

iusNet

(Erb-)Stiftung: Ausgewählte Fragen zur Entstehung und zur Rechtsfähigkeit

KGer SZ, Urteil ZK2 2019 43 vom 28. April 2020, und BGer, Urteil 5A_441/2020 vom 8. Dezember 2020

Alexandra Geiger

Im Kanton Schwyz war die Frage zu beantworten, ob eine (Erb-)Stiftung in Gründung Anspruch auf Ausstellung einer Erbscheinigung hat. Der Anspruch wurde von der ersten Instanz mangels Erb-, Partei- und Prozessfähigkeit der Stiftung in Gründung abgelehnt. Das Kantonsgericht Schwyz (Entscheid ZK2 2019 43 vom 28. April 2020) und das Bundesgericht (Entscheid 5A_441/2020 vom 8. Dezember 2020) wiesen die dagegen erhobene Berufung bzw. Beschwerde der Stiftung in Gründung ab.

Im Rahmen dieser beiden Entscheide stellen sich Fragen zur Qualifikation der Stiftung als Erb Stiftung und zu deren Einsetzung als Nacherbin sowie zur Entstehung und zur Rechtsfähigkeit einer (Erb-)Stiftung.

A. Sachverhalt

Dem Entscheid ZK2 2019 43 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Erblasserin hatte letztwillig bestimmt, dass ihr Nachlass vorerst unverteilt bleibe und durch ihren Willensvollstrecker zu verwalten sei. Ihrer Schwester räumte sie am gesamten Nachlass ein lebenslangliches Nutzniessungsrecht ein bzw. verfügte, dass sie in diesem Rahmen eine jährliche Rente von SEK 200 000 erhalten solle. Ausserdem berechnete die Erblasserin den Willensvollstrecker, der Schwester im Falle einer Notlage über die reinen Erträge hinaus Mittel aus dem Kapital des Nachlasses zukommen zu lassen. Des Weiteren bestimmte sie wörtlich:

«Nach dem Ableben meiner Schwester sind die allenfalls noch nicht verkauften Liegenschaften durch meinen Willensvollstrecker zu veräussern, und mein gesamter Nachlass ist in eine durch meinen Willensvollstrecker zu errichtende Stiftung mit dem folgenden Stiftungszweck einzubringen: Unterstützung von Projekten zur Bekämpfung und Verhinderung der Blindheit in Thailand.

Mein Willensvollstrecker soll auf Lebzeiten als Stiftungsrat fungieren und das Stiftungsvermögen verwalten; er soll allfällige weitere Mitglieder des Stiftungsrates bestimmen können. Sitz und Name der Stiftung sind ebenfalls durch meinen Willensvollstrecker festzulegen. Bei der Verwaltung des

Stiftungsvermögens ist in erster Linie auf die Sicherheit und die Risikoverteilung zu achten.»

Der Einzelrichter des Bezirksgerichts March stellte der Schwester und dem Willensvollstrecker die Ausstellung einer Erbescheinigung in Aussicht (Art. 559 ZGB). Die vom Willensvollstrecker dagegen erhobene Berufung wurde abgewiesen, und das Bundesgericht trat auf seine Beschwerde mangels Nachweises eines aktuellen und praktischen Interesses nicht ein.¹

Im Mai 2019 ersuchte die Stiftung in Gründung um Ausstellung einer Erbescheinigung, in der sie als einzige eingesetzte Erbin und die Schwester als Vermächtnisnehmerin zu bezeichnen seien. Das Gesuch wurde von der ersten Instanz mangels Erb-, Partei- und Prozessfähigkeit der Stiftung in Gründung abgewiesen. Der Berufung war ebenfalls kein Erfolg beschieden. Es fehle der Stiftung am schutzwürdigen Interesse, denn selbst wenn sie laut Testament als errichtet gälte, wäre das Stiftungsvermögen erst zu einem späteren Zeitpunkt einzubringen. Zudem sei sie nach dem Wortlaut des Testaments als Nacherbin eingesetzt und habe auch deshalb keinen Anspruch auf Ausstellung einer Erbescheinigung.

