigkeit» von juristischen Personen ist erheblich *stärker* als jene von natürlichen

57. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 7 mit weiteren Fallbeispielen. Ferner BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 6; Weber, S. 124 ff.

58. So kann eine Genugtuung auch bei allgemeinen Persönlichkeitsverletzungen und nicht nur bei «seelischem Schmerz» geschuldet sein, vgl. BGE 95 II 481 E. 12, wo aber verneint. Dazu ferner BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 8 m.H. auf andere Auffassungen in der Lehre.

59. SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 3.

60. Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass für bestimmte Tätigkeiten bestimmte zeitliche Voraussetzungen erforderlich sind, so zum Beispiel Art. 11 Abs. 1 des Kotierungsreglements der SIX Swiss Exchange, welches mindestens ein dreijähriges Bestehen als Gesellschaft voraussetzt. Vgl. dazu auch die «Richtlinie Track Record» (RLTR) der SIX Swiss Exchange.

61. SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 3.

62. Vgl. BGE 95 II 481 E. 3, 102 II 161 E. 2 f. Eingehend BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 8; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 4 m. umfangreichen w.H.

Personen.⁶³ Art. 28 ZGB betrifft teils Aspekte der Persönlichkeit, welche nur Menschen zukommen können (Recht auf Existenz, physische und psychische Integrität, Intimsphäre, Freiheit und religiöse Entfaltung; ferner Schutz vor «Stalking» i.S.v. Art. 28b ZGB, die Rechte aus dem GlG⁶⁴ sowie die Persönlichkeitsrechte aus Art. 328 OR), teils sind aber auch juristische Personen vom Schutzbereich von Art. 28 ZGB erfasst (z.B. wenn es um Fragen der Ehre, des Ruf oder um die Privatsphäre – nicht aber die Intimsphäre – geht).⁶⁵ Sie können überdies vom Gegendarstellungsrecht nach Art. 28g ff. ZGB Gebrauch machen.⁶⁶ Auch beim Namensschutz ist zu differenzieren und entsprechend ist nur Art. 29 ZGB anwendbar, wobei dies vornehmlich bei den juristischen Personen des ZGB von Bedeutung ist (auf die juristischen Personen des OR sind zusätzlich die firmenrechtlichen Bestimmungen von Art. 944 ff. OR anwendbar) und selbst dort zur Konkretisierung von Einzelfragen auf Elemente des Firmenrechts zurückgegriffen werden muss.⁶⁷

3. Familienrecht

- 8 Vor dem Hintergrund der «natürlichen» Kriterien von Art. 53 ZGB und dem menschlichen Wesenskern des **Familienrechts** ist kaum erstaunlich, dass in diesem Bereich nur sehr wenige Bestimmungen auf juristische Personen zur Anwendung kommen. Eine gewisse Praxisrelevanz kommt noch den Familienstiftungen zu (Art. 87 und 335 ZGB).⁶⁸ Ansonsten sind juristische Personen von fast allen familienrechtlichen Rechten und Pflichten ausgeschlossen.⁶⁹ Im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes erfolgt dieser Ausschluss indessen nur kraft positiver gesetzgeberischer Anordnungen.⁷⁰

63. BGE 106 II 369 E. 4; dies ist v.a. mit Blick auf Verbände und Konzerne von Bedeutung.

64. Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24.3.1995 (SR 151.1).

65. Vgl. die vielfältigen Hinweise auf die Judikatur in SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 4.

66. Vgl. z.B. BGE 135 III 385.

67. Hintergrund ist, dass das allgemeine Namensrecht für viele Fragen keine passende Antwort bzw. keine hinreichenden Kriterien enthält, vgl. SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 4. Zu denken ist an den Schutz vor Verwechselungsgefahr wegen Namensähnlichkeit und an die Grundsätze der Namenswahrheit und -klarheit.

68. Ebenfalls anwendbar sind die Regeln über die Haftung des Familienhaupts, welches auch eine juristische Person sein kann (bspw. als Betreiberin von Kinderkrippen, Altersheimen oder Internaten). Vgl. BGE 79 II 261, dazu auch KUKO-Büchler, Art. 331 ZGB N. 3.

69. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 3; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 5.

70. Vgl. oben Fn. 5.

4. Erbrecht

Juristische Personen sind ihrer Natur nach **nicht vererbungsfähig** (aktives Erbrecht).⁷¹ Dahingegen sind sie **erbfähig** (passives Erbrecht), sie können also grundsätzlich erben (Spezialfälle: Art. 493, 539 Abs. 2 ZGB). Letzteres ist auf Fälle der gewillkürten Erbfolge beschränkt (Art. 467 ff. ZGB) und erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die gesetzliche Erbfolge (Art. 457 ff. ZGB, Ausnahme Art. 466 ZGB).⁷² Schliesslich kann die juristische Person in verschiedene erbrechtliche Ämter (also als Willensvollstreckerin, Erbschaftsverwalterin, Liquidatorin und Erbenvertreterin; vgl. Art. 517, 554 Abs. 2, 595, 602 Abs. 3 ZGB, nicht aber als Zeugin, Art. 502 ff. ZGB) eingesetzt werden.⁷³

B. Partei-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit

Juristische Personen besitzen sowohl die aktive als auch die passive **Partei- und Prozessfähigkeit**.⁷⁴ Dies muss auch für Streitigkeiten gelten, in denen ihre Rechtsfähigkeit Streitgegenstand ist.⁷⁵ Juristische Personen sind **betrebungsfähig**.⁷⁶

C. Öffentliches Recht (einschliesslich Strafrecht)

Im **öffentlichen Recht** gilt *mutatis mutandis* das für das Privatrecht Gesagte:⁷⁷ So gibt es Rechte und Pflichten, die den juristischen Personen aufgrund ihrer Natur nicht zukommen *können*, so etwa die Menschenwürde (Art. 7 BV), gewisse Aspekte der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV; dessen Abs. 1 ist aber sinngemäss auch auf juristische Personen anwendbar⁷⁸), das Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV), der Schutz der Kinder und Jugendlichen

71. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 3; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 6.

72. BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 10; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 2 f.; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 6.

73. BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 10; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 6. Nicht möglich ist es juristischen Personen hingegen, als Zeuginnen i.S.d. Erbrechts (Art. 501 ff., 506, 512 ZGB) aufzutreten.

74. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 6.

75. BGE 108 II 398 E. 2a; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich LB130067 vom 24.4.2014 E. III.3. Vgl. auch KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 6.

76. BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 13 m.w.H. auf die Judikatur.

77. CR-Xoudis, Art. 53 ZGB N. 8, weist allgemein darauf hin, dass auch im öffentlichen Recht viele Punkte strittig seien.

(Art. 11 BV), das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) sowie die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 BV).⁷⁹ Weiter gibt es solche, die ihnen zwar zukommen könnten, dies aber aufgrund einer gesetzgeberischen Entscheidung nicht *sollen*, z.B. müssen Parteivertreter i.S.v. Art. 40 Abs. 1 BGG natürliche Personen sein.⁸⁰ Spiegelbildlich kommen juristischen Personen zunächst jene Rechte und Pflichten zu, die weder natürliche Eigenschaften des Menschen voraussetzen noch vom Gesetzgeber ausgeschlossen worden sind, so etwa die Kultus- (Art. 15 Abs. 2 BV), die Meinungsäusserungs- (Art. 16 BV), die Versammlungs- (Art. 22 BV) und (nach der Lehre⁸¹) auch die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), die Garantie des Wohnsitzrichters (Art. 30 Abs. 2 BV), das Doppelbesteuerungsverbot (Art. 127 Abs. 3 BV) sowie Art. 13 Abs. 2 BV (Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten) und das DSG.⁸² Schliesslich gibt es bestimmte Rechte und Pflichten, die nur juristischen, nicht aber natürlichen Personen zukommen können, etwa die Tatbestände des FusG⁸³, oder sollen, so etwa im Bereich des Krankenversicherungsrechts^{84, 85}

- 12 Die **strafrechtliche Deliktsfähigkeit** juristischer Personen wird – ausserhalb der Nebenstrafgesetzgebung⁸⁶ – grundsätzlich verneint.⁸⁷ Zunächst sind es die Organe, welche persönlich verantwortlich sind. Und dies selbst dann, wenn gewisse strafbegründende Tatbestandsmerkmale nicht bei

78. SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 16. Für eine direkte Anwendbarkeit scheinen KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 5 und BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 11 zu plädieren.

79. Zum Ganzen SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 16. Zur Glaubens- und Gewissensfreiheit KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 5.

80. SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 16 m.w.H.

81. Das BGer hat dies verneint, vgl. BGE 100 Ia 277 E. 5. Die Lehre bejaht dies hingegen mehrheitlich, wobei die Details umstritten sind, vgl. die Hinweise in BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 11; OFK-Scherrer, Art. 53 ZGB N. 5. Mit Hinweis auf die Botschaft bejahend: BSK-Schiess Rütimann, Art. 23 BV N. 20.

82. Vgl. ausführlich BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 11 f.; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 5; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 16.

83. Vgl. Fn. 7 oben.

84. Vgl. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) vom 26.9.2014 (SR 832.12): «Krankenkassen sind juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts».

85. Zum Ganzen SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 16.

86. Dazu BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 14; BK-Riemer, Syst. Teil N. 187 ff., und Art. 53 ZGB N. 89.

87. Im Kernstrafrecht galt bis zur Einführung von Art. 102 StGB im Jahre 2003 der Grundsatz «societas non potest delinquere», BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 14; ferner KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 7.

ihnen persönlich, sondern allgemein bei der juristischen Person vorliegen (Art. 29 StGB).⁸⁸ Eine gewichtige Ausnahme von diesem Grundsatz liegt in Art. 102 StGB, wonach eine subsidiäre oder gar originäre Haftung der juristischen Person selbst in Frage kommen kann, wenn die Handlung der konkret handelnden Person nicht zugeordnet werden kann.⁸⁹

LITERATURVERZEICHNIS

Büchler Andrea, Kommentierung zu Art. 331 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Büchler).

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Jakob).

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reitze).

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK-Riemer).

Scherrer Urs, Kommentierung zur Art. 53 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (OFK-Scherrer).

Schiess Rütimann Patricia, Kommentierung zu Art. 23 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesfassung, Basel 2015 (BSK-Schiess Rütimann).

88. KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 6.

89. BSK-Reitze, Art. 53 ZGB N. 14 m.w.H.; KUKO-Jakob, Art. 53 ZGB N. 6; SHK-Riemer, Art. 53 ZGB N. 17.

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (CR-Xoudis).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 54/55 ZGB

Eine Kommentierung von Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 54/55 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 54/55 ZGB.

C. Handlungsfähigkeit

I. Voraussetzung

Art. 54

Die juristischen Personen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hiefür unentbehrlichen Organe bestellt sind.

II. Betätigung

Art. 55

¹ Die Organe sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben.

² Sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten.

³ Für ihr Verschulden sind die handelnden Personen ausserdem persönlich verantwortlich.

GLIEDERUNG

I. Inhalt und Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit von juristischen Personen	31
II. Organe der juristischen Person.....	32
A. Organbegriff.....	32
1. Formelle und faktische Organe	32
2. Typologisierung der Organe.....	33
3. Verhältnis zwischen Organ und juristischer Person	34
B. Rechtsgeschäftliche Organvertretung	35
1. Allgemeines	35
2. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis.....	35
3. Wissensvertretung.....	37
C. Verpflichtung der juristischen Person durch «sonstiges Verhalten»	37
D. Organhaftung	38
III. Rechtsfolgen fehlender Handlungsfähigkeit.....	39
Literaturverzeichnis	40

I. INHALT UND VORAUSSETZUNGEN DER HANDLUNGSFÄHIGKEIT VON JURISTISCHEN PERSONEN

Die **Handlungsfähigkeit** konkretisiert die Rechtsfähigkeit der juristischen Person mit Blick auf ihre Fähigkeit, Rechte zu erwerben und Pflichten zu begründen (*Rechtsgestaltung*).⁹⁰ Zugleich ist diese Rechtsgestaltungsfähigkeit stets durch die Rechtsfähigkeit der juristischen Person begrenzt: Ohne Rechtsfähigkeit können auch keine Gestaltungsrechte vorliegen.⁹¹ Zivilprozessualer Ausfluss der Handlungsfähigkeit ist die Prozessfähigkeit, welche es einer juristischen Person erlaubt, eigenständig Prozesse zu führen.⁹²

Während juristische Personen nicht von sich aus handlungsfähig sind, bedarf es für ihre Handlungsfähigkeit erstens der Rechtsfähigkeit, zweitens der notwendigen Organisation und drittens der Bestellung der nach Gesetz und Statuten «unentbehrlichen Organe[n]» (Art. 54 ZGB), welche dann «dem Willen der juristischen Person Ausdruck» verleihen sollen (Art. 55 Abs. 1 ZGB).⁹³ Anders gewendet: Das Organhandeln wird der juristischen Person als ihr eigenes zugerechnet. Die (Exekutiv-) Organe handeln nicht etwa (als Stellvertreter oder vollmachtgebundene Dritte) *für* die juristische Person, ihr Handeln ist vielmehr jenes *der* juristischen Person, deren «Bestandteile» die Organe sind.⁹⁴ Konsequenterweise bestimmt Art. 54 ZGB, dass die juristische Person erst durch die tatsächliche und **ordnungsgemässe Organbestimmung** die Handlungsfähigkeit erlangt. Solange die vorgeschriebenen Organe fehlen oder nicht ordnungsgemäss besetzt sind, ist die juristische Person grundsätzlich nicht handlungsfähig.⁹⁵ Ausnahmsweise bestimmt das Gesetz, dass eine mangelhafte Organisation auf Antrag durch das Gericht bzw. die Aufsichtsbehörde behoben werden kann.⁹⁶

90. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 2; KUKO-Jakob, Art. 54 ZGB N. 3.

91. KUKO-Jakob, Art. 54 ZGB N. 3.

92. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 2; KUKO-Jakob, Art. 54 ZGB N. 3.

93. Zum Ganzen BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 2.

94. Vgl. BGE 112 II 172 E. II.2.c. Ferner BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 6; KUKO-Jakob, Art. 54 ZGB N.1 und Art. 55 ZGB N. 5.

95. BSK-Reitze, 54/55 ZGB N. 2 (*e contrario*), 3.

96. Vgl. im Hinblick auf die vereins- und stiftungsrechtlichen Bestimmungen Art. 69c und 83b ZGB, dazu KUKO-Jakob, Art. 54 ZGB N. 1.

II. ORGANE DER JURISTISCHEN PERSON

A. Organbegriff

- 3 Dem Begriff «Organ» können **zwei unterschiedliche Bedeutungen** zukommen, die es abzugrenzen gilt: Einerseits wird damit das jeweilige Gremium oder die Organisationseinheit bezeichnet, welcher eine bestimmte Funktion innerhalb der juristischen Person zukommt.⁹⁷ Andererseits – und dieses Organverständnis wird auch Art. 54 f. ZGB zugrunde gelegt – versteht man darunter das jeweilige *Organmitglied*, also die jeweilige natürliche oder juristische Individualperson als «Funktionsträgerin», welche eine Willensexternalisierung der juristischen Person überhaupt ermöglicht.⁹⁸
- 4 Den Organmitgliedern muss mindestens **Urteilsfähigkeit** zukommen, Handlungsfähigkeit wird nicht verlangt.⁹⁹ Somit können auch urteilsfähige Minderjährige als Organe einer juristischen Person fungieren.¹⁰⁰

1. Formelle und faktische Organe

- 5 Bei der Bestimmung der Person mit Organfunktionen unterscheiden die h.L. und Rechtsprechung zwischen **formellen** und **faktischen** Organen.¹⁰¹
- 6 Formelle Organe werden von der gesetzlich oder statutarisch zuständigen Stelle zur Wahrnehmung ihrer Funktion bestimmt.¹⁰² Zudem werden Personen als Organe angesehen, wenn sie sich faktisch als solche verhalten (faktische Organe). Verlangt wird, dass sie «die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» und zugleich mit rechtlicher oder tatsächlicher Entscheidungskompetenz ausgestattet sind, die an sich den tatsächlichen Organen vorbehalten wäre.¹⁰³ Entscheidend ist mithin richtigerweise ein «**funktioneller Organbegriff**»,¹⁰⁴ der zum einen mit Blick auf die

97. So KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 1.

98. Vgl. eingehend hierzu BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 17; CR-Xoudis, Art. 54/55 ZGB N. 8.

99. BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 12.

100. Ibid., m.w.H. zur Erforderlichkeit von gesetzlichen Vertretern zur Übernahme der Organfunktion (nicht aber zu den Einzelheiten der Amtsführung).

101. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 1.

102. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 13; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 1.

103. Vgl. (statt sehr vieler) etwa BGE 136 III 14 E. 2.4 = Pra 2010, S. 531 f.; BGE 132 III 523 E. 4.3 ff. = Pra 2007, S. 204 ff.; BGE 128 III 29 E. 3.a; BGE 122 III 225 E. 4.b. Ferner BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 13 ff.; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 1; allgemein von der Crone, § 21 N. 1841 f.

Aussenvertretung von juristischen Personen und zum anderen hinsichtlich der *Haftung* der Organe von Bedeutung ist.

Neben diesem Begriffspaar wird im Schrifttum teilweise noch jener der 7
 «**materiellen Organe**» genannt.¹⁰⁵ Dieser bezeichnet die durch einen formellen Akt eingesetzten Geschäftsführer, welche indes keine formellen Organe im oben bezeichneten Sinne sind. Es ist in der Lehre umstritten, inwieweit diesem Begriff wirklich (noch) eine Abgrenzungsfunktion zukommt.
 106

2. Typologisierung der Organe

Typischerweise verfügen juristische Personen über die folgenden Organe, 8
 welche sich typologisch gliedern lassen in (i) **Willensbildungsorgane** (z.B. die Mitglieder-, General- oder Gesellschafterversammlungen, vgl. Art. 65 ZGB, Art. 698, 804, 879 OR), (ii) **Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane** (z.B. der Vereinsvorstand, Art. 69 ZGB; der Stiftungsrat,

104. Das Konzept des «funktionellen Organbegriffs» wurde von Lehre und Rechtsprechung in Zusammenhang mit Art. 754 aOR entwickelt. Im Detail gehen allerdings die Auffassungen auseinander, ob und inwiefern sich Art. 55 ZGB und Art. 754 aOR unterscheiden und welche Personen von der jeweiligen Bestimmung als «Organ» erfasst würden, vgl. statt vieler BGE 117 II 570 E. 3 («Im allgemeinen [sic] wird der Kreis der gemäss Art. 754 Abs. 1 OR haftenden jenem der nach Art. 55 ZGB verantwortlichen Personen weitgehend gleichzusetzen sein. Eine Übereinstimmung ist jedenfalls dann anzustreben, wenn die für die Gesellschaft handelnde Person für Schaden verantwortlich gemacht wird, den sie unmittelbar einem Dritten verursacht hat. [...]. Nicht selbstverständlich ist dagegen die Gleichsetzung, falls es um den Ersatz von Gesellschaftsschaden und von mit diesem kongruentem mittelbarem Drittschaden [sic] geht [...]. Die allgemeine Organhaftung beruht auf dem Gedanken der Verkörperung der juristischen Person nach aussen, der externen Vertretungsmacht. Sie dient vorab der Zurechnung vertretungsgemässen Handelns sowie der Abgrenzung zur Haftung für Hilfspersonen gemäss Art. 101 OR. Die Verantwortlichkeit für Gesellschaftsschaden und mittelbaren Gläubigerschaden gründet demgegenüber auf der Missachtung oder dem Missbrauch von Befugnissen und Pflichten des Innenverhältnisses, auf der Verletzung der gesellschaftsinternen Struktur- und Handlungsprinzipien, das heisst von Pflichten, die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Stellung ergeben») und BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 14 f., welche die Unterscheidung nicht im Organbegriff, sondern in der Regelungsfunktion sehen und prinzipiell für einen einheitlichen Organbegriff plädieren.

105. Vgl. statt vieler Bärtschi, S. 99 f. m.w.H.; BSK-Gericke/Waller, Art. 754 OR N. 5; von der Crone, § 21 N. 1843 m.w.H.

106. Differenzierend Bärtschi, S. 99 f. m.w.H.; kritisch von der Crone, § 21 N. 1843 m.w.H., insb. auf die Gesetzgebungshistorie. Im Schrifttum wird regelmässig auf die Differenzierung zwischen den Begriffen verzichtet und die Bezeichnung «materiell» synonym mit «faktisch» verwendet, vgl. die Hinweise in Bärtschi, S. 100, Fn. 463.

Art. 83 ZGB; der Verwaltungsrat der AG, Art. 707 ff. OR, die Geschäftsführung der GmbH, Art. 809 ff. OR, oder die Verwaltung der Kommanditaktiengesellschaft bzw. der Genossenschaft, Art. 765 ff., 894 ff. OR), (iii) **Kontrollorgane** (wie die Revisionsstelle, Art. 69b, 83b ZGB, Art. 727 ff., 907 ff. OR) und (iv) weitere – gesetzlich¹⁰⁷ oder statutarisch vorgesehene – Organe.¹⁰⁸ Ob die konkrete Organstruktur einer bestimmten juristischen Person dieser Grundstruktur entspricht oder von ihr abweicht, ist den jeweiligen besonderen Bestimmungen zu entnehmen.¹⁰⁹

3. Verhältnis zwischen Organ und juristischer Person

- 9 Dogmatisch ist das Verhältnis zwischen Organ und juristischer Person nach wohl vorherrschender Auffassung als **organschaftliches Verhältnis** zu bezeichnen.¹¹⁰ Hiervon ist der eigentliche Anstellungsvertrag¹¹¹ abzugrenzen, der indessen nicht an Stelle des organschaftlichen Verhältnisses treten kann. Vielmehr handelt es sich dabei um ein flankierendes und allenfalls ergänzendes Rechtsverhältnis zwischen der juristischen Person und der als Organmitglied agierenden Person.¹¹² Die gelegentlich in der Doktrin anzutreffende Aussage, es liege ein einheitlicher «Geschäftsbesorgungsvertrag» vor,¹¹³ ist mithin insoweit zu präzisieren, als dessen schuldrechtliche und organschaftliche Komponenten im Einzelfall jeweils gesondert zu bewerten sind.¹¹⁴ Ausfluss von diesem schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis¹¹⁵ ist, dass die in einem Arbeits-

107. Z.B. die Liquidatoren nach Art. 58 ZGB oder Art. 739 ff. OR.

108. Vgl. hierzu KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 2.

109. So kennt etwa die Stiftung als mitgliederlose Anstalt kein Willensbildungsorgan. Vielmehr müssen der Stiftungsrat als oberstes Stiftungsorgan den perpetuierten Stifterwillen umsetzen und vorbehaltlich von Art. 83b Abs. 2 ZGB fungiert die Revisionsstelle als Kontrollorgan.

110. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 3. S. ferner ausführlich BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 22. Wie hier zum Recht der Aktiengesellschaften Böckli, § 9 N. 122 m. umfangreichen w.H.; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.171 ff.

111. Der Anstellungsvertrag wird ebenfalls unterschiedlich qualifiziert, angenommen werden folgende Varianten: Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR, Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 319 ff. OR oder Innominatkontrakt *sui generis*. Zum Ganzen KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 4; BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 22 m.w.H.; vgl. auch den detaillierten Überblick zum Meinungsstand im Aktienrecht in Böckli, § 9 N. 122; Müller, S. 40 ff.; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.174.

112. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 4. Im Aktienrecht wie hier Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.172; a.M. von der Crone, § 18 N 1253, der das Mandatsverhältnis angesichts der gesellschaftsrechtlichen Lückenhaftigkeit als Innominatkontrakt qualifizieren möchte.

113. Vgl. BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 22 m.w.H.

oder Auftragsverhältnis stehende Organperson gleichermassen an die schuldrechtlichen und an die organschaftlichen Pflichten gebunden ist.¹¹⁶

B. Rechtsgeschäftliche Organvertretung

1. Allgemeines

Organe geben dem **Willen der juristischen Person** im Aussenverhältnis 10 Ausdruck. Daraus folgt, dass die rechtsgeschäftlichen Handlungen der Organe, die für die juristische Person getätigt werden, dieser zugerechnet werden und sie somit unmittelbar verpflichten.¹¹⁷ Handelt eine Person mit Organfunktion hingegen in eigenem Namen, erfolgt keine Zurechnung.¹¹⁸

2. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis

Gemäss einhelliger Auffassung ist im Hinblick auf die Organvertretung 11 zwischen der Vertretungsmacht im **Aussenverhältnis** (das «rechtliche Können») und der Vertretungsbefugnis im **Innenverhältnis** (das «rechtliche Dürfen») zu unterscheiden.¹¹⁹

Die **Vertretungsmacht** steht im Zusammenhang mit der Handlungsfähigkeit 12 der juristischen Person und bestimmt, durch welche rechtsgeschäftlichen Organhandlungen diese nach *aussen* gebunden werden kann.¹²⁰ Sie wird durch den Zweck der juristischen Person begrenzt und erstreckt sich prinzipiell auf sämtliche von den Zweckvorgaben mutmasslich umfasste Tätigkeiten.¹²¹ Es werden nur jene Handlungen von der Vertretungsmacht ausgeschlossen, die dem Zweck der juristischen Person diametral entgegenstehen und durch ihn geradezu ausgeschlossen sind.¹²² Auch

114. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 4. Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.174, weisen darauf hin, dass in der Literatur kaum auf die Frage eingegangen wird, wie sich das organschaftliche Verhältnis zu einem allfälligen zusätzlichen Mandats- oder Arbeitsvertrag verhält.

115. Vgl. etwa im Aktienrecht BGE 128 III 129 E. 1a; BGE 121 I 259 E. 3a; Böckli, § 9 N. 122.

116. Vgl. BGE 130 III 213 E. 2.1 mit Blick auf die Treuepflicht.

117. BGE 112 II 172 E. II.2.c.; BGE 111 II 429 E. 2.d. Dazu BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 9, 21 ff.; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 5.

118. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 6.

119. Vgl. grundlegend Zobl, S. 294 ff. Ferner statt vieler BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 21 f.; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 5.

120. S. auch BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 22; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 6.

121. S. Art. 718a Abs. 1, Art. 814 Abs. 4, Art. 899 Abs. 1 OR.

Geschäfte, welche nicht zum üblichen Geschäftsbereich der juristischen Person zählen, werden von der Vertretungsmacht erfasst, wenn sie zweckkonform sind.¹²³ Immerhin sind folgende Einschränkungen zu beachten: Zunächst kann sich die Einschränkung der Vertretungsmacht durch die Funktion des entsprechenden Organs innerhalb der Organstruktur ergeben.¹²⁴ Weitere Beschränkungen der Vertretungsmacht können sich aus einer Kundgabe gegenüber Dritten¹²⁵ oder aus Handelsregistereinträgen (z.B. Erfordernis einer Kollektiv- oder Filialunterschrift) ergeben.¹²⁶ Auch sog. «Insichgeschäfte» (also Fälle der Doppelvertretung oder des Selbstkontrahierens) stehen der wirksamen Vertretung der juristischen Person prinzipiell entgegen.¹²⁷ Schliesslich sind jene Handlungen der Organperson der juristischen Person nicht zurechenbar, die sich als «Missbrauch der Vertretungsmacht» – also als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln – erweisen, sofern dieser Umstand für die kontrahierende Dritte erkennbar war oder diese ihn bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen.¹²⁸

- 13 Die **Vertretungsbefugnis** bestimmt hingegen, in welchem Umfang das Organ *intern* zum Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte berechtigt ist.¹²⁹ Die

122. Ständige Rechtsprechung seit BGE 111 II 284 E. 3a: «les personnes autorisées à représenter la société ont le droit de faire au nom de celle-ci tous les actes que peut impliquer le but social. Selon la jurisprudence, approuvée par la doctrine, le but social embrasse l'ensemble des actes juridiques qui, du point de vue objectif, peuvent, ne fût-ce que de façon indirecte, contribuer à atteindre le but social, c'est-à-dire tous ceux que ce but n'exclut pas nettement; il n'est pas nécessaire qu'ils rentrent dans l'activité habituelle de l'entreprise»; dazu auch BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 22; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 6.

123. BGE 111 II 284 E. 3a. Ausfluss dieser Rechtsprechung ist, dass die Vertretungsmacht in aller Regel bejaht wird, vgl. die (ältere) Kasuistik bei BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 4.

124. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 6.

125. Vgl. BGE 120 II 5 E. 2c; BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 24; Zobl, S. 294 f.

126. Vgl. Böckli, § 9 N. 625; BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 24; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 6; Zobl, S. 294 f.

127. Insichgeschäfte sind nach Rechtsprechung und h.L. grundsätzlich unwirksam, können aber durch das zuständige Organ genehmigt werden, was bei fehlender Benachteiligungsgefahr (reine Erfüllungsgeschäfte, Transaktionen zum Marktpreis *etc.*) oder statutarischer Grundlage auch stillschweigend geschehen kann. Vgl. zum Ganzen statt sehr vieler BGE 144 III 388 E. 5; BGE 120 II 5 E. 2; BGE 95 II 617 E. 2; ferner den Überblick in BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 26.

grundsätzlich zulässigen internen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis, die nicht zugleich unter eine der oben genannten Ausnahmen fallen, bleiben *gutgläubigen* Dritten gegenüber aber grundsätzlich unbeachtlich.¹³⁰ Während sie nicht verhindern können, dass die juristische Person selbst im Falle einer Überschreitung der Vertretungsbefugnis dem Dritten gegenüber gebunden wird, führen sie allenfalls im Innenverhältnis zu einer Haftung der handelnden Person gegenüber der juristischen Person.¹³¹

3. Wissensvertretung

Das Wissen eines Organs gilt als **Wissen der juristischen Person** insgesamt. ¹⁴
¹³² Dies gilt nach einem Teil der Lehre selbst dann, wenn nur ein einzelnes von mehreren Organmitgliedern über eine bestimmte Information verfügt, die im Rahmen einer adäquaten Kommunikation an die restlichen Organmitglieder hätte übermittelt werden müssen.¹³³ Zu beachten ist indessen, dass der Grundsatz der «absoluten Wissensvertretung» von der neueren Lehre erheblich relativiert worden ist und – vorbehaltlich einer schuldhaften Nichtbeachtung des Wissens anderer Organe – nur ein Wissen (-müssen) der effektiv mit einer Angelegenheit befassten Person zugerechnet werden.¹³⁴

C. Verpflichtung der juristischen Person durch «sonstiges Verhalten»

Im **ausserrechtsgeschäftlichen Bereich** greift Art. 55 Abs. 2 ZGB. Danach ¹⁵
 können Organe die juristische Person «durch ihr sonstiges Verhalten» verpflichten. Für die Zurechnung von Organverhalten ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs muss ein (formelles oder faktisches) Organ «in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung» handeln.¹³⁵ Mit anderen Worten hat die fragliche Handlung nicht nur «bei Gelegenheit» (also im selben

128. Vgl. etwa BGE 126 III 361 E. 3a; BGer 4A_228/2008, 4A_230/2008 und 4A_232/2008 vom 27.3.2007. Dazu KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 6; BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 26, m.H. darauf, dass in Fällen von Interessenkonflikten eine analoge Anwendung der Regeln über das Selbstkontrahieren angezeigt sei; kritisch dazu Weber, S. 181.

130. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 26; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 7.

131. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 7.

132. BGE 109 II 338 E. 2a; BGE 104 II 190 E. 3b. Ferner statt vieler KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 8.

133. KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 8.

134. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 19.

örtlichen oder zeitlichen Kontext) der geschäftlichen Verrichtung zu erfolgen, sondern muss in einem funktionalen Zusammenhang mit der Organkompetenz stehen.¹³⁶ Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Handlung von der Vertretungsbefugnis der Organperson gedeckt ist.¹³⁷ Rein private Interessen des Organs sind für eine Zurechnung der Handlung zur juristischen Person nicht hinreichend, ein paralleles Eigeninteresse des Organs hindert die Zurechnung hingegen nicht.¹³⁸

- 16 Art. 55 ZGB bildet dabei **lediglich die Zurechnungsnorm** für ein bestimmtes Verhalten, nicht aber eine eigenständige Anspruchsgrundlage.¹³⁹ Diese muss sich aus einer gesonderten Norm ergeben. In Betracht kommt etwa eine Inanspruchnahme aufgrund einer widerrechtlichen Schädigung (nach Art. 41 ff. OR oder nach den Vorschriften des UWG) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR), Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR), *culpa in contrahendo etc.*¹⁴⁰

D. Organhaftung

- 17 Die Organe der juristischen Person können für deliktisches Verhalten Dritten gegenüber persönlich **mithaften** (Art. 55 Abs. 3 ZGB) und zwar mit ihrem gesamten persönlichen Vermögen.¹⁴¹ Der deutsche Wortlaut verlangt ein «Verschulden».¹⁴² Ein Vergleich mit der französischen Fassung («fautes commises») erhellt indessen, dass diese Formulierung zu eng gefasst ist und weit ausgelegt werden muss: Jegliches persönliche Fehlverhalten, welches zur Erfüllung des jeweiligen haftungsbegründenden Tatbestands führt, ist ausreichend, selbst wenn dieser kein eigentliches Verschulden voraussetzt.¹⁴³
- 18 Im Falle einer **gleichzeitigen Haftung** der juristischen Person gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB kommt es weder zu einer Entlastung des handelnden Organs noch

135. BGE 121 III 176 E. 4a; BGE 105 II 289 E. 5; BGE 89 II 239 E. 8. S. den Überblick in KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 10; vertiefend BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 7, 20, 27 ff.

136. BGE 121 III 176 E. 4a; BGE 105 II 289 E. 5. Ferner statt vieler BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 28.

137. BGE 105 II 289 E. 5.

138. Vgl. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 7.

139. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 10 f.; vgl. auch Weber, S. 195 f.

140. Statt aller BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 27; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 10.

141. Vgl. allgemein BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 9.

142. In der italienischen Fassung ist ebenfalls zu eng von «colpa» die Rede.

143. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 31; KUKO-Jakob, Art. 55 ZGB N. 11.

zur Regressmöglichkeit des Organs gegenüber der juristischen Person, sondern zu einer Solidarhaftung von Organ und juristischen Person gegenüber dem geschädigten Dritten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 143 ff. OR).¹⁴⁴ Bei Handlungen von mehreren Organmitgliedern oder Mitgliedern unterschiedlicher Organe kommt es im Aussenverhältnis ebenfalls zu einer solidarischen Haftung, im Innenverhältnis zu einer Verteilung nach Verschulden i.S.v. Art. 50 Abs. 2 OR sowie den Prinzipien von Art. 759 OR (Solidarität und Rückgriff).¹⁴⁵ Die Möglichkeit einer individuellen Haftungs-minderung nur eines Haftpflichtigen gemäss Art. 43 Abs. 1 OR (geringes eigenes Verschulden) oder Art. 44 OR (Einwilligung oder Verschlimmerung) im externen Verhältnis ist strittig, im Hinblick auf Art. 759 Abs. 1 und 2 OR wohl aber auch für die übrigen juristischen Personen zu bejahen.¹⁴⁶

Die Haftung gegenüber der juristischen Person im **Innenverhältnis** richtet sich nicht nach Art. 55 Abs. 3 ZGB, sondern nach dem Rechtsverhältnis zwischen dem Organträger und der juristischen Person.¹⁴⁷

III. RECHTSFOLGEN FEHLENDER HANDLUNGSFÄHIGKEIT

Die Sicherstellung einer ordnungsgemässen Organisation und die effektive Organbestellung sind unabdingbare Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit von juristischen Personen (s. oben N. 2). In einer Situation, in welcher ein **Organisationsmangel** oder eine **fehlerhafte Organbestellung** bereits vor einer Eintragung der juristischen Person ins Handelsregister feststeht, kann der Handelsregisterführer die Parteien auf den Mangel hinweisen, damit sie diesen beheben können.¹⁴⁸ Liegt ein Organisationsmangel vor, kann das Gericht (bzw. bei den Stiftungen die Aufsichtsbehörde) angerufen werden, um die «erforderlichen Massnahmen» zu treffen.¹⁴⁹ In Frage kommen (i) die Ansetzung einer Frist zur (Wieder-) Herstellung des ordnungsgemässen

144. Zur Solidarität BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 30, 32. Vgl. auch BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 68.

145. BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 66.

146. Ibid.

147. Vgl. zur Rechtsnatur dieses Rechtsverhältnisses bereits oben N. 9.

148. Zu den Besonderheiten bei nicht eingetragenen Vereinen und bei Stiftungen vgl. BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 4.

149. Vgl. die entsprechenden Bestimmungen in Art. 69c, Art. 83d ZGB, Art. 731b, 819, 908 OR, Art. 112 KAG. Zum Ganzen Bürge/Gut, S. 157 ff.

Zustands, (ii) die Bestellung des fehlenden Organs oder (iii) einer sog. Sachwalterin sowie (iv) als *ultima ratio*¹⁵⁰ die Auflösung und Liquidation der juristischen Person. Beim Entscheid hinsichtlich der zu treffenden Massnahmen haben das Gericht bzw. die Aufsichtsbehörde ihr pflichtgemässes Ermessen auszuüben, was auch die Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismässigkeit beinhaltet.¹⁵¹

- 21 Zulässig ist nach Rechtsprechung und Lehre sodann die **interimistische Vertretung** der juristischen Person durch nicht ordnungsgemäss bestellte Personen nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 419 ff. OR.¹⁵²

LITERATURVERZEICHNIS

Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Bürge Stefan/Gut Nicolas, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art 731b OR, SJZ 2009, S. 157 ff.

Gericke Dieter/Waller Stefan, Kommentierung zu Art. 754 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (BSK-Gericke/Waller).

Jakob Dominique, Kommentierungen zu Art. 54 und 55, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen, Zürich et al. 2023.

Müller Roland, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. I, 5. Aufl., Zürich et al. 2021.

150. Bürge/Gut, S. 159 f.; Recordon, S. 4.

151. Bürge/Gut, S. 159; BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 5.

152. BGer 4P.325/2001 vom 21.11.2002 E. 1.3. Vgl. stellvertretend für die Lehre BSK-Reitze, Art. 54/55 ZGB N. 5; BK-Riemer, Art. 54/55 ZGB N. 14 m.w.N.

Recordon Pierre-Alain, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010, S. 1 ff.

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 54/55, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (BSK-Reitze).

Riener Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (BK-Riener).

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht 2. Aufl., Bern 2020.

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 54/55, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (CR-Xoudis).

Zobl Dieter, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, S. 289 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 56 ZGB

Eine Kommentierung von Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 56 ZGB.

D. Sitz

Art. 56

Der Sitz der juristischen Personen befindet sich, wenn ihre Statuten es nicht anders bestimmen, an dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird.

GLIEDERUNG

I. Wesen des Sitzes und allgemeine Prinzipien.....	45
II. Abgrenzungen	45
A. Zweigniederlassungen	45
B. Rechtsdomizil	46
III. Sitzbestimmung.....	46
A. Allgemeines	46
B. Statutarische Sitzbestimmung.....	47
C. Gesetzliche Sitzbestimmung.....	48
IV. Rechtliche Bedeutung des Sitzes	50
A. Behördenzuständigkeit	50
B. Weitere Aspekte	52
V. Sitzverlegung	52
A. Sitzverlegung im Inland	52
B. Sitzverlegung mit Auslandsbezug.....	54
1. Der Sitz von juristischen Personen im Schweizer Internationalen Privatrecht.	54
2. Sitzverlegung nach Schweizer Internationalem Privatrecht	55
a. Vorbemerkung zur Terminologie.....	55
b. Verlegung aus dem Ausland in die Schweiz.....	55
c. Verlegung aus der Schweiz ins Ausland	56
d. Immigrations- und Emigrationsfusion	56
Literaturverzeichnis	56

I. WESEN DES SITZES UND ALLGEMEINE PRINZIPIEN

Juristische Personen bedürfen eines **örtlichen Anknüpfungspunkts**, an dem sie räumlich verankert werden können.¹⁵³ Die *ratio* des Sitzes als örtlicher Anknüpfungspunkt der juristischen Person lässt sich organisations- und wirtschaftsrechtlich erklären: So bedarf es für den Umgang mit den Handelsregister-, Aufsichts-, Gerichts-, Steuer- und ggf. auch Betreibungsbehörden einen Ort, an welchem die Rechtsverhältnisse der betroffenen juristischen Person konzentriert sind.¹⁵⁴ Dieses Konzentrations- und Fixierungsbedürfnis bedeutet zweierlei: Zum einen, dass jede juristische Person über einen Sitz verfügen *muss*, und zum anderen, dass sie prinzipiell nur einen Sitz (und nicht mehrere) haben darf (sog. Grundsatz der Einheit des Sitzes, wobei es historisch und politisch bedingte Ausnahmen gibt).¹⁵⁵

II. ABGRENZUNGEN

A. Zweigniederlassungen

Vom Sitz abzugrenzen sind sog. **Zweigniederlassungen** (*«succursale»*), also Geschäftsbetriebe, die gegenüber dem Hauptunternehmen in örtlicher und wirtschaftlicher, nicht aber in rechtlicher Hinsicht selbständig sind.¹⁵⁶ Die für eine Zweigniederlassung erforderliche Selbständigkeit¹⁵⁷ erfordert, dass «der Zweigbetrieb ohne wesentliche Änderungen selbständig geführt werden könnte».¹⁵⁸ Es muss einzelfallmässig und unter Berücksichtigung des

153. Statt vieler BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 1; KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 1; BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 1; Weber, S. 136 m.w.H.; CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 1.

154. KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 1; BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 2 f.

155. BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 2; KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 1; BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 8 f.; Weber, S. 136 m.w.H.; CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 2 f. Zur Einheit des Sitzes vgl. bereits BGE 53 I 124; zu den historisch und politisch bedingten Ausnahmen (UBS; Nestlé) vgl. Gutzwiller, S. 501 Fn. 96.

156. Vgl. BGer 4C.373/2004 vom 27.1.2005 E. 2; BGE 117 II 85 E. 4a; 108 II 122 E. 1; BGE 103 II 199 E. 3a; dazu BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 20. Vgl. ferner Botschaft 2015, S. 3641.

157. Durch die fehlende rechtliche Selbständigkeit sind Zweigniederlassungen von Tochtergesellschaften zu unterscheiden. Terminologisch sei angemerkt, dass der französische Begriff für Tochtergesellschaften (*«filiale»*) nicht zu verwechseln ist mit dem deutschen umgangssprachlichen Begriff «Filiale», welcher Letzterer i.d.R. Zweigniederlassungen bezeichnet.

158. BGE 117 II 85 E. 4a; vgl. ferner BGer 4C.373/2004 vom 27.1.2005 E. 2.2 m.w.H.

Aussenverhältnisses geprüft werden, ob dies der Fall ist. Nicht wesentlich sind die interne Weisungsgebundenheit oder die internen Abläufe, vielmehr ist darauf abzustellen, ob eine eigene Büroorganisation mit einer eigenen Leitung existiert, in welcher mindestens eine Angestellte zeichnungsberechtigt ist. Während in der Praxis Abstufungen existieren und stets die Gesamtlage entscheidend ist, dürften blossе Fabrikationsorte, Warendepots, Auslieferungsstellen und dgl. keine Zweigniederlassungen darstellen.¹⁵⁹

- 3 Zweigniederlassungen können unter gegebenen Umständen einen **besonderen Gerichtsstand** begründen (Art. 12 ZPO), nicht hingegen einen besonderen Betreuungsort, welcher – vorbehältlich des sog. Niederlassungskonkurses schweizerischer Zweigniederlassungen ausländischer juristischer Personen – stets am Ort des Sitzes der juristischen Person verbleibt (vgl. Art. 46 Abs. 2 SchKG).

B. Rechtsdomizil

- 4 Nicht zu verwechseln mit Sitz oder Zweigniederlassung ist das sog. **Rechtsdomizil**, also die Adresse, unter der man die Rechtseinheit an ihrem Sitz erreichen (also in den eigenen Büroräumlichkeiten oder als c/o-Adresse) kann (Art. 2 lit. b und 117 HRegV).

III. SITZBESTIMMUNG

A. Allgemeines

- 5 Während die räumliche Anknüpfung bei natürlichen Personen durch den Gesetzgeber zwingend vorbestimmt ist (Art. 23 Abs. 1 ZGB: Ort des dauernden Verbleibens), gewährt Art. 56 ZGB den gründenden Personen oder Organen der juristischen Person die Möglichkeit einer **privatautonen Sitzbestimmung**. Anders gewendet: Juristische Personen können ihren Sitz grundsätzlich nach eigenem Ermessen in ihren Statuten frei wählen (sog. «Satzungssitz»¹⁶⁰). Vorbehaltlich abweichender öffentlich-rechtlicher Bestimmungen und des Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB darf dabei insb. auch ein vom Ort der tatsächlichen Verwaltung der

159. Vgl. in diesem Sinne auch BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 20; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 24 N. 11.

160. Weber, S. 136; BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 3. Ferner BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 11 f.

juristischen Person abweichender Sitz bestimmt werden (s. unten N. 7).¹⁶¹ Fehlt ein Satzungssitz, sieht Art. 56 ZGB eine ersatzweise gesetzliche Anordnung vor, wonach der Sitz in einem solchen Falle am Orte der tatsächlichen Verwaltung befindet (s. unten N. 9 f.). Diese gesetzliche Sitzbestimmung gilt indessen nur bei Vereinen und Stiftungen, weil die statutarische Bestimmung des Sitzes bei den Körperschaften des OR zum notwendigen Statuteninhalt gehört und die Ersatzregelung von Art. 56 ZGB somit nicht greifen kann (s. dazu unten N. 6 und 9). Mithin ist bezüglich des Sitzes zwischen den juristischen Personen des ZGB und jenen des OR zu unterscheiden, ohne dass dies unmittelbar in Art. 56 ZGB zum Ausdruck käme.¹⁶²

B. Statutarische Sitzbestimmung

Alle juristischen Personen *können* (und jene des OR *müssen*) ihren Sitz in den Statuten bezeichnen. Es gilt dabei der Grundsatz der Wahlfreiheit, ein **zivilrechtliches Regelungsprinzip** und nicht etwa eine Ausprägung der verfassungsrechtlichen Niederlassungsfreiheit.¹⁶³ Mit der Wahlfreiheit geht einher, dass der statutarisch bestimmte Sitz weder am Ort der tatsächlichen Tätigkeit noch an jenem der intellektuellen Leitung der juristischen Person liegen muss.¹⁶⁴

Neben allfälligen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (etwa durch Konzessionen, staatliche Aufträge oder der Erhalt von Subventionen)¹⁶⁵ und dem Rechtsmissbrauchsverbot (etwa durch die Wahl entlegener und die Rechtsdurchsetzung von einfachen Gläubigerforderungen übermässig erschwerender Sitze)¹⁶⁶ als **Schranken** sind v.a. folgende Elemente zu beachten: Juristische Personen müssen an ihrem Satzungssitz über eine feste Zustelladresse verfügen, an welcher sie erreicht werden können, wobei ein Briefkasten (der auch effektiv gewährleistet, dass eine natürliche Person Mitteilungen für die juristische Person entgegennehmen kann) ausreichend

161. Vgl. die umfangreichen w.H. in BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 11 f.; Weber, S. 138 f.

162. KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 2; ferner Weber, S. 139 f.

163. Weber, S. 138 m.w.H. Vgl. zum (nicht bestehenden) Recht auf Niederlassungsfähigkeit von juristischen Personen auch BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 17.

164. BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 11 f.; Weber, S. 138 f.

165. BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 13; Weber, S. 139.

166. BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 8; BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 12 m.w.H. auf ältere Rechtsprechung; Weber, S. 138 f.

ist.¹⁶⁷ Weiter müssen sich juristische Personen den einmal gewählten Sitz im Umgang mit Drittpersonen entgegenhalten lassen (etwa im Rahmen von der Einleitung von Betreibungen oder Prozessen).¹⁶⁸

- 8 Die eigentliche Bestimmung des Ortes des Sitzes erfolgt regelmässig durch die statutarische Nennung einer schweizerischen politische Gemeinde (Art. 117 Abs. 1 HRegV), in welcher die **feste Zustelladresse** eine effektive Erreichbarkeit gewährleistet (vgl. oben N. 7).¹⁶⁹ Weil der Sitz von Vereinen und Stiftungen – anders als jener von Körperschaften des OR – nicht statutarisch örtlich festgelegt werden muss, reicht eine Anknüpfung an ein objektiv bestimmbares Kriterium aus. Somit ist bei diesen juristischen Personen auch die Bestimmung eines fliegenden bzw. alternierenden Sitzes (*«siège errant»*) zulässig, solange er objektiv bestimmbar bleibt.¹⁷⁰ Oft genannt wird in diesem Zusammenhang etwa der Wohnsitz der jeweiligen Vorstandsvorsitzenden oder Stiftungsratspräsidentin.¹⁷¹ Weiter ist es Vereinen und Stiftungen möglich, in den Statuten eine Delegation der Sitzbestimmung vorzusehen und diese zugunsten des Vorstandes (Vorstandsbeschluss) oder des Stiftungsrates (Stiftungsratsbeschluss oder Stiftungsreglement) zu delegieren.¹⁷² Dies ermöglicht eine Flexibilisierung gegenüber dem statutarischen Sitz, welcher – vor allem bei Stiftungen¹⁷³ – nur erschwert abänderbar ist.

C. Gesetzliche Sitzbestimmung

- 9 Weil die Sitzbestimmung bei den Körperschaften des OR zum zwingenden Mindestinhalt der Statuten gehört (Art. 626 Ziff. 1, Art. 764 Abs. 2, Art. 776 Ziff. 1, Art. 832 Ziff. 1 OR¹⁷⁴), kann Art. 56 ZGB nur im verbleibenden Bereich der juristischen Personen des ZGB eine **Wirkung** entfalten. Für Vereine und

167. KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 2.

168. BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 8; BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 11. Exemplarisch im Rahmen des Eigentumsvorbehalts BGE 106 II 320.

169. BGE 94 I 562 E. 4. Ferner BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 14; BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 7.

170. KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 3; BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 15.

171. KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 3. Ferner BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 5; BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 15.

172. Zur Zulässigkeit BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 17.

173. Je nach Behördenpraxis sind die Anforderungen verschieden, wobei die meisten Aufsichtsbehörden Statutenänderungen aufgrund von Sitzverlegungen Hand bieten. Die Eidgenössische Stiftungsaufsicht ESA etwa subsumiert Sitzänderungen praxisgemäss unter Art. 86b ZGB, weshalb Änderungen – einmal abgesehen vom administrativen Aufwand und den anfallenden Gebühren – relativ einfach vorzunehmen sind.

Stiftungen formuliert das ZGB nämlich keine Pflicht zur statutarischen Sitzbestimmung.¹⁷⁵ Fehlt eine solche, befindet sich der Sitz «an dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird» (sog. tatsächlicher Sitz). Normativ wird so sichergestellt, dass auch Vereine und Stiftungen immer über einen Sitz verfügen.¹⁷⁶

Hinsichtlich des genauen Inhalts dieser objektiven Anknüpfung scheiden sich 10 die Geister in der Doktrin: Während eine Lehrmeinung davon ausgeht, dass der Ort des tatsächlichen Verwaltungszentrums gemeint sei,¹⁷⁷ ist nach einer abweichenden Auffassung auf den Ort abzustellen, an dem die entscheidenden Weisungen erteilt werden.¹⁷⁸ Das Bundesgericht hingegen folgt einem pragmatischen Ansatz, der wohl auch als «vermittelnd» bezeichnet werden kann: Danach ist der **Ort der tatsächlichen Verwaltung** derjenige, an dem die in ihrer Gesamtheit der Erreichung des statutarischen Zwecks dienenden Handlungen vorgenommen werden; sind diese Leitungshandlungen nicht örtlich an einem einzelnen Anknüpfungspunkt konzentriert, ist auf den Handlungsschwerpunkt abzustellen (abgestellt wird dabei etwa an den Ort, an welchem die juristische Person ihre Verträge abschliesst; an die Nennung von entsprechenden c/o-Adressen in der Korrespondenz der juristischen Person, die auf einen bestimmten Handlungsort hinweisen; sowie im Handelsbereich auf die Handelsmengen,

174. Da sich die Bestimmungen für die SICAV, die KKK und die SICAF an den Bestimmungen zur AG orientieren (vgl. z.B. Art. 37 Abs. 1 [Gründung einer SICAV], Art. 99 [subsidiäre Anwendbarkeit des OR auf KKK], Art. 112 [subsidiäre Anwendbarkeit des OR auf SICAF] KAG), ist es kaum erstaunlich, dass auch bei diesen Gebilden der Sitz zum zwingenden Statuteninhalt gehört (Art. 43 Abs. 1 lit. a [SICAV], Art. 102 Abs. 1 lit. a [KKK] KAG). Erwähnt sei in Parenthese, dass die gesetzliche Konzeption der KKK durch die Wahlfreiheit des Sitzes in den Statuten somit vom Konzept der allgemeinen Kommanditgesellschaft des OR abweicht, in welcher zwingend der Ort der tatsächlichen Ausübung der Geschäftstätigkeit als Sitz ins Handelsregister einzutragen ist (vgl. Art. 596 OR).

175. Statt vieler BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 5 f.; KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 3.

176. BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 4. Dazu auch BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 8.

177. BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 19 («nach Massgabe ihres Verwaltungszentrums, nicht nach ihrer Leitungsebene») m.H. auf die ältere Literatur; SHK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 4; Weber, S. 140, m.H. darauf, dass der Ort der Aktivitätenentwicklung leichter feststellbar und nur schwer kurzfristig abänderbar sei. KUKO-Jakob, Art. 56 ZGB N. 3, weist zwar auf das «tatsächliche Verwaltungszentrum» hin, greift aber zugleich das Kriterium des «Schwerpunkts der Leitungshandlung» auf.

178. So Gutzwiller, S. 500 m.w.H.; Pedrazzini/Oberholzer, S. 221.

die über einen bestimmten Ort abgewickelt werden).¹⁷⁹ Auch dies bedingt naturgemäss eine Einzelfallbetrachtung.

IV. RECHTLICHE BEDEUTUNG DES SITZES

A. Behördenzuständigkeit

- 11 Als allgemeine Faustregel gilt, dass die örtliche **Behördenzuständigkeit** dem Sitz der juristischen Person folgt. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht absolut und ist wie folgt zu präzisieren:¹⁸⁰

- **Handelsregisterbehörden:** Juristische Personen sind ins **Handelsregister des Sitzortes** einzutragen.¹⁸¹ Entscheidend sind einerseits die politische Gemeinde (Art. 117 HRegV),¹⁸² und andererseits das Rechtsdomizil (Art. 2 lit. b HRegV) als Zustelladresse. Fehlt ein Rechtsdomizil, greifen die Rechtsfolgen von Art. 152 HRegV. Das Handelsregisteramt setzt der juristischen Person dabei eine Frist mit der Aufforderung, die erforderliche Anmeldung vorzunehmen oder zu belegen, dass keine Eintragung, Änderung oder Löschung erforderlich ist (Abs. 1). Die Aufforderung enthält zudem einen Hinweis auf die massgebenden Vorschriften und die Rechtsfolgen für den Fall, dass ihr keine Folge geleistet wird (Abs. 2).
- **Gerichtsbehörden:** Grundsätzlich sind für Klagen gegen juristische Personen die Gerichte an deren Sitz örtlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Dieser – auf der Garantie des **Wohnsitzgerichts** beruhende¹⁸³ – Grundsatz wird indes durch eine Vielzahl von Ausnahmen relativiert (vgl. Art. 12 ff. ZPO). Vgl. weiter im international-privatrechtlichen Kontext Art. 151 Abs. 1 IPRG, welche für gesellschaftsrechtliche Klagen eine Gerichtszuständigkeit am Sitz der Gesellschaft begründet, und Art. 165

179. BGE 50 I 100 E. 2. Es ist auch vom «*principe de prépondérance*» die Rede, vgl. auch das im steuerrechtlichen Kontext ergangene Urteil BGE 2A.321/2003 vom 4.12.2003 E. 3.

180. Aufzählung angelehnt an jene von BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 20 ff.; SHK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 11; Weber, S. 145 f.; CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 14.

181. Vgl. ausdrücklich Art. 640, 778, 835 OR. Die Bestimmung der innerkantonalen Organisation obliegt den Kantonen (Art. 928 OR; Art. 3 HRegV). Diese können Handelsregisterbezirke definieren oder das Handelsregister kantonsübergreifend führen.

182. Meisterhans/Gwelessiani-Praxiskommentar HRegV, N. 495 (mit dem Hinweis, dass im Tagesregister nicht die Ortschaft, sondern die politische Gemeinde einzutragen ist).

183. Hierauf können sich auch juristische Personen berufen, vgl. BGE 102 Ia 406 E. 2a; dazu Weber, S. 145 (unter Art. 59 aBV); weiter Biaggini, Art. 30 BV N. 2.

IPRG zur Anerkennung von ausländischen Entscheidungen über gesellschaftsrechtliche Ansprüche.

- *Betreibungs- und Konkursbehörden:* Der ordentliche **Betreibungsort** von im Handelsregister eingetragener juristischer Personen ist ihr (zivilrechtlicher) Sitz, jener von nicht im Handelsregister eingetragener juristischer Personen ist der Hauptsitz ihrer Verwaltung (Art. 46 Abs. 2 SchKG). Es ist zu beachten, dass nicht jeder Betreibungsort zugleich auch einen Konkursort begründet; neben dem ordentlichen Betreibungsort kommen für juristische Personen insb. in Betracht: der Ort der Geschäftsniederlassung eines im Ausland domizilierten Schuldners (Art. 50 Abs. 1 SchKG), der Ort des Vermögens bei einem Hilfskonkurs (Art. 166 ff. IPRG).
- *Eigentumsvorbehalt:* Ein Eigentumsvorbehalt gemäss Art. 715 Abs. 1 ZGB muss am Sitz der juristischen Person in einem vom Betreibungsamt zu führenden **öffentlichen Register** eingetragen werden, damit er wirksam ist.¹⁸⁴
- *Steuerbehörden:* Der Sitz hat im Steuerrecht eine **eingeschränkte Bedeutung**. Zunächst ist zu beachten, dass der steuerliche Sitzbegriff nicht mit dem zivilrechtlichen übereinstimmt.¹⁸⁵ Weiter begründet die «persönliche Zugehörigkeit» zwar grundsätzlich eine Steuerpflicht nach Bundesrecht oder kantonalem Recht (vgl. etwa Art. 20 Abs. 1 StHG; § 55 StG/ZH; § 62 StG/AG), doch stellt das Steuerrecht häufig auf wirtschaftliche Gesichtspunkte ab, weshalb ein blosses Briefkastendomizil noch keinen steuerrechtlich relevanten Sitz zu begründen vermag, wenn die tatsächliche Geschäftstätigkeit an einem anderen Ort erfolgt.
- *Weitere Behörden und insb. Aufsichtsbehörden:* Als Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit von Aufsichtsbehörden ist der Sitz vor allem im **Sozialversicherungsrecht** von Bedeutung (vgl. Art. 61 Abs. 1 BVG für Vorsorgeeinrichtungen allgemein; Art. 89a Abs. 6 Ziff. 12 ZGB für Personalfürsorgestiftungen). Bei gewöhnlichen Stiftungen ist der Sitz hingegen für die Begründung der Aufsicht nicht allein entscheidend, sondern der Wirkungskreis,¹⁸⁶ so ist bei schweizweit oder international

184. BGE 106 II 320 E. 2; ferner CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 14.

185. CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 14.

186. SHK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 11.

tätigen Stiftungen stets die Eidgenössische Stiftungsaufsicht (ESA) die Aufsichtsbehörde.

B. Weitere Aspekte

- 12 Der Sitz kann auch für das **Firmenrecht** von Bedeutung sein. Grundsätzlich dürfen geographische Bezeichnungen, wie Namen von Bergen, Pässen, Flüssen, Seen oder Meeren, zwar frei verwendet werden.¹⁸⁷ Weil das Durchschnittspublikum Gemeindebezeichnungen und andere Ortsangaben aber als Hinweis auf den Sitz der juristischen Person auffasse, sind bundesgerichtliche Rechtsprechung, Handelsregisterpraxis und die Lehre der einhelligen Auffassung, die Angabe des Namens einer politischen Gemeinde (oder einer Ortschaft innerhalb derselben) als Firmenbestandteil zulässig sei, wenn dies dem tatsächlichen Sitz der fraglichen Rechtseinheit entspreche.¹⁸⁸ Dies ist v.a. im Hinblick auf das Wahrheitsgebot von Art. 944 OR zu beachten, nach dem eine irreführende Firma ggf. gar lauterkeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könnte.¹⁸⁹

V. SITZVERLEGUNG

A. Sitzverlegung im Inland

- 13 Ein notwendiges Korrelat der freien statutarischen Wahl des Sitzes ist, dass inländische **Sitzverlegungen im Grundsatz stets zulässig** sein müssen. Eine gewichtige Ausnahme bilden beaufsichtigte Stiftungen, wenn der Sitz statutarisch festgelegt wurde: In diesem Falle bedarf es regelmässig einer Organisationsänderung nach Art. 85 ff. ZGB, die eine Mitwirkung der Aufsichtsbehörde erfordern kann.¹⁹⁰
- 14 **Handelsregisterrechtlich** gilt Art. 123 Abs. 1 HRegV, wonach eine Rechtseinheit sich **am neuen Sitz zur Eintragung anmelden** muss, wenn sie ihren Sitz in einen anderen als den bisherigen Registerbezirk verlegt. Das Anmeldungs- und Eintragungsverfahren ist sodann in Art. 123 Abs. 2–6, Art.

187. BK-Siffert, Art. 955 OR N. 31; ferner EHRA-Firmen- und Namensrechtsweisung, N. 19, mit den Beispielen «Gurten AG», «Monte Generoso GmbH», «Lake Victoria AG», «Pacific AG».

188. BGE 113 II 179 E. 2; BGE 94 I 566 E. 4 (Hinweis auf das durchschnittliche Verständnis); EHRA-Firmen- und Namensrechtsweisung, N. 20; dazu BK-Siffert, Art. 955 OR N. 32 m.w.N.

189. Weber, S. 146.

124 ff. HRegV geregelt. Bei eintragungspflichtigen Sitzverlegungen (etwa bei einer Aktiengesellschaft, vgl. Art. 647 OR) richtet sich die Wirksamkeit nach Art. 936a Abs. 1 OR. Nicht eintragungspflichtige Sitzverlegungen (etwa von gewissen Vereinen¹⁹¹) werden im Zeitpunkt der wirksamen Beschlussfassung verbindlich.¹⁹²

Vorbehältlich gewisser Ausnahmen – genannt seien die Fixierung des 15
Betreibungsortes nach Art. 53 SchKG¹⁹³ und die *perpetuatio fori* bei Rechtshängigkeit nach Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO – begründet die Verlegung des Sitzes die prinzipielle **Zuständigkeit** der Behörden am neuen Sitzort.¹⁹⁴

Schliesslich richten sich Sitzwechsel aufgrund von Fusionen, Spaltungen und 16
Umwandlungen nach den Bestimmungen des **FusG**.¹⁹⁵

190. BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 11; Jakob, Art. 56 ZGB N. 4; Weber, S. 141. BK-Riemer, Art. 56 ZGB N. 30 und CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 11, gehen davon aus, dass es sich hierbei stets um eine «unwesentliche Änderung der Stiftungsurkunde» handeln dürfte. Grüninger, S. 120, geht hingegen stets von einer Organisationsänderung nach Art. 85 ZGB aus. Nach hier vertretener Ansicht muss dahingegen in jedem Einzelfall gesondert geprüft werden, ob es sich um eine wesentliche oder eine unwesentliche Änderung der Stiftungsurkunde handelt; weiterführend zur Einzelfallmässigkeit der Abgrenzung auch KUKO-Jakob, Art. 86b ZGB N. 3. Wie bereits in Fn. 21 erwähnt, geht die ESA in diesem Bereich ebenfalls regelmässig von Änderungen i.S.v. Art. 86b ZGB aus.

191. Vereine sind zum Handelsregistereintrag verpflichtet, wenn sie einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen (Art. 52 Abs. 2 ZGB), für ihren Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), revisionspflichtig sind (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), und Vereine, die hauptsächlich Vermögenswerte im Ausland direkt oder indirekt sammeln oder verteilen, die für karitative, religiöse, kulturelle, erzieherische oder soziale Zwecke bestimmt sind (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB).

192. Weber, S. 141; CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 11.

193. In der Konkursbetreuung tritt die Fixierung des Betreibungsorts nach der Konkursandrohung ein. Hinsichtlich des exakten Zeitpunkts gehen die Meinungen indes auseinander; vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich PS 130003 vom 4.2.2013 (Bejahung der Fixierungswirkung bei Zustellung der Konkursandrohung am gleichen Tag, aber vier Stunden vor der rechtswirksamen Löschung der Sitzverlegung); BGE 134 III 417 E. 4 (Massgeblichkeit des Tages des Tagebucheintrags und nicht der Uhrzeit); zum Ganzen s. BSK-Schmid, Art. 53 SchKG N. 1 f.

194. Vgl. auch Weber, S. 141; CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 11.

195. Vgl. etwa Art. 13 Abs. 1 lit. a, Art. 37 lit. a, Art. 60 lit. a, Art. 79 Abs. 2 lit. a, Art. 90 Abs. 2 lit. a FusG. Dazu CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 12.

B. Sitzverlegung mit Auslandsbezug

1. Der Sitz von juristischen Personen im Schweizer Internationalen Privatrecht

- 17 Im **Internationalen Privatrecht** wird nicht an den Terminus der «juristischen Person», sondern an jenen der «Gesellschaft» angeknüpft. Darunter sind gemäss Art. 150 Abs. 1 IPRG sowohl organisierte Personenzusammenschlüsse als auch organisierte Vermögenseinheiten zu verstehen. Wenngleich damit die Definition von Art. 52 Abs. 1 ZGB evoziert wird, wird in der international-privatrechtlichen Umschreibung keine Rechtspersönlichkeit vorausgesetzt. Mit anderen Worten vermag die international-privatrechtliche Umschreibung mehr Gebilde zu umfassen als jene des ZGB.¹⁹⁶
- 18 Gemäss Art. 21 Abs. 1 IPRG gilt der **Sitz von Gesellschaften und Trusts** als «Wohnsitz». Dabei ist unter Sitz einer Gesellschaft der in den Statuten einer juristischen Person oder im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft bezeichnete Ort zu verstehen. Subsidiär gilt der Ort der tatsächlichen Verwaltung als Sitz. Somit spiegelt das IPRG die Regelung von Art. 56 ZGB.¹⁹⁷ Der statutarische Sitz unterliegt allerdings im Hinblick auf Zuständigkeitsfragen einem Fiktionsvorbehalt.¹⁹⁸
- 19 Zur Zuständigkeit im Bereich des IPRG vgl. oben N. 11. Das international-privatrechtlich auf Gesellschaften anwendbare Recht bestimmt sich nach Art. 154 IPRG: Nach dessen Abs. 1 wird das Personalstatut anhand der **Inkorporations- oder Gründungstheorie** bestimmt, d.h. die Gesellschaft ist unabhängig von ihrem gegenwärtigen Verwaltungssitz dem Recht unterstellt, nach dessen Vorschriften sie gegründet und organisiert wurde.¹⁹⁹ Wenn dieser Staat indessen keine solche Registrierungs- oder Publizitätsvorschriften kennt oder die Gesellschaft sie nicht befolgt, greift subsidiär Abs. 2, wonach das auf die Gesellschaft anwendbare Recht jenes des Staates ist, in dem sie tatsächlich verwaltet wird (sog. Sitztheorie).²⁰⁰

196. BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 23; Weber, S. 142.

197. Vgl. auch BSK-Eberhard/von Planta, Art. 21 IPRG N. 5.

198. BSK-Eberhard/von Planta, Art. 21 IPRG N. 6 m.w.H.

199. BGE 117 II 494 E. 4; dazu statt vieler BSK-Eberhard/von Planta, Art. 154 IPRG N. 3; BSK-Reitze, Art. 56 ZGB N. 26.

2. Sitzverlegung nach Schweizer Internationalem Privatrecht

a. Vorbemerkung zur Terminologie

Für die Ein- oder Auswanderung einer schweizerischen Gesellschaft bedarf es aus Perspektive des Schweizer Internationalen Privatrechts stets eines eigentlichen «**Rechtswechsels**», weil aufgrund der in der Schweiz vorherrschenden Gründungstheorie der reine «Sitzwechsel», verstanden als schlichte Verlegung des Verwaltungssitzes, keine Auswirkung auf das Gesellschaftsstatut hat.²⁰¹

b. Verlegung aus dem Ausland in die Schweiz

Die Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft **in die Schweiz** wird in Art. 161 f. IPRG geregelt. Nach Art. 161 Abs. 1 IPRG kann sich eine ausländische Gesellschaft ohne Liquidation und Neugründung dem schweizerischen Recht unterstellen, wenn das ausländische Recht (sog. Emigrationsstatut) es gestattet, die Gesellschaft die Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt und die Anpassung an eine schweizerische Rechtsform (aufgrund des Grundsatzes der Formenfixierung) möglich ist. *Ratio legis* dieser Vorschrift ist eine möglichst weitgehende Übernahmefähigkeit eines Personalstatuts gemäss der Gründungstheorie.²⁰²

Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der EU ist insbesondere auch der (eingeschränkte) Anwendungsbereich der **Niederlassungsfreiheit** (Art. 49 und 54 AEUV) auf Gesellschaften zu beachten, welcher aber vom EuGH sukzessive erweitert worden ist.²⁰³

200. Statt vieler BSK-Eberhard/von Planta, Art. 154 IPRG N. 2. Während sich das Gründungsprinzip in der EU nach und nach durchgesetzt hat, wendet der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) gegenüber (EU- und EWR-) Drittstaaten die Sitztheorie an, vgl. die Hinweise in Jakob, MüHB, § 119 N. 7 *in fine*.

201. Vgl. eingehend Jakob, S. 175 f.

202. Weber, S. 143.

203. KUKO-Jakob, Art. 56 N. 4; Jakob, MüHB, § 199 N. 7. Vgl. die Entscheide des EuGH: EuGH *Daily Mail*, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, 27.9.1988, EuGH *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, 9.3.1999, EuGH *Überseering*, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, 5.11.2002, EuGH *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, 30.9.2003, EuGH (Grosse Kammer), *Sevic Systems AG*, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762, 13.12.2005. Eingehend zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Stiftungen mit Schweiz-Bezug vgl. Grüniger, S. 122 ff.

c. Verlegung aus der Schweiz ins Ausland

- 23 Spiegelbildlich zu Art. 161 Abs. 1 IPRG sieht Art. 163 Abs. 1 IPRG die Möglichkeit eines formellen Rechtswechsels **aus der Schweiz** heraus vor: Eine schweizerische Gesellschaft kann sich ohne Liquidation und Neugründung dem ausländischen Recht unterstellen, wenn die Voraussetzungen nach schweizerischem Recht erfüllt sind und sie nach dem ausländischen Recht fortbesteht (Art. 163 Abs. 1 IPRG).²⁰⁴

d. Immigrations- und Emigrationsfusion

- 24 Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass sich grenzüberschreitende Sitzverlegungen auch aus **Fusionstatbeständen** ergeben können, welche jeweils als Absorptions- oder Kombinationsfusionen möglich sind (Art. 163a f. IPRG).²⁰⁵

LITERATURVERZEICHNIS

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015 S. 3617 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/956/de> (zit. Botschaft 2015).

Eberhard Stefan/von Planta Andreas, Kommentierungen zu Art. 21 und 154 IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Eberhard/Planta).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen vom 1. April 2021, abrufbar unter <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Weisung-fuer-die-Pruefung-von-Firmen-und-Namen-vom-1.-April-2021-1.pdf> (zitiert als EHRA-Firmen- und Namensrechtsweisung).

204. CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 13. Eingehend dazu etwa BSK-Kunz/Rodriguez, Art. 163 IPRG N. 1 ff.; Jakob, S. 178 ff. (mit Blick auf Stiftungen).

205. CR-Xoudis, Art. 56 ZGB N. 13. Eingehend dazu etwa BSK-Kunz/Rodriguez, Art. 163a und Art. 163b IPRG N. 1 ff.

Grüniger Harold, Grenzüberschreitende Sitzverlegungen aus der und in die Schweiz, in: Jakob Dominique (Hrsg.), Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, Bern 2010, 119 ff.

Gutzwiller Max, Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Gutzwiller Max (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, Einleitung und Personenrecht, Basel et al. 1967.

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Jakob Dominique, Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Perspektive, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich et al. 2018, S. 171 ff.

Jakob Dominique, § 119 Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland, in: Beuthien Volker/Gummert Hans/Schöpflin Martin (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, Verein – Stiftung bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 2016 (zit. Jakob, MüHB).

Kunz Peter V./Rodriguez Rodrigo, Kommentierungen zu Art. 163, 163a und 163b IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Kunz/Rodriguez).

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens/Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Pedrazzini Mario/Oberholzer Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993.

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reitze).

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. BSK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK-Riemer).

Schmid Ernst F., Kommentierung zu Art. 53 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (BSK-Schmid).

Siffert Rino, Berner Kommentar, Die Geschäftsfirmen, Art. 944–956 OR, Bern 2017 (zit. BK-Siffert).

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Xoudis).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 57 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 57 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 57 ZGB N. XXX.

E. Aufhebung

I. Vermögensverwendung

Art. 57

¹ Wird eine juristische Person aufgehoben, so fällt ihr Vermögen, wenn das Gesetz, die Statuten, die Stiftungsurkunde oder die zuständigen Organe es nicht anders bestimmen, an das Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehört hat.

² Das Vermögen ist dem bisherigen Zwecke möglichst entsprechend zu verwenden.

³ Wird eine juristische Person wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke aufgehoben, so fällt das Vermögen an das Gemeinwesen, auch wenn etwas anderes bestimmt worden ist.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgegenstand	61
II. Vermögensverwendung.....	62
A. Regelfall (Abs. 1 und 2)	62
1. Normgehalt und systematische Einordnung	62
2. Anwendungsbereich der Norm	63
B. Vermögenskonfiskation (Abs. 3).....	66
1. Normgehalt und systematische Einordnung	66
2. Anwendungsbereich der Norm im Allgemeinen.....	67
3. Anwendbarkeit auch auf anfänglich nichtige juristische Personen	68
a. Juristische Personen im Allgemeinen	68
b. Keine Anwendbarkeit auf Familienstiftungen.....	69
Literaturverzeichnis	71

I. REGELUNGSGEGENSTAND

Art. 57 ZGB («**Vermögensverwendung**») steht inhaltlich in Zusammenhang mit Art. 58 ZGB («[Vermögens-]Liquidation»). Das Zusammenspiel dieser beiden Bestimmungen regelt (obschon in umgekehrter Reihenfolge) den Ablauf der Aufhebung²⁰⁶ von juristischen Personen mit Vermögensliquidation.²⁰⁷ Die im FusG normierten Vorgänge (Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung) umfassen regelmässig keine Vermögensliquidation und in bestimmten Fällen nicht einmal die Aufhebung bzw. Auflösung sämtlicher beteiligten juristischen Personen.²⁰⁸ Ebensovienig Gegenstand von Art. 57 ZGB ist die Aufhebung einer juristischen Person zufolge Konkurses.²⁰⁹

Die **Auflösungsgründe** selbst werden nicht etwa in Art. 57 ZGB umrissen,² sondern von der Bestimmung als Tatbestandsmoment vorausgesetzt.²¹⁰ Die Voraussetzungen für die Aufhebung bzw. Auflösung der einzelnen juristischen Personen sind zum einen den **jeweiligen Normkomplexen** zu entnehmen,²¹¹ zum anderen sind **rechtsgeschäftliche Aufhebungsgründe** wie etwa statutarische Befristungen (z.B. in einem Verein oder bei einer Stiftung auf Zeit) oder Resolutivbedingungen denkbar.²¹² Prinzipiell herrscht – ausser bei Stiftungen, vgl. Art. 88 Abs. 1 ZGB – aufgrund der Privatautonomie die **Auflösungsfreiheit**.²¹³ In der Lehre wird mit guten Gründen vorgebracht, Art. 57 Abs. 3 ZGB regle zwar die Vermögensverwendung bei einem

206. In Art. 76–79 ZGB und bei den Körperschaften des OR (Art. 545 ff., 574 ff., 619, 736 ff., 770, 821 ff., 911 ff. OR) ist für den Aufhebungsvorgang von «Auflösung» die Rede, bei den stiftungsrechtlichen Bestimmungen in Art. 88/89 ZGB hingegen ebenfalls von «Aufhebung». Vgl. SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 2 m.w.H.

