Urteilskopf

96 II 273

40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Juli 1970 i.S. Heider und Mitbeteiligte gegen Katharina und Rosalie Schweizer-Stiftung.
Regeste (de):
Klage auf Nichtigerklärung einer durch Erbvertrag errichteten Stiftung aus dem Grunde, dass Art. 81 ZGB die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag nicht zulasse.

1. Für eine solche Klage gilt keine Frist. Aktivlegitimation der gesetzlichen Erben der Stifter. Passivlegitimation der Stiftung (Erw. 1).

2. Die Eintragung der Stiftung ins Handelsregister (Art. 52 Abs. 1, 81 Abs. 2 ZGB) hat im Falle der Nichtigkeit des Stiftungsgeschäfts keine heilende Wirkung (Erw. 2).

3. Eine Stiftung kann durch eine in einem Erbvertrag enthaltene letztwillige Verfügung errichtet werden. Vertragliche Natur der Stiftungsklausel des streitigen Erbvertrags (Erw. 3).

4. Das schweizerische Recht lässt die Errichtung einer Stiftung durch eine vertragliche (die Stifter bindende) Bestimmung eines Erbvertrags nicht zu (Erw. 4-8).

5. Umdeutung der als vertragliche Bestimmung nichtigen Stiftungsklausel des streitigen Erbvertrags in eine letztwillige Verfügung oder in eine vertragliche Bestimmung mit zulässigem Inhalt? (Erw. 3 Abs. 2 am Ende, Erw. 9).

Regeste (fr):
Action en nullité d'une fondation constituée par pacte successoral fondée sur le motif que l'art. 81 CC n'autorise pas la constitution d'une fondation par pacte successoral.

1. Une telle action n'est soumise à aucun délai. Qualité pour agir des héritiers légaux des fondateurs. Qualité pour défendre de la fondation (consid. 1).

2. L'inscription de la fondation au registre du commerce ne produit aucun effet guérisseur en cas de nullité de l'acte de fondation (consid. 2).

3. Une fondation peut être constituée par un testament contenu dans un pacte successoral. Nature conventionnelle de la clause du pacte successoral litigieux relative à la fondation (consid. 3).

4. Le droit suisse ne permet pas de constituer une fondation par une disposition conventionnelle (liant les fondateurs) contenue dans un pacte successoral (consid. 4 à 8).

5. Conversion de la clause du pacte successoral litigieux relative à la fondation en un testament ou une disposition conventionnelle ayant un contenu admissible? (consid. 3 al. 2 in fine, consid. 9).

Regesto (it):
Azione di nullità di una fondazione costituita mediante un contratto successorio, fondata sul motivo che l'art. 81 CC non ammette la costituzione di una fondazione con un contratto successorio.

1. Tale azione non soggiace ad alcun termine. Veste attiva degli eredi legali dei fondatori. Veste passiva della fondazione (consid. 1).

2. L'iscrizione della fondazione nel registro di commercio (art. 52 cpv. 1, 81 cpv. 2 CC) non esplica alcun affetto sanatorio in caso di nullità dell'atto di fondazione (consid. 2).

3. Una fondazione può essere costituita mediante una disposizione d'ultima volontà contenuta in un contratto successorio. Natura contrattuale della clausola del contratto successorio litigioso relativa alla fondazione (consid. 3).

4. Il diritto svizzero non permette di costituire una fondazione mediante una disposizione contrattuale (che vincola i fondatori) contenuta in un contratto successorio (consid. 4 a 8).

5. Conversione della clausola del contratto successorio litigioso relativa alla fondazione in una disposizione d'ultima volontà o in una disposizione contrattuale con contenuto ammissibile? (consid. 3 cpv. 2 in fine, consid. 9).

Sachverhalt ab Seite 274

BGE 96 II 273 S. 274

A.- Die ledigen Schwestern Katharina und Rosalie Schweizer (geb. 1876 bzw. 1878) in Reinach BL schlossen miteinander am 7. Januar 1961 vor dem Bezirksschreiber zu Arlesheim einen Erbvertrag ab, durch den sie sich gegenseitig zu Universalerbinnen einsetzten, 14 nach dem Tode der Überlebenden auszurichtende Vermächtnisse von je Fr. 1'000.– vorsahen und bestimmten, der nach Abzug dieser Vermächtnisse verbleibende Nachlass der Überlebenden werde einer Stiftung mit dem Namen "Katharina und Rosalie Schweizer-Stiftung" gewidmet. Den Zweck dieser Stiftung umschreibt der Erbvertrag wie folgt: "Die Stiftung soll die Not bedürftiger, alteingesessener, in der Gemeinde wohnhafter Reinacherbürger und die Not von Waisenkindern bedürftiger Reinacherbürger lindern helfen. Im weitern soll die Stiftung bedürftigen Reinacherbürgern zugute kommen, deren Mittel zur Ausbildung ihrer Kinder nicht ausreicht [gemeint: ausreichen]". Der Erbvertrag regelt auch die Organisation und die Verwaltung der Stiftung und bestimmt, sie solle der Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Landschaft unterstellt sein.

B.- Am 2. Oktober 1961 starb Rosalie Schweizer.
Mit öffentlichen letztwilligen Verfügungen vom 27. Oktober und 27. Dezember 1961 vermachte Katharina Schweizer der römisch-katholischen Kirchgemeinde Reinach zwei in Reinach

BGE 96 II 273 S. 275

gelegene Grundstücke sowie einem Verein und einer Privatperson je Fr. 1'000.–. Am 13. Januar 1962 starb auch Katharina Schweizer. Ihre gesetzlichen Erben sind 23 Angehörige des grosselterlichen Stammes. Der Erbvertrag und die letztwilligen Verfügungen wurden am 6. Februar 1962 eröffnet. Am 6. Februar 1963 klagten neun gesetzliche Erben auf Ungültigerklärung der Verfügung zugunsten der römischkatholischen Kirchgemeinde. Dieser Prozess endete mit einem Vergleich. Die Stiftung wurde am 31. August 1963 ins Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft eingetragen.

C.- Am 26. Mai 1964 klagten zehn gesetzliche Erben beim Friedensrichter von Reinach gegen die Stiftung auf Ungültigerklärung des Erbvertrages nach Art. 519 ZGB und anteilsmässige Herausgabe des Nachlasses an sie gemäss Art. 598 ZGB. Zur Begründung machten sie geltend, eine Stiftung könne nicht durch einen Erbvertrag errichtet werden. Vor Bezirksgericht Arlesheim fügten sie dem Antrag auf Ungültigerklärung des Erbvertrages das Begehren bei, "entsprechend" sei "die durch den Erbvertrag errichtete Stiftung nach Art. 493 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 81 Abs. 1 ZGB als ungültig zu erklären" (welche Ergänzung das Obergericht als prozessual zulässig erachtete). Für den Fall, dass der Erbvertrag "formell nicht als ungültig erklärt würde", machten sie überdies geltend, die Klage sei nach Art. 467 ZGB zu schützen, weildie Schwestern Schweizer bei Unterzeichnung des Erbvertrages nicht mehr urteilsfähig und daher nicht verfügungsfähig gewesen seien. Das Bezirksgericht wies die Klage am 21. Mai 1968 ab. Es nahm an, die Klagefrist des Art. 521 ZGB sei versäumt worden; diese Frist gelte auch für die Klage auf Nichtigerklärung der Stiftung aus Gründen des Personenrechts; die Klage sei im übrigen auch materiell unbegründet, weil es sich bei den Bestimmungen des Erbvertrages über die Errichtung der Stiftung nicht um eine Anordnung vertraglicher Art, sondern um eine im Erbvertrag enthaltene letztwillige Verfügung handle und weil das Beweisverfahren keine Anhaltspunkte für die behauptete Verfügungsunfähigkeit der Schwestern Schweizer ergeben habe. Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, vor dem die

Kläger die Verfügungsfähigkeit der Schwestern Schweizer nicht mehr bestritten, bestätigte am 18. November 1969 den Sachentscheid des Bezirksgerichts mit der Begründung, die Bestimmung des Erbvertrages über die Errichtung der Stiftung sei vertraglicher Natur; das schweizerische Recht lasse die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag zu; die angefochtene Bestimmung des Erbvertrages vom 7. Januar 1961 sei also gültig; die Kläger seien deshalb nicht erbberechtigt.