B. Ausgewählte Fragen zur (Erb-)Stiftung

1. Erbstiftung oder Auflage zur Stiftungerrichtung?

Im vorliegenden Fall stellt sich die typische Abgrenzungsfrage, ob die Erblasserin eine Erbstiftung im Sinne von Art. 493 ZGB errichtet oder aber die Schwester A. als gesetzliche Erbin bzw. allenfalls den Willensvollstrecker als eingesetzten Erben mit der Auflage beschwert hat, eine Stiftung zu errichten.

a) Erbstiftung i.S.v. Art. 493 ZGB

Eine Erbstiftung ist eine gewöhnliche Stiftung. Mithin gelten gemäss Art. 493 i.V.m. Art. 80–89 ZGB die allgemeinen stiftungsrechtlichen Bestimmungen. Speziell ist jedoch die Errichtungsform: Sie wird in einer letztwilligen Verfügung (Testament oder Erbvertrag, Art. 81 Abs. 1 ZGB) errichtet. Es ist dabei nicht nötig, eine durch eigenhändiges Testament oder Erbvertrag errichtete Stiftung durch (nochmalige) öffentliche Beurkundung «ins Leben zu rufen».² Der Stifter muss den Stiftungsakt in der Verfügung von Todes wegen zum Ausdruck bringen. Nach dem Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit hat der Stifter zumindest die *essentialia negotii* (Absichtserklärung betr. Stiftungerrichtung/Widmung, Zweckumschreibung und Vermögen, Art. 80 und 493 ZGB) selbst festzulegen. Einzig die organisatorischen Belange betreffend u.a. oberstes Stiftungsorgan, Name und Sitz kann er dem Willensvollstrecker überlassen, wobei die Lehre diesbezüglich unterschiedlich streng ist. Praxisgemäss ist denn auch der Willensvollstrecker, allenfalls unter Mitwirkung der Aufsichtsbehörde, für die Errichtung der Stiftung gemäss den erblasserischen Anordnungen verantwortlich.³ In diesem Sinne ist die Integration der komplett ausgearbeiteten Statuten und Reglemente in die letztwillige Verfügung zu empfehlen.

b) Auflage

Im Falle einer Auflage umschreibt die Erblasserin den Stiftungszweck, das Stiftungsvermögen und die Begünstigten, nimmt aber keine Errichtung an sich vor. Vielmehr auferlegt sie einem Erben oder Vermächtnisnehmer die Auflage (Art. 482 ZGB), die Stiftung zu errichten. Diese Art von Stiftung ist in der Lehre unumstritten.⁴ Es liegt jedoch keine Erbstiftung, sondern eine klassische Stiftungerrichtung unter Lebenden durch den Auflagenbeschwerten (Erbe oder

Vermächtnisnehmer) vor.⁵ Als einzige Ausnahme gilt der Fall, dass die Auflage das vollständige Stiftungsgeschäft enthält. Dann handelt es sich ebenfalls um eine Erbstiftung im Sinne von Art. 493 ZGB.⁶

Bei einer Stiftungerrichtung durch eine testamentarische Auflage unterscheiden sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die Befugnisse des Willensvollstreckers. Es ist primär Sache des beschwerten Erben oder Vermächtnisnehmers, die Stiftungsurkunde gemäss den erblasserischen Anordnungen aufzusetzen und die Organisation festzulegen. Der Willensvollstrecker hat dies insoweit zu überwachen, als dass er den Willen des Erblassers vollstrecken muss.⁷

c) Bemerkung

Im vorliegenden Sachverhalt wäre zu überlegen, ob allenfalls eine Auflage zur Stiftungerrichtung verfügt wurde oder ob, selbst wenn, die Anordnungen der Erblasserin nicht bereits das vollständige Stiftungsgeschäft enthalten und die Erblasserin folglich eine Erbstiftung gemäss Art. 493 ZGB (als Nacherbin) errichtet hat. Basierend allein auf dem in den Urteilen enthaltenen Sachverhalt wäre m.E. eher vom Vorliegen einer Erbstiftung auszugehen.

