

Familienstiftungen - neue Perspektiven



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Thomas Sprecher / Lukas von Orelli

Familienstiftungen – neue Perspektiven

Tagungsband 2024

EIZ  Publishing



Familienstiftungen - neue Perspektiven Copyright © by Lukas von Orelli und Thomas Sprecher is licensed under a Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International, except where otherwise noted.

© 2024 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Thomas Sprecher, Lukas von Orelli – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-683-6 (Print – Softcover)

978-3-03805-684-3 (PDF)

978-3-03805-685-0 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-683>

Version: 1.03 – 20240611

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/familienstiftungen-neue-perspektiven/>.

Vorwort

Bei der schweizerischen Familienstiftung handelt es sich nicht um eine Institution, die erst mit dem Zivilgesetzbuch geschaffen worden ist, sondern um eine jahrhundertalte Einrichtung. Dies zeigt, dass für sie ein natürliches Bedürfnis bestand. Es besteht immer noch, denn die Familienstiftung ist nicht obsolet geworden, als im 19. Jahrhundert der moderne Staat geschaffen worden ist, und auch nicht bei der Einführung von Sozialversicherungen seit Ende des 19. Jahrhunderts. Die Schweizer Familienstiftung ist ein weithin unterschätztes Kulturgut.

In den letzten Jahren ist die Familienstiftung aus zwei Gründen in den Vordergrund getreten. Zum einen müssen sich Familienstiftungen nunmehr im Handelsregister eintragen lassen, wodurch sie in der Öffentlichkeit sichtbarer wurden. Ausserdem spricht man vermehrt von ihnen vor dem Hintergrund des gescheiterten Versuchs, einen schweizerischen Trust einzuführen. Dabei geht es weniger um die Familienstiftung, wie sie ist, sondern wie sie nach Meinung vieler sein sollte.

Denn die Schweizer Familienstiftung erscheint klinisch praktisch tot. Es werden kaum mehr neue gegründet. Dies hat zwei Gründe. Die Familienstiftung wurde in ihrer Zwecksetzung durch den Gesetzgeber und durch die Gerichtspraxis aus längst überholten Gründen stark eingegrenzt. Sie dürfen keine Ausschüttungen zu Unterhaltungszwecken vornehmen. Ausschüttungen dürfen vielmehr nur der Erziehung, Ausstattung und Unterstützung von Angehörigen oder ähnlichen Zwecken dienen (Art. 335 ZGB). Das Bundesgericht hat 1945, vor bald achtzig Jahren, in BGE 71 I 265 reine Unterhalts- oder Genussstiftungen, die voraussetzungslos der Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts dienen, für unzulässig erklärt und später diese restriktive Praxis ohne vertiefte Analyse wiederholt bestätigt. Hinzu kommt zweitens, dass die Schweizer Familienstiftung auch prohibitiv besteuert wird. Diese Gründe veranlassen schweizerische Stifter, ins Ausland auszuweichen – hin zu angelsächsischen Trusts oder ausländischen, vor allem liechtensteinischen Familienstiftungen. Die heutige rechtliche Regelung und Praxis der Schweizer Familienstiftung dient in erster Linie den Volkswirtschaften anderer Staaten.

Das war die Lage, als in dem Seminar „Familienstiftungen – neue Perspektiven“ vom 17. Januar 2024 in rechtshistorischer, rechtstatsächlicher, dogmatischer und praktischer Hinsicht eine Lagebeurteilung versucht wurde. Dieser Band enthält die dabei gehaltenen Referate.

Wie der Seminartitel anzeigt, geht es aber auch um neue Perspektiven. Die Hoffnung stützt sich vor allem auf eine Motion von Nationalrat Thierry Burkart „Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben“. Diese Motion sieht die Aufhebung des Verbots von Unterhaltsstiftungen vor. Geschaffen werden soll ein taugliches Instrument für die familiäre Vermögens- und Nachlassplanung, und gleichzeitig soll die Inländerdiskriminierung endlich aufgehoben werden. Mit der Motion soll einem Abfluss von Vermögen ins Ausland entgegengewirkt und eine Aufsicht durch Schweizer Behörden gewährleistet werden können. Dieser Motion ist Erfolg zu wünschen – und zu wünschen bleibt aber auch, dass im parlamentarischen Prozess keine Verschlimmbesserungen erfolgen wie bei der verunglückten jüngsten Mini-Stiftungsrechtsrevision.

Zürich, 10. Februar 2024

Thomas Sprecher und Lukas von Orelli

Inhaltsübersicht

Aus der Geschichte der Familienstiftung	9
<i>Prof. tit. Dr. URS FASEL, Fürsprecher und Notar, urs fasel advokatur notariat, Bern</i>	
Die Familienstiftungslandschaft	47
<i>Dr. HAROLD GRÜNINGER, LL.M., Rechtsanwalt, Senior Counsel, Homburger AG, Zürich</i>	
Besteuerung der Schweizer Familienstiftung jetzt und in Zukunft	65
<i>Prof. Dr. iur. ANDREA OPEL, Ordinaria für Steuerrecht, Universität Luzern lic. iur. STEFAN OESTERHELT, LL.M., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner bei Homburger AG, Zürich</i>	
Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister	81
<i>MLaw LUKAS EICHENBERGER, Bär & Karrer AG, Zürich Dr. iur. DANIEL LEU, M.Jur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bär & Karrer AG, Zürich</i>	
Was darf eine Familienstiftung (noch) tun?	113
<i>Prof. Dr. iur. DOMINIQUE JAKOB, M.I.L., Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich, Independent Advisor, Zürich</i>	
Familienphilanthropie: Familienstiftungen mit gemischten Zwecken	131
<i>Dr. iur. LUKAS BRUGGER, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich</i>	
Governance der Familienstiftung	149
<i>Dr. iur. et phil. THOMAS SPRECHER, LL.M., Rechtsanwalt, Of Counsel, Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	