D.- Gegen das Urteil des Obergerichts haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Begehren, dieses Urteil sei aufzuheben; der Erbvertrag und die Stiftung seien als ungültig zu erklären; der von der Beklagten beanspruchte und bereits in ihrem Besitz befindliche Nachlass der Schwestern Schweizer sei den Klägern als gesetzlichen Erben anteilsmässig herauszugeben. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Obwohl mit dem Klagebegehren u.a. ganz allgemein die Ungültigerklärung des Erbvertrages vom 7. Januar 1961 verlangt worden war, richtete sich die Klage der Sache nach von Anfang an nur gegen die in diesem Vertrag enthaltene Bestimmung, der nach Abzug der Vermächtnisse verbleibende Nachlass der zuletzt sterbenden Vertragspartnerin solle der nach dem Willen der beiden Schwestern zu errichtenden Stiftung gewidmet sein. Die Ungültigerklärung dieser Vertragsbestimmung und der darin vorgesehenen Stiftung verlangten die Kläger schon vor Obergericht nur noch mit der Begründung, das ZGB, insbesondere der dem Personenrecht angehörende Art. 81 Abs. 1, lasse die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag nicht zu. Die vor Bezirksgericht aufgestellte Behauptung, die Schwestern Schweizer seien bei Abschluss des Erbvertrages nicht verfügungsfähig gewesen (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), wurde vor Obergericht nicht aufrechterhalten. Einen andern Ungültigkeitsgrund im Sinne des Art. 519 ZGB (mangelhaften Willen der Erblasserinnen; Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit des

Inhalts der angefochtenen Verfügung oder einer ihr angefügten Bedingung) riefen die Kläger im kantonalen Verfahren weder ausdrücklich noch dem Sinne nach an. Ebensowenig machten sie geltend, der Erbvertrag als solcher (und damit die angefochtene Bestimmung über die Stiftung) leide im Sinne des Art. 520 ZGB an einem

Formmangel, d.h. bei seinem Abschluss seien die Formvorschriften von Art. 512 in Verbindung mit Art. 499 ff. ZGB nicht befolgt worden. Die Vertragsurkunde lässt denn auch einen solchen Mangel nicht erkennen. Das Obergericht hatte also nicht eine Ungültigkeitsklage im Sinne von Art. 519 ff. ZGB zu beurteilen. Es hat daher die Anwendbarkeit des Art. 521 ZGB, der für solche - und nur für solche - Klagen eine "Verjährungs"-Frist von einem Jahr vorsieht, mit Recht verneint. Für Klagen, mit denen eine durch Verfügung von Todes wegen errichtete Stiftung aus andern als den in Art. 519/520 ZGB genannten Gründen oder eine zu Lebzeiten des Stifters errichtete Stiftung aus irgendwelchen Gründen angefochten wird, besteht unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB) und die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG), die für Stiftungen teils unmittelbar, teils kraft Art. 82 ZGB gelten (EGGER N. 1 und 2 zu Art. 82 ZGB), im vorliegenden Falle aber nicht zur Anwendung kommen, keine Frist (zur unbefristeten Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen aus andern als den in Art. 519/520 ZGB genannten Gründen vgl. BGE 90 II 480 E. 2 mit Hinweisen, BGE 91 II 268 /69). Insbesondere ist die Klage nicht befristet, mit der geltend gemacht wird, das Rechtsgeschäft, durch das eine Stiftung errichtet wurde, sei seiner Art nach hiezu nicht tauglich und die Stiftung sei aus diesem Grunde nichtig. Hinsichtlich des Klagerechts ist auf solche Klagen wie auf Klagen, mit denen eine Stiftung wegen eines von Anfang an unzulässigen Zwecks, insbesondere wegen Verletzung von Art. 335 ZGB angefochten wird (vgl.BGE 73 II 83E. 2, 3,BGE 75 II 23/24 und 86 E. 1, 2), der für Klagen auf Aufhebung einer Stiftung wegen widerrechtlich oder unsittlich gewordenen Zwecks aufgestellte Art. 89 Abs. 1 ZGB entsprechend anzuwenden, d.h. zu einer solchen Klage ist jedermann berechtigt, der ein Interesse hat. Dass die Kläger als gesetzliche Erben der Schwestern Schweizer an der Ungültigerklärung der von diesen errichteten Stiftung interessiert sind, steht ausser Zweifel. Passivlegitimiert ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes die der Form nach bestehende und gehörig organisierte Stiftung, auch wenn mit der Klage geltend gemacht wird, sie sei von Anfang an nichtig (BGE 73 II 84E. 3,BGE 75 II 87/88; ebenso R. KAUFMANN, Begriff und Zweck der Familienstiftung

und ihre Abgrenzung von ähnlichen Instituten, Berner Diss. 1954, S. 93; im Ergebnis übereinstimmend auch J. ACKERMANN, Der besondere Zweck der Stiftung, Freiburger Diss. 1950, S. 46; anderer Meinung K. BLOCH, Die Ungültigkeit von Familienstiftungen und ihre rechtlichen Folgen, SJZ 1957 S. 1 ff.). Diese Lösung entspricht der Regelung, die nach dem Sinn des Gesetzes für die Klage auf Aufhebung einer Stiftung wegen widerrechtlich oder unsittlich gewordenen Zweckes gilt. Sie gewährleistet zudem am besten, dass die Interessen am Fortbestand der Stiftung im Prozess gehörig gewahrt werden, und ermöglicht den Erlass eines auf den Namen der Stiftung lautenden Urteils, das eine für jedermann klare Lage schafft und im Falle der Nichtigerklärung eine zuverlässige Grundlage für die Vorkehren bietet, die in diesem Falle hinsichtlich der bisher der Stiftung zugeschriebenen Aktiven und Passiven zu treffen sind.

2. Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besondern Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit nach Art. 52 Abs. 1 ZGB durch Eintragung in das Handelsregister. Keiner Eintragung bedürfen nach Art. 52 Abs. 2 ZGB die öffentlich-rechtlichen

Körperschaften und Anstalten, die Vereine zu nicht wirtschaftlichen Zwecken, die kirchlichen Stiftungen und die Familienstiftungen.
Die im Erbvertrag vom 7. Januar 1961 vorgesehene Stiftung konnte nach Art. 52 ZGB - wenn überhaupt - nur durch Eintragung ins Handelsregister entstehen, da sie nicht unter Abs. 2 dieser Bestimmung fällt, sondern als gewöhnliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB ausgestaltet ist. Die Eintragung ins Handelsregister erfolgt nach Art. 81 Abs. 2 ZGB auf Grund der Stiftungsurkunde und nötigenfalls nach Anordnung der Aufsichtsbehörde. Sie ist im vorliegenden Falle auf Grund des Erbvertrages vom 7. Januar 1961 und einer Verfügung der als Oberaufsichtsbehörde amtenden Justizdirektion des Kantons Basel-Landschaft vom 8. April 1963 am 31. August 1963 vollzogen worden. Unter der Herrschaft des OR von 1881, das in Art. 623 Abs. 1 Satz 1 für die Aktiengesellschaft bestimmte, was heute gemäss Art. 52 ZGB grundsätzlich für die juristischen Personen des Privatrechts allgemein gilt (Erwerb der Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung ins Handelsregister), hat das Bundesgericht seit dem Jahre 1889 in ständiger Rechtsprechung angenommen,

die Gesellschaft erlange durch die Eintragung Rechtspersönlichkeit, selbst wenn bei der Gründung zwingende Vorschriften verletzt wurden; der Eintragung komme also heilende Wirkung zu (BGE 64 II 281oben mit Hinweisen). Dabei waren namentlich Gründe der Verkehrssicherheit massgebend (BGE 64 II 281). Im Sinne dieser Rechtsprechung wurde bei der Gesetzesrevision von 1936 dem bisherigen Art. 623 Abs. 1 Satz 1 (nun Art. 643 Abs. 1) die Bestimmung beigefügt, das Recht der Persönlichkeit werde durch die Eintragung auch dann erworben, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren (Art. 643 Abs. 2 OR in der Fassung vom 18. Dezember 1936). Diese Bestimmung gilt nach Art. 764 Abs. 2 OR auch für die Kommanditaktiengesellschaft. Ausserdem befürwortet die herrschende Lehre ihre Anwendung auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (W. v. STEIGER, N. 4 zu Art. 783 OR mit Hinweisen). Für die Genossenschaft vertritt GERWIG unter Hinweis auf die Gebote der Rechtssicherheit sowie auf die Praxis zu Art. 623 aoR und auf Art. 643 Abs. 1 des geltenden OR die Auffassung, die volle Nichtigkeit einer eingetragenen Genossenschaft müsse eine seltene Ausnahme bleiben (Schweiz. Genossenschaftsrecht, S. 190). Die heilende Wirkung, die den Eintragungen im Handelsregister nach dem Gesetz nur in wenigen Fällen zukommt (HIS N. 37 zu Art. 933 OR), deckt jedoch selbst dort, wo das Gesetz sie ausdrücklich vorsieht, nicht schlechthin alle Mängel. Sie darf nach HIS (N. 15 zu Art. 933 OR) vielmehr nur in bezug auf "nichtwesentliche Rechtsmängel" angenommen werden. Auch SIEGWART (N. 6 ff. zu Art. 643 OR) und v. STEIGER (N. 7 ff. zu Art. 783 OR) unterscheiden zwischen dem Fehlen absolut unentbehrlicher Voraussetzungen, die den Eintrag nichtig machen, und dem Fehlen anderer, weniger wichtiger Voraussetzungen, die höchstens zu einer ex nunc wirkenden Auflösungsklage Anlass geben können, bzw. zwischen absoluten (nicht heilbaren) und behebbaren Mängeln. Für die Stiftung lehnt EGGER (2. Aufl. 1930, N. 9 zu Art. 81 ZGB) die heilende Wirkung der Eintragung ins Handelsregister ab, wogegen HAFTER (2. Aufl. 1919, N. 27 zu Art. 81 in Verbindung mit N. 13 zu Art. 52 ZGB) sie unter Vorbehalt des Art. 52 Abs. 3 ZGB, wonach Personenverbindungen zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen können, bejaht hatte. GUTZWILLER

