

Sonderdruck aus

successio-Schriften 4

Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker

Festschrift für Hans Rainer Künzle

Herausgeben von:

Peter Breitschmid, Paul Eitel, Alexandra Jungo

Die Erbstiftung im Internationalen Privatrecht

Dominique Jakob

Schulthess §

Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker

Festschrift für Hans Rainer Künzle

Herausgegeben von

Peter Breitschmid, Paul Eitel, Alexandra Jungo

Schulthess § 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2021
ISBN 978-3-7255-8246-4

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV

WALTER BOENTE

Der höchstpersönliche Willensvollstrecker	1
--	----------

PETER BREITSCHMID

Das Testament und seine Vollstrecker in der (nicht-juristischen) Literatur	15
---	-----------

DANIELA DARDEL

Die Unternehmensnachfolge <i>de lege lata et ferenda</i> – unter besonderer Berücksichtigung der Rolle des Willensvollstreckers	45
--	-----------

PAUL EITEL

Willensvollstreckung – Notizen zum Testament von Eugen Huber und zu (weiteren) aktuellen Entwicklungen	75
---	-----------

ROLAND FANKHAUSER/MELISSA BUSER

Das eigenhändige Testament ohne Unterschrift	97
---	-----------

XI

BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/PHILIPP EBERHARD

**«Letzter Wohnsitz» nach schweizerischem IPRG und «letzter
gewöhnlicher Aufenthalt» gemäss EU-Erbrechtsverordnung** 111

HAROLD GRÜNINGER

Familienstiftungen in der Nachlassplanung 153

DOMINIQUE JAKOB

Die Erbstiftung im Internationalen Privatrecht 171

ALEXANDRA JUNGO

**Pflichtteile bei voller Vorschlagszuweisung – die Klärung durch die
Erbrechtsrevision** 193

WALTER KRUG

**Die Europäische Güterrechtsverordnung und ihre Auswirkung auf
das deutsche Erbrecht** 219

DANIEL LEU/DANIEL GABRIELI

Statutenänderungen bei Familienstiftungen 277

DENIS PIOTET

**Mission prolongée de l'exécuteur testamentaire et unanimité des
héritiers au partage** 297

WOLFGANG REIMANN

**Die Stiftung von Todes wegen in Deutschland – schwieriger als
gedacht!** 307

KURT SIEHR

Die güterrechtliche Erhöhung des Erbteils eines Ehegatten nach § 1371 Abs. 1 BGB und deren Bedeutung für den deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr 327

RENÉ STRAZZER/PHILIP R. BORNHAUSER

Die Absetzung des Willensvollstreckers im Beschwerdeverfahren vor der Aufsichtsbehörde 341

BENNO STUDER

Willensvollstreckung und bäuerliches Pacht- und Bodenrecht 363

KINGA M. WEISS/VANGELIS KALAITZIDAKIS

Berechtigung des ausländischen Willensvollstreckers am Nachlass und seine Verfügungsmacht darüber 387

STEPHAN WOLF/YANNICK MINNIG

Grundlagen des Erbenscheins – insbesondere sein personeller Inhalt unter Berücksichtigung der Stellung des gemäss Art. 473 ZGB nutzniessungsberechtigten Ehegatten 425

ALEXANDRA ZEITER/SALOME BARTH

Der Willensvollstrecker und das Pflichtteilsvermächtnis 445

Die Erbstiftung im Internationalen Privatrecht

DOMINIQUE JAKOB*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung und Hintergrund.....	172
II. Sinn und Zweck der Stiftung von Todes wegen.....	174
1. Gestaltungsmotive bei der Stiftung unter Lebenden.....	174
2. Gestaltungsmotive bei der Stiftung von Todes wegen	176
III. Gestaltungsfragen und Nachlassplanung	177
1. Stiftungsrechtlicher Beratungsbedarf und Gestaltungsalternativen.....	177
2. Einbettung in die Nachlassplanung	178
IV. Die Erbstiftung im Internationalen Privatrecht	180
1. Zusammenspiel der Statute.....	180
2. Ausländische Erbstiftung in einer Schweizer Verfügung von Todes wegen.....	180
3. Schweizer Erbstiftung in einer ausländischen Verfügung von Todes wegen.....	183
4. Anerkennung einer im Ausland errichteten, existierenden Erbstiftung in der Schweiz	185
5. Anerkennung einer in der Schweiz errichteten, existierenden Erbstiftung im Ausland	186
V. Ausblick.....	187
Literaturverzeichnis.....	188

* Prof. Dr. iur., M.I.L. (Lund), Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich.

I. Einleitung und Hintergrund

Nach Art. 493 Abs. 1 ZGB ist der Erblasser «befugt, den verfügbaren Teil seines Vermögens ganz oder teilweise für irgendeinen Zweck als Stiftung zu widmen». Neben der Errichtung einer Stiftung zu *Lebzeiten* kennt das ZGB also auch die Errichtung einer Stiftung *von Todes wegen* als erbrechtliche Verfügungsart, für welche Art. 81 Abs. 1 ZGB die Verfügungsformen der letztwilligen Verfügung sowie seit 2006 des Erbvertrags zur Verfügung stellt. Die Stiftung von Todes wegen wird in (nicht in jedem Fall treffender)¹ Kurzversion auch «Erbstiftung» genannt.² Es handelt sich hierbei nicht um eine stiftungsrechtliche Sonderform (wie etwa die Familienstiftung), sondern lediglich um eine besondere Errichtungsform für das Stiftungsgeschäft, mit dem Sinn und Zweck, dass die Stiftung (erst) mit dem Ableben des Erblassers errichtet werden soll.

Die Erbstiftung fristet eine Art Schattendasein – jedenfalls im Vergleich zur deutlich präsenteren Stiftung unter Lebenden, nicht nur in der Wissenschaft,³ sondern auch in der Praxis. Und in der Tat ist ihre Errichtung bisweilen mit Unsicherheiten verbunden: Stiftungsgeschäfte in handschriftlichen Laientestamenten können schwierige Abgrenzungs- und Auslegungsfragen bergen. Daneben bestehen folgende Problempunkte: Wie ist ein Stiftungsgeschäft von Todes wegen auszulegen? Wann genau entsteht die Stiftung von Todes wegen (mit dem Erbfall oder erst mit Eintragung?) und wie können faktische Entstehungshindernisse minimiert werden? Was kann an die Nachwelt (und etwa auch einen Willensvollstrecker) delegiert werden, und was gehört zu den in der Verfügung zwingend zu regelnden *essentialia negotii*? Auf was genau bezieht sich das erbrechtliche Formerfordernis: auf alle Stiftungsdokumente inkl. Reglemente oder können die Reglemente auch ausserhalb der Verfügung beigegeben werden (was verhindern kann, dass diese im Handelsregister erscheinen)? Diese Unsicherheiten beschlagen zum Teil eher dogmatische, zum Teil aber auch praktisch wichtige Fragen und führen in der Beratungspraxis häufig (und häufig zu Recht) dazu, dass im Zweifel zu einer Stiftungserrichtung zu Lebzeiten geraten wird. Dennoch gibt es einige und zum Teil sehr legitime Gestaltungsbedürfnisse, die eine Stiftungserrichtung von Todes wegen bedingen und denen auch in diesem Beitrag nachgegangen wird.

Indes: Ein zentraler Aspekt der Erbstiftung ist in der schweizerischen (aber auch internationalen) Literatur bislang so gut wie gar nicht beleuchtet worden: Wie ist

¹ BSK-GRÜNINGER, N 1 zu Art. 493 ZGB; BSK-GRÜNINGER, N 5 ff. zu Art. 81 ZGB.

² Begriffsprägend ZEITER.