Vom Sinn der Familienstiftung

167

*Dr. iur. et lic. rer. pol. LUKAS VON ORELLI, Advokat,
Direktor der Velux Stiftung, Zürich*

**Kirschen aus der Nachbarn Gärten – Alternativen zur
schweizerischen Familienstiftung**

189

*lic. iur. MICHAEL FISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
TEP, Partner bei Fischer Ramp Buchmann AG, Zürich*

Aus der Geschichte der Familienstiftung

Urs Fasel*

Inhalt

I.	Bisheriges weisses Blatt der Geschichte der Familienstiftungen.....	10
1.	Bisher keine geschriebene Geschichte der Familienstiftung.....	10
2.	Schwerpunktsetzung im Überblick.....	11
II.	Frühe Wurzelverästelungen der Familienstiftungen.....	11
1.	Grundidee und frühere Wurzelverästelungen	11
2.	Insbesondere keine (direkten) Quellen des klassischen römischen und germanischen Rechts	11
3.	Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Grundstücksrechts und des Erbrechts, insbesondere des Erbvertragsrechts im langobardischen Recht	13
4.	Totenbeigaben und deren spätere Umwandlung in Stiftungen	13
5.	Entwicklung der Frage des „Seelteils“ im sog. „praktischen Christentum“	15
6.	Weitere Wurzelteile bei Ganerbschaften und Erbverbrüderungen	18
III.	Napoleon, die kantonalen Gesetzbücher und die Literatur am Vorabend von Eugen Hubers Wirken	19
1.	Änderungen der Verhältnisse: keine Stiftung in code civil und Abschaffung der Fideikommissse	19
2.	Verbliebene kantonale Souveränität.....	20
3.	Auswirkungen auf die Westschweizer Gruppe der kantonalen Kodifikationen	20
4.	Regelung in der sog. „Zürcher-Gruppe“	21
5.	Insbesondere zu Vorläufern in der Berner Gruppe sowie zur späteren Regelung innerhalb dieser Gruppe	22
IV.	Familienstiftungen am Vorabend von Eugen Hubers Wirken	26
1.	Einleitung.....	26
2.	Frühe Ausbildungsgrundlagen	26
V.	Eugen Hubers Arbeiten an der Familienstiftung.....	29
1.	Übersicht.....	29
2.	Eugen Hubers frühe Schriften, insbesondere „System und Geschichte“	30
3.	Eugen Hubers gutachterliche Äusserungen	33
4.	Familienstiftungs- und fideikommissfreundliche Entwürfe Eugen Hubers und Abkehr in der Expertenkommission	36

* Ich bedanke mich herzlich bei Frau Anja Münger, BLaw, Herrn Melchior Lanz, MLaw, Frau Anna Rüegsegger, Herrn Lukas Schneider, cand.iur. und – last but not least – Frau Sanela Imeroska für die Unterstützung und die Recherchen für diesen Beitrag.

VI. Erkenntnisse.....	42
Literaturverzeichnis.....	44

I. Bisheriges weisses Blatt der Geschichte der Familienstiftungen

1. Bisher keine geschriebene Geschichte der Familienstiftung

Womit ich anfangen soll? – darüber lässt sich streiten!

Die Rechtshistoriker Schweizer Provenienz haben bisher keine Geschichte der Familienstiftung geschrieben: Fest steht, dass sowohl über die Geschichte des Stiftungsrechts als auch über die Geschichte von Familienfideikommissen – sieht man einmal von einleitenden Bemerkungen in einer Arbeit zur Erbstiftung ab – bisher kaum¹ etwas geschrieben worden ist. Und selbst das Handwörterbuch für Rechtsgeschichte nimmt beim Stichwort Familienstiftung lediglich einen Verweis auf die Familienfideikommisse auf.²

Damit ist einleitend ein Zweifaches gesagt: Die Geschichte der Familienstiftung steckt bisher höchstens in den Kinderschuhen. Daher können vorliegend lediglich kleine Entwicklungsstränge, hier kleine Wurzelausläufer genannt, aufgezeigt werden, welche *Entwicklungen* zu den eigentlichen Familienstiftungen und Erscheinungen der Familienfideikommissen geführt haben. Dabei sind diese Entwicklungsstränge nicht monokausal zu verstehen, sondern es haben *verschiedene Entwicklungsmomente* zur heutigen Situation beigetragen. Diesen nachzugehen, auch wenn sie nur einen losen Zusammenhang zu Familienstiftungen haben, ist Aufgabe dieses Aufsatzes.