207. Zu weit also KUKO-Jakob, Art. 57 ZGB N. 1, welcher sämtliche Aufhebungsgründe erwähnt; wie hier SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 2.

208. So wird bei der Absorptionsfusion nur die übertragende juristische Person aufgelöst (Art. 3 Abs. 2 FusG); bei der Spaltung wird nur im Falle der Aufspaltung (Art. 29 lit. a FusG) eine juristische Person aufgelöst; bei der Umwandlung (Art. 53 ff., 97, 99 ff. FusG) und (je nach Einzelfall) bei der Vermögensübertragung (Art. 69 ff., 86 ff., 98, 99 ff. FusG) kommt es zu gar keiner Auflösung (vgl. Art. 53 Satz 2 FusG). Vgl. im Detail SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 2.

209. BK-Riemer, Art. 57/58 ZGB N. 4 m.w.H., auch auf die ältere Rechtsprechung.

210. KUKO-Jakob, Art. 57 ZGB N. 1; SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 3.

211. Vgl. Art. 76–78, 88 ZGB, Art. 736, 770 f., 821, 911 OR. Im Detail BK-Riemer, Art. 57/58 ZGB N. 5 ff.; BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 5.

212. SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 3 m.H.a. BGE 120 II 412 E. 2.

213. KUKO-Jakob, Art. 57 ZGB N. 1.

unsittlichen oder widerrechtlichen Zweck, doch weil entsprechende Auflösungsgründe nur für die juristischen Personen des ZGB ausdrücklich normiert seien (Art. 78, 88 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), könne Abs. 3 für die juristischen Personen des OR ggf. als Auflösungsgrund qualifiziert werden.²¹⁴

II. VERMÖGENSVERWENDUNG

A. Regelfall (Abs. 1 und 2)

1. Normgehalt und systematische Einordnung

- 3 Art. 57 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass das Vermögen einer aufgehobenen juristischen Person **an das Gemeinwesen** fällt, dem sie ihrer Bestimmung nach angehört hat. Diese Bestimmung ist i.Z.m. der entsprechenden stiftungsrechtlichen Vorgabe in Art. 84 Abs. 2 ZGB zu lesen.²¹⁵ Die praktische Bedeutung des Vermögensanfalls an das Gemeinwesen (Abs. 1 und Abs. 2) ist beschränkt, weil es sich normhierarchisch um eine gegenüber abweichenden Vorgaben in Gesetz, Statuten, Stiftungsurkunde oder einem Beschluss der zuständigen Organe **zurücktretende** *lex generalis* handelt. Eine solche statutarische Abweichung ist in der Praxis gerade bei steuerbefreiten gemeinnützigen Organisationen verbreitet, weil die Steuerbehörden eine Bindung des Vermögens an den steuerbefreiten Zweck verlangen. Mithin wird der Vermögensanfall an das Gemeinwesen meist über das Selbstbestimmungsrecht übersteuert, weshalb zunächst nach einer entsprechenden statutarischen Bestimmung zu suchen ist.²¹⁶ Liegt keine solche vor, greift bei den juristischen Personen des ZGB der subsidiäre Vermögensanfall des Gemeinwesens mit der Auflage, das Vermögen seinem bisherigen Zweck möglichst entsprechend zu verwenden (Abs. 2).²¹⁷ Bei den Körperschaften des OR gehen hingegen die jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen zur Verteilung des Erlöses dem Art. 57 Abs. 1 ZGB vor.²¹⁸

214. SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 3.

215. SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 4.

216. KUKO-Jakob, Art. 57 ZGB N. 3. Ähnlich SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 5.

217. Zu beachten ist hierbei, dass Art. 57 Abs. 2 ZGB nur bei einem Anfall an das Gemeinwesen gemäss Art. 57 Abs. 1 ZGB gilt, nicht hingegen im Falle der Konfiskation nach Art. 57 Abs. 3 ZGB.

218. Art. 660 Abs. 2, Art. 745, 764 Abs. 2, Art. 770 Abs. 2, Art. 821 Abs. 1, Art. 826, 913 Abs. 2 ff. OR. Zum Ganzen auch KUKO-Jakob, Art. 57 ZGB N. 3; SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 5.

Vorbehaltlich von Abs. 3 (dazu sogleich N. 8) können sowohl die juristischen Personen des OR als auch jene des ZGB mithin die Vermögensverwendung bei der Auflösung privatautonom steuern.

Ungeachtet des an sich klaren Wortlauts stellt sich das EHRA jüngst auf den Standpunkt, wonach stiftungsrechtliche **Letztbegünstigungsklauseln** unzulässig seien (und zur Vollnichtigkeit der Stiftung führen würden).²¹⁹ Die stiftungsrechtliche Praxis, die die Vermögensverwendung im Falle der Auflösung einer (Familien-)Stiftung und eine Anfallberechtigung der Stifterin oder des Stifters bzw. ihrer Rechtsnachfolger und Rechtsnachfolgerinnen vorsieht, ist weitverbreitet. Die Anschauung des EHRA ist weder im Wortlaut angelegt noch mit Blick auf das Telos oder die Normgebungshistorie zu rechtfertigen. Sie gründet in der Intention, die statutarische Einführung von lebzeitigen Widerrufs- bzw. Rückholrechten für die Stifterin oder den Stifter – wie sie i.R.d. Parlamentarischen Initiative Schiesser²²⁰ diskutiert und mit Blick auf den Trennungsgrundsatz verworfen worden sind²²¹ – zu unterbinden.²²² Dogmatisch sind solche «Stifterrechte» freilich von einer Letztbegünstigung im Falle der Auflösung i.S.v. Art. 57 Abs. 1 ZGB klar abzugrenzen; ein pauschales Verbot von Vermögensverwendungsklauseln bei Stiftungsaufösungen nach Art. 88/89 ZGB lässt sich daraus keinesfalls ableiten.²²³

2. Anwendungsbereich der Norm

Die Anwendbarkeit von Art. 57 Abs. 1 und 2 ZGB auf *nachträglich unsittlich oder widerrechtliche juristische Personen* ist unstrittig. Die vermögensrechtlichen Folgen der Nichtigerklärung einer *anfänglich widerrechtlichen juristischen Person* (Art. 52 Abs. 3 ZGB) sind hingegen verschachtelt und Gegenstand vielfältiger und kontroverser Auffassungen. Sowohl die Rechtsprechung²²⁴ als auch die Mehrheit der Stimmen in der Lehre (selbst bei Annahme einer Auflösung *ex tunc*²²⁵) sprechen sich im Ergebnis aus Gründen des Verkehrs- und Vertrauensschutzes für die Anwendbarkeit der *Liquidationsregeln auch auf anfänglich mangelhafte juristische Personen* aus, sofern diese bereits mit Dritten in Beziehung

219. Cartier *et al.*, REPRAX 2020, 117.

220. Vgl. Parlamentarische Initiative (00.461) «Revision des Stiftungsrechts», eingereicht von Fritz Schiesser am 14.12.2000, vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20000461>.

getreten sind.²²⁶ Mithin ist zunächst eine Liquidation zur Befriedigung der Schulden durchzuführen (vgl. zum Verfahren Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 913 und 739 ff. OR, dazu Kommentierung zu Art. 58 in OK-Humbel, Art. 58 ZGB N. 5 ff.), wenn die anfängliche Widerrechtlichkeit einer juristischen Person nachträglich festgestellt wird.

-
221. S. hierzu die Hinweise in Jakob/Humbel, SJZ 2022, 740 f. S. insb. Art. 88 Abs. 3 des Entwurfes der Parlamentarischen Initiative im Bericht der WAK-S vom 3.5.2001 (https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2000/Kommissionsbericht_WAK-S_00.461_2001-05-03.pdf): «Die Stiftung wird auf Antrag des Stifters oder aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Stifters von Amtes wegen durch Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde aufgehoben, *wenn der Stifter den Widerruf des Stiftungsgeschäftes in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat.*» (Hervorhebung hinzugefügt). Ferner die Begründung des Verzichts in Bericht der WAK-S vom 23.10.2003 (BBl 2003 8153, 8160): «[Weiter befasste sich die WAK-S mit der] Idee der Einführung einer Rückübertragungsmöglichkeit. Damit *hätte der Stifter nach einer gewissen Zeit den eingebrachten Betrag oder Teile davon wieder zurückfordern können*, sofern er einen entsprechenden Vorbehalt bei der Errichtung der Stiftung angebracht hätte. Der Rückübertragungsvorbehalt hätte den Stiftern eine Art Gewissheit geben sollen, im schlimmsten Fall noch eine 'Rückversicherung' zu haben sollten sie durch unglückliche Umstände je in eine finanzielle Notlage geraten.» (Hervorhebung hinzugefügt); Votum Franz Wicki (AB 2001 S 260): «wenn es in Zukunft möglich wäre, die in die Stiftung eingebrachten Vermögenswerte *aufgrund eines Widerrufs wieder auf die Stifter zurück zu übertragen*»; derselbe (AB 2003 S 1216) «auch ein Rückübertragungsrecht vorgeschlagen [...]. Damit hätte der Stifter nach einer gewissen Zeit den eingebrachten Betrag oder Teile davon wieder zurückfordern können, sofern er bei der Errichtung der Stiftung einen entsprechenden Vorbehalt angebracht hätte.»; Votum Hans Hofmann (AB 2003 S 1219) «Rücküberführbarkeit»; Votum Susanne Leutenegger Oberholzer (AB 2004 N 1175) «[...] vorgesehen, dass ein Stifter oder eine Stifterin sich die Stiftung wieder zurückübertragen kann.»
222. Solch weitreichende Stifterrechte kennt etwa das liechtensteinische Stiftungsrecht, Jakob, Die liechtensteinische Stiftung, 99 ff., 101 ff., 119 ff. In der Schweiz besteht hingegen – nur, aber immerhin – die Möglichkeit von Art. 86a ZGB.
223. Jakob/Humbel, SJZ 2022, 741 m.w.H.; a.A. Cartier *et al.*, REPRAX 2020, 117.
224. Vgl. BGE 75 II 15, E. 5, in welchem ausdrücklich auf ein Liquidationsverfahren verwiesen wird (ohne aber Art. 58 ZGB zu nennen).
225. Vgl. zum Zeitpunkt der Nichtigkeit bei Feststellung der anfänglichen Widerrechtlichkeit s. Kommentierung zu Art. 52 in OK-Brugger/Humbel, Art. 52 ZGB N. 12.
226. Statt vieler BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 4 m.w.H.; Vez, Rn. 114; Weber, SPR II/4 203 f.; CR-Xoudis, Art. 52 CC N. 21; Art. 57/58 CC N. 5. Bejahend mit Blick auf das *Liquidationsverfahren* nach Art. 58 ZGB BK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 29, Art. 57/58 ZGB N. 5, der aber in BK-Riemer, Art. 88/89 ZGB N. 124, eine Anwendung von Art. 58 ZGB auf den Fall der Aufhebung einer Stiftung wegen ursprünglicher Widerrechtlichkeit verneint und stattdessen für eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung (auf welche Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 913 und 738 ff. OR aber ohnehin verweisen) plädiert.

Strittig ist ferner die Frage, ob auch die *Verteilungsregeln nach Art. 57 ZGB* 6 auf juristische Personen mit anfänglich widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecken anwendbar seien.²²⁷ Der Wortlaut von Art. 57 ZGB spricht von einer «Aufhebung» (frz.: «personnes morales dissoutes», ita.: «sciolta una persona giuridica»), was eine bereits existierende juristische Person impliziert.²²⁸ Auch im Hinblick auf den Wortgehalt und das Telos der Norm sprechen gute Gründe gegen eine Anwendung Art. 57 Abs. 1 und 2 ZGB bei juristischen Personen mit Gründungsmängeln:²²⁹ Bei einer niemals entstandenen juristischen Person kann das Vermögen weder nach den statutarischen Vorgaben oder den Beschlüssen der Organe (Abs. 1) noch dem «bisherigen Zwecke möglichst entsprechend» (Abs. 2) verwendet werden. Gleichwohl gibt es Stimmen, die Art. 57 Abs. 1 und 2 ZGB auch auf mit Gründungsmängeln behaftete juristische Personen anwenden möchten.²³⁰ Diese Lehrmeinungen beziehen sich vornehmlich auf zwei Einzelentscheide des Bundesgerichts,²³¹ die sich ausschliesslich auf die Anwendbarkeit von Art. 57 Abs. 3 ZGB bezogen und die im spezifischen und politisch geprägten Kontext des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland ergangen sind.²³²

Zu beachten ist schliesslich, dass Art. 57 Abs. 1 und 2 ZGB nach 7 höchstgerichtlicher Auffassung grundsätzlich auch auf Familienstiftungen anwendbar sind.²³³

227. So stellt sich BK-Riemer, Art. 57/58 ZGB N. 5 explizit gegen eine Anwendung von Art. 57 Abs. 1 und 2 ZGB auf anfänglich widerrechtliche oder unsittliche juristische Personen.

228. *Ibid.*

229. BK-Riemer, Art. 57/58 ZGB N. 5 *in fine*, im stiftungsrechtlichen Kontext in BK-Riemer, Art. 88/89 ZGB N. 84.

230. Unklar BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 4, welcher Art. 57 ZGB zwar nennt, aber materiell nur vom Liquidationsverfahren und nicht von der Vermögensverwendung spricht; auf die Streitlage verweisend, aber eine Anwendbarkeit (auch) von Art. 57 bejahend CHK-Niggli, Art. 57/58 ZGB N. 10.

231. BGE 112 I 1 und BGE 115 II 401. In BGE 112 I 1 E. 4 setzte sich das Bundesgericht nur mit Art. 57 Abs. 3 ZGB auseinander und zog Art. 57 Abs. 1 ZGB nur hilfsweise (zur Bezeichnung des berechtigten Gemeinwesens) heran, äusserte sich aber in den Erwägungen nicht zu dessen Anwendbarkeit; in BGE 115 II 401 wurden Art. 57 Abs. 1 und 2 ZGB mit keinem Wort erwähnt. Aus diesen Urteilen auf eine Anwendbarkeit dieser Bestimmung bei einer anfänglichen Nichtigkeit zu schliessen, geht wohl zu weit. In BGE 40 I 267 wurde eine Anwendbarkeit von Art. 57 Abs. 1 ZGB vorbehaltlos bejaht, BGE 93 II 439 E. 3a hat diesen Entscheid aber ausdrücklich relativiert und in Bezug zu Art. 57 Abs. 3 ZGB gesetzt.

232. Vgl. Bewilligungsbeschluss des Bundesrats vom 23.3.1961/21.3.1973 (BewB, Vorgänger des heutigen Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland [BewG] vom 16.12.1983 [SR 211.412.41]).

B. Vermögenskonfiskation (Abs. 3)

1. Normgehalt und systematische Einordnung

- 8 Es handelt sich bei der Konfiskationsregel von Art. 57 Abs. 3 ZGB um eine Sonderregelung, welche es in den Nachbarstaaten der Schweiz – soweit ersichtlich – in dieser Form nicht gibt und die mithin ein *«helvetisches Unicum»*²³⁴ darstellt. Teleologischer Beweggrund ist dabei, dass diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, welche über den Einsatz einer juristischen Person mit einem unsittlichen oder widerrechtlichen Zweck verfolgen, nicht in die Lage versetzt werden sollen, erneut über das entsprechende Vermögen zu verfügen und schlicht eine neue juristische Person zu gründen.²³⁵
- 9 Diese staatliche Vermögenskonfiskation ist als *lex specialis* zu verstehen, die allfälligen gesetzlichen oder statutarischen Vorgaben über die Vermögensverwendung vorgeht, wenn eine juristische Person wegen der Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke aufgehoben wird.²³⁶ In Anbetracht des einschneidenden Eingriffs in die Eigentumsposition der betroffenen juristischen Person ist eine Konfiskation nur als *ultima ratio* zulässig.²³⁷
- 10 Im Zusammenspiel mit Abs. 1 und 2 ist bei der Überprüfung der Vermögensverwendung nach der Liquidation demnach prinzipiell anhand der folgenden **Reihenfolge** vorzugehen: (i) Zunächst sind die Voraussetzungen für eine allfällige Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB und die damit einhergehende Konfiskation des Vermögens zu überprüfen. (ii) Sodann sind etwaige – gesetzliche oder statutarische – Anordnungen gemäss Art. 57 Abs. 1 ZGB zu prüfen. (iii) Schliesslich fällt ein möglicher Aktivenüberschuss i.S.e. Auffanglösung dem Gemeinwesen zu.²³⁸

233. BGE 40 I 245, E. 5; ferner BK-Riemer, Syst. Teil N. 268, m.w.H.

234. Heini, SAG 1986, 181; dazu auch Weber, SPR II/4, 209.

235. So ist es auch kaum erstaunlich, dass die Bestimmung – soweit ersichtlich – v.a. im Zusammenhang mit Verstössen von Aktiengesellschaften gegen die Bestimmungen über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewB) angewandt wurde; BGE 115 II 401 E. 1; 112 II 1 E. 4; 110 Ib 105 E. 3b; 107 Ib 186 E. 6c; 107 Ib 12 E. 1.

236. Zum Ganzen eingehend BK-Riemer, Art. 57/58 N. 19 ff.; Weber, SPR II/4, 206.

237. BK-Riemer, Art. 57/58 N. 21; Weber, SPR II/4, 212, welcher u.E. zu Recht darauf hinweist, dies habe unabhängig von der Qualifikation der Norm als öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Bestimmung zu gelten.

2. Anwendungsbereich der Norm im Allgemeinen

Der Anwendungsbereich von Art. 57 Abs. 3 ZGB ist – nicht zuletzt wegen der 11 einschneidenden Auswirkungen seiner Anwendung – kontrovers. Die ganz überwiegende Lehre ist der Ansicht, eine umfassende Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB auf sämtliche juristische Personen mit Zweckmängeln sei **zu weitgehend**.

Die vielfältigen Begründungsversuche für eine Reduktion dieser 12 überschüssenden Bestimmung lassen sich in drei Stränge zusammenfassen, wobei auch innerhalb der jeweiligen Argumentationslinien Unterschiede bestehen können: (a) Der erste Argumentationsstrang legt das Kriterium der «Widerrechtlichkeit des Zwecks» einschränkend aus, für eine Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB wird etwa eine besondere «Verwerflichkeit» des Handelns²³⁹ oder gar eine *ordre public*-Widrigkeit²⁴⁰ verlangt. (b) Andere Autoren möchten das durch den Vermögensanfall bewirkte widerrechtliche Ergebnis als Beurteilungskriterium heranziehen.²⁴¹ (c) Eine dritte Auffassung befürwortet schliesslich einen Zugriff auf die sich hinter der widerrechtlichen oder unsittlichen juristischen Person verbergenden Personen.²⁴² (d) Eine letzte Gruppe von Autoren ist schliesslich der Ansicht, die Lösungsstränge in (a)–(c) würden den Widerrechtlichkeitsbegriffs künstlich neu fassen, um die unbefriedigenden Ergebnisse von Art. 57 Abs. 3 ZGB abzumildern. Es erscheine sachgerechter, die Konfiskationsregel als eine bereicherungsrechtsähnliche Abwicklungsnorm aufzufassen. Diese solle zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands unter bestmöglicher Wahrung des Parteiwillens und der übrigen berechtigten Interessen beitragen (Prinzip des kleinstmöglichen Eingriffs). Eine Abwicklungsnorm sei nämlich nicht aus sich selbst heraus, sondern im Lichte des Schutzzwecks der die Widerrechtlichkeit statuierenden Norm auszulegen. Gestützt darauf seien die Massnahmen zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands herzuleiten.²⁴³

238. BK-Riemer, Art. 57/58 N. 22; Weber, SPR II/4, 206.

239. Vgl. KUKO-Jakob, Art. 57 ZGB N. 5; BK-Riemer, Art. 57/58 ZGB N. 21.

240. Heini, SAG 1986, 181.

241. So etwa Hirsch, SAG 1986, 181 f.

242. Vgl. etwa Druet, SAG 1986, 182.

243. Vgl. ausführlich dazu BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 23; (der in den Vorauslagen von Claire Huguenin geäusserten Auffassung) zustimmend Weber, SPR II/4, 213.

3. Anwendbarkeit auch auf anfänglich nichtige juristische Personen

a. Juristische Personen im Allgemeinen

- 13 Weiter stellt sich die Frage, ob die Konfiskationsregel nach Art. 57 Abs. 3 ZGB auch für **anfänglich nichtige – weil widerrechtliche oder unsittliche – juristische Personen** gilt. Dies ist seit langem Gegenstand heftiger Kontroversen. Wie auch im Rahmen von Abs. 1 und 2 indiziert der Wortlaut von Art. 57 Abs. 3 ZGB grundsätzlich, dass Art. 57 Abs. 3 ZGB nur bei einer nachträglichen Widerrechtlichkeit zur Anwendung gelangen kann, da das Verb «aufheben» eine zeitlich vorgelagerte Existenz der juristischen Person impliziert.²⁴⁴ Einen Fingerzeig in diese Richtung geben sowohl die ursprünglichen Materialien²⁴⁵ als auch jene der Revision im Rahmen der Parlamentarischen Initiative Schiesser (00.461).²⁴⁶ Die bundesgerichtliche Praxis hat dessen ungeachtet die (analoge) Anwendung der Konfiskationsregel auch auf Körperschaften des OR²⁴⁷ sowie auf juristische Personen mit einem anfänglich widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck ausgeweitet.²⁴⁸ Diese Entscheide ergingen im Kontext von Aktiengesellschaften, die errichtet

244. Vgl. statt vieler Kick, 64 f., 88 f. Weber, SPR II/4 209. In der älteren Literatur BK-Gmür/Hafter, Art. 57 ZGB N. 18.

245. Vgl. Art. 61 Abs. 3 des Entwurfes von 1904, BBl 1904 IV 1, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch (vom 28.5.1904), S. 20: «Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichem oder widerrechtlichem Zweck erlangen überhaupt keine Persönlichkeit (Art. 61, Abs. 3), so daß diese Vorschriften betreffend die Vermögensverwendung auf sie nicht anwendbar sind, im Gegensatz zu dem Falle wo eine juristische Person nach rechtskräftigem Entstehen wegen unsittlichem oder rechtswidrigem Zweck aufgehoben werden muß»; dazu BK-Riemer, Art. 52 ZGB N. 29 mit Hinweis auf die Auffassung von Eugen Huber; BK-Riemer, Art. 57/58 ZGB N. 19 ff. mit Hinweis auf die Materialien; Weber, SPR II/4, 209.

246. Vgl. etwa den Bericht der WAK-S vom 23.10.2003 (BBl 2003 8153, 8163), worin darauf hingewiesen wird, dass im Rahmen der Revision des Stiftungsrechts das Adverb «gerichtlich» aus Art. 57 Abs. 3 aZGB gestrichen werden solle, weil nunmehr auch andere Behörden Stiftungen aufheben könnten. Etwaige Hinweise die Einführung einer Anwendbarkeit von Art. 57 Abs. 3 ZGB auf anfänglich widerrechtliche Gebilde finden sich in den Materialien indes nicht. S. dazu eingehend die Diskussion in CC-Piotet, Art. 335 CC N. 15, welcher sich i.E. gegen eine Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB im Zusammenhang mit Verstößen gegen Art. 335 ZGB ausspricht.

247. Entgegen der damals h.L., welche eine Anwendbarkeit auf Aktiengesellschaften verneinte, statt vieler Weber, SPR II/4, 211.

248. Vgl. BGE 115 II 401 E. 1; 112 II 1 E. 4; 110 Ib 105 E. 3b; 107 Ib 186 E. 6c; 107 Ib 12 E. 1.

wurden, um die Bestimmungen des damaligen BewB (bzw. des heutigen BewG)²⁴⁹ zu umgehen.

b. Keine Anwendbarkeit auf Familienstiftungen

Ob diese im Kontext von Aktiengesellschaften ergangenen Entscheide auch für Familienstiftungen Geltung erheischen, ist unklar. In spezifisch familienstiftungsrechtlichen, *vor* dieser auf die Körperschaften des OR bezogenen Rechtsprechung ergangenen Urteilen hatte das Bundesgericht Familienstiftungen mit einem mit Art. 335 Abs. 1 ZGB konfligierenden Zweck explizit vom Anwendungsbereich von Art. 57 Abs. 3 ZGB **ausgenommen**.²⁵⁰ Ob die vom Bundesgericht ausdrücklich angeordnete Ausklammerung von Familienstiftungen ungeachtet seiner neueren Rechtsprechung weiterhin gilt, ist Gegenstand hitziger Debatten. Obschon das Bundesgericht keinen entsprechenden Vorbehalt angebracht hat, gehen Lehre²⁵¹ und kantonale Praxis²⁵² davon aus, dass Art. 57 Abs. 3 ZGB nicht schon nur deshalb zur Anwendung komme, weil der Zweck einer Stiftung über die Grenzen von Art. 335 Abs. 1 ZGB hinausgeht. Dies erscheint uns aus den folgenden Gründen gerechtfertigt: Zunächst und vor allem fehlt bei «blossen» oder «einfachen» Verstössen gegen Art. 335 Abs. 1 ZGB die von einem Teil der Lehre (vgl. oben N. 12) geforderte «besondere Verwerflichkeit», sofern keine weiteren Gesetzesverstösse hinzukommen. Die Umschreibung der zulässigen Zwecke

249. Vgl. Fn. 27.

250. Vgl. BGE 93 II 439 E. 3b; 75 II 26 E. 5; am deutlichsten wohl BGE 73 II 81 E. 8: «Was die Klägerin der Stiftung zugewendet hat, fällt an sie zurück. Die betreffenden Vermögenswerte sind in ihrem Eigentum geblieben, da ein Übergang auf die nicht zu Recht bestehende Stiftung nicht rechtswirksam erfolgen konnte. Bei einer Familienstiftung kommt *nicht etwa Anfall an das Gemeinwesen nach Art. 57 Abs. 3 ZGB in Frage* [...] Eine Konfiskation nach Art. 57 Abs. 3 könnte nur eintreten, wenn unter der Benennung als Familienstiftung familienfremde Zwecke verfolgt würden, die sich nicht nur als ausserhalb des Art. 335 Abs. 1 liegend, sondern in allgemeinerem Sinn als widerrechtlich oder unsittlich erwiesen.» Zu dieser Rechtsprechung Bloch, SJZ 1951, 72.

251. So ausdrücklich BSK-Grüniger, Art. 88/89 ZGB N. 9; SHK-Riemer, Art. 57 ZGB N. 8. Vgl. ferner die umfangreichen Hinweise in BK-Riemer, Syst. Teil N. 245, 268, Art. 88/89 ZGB N. 123; ferner CHK-Eisenring, Art. 88/89 ZGB N. 6 f.; BSK-Grüniger, Art. 335 ZGB N. 13; Jakob, Neue Perspektiven, 124 m.w.H.; Leu/Gabrieli, 283; Eichenberger/Leu, 102; Sprecher/von Salis-Lütolf, Frage 237; CR-Vez, Art. 88/89 CC N. 35; dies., Rn. 1168; Weber, SPR II/4, 211; CR-Xoudis, Art. 57/58 CC N. 20 und insb. N. 35, Art. 88/89 CC N. 35; i.E. auch CR-Piotet, Art. 335 CC N. 13 ff., insb. N. 15. Noch keine besonderen Anordnungen treffend aber BGE 40 I 245.

252. PGK 1990 Nr. 1, ZF 67/90 Urteil vom 19.11.1990 E. 4a.

in Art. 335 Abs. 1 ZGB bildet kein hinreichend scharf umrissenes Normenkorsett, dessen ggf. gar unbewusste Überschreitung im Lichte der Verhältnismässigkeit eine Konfiskation rechtfertigen könnte.²⁵³ Darüber hinaus möchte die Zweckbeschränkung von Art. 335 Abs. 1 ZGB nur einer gesetzgeberischen Wertung zum Durchbruch verhelfen, ist aber keine strafbewehrte Norm (wie etwa die Bestimmungen des BewG²⁵⁴).²⁵⁵

- 15 Geht man mit der h.L. davon aus, dass Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Familienstiftungen keine Anwendung findet, ist die Rechtsfolge einer anfänglichen Nichtigkeit ein **Vermögensrückfall an die ursprüngliche Stifterin oder den ursprünglichen Stifter** bzw. deren oder dessen Erben bzw. Nachkommen.²⁵⁶ Bei einer fiduziarischen Stiftungserrichtung fällt das Vermögen einer nichtigen Familienstiftung nicht an den Fiduziaren (formeller Stifter oder Stifterin), sondern an den Fiduzianten (wirtschaftlicher Stifter oder Stifterin).²⁵⁷
- 16 In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage des Umgangs mit **statutarischen Anfallklauseln** bei einer anfänglichen Nichtigkeit. In der Literatur wird diese Frage soweit ersichtlich kaum behandelt. Unseres Erachtens kommen im Falle einer anfänglichen Nichtigkeit mangels tatsächlichem Entstehen der juristischen Person die statutarische Anfallklauseln korrekterweise nicht zur Anwendung und zwar unabhängig davon, wann man den Wirkungszeitpunkt eines Nichtigkeitsurteils²⁵⁸ ansetzen möchte: Während eine Anfallklausel bei einem *ex tunc* wirkenden Urteil

253. Ähnlich das Bundesgericht im vorstehend zitierten BGE 73 II 81 E. 8.

254. Vgl. hingegen Art. 28 ff. BewG.

255. Im Hinblick auf *vor* dem 1.1.2016 (also dem Inkrafttreten der Eintragungspflicht auch für kirchliche und Familienstiftungen) errichtete Stiftungen konnte die abweichende Behandlung von Familienstiftungen zudem wie folgt gerechtfertigt werden: Ohne eine Eintragungspflicht war aufgrund der deklaratorischen Natur des Handelsregistereintrags auch keine «Heilung» möglich. Weil nicht eintragungspflichtige Familienstiftungen höchstens mit notarieller Unterstützung, aber ohne ein eigentliches obrigkeitliches Registrierungsverfahren (mit einer damit einhergehenden Plausibilitätsprüfung hinsichtlich der Zulässigkeit der statutarischen Zwecke), errichtet wurde, erscheint eine Vermögenskonfiskation ohne eine korrelierende Heilungsmöglichkeit nicht angebracht; vgl. in diesem Sinne noch vor der GAFI-Gesetzgebung Weber, SPR II/4, 210.

256. S. oben Fn. 46.

257. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 19.11.1990 (ZF67/90) E. 4 und 5; BK-Riemer, Art. 88/89 N. 123.

258. Vgl. dazu die Kommentierung zu Art. 52 Abs. 3 ZGB in OK-Brugger/Humbel, Art. 52 ZGB N. 13 ff.

ohnehin nie Wirkung entfalten konnte, ist dies auch bei einer *ex nunc* erfolgenden, faktischen Liquidation²⁵⁹ oder der Annahme eines Sondervermögens²⁶⁰ der Fall, weil dies nur aus Vertrauensschutzerwägungen und im Aussenverhältnis erfolgen könnte. Sieht eine Bestimmung in den Stiftungsstatuten vor, dass bei Auflösung der Stiftung das Vermögen an den Nachfolgekreislauf des Stifters bzw. der Stifterin fallen soll, ist diese Bestimmung im Falle der Nichtigkeit unbeachtlich. In keinem Fall führt die Aufnahme einer solchen Bestimmung in die Stiftungsurkunde zu einer Nichtigkeit der Stiftung,²⁶¹ zumal sie zum selben Resultat führt wie der von der h.L. und Rechtsprechung postulierte Vermögensrückfall.²⁶²

LITERATURVERZEICHNIS

Bloch Konrad, Die Ansprüche der Begünstigten einer Familienstiftung nach schweizerischem Recht, SJZ 1951, S. 72 ff.

Cartier Patricia/Friederich Anouk/Gün Merve/Poggio Karin/Siffert Rino/Tagmann Adrian, Rückblick auf die Praxis 2019 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2020, S. 110 ff.

Druey Jean Nicolas, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 6.3.1986 i.S. Wohnbau AG Giswil c. Obwalden, SAG 1986, S. 182 f.

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen im Handelsregister, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, Tagungsband, Zürich 2024, S. 81 ff.

259. Vgl. dazu die Kommentierung zu Art. 52 Abs. 3 ZGB in OK-Brugger/Humbel, Art. 52 ZGB N. 13 ff.

260. Vgl. BGE 73 II 81 E. 10 sowie die Kommentierung zu Art. 52 Abs. 3 ZGB in OK-Brugger/Humbel, Art. 52 ZGB N. 13 ff.

261. So bereits Jakob/Humbel, 736 ff.; vgl. auch Jakob, Neue Perspektiven, 124.

262. In bestimmten Konstellationen ist zu prüfen, ob statutarische Anfallklauseln zu erbrechtlichen Verfügungen umgedeutet werden können. Dies setzt freilich voraus, dass die erbrechtlichen Formvorschriften erfüllt sind (was bei Stiftungen von Todes wegen wahrscheinlicher ist als bei lebzeitig errichteten, die zwar öffentlich beurkundet werden müssen, aber keine Bestimmungen über die Mitwirkung von Zeugen vorsehen).

Eisenring Martin, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich 2016.

Gmür Max/Hafter Ernst, Berner Kommentar, Personenrecht, Bern 1919.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Heini Anton, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes, II. Zivilabteilung, vom 6.3.1986, SAG 1986, S. 180 f.

Hirsch Alain, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 6.3.1986, SAG 1986, S. 181.

Jakob Dominique, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Die liechtensteinische Stiftung, Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Revision vom 26.6.2008, Schaan 2009.

Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun? in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, Tagungsband Zürich 2024, S. 117 ff. (zit. Jakob, Neue Perspektiven).

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, SJZ 2022, S. 736 ff.

Kick Markus, Die verbotene juristische Person. Unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensverwendung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB, Diss. Univ. Freiburg 1992 (= AISUF 123).

Daniel Leu/Daniel Gabrieli, Statutenänderungen bei Familienstiftungen, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2021, 277 ff.

Niggli Christina, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich 2016.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I*, Basel 2010.

Reitze Christophe, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022.

Riener Hans Michael, *Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB)*, Bern 2012.

Riener Hans Michael, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB*, 3. Aufl., Bern 1993.

Sprecher Thomas/von Salis-Lütolf Ulysses, *Die schweizerische Stiftung*, Zürich 1999.

Vez Parisima, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I*, 2. Aufl., Basel 2023.

Vez Parisima, *Fondation, lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 89 à 89*, Bern 2004.

Weber Rolf, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Juristische Personen*, Basel 1999.

Xoudis Julia, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I*, 2. Aufl., Basel 2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 58 ZGB

Eine Kommentierung von Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 58 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 58 ZGB.

II. Liquidation

Art. 58

Das Verfahren bei der Liquidation des Vermögens der juristischen Personen richtet sich nach den Vorschriften, die für die Genossenschaften aufgestellt sind.

GLIEDERUNG

I. Vorbemerkung.....	77
II. Liquidationsphase und Liquidationsverfahren	77
A. Rechtspersönlichkeit in der Liquidation	77
B. Doppelter Verweis auf die aktienrechtlichen Verfahrensbestimmungen	78
C. Übersicht zum Ablauf eines ordentlichen Liquidationsverfahrens	78
1. Bestimmung der Liquidatoren	78
2. Liquidationstätigkeit	79
3. Verteilung des Vermögensüberschusses	79
4. Abschluss des Liquidationsverfahrens.....	79
5. Wiedereintragung.....	80
D. Vereinfachtes Verfahren bei den juristischen Personen des ZGB.....	80
Literaturverzeichnis	81

I. VORBEMERKUNG

Wie auch die «Schwesterbestimmung» in Art. 57 ZGB regelt Art. 58 ZGB – 1
entgegen der Überschrift «Aufhebung» – gerade **nicht die Voraussetzungen**
einer Aufhebung von juristischen Personen, sondern setzt diese als
Tatbestandsmoment voraus.²⁶³

In **systematischer Hinsicht** erstaunt sodann, dass der Gesetzgeber die 2
Regelung des Liquidationsverfahrens *hinter* jene zur Vermögensverwendung
gestellt hat. So ist in der Praxis mit dem Eintritt eines Aufhebungsgrundes
zunächst das Vermögen einer juristischen Person privat zu liquidieren und
erst *danach* kann der Reinerlös verteilt werden (Art. 57 ZGB).²⁶⁴

II. LIQUIDATIONSPHASE UND LIQUIDATIONSVERFAHREN

A. Rechtspersönlichkeit in der Liquidation

Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person bleibt auch nach dem Eintritt in 3
die **Liquidationsphase** bestehen.²⁶⁵ Es kommt indessen zu einer im
Handelsregister aufzunehmenden Zweckänderung und die Liquidation wird
zum Alleinzweck der juristischen Person (Zusatz: «in Liquidation»)²⁶⁶ Die
Befugnisse der bisherigen Organe werden dabei beschränkt auf jene
Handlungen, die für die Liquidation erforderlich sind, aber nicht von den
Liquidatoren durchgeführt werden können.²⁶⁷

Das eigentliche **Ende der Rechtsfähigkeit** tritt bei den im Handelsregister 4
eingetragenen juristischen Personen mit der Löschung aus dem
Handelsregister ein, in den anderen Fällen mit dem Abschluss der Liquidation.
268

263. CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 1.

264. Statt vieler SHK-Riemer, Art. 58 ZGB N. 1.

265. KUKO-Jakob, Art. 58 ZGB N. 1; CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 8.

266. Bockli, § 15 N. 7 f., 24; BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 12; KUKO-Jakob, Art. 58 ZGB N. 1; CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 8.

267. Bockli, § 15 N. 28 f.; BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 12.

268. KUKO-Jakob, Art. 58 ZGB N. 1.

B. Doppelter Verweis auf die aktienrechtlichen Verfahrensbestimmungen

- 5 Für den eigentlichen Ablauf des Liquidationsverfahrens verweist Art. 58 ZGB zunächst auf die genossenschaftlichen Bestimmungen (Art. 913 Abs. 1 OR), welche ihrerseits (für die verfahrensrechtlichen Aspekte²⁶⁹) die **aktienrechtlichen Liquidationsvorschriften** zur Anwendung berufen. Durch diese (dynamische²⁷⁰) Verweiskette sind im Ergebnis für alle juristischen Personen des Privatrechts die aktienrechtlichen Bestimmungen (Art. 739 ff. OR) anwendbar.²⁷¹
- 6 Bei der Liquidation sind die **Eigenheiten der jeweiligen juristischen Person** zu berücksichtigen, z.B. kommen die handelsregisterrechtlichen Bestimmungen bei nicht ins Handelsregister eingetragenen Vereinen nicht zur Anwendung und bei beaufsichtigten Stiftungen ist die Liquidation von der zuständigen Aufsichtsbehörde zu überwachen.²⁷²

C. Übersicht zum Ablauf eines ordentlichen Liquidationsverfahrens

- 7 Im Wesentlichen geht es bei der Liquidation darum, sämtliche noch bestehenden **Rechtsverhältnisse abzuwickeln**.

1. Bestimmung der Liquidatoren

- 8 Dabei handelt es sich vorbehältlich abweichender Statuten oder Beschlüsse regelmässig um das **Exekutivorgan**. Bei gerichtlichen Aufhebungen bestellt das Gericht auch die Liquidatoren, die dann als **aussergewöhnliche Organe** gelten und entsprechend aus Art. 55 Abs. 2 ZGB haften können. Schliesslich ist bei einem Konkurs die **Konkursverwaltung** zuständig.²⁷³

269. So wird die Frage nach der Vermögensverwendung vom Verweis nicht erfasst, vgl. statt vieler CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 6.

270. Stellvertretend SHK-Riemer, Art. 58 ZGB N. 2.

271. BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 11; KUKO-Jakob, Art. 58 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 58 ZGB N. 2; CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 6.

272. Vgl. grundlegend BGE 112 II 1 E. 4; vgl. die Beispiele in CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 7.

273. Zum Ganzen BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 14; CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 9 ff. Eingehend zur Bestimmung der Liquidatoren Böckli, § 15 N. 36 ff.; von der Crone, § 26 N. 2056 ff.

2. Liquidationstätigkeit

Sodann erstellen die Liquidatoren die **Bilanz** und erlassen einen **Schuldenruf**.⁹ Anschliessend beenden sie die laufenden Geschäfte, ziehen allfällige noch ausstehende Beträge ein und verwerten die Aktiven. Zugleich haben sie die Verpflichtungen der juristischen Person zu erfüllen. Im Falle einer Überschuldung ist das Gericht zu benachrichtigen, das sodann die Konkurseröffnung anordnet (diesfalls sind die konkursrechtlichen Sondervorschriften heranzuziehen, vgl. Art. 740 Abs. 5 OR und Art. 197 ff./221 ff. SchKG²⁷⁴).²⁷⁵

3. Verteilung des Vermögensüberschusses

Erst wenn nach der Tilgung sämtlicher Schulden der juristischen Person ein **Vermögensüberschuss** verbleibt, ist dieser zu verteilen.²⁷⁶¹⁰

4. Abschluss des Liquidationsverfahrens

Die juristische Person endet mit dem Abschluss des Liquidationsverfahrens.²⁷⁷¹¹ Nach der Beendigung der Liquidation ist gemäss Art. 746 OR das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren beim Handelsregisteramt anzumelden. Wenn eine Rechtseinheit nach Beendigung der Liquidation im Handelsregister gelöscht wird, **hört ihre rechtliche Existenz auf**.²⁷⁸

274. KUKO-Jakob, Art. 58 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 58 ZGB N. 4.

275. Zum Ganzen BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 12 ff.; CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 9 ff. Vgl. zum Ablauf der Liquidation eingehend Böckli, § 15 N. 45 ff.; von der Crone, § 26 N. 2061 ff.

276. BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 14 m.w.H.

277. Nach der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur AG erlischt diese aber erst mit der Löschung, vgl. BGE 132 III 731 E. 3.1; BGE 117 III 39 E. 3b; BGE 73 III 61 E. 1; BGE 64 II 150 E. 1; BGE 42 III 37. Diese Linie wurde in jüngeren Urteilen in Frage gestellt, vgl. etwa BGer 2C_408 vom 25.9.2012 E. 3.1 f.; BGer 4A_231/2011 vom 20.9.2011 E. 2 (wo ausdrücklich eine deklaratorische Wirkung angenommen wurde); BGer 4A_16/2010 vom 6.4.2010 E. 5.1.2. Vgl. die in Fn. 16 genannten Quellen zum entsprechenden Lehrstreit, ob es sich bei der Löschung im Handelsregister um einen konstitutiven (so die h.M.) oder einen rein deklaratorischen (so eine starke Minderheitsmeinung) Akt handelt.

278. Vgl. BGE 132 III 731 E. 3.1; BGE 117 III 39 E. 3b. Dazu aus handelsregisterrechtlicher Sicht BK-Siffert, Art. 935 OR N. 5. Zum Lehrstreit hinsichtlich der Rechtswirkungen der Löschung die umfangreichen Hinweise in Vischer, S. 259 f. Zur Löschung nach Abschluss eines Insolvenzverfahrens eingehend Lorandi, S. 724 ff.

5. Wiedereintragung

- 12 Eine **Wiedereintragung** ist möglich (Art. 935 OR²⁷⁹): Wer ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht, kann dem Gericht beantragen, die gelöschte Rechtseinheit wieder ins Handelsregister eintragen zu lassen (Abs. 1).²⁸⁰ Das schutzwürdige Interesse wird in Abs. 2 konkretisiert, wobei es sich dabei um eine exemplifikatorische Aufzählung handelt.²⁸¹
- 13 *In nuce* geht es hierbei um Konstellationen, in denen sich nach der Löschung der Rechtseinheit aus dem Handelsregister herausstellt, dass die **Liquidation noch nicht abgeschlossen** war. Um der Rechtseinheit die notwendige Handlungsfähigkeit zu geben, damit sie die zum Abschluss der Liquidation notwendigen Handlungen vornehmen kann, muss sie wieder ins Handelsregister eingetragen werden. Erst dann lebt die Rechtspersönlichkeit wieder auf und die nicht abgeschlossene Liquidation kann beendet werden.²⁸² Danach fällt der Grund für die Wiedereintragung dahin und die Rechtseinheit ist erneut zu löschen.²⁸³

D. Vereinfachtes Verfahren bei den juristischen Personen des ZGB

- 14 Zwar handelt es sich bei Art. 58 ZGB um zwingendes Recht. Doch lässt die Lehre bei Vereinen und Stiftungen in einfachen Fällen (namentlich bei Eindeutigkeit hinsichtlich der Gläubiger und ihrer Forderungen²⁸⁴) die **stille Liquidation** zu, bei welcher die Tätigkeit der fraglichen juristischen Person ohne den Vermerk «in Liquidation» und ggf. ohne einen Schuldenruf zu Ende geführt wird. Erst nach Abschluss der eigentlichen Liquidationstätigkeit kommt es zu einer Anmeldung beim Handelsregisteramt, die sowohl den Übertritt in das Liquidationsstadium als auch die Löschung umfasst. Die stille

279. S. ferner Art. 164 HRegV, wonach der Eintrag der Rechtseinheit – vorbehaltlich anderslautender Anordnungen durch das Gericht – wieder so erstellt werden soll, wie er im Zeitpunkt der Löschung war.

280. Zu den einzelnen Voraussetzungen einer Wiedereintragung BK-Siffert, Art. 935 OR N. 9 ff., insbesondere N. 19 ff. Ferner Bilek/von der Crone, S. 453 ff.

281. Vgl. zur Wiedereintragung bei Gläubigerforderungen BGE 115 II 276 E. 2.

282. Zum Ganzen BK-Siffert, Art. 935 OR N. 6.

283. Zum Ganzen BK-Siffert, Art. 935 OR N. 7, mit dem Hinweis, dass es hierfür keinen zusätzlichen Gerichtsentscheid brauche, weil der Liquidator die Löschung direkt anmelden könne.

284. SHK-Riemer, Art. 58 ZGB N. 3.

Liquidation ist bei Körperschaften des OR zu Recht ausgeschlossen²⁸⁵ und sollte auch bei Vereinen und Stiftungen – aus Gläubigerschutzüberlegungen – nur mit grosser Zurückhaltung angewendet werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Bilek Eva/von der Crone Hans Caspar, Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft, SZW 2007, S. 453 ff.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2009.

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 58 ZGB, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Jakob).

Lorandi Franco, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018, S. 724 ff.

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 57/58 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reitze).

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Siffert Rino, Berner Kommentar, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Bern 2021 (zit. BK-Siffert).

Vischer Markus, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, S. 257 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 57/58 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Xoudis).

285. Zum Ganzen BSK-Reitze, Art. 57/58 ZGB N. 15; KUKO-Jakob, Art. 58 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 58 ZGB N. 3; CR-Xoudis, Art. 57/58 ZGB N. 12.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 59 ZGB

Eine Kommentierung von Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 59 ZGB.

F. Vorbehalt des öffentlichen und des Gesellschafts- und Genossenschaftsrechtes

Art. 59

¹ Für die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten bleibt das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten.

² Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, stehen unter den Bestimmungen über die Gesellschaften und Genossenschaften.

³ Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften verbleiben unter den Bestimmungen des kantonalen Rechtes.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgehalt	85
A. Allgemeines	85
B. Deklaratorische vs. konstitutive Verweisnormen	85
II. Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (Abs. 1, erste Variante)	86
A. Begriffe und Abgrenzung	86
B. Anwendbares Recht	87
III. Körperschaften und Anstalten des kirchlichen Rechts (Abs. 1, zweite Variante)	88
A. Begriff.....	88
B. Anwendbares Recht	89
IV. Bundesprivatrechtliche Körperschaften mit wirtschaftlichem Zweck (Abs. 2)	89
A. Begriff.....	89
1. «Personenverbindungen»	89
2. Wirtschaftlicher Zweck	90
B. Anwendbares Recht	91
V. Körperschaften des kantonalen Rechts (Abs. 3)	92
A. Begriff.....	92
B. Anwendbares Recht	92
Literaturverzeichnis	93

I. REGELUNGSGEHALT

A. Allgemeines

Mit der letzten Norm der Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen 1
Personen wird der unmittelbare Geltungsbereich der Art. 52–58 ZGB wieder
begrenzt. Art. 59 ZGB ist nämlich keine Sach-, sondern eine reine
Verweisnorm mit teils programmatischem Charakter.²⁸⁶ Entsprechend wird
für vier verschiedene Gruppen juristischer Personen auf unterschiedliche
Normkomplexe (öffentliches eidgenössisches oder kantonales Recht;
Privatrecht der Kantone bzw. obligationenrechtliche Vorschriften) verwiesen
bzw. werden diese vorbehalten.²⁸⁷

Kategorial wird dabei **unterschieden** zwischen den öffentlich-rechtlichen 2
Körperschaften und Anstalten (Abs. 1, erste Variante), öffentlich-rechtliche
kirchliche Körperschaften und Anstalten (Abs. 1, zweite Variante),
Personenverbindungen mit wirtschaftlichem Zweck (Abs. 2) sowie
Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften (Abs. 3).

B. Deklaratorische vs. konstitutive Verweisnormen

Wenn sich das anwendbare Recht bereits aus den allgemeinen Grundsätzen 3
sowie aus anderen Vorschriften ergibt, wie dies in **Abs. 1 und 2** der Fall ist,
handelt es sich um einen rein deklaratorischen bzw. einen **unechten**
Verweis. So ergibt sich das Verweisergebnis von Abs. 1 bereits aus dem
allgemeinen Vorbehalt von Art. 6 Abs. 1 ZGB, wonach die öffentlich-
rechtlichen Befugnisse der Kantone durch das Bundesprivatrecht nicht
beschränkt werden dürfen.²⁸⁸ Auch die Anwendbarkeit der gesellschafts- und
genossenschaftsrechtlichen Vorschriften auf Personenverbindungen mit
wirtschaftlichem Zweck fliesst bereits aus den allgemeinen Grundsätzen
betreffend die juristischen Personen, weshalb auch dieser Verweis als
deklaratorisch anzusehen ist.²⁸⁹

286. SHK-Riemer, Art. 59 ZGB N. 1, 7.

287. Statt vieler BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 1; KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 1; SHK-Riemer, Art.
59 ZGB N. 1 (der indes von drei Gruppen spricht).

288. Zum Ganzen BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 2; KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 1.

289. KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 1.

- 4 Weil ohne den Verweis in **Abs. 3** aufgrund von Art. 5 Abs. 1 ZGB Bundesprivatrecht auf Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften anwendbar wäre, handelt es sich um einen konstitutiven (**echten**) **Verweis**, welcher «den in Bezug genommenen Normkomplex originär beruft». ²⁹⁰

II. KÖRPERSCHAFTEN UND ANSTALTEN DES ÖFFENTLICHEN RECHTS (ABS. 1, ERSTE VARIANTE)

A. Begriffe und Abgrenzung

- 5 **Öffentlich-rechtliche Körperschaften** werden definiert als «mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger» zur selbständigen Erfüllung von staatlichen Aufgaben. ²⁹¹ Sie umfassen neben den *Gebietskörperschaften* (Bund, Kantone, Gemeinden) auch die *Personalkörperschaften* (öffentlich-rechtlich organisierte Studierendenverbände) und *Realkörperschaften* (v.a. sog. Meliorationsgenossenschaften, Alpkorporationen und dgl.). ²⁹² Es sind auch Mischformen zwischen diesen Kategorien denkbar. ²⁹³
- 6 Als **öffentlich-rechtliche Anstalten** werden jene Verwaltungseinheiten bezeichnet, zu denen ein bestimmter Personen- und Sachbestand durch Rechtssatz zusammengefasst und für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe dauernd seinen Nutzern und Nutzerinnen zur Verfügung gestellt wird. ²⁹⁴ Dabei wird zwischen selbständigen und unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten unterschieden: Ersteren kommt die Rechtspersönlichkeit zu, letzteren nicht. ²⁹⁵ Eine Sonderform der öffentlich-rechtlichen Anstalten sind öffentlich-rechtliche Stiftungen, also durch einen Stiftungsakt verselbständigte Vermögen, welche als Verwaltungseinheiten dem öffentlichen Recht unterstellt sind und eine öffentliche Aufgabe erfüllen. ²⁹⁶

290. KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 1. Ferner BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 2.

291. Statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1633 ff.

292. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1640 ff. Ferner BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 4.

293. So weisen etwa Bürgergemeinden und Kirchgemeinden neben dem personalen stets auch ein territoriales Element auf, vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1646; BGE 139 II 90; BGE 134 I 75; BGE 125 II 177. Ferner BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 4.

294. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1659 ff.

Auch öffentlich-rechtliche Stiftungen können selbständig oder unselbständig sein, mithin über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen oder nicht.²⁹⁷

Ob im Einzelfall eine öffentlich-rechtliche juristische Person vorliegt, ist in 7 Praxis nur selten strittig; eine Zuordnung ergibt sich regelmässig ohne Weiteres aus den **Errichtungsgrundlagen**.²⁹⁸ Kein valables Indiz für die Abgrenzung ist hingegen der Handelsregistereintrag.²⁹⁹

B. Anwendbares Recht

Prinzipiell werden öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten dem 8 **öffentlichen Recht** von Bund und Kantonen unterstellt. Dies ist insoweit zu präzisieren, als dieser Verweis nur die *Interna* dieser juristischen Personen betrifft, wie Errichtung, Zweck und Organisationsverfassung (einschliesslich deren Abänderung) sowie die Aufhebung.³⁰⁰

Im Hinblick auf das **Aussenverhältnis** ist hingegen zu **differenzieren**: Das 9 öffentliche Recht ist dann anwendbar, wenn die juristische Person mit der ihr vom Gemeinwesen übertragenen hoheitlichen Gewalt zugleich öffentliche Aufgaben wahrnimmt und insofern als Hoheitsträger gilt.³⁰¹ Soweit die

295. Beispiele für selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten sind etwa die Universitäten und die ETH, die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt SUVA oder die Zürcher Kantonalbank. Vgl. weitere Beispiele in Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1666. Unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalten sind etwa Betriebe zur Wasserversorgung und der Abwasser- oder Kehrrechtbeseitigung, kantonale Strafanstalten sowie teils städtische und kantonale Verkehrsbetriebe (wie z.B. der Zürcher Verkehrsbund, BGer 6B_619/2017 vom 14.11.2017 E. 5). Vgl. weitere Beispiele in Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1668.

296. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1685 ff.

297. Beispiele für selbständige öffentlich-rechtliche Stiftungen sind die Stiftung *Pro Helvetia* (Art. 31 KFG [Kulturförderungsgesetz]) oder die Stiftung *Schweizerischer Nationalpark* (Bundesgesetz über den Schweizerischen Nationalpark im Kanton Graubünden [Nationalparkgesetz] vom 19.12.1980 [SR 454]). Unselbständige Stiftungen sind z.B. die Spezialfonds nach Art. 52 FHG (Finanzhaushaltsgesetz). Zu weiteren Beispielen s. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1691.

298. BGE 117 Ia 107 E. 5; SHK-Riemer, Art. 59 ZGB N. 2. Str. war immerhin die Einordnung des Oberwalliser Kreisspitals Brig als öffentlich-rechtliche Körperschaft oder als Verein, vgl. BGer 1C_33/2007 vom 21.4.2008 E. 4.4.

299. KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 3 m.H.

300. Hierzu und zum Folgenden vgl. BGE 124 III 418 E. 1; BGE 120 Ib 215 E. 4; BGE 114 II 36 E. 3; BGE 110 II 196 E. 2; KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 59 ZGB N. 3; BK-Riemer, Syst. Teil Art. 52–59 ZGB N. 117 ff.

öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt hingegen im Aussenverhältnis ihrem Gegenüber gleichgestellt und nicht hoheitlich auftritt (etwa beim Kauf von Bürozubehör), ist von einem privatrechtlichen Verhältnis auszugehen.³⁰²

- 10 Weiter enthält nicht nur das öffentliche Recht, sondern auch das Bundesprivatrecht (inkl. Handelsregister- und Fusionsrecht) **besondere Normen** für juristische Personen des öffentlichen Rechts.³⁰³
- 11 Schliesslich sei angemerkt, dass öffentliches Recht umgekehrt auch auf privatrechtliche juristische Personen des ZGB oder des OR Anwendung finden kann. Dies ist insb. immer dann der Fall, wenn es um die **Erfüllung öffentlicher Aufgaben** (allenfalls in Verbindung mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt) geht, wie etwa bei privatrechtlichen Krankenkassen als Trägerinnen des Krankenversicherungspflichtobligatoriums³⁰⁴ oder Schiessvereine als Träger des ausserdienstlichen Schiessobligatoriums^{305,306}

III. KÖRPERSCHAFTEN UND ANSTALTEN DES KIRCHLICHEN RECHTS (ABS. 1, ZWEITE VARIANTE)

A. Begriff

- 12 Der Begriff der **öffentlich-rechtlichen kirchlichen juristischen Person** ist schillernd und wird in der Lehre unterschiedlich weit gezogen.³⁰⁷ Gesichert

301. Vgl. dazu BGE 117 Ia 107 E. 5c. Zu den Kriterien zur Abgrenzung von öffentlichen und privaten Rechtsverhältnissen s. ferner Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 223 ff. m. umfangreichen w.H.

302. KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 2; SHK-Riemer, Art. 59 ZGB N. 3; BK-Riemer, Syst. Teil Art. 52–59 ZGB N. 117 ff., beide m. umfangreichen w.H. zur Judikatur, insb. im Hinblick auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz und die privatrechtliche Haftung. Die Qualifikation von Verhältnissen zwischen Anstalten einerseits und ihren Nutzern und Nutzerinnen andererseits ist einzelfallmässig zu beurteilen, vgl. die unterschiedlichen Ergebnisse in BGE 76 II 103 und BGE 105 II 234 bei Elektrizitätswerken.

303. Vgl. Art. 796 Abs. 2, Art. 907 Abs. 2 ZGB; Art. 61, Art. 493 Abs. 3, Art. 500 Abs. 2, Art. 509 Abs. 3, Art. 738, 751, 762 f., 829, 915, 926, 932, Art. 1157 Abs. 3 OR; Art. 106–108 HRegV; Art. 2 lit. d, Art. 99–101 FusG.

304. Vgl. Art. 1 und 3 KVAG und KVAV.

305. Verordnung über das Schiesswesen ausser Dienst vom 5.12.2003 (Schiessverordnung), SR 512.31.

306. Vgl. schliesslich zum komplexen und teils strittigen Thema der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1806 ff.; BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 14.

307. Vgl. die Hinweise in BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 15.

ist, dass jedenfalls für jene juristischen Personen das öffentliche Recht statt dem Zivilrecht zur Anwendung gelangt, welche von Kirche *und* Kanton als öffentlich-rechtlich anerkannt oder die von einem Kanton *für* kirchliche Belange geschaffen worden sind.³⁰⁸

Die Frage nach dem anwendbaren Normenkomplex ist freilich **nicht zu verwechseln mit** dem verfassungsmässigen Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss **Art. 15 BV**, welcher *jeder* juristischen Person zukommt, die nach ihren Statuten einen religiösen Zweck verfolgt.³⁰⁹

B. Anwendbares Recht

Bei öffentlich-rechtlichen kirchlichen juristischen Personen ist **prinzipiell gleich zu verfahren** wie bei den **anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts** (vgl. oben II.B.), mithin ist eidgenössisches oder kantonales öffentliches Recht zunächst im Innenverhältnis und weiter im Aussenverhältnis bei hoheitlichen Tätigkeiten anwendbar.³¹⁰ Bundesprivatrecht kommt zum einen dann zur Anwendung, wenn eine nicht hoheitliche (etwa gewerbliche) Tätigkeit verfolgt wird. Zum anderen können bundesprivatrechtliche Bestimmungen über einen Verweis oder als Lückenfüllung als kantonales öffentliches Recht eingeführt werden.³¹¹ Schliesslich kann über einen solchen Verweis im kantonalen öffentlichen Recht das innerkirchliche (etwa das kanonische) Recht zur Anwendung gelangen.³¹²

IV. BUNDESPRIVATRECHTLICHE KÖRPERSCHAFTEN MIT WIRTSCHAFTLICHEM ZWECK (ABS. 2)

A. Begriff

1. «Personenverbindungen»

Abs. 2 unterstellt «Personenverbindungen», die einen **wirtschaftlichen Zweck** verfolgen, «den Bestimmungen über die Gesellschaften und

308. Vgl. BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 15; KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 4. Enger die Definition bei Weber, S. 232; weiter jene bei Gutzwiller, S. 460.

309. BGE 118 Ia 46 E. 3b.; dazu auch BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 15.

310. BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 15a; Weber, S. 226, 232.

Genossenschaften». Nach wörtlicher Auslegung würde dies zwar neben den juristischen Personen auch die sog. Rechtsgemeinschaften einschliessen. Nach herrschender und m.E. richtiger Lesart sind allerdings lediglich erstere gemeint. Hierfür spricht vor allem das systematische Element: So ist der gesamte Art. 59 ZGB in den «Allgemeinen Bestimmungen» zu den juristischen Personen eingebettet, welche sich gerade nicht mit Rechtsgemeinschaften befassen. Einen weiteren Fingerzeig in dieselbe Richtung gibt Art. 52 Abs. 1 ZGB, welcher von «körperschaftlich organisierten Personenverbindungen» spricht. Soweit Art. 52 Abs. 3 ZGB und Art. 59 Abs. 2 ZGB denselben Terminus, aber ohne das Addendum der «körperschaftlichen Organisation» wieder aufgreifen, dürfte dieses mitgemeint sein.³¹³

- 16 Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen mit wirtschaftlichem Zweck sind im OR geregelt. Weil es keine Anstalten nach dem OR gibt, wird regelmässig schlicht von den **«Körperschaften des OR»** gesprochen.³¹⁴ Konkret sind mithin die Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR), die Kommandit-AG (Art. 764 ff. OR), die GmbH (Art. 772 ff. OR) und die Genossenschaft (Art. 828 ff. OR) gemeint.

2. Wirtschaftlicher Zweck

- 17 Bedeutung erlangt Abs. 2 vor allem im Hinblick auf den Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB: Die Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks ist nämlich zugleich ein Abgrenzungskriterium für die **Zulässigkeit der Vereinsform** (Art. 60 Abs. 1 ZGB).³¹⁵ Liegt ein bei einer körperschaftlich organisierten Personenverbindung ein wirtschaftlicher Zweck vor, muss eine Rechtsform einer der «Körperschaften des OR» gewählt werden.
- 18 Ein «wirtschaftlicher Zweck» liegt dann vor, wenn ökonomische Vorteile oder sonstige **geldwerte Nutzen für die Mitglieder der Körperschaft** angestrebt werden.³¹⁶ Dies bedeutet einerseits zugleich, dass wirtschaftliche Leistungen

311. Weber, S. 229.

312. BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 15a.

313. Vgl. zum Ganzen BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 3 und insb. 16; ebenso CR-Xoudis, Art. 59 ZGB N. 12; KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 5; wohl auch BGE 90 II 333 E. 2. Die Behauptung, dass die fehlende Rechtspersönlichkeit das Vorliegen von Rechtsgemeinschaften ausschliesse, dürfte allerdings eine *petitio principii* sein, da dies strittig ist und somit nicht zur Begründung herangezogen werden kann.

314. BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 17.

315. KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 5.

für *Dritte* auch bei einer nicht wirtschaftlichen, also idealen Zwecksetzung nicht untersagt sind. Andererseits besagt dieser Verweis auch nicht, dass die Körperschaften des OR keine nicht-wirtschaftlichen Zwecke verfolgen dürfen³¹⁷ bzw. in einem solchen Fall den Bestimmungen des ZGB unterstellt werden müssten.³¹⁸ Zu beachten ist, dass der originär zivilrechtliche Begriff der «ideellen Zwecke» nicht mit dem steuerrechtlichen Terminus der «gemeinnützigen Zwecke» verwechselt werden sollte, der eigenen Kriterien folgt und entscheidend für die Steuerbefreiung ist.³¹⁹

B. Anwendbares Recht

Der Verweis auf das OR in Abs. 2 ist insofern weit zu verstehen, als er die 19 Körperschaften des OR auch dann umfasst, wenn sie erlaubterweise einen ideellen Zweck verfolgen. Soweit der Gesetzgeber eine juristische Person primär für die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke geschaffen hat, ist somit stets das OR die **primär anwendbare Normgruppe**.³²⁰ Zur Anwendung gelangt die dritte Abteilung des OR über die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft (Art. 620 ff. OR).

Hinsichtlich der **direkten Anwendbarkeit von Art. 52–58 ZGB auf die 20 Körperschaften des OR** scheiden sich die Geister. Während ein Teil der Lehre und die Rechtsprechung von einer direkten Anwendbarkeit ausgehen und zugleich den Vorrang der in Art. 620 ff. OR enthaltenen *leges speciales* gegenüber der Allgemeinen Bestimmungen hervorheben,³²¹ möchte ein

316. Grundlegend Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 4 N. 1 ff.; ferner BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 18; Weber, S. 61.

317. KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 5 m.H.a. Art. 620 Abs. 3 OR, Art. 772 OR; SHK-Riemer, Art. 59 ZGB N. 7, wonach die Bestimmung insofern «keine normative Bedeutung» habe, als der Gesetzgeber bei allen juristischen Personen des OR auch ideale (nicht-wirtschaftliche) Zwecke zulasse.

318. KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 5.

319. Vgl. zu den Kriterien «Kreisschreiben Nr. 12 vom 8.7.1994 zur Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke (Art. 56 lit. g DBG) oder Kultuszwecke (Art. 56 lit. h DBG) verfolgen; Abzugsfähigkeit von Zuwendungen (Art. 33 Abs. 1 lit. i und Art. 59 lit. c DBG)», eingehend dazu KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 5a m.w.H. Immerhin haben auch ideelle Zwecke unlängst Eingang in die Steuerrechtsgesetzgebung gefunden, vgl. Art. 66a DBG und Art. 26a StHG, eingefügt durch Ziff. I 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20.3.2015 über die Gewinnbesteuerung von juristischen Personen mit ideellen Zwecken, in Kraft seit 1.1.2018, (AS 2015 2947; BBl 2014 5369).

320. D.h. auch im Falle der Verfolgung ideeller Zwecke im Einzelfall, vgl. BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 18.

anderer Teil der Lehre zwischen den verschiedenen Normen differenzieren und prüfen, ob diese (auch) auf die Rechtsformen des OR zugeschnitten wurden.³²² Ungeachtet dessen, welcher Vorgehensweise man diesbezüglich den Vorzug geben möchte, dürften die Ergebnisse regelmässig dieselben sein. So ist mit der h.L. davon auszugehen, dass jedenfalls Art. 52 Abs. 1 und 2, Art. 53 bis 55 ZGB ihrem Inhalt nach auf juristische Personen im Allgemeinen und nicht nur auf jene des ZGB zugeschnitten sind.³²³

V. KÖRPERSCHAFTEN DES KANTONALEN RECHTS (ABS. 3)

A. Begriff

- 21 «Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften» des kantonalen Privatrechts sind regelmässig alte, genossenschaftliche (oder vergleichbare, z.B. vereinsähnliche) **Organisationsformen zur unmittelbaren Bodenbewirtschaftung**, etwa in der Land- oder Forstwirtschaft. Die modernen bäuerlichen Genossenschaften, die nur mittelbar der Bodenbewirtschaftung dienen (z.B. Einkaufs-, Kredit- und Maschinengenossenschaften), werden nicht von Art. 59 Abs. 3 ZGB, sondern vom allgemeinen Genossenschaftsrecht in Art. 828 ff. OR erfasst.³²⁴

B. Anwendbares Recht

- 22 Mit dem konstitutiven Verweis auf das – meist in den kantonalen Einführungsgesetzen enthaltene – **kantonale Privatrecht** wollte der Gesetzgeber den historischen, genossenschaftlich strukturierten Kooperationen zur gemeinsamen Nutzung von Allmenden, Agrarland, Weiden, Wald und dgl. Rechnung tragen und diese in ihren traditionellen Formen belassen. Das kantonale Privatrecht gilt für Entstehung und Organisation sowie für Fragen rund um die Mitgliedschaft.³²⁵ Das **Bundesprivatrecht** kommt allenfalls als **ergänzendes kantonales Recht** und in jenen Bereichen,

321. Statt vieler KUKO-Jakob, Art. 59 ZGB N. 6; CHK-Niggli, Art. 59 ZGB N. 8; BK-Riemer, Syst. Teil Art. 52–59 ZGB N. 93 ff. m.w.H.

322. Stellvertretend BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 20.

323. BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 20; CR-Xoudis, Art. 59 ZGB N. 13, beide m.w.H. zur Kontroverse.

324. SHK-Riemer, Art. 59 ZGB N. 4, mit dem zutreffenden Hinweis, dass Neugründungen von unmittelbar der Bodenwirtschaft dienenden Genossenschaften nach Art. 828 OR möglich bleiben.

325. BGE 83 II 353 m.w.H.

in welchen die Genossenschaften in gleichgeordnete Beziehungen zu Dritten tritt (z.B. Schutz der Persönlichkeit, Haftung), zur Anwendung.³²⁶ Möglich bleibt auch die Anwendung von öffentlichem Recht.³²⁷

LITERATURVERZEICHNIS

Gutzwiller Max, Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Gutzwiller Max (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, Einleitung und Personenrecht, Basel et al. 1967.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Niggli Christina, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016 (CHK-Niggli).

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (BSK-Reitze).

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK-Riemer).

326. BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 23.

327. BGE 117 Ia 107 E. 5. Vgl. ferner die Hinweise zu dieser und anderen Abgrenzungen in BSK-Reitze, Art. 59 ZGB N. 24.

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 59, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (CR-Xoudis).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger, Kommentierung zu Art. 80 ZGB, in: Nils Güggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger, N. XXX zu Art. 80 ZGB.

Dritter Abschnitt: Die Stiftungen

A. Errichtung

I. Im Allgemeinen

Art. 80

Zur Errichtung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besondern Zweck.

GLIEDERUNG

I. Grundzüge des Schweizer Stiftungsrechts	97
A. Einzige Anstalt des Privatrechts	97
B. Trennungs- und Erstarrungsprinzip	97
1. Trennungsprinzip	98
2. Erstarrungsprinzip	98
C. Auslegung des Stifterwillens	99
D. Stiftungstypen	100
1. Die «klassische» Stiftung und die Sondertypen	100
2. Bedeutung der Unterscheidung	101
3. Gemischte Stiftungen	101
E. Gesetzliche Grundlagen des Stiftungsrechts	102
F. Abgrenzungen	102
1. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Stiftungen	102
2. Selbständige und unselbständige Stiftungen	103
3. Stiftungen auf Zeit und Verbrauchsstiftungen	103
II. Elemente des Stiftungsbegriffs	104
A. Zweck	104
B. Vermögen	105
C. Organisation	106
III. Stiftungsgeschäft	106
Literaturverzeichnis	107

I. GRUNDZÜGE DES SCHWEIZER STIFTUNGSRECHTS

Das Schweizer Zivilrecht enthält keine Legaldefinition der Stiftung. Vielmehr ¹ liegt der Rechtsform Stiftung ein allgemeiner **Grundbegriff** zugrunde: Bei der Stiftung handelt es sich um ein zu einem besonderen Zweck gewidmetes, eigentümerloses Sondervermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit.³²⁸

A. Einzige Anstalt des Privatrechts

Die Stiftung hat weder Eigentümerinnen oder Eigentümer noch Mitglieder, ² sondern ist ein verselbständigtes, zu einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen («Zweckvermögen»). Sie stellt damit in der durch Art. 52 ZGB aufgezeigten Unterscheidung zwischen Körperschaften und Anstalten die einzige **Anstalt** des Privatrechts dar.³²⁹ Aufgrund ihrer anstaltlichen Natur bilden die Organe den Willen der Stiftung nicht autonom, sondern sind bloss zum Vollzug des im Errichtungsakt niedergelegten Zwecks berufen. Die bei der Stiftung involvierten Personen – allen voran die Stifterin oder der Stifter, die Stiftungsorgane, Gläubiger, Destinatäre *etc.* – sind denn auch nicht ihre Mitglieder, sondern bloss *Beteiligte* mit je gesonderten Rechtsbeziehungen zur Stiftung und sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Aus der Tatsache, dass die Stiftung weder Eigentümerinnen oder Eigentümer noch Mitglieder hat, resultiert ein rechtsformtypisches Kontrolldefizit, weshalb die Stiftung die einzige juristische Person des Privatrechts ist, die gemäss Art. 84 ZGB nur aufgrund ihrer Rechtsform einer staatlichen Aufsichtsbehörde unterstellt ist (Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen sind von der staatlichen Aufsicht jedoch ausgenommen, siehe unten N. 14).

B. Trennungs- und Erstarrungsprinzip

Die anstaltliche Natur der Stiftung drückt sich vor allem in **zwei** ³ **Grundprinzipien** des Stiftungsrechts aus, dem Trennungsprinzip und dem Erstarrungsprinzip.

328. Zum Stiftungsbegriff ausführlich Jakob, Stiftungsbegriff, S. 185 ff.; BSK-Grüninger, Art. 80 ZGB N. 1; BK-Riemer, Syst. Teil N. 27 ff.

