

ponga ricorso. Ora ciò è appunto quanto l'art. 51 cp. 1 lett. a OG vuole impedire. Per questo motivo, la giurisprudenza relativa all'art. 63, cifra 1, della vecchia legge d'organizzazione giudiziaria ammetteva che l'inosservanza di questa disposizione portava seco l'irricevibilità del ricorso per riforma al Tribunale federale (RU 50 II 430; 51 II 535; 62 II 306; 67 II 44) anche se interposto dalla parte convenuta, quando la sentenza cantonale non aveva accolto le domande dell'attore per una somma di 4000 fr. almeno (RU 46 II 347; 59 II 74).

In seguito ad uno scambio d'opinioni tra le due Corti civili del Tribunale federale e il cui risultato è stato esposto in una sentenza 2 dicembre 1948 della II Corte civile nella causa Kolb c. Vögeli, è stato riconosciuto che questa sanzione era in realtà troppo rigorosa (RU 74 II 180). Infatti, non è espressamente prevista dalla legge; inoltre deve ammettersi che, trattandosi d'una disposizione contenuta in una legge federale benchè concerna la procedura cantonale, può sfuggire facilmente all'attenzione delle parti.

Detta sentenza non dispensa le giurisdizioni cantonali dal far rispettare l'art. 51 OG. Al contrario, è per loro un motivo di più di vegliare affinché questa disposizione sia strettamente osservata. Se si tratta di domande d'una somma di denaro non determinata in cifre, è sempre possibile di fissare il valore litigioso, invitando l'attore a dichiarare se la somma da lui chiesta raggiunge i 4000 fr. o i 8000 fr. al minimo. La legge prevede che questa dichiarazione dev'essere fatta già nella domanda; si può tuttavia ammettere che lo scopo della disposizione è raggiunto se è fatta prima della sentenza che mette termine al processo davanti alla giurisdizione cantonale, vale a dire prima del momento che l'art. 46 OG considera come decisivo.

Losanna, 16 febbraio 1949.

Vgl. auch Nr. 10. — Voir aussi n° 10.

I. PERSONENRECHT

DROIT DES PERSONNES

13. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. März 1949 i. S. Gehrenau-Stiftung gegen Hauser.

Klage auf Nichtigerklärung einer Familienstiftung, Art. 88/89 ZGB.

1. *Klage auf Feststellung der Nichtigkeit ab initio.*
2. *Aktivlegitimation* nach Art. 89 Abs. 1: kein ökonomisches Interesse erforderlich. — *Passivlegitimation* der als nichtig angefochtenen Stiftung.
3. *Familien- oder gewöhnliche Stiftung?* GmbH als Stiftungsdestinatärin. — Auch für gewöhnliche Stiftung ist, soweit Familienangehörige Destinatäre sind, der Stiftungszweck hinsichtlich Umfang der Leistungen nur in den Schranken des Art. 335 ZGB zulässig.
4. *Aufrechterhaltung der Stiftung* unter Anpassung an das Gesetz (Konversion).

Action en annulation d'une fondation de famille, art. 88 et 89 CC.

1. Demande tendant à faire constater que la fondation est nulle *ab initio*.
2. *Qualité pour agir*, selon l'art. 89 al. 1: un intérêt économique n'est pas nécessaire. La fondation dont on requiert l'annulation a *qualité pour répondre à l'action*.
3. *Fondation de famille ou fondation ordinaire?* Société à responsabilité limitée instituée destinataire de la fondation. Lorsque les destinataires sont des membres de la famille le but de la fondation quant à l'étendue des prestations doit demeurer dans le cadre de l'art. 335 CC, même s'il s'agit d'une fondation ordinaire.
4. *Maintien de la fondation* moyennant adaptation à la loi (conversion).

Azione di annullamento d'una fondazione di famiglia (art. 88 e 89 CC).