¹ Cordes et al., 1505, verweisen in Bezug auf die Familienstiftung integral auf die Familienfideikommisse. Ebert, 1503, definiert letzteres als „ein zu einer rechtlichen Einheit verbundenes Sondervermögen, das durch die Willenserklärung des Stifters entstanden ist und einer festen Nachfolgeordnung unterliegt. Zweck des F.[amilienfideikommiss] ist es, den durch seine Gründung abgesonderten Vermögensgegenstand, bei dem es sich um ein Grundstück oder Haus, aber z.B. auch um eine wertvolle Bibliothek handeln kann, dauerhaft u. ungeteilt einer Familie zu erhalten (zum ‚splendor familiae‘). Der jeweilige Nachfolger in das F.[amilienfideikommiss] ist daher lediglich dessen Nutzer.“ Von der Familienstiftung unterscheidet sich das Familienfideikommiss durch die dem Familienfideikommiss *fehlende eigene Rechtspersönlichkeit*. Nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland sollen Familienfideikommisse insbesondere die Aufspaltung des Familienvermögens durch die römisch-rechtliche Erbteilung vermeiden helfen.

² Dies gilt auch für die erschienenen Grosskommentare, sieht man von den wenigen Bemerkungen bei BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 784-793 ab.

2. Schwerpunktsetzung im Überblick

Dabei werden *drei Schwerpunkte* gesetzt: Im ersten Kapitel wird den *frühen Anfängen* nachgegangen und aufgezeigt, dass ein frühes Regelungsbedürfnis für die Organisation einer damals noch nicht so genannten Familienstiftung bestand. Nach einer kurzen Einleitung wird danach insbesondere das 19. Jahrhundert mit seinen verschiedenen kantonalen Regelungen durchleuchtet. Dabei wird sich weisen, dass der Kanton Bern früh eine mittlere Lösung (zwischen Verbot und totaler Zulassung) präsentiert hat, und sich diese mittlere Lösung schliesslich auch eidgenössisch durchgesetzt hat. In einem dritten Teil werden sodann – nachdem die Rechtslage am Vorabend der Arbeiten von Eugen Huber skizziert werden – die einzelnen Arbeiten von Eugen Huber dargestellt, dem Gesetzesredaktor des ZGB, der allerdings einen langen Weg abgeschritten hat, bis er zur Regelung des ZGB gekommen ist, wobei ihm die grosse Expertenkommission seinen Entwurf leider (aus heutiger Sicht) verändert hat.

II. Frühe Wurzelverästelungen der Familienstiftungen

1. Grundidee und frühere Wurzelverästelungen

Die Idee, ein bestimmtes Vermögen und deren Zweckverwirklichung gemäss dem Stifterwillen nur zugunsten einer bestimmten Familie³ zuzuwenden, hat verschiedene Grundlagen. Diese Grundlagen sind nachfolgend zu präsentieren, wobei vorab eine erstaunliche Begebenheit darzustellen ist: Es besteht dafür weder eine (direkte) römische noch eine germanische Quelle für die ersten Verwirklichungen dieser Idee.

2. Insbesondere keine (direkten) Quellen des klassischen römischen und germanischen Rechts

Allgemein bekannt ist, dass weder die Stiftung⁴ noch der Erbvertrag seine Wurzeln im klassischen römischen Recht haben. Vielmehr sind beides Schöpfungen einer späteren Zeit. Hingegen entwickelte das römische Recht die ge-

³ Bewusste Anlehnung der Formulierung an BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 160.

⁴ Zur Relativierung dieser Aussagen vgl. unten, IV.2. (insbesondere bei Windscheid).

willkürte Erbfolge mittels Testaments, welches früh sich grosser Beliebtheit⁵ erfreute.

Fraglich wäre, ob nicht die frühen *Germanen* schon Vorläuferformen von Familienstiftungen gekannt haben. Die Frage ist zu verneinen: Berühmt sind die Worte⁶ des Tacitus⁷, welche im Original und in der Übersetzung wie folgt lauten:

<p>Tacitus, <i>De origine et situ Germanorum liber</i> Textstelle 20 (Ausschnitt aus dem 3. Abschnitt)</p> <hr/> <p><i>Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres patruī avunculi</i></p>	<p>Sinngemässe Übersetzung</p> <hr/> <p><i>Zu Erben und Rechtsnachfolgern hat jeder die eigenen Kinder, und Testamente gibt es nicht.</i></p> <p><i>Sind keine Kinder vorhanden, so haben die Brüder und die Oheime väterlicher- wie mütterlicherseits die nächsten Ansprüche auf den Besitz.</i></p>
--	---

Damit kann als erstes Zwischenergebnis festgehalten werden: Die Grundlagen der Familienstiftung und damit die feinsten Wurzelverästelungen sind weder im römischen noch im germanischen Recht zu finden. Diese müssen also anderswoher stammen.

⁵ Plutarch berichtet (Cato maior, 9.6; vgl. dazu schon Fagnoli, 5): „In seinem ganzen Leben habe Cato drei Dinge bereut: Ein Schiff genommen zu haben, obwohl das Reiseziel auch über Land erreichbar gewesen wäre, seiner Frau ein Geheimnis anvertraut zu haben und schliesslich, dass er einen Tag ohne Testament geblieben sei“.