(Schweiz. Privatrecht II, 1967, S. 598) hält dafür, die Frage, wie es sich verhalte, wenn eine Stiftung zu Unrecht eingetragen wurde, lasse sich nur von Fall zu Fall beantworten; während etwa ein nichtiges Stiftungsgeschäft oder eine formungültige Stiftungsurkunde nicht konvaleszieren könnten, seien gewisse Mängel im Wege einer Weisung der Aufsichtsbehörde zu beheben. Bei den Handelsgesellschaften und bei der Genossenschaft kommt

der Verkehrssicherheit, d.h. den Interessen Dritter, die mit diesen Gebilden in geschäftlichen Verkehr treten, wesentlich grössere Bedeutung zu als bei den Stiftungen, deren Tätigkeit sich normalerweise auf die Verwaltung des Stiftungsvermögens und die Verwendung dieses Vermögens oder seiner Erträgnisse zugunsten der Destinatäre beschränkt, wenn man von den namentlich in Deutschland vereinzelt vorkommenden und in der neuern Lehre erörterten Unternehmensstiftungen absieht (vgl. hiezu BGE 91 II 119 ff.; E. KERSTEN, Stiftung und Handelsgesellschaft, in Festschrift für den 45. deutschen Juristentag, 1964, S. 123 ff.; H.-L. STEUCK, Die Stiftung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmungen, 1967, bes. S. 63 ff.). Die Interessen der Geschäftspartner am Rechtsbestand einer eingetragenen Stiftung werden also mindestens in der Regel hinlänglich gewahrt, wenn bei Ungültigerklärung einer solchen Stiftung die Rechte Dritter nach Massgabe der Grundsätze, welche die Rechtsprechung für den Fall der Ungültigerklärung einer nicht eingetragenen Familienstiftung wegen Verletzung von Art. 335 ZGB entwickelt hat (BGE 73 II 89f. E. 10,BGE 75 II 25E. 5), vorbehalten werden, d.h. wenn die Dritten nach den Regeln des Sachenrechts im gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte von der Stiftung geschützt werden und wenn ihnen das (nötigenfalls als Sondervermögen zu liquidierende) Stiftungsvermögen für die Verbindlichkeiten haftet, welche die Organe der Stiftung in deren Namen eingegangen sind. Der Eintragung einer Stiftung ins Handelsregister ist daher die heilende Wirkung nicht bloss dann zu versagen, wenn "gar nichts Materielles da ist, was auch nur vorübergehend und nach gewissen Richtungen" als juristische Person "behandelt werden könnte", wenn es an einer personellen oder wirtschaftlichen Grundlage oder an einer Zweckbestimmung völlig fehlt oder wenn der Zweck widerrechtlich oder unsittlich ist (so SIEGWART N. 7 zu Art. 643 OR, V. STEIGER N. 7 zu Art. 783 OR,

und GERWIG S. 193 f. für die AG, die GmbH bzw. die Genossenschaft), sondern in Übereinstimmung mit GUTZWILLER (a.a.O.) auch dann, wenn das Stiftungsgeschäft als solches nichtig oder die Stiftungsurkunde formungültig ist. Im vorliegenden Falle ist das Stiftungsgeschäft nichtig, wenn das ZGB die Errichtung einer Stiftung durch einen Erbvertrag, wie ihn die Schwestern Schweizer am 7. Januar 1961 miteinander abschlossen, nicht zulässt. Beim Zutreffen dieser Voraussetzung ist die beklagte Stiftung also ungeachtet ihrer Eintragung ins Handelsregister unter Vorbehalt der Rechte Dritter als nichtig zu erklären.

3. Es ist allgemein anerkannt, dass Verfügungen von Todes wegen, die in der Form des Erbvertrages errichtet werden, neben Bestimmungen vertraglicher Art auch letztwillige Verfügungen enthalten können, die gemäss Art. 509 ZGB frei widerruflich sind (BGE 70 II 11; nicht veröffentlichte Erwägung 8 des in BGE 94 II 139 auszugsweise veröffentlichten Entscheides vom 14. Juni 1968 i.S. Greter gegen Küchler; KNAPP, Les clauses conventionnelles et les clauses unilatérales des pactes successoraux, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Tuor, 1946, S. 201 ff.; TUOR, 2. Aufl. 1952, N. 9 der Vorbem. zum 3. Abschnitt des Erbrechts, S. 199, N. 3 zu Art. 493 ZGB, N. 10 der Vorbem. zum Erbvertrag, S. 275, und N. 3 zu Art. 494 ZGB; J. GAUTHIER, Le pacte successoral, Diss. Lausanne 1955, S. 12/13; PICENONI, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, 1955, S. 91; ESCHER, 3. Aufl. 1959, N. 5 zu Art. 481, N. 3 zu Art. 493 ZGB, N. 1 der Vorbem. zu Art. 494 ff., S. 334). Art. 81 Abs. 1 ZGB lässt die Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung ausdrücklich zu. Hätten die Bestimmungen des Erbvertrages vom 7. Januar 1961 über die beklagte Stiftung den Charakter einer letztwilligen Verfügung, so liesse sich diese Stiftung also nicht mit der Begründung anfechten, sie sei durch ein hiezu nicht taugliches Rechtsgeschäft errichtet worden. Gegen die Auffassung des Bezirksgerichts, die Stiftungsklausel des Erbvertrages sei als letztwillige Verfügung, und zwar als eine erst nach dem Tode der zuletzt sterbenden Schwester wirksam werdende Verfügung der zuerst sterbenden zu betrachten, sprechen jedoch eindeutig schon die diese Klausel einleitenden Worte: "Die Vertragschliessenden kommen überein, dass der Nachlass der zuletzt Verstorbenen... einer Stiftung...

gewidmet werden soll". Dieser Wortlaut bringt klar zum Ausdruck, dass sich die beiden Schwestern hinsichtlich der Verwendung des Nachlasses der zuletzt sterbenden, der infolge der gegenseitigen Erbeinsetzung das Vermögen beider umfasste, gegenseitig binden wollten. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 63 Abs. 2 OG), wird dieser Wille überdies durch die Zeugenaussage des bei der Abfassung des Erbvertrages mitwirkenden Anwalts bestätigt. Eine solche Bindung liess sich - wenn überhaupt - nicht durch letztwillige Verfügungen, sondern nur durch einen Erbvertrag erreichen. Eine selbständige letztwillige Verfügung der zuerst sterbenden Schwester, wie das Bezirksgericht sie annimmt, m.a.W. eine Verfügung, die jede der beiden Schwestern unabhängig von der andern für den Fall ihres Vorversterbens getroffen hätte, könnte sich von vornherein nicht auf den ganzen Nachlass der zuletzt sterbenden, sondern nur auf das eigene Vermögen der zuerst sterbenden beziehen und vermöchte diese nicht an einem Widerruf und die zuletzt sterbende nicht an einer abweichenden Verfügung über ihr eigenes Vermögen zu hindern, selbst wenn die Zuwendung an die Stiftung als Nacherbeneinsetzung aufgefasst würde. Die Stiftungsklausel vermöchte eine gegenseitige Bindung der beiden Schwestern aber auch dann nicht zu schaffen, wenn man sie als korrespektives Testament (Verbindung von voneinander abhängigen letztwilligen Verfügungen der beiden Schwestern) betrachten wollte; denn das geltende schweizerische Recht lässt das korrespektive Testament nicht zu (BGE 89 II 285 mit Hinweisen), und hievon abgesehen ist das korrespektive Testament dort, wo es zugelassen wird, jedenfalls solange, als die beiden Verfügenden noch leben, einseitig widerruflich (vgl. TUOR, N. 13 der Vorbem. zum Erbvertrag, S. 276, wo § 2271 statt § 2770 des deutschen BGB zitiert sein sollte). Auch als letztwillige Verfügung der zuletzt sterbenden Schwester, d.h. als von jeder der beiden selbständig für den Fall des Nachversterbens getroffene letztwillige Verfügung, hätte die Stiftungsklausel die gewollte gegenseitige Bindung der beiden Schwestern nicht erzeugt. Sie ist daher mit der Vorinstanz als Bestimmung vertraglicher Natur aufzufassen und kann, wenn sich ergibt, dass sie als solche zur Errichtung einer Stiftung nicht taugt, nicht in eine letztwillige Verfügung umgedeutet werden, weil nicht angenommen werden kann, die Erblasserinnen hätten bei

Kenntnis der Nichtigkeit ihres Geschäfts unter Verzicht auf eine gegenseitige Bindung solche Verfügungen getroffen (vgl. BGE 89 II 285 f.; über die Konversion im allgemeinen vgl. BGE 93 II 452 E. 5 mit Hinweisen). Hieran ändert nichts, dass Katharina Schweizer, die überlebende Schwester, kurz vor ihrem Tode noch zwei letztwillige Verfügungen errichtete, durch die sie über ihren Nachlass, der gemäss dem Erbvertrag nach Abzug der dort vorgesehenen Vermächtnisse von zusammen Fr. 14'000.– ganz der Stiftung zufallen sollte, teilweise zugunsten anderer Personen verfügte. Dieses nachträgliche Verhalten der einen Vertragspartnerin (das übrigens nach der im angefochtenen Urteil erwähnten Zeugenaussage des Urkundsbeamten hinsichtlich des Vermächtnisses zweier Grundstücke an die römisch-katholische Kirchgemeinde einer von beiden Schwestern vor Abschluss des Erbvertrages geäusserten Absicht entsprach) vermag die entscheidende Tatsache nicht zu beseitigen, das die beiden Schwestern im Erbvertrag klar den Willen zum Ausdruck brachten, über die Verwendung des Nachlasses der Überlebenden zugunsten einer Stiftung eine sie gegenseitig bindende Abmachung zu treffen. Ist die Stiftungsklausel vertraglicher Natur, so stellt sich die Frage nicht, ob sie, wenn darin eine letztwillige Verfügung läge, gemäss Art. 511 ZGB durch die spätern Verfügungen der Katharina Schweizer aufgehoben worden wäre, wie das die Kläger eventuell geltend machten. Für das Verhältnis zwischen einem Erbvertrag und einer nachfolgenden letztwilligen Verfügung gilt Art. 511 ZGB nicht (vgl. ESCHER N. 1 zu Art. 511, TUOR N. 21 zu Art. 509-511 ZGB). Hier greift vielmehr Art. 494 Abs. 3 ZGB ein, wonach Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit den Verpflichtungen des Erblassers aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, der Anfechtung unterliegen (vgl. hiezuBGE 73 II 6). Der Umstand, dass die beklagte Stiftung die das Stiftungsgut schmälernden Verfügungen der Katharina Schweizer nicht angefochten hat, bewirkt nur,

dass sie diese Verfügungen gegen sich gelten lassen muss. Er hindert dagegen nicht, dass die Stiftungsklausel - sofern überhaupt gültig zustandegekommen - mit Bezug auf den von diesen Verfügungen nicht betroffenen Teil des Nachlasses aufrecht bleibt.