³ Abgesehen natürlich von der heute noch wertvollen monographischen Abhandlung von ZEITER.

eine Erbstiftung zu behandeln, wenn sie eine grenzüberschreitende Komponente aufweist? Dies betrifft die noch einigermaßen gewöhnliche Frage, ob eine existierende, im Ausland von Todes wegen errichtete Stiftung in der Schweiz anzuerkennen ist oder ob ihr Schweizer Pendant im Ausland Bestand haben wird. Sie wird aber exotisch, wenn man die Perspektive der Nachlassplanung einnimmt und fragt, ob in einem Schweizer Testament auch eine Erbstiftung nach ausländischem Recht errichtet werden kann, oder ob umgekehrt eine in einem ausländischen Testament verfügte Erbstiftung Schweizer Rechts in der Schweiz wirksam zur Entstehung gebracht werden kann?

Die Nichtbeachtung dieser internationalen Komponente gilt freilich nicht für den Jubilar. HANS RAINER KÜNZLE hat in seiner umfassenden Einleitung im PraxKomm Erbrecht kurz und bündig darauf hingewiesen, dass «der schweizerische Erblasser in der Schweiz auch eine liechtensteinische Stiftung letztwillig gründen kann, weil das schweizerische Erbrecht dies nicht verbietet und das liechtensteinische Stiftungsrecht dies erlaubt».⁴ Es soll in den folgenden Seiten darum gehen, nicht zuletzt diese These zu verifizieren und die ihr zugrunde liegenden Rechtsgrundlagen zu analysieren. Insgesamt umfasst das Thema Fragen, die zu den Lieblingsgebieten des Jubilars gehören: das Erbrecht, das Stiftungsrecht, die Nachlassplanung sowie das Internationale Privatrecht – Gebiete, die wir in unserer Vorlesung «Nachlassplanung» an der Universität Zürich über viele Jahre gemeinsam vertreten haben. Und so ist ihm dieser Beitrag zu seinem Ehrentag gewidmet.

⁴ PraxKomm Erbrecht-KÜNZLE, N 51 der Einleitung.

II. Sinn und Zweck der Stiftung von Todes wegen

1. Gestaltungsmotive bei der Stiftung unter Lebenden

Denkt man aus der Perspektive eines Stifters (und damit zugleich derjenigen seines Beraters), wird im Regelfall die Stiftungserrichtung unter Lebenden einer Erbstiftung vorzuziehen sein.⁵ Der Stifter kann die Stiftungserrichtung sowie die erste Zeit der Stiftungsführung eigenhändig begleiten und auf den gewollten Weg bringen. Er kann noch eine aktive Rolle in der Stiftung spielen, als Stiftungsrat⁶ den Stifterwillen «leben», seine Konturen prägen und ihm dadurch nachhaltigen Respekt bei den nachfolgenden Generationen verschaffen; er kann etwaige Unsicherheiten oder Streitfragen klären, bei entsprechender Statutengestaltung die Reglemente nach ersten Erfahrungen justieren oder sogar ein vorbehaltenes Zweckänderungsrecht nach Art. 86a ZGB ausüben. Auch Zweifelsfragen mit Aufsichts- und Steuerbehörden, seien sie im Errichtungsstadium bei der Vorprüfung oder zu Beginn der laufenden Stiftungstätigkeit, kann der Stifter eigenhändig lösen und nicht zuletzt auch die Vermögensausstattung überprüfen.⁷ Bei Erbstiftungen bleibt lediglich die Möglichkeit, den Stifterwillen anhand der vorhandenen Dokumente auszulegen⁸ und die Stiftung ggf. nachträglich an aktuelle Gegebenheiten anzupassen, was jedoch Konfliktpotential und rechtliche Schwierigkeiten bergen kann.⁹

⁵ So auch die allgemeine Ansicht in Wissenschaft und Praxis; siehe etwa GRÜNINGER, *successio* 2010, S. 48; LEHMANN/HAHN, S. 50.

⁶ Siehe zur Rolle des Stifters in der Stiftung, in der er an seinen ursprünglichen Errichtungswillen gebunden ist und (ausser bei Vorbehalt eigentlicher Stifterrechte) als «Dritter» agiert, JAKOB, *Schutz der Stiftung*, S. 103 ff., 105, 114, 128 f. und JAKOB, *Stifterrechte*, S. 106 f.

⁷ Genügt hingegen bei der Erbstiftung das Vermögen im Entstehungszeitpunkt der Stiftung nicht zur Erfüllung des Stiftungszwecks oder ist es nicht genügend bestimmt bzw. bestimmbar, kann trotz bestehenden Stiftungswillens die Erbstiftung scheitern. Die Verfügung von Todes wegen wird dann allerdings nicht als ungültig betrachtet; vielmehr hat die zuständige Aufsichtsbehörde das Vermögen dem Willen des Erblassers möglichst entsprechend zu verwenden, vgl. SPRECHER, S. 545.

⁸ Siehe zur Auslegung im Stiftungskontext KUKO-GRÜNINGER, N 6 zu Art. 493 ZGB.

⁹ Immerhin kann diesem Umstand aus erbrechtlicher Perspektive teilweise durch die Einsetzung eines Willensvollstreckers, der den tatsächlichen Willen des Stifters genau kannte, begegnet werden; BK-KÜNZLE, N 1, 11 der Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB; SPRECHER, S. 548. Echte stiftungsrechtliche Defekte, die erst nach Errichtung auftreten, können auf diese Weise freilich nicht verhindert werden.

Auch technisch stellt die Stiftungerrichtung unter Lebenden grundsätzlich den leichter zu überblickenden Vorgang dar. Rechtsunsicherheiten betreffend Errichtungsform¹⁰ und Errichtungszeitpunkt¹¹ der Stiftung von Todes wegen können vermieden werden, ebenso wie der unsichere Schwebezustand bis zur tatsächlichen Invollzugsetzung.¹² Immerhin ist seit der Stiftungsrechtsreform zum Jahre 2006 der Mechanismus des Art. 81 Abs. 3 ZGB installiert, der die Behörde, welche die Verfügung von Todes wegen eröffnet, verpflichtet, dem Handelsregisterführer die Errichtung der Stiftung mitzuteilen, damit die Erben die angeordnete Stiftung nicht unter den Tisch fallen lassen können. Der Handelsregisterführer informiert dann die Aufsichtsbehörde, welche ihrerseits die Übernahme der Aufsicht bestätigen muss.¹³

Die Vorteile der Stiftung unter Lebenden werden prima facie auch aus nachlass- und vermögensplanerischen Gesichtspunkten bestätigt. Nur durch frühzeitige lebzeitige Gestaltung können die Fristen der Art. 527 Ziff. 3 und Art. 208 Ziff. 1 ZGB zum Einsatz gebracht werden. Soll Vermögen zudem zur weiteren Lebensgestaltung zurückbehalten werden (was unabhängig aller mit der Stiftung verfolgten Ziele immer anzuraten ist)¹⁴, kann der Rest auch von Todes wegen an die bestehende Stiftung zugewendet werden.¹⁵ Auch Rentenansprüche oder sonstige Sonderrechte können vorbehalten werden.¹⁶

¹⁰ Siehe zur Errichtung einer Stiftung von Todes wegen mittels Testaments und (seit der Stiftungsrechtsreform 2006 auch gesetzlich verankert) mittels Erbvertrags und den damit verbundenen Unsicherheiten bei vor dem Inkrafttreten der Revision durch Erbvertrag verkündeten Stiftungen BSK-GRÜNINGER, N 9 ff. zu Art. 81 ZGB. Zum Formproblem im Hinblick auf die Reglemente bei der Errichtung durch Verfügung von Todes wegen siehe BSK-GRÜNINGER, N 5 zu Art. 81 ZGB m.w.N.

¹¹ Siehe zur umstrittenen Problematik des Entstehungszeitpunkts einer Stiftung von Todes wegen statt aller BSK-Grüniger, N 15 zu Art. 81 ZGB m.w.N., wonach einer Erbstiftung bereits vor dem Eintrag im Handelsregister bedingte Rechtsfähigkeit zukommen soll.