329. Statt vieler BK-Riemer, Syst. Teil N. 22; KUKO-Jakob, Vorb. zu Art. 52–59 ZGB N. 2, je m.w.H.

1. Trennungsprinzip

- 4 Das **Trennungsprinzip** besagt, dass durch die im Rahmen des Errichtungsaktes vorgenommene Widmung eines Vermögens zu einem bestimmten Zweck ein von der Stifterin getrenntes Rechtssubjekt mit eigenem Vermögen und eigener Organisation entsteht.³³⁰
- 5 Regelmässig mit dem Trennungsprinzip in Konflikt gerät ein zu starker Einfluss der Stifterin oder des Stifters auf die Stiftung. Die Stifterin oder der Stifter kann sich – neben dem in Art. 86a ZGB vorgesehenen Zweckänderungsrecht³³¹ – auch weitere Informations-, Ernennungs-, Abberufungs-, Vorschlags-, Genehmigungs- oder Vetorechte vorbehalten.³³² Wenn die Einfluss- und Kontrollrechte jedoch ein die **Autonomie der Stiftung** nicht mehr würdigendes Ausmass annehmen – was im Einzelfall zu bestimmen ist –, kann dies zu einer Durchbrechung des Trennungsprinzips führen und einen Fall des Durchgriffs darstellen und bei steuerbefreiten gemeinnützigen Stiftungen überdies zur Ablehnung der Steuerbefreiung führen.
- 6 Von den Stifterrechten abzugrenzen sind die allgemein hin als zulässig anerkannten sog. **Sonderrechte**, mit denen die Nutzbarkeit bestimmter gewidmeter Vermögenswerte eingeschränkt wird, etwa durch ein Wohnrecht an einer eingebrachten Liegenschaft zugunsten der Stifterin.³³³

2. Erstarrungsprinzip

- 7 Die Organe der Stiftung können keinen eigenen Willen für die Stiftung bilden, sondern sind zur **Umsetzung** des im Gründungsakt festgelegten Stiftungszwecks und damit grundsätzlich unabänderlich gewordenen – eben *erstarrten* – Stifterwillens berufen.³³⁴

330. BGer 5A.856/2016 vom 13.6.2016 E. 2; BSK-Grüniger, Vorb. zu Art. 80 ff. ZGB N. 8.

331. Im Rahmen einer Revision des Stiftungsrechts wird Art. 86a ZGB dahingehend revidiert, dass sich eine Stifterin oder ein Stifter auch die Änderung der Organisation vorbehalten kann. Diese Änderung tritt auf den 1.1.2024 in Kraft (AS 2022 452).

332. Siehe ausführlich zur Unterscheidung von Stifterrechten und sog. Drittrechten, die eine Stifterin oder ein Stifter auch einer Drittperson einräumen könnte, vgl. Jakob, Stiftungsbegriff, S. 220 f. und 253.

333. BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 10; CR-Vez, Art. 80 ZGB N. 8; KUKO-Jakob Art. 80 ZGB N. 1.

334. Vgl. BGer 5A.856/2016 vom 13.6.2016 E. 2; BSK-Grüniger, Vorb. zu Art. 80 ff. ZGB N. 8; Sprecher, S. 11.

Aufgrund des anstaltlichen Erstarrungsprinzips sind Stiftungen ihrem Wesen 8 nach grds. feste und äusserst beständige Gebilde. Die einmal im Stiftungsgeschäft niedergelegte und durch den Stifterwillen verselbständigte Organisation soll nach der Stiftungserrichtung prinzipiell nicht mehr nach Belieben modifiziert werden können. Da jedoch selbst die umsichtigste Stifterin oder der umsichtigste Stifter nicht alle in der Zukunft liegenden Eventualitäten berücksichtigen kann, bestehen über die Art. 85–86b ZGB **Anpassungsmöglichkeiten** der Stiftung, die gewisse Durchbrechungen des Erstarrungsprinzips ermöglichen.

Ein dynamisches Stiftungsverständnis besagt überdies, dass sich die 9 Stiftungsorgane zwar am ursprünglichen Stifterwillen zu orientieren haben, jedoch im Rahmen der ordnungsgemässen **Ermessenausübung**, der eigenen Handlungsautonomie und in den Grenzen der Art. 85 ff. ZGB die Stiftung auch fortentwickeln können und müssen.³³⁵

C. Auslegung des Stifterwillens

Vor dem Hintergrund der anstaltlichen Natur der Stiftung kommt der 10 Auslegung des Stiftungszwecks und dem darin niedergelegten Stifterwillen als Richtschnur des Handelns der Stiftungsbeteiligten eine herausragende Bedeutung zu.³³⁶ Als einseitiges Rechtsgeschäft wird das Stiftungsgeschäft dabei nach dem **Willensprinzip** und nicht nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt: Entscheidend ist, was die Stifterin oder der Stifter gewollt hat und nicht, was ein potenzieller Erklärungsempfänger verstehen durfte.³³⁷

Ausserhalb der Stiftungsdokumente liegende oder nachträgliche Umstände 11 (bspw. mündliche Äusserungen, Begleitdokumente, *letter of wishes etc.*) können gemäss h.L. nach der sog. **Andeutungstheorie** bei der Ermittlung des wirklichen Willens berücksichtigt werden, wenn sie in der Stiftungsurkunde zumindest angedeutet werden.³³⁸ Bei einer Änderung der Verhältnisse kann mittels einer ergänzenden Auslegung der hypothetische Stifterwille ermittelt

335. Siehe KUKO-Jakob, Art. 83 ZGB N. 7.

336. Eingehend von Orelli, *passim*.

337. BGE 108 II 393 E. 6c f.; BVGer B-3867/2007 vom 29.4.2008 E. 4.6 ff.; siehe BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 4; KUKO-Jakob N. 20 zu Art. 80 ZGB.

338. Siehe ausführlich und m.w.H. BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 4; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 22 ff.; Sprecher, S. 22.

werden, wobei das Ergebnis dieser Auslegung in der Stiftungsurkunde ebenfalls zumindest angedeutet sein muss.³³⁹

D. Stiftungstypen

1. Die «klassische» Stiftung und die Sondertypen

- 12 Das Stiftungsrecht unterscheidet zwischen **verschiedenen Typen**, den sogenannten «klassischen» Stiftungen (auch gewöhnliche oder normale Stiftungen genannt) und den Sonderformen.³⁴⁰ Dabei gibt es gesetzliche Sonderformen mit eigenen Vorschriften (so etwa die Familienstiftung, die kirchliche Stiftung und die Personalfürsorgestiftung) und faktische Sonderformen, wie die Unternehmensstiftung, bei der sich die Partikularität aus dem Stiftungsvermögen selbst (einem aktiven Unternehmen oder Gesellschaftsanteilen) oder dem Zweck (etwa Halten oder Fortentwickeln des Unternehmens) ergibt.
- 13 Die **«klassische» Stiftung** ist nicht mit einem gemeinnützigen Zweck gleichzusetzen. Das Stiftungsrecht lässt nicht nur gemeinnützige Stiftungen zu, sondern erlaubt sämtliche gemeinnützige und privatnützige Stiftungszwecke, die nicht gesetzeswidrig sind oder gegen die guten Sitten verstossen (Art. 52 Abs. 3 ZGB). Zudem ist die Gemeinnützigkeit grds. ein steuerlicher Rechtsbegriff (vgl. Art. 56 Bst. g DBG, Art. 23 Abs. 1 Bst. f StHG), der für das Stiftungsrecht weder eigens definiert wird,³⁴¹ noch als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Stiftungsserrichtung gilt. «Klassisch» ist in diesem Kontext dahingehend zu verstehen, dass auf die Stiftung die Art. 80–89 ZGB anwendbar sind, ohne dass stiftungsspezifische Sondernormen greifen, wie namentlich Art. 87 ZGB, der für Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen eine Ausnahme von der staatlichen Stiftungsaufsicht oder der Revisionsstellenpflicht vorsieht (Art. 87 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} ZGB).

339. KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 23a ff.

340. BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 3; KUKO-Jakob, Vorb. zu Art. 80 ff. N. 7.

341. Vgl. bspw. Art. 86a Abs. 2 ZGB, der für gemeinnützige Zwecke explizit auf Art. 56 Bst. g DBG verweist. Zu beachten gilt es freilich, dass das übrige Zivilrecht vereinzelt (vgl. Art. 89b Abs. 1, Art. 302 Abs. 3, Art. 907 ZGB, Art. 359a Abs. 2, Art. 828 Abs. 1, Art. 913 Abs. 4 OR) auf einer eigenen, vom Steuerrecht losgelösten Begriff der Gemeinnützigkeit zurückgreift, ohne diesen jedoch zu definieren, vgl. Jakob/Brugger/Humbel, S. 99.

2. Bedeutung der Unterscheidung

Aufgrund des nach Stiftungstyp unterscheidenden Ansatzes gibt es in der Schweiz nicht das eine auf alle Stiftungen anwendbare Stiftungsrecht, sondern es muss vielmehr im Einzelfall untersucht werden, welche Vorschriften zur Anwendung gelangen. Dabei haben die nach Stiftungstyp unterscheidenden **Weichenstellungen** gravierende Auswirkungen auf das Rechtsgefüge und die Governance der Stiftung: So ist für klassische Stiftungen etwa eine staatliche Stiftungsaufsicht vorgesehen, während diese etwa bei Familienstiftungen vollkommen entfällt und damit für Beanstandungen der Destinatäre nicht etwa die staatliche Aufsichtsbehörde, sondern das Gericht zuständig ist (Art. 87 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB).³⁴² Kirchliche Stiftungen wiederum sind von der Aufsicht einer staatlichen Aufsichtsbehörde ausgenommen, weil sie einer kircheninternen Aufsicht unterstehen.³⁴³

3. Gemischte Stiftungen

Wenn eine Stiftung mehrere Zwecke verfolgt (was ohne weiteres zulässig ist), können sog. **gemischte Stiftungen** vorliegen. Bei gemischten Stiftungen handelt es sich um Stiftungen, bei denen Zwecke von unterschiedlichen Stiftungstypen gemeinsam verfolgt werden,³⁴⁴ so etwa die Kombination aus gemeinnützigen Zwecken und Begünstigung von Familienmitgliedern (sog. gemeinnützige Familienstiftungen). Welche stiftungsrechtlichen Bestimmungen bei gemischten Stiftungen zur Anwendung kommen, ist im Einzelfall zu eruieren. Hinzu kommt, dass schon die Zuordnung einer Stiftung aufgrund des nach Stiftungstyp differenzierenden Schweizer Stiftungsrechts schwerfallen kann, zumal die Unterscheidung meistens am verfolgten Zweck oder den Destinatären anknüpft. Die Familienstiftung (Art. 87 und 335 ZGB) wird etwa dadurch definiert, dass ihre Begünstigten Familienangehörige sind. Was jedoch unter dem Rechtsbegriff «Familie» zu verstehen ist, unterliegt

342. Im historischen Gesetzgebungsprozess und in der Lehre wird die Ausnahme der Familienstiftung von der staatlichen Aufsicht mit ihrem intimen Charakter legitimiert sowie mit dem Argument, sie begründe mit Aussenstehenden wenig Rechtsverkehr, siehe Brugger, S. 185; BSK-Grüniger, Art. 87 ZGB N. 9; KUKO-Jakob, Art. 87 ZGB N. 6, Sprecher, S. 131 je m.w.H.

343. BSK-Grüniger, Art. 87 ZGB N. 9; BK-Riemer, Syst. Teil N. 287 ff.

344. Dogmatisch gesehen handelt es sich bei gemischten Stiftungen um Stiftungen, die einen Gesamtzweck verfolgen, der sich aus mehreren verschiedenartigen Teilzwecken zusammensetzt, siehe eingehend Brugger, S. 46.

unvorhersehbaren und wandlungsfähigen gesellschaftspolitischen Wertungen, weshalb die Grenze zwischen der reinen Familienstiftung, der gemischten Familienstiftung und der klassischen Stiftung häufig unklar ist.³⁴⁵

E. Gesetzliche Grundlagen des Stiftungsrechts

- 16 Die **Art. 80–89 ZGB** regeln als materielles Kernrecht die Grundzüge aller Stiftungen (Errichtung, Organisation, Organe und ihre Pflichten, Zweck- und Organisationsänderungen sowie Auflösung). Die Bestimmungen der gesetzlichen Sondertypen Familienstiftung, kirchliche Stiftung und Personalfürsorgestiftung verdrängen resp. ergänzen als *lex specialis* diese allgemeinen Normen.
- 17 Daneben kommen über **dynamische Verweise** die Bestimmungen der Buchführung und Rechnungslegung (Art. 957–963b OR) sowie die Bestimmungen des Revisionsrechts (Art. 727–731a OR) zur Anwendung. Art. 78–87 FusG regeln die Fusion und Vermögensübertragungen und Art. 94–98 HRegV die Bestimmungen zur Eintragung von Stiftungen im Handelsregister.

F. Abgrenzungen

1. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Stiftungen

- 18 Stiftungen nach Art. 80 ff. ZGB sind Stiftungen des Privatrechts. Daneben existieren **öffentlich-rechtliche Stiftungen**, die dem öffentlichen Recht des Bundes oder der Kantone unterstehen (Art. 59 Abs. 1 ZGB). Öffentlich-rechtliche Stiftungen werden durch öffentlich-rechtliche Körperschaften (Bund, Kantone, Gemeinden) in aller Regel durch einen Errichtungserlass in der Form des Gesetzes errichtet, so etwa die öffentlich-rechtliche Stiftung des Bundes Pro Helvetia.³⁴⁶ Die auf die öffentlich-rechtliche Stiftung anwendbaren Vorschriften werden durch den Errichtungsakt definiert. Freilich kann auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft eine privatrechtliche Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB errichten.

345. Siehe hierzu Brugger, S. 46.

346. Die Organisation der Stiftung Pro Helvetia wird in Art. 31 ff. Kulturförderungsgesetz (KFG) festgehalten.

2. Selbständige und unselbständige Stiftungen

Prototyp der Stiftung ist die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete, 19 sog. selbständige Stiftung. Von diesen selbständigen Stiftungen sind die sog. **unselbständigen Stiftungen** zu unterscheiden. Dabei handelt es sich zwar ebenfalls um ein Sondervermögen mit eigenem Zweck und (ggf.) eigener Organisation, allerdings fehlt es ihnen an einer eigenen Rechtspersönlichkeit, da sie nicht rechtlich zur juristischen Person verselbständigt, sondern *einer dritten Person* (meist einer bestehenden selbständigen Stiftung) mit einer Zweckbindung zugewendet werden.³⁴⁷ Eine unselbständige Stiftung beruht i.d.R. auf einer unentgeltlichen Zuwendung unter Auflage in Form der Schenkung, der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses oder auf einem Treuhandvertrag.³⁴⁸ Wie das zweckgebunden zugewendete Vermögen von der empfangenden Drittperson zu verwalten ist, ergibt sich entsprechend primär aus dem jeweiligen Sachrecht (insb. Auflage gemäss Schenkungs- oder Erbrecht); inwieweit analog auch auf das Stiftungsrecht zurückgegriffen werden kann, ist umstritten.³⁴⁹ Unselbständige Stiftungen sind insbesondere bei Dachstiftungsmodellen von Bedeutung. Bei Dachstiftungen handelt es sich um besondere Strukturen, bei der eine selbständige Stiftung als Dach (Dachstiftung) für mehrere unterschiedliche Vermögensmassen in Form der unselbständigen Stiftungen (Unterstiftungen) fungiert.³⁵⁰ Mit der Widmung eines Vermögens zu einer bereits bestehenden Dachstiftung (sog. Zustiftung) kann gemeinnütziges Engagement auch erfolgen, ohne eine eigene Stiftungsstruktur etablieren zu müssen.

3. Stiftungen auf Zeit und Verbrauchsstiftungen

Von ihrem Wesen her und insbesondere historisch betrachtet sind Stiftungen 20 Rechtsgebilde für die Ewigkeit. Die Stifterfreiheit erlaubt es jedoch auch, zeitlich beschränkte Stiftungen zu errichten, so bspw., wenn eine Erblasserin wünscht, dass ihre Stiftung 15 Jahre nach ihrem Ableben aufzulösen sei. Diese sog. **Stiftungen auf Zeit** gewinnen in den letzten Jahren stetig an Bedeutung,

347. BSK-Grüninger, Art. 80 ZGB N. 11; KUKO-Jakob, Vorb. zu Art. 80 ff. ZGB N. 10; BK-Riemer Art. 80 ZGB N. 8.

348. BSK-Grüninger, Art. 80 ZGB N. 11; KUKO-Jakob, Vorb. zu Art. 80 ff. ZGB N. 10.

349. Siehe zum Meinungsstand KUKO-Jakob, Vorb. zu Art. 80 ff. ZGB N. 10.

350. BSK-Grüninger, Art. 80 ZGB N. 1; KUKO-Jakob, Vorb. zu Art. 80 ff. ZGB N. 11; Studen, *passim*.

nicht zuletzt, da unter dem Stichwort «*impact*» immer häufiger die kurz- und mittelfristige Wirkung von eingesetzten Mitteln im Vordergrund steht.

- 21 Mit der Dauer der Stiftung verbunden (und dennoch klar abzugrenzen) ist die Frage, ob eine Stiftung für die Zweckerreichung nur die Erträge aus dem Stiftungskapital oder aber auch die Vermögenssubstanz an- bzw. verbrauchen darf (sog. **Verbrauchsstiftungen**). Die Vermögensverwendung ist insbesondere während des Niedrigzinsumfelds in den Fokus der Aufmerksamkeit geraten, da Stiftungen ihr Vermögen häufig konservativ anlegen und dadurch die Erträge des Stiftungsvermögens immer geringer wurden. Bei Stiftungen kann das Kapital für die Erreichung des Zwecks jedenfalls dann verbraucht werden, wenn die Stiftungsstatuten dies vorsehen.³⁵¹ Selbst ohne explizite statutarische Bestimmung ist es dem Stiftungsrat nach hier vertretener Ansicht gestattet, im Rahmen der ordentlichen Ermessensausübung vorübergehend auch Teile des Stiftungsvermögens für die Zweckverwendung einzusetzen, d.h. vom Stiftungskapital zu zehren, ohne dieses allerdings vollständig zu verbrauchen.³⁵² Soll vollständig auf Verbrauch umgestellt werden, ist eine Statutenänderung (i.d.R. über Art. 85 ZGB) zu beantragen.

II. ELEMENTE DES STIFTUNGSBEGRIFFS

A. Zweck

- 22 Der Stiftungszweck ist das **Herzstück einer Stiftung**. Der Zweck verleiht der Stiftung ihren individuellen Charakter, stellt ihre identitätsbestimmende Existenzgrundlage dar, fungiert als Dreh- und Angelpunkt der Stiftungstätigkeit und ist Handlungsmaxime der Stiftungsbeteiligten. Entsprechend muss der Stiftungszweck ein Minimum an Bestimmtheit aufweisen (Bestimmtheitsgrundsatz); zu unbestimmt gehaltene Stiftungszwecke (bspw. «Zweck der Stiftung sind gemeinnützige Aktivitäten») sind unzulässig.³⁵³
- 23 Das Stiftungsprivatrecht lässt nicht nur gemeinnützige Stiftungen zu, sondern erlaubt sämtliche gemeinnützigen und privatnützigen Stiftungszwecke, die

351. KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 15 m.w.H.

352. So wie hier BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 3a; Sprecher, S. 110 f. und 148 ff.

353. BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 13 und 15; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 2.

nicht gesetzeswidrig sind oder gegen die guten Sitten verstossen (Art. 52 Abs. 3 ZGB).³⁵⁴ Die Stifterin oder der Stifter darf der Stiftung im Rahmen der **Stifterfreiheit** somit jeden – erlaubten – Zweck vorgeben, auch auf Ungleichheit beruhende oder als unfair empfundene.³⁵⁵ Der Stiftungszweck muss jedoch fremdnützig und damit nach aussen gerichtet sein, eine «Stiftung für den Stifter» mit dem Stifter als einziger Begünstigten ist nicht gestattet.³⁵⁶ Zulässig sind auch wirtschaftliche Zwecke (BGE 127 III 337: «Die Rechtsgeschäftsfreiheit allgemein und die Stiftungsfreiheit im Besonderen lassen eine Beschränkung auf ideale Zwecke nicht zu».³⁵⁷ Die Grenze zwischen zulässigen wirtschaftlichen Zwecken und unzulässigem Selbstzweck bei Unternehmensstiftungen (sog. Unternehmensselbstzweckstiftung oder «perpetuum mobile-Stiftung») ist im Detail umstritten.³⁵⁸

B. Vermögen

Für die Errichtung einer Schweizer Stiftung ist kein gesetzliches 24
Mindestvermögen vorgesehen. Art und Umfang des Stiftungsvermögens können von der Stifterin oder vom Stifter grds. frei bestimmt werden. Neben Bargeld kommen bspw. auch Wertschriften, Forderungen oder NFT infrage, jedenfalls solange diese werthaltig sind. Erforderlich ist jedoch, dass die Vermögensausstattung hinsichtlich des verfolgten Zwecks **angemessen** ist (sog. Zweck-Mittel-Relation).³⁵⁹ Die Praxis der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ESA verlangt eine «Seriositätsschwelle» von CHF 50'000.³⁶⁰

354. Vgl. BGE 127 III 337 E. 2c; BGE 99 II 263; BSK-Grüniger, N. 13 ff. zu Art. 80 ZGB; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 3.

355. Vgl. etwa BGE 133 III 167 zu einer Familienstiftung, bei der Frauen aus dem Begünstigtenkreis ausgeschlossen wurden, sobald diese geheiratet und den Namen gewechselt haben, BSK-Grüniger, Art. 335 ZGB N. 13d.

356. KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 3; BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 13.

357. Siehe ausführlich BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 22 m.w.H. auch zu kritischen Auseinandersetzungen mit BGE 127 III 341; Vez, N. 175 ff.; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 3. Ablehnend gegenüber der Zulässigkeit von Stiftungen mit wirtschaftlichem Zweck insb. BK-Riemer, Syst. Teil N. 479 ff., 518 ff., 538.

358. Siehe hierzu ausführlich BSK-Grüniger, Vorb. zu Art. 80 ff. ZGB N. 20, Art. 80 ZGB N. 17 ff. und KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 3.

359. BGE 108 II 254 E. 3; BGE 99 II 246; BGE 96 II 273 E. 8d; siehe BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 7; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 6.

360. Siehe <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/eidgenoessische-stiftungsaufsicht/beratung/fragen-und-antworten.html>.

- 25 Zulässig ist eine **sukzessive Vermögensausstattung**, etwa über sog. Äufnungsklauseln, bei denen die Erträge der Stiftung so lange zum Kapital zugeschlagen werden, bis Letzteres eine bestimmte Höhe erreicht hat.³⁶¹ Es ist freilich auch zulässig, dass die Stifterin oder der Stifter über Nachstiftungen bzw. Dritte über Zustiftungen das Stiftungsvermögen erhöhen.³⁶²

C. Organisation

- 26 Die Organisation der Stiftung, d.h. die Organe der Stiftung und die Art der Verwaltung werden durch die **Stiftungsurkunde** festgelegt (Art. 83 Abs. 1). Das mit der Verwaltung betraute oberste Organ der Stiftung – in der Schweiz meist Stiftungsrat genannt – berechtigt und verpflichtet die Stiftung im Rahmen von Art. 55 ZGB. Neben dem obersten Organ müssen klassische Stiftungen – nicht jedoch Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen, vgl. Art. 87 Abs. 1^{bis} ZGB – auch eine Revisionsstelle als Organ bezeichnen (Art. 83b ZGB).
- 27 In der **Gestaltung der Organisation** ist die Stifterin oder der Stifter frei.³⁶³ Sie können weitere Organe – bspw. Konsultations- oder Kontrollorgane – bestimmen oder besondere Mechanismen der Besetzung von Organen vorsehen (Kooptation, Bestimmung durch ein Drittorgan oder Erben der Stifterin oder des Stifters).³⁶⁴ Eine mangelhafte Organisation kann von der Aufsichtsbehörde behoben werden (Art. 83d).

III. STIFTUNGSGESCHÄFT

- 28 Stiftungen erlangen ihre Rechtspersönlichkeit mit der Eintragung in das Handelsregister (Art. 52 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 2 ZGB, Art. 94 HRegV; sog. Register- oder Normativsystem). Das eigentliche Stiftungsgeschäft ist der sog.

361. Bei Äufnungsklauseln wird allerdings verlangt, dass das Vermögen in absehbarer Zeit und mit hinreichender Sicherheit die notwendige Schwelle erreicht. Siehe ausführlich BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 9 m.w.H.; BK-Riemer, Art. 80 ZGB N. 37 f.; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 8.

362. KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 8.

363. KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 17.

364. In BGE 144 III 264 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Stiftungsurkunde vorsehen kann, dass der Stifter oder im Falle seiner Verhinderung seine Nachkommen die Mitglieder des Stiftungsrats ernennen darf; vgl. auch die unpublizierten Erwägungen in BGer 5A_719/2017, 5A_734/2017 vom 22.3.2018 E. 2.2.2 und 4.2.

Widmungsakt.³⁶⁵ Dieser ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Verpflichtungsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen, mit welchem das Vermögen zu einem entsprechenden Zweck gewidmet wird.³⁶⁶ Notwendiger Inhalt des Stiftungsgeschäfts sind: der Wille, eine selbständige Stiftung zu errichten; die Bezeichnung des Vermögens, das der Stiftung gewidmet wird und die Umschreibung des besonderen Stiftungszwecks.³⁶⁷ Diese *essentialia negotii* müssen in der Errichtungsurkunde (bzw. der Verfügung von Todes wegen) enthalten sein und können nicht in ein untergeordnetes Reglement ausgelagert oder an Organe bzw. Dritte delegiert werden.³⁶⁸

LITERATURVERZEICHNIS

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 12, Basel 2019.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2020.

Grüniger Harold, Vorbemerkung zu Art. 80 ZGB und Kommentierungen zu Art. 80, 87 und 335 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Grüniger).

Jakob Dominique, Kommentierungen zu Art. 80, 83 und 87 ZGB, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, ZSR 2013 II, S. 185 ff. (zit. Jakob, Stiftungsbegriff).

365. Siehe hierzu KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 19.

366. Ausnahmsweise entsteht eine Stiftung durch Kombinationsfusion oder Umwandlung (Art. 78, 88, 97 oder 99 FusG) oder durch gesetzliche Fiktion (Art. 539 Abs. 2 ZGB), siehe BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 5a m.w.H.

367. Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 19.12; BK-Riemer, Art. 80 ZGB N. 24; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 19.

368. BSK-Grüniger, Art. 80 ZGB N. 5; KUKO-Jakob, Art. 80 ZGB N. 19.

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich et al. 2023.

Lukas von Orelli, Zur Auslegung des Stifterwillens, Schriften zum Stiftungsrecht Band 11, Basel 2019.

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (SHK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (BK-Riemer).

Studen Goran, Die Dachstiftung – Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 3, Basel 2011.

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Vez Parisima, Fondation, lacunes et droit désirable – Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, Bern 2004.

Vez Parisima, Kommentierung zu Art. 80 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Vez).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 84 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, N. XXX zu Art. 84 ZGB.

C. Aufsicht

Art. 84

¹ Die Stiftungen stehen unter der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören.

^{1bis} Die Kantone können die ihren Gemeinden angehörenden Stiftungen der kantonalen Aufsichtsbehörde unterstellen.

² Die Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird.

GLIEDERUNG

I. Normzweck und Legitimation der Stiftungsaufsicht.....	111
II. Zuständige Aufsichtsbehörde (Abs. 1).....	112
A. Aufsichtsbehörde des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden	112
B. Bestimmung der Zuständigkeit	113
C. Kommunale Aufsicht (Abs. 1bis)	114
D. Übernahme der Aufsicht.....	114
III. Auftragsauftrag und Aufsichtsinstrumente (Abs. 2)	115
A. Inhalt der Aufsicht	115
B. Aufsichtsinstrumente	115
C. Haftung der Aufsichtsbehörde.....	116
IV. Rechtsschutz	116
A. Stiftungsaufsichtsbeschwerde.....	116
B. Anzeige.....	118
V. Praxis der ESA	119
Literaturverzeichnis	120

I. NORMZWECK UND LEGITIMATION DER STIFTUNGSAUFSICHT

Die «klassische» Stiftung ist die einzige juristische Person des Schweizer 1 Privatrechts, welche aufgrund ihrer Rechtsform einer **staatlichen Aufsicht** unterliegt.³⁶⁹ Im Wesentlichen werden hierfür zwei Hauptgründe angeführt: Der Schutz des Stifterwillens einerseits und die Wahrung des öffentlichen Interesses andererseits. Aufgrund ihrer anstaltlichen Ausgestaltung hat eine Stiftung weder Mitglieder noch Eigentümerinnen oder Eigentümer, die sicherstellen können, dass das Stiftungsvermögen von den handelnden Stiftungsorganen seinem Zweck gemäss verwendet und der Stifterwille, das Gesetz und die Statuten eingehalten werden. Deshalb entsteht ein sog. rechtsformtypisches Schutzdefizit, welches durch die staatliche Aufsicht adressiert werden soll.³⁷⁰ Weiter wird in der Literatur vorgebracht, dass die häufig auf das Gemeinwohl ausgerichteten Stiftungszwecke auch durch das Gemeinwesen geschützt werden sollen.³⁷¹ Weil das öffentliche Interesse bei Familienstiftungen fehlt und kirchliche Stiftung einer gleichwertigen kirchlichen Aufsicht unterstehen, sind sie von der allgemeinen Stiftungsaufsicht ausgenommen (Art. 87 Abs. 1 ZGB). Gemischte Familienstiftungen, d.h. Stiftungen, die neben familienbezogenen Teilzwecken auch klassische Teilzwecke verfolgen, unterstehen indes gesamthaft der Stiftungsaufsicht.³⁷² Bei der Ausübung ihrer Aufgaben hat die Stiftungsaufsicht das private und das öffentliche Element gleichermassen zu wahren, wobei der Stifterwille stets die Richtschnur für die Konkretisierung der Aufsicht im Einzelfall bleibt.³⁷³ Freilich gilt, dass die Stiftungsaufsicht die

369. CR-Xoudis, Art. 84 ZGB N. 1; Ferner BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 1 f., mit dem korrekten Hinweis, es könne bei Stiftungen, die bereits aufgrund ihrer Tätigkeit einer Aufsicht unterliegen (so etwa der Finanzmarktaufsicht), zu einer doppelten Aufsicht kommen.

370. BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 1 f.; BK-Riemer, Art. 84 ZGB N. 4; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 1; CR-Xoudis, Art. 84 ZGB N. 1.

371. BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 1; ähnlich KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 1; CR-Xoudis, Art. 84 ZGB N. 1.

372. Nach h.L. gilt die Befreiung von der staatlichen Aufsicht gemäss Art. 87 Abs. 1 ZGB nur für reine Familienstiftungen. Kommt über den aufsichtspflichtigen Teilzweck Art. 84 ZGB zur Anwendung, erstreckt sich die Beaufsichtigung auf den Gesamtzweck der Stiftung, sie umfasst also auch den an sich nicht aufsichtspflichtigen familienbezogenen Teilzweck. Die konkrete Beaufsichtigung von gemischten Stiftungen ist jedoch in weiten Teilen unklar, siehe ausführlich Brugger, S. 192 ff.

Stiftungsautonomie zu beachten hat und nur bei eigentlichen Ermessensfehlern (Missbrauch, Über- oder Unterschreitung) eingreifen darf.³⁷⁴

- 2 Die Stiftungsaufsicht ist **zwingendes Recht** und die Stifterin oder der Stifter kann die Stiftung auch nicht durch gegenteilige Anordnungen davon ausnehmen. Umgekehrt können auch Stiftungen, die keiner Aufsicht unterliegen, der Stiftungsaufsicht unterworfen werden.³⁷⁵
- 3 Es handelt sich ungeachtet der Verortung der Stiftungsaufsicht im ZGB materiell um öffentliches (Verwaltungs-) Recht, weshalb die Aufsichtsbehörden auch an die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze des öffentlichen Handelns (insb. an das **Legalitäts- und an das Verhältnismässigkeitsprinzip**) gebunden sind.³⁷⁶ Entscheidungen der Stiftungsaufsicht sind aber aufgrund ihrer Nähe zum Zivilrecht letztinstanzlich mit der Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht anzufechten (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 4 BGG).

II. ZUSTÄNDIGE AUFSICHTSBEHÖRDE (ABS. 1)

A. Aufsichtsbehörde des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden

- 4 Die Stiftungen stehen unter der **Aufsicht des Gemeinwesens**, dem sie nach ihrer Bestimmung angehören. Abs. 1 differenziert dabei zwischen der Zuständigkeit des Bundes, der Kantone sowie der Gemeinden. Die Eidgenössische Stiftungsaufsicht (ESA) ist organisatorisch dem Generalsekretariat des Eidgenössischen Departement des Innern angegliedert.³⁷⁷ Welche kantonale Behörde mit der Stiftungsaufsicht betraut ist, ergibt sich aus der kantonalen Gesetzgebung³⁷⁸ und ist meist in den

373. Vgl. BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 2.

374. KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 5.

375. BGE 120 II 374 E. 4; BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 1; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 4; CR-Xoudis, Art. 84 ZGB N. 1.

376. BGE 100 Ib 137 E. 3; BSK-Grüninger, N. 3 zu Art. 84 ZGB; KUKO-Jakob, N. 4 ff. zu Art. 84 ZGB; CR-Xoudis, Art. 84 ZGB N. 1.

377. Art. 3 Abs. 2 lit. a Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement des Innern, SR 172.212.1.

378. BGE 105 II 321 E. 3.

kantonalen Einführungsgesetzen zum ZGB geregelt.³⁷⁹ Häufig ist daher auch eine Aufsichtstätigkeit von Behörden auf Gemeinde- bzw. Bezirksebene anzutreffen. Einige Kantone haben über den Konkordatsweg die Stiftungsaufsicht zusammengefasst und überkantonale Strukturen geschaffen, so namentlich die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht³⁸⁰ und die Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht.³⁸¹ Ebenfalls ihre Aufsicht zusammengefasst haben Basel-Stadt und Basel-Land³⁸² sowie die Kantone Waadt, Wallis, Neuchâtel und Jura.³⁸³

B. Bestimmung der Zuständigkeit

Ob die eidgenössische, kantonale oder kommunale Stiftungsaufsichtsbehörde 5 zuständig ist, ergibt sich aus dem Zweck der Stiftung und dem **räumlichen Wirkungskreis**,³⁸⁴ dem Sitz der Stiftung oder dem Stifterwillen kommen keine entscheidende Bedeutung zu.³⁸⁵ Die Zuständigkeit folgt der *räumlichen Ausdehnung der Stiftungstätigkeit*, wobei in der Lehre auch vertreten wird, dass zu fragen sei, welches Gemeinwesen zuständig wäre, wenn die Stiftung nicht bestände.³⁸⁶ Schweizweit (sog. nationale) und/oder grenzüberschreitend oder im Ausland tätige (sog. internationale) Stiftungen unterstehen der Aufsicht der ESA.³⁸⁷ Ansonsten ist die Zuständigkeit der ESA generell subsidiär.³⁸⁸ Dies bedeutet, dass die ESA dann zuständig ist, wenn sich kein

379. BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 5.

380. Vgl. <https://www.zbsa.ch/>, besucht am 25.8.2022. Geschaffen durch die Konkordatskantone Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden und Zug übernimmt sie die BVG-Stiftungsaufsicht über sämtliche Konkordatskantone und für Luzern, Schwyz, Nidwalden und Zug auch die Aufsicht über klassische Stiftungen.

381. Vgl. <https://ostschweizeraufsicht.ch/>, besucht am 25.8.2022. Die Ostschweizer Stiftungsaufsicht übernimmt die BVG-Aufsicht der Kantone Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Glarus, Graubünden, St. Gallen, Thurgau und Tessin sowie die Aufsicht über klassische Stiftungen der Kantone St. Gallen, Thurgau und Tessin.

382. Vgl. <https://www.bsabb.ch/>, besucht am 25.8.2022, BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel.

383. Vgl. <https://www.as-so.ch/>, besucht am 25.8.2022, L'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale.

384. BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 5 m.w.H.

385. BGE 100 Ib 132 E. 4; BGE 120 II 374 E. 3; BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 5 m.w.H.

386. BK-Riemer, Art. 84 ZGB N. 17; BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 5, 6 m.w.H. Die Frage, welches Gemeinwesen ohne das Bestehen der Stiftung zuständig wäre, ist u.E. für die Bestimmung der Zuständigkeit nicht immer geeignet, zumal Stiftungen aufgrund der Stifterfreiheit auch Zwecke verfolgen können, die ein Gemeinwesen nicht verfolgen würde, namentlich privatnützige Zwecke.

387. BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 6 m.w.H.

deutlicher Tätigkeitsschwerpunkt hinsichtlich eines einzelnen Kantons oder des Zuständigkeitsbereichs einer überkantonalen Aufsichtsbehörde bestimmen lässt.³⁸⁹

C. Kommunale Aufsicht (Abs. 1^{bis})

- 6 Gemäss dieser Bestimmung haben Kantone die Befugnis qua Bundesrecht, die der Aufsicht ihrer Gemeinden unterstehenden Stiftungen bei sich zu konzentrieren. Diese **Zentralisierung der kommunalen Aufsicht auf kantonaler Ebene** findet bereits seit einigen Jahren statt, gleichwohl es aber noch einige Gemeinden gibt, die ihre Stiftungen selbst beaufsichtigen (was sowohl aus Governance-Perspektive als auch aufgrund der potenziellen Interessenkonflikte abzulehnen ist).³⁹⁰

D. Übernahme der Aufsicht

- 7 Gemäss Art. 96 HRegV teilt das Handelsregisteramt der gemäss seiner Ansicht nach zuständigen Aufsichtsbehörde die Errichtung einer Stiftung mit und übermittelt ihr eine Kopie der Stiftungsurkunde (Abs. 1), woraufhin die Aufsichtsbehörde die **Übernahme der Aufsicht** meldet oder die Errichtung der Stiftung an die zuständige Behörde weiterleitet (Abs. 2). Über die Zulässigkeit einer Eintragung der Stiftung hat jedoch ausschliesslich das Handelsregisteramt zu entscheiden und es darf die Eintragung nicht von der Zustimmung der Aufsichtsbehörde abhängig machen.³⁹¹ In der Praxis hat sich bewährt, der Aufsichtsbehörde freiwillig die Stiftungsdokumente zur Vorprüfung einzureichen, woraufhin diese nach Prüfung vorsorglich die Übernahme der Aufsicht erklärt. So können noch Anpassungen vorgenommen und allfällige Zuständigkeitsfragen geklärt werden, bevor die Stiftung im Handelsregister eingetragen wird.

388. BGE 105 II 321 E. 4; BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 5 m.w.H.

389. BVGer B-3407/2019 vom 8.4.2020 E. 2.5.2.2. m.w.H.

390. BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 6a m.w.H.

391. BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 9 m.w.H.

III. AUFSICHTSAUFTRAG UND AUFSICHTSINSTRUMENTE (ABS. 2)

A. Inhalt der Aufsicht

Die Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen 8 Zwecken gemäss verwendet wird. Entsprechend ist die Aufsicht umfassend und beschlägt die gesamte Stiftungstätigkeit.³⁹² Bei der Aufsicht handelt es sich um eine **Rechtsaufsicht** und nicht um eine Fachaufsicht, was insbesondere bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde den Autonomiebereich der Stiftung zu respektieren hat und ihr eigenes Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens der Stiftungsorgane stellen darf.³⁹³ Die Aufsichtsbehörde muss namentlich überwachen, dass die Organe das Gesetz, die guten Sitten, die Stiftungsurkunde oder Reglemente respektieren und ihren Ermessensspielraum nicht rechtswidrig überschreiten oder missbrauchen.³⁹⁴

B. Aufsichtsinstrumente

Als Aufsichtsinstrumente stehen der Aufsichtsbehörde präventive als auch 9 repressive Mittel zur Verfügung. Die **präventiven Aufsichtsmittel** sind zuvorderst die Pflicht zur jährlichen Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde (bestehend aus der Jahresrechnung sowie einem Tätigkeitsbericht mit den wichtigsten Vorkommnissen im Geschäftsjahr, den Vergabungen *etc.*), ferner die Mitteilung von Reglementsänderungen, sowie die Einhaltung der je nach Aufsichtsbehörde unterschiedlichen Vorgaben zur Vermögensanlage und die Information bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Art. 84a ZGB).³⁹⁵ Ein neuer Art. 84b ZGB (Inkrafttreten am 1. Januar 2023) verpflichtet das oberste Stiftungsorgan überdies, der Aufsichtsbehörde jährlich den Gesamtbetrag der ihm und der allfälligen Geschäftsleitung direkt oder indirekt ausgerichteten Vergütungen gesondert bekannt zu geben.

Als **repressive Aufsichtsinstrumente** gelten namentlich Mahnungen, 10 Verweise, die Aufhebung von Beschlüssen, Ersatzvornahmen, Bussen,

392. BGE 111 II 97 E. 3; BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 9 m.w.H.

393. KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 5 f.; BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 9 m.w.H.

394. BGE 110 II 436; BGE 106 II 265; BGE 105 II 70; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 5 f.; BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 9 je m.w.H.

Einsetzung eines Sachwalters (Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), Vornahme von Organisations- oder Zweckänderungen (Art. 85, 86 ZGB) oder als *ultima ratio* Absetzung eines Organmitgliedes bzw. des gesamten Organs.³⁹⁶ Diese meist ein Fehlverhalten der Organe sanktionierende Massnahmen stehen unter dem Verhältnismässigkeits- und Subsidiaritätsprinzip, d.h. es dürfen auch so lange keine einschneidenderen Vorkehrungen getroffen werden, als mildere möglich sind und zum selben Ziel führen.³⁹⁷

C. Haftung der Aufsichtsbehörde

- 11 Da das Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Stiftung öffentlich-rechtlicher Natur ist, können sich aus pflichtwidriger Amtstätigkeit Fälle der **Staatshaftung** ergeben.³⁹⁸ Insbesondere bei Unternehmensstiftungen ist die Aufsicht dementsprechend zurückhaltend.³⁹⁹

IV. RECHTSSCHUTZ

A. Stiftungsaufsichtsbeschwerde

- 12 Die **Stiftungsaufsichtsbeschwerde** bildet ein Proprium des Stiftungsrechts und wird von der Lehre und Rechtsprechung als ein aus Art. 84 Abs. 2 ZGB abgeleitetes **Rechtsmittel** *sui generis* bezeichnet.⁴⁰⁰ Sie gibt den Stiftungsbeteiligten ein Instrument an die Hand, sich bei der Aufsichtsbehörde gegen Handlungen oder Unterlassungen der Stiftungsorgane zu beschweren und so die korrekte Zweckverfolgung und Vermögensverwendung sicherzustellen. Sie räumt den Beteiligten mit anderen Worten eine dauernde Mitwirkungs- und Kontrollmöglichkeit ein, weshalb sie

395. BGE 106 II 265; siehe ausführlich BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 12 f.; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 7 je m.w.H.

396. BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 13 f.; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 8 f. je m.w.H.

397. Hierzu hat sich eine breite höchstgerichtliche Praxis entwickelt, s. zur Übersicht BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 10 f.; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 6, 8 f. je m.w.H.

398. Auf Ebene des Bundes kommt in diesem Fall das Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.32) zur Anwendung, während für die kantonalen Aufsichtsbehörden stets die kantonalen Haftungsnormen einschlägig sind. S. BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 16; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 14.

399. Vgl. BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 10.

400. BGE 112 Ia 190 E. 3d.aa; BGE 110 II 436 E. 1; BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 17; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 10 ff.; Jakob, Stiftungsbegriff, S. 319 ff.

auch als Mittel der internen Stiftungsgovernance angesehen wird.⁴⁰¹ Es besteht ein Behandlungsanspruch und gegen den letztinstanzlichen Behördenbescheid kann gerichtlich Beschwerde eingelegt werden.⁴⁰²

Dreh- und Angelpunkt der Stiftungsaufsichtsbeschwerde ist die Frage, wie weit der Kreis der **Beschwerdelegitimation** gezogen werden soll. So ist man sich einig, dass «keine überspannten Anforderungen»⁴⁰³ gestellt werden dürfen, um einen effektiven Schutz zu gewährleisten, aber auch eine gewisse Seriositätsschwelle bestehen muss, da die Stiftung ansonsten durch sog. Populärklagen blockiert werden könnte.⁴⁰⁴ Wo diese Grenzziehung erfolgen soll, ist im Einzelnen aber umstritten. Nach der Praxis ist jede Person beschwerdebefugt, die einmal in die Lage kommen könnte, eine Leistung oder einen anderen Vorteil von der Stiftung zu erlangen, oder die ein sonstiges persönliches, unmittelbares und aktuelles Interesse hat.⁴⁰⁵ Die darauf gestützte Praxis ist aber stark einzelfallmässig geprägt und der Rechtssicherheit kaum zuträglich.⁴⁰⁶ In der Lehre wird deshalb regelmässig mit der – ebenfalls konkretisierungsbedürftigen – Formel des «berechtigten Kontrollinteresses» argumentiert, wobei danach gefragt werden soll, ob hinsichtlich der jeweils geltend gemachten oder beanstandeten Massnahme ein legitimes Kontrollinteresse bestehe. Ein solches Interesse würde dann jedenfalls den Personen mit einem Anspruch oder einer Anwartschaft gegenüber der Stiftung zu (also bspw. Begünstigten, spendenden oder zustiftenden Personen, die einen Anspruch auf die bestimmungsgemässe Verwendung ihrer Zuwendung haben) sowie den Personen mit einem stiftungsrechtlich geschützten Interesse zu (mithin Organmitgliedern und der Stifterin oder dem Stifter). Ausgeschlossen würden nur jene Personen, die lediglich ein abstraktes Interesse an der Stiftung haben.⁴⁰⁷

401. Zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Mittel der internen Governance vgl. KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 10; Jakob, Stiftungsbegriff, S. 314 ff.

402. BGE 112 Ia 190 E. 3d.aa; BGE 110 II 436 E. 1; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 10.

403. Vgl. BVGer B-383/2009 vom 29.9.2009 E. 3.1; ähnlich BVGer B-3773/2011 vom 11.9.2012 E. 1.2.

404. Statt vieler BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 17 m. umfangreichen w.H.

405. BGE 107 II 385 E. 4; 110 II 436 E. 2 sowie BGer 9C_823/2011 vom 23.3.2012 E. 2.1. Vgl. die Hinweise in BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 17; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 11 f.

406. Ebenso KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 11 f.

407. Grundlegend KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 12; Jakob, Stiftungsbegriff, S. 321 f.; zustimmend BSK-Grüniger, Art. 84 ZGB N. 17.

- 14 Im Rahmen der Parlamentarischen Initiative Luginbühl⁴⁰⁸ wurde auch die Stiftungsaufsichtsbeschwerde positivrechtlich geregelt und, damit einhergehend, die Frage der Beschwerdelegitimation geklärt. So wurde ein **neuer Art. 84 Abs. 3 ZGB** (Inkrafttreten am 1. Januar 2024) verabschiedet, wonach «Begünstigte oder Gläubiger der Stiftung, der Stifter, Zustifter und ehemalige und aktuelle Stiftungsratsmitglieder, welche ein Interesse daran haben, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Stiftungsurkunde in Einklang steht, [...] gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde erheben [können]». Dabei handelte es sich um einen im Parlament ausgehandelten Kompromiss. Der Vorschlag, das Kriterium des «berechtigten Kontrollinteresses» in das Gesetz einzuführen, wurde im Zuge der parlamentarischen Debatten verworfen. Stattdessen wurde eine Enumeration eingeführt, die ursprünglich «Stifter, Begünstigte, Gläubiger der Stiftung, Stiftungsratsmitglieder oder Spender oder ihnen nahestehende Personen» umfasste und sodann nochmals eingengt wurde.⁴⁰⁹ In der Lehre wurde dies teilweise heftig kritisiert, v.a. weil die Enumeration einerseits willkürlich sei und somit Lücken ermögliche und andererseits nur noch ein «Interesse» statt einem «berechtigten Interesse» gesprochen werde.⁴¹⁰ So sind bspw. Erbinnen und Erben bzw. Nachkommen der Stifterin oder des Stifters vom Wortlaut des neuen Art. 84 Abs. 3 nZGB u.E. zu Unrecht nicht erfasst.⁴¹¹ Immerhin dürfte im Vergleich zur bisherigen, häufig unklaren Situation eine gewisse Rechtssicherheit einkehren.

B. Anzeige

- 15 Neben der Aufsichtsbeschwerde besteht die Möglichkeit der **Aufsichtsanzeige**, welche auch ohne ein eigentliches Rechtsschutzinteresse

408. Vgl. dazu <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140470>, besucht am 25.8.2022.

409. S. SDA-Meldung vom 8.12.2021 «Räte bei Modernisierung des Stiftungsrechts weiterhin uneins», https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2021/20211208102608636194158159038_bsd056.aspx, besucht am 25.8.2022; ferner den verabschiedeten Text in BBl 2021 S. 2992, abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2992/de>, besucht am 25.8.2022.

410. Vgl. etwa die Stellungnahme vom Zentrum für Stiftungsrecht an der Universität Zürich vom 16.12.2021, Jakob/Savanovic, Verpasste Chance zur Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz, abrufbar unter <https://www.ius.uzh.ch/de/research/units/stiftungsrecht/Aktuelles/Newsfeed/Verpasste-Chance-zur-St%C3%A4rkung-des-Stiftungsstandorts-Schweiz.html>, besucht am 25.8.2022.

zulässig ist. Diese gewährleistet aber weder eine Parteistellung noch eine Weiterzugsmöglichkeit. Ob die Behörden verpflichtet sind, Anzeigen zu behandeln oder diese nur zur Kenntnis zu nehmen, bestimmt sich nach dem anwendbaren kantonalen Recht.⁴¹²

V. PRAXIS DER ESA

Die **Aufsichtspraxis der ESA** wird in verschiedenen Merkblättern, FAQ⁴¹³ 16 sowie allgemeinen Hinweisen auf deren Website publiziert.⁴¹⁴ Diese Publikationen qualifizieren in ihrer Rechtsnatur zumeist als interne Verwaltungsverordnungen und geben die Praxis der Behörden wieder; sie sind jedoch grundsätzlich keine eigenständige Rechtsquellen und enthalten damit keine eigenen Rechtssätze mit konkreten Rechten und Pflichten. Bisher erschienene Merkblätter befassen sich mit der Übernahmepraxis der ESA,⁴¹⁵ der Befreiung von der Revisionsstellenpflicht,⁴¹⁶ Reglementen und deren Abnahme,⁴¹⁷ der Offenlegung von Vergütungen an den Stiftungsrat und die Geschäftsleitung⁴¹⁸ sowie dem Anbringen von Organisationsvorbehalten vor dem Inkrafttreten des revidierten Stiftungsrechts.⁴¹⁹

Seit 2022 hat die ESA ihr Aufsichtssystem mit dem sog. **Projekt eESA** 17 digitalisiert. Über eine digitale Verknüpfung der aufsichtspflichtigen Stiftungen

411. Jakob/Brugger/Humbel, S. 84.

412. BSK-Grüninger, Art. 84 ZGB N. 17; KUKO-Jakob, Art. 84 ZGB N. 13 (mit dem Hinweis, es bestehe stets eine Verpflichtung der Behörden, Anzeigen nachzugehen).

413. Fragen und Antworten (admin.ch).

414. Eidgenössische Stiftungsaufsicht ESA (admin.ch).

415. Merkblatt Übernahmepraxis ESA vom 11.11.2022, <https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/stiftungsaufsicht/infomaterial/221111%20%C3%9Cbernahmepraxis%20ESA.pdf.download.pdf/221111%20%C3%9Cbernahmepraxis%20ESA.pdf>.

416. Merkblatt Befreiung von der Revisionsstellenpflicht vom 24.3.2022, https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/stiftungsaufsicht/infomaterial/Merkblatt_Revisionsbefreiung.pdf.download.pdf/Merkblatt%20Revisionsbefreiung.pdf.

417. Merkblatt Reglemente und deren Abnahme vom 18.3.2022, https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/stiftungsaufsicht/infomaterial/Merkblatt_Reglemente.pdf.download.pdf/Merkblatt%20Reglemente%20und%20deren%20Abnahme.pdf.

418. Merkblatt Offenlegung von Vergütungen an Stiftungsrat und Geschäftsleitung vom 9.1.2023, https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/stiftungsaufsicht/infomaterial/20230109_Merkblatt_Offenlegungspflichten_Entsch%C3%A4digungen_84b_ZGB.pdf.download.pdf/20230109_Merkblatt_Offenlegungspflichten_Entsch%C3%A4digungen_84b_ZGB.pdf.

mit der Plattform EasyGov wird die Einreichung der jährlichen Berichterstattung vereinheitlicht und die Aufsicht stärker datenbasiert erfolgen. Überdies soll die Kommunikation zwischen Stiftung und Aufsichtsbehörde (bspw. Aufsichtsdienstleistungen, Anfragen etc.) über EasyGov stattfinden. Stiftungen, die nicht auf EasyGov registriert sind, müssen für die Berichterstattung sowie weitere Anfragen auf von der ESA zur Verfügung gestellte Formulare zurückgreifen. Sowohl das Onboarding von Stiftungen auf die Plattform EasyGov als auch weitere Informationen zur digitalisierten Aufsicht der ESA sowie der Verwendung von Formularen werden ausführlich über eigene Merkblätter und auf der Website der ESA beschrieben.⁴²⁰

LITERATURVERZEICHNIS

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 12, Basel 2019.

Grüniger Harold, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Grüniger).

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Jakob).

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, ZSR 2013 II, S. 185 ff. (zit. Jakob, Stiftungsbegriff).

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich et al. 2023.

419. Merkblatt zum Anbringen des Organisationsänderungsvorbehalts vor Inkrafttreten vom 9.1.2023, [https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/stiftungsaufsicht/infomaterial/20230109_Merkblatt_Anwendung_Organisations%C3%A4nderungsvorbehalt_86a_ZGB.pdf](https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/stiftungsaufsicht/infomaterial/20230109_Merkblatt_Anwendung_Organisations%C3%A4nderungsvorbehalt_86a_ZGB.pdf.download.pdf/20230109_Merkblatt_Anwendung_Organisations%C3%A4nderungsvorbehalt_86a_ZGB.pdf)

420. Digitale Aufsicht - eESA (admin.ch) sowie für Formulare: Formulare (admin.ch).

Jakob Dominique/Savanovic Ivana, Verpasste Chance zur Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz, abrufbar unter <https://www.ius.uzh.ch/de/research/units/stiftungsrecht/Aktuelles/Newsfeed/Verpasste-Chance-zur-St%C3%A4rkung-des-Stiftungsstandorts-Schweiz.html>, besucht am 25.3.2023.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (BK-Riemer).

Studen Goran, Die Dachstiftung – Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 3, Basel 2011.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Xoudis).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 85 und 86 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 85 und 86 ZGB, in:
Nils Güggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 85 und 86 ZGB N. XXX.

D. Umwandlung der Stiftung

I. Änderung der Organisation auf Antrag der Aufsichtsbehörde

Art. 85

Die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde kann auf Antrag der Aufsichtsbehörde und nach Anhörung des obersten Stiftungsorgans die Organisation der Stiftung ändern, wenn die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Stiftungszwecks die Änderung dringend erfordert.

II. Änderung des Zwecks auf Antrag der Aufsichtsbehörde oder des obersten Stiftungsorgans

Art. 86

¹ Die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde kann auf Antrag der Aufsichtsbehörde oder des obersten Stiftungsorgans den Zweck der Stiftung ändern, wenn deren ursprünglicher Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist.

² Unter den gleichen Voraussetzungen können Auflagen oder Bedingungen, die den Stiftungszweck beeinträchtigen, aufgehoben oder abgeändert werden.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgegenstand	126
A. Ausgangspunkt: Organisations- und Zweckänderungen als Handlungsoptionen im Umgang mit der «Starrheit» der Stiftung	126
B. Liberalisierung durch den Gesetzgeber	128
C. Abgrenzungen	129
II. Organisationsänderungen (Art. 85 ZGB)	131
A. Anwendungsbereich	131
B. Voraussetzungen und praktische Umsetzung	132
C. Organisations- oder Stiftungsreglement	133
III. Zweckänderungen (Art. 86 ZGB)	134
A. Anwendungsbereich	134
B. Voraussetzungen und praktische Umsetzung	135
IV. Verfahren	138
Literaturverzeichnis	141

I. REGELUNGSGEGENSTAND

A. Ausgangspunkt: Organisations- und Zweckänderungen als Handlungsoptionen im Umgang mit der «Starrheit» der Stiftung

- 1 Aus der **anstaltlichen Natur** der Stiftung und dem **Trennungs- und Erstarrungsprinzip** (dazu OK-Brugger, Art. 80 ZGB N. 4 ff.) fliesst, dass der im Zeitpunkt der Stiftungserrichtung erstarrte Stifterwille prinzipiell unabänderlich ist und als solcher von den Stiftungsorganen verfolgt werden muss. Es liegt also grundsätzlich an der Stifterin oder dem Stifter, der Stiftung ein möglichst nachhaltiges Gewand zu geben, das es ihr ermöglicht, den Stifterwillen auf lange Zeit und ggf. auch lange nach dem Ableben der errichtenden Person zu verfolgen. Nun liegt einerseits auf der Hand, dass so geschaffene **Strukturen relativ starr** sind (und dies auch sein müssen, um Stiftung und Stifterwillen vor Dritteinflüssen abzuschirmen) und die Stiftungsorgane primär eine Verwaltungs- und Zweckumsetzungsfunktion, aber keine eigentliche Willensbildungsfunktion haben. Dies impliziert indessen auch Risiken, weil eine (gewollte) Starrheit durchaus auch nachteilig sein kann, wenn sich das rechtliche oder tatsächliche Umfeld einer Stiftung in einer von der Stifterin oder vom Stifter nicht vorhergesehenen Art und Weise verändert. So können die errichtenden Personen nicht jeden sozialen, ökonomischen oder sonstigen gesellschaftlichen Wandel antizipieren sowie radikale Umbrüche wie kriegserische Ereignisse, Pandemien oder Wirtschaftskrisen vorhersehen. Wurde der Stiftung ein statutarisches Gerüst gegeben, das es ihr nicht erlaubt, adäquat auf solche Veränderungen – seien sie nun schleichend oder unmittelbar – zu reagieren, ist sie potenziell in ihrer Existenz gefährdet.⁴²¹
- 2 Das Schweizer Stiftungsrecht gibt der Stiftung grundsätzlich verschiedene **Instrumente** an die Hand, um dieses Problem proaktiv zu entschärfen oder nachträglich damit umzugehen. Während es in der Schweiz kein gesetzliches und damit automatisches Recht auf Änderung der Statuten durch die Stifterin bzw. den Stifter, die Stiftungsorgane oder Dritte gibt (weil dies mit dem Wesen

421. Zum Ganzen s. etwa auch BK ZGB-Riemer, Vorbem. zu Art. 85–86 N. 3 ff.; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 1; Jakob, ZSR 132 (2013) II, 253, 287.

der Stiftung und dem Trennungs- und Erstarrungsgrundsatz konfliktieren würde), stehen folgende Optionen zur Verfügung:

- Erstens ist es der Stifterin oder dem Stifter überlassen, die über den obligatorischen Statuteninhalt hinausgehenden organisatorischen Anordnungen in leicht(er) änderbaren **Organisations- bzw. Stiftungsreglementen** zu regeln, anstatt sie in den Statuten festzuhalten (dazu nachstehend N. 12). Weiter ist es der errichtenden Person unbenommen, die Stiftung durch **statutarische Anordnung und/oder eine entsprechende Vermögensausstattung** nicht «auf die Ewigkeit» zu konzipieren. So erlaubt es die Stifterfreiheit auch vorzusehen, dass die Stiftung nur für eine befristete Zeitspanne existieren und wirken soll (sog. Stiftung auf Zeit), oder aber ihr Vermögen aufzuzehren und stetig zu verbrauchen ist (sog. Verbrauchsstiftung).⁴²² Denkbar sind aus einer kautelarpraktischen Warte zudem sog. unselbständige Stiftungen, die keine eigene Rechtspersönlichkeit erlangen und deren Vermögen unter das Dach einer sog. Dachstiftung eingebracht wird, was aber auch an Bedingungen geknüpft werden kann.⁴²³
- Zweitens erlaubt es das Schweizer Stiftungsrecht der Stifterin oder dem Stifter, **in der Stiftungsurkunde Organisations- oder Zweckänderungen vorzubehalten**, deren Geltendmachung aber nicht frei, sondern an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist (Art. 86a ZGB, s. OK-Brugger/Humbel, Art. 86a ZGB N. 10 ff.).
- Drittens und vor allem gelten die in den Statuten erstarrten Vorgaben zu Zweck und Organisation selbst in der Schweiz nicht absolut. Der Gesetzgeber hat die **Notwendigkeit einer Anpassungsfähigkeit von Stiftungen** erkannt und entsprechend mit **Art. 85 ff. ZGB** positivrechtliche Bestimmungen eingeführt, deren Anwendung aber an objektive Voraussetzungen geknüpft ist, um Missbräuchen der Stiftungsform vorzubeugen. **Nachträgliche Änderungen der Organisation sind nach Art. 85 ZGB** ausnahmsweise zulässig, wenn sie

422. S. dazu Jakob/Brugger/Humbel, 200 f.; Jakob, ZSR 132 (2013) II, S. 282; vertiefend zur Verbrauchsstiftung Sprecher, Jusletter vom 15. Juni 2020, N. 1 ff. und zur Stiftung auf Zeit Georg von Schnurbein/Alice Hengevoss (Center for Philanthropy Studies Universität Basel), Sunset Foundations – Stiftungen auf Zeit, abrufbar unter: <https://ceps.unibas.ch/de/praxistransfer/sunset-foundations-manual/>.

423. Allgemein dazu Studen, S. 105 ff.; einen Überblick geben Jakob/Brugger/Humbel, S. 106 f.

zur Erhaltung des Stiftungsvermögens oder zur Wahrung des Stiftungszwecks dringend erforderlich sind (s. sogleich N. 15 ff.); Änderungen des **Stiftungszwecks** setzen gemäss **Art. 86 ZGB** voraus, dass der ursprüngliche Stiftungszweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem ursprünglichen Stifterwillen offenbar entfremdet worden ist. Es handelt sich gleichsam um einen **gesetzlichen Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus***,⁴²⁴ weshalb an ihre Anwendung ebenso **strenge Anforderungen** zu stellen sind.⁴²⁵

B. Liberalisierung durch den Gesetzgeber

- 3 Festzustellen ist in diesem Zusammenhang eine stetige **Entwicklung** von einem ursprünglich weniger änderungsaffinen Stiftungsrecht **hin zu einem moderneren und dynamischeren Stiftungsverständnis**. Dieses Verständnis erscheint uns nicht zuletzt aus einer pragmatischen Warte her sinnvoll, weil Stiftungen zunehmend sich rapide verändernden normativen und fiskalischen Rahmenbedingungen ausgesetzt sind. Diese sind nicht nur durch die gemächlich mahlenden Mühlen Bundesberns konnotiert, sondern durch die Regulierungsgeschwindigkeit inter- und supranationaler Organisationen geprägt.⁴²⁶ Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, dass der Gesetzgeber eine **Anpassung bereits existierender Stiftungsstrukturen an diesen Wandel auch dogmatisch untermauert**. Dies geschah zum einen durch die Festschreibung der *praeter legem* existierenden Unterscheidung zwischen wesentlichen Änderungen und unwesentlichen Änderungen (Art. 86b ZGB, s. OK-Brugger/Humbel, Art. 86b ZGB N. 3)⁴²⁷ sowie durch die Einführung der Möglichkeit eines Zweckänderungsvorbehalts (Art. 86a ZGB, s. OK-Brugger/Humbel, Art. 86a ZGB N. 4 f.) per 1. Januar

424. Grundlegend Wiget, 6; BK ZGB-Riemer, ST N. 597 und Vorbem. zu Art. 85–86b N. 4 *in fine*; ferner BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 2.; von Orelli, 171.

425. BGE 103 Ib 161 E. 2; auf kantonal-zürcherischer Ebene vgl. etwa VGer ZH vom 30.4.2008, ZR 108 (2008) Nr. 6 S-169-172, 171 f.; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 2.

426. Man denke beispielsweise an die Anforderungen im Bereich des Automatischen Informationsaustausches in Steuersachen (AIA), die Anstrengungen im Kampf gegen die Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch die Groupe d'action financière (GAFI) und ähnliche Entwicklungen (etwa im Hinblick auf die Umsetzung internationaler Sanktionen), die sich mit Nachdruck auf den hiesigen Stiftungsplatz auswirken. Vgl. zur Umsetzung der GAFI-Anforderungen im Schweizer Stiftungsrecht etwa Riemer, SZW 2016, S. 70 ff.

2006. Zum anderen wurde die Schwelle von unwesentlichen Änderungen i.S.v. Art. 86b ZGB jüngst nochmals herabgesetzt, insofern sie neu keine «triftigen» sachlichen Gründe mehr voraussetzen und nicht mehr «geboten», sondern nur noch «gerechtfertigt» sein oder «erscheinen» müssen.⁴²⁸

C. Abgrenzungen

Zweck- und Organisationsänderungen sind abzugrenzen von **Massnahmen der Aufsichtsbehörde** nach Art. 83d Abs. 1 ZGB im Falle von Organisationsmängeln und ursprünglich ungenügenden organisationalen Anordnungen sowie von Anordnungen der Aufsichtsbehörden nach Art. 84 Abs. 2 ZGB.⁴²⁹ Die Beseitigung einer in den Statuten vorgesehenen Revisionsstelle setzt die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 85 ZGB und Art. 83b Abs. 2 ZGB voraus.⁴³⁰ Nach Praxis der Aufsichtsbehörden werden Statutenänderungen mit Blick auf die Revisionsstellenpflicht dann genehmigt, wenn die Voraussetzungen der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen erfüllt sind, d.h. wenn die Bilanzsumme der Stiftung in zwei aufeinanderfolgenden Jahren kleiner als CHF 200'000 ist, die Stiftung nicht öffentlich zu Spenden oder sonstigen Zuwendungen aufruft und die Revision nicht für eine zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Stiftung notwendig ist.⁴³¹

Abzugrenzen sind die Änderungen von Art. 86 ZGB ferner vom Eintritt des Sukzessivzwecks in sog. **Sukzessivstiftungen** (oder – unpräziser, weil gar nie zwei Zwecke zur gleichen Zeit koexistieren – sukzessiv-gemischten Stiftungen).⁴³² Bei solchen Stiftungen wird jeweils nur *ein* Stiftungszweck *zur*

427. Dieses Institut sollte eine gewisse Flexibilität im Umgang mit offensichtlichen Fällen von überholten, aber sekundären organisatorischen Anordnungen gewährleisten, was insbesondere im immer praxisrelevanteren Bereich der Personalfürsorgestiftungen von Bedeutung ist, s. die frühe Rechtsprechung *praeter legem* in BGE 103 Ib 161 E. 2; BGE 115 II 415 E. 2c). Zum Normursprung vgl. auch CHK ZGB-Eisenring, Art. 85 N. 4; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 2.

428. Statt vieler Sprecher, Jusletter vom 13. März 2023, N. 19, s. ferner Amadò/Manfredi, *Novità giuridiche* 1/2024, 37 f.

429. Sprecher, Revision, N. 84; ferner BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 3; SHK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 4.

430. SHK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 3.

431. Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen vom 24. August 2005, SR 211.121.3.

432. S. zur Terminologie Brugger, 50 ff.; ferner BK ZGB-Riemer, ST N. 433.

gleichen Zeit verfolgt; der Stifter kann jedoch ein bestimmtes oder objektiv bestimmbares Ereignis als Übergangsgrund vom einen zum anderen Zweck vorschreiben. Im Zeitpunkt des Überganges kommt es zu einer **Änderung des Zwecks ohne Umwandlung i.S.v. Art. 86 ZGB**; die Änderung erfolgt somit *qua* Stiftungsurkunde ohne Mitwirkung des Stifters oder der Organe.⁴³³ Sofern der Zeitpunkt des Übergangs nicht genau bestimmt (sondern nur objektiv bestimmbar) ist, müssen die Stiftungsorgane diesen Umstand den zuständigen Aufsichts- und Handelsregisterbehörden mitteilen.⁴³⁴

- 6 Gegenüber einer allfälligen **Aufhebung der Stiftung** i.S.v. Art. 88 Abs. 1 ZGB gehen die Abänderungen des Zwecks oder der Organisation aufgrund des Verhältnismässigkeits- und des Subsidiaritätsprinzips vor.⁴³⁵
- 7 Das **FusG** verweist für Zweckänderungen im Rahmen von **Fusionen** auf Art. 86 ZGB (Art. 78 Abs. 2 Satz 3 FusG) und **Vermögensübertragungen** (Art. 86 Abs. 2 Satz 1 FusG), äussert sich aber nicht zu Organisationsänderungstatbeständen.⁴³⁶ Diese können sich aber im Rahmen von Fusionen oder Vermögensübertragungen zur Anpassung der Stiftungsorganisation an das neue Gebilde aufdrängen⁴³⁷ und müssen dann an den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 85 ZGB (oder bei unwesentlichen Organisationsänderungen Art. 86b ZGB) gemessen werden.⁴³⁸ Weil Art. 78 ff. FusG weder Spaltungen noch Umwandlungen von Stiftungen vorsehen, sind etwa auch Tatbestände wie Sitzverlegungen (sofern sie eine Statutenänderung erfordern, s. N. 9) im Rahmen der Bestimmungen zu wesentlichen oder unwesentlichen Organisationsänderungen (s. sogleich N. 8 ff.) zu behandeln.⁴³⁹

433. BK ZGB-Riemer, ST N. 433, Vorbem. zu Art. 85–86b N. 22.

434. BK ZGB-Riemer, Vorbem. zu Art. 85–86b N. 22.

435. CHK ZGB-Eisenring, Art. 85 N. 5; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 3; BK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 37 f.

436. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 3; SHK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 5.

437. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 3 *in fine*.

438. Dies ist bisweilen bei Absorptionsfusionen der Fall, bei denen die Statuten der übernehmenden Stiftung modifiziert werden.

439. Eingehend zu den fusionsgesetzlichen Tatbeständen BSK FusG-Grüniger, Art. 78 N. 1 ff.; zur Vermögensübertragung BSK FusG-Malacrida, Art. 86 N. 1 ff.

II. ORGANISATIONSÄNDERUNGEN (ART. 85 ZGB)

A. Anwendungsbereich

Der **persönliche Anwendungsbereich** von Art. 85 ZGB bezieht sich neben ⁸ den «klassischen» Stiftungen auch auf Personalfürsorgestiftungen und Familienstiftungen. Im Unterschied zur klassischen Stiftung liegt es bei Letzteren aber am obersten Stiftungsorgan, das Vorliegen der Änderungsvoraussetzungen zu verifizieren.⁴⁴⁰

Der **sachliche Anwendungsbereich** von Art. 85 ZGB erfasst alle Faktoren, ⁹ die die Stiftungsorganisation beschlagen und die nicht unwesentlicher Natur sind. Infrage kommen etwa die Organisation, Bestellung und Zusammensetzung der Stiftungsorgane (fachliche oder persönliche Voraussetzungen zur Mandatsübernahme, Amtszeitbeschränkungen, Alterslimiten *etc.*), stiftungsinterne Verfahrensvorschriften, sowie regelmässig Vorschriften über die Vermögensanlage oder -bewirtschaftung,⁴⁴¹ Einwirkungsrechte des Stifters, der Begünstigten oder Dritter sowie Namensänderungen und Sitzverlegungen.⁴⁴² In der Literatur wird teils vertreten, Namensänderungen und Sitzverlegungen seien stets als unwesentliche Änderungen nach Art. 86b zu qualifizieren.⁴⁴³ U.E. mag es zwar im Regelfall zutreffen, dass Sitzverlegungen unwesentliche Änderungen sind, dennoch ist im Einzelfall zu verifizieren, welche Bedeutung der Sitzverlegung im Stiftungsgefüge zukommt und wie sich die Änderung auf das Stiftungsvermögen oder die Verfolgung des Stiftungszwecks auswirkt.⁴⁴⁴ Ein Sitzwechsel führt nicht zwingend zum Wechsel der zuständigen Aufsichtsbehörde, zumal sich die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde nicht

440. Dabei ist das oberste Stiftungsorgan indes nicht frei, sondern an die Vorgaben an eine ordnungsgemässe Ermessensausübung gebunden, vgl. dazu OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB, N. 14; ferner grundlegend KUKO ZGB-Jakob, Art. 83 N. 12 ff. m. umfangreichen w.H.

441. Von Orelli, 172.

442. CHK-ZGB-Eisenring, Art. 85 N. 1; KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 3.

443. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 5; BK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 21 ff. und Art. 86b N. 11, der – entgegen der älteren Praxis und Lehre – argumentiert, die Organisation beschlage nur die Organe und somit nicht den Sitz der Stiftung. Dies lässt sich u.E. vor dem Hintergrund des klaren Wortlauts in Art. 83d Abs. 1 («verfügt die Stiftung über kein Rechtsdomizil an ihrem Sitz mehr») kaum noch vertreten, selbst wenn die ursprünglichen Materialien tatsächlich eine Differenzierung suggerierten. A.M. und (ohne Begründung) wie hier CHK ZGB-Eisenring, Art. 85 N. 1.

aus dem Sitz, sondern der räumlichen Ausdehnung der Stiftungstätigkeit ergibt (dazu OK-Brugger/Humbel, Art. 84 ZGB, N. 5). So kann vor und nach einem Sitzwechsel weiterhin dieselbe Aufsichtsbehörde (kantonal oder Aufsicht der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht) für die Stiftung zuständig sein. Eine Änderung ist u.E. jedenfalls dann wesentlich, wenn die Stiftung neu zu einer Verbrauchsstiftung werden soll.⁴⁴⁵

B. Voraussetzungen und praktische Umsetzung

- 10 Organisationsänderungen durch die Aufsichtsbehörde setzen voraus, dass «die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Stiftungszwecks die Änderung dringend erfordert» (nach früherer Diktion «dringend erheischt»). An die **Erforderlichkeit der Änderung** werden in der Praxis hohe Anforderungen gestellt,⁴⁴⁶ was in der Literatur unterschiedlich beurteilt wird. Während ein Teil des Schrifttums die strenge Rechtsprechung mit Verweis auf die *clausula*-ähnliche Natur dieser Vorschrift explizit begrüsst⁴⁴⁷ oder zumindest hinnimmt,⁴⁴⁸ hält die Gegenmeinung dagegen und lässt es ausreichen, wenn die Änderung im Interesse der Erfüllung des Stiftungszwecks liegt⁴⁴⁹ bzw. bewirkt, dass der Zweck «wesentlich besser» als mit der bisherigen Organisationsform erreicht werden kann.⁴⁵⁰ Nach von Orelli muss bei Organisationsänderungen stets auch danach gefragt werden, ob die Änderung die Wirkung der Stiftung im Sinne des Stifters bzw. der Stifterin verbessert werden kann, wobei bei unterschiedlichen Varianten diejenige zu wählen ist, die die stiftergewollte Wirkung maximiert.⁴⁵¹ Wie man die Erforderlichkeitsschwelle umschreibt, bleibt u.E. letztlich eine semantische Frage. Entscheidend ist aber vielmehr, dieses **Erfordernis in**

444. So auch Uhl, 374; so ist der Sitz bei Stiftungen, die aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte eine besondere Verbundenheit zu einem Ort aufweisen (etwa die Fondation Hans Wilsdorf in Genf, die Christoph Merian Stiftung in Basel oder die Jakob und Emma Windler-Stiftung in Stein am Rhein) wohl als besonders wesentliches Element zu qualifizieren.