4. Das ZGB bestimmt in Art. 81 Abs. 1, welcher in dem

den Stiftungen gewidmeten Abschnitt des die juristischen Personen behandelnden 2. Titels des Gesetzes steht und den Randtitel "Form der Errichtung" trägt, die Errichtung erfolge in der Form einer öffentlichen Urkunde oder durch letztwillige Verfügung. Im Art. 493, der dem Abschnitt "Die Verfügungsarten" des die Verfügungen von Todes wegen regelnden 14. Titels angehört und mit dem Randtitel "Stiftungen" versehen ist, wird bestimmt, der Erblasser sei befugt, den verfügbaren Teil seines Vermögens ganz oder teilweise für irgend einen Zweck als Stiftung zu widmen (Abs. 1); die Stiftung sei jedoch nur dann gültig, wenn sie den gesetzlichen Vorschriften entspreche (Abs. 2). a) Aus dem Wortlaut dieser beiden Vorschriften und aus dem Zusammenhang, in dem sie stehen, ergibt sich klar, dass das ZGB die Frage, durch welche Mittel eine Stiftung errichtet werden kann, ausschliesslich in Art. 81 Abs. 1 regelt. Art. 493 gehört zu den Bestimmungen darüber, welchen Inhalt eine Verfügung von Todes wegen haben kann. Er besagt nach seinem Wortlaut und seiner Stellung im Gesetz nur, dass der Erblasser, der sein Vermögen auf seinen Tod hin ganz oder teilweise für eine Stiftung verwenden will, durch eine und dieselbe Verfügung von Todes wegen die Stiftung errichten und mit dem verfügbaren Teil seines Vermögens bedenken kann (TUOR N. 1, ESCHER N. 1 zu Art. 493 ZGB) und dass eine von Todes wegen errichtete Stiftung, um gültig zu sein, wie eine zu Lebzeiten des Stifters errichtete den Vorschriften über die Stiftungen im allgemeinen entsprechen muss. Mit der Frage, ob eine Stiftung auf den Tod des Stifters hin nur durch eine einseitige oder auch durch eine vertragliche Verfügung von Todes wegen errichtet werden kann, befasst er sich nicht. b) Wenn Art. 81 Abs. 1 ZGB für die Errichtung einer Stiftung zwei Mittel vorsieht, von denen das zweite, die letztwillige Verfügung, offensichtlich der Errichtung von Todes wegen dient, so drängt sich von vornherein die Annahme auf, dass das erste, die öffentliche Urkunde, für die Errichtung zu Lebzeiten des Stifters bestimmt ist. Unter dem Ausdruck "öffentliche Urkunde" ist dabei das gleiche zu verstehen wie überall dort, wo das Bundesrecht für die Gültigkeit eines Geschäfts kurzweg die öffentliche Beurkundung verlangt, nämlich eine gewöhnliche öffentliche Urkunde, die in dem gemäss Art. 55 Abs. 1 SchlT von den Kantonen zu ordnenden Verfahren zu erstellen ist.

Den erwähnten Ausdruck im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 ZGB mit der Vorinstanz so weit auszulegen, dass er die nach Bundesrecht (Art. 499 ff. ZGB) einer besondern Art der öffentlichen Beurkundung bedürfende öffentliche letztwillige Verfügung und den nach Art. 512 ZGB in der Form einer solchen Verfügung zu errichtenden Erbvertrag mitumfasst, geht um so weniger an, als die öffentliche letztwillige Verfügung klarerweise unter den Ausdruck "letztwillige Verfügung" fällt und anzunehmen ist, Art. 81 Abs. 1 ZGB wolle mit den beiden darin verwendeten, durch das Wort "oder" verbundenen Ausdrücken zwei getrennte, sich nicht überschneidende Begriffe bezeichnen. Von Todes wegen eine Stiftung zu errichten, ist also nach dem Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 ZGB nur durch letztwillige Verfügung möglich. Art. 97 Abs. 2 des Vorentwurfs von 1900 und die Erläuterungen dazu (1. Ausgabe, 1. Heft, S. 87; 2. Ausgabe, 1. Band, S. 92) hatten denn auch ausdrücklich gesagt, die Errichtung unter Lebenden erfolge durch öffentliche Beurkundung und die Errichtung von Todes

wegen in der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung. Die Diskussion in der Expertenkommission über Art. 97 Abs. 2 des Vorentwurfs (Protokoll der Expertenkommission, Ausgabe Kümmerly & Frey, 1. Band, S. 76) beschränkte sich im wesentlichen auf die Frage, ob die Errichtung von Todes wegen auch durch eine "private" letztwillige Verfügung solle erfolgen können. Um das zu ermöglichen, ersetzte die Expertenkommission den Ausdruck "öffentliche letztwillige Verfügung" durch "letztwillige Verfügung". Die gleichzeitige (in der Kommission nicht diskutierte) Streichung der Angaben über den Anwendungsbereich der beiden vorgesehenen Mittel erfolgte zweifellos in der Meinung, es verstehe sich von selbst, dass das erste Mittel (die öffentliche Beurkundung) der Errichtung zu Lebzeiten des Stifters und das zweite (die letztwillige Verfügung) der Errichtung von Todes wegen diene. Die Fassung gemäss Beschluss der Expertenkommission ("Die Errichtung erfolgt durch öffentliche Beurkundung oder in der Form einer letztwilligen Verfügung") erfuhr in der Folge nur noch geringfügige Änderungen. Im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 90 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfs ("Die Errichtung erfolgt mit öffentlicher Urkunde oder letztwilliger Verfügung"; BBl 1904 IV 120) führten die Berichterstatter in den eidgenössischen Räten aus, der Wille des Stifters

müsse "in einer öffentlichen Urkunde" oder "in einer letztwilligen Verfügung" ausgesprochen sein, die Stiftung werde "au moyen d'un acte authentique ou d'un testament" errichtet, die Errichtung erfolge mittelst einer öffentlichen Urkunde oder kraft letztwilliger Verfügung (Sten. Bull. 1905 S. 487, 488, 1239, Voten Huber, Gobat, Hoffmann). Auf Grund der Voten der Berichterstatter nahmen die Räte die Art. 90-98 des bundesrätlichen Entwurfs mit den von ihren Kommissionen vorgeschlagenen, den Art. 90 Abs. 2 nicht berührenden Änderungen diskussionslos an (a.a.O. S. 489, 1241). Die geltende Fassung ("in der Form einer öffentlichen Urkunde oder durch letztwillige Verfügung") stammt von der Redaktionskommission, deren Aufgabe und deren Arbeitsweise in BBl 1907 VI 367 ff. dargestellt sind und deren Anträge von den Räten in den Schlussabstimmungen vom 10. Dezember 1907 angenommen wurden (Sten. Bull. 1907 NR S. 755, StR S. 542). Die Entstehungsgeschichte des Art. 81 Abs. 1 ZGB erlaubt also mit Bezug auf den Anwendungsbereich der beiden für die Errichtung einer Stiftung vorgesehenen Mittel keinen andern als den schon aus dem Wortlaut und Aufbau der Bestimmung zu ziehenden Schluss, dass die öffentliche Urkunde für die Errichtung zu Lebzeiten des Stifters bestimmt ist und dass die Errichtung von Todes wegen durch letztwillige Verfügung zu erfolgen hat. c) Unter einer letztwilligen Verfügung versteht das ZGB (wie überhaupt die heutige schweizerische Rechtssprache) eine vom Erblasser durch einseitige Handlung getroffene Verfügung von Todes wegen, die der Erblasser jederzeit frei widerrufen kann (Art. 509 ZGB). Durch die einseitige Anordnung und die freie Widerruflichkeit unterscheidet sich die letztwillige Verfügung klar von dem mit einer andern Person abgeschlossenen und nur unter den besondern Voraussetzungen von Art. 513 Abs. 2 oder 514 ZGB einseitig aufhebbaren Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrag im Sinne von Art. 494 ZGB, der einzigen Art des Erbvertrags, die ihrem Wesen nach allenfalls für die Errichtung einer Stiftung verwendet werden könnte. Das ZGB lässt also damit, dass es in Art. 81 Abs. 1 die Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung vorsieht, die Errichtung einer solchen durch Erbvertrag nicht zu. Genauer gesagt: nach dem Sinne, der ihm gemäss der gesetzlichen Terminologie zukommt, erlaubt Art. 81 Abs. 1 ZGB nicht, dass eine Stiftung durch vertragliche Bestimmungen einer in der Form des