¹² Siehe hierzu BGer 5A_185/2008; GRÜNINGER, *successio*, S. 48.

¹³ Vgl. näher Art. 96 HRegV sowie BSK-GRÜNINGER, N 17a zu Art. 81 ZGB. Indes: Auch wenn die in Art. 81 Abs. 3 ZGB vorgesehene Mitteilung unterbleiben sollte, bedürfen durch eigenhändiges Testament verfügte Erbstiftungen zu ihrer Errichtung nicht nochmals einer öffentlichen Beurkundung, vgl. OGer ZH LB130067 E. III. 4.

¹⁴ KUKO-JAKOB, N 1 ff. der Einleitung Erbrecht.

¹⁵ BSK-GRÜNINGER, N 6 zu Art. 81 ZGB; KUKO-JAKOB, N 3 zu Art. 81 ZGB; vgl. BGE 99 II 246; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, Frage 69. Siehe allgemein zur Nachlassplanung mittels Stiftungen PIOTET, S. 16.

¹⁶ SPRECHER, S. 548.

2. Gestaltungsmotive bei der Stiftung von Todes wegen

Gleichwohl gibt es Fälle, in denen sich die Erbstiftung trotz der genannten Bedenken anbietet. Diese können vor allem in den persönlichen Verhältnissen der Stifter begründet liegen. Möglicherweise fühlt sich ein potenzieller Stifter zu jung (oder aus anderen Gründen nicht bereit), um bereits eine Stiftung zu Lebzeiten zu errichten oder zu führen, möchte aber sein Vermögen, sein Unternehmen, seine Ideen oder seine Familie gleichwohl für den Todesfall in Form einer Stiftung absichern. Viele vermögende Personen führen ein Leben auf der «Rasierklinge» (Risikosportart, Privatfliegerei, Helikopterflüge auch bei schlechten Wetterbedingungen etc.), und weil der Todeszeitpunkt nicht vorhersehbar ist, so bleibt gleichsam nur die reserveartige Verfügung einer Stiftung in der Verfügung von Todes wegen.

Daneben, oder auch unabhängig davon, können Aspekte der Vertraulichkeit und des Familienfriedens bestehen: Der Stifter möchte sich Diskussionen und Anfeindungen im Familienkreis, in der Öffentlichkeit, im Unternehmen etc. ersparen, insbesondere wenn «unpopuläre» Entscheidungen die Stiftungsgestaltung begleiten. Eine Erbstiftung kann bis zum Todesfall gänzliche Vertraulichkeit gewährleisten, wenn sie erst bei der Testamentseröffnung¹⁷ ans Tageslicht kommt. Möglicherweise sollen auch gewisse Vermögensgegenstände, die in die Stiftungsgestaltung eingehen sollen, durch lebzeitige Massnahmen nicht tangiert werden, etwa weil sie Bestandteil von ggf. heikler Litigation oder anderen Verfahren sind. Oder das Vermögen ist aus anderen Gründen noch im Einsatz oder wird zur Gänze gebraucht. Ferner kann ein Stifter auch unabhängig von diesen Gründen einfach nicht den Wunsch haben, zu Lebzeiten tätig zu werden.

Weniger erfreulich als mangelnde Lust sind faktische Umstände, die eine Stiftungserrichtung zu Lebzeiten verhindern können. Eine solche benötigt Zeit, die einem Stifter etwa aufgrund einer rasch fortschreitenden Krankheit oder sonst fehlenden logistischen Möglichkeiten möglicherweise nicht mehr gewährt ist. Der Lockdown während der Covid-19-Pandemie hat gezeigt, dass es auch heutzutage Fälle geben kann, in denen ein Handeln auf den normalen Dienstleistungskanälen erschwert und, ggf. in Verbindung mit einem schnell fortschreitenden Krankheitsverlauf, eine Stiftungserrichtung zu Lebzeiten verhindert wird. In solchen Fällen – man denke an einen kurzfristig bevorstehenden Anschluss an ein Atemgerät – bleibt lediglich die Stiftungserrichtung durch handschriftliches (oder sogar nur durch ein Not-)Testament.

¹⁷ Siehe zur Eröffnung KUKO-KÜNZLE, N 1 ff. zu Art. 557 ZGB.

Wird die Stiftung indes ohne Interaktion mit den Behörden (insbesondere Aufsichts- und Steuerbehörden im Rahmen der jeweiligen Vorprüfung)¹⁸ errichtet und erfolgt keine notarielle Beurkundung (mit der einhergehenden Warn- und Aufklärungsfunktion), ist es freilich umso wichtiger, die Errichtungsvoraussetzungen, Möglichkeiten und Fallstricke zu kennen. Auf die dogmatisch-technischen Fragen kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Bevor jedoch der spezifische Blick auf den internationalen Kontext gerichtet wird, soll ein Überblick über stiftungsrechtliche und erbrechtliche Gestaltungsfragen gegeben werden.

III. Gestaltungsfragen und Nachlassplanung

1. Stiftungsrechtlicher Beratungsbedarf und Gestaltungsalternativen

Wenngleich auch bei der Stiftung von Todes wegen der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit in Bezug auf die *essentialia negotii* gilt, ist eine umfassende Beratung möglich und angezeigt. Eine «Laienstiftung» von Todes wegen in Form eines (meist handschriftlichen) Testaments ist noch gefährlicher als eine solche unter Lebenden. Zwar sind lediglich die unzweideutige Festlegung der «Stiftungsart» durch ein klares Stiftungsgeschäft und die *essentialia negotii* (ein ausreichend bestimmter Zweck sowie ein gewidmetes Vermögen) die Mindestvoraussetzungen für die Wirksamkeit der Stiftungserrichtung.¹⁹ Da der Erbstitfer die Stiftung aber nicht «begleiten» kann, ist zumeist anzuraten, die entscheidenden Merkmale und Stiftervorgaben *lege artis* im Stiftungsgeschäft zu verankern (z.B. Arten der Zweckerfüllung; Anlagepolitik; Vorgaben für die [Family] Governance wie etwa Wahlvorgaben, Nachfolgeregelungen etc.) bzw. in ein begleitendes Reglement zu gießen.²⁰

¹⁸ Selbstverständlich ist nicht ausgeschlossen, auch bei einem Stiftungsgeschäft von Todes wegen ein freiwilliges Vorprüfungsverfahren bei der Aufsichtsbehörde zu durchlaufen und eine Zusicherung der Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit einzuholen. Dies wird in der Regel jedoch nur dann vordringlich oder eben noch möglich sein, wenn kein Fall der reinen Reserveerrichtung oder der kurzfristigen Noterrichtung vorliegt.

¹⁹ Dies sollte *de lege ferenda* klargestellt werden; siehe dazu JAKOB, Jusletter, N 16 f.

²⁰ Zum Formproblem im Hinblick auf die Reglemente bei der Errichtung durch Verfügung von Todes wegen siehe BSK-GRÜNINGER, N 5 zu Art. 81 ZGB m.w.N.; ZEITER, N 497 ff.; BK-RIEMER, N 29 zu Art. 81 ZGB; ZK-EGGER, N 5 zu Art. 81 ZGB.