445. Ebenso Von Orelli, 175; Uhl, 375.

446. BVGer vom 4. Oktober 2016, B-565/2015 und B-812/2015; bestätigt durch BGer 5A_856/2016 und 5A_865/2016 vom 13. Juni 2018.

447. BK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 5, die Änderung müsse «aus unabweisbaren Gründen als geboten» erscheinen.

448. KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 3.

449. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 4, m. dem u.E. nicht ganz zutreffenden H. auf die zitierte Lehrmeinung in BK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 5.

450. Vgl. etwa Sprecher/von Salis, Frage Nr. 225.

451. Von Orelli, 171, sowie insgesamt zum sogenannten Wirkungsprinzip als Maxime, 107 ff.

inhaltlich praktikable Bahnen zu lenken. Diese Situation kann sich anhand von verschiedenen – idealerweise auch **objektiv bestimmbaren** – **Hilfskriterien** feststellen lassen, wie etwa (drohende) Blockaden von Stiftungsorganen (die für die Zweckverfolgung relevant sind); übermässige, durch eine dysfunktionale Organisation verursachte Kosten, die derart am Stiftungsvermögen zehren, dass dieses für die langfristige Verfolgung des Zwecks nicht mehr ausreicht; fehlende *Foundation-Governance*-Instrumente, ohne deren Füllung die interne Governance der Stiftung infrage gestellt wird.

Bei der **Formulierung der modifizierten Organisationsbestimmungen** 11 muss wiederum der **Zweck als Richtschnur** dienen: Die modifizierten Statuten sollen die erwähnte Gefährdung des Stiftungszwecks beseitigen und dessen **bestmögliche Verwirklichung gewährleisten**.⁴⁵² Aus Art. 86b ZGB ergibt sich *a maiore ad minus* ferner, dass die Änderung der Stiftungsorganisation sich nicht nachteilig auf allfällige Drittrechte auswirken darf.⁴⁵³

C. Organisations- oder Stiftungsreglement

Vor dem Hintergrund dieser in der Rechtsprechung hoch angesetzten 12 Schwelle ist auf die praktische Bedeutung von **Organisations- bzw. Stiftungsreglementen** hinzuweisen. Stiftungsrechtlich ist es nämlich **zulässig**, die Organisation gesamthaft oder teilweise in einem Reglement unterhalb der statutarischen Ebene anzusiedeln.⁴⁵⁴ Dieses Vorgehen hat den Vorteil einer im Vergleich zu einer statutarischen Regelung deutlich **erhöhten und rascher umzusetzenden Anpassungsfähigkeit**: Das oberste Stiftungsorgan kann die Organisationsänderungen auf Reglementsebene **in eigener Kompetenz** vornehmen.⁴⁵⁵

Während die Aufsichtsbehörden Reglemente im Rahmen ihrer 13 Aufsichtstätigkeit früher gewohnheitsmässig noch «zur Genehmigung» verlangten, geschieht dies heute richtigerweise meist nur noch «zur Prüfung», zumal einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde weder eine konstitutive Wirkung inne wohnt noch stiftungsrechtlich erforderlich ist.⁴⁵⁶

452. Ähnlich BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 4.

453. Gl.M. wohl SHK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 14.

454. CHK ZGB-Eisenring, Art. 85 N. 6; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 6; KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 5.

455. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 6.

Änderungen sind der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu bringen, damit diese ihre Aufsichtsfunktion auch wahrnehmen, vom Reglementsinhalt **Kenntnis nehmen** und nötigenfalls – also bei Verstössen gegen objektives Recht oder die statutarische Ordnung – einschreiten kann.⁴⁵⁷

- 14 Die Tatsache, dass es dem obersten Stiftungsorgan zufällt, das Organisations- bzw. Stiftungsreglement in eigener Kompetenz abzuändern, heisst nicht, dass ihm dies vorbehalten ist. So haben auch die **Aufsichtsbehörden** die aus ihrem Auftragsauftrag fließende **Kompetenz**, zum Schutz von Stiftungsvermögen und -zweck erforderliche **Reglementsänderungen anzuordnen**.⁴⁵⁸ Dies fliesst einerseits *a maiore ad minus* aus der Kompetenz der Aufsichtsbehörden, bei Organisationsmängeln Massnahmen i.S. der nicht abschliessenden Aufzählung von Art. 83d ZGB zu ergreifen und andererseits aus dem Subsidiaritätsprinzip. Eine entsprechende Anordnung müsste dann in Form einer anfechtbaren Verfügung erfolgen.

III. ZWECKÄNDERUNGEN (ART. 86 ZGB)

A. Anwendungsbereich

- 15 Der **persönliche Anwendungsbereich** von Art. 86 ZGB bezieht sich neben den «klassischen» Stiftungen auch auf Personalfürsorgestiftungen und Familienstiftungen. Wie bei der Organisationsänderung muss das oberste Stiftungsorgan von Familienstiftungen das Vorliegen der Änderungsvoraussetzungen verifizieren.⁴⁵⁹
- 16 Der **sachliche Anwendungsbereich** der Norm bezieht sich auf den Stiftungszweck, mithin das eigentliche **«Herzstück» der Stiftung**.⁴⁶⁰ Bei einer Änderung werden die «Grundfesten der Stiftung» tangiert.⁴⁶¹ Entscheidend ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Art. 86 ZGB, dass es sich um ein identitätsprägendes Element der Stiftung handelt.⁴⁶² Bloss formelle oder sprachliche Bereinigungen (auch der Zweckbestimmung) fallen

456. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 6; KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 5; BK ZGB-Riemer, Vorbem. zu Art. 85–86b N. 19.

457. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 6; KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 5.

458. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 6.

459. Vgl. die Hinweise oben in Fn. 18 zu N. 7.

460. Vgl. KUKO ZGB-Jakob, Art. 80 N. 2 f., Art. 86 N. 1; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 7.

461. VGer ZH vom 30.4.2008, ZR 108 (2008) Nr. 6 S-169-172, 171.

mithin nicht in den Anwendungsbereich von Art. 86 ZGB, sondern sind unter den erleichterten Voraussetzungen von Art. 86b ZGB vorzunehmen.⁴⁶³ Aufgrund dieses engen Anwendungsbereichs sind die Zweckänderungsfälle in der Praxis eher selten,⁴⁶⁴ mit der gewichtigen Ausnahme der Zweckanpassung von älteren Familienstiftungen, die ihre Zweckbestimmungen an die Rechtsprechung des Bundesgericht anpassen mussten, bevor sie ins Handelsregister eingetragen werden konnten.⁴⁶⁵

Vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sind auch **Auflagen und Bedingungen** (Art. 86 Abs. 2 ZGB), die zwar in den Statuten, aber ausserhalb der eigentlichen Zweckbestimmung verankert sind und die die Zweckrealisierung gefährden.⁴⁶⁶

B. Voraussetzungen und praktische Umsetzung

Vor dem Hintergrund der Bedeutung des im Stiftungszweck erstarrten Stifterwillens als zentrales Institut des Stiftungsrechts ist es richtig, **hohe Anforderungen** an eine Zweckänderung zu stellen.⁴⁶⁷ Ansonsten würde die Grundkonzeption der Stiftung unterlaufen und das Institut wäre anfällig für Missbräuche. Bevor eine Zweckänderung näher in Betracht gezogen werden darf, müssen die in den Statuten enthaltenen Bestimmungen über den Zweck ausgelegt werden, wobei gemäss Willensprinzip stets der wahre ursprüngliche Stifterwille eruiert werden muss. Es ist zunächst Aufgabe der Stiftungsbeteiligten – allen voran der Stiftungsorgane – die Bestimmungen der Stiftungsstatuten so auszulegen und zu interpretieren, dass die Stiftung eine echte Tätigkeit verfolgen kann. Dabei müssen sich Stiftungsorgane stets ins Bewusstsein rufen, dass sie keine Willensbildungsorgane sind, sondern einzig den Willen des Stifters auszuführen haben – die Stiftung ist eben keine

462. KUKO ZGB-Jakob, Art.86 N. 1: «identitätsbestimmend»; ferner auch BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 7.

463. CHK ZGB-Eisenring, Art. 85 N. 4; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 7.

464. SHK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 12, mit dem Beispiel von Spitalstiftungen nach der Streichung des Spitals von der Spitalliste; auf diesen verweisend BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 7.

465. Diese Rechtsprechung hat zu vielen Folgefragen und Rechtsunsicherheit geführt, vgl. dazu eingehend Ausführlich Jakob/Humbel, SJZ 118 (2022), 736 ff.; dies., npoR 3 (2022), S. 119 ff.; Eichenberger/Leu, S. 84 ff.

466. SHK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 16 f., mit Beispiel.

467. U.E. zu Recht fordert KUKO ZGB-Jakob, Art. 86 N. 1, gar, dass höhere Anforderungen an eine Zweckänderung als an eine Organisationsänderung zu stellen seien.

Körperschaft, sondern eine Anstalt.⁴⁶⁸ Für die tägliche Stiftungstätigkeit bedeutet diese Ausgangslage bereits konzeptionell eine stetige Interpretation und Auslegung der Statuten. Es gibt so gut wie keine Stiftungsstatuten, die alle erdenklichen Optionen antizipieren und den handelnden Organen keinen Interpretationsspielraum überlassen, wie die Stiftungsmittel dem Stiftungszweck konkret zugeführt werden sollen. Zweckänderungen sind Modifikationen des Werkstoffs stiftungsrechtlichen Handelns und können daher nur in Betracht gezogen werden, wenn die Auseinandersetzung mit dem Rohmaterial an ihre Grenzen stösst und eine tatsächliche Stiftungstätigkeit gar nicht oder so gut wie nicht mehr möglich ist. Eine der grössten Schwierigkeiten der umsichtigen stiftungsrechtlichen Planung ist die Erkenntnis, dass die heute gewählte Formulierung in einigen Jahrzehnten nicht mehr Bedienungsanleitung für ein Prosperieren der Stiftung ist, sondern sich als Hindernis entpuppt, wenn sich das tatsächliche Umfeld gravierend ändert. Tendenziell ist zu empfehlen, den Stiftungszweck eher breit zu gestalten, um den Stiftungsorganen auch noch Jahrzehnten (oder Jahrhunderten) nach der Stiftungserrichtung genügend Interpretationsspielraum zu lassen. Gerade bei breiten Stiftungszwecken ist es hilfreich, die Überlegungen und Intentionen der Stifter auch für zukünftige Generationen von Mitgliedern der Stiftungsorgane zu dokumentieren – dies kann auch in Form von rechtlich nicht verbindlichen Stiftungsdokumenten wie *Letter of Wishes* oder *Guidelines* erfolgen, die die Absichten, Werte und Wünsche festhalten und meist bloss ergänzende Orientierungshilfen darstellen. Auf der anderen Seite muss der Stiftungszweck präzise genug sein, um den Stifterwillen konkret zu erfassen und den Organen eine Bindung an den Stifterwillen vorzugeben, statt ihnen die Verfügung darüber zu überlassen (sog. Bestimmtheitsgebot)⁴⁶⁹, und um steuerlichen Voraussetzungen Genüge zu tun, die ebenfalls eine exakte Einordnung des Stiftungszwecks erheischen.

- 19 Nach Art. 86 Abs. 1 ZGB setzt eine Zweckänderung eine **objektive** und eine **subjektive Komponente** voraus: Aus objektiver Sicht ist ein **Wandel in der Bedeutung und der Wirkung** des Zwecks erforderlich, aus subjektiver Warte muss sich der Zweck **offensichtlich vom ursprünglichen Stifterwillen entfremdet** haben.⁴⁷⁰ Ersteres ist bei einem unsinnigen,

468. BK ZGB-Riemer, Art. 83 N. 24.

469. Ausführlich BK ZGB-Riemer, Art. 80 N. 55 m.w.H.

470. Vgl. bereits ZK ZGB-Egger, Art. 86 N. 4; ferner BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 7; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86 N. 2; BK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 6 ff.

gänzlich überholten, unwirtschaftlichen ursprünglichen Stiftungszweck der Fall oder in Situationen, in denen sich stifterliche Erwartungen nicht erfüllt haben. Letzteres ist anhand der Frage zu beantworten, ob sich der ursprüngliche Stifterwille angesichts veränderter Verhältnisse vernünftigerweise noch so verwirklichen lässt, wie dies in der Stiftungsurkunde niedergelegt war.⁴⁷¹ Typische Beispiele für einen solchen änderungswürdigen, weil **überholten, unsinnigen oder auch einen bereits (weitestgehend) erfüllten Zweck** umfassen etwa die Bekämpfung einer mittlerweile ausgelöschten Krankheit, die Verfolgung obsoletter, weil bereits erreichter politischer Ziele (Einführung des Frauenstimmrechts oder Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz) oder die Förderung einer Bildung, die nicht mehr zeitgemäss oder von staatlichen Institutionen übernommen worden ist.⁴⁷² Nach einer Lehrmeinung kann auch eine **gestörte Zweck-Mittel-Relation** eine Anpassung des Zwecks nahelegen: Dieser könne wirtschaftlich z.B. derart ineffizient geworden sein, weil zu reichliche Mittel für einen zu engen Zweck oder zu geringe Mittel für einen zu weiten, aber nicht in Unterzwecke aufteilbaren Zweck verfügbar seien, dass auch hier eine Zweckanpassung gerechtfertigt sei.⁴⁷³ Bevor man zu einer Zweckänderung schreitet, muss man u.E. bei Überdotierungen im Hinblick auf den Primat des ursprünglichen Stifterwillens vielmehr zunächst eine dynamische Auslegung des Stiftungszwecks vornehmen. Scheitert dies, wären vor einer Zweckänderung ferner weitere alternative Handlungsmöglichkeiten wie etwa eine Teilliquidation zu prüfen. Blickt man dahingegen auf eine Stiftung mit zu engen Mitteln, sind u.E. ebenfalls andere Massnahmen innerhalb der Zweckgrenze wie etwa Fusionen oder Vermögensübertragungen zu prüfen, bevor über Zweckmodifikationen nachgedacht werden.

Bei der **Formulierung des geänderten Stiftungszwecks** sind das 20 zuständige Organ oder die zuständigen Behörden nicht frei. Vielmehr muss dieser möglichst **am bisherigen Zweck angelehnt** sein⁴⁷⁴ und sich auch sachlich am **bisherigen Sachgebiet und Begünstigtenkreis** orientieren.⁴⁷⁵ Richtschnur ist dabei der – ggf. durch Auslegung zu eruierende –

471. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 7 m.w.H. auf die ältere Literatur.

472. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 7; BK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 6; SHK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 10.

473. KUKO ZGB-Jakob, Art. 86 N. 2.

474. Statt vieler BK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 9.

475. Sprecher, Stiftungsrecht in a nutshell, S. 161; ferner BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 8.

hypothetische bzw. mutmassliche Stifterwille; beantwortet wird also die Frage, was die damalige Stifterin oder der damalige Stifter angeordnet hätte, wenn sie oder er die aktuellen Umstände und Verhältnisse gekannt hätte.⁴⁷⁶ Anzumerken bleibt schliesslich, dass auf eine Zweckänderung zu verzichten und die Stiftung aufzuheben ist (Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), wenn auch eine Anpassung zu keinem sinnvollen und mit dem (hypothetischen) ursprünglichen Stifterwillen vereinbarten Ergebnis führen würde.⁴⁷⁷

IV. VERFAHREN

- 21 Das **Verfahren** zur Organisations- und Zweckänderung wird **in der Praxis meist vom obersten Stiftungsorgan initiiert**,⁴⁷⁸ weil dieses die Situation der Stiftung auch am besten einschätzen kann. Wie konkret vorzugehen ist, hängt von der Stiftungs- und Änderungsform ab:

- Bei **klassischen Stiftungen** liegt die Zuständigkeit bei einer besonderen **«Umwandlungsbehörde»**, die faktisch aber sowohl auf Bundesebene als auch im kantonalen Verfahren identisch mit der Aufsichtsbehörde ist.⁴⁷⁹ Auf Bundesebene ist dies seit dem 1. Januar 2006 so, seitdem die unter der **Aufsicht des Bundes** stehenden Stiftungen nicht mehr durch den Bundesrat, sondern **durch das EDI umgewandelt** werden.⁴⁸⁰ Diese Entwicklung spiegelt sich auch auf kantonaler Ebene.⁴⁸¹ Somit ergibt die gesetzliche Vorgabe, dass die zuständige Umwandlungsbehörde auf Antrag der Aufsichtsbehörde tätig wird, kaum noch Sinn. Es entspricht der herrschenden Lehre⁴⁸² und auch der gelebten Behördenpraxis,⁴⁸³ dass das **oberste Stiftungsorgan** nicht nur bei Zweckänderungen nach Art. 86

476. Wie hier etwa SHK ZGB-Riemer, Art. 86 N. 13; nicht ganz klar, ob auf die Ermittlung des mutmasslichen Stifterwillens gerichtet BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 8.

477. Ähnlich KUKO ZGB-Jakob, Art. 86 N. 1 «kein Selbstzweck».

478. CHK ZGB-Eisenring, Art. 85 N. 2; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 11; KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 4.

479. Statt vieler BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 10; SHK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 7.

480. *Ibid.*

481. *Ibid.*

482. Baumann Lorant, 326; wohl auch BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 10; SHK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 7, m.H.a. auf die Normgebungsgeschichte, aber ohne Analyse der Rechtsfolgen. Gl.M. wie hier wohl KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 4, der darauf hinweist, das oberste Stiftungsorgan müsse «lediglich angehört werden».

483. Zur Praxis der ESA: <https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten> FAQ («Wie passe ich generell den Zweck einer Stiftung an?»).

ZGB – wo dies explizit im Gesetzestext verankert ist –, sondern auch bei Organisationsänderungen gemäss Art. 85 ZGB nicht nur ein **Anhörungsrecht**, sondern ein **Antragsrecht** hat. Angesichts des derzeit geltenden Gesetzeswortlauts ist u.E. allerdings fraglich, ob es sich hierbei um einen justiziablen Anspruch handelt, oder – wohl eher – lediglich eine *faktische* Initiativmöglichkeit (i.S. eines Anzeigerechts, wie es auch anderen Stiftungsbeteiligten zustehen dürfte)⁴⁸⁴ anzunehmen ist. In der den Autoren bekannten Praxis gehen so gut wie alle Änderungen des Zwecks oder der Organisation einer Stiftung von deren Organen aus.⁴⁸⁵ Entsprechend wäre u.E. die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen Art. 85 und 86 ZGB *de lege ferenda* anzupassen: Erstens beruht die Ungleichbehandlung dieser Sachverhalte auf einem Versäumnis des Gesetzgebers, der diese beiden Vorgänge nicht koordiniert hat.⁴⁸⁶ Ferner und vor allem sprechen auch teleologische Überlegungen für ein justiziables Antragsrecht des obersten Stiftungsorgans auch bei Organisationsänderungen: Für die Stiftung und deren Gedeihen ist es nämlich ebenso wichtig, dass das oberste Stiftungsorgan auf organisationale Unzulänglichkeiten reagieren und die Umwandlungsbehörde zu einem Handeln bewegen kann. Dies ist aktuell bei einer **Weigerung der Aufsichtsbehörde** zur Antragstellung bzw. beim Regelfall von Identität von Aufsicht- und Umwandlungsbehörde zum Erlass einer Verfügung zwar ebenfalls möglich, aber dies muss über den **Rechtsmittelweg** und letztinstanzlich über eine **Beschwerde in Zivilsachen** an das Bundesgericht erstritten werden.⁴⁸⁷ Ist die Änderung einmal verfügt, steht dem obersten Stiftungsorgan zwar kein eigentliches Vetorecht zu.⁴⁸⁸ Es steht aber auch hier ein Rechtsmittelverfahren zur Verfügung. Eine Anfechtung steht nicht nur den Stiftungsorganen offen, sondern auch den **Destinatären**, die aber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder eine Parteistellung noch ein vorgängiges Anhörungsrecht im Abänderungsverfahren haben.⁴⁸⁹ U.E. sollten sie aber im Sinne einer vorausschauenden Planung und einer erhöhten

484. SHK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 8, nennt «Minderheitsstiftungsräte», andere Organträger oder Funktionäre der Stiftung, den Stifter, Destinatäre und Dritte.

485. So auch KUKO ZGB-Jakob, Art. 85 N. 4.

486. Ausdrücklich SHK ZGB-Riemer, Art. 85 N. 7.

487. BGE 96 I 406; dazu etwa BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 11.

488. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 85/86 N. 11.

489. BGer 5A.4/2007 vom 11.10.2007 E. 2. und 3.

Rechtssicherheit möglichst frühzeitig in den Abänderungsprozess eingebunden werden, um spätere Anfechtungen zu vermeiden.

- Bei **Familienstiftungen** gehen die ältere und grundsätzlich weiterhin gültige **Rechtsprechung des Bundesgerichts** und die **herrschende Meinung** von einem **eigenständigen Änderungsrecht des Stiftungsrats** aus, der ohne eine vorgängige gerichtliche Genehmigung über die Änderungen entscheiden kann.⁴⁹⁰ Gebunden bleibt er dabei aber an die inhaltlichen Voraussetzungen von Art. 85 f. ZGB und an das Gebot einer ordnungsgemässen Ermessensausübung. Bei Verletzungen greift eine Haftung des obersten Stiftungsorgans. Eine ältere **Mindermeinung** ist der Auffassung, dass das Gericht stets in Organisations- oder Zweckänderungen involviert werden muss.⁴⁹¹ In der Praxis stellt sich das Problem, dass auch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) eine solche, im Gesetzestext nicht angelehnte, gerichtliche Anordnung zu fordern scheint,⁴⁹² was für Familienstiftungen zu langen Verfahren und erheblichen Kosten geführt hat (s. auch OK-Brugger/Humbel, Art. 57 ZGB, N. 13 ff.).⁴⁹³
- Gemäss **Art. 62 Abs. 2 BVG** ist die **zuständige Aufsichtsbehörde** nach Art. 61 ff. BVG auch die Umwandlungsbehörde i.S.d. Art. 85 ff. ZGB für jene Vorsorgeeinrichtungen, die als **Personalfürsorgestiftungen** konstituiert sind. Dabei handelt es sich regelmässig um dieselbe Behörde, die auf kantonaler oder suprakantonomaler Ebene auch die Stiftungsaufsicht übernimmt.⁴⁹⁴

22 Die Statutenänderung muss dem **Handelsregister** gemeldet werden (Art. 97 Abs.1 lit. c HRegV), was bei «klassischen» Stiftungen und

490. Eine eigenständige Abänderungskompetenz bejahend BGE 40 I 245 E. 5 und BGE 50 II 415 E. 3. In der Literatur ferner BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 13a; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 8; Liver, ZBJV 112 (1976), S. 317 f.

491. BK ZGB-Riemer, ST N. 197 ff., 204 f., in welchem der Autor seine bereits in der Voraufgabe von 1975 bzw. im Nachdruck von 1981 geäusserte Lehrmeinung wiederholt. Wohl auch Leu/Gabrieli, FS Künzle, S. 287 ff. (dort ebenfalls mit dem Hinweis auf die ältere Lehre, wonach Familienstiftungen nach ihrer Errichtung überhaupt keine Anpassungen vornehmen dürften und bis zu ihrer Auflösung ihrem Schicksal überlassen seien).

492. Dies wurde auch in BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, E. 9.3 m.w.N. vom Bundesverwaltungsgericht geschützt. Vgl. aber die Kritik in Jakob/Humbel, SJZ 118 (2022), S. 736 ff.; dies., npoR 3 (2022), S. 119 ff.

493. Ausführlich Jakob/Humbel, SJZ 118 (2022), S. 736 ff.; dies., npoR 3 (2022), S. 119 ff.

Personalfürsorgestiftungen von Amtes wegen durch die Umwandlungsbehörde selbst erfolgt.⁴⁹⁵ Entgegen einer früheren kantonalen Praxis, nach der eine öffentliche Urkunde verlangt wurde, die unter dem Genehmigungsvorbehalt durch die Umwandlungsbehörde stand,⁴⁹⁶ bedarf die Änderungsverfügung nach ausdrücklichem Gesetzeswortlaut nunmehr **keiner öffentlichen Beurkundung** mehr (nArt. 86c ZGB, s. OK-Brugger/Humbel, Art. 86c ZGB N. 2).

LITERATURVERZEICHNIS

Amadò Flavio/Manfredi Valentina, Il diritto svizzero delle fondazioni in vigore dal 1° gennaio 2023 e dal 1° gennaio 2024 – Le recenti novità legislative riferite alle fondazioni di diritto svizzero, *Novità giuridiche* 1 (2024), S. 31 ff.

Baumann Lorant Roman, Der Stiftungsrat – Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Diss. Zürich 2009 (= ZStP 214).

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Diss. Zürich 2019 (*Schriften zum Stiftungsrecht* 12).

Egger August, Zürcher Kommentar, Art. 1-89 ZGB. Personenrecht, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 1930.

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung – Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 2024, S. 84 ff.

Eisenring Martin, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Schweizer Handkommentar, Personen- und Familienrecht, Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz*, 4. Aufl., Zürich 2023.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022.

494. Vgl. die Übersicht der Aufsichtsbehörden in <https://www.oak-bv.admin.ch/de/beaufsichtigte/aufsichtsbehoerden>, zuletzt besucht am 6.9.2024.

495. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 1; BK ZGB-Riemer, Vorbem. zu Art. 85–86b N. 9.

496. Vgl. die Hinweise in BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 12.

Grüniger Harold, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Tschäni Rudolf/Daeniker Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015.

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 132 (2013) II, S. 185 ff.

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2023.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, SJZ 118 (2022), S. 736 ff.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen und die Änderungskompetenz des Stiftungsrates, Zugleich eine Besprechung des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16.8.2021, npoR 3 (2022), S. 119 ff.

Leu Daniel/Gabrieli Daniel, Statutenänderung bei Familienstiftungen, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker – Festschrift für Hans Rainer Künzle, 2021, S. 277 ff.

Liver Peter, Rezension zu Riemers Kommentar zum Stiftungsrecht, ZBJV 112 (1976), S. 315 ff.

Malacrida Ralph, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Tschäni Rudolf/Daeniker Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015.

Riemer Hans Michael, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, SZW 2016, S. 70 ff.

Riemer Hans Michael, Stämpfli's Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Sprecher Thomas, Vom Recht des Stifters, «seine» Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter vom 13. März 2023.

Sprecher Thomas, Die Verbrauchsstiftung – Grundlagen, Formen, Wirkungen, Jusletter vom 15. Juni 2020.

Sprecher Thomas, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zürich 2006 (zit. Sprecher, Revision).

Sprecher Thomas/von Salis Ulysses, Die Schweizerische Stiftung, Zürich 1999.

Studen Goran, Die Dachstiftung – Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Diss. Zürich 2011 (=Schriften zum Stiftungsrecht 3).

Uhl Matthias, Kooperation im Stiftungsrecht, Diss. Zürich 2016 (Schriften zum Stiftungsrecht 7).

Von Orelli Lukas, Zur Auslegung des Stifterwillens, Diss., Basel 2019 (Schriften zum Stiftungsrecht 11).

Von Schnurbein Georg / Hengevoss Alice (Center for Philanthropy Studies Universität Basel), Sunset Foundations – Stiftungen auf Zeit.

Wiget Niklaus, Gläubigerschutz bei nichtigen Familienstiftungen, Diss. Zürich 1972 (= ZBR 387).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 86a ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 86a ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 86a ZGB N. XXX.

III. Änderung des Zwecks oder der Organisation infolge Vorbehalt des Stifters

Art. 86a

¹ Die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde ändert den Zweck oder die Organisation einer Stiftung auf Antrag des Stifters oder auf Grund von dessen Verfügung von Todes wegen, wenn in der Stiftungsurkunde eine Zweck- oder Organisationsänderung vorbehalten worden ist und seit der Errichtung der Stiftung oder seit der letzten vom Stifter verlangten Zweck- oder Organisationsänderung mindestens zehn Jahre verstrichen sind. Die Fristen laufen unabhängig voneinander.

² Verfolgt die Stiftung einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck nach Artikel 56 Buchstabe g des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, so muss der geänderte Zweck ebenfalls öffentlich oder gemeinnützig sein.

³ Das Recht auf Änderung des Stiftungszwecks und der Stiftungsorganisation ist unvererblich und unübertragbar. Ist der Stifter eine juristische Person, so erlischt dieses Recht spätestens 20 Jahre nach der Errichtung der Stiftung.

⁴ Haben mehrere Personen die Stiftung errichtet, so können sie die Änderung des Stiftungszwecks oder der Stiftungsorganisation nur gemeinsam verlangen.

⁵ Die Behörde, welche die Verfügung von Todes wegen eröffnet, teilt der zuständigen Aufsichtsbehörde die Anordnung zur Änderung des Stiftungszwecks oder der Stiftungsorganisation mit.

GLIEDERUNG

I. Normentwicklung, -gegenstand und -zweck.....	148
II. Anwendungsbereich	151
A. Persönlicher Anwendungsbereich	151
B. Sachlicher Anwendungsbereich	152
C. Zeitlicher Anwendungsbereich	152
III. Voraussetzungen und Änderungsergebnis.....	153
IV. Verfahren	156
Literaturverzeichnis	157

I. NORMENTWICKLUNG, -GEGENSTAND UND -ZWECK

- 1 Der «Urkonflikt allen stiftungsrechtlichen Denkens»⁴⁹⁷ zwischen dem ursprünglichen, bei Stiftungserrichtung in der Stiftungsurkunde festgelegten und manifestierten Willen der Stifterin oder des Stifters und dem später ggf. aufkommenden Bedürfnis, Einfluss auf die «eigene» Stiftung auszuüben, wurde in der Schweiz lange strikt zugunsten des ursprünglichen Stifterwillens aufgelöst.⁴⁹⁸ Weil dies (theoretisch) zu einer Zurückhaltung von potenziellen Stiftern bei der Wahl der Rechtsform Stiftung führen konnte, wurde dieser **Zielkonflikt** im Zuge der parlamentarischen Initiative (00.461) «Revision des Stiftungsrechts» von (Alt-)Ständerat Fritz Schiesser punktuell entschärft.⁴⁹⁹ Das «zivilrechtliche Herzstück»⁵⁰⁰ der aufgrund der parlamentarischen Initiative per 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Änderungen des Stiftungsrechts⁵⁰¹ sahen denn auch eine **Lockerung des Trennungs- und Erstarrungsprinzips** vor: Unter bestimmten Voraussetzungen sollte es nunmehr möglich sein, das Prinzip der Unveränderlichkeit des Stiftungszwecks⁵⁰² durch einen punktuellen Vorbehalt zu lockern. Im Rahmen der Parlamentarischen Initiative (14.470) «Schweizer Stiftungsstandort. Stärkung» von (Alt-)Ständerat Werner Luginbühl⁵⁰³ wurde diese Vorbehaltsmöglichkeit – analog, d.h. unter denselben Voraussetzungen – auch auf Organisationsveränderungen erstreckt.⁵⁰⁴
- 2 Die Einführung dieser Vorbehaltsmöglichkeit zielte auf den **Wesenskern der Schweizer Stiftungsrechtskonzeption**: In **klassisch-traditionellen Stiftungsrechtsordnung** wie der Schweiz (vor der Reform) und Deutschland wird der Trennungs- und Erstarrungsgrundsatz hochgehalten und Änderungen der einmal perpetuierten Rechtslage sind nur unter engen Voraussetzungen möglich und zulässig.⁵⁰⁵ Dies kontrastiert mit der Grundkonzeption von sog. **Privatstiftungsmodellen**, wie sie etwa den Rechtsordnungen in Österreich oder dem Fürstentum Liechtenstein zugrunde

497. KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 2.

498. Vgl. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 1; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 2.

499. Vgl. dazu <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20000461>.

500. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 1.

501. Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 8.10.2004 (Stiftungsrecht), in Kraft seit 11.1.2006 (AS 2005 4545; BBl 2003 8153, S. 8191).

liegen: In diesen Rechtsordnungen können sich Stifterinnen oder Stifter über die privatautonome Einräumung von sog. Stifterrechten (etwa auf Zweckänderung oder gar Widerruf der Stiftung) starken Einfluss auf «ihre» Stiftung sichern.⁵⁰⁶

Art. 86a ZGB betrifft nur **echte oder genuine Stifterrechte** bzw. **Stifterrechte im eigentlichen Sinn**.³ Damit werden nur jene Rechte umschrieben, mit welchen die Stifterin oder der Stifter nach Stiftungserrichtung Einfluss auf die Stiftung erhalten kann, weil sie auf die *Stifterrolle* zurückkommen können. Genuine Stifterrechte stehen mithin in einem Spannungsverhältnis mit der zentralen stiftungsrechtlichen Prämisse, wonach sich die stiftende Person mit der Errichtung der Stiftung von ihrem Vermögen trennt und der Stiftung fortan wie ein unabhängiger Dritter

502. Im Parlament diskutiert, aber letztlich nicht umgesetzt, wurde auch ein Widerrufsrecht des Stifters: vgl. Art. 88 Abs. 3 des Entwurfes der Parlamentarischen Initiative im Bericht der WAK-S vom 3.5.2001 (https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2000/Kommissionsbericht_WAK-S_00.461_2001-05-03.pdf): «Die Stiftung wird auf Antrag des Stifters oder aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Stifters von Amtes wegen durch Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde aufgehoben, *wenn der Stifter den Widerruf des Stiftungsgeschäftes in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat.*» (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. zum Verzicht auf diese Klausel etwa den Bericht der WAK-S vom 23.10.2003 (BBl 2003 8153, 8160): «[Weiter befasste sich die WAK-S mit der] Idee der Einführung einer Rückübertragungsmöglichkeit. Damit *hätte der Stifter nach einer gewissen Zeit den eingebrachten Betrag oder Teile davon wieder zurückfordern können*, sofern er einen entsprechenden Vorbehalt bei der Errichtung der Stiftung angebracht hätte. Der Rückübertragungsvorbehalt hätte den Stiftern eine Art Gewissheit geben sollen, im schlimmsten Fall noch eine 'Rückversicherung' zu haben sollten sie durch unglückliche Umstände je in eine finanzielle Notlage geraten.» (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch Votum Franz Wicki (AB 2001 S 260): «wenn es in Zukunft möglich wäre, die in die Stiftung eingebrachten Vermögenswerte *aufgrund eines Widerrufs wieder auf die Stifter zurück zu übertragen*»; vgl. weiter ders. (AB 2003 S 1216) «auch ein Rückübertragungsrecht vorgeschlagen [...]. Damit hätte der Stifter nach einer gewissen Zeit den eingebrachten Betrag oder Teile davon wieder zurückfordern können, sofern er bei der Errichtung der Stiftung einen entsprechenden Vorbehalt angebracht hätte.»; Votum Hans Hofmann (AB 2003 S 1219) «Rücküberführbarkeit»; Votum Leutenegger Oberholzer Susanne (AB 2004 N 1175) «[...] vorgesehen, dass ein Stifter oder eine Stifterin sich die Stiftung wieder zurückübertragen kann.»

503. Vgl. dazu <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140470>.

504. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 1; Sprecher, Jusletter vom 13. März 2023, N. 21 ff., s. ferner Amadò/Manfredi, Novità giuridiche 1/2024, 37.

505. Vgl. den Überblick in KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 3.

506. *Ibid.*

gegenübersteht, und ermöglichen im Ergebnis eine *nachträgliche* Willensbildung.⁵⁰⁷ Behält sich die Stifterin oder der Stifter lediglich Rechte vor, die auch jedem *Dritten* eingeräumt werden könnten (z.B. das Recht, als Stiftungsrat zu amten oder Organe zu bestellen), handelt es sich um blosses **Drittrechte**.⁵⁰⁸ Unter **Sonderrechten** versteht man schliesslich gegenüber der Erfüllung des Stiftungszwecks vorbehaltene Rechte zugunsten individueller Personen auf Nutzung, Ge- oder Verbrauch von Substanz oder Erträgen des Stiftungsvermögens, die in der Regel deswegen (und zulässigerweise) vorbehalten werden, damit die Stiftungsgründung nicht aufgeschoben werden muss.⁵⁰⁹

- 4 Das Ziel der parlamentarischen Initiativen zur Einführung und Erweiterung des Zweckänderungsvorbehalts von Art. 86a ZGB war eine **massvolle Flexibilisierung des Stiftungsgerüsts**. Anders als in echten Privatstiftungsrechtsordnungen wurde in den parlamentarischen Debatten auch von einem Widerrufsrecht des Stifters Abstand genommen und «lediglich» die Möglichkeit eines Zweckänderungsvorbehalts als Mittelweg verabschiedet.⁵¹⁰
- 5 Im Schrifttum wurde die Einführung dieses Stifterrechts **teils begrüsst**,⁵¹¹ **teils** aufgrund einer möglichen Missbrauchsanfälligkeit und eines geringen Praxisbedürfnisses **kritisch hinterfragt**.⁵¹² Im Hinblick auf die Möglichkeit eines Zweckänderungsvorbehalts lässt sich festhalten, dass sich weder die Befürchtungen eines verbreiteten Missbrauchs noch die Erwartungen an einen grossen Nutzen in der Stiftungspraxis realisiert haben. Im Gegenteil scheint – jedenfalls bisher – nur **selten** auf dieses Instrument zurückgegriffen worden zu sein.⁵¹³ Es bleibt abzuwarten, ob die Ausdehnung dieses

507. Vgl. zum Ganzen Jakob, ZSR 132 (2013) II, S. 288 f.; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 1.

508. Vgl. zum Ganzen Jakob, in: FS Werner, 106 f.; ders., ZSR 132 (2013) II, S. 288 f.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 4 ff.

509. Statt aller BSK ZGB I-Grüniger, Art. 80 N. 10.

510. Vgl. Fn. 6 oben.

511. Positiv etwa Jakob, RIW 9 (2005), 669 ff.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 3, wo dies als «Mittelweg» beschrieben wird, der «funktionelle Elemente mit traditioneller Dogmatik verbinde [...]».

512. Kritisch v.a. BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 21; SHK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 7. vgl. zudem den Hinweis auf die Systemwidrigkeit solcher Zweckänderungsmöglichkeiten in Hausheer/Aebi-Müller, N. 1274; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 1; BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 21 f.; SHK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 1, 4.

513. Sprecher, Jusletter vom 13.3.2023, N. 25 m.w.H.

Instruments auf Organisationsvorbehalte zu einer regeren Nutzung dieser Möglichkeit führen wird. In der Praxis bedient man sich allerdings seit langem anderer Instrumente, etwa leichter modifizierbarer Organisationsreglemente, die ohne anderslautende Bestimmung durch einfachen schriftlichen Beschluss abgeändert werden können.

II. ANWENDUNGSBEREICH

A. Persönlicher Anwendungsbereich

Nach den Materialien⁵¹⁴ und der (sich darauf berufenden) herrschenden 6 Auffassung in der Lehre soll Art. 86a ZGB **ausschliesslich auf klassische Stiftungen und nicht auch auf Familien- und kirchliche Stiftungen sowie auf Personalfürsorgestiftungen**⁵¹⁵ **anwendbar** sein, weil es sich um ein «qualifiziertes Schweigen» des Gesetzgebers handle.⁵¹⁶ Die Gegenauffassung hebt u.E. mit guten Gründen hervor, dass es für eine unterschiedliche Behandlung von Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen zu klassischen Stiftungen kaum sachliche Gründe gibt und die Ausnahme auch nicht der üblichen Normgebungssystematik zu Familien- und kirchlichen Stiftungen entspricht, deren Sonderregelungen ansonsten *expressis verbis* ins Gesetz aufgenommen würden (s. im Detail auch OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB N. 16).⁵¹⁷ Im Rahmen der anstehenden Revision des Familienstiftungsrechts sollte der Gesetzgeber diese Ungleichbehandlung beheben.⁵¹⁸

514. Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates über die parlamentarische Initiative zur Revision des Stiftungsrechts vom 23.10.2003, BBl 2003, 8153 ff., 8170: «Artikel 86a ZGB äussert sich nicht zur Änderung des Stiftungszwecks (auf Antrag des Stifters) bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen, die keinerlei behördlicher Aufsicht unterstehen (Art. 87 Abs. 1 ZGB). Hierbei handelt es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes. [...] Die neue Regelung ist somit hauptsächlich auf die so genannten klassischen Stiftungen ausgerichtet. Die Einführung eines Rechts des Stifters, die Änderung des Zwecks einer Familienstiftung oder einer kirchlichen Stiftung zu beantragen, würde Spezialbestimmungen erfordern, die über den Rahmen der gegenwärtigen Revision hinausgehen».

515. So BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 2.

516. KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 20; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 2; BK-Riemer, Art. 86a N. 4 (aber: SHK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 1 Fn. 4); Sprecher, Revision, N. 206.

517. SHK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 1 Fn. 4; ferner Brugger, Familienphilanthropie, S. 147 f.

518. Brugger, AJP 5 (2025), 494 f.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

- 7 Aus systematischen Erwägungen (Marginalie Ziff. I, II und III einerseits und Marginalie Ziff. IV andererseits) ergibt sich, dass es sich bei den Änderungen i.S.v. Art. 86a ZGB zunächst prinzipiell um **wesentliche Organisations- oder Zweckänderungen** handelt.⁵¹⁹ Im Rahmen des Änderungsvorgangs kann *a maiore ad minus* **auch eine unwesentliche Änderung** i.S.v. Art. 86b ZGB verlangt werden.⁵²⁰
- 8 Erfasst vom Zweckänderungsvorbehalt sind auch hier **Auflagen und Bedingungen** i.S.v. Art. 86 Abs. 2 ZGB.⁵²¹

C. Zeitlicher Anwendungsbereich

- 9 Im Hinblick auf den **zeitlichen Anwendungsbereich** stellt sich die Frage, ob und inwiefern auch rückwirkend Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalte eingeführt werden können.⁵²² Dies betrifft zum einen (neu gegründete) Stiftungen, die solche Klauseln zwischen der Verabschiedung der Novelle und deren Inkrafttreten in ihre Statuten eingefügt haben, und zum anderen präexistierende Stiftungen, die diese Möglichkeit nachträglich einführen möchten. Ersteres ist gemäss Behördenpraxis richtigerweise zulässig.⁵²³ Dem dürfte u.E. zuzustimmen sein, wenn man den Beginn der Zehnjahresfrist auf den Tag des Inkrafttretens der Novelle legt.⁵²⁴ Letzteres wird teils unter Berufung auf Art. 1 und 2 SchlT ZGB und die Materialien abgelehnt.⁵²⁵ Wie Sprecher nachgewiesen hat, sind die entsprechenden Verweise aber nicht zielführend, weshalb sich den Materialien keine klare Antwort entnehmen lässt.⁵²⁶ Mit Riemer ist bei noch lebenden Stiftern oder juristischen Personen als Stiftern die **Gefahr einer Umgehung** von Art. 86 und 86b ZGB zu betonen, wenn man die

519. Gl.M. zum bisherigen Recht SHK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 3.

520. *Ibid.*

521. SHK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 3.

522. Dies apodiktisch ablehnend das VGer ZH vom 30.4.2008, ZR 108 (2008) Nr. 6 S-169-172, E. 3.1, 171.

523. Vgl. ESA, Merkblatt zum Anbringen des Organisationsvorbehalts vor Inkrafttreten, 9.1.2023, <Merkblatt zum Organisationsänderungsvorbehalt>.

524. Gl.M. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 11.

525. Vgl. die Hinweise in CHK ZGB-Eisenring, Art. 86a N. 2; dazu auch BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 12; Sprecher, Revision, N. 232.

526. Sprecher, Revision, N. 229 ff.

nachträgliche Einführung vorbehaltlos bejaht.⁵²⁷ U.E. gibt bereits der Wortlaut von Art. 86a ZGB einen entscheidenden Fingerzeig, indem verlangt wird, dass der Zweckänderungsvorbehalt in der Stiftungsurkunde vorbehalten sein muss. Daraus fliesst nach unserem Dafürhalten, dass eine nachträgliche Einführung des Zweckänderungsrechts *de lege lata* nicht möglich sein sollte. Insofern in der Lehre vertreten wird, dass der Zweckänderungsvorbehalt gemäss Art. 86a im Rahmen einer Anpassung über die **Art. 85 ff. ZGB verlaufen** und an der **Erfüllung von deren Voraussetzungen** erfolgen müsste,⁵²⁸ ist darauf hinzuweisen, dass die Behörden in Ermangelung klarer übergangsrechtlicher Bestimmungen dem Vernehmen nach solchen nachträglichen Änderungen kritisch bis ablehnend gegenüberstehen.⁵²⁹ U.E. wäre deshalb eine gesetzliche Klarstellung der Zulässigkeit einer nachträglichen Einführung des Zweckänderungsvorbehalts im Rahmen der anstehenden Revision des Rechts der Familienstiftungen zu begrüssen.

III. VORAUSSETZUNGEN UND ÄNDERUNGSERGEBNIS

Die an die Einführung und Ausübung eines Organisations- oder Zweckänderungsvorbehalt gestellten **Voraussetzungen** sind **verhältnismässig gering**.⁵³⁰

Vorausgesetzt wird erstens, dass bei Stiftungserrichtung (bzw. im Rahmen des Zulässigen bei einer nachträglichen Modifizierung der Statuten) ein entsprechender **Vorbehalt** zum Zweck oder der Organisation **in der Stiftungsurkunde** angebracht wird. Der Vorbehalt sollte insofern ausdrücklich erfolgen, als klargestellt sein sollte, dass eine Zweck- oder Organisationsänderung i.S.v. Art. 86a ZGB möglich ist. Dabei ist u.E. aber weder zwingend erforderlich, die Bestimmung zu erwähnen, noch müssen Richtung oder Inhalt der veränderten Zweck- oder Organisationsbestimmung

527. BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 11, ST N. 761. Aus diesem Grund lehnen die ESA und die kantonalen Aufsichtsbehörden eine entsprechende nachträgliche Einführung eines Änderungsvorbehalts ab.

528. KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 9.

529. Die Eidgenössische Stiftungsaufsicht lehnt solche nachträglichen Einführungen von Zweckänderungsrechten ab, siehe <https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten> («Habe ich als Stifterin das Recht, den Zweck der von mir gegründeten Stiftung nachträglich anzupassen (Stiftervorbehalt)?»).

530. Diese Beschränkungen dennoch als «unbillig und damit ungerechtfertigt» taxierend aber Vez, ZBJV 4 (2007), S. 241 f.

bestimmt sein. Letztere dürfen, aber müssen nicht, offen bleiben;⁵³¹ eine statutarische Einschränkung ist nicht erforderlich und aus planerischen Überlegungen auch meist nicht empfehlenswert. Art. 86a ZGB erlaubt es auch, eine klassische Stiftung zu einer Familienstiftung oder einer kirchlichen Stiftung umzuformen.⁵³² Während der neue Zweck oder die neue Organisation sich also grundlegend von der ursprünglichen Regelung unterscheiden kann, setzt Abs. 2 gewisse **inhaltliche Grenzen**: Danach dürfen Stiftungen, die einen **öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck** nach Art. 56 lit. g DBG⁵³³ verfolgen, ihren Zweck zwar verändern, der geänderte Zweck muss aber ebenfalls öffentlich oder gemeinnützig sein. Diese Bestimmung soll legitimerweise Umgehungsversuche verhindern, allerdings wirkt ihre Verankerung im Zivilrecht dogmatische Fragen auf, zumal das Steuerrecht eigene Instrumente zur Umgebungsbekämpfung kennt.⁵³⁴ Die meisten Steuerbehörden legen bei der Steuerbefreiung einer Stiftung denn auch in aller Regel in der entsprechenden Verfügung fest, dass die Stiftung den steuerbefreiten Zweck dauerhaft erfüllen müsse.

- 12 Zweitens ist erforderlich, dass der oder die berechtigten Stifter bei der **zuständigen Behörde** einen entsprechenden **Antrag** auf Änderung der Stiftungsurkunde stellen oder dies durch eine **Verfügung von Todes wegen** erfolgt und dies der Änderungsbehörde von der erbrechtlichen Eröffnungsbehörde mitgeteilt wird (Abs. 5).⁵³⁵ Zu beachten ist dabei, dass die Änderungsbehörde (anders als i.R.v. Art. 86 ZGB) bei Vorliegen eines Vorbehalts und einer gültigen Ausübung des **Antragsrechts** keinerlei Ermessen hat und die Änderung verfügen muss.⁵³⁶ Das Antragsrecht ist **höchstpersönlicher Natur**⁵³⁷ und kann **weder vererbt noch übertragen** werden (Abs. 3, 1. Satz), ist aber einer blossen Ausübung durch einen **bevollmächtigten Vertreter** zugänglich.⁵³⁸ Die Höchstpersönlichkeit führt

531. S. auch CHK ZGB-Eisenring, Art. 86a N. 3; darauf verweisend BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 3.

532. Siehe OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB N. 16 m.w.H.

533. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14.12.1990 (SR 642.11). Die Bestimmung ist richtigerweise als dynamische Verweisung zu verstehen, vgl. BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 15.

534. Ähnlich BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 3.

535. Die (Testament-)Eröffnungsbehörde unterliegt einer entsprechenden Mitteilungspflicht, vgl. BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 19; ferner BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 4.

536. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 8; SHK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 2.

537. KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 7; zur Problematik bereits ders., Schutz der Stiftung, S. 150 ff.

dazu, dass der verbeiständete, aber urteilsfähige Stifter Abänderungsrechte eigenständig geltend machen kann (Art. 407 i.V.m. Art. 19c–19d ZGB).

Bei **juristischen Personen** erlischt dieses Recht **20 Jahre nach Errichtung** ¹³ der Stiftung (Abs. 3, 2. Satz), wobei u.E. auf den Zeitpunkt des Handelsregistereintrags abzustellen ist. Der Gesetzgeber wollte damit eine Perpetuierung durch Zwischenschaltung einer juristischen Person verhindern.⁵³⁹ Existieren **mehrere Stifter**, müssen sie das **Änderungsrecht gemeinsam** ausüben (Einstimmigkeitserfordernis, Abs. 4).⁵⁴⁰ Diese Voraussetzung ist zwingend, verstirbt einer der Stifter, kann das Änderungsrecht nicht mehr ausgeübt werden.⁵⁴¹ Bei der Ausübung des Antragsrechts handelt es sich nach der gesetzgeberischen Konzeption nicht um ein Gestaltungsrecht, vielmehr setzt die Änderung die Mitwirkung durch die Behörden voraus und ist bis zur eigentlichen Verfügung deshalb auch durch eine entsprechende Willensäusserung des oder der Stifter **widerruflich**.⁵⁴²

Schliesslich wird in zeitlicher Warte vorausgesetzt, dass seit der ¹⁴ Stiftungserrichtung oder der letzten vom Stifter verlangten Änderung **mindestens zehn Jahre** verstrichen sind. Zweck dieser Frist ist es, eine gewisse Beständigkeit der Stiftung zu gewährleisten⁵⁴³ und sie nicht den «Launen» der Stifterin oder des Stifters auszusetzen, was sich negativ auf ihre Tätigkeit auswirken könnte. Der **Fristenlauf** wird ab dem **Zeitpunkt des Handelsregistereintrags** bei der Errichtung der Stiftung berechnet und bei späteren Änderungen ab deren Rechtskraft.⁵⁴⁴ Dies gilt entgegen dem Wortlaut (Zeitpunkt des «Verlangens durch den Stifter») und ergibt sich aus der Tatsache, dass nicht der Antrag, sondern die spätere Verfügung durch die Änderungsbehörde die Stiftungsurkunde abändert (s. oben N. 12), weshalb es nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung ankommen kann. Bei zeitverlagerten Zweck- und Organisationsänderungen können die Fristen unabhängig voneinander ausgelöst werden und laufen (Abs. 1, letzter Satz). Ob

538. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 5; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 7; BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 16; Sprecher, Revision, N. 213.

539. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 5; Sprecher, Revision, N. 219.

540. BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 18: gemeinschaftliche Ausübung. Zur gemeinsamen Stiftungserrichtung Jakob, Schutz der Stiftung, 155 ff., 162 f.

541. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 8; Sprecher, Revision, N. 214.

542. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 6.

543. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 7; Sprecher, Revision, N. 218.

544. BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 13; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 7

eine vor Ablauf der Zehnjahresfrist geäusserte Änderung gültig ist und die Behörde das Gesuch bis zum Fristablauf «auf Eis», aber pendent halten und dann entsprechend verfügen muss, ist nicht geklärt. Die Materialien sprechen sich dafür aus,⁵⁴⁵ Riemer erachtet solche verfrühten Anträge des Stifters für nichtig und verlangt von der Behörde, entsprechende Anträge zurückzuweisen.⁵⁴⁶ Die Frage der Gültigkeit von antizipierten Willensäusserungen ist dort virulent, wo der Stifter nicht mehr nach Ablauf der Zehnjahresfrist verfügen kann, sei es wegen eintretender Urteilsunfähigkeit oder wegen Tod. Zuzustimmen ist Riemer dahingehend, dass der Änderungswille vorliegen muss, nachdem die Zehnjahresfrist abgelaufen ist. Riemer lässt es dabei richtigerweise auch zu, dass eine Verfügung von Todes wegen bereits vor Ablauf der Zehnjahresfrist errichtet wird, sofern der Stifter erst nach Ablauf der Frist verstirbt. U.E. sollte eine Behörde bei drohender Urteilsunfähigkeit gleich verfahren: Wird der Antrag vor Ablauf der Zehnjahresfrist gestellt und tritt nach Ablauf der Frist die Urteilsunfähigkeit des Stifters ein, sollte dem Antrag auf Abänderung stattgegeben werden, es sei denn, es sprechen Umstände dafür, dass der Stifter im Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit keinen Abänderungswillen mehr hatte.

- 15 Die **Fristenberechnung** richtet sich dabei nach Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR umfasst zehn Jahre, die Wendung «mindestens» kann m.a.W. nicht so ausgelegt werden, dass aus weiteren Umständen eine längere Frist zu beachten ist. Selbstverständlich kann ein Antrag auf Abänderung auch erst nach (deutlich) mehr als zehn Jahren eingereicht werden. Abänderungen sind selbst viele Jahre nach Stiftungserrichtung bzw. der letzten Abänderung zulässig, vorausgesetzt die verfügenden Personen sind weiterhin geschäftsfähig.

IV. VERFAHREN

- 16 Das Verfahren einer Änderung aufgrund eines Änderungsvorbehalts wird durch einen **Antrag** oder die entsprechende Anordnung in einer Verfügung

545. Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 23.10.2003 BBL 8169 viertes Lemma: «Wird der Antrag auf Zweckänderung vor Ablauf der Frist von zehn Jahren gestellt, muss die zuständige Behörde mit dem Erlass ihrer Verfügung zuwarten; die frühzeitige Einreichung stellt somit keinen Grund für die Ablehnung des Antrags dar».

546. BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 13.

von Todes wegen eingeleitet. Die zuständige Änderungsbehörde ist bei rechtsgenügendem Antrag verpflichtet, die Änderung vorzunehmen und eine entsprechende Verfügung zu erlassen. Der **Behörde kommt dabei kein Ermessen** zu: Sie darf nur das Vorliegen der vorstehend erläuterten Voraussetzungen prüfen. Der oder die Stifter haben bei gegebenen Voraussetzungen einen entsprechenden Anspruch auf Zweck- oder Organisationsänderung.⁵⁴⁷

Die Änderungsbehörde meldet die Änderung dem zuständigen **Handelsregisteramt** zur Eintragung an. Die **Wirkungen** des Handelsregistereintrags gegenüber Dritten richten sich nach **Art. 936b OR**.⁵⁴⁸

LITERATURVERZEICHNIS

Amadò Flavio/Manfredi Valentina, Il diritto svizzero delle fondazioni in vigore dal 1° gennaio 2023 e dal 1° gennaio 2024 – Le recenti novità legislative riferite alle fondazioni di diritto svizzero, *Novità giuridiche* 1 (2024), S. 31 ff.

Brugger Lukas, Familienphilanthropie – Familienstiftungen mit gemischten Zwecken, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 135 ff. (zit. Brugger, Familienphilanthropie).

Brugger Lukas, Modelle für eine zeitgemässe Schweizer Familienstiftung – eine Auslegeordnung nach der Annahme der Motion Burkart, *AJP* 5 (2025), S. 485 ff.

Eisenring Martin, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Schweizer Handkommentar, Personen- und Familienrecht, Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz*, 4. Aufl., Zürich 2023.

Grüninger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5. A., Bern 2020.

Jakob Dominique, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), *Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl., Basel 2018.

547. Zum Ganzen BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 9.

548. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86a N. 10. Weiterführend BK ZGB-Riemer, Art. 86a N. 14.

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 132 (2013) II, S. 185 ff.

Jakob Dominique, Stifterrechte zwischen Privatautonomie und Trennungsprinzip – Möglichkeiten und Konsequenzen der Einflussnahme des Stifters auf seine Stiftung unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen des schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Rechts, in: Bayer/Koch/Körber/Saenger (Hrsg.), Gründen und Stiften, Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, Baden-Baden 2009, S. 101 ff.

Jakob Dominique, Schutz der Stiftung, Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006 (zit. Jakob, Schutz der Stiftung).

Jakob Dominique, Das neue Stiftungsrecht der Schweiz, RIW 9 (2005), S. 669 ff.

Riemer Hans Michael, Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK ZGB-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer).

Sprecher Thomas, Vom Recht des Stifters, «seine» Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter vom 13. März 2023.

Sprecher Thomas, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zürich 2006 (zit. Sprecher, Revision).

Vez Parisima, Thesen zu einem neuen Stiftungsverständnis, ZBJV 4 (2007), S. 229 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 86b ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 86b ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 86b ZGB N. XXX.

IV. Unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde

Art. 86b

Die Aufsichtsbehörde kann nach Anhörung des obersten Stiftungsorgans unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde vornehmen, sofern dies aus sachlichen Gründen als gerechtfertigt erscheint und keine Rechte Dritter beeinträchtigt.

GLIEDERUNG

I. Normentwicklung 161

II. Anwendungsbereich, Voraussetzungen und praktische Umsetzung 162

 A. Anwendungsbereich 162

 B. Voraussetzungen 164

III. Verfahren 165

Literaturverzeichnis 165

I. NORMENTWICKLUNG

Art. 86b ZGB wurde wie kaum eine andere Norm im Schweizer Stiftungsrecht 1 durch Bedürfnisse der Praxis geprägt. Ursprünglich kannte das Schweizer Stiftungsrecht vor dem Hintergrund eines streng verstandenen Trennungs- und Erstarrungsprinzips nur die stark eingeschränkte Möglichkeit, die Statuten unter den Voraussetzungen von Art. 85 f. ZGB zu ändern (vgl. OK-Brugger/Humbel, Art. 85/86 N. 2). Allerdings waren diese Bestimmungen auf wesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde bzw. Statuten ausgerichtet. Der korrekte Umgang mit weniger weitreichenden Änderungen war gesetzlich nicht geregelt worden, was die Doktrin und Praxis⁵⁴⁹ dazu veranlasste, eine echte Gesetzeslücke anzunehmen und i.S.e. Rechtsfindung *modo legislatoris* nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden.⁵⁵⁰ Letztere sollten danach zulässig sein, wenn sie im Interesse einer wirksameren Zweckerfüllung liegen, aus «triftigen sachlichen Gründen» geboten erscheinen und keine Rechte Dritter verletzt werden.⁵⁵¹

Die von Art. 85 f. ZGB für klassische Stiftungen errichtete Ordnung stellte vor 2 allem für Personalfürsorgestiftungen ein allzu enges Korsett dar, weil diese eine höhere Anpassungsfähigkeit an gewandelte Verhältnisse erfordern, der mit der gesetzlichen Ordnung nicht Genüge getan werden konnte. Dessen ungeachtet anerkannte das Bundesgericht die vorgenannte Unterscheidung in einem eine Personalfürsorgestiftung betreffenden Leitentscheid nicht nur in diesem Teilbereich, sondern für alle Stiftungen.⁵⁵²

Diese Rechtsprechung *praeter legem* wurde sodann mit dem Reformgesetz 3 vom 8. Oktober 2004 erstmals in Gesetzesform gegossen (Art. 86b ZGB).⁵⁵³ In der Praxis wurde (und wird) weit häufiger auf diese Norm zurückgegriffen als auf die Umwandlungstatbestände i.e.S. (Art. 85 und 86 ZGB)⁵⁵⁴ und die

549. BGE 103 Ib 161 E. 2.

550. Grundlegend das Gutachten des Bundesrichters Schönenberger, ZSR 66 (1947), S. 41 ff., insb. S. 58 ff. Ferner BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86b N. 2; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86b N. 1; BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 5 ff.

551. Eingehend zur früheren Lehre BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 5 ff., insb. 10. Ferner KUKO ZGB-Jakob, Art. 86b N. 1.

552. Grundlegend BGE 103 Ib 161 E. 2.

553. AS 2005 4545. Vgl. dazu auch KUKO ZGB-Jakob, Art. 86b N. 2.

Umwandlungsbehörden boten mit einer meist pragmatischen Herangehensweise Hand für unwesentliche Änderungen. Um diese liberale Haltung zu zementieren, schlug die parlamentarische Initiative von Alt-Ständerat Werner Luginbühl in Ziff. 4 2. Halbsatz eine weitere Vereinfachung vor⁵⁵⁵. Nachdem die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats diese Forderung für mehrheitsfähig erachtete, haben die eidgenössischen Räte die heute geltende Fassung verabschiedet.⁵⁵⁶ Danach setzt eine unwesentliche Änderung seit dem 1. Januar 2024 keine «triftigen» sachlichen Gründe mehr voraus und muss nicht mehr «geboten» sein. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die Änderung «als gerechtfertigt erscheint».⁵⁵⁷

II. ANWENDUNGSBEREICH, VORAUSSETZUNGEN UND PRAKTISCHE UMSETZUNG

A. Anwendungsbereich

- 4 Art. 86b ZGB ist auf alle gesetzlichen und faktischen Stiftungstypen anwendbar. Insbesondere findet er neben klassischen und Personalfürsorgestiftungen⁵⁵⁸ auch auf kirchliche und Familienstiftungen Anwendung (zum Verfahren s. nachstehend N. 9 ff.).⁵⁵⁹
- 5 In sachlich-inhaltlicher Hinsicht sind die Grenzen der Anwendbarkeit fließend.⁵⁶⁰ Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 86b ZGB ist, dass

554. S. zur Abgrenzung BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 10; SHK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 1.

555. Parlamentarische Initiative «Schweizer Stiftungsstandort. Stärkung» (14.470), eingereicht von (Alt-)Ständerat Werner Luginbühl <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20140470>>.

556. Vgl. Parlamentarische Initiative. Schweizer Stiftungsstandort, Stärkung. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22.2.2021 (BBl 2021 485); ferner Parlamentarische Initiative Schweizer Stiftungsstandort, Stärkung Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22.2.2021. Stellungnahme des Bundesrates (BBl 2021 1169).

557. Statt vieler Sprecher, Jusletter vom 13. März 2023, N. 19, s. ferner Amadò/Manfredi, *Novità giuridiche* 1 (2024), S. 37.

558. Bei Patronalen Wohlfahrtsfonds wurde mit der Revision von Art. 89a Abs. 8. Ziff. 4 die möglichen Leistungen erweitert. Nach Art. 6^{bis} SchlT ZGB können entsprechende Zweckänderung (ausweislich der Materialien BBl 2023 2077, BBl 2023 2481) vorgenommen werden, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 86 oder Art. 86b erfüllt sein müssen. Ausserhalb dieses engen Anwendungsbereichs bleibt selbstverständlich Raum für Änderungen nach Art. 86 oder Art. 86b ZGB.

die Anpassungen am Wesen der Stiftung nichts Grundlegendes verändert⁵⁶¹ und ihre identitätsprägenden bzw. -bestimmenden Merkmale unverändert lässt.⁵⁶² Weil dies sich nicht pauschal *ex ante* verifizieren lässt, muss in jedem Einzelfall individuell festgestellt werden, ob es sich tatsächlich um eine *unwesentliche* Änderung handelt.⁵⁶³ Freilich haben sich in der Praxis verschiedene Fallgruppen herausgebildet, in denen typischerweise eine unwesentliche Änderung vorliegen dürfte. Zu nennen sind Änderungen von Namen und Sitz (vgl. aber OK-Brugger/Humbel, Art. 85/86 N. 9),⁵⁶⁴ die Einführung einer Revisionsstelle aufgrund geänderter gesetzlicher Vorgaben (Einführung von Art. 83b ZGB), die Anpassung der Liquidationsbestimmungen an geänderte steuerrechtliche Vorgaben, die geringfügige Modifikation von Verfahrensabläufen (Einberufungsfristen, Beschlussquoren, Protokollierung, Honorierung u.ä.) sowie Präzisierungen des Destinatärskreises (etwa im Rahmen einer Anpassung des Destinatärskreises an gewandelte gesellschaftliche Ansichten, wie sie etwa im Rahmen des PartG und der «Ehe für alle» zum Ausdruck gekommen sind, freilich jedoch nur, wenn diese dem ursprünglichen oder hypothetischen Stifterwillen entsprechen).⁵⁶⁵ Nach gewissen Autoren sind auch Änderungen von Urkundenbestimmungen betreffend die Nichtanzehrung des Stiftungskapitals (zur Weiterverfolgung des Stiftungszwecks bei stark gesunkenen Kapitalerträgen)⁵⁶⁶ sowie die Erweiterung von Fürsorgezwecken bei Personalfürsorgestiftungen⁵⁶⁷

559. Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz *a maiore ad minus*. Gl.M. wie hier, aber ohne Begründung BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 16.

561. In den Worten des Bundesgerichts dürfen unwesentliche Änderungen «weder den eigentlichen Stiftungszweck verletzen, [sic] noch gegen Anordnungen der Stiftungsurkunde verstossen, von denen angenommen werden muss, dass sie nach dem Willen des Stifters als wesentlich und unabänderlich gelten sollen», BGE 103 Ib 161 E. 2.

562. S. dazu KUKO ZGB-Jakob, Art. 86b N. 3.

563. Gl.M. KUKO ZGB-Jakob, Art. 86b N. 3. Keine praktische Hilfe ist in diesem Zusammenhang die teils im Schrifttum anzutreffende Formel, wonach die Änderung aller Urkundenbestimmungen, die nicht wesentlich sind, unwesentliche Änderungen darstellen, SHK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 7.

564. SHK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 7; nach der von Riemer vertretenen Auffassung handelt es sich immer um unwesentliche Änderungen, vgl. BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 11, was u.E. unter verändertem Recht nicht mehr überzeugen kann, dazu OK-Brugger/Humbel, Art. 85/86 ZGB N. 9.

565. Dazu *inter alia* BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86b N. 2; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86b N. 3; SHK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 7; weitere Beispiele in BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 20 f.

566. SHK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 7.

567. BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 7; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 86b N. 2.

unwesentlicher Natur. U.E. ist dies in diesen potenziell folgeschweren Bereichen aber stark vom Einzelfall abhängig und deshalb sorgfältig zu verifizieren. In solchen Situationen ist der Stifterwille besonders schutzbedürftig.⁵⁶⁸

B. Voraussetzungen

- 6 Unwesentliche Änderungen sind nach dem neuen Gesetzeswortlaut unter den folgenden Voraussetzungen zulässig: Erstens müssen sie aus sachlichen (d.h. objektiven) Gründen als gerechtfertigt erscheinen. Die vom Bundesgericht in BGE 103 Ib 161 geforderten schützenswerten Interessen⁵⁶⁹ sind dabei stets gegeben, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Deshalb bilden sie keine eigenständige Voraussetzung.
- 7 Zweitens ist – unverändert – erforderlich, dass die Änderung keine Drittrechte beeinträchtigt. Dazu gehören nach der Rechtsprechung auch die Destinatärsrechte oder spezielle Wahlrechte.⁵⁷⁰ In der Praxis wird aufgrund dieses Erfordernisses im Vorfeld einer Änderung häufig der Austausch mit betroffenen Dritten gesucht und deren schriftliches Einverständnis zur Statutenänderung eingeholt.
- 8 Im Zusammenhang mit Fusionen und Vermögensübertragungen erübrigt sich ein Vorbehalt, wie er für Art. 86 ZGB erforderlich war, weil die Voraussetzungen einer Fusion (gemäss Art. 78 Abs. 2 FusG) und einer Vermögensübertragung (gemäss Art. 86 Abs. 2 FusG) *materiell* jenen einer unwesentlichen Urkundenänderung nach Art. 86b ZGB entsprechen.⁵⁷¹ Verlangt wird hierfür nämlich, dass die Fusion (oder Vermögensübertragung) «sachlich gerechtfertigt ist und insbesondere der Wahrung des Stiftungszwecks entsprechen» sowie die «Rechtsansprüche der Destinatäre der beteiligten Stiftungen» wahren. Ein entsprechender Vorgang kann aber nicht einen bewussten (und aus der Stiftungsurkunde ersichtlichen) Stifterentscheid konterkarieren, getrennte Entitäten zu errichten, anstatt einer bestehenden Stiftung eine Zustiftung zu machen. In solchen Fällen bleibt das Ermessen der handelnden Stiftungsorgane naturgemäss an den ursprünglichen Stifterwillen

568. Von Orelli, S. 165 ff.

569. Vgl. die dortige E. 2, wo dies als «positive Voraussetzung» umschrieben wird.

570. Exemplarisch vgl. BGer, Urteile 5A_719/2017, 5A_734/2017 sowie 5A_725/2017; ferner BVGer B-565/2015 vom 4.10.2015 («Stefanini-Stiftung»), betr. Abschaffung des Wahlorgans.

571. SHK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 9.

gebunden, dessen Abänderung ihrerseits den Voraussetzungen von Art. 86 ZGB genügen müsste.

III. VERFAHREN

Das Verfahren hängt vom Stiftungstyp ab: Bei klassischen Stiftungen und Personalfürsorgestiftungen liegt es an der Aufsichts- bzw. Umwandlungsbehörde, die Änderung nach Anhörung des obersten Stiftungsorgans vorzunehmen und anschliessend von Amtes wegen bei den Handelsregisterbehörden anzumelden.⁵⁷² In der Praxis geht die Initiative aber auch hier meist vom obersten Stiftungsorgan aus, dessen Anhörungsrecht durch eine gutheissende Änderungsverfügung bereits gewahrt ist.⁵⁷³

Bei Familienstiftungen kommt die Änderungskompetenz nach der h.L. und u.E. zu Recht dem obersten Stiftungsorgan zu. Dieses ist dafür verantwortlich, das Vorliegen der Änderungsvoraussetzungen eigenständig zu verifizieren und die Änderung anschliessend umzusetzen.⁵⁷⁴

Das Verfahren bei kirchlichen Stiftungen schliesslich richtet sich nach den für diese geltenden Regeln (so kann die Genehmigung durch kirchliche Gremien erforderlich sein).

Die Änderungen sind ebenfalls im Handelsregister einzutragen, wobei – wie bei Änderungen nach Art. 85 und 86 ZGB – eine neue Fassung der Statuten eingereicht werden muss (vgl. Art. 22 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 HRegV, vgl. auch OK-Brugger/Humbel, Art. 85/86 ZGB N. 22).

Gegenüber der Änderungsverfügung bestehen dieselben Rechtsmittel wie bei Änderungen nach Art. 85 oder 86 ZGB sowie bei Anordnungen der Aufsichtsbehörde gemäss Art. 84 ZGB.⁵⁷⁵

LITERATURVERZEICHNIS

Amadò Flavio/Manfredi Valentina, Il diritto svizzero delle fondazioni in vigore dal 1° gennaio 2023 e dal 1° gennaio 2024 – Le recenti novità legislative riferite alle fondazioni di diritto svizzero, *Novità giuridiche* 1 (2024), S. 31 ff.

572. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86b N. 1; Sprecher, Revision, N. 253.

573. SHK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 4.

574. OK-Brugger/Humbel, Art. 85/86 ZGB N. 8; OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB N. 14.

575. BK ZGB-Riemer, Art. 86b N. 28.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Schönenberger Wilhelm, Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Zivilrecht, ZSR 66 (1947), S. 41 ff.

Sprecher Thomas, Vom Recht des Stifters, «seine» Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter vom 13. März 2023.

Sprecher Thomas, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zürich 2006 (zit. Sprecher, Revision).

Von Orelli Lukas, Zur Auslegung des Stifterwillens, Basel 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 86c ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 86c ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 86c ZGB N. XXX.

V. Form der Änderungen

Art. 86c

Änderungen der Stiftungsurkunde nach den Artikeln 85–86b werden von der zuständigen Bundes- oder Kantonsbehörde oder von der Aufsichtsbehörde verfügt. Eine öffentliche Beurkundung der Änderungen ist nicht erforderlich.

GLIEDERUNG

I. Rechtspolitischer Hintergrund der Norm 169

II. Form von Änderungen der Stiftungsurkunde..... 169

Literaturverzeichnis 170

I. RECHTSPOLITISCHER HINTERGRUND DER NORM

Eine der wenigen **Forderungen** der parlamentarischen Initiative (14.470) zur 1
Stärkung des Schweizer Stiftungsstandorts von (Alt-)Ständerat Werner
Luginbühl,⁵⁷⁶ die von der zuständigen Kommission für Rechtsfragen des
Ständerats (RK-S) als politisch mehrheitsfähig erachtet wurde,⁵⁷⁷ betraf die
«**Vereinfachung von Änderungen der Stiftungsurkunde durch
unbürokratische Änderungen ohne notarielle Beurkundung**» (Ziff. 4,
erster Halbsatz). Mit dieser Forderung sollte auf den Umstand reagiert
werden, dass Änderungen der Stiftungsurkunde, die von der zuständigen
Umwandlungsbehörde mittels einer Änderungsverfügung angeordnet wurden,
nach der Praxis gewisser Kantone notariell beglaubigt werden musste und in
anderen Kantonen hingegen nicht.⁵⁷⁸

II. FORM VON ÄNDERUNGEN DER STIFTUNGSRURKUNDE

Der am 1. Januar 2024 in Kraft getretene Art. 86c ZGB sieht nunmehr 2
einheitlich für die gesamte Schweiz vor, dass Änderungsverfügungen der
zuständigen Behörde **ohne zusätzliche notarielle Urkunde** möglich sind.
Damit wird die – je nach kantonaler Praxis – drohende Doppelspurigkeit
eliminiert, bei der eine Statutenänderung, die aufgrund einer hoheitlichen
Änderungsverfügung erfolgt, zusätzlich öffentlich beurkundet werden muss.
Vor dem Hintergrund der **Funktionen der öffentlichen Beurkundung**⁵⁷⁹

576. Parlamentarische Initiative «Schweizer Stiftungsstandort. Stärkung» (14.470), eingereicht von
(Alt-)Ständerat Werner Luginbühl <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140470>.

577. Vgl. Parlamentarische Initiative. Schweizer Stiftungsstandort, Stärkung. Bericht der
Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22.2.2021 (BBl 2021 485); ferner
Parlamentarische Initiative Schweizer Stiftungsstandort, Stärkung Bericht der Kommission
für Rechtsfragen des Ständerates vom 22.2.2021. Stellungnahme des Bundesrates (BBl 2021
1169).