Erbvertrages errichteten Verfügung von Todes wegen gegründet wird, wogegen der Gründung durch eine in einem Erbvertrag enthaltene letztwillige Verfügung, wie sie vorkommen kann, im vorliegenden Falle aber nicht

gegeben ist (Erwägung 3 hievor), nichts entgegensteht. Aus dem Umstande, dass Art. 81 ZGB mit dem Randtitel "Form der Errichtung" versehen ist, folgt nicht etwa, dass das ZGB für die Begründung einer Stiftung von Todes wegen jede in der Form einer letztwilligen Verfügung errichtete Verfügung von Todes wegen und damit auch den gemäss Art. 512 ZGB der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung bedürftigen Erbvertrag genügen lasse. Unter "Form der Errichtung" ist hier nicht bloss die Form des Errichtungsgeschäftes zu verstehen, sondern mit diesem Ausdruck ist die Gesamtheit der für die Errichtung einer Stiftung nötigen Förmlichkeiten gemeint. Das ergibt sich schon aus dem zweiten Absatz von Art. 81, wo die Modalitäten der Eintragung ins Handelsregister geregelt werden. Indem das Gesetz in Art. 81 Abs. 1 die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen "durch" letztwillige Verfügung ("par" testament, "per" disposizione di ultima volontà) vorsieht, bringt es klar zum Ausdruck, dass das Stiftungsgeschäft nicht bloss die Form einer letztwilligen Verfügung aufweisen, sondern auch der Sache nach eine solche sein muss. Die schweizerische Lehre ist denn auch nahezu einhellig der Auffassung, der Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 ZGB lasse die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen klarerweise nur durch eine letztwillige Verfügung im materiellen Sinne, d.h. durch eine einseitig getroffene und frei widerrufliche Verfügung von Todes wegen zu und schliesse die Errichtung durch einen Erbvertrag im materiellen Sinne, d.h. durch eine den Stifter vertraglich bindende Verfügung von Todes wegen aus (M. HÜRLIMANN, Die Stiftungen..., Diss. Leipzig 1907, S. 42; HAFTER, 1. Aufl. 1910, und 2. Aufl. 1919, je N. 12 zu Art. 81 ZGB, welcher Autor anscheinend nicht einmal die Errichtung durch letztwillige Verfügung in einem Erbvertrag zulassen will; EGGER, 1. Aufl. 191 l'N. 3 b, und 2. Aufl. 1930, N. 3 zu Art. 81, wo eine - widerrufliche - letztwillige Verfügung verlangt und die Errichtung "in" einem Erbvertrag bzw. "formell in einem Erbvertrag", wie N. 3 d der 1. Auflage und der in N. 2 der 2. Auflage enthaltene Hinweis auf TUOR, 1. Aufl., N. 3 zu Art. 493 ZGB zeigen, nur in dem Sinne zugelassen wird, dass ein Erbvertrag

eine die Errichtung einer Stiftung vorsehende letztwillige Verfügung enthalten kann; ESCHER, 1. Aufl. 1912, N. 2 zu Art. 493 ZGB und 3. Aufl. 1959, N. 2 und 3 zu Art. 493, N. 4 der Vorbem. zu Art. 494 ff. ZGB; U. LAMPERT, Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten und Körperschaften nach schweiz. Recht, 1912, S. 148/49, und A. MARTIN, Des fondations en droit civil suisse, Sem. jud. 1915 S. 513 ff., S. 518, die übereinstimmend die Errichtung einer Stiftung "durch" Erbvertrag, "au moyen d'un pacte successoral" für ausgeschlossen halten, aber zulassen wollen, dass mit einer vertraglichen Erbeinsetzung oder mit einem vertraglichen Vermächtnis die Auflage, eine Stiftung zu errichten, verbunden wird; ROSSEL ET MENTHA, Manuel du droit civil suisse, 2. Aufl., 1. Band 1922, S. 172 mit Fussnote 2; TUOR, 1. Aufl. 1929, und 2. Aufl. 1952, je N. 3 zu Art. 493; R. EBERLE, Die Behandlung der Stiftungen im schweiz. Recht, Berner Diss. 1929, S. 51/52; F. GUISAN, Travaux de droit successoral dédiés à Peter Tuor, Etude critique, ZSR 1947 S. 225 ff., 239/40; J. GAUTHIER, a.a.O. S. 12 unten). - Zur dargestellten Auffassung neigt anscheinend auch GUTZWILLER, der (a.a.O. S. 586 Fussnote 29) zwar bemerkt, EGGER lasse wohl mit Recht (neben den verschiedenen Formen der letztwilligen Verfügung) "auch den Erbvertrag zu", und (a.a.O. S. 596) von einer "durch Testament oder Erbvertrag" errichteten Stiftung spricht, aber (ebenda) sagt, eine solche entstehe mit dem Wirksamwerden "der letztwilligen Anordnung", und (S. 586 FN 29) mit EGGER auf TUOR verweist, der an der angeführten Stelle deutlich erklärt, die Errichtung könne nur in Form einer letztwilligen, daher frei widerruflichen Verfügung, nicht auch mit erbvertraglicher Gebundenheit geschehen, was aber nicht ausschliesse, "dass die Errichtung eine letztwillige Klausel eines Erbvertrags bilde" (1. und 2. Aufl., N. 3 zu Art. 493 ZGB). Die Ansicht, eine Stiftung könne auch durch eine vertragliche Bestimmung eines Erbvertrages errichtet werden, vertritt in bestimmter Form allein KNAPP in dem bereits in Erwägung 3 hievor zitierten Aufsatze (S. 205 ff., 208). Nicht ganz eindeutig äussert sich PICENONI (a.a.O. S. 91 Fussnote 9).

5. Die Vorinstanz tritt der herrschenden Meinung nicht nur mit der bereits widerlegten Behauptung entgegen, der Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 ZGB lasse die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag zu, sondern sie

macht überdies geltend, "auch die Entstehungsgeschichte" dieser Bestimmung

BGE 96 II 273 S. 289

spreche "nicht eindeutig für das Verbot der erbvertraglichen Stiftungserrichtung"; das Problem sei in keinem Stadium der Gesetzesberatung diskutiert worden; da Art. 97 Abs. 2 des Vorentwurfs von 1900 bestimmt habe, die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen erfolge "in der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung", und da Art. 535 Abs. 1 des Vorentwurfs auch den Erbvertrag den Formvorschriften für die öffentliche letztwillige Verfügung unterstelle, genüge der Erbvertrag den Anforderungen von Art. 97 Abs. 2 des Vorentwurfs. Richtig ist, dass die Frage der Verwendbarkeit des Erbvertrages für die Errichtung einer Stiftung bei der Ausarbeitung des ZGB nicht ausdrücklich erörtert wurde. Dagegen kann nicht anerkannt werden, dass Art. 97 Abs. 2 des Vorentwurfs mit der eben wiedergegebenen Wendung die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag zugelassen habe. Diese Wendung bedeutet so wenig wie der später dem Art. 81 Abs. 1 ZGB beigesetzte Randtitel "Form der Errichtung" (vgl. hiezu Erw. 4 c Abs. 2 hievor), dass für die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen eine Verfügung in der Form des öffentlichen Testaments genüge, gleichgültig, ob es sich dabei der Sache nach um eine letztwillige Verfügung oder um einen Erbvertrag handle. Der Verfasser des Vorentwurfs, Prof. Eugen Huber, bemerkte nämlich in seinen Erläuterungen zu diesem, Art. 97 Abs. 2 schlage für das Errichtungsgeschäft unter Lebenden die öffentliche Beurkundung vor; für die Errichtung von Todes wegen werde "eine letztwillige Verfügung in möglichst entsprechender Form. also in öffentlichem Akte, gemäss Art. 521 ff. verlangt" (Erl. 1. Ausg. 1. Heft S. 87, 2. Ausg. 1. Band S. 92). Art. 97 Abs. 2 des Vorentwurfs bedeutete also nach der klaren Meinung des Verfassers, dass für die Errichtung von Todes wegen eine letztwillige Verfügung (und zwar eine solche in notarieller Form) erforderlich sei. Das Erfordernis einer letztwilligen Verfügung ist unzweifelhaft den kantonalen Rechten entnommen, soweit sie einschlägige Bestimmungen aufstellten (vgl. den in den Erläuterungen a.a.O. enthaltenen Hinweis auf die Darstellung des damals geltenden - kantonalen - Rechts in "Schweiz. P.R.I., S. 172 ff." = EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, 1886 ff., im folgenden abgekürzt: SPR, Band I S. 172 ff.). Neben dem solothurnischen Civilgesetzbuch von 1841/47, das in § 1320 die Errichtung einer

BGE 96 II 273 S. 290

Stiftung von Todes wegen "durch Testament" zuliess (SPR I S. 174), diente in diesem Punkte vor allem das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch als Vorbild; denn nur dieses und ein Teil seiner Nachahmungen regelten die Entstehung der Stiftungen eingehend (SPR I S. 172). Obwohl dieses Gesetzbuch den Erbvertrag ausführlich behandelte (§§ 2113 ff. der Fassung von 1855, §§ 1052 ff. der Fassung von 1887) und daher die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag hätte zulassen können, bestimmte es in § 52 der ersten und § 42 der zweiten Fassung ausdrücklich, eine Stiftung, die erst nach dem Tode des Stifters ins Leben treten solle, könne "nur durch ein öffentliches Testament des Stifters" (und Anweisung eines Stiftungsfonds) begründet werden. Auch hinsichtlich des Erfordernisses der öffentlichen Beurkundung für die Errichtung unter Lebenden folgte der Vorentwurf genau dem zürcherischen Recht (§ 51 lit. a der ersten, § 41 lit. a der zweiten Fassung). Die klar erkennbare Herkunft der in Art. 97 Abs. 2 des Vorentwurfs enthaltenen Regelung bestätigt also, was sich schon aus den wiedergegebenen Bemerkungen in den Erläuterungen zum Vorentwurf ergibt: dass Art. 97 Abs. 2 VE, indem er die Errichtung "in der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung" vorsah, dem Sinne nach die Erstellung einer Verfügung von Todes wegen verlangte, die nicht bloss die Form einer öffentlichen letztwilligen Verfügung aufweist, sondern auch der Sache nach eine letztwillige Verfügung ist. Dass in der Folge an die Stelle der Wendung "in der Form der" das Wort "mit" (Art. 90 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfs)

bzw. "durch" (endgültiger Text) gesetzt wurde (vgl. Erw. 4 b Abs. 2 hievor), bedeutete nicht eine materielle Änderung, sondern nur eine redaktionelle Verbesserung.