Zudem ist nicht jede Stiftung, auch und erst recht nicht jede Erbstiftung, eine sinnvolle Stiftung, so dass eine Beratung auch mögliche Alternativen zur gewünschten Gestaltung sowie insgesamt zur selbständigen Stiftung enthalten sollte: Handelt es sich bei dem geplanten Vorhaben überhaupt um einen sinnvollen Stiftungszweck, der auch nachhaltige Wirkung entfalten kann? Wird für diesen Zweck ein ausreichendes Vermögen gewidmet – dies vor dem Hintergrund, dass sich eine eigene (jedenfalls Förder-)Stiftung erst ab einem Stiftungsvermögen von ca. CHF 10 Mio. lohnt, falls es sich nicht um eine Verbrauchsstiftung handeln soll?²¹ Wäre es sinnvoller, eine bereits bestehende Stiftung zu bedenken, ggf. in Form einer unselbständigen Stiftung von Todes wegen? Sollte dies eine dienstleistende Dachstiftung sein oder lieber eine real wirtschaftende Förderstiftung (im Bereich der Hochschulförderung etwa eine Universitätsstiftung), innerhalb welcher eine unselbständige Stiftung als «Themenfonds» eingerichtet werden kann? Im letzteren Fall: Ist die gewählte Trägerstiftung auch rechtlich imstande und tatsächlich bereit dazu, gerade diese Zuwendung anzunehmen und nach den entsprechenden Vorgaben zu verwalten? Schliesslich ist, wenn die Stiftung gemeinnützig sein soll, ein wachsames Auge auf die Kriterien der Steuerbefreiung zu richten, denn die Vorstellungen über die Gemeinnützigkeit von Stiftern und Steuerbehörden sind nur in den seltensten Fällen deckungsgleich.

2. Einbettung in die Nachlassplanung

Daneben ist es von elementarer Bedeutung, die Stiftungerrichtung in die übrige Nachlassplanung einzubetten. Dies beginnt wie gesehen bei der Wahl der Stiftung von Todes wegen oder einer Errichtung unter Lebenden (ggf. mit nachträglicher Widmung des verbleibenden freien Vermögens von Todes wegen). Naturgemäss sind die Pflichtteile zu beachten, denn eine Stiftung von Todes wegen kann die Zuwendung nicht ausschlagen,²² jedoch von Herabsetzungs- und Ungültigkeitsklagen überzogen werden, womit bei fehlender finanzieller Vorkehrung auch eine gut gemeinte Stiftungerrichtung letztlich scheitern kann. Zu beachten ist hierbei, dass die Begünstigungen von Familienmitgliedern aus der Stiftung in aller Regel nicht auf die Pflichtteile anrechenbar sind («biens aisément négociables»-Doktrin).²³ Nicht nur, aber vor allem bei drohenden Herabsetzungsprozessen ist es somit elementar, der Stiftung die nötige Liquidität mitzugeben, um die Pflichtteile

²¹ SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, S. 25.

²² BSK-GRÜNINGER, N 7 zu Art. 493 ZGB; CHK-KÜNZLE, N 9 zu Art. 493 ZGB; BK-WEIMAR, N 23 zu Art. 493 ZGB m.w.N.; ZK-ESCHER, N 6 zu Art. 493 ZGB.

²³ EITEL/BRAUCHLI, S. 134 f.; JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 281 ff.; zur Doktrin im Allgemeinen RUMO-JUNGO, S. 18; BGE 70 II 142 E. 2.

(im Schweizer Recht derzeit noch bis zu $\frac{3}{4}$ des Nachlasses)²⁴ zu erfüllen. Auch Stiftungen, deren Stiftungsvermögen z.B. nur aus einer Kunstsammlung oder einem (ggf. sogar angeschlagenen) Unternehmen besteht, können schnell in finanzielle Überlebensprobleme geraten oder gezwungen sein, das eigentlich dem Zweck nach zu erhaltende Vermögen zu zerschlagen und (zumindest in Teilen) abzustossen. Bei Unternehmensstiftungen ist zudem zu beachten, dass der Wert eines der Stiftung gewidmeten Unternehmens zum Todestag bestimmt wird²⁵ (dies kann je nach Konstellation die Auszahlung von Pflichtteilen bei sinkendem Wert des gehaltenen Unternehmens erschweren). Schliesslich ist an die Steuern zu denken, welche bei nicht steuerbefreiten Stiftungen einen erheblichen Betrag ausmachen können.²⁶

Möglicherweise können angriffslustige Familienmitglieder mit einer «privatorischen Klausel»²⁷ von Angriffen gegenüber der Stiftung abgehalten werden. Im Zweifel ist für eine nachhaltige Stiftungsgestaltung bei nicht ausreichendem Vermögen aber ein Pflichtteilsverzicht nötig, welcher in der Praxis oft schwierig zu erlangen ist. Hier gilt es, ein attraktives Paket zusammenzustellen: Cash, Gegenstände mit Affektionsinteresse (Ferienhaus, Kunst), Begünstigungen aus der Stiftung, vor allem aber auch Leitungspositionen in der Stiftung können je nach Art der emotionalen Konditioniertheit der Pflichtteilsberechtigten den Ausschlag geben. Auch an Sonderrechte innerhalb der Stiftung wäre zu denken (z.B. Renten, lebenslange Wohnrechte für Ehegatten/Partner etc.). Im besten Fall ist die Stiftung proaktiv in eine möglichst umfassende «Family Governance» einzubinden.²⁸

Eine Erbstiftung, die aus erb- und stiftungsrechtlicher Sicht nachhaltig funktionieren soll, ist somit schon ohne Auslandsbezug eine anspruchsvolle Gestaltung mit hohem Beratungsbedarf.

²⁴ Vgl. zur Revision HENNINGER, S. 291 f.

²⁵ HÖSLY/FERHAT, S. 113; KUKO-GRÜNINGER, N 2 zu Art. 474 ZGB.

²⁶ Siehe hierzu SPRECHER, S. 550. Siehe zum Überblick über die Erbschaftssteuer FISCHER/RAMP/TRUTMANN, § 10 N 36 ff.; KÜNZLE/CICA/LYK/WEBER, S. 145 ff.

²⁷ Vgl. BESSENICH, S. 1093.

²⁸ JAKOB, Trusts & Trustees, S. 4 ff.

IV. Die Erbstiftung im Internationalen Privatrecht

Wie bereits angedeutet, können jedoch auch bei der Errichtung einer Erbstiftung grenzüberschreitende Sachverhalte auftreten. Diese können gegenüber den allgemeinen Fragen des Internationalen Privatrechts der Stiftung nochmals einige Besonderheiten bergen, was mit dem Zusammenspiel zahlreicher «Statute»²⁹ zusammenhängt, die wie bei jeder IPR-Prüfung gleichsam einem Puzzle zusammengesetzt werden müssen, um das für den jeweiligen Sachverhalt anwendbare Recht zu ermitteln.

1. Zusammenspiel der Statute

Das Erbstatut (aus Schweizer Sicht ermittelt nach den Art. 90 ff. IPRG durch Regelanknüpfung an den letzten Wohnsitz des Erblassers) bestimmt, welche Verfügungsarten von den jeweiligen Rechtsordnungen zur Verfügung gestellt werden, also etwa, ob im jeweils zur Anwendung berufenen rechtlichen «Werkzeugkasten» das Werkzeug «Erbstiftung» liegt, so wie dies im Schweizer Recht nach Art. 493 ZGB der Fall ist. Das Stiftungsstatut (aus Schweizer Sicht ermittelt nach der sog. Gründungstheorie i.S.v. Art. 154 Abs. 1 IPRG) legt fest, auf welche Weise eine Stiftung wirksam errichtet wird und welche Stiftungsgestaltungen zulässig sind. Die Formwirksamkeit des Testaments ist nach dem Formstatut (Art. 93 IPRG) zu prüfen,³⁰ während dem Personal- bzw. Verfügungsfähigkeitsstatut (Art. 94 IPRG bzw. Art. 35 IPRG) zu entnehmen ist, ob der Erblasser Verfügungsfähig war. Bei einer Stiftungserrichtung durch Erbvertrag kann die Sonderanknüpfung für das Erbvertragsstatut (Art. 95 IPRG) Relevanz gewinnen. Die Eintragungsvoraussetzungen in ein Schweizer Register werden sodann nach Schweizer Recht geprüft und das Eintragungsverfahren gemäss schweizerischem Recht als *lex fori* vollzogen.