2. Die (Erb-)Stiftung als Nacherbin

Weiter bedarf der Klärung, ob und per wann die Erblasserin die (Erb-)Stiftung als Nacherbin errichtet haben wollte. Dabei sind zwei verschiedene Konstellationen einer Stiftungerrichtung möglich: Entweder wird die Stiftung von der Erblasserin direkt beim Ableben mittels Nacherbeneinsetzung errichtet oder die Erblasserin verfügt letztwillig, dass die Stiftung erst im Zeitpunkt der Auslieferung der Vorerbschaft entsteht.

- Im ersten Fall handelt es sich um eine Erbstiftung gemäss Art. 493 ZGB. Ihr Vermögen besteht jedoch vorerst nur aus einer Anwartschaft (Art. 490 Abs. 3 ZGB). Der Zeitpunkt des Übergangs des Vermögens bestimmt sich dabei nach dem erblasserischen Willen bzw. subsidiär ist es von Gesetzes wegen der Tod des Vorerben.⁸
- Im zweiten Fall wiederum liegt keine Erbstiftung im Sinne von Art. 493 ZGB vor, sondern eine Stiftungerrichtung unter Lebenden. Wann genau die Stiftung entsteht, bestimmt sich nach dem Willen der Erblasserin. Im Zweifel wird in der Lehre teilweise geprüft, ob die Stiftung zugunsten der Erblasserin als sofort entstanden zu betrachten ist, weil dadurch die Erfüllung des Stifterwillens allenfalls besser gewährleistet ist.⁹ Ist dies nicht anzunehmen, ist die Stiftung bis zum Tode des Vorerben nicht entstanden.¹⁰

Auch die vom Auflagenbeschwerten zu errichtende Stiftung ist Nacherbin gemäss Art. 545 ZGB (oder allenfalls Nachvermächtnisnehmerin) der Erblasserin. Sie erwirbt ihr Vermögen unmittelbar vom Auflagenbeschwerten als Vorerben (oder Vorvermächtnisnehmer).¹¹ Ist kein Vorerbe genannt, so gelten die gesetzlichen Erben als Vorerben (Art. 545 Abs. 2 ZGB).

Der Vorerbe ist verpflichtet, der Stiftung das Vermögen zu übereignen.¹² Inwieweit der Vorerbe angesichts der mittels Auflage bestimmten Zweckgebundenheit des Vermögens über Letzteres verfügen darf, muss sich nach dem Willen der Erblasserin richten.

Gemäss Bundesgericht und Praxis der meisten Kantone hat eine Stiftung als Nacherbin keinen Anspruch auf die Ausstellung einer Erbbescheinigung, solange die Vorerbschaft besteht. Dies wird in der Lehre kritisiert.¹³

Im vorliegenden Sachverhalt wäre auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen, ob nach der erblasserischen Anordnung eine Erbstiftung im Sinne von Art. 493 ZGB als Nacherbin errichtet wurde, welche das Vermögen von der Schwester (gesetzliche Erbin) als Vorerbin bei deren Ableben erwerben wird, oder ob es sich um eine Stiftung unter Lebenden handelt. Auch die vorstehenden Überlegungen im Zusammenhang mit der Nacherbeneinsetzung führen eher dazu, das Vorliegen einer Erbstiftung zu bejahen. Unabhängig von der Qualifikation hätte die (Erb-)Stiftung als Nacherbin jedoch keinen Anspruch auf Ausstellung einer Erbenbescheinigung.

3. Rechtsfähigkeit der Stiftung

Der dritte offene Punkt ist die Frage, wann die Erbstiftung entsteht. Dies ist in der Lehre umstritten. Das Bundesgericht und die herrschende Lehre gehen davon aus, dass die Erbstiftung erbfähig ist und vom Tod der Erblasserin bis zum Handelsregistereintrag gemäss Art. 52 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 ZGB eine ähnliche Rechtsstellung wie ein *nasciturus* (Art. 544 ZGB) hat. Sie ist dementsprechend bis zu ihrem Handelsregistereintrag (der nunmehr auch für kirchliche und Familienstiftungen erforderlich ist) bedingt rechtsfähig.¹⁴ Die Stiftung kann folglich das gewidmete Vermögen und andere Zuwendungen bedingt erwerben. Mit der Eintragung basierend auf der Verfügung von Todes wegen wird ihr Rechtserwerb endgültig.