6. So wenig wie auf die Verwendung des Ausdrucks "in der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung" lässt sich die Auffassung der Vorinstanz, der Vorentwurf habe die Errichtung einer Stiftung durch eine vertragliche, die Beteiligten bindende Verfügung von Todes wegen zugelassen, auf die Tatsache stützen, dass der Vorentwurf in Art. 513 ff. gemeinsame letztwillige Verfügungen vorsah. Art. 515 Abs. 1 VE bestimmte nämlich ausdrücklich, die gemeinsame Verfügung sei, wenn die Verfügung des einen Erblassers nach der deutlichen Meinung der Verfügenden nicht ohne Zustimmung des andern solle aufgehoben werden können, als Erbvertrag aufzufassen. Eine

gemeinsame Verfügung galt also nach dem Vorentwurf, wenn sie die Beteiligten binden sollte, nicht als letztwillige Verfügung und erfüllte folglich in diesem Falle das dem Art. 97 Abs. 2 VE zu entnehmende Erfordernis einer solchen nicht. Daher lässt sich nicht sagen, der Gesetzgeber habe mit der Streichung der Bestimmungen über die gemeinsamen letztwilligen Verfügungen eine bisher vorgesehene Möglichkeit zur Errichtung einer Stiftung durch eine vertragliche, die Beteiligten bindende Verfügung von Todes wegen beseitigt; das sei übersehen worden; nur so sei es zu erklären, dass das Erfordernis einer letztwilligen Verfügung für die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen beibehalten wurde; es beruhe auf einem Versehen des Gesetzgebers, dass der Ausdruck "letztwillige Verfügung" nach der Streichung der Bestimmungen über das gemeinsame Testament nicht durch den allgemeinen Ausdruck "Verfügung von Todes wegen" ersetzt wurde.

7. Die Annahme, der Ausdruck "letztwillige Verfügung" sei in Art. 81 Abs. 1 ZGB ohne Bedacht verwendet worden, verbietet sich auch im Hinblick auf das Recht der Nachbarländer der Schweiz. EUGEN HUBER, der die Rechtsvergleichung als unentbehrliches Element der Arbeit des Gesetzgebers betrachtete (Erl. 1. Ausg., 1. Heft, und 2. Ausg., 1. Band, je S. 6 unten ff.), kannte zweifellos die Bestimmung von § 83 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896, welche die Begründung einer Stiftung von Todes wegen durch Verfügung von Todes wegen und damit auch durch Erbvertrag im Sinne der §§ 2274 ff. BGB zulässt. Diese Bestimmung dürfte auch weitern bei der Ausarbeitung des ZGB mitwirkenden Personen bekannt gewesen sein. Wenn in den Entwürfen und im ZGB selbst gleichwohl nach dem Vorbild der die Frage behandelnden kantonalen Rechte eine letztwillige Verfügung verlangt wird, lässt sich das also nicht auf ein Versehen, sondern nur auf eine bewusste Wahl zurückführen. Dass Art. 81 Abs. 1 ZGB nur versehentlich von einer letztwilligen Verfügung statt allgemein von einer Verfügung von Todes wegen spreche, kann um so weniger angenommen werden, als das deutsche Recht zur Zeit des Erlasses des ZGB mit der angeführten Bestimmung im Kreise der Rechtsordnungen der Nachbarstaaten der Schweiz allein dastand. a) Der französische Code civil von 1803 gestattet Verträge

über künftige Erbschaften nur in sehr engem Rahmen, insbesondere in Gestalt der sog. institution contractuelle, die Zuwendungen Dritter an zukünftige Ehegatten oder die aus der einzugehenden Ehe hervorgehenden Kinder aus Anlass der Eingehung der Ehe oder aber Zuwendungen unter Ehegatten durch Ehevertrag oder während der Ehe zum Gegenstand haben kann (Art. 1081 ff., 1091 ff. des Code civil; SPR I S. 385 ff., II S. 318;

FERID/FIRSCHING, Internationales Erbrecht, 2. Band 1969, Frankreich, Grundzüge, Randziffern 149 ff.). Bestimmungen über die Stiftungen enthält der französische Code civil nicht. Lehre und Rechtsprechung lassen die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen in dem Sinne zu, dass der Erblasser durch Testament einem Dritten ein Vermächtnis zuwenden und damit die Auflage verbinden kann, die von ihm gewünschte Stiftung zu errichten und mit den vermachten Vermögenswerten auszustatten (DALLOZ, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, 2. Band 1952, Art. Fondation, S. 828 ff., bes. No. 19 ff.; DALLOZ, Nouveau répertoire de droit, 2. Aufl., 2. Band 1963, Art. Fondation, S. 657 f., bes. N. 5 ff.; ähnlich schon A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Théorie et pratique des fondations perpétuelles, Paris 1895, S. 151 ff., der indes annahm, als Empfänger eines solchen Vermächtnisses komme nur eine bestehende juristische, nicht eine natürliche Person in Betracht). b) Nach dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 ist ein Erbvertrag nur zwischen Ehegatten sowie (für den Fall der Heirat) zwischen Brautleuten zulässig; in einem solchen Vertrag enthaltene Verfügungen zugunsten Dritter gelten als frei widerruflich (§§ 602 und 1249 ABGB; FERID/FIRSCHING, 1. Band 1969, Österreich, Grundzüge, Randziffern 102, 103). Die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen ist im ABGB nicht ausdrücklich geregelt, doch lässt die Praxis eine dahingehende testamentarische Anordnung zu und behandelt sie wie die Berufung einer Leibesfrucht (FERID/FIRSCHING, eben angeführtes Kapitel, Randziffer 45; EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Aufl., 2. Band 2. Hälfte 1937, S. 369; KLANG, Kommentar zum ABGB, 2. Aufl., 3. Band 1952, Bem. III/4 zu § 538, S. 86/87). c) Das italienische Recht verpönt den Erbvertrag gänzlich (Art. 1118 Abs. 2 des Codice civile von 1865, Art. 458 des Codice civile von 1942). Eine Stiftung kann nach dem heutigen italienischen Recht von Todes wegen nur durch Testament

begründet werden (Art. 14 Abs. 2 des Codice civile von 1942). Das gleiche galt für das frühere italienische Recht, unter dessen Herrschaft die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen im übrigen (wie im gemeinen Recht; vgl. WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Band, 8. Aufl. 1901, § 549, S. 243) eine Zeitlang Gegenstand zahlreicher Meinungsverschiedenheiten war (GEOUFFRE DE LAPRADELLE a.a.O. S. 460 ff.), bis ein Gesetz vom Jahre 1890 die Frage klärte (N. STOLFI, Diritto civile, 6. Band 1934, S. 499 f.). d) Erst lange nach Erlass des ZGB hat das liechtensteinische "Personen- und Gesellschaftsrecht" vom 20. Jänner 1926, das die einschlägigen Bestimmungen des seinerzeit in Liechtenstein eingeführten ABGB ersetzte, in Art. 555 Abs. 1 die Bestimmung aufgestellt, die Errichtung der Stiftung erfolge in der Form einer Urkunde, auf der die Unterschriften der Stifter beglaubigt sind, durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag. Das ZGB stimmt also darin, dass es als Mittel für die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen nur die letztwillige Verfügung vorsieht, mit dem zur Zeit seines Erlasses geltenden Recht der meisten Nachbarländer überein.

8. Von der Auslegung des Art. 81 Abs. 1 ZGB, welche durch den Wortlaut und den Aufbau dieser Bestimmung sowie durch die Terminologie und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und durch den Vergleich mit den bei Erlass des ZGB in den Nachbarländern der Schweiz geltenden Regelungen nahegelegt wird und zu welcher sich die Lehre fast einhellig bekennt, wäre nur abzuweichen, wenn triftige sachliche Gründe eine andere Deutung dieser Bestimmung forderten, d.h. wenn solche Gründe zu einer ausdehnenden Auslegung des Ausdrucks "letztwillige Verfügung" oder zur Annahme zwängen, das ZGB wolle in Art. 81 Abs. 1 die Mittel für die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen nicht abschliessend bezeichnen, so dass eine Gesetzeslücke vorläge (vgl. BGE 88 II 481 ff. E. 2, bes. 482/83, mit Hinweisen, und BGE 92 II 182). Gründe dieser Art bestehen nicht. a) Die Vorinstanz ist der Meinung, der Sinn des Art. 81 Abs. 1 ZGB bestehe "wie derjenige der meisten Formvorschriften darin, den Stifter bei seinem Entschluss vor Übereilung zu bewahren und ihn dazu zu zwingen, seinen Willen einigermassen klar auszudrücken"; die Form des Erbvertrages, die eine der strengsten sei, vermöge diesem Zweck sicher gerecht zu werden.