⁶ Diese werden etwa auch exemplarisch für viele zitiert von Beseler, 2. Mit diesem Beleg geht die ganze Lehre davon aus, dass die (frühen) Germanen keine Testamente kannten. Stobbe, 125, ging davon aus, dass das langobardische Recht „seinem inneren Gehalt nach [...] als die vollkommenste Schöpfung deutscher Gesetzgebung in der ersten Periode“ gewesen sei, aber auch das langobardische Recht weiss nichts von einem Testament: „Die Langobarden hatten an Stelle der Testamente Vergabungen von Todes wegen, welche einerseits unwiderruflich waren, andererseits auf Seite des Begabten sofort ein wirksames Recht schufen“ (so Miller, 38; vgl. auch 90).

⁷ (Publius) Cornelius Tacitus, geb. um 55 n.Chr., gest. um 120 n.Chr., von ihm sind zwei annalistisch angelegte Geschichtsdarstellungen der römischen Kaiserzeit (Historien und Annalen) und drei kleinere Schriften (Dialog über die Redekunst, Biographie des Agricola und Beschreibung Germaniens) bekannt (so Egger/Landfester, 573). Das hier interessierende Werk heisst „de origine et situ Germanorum“ (übersetzt dort mit: Herkunft und Lebensraum der Germanen). Der Text wurde erst 1425 im Kloster Hersfeld wiederentdeckt und gelangte um 1455 nach Italien (so Egger/Landfester, 573, m.w.H.). Die erste Edition erfolgte ca. 1470 in Venedig; erste Edition in Deutschland 1473/1474 in Nürnberg, erste Übersetzung auf Deutsch Eberlin von Günzburg 1536 (Egger/Landfester, 575 m.w.H.).

3. Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Grundstückrechts und des Erbrechts, insbesondere des Erbvertragsrechts im langobardischen Recht

Die frühe Geschichte der Familienstiftungen hängt eng zusammen mit dem Willen eines Erblassers, *noch zu Lebzeiten eine Rechtsnachfolge* zu ordnen und dem Erwerber sogleich ein (aktuelles) Recht an einem Grundstück zuzuwenden⁸: Die Frage des Grundeigentums wird verknüpft mit der Frage der späteren Verwendungsart. In den Kategorien des heutigen Rechtsverständnisses wird also Grundstückrecht mit erbrechtlichen Begünstigungen verknüpft und in gegenseitige Abhängigkeit gebracht, woraus sich nach und nach das Rechtsinstitut des Erbvertrages⁹ entwickelt hat.

Schon früh war insbesondere im langobardischen Recht¹⁰ die Eigentumsübertragung innerhalb von Familien¹¹ in Mode gekommen, indem ein Vater einer Tochter ein Grundstück übertragen hat, um selbst die Nutzniessung vorzubehalten. Bei sukzessiven Eigentumsübertragungen über mehrere Generationen, mit der Schaffung von *verbindlichen Grundlagen* einerseits im Verhältnis zum Grundstück, anderseits im Verhältnis innerhalb der Familie, kann *ein erster Wurzelteil der Familienstiftungen* erblickt werden.

4. Totenbeigaben und deren spätere Umwandlung in Stiftungen

Die Entwicklung der Totenbeigaben ist für die Entwicklung des Individualeigentums sowie insbesondere das Erbrecht wesentlich: Auf der „ältesten Stufe findet sich der primitive Mensch mit dem ihm *unbegreiflichen Tode* in der Weise ab, dass er ihn negiert. Er betrachtet den Toten als fortexistierend, und zwar zunächst rein körperlich. Das ist die Idee des ‚lebenden Leichnams‘. Daraus folgt die Überzeugung, dass der Tote wie ein Lebender zu behandeln ist.“¹²

Damit wurde ein Toter mit allem, was er zu Lebzeiten gebraucht hat, im Grabe ausgestattet: Dem Toten werden Waffen, Tiere, Leibross und Hunde,

⁸ Es ist das bleibende Verdienst von Beseler diese Zusammenhänge in seinem Werk präsentiert zu haben.

⁹ Erstmalig wird das Institut des Erbvertrages 1614 so benannt, als Zuwendung gegenseitiger Sukzessivrechte, vgl. dazu Beseler, 236 ff., m.w.H.

¹⁰ Es will scheinen, dass das langobardische Recht einen grösseren Einfluss ausgeübt hat, insbesondere auch auf das Notariatswesen, als bisher angenommen, vgl. dazu Fasel, Brennpunkte.

¹¹ Vgl. dazu Beseler, 75.

¹² Bruck, 31 m.w.H.

Kleidungsstücke, Vasen und Salbgefäße, Schmuck und Spiegel, Speisen, ursprünglich sogar Sklaven, Frauen und Konkubinen mitgegeben.¹³ Zudem war der Leichnam auch periodisch zu ernähren.¹⁴

Die Idee der dauernden Pflege und periodischen Ernährung ist sodann der Ausgangspunkt für die Entwicklungslinie, die zum Seelteil führt¹⁵: In bestimmten Zwischenabständen werden dem Toten blutige Opfer, regelmässig Schafe und Rinder geopfert, bald sind es Trankspenden, wobei die Griechen diese Totenopfer am Grabe, die an bestimmten Terminen zu erfolgen hatten, „das, was sich nach Recht gebührt“ nannten, die Römer bezeichneten es als *sacra*.¹⁶