1. Domanda volta a far accertare che la fondazione è nulla *ab initio*.
2. *Veste per agire*, giusta l'art. 89 cp. 1: un interesse economico non è necessario. La fondazione, di cui si chiede l'annullamento, ha veste passiva.
3. *Fondazione di famiglia o fondazione ordinaria?* Società a responsabilità limitata istituita quale destinataria della fondazione. Quando i destinatari sono membri della famiglia, lo scopo della fondazione quanto all'estensione delle prestazioni deve restare

nei limiti tracciati dall'art. 335 CC, anche se trattasi d'una fondazione ordinaria.

4. *Fondazione mantenuta* in seguito ad adattamento alla legge (conversione).

A. — Am 30. April 1945 errichtete Walter Heinrich Hauser in Wädenswil eine öffentliche letztwillige Verfügung, in der er einleitend ausführte, er wolle Anordnungen treffen, von denen er hoffe, dass sie Glück und Frieden seiner Familie erhalten werden; vor allem liege ihm daran, den Fortbestand seines Geschäftes — der Hauser Apparate GmbH — sicherzustellen, das die Existenzgrundlage der ganzen Familie bilde. In Ziff. 1 regelt er die Ausrichtung des eingebrachten Frauengutes und des Vorschlagsanteils an seine Frau zweiter Ehe und bestimmt dann in

Ziff. 2

«Die darnach verbleibenden Guthaben an die GmbH., meinen Stammanteil von Fr. 15,000.— bei der GmbH., sowie alle meine Patente und Lizenzen wende ich im Sinne von Art. 335 des schweizerischen Zivilgesetzbuches einer *Familienstiftung* zu, die ich hierdurch auf den Zeitpunkt meines Todes unter dem Namen *Gehrenau-Stiftung* errichte. Diese Stiftung hat zum Zwecke:

- a) Die Sicherung des Fortbestandes meines Geschäftes Hauser Apparate GmbH. in Wädenswil durch Zusammenfassung der massgebenden Kapitalien und durch Ausübung des entsprechenden Einflusses auf die Leitung des Unternehmens im allgemeinen Familieninteresse;
- b) die Fürsorge für alle Glieder meiner Familie.»

Im weitem wird die Besetzung des Stiftungsrates und das Stimmrecht in demselben geregelt. Sodann bestimmt die Verfügung:

«Die Existenz der Stiftung bleibt für solange unbeeinträchtigt, als die Familie oder einzelne Glieder derselben das durch sie gesicherte Unternehmen betreibt. Sollte aus irgendwelchen Gründen der Stiftungszweck gemäss lit. a nicht mehr verfolgt werden können oder durch die Entwicklung der Verhältnisse überholt sein, so hat der Stiftungsrat zu entscheiden, ob die Stiftung zur Erreichung des Stiftungszweckes gemäss lit. b aufrechterhalten bleiben soll oder ob eine Auflösung stattzufinden habe. Im Falle der letzteren wären einer Verteilung des Stiftungsvermögens erbrechtliche Grundsätze zugrunde zu legen. Grundsätzlich bleibt während der Existenzdauer der Stiftung das ihr gewidmete Kapital unangreifbar. Hingegen können Ausrichtungen aus den Erträgen vom Stiftungsrat beschlossen werden. Mein Wunsch geht jedoch dahin, dass davon solange als möglich Umgang genommen

werden sollte, um vorerst eine finanzielle Stärkung der Stiftung als Garant meines Unternehmens zu erreichen....

Als weitere Richtlinie gebe ich dem Stiftungsrat den Wunsch auf, dass jedem Familienmitglied unter der Voraussetzung der Bewährung durch tüchtige Leistungen je nach Eignung Arbeit und angemessener Verdienst bei der GmbH geboten werde. Insbesondere sollen meine beiden Söhne unter der erwähnten Voraussetzung Anstellung finden, sofern sie dies wünschen. Ich erwarte von ihnen aber diesfalls einen ernsthaften Einsatz.

Der Stiftungsrat ist im Sinne des Stiftungszweckes verpflichtet, darauf zu achten, dass der Stiftung bei Kapitalerhöhung der GmbH stets die ausschlaggebende Mehrheit verbleibt.»

