

Das BGer ist mit Entscheid vom  
07.07.2022 auf die Beschwerde nicht  
eingetreten (5A\_20/2022)



Abteilung II  
B-5100/2020

## Urteil vom 23. November 2021

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner, Richter Martin Kayser,  
Gerichtsschreiberin Gizem Yildiz.

Parteien

**Familienstiftung A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Dr. iur. Aline Kratz-Ulmer, Rechtsanwältin,  
Hubatka Müller Vetter,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössisches Amt für das Handelsregister EHRA,**  
Vorinstanz.

Gegenstand

Eintragung im Handelsregister des Kantons Zürich.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Tagesregistereintrag Nr. (...) vom (*Datum*) trug das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Beschwerdeführerin unter dem Namen "Familienstiftung A. \_\_\_\_\_" mit Sitz in Zürich und Urkundendatum vom (...) erstmals ins Handelsregister ein und übermittelte dies dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA, nachfolgend "die Vorinstanz") zur Prüfung und Genehmigung.

**B.**

Mit Schreiben vom 30. Juli 2019 beanstandete die Vorinstanz diese Anmeldung mit der Begründung, die Zweckumschreibung entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen an eine Familienstiftung.

**C.**

Am (*Datum*) trug das Handelsregisteramt des Kantons Zürich mit Tagesregistereintrag Nr. (...) die Familienstiftung erneut in das Handelsregister ein (Urkundendaten vom [...] und [...]) und übermittelte dies dem EHRA.

**D.**

Das EHRA wies am 5. Dezember 2019 auch diesen Eintrag zurück. Aus seiner Sicht handle es sich um eine ursprünglich unzulässige Unterhalts-/Genussstiftung. Durch eine Konversion der Stiftung vermöge der Stiftungsrat diesen Rechtsmangel nicht zu heilen, führte es dazu aus.

**E.**

Schliesslich erfolgte am (*Datum*) eine dritte Eintragung mit Tagesregistereintrag Nr. (...) (Urkundendaten vom [...] und [...]), welche ebenfalls an das EHRA übermittelt wurde.

**F.**

Am 20. Juli 2020 erhob das EHRA auch gegen die Genehmigung dieses Eintrags Bedenken. Insbesondere enthalte der Zweck nach wie vor voraussetzungslose Leistungen an die Destinatäre und sei deshalb insoweit unzulässig.

**G.**

Mit Verfügung vom 15. September 2020 verweigerte die Vorinstanz die Eintragung der Tagesregistereinträge Nr. (...) vom (*Datum*), Nr. (...) vom (*Datum*) und Nr. (...) vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes Zürich. Zur Be-

gründung führte sie aus, der Stiftungszweck enthalte unzulässige Bestimmungen. Ein unzulässiger Zweck/Teilzweck von Familienstiftungen lasse diese nichtig bzw. teilnichtig werden. Ob er geheilt werden könne, liege in der ausschliesslichen Prüfungsbefugnis der Gerichte (angefochtene Verfügung, S. 2-5).

#### H.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Oktober 2020 Beschwerde mit folgenden Anträgen:

1. "Die Verfügung des Beschwerdegegners vom 15. September 2020 sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, den Tagesregistereintrag Nr. (...) vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich zu genehmigen und die Beschwerdeführerin in das eidgenössische Handelsregister einzutragen.

Eventualiter sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, den Tagesregistereintrag Nr. (...) vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes vom Kanton Zürich zu genehmigen und die Beschwerdeführerin in das eidgenössische Handelsregister einzutragen.

Subeventualiter sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, den Tagesregistereintrag Nr. (...) vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes vom Kanton Zürich zu genehmigen und die Beschwerdeführerin in das eidgenössische Handelsregister einzutragen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners."

#### I.

Mit Vernehmlassung vom 24. November 2020 hielt die Vorinstanz an ihrer Begründung fest und erklärte sich im Übrigen als nicht befugt, Anträge zu den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin zu stellen, da sie im Beschwerdeverfahren nicht Partei sei (Art. 33 Bst. d VGG, Art. 6 und 48 VwVG). Sie trägt vor, aufgrund der vorerwähnten Organisationsstruktur und des Eintragungsverfahrens sei es ausgeschlossen, irgendeine Tatsache bzw. die Beschwerdeführerin "in das eidgenössische Handelsregister einzutragen". Weiter könne die Vorinstanz die bereits vergebenen Tagesregistereinträge (Nr. [...], Nr. [...] und Nr. [...]) nicht erneut mit den gleichen Nummern genehmigen. Vielmehr setze eine gerichtlich angeordnete Genehmigung einen erneuten Neueintrag der Beschwerdeführerin voraus, für den das Handelsregisteramt Zürich eine neue Tagesregisternummer zu vergeben hätte.

**J.**

Mit Replik vom 8. Januar 2021 hielt die Beschwerdeführerin grundsätzlich an ihren Ausführungen vom 14. Oktober 2020 vollumfänglich fest und präziserte ihre Anträge wie folgt:

1. "Die Verfügung der Vorinstanz vom 15. September 2020 sei aufzuheben.
2. Die Vorinstanz sei zu verpflichten, den Tagesregistereintrag vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich zu genehmigen und die Publikation im SHAB zu veranlassen.

Eventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, den Tagesregistereintrag vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes vom Kanton Zürich zu genehmigen und die Publikation im SHAB zu veranlassen.

Subeventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, den Tagesregistereintrag vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes vom Kanton Zürich zu genehmigen und die Publikation im SHAB zu veranlassen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz. "

**K.**

Mit Duplik vom 1. Februar 2021 hielt auch die Vorinstanz vollumfänglich an ihren Ausführungen, die sie in der angefochtenen Verfügung vom 15. September 2020 und der Vernehmlassung vom 24. November 2020 gemacht hat, fest und verwies auf diese.

**L.**

Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) erlassen worden sind (Art. 31 VGG). Die Vorinstanz ist eine Dienststelle

des Bundes i.S.v. Art. 33 Bst. d VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2** Die Vorinstanz erlässt eine beschwerdefähige Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, wenn sie eine Eintragung ins Handelsregister endgültig verweigert (Art. 33 Abs. 4 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV, SR 221.411]). Diese kann, unabhängig davon, ob sie sich auf öffentliches Recht des Bundes oder auf Bundesprivatrecht stützt, beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Urteil des BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 1.1; ADRIAN TAGMANN, in: Rino Siffert/Nicholas Turin [Hrsg.], Handelsregisterverordnung, Kommentar, Art. 33 N. 21). Die angefochtene Verfügung vom 15. September 2020 betrifft die endgültige Verweigerung der Handelsregistereintragungen (Tagesregistereinträge Nr. [...] vom [Datum], Nr. [...] vom [Datum] und Nr. [...] vom [Datum] des Handelsregisteramtes Zürich) durch die Vorinstanz und ist somit vor Bundesverwaltungsgericht anfechtbar.

**1.3** Beschwerdeberechtigt ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG), wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Die Parteifähigkeit wird nach Massgabe des Zivilrechts definiert. Eine juristische Person ist grundsätzlich nur parteifähig, wenn sie das Recht der Persönlichkeit erlangt hat (Art. 52 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Eine Ausnahme besteht, wenn die Frage der Rechtsfähigkeit Gegenstand des Verfahrens ist. Hier gilt die juristische Person für die Dauer des Verfahrens als parteifähig, selbst wenn sich am Ende des Prozesses herausstellt, sie sei nicht rechtsfähig (STAEHLIN/SCHWEIZER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 66 N. 9).

Auch soweit die Vorinstanz die Genehmigung der Eintragung mit der fehlenden Rechtsfähigkeit der Beschwerdeführerin begründet hat, gilt diese vorliegend darum als parteifähig.

Die Beschwerdeführerin ist formelle und materielle Adressatin der angefochtenen Verfügung (TAGMANN, a.a.O., Art. 33 N. 21), unmittelbar berührt und damit zur Beschwerde legitimiert.



**1.4** Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

**1.5** Sodann stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin befugt war, mit Replik vom 8. Januar 2021 ihre Anträge zu präzisieren. Aus prozessökonomischen Gründen werden Antragsänderungen und -erweiterungen, die im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen, ausnahmsweise zugelassen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., N. 2.208 f.; Urteil des BVGer A-5781/2007 vom 18. Juni 2008 E. 1.3.1; Urteil des BGer 1A.254/2004 vom 7. Februar 2005, veröffentlicht in ZBI 2006, 162 E. 2.3 mit Hinweisen).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin lediglich ihre Anträge angepasst; der Streitgegenstand – die Eintragung im Handelsregister des Kantons Zürich – blieb im Grundsatz gleich, was sich schon aus den Beschwerdeanträgen vom 14. Oktober 2020 auslegungsgemäss ergibt (vgl. Urteile des BGer 5A\_474/2013 vom 10. Dezember 2013 E.6.2.3; 5A\_929/2015 vom 17. Juni 2016 E.3.2).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im Grundsatz über eine umfassende Kognition (Art. 49 VwVG). Die Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts kann indes nicht weiter sein als diejenige der Vorinstanz (vgl. BGE 135 V 382 E. 4.2; Urteil des BGer 2C.527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 8.3).

Nach der Rechtsprechung können die Behörden der Verwaltungsgerichtsbarkeit präjudiziell prüfen, ob die Stiftungen den Regeln des Zivilrechts entsprechen. Ihre Überprüfungsbefugnis beschränkt sich aber auf die Feststellung offensichtlicher und schwerwiegender Mängel, die zur Feststellung der Nichtigkeit der Stiftung führen (BGE 140 II 255 E. 5.4; Urteil des BGer 2C\_157/2010 und 2C\_163/2010 vom 12. Dezember 2010 E. 10.2). In den anderen Fällen obliegt es aufgrund von Art. 88 Abs. 2 ZGB dem Zivilrichter, über das Schicksal der Stiftung zu entscheiden (Urteil des BGer 2A.668/2004 vom 22. April 2005 E. 3.4.2; vgl. BGE 76 I 39 E. 4), insbesondere wegen einer allfälligen Umwandlung (sog. Konversion, vgl. E. 3.2.3), die

den Bestand der Stiftung unter bestimmten Voraussetzungen dennoch anerkennen lässt (BGE 93 II 439 E. 5 und 89 II 437 E. 1 f.; Urteil des BGer 2C\_533/2013 vom 21. März 2014 E. 5.4; BSK-GRÜNINGER, Art. 335 N. 13).