Nach und nach schwand der alte Glaube vom „lebenden Leichnam“¹⁷, der im Grabe mit denselben Bedürfnissen wie auf Erden weiterlebt¹⁸, und an seine Stelle tritt die Vorstellung vom Fortleben der „Seele“.¹⁹ An die Stelle periodischer Ernährung der Toten treten periodische Erinnerungsfeiern²⁰, tritt die Pflege des Gedächtnisses (der *memoria*) des Toten.²¹ Allerdings folgt auf dem Fuss auch gleich das (weitere) Problem, dass die Nachkommen zu *versagen beginnen*²², und der Erblasser einen *individuellen Wunsch nach Vollstreckung* entwickelt. Es entsteht das Bedürfnis der Erblasser, Grundstücke, Geld und andere Vermögensobjekte durch Schenkung oder Testament an Tempelverwaltungen, an politische Gemeinden oder an Vereine verschiedenster Art „mit der Auflage (modus) zu machen, dass der Empfänger der Zuwendung den periodischen Totenkult für den Zuwendenden vollziehen solle.“²³ Mit solchen Zu-

¹³ Bruck, 31.

¹⁴ Bruck, 31.

¹⁵ Bruck, 32.

¹⁶ Bruck, 32.

¹⁷ Interessant ist, dass Epikur (gest. 270 v. Chr.) zwar den Glauben an die Unsterblichkeit ablehnte, aber trotzdem in seinem Testament eingehende Bestimmungen für den Kult seiner eigenen Seele sowie verschiedener Angehöriger und Schüler aufnahm, ein Widerspruch, der schon Ciceros Erstaunen (vgl. dazu de finibus, II c.31, 101) erregte (Bruck, 35, dort auch Fn. 10).

¹⁸ Brunner, Totenteil, 107 ff.; Brunner, Rechtsgeschichte, 39 ff., 108 ff., 127. Die Theorie hatte viele Anhänger, namentlich Amira, Hübner und Schroeder-von Küssberg, Quellennachweise bei Bruck, VI., dort auch Fn. 3 m.w.H.

¹⁹ Bruck, 32.

²⁰ Das Christentum übernahm den Gedanken der spiritualisierten Totenernährung vom Hellenismus, wandelte aber entsprechend der christlichen Auffassung von der unkörperlichen Seele die Totenspeisungen zur Seelenpflege durch die Seelenmesse, so dass sich der alte periodische Kult für die Toten in der Seelenmesse fortentwickelte; vgl. dazu Bruck, 35.

²¹ Bruck, 33.

²² So die treffende Formulierung bei Bruck, 34.

²³ Bruck, 34.

wendungen (lebzeitig oder von Todes wegen), welche mit der Auflage des Totenkults verbunden werden, entsteht damit ein juristischer Mechanismus, eine Art „Stiftung ohne selbstständige juristische Persönlichkeit“ oder „unselbstständige Stiftung“.²⁴

5. Entwicklung der Frage des „Seelteils“ im sog. „praktischen Christentum“

Die Frage des Seelteils fusst auf dem Gedanken, was den Armen an den Gütern dieser Welt zufallen soll: Was muss der Besitzende geben, um sich das Seelenheil zu sichern? Dabei gingen die Gedankengänge²⁵ vorab von Kirchenvätern aus²⁶: Einer der Ersten, der über die Quote für die Seele gepredigt hat, war Basilius²⁷, ihm folgten die andern grossen Kappadozier, nämlich Gregor von Nazianz²⁸ und Gregor von Nyssa²⁹, schliesslich gefolgt von Johannes Chrysostomus.³⁰ Grundgedanke des Basilius war, dass deiner Seele „als der ersten gieb auch“ das, „was ein Erbe auf Grund höheren Alters, d.h. als Erstgeborener erhält“³¹ und: „Spende ihr reichlichen Lebensunterhalt, um dann verteile den Kindern das übrige Vermögen“.³² Daraus folgert Bruck: „Die Seele soll demnach vor den Kindern aus dem Nachlass befriedigt werden, wie ein Erstgeborener“.³³

²⁴ Bruck, 34 m.w.H.

²⁵ Vgl. generell dazu Mayer-Maly, 3.

²⁶ Bruck, 145 f., hat geltend gemacht, dass im Orient ein deutlicher Zusammenhang der Seelquote mit der von den griechischen Vätern ausgesprochenen Forderung erkennbar ist, was für den Westen nicht der Fall sei, so dass von einer „monokausalen Einheitslösung“ abzu-
sehen sei. Auch wenn dies nicht verkannt wird, sind doch die Linien vorliegend zu skizzieren, um die Sachnähe mit der Frage der Entwicklung hin zu Familienstiftungen aufzuzeigen. Zum Lebenslauf von Bruck vgl. Flume, 550 ff.

²⁷ Basilius, geb. um 330, entstammte einer der vornehmsten und reichsten Familien in Kappadozien und studierte in Caesarea, in Konstantinopel und in Athen; er wurde 370 Bischof und Metropolit; vgl. zu ihm, Bruck, 3 f.

²⁸ Er lebte von 329/330 bis ca. 390, vgl. zu ihm Bruck, 11 ff. Er wurde 381 zum Bischof von Konstantinopel gewählt. Er war es, der erstmals den Ausdruck „Teil für die Seele“ des Gebers benutzte, und damit das Wort „Seelteil“ begründete (vgl. dazu Bruck, 12).

²⁹ Er hat von ca. 340 bis 394 gelebt, vgl. dazu Bruck, 18 ff. Basilius ernannte Gregor gegen dessen Willen zum Bischof von Nyssa (um 371).