Endlich verfügte der Erblasser in Ziffer 4 des Testaments:

«Sollte diese Verfügung von einem meiner Erben angefochten werden, so beschränke ich dessen Erbrecht auf den gesetzlichen Pflichtteil und verfüge, dass er keinen Anteil an den Geschäftskapitalien und insbesondere an den GmbH-Stammanteilen haben soll. Ferner soll der Anfechtende von der Familienstiftung gänzlich ausgeschlossen sein.»

B. — Am 3. Juni 1945 starb der Testator. Als Erben hinterliess er seine zweite Ehefrau, zwei Söhne aus erster und zwei Töchter aus zweiter Ehe, die alle die Erbschaft antraten. Das Testament wurde nicht angefochten.

Im Oktober 1947 klagte der Sohn Walter Hauser beim Bezirksgericht Horgen auf Feststellung und Teilung des Nachlasses.

Am 31. Dezember 1947 erhob er bei der gleichen Instanz gegen die Gehrenau-Stiftung Klage auf Nichtigerklärung der Stiftung, weil sie aus folgenden Gründen widerrechtlich sei:

1. Destinatäre einer Familienstiftung müssten die Familienglieder sein, was hier nicht zutrefte, da die GmbH Destinatärin sei.

2. Der Stiftungszweck lit. a, die Sicherung des Fortbestandes der GmbH, sei unzulässig, ebenso aber auch der Stiftungszweck lit. b, die Fürsorge für alle Glieder der Familie. Bei der Familienstiftung müsse sich aus der Formulierung des Zweckes ergeben, dass er zu den gesetzlich zulässigen gehöre und dass die Stiftung ausschliesslich

diesem Zweck diene; dem entspreche die Formulierung dieses Zweckes in der letztwilligen Verfügung nicht.

3. Eine Familienstiftung müsse auf die Dauer angelegt sein. Das Testament stelle jedoch die Auflösung ins Belieben des Stiftungsrates.

Sei die Stiftung somit widerrechtlich, so sei sie auch nichtig und habe daher nie Rechtspersönlichkeit erlangt. Eine teilweise Gültigkeit im Sinne der Beschränkung der Stiftung auf den erlaubten Zweck der Unterstützung bedürftiger Familienglieder falle ausser Betracht, da der Erblasser die Stiftung mit diesem Zwecke allein niemals errichtet haben würde.

C. — Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage im wesentlichen mit folgender Begründung:

1. Dem Kläger fehle die Aktivlegitimation, da der Kläger gemäss der privatorischen Klausel in Ziff. 4 sich durch die gegen einen Bestandteil des Testaments gerichtete Klage seiner Rechte als Teilhaber der GmbH. und Stiftungsdestinatär begeben habe.

2. Andererseits fehle der Beklagten die Passivlegitimation, da nicht die Stiftung, sondern die GmbH. Eigentümerin des Nachlassvermögens geworden sei mit der Massgabe, es durch die Stiftung als Inhaberin der Stammanteile verwalten zu lassen; es handle sich mithin um eine typische unselbständige oder fiduziarische Stiftung, weshalb nicht diese, sondern die GmbH ins Recht gefasst werden müsse.

3. Im weitem sei die Klage als Feststellungsklage gemäss § 92 ZPO ausgeschlossen, da dem Kläger im Falle der Nichtigkeit der Stiftung die Leistungsklage auf Rückerstattung des Stiftungsvermögens offen gestanden habe.

4. Liege aber eine Familienstiftung im Sinne von Art. 335 ZGB vor, so bilde die Bestimmung lit. a nur eine Direktive; der eigentliche Stiftungszweck beschränke sich auf lit. b, die Fürsorge für alle Glieder der Familie, was ohne weiteres gesetzmässig sei.

5. Sollte das Testament aber doch eine rechtswidrige

Zweckbestimmung enthalten, so sei die Stiftung auf die erlaubten Zwecke zu beschränken und in diesem Rahmen bestehen zu lassen.