Daraus folgert die Vorinstanz, die ratio des Art. 81 Abs. 1 schliesse die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag nicht aus. Zur Diskussion steht jedoch allein die Frage, ob eine Stiftung auf den Todesfall nur durch eine einseitige, widerrufliche Verfügung des Stifters oder auch durch eine ihn bindende vertragliche Abmachung errichtet werden könne. Diese Frage hat mit der Frage, welchen Zwecken die für das Stiftungsgeschäft aufgestellten Formvorschriften dienen und ob die Form des Erbvertrages diesen Zwecken genüge, grundsätzlich nichts zu tun. b) KNAPP begründet seine Auffassung, eine Stiftung könne durch eine vertragliche Klausel eines Erbvertrages begründet werden, indem er auf die Unzukömmlichkeiten hinweist, die sich in gewissen Fällen ergeben können, wenn angenommen wird, die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen könne nur durch eine - frei widerrufliche - testamentarische Bestimmung erfolgen, wogegen die Zuweisung von Vermögenswerten an die vorgesehene Stiftung Gegenstand einer vertraglichen Klausel eines Erbvertrages sein könne. Er räumt jedoch (a.a.O. S. 208, zweitletzter Absatz) selber ein, auch die Auffassung, eine Stiftung könne nur durch eine testamentarische Klausel errichtet werden, sei vertretbar (défendable), wenn angenommen werde, ein allfälliger Widerruf beziehe sich stets sowohl auf die Errichtung der Stiftung als auch auf die damit verbundene Zuweisung von Vermögenswerten an sie. Wesentlich ist ihm, wie seine Ausführungen zeigen, im Grunde genommen nur, dass die Errichtung der Stiftung und die Zuweisung von Vermögenswerten an sie als rechtliche Einheit behandelt werden. Dass die Verfügung, mit der ein Erblasser eine Stiftung errichtet und mit einem Vermögen ausstattet, einen einheitlichen Akt bildet und daher nicht teils widerruflich, teils unwiderruflich sein kann, ist (jedenfalls heute) auch die Auffassung der Kommentatoren des Erbrechts (TUOR, 1. und 2. Aufl., je N. 2 und 3 zu Art. 493 ZGB; ESCHER, 3. Aufl., N. 3 zu Art. 493 ZGB, im Gegensatz zur entsprechenden Stelle der 2. Auflage) und lässt sich kaum bezweifeln. Die Voraussetzung, unter welcher KNAPP (a.a.O. 208) die herrschende Auffassung für vertretbar hält, darf somit als erfüllt gelten. Schon deshalb lässt sich seinen Ausführungen kein triftiger Grund für die Zulassung der Errichtung einer Stiftung durch vertragliche Klausel eines Erbvertrages entnehmen.

c) Einen solchen Grund bildet auch nicht das von der Vorinstanz angeführte Argument, die schweizerische Rechtsordnung kenne die vertragliche Verpflichtung zu einer Liberalität und lasse Erbverträge zugunsten Dritter zu, und es sei nicht am Platze, die Errichtung einer Stiftung anders zu behandeln als eine sonstige Liberalität. Obwohl Art. 494 Abs. 1 ZGB sagt, der Erblasser könne sich durch Erbvertrag einem andern gegenüber "verpflichten", ihm oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen, begründet der Erbvertrag anders als ein Schenkungsversprechen unter Lebenden keine Verpflichtung desjenigen, der die Zuwendung vornimmt. Vielmehr hat der Erblasser die von ihm beabsichtigte Zuwendung mit dem Abschluss des Erbvertrages bereits vorgenommen. Diese wird mit seinem Tode ohne weiteres wirksam, d.h. die Erbeinsetzung oder das Vermächtnis treten mit seinem Tode ohne weiteres in Kraft. Der Vertragscharakter der Zuwendung durch Erbvertrag zeigt sich nur in der mit dem Vertragsabschluss eintretenden Bindung des Erblassers gegenüber dem Vertragspartner, d.h. darin, dass er die Zuwendung grundsätzlich nur noch mit dessen Zustimmung (Art. 513 Abs. 1 ZGB) rückgängig machen kann (vgl. zu alledem TUOR, 2. Aufl., N. 1, und ESCHER, 3. Aufl., N. 2 zu Art. 494 ZGB). Ob die Errichtung einer Stiftung, die im Gegensatz zur Schenkung nicht eine erzwingbare Vermögensleistung, sondern eine nicht erzwingbare Handlung darstellt ("nemo invitus agere cogitur"), Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung sein könnte, ist im übrigen zweifelhaft. Unter diesen Umständen lässt sich daraus, dass das schweizerische Recht die vertragliche Verpflichtung zu einer Schenkung an den Vertragspartner oder einen Dritten (vgl. BGE 96 II 94 lit. b a.E. und lit. c) zulässt, nicht ableiten, nach schweizerischem Recht müsse auch die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag zugelassen werden.
Dass diese Art der Errichtung einer Stiftung zugelassen werden müsse, folgt aber auch nicht notwendigerweise daraus, dass das Gesetz (Art. 494 Abs. 1 ZGB) Erbeinsetzungs- und Vermächtnisverträge zugunsten Dritter zulässt. Die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen geht nämlich in ihrer Tragweite über eine Erbeinsetzung

oder ein Vermächtnis weit hinaus, da sie nicht bloss die Personen bezeichnet, die den Nachlass oder einen Teil davon erhalten sollen, sondern die Widmung des von der Verfügung betroffenen Vermögens zu einem bestimmten,

nicht bloss vorübergehenden Zweck und die Schaffung einer neuen juristischen Person, die dieses Vermögen erhalten und zum festgesetzten Zwecke verwenden soll, in sich schliesst. Diese Besonderheiten des Stiftungsgeschäfts hätten es dem schweizerischen Gesetzgeber allerdings kaum schlechthin verboten, nach dem Vorbild des deutschen BGB die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag zu erlauben. Sie lassen es aber doch als sehr wohl begreiflich und sachlich vertretbar erscheinen, dass Art. 81 Abs. 1 ZGB als Mittel für die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen nur die letztwillige Verfügung erwähnt. Es hat viel für sich, wenn GUISAN (a.a.O. S. 239/40) gegen die Möglichkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur spätern Errichtung einer Stiftung einwendet: "...choisir un but idéal et y affecter des biens est un acte qui doit rester libre jusqu'à son accomplissement", und hieraus ableitet, es lasse sich verstehen (on comprendra), dass Ehegatten sich einigen können, um miteinander sofort und unter Lebenden eine juristische Person zu begründen; ein hierauf zwischen ihnen abgeschlossener Erbvertrag könne dieser juristischen Person ein Vermächtnis zusichern; "mais la volonté, même exprimée dans un pacte, de ne fonder qu'au décès, doit toujours pouvoir se révoquer". Schon KNAPP hatte übrigens (a.a.O. S. 208) im Anschluss an seine Bemerkung, die herrschende Lehre lasse sich halten, falls ein allfälliger Widerruf stets sowohl die Errichtung der Stiftung als auch die damit verbundene Vermögenszuwendung treffe (vgl. lit. b hievor), zu dieser Widerrufsmöglichkeit ähnlich wie später GUISAN ausgeführt, sie sei "moralement justifiable, puisque nul ne peut être tenu de continuer à vouloir une fondation dont le but devient odieux ou indifférent". d) Der Beklagten kann nicht zugegeben werden, dass ein anderswie nicht zu befriedigendes Bedürfnis der Praxis die Zulassung der Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag verlange. Wenn zwei Personen (Ehegatten, Geschwister) ihr Vermögen nach dem Ableben beider einer von ihnen errichteten Stiftung zukommen lassen wollen, so können sie dieses Ziel - sofern ihnen getrennte letztwillige Verfügungen wegen der Möglichkeit des Widerrufs nicht genügen - dadurch erreichen, dass sie die Stiftung schon zu ihren Lebzeiten gründen und zunächst nur mit einem bescheidenen Vermögen ausstatten und in einem Erbvertrag mit gegenseitiger Erbeinsetzung bestimmen, dass die Stiftung Nacherbe des zuerst sterbenden und Haupterbe des

zuletzt sterbenden Vertragspartners sein soll (vgl. BGE 95 II 521 ff.; ähnlich GUISAN a.a.O.). e) Dass es geboten sei, über den Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 ZGB hinaus die Errichtung einer Stiftung durch vertragliche Bestimmungen eines Erbvertrages zuzulassen, kann um so weniger angenommen werden, als sogar in Deutschland, wo das Gesetz die Errichtung einer Stiftung durch Verfügung von Todes wegen vorsieht (§ 83 BGB), einzelne Autoren die Auffassung vertreten, die in einem Erbvertrag enthaltene Stiftungserklärung müsse frei widerruflich sein (VON TUHR, Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band 1910, S. 598; ÖRTMANN, Kommentar, Allg. Teil, 3. Aufl. 1927, Bem. 1a zu § 83, S. 231; gegenteiliger Ansicht z.B. STAUDINGER/BRÄNDL u. COING, Allg. Teil, 11. Aufl. 1957, N. 11 zu § 83 BGB; RGR-Kommentar, 1. Band 1. Teil, 11. Aufl. 1959, N. 4 zu § 81, S. 173/174; ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl., 1. Halbband 1959, S. 721 FN 21; SOERGEL/SCHULTZE-v. LASAULX, 1967, N. 2 und 6 zu § 83 BGB). Bestehen keine stichhaltigen Gründe dafür, vom Sinne abzuweichen, der dem Art. 81 Abs. 1 ZGB nach seiner Fassung und nach den Umständen, unter denen diese Bestimmung entstanden ist, beigelegt werden muss, sondern lässt sich die diesem Sinn entsprechende Lösung sachlich rechtfertigen, so muss dieser Sinn massgebend sein. Es ist also nach schweizerischem Recht nicht zulässig, eine Stiftung durch eine vertragliche Klausel eines Erbvertrages zu

errichten.