578. Vgl. hierzu BBl 2021 485, S. 7, m.H.a. BK ZGB-Riemer, Vorbem. zu Art. 85–86b N. 9 und
Merkblatt der BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel vom April 2016 zu den beiden
möglichen Verfahren bei Urkundenänderungen nach Art. 86b ZGB (resp. nach Art. 62 Abs. 2
BVG in Verbindung mit Art. 86b ZGB) gemäss §10 der Ordnung über die Stiftungsaufsicht
vom 23.1.2012 resp. § 7 der Ordnung über die berufliche Vorsorge vom 23.1.2012, abrufbar
unter [https://www.bsabb.ch/fileadmin/bsabb/user_upload/dokumente/
Vorsorgeeinrichtungen/Merkblaetter/
merkkblatt_zum_vorgehen_bei_urkundenaenderungen_-_stand_april_2016.pdf](https://www.bsabb.ch/fileadmin/bsabb/user_upload/dokumente/Vorsorgeeinrichtungen/Merkblaetter/merkkblatt_zum_vorgehen_bei_urkundenaenderungen_-_stand_april_2016.pdf).

(Übereilungsschutz; Umsetzung des wirklichen, vollständigen und unverfälschten Parteiwillens; Verkehrsschutz) ist zu konstatieren, dass diese durch die staatlich-hoheitliche Mitwirkung an der Urkundenänderung bereits gewährleistet sind. Deshalb ist die Neuerung zu begrüßen, führt sie doch zu einer Verfahrensbeschleunigung, ohne neue Schutzlücken entstehen zu lassen. Art. 86c ZGB findet auf (reine) Familienstiftung und kirchliche Stiftung keine Anwendung, da diese keiner staatlichen Aufsichtsbehörde unterstehen.
580

- 3 Die Statutenänderung muss dem **Handelsregister** bei «klassischen» Stiftungen und Personalfürsorgestiftungen von Amtes wegen durch die Umwandlungsbehörde gemeldet werden (Art. 97 Abs. 1 lit. c HRegV, allgemein zum Verfahren bei Statutenänderungen s. OK-Brugger/Humbel, Art. 85/86 ZGB N. 22).⁵⁸¹ Um zu gewährleisten, dass sowohl Stiftung als auch Stiftungsaufsichtsbehörde über eine vollständige Fassung der Stiftungsurkunde bzw. der Statuten verfügen, ist eine konsolidierte Fassung derselben zu erstellen, die neben den jüngsten Änderungen auch die bisherigen Bestimmungen enthält.
- 4 Diese **vollständig neue Fassung** muss gemäss Art. 22 Abs. 3 HRegV dem Handelsregisteramt als Beleg eingereicht werden.⁵⁸²

LITERATURVERZEICHNIS

Arnet Ruth, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, ZBJV 149 (2013), S. 391 ff.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

579. Im Detail zum Zweck der öffentlichen Beurkundung im schweizerischen Recht (am Beispiel des Immobiliarsachenrechts), Arnet, ZBJV 149 (2013), S. 391, S. 399 ff.

580. OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB N. 14.

581. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 85/86 N. 1; BK ZGB-Riemer, Vorbem. zu Art. 85–86b N. 9.

582. BBl 2021 485, S. 7.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 87 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 87 ZGB, in: Nils Güggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB N. XXX.

E. Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen

Art. 87

¹ Die Familienstiftungen und die kirchlichen Stiftungen sind unter Vorbehalt des öffentlichen Rechtes der Aufsichtsbehörde nicht unterstellt.

^{1bis} Sie sind von der Pflicht befreit, eine Revisionsstelle zu bezeichnen.

² Über Anstände privatrechtlicher Natur entscheidet das Gericht.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgegenstand	173
II. Familienstiftungen.....	173
A. Begriff.....	173
B. Rechtsrahmen der reinen Familienstiftung	174
1. Grundsatz	174
2. Zulässige Zwecke.....	175
3. Eintragung im Handelsregister	176
4. Gerichtliche Aufsicht auf Antrag anstatt staatlicher Aufsicht (Art. 87 Abs. 1 und Abs. 2)	177
a. Allgemeines	177
b. Verfahren	178
c. Schiedsvereinbarung	179
5. Zweck- und Organisationsänderung bei Familienstiftungen	179
6. Kein Vorbehalt zu Zweck- und Organisationsänderung gemäss Art. 86a	181
7. Keine Revisionsstellenpflicht (Abs. 1bis).....	182
C. Gemischte Familienstiftungen.....	183
III. Kirchliche Stiftungen	185
Literaturverzeichnis	189

I. REGELUNGSGEGENSTAND

Das Schweizer Stiftungsrecht des ZGB differenziert zwischen dem Recht der 1
sogenannten «klassischen» Stiftungen der Art. 80 ff. ZGB und den *gesetzlichen*
Sonderformen der Familienstiftung und der kirchliche Stiftung.⁵⁸³ Art. 87 ZGB
legt als Sondernorm massgeblich den Rechtsrahmen für Familienstiftungen
und kirchliche Stiftungen fest, indem er diese beiden Sonderformen sowohl
von der staatlichen Stiftungsaufsicht (Abs. 1) als auch von der Pflicht zur
Bezeichnung einer Revisionsstelle (Abs. 1^{bis}) befreit.

II. FAMILIENSTIFTUNGEN

A. Begriff

Eine Familienstiftung charakterisiert sich durch die zweckbestimmte Bindung 2
eines Vermögens an eine Familie (oder mehrere Familien).⁵⁸⁴ Entscheidend ist
zum einen die Konzentration des Destinatärskreises auf Angehörige einer
bestimmten Familie,⁵⁸⁵ was sich nach dem Sinn der Stiftungsurkunde, der
Zweckbestimmung sowie den Begünstigten richtet.⁵⁸⁶ Zum anderen zeichnen
sich Familienstiftungen durch die Zweckbeschränkung auf die Bestreitung der
Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von
Familienangehörigen oder ähnliche Zwecke sowie durch das Verbot von
Familienfideikommissen gemäss Art. 335 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB aus.⁵⁸⁷

Das Gesetz kennt jedoch keine Definition des Rechtsbegriffs der 3
Familienstiftung, was zu Unsicherheiten in der Qualifikation als
Familienstiftung führen kann. Umstritten ist bereits, was überhaupt unter

583. Daneben gibt es mit den Personalfürsorgestiftungen eine weitere gesetzliche
Stiftungs Sonderform (Art. 89a ZGB). Zusätzlich existieren auch *faktische* Sonderformen, wie
etwa die Unternehmensstiftungen, siehe zu den verschiedenen Stiftungstypen BK-Riemer,
ST N. 70 m.w.H.; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 80 N. 3; OK ZGB-Brugger, Art. 80 N. 12,
abrufbar unter <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/zgb80> m.w.H.

584. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 1; BSK ZGB I-ders., Art. 335 N. 4; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87
N. 1; CR CC I-Piotet, Art. 335 N. 1 ff.; BK-Riemer, ST N. 166 ff.; Brugger, Gemischte Stiftung,
133; Vez, Lacunes et droit désirable, Rz. 127, 148 ff.; CR CC I-dies., Art. 87 N. 1., s auch BVGer
17.7.2017, A-8309/2015, E. 2.6; BGE 93 II 439 E. 2; 75 II 81 E. 3a.

585. BGE 75 II 81 E. 3a.

586. BGE 93 II 439 E. 2.

587. S. eingehend die Kommentierung zu Art. 335 in OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 335 N. 20 ff.

einer «Familie» zu verstehen ist. So gibt es unterschiedliche Auffassungen darüber, ob neben den durch Blutsverwandtschaft, Adoption, Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbundenen Personen etwa auch Konkubinatspartner oder Stiefkinder sowie durch künstliche Befruchtung oder Leihmutterschaft gezeugte Kinder einbezogen werden dürfen, was wohl einem zeitgemässen Familienverständnis entsprechen dürfte.⁵⁸⁸ Kaum noch praktische Relevanz dürfte die ebenfalls umstrittene Frage aufweisen, ob auch Hausgenossen, Pfleglinge und Bedienstete zur Familie gezählt werden dürfen.⁵⁸⁹ Schliesslich ist kontrovers, ob der Stifter selbst zum Kreis der Familienbegünstigten zählen darf,⁵⁹⁰ was u.E. zu bejahen ist. *De lege ferenda* sollte die Familienstiftung als Mittel der privatnützigen Vermögensperpetuierung allgemein der Begünstigung von «Privatpersonen» offenstehen.⁵⁹¹

- 4 Hat eine Stiftung Destinatäre, die nicht zu einer Familie gehören (natürliche oder juristische Personen) oder verfolgt die Stiftung auch andere Zwecke ohne bestimmten Destinatärskreis, etwa gemeinnützige Zwecke, so liegt keine reine Familienstiftung, sondern eine gemischte Stiftung vor (siehe unten N. 18 ff.).⁵⁹²

B. Rechtsrahmen der *reinen* Familienstiftung

1. Grundsatz

- 5 Der Rechtsrahmen für Familienstiftungen setzt sich aus im Gesetz verstreuten Bestimmungen zusammen. Im Grundsatz gilt für Familienstiftungen das allgemeine Stiftungsrecht der Art. 80 ff., namentlich für die Form der Errichtung durch öffentliche Urkunde oder Verfügung von Todes wegen (Art. 81) und die Organisation inklusive Buchführungspflicht (Art. 83 und 83a). Die

588. Ebenso CHK ZGB-Breitschmid, Art. 335 N. 3; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 4 (m.H. auf *Patchwork*-Familien); BK-Riemer, ST N. 168 (inkl. einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den älteren Lehrmeinungen); offen KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 2; *contra* etwa CR CC I-Piotet, Art. 335 N. 2.

589. S. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 2 m.H.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 2; BK-Riemer, ST N. 167 ff. Zur gemischten Stiftung s. sogleich N. 18 ff. m.w.N.

590. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 2 m.w. H.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 2; BK-Riemer, ST N. 169.

591. Brugger, Gemischte Stiftung, 136 f.; Jakob, Jusletter v. 20.4.2020, Rz. 48.

592. Brugger, Gemischte Stiftung, 142 ff. m.w.H.; BK-Riemer, ST N. 167 m.w.H.; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 3; BGE 40 I 259 E. 4.

Geltung des allgemeinen Stiftungsrechts der Art. 80 ff. wird für Familienstiftungen punktuell modifiziert, namentlich durch Art. 335 (zulässige Zwecke), Art. 87 (Befreiung von Aufsicht und Revisionsstellenpflicht) sowie Art. 88 Abs. 2 (Aufhebung der Familienstiftung durch das Gericht). Sonderbestimmungen bestehen für Familienstiftungen auch im FusG, etwa Art. 79 Abs. 3 FusG (öffentliche Beurkundung des Fusionsvertrags), Art. 84 FusG (Anfechtung des Fusionsbeschlusses bei Gericht), Art. 85 FusG (Zuständigkeit des obersten Stiftungsorgans für Massnahmen des Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzes). Ebenso sieht das Handelsregisterrecht Besonderheiten vor, so etwa, dass im Handelsregistereintrag ein Hinweis auf die Eigenschaft als Familienstiftung enthalten sein muss (Art. 95 Abs. 1 Bst. o HRegV) und bei Fusionen von Familienstiftung die übernehmende Stiftung die Fusionsbeschlüsse der obersten Stiftungsorgane der beteiligten Stiftungen (Art. 140 Abs. 2 HRegV) und bei Vermögensübertragungen die Auszüge aus den Protokollen der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Rechtsträger über den Abschluss des Übertragungsvertrages (Art. 141 Abs. 2 HRegV) einreichen muss.

2. Zulässige Zwecke

Familienstiftungen dürften nur zu den in Art. 335 Abs. 1 aufgezählten Zwecken 6 der Erziehung, Ausstattung, Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken errichtet werden (zu Einzelheiten siehe OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 335 N. 20 ff.).

3. Eintragung im Handelsregister

- 7 Seit dem 1. Januar 2016 müssen alle neu errichteten Familienstiftungen im Handelsregister eingetragen werden, um ihre eigenständige Rechtspersönlichkeit zu erlangen; eine bis dahin in Art. 52 Abs. 2 aZGB vorgesehene Befreiung von der Eintragungspflicht für Familienstiftungen wurde gestrichen. Die Pflicht zur Eintragung im Handelsregister erstreckt sich auch auf existierende Familienstiftungen. Existierende Familienstiftungen hatten während einer Frist von fünf Jahren Zeit (d.h. bis zum 31. Dezember 2020), die Eintragung bei den zuständigen Handelsregisterämtern anzumelden. Eine vor dem 1. Januar 2016 errichtete Familienstiftung, welche bis Ende 2020 nicht im Handelsregister eingetragen war, hat dadurch ihre Rechtspersönlichkeit aber nicht automatisch verloren, sondern bleibt rechtlich bestehen.⁵⁹³
- 8 Die Eintragung im Handelsregister von teilweise sehr alten, vor vielen Jahrzehnten errichteten Familienstiftungen hat in den letzten Jahren zu vielerlei Problemen, Verfahren und Rechtsstreitigkeiten geführt, da häufig ursprüngliche Stiftungsurkunden oder anderen Dokumenten nicht mehr auffindbar waren oder manche in der Zwischenzeit vorgenommene Statutenänderungen von den Handelsregisterämtern nicht akzeptiert wurden.⁵⁹⁴ Als grösstes Damoklesschwert erwies sich jedoch die Tatsache, dass einige Handelsregisterämter – in Überschreitung ihrer Kognition – Familienstiftungen für *ursprünglich nichtig* erklärten, da ihr Zweck (oder Teile davon) nicht mehr mit der aktuellen Rechtsauffassung zu Art. 335 Abs. 1 übereinstimmen.⁵⁹⁵ Diese ursprüngliche Nichtigkeit (*ex tunc*) zog vielerlei Rechts- und Steuerfolgen auch für bestehende Verträge und andere Leistungsverhältnisse der Stiftung nach sich. Viele Familienstiftungen sahen sich gezwungen, ihre rechtliche Existenz in aufwändigen Verfahren vor dem Zivilrichter zu etablieren.

593. BGer 5A_669/2022 vom 2.2.2024, E. 4.6.2; 5A_20/2022 vom 7.8.2022, E. 1.2.2; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 10; BK-Riemer ST N. 177; Praxismitteilung EHRA 3/15 vom 23.12.2015.

594. Ausführlich Jakob/Humbel, SJZ 2022, S. 736 ff.; dies., npoR 2022, S. 119 ff.; Eichenberger/Leu, S. 84 ff.

595. Jakob/Humbel, SJZ 2022, 738 f.; dies., npoR 2022, 122; Eichenberger/Leu, S. 95 je m.w.H.

4. Gerichtliche Aufsicht auf Antrag anstatt staatlicher Aufsicht (Art. 87 Abs. 1 und Abs. 2)

a. Allgemeines

Familienstiftungen unterstehen keiner staatlichen Aufsichtsbehörde (Art. 87 Abs. 1). Familienstiftungen müssen entsprechend weder eine jährliche Berichterstattung⁵⁹⁶ noch einen Vergütungsbericht (vgl. Art. 84b) an die Aufsichtsbehörde richten. Die Ausnahme von der staatlichen Aufsichtspflicht wird damit begründet, dass die Familienstiftung einen privaten Charakter hat und wenig mit dem Rechtsverkehr in Kontakt tritt.⁵⁹⁷ Das Argument, wonach Familienstiftungen nur wenig am Rechtsverkehr teilhaben, ist freilich so verkürzt wie es falsch ist. So sind den Autoren viele Familienstiftungen bekannt, die über grosse Vermögen inklusive Liegenschaften verfügen und in gleichem Masse am Rechtsverkehr teilnehmen, wie andere juristischen Personen des Privatrechts. Richtig ist die Ausnahme von der staatlichen Aufsicht, da bei Familienstiftungen die beteiligten Familienmitglieder (allen voran die tatsächlichen und potenziell begünstigten Destinatäre) das Gebaren der Stiftung und die Handlungen der Stiftungsorgane kontrollieren und bei (potenziellen) Verfehlungen das Zivilgericht anrufen können. Während der Lösung des Schweizer Gesetzgebers, das stiftungstypische Kontrolldefizit bei Familienstiftungen durch eine antragsbezogene Governance der privaten Stiftungsbeteiligten zu lösen, beizupflichten ist, so verbleibt als Wehrmutstropfen, dass das aktuelle Recht keine gesetzlich verankerten Einsichts-, Auskunfts- oder Informationsrechte der Begünstigten einer Familienstiftung kennt, wobei die willkürliche Verweigerung von Information immerhin beim Gericht gerügt werden kann.⁵⁹⁸ Die Ausnahme von Familienstiftungen von der staatlichen Beaufsichtigung ist nicht unumstritten und ein Teil der Lehre fordert eine solche staatliche Aufsicht auch für Familienstiftungen.⁵⁹⁹

Gemäss Art. 87 Abs. 2 entscheidet über die Anstände privatrechtlicher Natur (insb. bei Vorhandensein subjektiver Privatrechte gegen die Stiftung, etwa als

596. Vgl. BK-Riemer, ST N. 189.

597. BK-Riemer, ST N. 176 und N. 180 auch m.H. auf die historischen Begründungen der Expertenkommission zur Schaffung des ZGB; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 9; KUKO ZGB-Jakob, N. 6; Eichenberger/Leu, 82.

598. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 12a; Sprecher, S. 139; Arter, Familienstiftung, S. 148.

Destinatär oder Gläubiger)⁶⁰⁰ das Gericht, welches somit eine antragsbezogene Aufsicht⁶⁰¹ über die Familienstiftung wahrnimmt. Dies bedeutet, dass das Zivilgericht nicht von Amtes wegen, sondern ausschliesslich auf Antrag entscheidet und somit in streitigen Fällen eine punktuelle Aufsicht übernimmt.⁶⁰² Das Gericht fungiert im streitigen Bereich gleichsam als Aufsichtsbehörde mit den entsprechenden Kompetenzen, so dass Art. 83d Abs. 1–3 sowie Art. 84 Abs. 2 sinngemäss anzuwenden sind.⁶⁰³ Die Funktionen der Stiftungsaufsichtsbeschwerde werden dabei durch Leistungs-, Unterlassungs-, Feststellungs- und Gestaltungsclagen ersetzt.⁶⁰⁴ Für die Anfechtung von Stiftungsratsbeschlüssen wird in Analogie zu Art. 75 eine einmonatige Frist angenommen.⁶⁰⁵

b. Verfahren

- 11 Während für die Einleitung des Verfahrens nach Art. 87 Abs. 2 die Dispositionsmaxime gilt, d.h. das Gericht nur auf Antrag der Parteien und im Rahmen des vorgebrachten Rechtsschutzbegehrens tätig wird, greift mit Einleitung des Verfahrens die Oficialmaxime, soweit die Existenz der Stiftung streitgegenständlich ist.⁶⁰⁶ Der Rechtsweg zum Gericht ist zwingend⁶⁰⁷ und kann nicht statutarisch ausgeschlossen werden.⁶⁰⁸

599. BK-Riemer, ST N. 180; siehe ferner die Hinweise in BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 9.

600. BK-Riemer, ST N. 184.

601. KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 7.

602. S. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 12; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 7; BK ZGB-Riemer, ST N. 120 f.

603. BGer vom 25. 11. 2008, 5A_602/2008 E. 2.3.3; vgl. auch BGer vom 11. 8. 2010, 5A_401/2010 E. 3.2 ff.; ferner; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 7; BK ZGB-Riemer, ST N. 120 f.; CR CC I-Vez, Art. 87 N. 12.

604. Statt vieler CHK ZGB-Eisenring, Art. 87 N. 7; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 12; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 7; BK ZGB-Riemer, ST N. 120 f., N. 123.

605. BGer vom 25. 11. 2008, 5A_602/2008 E. 2.3.3.

606. Gl.M. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 12b, mit dem zutreffenden Hinweis, dass ein klägerischer Rückzug bei der Klage auf Auflösung der Stiftung möglich sein soll; für eine uneingeschränkte Anwendung der Oficialmaxime BK ZGB-Riemer, ST N. 123 m.H. auf N. 18 ff. und N. 162 f., jeweils m. umfassenden w.H.

607. Beim Vorbehalt des öffentlichen Rechts handelt es sich nach fast einhelliger Auffassung um ein Redaktionsversehen, weshalb es auch den Kantonen verwehrt sein dürfte, eine staatliche Stiftungsaufsicht über Familienstiftungen *qua* Art. 6 Abs. 1 ZGB einzuführen, s. eingehend BK ZGB-Riemer, ST N. 130 f.; ferner BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 11. Es dürfte sich in Ermangelung solcher kantonalen Rechte um einen kaum praxisrelevanten Theorienstreit handeln, ebenso CR CC I-Vez, Art. 87 N. 11 m.H. auf die a.A.

c. Schiedsvereinbarung

Die Zulässigkeit von in Stiftungsstatuten integrierten Schiedsvereinbarungen ist umstritten,⁶⁰⁹ u.E. aber jedenfalls dort zu bejahen, wo es nicht um die Existenz der Familienstiftung geht, die aufgrund des Selbstauflösungsverbots sowie nach Art. 88 Abs. 2 ZGB der Disposition der Parteien entzogen und folglich nicht schiedsfähig i.S.v. Art. 354 ZPO erachtet wird.⁶¹⁰

5. Zweck- und Organisationsänderung bei Familienstiftungen

Das Gesetz kennt keine Bestimmungen über Zweck- oder Organisationsänderungen bei Familienstiftungen. Namentlich gibt es keine Behörde, die Zweck- oder Organisationsänderungen im Sinne von Art. 85, 86 oder 86b verfügen könnte, da bei Familienstiftungen eine Aufsichts- bzw. Umwandlungsbehörde rechtskonzeptionell fehlt, weshalb eine echte Gesetzeslücke⁶¹¹ vorliegt. Dies wirft die Frage auf, ob die Organe einer Familienstiftung Statutenänderungen in eigener Kompetenz vornehmen können oder aber das Zivilgericht eine Statutenänderung verfügen respektive genehmigen muss. In der Lehre werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten, wobei die h.L. die Kompetenz zur Änderung der Statuten dem Stiftungsrat zubilligt.⁶¹² Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid festgehalten, dass es für Statutenänderungen der Zustimmung des Zivilgerichts bedarf, mit dem Resultat, dass eine von den Stiftungsorganen selbst vorgenommene Statutenänderungen (vorliegend handelte es sich um

608. Vgl. auch CHK ZGB-Eisenring, Art. 87 N. 7; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 7; vertiefend BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 12 *in fine*; BK-Riemer, ST N. 191 m. w. N.; vgl. zudem, wenngleich wenig deutlich BGE 61 II 289 E. 1a.

609. Grds. bejahend ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 12d; Liatowitsch/Fischer, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit, S. 230, 238, 240; CR CC I-Vez, Art. 87 N. 12 *in fine*; verneinend BK-Riemer, ST N. 192.

610. Wie hier CR CC I-Vez, Art. 87 N. 12 *in fine*; ferner ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 12d; a.A. Riemer, Schiedsfähigkeit, S. 378.

611. BK-Riemer, ST N. 204; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 13a.

612. Für eine Zuständigkeit des Zivilgerichts im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sprechen sich namentlich Leu/Gabrieli, FS Künzle 287 ff. (dort auch mit dem Hinweis auf die ältere Lehre, wonach Familienstiftungen nach ihrer Errichtung überhaupt keine Anpassungen vornehmen dürften und bis zu ihrer Auflösung ihrem Schicksal überlassen seien) sowie Riemer (BK Syst. Teil N 195 ff.; 277 ff.) aus. Die wohl h.L. spricht dem obersten Stiftungsorgan der Familienstiftung eine eigene Kompetenz zur Anpassung der Statuten zu, so etwa BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 13a; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 8; Liver, ZBJV 112/1976, S. 317 f.

eine Zweckänderung mit Blick auf die anstehende Eintragung der Familienstiftung im Handelsregister) für ungültig befunden wurde.⁶¹³ Das Bundesgericht hat die Frage der Zuständigkeit zur Abänderung der Stiftungsurkunde in früheren Entscheiden klar zugunsten des Stiftungsrats entschieden.⁶¹⁴ In einem späteren Entscheid wurde die Zuständigkeitsfrage jedoch (ohne ersichtlichen Grund) offengelassen⁶¹⁵ und die Zuständigkeit des Stiftungsrats in einem weiteren Entscheid nur noch implizit bejaht.⁶¹⁶

- 14 Nach hier vertretener Auffassung ist die echte Gesetzeslücke⁶¹⁷ der Zweck- und Organisationsänderungen bei Familienstiftungen durch Analogieschluss zu schliessen: Im nichtstreitigen Bereich ist das oberste Stiftungsorgan befugt, die Stiftungsurkunde eigenständig abzuändern, hinsichtlich Zweckänderungen analog dem Art. 86 und hinsichtlich Organisationsänderungen analog den Art. 85 (wesentliche Organisationsänderung) und Art. 86b (unwesentliche Organisationsänderung).⁶¹⁸ Die Änderungen müssen in Form der öffentlichen Beurkundung erfolgen. Mit der öffentlichen Beurkundung von Statutenänderungen wird das Fehlen einer prüfenden Aufsichtsbehörde im Sinne des Verkehrsschutzes zumindest ein Stück weit kompensiert. Entsprechend ist auch kein Raum für eine analoge Anwendung des auf den 1. Januar 2024 in Kraft getretenen Art. 86c, wonach bei klassischen Stiftungen die Verfügung der zuständigen Behörde genügt. Es obliegt den Organen der Stiftung, die Voraussetzungen zur Statutenänderung zu prüfen und einen entsprechenden Beschluss zu fassen. Stiftungsbeteiligte wie übrige Stiftungsorgane, Destinatäre oder die Stifterin oder der Stifter können im Rahmen ihrer antragsbezogenen Aufsicht gemäss Art. 87 Abs. 2 eine Überprüfung der Statutenänderung durch das Gericht bewirken. Das Gericht kann die Statutenänderung korrigieren und/oder eine allfällige Haftung der Stiftungsorgane prüfen.
- 15 Es ist empfehlenswert, Einzelheiten der Organisation der Familienstiftung sowie die Begünstigtenfolge in einem Reglement zu regeln. Im Unterschied

613. Entscheid B-951/2020 vom 16.8.2021 E. 9.3 – 9.6. Siehe für eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Urteil Jakob/Humbel, SJZ 2022, S. 736 ff.

614. Eine eigenständige Abänderungskompetenz bejahend BGE 40 I 245 E. 5 und BGE 50 II 415 E. 3.

615. BGE 73 II 81 E. 6.

616. BGE 133 III 167 E. 3. Siehe hierzu auch Eichenberger/Leu, S. 93 f.

617. BK-Riemer, ST N. 204; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 13a.

618. Im Resultat so auch BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 13a.

zur Stiftungsurkunde können Reglemente nach dem in der Urkunde vorgegebenen Verfahren erlassen und modifiziert werden.⁶¹⁹ Meist wird die Kompetenz für den Erlass und die Abänderung von Reglementen einem Stiftungsorgan zugewiesen, das mit Mehrheitsbeschluss entscheidet.⁶²⁰ Es ist jedoch grundsätzlich auch zulässig, diese Kompetenz anderen Personen zuzuweisen (etwa den Nachkommen des Stifters oder der Stifterin oder auch der Stifterin oder dem Stifter selbst).⁶²¹ Ein Reglement darf den Bestimmungen der Stiftungsurkunde jedoch nicht widersprechen. Ein Reglement, das den Begünstigten Rechte am Stiftungsvermögen einräumt, die über die Grenzen von Art. 335 ZGB hinausgehen, führt nach der u.E. etwas undifferenzierten Auffassung des Bundesgerichts zur Ungültigkeit der Familienstiftung.⁶²²

6. Kein Vorbehalt zu Zweck- und Organisationsänderung gemäss Art. 86a

Reinen Familienstiftungen steht der Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalt des Art. 86a nach herrschender Auffassung nicht zu.⁶²³ Begründet wird dies mit einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers in den Gesetzgebungsmaterialien, wonach die Einführung eines Zweckänderungsvorbehalts (der Organisationsänderungsvorbehalt wurde erst auf den 1. Januar 2024 eingeführt) bei Familienstiftungen mittels Spezialbestimmung erfolgen hätte müssen.⁶²⁴ Freilich hat der Gesetzgeber übersehen, dass es im Grunde genommen kein genuines Recht für die Familienstiftung gibt, sondern die Spezialnormen Art. 87, Art. 88 Abs. 2 und Art. 335 das allgemeine Stiftungsrecht der Art. 80 ff. nur punktuell einschränken resp. modifizieren, womit es nach hier vertretener Auffassung keine Spezialnormen gebraucht hätte, um den Änderungsvorbehalt auch auf Familienstiftungen zu erstrecken.⁶²⁵ Da auch Stifterinnen und Stifter von Familienstiftungen ein legitimes Bedürfnis an Anpassungen des Zwecks und

619. Arter, Familienstiftung, 145 m.w.H.; zur Zulässigkeit von Reglementen bei Familienstiftungen BGE 108 II 393 E. 6c f.

620. Vgl. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 7.

621. Arter, Familienstiftung, S. 139 f. und 145 m.w.H.

622. BGE 108 II 393 E. 6c f.; vgl. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 7. Vgl. ferner OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 335 N. 28 ff., insb. N. 31.

623. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a N. 2; BK-Riemer, Art. 86a N. 4; KUKO ZGB-Jakob, Art. 86a N. 9.

der Organisation haben können, wäre es *de lege ferenda* wünschenswert, Art. 86a ZGB auch auf Familienstiftungen zu erstrecken. Ohne weiteres zulässig ist es, eine klassische Stiftung über einen Zweckänderungsvorbehalt nach Art. 86a in eine Familienstiftung umzuwandeln (vorbehältlich steuerbefreiter Stiftungen, bei denen gemäss Art. 86a Abs. 2 auch der neue Zweck steuerbefreit sein muss).⁶²⁶

7. Keine Revisionsstellenpflicht (Abs. 1^{bis})

- 17 Familienstiftungen sind gemäss Art. 87 Abs. 1^{bis} von der Pflicht befreit, eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Die Ausnahme von der Revisionsstellenpflicht gilt allgemein, ist rechtsformbezogen, und – im Unterschied zu anderen Rechtsformen wie dem Verein oder der Aktiengesellschaften – nicht an Grössenkriterien wie Bilanzsumme, Umsatzerlöse oder Anzahl Vollzeitbeschäftigte gebunden.⁶²⁷ Begründet wird diese Ausnahme vom Revisionsstellenobligatorium durch den Gesetzgeber ebenfalls damit, dass Familienstiftungen einen privaten Charakter haben und kaum am Rechtsverkehr teilnehmen würden.⁶²⁸ Während der private Charakter einer Familienstiftung eine Befreiung von der staatlichen Aufsichtspflicht rechtfertigt,⁶²⁹ so gilt dies für eine Befreiung von der Revisionsstellenpflicht

624. Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates über die parlamentarische Initiative zur Revision des Stiftungsrechts vom 23.10.2003, BBl 2003 8153 ff., 8170: «Artikel 86a ZGB äussert sich nicht zur Änderung des Stiftungszwecks (auf Antrag des Stifters) bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen, die keinerlei behördlicher Aufsicht unterstehen (Art. 87 Abs. 1 ZGB). Hierbei handelt es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes. [...] Die neue Regelung ist somit hauptsächlich auf die so genannten klassischen Stiftungen ausgerichtet. Die Einführung eines Rechts des Stifters, die Änderung des Zwecks einer Familienstiftung oder einer kirchlichen Stiftung zu beantragen, würde Spezialbestimmungen erfordern, die über den Rahmen der gegenwärtigen Revision hinausgehen».

625. Siehe Brugger, Familienphilanthropie, S. 147 f.

626. Brugger, Familienphilanthropie, S. 147; Sprecher, Jusletter 13.3.2023, Rz. 40.

627. Gemäss Art. 69b Abs. 1 ZGB muss ein Verein seine Buchführung durch eine Revisionsstelle ordentlich prüfen lassen, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden: Bilanzsumme von 10 Millionen Franken; Umsatzerlös von 20 Millionen Franken; 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Der Verein muss seine Buchführung durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen, wenn ein Vereinsmitglied, das einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegt, dies verlangt (Art. 69b Abs. 2 ZGB). Ebenfalls teils an Grössenkriterien gebunden ist die Möglichkeit, auch klassische Stiftungen von der Revisionspflicht befreien zu lassen, vgl. dazu die Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen vom 24.8.2005 (SR 211.121.3).

nur bedingt. Sämtliche Beteiligte haben ein Interesse an einer unabhängigen Überprüfung der Jahresrechnung der Familienstiftung. Es ist der Stifterin oder dem Stifter unbenommen, eine Revisionsstelle durch entsprechende Bestimmung in den Statuten einzuführen,⁶³⁰ was in der Praxis auch häufig geschieht. Es wäre *de lege ferenda* empfehlenswert, über die Einführung einer allgemeinen Revisionsstellenpflicht auch für Familienstiftungen nachzudenken, nicht zuletzt auch um den stetig wachsenden Anforderungen an die Transparenz zu entsprechenden und den Vorwürfen der Missbrauchsanfälligkeit von Familienstiftungen⁶³¹ entgegenzutreten.⁶³²

C. Gemischte Familienstiftungen

Wenn eine Stiftung mehrere Zwecke verfolgt (was ohne weiteres zulässig ist),¹⁸ können sog. gemischte Stiftungen vorliegen.⁶³³ Bei gemischten Stiftungen handelt es sich um Stiftungen, bei denen Zwecke von unterschiedlichen Stiftungstypen gemeinsam verfolgt werden. Wenn eine Familienstiftung nicht nur zur Begünstigung von Angehörigen einer Familie errichtet wurde, sondern daneben auch weitere natürliche oder juristische Personen als Destinatäre hat⁶³⁴ oder andere Zwecke verfolgt, etwa solche gemeinnütziger Natur, kommt es zu einer Vermischung von verschiedenen Stiftungstypen und zum Vorliegen einer gemischten Familienstiftung.⁶³⁵ Nach hier vertretener Ansicht liegt auch dann eine gemischte Familienstiftung vor, wenn die anderen Zwecke bloss untergeordneter Natur sind.⁶³⁶

Der Rechtsrahmen einer gemischten Stiftung bestimmt sich danach, welche¹⁹ Stiftungstypen vermischt werden. Denkbar ist, dass eine Familienstiftung

628. Botschaft des Bundesrates vom 23.6.2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004 4055, kritisch Brugger, Familienphilanthropie, S. 145 f. sowie bereits oben N. 9.

629. Siehe oben N. 9.

630. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 9c; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 5.

631. Siehe etwa Hans Michael Riemer, Familienstiftungen bergen ein grosses Missbrauchspotenzial, NZZ vom 20.8.2022, <https://www.nzz.ch/meinung/familienstiftungen-bergen-ein-grosses-missbrauchspotenzial-ld.1693078>.

632. Ausführlich Brugger, Gemischte Stiftung, 263 ff. m.w.H.

633. Siehe hierzu die Hinweise in OK Brugger/Humbel, Art. 80 N. 15.

634. Vgl. zu dieser Konstellation BGE 40 I 259 E. 4, weiterführend Brugger, Gemischte Stiftung, S. 142 ff. m.w.H.

klassische Stiftungszwecke, kirchliche Zwecke oder Personalfürsorgezwecke verfolgt. Ob tatsächlich eine gemischte Stiftung vorliegt, ist häufig nur durch Auslegung des Stiftungszwecks zu ermitteln: Es kann vorkommen, dass sich ein vermeintlicher genuiner Teilzweck in Tat und Wahrheit als Auflage Sonderrecht oder Ersatzanordnung herausstellt, etwa wie das Stiftungsvermögen zu verwenden ist, wenn der primäre Zweck nicht mehr erfüllt werden kann (beispielsweise, wenn nach Aussterben einer Familie die Stiftung gemeinnützige Zwecke verfolgen soll).⁶³⁷

- 20 Werden verschiedene Zwecke *nacheinander* verfolgt (was im Rahmen der Stifterfreiheit ebenfalls ohne weiteres zulässig ist), liegt eine Sukzessivstiftung⁶³⁸ vor. Nach hier vertretener Auffassung kommt es erst beim erst beim Eintreten des Sukzessivzwecks (etwa bei Zeitablauf oder durch Eintritt der vom Stifter oder der Stifterin vorgegebenen Bedingungen⁶³⁹) zu einem Systemwechsel ohne Umwandlung i.S.v. Art. 86, d.h. vor allem auch zur Beaufsichtigung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde.⁶⁴⁰ Mangels rechtlicher Grundlage und der Ungewissheit, ob der Sukzessivzweck tatsächlich verfolgt wird, bleibt kein Raum für eine *antizipierte Aufsicht* über gemischte Familienstiftungen.⁶⁴¹
- 21 Der Rechtsrahmen der gemischten Stiftung unterscheidet sich von demjenigen der reinen Familienstiftung:
- Die gemischte Familienstiftung untersteht gesamthaft der Stiftungsaufsicht, Art. 87 Abs. 1 ZGB findet keine Anwendung.⁶⁴² Stattdessen greift Art. 84, mit der Konsequenz, dass die Stiftung einen Jahresbericht sowie einen

636. So auch BK-Riemer, ST N. 167; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 3; a.A. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 3, KUKO ZGB sowie ein Grossteil der älteren stiftungsrechtlichen Lehre (siehe ausführlich die Hinweise in BK-Riemer, ST N. 167).

635. KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 3; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 2 f.; ausführlich Brugger, Die gemischte Stiftung, S. 142 ff.

637. Ausführlich und mit weiteren Fallkonstellationen bloss vermeintlicher genuiner Teilzwecke Brugger, Familienphilanthropie, 139 ff.

638. Teilweise als sukzessiv-gemischte Stiftung bezeichnet, siehe BK-Riemer, ST N. 433; weiterführend Brugger, Gemischte Stiftung, S. 50 ff.

639. Bspw. primär die Begünstigung von vier Familiengenerationen, danach Armenfürsorge, siehe die Hinweise auf BGE 46 II 322 bei BK-Riemer, ST N. 434.

640. Brugger, Gemischte Stiftung, S. 236 f.; so auch R. Schweizer, S. 53 f.; a.A. BK-Riemer N. 444 m.w.H.

641. So jedoch BK-Riemer, ST N. 444 unter Hinweis auf BGE 46 II 322, kritisch hierzu Brugger, Gemischte Stiftung, S. 236 f. und R. Schweizer, S. 53 f.

Vergütungsbericht bei der zuständigen Behörde einreichen muss, der auch denjenigen Teil der Tätigkeit abdeckt, der als Familienstiftung einzuordnen wäre.

- Urkundenänderungen werden von der Aufsichtsbehörde verfügt (Art. 85, 86, 86b), wobei es seit 1. Januar 2024 hierfür keiner öffentlichen Beurkundung mehr bedarf (Art. 86c).
- Den Stiftungsbeteiligten (worunter auch Begünstigte des familienbezogenen Teilzwecks fallen) steht grundsätzlich die Stiftungsaufsichtsbeschwerde gemäss Art. 84 Abs. 3 zu, wobei nach hier vertretener Auffassung die Aufsichtsbehörde privatrechtliche Anstände (insbesondere Fragen der Ausschüttungshöhe) weiterhin nur mit Zurückhaltung prüfen sollte.⁶⁴³
- Die Stiftung muss eine Revisionsstelle bezeichnen, wenn die Voraussetzungen des Art. 83b ZGB erfüllt sind; Art. 87 Abs. 1^{bis} findet keine Anwendung.⁶⁴⁴
- Nach hier vertretener Auffassung sollte gemischten Stiftungen das Recht auf Vorbehalt der Zweck- und Organisationsänderung gemäss Art. 86a zumindest hinsichtlich des klassischen Teilzwecks zustehen.⁶⁴⁵
- Für die Aufhebung einer gemischten Familienstiftung ist von einer Behördenkompetenz auszugehen (Art. 88 Abs. 1).

III. KIRCHLICHE STIFTUNGEN

Das ZGB kennt keine Definition der kirchlichen Stiftung.⁶⁴⁶ Entsprechend ²² bestehen in der Lehre unterschiedliche Umschreibungen.⁶⁴⁷ Die

642. BGE 40 I 259; BGE 75 II 81; BGer 5C.9/2001 = BGE 127 III 337 E. 3b ff (diese E. nicht publiziert); BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 8; BK ZGB-Riemer, ST N. 444; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87 N. 3; Sprecher, 134.

643. Brugger, Familienphilanthropie, 143 f.

644. Brugger, Gemischte Stiftung, 250 m.w.H. Diese Auffassung wird auch vom Eidgenössischen Handelsregisteramt geteilt, siehe Praxismitteilung EHRA 3/15 über die Eintragung von kirchlichen Stiftungen und Familienstiftungen im Handelsregister vom 23. Dezember 2015, Ziff. 8; a.A. CR CC I-Piotet, Art. 335 N. 4, für den nur dann eine Revisionsstelle zu bezeichnen ist, wenn der klassische Teilzweck überwiegt.

645. Nach Brugger steht das Zweckänderungsrecht gemäss Art. 86a bei gemischten Stiftungen sowohl für den familienbezogenen Teilzweck als auch für die anderen Teilzwecke zur Verfügung, siehe ders. in, Familienphilanthropie, 146 f. m.w.H.

bundesgerichtliche Rechtsprechung setzt für das Bestehen einer kirchlichen Stiftung voraus, dass sie einerseits einen kirchlichen Zweck verfolgt und andererseits eine organische Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft aufweist.⁶⁴⁸ Fehlt eine organische Verbindung zu einer Religionsgemeinschaft oder sind die Zwecke nicht als kirchlich i.S.d. Art. 87 Abs. 1 zu qualifizieren, liegt eine klassische Stiftung vor, die der staatlichen Aufsichtsbehörde untersteht.⁶⁴⁹

- 23 Kirchlich ist ein Stiftungszweck, wenn er mittelbar oder unmittelbar dem Glauben an Gott dient bzw. die Verbindung mit dem Transzendentalen beschlägt,⁶⁵⁰ etwa indem Personen mit kirchlichen Ämtern oder kirchliche Einrichtungen unterhalten und finanziert oder die kirchliche Lehre oder schliesslich der Glauben gefördert werden (was durch Ausbildung von Würdenträgern oder der Finanzierung der Erforschung, Bewahrung und Verbreitung religiöser Lehren geschehen kann).⁶⁵¹
- 24 Mehr noch als auf den Zweck geht die besondere Behandlung von kirchlichen Stiftungen auf die organischen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft zurück: Im Rahmen der positivrechtlichen Kodifizierung des Zivilrechts stellte sich – allerdings erst auf Antrag der katholisch-konservativen Kantone Obwalden, Zug und Luzern⁶⁵² – heraus, dass viele bedeutende Vermögensgesamtheiten und Güter kirchlichen oder religiösen Ursprungs (allen voran Bistümer, Heilsanstalten, Pfarreien) gerade in katholischen Kreisen über *stiftungsähnliche* Anstalten mit eigener juristischer Persönlichkeit gehalten werden.⁶⁵³ Diese stiftungsartigen Vermögenseinheiten waren meist – teilweise bereits seit mehreren Jahrhunderten – in ein eigenes Rechts- und damit Kontrollgefüge der jeweiligen kirchlichen Gemeinde bzw. deren jeweiliger Repräsentanten und Obrigkeiten eingegliedert.⁶⁵⁴ Folglich standen sie bereits unter einer eigenen, nämlich kirchlichen Aufsicht, was eine übergeordnete, «verdoppelte» staatliche Beaufsichtigung überflüssig

646. BGer 5A_367/2022 vom 30.8.2023, E. 3.6.1.; Sprecher, S. 144.

648. BGer 5A_367/2022 vom 30.8.2023, E. 3.6.1

649. Urteil VGer St. Gallen vom 23.3.2018, B 2016/105, E. 10; Brugger, Gemischte Stiftung, S. 171.

650. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 6., BK-Riemer, ST N. 298 ff. m.w.H.; CR I-Vez, Art. 87 N. 2.

651. Weiterführend BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 6 und BK-Riemer, ST N. 306 ff. m.w.H.

652. BK-Riemer, ST N. 283.

653. Siehe ausführlich zum historischen Hintergrund der Sonderbehandlung der kirchlichen Stiftungen BK-Riemer, ST N. 283 ff.

654. BK-Riemer, ST N. 287 m.w.H.

machte.⁶⁵⁵ Nicht zuletzt aus Respekt vor der Autonomie der Kirche trat die staatliche Aufsicht bei kirchlichen Stiftungen zurück (Art. 87 Abs. 1).⁶⁵⁶ Trotz der divergierenden Begründung für einen Verzicht auf die staatliche Stiftungsaufsicht,⁶⁵⁷ werden kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen gesetzessystematisch gemeinsam erfasst.⁶⁵⁸ Der Ausschluss von der staatlichen Aufsicht ist zwingend; es steht nicht in der Disposition eines Stifters oder einer Stifterin, die kirchliche Stiftung der staatlichen Aufsicht zu unterwerfen.⁶⁵⁹

Eine kirchliche Stiftung gilt nur dann als mit einer Religionsgemeinschaft 25 organisch verbunden, wenn diese die Möglichkeit einer Einflussnahme und ein Aufsichtsrecht über die Aktivität der Stiftung hat.⁶⁶⁰ Da der Verzicht auf die staatliche Aufsicht bei kirchlichen Stiftungen somit darauf beruht, dass über die organische Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft bereits eine kirchliche Aufsicht besteht, stellt sich die Frage, welchen Anforderungen die kirchliche Aufsicht entsprechen muss, um den Verzicht auf die staatliche Aufsicht zu rechtfertigen. Umstritten ist insbesondere, ob die kircheninterne Aufsicht *äquivalent* oder bloss *vergleichbar* zur staatlichen Aufsicht sein muss.⁶⁶¹ Diffizil ist die Beurteilung insbesondere dann, wenn die *Unabhängigkeit* der Aufsicht über die kirchliche Stiftung zur Debatte steht, etwa weil Personen an der Beaufsichtigung mitwirken, die auch Teil der mit der Stiftung organisch verbundenen Religionsgemeinschaft sind oder gar im Stiftungsrat der Stiftung selbst mitwirken, bei Aufsichtsentscheiden jedoch in den Ausstand treten.⁶⁶² Zwar helfen Ausstandsregelungen, Interessenkonflikte in Einzelfällen zu lösen. Sie können allerdings nicht dauerhaft eine fehlende organisatorische, personelle und faktische Unabhängigkeit zwischen dem

655. BK-Riemer, ST N. 287 m.w.H.

656. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 9.

657. Siehe die Begründung bei Familienstiftungen oben N. 9.

658. Kritisch zu dieser rechtssystematischen Gleichbehandlung zweier so unterschiedlicher Stiftungsformen Jakob, Neue Perspektiven, S. 127 f. m.w.H.

659. BGE 106 II 114 E. 2, 106 E. 3; BGer 5A_368/2022 vom 24.8.2023, E. 3.5.2 m.w.H. auf die Literatur und Rechtsprechung.

660. BGer 5A_368/2022 vom 24.8.2023, E. 3.6.2.2; BGE 106 II 106 E. 3c.

661. Siehe hierzu ausführlich BGer 5A_368/2022 vom 24.8.2023, E. 3.6.2.2. m.w.H. auf die Literatur und Rechtsprechung, insbesondere BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 9 und BK ZGB-Riemer, ST N. 296.

662. Dies war der Gegenstand zweier jüngerer Verfahren vor Bundesgericht, BGer 5A/2022 vom 24.8.2023 und BGer 5A_367/2022 vom 30.8.2023, hierzu Grüniger, *successio*, 2/2024, S. 176 ff.

Aufsichtsgremium und der Stiftung ausgleichen. Richtigerweise ist die Entscheidung über die Unabhängigkeit der Aufsicht – und damit die Frage, ob eine kirchliche Stiftung vorliegt, die von der staatlichen Aufsicht zu befreien ist – eine Rechtsfrage, die der Kognition der Handelsregisterbehörden entzogen ist.⁶⁶³ Bestehen Zweifel, ob Art. 87 Abs. 1 auf eine bestimmte Stiftung Anwendung findet, entscheidet darüber zunächst die staatliche Aufsichtsbehörde.⁶⁶⁴

- 26 Der übrige Rechtsrahmen der kirchlichen Stiftungen gleicht demjenigen der Familienstiftung. Betreffend die Befreiung von der Revisionsstellenpflicht (Art. 87 Abs. 1^{bis}) und der Ausnahme vom Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalt gemäss Art. 86a⁶⁶⁵ kann auf das Obenstehende verwiesen werden.
- 27 Zweck- und Organisationsänderungen i.S.v. Art. 85, 86 und 86b obliegen den kirchlichen Aufsichtsbehörden, die im Übrigen auch für Aufsichtsmassnahmen zuständig sind (vgl. Art. 84 Abs. 2).⁶⁶⁶ Zweck- bzw. Organisationsänderungen sind dann zulässig, wenn die materiellen Voraussetzungen der Art. 86, 86b oder 86b erfüllt sind.⁶⁶⁷ Für Streitige Fälle privatrechtlicher Natur ist bei kirchlichen Stiftungen das Zivilgericht zuständig (Art. 87 Abs. 2), im nichtstreitigen Bereich die kirchliche Aufsicht.⁶⁶⁸ Die Aufhebung einer kirchlichen Stiftung geschieht durch das Gericht (Art. 88 Abs. 2).
- 28 Auch kirchliche Stiftungen können als gemischte Stiftungen qualifizieren, wenn sie zusätzlich auch klassische Zwecke oder – was selten ist – familienbezogene Zwecke oder Zwecke der Personalfürsorge verfolgt.⁶⁶⁹ In

663. BGer 5A_367/2022 vom 30.8.2023, E. 3.7.3, hierzu Grüninger, *successio*, 2/2024, S. 179.

664. BGE 106 II 106 E. 3; BGer 5A_368/2022 vom 24.8.2023, E. 3.5.1; ferner BGer 5A_367/2022 vom 30. August 2023; CR I-Vez, Art. 87 N. 3; Grüninger, *successio* 2/2024, S. 180, der diese Frage lieber dem Zivilgericht überlassen will.

665. Vgl. Auch Riemer, ST N. 328, demzufolge Art. 86a bei kirchlichen Stiftungen nicht zur Anwendung kommt.

666. BK-Riemer, ST N. 331; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 14.

667. BK-Riemer, ST N. 328, der richtigerweise dafür plädiert, die materielle Wirkung dieser Bestimmungen *de lege ferenda* im Gesetz zu verankern; vgl. ferner CR I-Vez, Art. 87 N. 17 m.w.H.

668. Weiterführend BK-Riemer, ST N. 331 f.

669. Brugger, *Gemischte Stiftung*, S. 171 f. m.w.H.; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 5; BGE 106 II 12 f.; 106 II 114.

diesem Fall müssen die Rechtsfolgen je nach konkreter Mischform evaluiert werden. Wie bei gemischten Familienstiftungen⁶⁷⁰ untersteht eine kirchliche Stiftung mit klassischen Teilzwecken gesamthaft der staatlichen Aufsichtsbehörde⁶⁷¹ und muss eine Revisionsstelle bezeichnen.

LITERATURVERZEICHNIS

Arter Oliver, Die schweizerische Familienstiftung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, S. 107 ff. (zit. Arter, Familienstiftung).

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, *Schriften zum Stiftungsrecht*, Band 12, Basel 2019 (zit. Brugger, Gemischte Stiftung).

Brugger Lukas, Familienphilanthropie – Familienstiftungen mit gemischten Zwecken, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 2024, S. 135 ff. (zit. Brugger, Familienphilanthropie).

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung – Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister, 2024, S. 84 ff. in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven* (im Erscheinen).

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Grüniger Harold, Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, *Literatur, Entscheide, successio* 2 (2024), S. 167 ff.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina Elisabeth, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern 2020.

Jakob Dominique, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), *Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl., Basel 2018.

670. Siehe oben.

671. Brugger, Gemischte Stiftung, S. 171 f. m.w.H.; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87 N. 5; BGE 106 II 12 f.; 106 II 114.

Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun? in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 117 ff. (zit. Jakob, Neue Perspektiven)

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, SJZ 2022, S. 736 ff.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen und die Änderungskompetenz des Stiftungsrates, Zugleich eine Besprechung des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16.8.2021, npoR 2022, S. 119 ff.

Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda Zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), Jusletter 20.8.2020.

Leu Daniel/Gabrieli Daniel, Statutenänderung bei Familienstiftungen, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker – Festschrift für Hans Rainer Künzle, 2021, S. 277 ff.

Liatowitsch Manuel/Fischer Eliane, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Francesco A. Schurr (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 229 ff.

Liver Peter, Rezension zu Riemers Kommentar zum Stiftungsrecht, ZBJV 112 (1976), S. 315 ff.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010.

Riemer Hans Michael, Die Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: Meier/Riemer/Weimar (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 371–383 (zit. Riemer, Schiedsfähigkeit).

Riemer Hans Michael, Stämpfli's Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Röllin Andrea, Kirchliche Stiftungen – im Besonderen die privatrechtlichen i.S. von Art. 87 i.V.m. Art. 80 ff. ZGB, Diss. Zürich/St. Gallen 2010.

Schweizer Rudolf, Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach Schweizer Recht, Diss. Zürich, 1927

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Sprecher Thomas, Vom Recht des Stifters, „seine“ Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter vom 13.3.2023.

Vez Parisima, Fondation, lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 89 à 89, Bern 2004.

Vez Parisima, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 88 und 89 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 88 und 89 ZGB, in:
Nils Güggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 88 und 89 ZGB N. XXX.

F. Aufhebung und Löschung im Register

I. Aufhebung durch die zuständige Behörde

Art. 88

¹ Die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde hebt die Stiftung auf Antrag oder von Amtes wegen auf, wenn:

deren Zweck unerreichbar geworden ist und die Stiftung durch eine Änderung der Stiftungsurkunde nicht aufrechterhalten werden kann;
oder

deren Zweck widerrechtlich oder unsittlich geworden ist.

² Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen werden durch das Gericht aufgehoben.

II. Antrags- und Klagerecht, Löschung im Register

Art. 89

¹ Zur Antragsstellung oder zur Klage auf Aufhebung der Stiftung berechtigt ist jede Person, die ein Interesse hat.

² Die Aufhebung ist dem Registerführer zur Löschung des Eintrags anzumelden.

GLIEDERUNG

I. Regelungsgegenstand	196
II. Aufhebung von Stiftungen	196
A. Allgemeines	196
B. Abgrenzungen	197
1. Von Anfang an unzulässige Zwecke und mangelhafter Stifterwillen	197
2. Konkurs	197
3. Fusion	198
4. Emigration ins Ausland	198
III. Voraussetzungen der Aufhebung	199
A. Unerreichbarkeit des Zwecks	199
B. Nachträgliche Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit	200
IV. Auflösungsverfahren	200
A. Klassische Stiftungen	200
B. Antrags- bzw. Klageberechtigung	202
C. Auflösung von Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen	203
Literaturverzeichnis	204

I. REGELUNGSGEGENSTAND

- 1 Art. 88/89 ZGB befassen sich mit der Aufhebung von bestehenden Stiftungen und regeln die Voraussetzungen, Verfahren und Folgen einer Abwicklung der Stiftung.

II. AUFHEBUNG VON STIFTUNGEN

A. Allgemeines

- 2 Im Unterschied zu anderen juristischen Personen verfügen Stiftungen aufgrund ihrer anstaltlichen Natur über keine Möglichkeit der Selbstauflösung.⁶⁷² Die Organe der Stiftung können keinen autonomen Beschluss über die Auflösung der Stiftung und die Beendigung ihrer rechtlichen Existenz fassen; dies würde dem Wesen der Stiftung widersprechen, die durch den Stifterwillen – und nicht denjenigen der Organe – beherrscht ist.⁶⁷³ Sollte eine Stifterin oder ein Stifter sich selbst, den Organen oder den Begünstigten ein echtes Recht zur Selbstauflösung einräumen, so ist dieses Recht als inexistent zu betrachten und zieht den Umständen entsprechend gar die Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit der Stiftungserrichtung im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB⁶⁷⁴ nach sich.⁶⁷⁵ Ein trotzdem gefasster Beschluss über die Auflösung der Stiftung ist nichtig.⁶⁷⁶
- 3 Die Stifterin oder der Stifter kann das Ende der Stiftung und damit deren Auflösung der Stiftung jedoch privatautonom steuern, etwa indem die Dauer der Stiftung zum Voraus bestimmt wird (bspw. Auflösung nach zwanzigjährigem Bestehen, sog. Stiftung auf Zeit), durch eine Vorgabe, dass die Stiftung ihr Vermögen kontinuierlich verbrauchen muss (sog. Verbrauchsstiftung) oder aber durch den Eintritt eines definierten Ereignisses im Sinne einer auflösenden Bedingung.⁶⁷⁷ Dabei ist es u.E. zulässig, den

672. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 88/89 N. 2 m.w.H.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 88/89 N. 1; vgl. BGE 140 II 255 E. 4.1; 115 II 415 E. 3; CR CC-Vez, Art. 88/89 N. 4; BVGer, 16.8.2021, B-1749/2020, E. 4.3 und 17.7.2017, A-8309/2015, E. 1.7.

673. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 88/89 N. 2 m.w.H.; BGE 115 415, E. 3.

674. Hierzu ausführlich OK-Brugger/Humbel, Art. 52 ZGB, N. 8 ff.

675. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 88/89 N. 3.

676. *Ibid.*

677. *Ibid.*

Stiftungsorganen ein gewisses Beurteilungsermessen einzuräumen, solange die Organe nicht frei über die Auflösung entscheiden können.⁶⁷⁸ Solche Bestimmungen können nicht nur im Rahmen der Stiftungserrichtung, sondern auch im Rahmen einer Organisationsänderung nach Art. 85 oder 86b ZGB nachträglich eingeführt werden.⁶⁷⁹ Auch in diesen Konstellationen muss die Aufhebung der Stiftung formell durch die zuständige Aufsichtsbehörde bzw. bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen durch das Gericht bestätigt werden.⁶⁸⁰

B. Abgrenzungen

1. Von Anfang an unzulässige Zwecke und mangelhafter Stifterwillen

Sollte eine Stiftung einen von Anfang an widerrechtlichen, unsittlichen oder 4
unerreichbaren Zweck anstreben oder trotz eines mangelhaften Stifterwillens
(zu denken ist neben der mangelnden Urteilsfähigkeit der Stifterin oder des
Stifters etwa an einen Irrtum oder eine Täuschung)⁶⁸¹ errichtet worden sein,
muss die Stiftung nicht gemäss Art. 88 ZGB aufgehoben werden. Vielmehr
liegt ein Errichtungsmangel vor und die Stiftung ist, trotz Eintrag im
Handelsregister, nie gültig entstanden und wird entsprechend
rückabgewickelt. Die Nichtexistenz muss jedoch in einem Verfahren analog
Art. 88 ZGB festgestellt werden.⁶⁸²

2. Konkurs

Von der Aufhebung abzugrenzen ist der Untergang einer Stiftung infolge eines 5
Konkurses. Stiftungen unterliegen nach Art. 39 Abs. 1 Ziff. 12 SchKG der
ordentlichen Konkursbetreibung ab dem Folgetag der Bekanntmachung der
Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 39 Abs. 3 SchKG).
Konkursort ist der Sitz der Stiftung.⁶⁸³ Stiftungen können ihre eigene

678. Ähnlich BSK ZGB I-Grüninger, Art. 88/89 N. 3; Sprecher, S. 205; BK-Riemer, Art. 88/89 N. 58 f. m.w.H.

679. Vgl. OK-Brugger/Humbel, Art. 85/86 ZGB, N. 9; vgl. OK-Brugger/Humbel, Art. 86b ZGB, N. 5.

680. Sprecher, S. 205.

681. Vgl. hierzu auch BK-Riemer, Art. 88/89 N. 90 ff. m.w.H.

682. BK-Riemer, Art. 88/89 N.75 ff. m.w.H.; OFK ZGB-Aebersold/Leimer, Art. 88 N. 6; Sprecher, S. 142.

683. Sprecher, S. 207.

Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 191 SchKG beantragen, wofür jedoch eine vorgängige Zustimmung der Aufsichtsbehörde einzuholen ist.⁶⁸⁴

3. Fusion

- 6 Ebenfalls von Art. 88/89 ZGB abzugrenzen ist die Fusion von Stiftungen gemäss Art. 78–85 FusG. Bei Stiftungsfusionen gehen sämtliche Aktiven und Passiven der übertragenden Stiftung ohne Liquidation auf die empfangende Stiftung über. Die übertragende Stiftung wird folglich aufgelöst (Absorptionsfusion) oder durch die Fusion entsteht eine neue Stiftung (Kombinationsfusion). Stiftungsfusionen sind gemäss Art. 78 Abs. 2 FusG zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind und insbesondere der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks dienen. Stiftungsfusionen müssen durch die Aufsichtsbehörden genehmigt werden, wobei bei der Absorptionsfusion die übertragende Aufsichtsbehörde zuständig ist (Art. 83 Abs. 1 und 2 FusG). Mit Vollzug der Stiftungsfusion übermittelt die zuständige Aufsichtsbehörde die Fusion an das Handelsregister, welche die Löschung der übertragenden Stiftung einträgt (Art. 83 Abs. 3 FusG). Häufig wird von den Aufsichtsbehörden bei der Überweisung ihrer Verfügung an das Handelsregister die Stiftung formell aufgrund von Vermögenslosigkeit und damit der Unerreichbarkeit des Zwecks infolge der Fusion gemäss Art. 88 ZGB aufgehoben.⁶⁸⁵
- 7 Bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen wird für die Fusion ein öffentlich beurkundeter Fusionsvertrag gefordert (Art. 79 Abs. 3 FusG). Für den Vollzug der Fusion sind die Stiftungsorgane zuständig, jedoch steht jedem Destinatär mit Rechtsanspruch sowie jedem Mitglied des obersten Stiftungsorgans die Möglichkeit zu, den Fusionsbeschluss anzufechten (Art. 84 FusG).⁶⁸⁶

4. Emigration ins Ausland

- 8 Ebenfalls ohne Liquidation können Schweizer Stiftungen untergehen, wenn die Stiftung aus der Schweiz ins Ausland emigriert, wobei sich die verschiedenen Verfahren nach den Bestimmungen des IPRG richten. Gemäss Art. 163 IPRG kann sich eine schweizerische Gesellschaft (worunter nach dem

684. BK-Riemer, Art. 84a N. 12; Sprecher, S. 205.

685. Siehe weiterführend BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N.16a.

686. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N.16a.

Begriffsverständnis des IPRG auch Stiftungen zu verstehen sind) ohne Liquidation und Neugründung dem ausländischen Recht unterstellen, wenn die Voraussetzungen nach schweizerischem Recht erfüllt sind und sie nach dem ausländischen Recht fortbesteht. Ebenso ist es möglich, dass eine ausländische Stiftung eine Schweizer Stiftung auf dem Weg einer Emigrationsabsorption übernimmt oder sich mit ihr zusammenschliesst (Art. 163b IPRG). Die Schweizer Stiftung wird in diesen Konstellationen entsprechend den Voraussetzungen von Art. 164 IPRG aus dem Handelsregister gelöscht.

Eine Emigration ins Ausland bedarf bei aufsichtspflichtigen Stiftungen der Zustimmung der Aufsichtsbehörde.⁶⁸⁷ Bei Familienstiftungen ist umstritten, ob es für eine Emigration die Zustimmung oder Genehmigung des Gerichts bedarf.⁶⁸⁸

Das Verfahren für eine Emigrationsfusion ins Ausland ist durch eine Vielzahl an IPRG-Bestimmungen und Weiterverweisen auf das FusG und das Handelsregisterrecht geprägt (im Detail Art. 163–164b IPRG). Überdies kommen die materiellrechtlichen Bestimmungen des Stiftungsrechts zur Anwendung, vor allem wenn eine Organisationsänderung notwendig ist.⁶⁸⁹ Besonders berücksichtigt werden sollten auch steuerrechtliche Erwägungen, denn zumeist führt eine Emigration ins Ausland steuerlich zu einer Aufdeckung von stillen Reserven in der Schweiz.

III. VORAUSSETZUNGEN DER AUFHEBUNG

Stiftungen dürfen nur aufgehoben werden, wenn zumindest ein gesetzlicher Aufhebungsgrund erfüllt ist, namentlich, wenn der Zweck unerreichbar geworden ist und die Stiftung durch eine Änderung der Stiftungsstatuten nicht aufrecht erhalten werden kann (Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) oder der Zweck widerrechtlich oder unsittlich geworden ist (Art. 88 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

A. Unerreichbarkeit des Zwecks

Der Zweck einer Stiftung ist dann unerreichbar, wenn eine Stiftung ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen kann, sei dies, weil die Stiftung dauerhaft über

687. BK-Riemer, ST N. 771.

688. Verneinend, Grüninger, in: Perspektiven des Stiftungsrechts, S. 121; Jakob, in: FS Schnyder, S. 185; bejahend BK-Riemer, ST N. 772.

zu wenig Vermögen zur effektiven Zweckverfolgung verfügt (d.h. die Zweck-Mittel-Relation nicht mehr gewahrt ist) oder der Zweck hinfällig oder obsolet geworden ist.⁶⁹⁰ Typische Fälle der Hinfälligkeit eines Zwecks sind das Aussterben einer Familie für deren Begünstigung eine Familienstiftung errichtet wurde,⁶⁹¹ die Beendigung eines Kriegs⁶⁹² oder die Forschung zu einer ausgerotteten Krankheit. Die Unerreichbarkeit muss definitiv sein und für den gesamten Zweck gelten.⁶⁹³ Bereits aus dem Gesetzestext ergibt sich, dass die Aufhebung subsidiär zu einer Statutenänderung der Stiftung (Art. 86, 86b ZGB) ist.

B. Nachträgliche Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit

- 13 Ein bei der Stiftungserrichtung zulässiger Zweck kann durch spätere Veränderung des Rechts (Gesetzes- oder Praxisänderung sowie Bildung von neuem Gewohnheitsrecht) oder der guten Sitten unzulässig werden.⁶⁹⁴ Typisches Beispiel ist eine Stiftung zur Unterstützung einer verbotenen Partei oder einer verbotenen Gesinnung.⁶⁹⁵ Auch hier muss der gesamte Zweck widerrechtlich oder unsittlich geworden und eine Rettung der Stiftung auf keine Art möglich sein.⁶⁹⁶

IV. AUFLÖSUNGSVERFAHREN

A. Klassische Stiftungen

- 14 Verfahrensführend bei der Aufhebung von klassischen Stiftungen ist die zuständige Aufsichtsbehörde (Art. 88 Abs. 1 ZGB), welche die Aufhebung durch konstitutive Verfügung herbeiführt.⁶⁹⁷ Das Gesetz sieht für Stiftungen kein besonders Aufhebungs- und Liquidationsverfahren vor. Zur Anwendung

689. Jakob, in: FS Schnyder, S. 180 f.

690. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 4; BK-Riemer, Art. 88/89 N. 16.

691. Vgl. BGE 93 II 445 E. 3b und BK-Riemer, Art. 88/89 N. 17; OFK ZGB Aebersold/Leimer, Art. 88 N. 2.

692. VEB 1946/47, Nr. 46, hierzu BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 4; BK-Riemer, Art. 88/89 N. 17.

693. Sprecher, 200; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 4.

694. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 4a.

695. BK-Riemer, Art. 88/89 N. 29; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 4a.

696. BK-Riemer, Art. 88/89 N. 29; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 4a.

697. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 6.

gelangen daher die Art. 57 und 58 ZGB des allgemeinen Teils der juristischen Personen, wonach nach Durchführung eines Liquidationsverfahrens die Anfallsberechtigung am Stiftungsvermögen nach den Statuten bestimmt wird.⁶⁹⁸ Das Liquidationsverfahren von Stiftungen richtet sich über den Verweis von Art. 58 ZGB auf Art. 913 Abs. 1 OR und dessen Weiterverweis nach den materiellen Bestimmungen des Aktienrechts, d.h. nach Art. 739–747 OR. Während sich die zuständigen Aufsichtsbehörden in der Vergangenheit häufig mit einer summarischen Prüfung und kurzen Bestätigung des Stiftungsrats begnügt hatte, dass die Voraussetzungen von Art. 88 ZGB eingehalten waren, wird heute i.a.R. ein formelles Liquidationsverfahren verlangt.⁶⁹⁹ Bei einfachen und transparenten Verhältnissen greifen die zuständigen Aufsichtsbehörden jedoch weiterhin auf eine vereinfachte Aufhebung zurück.⁷⁰⁰ So sieht die Praxis der ESA etwa vor, dass der Erlass einer einzigen Verfügung zur Aufhebung der Stiftung und Löschung im Handelsregister genügen kann. Die vereinfachte Aufhebung erfolgt in folgenden Schritten: Die Stiftungsorgane stellen einen begründeten Antrag auf Aufhebung der Stiftung und legen einen gültigen Beschluss über die statutenkonforme Verfügung über das Restvermögen vor. Hierfür wird verlangt, dass bei Vorhandensein von geringem Vermögen eine Bestätigung vorliegt, dass der Stiftungsrat die Kosten für die Aufhebung übernehmen wird. Verlangt wird überdies, dass eine nicht revidierte Schlussrechnung vorliegt und ein Schuldenruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt vorgenommen werden kann.⁷⁰¹

Die Liquidation wird durch Beschluss des obersten Stiftungsorgans eingeleitet und die Stiftung muss fortan den Zusatz «in Liquidation» führen.⁷⁰² Die Liquidation kann, muss aber nicht, gemäss Art. 740 Abs. 1 OR durch die Stiftungsorgane selbst durchgeführt werden. Neben der Erstellung einer

698. Siehe im Einzelnen OK-Brugger/Humbel, Art. 57 ZGB, N. 8 ff. sowie OK-Humbel, Art. 58 ZGB, N. 8 ff. Ferner zum Ganzen KUKO ZGB-Jakob, Art. 88/89 N. 5; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 17 ff.

699. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 17. Immerhin bieten gewisse Aufsichtsbehörden, u.a. die ESA, in bestimmten Fällen auch eine vereinfachte Liquidation an, vgl. etwa für die ESA, vgl. im Detail <[https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten#Aufhebung-einer-Stiftung-\(Liquidation\)](https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten#Aufhebung-einer-Stiftung-(Liquidation))>.

700. Weiterführend Q&A der ESA: [https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten#Aufhebung-einer-Stiftung-\(Liquidation\)](https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten#Aufhebung-einer-Stiftung-(Liquidation)).

701. Weiterführend Q&A der ESA: [https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten#Aufhebung-einer-Stiftung-\(Liquidation\)](https://www.esa.admin.ch/de/fragen-und-antworten#Aufhebung-einer-Stiftung-(Liquidation)).

702. Art. 739 Abs. 1 OR, BSK ZGB I-Grüniger, Art. 88/89 N. 17.

Bilanz (Art. 742 Abs. 1 OR) ist auch ein öffentlicher Gläubigeraufruf (Art. 742 Abs. 2 OR) notwendig.

- 16 Nach Tilgung der Schulden im Liquidationsverfahren wird das Vermögen gemäss den Bestimmungen der Stiftungsstatuten verteilt. Bei gemeinnützigen Stiftungen, denen eine Steuerbefreiung gewährt wurde, muss das Vermögen i.a.R. aufgrund einer von den Steuerbehörden verlangten Statutenbestimmung an eine andere steuerbefreite juristische Person mit Sitz in der Schweiz fliessen. Sind in den Statuten keine Bestimmungen enthalten, greift der Auffangtatbestand des Art. 57 Abs. 1 ZGB, wonach das Vermögen bei Aufhebung an das Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde) fällt, dem sie nach ihrer Bestimmung angehört hat. Wird eine juristische Person wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke aufgehoben, so fällt das Vermögen an das Gemeinwesen, auch wenn etwas anderes bestimmt worden ist (Art. 57 Abs. 3 ZGB).⁷⁰³
- 17 Nach Beendigung der Liquidation ist die Stiftung im Handelsregister zu löschen (Art 746 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 2 HRegV und Art. 89 Abs. 2 ZGB).

B. Antrags- bzw. Klageberechtigung

- 18 Sofern die Aufhebung nicht von Amtes wegen erfolgt, sind diejenigen Personen zur Antragstellung bei der Aufsichtsbehörde bzw. Klageerhebung bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen berechtigt, die ein Interesse haben (Art. 89 Abs. 1 ZGB). Darunter fallen etwa Begünstigte, Gläubiger (wie etwa auch die Steuerbehörden)⁷⁰⁴ oder die Mitglieder der Stiftungsorgane.⁷⁰⁵ Ebenfalls zum Antrag auf Aufhebung legitimiert sind die Stifterin bzw. der Stifter.⁷⁰⁶ Um den Kreis der Personen, die die Auflösung initiieren können, auf ein vernünftiges Ausmass zu reduzieren, ist sinnvollerweise zu verlangen, dass diese ein *berechtigtes* Interesse an einer Stiftungsauflösung haben müssen,⁷⁰⁷ was etwa bei bloss potenziell Begünstigten, Anwartschaftsberechtigten oder ehemaligen Organmitgliedern im Einzelfall zu prüfen ist.⁷⁰⁸ Der Gesetzgeber hat es unterlassen, den Kreis der antrags- bzw. klageberechtigten Personen

703. Siehe im Einzelnen OK-Brugger/Humbel Art. 57 ZGB, N. 8 ff.

704. CR CC-Vez, Art. 88/89 N. 29a unter Hinweis auf BGE 140 II 255.

705. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 88/89 N. 8 mit Hinweis auf BVGer B-6002/2019 vom 16. Juni 2021 E. 4; KUKO ZGB-Jakob, Art. 88/89 N. 6.

706. BVGer B-6002/2019 vom 16.6.2021 E. 4.

707. KUKO ZGB-Jakob, Art. 88/89 N. 6.

bei der Aufhebung der Stiftung mit demjenigen zur Erhebung der Stiftungsaufsichtsbeschwerde nach Art. 84 Abs. 3 ZGB abzustimmen. Zur Aufhebung einer Stiftung können u.E. jedenfalls auch andere Personen legitimiert sein als die in Art. 84 Abs. 3 ZGB genannten Personen, wobei etwa an Ehegatten oder Nachkommen der Stifterin bzw. des Stifters zu denken ist. Bei kirchlichen Stiftungen, die der kircheninternen Aufsicht unterstehen, muss der Antrag zur Auflösung der Stiftung zuerst von der kircheninternen Aufsichtsbehörde genehmigt werden.⁷⁰⁹

C. Auflösung von Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen

Für die Auflösung von Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen ist nach Art. 88 Abs. 2 ZGB das Zivilgericht zuständig. Diese Lösung scheint für Familienstiftungen sachgerecht, zumal sie keiner Aufsichtsbehörde unterstehen und die Stiftungsorgane deren Aufhebung aufgrund des anstaltlichen Charakters der Stiftung nicht selbst beschliessen dürfen. Die gerichtliche Auflösungskompetenz scheint bei kirchlichen Stiftungen jedoch fragwürdig, da diese einer kircheninternen Aufsicht unterstehen und gerade deshalb auf eine staatliche Beaufsichtigung verzichtet wird.⁷¹⁰

Beim gerichtlichen Verfahren um Auflösung handelt es sich um ein Streitiges Zweiparteiverfahren, wobei sich die klagende Partei (jede Person mit einem Interesse) einerseits und die Stiftung, vertreten durch die Mitglieder des obersten Organs, andererseits gegenüberstehen. Besteht in dieser Situation ein Interessenkonflikt zwischen der vertretungsbefugten Person und der Stiftung (etwa, weil eine Person auf Auflösung klagt, die sonst die Vertretung der Stiftung übernimmt), muss die Stiftung entweder durch ein anderes vertretungsbefugtes Mitglied des obersten Stiftungsorgan vertreten werden oder es muss ein externer Vertreter bestellt werden. Nicht gänzlich geklärt ist die Verfahrensart. Gemäss der Auffassung von Riemer unterliegt das Verfahren dem Officialgrundsatz nach Art. 58 Abs. 2 ZPO.⁷¹¹ Entsprechend wäre eine Anerkennung der Klage oder ein Vergleich auf Auflösung der Stiftung

708. In diesem Sinne auch BK-Riemer, Art. 88/89 N. 33, der bei Destinatären eine "besondere Nähe" verlangt.

709. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 88/89 N. 8.