D. — Angesichts der Präjudizialität dieses zweiten Prozesses für die Erbteilung wurde der erste Prozess bis zu dessen Erledigung sistiert.

E. — Sowohl das Bezirksgericht Horgen als das Obergericht des Kantons Zürich haben die Klage geschützt und die Stiftung nichtig erklärt. Die Vorinstanz führt aus: Das Recht zur Klage auf Nichtigerklärung einer Stiftung wegen von Anfang an vorhandener Widerrechtlichkeit müsse in gleichem Umfang gegeben sein wie gemäss Art. 89 ZGB wegen nachträglich eingetretener (BGE 73 II 83), bei einer der Aufsicht nicht unterworfenen Familienstiftung jedem, der an der Klarstellung der Rechtslage interessiert sei; dies treffe jedenfalls auf den Kläger als an der Stiftung Beteiligten zu, ungeachtet der privatorischen Klausel im Testament, die nicht den Verlust eines vom Gesetze verliehenen Klagerechts bewirken könne. Die Passivlegitimation einer Stiftung, die wegen Widerrechtlichkeit des Zweckes nie Rechtspersönlichkeit erlangt habe, zur Belangung gemäss Art. 89 ZGB sei im zitierten Urteil des Bundesgerichtes bejaht worden. Dem stehe die enge Verknüpfung der Stiftung mit der GmbH nicht entgegen, nachdem alle formellen Requisiten für die Errichtung einer selbständigen Stiftung — Widmung eines Vermögens, Name, Organisation — erfüllt seien.

Ob die Nichtigkeitsklage gemäss Art. 89 ZGB eine Feststellungs- oder eine Gestaltungsklage sei, könne dahingestellt bleiben; der Grundsatz, wonach die Möglichkeit einer Leistungsklage im allgemeinen die Feststellungsklage ausschliesse, gelte nicht unbedingt. Es könne unter Umständen ein gesondertes Interesse an einer Feststellungsklage bestehen, weil mit ihr der Bestand eines ganzen Rechtsverhältnisses und nicht nur eines bestimmten Leistungsanspruches aus demselben zur gerichtlichen Entscheidung gebracht werden wolle; dieser Fall liege hier vor.

In materiell-rechtlicher Hinsicht gelangt die Vorinstanz zum Schlusse, dass weder der in lit. a noch der in lit. b des Stiftungsaktes umschriebene Stiftungszweck der für die Familienstiftung in Art. 335 ZGB bestimmten Umgrenzung entspreche. Jene Umschreibung sei viel zu vage, als dass daraus in Verbindung mit den weitem Anordnungen des Stifters der Wille desselben hervorginge, dass nur in Fällen eines Bedarfs der Destinatäre in den in Art. 335 abgegrenzten Richtungen aus dem Stiftungsvermögen Beträge zur Ausrichtung gelangen sollten. Mangels näherer Abgrenzung des Fürsorgezweckes habe man es mit einer Unterhaltsstiftung zu tun, die nach Doktrin und Praxis vom Gesetze verpönt sei. Daraus folge zwingend die Nichtigkeit der Gehrenau-Stiftung. Eine richterliche Einschränkung des Stiftungszweckes auf den vom Gesetze erlaubten Umfang sei abzulehnen, da angenommen werden müsse, dass der Stifter die Stiftung in jenen Schranken überhaupt nicht errichtet haben würde.

Eine Aufrechterhaltung der Stiftung, statt als Familienstiftung, als gemeinnützige Stiftung oder zum Zwecke der Sicherung des Fortbestandes des Geschäfts ohne Bindung an die Familie komme nicht in Frage, da dies eine völlige Umgestaltung der Zwecksetzung bedeuten würde, die mit dem Willen des Erblassers nicht in Einklang gebracht werden könnte.

F. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der beklagten Stiftung mit dem Antrag auf Aufhebung desselben und Abweisung der Klage. Der Kläger trägt auf Bestätigung des Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klage stützt sich nicht, wie in Art. 88 Abs. 2 ZGB vorausgesetzt ist, darauf, dass der Stiftungszweck nachträglich widerrechtlich geworden, sondern darauf, dass er von Anfang an widerrechtlich gewesen sei. Aber auch in diesem Falle ist, wie das Bundesgericht ausgespro-

chen hat, die durch Art. 88/89 ZGB vorgesehene Klage im Sinne einer Nichtigkeitsklärung mit Feststellungscharakter gegeben (BGE 73 II 83 f.). Eine Leistungsklage wäre ausgeschlossen, weil eine Klage auf Rückleistung des der Stiftung zugewendeten Vermögens nur von der Erben-gesamtheit erhoben werden könnte. Die Vorinstanz hat indessen die Feststellungsklage nicht auf Grund des bundesrechtlichen Anspruches, sondern gemäss dem kantonalen Prozessrecht zugelassen, dessen Auslegung der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist.

2. — Zur Klage berechtigt ist gemäss Art. 89 ZGB «jedermann, der ein Interesse hat». Dieses Interesse braucht nicht ein ökonomisches zu sein. Es genügt das ideelle Interesse des Klägers, in seiner Eigenschaft als Erbe des Stifters, Destinatär und Mitglied der durch die Stiftung begünstigten Familie eine Abklärung der Rechtslage herbeizuführen und die Stiftung, falls sie sich als gesetzwidrig erweist, zur Auflösung zu bringen. Dieses Interesse wäre selbst dann schutzwürdig und zur Aktivlegitimation ausreichend, wenn es dem rein finanziellen Interesse des Klägers zuwiderliefe. Die Legitimation des Klägers ist somit zu bejahen, ohne dass etwas darauf ankäme, ob die Klausel des Testaments, wonach ein dieses anfechtender Erbe auf den Pflichtteil gesetzt und als Geschäftsteilhaber und Stiftungsdestinatär ausgeschlossen wird, rechtswirksam ist.

Die Bestreitung ihrer Passivlegitimation seitens der Beklagten mit der Begründung, angesichts der engen Verbundenheit ihres Schicksals mit der GmbH habe man es gar nicht mit einer selbständigen Stiftung zu tun, ist unbegründet. Die Stiftung erfüllt alle für ihre Existenz als juristische Person erforderlichen formellen Voraussetzungen, wofür auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden kann. Dass die Klage gemäss Art. 88/89 ZGB auch dann gegen die Stiftung selbst zu richten ist, wenn damit gerade die Feststellung ihrer Nichtigkeit ab *initio* bezweckt, also ihre Existenz negiert wird,

ist vom Bundesgericht bereits ausgesprochen und begründet worden (BGE 73 II 84 f.).

3. — Es bleiben die Hauptfragen : ob die Stiftung einen widerrechtlichen, weil für eine Familienstiftung rechtlich unzulässigen Zweck hat, und, falls dies zutrifft, ob dies ihre Nichtigkeit zur Folge hat.

a) Dass der Stifter selbst die Stiftung als « Familienstiftung im Sinne von Art. 335 ZGB » bezeichnet, ist für ihren Charakter nicht ohne weiteres entscheidend. Wenn sie ihrem ganzen Inhalt nach nicht als Familienstiftung erscheint, so darf sie auch nicht als solche, sondern muss sie als gewöhnliche Stiftung behandelt werden. Sie ist dann eine Familienstiftung — die Frage der Zulässigkeit der Stiftungsleistungen vorbehalten —, wenn ein Vermögen in Stiftungsform so « mit einer Familie verbunden » ist, dass der *Kreis der Destinatäre* auf die Angehörigen dieser Familie beschränkt ist (Art. 335 ZGB). Für die Entscheidung, ob eine Familien- oder eine gewöhnliche Stiftung vorliegt, kommt es mithin darauf an, ob nur Familienangehörige oder auch andere Personen als Destinatäre erscheinen.