Ein Teil der Lehre befürwortet hingegen, dass die Stiftung im Sinne des erbrechtlichen Unmittelbarkeitsprinzips mit dem Tod des Stifters die Rechtsfähigkeit erlangt und auch das gewidmete Vermögen erwirbt (Art. 493 ZGB als *lex specialis* zu Art. 52 Abs. 1 ZGB). Der Handelsregistereintrag wäre danach lediglich deklaratorisch.¹⁵ Eine dritte Lehrmeinung vertritt die Auffassung, dass das Stiftungsvermögen bis zur Errichtung der Stiftung den gesetzlichen Erben gehört, die Stiftung jedoch mit dem Registereintrag ihr Vermögen mit rückwirkender Kraft erwirbt.¹⁶

Da die Stiftung nach einhelliger Lehre ihr Vermögen unmittelbar vom Erblasser erwirbt,¹⁷ ist im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass die Stiftung bis zum Eintrag ins Handelsregister bedingt rechtsfähig sowie bedingt partei- und prozessfähig ist.¹⁸

Die Entstehung ist auch bei einer Nacherbeneinsetzung umstritten. Wie oben ausgeführt, besteht eine Variante darin, dass die Erbstiftung im Zeitpunkt des Ablebens der Erblasserin als entstanden gelten muss, weil die zukünftige Erbschaft eine sichere ist.¹⁹ Die andere Variante ist, dass die Stiftung erst im Zeitpunkt der Auslieferung der Vorerbschaft entsteht. Dann wären die Grundsätze für die Stiftungserrichtung unter Lebenden anwendbar. In beiden Fällen müssen jedoch die obenstehenden Ausführungen zum Handelsregistereintrag gelten. Dies mit dem Unterschied, dass die Nacherbin das Vermögen vom Vorerben erwirbt.

Bei Stiftungserrichtungen durch Auflage gelten ebenfalls die Grundsätze der Errichtung unter Lebenden. Zwischen dem Ablebenszeitpunkt des Erblassers und dem Handelsregistereintrag besitzt die Stiftung keine Rechtsfähigkeit. Die Stiftung entsteht und erlangt ihre Rechtspersönlichkeit mit der öffentlichen Beurkundung und dem entsprechenden Handelsregistereintrag.

Dem unsicheren Schwebestadium bis zur Involzugsetzung wirkt immerhin der Mechanismus von Art. 81 Abs. 3 ZGB entgegen. Danach hat die Behörde, welche die Verfügung von Todes wegen eröffnet, dem Handelsregisterführer die Errichtung der Stiftung mitzuteilen. Dieser informiert sodann die zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde (Art. 96 Abs. 1 HRegV).

Je nachdem, welcher Variante betreffend Entstehung einer als Nacherbin eingesetzten Stiftung gefolgt wird, kann die bis zum Handelsregistereintrag bedingte Prozess- und Parteifähigkeit der (Erb-)Stiftung als Nacherbin bejaht werden. Wird diese im vorliegenden Sachverhalt bejaht, kann dies mangels eines zur Zweckerfüllung hinreichenden Vermögens zur Inaktivität der Stiftung führen, und zwar allenfalls sogar zu einer dauernden, weil vorliegend wohl die Erbenqualität der Stiftung feststeht, unter Umständen aber die zukünftige Erbschaft keine sichere ist.

4. Empfehlung

Angesichts der oben dargelegten Rechtsunsicherheiten und Tücken sowie der fehlenden lebzeitigen Teilnahme, Mitprägung und Justierungsmöglichkeiten durch den Stifter empfiehlt sich die Errichtung einer Erbstiftung nur in Ausnahmefällen. In der Praxis zu raten ist ein stufenweises Vorgehen, d.h. die lebzeitige Errichtung der Stiftung mit kleinen, gestaffelten Dotationen (auch zwecks Abzugsfähigkeit bei der Einkommenssteuer bis max. 20% bei Vorliegen der Voraussetzungen) verbunden mit der Einsetzung der Stiftung als Erbin oder Vermächtnisnehmerin.