³⁰ Vgl. dazu Bruck, 2 und 21 ff. Chrysostomus wurde als Sohn eines kommandierenden Generals in Syrien 354 geboren, wurde 386 Priester in Antiochia und wurde 397 Bischof von Konstantinopel, Patriarch und damit der höchste Würdenträger der Kirche im Ostreich.

³¹ Bruck, 6.

³² Bruck, 6.

³³ Bruck, 7.

Die Bedeutung der Aussage liegt dabei darin³⁴, dass sich zum ersten Mal ein Anteil für die Seele findet, der Sache nach und dem Werte nach, ohne das Mass des Anteils der Seele bereits zu präzisieren.³⁵

Besonders deutlich wird die Nähe zu *Stiftungen zu Gunsten Bedürftiger* in einer Ausführung von Gregor von Nyssa: „Nicht alles ist für Euch, sondern ein Teil auch für die Armen, die Lieblinge Gottes. Denn alles gehört Gott, dem gemeinsamen Vater. Wir aber sind Brüder einer Familie. Für Brüder aber ist es am besten und das Gerechtere, sich zu gleichen Teilen in die Erbschaft zu teilen.“³⁶ Damit kommt der Gedanke auf, dass der Seelteil wie ein Bruder oder eine Schwester den gleichen Anteil³⁷ bekommen soll. Chrysostomus schliesslich kam zum Ergebnis, dass die Hälfte oder wenigstens ein Drittel des Vermögens gespendet werden müsse.³⁸ Die Forderung, dass „wenigstens ein Drittel“ gespendet werden müsse, hat Jahrhunderte in vielen Ländern weiter gewirkt.³⁹ Die Kirchenväter haben damit zwei Positionen miteinander verknüpft, welche zunächst einmal gar nichts miteinander zu tun hatten: Nämlich die Vorstellungen vom Tode und vom Jenseits einerseits, und von der gerechten Güterverteilung andererseits.⁴⁰

Als *Zwischenfazit* kann gezogen werden: Eine fortlaufende Kette führt von der uralten periodischen Ernährung der Toten im Grabe über den vergeis-

³⁴ So expressis verbis zu Recht Bruck, 8.

³⁵ Zu Recht schreibt Bruck, dass Basilius nicht ausgelegt werden darf wie ein Pandektenjurist, Bruck, 7. Zu einem späteren Zeitpunkt bezeichnete er den Seelteil sowohl für die Eltern mit Kindern als auch für die Kinderlosen mit der Hälfte des Vermögens, vgl. Bruck, 9.

³⁶ Bruck, 19.

³⁷ Bruck, 20.

³⁸ Im Einzelnen Bruck, 24 m.w.H.

³⁹ Chrysostomus hat einen eigentlichen Propagandafeldzug in Gang gesetzt, mit den Ausführungen: „Wer Almosen gibt, schliesst einen Kauf mit Gott ab. Das Almosen ist der Kaufpreis, Kaufgegenstand ist das Paradies“, oder: „Hier auf dem Markt will jeder möglichst billig einkaufen und möglichst teuer verkaufen. Die Almosen werden für wenig eingekauft, um dann im Jenseits teuer verkauft zu werden.“ oder: „Christus nimmt das Almosengeld in Verwahrung. Aber er verwahrt es nicht nur sicher, sondern er verzinst es sogar.“ (Bruck, 27).

⁴⁰ Bruck, 36, fasst daher zusammen, dass die Kirche die Opfer für die Toten in Gaben für die Armen und die Kirche verwandelt hat: Statt dem Toten Speise und Trankopfer am Grabe darzubringen, sollen die dafür erforderlichen Beträge der Kirche und den Armen dargebracht werden, zugleich im Interesse des Seelenheils der Toten. Neben dem Gedanken der „Caritas“ ist entscheidend, dass das gute Werk im Diesseits der eigenen Seele des Verstorbenen oder ihm Nahestehender im Jenseits zugute kommen soll. Es geht hier um die Idee der „verdienenden Kraft des guten Werkes“ (Bruck, 37).

tigten Totenkult der hellenistischen Zeit zum spiritualisierten Totenkult des Christentums⁴¹ durch die Seelenmessen, welche durch rechtliche Massnahmen, nämlich eine Stiftung, gesichert werden sollen.⁴²

Als Schöpfer der „Sohnesquote für Christus“, wie der Seelquote überhaupt⁴³, wurde sodann⁴⁴ Augustinus bezeichnet.⁴⁵ Er hat den Vorschlag⁴⁶ der Sohneshquote etwa in den Jahren 404 bis 426 ausgearbeitet.⁴⁷ Dabei vertritt er⁴⁸ eine gemässigte Linie und lehnt die Einsetzung der Kirche als Alleinerbin bei Vorhandensein von Nachkommen ab, weil nach seiner Auffassung ein Drittel bei zwei Nachkommen vollends für das Seelenheil genüge.⁴⁹

⁴¹ Geld und Grundeigentum wurden Kirchen, Klöstern oder mildtätigen Stiftungen übertragen, wiederum mit der Auflage der Sorge für den Seelenkult des Stifters durch Totenmessen, die sog. *dispositiones pro anima*, welche im germanischen Mittelalter Seelgeräte, d.h. „Gaben, die der Seele dienen“, hiessen (Bruck, 40).

⁴² Bruck, 40.