Was den Stiftungszweck lit. b betrifft — « Fürsorge für alle Glieder meiner Familie » —, handelt es sich offensichtlich um eine Familienstiftung, da keine der Familie des Stifters fremde Person als Destinatär in Betracht kommt. Ob die Zweckumschreibung hinsichtlich Umfang der Leistungen sich vor Art. 335 ZGB halten lässt, ist eine andere Frage, die nachher zu prüfen sein wird.

Nach dem Stiftungszweck lit. a — Sicherung des Fortbestandes des Geschäfts durch Zusammenfassung der massgebenden Kapitalien und Ausübung des entsprechenden Einflusses auf die Geschäftsleitung — kommt der Stiftungsgenuss nicht den Familiengliedern, sondern der GmbH, die juristische Persönlichkeit besitzt (Art. 783 OR), und nur durch diese (mittelbar) allen daran Beteiligten zugute, insofern z. B. auch den Arbeitern, als dadurch der Bestand und die Zahlungsfähigkeit der Firma in gewissem

Umfange gewährleistet und ihre Prosperität gehoben wird, aber auch und in erster Linie der Familie des Stifters, was nach den Schlussworten von lit. a (« im allgemeinen Familieninteresse ») sowie nach der Begründung im Ingress des Testaments das letzte Ziel des Stifters bei der Stiftungserrichtung war. Letzteres geht auch daraus hervor, dass die Stiftung als Ganzes, auch mit Bezug auf den Zweck lit. a, als Familienstiftung bezeichnet, dass durch sie der Familie eine Vorzugsstellung in der Leitung des Unternehmens gegeben, der Stiftungsrat mit Ausnahme des neutralen Vorsitzenden aus Familienmitgliedern bestellt und diesen bei Bewährung angemessener Verdienst bei der GmbH in Aussicht gestellt wird. Bezeichnend ist auch, dass die Stiftung nur so lange bestehen soll, als die Familie oder einzelne Mitglieder derselben das Unternehmen betreiben, und bei Auflösung der Stiftung das Stiftungsvermögen nach erbrechtlichen Grundsätzen verteilt werden soll. Aber alle diese Elemente einer engen Verbindung von Stiftung, Unternehmen und Familie ändern nichts an der Tatsache, dass formell einziger Stiftungsdestinatär im Rechtssinne nach lit. a die GmbH ist. Darin liegt das entscheidende Kriterium für die Charakterisierung der Stiftung. Dadurch, dass der Stifter zugunsten der GmbH als direkter Destinatär eine Stiftung errichtete und dafür als Entgegenkommen von jener verlangte, dass sie seinen Angehörigen bei ihrem Fortkommen behilflich sei, ohne ihnen aber Rechte finanzieller Art gegenüber der Stiftung selbst zu gewähren, wird diese nicht zu einer Familienstiftung. Dass es sich bei der formellen Ausgestaltung der Stiftung um eine blosser Verschleierung der wirklichen Verhältnisse und eine Gesetzesumgehung handle, kann nicht gesagt werden. Es unterliegt keinem Zweifel, dass es dem Stifter vor allem daran lag, das von ihm geschaffene Unternehmen zu erhalten und dieses zum Nutzniesser seiner Stiftung zu machen ; nur im Rahmen dieses Hauptzweckes sollte die Stiftung indirekt, auf dem Umweg über die prosperierende GmbH, der Familie zugute kommen.

Diese Auslegung des Stiftungsaktes führt mithin zum Ergebnis, dass es sich bei Stiftungszweck lit. a zwar um einen erlaubten Zweck handelt, dass aber insoweit keine Familienstiftung, sondern eine gewöhnliche Stiftung errichtet wurde, die sich im Handelsregister eintragen lassen muss (Art. 52 ZGB) und der öffentlichen Aufsicht untersteht (Art. 84).