2. Ausländische Erbstiftung in einer Schweizer Verfügung von Todes wegen

Vor diesem Hintergrund ist die erste zentrale Frage, ob in einer *Schweizer* Verfügung von Todes wegen (beispielsweise einem Testament nach Art. 498, 505 ZGB) eine wirksame Erbstiftung nach *ausländischem*, etwa liechtensteinischem Recht errichtet werden kann. Diese würde sich bekanntlich vor allem dann anbieten, wenn eine Familienstiftung mit Unterhaltscharakter geschaffen werden soll,

²⁹ Siehe zum Begriff des «Statuts» im Internationalen Privatrecht SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 82, 89, 113 f.

³⁰ Siehe dazu ZK-KÜNZLE, N 3 ff. zu Art. 93 IPRG.

was im Schweizer Recht nach der (freilich seit jeher fraglichen und hoch umstrittenen)³¹ Rechtsprechung³² mit Art. 335 ZGB kollidiert.³³

Ist Erbstatut das Schweizer Recht, sieht dieses die *Stiftung von Todes wegen* vor (Art. 493 ZGB) – die Erbstiftung ist also im Werkzeugkasten ausdrücklich enthalten (anders als der Trust, bei dem die Gründung in Schweizer Testamenten umstritten ist, aber überwiegend bejaht wird)³⁴. Ob hierunter auch Erbstiftungen *ausländischen* Rechts fallen, ist damit nicht gesagt, im Ergebnis aber zu bejahen. Zum einen ist zu konstatieren, dass in Schweizer Testamenten über die Mechanismen des IPR durchaus fremdes Erbrecht zur Anwendung gebracht werden kann (siehe die Möglichkeiten der Rechtswahl) – das Integrieren ausländischer Rechtsinstitute ist einer Schweizer Verfügung also keineswegs fremd. Anders als die Wahl ausländischen Erbrechts (Erbstatut) ist die Wahl ausländischen Stiftungsrechts (Stiftungsstatut) indes nicht an die Art. 90 ff. IPRG gebunden; vielmehr sind ausländische Stiftungsrechte im Grundsatz frei wählbar: Das Stiftungsstatut richtet sich nach der Gründungstheorie (Art. 154 IPRG), und ausländische Stiftungen sind im Schweizer Recht bei Einhaltung der Kriterien des Stiftungsstatuts grundsätzlich anzuerkennen, so dass aus Sicht des Schweizer (Erb-)Rechts nichts dagegen spricht, ein ausländisches Stiftungsstatut zum Einsatz zu bringen, *ohne* dass ein paralleles ausländisches Erbstatut gewählt wird. Auch bei der (in Teilen gleichlaufenden) Diskussion um die Zulässigkeit der Errichtung eines ausländischen Trusts in einer Schweizer Verfügung von Todes wegen wird dessen Zulässigkeit zwar von einigen Stimmen abgelehnt, aber nicht deswegen in Frage gestellt, weil ein ausländisches Recht zur Anwendung gebracht würde.³⁵ Und es wird sogar von einigen Autoren, wie eingangs gesehen nicht zuletzt vom Jubilar selbst,³⁶ ausdrücklich vertreten, dass sich ausländische Stiftungen direkt unter

³¹ Krit. hierzu etwa JAKOB, *Stiftung und Familie*, S. 73; DERS., FS Coester-Waltjen, S. 132; GUTZWILLER, S. 1563 f.; OPEL, S. 23 ff.; KÜNZLE, FS Riemer, S. 173 ff.; HAMM/PETERS, S. 248 ff.; BONETTI, S. 122 ff.

³² Das BGer hat diese Rechtsprechung seit einem Leitentscheid (BGE 71 I 265 E. 1, steuerrechtlicher Kontext) trotz wiederholter und berechtigter Kritik in der Literatur mehrfach bestätigt. Vgl. BGer 2C_157/2010; 2C_163/2010 E. 11.3 (ebenfalls steuerrechtlicher Kontext); BGE 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.

³³ Siehe allgemein zu deren Anerkennung JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung*, N 50; KUKO-JAKOB, N 4 zu Art. 335 ZGB.

³⁴ Dazu ausführlich JAKOB/PICHT, S. 855; PraxKomm Erbrecht-KÜNZLE, N 51 der Einleitung.

³⁵ Siehe zum Überblick über den Meinungsstand JAKOB/PICHT, S. 855, welche ihrerseits die Ansicht vertreten, dass sich die Frage der Zulässigkeit eines testamentarischen Trusts ohnehin nach dem Stiftungs- bzw. Truststatut richtet.

³⁶ Siehe unter I.

Art. 493 ZGB subsumieren lassen.³⁷ Ferner ist Art. 335 ZGB keine «loi d'application immédiate», die einer Unterhaltserbstiftung ausländischen Rechts über Art. 493 Abs. 2 ZGB und Art. 18 IPRG zwingend entgegenzuhalten wäre.³⁸ Das Stiftungsgeschäft in einer Schweizer Verfügung von Todes wegen ist also ebenso wirksam, wenn man es einem ausländischen Stiftungsstatut unterstellt.

Damit sind die Errichtungsvoraussetzungen des *Stiftungsstatuts* aber noch nicht erfüllt, so dass hierzu das liechtensteinische Stiftungsrecht zu befragen ist. Nach Art. 552 § 15 FL-PGR³⁹ kann eine Stiftung auch im liechtensteinischen Recht durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag entsprechend den hierfür geltenden Formvorschriften errichtet werden. Während bei privatnützigen Stiftungen – nach dem Tod des Stifters – die Gründungsanzeige hinterlegt werden muss, sind gemeinnützige Stiftungen von Todes wegen in das Handelsregister einzutragen, damit sie das Recht der Persönlichkeit erlangen (Art. 552 § 15 Abs. 2 und 3, § 14 Abs. 4 und 5 FL-PGR). Die liechtensteinischen Behörden prüfen hierbei die Formgültigkeit des Testaments nach ihrem Art. 30 FL-IPRG⁴⁰ (und somit dem nach der *lex fori* zu bestimmenden Formstatut). Nicht ersichtlich ist, dass sie die Zulässigkeit der Errichtung auch nach dem aus ihrer Sicht anwendbaren *Erbstatut* prüfen, so jedenfalls die hierzu auffindbaren Stimmen, «weil das Stiftungserrichtungsgeschäft in Bezug auf eine liechtensteinische Stiftung stets liechtensteinischem Recht untersteht».⁴¹ Unstrittig ist freilich, dass die *Konsequenzen* aus dem Erbstatut (etwa aus Schweizer Sicht die Herabsetzungsklage nach Art. 82, 527

³⁷ PraxKomm Erbrecht-KÜNZLE, N 51 der Einleitung; MAYER, S. 165 f.; PERRIN, S. 492.

³⁸ KUKO-JAKOB, N 18 ff. zu Art. 335 ZGB; JAKOB/PICHT, S. 860 ff. (zur Übertragung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den Trust).

³⁹ Art. 552 § 15 FL-PGR hält für die Stiftung von Todes wegen Folgendes fest: «1) Die Stiftung kann auch durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag entsprechend den hierfür geltenden Formvorschriften errichtet werden. 2) Die Eintragung oder die Hinterlegung einer Gründungsanzeige einer durch letztwillige Verfügung errichteten Stiftung kann erst nach dem Tode des Stifters und beim Erbvertrag, wenn dieser es nicht anders bestimmt, eines der Stifter erfolgen. 3) § 14 Abs. 4 und 5 finden entsprechende Anwendung.»