⁴³ Schultze, Seelteil, 178 ff., 190 ff.; Schultze, Nachträge, 376 ff.

⁴⁴ Zur Zeit Justinians war die Seelquote weit verbreitet in Brauch und Vulgarrecht im Byzantinischen Reich, was eine Konstitution des Kaisers vom 20. Oktober 530 (Codex 1, 2, 25/26) erkennen lässt (Bruck, 120), mit der Idee: „Wenn jemand unseren Herrn Jesus Christus zum Erben eingesetzt hat, entweder allein oder auch nur zum Teil, dass dann unbezweifelt die heilige Kirche der Stadt, des Ortes oder des Bezirkes, in welchem der Verstorbene sich befunden, als eingesetzte Erben zu betrachten seien und dass die Erbschaft im ganzen oder zum Teil, wie nun die Erbeinsetzung lautet, durch die gottgeliebten Kirchenvorsteher eingetrieben werden mag“ (Bruck, 121). Damit sollen die Zuwendungen auch einklagbar sein (Bruck, 121), so dass der Brauch *ein Volksrecht* geworden war. Dabei blieb die Seelquote nicht auf Testamente beschränkt: In einer Konstitution vom 18.3.530 (C 8, 53, 35, 4) erklärt Justinian die Schenkung einer *universitas* oder einer Vermögensquote für zulässig.

⁴⁵ Augustin 354-430, vgl. zu ihm Bruck, 84-95.

⁴⁶ Die Kirche ist von je für Zuwendungen für das Seelenheil eingetreten (so Bruck, 241), allerdings auch Augustins Quote, in der Höhe des Anteils, wie er einem leiblichen Sohne zukommt, wurde zunächst nur dann zugelassen, wenn besondere Umstände dies ratsam erscheinen liessen, weil Rom grundsätzlich an der Testierfreiheit des römischen Rechts festhielt: „Die Kirche forderte die Augustinische Quote erst im späteren Mittelalter, als die Gebefreudigkeit nachließ, und selbst dann hat ihre Haltung noch zuweilen gewechselt.“ (Bruck, 242).

⁴⁷ Bruck, 86.

⁴⁸ Die Frage, ob Augustins Vorschlag auf Hieronymus zurückgeht, wird vorliegend nicht vertieft; vgl. dazu bisher insbesondere Bruck, 88 ff.

⁴⁹ Zur scharfen Kritik des konkreten Falles durch Augustin bei einem Presbyters Januarius, der in seinem Testament Augustins eigene Kirche als Erbin eingesetzt hatte und zugleich die beiden minderjährigen Kinder (Tochter und Sohn) ausdrücklich enterbt hatte vgl. Bruck, 87 f.

6. Weitere Wurzelteile bei Ganerbschaften und Erbverbrüderungen

Bei der Ausbildung des Rechtsinstituts des Erbvertrages kamen zwei weitere verwandtschaftliche Zuwendungen innerhalb eines geschlossenen Kreises vor, nämlich einerseits die Ganerbschaften und andererseits die Erbverbrüderungen.

Zunächst zu den *Ganerbschaften*: Darunter wird die dauernde Vereinigung mehrerer Personen oder Familien verstanden, deren Zweck es war, eine bestimmte Vermögensmasse, meist eine Burg mit Pertinenzen, gemeinschaftlich zu benutzen und zu vertreten.⁵⁰ Dies war auch der Fall, wenn eine Burg erobert oder selber erbaut worden war.⁵¹ Die Folge war die Gemeinschaft des Rechts, so dass die Genossen *Gemeiner* genannt wurden.⁵² Die Veräußerung eines Anteils eines Gemeiners war dabei bechränkt auf den Fall der *echten Not*,⁵³ wobei er den Genossen den Kauf vorher anzubieten hatte.⁵⁴ Damit war die Ganerbschaft auf die Dauer errichtet.

Der hohe Adel hatte im Mittelalter noch ein anderes Instrument, um die Vererblichkeit voll wirksam werden zu lassen, namentlich bei Kinderlosigkeit: *Erbverbrüderung* nennt man jenes Geschäft, „durch welches mehrere Häuser oder verschiedene Linien desselben Hauses sich gegenseitig ihre Güter zuwenden auf den Fall, dass der eine Theil erlöschen sollte.“⁵⁵ Sodann: „So wurde früh Sitte unter den deutschen Fürsten und Herrn, ihre Familie in der fortgehenden Bewegung derselben gleichsam als eine juristische Person anzusehen, so dass die einzelnen Mitglieder, welche gerade am Leben waren, nicht nur für sich, sondern auch für die kommenden Geschlechter rechtliche Verhältnisse begründen konnten.“⁵⁶ Bei diesem Institut ging es damit darum, heute bereits Rechtswirkungen zu erlangen, welche auch auf die *Nachkommen der Kontrahenten* wirken sollen und die derzeit lebenden Personen lediglich ein „untergeordnetes Recht auf die lebenslängliche Nutzung der tradierten Güter erwarben.“⁵⁷

⁵⁰ Beseler, 81.

⁵¹ Beseler, 82.

⁵² Beseler, 82.

⁵³ Beseler, 82.

⁵⁴ Beseler, 83.

⁵⁵ Beseler, 225.

⁵⁶ Beseler, 226.

⁵⁷ Beseler, 226.