Ergibt sich diese Qualifikation der Stiftung als gewöhnliche aus dem sub. lit. a umschriebenen Zwecke, so muss sie für die Stiftung schlechthin gelten, auch insoweit diese gemäss dem Zweck lit. b dem Destinatärkreise nach den Rahmen einer Familienstiftung nicht überschreitet.

b) Aber auch wenn die ganze Stiftung als gewöhnliche behandelt werden muss, kann der Stiftungszweck, was den *Umfang der Stiftungsleistungen* anbelangt, nur im Rahmen des Gesetzes, also, soweit die Familienangehörigen Destinatäre sind (Zweck lit. b), nur innerhalb der in Art. 335 ZGB für die Familienstiftung gesetzten Schranken bestehen. Die Stiftung darf also nur « zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken », nicht aber im Sinne einer vom Gesetze verpönten Genuss- oder Unterhaltstiftung errichtet sein. Die Einschränkung in Art. 335 ist nicht erfolgt, weil die Familienstiftung der staatlichen Aufsicht und der Eintragungspflicht enthoben ist (Art. 52 Abs. 2, Art. 87 Abs. 1 ZGB), sondern weil man die reine Genuss- oder Unterhaltstiftung nicht haben wollte, wenigstens nicht in der Beschränkung auf eine Familie. Wenn diese Limitierung des Zweckes im Rahmen der Bestimmungen über die Familienstiftung ausgesprochen ist, so offenbar deswegen, weil die Gefahr der reinen Unterhaltsgewährung praktisch nur bei Stiftungen zugunsten von Familienangehörigen besteht. Was aber seiner Natur nach Inhalt einer Familienstiftung bilden würde, jedoch in dieser Form verboten ist, kann nicht auf dem Umweg einer gewöhnlichen Stiftung für den gleichen Destinatärkreis erreicht werden; das würde auf eine Gesetzesumgehung hinauslaufen.

Nun ist der vom Stifter in lit. b verwendete Begriff « Fürsorge » wenn auch unpräzis, so doch dem Umfang nach jedenfalls weiter als die Gesamtheit der in Art. 335 aufgezählten zulässigen Zweckbestimmungen. Unter « Fürsorge » lassen sich Leistungen subsumieren, die weder zur Erziehung noch zur Ausstattung oder Unterstützung von Familiengliedern gehören. Es könnte sich höchstens fragen, ob es sich dabei immer um « ähnliche Zwecke », wie sie in Art. 335 auch zulässig erklärt sind, handle. Darunter mögen ohne weiteres auch gewisse Fürsorgeleistungen fallen. Entscheidend ist aber, dass unter Fürsorge auch der blosse Unterhaltszweck, d. h. die Zuwendung von Mitteln an nicht unterstützungsbedürftige Familienmitglieder, verstanden werden kann. Somit ist die Zweckumschreibung in lit. b zu weit und umfasst Leistungen, die aus einer Familienstiftung — und daher, wie dargetan, auch aus einer gewöhnlichen Stiftung — nicht gemacht werden können.

4. — Die vorliegende Stiftung krankt mithin an zwei Nichtigkeitsgründen. Es stellt sich die Frage, ob sie trotzdem mit den erforderlichen Modifikationen aufrecht erhalten werden kann: als gewöhnliche statt als Familienstiftung und unter engerer Umschreibung des Stiftungszweckes lit. b in Anlehnung an Art. 335 ZGB. Die richterliche Konversion des so, wie es vom Verfügenden gewollt war, nichtigen Rechtsgeschäfts in ein nach Zweck und Erfolg ähnliches, dessen gesetzliche Erfordernisse erfüllt sind, ist jedoch nur zulässig, wenn angenommen werden darf, dass der Stifter, falls er sich der Gesetzeswidrigkeit seiner Konzeption bewusst gewesen wäre, die Stiftung in der modifizierten Form auch errichtet haben würde (vgl. BGE 73 II 88 Erw. 7; von TUHR, OR S. 202). Es liegt in der Natur der Sache, dass man sich, mangels jeglicher Angaben über die Motive und Absichten des Stifters — ausser den im Testament geäusserten —, auf dem Boden der blossen Annahmen bewegt. Aus dem ganzen Tenor der Verfügung, insbesondere deren Ingress, darf aber geschlossen werden, dass ihm der Erfolg der Stiftung — die Sicherung des

Unternehmens und durch dieses der Familie — so sehr am Herzen lag, dass er die Stiftung auch als gewöhnliche errichtet hätte, wenn er gewusst hätte, dass sie in Form einer Familienstiftung nicht möglich war. Es darf angenommen werden, dass der Wille, den mit der Stiftung beabsichtigten Zweck zu erreichen, stärker war als eine allfällige Abneigung gegen die Unterwerfung der Stiftung unter die behördliche Aufsicht.