⁴⁰ Art. 30 FL-IPRG zur Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen: «1) Die Testierfähigkeit und die sonstigen Erfordernisse für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, eines Erbvertrags oder eines Erbverzichtsvertrags sind gegeben, wenn die Gültigkeitserfordernisse eines der folgenden Rechte erfüllt sind: a) eines der Heimatrechte des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtshandlung oder im Zeitpunkt seines Todes; b) des Rechts des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtshandlung oder im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; c) des liechtensteinischen Rechts, sofern die Verlassenschaftsabhandlung vor einem liechtensteinischen Gericht durchgeführt wird. 2) Für den Widerruf bzw. die Aufhebung dieser Rechtshandlungen gilt der Abs. 1 sinngemäss.»

⁴¹ GASSER, § 15 N 3; vgl. zum Parallellfall der Trust-Errichtung JAKOB/PICHT, S. 859; siehe dazu auch noch unten unter IV.3.

Ziff. 3 ZGB) wieder nach dem von der jeweiligen *lex fori* anwendbaren Erbstatut zu beurteilen wären, ggf. mit Überlagerung durch den (dem liechtensteinischen IPR seit der Reform 2009 zu eigenen und mit seiner kumulativen Anknüpfung durchaus speziellen) Art. 29 Abs. 5 Satz 2 FL-IPRG,⁴² was Einfluss auf das der Stiftung zugehende Vermögen haben kann.

Im Gesamtergebnis ist die Errichtung einer liechtensteinischen Stiftung von Todes wegen mit Schweizer Testament als Errichtungsgeschäft also möglich; es stellen sich freilich die gleichen Gestaltungs- und Beratungsfragen wie oben. Achtung: Wird indes ein Stiftungsrecht gewählt, welches als Stiftungsstatut andere formelle Voraussetzungen für die Errichtung einer Erbstiftung kennt (z.B. fordert das neue russische Recht zur Erbstiftung⁴³ für die Errichtung einer Erbstiftung stets ein *öffentliches* Testament)⁴⁴, ist zu empfehlen, auch diese einzuhalten (also aus Schweizer Sicht kein handschriftliches Testament zu wählen).

3. Schweizer Erbstiftung in einer ausländischen Verfügung von Todes wegen

Für die Frage, ob in einer *ausländischen* (als Beispiel: nach deutschem Recht errichteten) Verfügung von Todes wegen eine wirksame *Schweizer* Erbstiftung errichtet werden kann, muss wieder grundsätzlich zwischen Erbstatut und Stiftungsstatut unterschieden werden: Für die Stiftungserrichtung als solche ist zunächst nur das Stiftungsstatut relevant. Der Schweizer Handelsregisterführer wird, wenn auf Grundlage des ausländischen Testaments die Eintragung begehrt wird, zunächst prüfen, ob die Voraussetzungen des Schweizer *Stiftungsrechts* eingehalten sind. Zudem ist natürlich die Formwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen nach dem aus Sicht der eintragenden Rechtsordnung (hier der Schweiz) anzuwendenden Formstatut (vgl. Art. 93 IPRG) zu kontrollieren. Ist die Form gewahrt, können auch im Ausland errichtete Stiftungsurkunden – öffentliche Urkunden oder Verfügungen von Todes wegen – Grundlage des Handelsregistereintrags für inländische juristische Personen sein, jedenfalls dann, wenn sämtliche im Handelsregister einzutragenden Tatsachen mit der ausländischen Stiftungsurkunde belegt werden können.⁴⁵

⁴² Hierzu JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung, N 691; JAKOB, Stiftungsrecht 2019, § 30 N 155.

⁴³ Hierzu im Überblick KIRILLOVA, S. 33 ff.; AYUSHEEVA, S. 100 ff.

⁴⁴ Art. 1124 Abs. 1, Art. 1126 Abs. 5 GK RF (Grazhdanskij Kodeks Rossijskoj Federacii – Bürgerliches Gesetzbuch Russische Föderation).

⁴⁵ So noch BK-RIEMER, I. A. 1981, N 542 zu Systematischer Teil; ZEITER, N 885; SHK-ZIHLER, N 6 zu Art. 94 HRegV.

Ob daneben das *Erbstatut* zur *Zulässigkeit* einer Erbstiftung befragt werden muss (welches variieren könnte, je nachdem ob der Erblasser seinen letzten Wohnsitz bzw. aus Sicht der EuErbVO⁴⁶ seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, der Schweiz oder einem anderen Land hatte), ist aus Schweizer Sicht nicht gänzlich eindeutig.⁴⁷ In vorliegender Konstellation wäre die Frage unproblematisch, weil sowohl das deutsche als auch das schweizerische Erbrecht die Erbstiftung nach den gleichen inhaltlichen und formellen Voraussetzungen vorsehen. Würde die Frage indes entscheidungserheblich, wäre sie aus Sicht des Autors zu verneinen: Wie im umgekehrten Fall (siehe oben IV.2.)⁴⁸ sollte es aus Sicht der gewählten (und eintragenden) Rechtsordnung lediglich relevant sein, ob die Voraussetzungen des gewählten Stiftungsstatuts, die Form und die Eintragungsvoraussetzungen der *lex fori* eingehalten sind. Ob eine Erbstiftung als erbrechtliche Verfügungsart nach dem (im Prinzip ja je nach Sichtweise und Aufenthaltsort variablen) Erbstatut möglich und vorgesehen ist, sollte hierbei – zumindest für die Gründungsvoraussetzungen der Errichtungsrechtsordnung und des Stiftungsstatuts – nicht von Relevanz sein, so dass die Voraussetzungen auch dann bejaht werden können, wenn das anwendbare Erbstatut keine solche Stiftung von Todes wegen vorsehen sollte. Dies ergibt sich aus der klaren Differenzierung der Statute, nach welcher das Stiftungsstatut nicht durch ein paralleles Erbstatut flankiert werden muss und von einem nicht parallelen auch nicht «kannibalisiert» werden kann. Zugleich deckt sich dies im Ergebnis mit der vom Verfasser bereits zur Parallelfrage der Errichtung eines Erbtrusts in einem Schweizer Testament vertretenen Ansicht,⁴⁹ dass die Wirksamkeit der Trusterrichtung, auch derjenigen von Todes wegen, nicht nach dem Erbstatut, sondern dem anwendbaren Truststatut zu entscheiden ist.⁵⁰

Ist die Form der Verfügung von Todes wegen aus Schweizer Sicht gewahrt, werden die Eintragungsvoraussetzungen (Stiftungsart, Errichtungsform, *essentialia negotii*) im Anschluss nach Schweizer Recht als Stiftungsstatut geprüft und das Eintragungsverfahren nach Schweizer Recht als *lex fori* vollzogen. Spätestens dann ist die Erbstiftung schweizerischen Rechts wirksam entstanden.⁵¹

⁴⁶ Siehe hierzu ZK-KÜNZLE, N 119 der Vorbem. zu Art. 86–96 IPRG.

⁴⁷ So aber scheinbar BK-RIEMER, 1. A. 1981, N 542 zu Systematischer Teil, der die *Zulässigkeit* der Stiftungerrichtung dem Erbstatut anheimzustellen scheint.

⁴⁸ GASSER, § 15 N 3.

⁴⁹ Vgl. zum Parallellfall der Trust-Errichtung auch JAKOB/PICHT, S. 855 ff.

⁵⁰ Zustimmung PraxKomm Erbrecht-KÜNZLE, N 51 der Einleitung.

⁵¹ Ist keine *erbrechtliche* Vorschrift vorhanden, die den Entstehungszeitpunkt «vorverlagern» würde wie (natürlich je nach Ansicht) Art. 493 ZGB, ist jedenfalls auf den Eintragungszeitpunkt als regulären Entstehungszeitpunkt aus Sicht des Stiftungsstatuts abzustellen.