710. So auch BSK ZGB I-Grüninger, Art. 88/89 N. 7; CR CC-Vez, Art. 88/89 N. 29; siehe zur kirchlichen Stiftung OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB, N. 22 ff.

711. BK-Riemer, Art. 88/89 N. 39.

ausgeschlossen.⁷¹² Richtigerweise gilt für die Einleitung des Verfahrens jedoch die Dispositionsmaxime und die klagende Partei kann den Prozess bis zur Verkündung des Endentscheids durch Klagerückzug beenden,⁷¹³ zumal ein solcher auch bei Geltung des Officialgrundsatzes möglich ist.⁷¹⁴ Umstritten ist, ob Klagen auf Auflösung der Stiftung schiedsfähig sind.⁷¹⁵ Verfolgt eine Familienstiftung oder eine kirchliche Stiftung gleichzeitig klassische Stiftungszwecke, wird sie zur gemischten Stiftung, bei der die Kompetenz zur Aufhebung bei der Aufsichtsbehörde liegt.⁷¹⁶

LITERATURVERZEICHNIS

Aebersold Thomas/Leimer Rahel, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., 2021 (zit. OFK ZGB-Aebersold/Leimer).

Grüninger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Grüninger Harold, Grenzüberschreitende Sitzverlegung aus der und in die Schweiz, in: Dominique Jakob (Hrsg.), Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, Basel 2010, 119 ff.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina Elisabeth, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Perspektive, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 171 ff. (zit. Jakob, FS Schnyder).

712. Vgl. BSK ZPO-Gehri, Art. 58 N. 27.

713. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 12b; CR CC-Vez, Art. 88/89 N. 29.

714. *Ibid.*

715. Bejahend BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87 N. 12d; verneinend BK-Riemer, Art. 88/89 N. 39.

716. Siehe OK-Brugger/Humbel, Art. 87 ZGB, N. 21.

Riemer Hans Michael, Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Vez Parisima, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 252 ZGB

Eine Kommentierung von Sandra Viertler

ZITIERVORSCHLAG

Sandra Viertler, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Christoph Hurni (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Viertler, N. XXX zu Art. 252 ZGB.

Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft

Siebenter Titel: Die Entstehung des Kindesverhältnisses

Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

A. Entstehung des Kindesverhältnisses im Allgemeinen

Art. 252

¹ Das Kindesverhältnis entsteht zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt.

² Zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil wird es kraft der Ehe der Mutter begründet oder, soweit gesetzlich vorgesehen, durch Anerkennung oder durch das Gericht festgestellt.

³ Ausserdem entsteht das Kindesverhältnis durch Adoption.

GLIEDERUNG

I. Das Kindesverhältnis und dessen Entstehung im Allgemeinen	209
A. Das Kindesverhältnis als Rechtsverhältnis	209
B. Zweck des Kindesverhältnisses	209
C. Entstehungsgründe	210
II. Das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter (Abs. 1)	210
A. Im Allgemeinen	210
B. Sonderkonstellationen	211
1. Anonyme Geburt.....	211
2. Vertrauliche Geburt	211
3. Tot- und Fehlgeburt.....	211
4. Verwechseltes Kind.....	212
5. Mehrfache oder gespaltene Mutterschaft	212
III. Das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil (Abs. 2)...	213
A. Dualismus	213
B. Verschiedengeschlechtliche Eltern	213
C. Gleichgeschlechtliche Eltern	213
IV. Das Kindesverhältnis durch Adoption (Abs. 3)	214
Materialien	214
Literaturverzeichnis	214

I. DAS KINDESVERHÄLTNIS UND DESSEN ENTSTEHUNG IM ALLGEMEINEN

A. Das Kindesverhältnis als Rechtsverhältnis

Das Kindesverhältnis ist ein Rechtsverhältnis,⁷¹⁷ welches durch eine 1 familienrechtliche Beziehung, namentlich die **Eltern-Kind-Beziehung**, verkörpert wird.⁷¹⁸ Nur aus dieser rechtlich anerkannten Eltern-Kind-Beziehung können **rechtliche Wirkungen**, mithin Rechte und Pflichten der Eltern bzw. der Kinder, abgeleitet werden;⁷¹⁹ hingegen nicht aus der Abstammung oder der geistig-sozialen Beziehung.⁷²⁰ Das Kindesverhältnis als **persönliches Verhältnis**⁷²¹ erhält einen Eintrag in das Personenstandsregister (Art. 7 Abs. 2 lit. a ZStV), dem Beweiskraft zukommt.
722

B. Zweck des Kindesverhältnisses

Durch das Kindesverhältnis erfolgt die **rechtliche Zuordnung** eines Kindes 2 zu einer Mutter (Mutterschaft) und zu einem anderen Elternteil. Damit begründet es die **rechtliche Elternschaft** des Kindes sowie gleichzeitig die rechtliche Verwandtschaft und die rechtliche Schwägerschaft.⁷²³

Von der rechtlichen Elternschaft ist die **genetische bzw. biologische und 3 sozial-psychische bzw. intentionale Elternschaft** zu unterscheiden. Zwar gehen die meisten Rechtsordnungen noch von einer Übereinstimmung der genetischen mit der sozial-psychischen Elternschaft aus⁷²⁴, jedoch muss für das Rechtsverhältnis nicht zwingend eine Übereinstimmung der beiden Elternschaftsformen gegeben sein.⁷²⁵

717. Vgl. BGE 108 II 347; CR-Guillod, Art. 252 ZGB N. 1; BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 2; KUKO-Rusch/Götschi, Vorb. zu Art. 252–269c ZGB N. 2; CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 4.

718. Wolf/Minnig, Rz. 987; OFK-Stehli, Art. 252 ZGB N. 1.

719. Siehe für eine Auswahl der Rechte und Pflichten CR-Guillod, Art. 252 ZGB N. 2.

720. Wolf/Minnig, Rz. 988; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 15.10.

721. BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 4.

722. BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 5; CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 7.

723. KUKO-Rusch/Götschi, Vorb. zu Art. 252–269c ZGB N. 3; BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 3; CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 6.

724. OFK-Stehli, Art. 252 ZGB N. 1.

C. Entstehungsgründe

- 4 Die im Gesetz normierten Entstehungsgründe für das Kindesverhältnis sind **abschliessend** und grundsätzlich **zwingend**.⁷²⁶ Demnach besteht das Rechtsverhältnis in der Regel sowohl zwischen dem Kind und der Mutter als auch zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil. Während ersteres jedoch absolut zwingend ist, muss zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil nicht notwendigerweise ein Kindesverhältnis gegeben sein. Denn während das Kindesverhältnis zu der Mutter auf genetische Weise – in concreto mittels Geburt – entsteht, bedarf es für die Entstehung zum anderen Elternteil entweder einer Ehe zwischen der Mutter und dem Elternteil, einer Anerkennung oder einer gerichtlichen Feststellung. Im Wege der Adoption kann das Kindesverhältnis ohne biologische Abstammung erfolgen.

II. DAS KINDESVERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM KIND UND DER MUTTER (ABS. 1)

A. Im Allgemeinen

- 5 Zwischen der gebärenden Frau als Mutter und dem Kind wird das sog. mütterliche Kindesverhältnis mit der **Tatsache der Geburt** begründet.⁷²⁷ Insoweit gilt der althergebrachte Grundsatz *mater semper certa est*.⁷²⁸ Es entsteht damit **ex lege** und bedarf keiner förmlichen Anerkennung, sodass der verpflichtenden Meldung der Mutterschaft an das Zivilstandsregisteramt innert drei Tagen gemäss Art. 40 ZGB i.V.m. Art. 34 ff. ZStV⁷²⁹ rein deklarative Wirkung zukommt. Eine Anfechtung der Mutterschaft ist in der Schweiz *de lege lata* nicht zulässig, jedoch allenfalls für die Zukunft anzudenken^{730, 731}

725. Wolf/Minnig, Rz. 987; Tuor/Schnyder/Jungo, § 39 Rz. 3; BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 2.

726. OFK-Stehli, Art. 252 ZGB N. 5.

727. KUKO-Rusch/Götschi, Art. 252 ZGB N. 1.

728. Vgl. BGE 141 III 328 E. 4.4; BGE 148 III 245 E. 6.4; BGE 148 III 384 E. 5.4; aus der Lehre etwa Bächler, S. 1178.

729. Siehe zur Meldepflicht etwa CR-Guillod, Art. 252 ZGB N. 7.

730. Offen gelassen bei BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 11. In Frankreich besteht die Möglichkeit einer Anfechtung der Mutterschaft, sofern Status und gelebte Mutter-Kind-Beziehung auseinander fallen, Art. 334 CC fr.

731. CR-Guillod, Art. 252 ZGB N. 3; KUKO-Rusch/Götschi, Art. 252 ZGB N. 1 und 5.

B. Sonderkonstellationen

1. Anonyme Geburt

Das Rechtsinstitut der anonymen Geburt, das einer werdenden Mutter im 6 Spital ermöglicht ein **Kind anonym zu gebären**, ist dem Schweizer Recht **fremd**⁷³² und würde der Geburts-Meldepflicht widersprechen.⁷³³ Somit ist lediglich eine **anonyme Kindesabgabe** aufgrund der bestehenden Möglichkeit der Abgabe des Kindes in ein Babyfenster⁷³⁴ möglich. In diesem Fall entsteht, selbst bei Unbekanntheit der Mutter, das mütterliche Kindesverhältnis.⁷³⁵ Das auf diese Weise anonym abgegebene Kind wird rechtlich als Findelkind behandelt,⁷³⁶ das jenen Familien- und Vornamen erhält, den ihm die Behörde zuweist (vgl. Art. 38 Abs 2 ZStV).⁷³⁷

2. Vertrauliche Geburt

Die vertrauliche Geburt hat den **Schutz von Frauen in Notlagen**, etwa weil 7 sie Gewalt oder Bedrohung aufgrund der bestehenden Schwangerschaft ausgesetzt sind, zum Ziel. Die Identität der gebärenden Frau, die ihr Kind zur Adoption freigibt, wird in das Personenstandsregister eingetragen, allerdings nimmt nur ein kleiner Kreis von Behörden von der Geburt Kenntnis.⁷³⁸ Durch diese weitgehende Geheimhaltung soll verhindert werden, dass nahe Angehörige oder dritte Personen von der Geburt Kenntnis erlangen und sich dadurch die bisherige Notlage noch verschlimmert.

3. Tot- und Fehlgeburt

Im Falle einer Tot- oder Fehlgeburt kann **mangels Lebendgeburt kein 8 Kindesverhältnis** entstehen.⁷³⁹ Totgeburten müssen, wie Lebendgeburten,

732. Gegen eine Einführung de lege ferenda KUKO-Rusch/Götschi, Art. 252 ZGB N. 6, sowie BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 12c. Vgl. zu bisherigen Initiativen Bericht des Bundesrates zum Postulat Maury Pasquier, S. 4 ff. In Frankreich gibt es für die Mutter die Möglichkeit der anonymen Geburt, Art. 326 CC fr.

733. BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 12b; CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 11.

734. Vgl. dazu ausführlich Hausheer/Aebi-Müller, S. 2 ff.; Aebi-Müller, S. 546.

735. KUKO-Rusch/Götschi, Art. 252 ZGB N. 7.

736. CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 11.

737. KUKO-Rusch/Götschi, Art. 252 ZGB N. 7; BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 12e; siehe ausführlich hierzu bereits Biderbost, S. 65 ff.

738. BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 12d.

beurkundet werden (Art. 9 Abs. 1 ZStV), eine Fehlgeburt kann dem Zivilstandsamt gemeldet werden.⁷⁴⁰

4. Verwechseltes Kind

- 9 Kommt es im Krankenhaus zu einer Verwechslung von Kindern, hat dies **keinen Einfluss auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses**: Das Kindsverhältnis besteht zwischen dem verwechselten Kind und seiner wahren, biologischen Mutter.⁷⁴¹

5. Mehrfache oder gespaltene Mutterschaft

- 10 Zu den Fällen der sog. „mehrfachen oder gespaltenen“⁷⁴² Mutterschaft“ führen die **Eizell**⁷⁴³- **und Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft**. Allesamt sind sie zwar nach geltendem Schweizer Recht untersagt (siehe Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG)⁷⁴⁴, finden aber dennoch durch Vollziehung im Ausland Eingang in die Schweizer Rechtspraxis. Für die Bestimmung der Mutter bleibt nach Schweizer Recht selbst im Fall der gespaltenen Mutterschaft **die Geburt entscheidend**,⁷⁴⁵ sodass etwaige davon abweichende vertragliche Vereinbarungen unwirksam und gerichtlich nicht durchsetzbar sind.⁷⁴⁶ Demgegenüber wird in Ländern, in denen etwa die Leihmutterschaft rechtlich erlaubt ist, nur der genetische Vater als Vater registriert, währenddessen die gebärende Frau nicht Mutter des Kindes wird.⁷⁴⁷

739. CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 5.

740. BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 12f und 12g.

741. OFK-Stehli, Art. 252 ZGB N. 2.

742. Gespalten, weil die genetische Abstammung und die rechtliche Mutterschaft auseinanderfallen.

743. Die genetische Mutter ist die Keimzellenspenderin währenddessen biologische Mutter die austragende Frau ist vgl. Büchler, S. 1178; CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 9.

744. Vgl. Botschaft FMedG, S. 253 und S. 279; BGE 141 III 328 E. 5.2; Büchler/Maranta, S. 354 f.

745. Vgl. Büchler, S. 1178; Wolf/Minnig, Rz. 991, mit Hinweis auf BGE 141 III 328 E. 4.4 und BGE 144 III 1 E. 4.1.

746. KUKO-Rusch/Götschi, Art. 252 ZGB N. 4.

747. OFK-Stehli, Art. 252 ZGB N. 2.

III. DAS KINDESVERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM KIND UND DEM ANDEREN ELTERNTEIL (ABS. 2)

A. Dualismus

Das Kindesrecht ist in der Schweiz von Dualität geprägt.⁷⁴⁸ Während die Dualität bis zur Öffnung der Ehe für alle nur aus **Mutter- und Vaterschaft** bestand, ist heute neben der Mutterschaft auch eine **Co-Mutterschaft** möglich.

Nach geltendem Recht bedarf es zwingend einer Mutter, sodass **keine Vaterschaft und Co-Vaterschaft** denkbar ist.⁷⁴⁹

B. Verschiedengeschlechtliche Eltern

Im Fall der Verschiedengeschlechtlichkeit der Eltern wird das Kindesverhältnis zum Vater primär kraft Gesetzes, genauer durch **gesetzliche Vermutung, aufgrund bestehender Ehe mit der Mutter** begründet (vgl. Art. 255 ZGB). Ist die Mutter nicht verheiratet oder wurde die Vaterschaft des Ehemannes erfolgreich angefochten, kommt eine Begründung durch **förmliche Anerkennung** in Frage (vgl. Art. 260 ZGB). Liegen die vorgenannten Fälle nicht vor, bleibt nur noch die Möglichkeit, das Kindesverhältnis durch ein **Gestaltungsurteil, die Vaterschaftsklage**, zu begründen (Art. 261, 263 ZGB).⁷⁵⁰

C. Gleichgeschlechtliche Eltern

Hat das Kind gleichgeschlechtliche Eltern, sieht Art. 255a ZGB unter bestimmten Voraussetzungen eine Möglichkeit der Entstehung des Kindesverhältnisses zur Co-Mutter **kraft Gesetzes** vor. Eine förmliche Anerkennung oder ein Gestaltungsurteil ist im Fall der Gleichgeschlechtlichkeit nicht vorgesehen.⁷⁵¹

748. Vgl. Büchler, S. 1178.

749. In diesem Sinne auch CHK-Reich, Art. 252 ZGB N. 12.

750. OFK-Stehli, Art. 252 ZGB N. 3.

751. BSK- Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 3.

IV. DAS KINDESVERHÄLTNIS DURCH ADOPTION (ABS. 3)

- 15 Neben der biologischen Erzeugung des Kindesverhältnisses besteht die Möglichkeit, das Rechtsverhältnis durch einen **förmlichen Rechtsakt** – die Adoption – herzustellen (vgl. Art. 264 ff. ZGB) und zwar sowohl für die Mutter als auch den anderen Elternteil. Die Adoption kann **beide oder nur einen Elternteil** betreffen.
- 16 Durch die Adoption entsteht ein **neues Kindesverhältnis**, was bedingt, dass das Rechtsverhältnis zu den genetischen Eltern endet.⁷⁵² Es ist daher weder eine Feststellung noch Begründung eines Kindesverhältnisses nach Art. 252 Abs. 1 und 2 ZGB möglich.⁷⁵³
- 17 Art. 252 Abs. 3 ZGB ist lediglich ein **Verweis** auf die Art. 264 ff. ZGB, sodass der Bestimmung keine selbständige Bedeutung zukommt.⁷⁵⁴

MATERIALIEN

Bessere Unterstützung für Frauen in Not und verletzte Familien, Bericht des Bundesrates zum Postulat Maury Pasquier (13.4189) vom 12.10.2016.

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) vom 26.6.1996 (zit. Botschaft FMedG).

LITERATURVERZEICHNIS

Aebi-Müller Regina E., Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, FamPra.ch 2007, S. 544 ff.

Biderbost Yvo, Findelkinder – Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht, ZVW 1999, S. 49 ff.

752. OFK-Stehli, Art. 252 ZGB N. 4.

753. KUKO-Rusch/Götschi, Art. 252 ZGB N. 10.

754. BSK-Schwenzer/Cottier, Art. 252 ZGB N. 14; weiter Wolf/Minnig, Rz. 990.

Büchler Andrea, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, S. 1175 ff.

Büchler Andrea/Maranta Luca, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 2015, S. 354 ff.

Guillod Olivier, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Guillod).

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Renaissance einer alten Idee: Das Einsiedler Babyfenster aus (zivil-)rechtlicher Sicht, recht 2002, S. 1 ff.

Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., Bern 2022.

Reich Johannes, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Reich).

Rusch Martina/Götschi Antje, Vorbemerkung zu Art. 252–269c ZGB und Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. KUKO-Rusch/Götschi).

Schwenzer Ingeborg/Cottier Michelle, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Schwenzer/Cottier).

Stehli Claudia, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK-Stehli).

Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.

Wolf Stephan/Minnig Yannick, Familienrecht, Basel 2021.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 335 ZGB

Eine Kommentierung von Lukas Brugger / Claude Humbel

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 335 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Brugger/Humbel, Art. 335 ZGB N. XXX.

Dritter Abschnitt: Das Familienvermögen

A. Familienstiftungen

Art. 335

¹ Ein Vermögen kann mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird.

² Die Errichtung von Familienfideikommissen ist nicht mehr gestattet.

GLIEDERUNG

I. Vorbemerkungen	219
A. Bedeutung von Schweizer Familienstiftungen	219
B. Entstehungsgeschichte und Auslegung von Art. 335	220
C. Auswirkungen der restriktiven Praxis	223
D. Die Anerkennung ausländischer Familien- und Familienunterhaltstiftungen	225
E. Reformbestrebungen	226
II. Der Rechtsrahmen der Familienstiftung	228
III. Die zulässigen Zwecke der Familienstiftung (Abs. 1)	229
A. Zulässige Zwecke	229
B. Folgen unzulässiger Zwecke	232
IV. Verbot der Errichtung neuer Familienfideikommisse (Abs. 2)	234
Literaturverzeichnis	235

I. VORBEMERKUNGEN

A. Bedeutung von Schweizer Familienstiftungen

Die Schweiz verfügt per 1. Januar 2024 insgesamt über 17'874 im 1 Handelsregister eingetragene Stiftungen,⁷⁵⁵ wovon etwa 13'880 gemeinnützige Stiftungen⁷⁵⁶ sind. Im Vergleich zu den gemeinnützigen und anderen klassischen Stiftungen (etwa sog. Krypto-Stiftungen, Unternehmens-, Personalfürsorge- und Kunststiftungen) ist die Anzahl an Familienstiftungen gering: Per Ende 2021 hat der Schweizer Stiftungsreport 356 im Handelsregister eingetragene Familienstiftungen ermittelt.⁷⁵⁷ Trotz der Tatsache, dass einige Familienstiftungen noch nicht im Handelsregister eingetragen sind – was nicht bloss auf die kaum vermeidbaren «Nachzüglerinnen» unter den Familienstiftungen, sondern auch auf eine bisweilen restriktive Praxis mancher Handelsregisterämter⁷⁵⁸ zurückzuführen ist – liegt die tatsächliche Zahl der Familienstiftungen wohl nicht weit über diesem Wert. Grüninger schätzt die Anzahl aller Schweizer Familienstiftungen auf etwa 500.⁷⁵⁹ Über das Vermögen von Familienstiftungen gibt es keine belastbaren Studien.⁷⁶⁰ Neben grossen und sehr vermögenden Familienstiftungen, die bedeutende Beteiligungen, Kunstwerke oder Immobilien halten, existieren viele, vornämlich ältere Familienstiftungen, deren Vermögen bloss für den Unterhalt eines Familiengrabes ausreicht.⁷⁶¹

Auch im Vergleich mit den Stiftungsstandorten Liechtenstein und Österreich 2 weist die Schweiz nur eine vernachlässigbare Anzahl an Familienstiftungen auf: So existieren im Fürstentum Liechtenstein per 31. Dezember 2023 7'662 nicht eingetragene, sogenannte hinterlegte Stiftungen mit überwiegend

755. Handelsregisterstatistik 2023, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/handelsregister/statistik.html>.

756. Der Schweizer Stiftungsreport 2024, S. 6.

757. Der Schweizer Stiftungsreport 2022, S. 11.

758. Siehe hierzu und zu den Hintergründen im Detail die Kommentierung zu Art. 87, OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 87 N. 8.

759. Grüninger, Familienstiftungslandschaft, S. 52.

760. S. jedoch BK-Riemer, ST N. 164, der auf eine Erhebung aus dem Jahr 1959 verweist, wonach Schweizer Familienstiftungen damals über ein Vermögen von über CHF 1 Mrd. verfügt haben sollen.

761. Grüninger, Familienstiftungslandschaft, S. 52.

privatnützigen Zwecken sowie 1'774 im Handelsregister eingetragene Stiftungen,⁷⁶² wobei viele als gemischte Stiftung zumindest teilweise als Familienstiftung ausgestaltet sind.⁷⁶³ In Österreich gibt es rund 2'370 Familien-Privatstiftungen.⁷⁶⁴

- 3 Zurückzuführen ist die vergleichsweise geringe Bedeutung von Familienstiftungen in der Schweiz vor allem auf Art. 335 sowie die diesbezüglich entwickelte Praxis der Gerichte und Behörden, die sich nur durch den historischen Kontext der Norm erklären lässt.

B. Entstehungsgeschichte und Auslegung von Art. 335

- 4 Mit dem Auftrag zur Entwicklung und Einführung eines Zivilgesetzbuches auf Bundesebene an Eugen Huber⁷⁶⁵ folgte Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts eine Auseinandersetzung mit unterschiedlichen in den Kantonen vorhandenen Rechtsinstituten für die Erhaltung des Vermögens einer natürlichen Person über dessen Tod hinaus. Im Zentrum standen dabei die beiden Rechtsinstitute *Familienstiftung* und *Familienfideikommiss*. Obwohl beide Institute in unterschiedlicher Ausprägung vorkamen, lassen sie sich in groben Leitlinien wie folgt zusammenfassen: Bei einem Familienfideikommiss handelt es sich um ein Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, das durch Privatdisposition unveräusserlich mit einer Familie verbunden und zum Genuss von Familienmitglieder nach einer bestimmten Sukzessionsfolge (in aller Regel dem familienältesten männlichen Nachkommen) bestimmt ist.⁷⁶⁶ Das Sondervermögen stand im Eigentum des

762. Statistik per 31.8.2023, abrufbar unter <https://www.stifa.li/zahlen-fakten/>.

763. Im Fürstentum Liechtenstein müssen sich nur gemeinnützige Stiftungen und privatnützige Stiftungen, die auf spezialgesetzlicher Grundlage ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, in das Handelsregister eintragen lassen (Art. 552 § 14 Ziff. 4 PGR), wobei sich andere privatnützige Stiftung freiwillig eintragen lassen können, ohne dass eine Rechtspflicht bestünde (Art. 552 § 14 Ziff. 5 PGR). Eine gemeinnützige Stiftung ist eine solche, deren Tätigkeit nach der Stiftungserklärung ganz oder überwiegend gemeinnützigen Zwecken dient, wenn es sich nicht um eine Familienstiftung handelt (Art. 552 § 4 Ziff. 2 PGR).

764. Reich-Rohrwig, *ecolex* 2023/5, 396, der per Stichtag 7 Februar 2023 von insgesamt 2'795 existierenden Privatstiftungen 84,5% als Familienstiftungen identifiziert.

765. Ermöglicht wurde eine solche Kodifikation durch Annahme des Art. 64 der Bundesverfassung 1874 in der Volksabstimmung am 21. Dezember 1898, der die Gesetzgebung im Zivilrecht auf Bundesebene zuliess («Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt»).

jeweiligen Inhabers und Nutzungsberechtigten, wurde jedoch mit der Auflage belastet, das Vermögen zu erhalten und bei seinem Tod an eine natürliche Person weiterzugeben.⁷⁶⁷ Die Familienstiftungen hingegen waren juristische Personen mit eigener juristischer Persönlichkeit und damit selbst Trägerinnen des ihnen gewidmeten Vermögens. Die Destinatäre der Stiftung waren Mitglieder einer bestimmten Familie, die bestimmte, obligatorische Ansprüche gegen die Stiftung haben konnten.⁷⁶⁸ Einer der wesentlichsten Unterschiede dieser zwei Rechtsinstitute liegt darin, dass das Vermögen des Fideikommisses einem Begünstigten voraussetzungslos zukommt, während die Destinatäre einer Familienstiftung Leistungen nur zu bestimmten Zwecken oder in bestimmten Situationen (etwa im Bedürfnisfalle) erhalten sollen.⁷⁶⁹ Es war jedoch bereits Eugen Huber selbst, der diese Absolutheit hinsichtlich der unterschiedlichen Zwecke («wirtschaftlicher Vollgenuss» beim Familienfideikommiss, «bestimmte Zwecke» bei der Familienstiftung) mit Blick auf die Heterogenität der kantonalen Bestimmungen ablehnte und festhielt, dass – wenn auch wenig verbreitet – ein Fideikommiss auch andere Zwecke, etwa die Fürsorge für durch den Kommiss übergangene Erben, vorsehen konnte.⁷⁷⁰

Eugen Huber stand beiden Rechtsinstituten offen gegenüber und zwar sowohl hinsichtlich ihres Bestands selbst (er wollte sowohl den Fideikommiss als auch Familienstiftungen gesetzlich verankern), als auch hinsichtlich der zulässigen Zwecke:⁷⁷¹ Im Rahmen einer Familienstiftung sollen «*Der Ertrag von Grundstücken oder Kapitalien darin zu irgendeinem Zwecke einer bestimmten Familie zugewendet*» werden können.⁷⁷² Freilich unterliess es Eugen Huber nicht, ausführlich auf die unterschiedlichen kantonalen Vorbehalte gegen eine mehrfache Nacherbeneinsetzung im Rahmen einer *fideikommissarischen Substitution* einzugehen (die manche französischsprachigen Kantone ganz verboten hatten, während das Tessin und die deutschsprachigen Kantone Beschränkungen auf einen bzw. zwei Nacherben vorsahen).⁷⁷³

766. S. bereits BGE 9 586; ferner bspw. BGE 120 Ib 474 E. 5 ff.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 23; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 14 ff.

767. Weiterführend und m.w.H. BK-Riemer, ST N. 217.

768. BK-Riemer, ST N. 217 m.w.H.

769. S. bereits BGE 9 586, BK-Riemer, ST N. 217 m.w.H.

770. Huber, System, S. 627, hierzu Fasel, S. 30 ff.

771. Fasel, S. 36 f.

772. Huber, System, S. 629.

773. Huber, System Band II 245 ff.; zusammenfassend Fasel, S. 32 f.

- 6 In Abkehr von Eugen Hubers ausgeprägter Liberalität entscheid die Expertenkommission zur Einführung des ZGB, die Neuerrichtung der als «plutokratische, undemokratische» Institute⁷⁷⁴ der Aristokratie angesehenen Familienfideikomnisse vollständig zu verbieten (Art. 335 Abs. 2).⁷⁷⁵ Wie weit dieses Resultat des Gesetzgebungsprozesses mit der Auffassung von Eugen Huber auseinanderklafft, lässt sich an folgendem Zitat ablesen: *«Die sozialen Anschauungen unserer Bevölkerung sind unseres Erachtens an und für sich schon kräftig genug, um ein Überwuchern des geschlossenen Familienbesitztumes unmöglich zu machen, und einer bloss gelegentlichen Ausnahme, wenn da und dort ein Familienfideikommiss neu begründet wurde, konnten wir irgendeine gefährliche Wirkung niemals zuschreiben. Es wird im Gegenteil nur von guter Folge sein, wenn dergestalt eine Aufspeicherung ökonomischer Kräfte im Besitze einzelner Familien den Wohlstand des Landes im allgemeinen vermehrt»*.⁷⁷⁶ Eugen Huber wollte die Kompetenz zum Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen den Kantonen überlassen.⁷⁷⁷
- 7 Die Expertenkommission beschloss, Familienstiftungen weiterhin zuzulassen, jedoch nur für bestimmte Zwecke: Erziehung, Ausstattung, Unterstützung und ähnliche Zwecke (Art. 335 Abs. 1). Als Vorbild für die umschriebenen Zwecke der Familienstiftung dienten vor allem Zürcherische Familienfonds (die häufig die Unterstützung von armen Familienmitgliedern vorsahen) als auch die bernischen Familienkisten (welche neben der Armenunterstützung häufig die Erziehung inkludierten).⁷⁷⁸ Die Beschränkung der zulässigen Zwecke der Familienstiftungen erfolgten vor den politischen Anschauungen jener Zeit, bei denen es darum ging den «Müssiggang» und einen «liederlichen Lebenswandel» nachfolgender Generationen zu verhindern.⁷⁷⁹
- 8 Aus den Ausführungen in den Materialien und dem Zusammenspiel von Art. 335 Abs. 1 (Zweckbestimmung) und Abs. 2 (Verbot der Neuerrichtung von Familienfideikommissen) zieht das Bundesgericht⁷⁸⁰ den Schluss, dass auch

774. Protokoll Expertenkommission II, S. 133 Wortmeldung Karl Alfred Fehr.

775. Weiterführend und mit ausführlichen Hinweisen auf die Gesetzesmaterialien BK-Riemer, ST N. 221 ff. m.w.H.; Fasel 38 ff.

776. Huber, Erläuterungen erste Auflage, S. 227; Fasel, S. 37 f.

777. Fasel, S. 37 f.

778. Weiterführend BK-Riemer, ST N. 221 m.w.H.

779. BK-Riemer, ST N. 221 m.w.H.

780. Siehe zur damaligen Lehre ausführlich die Hinweise in BK-Riemer, ST N. 225.

die im Gesetz vorgeschriebenen «ähnlichen Zwecke» nicht grosszügig ausgelegt dürfen – im Gegenteil: Weil der wirtschaftliche (Voll-)Genuss am Vermögen verhindert werden soll (was sich aus dem Verbot des Familienfideikommisses ergeben soll), sollen auch reine Unterhalts- oder Genussstiftungen verboten sein, d.h. Stiftungen, die Familienmitgliedern Leistungen ohne besondere Voraussetzungen «einfach so» zukommen lassen oder die bloss das Ansehen der Familie steigern sollen. Auf den Punkt gebracht, ist es somit die *ratio legis*, dass mit einer Familienstiftung nicht erreicht werden soll, was durch das Verbot des Familienfideikommisses verboten ist, nämlich dass über Generationen hinweg Vermögen voraussetzungslos bestimmten Personen zukommt.⁷⁸¹

Das Bundesgericht hat diese Schlussfolgerung in einem Urteil zur Wehrsteuer 9 aus dem Jahr 1945 (BGE 71 I 265) getroffen und seither in konstanter Rechtsprechung bestätigt.⁷⁸² Unterhaltsstiftungen, d.h. Familienstiftungen, deren Zwecke über Art. 335 Abs. 1 hinausgehen und infolgedessen Destinatäre in den voraussetzungslosen Genuss des Stiftungsvermögens gelangen, sind nach Auffassung des Schweizer Bundesgerichts⁷⁸³ verboten; bestehende Stiftungen mit solchen Zwecken wurden seit diesem Entscheid für nichtig erklärt. Dies, obwohl die Praxis zur Errichtung von Familienstiftungen nach dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 anfänglich noch familienstiftungsfreundlicher⁷⁸⁴ war und auch Unterhaltsstiftungen als zulässig erachtet wurden.⁷⁸⁵

C. Auswirkungen der restriktiven Praxis

Durch die beschränkten Einsatzmöglichkeiten auf die Zwecke der Erziehung, 10 Ausstattung oder Unterstützung sowie ähnliche Zwecke eignet sich die

781. BGer 5A_669/2022 vom 2.2.2024 E. 4.7.1.2; BGE 108 II 393 E. 6a; 93 II 439 E. 4 BK-Riemer, ST N. 226.

782. Zuletzt BGer 5A_669/2022 vom 2.2.2024 E. 4.7.1.2, ferner BGer 2C_157/2010, 2C_163/2010 vom 12.12.2010, E. 11.3 (steuerrechtlicher Kontext); BGE 140 II 255 E. 4.2 und E. 5.2; 135 III 614 E. 4.3.1; 108 II 393 E. 6a; 93 II 439 E. 4; 89 II 437 E. 1; 79 II 113 E. 6a; 75 II 81 E. 3b; 75 II 15 E. 4b; 73 II 81 E. 5 f.

783. In der Lehre wird das Verbot der Unterhaltsstiftung denn richtigerweise auch nicht als gesetzliche Einschränkung, sondern als *bundesgerichtlich verordnetes Korsett* bezeichnet, siehe Breitschmid, 20; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 8; s. auch Jakob, Neue Perspektiven, S. 116 f. m.w.H.

784. BK-Riemer, ST N. 224

Schweizer Familienstiftungen kaum für die langfristige Erhaltung und Weitergabe von Familienvermögen.⁷⁸⁶ Das Hauptanliegen einer generationenüberschreitenden Nachlassplanung, nämlich die Aufrechterhaltung und Finanzierung des *allgemeinen* Lebensunterhalts, ist aufgrund des bundesgerichtlichen Verbots der Unterhaltsstiftung nicht möglich.⁷⁸⁷ In der Folge werden kaum neue Schweizer Familienstiftungen errichtet.⁷⁸⁸ Den Autoren sind jedoch auch Fälle bekannt, in denen – auch von ausländischen Stifterinnen und Stiftern – bewusst Schweizer Familienstiftungen als «Notgroschen» errichtet wurden, um (nur) dann zum Einsatz zu kommen, falls sich die Familie in grössten finanziellen Notlagen befindet. Diejenigen Personen, die eine *echte* Nachlassplanung mittels Familienstiftungen ins Auge fassen, müssen in aller Regel auf umliegende Rechtsordnungen (bspw. Fürstentum Liechtenstein oder Österreich) ausweichen, die entsprechende Zweckbeschränkungen nicht kennen. Ausländische Familienstiftungen – selbst in Ausprägung der reinen Unterhaltsstiftung – sind in der Schweiz grundsätzlich anerkannt (siehe sogleich).

- 11 Eine weitere Folge der restriktiven Praxis des Bundesgerichts ist, dass Familienstiftungen häufig keinen Anlass haben, Zuwendungen an ihre Destinatäre auszurichten. Dies führt in gewissen Fällen dazu, dass Familienstiftungen grosse Vermögen angehäuft haben, die sie realistischerweise kaum je ausschütten können.⁷⁸⁹ Im Falle von überdotierten

785. Jakob, Neue Perspektiven, S. 116 m.w.H.; BSK ZGB I-Grüninger Art. 335 N. 8 m.w.H.; Sprecher, S. 139.

786. Ausführlich Grüninger, Eignung der Familienstiftung, 165 f. der überdies noch die restriktive Eintragungspraxis der Handelsregisterbehörden sowie steuerliche Überlegungen ins Feld führt, die gegen die Eignung einer Schweizer Familienstiftung sprechen.

787. Siehe zuletzt BGer 5A_669/2022 vom 2.2.2024 E. 4.7.2: «*Die Stiftungsurkunden der Beschwerdeführerin bieten nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass die Rechte der Begünstigten am Stiftungsvermögen von Voraussetzungen (etwa: "bei Bedürftigkeit", "in einer Notlage", "bei Krankheit") abhängig gemacht werden wollten. Der Stiftungszweck, den Familienangehörigen "Beiträge an den Lebensunterhalt" und "an Erholung" zu gewähren, ist damit nach dem Gesagten unzulässig*», und ferner die bisher ergangene Judikatur des Bundesgerichts in Fn. 27.

788. So jedenfalls Grüninger, Familienstiftungslandschaft, S. 53, dessen Einschätzung unter Verweis auf die Beratungspraxis sich mit der Erfahrung der Autoren deckt; anders BK-Riemer, ST N. 164 gemäss dem sich die Familienstiftung in der Schweiz beträchtlicher Beliebtheit erfreut.

789. Ausführlich BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 13a ff.

Familienstiftungen bieten sich je nach Konstellation verschiedene Optionen an: So kann unter Berücksichtigung des hypothetischen Stifterwillens eine Ausweitung der Begünstigtenregelung⁷⁹⁰ oder eine Teilliquidation der Familienstiftung geprüft werden, bei der der nicht benötigte Vermögensstock an eine flexiblere Struktur (bspw. eine ausländische Familienstiftung oder einen Trust⁷⁹¹) ausgekehrt wird.⁷⁹² Denkbar ist auch eine rechtswahrende Sitzverlegung ins Ausland gemäss Art. 163 IPRG.⁷⁹³

D. Die Anerkennung ausländischer Familien- und Familienunterhaltstiftungen

Die meisten umliegenden Stiftungsrechtsordnungen kennen mit Art. 335 12 vergleichbare Einschränkungen nicht.⁷⁹⁴ Entsprechend können Familienstiftungen (oder Trusts) im Ausland meist auch errichtet werden, um den Nachkommen Zuwendungen an den allgemeinen Lebensunterhalt zu leisten.⁷⁹⁵ Aus Sicht der Schweiz stehen ausländische Familienstiftungen gemäss Art. 154 IPRG dem Recht des Staates, nachdem sie organisiert sind (sog. Gründungs- oder Inkorporationstheorie).⁷⁹⁶ Wurde eine ausländische Familienstiftung entsprechend den dortigen Bestimmungen gültig errichtet, so

790. Ausführlich BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 13b.

791. Bei einem Trust übergibt der *settlor* dem treuhänderisch handelnden *trustee* Vermögenswerte mit der Auflage, diese der Treuhandurkunde entsprechend für Begünstigte (*beneficiaries*) zu verwalten. Im Gegensatz zur Stiftung hat ein Trust keine eigene juristische Persönlichkeit. Der Trust entspringt dem *common law* Rechtskreis, wird jedoch in der Schweiz über das Haager Trustübereinkommen (SR 0.221.371, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juli 2007) anerkannt. Das Fürstentum Liechtenstein kennt eine eigene Version des Trusts (Treuhänderschaft), der in den Art. 897–932 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) geregelt ist.

792. Ausführlich BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 13b.

793. Jakob, Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen, *passim*. Hierbei ist stets besonderes Augenmerk auf die steuerlichen Konsequenzen zu legen.

794. KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 17.

795. So definiert das liechtensteinische Stiftungsrecht die Familienstiftung in Art. 552 § 2 Abs. 4 Ziff. 1 als eine Stiftung, deren Stiftungsvermögen ausschliesslich der Bestreitung der Kosten der Erziehung oder Bildung, der Ausstattung oder Unterstützung von Angehörigen einer oder mehrerer Familien oder *ähnlichen Familieninteressen* dienen (Hervorhebung beigelegt). Das österreichische Privatstiftungsgesetz wiederum kennt keine Familienstiftung im eigentlichen Sinne, sondern bloss nicht-gemeinnützige «privatnützige» Privatstiftungen, die gemäss § 35 Abs. 2 Ziff. 3 PSG definiert werden als Stiftungen deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist.

796. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 16 m.w.H; KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 17.

wird sie in der Schweiz grundsätzlich anerkannt.⁷⁹⁷ Einer ausländischen Stiftung wird jedoch eine Anerkennung in der Schweiz verwehrt, wenn sie gegen den schweizerischen *ordre public* verstossen würde (Art. 17 IPRG) oder wenn der Anerkennung eine im internationalen Verhältnis als zwingend zu qualifizierende Bestimmung entgegenstehen würde (Art. 18 IPRG, sog. *loi d'application immédiate*).

- 13 Das Bundesgericht hat in einem Leitscheid aus dem Jahr 2009 in Bezug auf eine liechtensteinische Familienstiftung festgehalten, dass Art. 335 Abs. 2 keine *loi d'application immédiate* i.S.v. Art. 18 IPRG darstellt.⁷⁹⁸ Dies hat zur Folge, dass die Schweiz ausländische Familienstiftungen (in Reinform oder als gemischte Familienstiftung)⁷⁹⁹ anerkennt, selbst wenn diese in der Schweiz als unzulässige Unterhaltsstiftungen qualifizieren würden und auch, wenn der Stifter oder die Stifterin eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz ist oder Schweizer Staatsangehörigkeit besitzt.
- 14 Gerade auch die Anerkennung von ausländischen Unterhaltsstiftungen bei gleichzeitigem Verbot solcher Stiftungen in der Schweiz hat einen grossen Teil der Lehre dazu veranlasst, eine Selbstdiskriminierung⁸⁰⁰ der Schweizer Familienstiftung zu konstatieren und die aktuelle Rechtslage als reformbedürftig zu bezeichnen.⁸⁰¹

E. Reformbestrebungen

- 15 Am 27. Februar 2024 kam die Motion 22.4445 «Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben» von SR Thierry Burkart zustande. Mit dieser Motion wurde der Bundesrat beauftragt, innerhalb von zwei Jahren einen Entwurf zur Anpassung von Art. 335 vorzulegen.⁸⁰² Als Begründung der Motion wurde unter anderem vorgebracht, dass das Verbot der Unterhaltsstiftungen auf überholten Werten basiere und es in der Schweiz an einem tauglichen Instrument zur dosierten Weitergabe

797. Ausführlich, auch mit Blick auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des IPRG BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 16 m.w.H.; ferner KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 17; Künzle, S. 181.

798. BGE 135 III 614 E. 4.

799. Brugger, Gemischte Stiftung, S. 113.

800. KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 19 m.w.H.

801. Siehe statt vieler nur Opel/Oesterhelt, Besteuerung der Familienstiftung, S. 75 f.; dies., SJZ 118/2022, S. 962 f.; Grüninger, Stiftungslandschaft, S. 62; Jakob, Neue Perspektiven, S. 124 ff.; Künzle, S. 189 ff., je m.w.H.

des Familienvermögens an die Nachkommen fehle.⁸⁰³ Vorgebracht wird jedoch auch, dass es heute ein Ausweichen auf ausländische Institute wie Trusts aber auch Stiftungen gebe, die in der Schweiz zwar anerkannt werden, ohne dass eine Kontrolle erfolge.⁸⁰⁴

Wie eine Reform der Schweizer Familienstiftung aussehen wird, lässt sich 16
aktuell noch nicht abschätzen. Zur Wahl stehen unterschiedliche Modelle:
Zum einen könnte durch eine Aufhebung von Art. 335 Abs. 2 (Verbot des
Familienkommisses) und einer Anpassung von Abs. 1 (Erweiterung der
zulässigen Zwecke der Familienstiftung) der Einsatzbereich von
Familienstiftungen bereits erheblich verbessert werden.⁸⁰⁵ Möglich wäre
jedoch auch eine punktuelle Reform, mit bereits in der Motionsbegründung
aufgenommenen Überlegungen wie der zeitlichen Begrenzung der
Familienstiftung oder der Einführung von Widerrufs- oder
Abänderungsrechten.⁸⁰⁶

Schliesslich wäre es auch möglich, dass die Schweiz eine umfassende Reform 17
beschliesst, um eine echte Alternative zu den Familienstiftungen der
Privatstiftungsordnungen wie Liechtenstein oder Österreich darzustellen.
Hierbei könnten etwa folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- Zeitliche Begrenzung der Familienstiftung⁸⁰⁷ (bspw. auf 100 Jahre mit der
Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung um weitere 100 Jahre);⁸⁰⁸

802. Ermöglicht wurde das Zustandekommen der Motion nicht zuletzt wegen des Scheiterns der Vorlage zur Schaffung eines Schweizer Trusts (Motion 18.3383). Im Rahmen der Debatte rund um die Einführung eines Schweizer Trustrechts – die letztlich insbesondere an steuerlichen Hürden scheiterte – wurden von vielen Vertretern aus Wissenschaft und Praxis, darunter auch den Autoren, gefordert, dass statt über die Einführung eines dem Schweizer Recht fremden Trusts die Modernisierung der Familienstiftung ins Auge gefasst werden sollte.

803. Siehe <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224445>.

804. *Ibid.*

805. Vgl. Jakob, Neue Perspektiven, S. 126 f. m.w.H.

806. Siehe <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224445>.

807. Jakob, Neue Perspektiven, S. 127 m.w.H.

808. So die Lösung im österreichischen Privatstiftungsrecht, § 35 Abs. 2 Ziff. 3 PSG.

- Öffnung der Familienstiftung zur Begünstigung von Privatpersonen⁸⁰⁹ (statt Begrenzung auf den ohnehin schwer zu definierenden Begriff von Familienangehörigen);⁸¹⁰
- Einführung von Widerrufs- und Zweckänderungsrechten;⁸¹¹
- Einführung einer allgemeinen Revisionsstellenpflicht auch für Familienstiftungen (auch um den Vorwürfen der Missbrauchsanfälligkeit⁸¹² entgegenzutreten und den stetig wachsenden Anforderungen an die Transparenz von juristischen Personen zu entsprechen);⁸¹³
- Regelung einer adäquaten Governance der Familienstiftung (etwa durch Einführung von Informationsansprüchen der Begünstigten oder einem separaten internen Kontrollorgan, ohne die Familienstiftung jedoch der staatlichen Aufsicht zu unterstellen);⁸¹⁴ sowie
- Gesetzliche Verankerung der Möglichkeit zur Abänderung der Stiftungsstatuten durch das oberste Stiftungsorgan.⁸¹⁵

II. DER RECHTSRAHMEN DER FAMILIENSTIFTUNG

- 18 Auf Familienstiftungen finden die allgemeinen Bestimmungen des Stiftungsrechts (Art. 80 ff. ZGB) Anwendung.⁸¹⁶ Vorbehalten bleiben spezifische in verschiedenen Erlassen (neben dem ZGB etwa die HRegV oder das FusG) enthaltene *Sondernormen*, die zu einer *punktuellen Abweichung* des Rechtsrahmens der Familienstiftung vom Rechtsrahmen der klassischen Stiftung führt (zu Einzelheiten siehe Kommentierung zu Art. 87, OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 87 N. 5 ff.).
- 19 Der Stifter oder die Stifterin ist bei der Errichtung einer Familienstiftung nicht an das verfassungsrechtlich festgeschriebene Gleichheitsgebot gemäss Art. 8

809. Brugger, Gemischte Stiftung, S. 136 f.; so auch Jakob, Neue Perspektiven, S. 127 m.w.H.

810. Siehe zum Begriff der Familienstiftung OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 87 N. 2 ff.

811. Siehe zum Zweckänderungsrecht bei Familienstiftungen OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 87 N. 13 ff.

812. Siehe etwa Hans Michael Riemer, Familienstiftungen bergen ein grosses Missbrauchspotenzial, NZZ vom 20.7.2022, <https://www.nzz.ch/meinung/familienstiftungen-bergen-ein-grosses-missbrauchspotenzial-ld.1693078>.

813. Ausführlich Brugger, Gemischte Stiftung, S. 263 ff. m.w.H.

814. Siehe weiterführend Brugger, Gemischte Stiftung, S. 202 ff.

815. Siehe zur diesbezüglichen Kontroverse OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 87 N. 13 ff.

816. Grüninger, Familienstiftungslandschaft, S. 49 m.w.H.

BV gebunden.⁸¹⁷ Letzteres richtet sich (mit Ausnahme des Grundsatzes des gleichen Lohns für gleiche Arbeit bei Mann und Frau) grundsätzlich nur an den Staat und tangiert die Stifterfreiheit nicht.⁸¹⁸ Entsprechend kann der Stifter oder die Stifterin nur bestimmten Personen die Destinatärsstellung einer Familienstiftung einräumen (bspw. nur männlichen Nachkommen, ehelichen Kindern, oder Personen eines bestimmten Glaubens).⁸¹⁹

III. DIE ZULÄSSIGEN ZWECKE DER FAMILIENSTIFTUNG (ABS. 1)

A. Zulässige Zwecke

Art. 335 Abs. 1 enumeriert in abschliessender⁸²⁰ Art und Weise, für welche 20 Zwecke ein Vermögen mittels einer Familienstiftung mit einer Familie verbunden werden darf. Die Bestimmung gibt die Zwecke vor, mit der die Familienstiftung errichtet und in das Handelsregister eingetragen werden darf und definiert gleichzeitig, welche Zuwendungen an Familienangehörige zulässigerweise geleistet werden dürfen.

Unter **Erziehung** sind Ausbildungsleistungen im weiteren Sinne zu verstehen, 21 d.h. neben direkten Kosten wie Schul- oder Universitätsgebühren auch Aufwendungen für Unterbringung, Verpflegung etc.⁸²¹ Ausbildung umfasst dabei nicht nur die schulisch-akademische Grundausbildung, sondern auch die Weiterbildung, die in sämtlichen Lebensphasen von Bedeutung sein kann (*lifelong learning*).⁸²² Auch die sportliche und kulturelle Erziehung kann unter zulässige Erziehungsleistungen fallen, wenn diese Ausbildungscharakter hat.

Mit der **Ausstattung** wird ein Beitrag zur Begründung, Verbesserung oder 22 Sicherung der Existenz des Empfangenden geleistet.⁸²³ Die Ausstattung war historisch häufig eine «Mitgift» für den Start in eine mit Selbständigkeit verbundene Ehe. Heute umfasst die Ausstattung meist eine elterliche

817. BGE 133 III 167.

818. BGE 133 III 167 mit Verweis auf BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 13d.

819. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 13c f. m.w.H.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 15.

820. BGE 108 II 393 E. 6a; 93 II 439 E. 4; 71 I BGE 71 I 268, BGE 73 II 86 Erw. 5, BGE 75 II 24 /25 und 90, BGE 79 II 118 lit. a.

821. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 10; BK-Riemer, ST N. 230 f., je m.w.H.

822. Jakob, Neue Perspektiven, S. 123 m.w.H.

823. BK-Riemer, ST N. 232 m.w.H.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 6.

Starthilfe in die berufliche Existenz oder eine Unterstützung zur Finanzierung eines Eigenheims. Die Ausstattung ist weder reine Schenkung noch elterlicher Unterhalt, sondern eine familienrechtliche *causa sui generis*.⁸²⁴

- 23 **Unterstützungsleistungen** wiederum setzen Bedarfssituationen voraus, die sowohl in subjektiv materiellen Notlagen wie auch in objektiv bestimmten Lebensabschnitten (Rentenalter, Bewohnung eines Heims *etc.*) bestehen können, wenn hierfür nachvollziehbare Kriterien ersichtlich sind und keine Umgehung des Verbots von Unterhaltsleistungen intendiert wird.⁸²⁵
- 24 Als **ähnliche Zwecke** anerkennt das Bundesgericht schliesslich etwa die Pflege eines Familiengrabs oder das Lesen von Messen.⁸²⁶ Die Erstellung und Erhaltung eines Familiendenkmals, einer Familienchronik, einer Familienbibliothek o.ä. gelten jedenfalls als zulässige akzessorische Teilzwecke, während der blosser Erhalt von Familienvermögen, etwa in Form von Schmuck oder einer Sammlung, problematisch wird.⁸²⁷ Umstritten ist etwa auch, ob Familienzusammenkünfte finanziert werden dürfen.⁸²⁸ Dies ist u.E. zu bejahen, nicht zuletzt auch um die ohnehin engen Grenzen des Art. 335 nicht noch enger zu ziehen. Durch die Finanzierung von Familienzusammenkünften erfolgt keine voraussetzungslose Erhöhung des allgemeinen Lebensunterhalts, vielmehr wird die Zugehörigkeit und Verbundenheit zur Familie (und damit der Familienstiftung) gefördert.⁸²⁹
- 25 Demgegenüber fallen in die Kategorie Unterhalt alle Leistungen, die den Familienmitgliedern „einfach so“⁸³⁰ ausgeschüttet werden. Schon deutlich restriktiver ist die höchstrichterliche Ansicht, hierzu auch den Erwerb oder Erhalt einer Immobilie zu rechnen; was bei Immobilien zu Repräsentationszwecken⁸³¹ noch verständlich ist, ist bei Immobilien zu

824. KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 6.

825. S. KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 7; BSK ZGB I-Grüniger Art. 335 N. 11 (auch zur Historie des Ausstattungsbegriffs). A.M. BK-Riemer, ST N. 233.

826. BGE 75 II 15 E. 4a f.

827. S. KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 8; ferner BSK ZGB I-Grüniger Art. 335 N. 12 m.w.H.

828. Bejahend BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 12; verneinend BK-Riemer ST N. 235, ausser solche Familienzusammenkünfte wären Teil der Stiftungsorganisation oder wenn diese nur eine ganz untergeordnete Bedeutung hätten.

829. So auch Jakob, Neue Perspektiven, S. 121. A.M. wohl BK-Riemer, ST N. 235; vgl. demgegenüber BGer 2A.457/2001 vom 4.3.2002, Sachverhalt A Abs. 3 und E. 3.1 Abs. 3.

830. Sprecher/von Salis-Lütolf, Frage 247.

831. Etwa eine „Burgstiftung“, vgl. BGE 93 II 439 E. 4b.

Erholungszwecken vor Hintergrund der heutigen sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse zu hinterfragen.⁸³² Jedenfalls ist einer pauschalen Einordnung entgegenzutreten und der Einzelfall zu betrachten; so kann eine Ferienimmobilie – je nach Art und Widmungszweck – auch als Ausstattung oder Unterstützungsleistung zu qualifizieren sein.⁸³³ Zu achten ist schliesslich darauf, dass der Stiftungszweck nicht nur auf einen Destinatär (auch pro Generation) limitiert werden kann; dies widerspräche der bereits begrifflich geforderten Kollektivität der Familie und würde einem verpönten Fideikommiss nahe kommen.⁸³⁴

Spielräume hingegen lässt Art. 335 ZGB – selbst nach der restriktiven 26 Interpretation des Bundesgerichts – u.E. im Hinblick auf die Zuwendungsmodalitäten. So sollte der Vorschrift etwa nicht die strikte Vorgabe entnommen werden, dass eine Zuwendung zeitlich erst gewährt werden darf, *nachdem* sich der Zuwendungszweck bereits realisiert hat. Insbesondere wenn ein dringender finanzieller Bedarf absehbar ist, kann es nicht der *ratio legis* entsprechen, dass mit der Zuwendung bis zum tatsächlichen Eintritt der Bedarfs- oder gar der Notlage abgewartet wird; dies gilt zumal, weil die nachträgliche Behebung einer derartigen Lage höheren Aufwand (für das Stiftungsvermögen) erfordern kann, als ihre vorausschauende Abwehr.⁸³⁵ Gerade weil eine strenge Zeitabfolge zwischen der Zweckrealisierung und der Zuwendung von Art. 335 ZGB nicht gefordert wird, sollte im Grundsatz auch eine pauschalierte Zuwendung akzeptabel sein, die den voraussichtlichen Bedarf für mehrere konkret absehbare Zweckrealisierungen deckt. Nicht zuletzt bieten solche Pauschalierungen ein Instrument zur Verminderung des Verwaltungsaufwandes für die Stiftung, wodurch eine effektive Verwendung des Stiftungsvermögens im Ergebnis gefördert wird. Freilich darf – sofern man die restriktive Sichtweise des Bundesgerichts zugrunde legt – weder die vorab erfolgende noch die pauschalierte Gewährung von Zuwendungen dazu führen, dass die inhaltliche

832. Vgl. zur „Ferienhausstiftung“ BGE 108 II 393 E. 6c f.; wie hier bereits KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 9; ähnlich auch CHK ZGB-Breitschmid, Art. 335 N. 4; Zeiter, Die Erbstiftung, Rz. 577. Nun ebenso BSK ZGB I-Grüninger Art. 335 N. 9.

833. Vgl. auch CHK ZGB-Breitschmid, Art. 335 N. 4; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 9; KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 9.

834. KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 9.

835. Dies muss umso mehr gelten, wenn den Begünstigten aufgrund der engen Zweckumschreibung die Verarmung droht, weil ausländische Steuerbehörden ihnen das Vermögen der Stiftung «anrechnen» und sie darauf besteuern.

Bindung der Zuwendung an einen konkreten Zweck i.S. von Art. 335 ZGB unterlaufen wird.⁸³⁶ Dem steht bisweilen eine restriktive Haltung mancher Steuerbehörden entgegen, die Unterstützungsleistungen nur mit Zurückhaltung und unter Berufung auf Grundsätze der Sozialhilfe als steuerlichen Aufwand anerkennen, was eine steuerliche Mehrfachbelastung zur Folge haben kann.

- 27 Die Schranken des Art. 335 Abs. 1 gelten für Zuwendungen an die Angehörigen einer Familie. Zweiseitige Rechtsgeschäfte (bspw. Verkäufe, aber auch Darlehen) fallen nicht unter Art. 335 Abs. 1 sofern damit keine verdeckten Ausschüttungen erfolgen (*dealing at arm's length*). Weiter sind Zuwendungen an Drittpersonen nicht von Art. 335 Abs. 1 erfasst. Wurde eine Stiftung mit dem Zweck errichtet, neben Angehörigen einer Familie auch Ausschüttungen an Drittpersonen (natürliche oder juristische Personen) zu tätigen oder Institute zu fördern oder gemeinnützige Zwecke zu verfolgen, so liegt eine gemischte Stiftung vor.⁸³⁷

B. Folgen unzulässiger Zwecke

- 28 Wurde eine Familienstiftung für Zwecke errichtet, die über die Grenzen von Art. 335 Abs. 1 hinausgehen, so sind diese Zwecke rechtswidrig, was zu einer Nichtigkeit der Stiftung selbst führen kann (Art. 20 Abs. 1 OR).⁸³⁸ Familienstiftungen, die zu widerrechtlichen Zwecken errichtet wurden, können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen (Art. 52 Abs. 3 ZGB).⁸³⁹ Sind bloss Teile des Stiftungszwecks bzw. einzelne Komponenten davon widerrechtlich, führt dies bloss zu einer Teilnichtigkeit der Stiftung, sofern die Stiftung auch ohne die unzulässige Teilkomponente errichtet worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR), was durch Auslegung des hypothetischen Stifterwillens zu ermitteln ist.⁸⁴⁰ Die Unvereinbarkeit eines (Teil-)Zwecks mit Art. 335 Abs. 1 muss auch dann geprüft werden, wenn die Stiftung zusätzlich auch andere Teilzwecke verfolgt; es genügt mithin nicht, klassische Teilzwecke

836. Zum Ganzen bereits KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 10.

837. Siehe hierzu OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 87 N. 18 ff.

838. BSK-Grüniger, Art. 335 ZGB N. 13; BK-Riemer, Syst. Teil N. 245, 268, Art. 88/89 ZGB N. 123; ferner je m.w.H. Jakob, Neue Perspektiven, S. 123 m.w.H.; Eichenberger/Leu, 97; BGE 93 II 439 E. 4 m.w.H.

839. Siehe hierzu OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 52 N. 8 ff.

840. BGE 75 II 15 E. 4; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 7; Jakob, Neue Perspektiven, S. 123 m.w.H.; Eichenberger/Leu, S. 97.

beizumengen, um die Verbote in Art. 335 Abs. 1 ZGB zu unterlaufen.⁸⁴¹ Die Eintragung einer Familienstiftung mit unzulässigen Zwecken im Handelsregister hat keine heilende Wirkung.⁸⁴²

Nichtige Familienstiftungen haben keine eigenständige rechtliche Existenz 29 und müssen rückabgewickelt werden: Ihr Vermögen fällt an den Stifter oder die Stifterin resp. ihre Erben zurück.⁸⁴³ Art. 57 Abs. 3 ZGB, der einen Anfall des Vermögens im Falle der ursprünglichen Nichtigkeit an das Gemeinwesen vorsieht, kommt bei Familienstiftungen jedoch nicht zur Anwendung (siehe die Einzelheiten in der Kommentierung zu Art. 57 ZGB, OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 57 N. 8 ff.). Obwohl die Nichtigkeit eine Ursprüngliche ist (Wirkung *ex tunc*), geht dem Vermögensrückfall nach Auffassung des Bundesgerichts und der h.L. ein Liquidationsverfahren voraus (Wirkung *ex nunc*), in welchem auch Ansprüche der Gläubiger und Dritter abgegolten werden (siehe Einzelheiten in der Kommentierung zu Art. 52 ZGB, OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 52 N. 12 f.).

Bevor ein (Teil-)Zweck für rechtswidrig befunden und die Stiftung für 30 (teil-)nichtig erklärt wird, ist zu prüfen, ob das mangelhaft zum Ausdruck gebrachte Rechtsgeschäft in ein gültiges Ersatzgeschäft umgedeutet und die unzulässige Stiftung mittels Konversion in eine zulässige Stiftung «gerettet» werden kann.⁸⁴⁴

Stiftungsorgane, die in der *tatsächlichen Ausschüttungspolitik* die Grenzen 31 des Art. 335 Abs. 1 nicht beachten, handeln rechts- und statutenwidrig und setzen sich (persönlichen) Haftungsrisiken aus.⁸⁴⁵ Ein fehlbares Handeln der Stiftungsorgane wirkt sich jedoch grundsätzlich nicht auf die Nichtigkeit der Stiftung aus (abgesehen vom Falle einer Simulation des Stiftungsgeschäfts, bei

841. BGer 5C.9/2001 vom 18.5.2001 = BGE 127 III 337 E. 3 (diese E. nicht publiziert); Brugger, Gemischte Stiftung, 138; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335 N. 12a; Jakob, Neue Perspektiven, S. 123 m.w.H.; a.A. Zeiter, SJZ 2001, S. 454.

842. Eichenberger/Leu, S. 97.

843. BSK-Grüninger, Art. 335 ZGB N. 13; BK-Riemer, Syst. Teil N. 245, 268, Art. 88/89 ZGB N. 123; ferner je m.w.H. Jakob, Neue Perspektiven, S. 123 m.w.H.; Eichenberger/Leu, S. 97; BGE 93 II 439 E. 4 m.w.H.

844. Ausführlich BGE 93 II 439 E. 5; vgl. aber zur problematischen Interpretation des zitierten Entscheids durch die Handelsregisterbehörden Jakob/Humbel, SJZ 2022, S. 736, S. 740; so auch Jakob, Neue Perspektiven, S. 123; Eichenberger/Leu, S. 97; Brugger, Familienphilanthropie, S. 137.

845. So auch Jakob, Neue Perspektiven, S. 123.

dem die Organe in kollusiver Art und Weise am Aufrechterhalten des Rechtsscheins der Stiftung mitwirken).⁸⁴⁶ Das Bundesgericht hat jedoch eine Familienstiftung für nichtig erklärt, dessen Unvereinbarkeit mit Art. 335 Abs. 1 sich aus einem jederzeit abänderbaren Reglement ergibt.⁸⁴⁷ Diese Auffassung ist u.E. zu undifferenziert: Insofern als ein Reglement der Konkretisierung eines zulässigen, offen gehaltenen Stiftungszwecks gemäss Statuten dient, sollte eine Korrektur des rechtswidrigen Reglements möglich sein, um die drohende (Teil-)Nichtigkeit der Stiftung zu verhindern. Wenn jedoch das Reglement bloss nähere Ausführungen zu einem bereits an und für sich unzulässigen statutarischen Zweck enthält, ist richterweise auf eine (Teil-)Nichtigkeit der Stiftung zu schliessen.

- 32 Die Nichtigkeitserklärung einer Familienstiftung kann schliesslich auch durch die rechtzeitige Abänderung der Statuten abgewendet werden. Diese Abänderungskompetenz fällt nach hier vertretener Auffassung in die Kompetenz der Stiftungsorgane (siehe zu Einzelheiten die Kommentierung zu Art. 87 ZGB, OK ZGB-Brugger/Humbel, Art. 87 N. 13 ff.).⁸⁴⁸

IV. VERBOT DER ERRICHTUNG NEUER FAMILIENFIDEIKOMMISSE (ABS. 2)

- 33 In der Schweiz hat sich das Institut des Fideikommisses kaum durchgesetzt.⁸⁴⁹ Die Neuerrichtung von Familienfideikommissen wurde bereits mit Einführung des ZGB im Jahre 1912 auf Bundesebene verboten. Altrechtliche Familienfideikommissen haben Fortbestand und stehen unter kantonalem Recht sowie Gewohnheitsrecht. Mangels positivrechtlicher Bestimmungen kommt der privatautonomen Ausgestaltung in Statuten und anderen Gründungsdokumenten erhebliche Rolle zu.⁸⁵⁰

846. Jakob, Neue Perspektiven, S. 123.

847. BGE 108 II 393 E. 6c f.; vgl. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 7.

848. So auch Eichenberger/Leu, S. 99.

849. BK-Riemer, ST N. 222 identifiziert in Zürich gerade einmal zwei Familienfideikommissen, nämlich dasjenige der Werdmüller von Elgg von 1715 sowie das Sulzerische Fideikommiss von 1758; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 15a m.w.H.

850. KUKO ZGB-Jakob, Art. 335 N. 23; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335 N. 15 f. m.w.H.

LITERATURVERZEICHNIS

Breitschmid Peter, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.6.2010), *successio – not@let* 2014, S. 7 ff.

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, *Schriften zum Stiftungsrecht*, Band 12, Basel 2019 (zit. Brugger, Die gemischte Stiftung).

Brugger Lukas, Familienphilanthropie – Familienstiftungen mit gemischten Zwecken, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 2024, S. 135 ff. (zit. Brugger, Familienphilanthropie).

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen im Handelsregister, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 2024, S. 81 ff.

Fasel Urs, Aus der Geschichte der Familienstiftung, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 2024, S. 9 ff.

Grassi Sabrina/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg (Hrsg.), *Der Schweizer Stiftungsreport 2024*

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022.

Grüniger Harold, Die Familienstiftungslandschaft, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 2024, S. 47 ff. (zit. Grüniger, Familienstiftungslandschaft).

Grüniger Harold, Familienstiftungen in der Nachlassplanung, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker – Festschrift für Hand Rainer Künzle*, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 153 ff.

Huber Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Band IV, Basel 1893 (zit. Huber, System).

Huber Eugen, *Erläuterungen zum ZGB*, Bern 1901 (zit. Huber, *Erläuterungen* erste Auflage).

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun? in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 117 ff. (zit. Jakob, Neue Perspektiven).

Jakob Dominique, Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 171 ff. (zit. Jakob, Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen).

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen, SJZ 2022, S. 736 ff.

Künzle Hans Rainer, Familienstiftung – Quo vadis?, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey, Dieter Zobl (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 173 ff.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010.

Opel Andrea/Oesterhelt Stefan, Zukunft für die Schweizer Familienstiftung - Anpassungsbedarf in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht, SJZ 118 (2022), S. 951 ff.

Opel Andrea/Oesterhelt Stefan, Besteuerung der Familienstiftung jetzt und in Zukunft, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, S. 117 ff. (zit. Opel/Oesterhelt, Besteuerung der Familienstiftung).

Reich-Rohwig Johannes, Empirische Untersuchung der Stiftungsurkunden österreichischer Privatstiftungen, ecolex 5 (2023), S. 396 ff.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Röllin Andrea, Kirchliche Stiftungen – im Besonderen die privatrechtlichen i.S. von Art. 87 i.V.m. Art. 80 ff. ZGB, Diss. Zürich/St. Gallen 2010.

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Sprecher Thomas/von Salis-Lütolf Ulysses, Die schweizerische Stiftung, Zürich 1999.

von Orelli Lukas/Jakob Julia/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg (Hrsg.), Der Schweizer Stiftungsreport 2022.

Zeiter Alexandra, Neues zur Unterhaltsstiftung, SJZ 97 (2001), S. 451 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 522 ZGB

Eine Kommentierung von Christian Moser

ZITIERVORSCHLAG

Christian Moser, Kommentierung zu Art. 522 ZGB, in: Christian Moser/Philip R. Bornhauser (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Moser, Art. 522 ZGB N. XXX.

B. Herabsetzungsklage

I. Voraussetzungen

1. Im Allgemeinen

Art. 522

¹ Die Erben, die dem Werte nach weniger als ihren Pflichtteil erhalten, können die Herabsetzung der folgenden Erwerbungen und Zuwendungen verlangen, bis der Pflichtteil hergestellt ist:

der Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge;
der Zuwendungen von Todes wegen;
der Zuwendungen unter Lebenden.

² Enthält eine Verfügung von Todes wegen Bestimmungen über die Teile der gesetzlichen Erben, so sind sie als blosse Teilungsvorschriften aufzufassen, wenn kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist.

GLIEDERUNG

I. Einleitung	241
II. Herabsetzung (Art. 522 Abs. 1 ZGB)	243
A. Herabsetzungsanspruch	243
1. Voraussetzungen	243
2. Voraussetzung Nr. 1: Pflichtteilsrecht	244
a. Pflichtteilsanspruch	244
b. Pflichtteilsquote	245
3. Voraussetzung Nr. 2: Pflichtteilsverletzung	245
a. Ermittlung der Pflichtteilshöhe	245
b. Feststellung der Pflichtteilsverletzung	247
B. Prozessuales	248
1. Aktivlegitimation	248
2. Passivlegitimation	250
3. Herabsetzungsreihenfolge	250
4. Zuständigkeit	251
5. Frist	251
6. Beweislast	252
7. Streitwert	252
C. Rechtsnatur	253
1. Rechtsnatur der Herabsetzung und Klagearten	253
2. Relativ zwingende Natur der Herabsetzung	256
3. Verhältnis zwischen Ausgleichung und Herabsetzung	257
III. Teilungsvorschriften vs. Vorausvermächtnis (Art. 522 Abs. 2 ZGB)	258
Literaturverzeichnis	260
Materialienverzeichnis	264

I. EINLEITUNG

Die vermögensrechtliche Verfügungsfreiheit des Erblassers findet seine 1
Grenze im Pflichtteilsrecht (Art. 470 ZGB). Die **Pflichtteile** bilden denjenigen
Teil des Vermögens, der den pflichtteilsberechtigten Erben grundsätzlich
nicht entzogen werden kann.⁸⁵¹

Bei Bestehen pflichtteilsgeschützter Erben stellt sich – nach dem Ableben des 2
Erblassers – in einem ersten Schritt die Frage, ob deren **Pflichtteil gewahrt
oder verletzt** ist. Der Pflichtteil, welcher seit dem 1. Januar 2023 für den
überlebenden Ehegatten und die Nachkommen der Hälfte des gesetzlichen
Erbspruchs entspricht (Art. 471 i.V.m. Art. 457 ff. ZGB, vgl. N. 8), kann durch
vermögensrechtliche Verfügungen des Erblassers zu Lebzeiten oder von
Todes wegen gewahrt oder verletzt werden. Die Höhe des Pflichtteils bemisst
sich dabei nicht anhand der Multiplikation der Pflichtteilsquote mit dem
Nettonachlassvermögen (oder der Teilungsmasse),⁸⁵² sondern mit der sog.
Pflichtteilsberechnungsmasse («PTBM»), bei welcher u.a. auch bestimmte
lebzeitige Zuwendungen berücksichtigt werden (vgl. N. 11). Entsprechend
kann der Pflichtteil z.B. gewahrt werden, wenn ein pflichtteilsgeschützter
Erbe mittels Verfügung von Todes wegen zwar ausgeschlossen bzw.
übergangen wird, der Erblasser ihn jedoch mittels lebzeitiger Verfügungen
vermögensrechtlich ausreichend begünstigt hat. Andererseits kann der
Pflichtteil z.B. verletzt werden, obwohl keine Verfügung von Todes wegen
hinterlassen wird (und das gesetzliche Erbrecht zur Anwendung kommt) oder
ein pflichtteilsgeschützter Erbe mit der Pflichtteilsquote oder einer höheren
Quote (bzw. mit Zuwendungen in höherem Umfang) als Erbe oder
Vermächtnisnehmer eingesetzt bzw. bedacht wird, der Erblasser aber zu
Lebzeiten erhebliche vermögensrechtliche Zuwendungen zugunsten von
Miterben oder Dritten ausgerichtet hat.⁸⁵³

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, inwieweit eine 3
Pflichtteilsverletzung wiederhergestellt werden kann: Wird der Pflichtteil

851. Botschaft 2018, S. 5829. Zu den Ausnahmen vgl. N. 7.

durch vermögensrechtliche Verfügungen zu Lebzeiten oder von Todes wegen verletzt, kann er auf drei Stufen wiederhergestellt werden: Wenn der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen hinterlässt oder nur teilweise letztwillig verfügt, können die gesetzlichen Erbquoten angepasst bzw. herabgesetzt werden (sog. Herabsetzung des Intestaterwerbs). Hinterlässt der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen, können die darin enthaltenen Erbeinsetzungen und Vermächtnisse angepasst bzw. herabgesetzt werden (sog. Herabsetzung des Testaterwerbs). Auf letzter Stufe werden die lebzeitigen Zuwendungen herabgesetzt (zur Herabsetzungsreihenfolge vgl. N. 21 und Art. 532 ZGB).