Was die Einschränkung der Umschreibung des Stiftungszweckes lit. b betrifft, verweist allerdings die Vorinstanz zustimmend auf die Erwägungen des Bezirksgerichtes, die dahin gehen, der Erblasser hätte die Stiftung wohl nicht errichtet, wenn er sich der dem Stiftungszweck lit. b entgegenstehenden gesetzlichen Schranken bewusst gewesen wäre. Soweit diese Schlussfolgerung eine Annahme tatsächlicher Natur enthält, kann sie für das Bundesgericht deshalb nicht als verbindlich angesehen werden, weil das Bezirksgericht dabei von der Voraussetzung ausgeht, der Hauptzweck der Stiftung gemäss lit. a sei zum vornherein angesichts der Zweckvorschrift des Art. 335 nichtig, sodass sich mit Bezug auf lit. b nur die Frage stellte, ob der Stifter den Zweck lit. b, enger gefasst, allein auch gewollt hätte. Trifft aber jene Prämisse nicht zu, weil, wie dargetan, Destinatar gemäss lit. a die GmbH und nicht die Familie ist, so darf angenommen werden, der Stifter hätte in Kenntnis der richtigen Auslegung des Art. 335 die Stiftung mit engerer Umschreibung des Zweckes lit. b auch gewollt.

Zu Gunsten der Zulässigkeit der Konversion in beiden Punkten muss endlich berücksichtigt werden, dass der Stiftungsakt einen Bestandteil eines Testaments bildet und es in der wohlbegründeten Tendenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt, letztwillige Verfügungen wenn immer möglich aufrecht zu erhalten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage nur insoweit

geschützt, dass die Stiftung als gewöhnliche (nicht Familien-) Stiftung erklärt und der Stiftungszweck lit. b dahin präzisiert wird, dass Zweck der Stiftung auch ist « die Fürsorge für die Familie durch Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen und Zuwendungen für ähnliche Zwecke ».

II. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

14. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juli 1949 i. S. Altaffer gegen Altaffer.

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess, Art. 145 und 170 Abs. 2 ZGB.

1. Gegen letztinstanzliche Entscheide betr. solche Massnahmen ist die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 OG gegeben.
2. Art. 145 und 170 Abs. 2 ZGB sind erst anwendbar, nachdem der Scheidungsprozess nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts *rechtshängig* geworden ist, also nicht schon nach Anrufung des Aussöhnungsrichters, wenn mit dieser die Rechtshängigkeit noch nicht eintritt.

Mesures provisionnelles dans le procès en divorce, art. 145 et 170 al. 2 CC.

1. Les jugements de dernière instance concernant ces mesures peuvent être l'objet d'un recours en nullité selon l'art. 68 OJ.
2. Les art. 145 et 170 al. 2 CC ne sont applicables qu'après que le procès en divorce est *pendant* au sens de la procédure cantonale; il ne suffit donc pas que le juge conciliateur ait été saisi, lorsque cette démarche ne crée pas la litispendance.

Misure provisionali in una causa di divorzio (art. 145 e 170 cp. 2 CC).

1. Le sentenze dell'ultima giurisdizione cantonale in merito a queste misure sono impugnabili mediante un ricorso per nullità a norma dell'art. 68 OG.
2. Gli art. 145 e 170 cp. 2 CC sono applicabili soltanto dopo che la causa è *pendente* a sensi della procedura cantonale; non basta adunque che il giudice conciliatore sia stato adito, se ciò non crea la litispendenza.

Maurice Altaffer war bis 1944 Vizekonsul der USA in Zürich, kam dann als erster Gesandtschaftssekretär nach