-
1. [Urteil des Bundesgerichts 5A_735/2018 vom 15. Februar 2019](#); besprochen von *Tarkan Göksu*, Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2019, *successio* 2020, S. 345 ff., 346 f.; *Hans Rainer Künzle*, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2018–2019), *successio* 2020, S. 18 ff., 26.
 2. Obergericht ZH, Urteil LB130067 vom 24. April 2014.
 3. *Harold Grüninger*, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2019, Art. 493 N 2 m.w.H.
 4. *Alexandra Zeiter*, Die Erbstiftung, Freiburg 2001, Rz. 1266.
 5. *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 1266, m.w.H.; *Harold Grüninger*, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2018, Art. 81 N 10; *ders.* (Fn. 3), Art. 493 N 1a m.w.H.; *Peter Weimar*, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Bern 2009, Art. 493 N 14.
 6. *Dominique Jakob*, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob, Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2018, Art. 81 N 3; *Grüninger* (Fn. 5), Art. 81 N 10; *ders.* (Fn. 3), Art. 493 N 1a; *Thomas Sprecher*, Der Stifter im Erbrecht – der Erblasser im Stiftungsrecht, SJZ 2018, S. 546.
 7. *Harold Grüninger*, Errichtung einer Stiftung durch Auflage zulasten des Erben – 5A_185/2008 (Urteil des Bundesgerichts vom 3. November 2008), *successio* 2010, S. 45 ff, 47.
 8. *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 40, 644 und 1072.
 9. *Hans Michael Riemer*, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Bern 1981, Art. 81 N 40; *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 1077.

10. *Riemer* (Fn. 9), Art. 81 N 62a.
11. *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 1267.
12. *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 1269.
13. *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 1075, m.w.H., insb. auch auf BGE 82 I 188 E. 2.
14. BGE 99 II 246 E. 9g; 103 Ib 6 E. 1; *Grüninger* (Fn. 5), Art. 81 N 15; *ders.* (Fn. 3), Art. 493, N 3; Jakob (Fn. 6), Art. 81 N 4.
15. *Hans Michael Riemer*, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1993, Art. 52 N 12; *ders.* (Fn. 9), Art. 81 N 77; *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 805, 855 und 1256; *Sprecher* (Fn. 6), S. 546.
16. *Paul Piotet*, in: Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, SPR IV/1, Basel/Stuttgart 1978, S. 123 f.; *Grüninger* (Fn. 3), Art. 493 N 3.
17. *Grüninger* (Fn. 3), Art. 493 N 4; *Weimar* (Fn. 5), Art. 493 N 18.
18. BGE 103 Ib 6 E. 1; so auch Obergericht ZH, Urteil LB130067 vom 24. April 2014, wonach eine in gehöriger Form errichtete Stiftung bereits vor ihrem Eintrag ins Handelsregister im Prozess um ihre Rechtsfähigkeit unter Vorbehalt ihrer Eintragung aktiv- und passivlegitimiert ist.
19. *Zeiter* (Fn. 4), Rz. 40, 644 und 1072; *Weimar* (Fn. 5), Art. 493 N 13.

iusNet ErbR 22.02.2021

Zugehörige Rechtsprechung

[Erbbescheinigung für eine nach dem Willen der Erblasserin erst zu einem späteren Zeitpunkt zu gründende Stiftung?](#)

[Keine Erbbescheinigung für die gemäss Testament später zu gründende Stiftung mangels Rechtsschutzinteresses](#)

KGer SZ, Urteil ZK2 2019 43 vom 28. April 2020, und BGer, Urteil 5A_441/2020 vom 8. Dezember 2020

Entscheidreferenz

[ZK2 2019 43](#)

28.04.2020

Kantonsgericht SZ

Erbbescheinigung

[5A_441/2020](#)

08.12.2020

Bundesgericht

Erbbescheinigung

Gesetzesartikel

[Art. 493 ZGB](#)

[Art. 80 ff. ZGB](#)

[Art. 482 ZGB](#)

[weitere anzeigen](#) 

Rechtsgebiet(e)

Nachlassabwicklung

Stichworte

[Erbbescheinigung](#) | [Erbstiftung](#) | [Stiftung unter Lebenden](#) | [Rechtsfähigkeit](#) | [Auflage](#) | [Nacherbe](#)