- 4 Die Regeln der Herabsetzung sind für beide Schritte von Bedeutung. Einerseits wird geregelt, welche vermögensrechtlichen Verfügungen zur PTBM hinzuzuzählen sind, wovon die wertmässige Pflichtteilshöhe abgeleitet wird. Andererseits wird bestimmt, welche Erwerbungen und Zuwendungen herabgesetzt werden können, damit der Pflichtteil wiederhergestellt wird. Die

853. Nach Baumann, Stichtagsprinzip, S. 232, ist der Pflichtteil – beziehend auf BGE 103 II 88 E. 4 – bei einer bruchteilsmässigen Pflichtteilssetzung «immer gewahrt», wobei der verfügbare Teil per Todestag nicht berechnet werden muss (vgl. hierzu auch Rohner/Muster, S. 1303). Dies trifft (jedoch nur) insoweit zu, als keine lebzeitigen Zuwendungen zu berücksichtigen sind. Zudem setzt dieses Verständnis voraus, dass eine «Pflichtteilssetzung» als Erbeinsetzung zur Pflichtteilsquote (d.h. zu einem bestimmten Prozentsatz oder einem bestimmten Bruch) qualifiziert wird. Eine «Pflichtteilssetzung» kann jedoch auch derart verstanden werden, dass der betroffene Erbe betragsmässig bloss den Pflichtteil erhält, d.h. Nachlassvermögenswerte in jenem Umfang, welcher wertmässig der Multiplikation der Pflichtteilsquote mit der PTBM per Todestag entspricht. Ob eine bruchteil- oder betragsmässige Pflichtteilssetzung vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung der Verfügung von Todes wegen zu ermitteln (vgl. hierzu auch BGE 80 II 200; BGer 5A_290/2016 vom 30.3.2017 E. 2.4.2; BSK-Staehelin, Art. 474 ZGB N. 15; Schiller, S. 287; Wolf/Berger, S. 267). Nicht geteilt wird die Auffassung von BSK-Staehelin, Art. 474 ZGB N. 15, wonach es sich bei der Partizipation an Wertsteigerungen seit dem Todestag um zwingendes Recht handeln soll. Vgl. auch OGer ZH LB10118 vom 25.3.2003 E. IV.2.c (mit Bezugnahme auf BGE 103 II 88 E. 4), wonach sich das «Problem der Wertveränderungen» nur stellt, wenn «die Pflichtteilsverletzung nicht in einer zu hohen Erbquote besteht; diesfalls genügt es, diese Quote auf das Zulässige zu reduzieren, und eine Bewertung von Berechnungsmasse und/oder einzelnen Werten ist entbehrlich».

852. Das Nettonachlassvermögen entspricht der wertmässigen Summe sämtlicher Aktiven und Passiven des Nachlasses (nach durchgeführter güterrechtlicher Auseinandersetzung, vgl. Fussnote 15). Werden dem Nettonachlassvermögen sämtliche ausgleichungspflichtigen (lebzeitigen) Zuwendungen hinzugezählt, resultiert die Teilungsmasse. Zur Ermittlung der Pflichtteilsberechnungsmasse (PTBM) werden der Teilungsmasse sämtliche herabsetzbaren (lebzeitigen) Zuwendungen hinzugerechnet.

Herabsetzung dient somit dem Schutz der pflichtteilsgeschützten Erben,⁸⁵⁴ indem sie – unabhängig vom Willen des Erblassers (vgl. N. 30) – die Ermittlung der wertmässigen Pflichtteilshöhe festlegt und die prozessuale Durchsetzung des Pflichtteilsrechts ermöglicht.

II. HERABSETZUNG (ART. 522 ABS. 1 ZGB)

A. Herabsetzungsanspruch

1. Voraussetzungen

Personen, welche über einen Pflichtteilsanspruch verfügen (Art. 470 Abs. 1 5 ZGB) und «dem Werte nach» weniger als ihren Pflichtteil erhalten, können gemäss Art. 522 Abs. 1 ZGB die Herabsetzung bestimmter Erwerbungen und Zuwendungen verlangen. Dieser **Herabsetzungsanspruch** setzt demnach voraus, dass (i) die betroffene Person über einen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch i.S.v. Art. 470 Abs. 1 ZGB verfügt (vgl. N. 7-8) und (ii) dieser Pflichtteilsanspruch wertmässig das Total der Vermögenswerte bzw. Begünstigungen übersteigt, welche sie vom Erblasser lebzeitig, gemäss Verfügung von Todes wegen und/oder gemäss gesetzlicher Erbfolge erhalten hat bzw. erhält (vgl. N. 9-14).

Dabei handelt es sich grundsätzlich um einen quantitativen und keinen 6 qualitativen Anspruch: Sofern die genannten Voraussetzungen nicht kumulativ erfüllt sind, besteht eine Pflichtteilsverletzung bzw. ein Herabsetzungsanspruch auch dann nicht, wenn der Pflichtteil mittels lebzeitiger Zuwendungen und/oder eines Vermächtnisses gewahrt wird (vgl. N. 2). Ein **Anspruch auf Erbenstellung** besteht nicht, weshalb der Pflichtteil einer pflichtteilsberechtigten Person auch mittels lebzeitiger Zuwendungen oder eines Vermächtnisses gewahrt werden kann.⁸⁵⁵ Ein gewisser qualitativer Anspruch ist aber darin zu erkennen, dass eine pflichtteilsberechtigte Person Anspruch auf leicht handelbare Vermögenswerte (*«biens aisément négociables»*, d.h. insbesondere einen Geldbetrag, Wertpapiere oder Immobilien) hat und im Umfang ihres Pflichtteils insbesondere keine

854. BGE 149 III 145 E. 4.3.1; BGer 5C.190/1999 vom 29.2.2000 E.3.b.bb. Vgl. hierzu auch BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 1; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 19; Saladin, S. 16; ZK-Escher, Art. 522 N. 1.

Nutznießungs- oder Rentenberechtigung akzeptieren muss, selbst wenn der Kapitalwert einer solchen Berechtigung die Pflichtteilshöhe übersteigt.⁸⁵⁶

2. Voraussetzung Nr. 1: Pflichtteilsrecht

a. Pflichtteilsanspruch

- 7 In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein Pflichtteilsanspruch besteht. Seit dem 1. Januar 2023, d.h. sofern der Erblasser ab dem 1. Januar 2023 verstorben ist,⁸⁵⁷ verfügen (bloss noch) Nachkommen⁸⁵⁸ und Ehegatten (bzw. eingetragene Partner) über einen **Pflichtteilsanspruch** (Art. 470 f. ZGB). Über keinen Pflichtteilsanspruch verfügen solche Personen jedoch dann, wenn sie (i) den Erbgang des Erblassers nicht erlebt haben (Art. 542 ff. ZGB), (ii) die Erbschaft ausschlagen (Art. 566 ff. ZGB), (iii) mit dem Erblasser einen

855. BGE 104 II 75 E. II.3.b.bb; BGE 67 II 100 E. 2; BGE 70 II 142 E. 2; BGE 52 II 12, S. 15; OGer ZH LF200005 vom 27.5.2020 E. 2.10; OGer ZH LF190036 vom 31.7.2019 E. 4.4.1; Abt, S. 304; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 45; BSK-Piatti, Art. 522 ZGB N. 1; BSK-Staehelin, Art. 470 ZGB N. 4; Burkart, Prakomm, Art. 484 N. 19a; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 11 und 13; Hrubesch-Millauer, Prakomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 7, Art. 522 ZGB N. 2; Jungo, Ehegattin, S. 381; Nertz, Prakomm, Art. 470 ZGB N. 21; Wolf/Berger, S. 269-270; Wolf/Genna, S. 460; ZK-Escher, Art. 522 N. 3. Gemäss Botschaft aus dem Jahr 1904 sollte der Pflichtteil zwar nicht «zu einer blossen Forderung [...] degradiert werden», doch besitzt der «verletzte Erbe ein Klagerecht erst dann [...], wenn er nicht wenigstens dem Werte nach so viel erhält, als sein Pflichtteil beträgt» (Botschaft 1904, S. 54). Dies führt zur Situation, dass (i) eine pflichtteilsberechtigte Person, welche ein (wertmässig ausreichendes) Pflichtteilsvermächtnis erhält, sich mit dieser (Vermächtnis-)Forderung abzufinden und keinen Anspruch auf Erbenstellung hat, während (ii) eine pflichtteilsberechtigte Person, welche mittels Verfügung von Todes wegen übergegangen bzw. ausgeschlossen wird oder mit einem wertmässig unzureichendem Vermächtnis bedacht wird (und in beiden Fällen auch keine ausreichenden lebzeitigen Zuwendungen erhalten hat), ihre Erbenstellung mittels Herabsetzungsklage erlangen kann (vgl. hierzu insb. BGer 5A_238/2023 vom 18.3.2024 E. 4.3.2). A.A. BGE 56 II 17 E. 2; vgl. hierzu insb. BSK-Piatti, Art. 522 ZGB N. 4; Henninger, S. 61; Hrubesch-Millauer, Prakomm, Art. 522 ZGB N. 2-3, 4b; ZK-Escher, Art. 522 N. 3-6.

856. BGE 135 III 97 E. 3; BGE 108 II 288 E. 3.a; BGE 70 II 142 E. 2; Hrubesch-Millauer, Prakomm, Art. 522 ZGB N. 6; Jungo, Ehegattin, S. 381; Jungo, Tafeln, S. 111; Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB, S. 886 und S. 904; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 261. Vgl. auch Art. 531 ZGB. A.A. Henninger, S. 64 (mit weiteren Hinweisen); Wolf/Genna, S. 460. Zum Anspruch auf einen bedingungs- und auflagefreien Pflichtteil vgl. insb. Henninger, S. 65-67.

857. Art. 15 Abs. 1 SchlT ZGB; BGE 116 II 33 E. 3.a; BGE 94 II 240 E. 9.c; BGer 5C.183/2003 vom 9.12.2003 E. 2.2.1. Vgl. hierzu auch BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 1a; Hrubesch-Millauer, Prakomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 1d.

858. Zur (fehlenden) Erbenstellung bei einer altrechtlichen Zahlvaterschaft vgl. insb. BGer 5A_238/2023 vom 18.3.2024 und BGE 124 III 1.

Erbverzichtsvertrag, welcher den Pflichtteil umfasst (Art. 495 ZGB), abgeschlossen haben, (iv) erbunwürdig (Art. 540 ZGB) oder (v) rechtsgültig enterbt worden sind (Art. 477 ZGB).

b. Pflichtteilsquote

Seit dem 1. Januar 2023, d.h. sofern der Erblasser ab dem 1. Januar 2023 ⁸ verstorben ist,⁸⁵⁹ beträgt die **Pflichtteilsquote** für Nachkommen und Ehegatten je die Hälfte ihres gesetzlichen Erbanspruchs (Art. 471 ZGB). Hinterlässt der Erblasser z.B. einen Ehegatten und zwei Nachkommen, beträgt der Pflichtteil des Ehegatten $\frac{1}{4}$ (Art. 471 i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB) und der Pflichtteil der Nachkommen je $\frac{1}{8}$ (Art. 471 i.V.m. Art. 457 Abs. 2 i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB).

3. Voraussetzung Nr. 2: Pflichtteilsverletzung

a. Ermittlung der Pflichtteilshöhe

Während regelmässig Klarheit darüber besteht, ob die betroffene Person über ⁹ einen Pflichtteilsanspruch verfügt und wie hoch die Pflichtteilsquote ist, birgt die Ermittlung der PTBM zumindest in komplexen Verhältnissen (insbesondere bei lebzeitigen Zuwendungen von Immobilien oder Unternehmen) ein relativ hohes Konflikt- bzw. Verhandlungspotential. Die **PTBM** wird – als «rein rechnerische Grösse»⁸⁶⁰ – dadurch ermittelt, indem (i) dem reinen Nachlassvermögen (bzw. Nettonachlassvermögen) (ii) die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen i.S.v. Art. 626 ff. ZGB und (iii) die herabsetzbaren Zuwendungen i.S.v. Art. 527 ff. ZGB hinzugezählt werden.⁸⁶¹ Massgebend ist der Verkehrswert per Todestag (Art. 474 Abs. 1 ZGB).⁸⁶² Als Verkehrswert gilt der «Marktwert» bzw. «objektive» Wert, welcher bei einer Veräusserung an einen unabhängigen Dritten als Erlös (abzgl. allfälliger

859. Art. 15 Abs. 1 SchlT ZGB; BGE 116 II 33 E. 3.a; BGE 94 II 240 E. 9.c; BGE 5C.183/2003 vom 9.12.2003 E. 2.2.1. Vgl. hierzu auch BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 1a; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 1d.

860. BGE 5A_886/2023 vom 10.7.2024, E. 3.4.2; Baumann, Stichtagsprinzip, S. 237; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 47; Zeiter, S. 293.

861. BGE 127 III 396 E. 2.a; OGer ZG ZI 2020 36 vom 1.4.2022 E. 2.5.1-2; Brändli, S. 338; Eitel/Bieri, S. 289; Henninger, S. 71; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 262. Die Hinzurechnung herabsetzbarer Zuwendungen erfolgt unabhängig davon, ob sie letztlich – mit Blick auf die Herabsetzungsreihenfolge nach Art. 532 ZGB – herabgesetzt werden (Zeiter, S. 294).

Steuern, Gebühren und Kosten) erzielt würde; m.a.W. der Wert, welcher bei einem Verkauf auf dem freien Markt realisierbar wäre.⁸⁶³

- 10 Das **Nettonachlassvermögen** bestimmt sich anhand des im Zeitpunkt des Ablebens vorhandenen Vermögens des Erblassers (Todestagsprinzip, Art. 474 und Art. 537 Abs. 2 ZGB). Zur Feststellung der Höhe des Nettonachlassvermögens sind von den Nachlassaktiven die Nachlasspassiven abzuziehen, d.h. die Erblasserschulden sowie bestimmte Erbgangsschulden (vgl. Art. 474 Abs. 2 ZGB; nicht jedoch allfällige Vermächtnisse).⁸⁶⁴ Bei einem verheirateten Erblasser sind dabei insbesondere auch (i) die güterrechtlichen Forderungen und/oder Schulden (und dabei u.a. Art. 216 ZGB bzw. Art. 241 Abs. 2 ff. ZGB)⁸⁶⁵ sowie (ii) – falls der Nachlass eines vorverstorbenen Ehegatten noch nicht geteilt ist – der Erbanspruch im Nachlass des vorverstorbenen Ehegatten zu berücksichtigen.⁸⁶⁶

862. BGE 110 II 228 E. 7.b; BGer 5A_466/2016 vom 12.4.2017 E. 3.2; OGer ZH LB10118 vom 25.3.2003 E. IV.2.c; Eitel/Bieri, S. 289; Eitel, Erbvorbezüge, S. 151; Henninger, S. 72; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 522 ZGB N. 1-1a; Rohner/Muster, S. 1303; Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB, S. 892; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 264; Zeiter S. 285 und 294. Vorbehalten sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB).

863. BGer 5A_769/2023 vom 9.4.2024 E. 5.3.1; BGer 5A_985/2022 vom 28.9.2023 E. 3.3.2; BGer 5A_141/2007 vom 21.12.2007 E. 4.1.3; Rohner/Muster, S. 1305.

864. BGE 127 III 396 E. 2.b (betr. Willensvollstreckervergütung); OGer ZG ZI 2020 36 vom 1.4.2022 E. 2.5.3; OGer ZH LB10118 vom 25.3.2003 E. IV.1.c (betr. Willensvollstreckervergütung); Baumann, Stichtagsprinzip, S. 237; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 48; Henninger, S. 70; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 522 ZGB N. 1d; Rohner/Muster, S. 1303; Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB, S. 891; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 263.

865. Der Erbteilung geht die güterrechtliche Auseinandersetzung voraus. Bei verheirateten Erblassern entspricht das Nachlassvermögen demnach dem Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Während die güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB) i.d.R. – insb. unter Vorbehalt von gemeinschaftlichen Eigentumsverhältnissen (vgl. Art. 248 und Art. 251 ZGB) – zu keinen Komplikationen führt, besteht bei der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) und der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) oftmals ein Konflikt- bzw. Verhandlungspotential. Sowohl bei der Errungenschaftsbeteiligung als auch bei der Gütergemeinschaft besteht u.a. die Möglichkeit, dass ehevertraglich von der gesetzlichen Regelung, wonach jedem Ehegatten die Hälfte des Vorschlags bzw. des Gesamtguts zusteht, abgewichen werden kann (Art. 216 ZGB, Art. 241 Abs. 2 ff. ZGB). Während eine solche überhäufige Vorschlags- bzw. Gesamtgutszuweisung zugunsten des überlebenden Ehegatten bei der Feststellung des Nettonachlassvermögens grundsätzlich zu beachten bzw. respektieren ist, ist sie u.U. zur Ermittlung der PTBM hinzuzurechnen (vgl. Art. 216 Abs. 2 f. bzw. Art. 241 Abs. 3 ZGB, Art. 527 und Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; vgl. hierzu insb. Jungo, Ehegattin, S. 376 ff.).

Dem Nettonachlassvermögen werden sodann sämtliche **ausgleichungspflichtigen** Zuwendungen (vgl. hierzu Art. 626 ff. ZGB), sämtliche lebzeitigen **herabsetzbaren Zuwendungen** (vgl. hierzu Art. 527 ZGB) und Rückkaufswerte bestimmter Versicherungen sowie Ansprüche aus gebundener Selbstvorsorge (vgl. hierzu Art. 529 ZGB) hinzugerechnet, auch dies zum Wert im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers.⁸⁶⁷

Zur Bestimmung der **Pflichtteilshöhe** wird die PTBM mit der Pflichtteilsquote multipliziert.

b. Feststellung der Pflichtteilsverletzung

Damit festgestellt werden kann, ob eine **Pflichtteilsverletzung** vorliegt, wird die Pflichtteilshöhe dem Total derjenigen Vermögenswerte bzw. Begünstigungen gegenübergestellt, welche die betroffene Person vom Erblasser zu Lebzeiten erhalten hat und gemäss Verfügung von Todes wegen und/oder gesetzlicher Erbfolge erhält.⁸⁶⁸ Vorbehalten bleibt die «*biens aisément négociables*»-Doktrin (vgl. N. 6).

Nach dem Todestag eingetretene Wertveränderungen des Nettonachlassvermögens sind für die Feststellung der Pflichtteilsverletzung irrelevant: Weder kann eine nachträgliche Wertverminderung zu einer – per Todeszeitpunkt nicht gegebenen – Pflichtteilsverletzung führen, noch kann eine nachträgliche Wertvermehrung eine – per Todeszeitpunkt gegebene – Pflichtteilsverletzung heilen.⁸⁶⁹ Eine im Todeszeitpunkt entsprechend

866. BGE 127 III 396 E. 2.a; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 47; Göksu, S. 255; Henninger, S. 70; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 522 ZGB N. 1a; Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB, S. 891; Spirig, S. 100.

867. BGE 102 II 329 E. 2.a; BGE 110 II 228 E. 7.b; BGE 80 II 200 E. a; BGer 5A_886/2023 vom 10.7.2024, E. 3.4.2; OGer ZG Z1 2020 36 vom 1.4.2022 E. 2.5.4; Baumann, Stichtagsprinzip, S. 237; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 15, Art. 522 ZGB N. 3; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 47; Eitel, Erbvorbezüge, S. 151; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 1e; Rohner/Muster, S. 1303; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 263; Zeiter, S. 285; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 23, Art. 522 N. 12. Die Hinzurechnung ausgleichungspflichtiger Zuwendungen betrifft sowohl Zuwendungen i.S.v. Art. 626 Abs. 1 ZGB (gewillkürte Ausgleichung) als auch diejenigen gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB (gesetzliche Ausgleichung) und gilt auch dann, wenn dem Ausgleichungsschuldner kein Ausgleichungsgläubiger gegenübersteht; relevant ist einzig, dass die Zuwendungen an sich ausgleichungspflichtig wären (BGer 5A_886/2023 vom 10.7.2024, E. 3.4.2). Zur Abgrenzung von Nettonachlassvermögen, Teilungsmasse und PTBM vgl. Fussnote 2.

868. Baumann, Stichtagsprinzip, S. 237; Zeiter, S. 294.

festgestellte Pflichtteilsverletzung wird betragsmässig fixiert und bleibt unveränderlich.⁸⁷⁰ Wertveränderungen eines lebzeitigen Zuwendungsobjekts zwischen Todestag und Herabsetzungsurteil treffen grundsätzlich – unter Vorbehalt des auch auf lebzeitige Zuwendungen anwendbaren Wahlrechts von Art. 526 ZGB⁸⁷¹ – nur den lebzeitig Begünstigten.⁸⁷²

B. Prozessuales

1. Aktivlegitimation

- 15 Zur Herabsetzungsklage **aktivlegitimiert** sind Personen, (i) welche über eine Pflichtteilstellung verfügen (vgl. N. 7) und (ii) deren Pflichtteil wertmässig verletzt wird, d.h. sofern sie ihren Pflichtteil wertmässig weder gemäss Verfügung von Todes wegen oder gesetzlichem Erbrecht erhalten noch zu Lebzeiten bereits erhalten haben (vgl. N. 13);⁸⁷³ dies wiederum unter Vorbehalt der «*biens aisément négociables*»-Doktrin (vgl. N. 6).
- 16 Wenn eine aktivlegitimierte Person nach dem Ableben des Erblassers **verstirbt**, treten deren Erben in deren Rechtsposition, wozu auch das

869. Baumann, Stichtagsprinzip, S. 237; Zeiter, S. 294.

870. Nertz, PraKomm, Art. 474 ZGB N. 9; Rohner/Muster, S. 1303; Zeiter, S. 295. A.A. ZK-Escher, Art. 474 N. 4. Vgl. auch BSK-Staehelin, Art. 474 ZGB N. 15-16, und Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB, S. 900.

871. Hierzu wird auf die Kommentierung von Art. 526 ZGB verwiesen.

872. OGer ZH LB10118 vom 25.3.2003 E. IV.2.c. Abzulehnen ist der Hinweis in OGer ZH LB10118 vom 25.3.2003 E. IV.2.c, wonach Wertveränderungen «dann alle Beteiligten gleichmässig [treffen], wenn [...] [eine] lebzeitige Zuwendung teilbar [ist] (bspw. eine nicht beherrschende Anzahl Aktien einer Publikums-AG; bei einer personenbezogenen Gesellschaft mag die Teilung auch einer Minderheitsposition wirtschaftlich nachteilig sein): dann führt die Überschreitung der disponiblen Quote dazu, dass die Zuwendung um eine bestimmte Anzahl der Werte herabgesetzt wird resp. diese zurückgegeben werden müssen.» Dieser obergerichtliche Hinweis verkennt den Umstand, dass es sich bei der herabsetzungsrechtlichen Rückerstattungsklage (Art. 528 ZGB) um eine obligatorische Forderung handelt – dies unter Vorbehalt der Wahlrechte gemäss Art. 526 ZGB und Art. 536 ZGB. Abzulehnen ist im Übrigen auch die Erwägung in OGer ZH LB10118 vom 25.3.2003 E. IV.2.c, wonach es zwischen einem herabsetzungspflichtigen Erben und den Miterben keine «echte Teilung» gibt (dies gäbe es «nur dann, wenn die Herabsetzung in einer Reduktion der Quote besteht») und sich die Teilung «materiell auf die anderen Erben [bezieht]».

Pflichtteilsrecht gehört, ein (Art. 560 ZGB), womit (auch) die Aktivlegitimation auf sie übergeht.⁸⁷⁴

Sofern eine aktivlegitimierte Person ihren Erbanteil nach dem Ableben des Erblassers rechtsgeschäftlich **überträgt**, wird die erwerbende Partei dadurch nicht aktivlegitimiert.⁸⁷⁵ Dies gilt sowohl beim Verkauf des Nachlassliquidationserlöses nach Art. 635 Abs. 2 ZGB als auch bei der Erbteilsabtretung nach Art. 635 Abs. 1 ZGB. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sie sich vom veräussernden Erben zur Durchsetzung der Herabsetzung gemäss Art. 68 ZPO bevollmächtigen lässt.

Zwischen mehreren pflichtteilsverletzten Personen besteht keine notwendige, sondern eine **einfache Streitgenossenschaft** i.S.v. Art. 71 ZPO.⁸⁷⁶ Dies bedeutet u.a., dass jede pflichtteilsverletzte Person eigenständige Ansprüche geltend macht und befugt ist, ihren Prozess unabhängig von anderen pflichtteilsverletzten Personen zu führen.⁸⁷⁷

Unter bestimmten Voraussetzungen kommt die Aktivlegitimation auch folgenden Personen zu: (i) Konkursverwaltung oder Gläubiger eines pflichtteilberechtigten Erben (vgl. Art. 524 ZGB), (ii) vermächtnisbelasteter Herabsetzungsschuldner (vgl. Art. 486 Abs. 1 und Art. 525 Abs. 2 ZGB) und (iii) Herabsetzungsschuldner, welcher dem Erblasser aufgrund eines positiven

873. BGer 5A_886/2023 vom 10.7.2024, E. 3.1; OGer ZH LF190036 vom 31.7.2019 E. 4.4.1; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 53; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5; Saladin, S. 18; Schmid/Jungo/Hürliemann-Kaup, ZGB, S. 903; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 283; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 4.

874. BGE 133 III 309 E. 5; BGE 75 II 190 E. 2; BGer 5A_357/2016 vom 12.4.2017 E. 4.3.3; BGer 5A_330/2013 vom 24.9.2013 E. 4.3; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 53; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5a; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 5.

875. BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 6; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 7; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 284; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 5.

876. BGE 75 II 190 E. 2; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 53; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 3, Göksu, S. 252; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 283.

877. BGE 75 II 190 E. 2; BGer 5A_87/2022 vom 2.11.2022 E. 3.1.1.3 (betr. Art. 519 ZGB); BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 283; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 5 und 20.

entgeltlichen Erbvertrags eine Gegenleistung erbracht hat (vgl. Art. 528 Abs. 2 ZGB).⁸⁷⁸

2. Passivlegitimation

- 20 **Passivlegitimiert** ist diejenige Person, welche durch den Erblasser – über ein allfälliges eigenes Pflichtteilsrecht hinaus – durch Intestaterwerb, Testaterwerb oder lebzeitige Zuwendungen vermögensrechtlich begünstigt wurde,⁸⁷⁹ soweit die betroffenen Erwerbungen und/oder Zuwendungen herabsetzbar sind und deren Herabsetzung mit Blick auf die Herabsetzungsreihenfolge notwendig ist, um den Pflichtteil der aktivlegitimierten Person(en) herzustellen. Zwischen mehreren passivlegitimierten Personen besteht keine notwendige, sondern eine einfache passive Streitgenossenschaft.⁸⁸⁰ Die Erbengemeinschaft ist nicht passivlegitimiert.⁸⁸¹ Auch der Willensvollstrecker ist i.d.R. nicht passivlegitimiert.⁸⁸²

3. Herabsetzungsreihenfolge

- 21 Um den (verletzten) Pflichtteilsanspruch herzustellen, werden gemäss Art. 522 Abs. 1 ZGB sowie Art. 532 Abs. 1 ZGB (i) Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge (sog. Intestaterwerb), (ii) Zuwendungen von Todes wegen (sog. Testaterwerb) und (iii) Zuwendungen unter Lebenden herabgesetzt; dies insoweit, «bis der Pflichtteil hergestellt ist».⁸⁸³ Bei der Herabsetzungsklage ist mit Blick auf diese **Reihenfolge** besondere Rücksicht darauf zu nehmen, gegenüber welchen Personen die Herabsetzung geltend gemacht wird.⁸⁸⁴

878. Vgl. hierzu insb. Brückner/Weibel/Pesenti, S. 53; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 5; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 283-284.

879. BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 7; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 4; Jungo, Tafeln, S. 110; Saladin, S. 19; Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB, S. 904; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 284; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 9. Vgl. hierzu auch BGE 128 III 314 E. 3; BGE 46 II 213 E. 6.

880. Brückner/Weibel/Pesenti, S. 55; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 4; Göksu, S. 253; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 8a; Saladin, S. 19; Wolf/Genna, S. 502.

881. Brückner/Weibel/Pesenti, S. 55; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 8; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 4; Göksu, S. 253; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 8; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 285; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 10.

4. Zuständigkeit

Für die Herabsetzungsklage ist das Gericht am letzten Wohnsitz des 22 Erblassers örtlich **zuständig** (Art. 28 Abs. 1 ZPO, dies unter Vorbehalt von Art. 17 f. ZPO). Dem Verfahren vor dem Zivilgericht geht ein Schlichtungsversuch vor der Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO), worauf u.U. verzichtet werden kann (Art. 199 ZPO).

5. Frist

Die Herabsetzungsklage unterliegt einer einjährigen relativen und einer 23 zehnjährigen absoluten **Verwirkungsfrist**,⁸⁸⁵ welche durch eine zeitlich grundsätzlich unlimitierte Einredemöglichkeit ergänzt wird.⁸⁸⁶ Dabei ist zu beachten, dass eine pflichtteilsgeschützte Person, welche mittels Verfügung

882. BGE 111 II 16 E. 2; BGE 86 II 340 E. 1; BGE 85 II 597 E. 3; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 55; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 4; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 4; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 9; Jungo, Tafeln, S. 111; Wolf/Genna, S. 502. Die Passivlegitimation des Willensvollstreckers könnte indes in Erwägung gezogen werden, falls der Erblasser eine pflichtteilsverletzende und herabsetzbare Dauerwillensvollstreckung angeordnet hat (vgl. hierzu BGE 51 II 49 E. 5; BGE 75 II 190 E. 5). Abzulehnen ist BGer 5A_914/2013 vom 4.4.2014 E. 3.4, wonach dies mit der Ungültigkeitsklage (Art. 519 ZGB) geltend zu machen wäre (vgl. hierzu auch BK-Künzle, Art. 517 f. N. 53; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 4); eine testamentarische Anordnung, welche den Pflichtteil verletzt, ist nicht ungültig, sondern herabsetzbar (vgl. auch Art. 531 ZGB, wonach die Nacherbeneinsetzung im Umfang des Pflichtteils zwar als «ungültig» bezeichnet wird, dies jedoch mit der Herabsetzungsklage geltend zu machen ist; vgl. hierzu BGE 133 III 309 E. 5; BGE 108 II 288 E. 2; BGE 75 II 193 E. 3; BGer 5A_267/2016 vom 18.1.2017, E. 3.1; Henninger, S. 65). Vgl. hierzu auch Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 9; Wolf/Genna, S. 474.

883. Die Herabsetzung der betroffenen Verfügung/en erfolgt «auf das erlaubte Mass» (BGE 102 II 329 E. 2.a).

884. Hierzu wird auf die Kommentierung von Art. 532 ZGB verwiesen. Gemäss Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 8a, empfiehlt sich ein Vorgehen gegen sämtliche potentiell Passivlegitimierten (vgl. auch Brückner/Weibel/Pesenti, S. 53). Das Risiko, Personen einzuklagen, denen keine Parteistellung zukommt, trägt dabei jedoch die klagende Partei (OGer ZH LB170045 vom 25.7.2018 E. V.1.2).

885. BGE 138 III 354 E. 5.2; BGE 128 III 318 E. 2.1; BGE 121 III 249 E. 2; BGE 98 II 176 E. 10; BGer 5A_765/2022 vom 24.4.2023 E. 6.4.3; BGer 5A_187/2021 vom 16.3.2022 E. 2.2; BGer 5A_753/2018 vom 21.1.2019 E. 4; BGer 5A_466/2016 vom 12.4.2017 E. 3.2; BGer 5A_162/2007 vom 16.7.2007 E. 5.2; OGer ZH LB180030 vom 16.3.2019 E. 3.2.4; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56; BSK-Piatti, Art. 533 N. 1; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 1; Jungo, Tafeln, S. 135; Wolf/Genna, S. 502.

886. Hierzu wird auf die Kommentierung von Art. 533 ZGB verwiesen.

von Todes wegen gänzlich ausgeschlossen oder übergangen worden ist (sog. **virtuelle Erbin**), die Erbenstellung (als dingliche Rechtsposition)⁸⁸⁷ erst dadurch erlangt, indem sie fristgemäss eine Herabsetzungsklage einleitet und die Herabsetzungsklage rechtskräftig gutgeheissen wird.⁸⁸⁸

6. Beweislast

- 24 Die **Beweislast** für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Herabsetzung, insbesondere für das Vorliegen einer herabsetzbaren Zuwendung und das Überschreiten der verfügbaren Quote, trifft diejenige Person, welche die Herabsetzung klage- oder einredeweise geltend macht (Art. 8 ZGB).⁸⁸⁹ Dabei gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung des Gerichts; die in der Praxis regelmässig bestehenden Beweisschwierigkeiten führen zu keiner Beweiserleichterung.⁸⁹⁰

7. Streitwert

- 25 Weil der **Streitwert** durch das Rechtsbegehren bestimmt wird und die Herabsetzungsklage vermögensrechtlicher Natur ist,⁸⁹¹ bemisst sich der Streitwert der Herabsetzungsklage am potentiellen Prozessgewinn, d.h. dem herabzusetzenden Betrag.⁸⁹² Wird die Herabsetzungsklage in objektiver Klagehäufung mit einer Erbteilungsklage verbunden (vgl. N. 29), richtet sich der Streitwert grundsätzlich (mangels zusätzlicher Leistungsklage, vgl. N. 28) nach der Erbteilungsklage, d.h. grundsätzlich nach dem eingeklagten – durch die geltend gemachte Herabsetzung erhöhten – Erbteil.⁸⁹³ Wird die

887. OGer ZH LF180085 vom 7.12.2018 E. 4.4.3.

888. BGE 143 III 369 E. 2.1; BGE 139 V 1 E. 4.2; BGE 138 III 354 E. 5; BGer 5A_238/2023 vom 18.3.2024 E. 4.3.2; BGer 9c_678/2012, 9C_679/2012 vom 30.1.2023 E. 4.4; BGer 5A_246/2017 vom 28.6.2017 E. 2.1; BGer 5A_610/2013 vom 1.11.2013 E. 2.2.1; OGer ZH LF190036 vom 31.7.2019 E. 4.4.1; OGer ZH LF180085 vom 7.12.2018 E. 4.4.3. Vgl. hierzu auch BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 2; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 3; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 261.

889. BGE 149 III 145 E. 4.3.1; BGE 145 III 1 E. 3.3; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 11; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 8; Göksu, S. 255; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 15; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 22. Vgl. auch Pichler, S. 65, hinsichtlich des Beweises der Fristwahrung gemäss Art. 533 ZGB.

890. BGer 5A_966/2021 vom 4.8.2022 E. 5.3.2.

891. BGE 115 II 211 E. 4.

892. BGer 9c_678/2012, 9C_679/2012 vom 30.1.2023 E. 4.3; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 58; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 17; Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher, S. 17; Wolf/Genna, S. 505.

Herabsetzungsklage eventualiter zu einer Ungültigkeitsklage geltend gemacht, richtet sich der Streitwert grundsätzlich nach dem Streitwert der Ungültigkeitsklage.⁸⁹⁴

C. Rechtsnatur

1. Rechtsnatur der Herabsetzung und Klagearten

Bei der Herabsetzungsklage handelt es sich um eine **Gestaltungsklage** i.S.v. Art. 87 ZPO.⁸⁹⁵ Sie hat insofern konstitutive Wirkung, als das Herabsetzungsurteil eine neue Rechtslage begründet;⁸⁹⁶ dies jedoch nur mit Wirkung für die Prozessbeteiligten.⁸⁹⁷ Die Gestaltungswirkung eines rechtskräftigen Herabsetzungsurteils wird auf den Todestag zurückbezogen.⁸⁹⁸

893. BGE 127 III 396 E. 1.b.cc; BGE 86 II 451 E. 2; OGer ZH LB200036 vom 2.6.2022 E. V.1.a. Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO werden bei einer Klagehäufung die geltend gemachten Ansprüche zwar zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der auf die Herabsetzung entfallende erhöhte Erbteil bei der Streitwertermittlung nicht doppelt berücksichtigt werden. Die Herabsetzungsklage führt nur insoweit zu einer Erhöhung des Streitwerts der Erbteilungsklage, als (i) der eingeklagte (streitwertbestimmende) Erbteil durch die Herabsetzungsklage erhöht wird oder (ii) die Herabsetzungsklage mit einer Leistungsklage verbunden wird (vgl. N. 28). A.A. Ammann, S. 363-364, wobei von einer Addition der Streitwerte ausgegangen wird.

894. Art. 91 Abs. 1 ZPO. Vgl. hierzu insb. BGer 4A_46/2016 vom 20.06.2016 E. 1.3.

895. BGE 115 II 211 E. 4; BGE 102 II 329 E. 2.a; BGer 5A_238/2023 vom 18.3.2024 E. 4.3.2; BGer 5A_765/2022 vom 24.4.2023 E. 3.1.1; OGer ZH LB140033 vom 19.1.2015 E. E.1.2; Baumann, Stichtagsprinzip, S. 238; Bessenich/Bopp, Art. 87 ZPO N. 8; BK-Markus, Art. 87 ZPO N. 16; Brändli, S. 339; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 60 und 64; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 15; BSK-Weber, Art. 87 ZPO N. 10; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 5; Eitel, Zuwendung, S. 463; Göksu, S. 250; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 10a; Jungo, Tafeln, S. 110; Saladin, S. 17; Wolf/Genna, S. 497; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 14. Nicht zu folgen ist CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 5 und 7, insoweit, als von der Möglichkeit einer Feststellungsklage ausgegangen wird (vgl. auch ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 14). In OGer ZH LB140033 vom 19.1.2015 E. E.1.2 ist die Rede von einer «gerichtlichen Feststellung eines Herabsetzungsanspruchs im Sinne eines Gestaltungsurteils».

896. BGE 102 II 329 E. 2.a; OGer ZH LB140033 vom 19.1.2015 E. E.1.2; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 15; Göksu, S. 251; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 10a; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 14.

897. Göksu, S. 252; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 10a; Saladin, S. 17.

898. BGE 102 II 329 E. 2.a; BGer 5A_97/2014 vom 23.10.2014 E. 5.3; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 15; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 7; Göksu, S. 251; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 10a.

- 27 Aufgrund des Umstands, dass es sich um eine Gestaltungs-klage handelt, besteht in der Praxis die Problematik bzw. Rechtsunsicherheit, (i) ob mit einer **ausserprozessualen Vereinbarung** eine rechtsgültige bzw. rechtsgestaltende Herabsetzung erfolgen kann⁸⁹⁹ und (ii) inwieweit eine solche vereinbarte Herabsetzung zu potentiell steuerpflichtigen Querschenkungen führen kann.⁹⁰⁰ Der erstgenannten Problematik wird regelmässig dadurch entgegnet, indem die Vereinbarung im Rahmen des Schlichtungsverfahrens abgeschlossen wird, zumal einem solchen Vergleich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids zukommt (Urteilssurrogat gemäss Art. 208 Abs. 2 ZPO).⁹⁰¹ Hinsichtlich der zweitgenannten Problematik ist jedoch zu beachten, dass Steuerbehörden selbst an eine solche Vereinbarung nach Art. 208 Abs. 1 ZPO, welcher keine gerichtliche Entscheidung zugrunde liegt, nicht gebunden sind,⁹⁰² und entsprechend ein Steuervorbescheid («Ruling») empfehlenswert sein kann.

899. In BGE 86 II 340 E. 5 und BGE 104 II 75 E. II.3.b.aa wird zwar darauf hingewiesen, dass es keines Urteils bedarf, wenn sich die Beteiligten auf eine von der Verfügung von Todes wegen abweichende Erbteilung einigen können. In BGE 5A_702/2016 vom 28.3.2017 E. 2.2, wird aber – hinsichtlich einer Ungültigkeitsklage – ausgeführt, dass (i) die Ausübung des Gestaltungsrechts auf den Prozessweg beschränkt wird, (ii) die Rechtsänderung, zu deren Herbeiführung das Gestaltungsrecht berechtigt, unmittelbar durch das gerichtliche Urteil bewirkt wird, und (iii) «nur ein Gerichtsurteil die angestrebte Gestaltung bewirken kann». Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Herabsetzung nach Art. 522 ff. ZGB einem privaten Gestaltungsakt und damit auch einer ausserprozessualen Vergleichsvereinbarung zugänglich (gl.M. Bessenich/Bopp, Art. 87 ZPO N. 3; BK-Markus, Art. 87 ZPO N. 5; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 17b; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 260).

900. Zur Querschenkungsproblematik vgl. insb. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 25; Niederer/Leistner, PraKomm, Anhang Steuern N. 366; Tarolli/Heuberger, PraKomm, Anhang Steuern N. 107.

901. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 17a-17b; Pichler, S. 64. Vgl. auch Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56, wonach sogar ein Verfahren vor dem Gericht als «angezeigt» angesehen wird.

902. BGE 2C_550/2019 vom 28.2.2020 E. 3.2 und 4.3. Gemäss BGE 105 Ia 54 E. 3.a ist es jedoch nicht Sache der Steuerbehörden, nachträglich zu prüfen, ob die vergleichsweise getroffene Regelung den materiellen Prozessaussichten genau entsprochen hat; zur Berücksichtigung des Vergleichs muss vielmehr genügen, dass aus Sicht der Parteien z.B. Zweifel hinsichtlich der Zuwendungen unter Lebenden bestehen und «dass die getroffene Verständigung weder ungewöhnlich noch offensichtlich gegen den Fiskus gerichtet war». Vgl. hierzu insb. auch BGE 2P.296/2005 vom 29.8.2006 E. 3.2.3; StRG ZH 1 ES.2023.6 E. 1.b; Baumann, Vergleichsvereinbarungen, S. 151; Niederer/Leistner, PraKomm, Anhang Steuern N. 366; Tarolli/Heuberger, PraKomm, Anhang Steuern N. 107a.

Sofern das Nettonachlassvermögen (bzw. eine Herabsetzung des Intestat- und/oder Testaterwerbs der Miterben bzw. Vermächtnisnehmer) nicht ausreicht, um den Pflichtteil des Klägers zu decken, sollte die Herabsetzungsklage in **objektiver Klagehäufung** mit einer Leistungsklage verbunden werden. Andernfalls muss nachträglich zum Herabsetzungsurteil eine Leistungsklage eingeleitet und durchgesetzt werden, zumal es sich beim Herabsetzungsurteil um ein reines Gestaltungsurteil handelt, welches die beklagte Person nicht zu einer Leistung verpflichtet, sondern der klagenden Partei lediglich die Grundlage verschafft, um mit einer zweiten Klage ihrem Leistungsanspruch zum Durchbruch zu verhelfen.⁹⁰³ Eine solche Klagehäufung ist auch deshalb zu empfehlen, weil der Verzug einer solchen Forderung nicht bereits mit dem Todestag beginnt, auf welche die Gestaltungswirkung der Herabsetzung zurückbezogen wird, sondern erst mit der Klageeinleitung der entsprechenden Leistungsklage.⁹⁰⁴ Weil es anlässlich der Einleitung einer solchen Leistungsklage teilweise (noch) nicht möglich ist, die Forderung bereits zu Prozessbeginn zu beziffern, kann sie grundsätzlich als unbezifferte Forderungsklagen ausgestaltet werden, wobei ein Mindestwert der Forderung anzugeben ist (Art. 85 Abs. 1 ZPO).⁹⁰⁵

Zulässig und in der Praxis relativ häufig ist, die Herabsetzungsklage mittels objektiver Klagehäufung mit einer Ungültigkeits- und/oder Erbteilungsklage zu verbinden.⁹⁰⁶ Wenn z.B. eine Verfügung von Todes wegen (Testament oder

903. BGE 102 II 329 E. 2.a. Gemäss BGE 84 II 685 E. 3, darf verlangt werden, dass die klagende Partei, sofern sie dazu in der Lage ist, mit dem Herabsetzungsanspruch zugleich die Vollzugsrechte geltend macht. Vgl. hierzu auch Brückner/Weibel/Pesenti, S. 60 und 64; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 12; Göksu, S. 251; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 10b. Gemäss OGer ZH LB140033 vom 19.1.2015 E. E.1.2 bildet die (mittels Herabsetzungsklage geltend zu machende) Herabsetzbarkeit die Anspruchsbegründung der obligatorisch wirkenden Leistungsklage.

904. BGE 115 II 211 E. 4; BGer 5A_97/2014 vom 23.10.2014 E. 5; OGer ZH LB140033 vom 19.1.2015 E. E.1.2. Vgl. hierzu auch BGE 102 II 329 E. 2.b; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 15; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 7; Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher, S. 18. Gemäss OGer ZH LB140033 vom 19.1.2015 E. E.1.2, «kompensiert» die Zinspflicht ab Klageeinleitung gewissermassen die i.d.R. bestehende Unverzinslichkeit lebzeitiger Zuwendungen bis zum Todestag. Gemäss OGer ZH LB140033 vom 19.1.2015 E. E.1.2 ist es mangels Leistungsklage auch nicht möglich, den Verzug des Herabsetzungspflichtigen durch eine «vorprozessuale Aufforderung [...] zur Vorlegung von Unterlagen» eintreten zu lassen; die Leistungsklage kann demgegenüber als Mahnung und Inverzugsetzung gelten.

905. BGE 135 III 97 E. 3; BGer 5A_101/2021 vom 28.5.2021 E. 3.1; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 11; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 6; Göksu, S. 257; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4a; Wolf/Genna, S. 505.

Erbvertrag), mittels welcher Pflichtteile verletzt werden, für ungültig erachtet wird, wird regelmässig im Hauptstandpunkt die Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen und im Eventualstandpunkt die Herabsetzung der Zuwendung(en) von Todes wegen beantragt.

2. Relativ zwingende Natur der Herabsetzung

- 30 Die Vorschriften betreffend Pflichtteil und Herabsetzung sind grundsätzlich **zwingende Bestimmungen**.⁹⁰⁷ Dies bedeutet, dass der Erblasser – abgesehen von den Möglichkeiten des Erbverzichtsvertrags (Art. 495 ZGB) und der Enterbung (Art. 477 ZGB) – aus rechtlicher Sicht grundsätzlich nicht davon abweichen kann, insbesondere weder mittels Verfügung von Todes wegen noch mittels Rechts- oder Tathandlungen zu Lebzeiten.
- 31 Pflichtteilsgeschützte Personen, deren Pflichtteilsanspruch verletzt wird, sind jedoch nicht verpflichtet, eine Herabsetzungsklage einzuleiten bzw. die Herabsetzung einredeweise geltend zu machen, sondern können darauf verzichten.⁹⁰⁸ Ein **Verzicht** auf die Geltendmachung des Herabsetzungsanspruchs ist nach Ableben des Erblassers durch einseitige, formlose Erklärung möglich.⁹⁰⁹ Ein bloss passives Verhalten der pflichtteilsverletzten Person stellt grundsätzlich keinen Verzicht dar, jedoch

906. BGE 119 II 208 E. 3.cc; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 60; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 1; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 2 und 10c; Pichler, S. 67; Wolf/Genna, S. 500.

907. OGer ZH LF210040 vom 12.7.2021 E. 3.4; Eitel, Erbrecht, S. 621; Eitel, Erbvorbezüge, S. 131; Geiser, S. 1052; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 19; Koller, S. 26; Rohner/Muster, S. 1303; Saladin, S. 16. Eine gewisser Dispositionsspielraum besteht aber im Rahmen von Art. 525 Abs. 1 ZGB. Wenn der Auffassung gefolgt wird, dass unter Art. 527 Ziff. 1 ZGB auch Ausstattungszuwendungen an eingesetzte Erben zu subsumieren sind (vgl. hierzu Art. 527 ZGB), kann der Erblasser auf die Pflichtteilsberechnung auch insoweit Einfluss nehmen, als er einen Ausstattungszuwendungsempfänger zum Erben einsetzt. Mangels Erbenstellung wäre eine solche Zuwendung, soweit sie (i) über fünf Jahre vor dem Ableben ausgerichtet worden ist, (ii) nicht frei widerruflich war und (iii) nicht als Umgehungstransaktion zu qualifizieren ist (vgl. Art. 527 Ziff. 3-4 ZGB), bei der Ermittlung der PTBM und entsprechend der Pflichtteilshöhe nicht zu berücksichtigen. Zumal eine erbeneinsetzungsbedingte Erhöhung der PTBM sich hierbei zugunsten der pflichtteilsberechtigten Person(en) auswirkt, entspricht aber auch diese Modifikationsmöglichkeit der relativ zwingenden Natur der Herabsetzung. Weitere Dispositionsspielräume ergeben sich zudem u.a. aus dem Ehegüterrecht (insb. bei der Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit gemeinsamen Nachkommen; vgl. hierzu Fussnote 15 und insb. Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 262).

908. BGE 115 II 211 E. 4; ZK-Escher, Art. 533 N. 8; Pichler, S. 65.

kann ein Verzicht auf den Herabsetzungsanspruch auch stillschweigend (konkludent) erfolgen.⁹¹⁰ Die Annahme eines stillschweigenden Verzichts setzt voraus, dass dem Erben die wesentlichen Elemente zur Begründung des Herabsetzungsanspruchs bekannt waren und seine Erklärung gegenüber der begünstigten Person hinreichend kundgetan wurde.⁹¹¹ Falls die aktivlegitimierte Person die Klagefrist von Art. 533 Abs. 1 ZGB verstreichen lässt, wird damit zwar auf die Herabsetzungsklage verzichtet, doch kann daraus noch kein endgültiger Verzicht auf den Herabsetzungsanspruch abgeleitet werden, weil die Herabsetzungseinrede noch möglich sein kann.⁹¹² Bei einem Verzicht auf die Durchsetzung des Pflichtteilsrechts ist insbesondere zu beachten, dass der Verzicht aus erbrechtlicher Sicht als ausgleichungs- oder herabsetzungspflichtige Zuwendung,⁹¹³ aus ergänzungsleistungsrechtlicher Sicht als Vermögensverzicht i.S.v. Art. 9a Abs. 3 und Art. 11a Abs. 2 ELG⁹¹⁴ und aus steuerrechtlicher Sicht allenfalls als (potentiell steuerpflichtige) (Quer-)Schenkung qualifiziert werden kann.

3. Verhältnis zwischen Ausgleichung und Herabsetzung

Während die Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) der Gleichbehandlung der Erben 32 dient, bezweckt die Herabsetzung den Schutz der pflichtteilsgeschützten Erben.⁹¹⁵ Gemäss Art. 527 Ziff. 1 ZGB sind jene Zuwendungen herabzusetzen, die ihrer Natur nach der gesetzlichen Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB) unterständen, der Ausgleichung jedoch nicht unterworfen sind. Dies kann

909. BGE 135 III 97 E. 3.2; BGE 108 II 288 E. 3; BGer 5A_330/2013 vom 24.9.2013 E. 4.3; OGer ZH LB180030 vom 16.3.2019 E. 3.3.1; BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 14; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 13; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 2; Wolf/Genna, S. 497 und 506; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 7.

910. BGE 135 III 97 E. 3.2; OGer ZH LB180030 vom 16.3.2019 E. 3.2.4; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 57; Eggel, S. 1290; Pichler, S. 65.

911. BGE 135 III 97 E. 3.2; OGer ZH LB180030 vom 16.3.2019 E. 3.2.4. Vgl. auch Strazzer, S. 307-308.

912. BGE 135 III 97 E. 3.2.1.

913. BGE 136 III 305 E. 3.1; BGE 128 III 314 E. 3 (betr. ehevertraglicher Verzicht auf die güterrechtliche Vorschlagsbeteiligung).

914. BGE 120 V 182 E. 4; BGer 9C_240/2022 vom 14.10.2022 E. 4.1; BGer 9C_532/2019 vom 18.11.2019 E. 3.2.2; BGer 9C_198/2010 vom 9.8.2010 E. 3.1; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 2.

915. BGE 126 III 171 E. 3.b.bb; BGer 5A_326/2016 vom 30.5.2017 E. 4.1.2; BGer 5C.190/1999 vom 29.2.2000 E. 3.b.bb.; Saladin, S. 22. Eitel, Herabsetzungspflicht, S. 1292, erwähnt den «Schutz des Familienerbfolgeprinzips» als primären Zweck der Herabsetzung.

insbesondere der Fall sein, wenn ein (vollständiger oder limitierter) Ausgleichsdispens vorliegt (Art. 626 Abs. 2, Art. 629 ZGB) oder der Zuwendungsempfänger die Erbschaft ausschlägt.⁹¹⁶ Die Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB ist mithin subsidiär zur Ausgleichung.⁹¹⁷ Dies hat zur Folge, dass einem Herabsetzungsbegehren insoweit nicht entsprochen werden kann, solange über die Ausgleichungspflicht nicht endgültig entschieden ist.⁹¹⁸ Eine Zuwendung kann m.a.W. nur herabgesetzt werden, falls sie nicht der Ausgleichung unterliegt.⁹¹⁹ Eine Zuwendung, welche der Ausgleichung unterliegt, hat für die Herabsetzung jedoch insoweit Bedeutung, als sie bei der Berechnung der PTBM zu berücksichtigen ist (vgl. N. 11).

III. TEILUNGSVORSCHRIFTEN VS. VORAUSVERMÄCHTNIS (ART. 522 ABS. 2 ZGB)

- 33 Wird einem Erben mittels Verfügung von Todes wegen ein bestimmter Vermögenswert zugewiesen, stellt sich die Frage, ob diese Begünstigung (i) als Teilungsvorschrift oder (ii) als Vorausvermächtnis zu qualifizieren ist. Mit einer Teilungsvorschrift i.S.v. Art. 608 ZGB kann der Erblasser auf die Erbteilung unter den Erben insoweit Einfluss nehmen, als er einem Erben das Recht einräumt, einen bestimmten Nachlassvermögenswert unter Anrechnung an seinen Erbteil zu übernehmen.⁹²⁰ Ein Vorausvermächtnis (Prälegat) ist demgegenüber ein Vermächtnis i.S.v. Art. 484 ZGB zugunsten eines Erben, wobei der begünstigte Erbe den vermächtnisbedingten Vermögensvorteil an seinen Erbteil nicht anzurechnen hat.⁹²¹
- 34 Hat der Erblasser mittels Verfügung von Todes wegen bestimmte Vermögenswerte einem gesetzlichen Erben (oder gemäss Art. 608 Abs. 3 ZGB

916. BGE 98 II 352 E. 3.a; BGE 76 II 188 E. 2; BGE 71 II 69 E. 4.a; BGer 5A_323/2019 vom 24.4.2020 E. 5.4; BGer 5A_587/2010 vom 11.2.2011 E. 2; BGer 5A_338/2010, 5A_341/2010 vom 4.10.2010 E. 11.1; BGer 5C.190/1999 vom 29.2.2000 E. 3.a; ZK-Escher, Vorb. zu Art. 522 ff. N. 17.

917. BGer 5A_883/2010, 5A_887/2010 vom 18.4.2011 E. 6; Eitel, Erbvorbezüge, S. 131; Eitel, Zuwendung, S. 462; Saladin, S. 23; Wolf/Genna, S. 499.

918. BGer 5A_883/2010, 5A_887/2010 vom 18.4.2011 E. 6. BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB N. 12.

919. BGE 110 II 228, E. 7.a; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ZGB N. 20.

920. BGE 100 II 440 E. 5.c; BGE 101 II 36 E. 3; Weibel, PraKomm, Art. 608 ZGB N. 2. Vgl. auch BGE 143 III 425 E. 4.2.

921. BGE 100 II 440 E. 5.b; Burkart, Art. 484 ZGB N. 169.

einem eingesetzten Erben)⁹²² zugewiesen, ist dies als **Teilungsvorschriften** aufzufassen, sofern aus der Verfügung kein anderer Wille des Erblassers ersichtlich ist (Art. 522 Abs. 2 ZGB). Es gilt demzufolge eine gesetzliche (und widerlegbare) Vermutung, dass im Zweifel eine blosser Teilungsvorschrift i.S.v. Art. 608 ZGB und keine zusätzliche wertmässige (bzw. ausserordentliche)⁹²³ Begünstigung, d.h. kein Vorausvermächtnis (Prälegat),⁹²⁴ vorliegt.

Um die gesetzliche Vermutung zu widerlegen und entsprechend ein **Vorausvermächtnis** annehmen zu können, muss ein anderslautender Wille «aus der Verfügung ersichtlich» sein. An diesen Gegenbeweis, d.h. an die Widerlegung der Vermutung, sind allerdings keine allzu strengen Anforderungen zu stellen.⁹²⁵ Wie bei anderen erbrechtlichen Bestimmungen, worin darauf abgestellt wird, ob «kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist»,⁹²⁶ muss ein solcher Wille in der Verfügung von Todes wegen nicht ausdrücklich festgehalten werden, aber zumindest auf dem Weg der Auslegung ermittelt werden können.⁹²⁷ Dabei genügt es nicht, dass sich ein solcher «anderslautender Wille» des Erblassers nur aus externen Elementen (z.B. Briefen, E-Mails oder Notizen) ergibt.⁹²⁸

Hat der Erblasser einem Erben mittels Verfügung von Todes wegen bestimmte Vermögenswerte zu einem Wert zugewiesen, welcher unter dem Verkehrswert liegt, ist ein sog. **Quotenvermächtnis** anzunehmen.⁹²⁹ Hinsichtlich der Zuweisung des Vermögenswerts liegt grundsätzlich (gemäss der Vermutungsregelung von Art. 522 Abs. 2 und Art. 608 Abs. 3 ZGB) eine Teilungsvorschrift und hinsichtlich der Wertdifferenz ein Vorausvermächtnis vor.⁹³⁰

922. BSK-Piatti, Art. 522 ZGB N. 5; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 12; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 522 ZGB N. 9; ZK-Escher, Art. 522 N. 21.

923. OGer ZH LB130025 vom 30.12.2013 E. 3.4.2.

924. BGE 50 II 225 E. 3; OGer ZH LB130025 vom 30.12.2013 E. 3.4.2; BSK-Piatti, Art. 522 ZGB N. 5; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 12.

925. BGE 100 II 440 E. 7.a; CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB N. 12. Zur Beweislast vgl. insb. ZK-Escher, Art. 522 N. 20.

926. Art. 484 Abs. 3 ZGB, Art. 525 Abs. 1 ZGB, Art. 572 Abs. 2 ZGB, Art. 577 ZGB, Art. 608 Abs. 3 ZGB.

927. BGE 101 II 25 E. 1 (betr. Art. 484 Abs. 3 ZGB). Vgl. insb. auch BGE 115 II 323 E. 1.b; BGE 67 II 100 E. 1; BGE 50 II 225 E. 3.

928. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 522 ZGB N. 8.

929. BGE 103 II 88 E. 3.b; BGE 100 II 440 E. 5.b; Weibel, PraKomm, Art. 608 ZGB N. 20.

930. Weibel, PraKomm, Art. 608 ZGB N. 20.

LITERATURVERZEICHNIS

Abt Daniel, Der Erbteilungsprozess als Ultima Ratio – praxisrelevante Aspekte zur Planung und Abwicklung, *successio* 4 (2022), S. 300-319 (zit. Abt).

Ammann Dario, Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht, Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Ammann).

Baumann Lorenz, Vergleichsvereinbarungen und ihre Risiken bei der Erbschaftssteuer, BGer 2C_550/2019, *successio* 2 (2022), S. 146-153 (zit. Baumann, Vergleichsvereinbarungen).

Baumann Lorenz, Das Stichtagsprinzip und seine Tragweite im Ehegüterrecht und im Erbrecht, *successio* 3 (2024), S. 220-240 (zit. Baumann, Stichtagsprinzip).

Bessenich Balthasar/Bopp Lukas, Kommentierung zu Art. 87 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Bessenich/Bopp, Art. 87 ZPO).

Brändli Roger, Vorschlagszuweisung an den vorversterbenden Ehegatten und die Frage der erbrechtlichen Herabsetzung, *AJP* 3 (2003), S. 335-341 (zit. Brändli).

Brückner Christian/Weibel Thomas/Pesenti Francesca, Die erbrechtlichen Klagen, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. Brückner/Weibel/Pesenti).

Burkart Fabian, Kommentierung zu Art. 484 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Burkart, PraKomm, Art. 484 ZGB).

Eggel Martin, Prozessuale und planerische Herausforderungen bei Ehegatten-Doppelnachlässen, *AJP* 12 (2024), S. 1286-1305 (zit. Eggel).

Eitel Paul/Bieri Marjolein, Die Durchführung der Herabsetzung bei Schenkungen, Lebensversicherungen und Trusts, *successio* 4 (2015), S. 288-303 (zit. Eitel/Bieri).

Eitel Paul, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Bern 1998 (zit. Eitel, Erbrecht).

Eitel Paul, Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, ZBJV 142 (2006), S. 457-494 (zit. Eitel, Zuwendung).

Eitel Paul, Erbvorbezüge und Schenkungen – Ausgleichung und Herabsetzung, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Erbvorempfang und Schenkung – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte sowie Folgen für Ergänzungsleistungen, Alters- und Pflegeheimkosten, Weiterbildungstagung des Verbandes bernerischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 26./27.10.2016, S. 121-154 (zit. Eitel, Erbvorbezüge).

Eitel Paul, Herabsetzungspflicht nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB, AJP 10 (2000), S. 1289-1293 (zit. Eitel, Herabsetzungspflicht).

Escher Arnold, Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht (Art. 457-536 ZGB), Band II 1/2, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-Escher).

Fankhauser Roland, Kommentierung zu Art. 522 ZGB, in: Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 2, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB).

Geiser Thomas, Liegenschaftsabtretungen, AJP 8 (2014), S. 1045-1054 (zit. Geiser)

Göksu Tarkan, Das Rechtsbegehren der Herabsetzungsklage, in: Jörg Schmid/Regina Aepli-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 247-265 (zit. Göksu).

Henninger Julia, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. Henninger).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 522 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 522 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina/Kocher Moritz, Rechtsbegehren im Erbrecht, *successio* 1 (2018), S. 4-30 (zit. Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher).

Jungo Alexandra, Die ehevertraglich begünstigte Ehegattin zwischen Pflichtteilsansprüchen gemeinsamer und nichtgemeinsamer Kinder, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 371-390 (zit. Jungo, Ehegattin).

Jungo Alexandra, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Jungo, Tafeln).

Koller Pius, Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht, *AJP* 1 (2021), S. 19-31 (zit. Koller).

Künzle Hans Rainer, Kommentierung zu Art. 517 f. ZGB, in: Heinz Hausheer/Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Teil, Bern 2011 (zit. BK-Künzle, Art. 517 f. ZGB).

Markus Alexander, Kommentierung zu Art. 87 ZPO, in: Heinz Hausheer/Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Markus, Art. 87 ZPO).

Nertz Christoph, Kommentierung zu Art. 470 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Nertz, PraKomm, Art. 470 ZGB).

Nertz Christoph, Kommentierung zu Art. 474 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Nertz, PraKomm, Art. 474 ZGB).

Niederer Christoph/Leistner Beatrice, Kommentierung zu Anhang Steuern, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Niederer/Leistner, PraKomm, Anhang Steuern).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Vorbemerkungen zu Art. 522-533 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 522 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 522 ZGB).

Pichler Markus, Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage, Anwaltsrevue 2 (2020), S. 63-68 (zit. Pichler).

Rohner Thomas/Muster Alain, Erbrechtliche Bewertungsfragen (Teilungsmasse, Herabsetzungsmasse, Verkehrswertänderungen) und deren prozessuale Durchsetzung, AJP 10 (2014), S. 1297-1306 (zit. Rohner/Muster).

Saladin Jelena, Der Zuwendungswille (animus donandi) und seine beweisrechtliche Lage, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft (Impulse), Band 66, Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. Saladin).

Schiller Kaspar, Zuwendung des Nachlassüberschusses: Vermächtnis oder Erbeinsetzung, successio 3 (2018), S. 285-297 (zit. Schiller).

Schmid Jörg/Jungo Alexandra/Hürlimann-Kaup Bettina, ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB).

Spirig Sandra, Der «Doppelnachlass» – Themen und Fallstricke bei der Abwicklung von Ehegattennachlässen, successio 2 (2022), S. 96-109 (zit. Spirig).

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 470 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Staehelin, Art. 470 ZGB).

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 474 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Staehelin, Art. 474 ZGB).

Strazzer René, Zwei verwirkte Herabsetzungsklagen, BGer 5A_357/2016 und BGer 5A_466/2016, successio 4 (2017), S. 300-308 (zit. Strazzer).

Tarolli Nadia/Heuberger Nora, Kommentierung zu Anhang Steuern, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Tarolli/Heuberger, PraKomm, Anhang Steuern).

Weber Marc, Kommentierung zu Art. 87 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Weber, Art. 87 ZPO).

Weibel Thomas, Kommentierung zu Art. 608 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Weibel, PraKomm, Art. 608 ZGB).

Wolf Stephan/Berger Cédric, Das Pflichtteilsvermächtnis – praktische Bedeutung und offene Fragen, AJP 3 (2023), S. 267-277 (zit. Wolf/Berger).

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel 2012 (zit. Wolf/Genna).

Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie, Schweizerisches Erbrecht, 3. Aufl., Bern 2024 (zit. Wolf/Hrubesch-Millauer).

Zeiter Alexandra, Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 281-305 (zit. Zeiter).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28.5.1904, BBl 1904 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1904/4_1_1_/de, besucht am 12.12.2024 (zit. Botschaft 1904).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29.8.2018, BBl 2018 5813 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de>, besucht am 12.12.2024 (zit. Botschaft 2018).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 523 ZGB

Eine Kommentierung von Christian Moser

ZITIERVORSCHLAG

Christian Moser, Kommentierung zu Art. 523 ZGB, in: Christian Moser/Philip R. Bornhauser (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Moser, Art. 523 ZGB N. XXX.

2. Pflichtteilsberechtigte

Art. 523

Bei pflichtteilsberechtigten Erben werden Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge und Zuwendungen von Todes wegen im Verhältnis der Beträge herabgesetzt, die ihren Pflichtteil übersteigen.

GLIEDERUNG

I. Einleitung	267
II. Anwendungsbereich und Rechtsnatur	267
A. Anwendungsbereich	267
B. Rechtsnatur	269
III. Proportionale Herabsetzung.....	271
A. Berechnungsmethode	271
B. Berechnungsbeispiele	274
1. Herabsetzung zulasten pflichtteilsberechtigter Personen (Art. 523 ZGB)	274
a. Zuwendungen auf gleicher Herabsetzungsstufe	274
b. Zuwendungen auf unterschiedlichen Herabsetzungsstufen	275
2. Herabsetzung zulasten pflichtteilsberechtigter und weiterer Personen (Art. 523	
i.V.m. Art. 525 Abs. 1 ZGB).....	278
a. Zuwendungen auf gleicher Herabsetzungsstufe	278
b. Zuwendungen auf unterschiedlichen Herabsetzungsstufen	279
Literaturverzeichnis	281
Materialienverzeichnis.....	283

I. EINLEITUNG

Gemäss Art. 523 ZGB werden bei «pflichtteilsberechtigten Erben»¹ Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge und Zuwendungen von Todes wegen im Verhältnis der Beträge herabgesetzt, die ihren Pflichtteil übersteigen. Während eine pflichtteilsberechtigte Person die Herabsetzung von Erwerbungen bzw. Zuwendungen von erbberechtigten bzw. bedachten Personen nur verlangen kann, soweit sie «dem Werte nach weniger als ihren Pflichtteil erhalten» hat (Art. 522 Abs. 1 ZGB), können Erwerbungen bzw. Zuwendungen von pflichtteilsberechtigten Personen zudem nur in jenem Umfang herabgesetzt werden, welcher deren Pflichtteil übersteigt.⁹³¹ Art. 523 ZGB hält damit einerseits fest, dass bei pflichtteilsberechtigten Personen maximal derjenige Betrag herabgesetzt werden kann, der «ihren Pflichtteil übersteig[t]».⁹³² Andererseits enthält Art. 523 ZGB einen «Gleichbehandlungsgedanken», wonach Erwerbungen bzw. Zuwendungen von pflichtteilsberechtigten Personen grundsätzlich (vgl. N. 5) proportional, d.h. im Verhältnis der die Pflichtteile übersteigenden Beträge, herabzusetzen sind (vgl. N. 8).

II. ANWENDUNGSBEREICH UND RECHTSNATUR

A. Anwendungsbereich

Während Art. 525 Abs. 1 ZGB die Herabsetzung von Zuwendungen von Todes wegen an mehrere «eingesetzte Erben und Bedachte» regelt, bezieht sich Art. 523 ZGB auf Zuwendungen von Todes wegen sowie Erwerbungen gemäss der

931. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 3; CHK-Fankhauser, Art. 523 ZGB N. 1.

932. Entsprechend setzt die Anwendung von Art. 523 ZGB – nach der hier vertretenen (jedoch umstrittenen) Auffassung – nicht voraus, dass Zuwendungen an mehrere pflichtteilsberechtigte Personen vorliegen (vgl. hierzu Eggel/Gerster, S. 109; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 2a-2a; Jungo, Ehegattin, S. 383 ff.; Jungo, Pflichtteile, S. 199; Wolf/Genna, S. 489; Zeiter, S. 666-667). Dies bedeutet jedoch nicht, dass der nominelle Pflichtteilsbetrag auf jeder Herabsetzungsstufe i.S.v. Art. 532 ZGB geschützt ist bzw. nicht herabgesetzt werden kann (vgl. N. 9 und Eggel/Gerster, S. 109-111, m.w.H.). Der in Art. 523 ZGB zum Ausdruck gebrachte Schutz der passivlegitimierten und pflichtteilsberechtigten Person vor einem herabsetzungsbedingten Eingriff in ihren eigenen Pflichtteil greift – nach der hier vertretenen Auffassung – erst, wenn der Pflichtteil infolge Herabsetzung auf einer bestimmten Herabsetzungsstufe tangiert wird (vgl. N. 9 und das Beispiel 2 unter N. 13).

gesetzlichen Erfolge zugunsten «pflichtteilsberechtigter Erben».⁹³³ Art. 523 ZGB ist zudem analog auf lebzeitige Zuwendungen anzuwenden, welche zeitgleich⁹³⁴ an pflichtteilsberechtigten Personen erfolgen.⁹³⁵

- 3 Dabei ist zu beachten, dass Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erfolge (sog. «Intestaterwerb») zugunsten pflichtteilsberechtigter Personen aufgrund der Herabsetzungsreihenfolge gemäss Art. 532 ZGB vor Zuwendungen von Todes wegen (sog. «Testaterwerb») – wie auch vor (gleichzeitigen) lebzeitigen Zuwendungen⁹³⁶ – zugunsten pflichtteilsberechtigter Personen herabzusetzen sind.⁹³⁷ Der Grundsatz der proportionalen Herabsetzung gemäss Art. 523 ZGB kommt demzufolge auf jeder «**Herabsetzungsstufe**» von Art. 532 ZGB⁹³⁸ separat zur Anwendung. Dies bedeutet, dass die Herabsetzungslimite, d.h. der bei pflichtteilsberechtigten Personen aufgrund des eigenen Pflichtteils maximal herabsetzbare Umfang (vgl. N. 8), – und entsprechend auch die Herabsetzungsquote sowie der individuelle Herabsetzungsbetrag (vgl. N. 10) – auf jeder Herabsetzungsstufe separat zu ermitteln ist (vgl. hierzu das Beispiel 2 unter N. 13 und das Beispiel 4 unter N. 15). Die Herabsetzungslimite (vgl. N. 8) greift jedoch – nach der hier vertretenen Auffassung – erst auf derjenigen Herabsetzungsstufe i.S.v. Art. 532 ZGB, auf welcher die Herabsetzung den eigenen Pflichtteil tangiert (vgl. N. 9).

933. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 1; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 1a; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 525 ZGB N. 1. Zur Revision per 1.1.2023 vgl. Botschaft 2018, S. 5885.

934. Für zeitlich divergierende lebzeitige Zuwendungen ist Art. 523 ZGB nicht anwendbar, zumal spätere lebzeitige Zuwendungen gemäss Art. 532 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB vor früheren lebzeitigen Zuwendungen herabzusetzen sind.

935. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 2; CHK-Fankhauser, Art. 523 ZGB N. 1; Henninger, S. 69; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 1a.

936. Vgl. N. 2.

937. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 1a.

938. Gemäss Art. 532 ZGB bestehen die Herabsetzungsstufen des Intestaterwerbs (Abs. 1 Ziff. 1), des Testaterwerbs (Abs. 1 Ziff. 2) und der lebzeitigen Zuwendungen (Abs. 1 Ziff. 3). Auf der Herabsetzungsstufe der lebzeitigen Zuwendungen bestehen wiederum drei Herabsetzungsstufen: Die Herabsetzungsstufe der Zuwendungen aus Ehe- oder Vermögensvertrag (Abs. 2 Ziff. 1), die Herabsetzungsstufe der frei widerruflichen Zuwendungen und Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge (Abs. 2 Ziff. 2) und die Herabsetzungsstufe der weiteren (lebzeitigen) Zuwendungen (Abs. 2 Ziff. 3). Bei den letztgenannten weiteren lebzeitigen Zuwendungen kommt der Grundsatz der proportionalen Herabsetzung wiederum auf jeder zeitlichen Herabsetzungsstufe separat zur Anwendung (vgl. N. 2 und FN 4).

Sofern Zuwendungen sowohl an pflichtteilsberechtigten Personen als auch an weitere (nicht pflichtteilsberechtigten) Personen herabzusetzen sind, wird in der Literatur auf eine «**Kombination**» von Art. 523 ZGB und Art. 525 Abs. 1 ZGB hingewiesen.⁹³⁹ Abgesehen vom subjektiven Anwendungsbereich (vgl. N. 2) und dem expliziten Abweichungsvorbehalt bei Art. 525 Abs. 1 ZGB (vgl. hierzu N. 6) besteht der einzige materielle Unterschied zwischen Art. 523 und Art. 525 Abs. 1 ZGB jedoch darin, dass zur Berechnung der Herabsetzungsquote bei pflichtteilsberechtigten Personen jeweils die entsprechenden Herabsetzungslimiten zu berücksichtigen sind. Dies bedeutet, dass die Herabsetzungslimite (vgl. N. 8) bei Zuwendungsempfängern i.S.v. Art. 525 Abs. 1 ZGB bloss durch die Zuwendung (auf einer bestimmten Herabsetzungsstufe) und nicht zusätzlich durch einen Pflichtteilsbetrag beschränkt wird.⁹⁴⁰

B. Rechtsnatur

Bei Art. 523 ZGB handelt es sich um **dispositives Recht**.⁹⁴¹ Der Erblasser kann entsprechend von der proportionalen Herabsetzung von Erwerbungen bzw. Zuwendungen pflichtteilsberechtigter Personen abweichen. Vom Grundsatz, wonach nur derjenige Betrag herabgesetzt werden kann, welcher den Pflichtteil übersteigt, kann jedoch nicht abgewichen werden.⁹⁴² Eine gegenteilige Anordnung wäre pflichtteilsverletzend und entsprechend herabsetzbar. Sofern der Erblasser bestimmte erbberechtigte bzw. bedachte Personen von der (proportionalen) Herabsetzung dispensiert,⁹⁴³ stellt sich jedoch die Frage, ob der Erblasser damit indirekt auch auf die Herabsetzungsreihenfolge gemäss Art. 532 ZGB Einfluss nehmen kann. Zumindest es sich bei Art. 532 ZGB um (zumindest weitgehend) zwingendes Recht handelt,⁹⁴⁴ ist diese Frage – nach der hier vertretenen Auffassung –

939. Baumann, S. 150; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 6; Möri, S. 808; Wolf/Genna, S. 489.

940. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 6.