Es ist augenfällig, wie nahe diese Rechtsinstitute an die Idee der Familienstiftung heranreichen, so dass weitere Einzelheiten in der rechtlichen Ausgestaltung durchaus hätten gewonnen werden können. Allein: Diese (rechtshistorische) Spur wurde nicht verfolgt. In den folgenden Jahrzehnten, kam es vielmehr zum *abrupten Bruch durch Napoleon*.⁵⁸

III. Napoleon, die kantonalen Gesetzbücher und die Literatur am Vorabend von Eugen Hubers Wirken

I. Änderungen der Verhältnisse: keine Stiftung in code civil und Abschaffung der Fideikommissse

Die aufgezeigten mittelalterlichen Rechtsinstitute wurden nicht mehr verfolgt, sondern es kam zu einem eigentlichen Rechtsbruch mit *dem Paukenschlag der Einführung des code civil in Frankreich*.⁵⁹

Das Institut der juristischen Person kannte der code civil nicht und regelte daher auch die Frage der Stiftungserrichtung nicht in seinem erbrechtlichen Teil. Noch heute ist das französische Stiftungsrecht nicht im code civil enthalten.⁶⁰ Vielmehr besteht ein Spezialgesetz, nämlich die „Loi N 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat“, mit seitherigen Änderungen.⁶¹

Bedeutsam war ferner, dass die französische Revolution den Familienfideikommissen sehr kritisch gegenüberstand, was insbesondere auf der Benachteiligung der jüngeren Nachkommen⁶² des Inhabers gründete.⁶³ Die Familienfideikommissse wurden daher in Frankreich im Jahr 1804 mit dem code civil *abgeschafft*.⁶⁴

⁵⁸ Zu ihm umfassend die neuere Biografie Zamoyski. Vgl. zur Erlass des code civil 351 ff. Napoleon soll gesagt haben (289): „Ich rede lieber zu Soldaten als zu Advokaten“. Vgl. zu den Schweizer Bezügen jetzt Schuler.

⁵⁹ Dabei darf aus Schweizer Sicht nicht vergessen werden, dass der Kanton Genf und der Berner Jura damals noch französisches Staatsterritorium waren und daher der code civil in diesen Gebieten unmittelbar eingeführt worden war.

⁶⁰ BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 809.

⁶¹ BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 809.

⁶² Caroni, 85, hat auf die Wichtigkeit der Erbteilung nach dem Prinzip „égalité des partages“ (Art. 745) des code civil hingewiesen.

⁶³ Vgl. Ebert, 1503.

⁶⁴ Vgl. Ebert, 1503.

2. Verbliebene kantonale Souveränität

Zwar brachte Napoleon der Schweiz die Helvetik, doch eine Zivilrechtseinheit brachte diese nicht: Das Zivilrecht verblieb noch jahrzehntelang in *kantonomer Souveränität*, bis Walther Munzinger⁶⁵ die Schaffung eines einheitlichen Obligationenrechts empfahl und die Kantone dafür begeistern konnte und später die verfassungsrechtliche Grundlage im Jahr 1898 für das „übrige Zivilrecht“ geschaffen wurde. Daher stellt sich die Frage, wie sich die *kantonale Situation* in Bezug auf die Familienstiftungen im 19. Jahrhundert präsentierte.

Schliesslich soll kurz dargestellt werden, wie sich die Literatur zur Frage der Familienstiftungen *am Vorabend von Eugen Hubers Wirken* präsentierte. Was wurde genau in der sog. Pandektenwissenschaft⁶⁶ vertreten? Welche Anknüpfungspunkte präsentierte diese?

3. Auswirkungen auf die Westschweizer Gruppe der kantonalen Kodifikationen

Die Regelung des *code civil* hatte erhebliche *Auswirkungen* auf die sog. *kantonale Gruppe* mit Frankreich als Vorbild⁶⁷: Mit Ausnahme von Wallis und Freiburg im Uechtland behandelten die Westschweizer Kantone die juristische Person nicht und damit auch nicht die Stiftung. Sie standen auch der fideikommissarischen Substitution ablehnend gegenüber, wie namentlich das Beispiel Neuenburg zeigt.⁶⁸ Immerhin anerkannten die Kantone Waadt und Freiburg die fideikommissarische Substitution für den ersten Grad.

⁶⁵ Zu ihm in grösseren Zusammenhängen Fasel, Bahnbrecher; vgl. sodann zu den Vorgängen mit Empfehlungen Munzingers auch Fasel, OR-Materialien, dort vor allem in den Einleitungstexten.

⁶⁶ Zu den Schweizer Verhältnissen der Pandektenwissenschaft vgl. bisher Thier, 229-243.

⁶⁷ Nach einer von Aloys von Orelli, dem Lehrer von Eugen Huber begründeten, und von Eugen Huber übernommenen Einteilung kann man bei den kantonalen Kodifikationen drei Gruppen einteilen: a) eine vom französischen *code civil* von 1804 beeinflusste Gruppe in der West- und Südschweiz, b) die vom österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) von 1811 beeinflussten Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn sowie c) eine Gruppe um Zürich mit seinem von der historischen Rechtsschule beeinflussten Zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch (PGB) von 1853-1855 und jenen Kantonen der Ost- und Zentralschweiz, die dieses nachahmten, vgl. dazu zusammenfassend Pahud de Mortanges, 242 ff.

⁶⁸ Zeiter, Rz. 87.