9. Wie schon ausgeführt (Erw. 3 Abs. 2 hievor), ist die Stiftungsklausel des Erbvertrages vom 7. Januar 1961 eindeutig vertraglicher Natur. Als Bestimmung dieser Art ist sie nichtig, da sich ergeben hat, dass das schweizerische Recht die Errichtung einer Stiftung durch solche Bestimmungen nicht zulässt. In letztwillige Verfügungen der Schwestern Schweizer, wie sie zur Errichtung der Stiftung hätten dienen können, lässt sie sich, wie bereits gesagt (Erw. 3 Abs. 2 a.E.), nicht umdeuten, weil die Schwestern Schweizer auf die gegenseitige Bindung Gewicht legten. Es kann sich daher nur noch fragen, ob sich die streitige Klausel in eine vertragliche Bestimmung mit zulässigem Inhalt umdeuten lasse, in eine Bestimmung also, die eine Anordnung trifft, welche durch vertragliche Klausel eines Erbvertrages getroffen werden kann. a) Die Beklagte macht unter Hinweis auf die Bestimmung

des Erbvertrages über den Zweck der Stiftung geltend, die Erblasserinnen hätten damit ihr Vermögen einer Mehrheit von Personen zugewendet, die nicht etwa mit den Verwandten und gesetzlichen Erben identisch seien; sollte durch den Erbvertrag keine Stiftung entstanden sein, so könnten sich die Bedachten trotzdem auf den Erbvertrag berufen und ihre Rechte geltend machen; dann wäre Art. 539 Abs. 2 ZGB anwendbar, der bestimmt: "Zuwendungen mit Zweckbestimmung an eine Mehrheit von Personen insgesamt werden, wenn dieser das Recht der Persönlichkeit nicht zukommt, von allen Zugehörigen unter der vom Erblasser aufgestellten Zweckbestimmung erworben oder gelten, wo dieses nicht angeht, als Stiftung"; mangels Inkrafttreten einer Stiftung gemäss Erbvertrag würde der Nachlass eben einer Ersatzstiftung gemäss Art. 539 ZGB zufallen. Was die Beklagte mit diesen Ausführungen anstrebt, ist eine doppelte Umdeutung der im Erbvertrag vom 7. Januar 1961 enthaltenen Stiftungsklausel: die Errichtung einer Stiftung, die nicht Gegenstand einer vertraglichen Bestimmung eines Erbvertrages sein kann, soll in eine Zuwendung zu einem bestimmten Zweck an eine Personenmehrheit ohne Rechtspersönlichkeit, wie sie durch eine solche Bestimmung angeordnet werden kann, umgedeutet werden, und diese Zuwendung soll hierauf nach der Auslegungsregel von Art. 539 Abs. 2 ZGB, die eine gesetzliche Konversion vorsieht (ESCHER, 3. Aufl., N. 7 zu Art. 539 ZGB), als Anordnung einer Stiftung aufgefasst werden. Im EntscheideBGE 76 II 205E. 2 wurde als fraglich bezeichnet, aber schliesslich offen gelassen, ob ein mit einer Auflage verbundenes Vermächtnis an eine juristische Person, das mangels genügender Bezeichnung derselben durch den Erblasser ungültig war (BGE 68 II 165f.), in ein Vermächtnis an die "Auflagedestinatäre" umgedeutet und diese Zuwendung dann gemäss Art. 539 Abs. 2 ZGB als Anordnung einer Stiftung aufgefasst werden könnte. Auch im vorliegenden Falle braucht nicht grundsätzlich entschieden zu werden, ob eine doppelte Umdeutung einer ungültigen Verfügung von Todes wegen von vornherein ausgeschlossen oder unter gewissen Umständen zulässig sei. Eine solche doppelte Umdeutung kommt nämlich auf jeden Fall dann nicht in Frage, wenn sie nicht dazu führt, dass anstelle des nichtigen Geschäfts ein anderes Geschäft gilt, das einen ähnlichen Zweck und Erfolg hat wie das eigentlich gewollte (vgl. BGE 93 II 452 E. 5), sondern wenn sie darauf

hinausläuft, dass ein Geschäft trotz seiner Ungültigkeit genau so zur Geltung kommt, wie es gewollt war. Wenn ein Erbvertrag die Errichtung einer Stiftung vorsieht und die betreffende Klausel vertraglicher Natur ist und daher nach Art. 81 Abs. 1 ZGB zur Errichtung einer Stiftung nicht taugt, geht es also nicht an, die gewollte

Stiftung auf dem Umweg, dass die Stiftungsklausel in eine Vermächtnisklausel und diese gemäss Art. 539 Abs. 2 ZGB wieder in eine Stiftungsklausel umgedeutet wird, gleichwohl entstehen zu lassen. Wäre das erlaubt, so wäre das aus Art. 81 Abs. 1 ZGB abzuleitende Verbot der Errichtung von Stiftungen durch vertragliche Bestimmungen eines Erbvertrags illusorisch. b) Es wird durch Art. 81 Abs. 1 ZGB nicht verboten, sondern ist nach Art. 494 in Verbindung mit Art. 482 ZGB zulässig, ein Vermögen durch eine vertragliche Klausel eines Erbvertrages einer bereits bestehenden Körperschaft oder Anstalt zuzuwenden mit der Auflage, es zu einem bestimmten Zwecke zu verwenden. In eine solche Anordnung lässt sich aber die Stiftungsklausel des Erbvertrages vom 7. Januar 1961 nicht umdeuten. Die Schwestern Schweizer waren nicht bloss bestrebt, ihr Vermögen bedürftigen Mitbürgern zuzuwenden, sondern es lag ihnen, wie schon der von ihnen gewählte Name der Stiftung zeigt und auch aus Zeugenaussagen hervorgeht, ebensosehr daran, mit der Stiftung sich selbst und ihrer Familie ein Denkmal zu setzen. Deshalb darf nicht unterstellt werden, sie hätten bei Kenntnis der Nichtigkeit des von ihnen abgeschlossenen Stiftungsgeschäfts den Willen gehabt, den in der Stiftungsklausel umschriebenen Zweck durch eine mit einer entsprechenden Auflage verbundene Zuwendung an eine bestehende Körperschaft oder Anstalt, m.a.W. durch die Errichtung einer "unselbständigen Stiftung" oder eines "Fonds" (vgl. hiezu EGGER, 2. Aufl., N. 2, 3 und 4 zu Art. 80 ZGB; GUTZWILLER a.a.O. S. 612 Ziff. 2) zu erreichen. Dass die Selbständigkeit der von ihnen vorgesehenen Stiftung für sie wesentlich war, wird dadurch bestätigt, dass sie für den Fall der Auflösung der Zunft zu Rebmessern in Reinach, der nach Ziff. 3 lit. b des Erbvertrages die Mitglieder der Stiftungsverwaltung angehören sollten, nicht etwa den Heimfall des Stiftungsgutes an die Gemeinde oder eine Fürsorgeinstitution anordneten, sondern bestimmten, in diesem Falle habe der Gemeinderat von Reinach die Stiftungsverwaltung aus seiner Mitte zu bestellen. Im übrigen ist

völlig ungewiss, welche Körperschaft oder Anstalt (die Gemeinde Reinach, die Zunft zu Rebmessern oder eine der geplanten Stiftung ähnliche Institution) die Erblasserinnen mit ihrem Vermögen bedacht und mit der Verfolgung des ihnen vorschwebenden Zwecks betraut hätten, wenn sie eine solche Lösung überhaupt in Betracht gezogen hätten. Schon diese Ungewissheit schliesst die Konversion der auf Errichtung einer selbständigen Stiftung gehenden Klausel des Erbvertrages in die Anordnung einer unselbständigen Stiftung aus. c) Man könnte schliesslich noch daran denken, die Stiftungsklausel des Erbvertrages in dem Sinne umzudeuten, dass damit das Vermögen der überlebenden Schwester auf deren Tod hin einer vorhandenen natürlichen oder juristischen Person mit der Auflage zugewendet werde, die von den beiden Schwestern gewünschte Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu errichten. Wem diese Aufgabe zufallen sollte, ist aber vollends ungewiss. Man weiss im vorliegenden Falle ähnlich wie im Falle BGE 89 II 437 ff. (S. 443 lit. b a.E.) überhaupt nicht, wie bei Kenntnis der Nichtigkeit der Stiftungsklausel verfügt worden wäre. Im übrigen weckt eine vertragliche Bestimmung eines Erbvertrages, welche die Errichtung einer Stiftung mittels einer Zuwendung von Todes wegen unter Auflage herbeiführen soll, die gleichen Bedenken wie eine solche Klausel, welche die Errichtung einer Stiftung nach dem Tode der Vertragschliessenden unmittelbar vorsieht, wenn man den gesetzgeberischen Grund des Art. 81 Abs. 1 ZGB darin erblickt, dass jeder Erblasser bis zu seinem Tode frei bleiben soll, den Stiftungsakt und die damit zusammenhängende Vermögenszuwendung zu widerrufen, falls ihm diese Anordnungen aus irgendeinem Grunde nicht mehr passen (vgl. Erw. 8 lit. c hievor).
Die beklagte Stiftung lässt sich daher auf dem Wege der Konversion nicht retten, sondern muss wegen der festgestellten Ungültigkeit des Stiftungsaktes als nichtig erklärt werden.

10. Da die vorliegende Klage nicht eine erbrechtliche Ungültigkeitsklage ist, können die Kläger den Prozessgewinn nicht etwa für sich allein beanspruchen. Infolge der auf Art. 81 Abs. 1 ZGB gestützten Nichtigerklärung der beklagten Stiftung fällt deren Vermögen vielmehr unter Vorbehalt der Rechte Dritter (Erw. 2 hievor) der Erbengemeinschaft der Katharina Schweizer zu, der nicht bloss die zehn Kläger, sondern noch weitere Personen angehören. Nach Lehre und Rechtsprechung

können Erbschaftsansprüche gegen Dritte vor der Erbteilung grundsätzlich nicht von einzelnen Erben, sondern nur von allen Erben zusammen geltend gemacht werden (BGE 93 II 14 E. 2b mit Hinweisen). Das Klagebegehren auf anteilsmässige Herausgabe des Nachlasses an die zehn Kläger ist daher abzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 18. November 1969 aufgehoben; die Klage wird dahin gutgeheissen, dass die im Erbvertrag der Schwestern Katharina und Rosalie Schweizer vom 7. Januar 1961 vorgesehene Stiftung mit dem Namen "Katharina und Rosalie Schweizer-Stiftung" nichtig erklärt wird; im übrigen wird die Klage abgewiesen.