Im Ergebnis ist die Eintragung einer Schweizer Erbstiftung in das Schweizer Handelsregister mit ausländischem Testament als Errichtungsgeschäft also möglich. Ob freilich das der Erbstiftung in einem ausländischen Testament zugewiesene *Vermögen* auch tatsächlich der Stiftung (ganz oder zum Teil) zugehen kann und ob oder inwieweit sich andere erbrechtliche Positionen (etwa Pflichtteilsrechte) gegenüber der Erbstiftung durchsetzen, ist dann eine Frage des jeweils anwendbaren *Erbstatuts* und steht auf einem anderen Blatt. Hieran ist zu ersehen, dass es aus nachlassplanerischer Perspektive freilich schon Sinn macht, Stiftungserrichtung und Erbrecht aufeinander abzustimmen und soweit möglich ein Erbrecht zur Anwendung zu bringen, das die Erbstiftung auch unzweifelhaft als Empfängerin des gewidmeten Vermögens vorsieht.

4. Anerkennung einer im Ausland errichteten, existierenden Erbstiftung in der Schweiz

Ist eine Erbstiftung im Ausland errichtet und nach den dortigen Gründungsvoraussetzungen zur Wirksamkeit gebracht, ist ihre Anerkennung im Ausland eine Frage des jeweiligen internationalprivatrechtlichen Ansatzes. In der Schweiz gilt nach Art. 154 Abs. 1 IPRG die Gründungstheorie: Die Stiftung wird dann anerkannt, wenn sie nach dem Organisationsrecht ihres Gründungsstaates wirksam gegründet worden ist.⁵²

Auch für die Anerkennung wird also ausschliesslich das ausländische *Stiftungsstatut* befragt und nicht rückkontrolliert, ob bei der Errichtung der Erbstiftung aus Sicht der Errichtungsrechtsordnung andere potenziell anwendbare Rechte herangezogen wurden. Und es ist auch nicht aus Sicht der Schweizer Anerkennungsrechtsordnung das Erbstatut oder das Formstatut zu befragen. Zum einen ist Art. 154 Abs. 1 IPRG als Sachnormverweisung, nicht als Gesamtverweisung zu verstehen,⁵³ zum anderen gilt obige Ratio zur Differenzierung der Statute entsprechend. Eine nach den Errichtungsvoraussetzungen der Errichtungsrechtsordnung (also etwa dem deutschen oder liechtensteinischen Stiftungsrecht) errichtete und den entsprechenden Organisationsvoraussetzungen des Stiftungsstatuts genügende Erbstiftung ist somit in der Schweiz anzuerkennen.

⁵² Siehe zu Details BSK-EBERHARD/VON PLANTA, N 9 ff. zu Art. 154 IPRG; ZK-VISCHER/WEIBEL, N 23 ff. zu Art. 154 IPRG; SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 876.

⁵³ Vgl. Art. 14 IPRG, welcher einen Renvoi nur ausnahmsweise zulässt; BSK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, N 10 ff. zu Art. 14 IPRG.

5. Anerkennung einer in der Schweiz errichteten, existierenden Erbstiftung im Ausland

Dieser Befund kann auf den letzten Fall unserer Reihe gespiegelt werden, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Rechtsordnung, in der eine Schweizer Erbstiftung zur Anerkennung steht, nicht einen anderen Ansatz verfolgt als den eben beschriebenen (und natürlich sonstige Details der *lex fori* oder des aus Sicht der *lex fori* anwendbaren Rechts nicht entgegenstehen). Folgt der Anerkennungsstaat etwa der Sitztheorie,⁵⁴ wie in Deutschland im Verhältnis zu einem Drittstaat wie der Schweiz durchaus denkbar,⁵⁵ wird es somit zunächst auf den Sitz der Stiftung ankommen. Liegt dieser (wie bei einer Schweizer Stiftung normalerweise der Fall) in der Schweiz, wird auch insoweit das Schweizer Errichtungsrecht zur Anwendung gelangen (und es dürften die gleichen Parameter wie oben gelten).

Hat die Stiftung ihren Sitz hingegen verlegt, werden die Gründungsvoraussetzungen der Sitzrechtsordnung geprüft, was etwa in Deutschland aufgrund des Erfordernisses der staatlichen Anerkennung (Konzessionssystem) im schlimmsten Fall auf eine Neugründung hinauslaufen würde, welche dann nach den deutschen Gründungsvoraussetzungen vorgenommen werden müsste.⁵⁶ Nachdem diese in Bezug auf das Errichtungsgeschäft in Form einer Verfügung von Todes wegen weitgehend parallel sind,⁵⁷ dürfte es insoweit kaum Abweichungen geben. In Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung der Stiftung (im Gegensatz zur Schweiz herrscht in Deutschland keine echte Stifterfreiheit, sondern zunehmend Satzungsstrenge und bei gemeinnützigen Stiftungen eine Massgeblichkeit des Steuerrechts)⁵⁸, kann es jedoch Überraschungen geben, ebenso, wenn die neue Sitzrechtsordnung keine Stiftung von Todes wegen kennt. Auch solche Überlegungen sind, jedenfalls soweit möglich, bei der Planung des Nachlasses und der Stiftungserrichtung im Auge zu behalten.

⁵⁴ Siehe hierzu im Detail JAKOB, Stiftungsrecht 2019, § 30 N 32 m.w.N.

⁵⁵ BGH, 27.10.2008, NJW 2009, S. 289 – Trabrennbahn; JAKOB, Stiftungsrecht 2019, § 30 N 33 ff.

⁵⁶ Siehe zum Ganzen JAKOB, Stiftungsrecht 2019, § 30 N 37.

⁵⁷ Siehe zur Form des Stiftungsgeschäfts von Todes wegen vgl. STUMPF, § 4 N 39 ff.

⁵⁸ Siehe etwa HÜTTEMANN, S. 91 ff.

V. Ausblick

Die obigen Ausführungen sollten zeigen, dass das Recht der Erbstiftung durchaus Konstellationen bieten kann, die einer genaueren Beleuchtung harren und bei denen sich eine Weiterbeschäftigung lohnt. Die ständig wachsenden Summen an vererbtem Vermögen,⁵⁹ die zunehmende Bedeutung des Non-Profit-Sektors bei der Lösung der drängenden Probleme unserer Welt und der darauf beruhende anhaltende Boom gemeinnütziger Stiftungen⁶⁰ werden zwangsläufig auch zu einer wachsenden Zahl an Erbstiftungen führen, die aufgrund der zunehmenden physischen und rechtlichen Mobilität verstärkt internationale Komponenten aufweisen werden. Zur Lösung dieser Fragen werden auch die bisherigen und zukünftigen Schriften des Jubilars beitragen. Gleichwohl sei ihm gegönnt, sich zunehmend auf andere Interessen und Grenzüberschreitungen konzentrieren zu können.

⁵⁹ Siehe die Rekordsumme von CHF 95 Mia. im Jahr 2020; vgl. BRÜLHART, S. 3 ff.

⁶⁰ Zu den aktuellen Zahlen siehe ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, S. 5 ff.

Literaturverzeichnis

AYUSHEEVA IRINA Z., Osobennosti grathdansko-pravovogo polozhenija nasledstvennogo fonda, Aktualnye problemy rossijskogo prava, 2018, Nr. 8 (98) Avgust, S. 100 ff.

BESSENICH BALTHASAR, Gestaltungsmittel in Verfügungen von Todes wegen, AJP 2016, S. 1085 ff.

BONETTI DANIELE, La fondation de famille, Restrictions relatives à la constitution d'une fondation de famille, ST 2008, S. 122 ff.

BRÜLHART MARIUS, Erbschaften in der Schweiz: Entwicklungen seit 1911 und Bedeutung für die Steuern, in: Social Change in Switzerland N°20, Lausanne 2019.

EBERHARD STEFAN/VON PLANTA ANDREAS, Art. 154 IPRG, in: Basler Kommentar, IPRG, 4. A., Basel 2021 (zit. BSK-EBERHARD/VON PLANTA).