941. Baumann, S. 151; BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 4; CHK-Fankhauser, Art. 523 ZGB N. 2; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 5; Kuster, PraKomm, Checkliste N. 157; Möri, S. 808; Wolf/Genna, S. 490; ZK-Escher, Art. 523 N. 8. Im Gesetzesentwurf, welcher der Botschaft 1904 zugrunde lag, war der «Vorbehalt einer anderen Anordnung des Erblassers» noch explizit enthalten (vgl. Botschaft 1904, S. 239).

942. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 4.

943. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 4; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 5; Möri, S. 808.

abzulehnen, sofern eine Abweichung von der proportionalen Abweichung eine gemäss Art. 532 ZGB «unzulässige» (bzw. herabsetzbare) Änderung der Herabsetzungsreihenfolge bewirkt. Eine Abweichung bzw. ein Dispens von der proportionalen Herabsetzung ist demnach bloss auf einer bestimmten Herabsetzungsstufe möglich und kann nicht dazu führen, dass eine bestimmte Erwerbung bzw. Zuwendung auf einer bestimmten Herabsetzungsstufe – vollständig oder teilweise – zulasten einer Erwerbung bzw. Zuwendung auf einer nachgelagerten Herabsetzungsstufe «übersprungen» wird.⁹⁴⁵

- 6 Dabei stellt sich die Frage, in welcher **Form** eine solche Abweichung von der proportionalen Herabsetzung festgehalten werden muss. Bei der Herabsetzung von Zuwendungen von Todes wegen zugunsten pflichtteilsberechtigter Personen ist es naheliegend, Art. 525 Abs. 1 ZGB analog anzuwenden, wonach «ein anderer Wille des Erblassers» aus der Verfügung «ersichtlich» sein muss.⁹⁴⁶ Dabei muss der Wille des Erblassers, von der proportionalen Herabsetzung abzuweichen, in der Verfügung von Todes wegen nicht ausdrücklich festgehalten werden, sich jedoch mittels Auslegung ermitteln lassen.⁹⁴⁷
- 7 Fraglich ist sodann, (a) ob eine in einer Verfügung von Todes wegen enthaltene Abweichung von der proportionalen Herabsetzung auch für die Herabsetzung von Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge und (gleichzeitig erfolgten)⁹⁴⁸ lebzeitigen Zuwendungen gilt und (b) ob eine solche Abweichung hinsichtlich der Herabsetzung von (gleichzeitigen) lebzeitigen Zuwendungen auch in einer Form, welche den Vorschriften von Art. 498 ff. ZGB nicht entspricht, erfolgen kann. Die erstgenannte Frage ist – nach der hier vertretenen Auffassung – mittels Auslegung der Verfügung von Todes wegen zu beantworten. Sofern darin zum Ausdruck kommt, dass der Erblasser

944. Vgl. Fussnote 23.

945. Im Beispiel 2 unter N. 13 wäre eine Anordnung des Erblassers, wonach der Nachkomme «A» von der proportionalen Herabsetzung dispensiert wird, demnach unbeachtlich (bzw. herabsetzbar), zumal der Pflichtteil von «D» andernfalls entgegen Art. 532 ZGB verstärkt zulasten von «B» und «C» hergestellt werden müsste. Demgegenüber wäre dies im Beispiel 1 unter N. 12 beachtlich.

946. Vgl. hierzu insb. auch Kuster, PraKomm, Checkliste N. 156.

947. BGer 2C_550/2019 vom 28.2.2020 E. 5.4 (betr. Art. 525 Abs. 1 ZGB).

948. Eine Abweichung hinsichtlich zeitlich auseinanderliegender lebzeitiger Zuwendungen ist herabsetzbar, zumal dies eine unzulässige Abweichung von der (zumindest weitgehend zwingenden) Herabsetzungsreihenfolge gemäss Art. 532 ZGB bedeuten würde (vgl. N. 5).

von der Herabsetzungsmethode i.S.v. Art. 523 ZGB generell – unter Beachtung der unter N. 5 genannten Einschränkungen – abweichen wollte, gilt dies – nach der hier vertretenen Auffassung – für jede Herabsetzungsstufe i.S.v. Art. 532 ZGB. Für die zweitgenannte Frage könnte eine analoge Anwendung der Rechtsprechung zur Form eines Ausgleichsdispenses i.S.v. Art. 626 Abs. 2 ZGB in Erwägung gezogen werden.⁹⁴⁹ Aufgrund der damit verbundenen Unsicherheit ist es jedoch empfehlenswert, die Abweichung von der proportionalen Herabsetzung mittels Verfügung von Todes wegen festzuhalten.

III. PROPORTIONALE HERABSETZUNG

A. Berechnungsmethode

Die Herabsetzung erfolgt gemäss Art. 523 ZGB im Verhältnis der die 8 Pflichtteile übersteigenden Beträge («proportionale Herabsetzung»). Es ist demnach bei mehreren Herabsetzungsbeklagten (bzw. Personen, gegen welche die Herabsetzungseinrede erhoben wird) auf jeder Herabsetzungsstufe (vgl. N. 3) zu eruieren, welcher Betrag maximal herabgesetzt werden könnte («**Herabsetzungslimite**»). Bei Personen, welche über keinen Pflichtteilsanspruch verfügen, entspricht dies der gesamten Zuwendung (vgl. Art. 525 Abs. 1 ZGB). Bei pflichtteilsberechtigten Personen entspricht die Herabsetzungslimite grundsätzlich der Differenz zwischen (a) den eigenen Erwerbungen bzw. Zuwendungen und (b) dem eigenen Pflichtteil.

Sofern die pflichtteilsberechtigte Person ihre Erwerbungen bzw. 9 Zuwendungen jedoch auf unterschiedlichen Herabsetzungsstufen (i.S.v. Art. 532 ZGB) erhält bzw. erhalten hat,⁹⁵⁰ ist fraglich, auf welcher Herabsetzungsstufe (i.S.v. Art. 532 ZGB) die **Herabsetzungslimite** (gemäss

949. Demzufolge müsste für die Annahme einer Abweichung bzw. eines Dispenses von der proportionalen Herabsetzung eine «ausdrückliche Erklärung des Erblassers» (vgl. BGer 5C.135/2005 vom 2.11.2005 E. 2.3) vorliegen. Diese Erklärung ist «an keine Form gebunden» (BGE 67 II 207 E. 5; vgl. auch BGE 118 II 282 E. 3, BGE 69 II 71 E. 2, BGer 5A_338/2010 vom 4.10.2010 E. 10.1.1 und BGer 5C.202/2006 vom 16.2.2007 E. 2.2), «blosse Absichtserklärungen, konkludente Handlungen oder stillschweigende Willensäusserungen genügen jedoch nicht» (vgl. BGer 5C.135/2005 vom 2.11.2005 E. 2.3). Ein Dispens kann dabei auch «auf Vorschuss» angeordnet werden (BGE 126 III 171 E. 2.b). Der Nachweis eines ausdrücklichen Dispenses hat durch diejenige Partei zu erfolgen, welche sich darauf beruft (vgl. BGE 149 III E. 4.3.3).

Art. 523 ZGB) greift. Dabei geht es darum, ob der Pflichtteilsschutz der passivlegitimierten (und pflichtteilsberechtigten) Person (a) erst auf derjenigen Herabsetzungsstufe greift, auf welcher die Herabsetzung den eigenen Pflichtteil tangiert («**These 1**»), oder (b) bereits auf der «ersten» Herabsetzungsstufe, auf welcher die passivlegitimierte Person mit der Herabsetzung konfrontiert wird («**These 2**»)⁹⁵¹ Auch wenn für beide Thesen überzeugende Argumente vorgebracht werden können,⁹⁵² steht die «These 2» in einem gewissen Konflikt mit der (zumindest weitgehend) zwingenden Herabsetzungsreihenfolge von Art. 532 ZGB (vgl. N. 5),⁹⁵³ weshalb die «These 1» den Vorzug verdient.⁹⁵⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung stellt Art. 523 ZGB diesbezüglich bloss klar, dass die passivlegitimierte (pflichtteilsberechtigte) Person keine Herabsetzung hinnehmen muss, welche dazu führen würde, dass sie letztlich weniger als ihren Pflichtteil erhält. Solange die Herabsetzung auf einer bestimmten Herabsetzungsstufe zu keinem solchen Pflichtteilseingriff führt, kann die passivlegitimierte Person demzufolge – im Unterschied zur «These 2» – nicht einwenden, dass bloss derjenige Betrag herabzusetzen ist, welcher ihren Pflichtteil übersteigt. Die Herabsetzungslimite greift – nach der hier vertretenen Auffassung (entsprechend der «These 1») – demnach erst, sobald die Herabsetzung auf einer Herabsetzungsstufe den eigenen Pflichtteil tangiert (vgl. Beispiel 2 unter N. 13). Zumal zu dieser Frage – soweit ersichtlich – aktuell weder eine h.L.⁹⁵⁵ noch eine gefestigte Rechtsprechung besteht, herrscht diesbezüglich eine relativ erhebliche Rechtsunsicherheit. Die pflichtteilsverletzte Person sollte sich in solchen Fällen demnach nicht auf die Herabsetzungseinrede (vgl. Art.

950. Als (in der Praxis häufiges Beispiel) ist an den Fall zu denken, in welchem der (pflichtteilsberechtigten) überlebende Ehegatte sowohl ehevertraglich (vgl. Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) als auch mittels Verfügung von Todes wegen (vgl. Art. 532 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) begünstigt wird.

951. Zudem könnte auch die «**These 3**» aufgestellt werden, wonach der Pflichtteil verhältnismässig auf jede Herabsetzungsstufe aufzuteilen ist (z.B. indem der Pflichtteilsbetrag mit dem Verhältnis des Zuwendungsbetrags auf einer bestimmten Herabsetzungsstufe zum Betrag sämtlicher Zuwendungen multipliziert wird) und die Herabsetzungslimite auf jeder Herabsetzungsstufe entsprechend proportional greift.

952. Vgl. hierzu insb. Eitel, S. 106, 111-114; Jungo, Ehegattin, S. 384; Jungo, Pflichtteile, S. 200-201, S. 210-211; Zeiter, S. 666.

953. Vgl. BSK-Piatti, Art. 532 ZGB N. 3.c; Eggel/Gerster, S. 117; Eitel/Bieri, S. 290; Henninger, S. 69-70; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 532 ZGB N. 2-2a; ZK-Escher, Art. 532 N. 4.

954. Gl.M. Eitel, S. 113.

955. Vgl. Fussnote 22.

533 ZGB) verlassen, weil davon auszugehen ist, dass die passivlegitimierte Person die «These 2» vertreten wird, und dies dazu führen kann, dass der Pflichtteil einredeweise nicht wiederhergestellt werden kann.⁹⁵⁶

Sobald in einem ersten Schritt auf der jeweils relevanten Herabsetzungsstufe die Herabsetzungslimiten («L») der Herabsetzungsbeklagten (bzw. von der Herabsetzungseinrede betroffenen Personen) ermittelt worden ist (vgl. N. 9), ist in einem zweiten Schritt das Total der Herabsetzungslimiten («T») zu bestimmen. In einem dritten Schritt sind sodann die einzelnen Herabsetzungslimiten («L») ins Verhältnis zum genannten Total der Herabsetzungslimiten («T») zu setzen, woraus die einzelnen **Herabsetzungsquoten** («Q») resultieren.⁹⁵⁷ Falls der Herabsetzungsbetrag, d.h. der zur Wiederherstellung des Pflichtteils des Herabsetzungsklägers (bzw. der die Herabsetzungseinrede erhebenden Person) erforderliche Betrag («B»), auf der betroffenen Herabsetzungsstufe gedeckt werden kann, sind diese Herabsetzungsquoten («Q») in einem vierten Schritt mit dem Herabsetzungsbetrag («B») zu multiplizieren. Andernfalls, d.h. falls der Herabsetzungsbetrag («B») auf der betroffenen Herabsetzungsstufe nicht gedeckt werden kann, sind die Herabsetzungsquoten («Q») mit dem Total der Herabsetzungslimiten («T») zu multiplizieren. Daraus resultiert der individuelle Herabsetzungsbetrag («H») des Zuwendungsempfängers auf einer bestimmten Herabsetzungsstufe. Die **Formel** lautet demnach $H = (L / T) \times B$

956. Vgl. hierzu OK-Moser, Art. 533 ZGB.

957. Vgl. auch Baumann, S. 151, wobei – bezugnehmend auf BGer 2C_550/2019 E. 5.3 ff. – aufgrund von (pflichtteilsverletzenden) quotalen Erbeinsetzungen die Herabsetzungsquoten direkt ermittelt werden konnten. Diesem Entscheid liegt der Sachverhalt zugrunde, dass der Erblasser (welcher vor dem 01.01.2023 verstorben ist) seine zwei Nachkommen «A» und «B» und eine Freundin «F» hinterliess. In einem Testament hat er A und F je zu $\frac{1}{2}$ als Erben eingesetzt. Die Herabsetzungsquote bei A liegt damit bei $\frac{1}{8}$ ($\frac{1}{2}$ abzüglich $\frac{3}{8}$) und bei F $\frac{1}{2}$ (mangels eigenem Pflichtteil). Diese Herabsetzungsquoten stehen im Verhältnis 1:4, weshalb der (nominelle) Pflichtteil von B durch A um $\frac{1}{5}$ (20%) und durch F um $\frac{4}{5}$ (80%) herzustellen ist (vgl. Baumann, S. 151). Im Sinne einer «alternativen Herleitung» kann dies auch insoweit berechnet werden, indem (a) der nominelle Pflichtteil von B ins Verhältnis zum Total der herabsetzbaren Zuwendungen gesetzt wird und (b) sodann beide Zuwendungen in diesem Verhältnis herabgesetzt werden (Baumann, S. 151). In BGer 2C_550/2019 E. 5.3-5.5 wird dies insoweit berechnet, indem (a) das Total der Herabsetzungslimiten ins Verhältnis zum Herabsetzungsbetrag gesetzt wird und (b) sodann die einzelnen Herabsetzungslimiten durch diesen Faktor geteilt werden. Die vom Bundesgericht verwendete Formel lautet demnach $H = L / (T / B)$, welche mathematisch mit der unter N. 10 genannten Formel ($H = (L \times B) / T$) identisch ist (vgl. auch Fussnote 28 und Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 7; Jungo, Tafeln, S. 124).

B»,⁹⁵⁸ wobei – wie erwähnt – «B» unter Umständen, d.h. sofern der Herabsetzungsbetrag auf der betroffenen Herabsetzungsstufe gedeckt werden kann, «T» entsprechen kann (vgl. hierzu die Beispiele 1-4 unter N. 12-15).

- 11 Für Fälle, in welchen eine Nutzniessung i.S.v. Art. 473 ZGB verfügt worden ist, wird in der Literatur vorgeschlagen, zur Berechnung des Werts des Pflichtteils von demjenigen Pflichtteil auszugehen, welcher bestünde, falls sich der überlebende Ehegatte anstelle des entsprechenden Nutzniessungsvermächtnisses zugunsten seines Erbteils (und entsprechend des Eigentums) entschieden hätte.⁹⁵⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieser Vorschlag insoweit belanglos, als der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten sowie der Nachkommen unabhängig davon besteht, ob der Ehegatte sich zugunsten des verfügbaren Nutzniessungsvermächtnisses oder – gemäss eines entsprechenden Wahlrechts oder unter Anwendung der *«biens aisément négociables»*-Doktrin⁹⁶⁰ – zugunsten des Erbteils bzw. Eigentums entschieden hat. Auch wenn der überlebende Ehegatte sich zugunsten des Nutzniessungsvermächtnisses entschieden hat, wird der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten per Todestag ohne Berücksichtigung des Nutzniessungsvermächtnisses berechnet.⁹⁶¹ Die gemeinsamen Nachkommen haben eine solche Nutzniessung zugunsten des überlebenden Ehegatten zwar hinzunehmen, auch wenn der Wert des «nackten Eigentums» unter dem Pflichtteilsbetrag liegt. Dies bedeutet aber nicht, dass die Nachkommen in solchen Konstellationen über keinen Pflichtteil verfügen, welcher im Rahmen von Art. 523 ZGB herabsetzungslimitierend geltend gemacht werden kann.

B. Berechnungsbeispiele

1. Herabsetzung zulasten pflichtteilsberechtigter Personen (Art. 523 ZGB)

a. Zuwendungen auf gleicher Herabsetzungsstufe

- 12 **Beispiel 1:** Der Erblasser «E» hinterlässt ein Nettonachlassvermögen von 600, seine drei Nachkommen «A», «B» und «C» sowie ein Testament, in welchem er

958. Alternative (identische) Formeln: $H = (L \times B) / T$ oder $H = L / (T / B)$ (vgl. Fussnote 27).

959. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB N. 5; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB N. 4; ZK-Escher, Art. 523 N. 9.

960. Vgl. hierzu OK-Moser, Art. 522 ZGB.

A mit einer Quote von $\frac{2}{3}$ und B mit einer Quote von $\frac{1}{3}$ als Erben einsetzt. Der Erbteil von A beträgt 400 ($\frac{2}{3}$ von 600), von B 200 ($\frac{1}{3}$ von 600) und von C 0. Die Pflichtteile der Nachkommen betragen je 100 ($\frac{1}{6}$ von 600). Der Pflichtteil von C ist demnach um 100 verletzt. Die Herabsetzungslimits von A liegt bei 300 (Testaterwerb von 400 abzgl. Pflichtteil von 100) und diejenige von B bei 100 (Testaterwerb von 200 abzgl. Pflichtteil von 100). Das Total der Herabsetzungslimits beträgt 400 (300 von A zzgl. 100 von B). Die Herabsetzungsquote liegt für A bei 75% (300 im Verhältnis zu 400) und für B bei 25% (100 im Verhältnis zu 400). Auf der Herabsetzungsstufe des Testaterwerbs wird die Erbeinsetzung von A um 75 (75% von 100) und diejenige von B um 25 (25% von 100) herabgesetzt⁹⁶². Im Ergebnis erhält A 325, B 175 und C 100.

	A	B	C	
Nachlassvermögen				600
Testaterwerb	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{3}$		
Total	400	200	0	
Pflichtteil	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	600
	100	100	100	
Differenz	300	100	-100	

Herabsetzung	A	B	C	
Herabsetzungslimits	300	100		400
Herabsetzungsquoten	75%	25%		100
Herabsetzungsbetrag	-75	-25	100	
Ergebnis	325	175	100	600

b. Zuwendungen auf unterschiedlichen Herabsetzungsstufen

Beispiel 2: Der Erblasser «E» hinterlässt ein Nettonachlassvermögen von 60, 13 ein Testament (mit Vermächtnissen) und seine vier Nachkommen «A», «B», «C» und «D». Zwei Jahre vor dem Ableben hat E – mit einem Ausgleichsdispens – 420 an C geschenkt («Zuwendung T-2»). Ein Jahr vor dem Ableben hat E – dies zeitgleich und jeweils mit einem

961. Vgl. hierzu OK-Moser, Art. 522 ZGB.

962. Dabei handelt es sich um ein mathematisches Berechnungsbeispiel; dies ungeachtet der Fragen, ob die Erbquoten von A und B (anstelle der nominellen Erbteile von A und B) herabzusetzen sind und ob C im Ergebnis einen nominellen Betrag oder eine Erbquote erhält. Vgl. hierzu OK-Moser, Art. 522 ZGB.

Ausgleichungsdispens – 180 an A, 240 an B und 60 an C geschenkt («Zuwendungen T-1»). Im Testament ist ein Vermächtnis von 5 an A und ein Vermächtnis von 15 an B enthalten. Die Teilungsmasse beträgt 40, die Pflichtteilsberechnungsmasse («PTBM») 960, die Erbteile betragen je 10, die Pflichtteile je 120 ($\frac{1}{8}$ von 960). Insgesamt (ohne Herabsetzung) würde A demnach insgesamt 195, B 265, C 490 und D 10 erhalten. Der Pflichtteil von D ist um 110 verletzt. Auf der Herabsetzungsstufe des Intestaterwerbs («1. Herabsetzungsstufe») werden demnach die Erbteile von A, B und C um je 10 herabgesetzt.⁹⁶³ Damit ist der Pflichtteil von D noch um 80 verletzt. Auf der Herabsetzungsstufe des Testaterwerbs («2. Herabsetzungsstufe») wird das Vermächtnis von A um 5 und das Vermächtnis von B um 15 herabgesetzt.⁹⁶⁴ Damit ist der Pflichtteil von D noch um 60 verletzt. Auf der Herabsetzungsstufe der (neueren bzw. zeitlich letzten) lebzeitigen Zuwendungen («3. Herabsetzungsstufe») liegt die Herabsetzungslimite für A bei 60, für B bei 120 und für C bei 60; bei A und B greift dabei die Herabsetzungslimite von Art. 523 ZGB (vgl. Berechnungsübersicht unten). Das Total der Herabsetzungslimiten liegt bei 240. Die Herabsetzungsquote liegt für A und C bei 25% (60 im Verhältnis zu 240) und für B bei 50% (120 im Verhältnis zu 240). Entsprechend werden die lebzeitigen Zuwendungen von A und C um 15 (25% von 60) und diejenige von B um 30 (50% von 60) herabgesetzt. Im Ergebnis erhält A damit 165, B 210, C 465 und D 120.

963. Sofern bei diesem Beispiel 2 die «These 2» (gemäss N. 9) vertreten werden sollte, könnte sowohl auf der Herabsetzungsstufe des Intestaterwerbs als auch auf der Herabsetzungsstufe des Testaterwerbs keine Herabsetzung vorgenommen werden.

964. Vgl. Fussnote 33.

	A	B	C	D	
Nachlassvermögen					60
Testaterwerb	5	15			20
Intestaterwerb	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	40
	10	10	10	10	
Zuwendungen T-1	180	240	60		480
Zuwendung T-2			420		420
Total	195	265	490	10	
Pflichtteil	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	960
	120	120	120	120	
Differenz	75	145	370	-110	

1. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	
Herabsetzungslimiten	10	10	10		30
Herabsetzungsquoten	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$		30
Herabsetzungsbetrag	-10	-10	-10	30	
Zwischenergebnis	185	255	480	40	
Differenz	65	135	360	-80	

2. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	
Herabsetzungslimiten	5	15			20
Herabsetzungsquoten	25%	75%			20
Herabsetzungsbetrag	-5	-15		20	
Zwischenergebnis	180	240	480	60	
Differenz	60	120	360	-60	

3. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	
Herabsetzungslimiten	60	120	60		240
Herabsetzungsquoten	25%	50%	25%		60
Herabsetzungsbetrag	-15	-30	-15	60	
Zwischenergebnis	165	210	465	120	
Differenz	45	90	345	0	
Ergebnis	165	210	465	120	960

2. Herabsetzung zulasten pflichtteilsberechtigter und weiterer Personen (Art. 523 i.V.m. Art. 525 Abs. 1 ZGB)

a. Zuwendungen auf gleicher Herabsetzungsstufe

- ¹⁴ **Beispiel 3:** Der Erblasser «E» hinterlässt ein Nettonachlassvermögen von 1200, seine drei Nachkommen «A», «B» und «C» sowie ein Testament, in welchem er einerseits A mit einer Quote von $\frac{2}{3}$ und B mit einer Quote von $\frac{1}{3}$ als Erben einsetzt und andererseits seiner Freundin «F» ein Vermächtnis von 300 ausrichtet. Die Teilungsmasse beträgt 900, die PTBM 1200 und die Pflichtteile der Nachkommen je 200 ($\frac{1}{6}$ von 1'200). Der Erbteil von A liegt bei 600, der Erbteil von B bei 300. Der Pflichtteil von C ist demnach um 200 verletzt. Die Herabsetzungslimite für A liegt bei 400, für B bei 100 und bei F bei 300. Das Total der Herabsetzungslimiten beträgt 800. Die Herabsetzungsquote liegt für A bei 50% (400 im Verhältnis zu 800), für B bei 12.5% (100 im Verhältnis zu 800) und für F bei 37.5% (300 im Verhältnis zu 800). Auf der Herabsetzungsstufe des Testaterwerbs wird die Erbeinsetzung von A um 100 (50% von 200), diejenige von B um 25 (12.5% von 200) und das Vermächtnis von F um 75 (37.5% von 200) herabgesetzt⁹⁶⁵. Im Ergebnis erhält A 500, B 275, C 200 und F 225.

⁹⁶⁵ Dabei handelt es sich um ein mathematisches Berechnungsbeispiel; dies ungeachtet der Fragen, ob die Erbquoten von A und B (anstelle der nominellen Erbteile von A und B) herabzusetzen sind und ob C im Ergebnis einen nominellen Betrag oder eine Erbquote erhält. Vgl. hierzu OK-Moser, Art. 522 ZGB.

	A	B	C	F	
Nachlassvermögen					1'200
Testaterwerb				300	300
	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{3}$			900
	600	300			
Total	600	300	0	300	
Pflichtteil	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$		1'200
	200	200	200		
Differenz	400	100	-200	300	

Herabsetzung	A	B	C	F	
Herabsetzungslimiten	400	100		300	800
Herabsetzungsquoten	50%	12.5%		37.5%	200
Herabsetzungsbetrag	-100	-25	200	-75	
Ergebnis	500	275	200	225	1'200

b. Zuwendungen auf unterschiedlichen Herabsetzungsstufen

Beispiel 4: Der Erblasser «E» hinterlässt ein Nettonachlassvermögen von 60, ein Testament (mit Vermächtnissen), seine vier Nachkommen «A», «B», «C» und «D» sowie seine Freundin «F». Zwei Jahre vor dem Ableben hat E – wiederum mit einem Ausgleichungsdispens – 420 an C geschenkt («Zuwendung T-2»). Ein Jahr vor dem Ableben hat E – dies zeitgleich und jeweils mit einem Ausgleichungsdispens – 160 an A, 140 an B, 60 an C und 120 an F geschenkt («Zuwendungen T-1»). Im Testament ist ein Vermächtnis von 5 an A, ein Vermächtnis von 10 an B und ein Vermächtnis von 5 an F enthalten. Die Teilungsmasse beträgt 40, die Pflichtteilsberechnungsmasse («PTBM») 960, die Erbteile betragen je 10, die Pflichtteile je 120 ($\frac{1}{8}$ von 960). Insgesamt (ohne Herabsetzung) würde A demnach 175, B 160, C 490, D 10 und F 125 erhalten. Der Pflichtteil von D ist um 110 verletzt. Auf der Herabsetzungsstufe des Intestaterwerbs werden die Erbteile von A, B und C um je 10 herabgesetzt. Damit ist der Pflichtteil von D noch um 80 verletzt. Auf der Herabsetzungsstufe des Testaterwerbs wird das Vermächtnis von A um 5, das Vermächtnis von B um 10 und das Vermächtnis von F um 5 herabgesetzt. Damit ist der Pflichtteil von D noch um 60 verletzt. Auf der Herabsetzungsstufe der (neueren bzw. zeitlich letzten) lebzeitigen Zuwendung liegt die Herabsetzungslimite für A bei 40, für B bei 20, für C bei 60 und für F bei 120. Das Total der Herabsetzungslimiten liegt bei 240. Die

Herabsetzungsquote liegt für A bei $\frac{1}{6}$ (40 im Verhältnis zu 240), für B bei $\frac{1}{12}$ (20 im Verhältnis zu 240), für C bei 25% (60 im Verhältnis zu 240) und für F bei 50% (120 im Verhältnis zu 240). Entsprechend werden die lebzeitigen Zuwendungen von A um 10 ($\frac{1}{6}$ von 60), von B um 5 ($\frac{1}{12}$ von 60), für C um 15 (25% von 60) und für F um 30 (50% von 60) herabgesetzt. Im Ergebnis erhält A damit 150, B 135, C 465, D 120 und F 90.

	A	B	C	D	F	
Nachlassvermögen						60
Testaterwerb	5	10			5	20
Intestaterwerb	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$		40
	10	10	10	10		
Zuwendungen T-1	160	140	60		120	480
Zuwendung T-2			420			420
Total	175	160	490	10	125	
Pflichtteil	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$		960
	120	120	120	120		
Differenz	55	40	370	-110	125	

1. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	F	
Herabsetzungslimiten	10	10	10			30
Herabsetzungsquoten	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$			30
Herabsetzungsbetrag	-10	-10	-10	30		
Zwischenergebnis	165	150	480	40	125	
Differenz	45	30	360	-80	125	

2. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	F	
Herabsetzungslimiten	5	10			5	20
Herabsetzungsquoten	25%	50%			25%	20
Herabsetzungsbetrag	-5	-10		20	-5	
Zwischenergebnis	160	140	480	60	120	
Differenz	40	20	360	-60	120	

3. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	F	
Herabsetzungslimiten	40	20	60		120	240
Herabsetzungsquoten	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{12}$	$\frac{1}{4}$		$\frac{1}{2}$	60
Herabsetzungsbetrag	-10	-5	-15	60	-30	
Zwischenergebnis	150	135	465	120	90	
Differenz	30	10	345	0	90	
Ergebnis	150	135	465	120	90	960

LITERATURVERZEICHNIS

Baumann Lorenz, Vergleichsvereinbarungen und ihre Risiken bei der Erbschaftssteuer, BGer 2C_550/2019, successio 2 (2022), S. 146-153 (zit. Baumann).

Eggel Martin/Gerster Nathalie, Revision des Erbrechts – Behandlung der Säule 3a und Änderungen im Herabsetzungsrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, Schriften INR, Band 27, Bern 2022 (zit. Eggel/Gerster).

Eitel Paul/Bieri Marjolein, Die Durchführung der Herabsetzung bei Schenkungen, Lebensversicherungen und Trusts, successio 4 (2015), S. 288-303 (zit. Eitel/Bieri).

Eitel Paul, Zur Durchführung der Herabsetzung bei ehevertraglichen Totalvorschlagszuweisungen und Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge im neuen Erbrecht, in: Verband Solothurnischer Notare (Hrsg.), 100 Jahre Festschrift, Solothurn 2022, S. 97-118 (zit. Eitel).

Escher Arnold, Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht (Art. 457-536 ZGB), Band III 1/2, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-Escher).

Fankhauser Roland, Kommentierung zu Art. 523 ZGB, in: Ruth Arnet/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 2, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK-Fankhauser, Art. 523 ZGB).

Henninger Julia, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. Henninger).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 523 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 525 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 525 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 532 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 532 ZGB).

Kuster Mathias, Anhang Checkliste, Systematische Übersicht über materielle und formelle Verfügungen von Todes wegen, in: Abt Daniel/Weibel Thomas

(Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Kuster, PraKomm, Checkliste).

Jungo Alexandra, Die ehevertraglich begünstigte Ehegattin zwischen Pflichtteilsansprüchen gemeinsamer und nichtgemeinsamer Kinder, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 371-390 (zit. Jungo, Ehegattin).

Jungo Alexandra, Pflichtteile bei voller Vorschlagszuweisung – die Klärung durch die Erbrechtsrevision, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, successio-Schriften Nr. 4, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 193-217 (zit. Jungo, Pflichtteile).

Jungo Alexandra, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Jungo, Tafeln).

Möri Nathalie, Durchführung der Herabsetzung nach Art. 532 ZGB, insbesondere bei gewöhnlichen Schenkungen, Schenkungsversprechen und frei widerruflichen Schenkungen, AJP 6 (2016), S. 803-814 (zit. Möri).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 523 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 532 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 532 ZGB).

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel 2012 (zit. Wolf/Genna).

Zeiter Alexandra, Die Herabsetzung des Intestaterwerbs, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 655-675 (zit. Zeiter).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom

28.5.1904, BBl 1904 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1904/4_1_1_/de, besucht am 5.5.2025 (zit. Botschaft 1904).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29.8.2018, BBl 2018 5813 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de>, besucht am 5.5.2025 (zit. Botschaft 2018).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 533 ZGB

Eine Kommentierung von Christian Moser

ZITIERVORSCHLAG

Christian Moser, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Christian Moser/Philip R. Bornhauser (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Moser, Art. 533 ZGB N. XXX.

IV. Verjährung

Art. 533

¹ Die Herabsetzungsklage verjährt mit Ablauf eines Jahres von dem Zeitpunkt an gerechnet, da die Erben von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten haben, und in jedem Fall mit Ablauf von zehn Jahren, die bei den letztwilligen Verfügungen von dem Zeitpunkte der Eröffnung, bei den andern Zuwendungen aber vom Tode des Erblassers an gerechnet werden.

² Ist durch Ungültigerklärung einer späteren Verfügung eine frühere gültig geworden, so beginnen die Fristen mit diesem Zeitpunkte.

³ Einredeweise kann der Herabsetzungsanspruch jederzeit geltend gemacht werden.

GLIEDERUNG

I. Einleitung	287
II. Klagefristen	288
A. Relative Verwirkungsfrist.....	288
B. Absolute Verwirkungsfrist.....	291
III. Herabsetzungseinrede	291
A. Allgemeines	291
B. Besitzerfordernis	294
C. Prozessuales.....	297
Literaturverzeichnis	297

I. EINLEITUNG

Die Herabsetzungsklage verjährt gemäss Art. 533 Abs. 1 ZGB mit Ablauf eines 1 Jahres seit Kenntnis der Pflichtteilsverletzung (vgl. N. 3-5), längstens aber nach Ablauf von zehn Jahren seit der Eröffnung der letztwilligen Verfügung bzw. dem Todeszeitpunkt (vgl. N. 6). Dabei handelt es sich um keine Verjährungs-, sondern um **Verwirkungsfristen**.⁹⁶⁶ Entsprechend ist eine Fristunterbrechung nach Art. 135 OR oder ein Fristneubeginn nach Art. 137 f. OR nicht möglich.⁹⁶⁷ Diese Fristen werden durch eine fristgemässe Klageeinleitung, d.h. die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs (mit entsprechenden Rechtsbegehren), gewahrt,⁹⁶⁸ wobei für die Fristberechnung die Bestimmungen von Art. 77 f. OR (und nicht von Art. 142 ff. ZPO) anwendbar sind.⁹⁶⁹ Die Fristeinhaltung wird vom Gericht von Amtes wegen (und nicht bloss auf Einrede hin) geprüft.⁹⁷⁰ Eine nicht fristgerecht erhobene Herabsetzungsklage führt zu einem abweisenden Sachentscheid.⁹⁷¹

Unabhängig von der Herabsetzungsklagefrist kann der 2 Herabsetzungsanspruch gemäss Art. 533 Abs. 3 ZGB – bei gegebenen Voraussetzungen – jederzeit einredeweise geltend gemacht werden (vgl. N. 7 ff.).

966. BGE 138 III 354 E. 5.2; BGE 128 III 318 E. 2.1; BGE 121 III 249 E 2; BGE 98 II 176 E. 10; BGer 5A_691/2023 vom 13.8.2024 E. 3 und 6; BGer 5A_765/2022 vom 24.4.2023 E. 6.4.3; BGer 5A_187/2021 vom 16.3.2022 E. 2.2; BGer 5A_753/2018 vom 21.1.2019 E. 4; BGer 5A_466/2016 vom 12.4.2017 E. 3.2; BGer 5A_162/2007 vom 16.7.2007 E. 5.2; OGer ZH LB180030 vom 16.3.2019 E. 3.2.4; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 1; Göksu, S. 256; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 1; Jungo, S. 135; BSK-Piatti, Art. 533 N. 1; Pichler, S. 63; Wolf/Genna, S. 502; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 285. A.A. ZK-Escher, Art. 533 N. 5, wonach bezugnehmend auf die in BGE 45 II 513 E. 4 verwendete Terminologie («Verjährung») und erwähnte Anwendbarkeit von Art. 139 aOR (altrechtliche Nachfrist bei Rückweisung der Klage) von einer Verjährungsfrist ausgegangen wird.

967. BGE 102 II 193 E. 2.b; BGE 98 II 176 E. 10; BGE 86 II 340 E. 5; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56; BSK-Piatti, Art. 533 N. 1; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 1; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 1; Pichler, S. 63-64. A.A. ZK-Escher, Art. 533 N. 5, wonach sich die Unterbrechung der «Verjährung» nach Art. 124 ff. OR richten soll.

968. BGE 86 II 340 E. 5; BGer 5A_691/2023 vom 13.8.2024 E. 3; BGer 5A_187/2021 vom 16.3.2022 E. 2.6; BSK-Piatti, Art. 533 N. 1; Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher, S. 17; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 8; Pichler, S. 63-64; Wolf/Genna, S. 503.

II. KLAGEFRISTEN

A. Relative Verwirkungsfrist

- 3 Die Herabsetzungsklage verwirkt mit Ablauf eines Jahres «von dem Zeitpunkt an gerechnet, da die Erben von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten haben» (Art. 533 Abs. 1 ZGB). Diese relative Verwirkungsfrist beginnt demnach zu laufen, wenn die pflichtteilsverletzte Person «die tatsächlichen Elemente kennt, die auf den günstigen Ausgang einer allfälligen Herabsetzungsklage vertrauen lassen»⁹⁷² bzw. «die den möglichen Erfolg einer Herabsetzungsklage erwarten lassen»⁹⁷³. Der Fristbeginn setzt demnach **Kenntnis vom Klagegrund** voraus, d.h. die Kenntnis der notwendigen Elemente zur Begründung einer Herabsetzungsklage.⁹⁷⁴ Eine «absolute Gewissheit»⁹⁷⁵ oder die Kenntnis des «genaue[n] Ausmass[es] der Pflichtteilsverletzung»⁹⁷⁶ ist für

969. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 1a; Pichler, S. 63-64. Vgl. auch BGer 5A_691/2023 vom 13.8.2024 E. 5.5.4.1.1. Zur Einhaltung der Klagfrist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO vgl. BGer 5A_691/2023 vom 13.8.2024 E. 3-5. Nach Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR (i.V.m. Art. 7 ZGB) fällt der Jahresfristablauf auf «denjenigen Tag des letzten Monat[s], der durch seine Zahl dem Tag des [Fristbeginns] entspricht, und wenn dieser Tag in dem letzten Monat[t] fehlt, auf den letzten Tag dieses Mona[t]s». Fällt der letzte Tag der Frist «auf einen Sonntag oder auf einen andern am Erfüllungsort[t] staatlich anerkannten Feiertag» (d.h. insbesondere auf einen Samstag, vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf an Samstagen, SR 173.110.3), gilt als letzter Tag der Frist der nächstfolgende Werktag (Art. 78 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 7 ZGB). Die Frage, ob ein bestimmter kantonaler Feiertag anerkannt wird, ist – nach der hier vertretenen Auffassung – nach dem kantonalen Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers (als «Erfüllungsort» für die Herabsetzungsklage, vgl. hierzu die Kommentierung zu Art. 522 ZGB) zu beurteilen.

970. Pichler, S. 63; Wolf/Genna, S. 502.

971. BGer 5A_753/2018 vom 21.1.2019 E. 4; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 1a; Pichler, S. 63.

972. BGer 5A_187/2021 vom 16.3.2022 E. 2.2. Vgl. auch BGE 138 III 354 E. 5.2.

973. BGE 138 III 354 E. 5.2; BGE 121 III 249 E. 2.a; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 2; Göksu, S. 256; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4; Pichler, S. 67; ZK-Escher, Art. 533 N. 2.

974. BGE 121 III 249 E. 2.a; BGE 108 II 288 E. 3.a; Jungo, S. 135. Ein blosses «Kennenmüssen» genügt nicht und ersetzt die «wirkliche Kenntnis» nicht (BGE 73 II 6 E. 5; vgl. auch Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56; BSK-Piatti, Art. 533 N. 3; ZK-Escher, Art. 533 N. 2). Vgl. auch BGE 78 II 11 E. 4; BGE 70 II 142 E. 2. Zumal der Klagegrund für eine Herabsetzungsklage erst per Todestag bestehen kann (vgl. die Kommentierung zu Art. 522 ZGB), kann die Frist nicht vor dem Erbgang zu laufen beginnen (Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4; ZK-Escher, Art. 533 N. 2).

975. BGE 121 III 249 E. 2.a.

den Fristbeginn nicht erforderlich.⁹⁷⁷ Ebenso wenig hängt der Fristbeginn davon ab, ob eine Herabsetzungsklage bereits dem letztlich erreichbaren Herabsetzungsmass entsprechend beziffert werden kann.⁹⁷⁸ Es genügt, wenn die pflichtteilsberechtignte Person erkennen kann, dass ihr Pflichtteilsanspruch verletzt ist.⁹⁷⁹ Wenn die betroffene Person vollständig von der Erbfolge ausgeschlossen bzw. übergangen worden ist oder ihr z.B. bloss eine Nutzniessung⁹⁸⁰ zugewendet wird, erfährt sie - mangels (eigener) lebzeitiger Zuwendungen - bereits aus der Verfügung von Todes wegen von der Pflichtteilsverletzung.⁹⁸¹ Andernfalls genügt eine ungefähre Kenntnis der Nachlasshöhe.⁹⁸² Eine allfällige Rechtsunkenntnis der pflichtteilsberechtignten Person ist irrelevant.⁹⁸³

Bei einer **Mehrzahl** pflichtteilsverletzender bzw. herabsetzbarer Verfügungen und Zuwendungen des Erblassers beginnt die relative Verwirkungsfrist nach der hier vertretenen Auffassung für jeden Klagegrund gesondert zu laufen.⁹⁸⁴ Wenn ein Erblasser z.B. zwei Nachkommen hinterlässt und die Nachkommen

976. BGE 143 III 369 E. 3.4; BGE 135 III 97 E. 3; OGer ZH LB180030 vom 16.3.2019 E. 3.2.

977. BGE 121 III 249 E. 2.a; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 56; BSK-Piatti, Art. 533 N. 3; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 2; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4; Pichler, S. 67; Wolf/Genna, S. 502; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 285; ZK-Escher, Art. 533 N. 2. Zur Frage einer allfälligen Nachforschungs- bzw. Abklärungsobliegenheit vgl. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4c.

978. BGE 135 III 97 E. 3. Zur Möglichkeit einer Stufenklage vgl. die Kommentierung zu Art. 522 ZGB.

979. OGer ZH LB180030 vom 16.3.2019 E. 3.2. BGer 5A_466/2016 E. 3.2 nimmt Bezug auf den Zeitpunkt, «da die Erben von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten» (vgl. auch Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4).

980. Mit der blossen Zuwendung einer Nutzniessungsberechtigung zugunsten eines Pflichtteilerben ist der Pflichtteil verletzt, selbst wenn der Kapitalwert einer solchen Berechtigung die Pflichtteilshöhe übersteigt (zum Anspruch auf leicht handelbare Vermögenswerte vgl. die Kommentierung zu Art. 522 ZGB).

981. BGE 143 III 369 E. 3.4; BGE 138 III 354 E. 5.2; BGE 135 III 97 E. 3; BGE 108 II 288 E. 3.a; BGer 5A_187/2021 vom 16.3.2022 E. 2.2; BSK-Piatti, Art. 533 N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4 und 4d; Pichler, S. 67; ZK-Escher, Art. 533 N. 2. Vgl. auch BGE 101 II 305 E. 3.b. Die faktische Kenntnis der Verfügung von Todes wegen genügt; die Frist beginnt nicht erst mit der amtlichen Eröffnung gemäss Art. 557 ZGB zu laufen (BGE 78 II 11 E. 2; BSK-Piatti, Art. 533 N. 3; ZK-Escher, Art. 533 N. 2).

982. BGE 143 III 369 E. 3.4; BGE 138 III 354 E. 5.2; BGE 135 III 97 E. 3; BGE 80 II 200 E. a; BGer 5A_187/2021 vom 16.3.2022 E. 2.2; BSK-Piatti, Art. 533 N. 3. Ein Steuerinventar, das nur die Steuerwerte enthält und nicht vollständig ist, ist keine ausreichende Grundlage (ZK-Escher, Art. 533 N. 2).

983. BGE 108 II 288 E. 3.a.

als Erben mit Erbquoten von 4/5 und 1/5 einsetzt, hat der benachteiligte Nachkomme – mangels (eigener) lebzeitiger Zuwendungen – bereits gestützt auf die Verfügung von Todes wegen Kenntnis von der Pflichtteilsverletzung. Die relative Verwirkungsfrist zur Herabsetzung der Verfügung von Todes wegen beginnt demnach bereits im Zeitpunkt zu laufen, in welchem der benachteiligte Nachkomme Kenntnis von der Verfügung von Todes wegen erhalten hat (frühestens jedoch im Todeszeitpunkt)⁹⁸⁵. Wenn dieser Nachkomme die einjährige (relative) Verwirkungsfrist verstreichen lässt und nachträglich Kenntnis von einer herabsetzbaren lebzeitigen Zuwendung erlangt, beginnt für diese lebzeitige Zuwendung – nach dem hier vertretenen Verständnis – eine separate einjährige (relative) Verwirkungsfrist zu laufen. Bei einer klageweisen Herabsetzung kann die pflichtteilsverletzte Person die Herabsetzung in diesem Fall jedoch – unter Vorbehalt der Herabsetzungseinrede – bloss im Umfang der Pflichtteilsverletzung durchsetzen, welche sich aus der lebzeitigen Zuwendung (und nicht bereits aus der Verfügung von Todes wegen) ergibt.

- 5 Der **Zeitpunkt der Kenntnis** ist jeweils nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln.⁹⁸⁶ Während es sich um eine Tatfrage handelt, was eine bestimmte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt wusste oder nicht

984. A.A. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4b, wonach als Fristbeginn «einheitlich» die Kenntnis der Verletzung des Pflichtteilsanspruchs anzusehen ist, zumal es «nicht um die Kenntnis sämtlicher Verletzungen [geht], sondern nur darum, zu wissen, dass der Pflichtteil verletzt ist». Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass der Fristbeginn die Kenntnis vom Klagegrund (notwendige Elemente zur Begründung der Herabsetzungsklage) voraussetzt und der Klagegrund je nach Herabsetzungsobjekt variiert. Sofern ein Pflichtteilserbe z.B. anlässlich der Testamentseröffnung Kenntnis von einer testamentarischen Pflichtteilsverletzung erlangt und über ein Jahr später von einer herabsetzbaren lebzeitigen Schenkung und/oder von einem nachträglich eröffneten Testament mit ergänzenden Vermächtnissen oder Erbeinsetzungen, kann die relative Verwirkungsfrist für die Herabsetzungsklage betreffend die nachträglich entdeckten Zuwendungen/Verfügungen nach der hier vertretenen Auffassung nicht bereits mit der Kenntnis des ersten Klagegrunds zu laufen beginnen. Dies führt dazu, dass die (relative) Verwirkungsfrist (nicht jedoch die Einredemöglichkeit) für einen Klagegrund (i.c. die erste testamentarische Pflichtteilsverletzung) abgelaufen ist, während sie für einen nachträglich entdeckten Klagegrund (i.c. die herabsetzbare lebzeitige Zuwendung bzw. die zweite testamentarische Pflichtteilsverletzung) noch läuft.

985. BGE 51 II 49 E. 3; ZK-Escher, Art. 533 N. 2; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 4; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 285.

986. BGE 135 III 97 E. 3.

wusste, ist es eine Rechtsfrage, ob die ihr bekannten Elemente ausreichen, um die Verwirkungsfrist beginnen zu lassen.⁹⁸⁷

B. Absolute Verwirkungsfrist

Die Herabsetzungsklage verwirkt «in jedem Fall mit Ablauf von zehn 6 Jahren» (Art. 533 Abs. 1 ZGB). Diese absolute Verwirkungsfrist beginnt für die Herabsetzung einer Verfügung von Todes wegen ab dem Zeitpunkt der «**Eröffnung**» (im Sinne von Art. 557 ZGB)⁹⁸⁸ und bei «anderen» (d.h. leibzeitigen)⁹⁸⁹ Zuwendungen ab dem **Tod** des Erblassers (Art. 533 Abs. 1 ZGB) zu laufen. Wird die Verfügung von Todes wegen für ungültig erklärt (vgl. Art. 519 ff. ZGB), beginnt die Frist ab Rechtskraft des Ungültigkeitsurteils (Art. 533 Abs. 2 ZGB).⁹⁹⁰

III. HERABSETZUNGSEINREDE

A. Allgemeines

Eine zur Herabsetzung aktivlegitimierte Person,⁹⁹¹ welche «(Mit-)Besitz» am 7 Nachlassvermögen hat (vgl. N. 11-15),⁹⁹² kann die Herabsetzung **jederzeit** einredeweise geltend machen. Diese Einrede kann z.B. im Rahmen einer Erbteilungs- oder Vermächtnisklage erhoben werden, dies unabhängig davon,

987. BGer 5A_187/2021 vom 16.3.2022 E. 2.2.

988. CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 6; ZK-Escher, Art. 533 N. 3. Zum Fristbeginn bei Erbverträgen vgl. Brückner/Weibel/Pesenti, S. 57; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 6; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 286.

989. CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 6; ZK-Escher, Art. 533 N. 3.

990. BSK-Piatti, Art. 533 N. 2; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 3; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 7; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 286; ZK-Escher, Art. 533 N. 4.

991. Vgl. hierzu die Kommentierung zu Art. 522 ZGB. Für die Fragen der Aktiv-/Passivlegitimation (und der Beweislast) besteht kein Unterschied zwischen der klageweisen und der einredeweisen Durchsetzung des Herabsetzungsanspruchs (Antognini, Herabsetzung, S. 249 und S. 251; Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 43 [betr. Ungültigkeitseinrede]).

992. BGE 135 III 97 E. 3; BGE 133 III 309 E. 5; BGE 120 II 417 E. 2; BGE 108 II 288 E. 2; BGE 98 II 176 E. 10; BGE 86 II 451 E. 7; Antognini, Herabsetzung, S. 249; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 57; BSK-Piatti, Art. 533 N. 4; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 4; Eitel, S. 85; Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB, S. 902; Spirig, S. 106; Strazzer, Herabsetzungsklagen, S. 308; Wolf/Genna, S. 506; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 286. Nach Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 45 (betr. Ungültigkeitseinrede) ist das Besitzerfordernis nicht als selbständige Voraussetzung der Einrede zu betrachten.

ob der einredeerhebenden Person die Kläger- oder Beklagtenrolle zukommt.
993

- 8 Die **Herabsetzungseinrede** ist – im Unterschied zur Herabsetzungsklage – zwar nicht verwirkbar, setzt aber ebenso voraus, dass auf den Herabsetzungsanspruch nicht bereits verzichtet worden ist.⁹⁹⁴ Zudem ist die Herabsetzungseinrede nur im Umfang derjenigen Nachlassvermögenswerte möglich, an welchen die einredeerhebende Person «(Mit-)Besitz» hat (vgl. N. 11-15).⁹⁹⁵ Wenn das Nachlassvermögen kleiner als der Herabsetzungsanspruch ausfällt, ist die Herabsetzungseinrede zwar möglich, im Ergebnis kann der Pflichtteil einredeweise aber nicht vollständig hergestellt werden.⁹⁹⁶
- 9 Entsprechend der genannten Limitierung des Umfangs der Herabsetzungseinrede (vgl. N. 8) können **Wertveränderungen** des Nachlassvermögens einen bedeutenden Einfluss darauf haben, inwieweit der Pflichtteil mittels Herabsetzungseinrede gewahrt werden kann. Einerseits

993. BGE 135 III 97 E. 3; BGE 120 II 417 E. 2; BGE 116 II 243 E. 4.c; BGE 108 II 288 E. 2; BGE 103 II 88 E. 3.c; BGE 98 II 176 E. 10; BGE 58 II 402 E. 3; BGer 5A_338/2010 vom 4.10.2010 E. 11.1; Antognini, Herabsetzung, S. 250 und S. 255; Antognini, Teilungsklage, S. 128; BSK-Piatti, Art. 533 N. 4; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 4; Geiser/Flückiger, S. 2; Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher, S. 17; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 9-9a; Pichler, S. 67; Spirig, S. 106; Wolf/Genna, S. 507; ZK-Escher, Art. 533 N. 6. A.A. Eggel/Liechti, S. 21 (vgl. hierzu aber Abt, S. 305; Antognini, Herabsetzung, S. 255; Geiser/Flückiger, S. 4 ff.).

994. BGE 135 III 97 E. 3; BGE 133 III 309 E. 5; BGE 108 II 288 E. 2; BGer 5A_994/2014 vom 11.1.2016 E. 5.5.2; OGer ZH LB120007 vom 26.3.2013 E. 3.3.1.1.4; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 4; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 10-11; Pichler, S. 65; Strazzer, Herabsetzungsklagen, S. 304; Seiler/Sutter-Somm/Amman, Art. 521 N. 49 (betr. Ungültigkeitseinrede); Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 286; ZK-Escher, Art. 533 N. 6. Zum Verzicht auf die Herabsetzung vgl. die Kommentierung zu Art. 522 ZGB.

995. BGE 120 II 417 E. 2; Antognini, Herabsetzung, S. 250; CHK-Fankhauser, Art. 533 N. 4; Eggel, S. 1289; Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher, S. 17; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 9f; Wolf/Hrubesch-Millauer, S. 286. Vgl. auch Baumann, Restnachlass, S. 63; Baumann, Stichtagsprinzip, S. 225.

996. Vgl. auch Baumann, Restnachlass, S. 63. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dabei nicht bloss auf das (noch nicht geteilte) Nachlassvermögen abzustellen, sondern auf die Teilungsmasse, d.h. unter Berücksichtigung allfälliger ausgleichungspflichtiger Zuwendungen. Gemäss Antognini, Herabsetzung, S. 250, steht die Herabsetzungseinrede auch bezüglich herabsetzbarer lebzeitiger Zuwendungen zur Verfügung, dies «allerdings nur insoweit, als nicht auf das private Vermögen des aus der Pflichtteilsverletzung Begünstigten gegriffen werden muss» (vgl. hierzu auch BGE 120 II 417 E. 2). Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies insoweit zu relativieren, dass auf das Vermögen des Begünstigten gegriffen werden kann, soweit sich dies aus der Ausgleichungspflicht (Real- oder Idealkollation) ergibt.

riskiert eine pflichtteilsberechtigte Person, welche aufgrund von ausreichendem Nachlassvermögen von einer Herabsetzungsklage absieht und sich auf die Herabsetzungseinrede «verlässt», dass sich das Nachlassvermögen – insbesondere konjunkturrell bedingt – reduziert und der Pflichtteil einredeweise nicht mehr (umfassend) hergestellt werden kann. Andererseits kann eine pflichtteilsberechtigte Person von einer Werterhöhung des Nachlassvermögens insoweit profitieren, als der Pflichtteil einredeweise auch erst nachträglich umfassend (oder teilweise bzw. vergleichsweise mit einem geringeren Verlust) hergestellt werden kann. Wenn ein Erblasser z.B. nach dem 1.1.2023 verstirbt, zwei Nachkommen (A und B), keine Verfügung von Todes wegen sowie ein Nettonachlassvermögen im Wert von «10» hinterlässt und lebzeitig dem Nachkommen A eine (nicht ausgleichungspflichtige) Schenkung ausgerichtet hat, welche im Todeszeitpunkt ein Wert von «70» zukommt, ist der Pflichtteil des Nachkommens B («20», entsprechend 1/4 von «80») verletzt. Falls der Nachkomme B keine fristgemässe Herabsetzungsklage erhebt, würde er mittels einredeweiser Herabsetzung des Intestaterwerbs bloss «10» erhalten. Wenn das Nachlassvermögen (z.B. bestehend aus einem Aktiendepot) jedoch bis zur Erbteilung, in welcher der Nachkomme B die Einrede erhebt, auf «20» ansteigt, wird der Pflichtteil gewahrt.

Umstritten ist, ob die Herabsetzungseinrede nach bereits erfolgter **Erbteilung** 10 noch möglich ist.⁹⁹⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Herabsetzungseinrede mit der Erbteilung zwar nicht aufgehoben bzw. verwirkt, doch beschränkt sich der Umfang, in welchem die Herabsetzung einredeweise geltend gemacht werden kann, diesfalls auf die Nachlassvermögenswerte, welche im Rahmen der Erbteilung dem betroffenen Pflichtteilserben zugewiesen worden sind. Falls der betroffene Pflichtteilserbe im Rahmen der Erbteilung wertmässig weniger als sein Pflichtteil erhalten hat, kann er die Herabsetzungseinrede immer noch gegenüber einer gegen ihn gerichteten Vermächtnisforderung einer Drittperson, welche an der Erbteilung weder direkt (als Vertragspartei) noch indirekt (als Begünstigte infolge eines Vertrags zugunsten Dritter) beteiligt war, erheben.⁹⁹⁸

997. Bejahend: Antognini, Herabsetzung, S. 250; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N 9g; Pichler, S. 67; Seiler/Sutter-Somm/Amann, Art. 521 N. 50 (betr. Ungültigkeitseinrede).
Ablehnend: BSK-Piatti, Art. 521 N. 4 (betr. Ungültigkeitseinrede).

B. Besitzerfordernis

- 11 Im Zusammenhang mit dem Erfordernis des (Mit-)Besitzes am Nachlassvermögen (vgl. N. 7-8) bestehen diverse Unklarheiten, welche in der Praxis dazu führen, dass sich pflichtteilsberechtigte Personen nur in seltenen Fällen auf die Herabsetzungseinrede «verlassen» und die Herabsetzungsklagefrist entsprechend bewusst verstreichen lassen. Eine Unklarheit betrifft die Frage, welche **Art des Besitzes** erforderlich ist, um die Herabsetzungseinrede geltend machen zu können.⁹⁹⁹ Abgesehen vom Rechtsbesitz bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten ist beim Sachbesitz wie folgt zu unterscheiden: Gemäss Art. 920 Abs. 2 ZGB gilt diejenige Person, welche eine Sache als Eigentümerin besitzt, als selbständige Besitzerin, und diejenige Person, welche die Sache besitzt, ohne Eigentümerin zu sein, als unselbständige Besitzerin. Dabei wird weiter zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitz differenziert: Wenn ein selbständiger Besitzer den Gewahrsam (d.h. die tatsächliche Herrschaft bzw. Gewalt) an der Sache – gestützt auf ein besonderes Rechtsverhältnis (z.B. ein Mietverhältnis) – einem Dritten überlässt, verfügt der Eigentümer über selbständigen mittelbaren Besitz, während der Dritte (Nichteigentümer, z.B. Mieter) unselbständigen unmittelbaren Besitz hat.¹⁰⁰⁰
- 12 Zumal die Erben die «Erbschaft als Ganzes mit dem Tod des Erblassers kraft Gesetzes» erwerben und insbesondere Eigentum und Besitz des Erblassers per Todestag auf die Erben übergehen (sog. **Universalsukzession**, Art. 560 ZGB), werden die Erben per Todestag (und bis zum Vollzug der Erbteilung) selbständige Besitzer der sich im Nachlassvermögen befindlichen Sachen.¹⁰⁰¹ Befindet sich im Nachlassvermögen z.B. eine Liegenschaft, welche an einen Miterben vermietet ist, übt dieser Miterbe selbständigen unmittelbaren Besitz aus, während die übrigen Miterben über selbständigen mittelbaren Besitz verfügen. Befindet sich im Nachlassvermögen eine bewegliche Sache, übt der (selbständige) unmittelbar besitzende Miterbe den Besitz für die Erben

998. Gl.M. Antognini, Herabsetzung, S. 250; Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 50 (betr. Ungültigkeitseinrede). Gemäss Antognini, S. 250, dürfte es naheliegend sein, dass «gegenüber einem Dritten, welcher an der Erbteilung nicht beteiligt war, die Einrede auch nach der Teilung erhoben werden kann».

999. Eitel, S. 85.

1000 BGE 132 III 155 E. 4.1; BGer 5C.119/2002 vom 31.7.2002 E. 3.1; BSK-Ernst/Zogg, Art. 920 N. 2.

1001 Antognini, Herabsetzung, S. 249; Eitel, S. 85-86. Vgl. hierzu auch BSK-Ernst/Zogg, Art. 919 N. 55, wonach die Stellung als mittelbarer Besitzer vererbt wird.

insgesamt aus (Besitz zur gesamten Hand),¹⁰⁰² weshalb sich die (selbständig) mittelbar besitzenden Erben auf den «Erbenbesitz» nach Art. 560 Abs. 2 ZGB berufen können.¹⁰⁰³

Unumstritten ist, dass ein selbständig und unmittelbar besitzender Erbe die Herabsetzungseinrede erheben kann. Die Herabsetzungseinrede ist aber auch möglich, wenn ein **Willensvollstrecker** (bzw. ein Erbschaftsverwalter oder Erbenvertreter) eingesetzt worden ist und der Erbe bloss über selbständigen mittelbaren Besitz verfügt.¹⁰⁰⁴ Der Willensvollstrecker hat unselbständigen (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz am gesamten Nachlassvermögens, während die Erben über selbständigen mittelbaren (teilweise auch unmittelbaren) Besitz verfügen.¹⁰⁰⁵

Entsprechend genügt für die einredeweise Herabsetzung der **selbständige (unmittelbare oder mittelbare) Besitz**.¹⁰⁰⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung nicht ausreichend ist demgegenüber der bloss unselbständige (unmittelbare oder mittelbare) Besitz.¹⁰⁰⁷ Im Ergebnis bedeutet dies nach der hier vertretenen Auffassung, dass für die Geltendmachung der Herabsetzungseinrede **Erbenstellung bzw. (Gesamt-)Eigentum** der einredeerhebenden Person erforderlich ist.¹⁰⁰⁸ Entsprechend kann ein

1002Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 9a.

1003Gl.M. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 9d. A.A. Wolf/Genna, S. 509.

1004Gl.M. Antognini, Herabsetzung, S. 249-250; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 57 und 14; Eitel, S. 87; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 9c; Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 46 (betr. Ungültigkeitseinrede). A.A. Wolf/Genna, S. 509, wonach für die Erhebung der Herabsetzungseinrede unmittelbarer Besitz vorausgesetzt wird.

1005Antognini, Herabsetzung, S. 249; Brückner/Weibel/Pesenti, S. 57 und 14; BSK-Ernst/Zogg, Art. 919 N. 84; Eitel, S. 86; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 9c; Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 46 (betr. Ungültigkeitseinrede).

1006Vgl. hierzu insb. BGE 108 II 288 E. 2, BGE 103 II 88 E. 3.c und BGE 86 II 451 E. 7, wobei die Herabsetzungseinrede beim selbständigen unmittelbaren Besitz bejaht wird. Gemäss Antognini, Herabsetzung, S. 249, verfügen Mitglieder der Erbengemeinschaft «*per se* über hinreichenden Besitz, um zur Einrede berechtigt zu sein».

1007Gl.M. Pichler, S. 68 (mit der Begründung, dass für die Einredeerhebung «Erbenstellung im Nachlass erforderlich» ist). A.A. Antognini, Herabsetzung, S. 249 (relativierend jedoch auf S. 258); Brückner/Weibel/Pesenti, S. 57-58; Eitel, S. 86; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 N. 10; Strazzer, Virtuelle Erbe, S. 151-152; Strazzer/Zeiter, S. 148; Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 47 (betr. Ungültigkeitseinrede); Wolf/Genna, S. 508. Gemäss dieser a.A. genügt ein (unselbständiger) unmittelbarer Besitz des virtuellen «Erben», um die Herabsetzungseinrede erheben zu können. Mangels gegebener Erben- bzw. (Gesamt-)Eigentümerstellung des virtuellen Erben ist diese Auffassung jedoch abzulehnen (vgl. hierzu auch Fussnoten 43-44).

virtueller Erbe, welcher die Verwirkungsfrist zur klageweisen Geltendmachung seines Pflichtteilsrechts verstreichen liess, unselbständigen unmittelbaren (oder mittelbaren) Besitz an einer Sache des Nachlassvermögens hat und von den Erben zur Herausgabe dieser Sache aufgefordert wird, einer solchen Herausgabeforderung die Herabsetzungseinrede nicht entgegenhalten.¹⁰⁰⁹

- 15 In diesem Zusammenhang kann die Frage aufgeworfen werden, ob das Besitzerfordernis bedeutet, dass sich die Herabsetzungseinrede nur auf «Sachen» im sachenrechtlichen Sinn bezieht, an welchen «Besitz» gemäss Art. 919 ff. ZGB ausgeübt werden kann.¹⁰¹⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine derartige sachliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Herabsetzungseinrede nicht gerechtfertigt. Demnach kann sich die Einrede nach Art. 533 Abs. 3 ZGB auf alle **Vermögenswerte** erstrecken, d.h. auch auf

1008Gl.M. Eggel/Liechti, S. 10; Pichler, S. 68. Zur a.A. vgl. Fussnote 42. Auch das Bundesgericht geht im Zusammenhang mit der Herabsetzungseinrede in seinen Erwägungen jeweils – wenn auch etwas (zu) beiläufig (vgl. hierzu auch Eggel/Liechti, S. 12) – auf die (erforderliche) Erben- bzw. Eigentümerstellung der einredeerhebenden Person ein. Gemäss BGE 135 III 97 E. 3 kann die Einrede erhoben werden, solange der «Erbe» Besitz an der Erbschaft hat. Gemäss BGE 120 II 417 E. 2 ist entscheidend, dass der «betreffende Erbe» Mitbesitz am Nachlassvermögen hat. Auch in BGE 116 II 243 E. 4.c, BGE 108 II 288 E. 2, BGE 103 II 88 E. 3.c, BGE 86 II 451 E. 7 und BGE 58 II 402 E. 3 wird auf die Gesamteigentümer- bzw. Erbenstellung der einredeerhebenden Person Bezug genommen. Zudem ist auf BGE 133 II 309 E. 5 hinzuweisen, wobei sich die Nachkommen einer Vorerbin nicht mehr auf die Herabsetzungseinrede berufen konnten, obwohl der Pflichtteilsanspruch der Vorerbin verletzt war. Aus dem vorliegend relevanten Blickwinkel lässt sich dies damit begründen, dass die Nachkommen der Vorerbin infolge Eintritt des Nacherbfalls bloss unselbständige Besitzer an Sachen des Vorerbschaftsvermögens waren, was – nach der hier vertretenen Auffassung – zur Erhebung der Herabsetzungseinrede nicht ausreicht.

1009Zur a.A. vgl. Fussnote 42. Zur Erlangung der Erbenstellung (und damit des Eigentums) ist der virtuelle Erbe auf die fristkonforme Herabsetzungsklage angewiesen (vgl. hierzu Brückner/Weibel/Pesenti, S. 57; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 10; Strazzer, Virtuelle Erbe, S. 151; Strazzer/Zeiter, S. 148; Wolf/Genna, S. 508). Sollte der a.A. gefolgt werden, wonach unselbständiger unmittelbarer Besitz zur Erhebung der Herabsetzungseinrede genügt, könnte der virtuelle Erbe seine Position (Umfang der Herabsetzungseinrede) verbessern, indem er – vor oder nach dem Todestag – möglichst viele Vermögenswerte des Erblassers (z.B. gestützt auf ein Miet-, Gebrauchsleihe- oder Hinterlegungsverhältnis) in seinen (unmittelbaren) Besitz nimmt, was – unter Beachtung der strafrechtlichen Schranken – zu einem gewissen «*asset running*» führen dürfte.

1010Eitel, S. 86, lässt selbst die Frage offen, ob es sich bei der «Sache» (im hier interessierenden Zusammenhang) bloss um Fahrnis oder auch um ein Grundstück handeln kann. Zur Einordnung von Kryptowährungen unter den Sachbegriff vgl. Geiger/Keller, S. 263.

Forderungen (insb. gegenüber Banken im Rahmen einer Bankkontobeziehung) oder auf «immaterielle Vermögenswerte»¹⁰¹¹ wie Kryptowährungen.¹⁰¹² Die vorgenannten Ausführungen sind entsprechend sinngemäss auch auf Vermögenswerte anwendbar, an welchen kein «Besitz» im sachenrechtlichen Sinn ausgeübt werden kann.

C. Prozessuales

Die Möglichkeit einer Herabsetzungseinrede schliesst die Aktivlegitimation für die Herabsetzungsklage nicht aus.¹⁰¹³ Eine Herabsetzungsklage kann demnach – bei gegebenen Voraussetzungen¹⁰¹⁴ – erhoben werden, selbst wenn die Herabsetzung auch einredeweise durchgesetzt werden könnte. 16

Die Herabsetzungseinrede muss prozessual geltend gemacht werden, zumal das Gericht eine Verletzung des Pflichtteils nicht von Amtes wegen prüft.¹⁰¹⁵ Die Herabsetzungseinrede muss zwar nicht bereits mit der ersten gerichtlichen Rechtschrift (Klageschrift bzw. Klageantwort) geltend gemacht werden, die für deren Geltendmachung erforderlichen Tatsachen und Beweismittel müssen jedoch unter Beachtung des zivilprozessualen Novenrechts¹⁰¹⁶ rechtzeitig vorgebracht werden.¹⁰¹⁷ 17

LITERATURVERZEICHNIS

Abt Daniel, Der Erbteilungsprozess als Ultima Ratio – praxisrelevante Aspekte zur Planung und Abwicklung, *successio* 4 (2022), S. 300-319 (zit. Abt).

Antognini Daniel, Die Teilungsklage des schweizerischen Erbrechts, Zürich 2022, *successio* 3 (2024), S. 248-258 (zit. Antognini, Teilungsklage).

1011.Geiger/Keller, S. 262.

1012.Gl.M. Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 45 (betr. Ungültigkeitseinrede).

1013.Antognini, S. 251; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB N. 9h. Vgl. auch BGer 5A_702/2016 vom 28.3.2017 E. 2.4.2 (betr. Ungültigkeitseinrede).

1014.Vgl. hierzu die Kommentierung zu Art. 522 ZGB.

1015.BGer 5A_330/2013 vom 24.9.2013 E. 4.3; OGer ZH LB120007 vom 26.3.2013 E. 3.3.1.1.4; Antognini, Herabsetzung, S. 250.

1016.Vgl. Art. 229 Abs. 1 f. ZPO. Unwahrscheinlich ist, dass eine Herabsetzungseinrede gestützt auf neue Tatsachen und Beweismittel i.S.v. Art. 317 Abs. 1 ZPO erst im (zweitinstanzlichen) Berufungsverfahren (bzw. gestützt auf Art. 99 Abs. 1 BGG erst vor Bundesgericht) vorgebracht werden kann.

Antognini Daniel, Einredeweise Geltendmachung der Herabsetzung nach Art. 533 Abs. 3 ZGB (zit. Antognini, Herabsetzung).

Baumann Lorenz, Das Stichtagsprinzip und seine Tragweite im Ehegüterrecht und im Erbrecht, *successio* 3 (2024), S. 220-240 (zit. Baumann, Stichtagsprinzip).

Baumann Lorenz, Kleiner Restnachlass – Grosse Ausgleichungsforderung, Risiken unklarer bzw. unvollständiger Erbteilungen, BGer 5A_288/2017, *successio* 1 (2020), S. 58-63 (zit. Baumann, Restnachlass).

Brückner Christian/Weibel Thomas/Pesenti Francesca, Die erbrechtlichen Klagen, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. Brückner/Weibel/Pesenti).

Eggel Martin/Liechti Fabrizio, Fragen zur einredeweisen Geltendmachung der erbrechtlichen Herabsetzung und Ungültigkeit, *successio* 1 (2022), S. 5-25 (zit. Eggel/Liechti).

Eggel Martin, Prozessuale und planerische Herausforderungen bei Ehegatten-Doppelnachlässen, AJP 12 (2024), S. 1286-1305 (zit. Eggel).

Eitel Paul, Willensvollstreckung – Notizen zum Testament von Eugen Huber und zu (weiteren) aktuellen Entwicklungen: in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, *Successio-Schriften Band 4*, Zürich 2021 (zit. Eitel).

1017.BGE 103 II 88 E. 3.c; BGer 5A_330/2013 vom 24.9.2013 E. 4.3; OGer ZH LB120007 vom 26.3.2013 E. 3.3.1.1.4; Antognini, Herabsetzung, S. 250; Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 N. 9; Pichler, S. 67; Wolf/Genna, S. 509. Vgl. auch Eggel/Liechti, S. 17 und 23, zur Frage, ob die Herabsetzungseinrede mittels eines separaten prozessualen Begehrens eingebracht werden muss. Gemäss Antognini, Herabsetzung, S. 250, und Antognini, Teilungsklage, S. 126, erfolgt die Erhebung der Herabsetzungseinrede nicht mittels Rechtsbegehren, sondern in der Begründung der Klageantwort oder Duplik (vgl. auch Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 521 N. 44 [betr. Ungültigkeitseinrede]). Die Herabsetzungseinrede betrifft eine Vorfrage und bildet damit nicht unmittelbaren Gegenstand des Urteilsdispositivs (Antognini, Herabsetzung, S. 257). Vgl. hierzu auch BGE 86 II 451 E. 7, wobei eine Stellungnahme als Einredeerhebung betrachtet worden ist, und Pichler, S. 67, wonach die Einrede auch nachträglich (z.B. im Schlussvortrag der Hauptverhandlung) erhoben werden kann (aus Vorsichtsgründen sei die Einrede jedoch spätestens mit der Replik bzw. Duplik vorzubringen).

Ernst Wolfgang/Zogg Samuel, Kommentierung zu Art. 919 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Ernst/Zogg, Art. 919 ZGB).

Ernst Wolfgang/Zogg Samuel, Kommentierung zu Art. 920 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Ernst/Zogg, Art. 920 ZGB).

Escher Arnold, Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht (Art. 457-536 ZGB), Band II 1/2, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-Escher).

Fankhauser Roland, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 2, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK-Fankhauser, Art. 533 ZGB).

Geiger Alexandra/Keller Stefan, Kryptowährungen in der Nachlassplanung und -abwicklung, successio 3 (2021), S. 259 ff. (zit. Geiger/Keller).

Geiser Thomas/Flückiger Andreas, Ungültigkeits- und Herabsetzungs-Einreden sind gemäss Art. 521/533 Abs. 3 ZGB jederzeit möglich, in: Jusletter vom 4.7.2022 (zit. Geiser/Flückiger).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina/Kocher Moritz, Rechtsbegehren im Erbrecht, successio 1 (2018), S. 4-30 (zit. Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher).

Jungo Alexandra, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Jungo).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 521 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 521 ZGB).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 533 ZGB).

Pichler Markus, Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage, *Anwaltsrevue* 2 (2020), S. 63-68 (zit. Pichler).

Schmid Jörg/Jungo Alexandra/Hürlimann-Kaup Bettina, ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB).

Seiler Benedikt/Sutter-Somm Thomas/Ammann Dario, Die Ungültigkeit der Verfügungen, Art. 519-521 ZGB, in: Regina Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bern 2023 (zit. Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 519 ff. ZGB).

Spirig Sandra, Der «Doppelnachlass» – Themen und Fallstricke bei der Abwicklung von Ehegattennachlässen, *successio* 2 (2022), S. 96-109 (zit. Spirig).

Strazzer René, Der virtuelle Erbe – eine Rechtsfigur mit prozessualen Tücken für den Anwalt, *successio* 1 (2010), S. 147-152 (zit. Strazzer, Virtuelle Erbe).

Strazzer René, Zwei verwirkte Herabsetzungsklagen, BGer 5A_357/2016 und BGer 5A_466/2016, *successio* 4 (2017), S. 300-308 (zit. Strazzer, Herabsetzungsklagen).

Strazzer René/Zeiter Alexandra, «Neues vom virtuellen Erben», *successio* 2 (2013), S. 142-148 (zit. Strazzer/Zeiter).

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, *Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht*, Band IV/1, Basel 2012 (zit. Wolf/Genna).

Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie, *Schweizerisches Erbrecht*, 3. Aufl., Bern 2024 (zit. Wolf/Hrubesch-Millauer).