ECKHARDT BEATE/JAKOB DOMINIQUE/ VON SCHNURBEIN GEORG, Der Schweizer Stiftungsreport 2020, CEPS Forschung und Praxis – Band 21, Basel/Zürich 2020.

EGGER AUGUST, Art. 1–89 ZGB, in: Zürcher Kommentar, ZGB, 2. A., Zürich 1930 (zit. ZK-EGGER).

EITEL PAUL/BRAUCHLI SILVIA, Trusts im Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts, successio 2012, S. 116 ff.

ESCHER ARNOLD, Art. 457–536 ZGB, in: Zürcher Kommentar, ZGB, 3. A., Zürich 1959 (zit. ZK-ESCHER).

FISCHER MICHAEL/RAMP SAMUEL/TRUTMANN IRINA, § 10 Steuerobjekt, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, Basel 2020.

GASSER JOHANNES, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Praxiskommentar, 2. A., Bern 2019.

GRÜNINGER HAROLD, Art. 470 ff. ZGB, in: Kurzkommentar ZGB, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO-GRÜNINGER).

DERS., Art. 493 ZGB, in: Basler Kommentar, ZGB II, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK-GRÜNINGER).

DERS., Art. 81 ZGB, in: Basler Kommentar, ZGB I, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK-GRÜNINGER).

DERS., Errichtung einer Stiftung durch Auflage zulasten des Erben – 5A_185/2008 (Urteil des Bundesgerichts vom 3. November 2008), *successio* 2010, S. 45 ff. (zit. GRÜNINGER, *successio*).

GUTZWILLER MAX, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung, *AJP* 2010, S. 1559 ff.

HAMM MICHAEL/PETERS STEFANIE, Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *successio* 2008, S. 248 ff.

HENNINGER JULIA, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge – am Beispiel der Familienaktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2019.

HÖSLY BALZ/FERHAT NADIRA, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, *successio* 2016, S. 100 ff.

HÜTTEMANN RAINER, Empfiehlt es sich, die rechtlichen Rahmenbedingungen für Gründung und Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen übergreifend zu regeln?, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten (hrsg. v. DJT), Leipzig 2018, S. 1 ff.

JAKOB DOMINIQUE, Art. 80 ff., Art. 335 ZGB, in: *Kurzkommentar ZGB*, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO-JAKOB).

DERS., Die liechtensteinische Stiftung, Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, *Schaan* 2009 (zit. JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung*).

DERS., Einleitung: Erbrecht – Grundlagen der Nachlassplanung, in: *Kurzkommentar ZGB*, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO-JAKOB, *Einleitung Erbrecht*).

DERS., Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts mit besonderem Blick auf die Familienstiftung, in: *Stiftung und Familie* (hrsg. v. Jakob Dominique), Basel 2015, S. 61 ff. (zit. JAKOB, *Stiftung und Familie*).

DERS., 8. Kapitel, Internationales Stiftungsrecht, § 30 Internationale Stiftungen, in: *Stiftungsrecht* (hrsg. v. Richter Andreas), München 2019 (zit. JAKOB, *Stiftungsrecht* 2019).

DERS., Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, *Jusletter* vom 20. April 2020 (zit. JAKOB, *Jusletter*).

DERS., *Schutz der Stiftung*, Habil. Tübingen 2006 (zit. JAKOB, *Schutz der Stiftung*).

DERS., 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: Gründen und Stiften, Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner (hrsg. v. Saenger Ingo/Bayer Walter/Koch Elisabeth/Körber Torsten), Baden-Baden 2009, S. 101 ff. (zit. JAKOB, Stifterrechte).

DERS., Stiftung und Familie, in: Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Hilbig-Lugani Katharina/Jakob Dominique/Mäsch Gerald/Reuss Philipp/Schmid Christoph U.), Bielefeld 2015, S. 123 ff. (zit. JAKOB, FS Coester-Waltjen).

DERS., The role of foundations in family governance, *Trusts & Trustees* 2020, Vol. 26, Issue 1, S. 4 ff. (zit. JAKOB, *Trusts & Trustees*).

JAKOB DOMINIQUE/PICHT PETER, Der Trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung – Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, *AJP* 2010, S. 855 ff.

KIRILLOVA ELENA A., Pravovoj status nasledstvennyh fondov v Rossii, *Notarius*, 2019 Nr. 2, S. 33 ff.

KÜNZLE HANS RAINER, Art. 86–96 IPRG, in: *Zürcher Kommentar, IPRG*, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-KÜNZLE).

DERS., Art. 493 ZGB, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ZGB*, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-KÜNZLE).

DERS., Art. 551–559 ZGB, in: *Kurzkomentar ZGB*, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO-KÜNZLE).

DERS., *Berner Kommentar, Art. 517–518 ZGB*, Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE).

DERS., Einleitung, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. A., Basel 2019 (zit. *PraxKomm Erbrecht-KÜNZLE*).

DERS., Familienstiftung – Quo vadis?, in: *Grundfragen der juristischen Person*, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag (hrsg. v. Breitschmid Peter/Portmann Wolfgang/Rey Heinz/Zobl Dieter), Bern 2007, S. 173 ff. (zit. KÜNZLE, FS Riemer).

KÜNZLE HANS RAINER/CICA RAPHAEL/LYK CHRISTIAN/WEBER OLIVIER, *KENDRIS Jahrbuch 2019/2020*, Zürich 2019.

LEHMANN DANIEL/HAHN REBECCA, Zivilrechtliche Besonderheiten bei Errichtung der Stiftung unter Lebenden sowie Grundlagen des Erbrechts und zivilrechtliche Besonderheiten bei Errichtung der Stiftung von Todes wegen, in: Stiftung als Nachfolgeinstrument (hrsg. v. Feick Martin), München 2015, S. 49 ff.

MÄCHLER-ERNE MONICA/WOLF-METTIER SUSANNE, Art. 14 IPRG, in: Basler Kommentar, IPRG, 4. A., Basel 2021 (zit. BSK-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER).

MAYER THOMAS M., Trusts und schweizerisches Erbrecht, *successio* 2017, S. 159 ff.

OPEL ANDREA, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen, unter Einbezug des liechtensteinischen Stiftungsrechts, Basel 2009.

PERRIN JULIEN, Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, Diss. Lausanne 2006.

PIOTET DENIS, La fondation, instrument de planification successorale?, *Not@lex* 2019, S. 16 ff.

RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Art. 80–89c ZGB, Bern 1981 (zit. BK-RIEMER, 1. A. 1981).

DERS., Berner Kommentar, Art. 80–89c ZGB, 2. A., Bern 2020 (zit. BK-RIEMER).

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Nutzniessung in der Erbteilung, *successio* 2011, S. 5 ff.

SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 4. A., Zürich 2017.

SPRECHER THOMAS, Der Stifter im Erbrecht – der Erblasser im Stiftungsrecht, *SJZ* 2018, S. 541 ff.

SPRECHER THOMAS/EGGER PHILIPP/VON SCHNURBEIN GEORG, Swiss Foundation Code 2015, Grundsätze und Empfehlungen für Förderstiftungen, Basel 2015.

SPRECHER THOMAS/VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Die schweizerische Stiftung, Ein Leitfa-
den, Zürich 1999.

STUMPF CHRISTOPH, 2. Kapitel, Die Stiftung bürgerlichen Rechts, § 4 Die Entstehung der
Stiftung, in: Stiftungsrecht (hrsg. v. Richter Andreas), München 2019.

VISCHER FRANK/WEIBEL THOMAS, Art. 154 IPRG, in: Zürcher Kommentar, IPRG II,
3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-VISCHER/WEIBEL).

WEIMAR PETER, Berner Kommentar, Art. 493 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR).

ZEITER ALEXANDRA, Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB), Diss. Freiburg, Freiburg 2001.

ZIHLER FLORIAN, Art. 94 HRegV, in: Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013 (zit. SHK-ZIHLER).