### 3.

**3.1** Zur Errichtung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck (Art. 80 ZGB). In diesem Artikel werden die drei unerlässlichen materiellen Errichtungsvoraussetzungen einer Stiftung umschrieben: Vermögen, Stiftungswille (d.h. Widmung des Vermögens) und Zweck der Stiftung. Beim "Stiftungswillen" handelt es sich um den Willen des Stifters, eine selbständige Stiftung i.S.v. Art. 80 ff. ZGB, d.h. eine neue juristische Person, zu errichten (HANS MICHAEL RIEMER, Handkommentar Vereins- und Stiftungsrecht [Art. 60-89<sup>bis</sup> ZGB], Art. 80 N. 14). Relevant sind die Bestimmungen über den Zweck der Stiftung und darüber, welchen Personen die Stiftung nach ihrem Zwecke zugutekommen soll (BGE 93 II 439 E. 2; 75 II 88 E. 3; Urteil des BGer 5C.9/2001 vom 18. Mai 2001 E. 3d).

**3.2** Familienstiftungen unterscheiden sich von anderen Stiftungsformen durch ihren zweckweise auf Familienangehörige beschränkten Kreis von Destinatären (vgl. BK-RIEMER, ST, N. 166). Das Stiftungsrecht schränkt ferner für die Errichtung von Familienstiftungen die Wahl des Stiftungszwecks auf vorgegebene Inhalte ein (vgl. BGE 127 III 337 E. 2.c). Diese unterstehen der Zweckbeschränkung von Art. 335 Abs. 1 ZGB zwingend (vgl. BGE 135 III 614 E. 4.3.1; 108 II 398 E. 4 in fine; Urteil 5C.9/2001 E. 3b; BK-RIEMER, ST N. 237). Dies gilt auch für eine gemischte Stiftung, soweit ihr Zweck Familienangehörige des Stifters als Destinatäre begünstigt, und zwar selbst dann, wenn sie als Ganzes als gewöhnliche Stiftung gilt und daher der Aufsichtspflicht untersteht (vgl. Urteil 5C.9/2001 E. 3e; BK-RIEMER, ST N. 238).

Art. 335 ZGB lautet:

#### Abs. 1

Ein Vermögen kann mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird.

## Abs. 2

Die Errichtung von Familienfideikommissen ist nicht mehr gestattet.

**3.2.1** Die Bestimmung ist zwingendes Recht (vgl. BGE 135 III 614 E. 4.3.1; 108 II 398 E. 4 in fine; Urteil 5C.9/2001 E. 3b; BK-RIEMER, ST N. 216). Sie verbietet unter Anderem sog. Unterhaltstiftungen (Art. 355 Abs. 1 ZGB). Familienstiftungen verfügen über eine eigene Rechtspersönlichkeit und verwalten selbständig das Stiftungsvermögen, dessen Ertrag den Destinatären nur zu einem von Art. 335 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Zweck zukommen darf (BGE 93 II 439 E. 4). Der Gesetzgeber möchte damit Familienstiftungen vermeiden, die im Wesentlichen den Familienfideikommissen entsprechen, indem sie der Anhäufung und dauernden Bindung von Vermögen zugunsten einer Familie dienen und deren Angehörigen aufgrund ihrer persönlichen Zugehörigkeit zu den in der Stiftungsurkunde festgelegten Destinatären ewige, voraussetzungslose Genussrechte an diesem Vermögen zukommen lassen (vgl. BK-RIEMER, ST N. 226; Urteil 5C.9/2001 E. 3e). Weiteres Ziel des Verbots der Unterhaltstiftungen war, die begünstigten Nachkommen vor Müssiggang zu bewahren (vgl. Urteil 5C.9/2001 E. 3b, in dem das BGer darauf hinweist, der Gesetzgeber habe aus demselben Grund die wiederholte Nacherbeneinsetzung untersagt; ferner BGE 135 III 614 E. 4.3.3 m.w.H.; ausführlich ANDREA OPEL, Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient? in: Jusletter vom 31. August 2009, S. 3 f m.w.H.; BSK-GRÜNINGER, Art. 335 N. 9, 13e, 17). Das Bundesgericht wie auch der Bundesrat erachten dieses puritanische und wirtschaftliche Ziel inzwischen als überholt (vgl. BGE 135 III 614 E. 4.3.3; BSK-GRÜNINGER, Art. 335 N. 9, 13e, 17).

**3.2.2** Die für Familienstiftungen zulässigen Zwecke in Art. 335 Abs. 1 ZGB sind abschliessend (BGE 93 II 439 E. 4; 120 II 374 E. 4c). Darüber hinausgehende Vorteile für die Destinatäre sind widerrechtlich, namentlich soweit sie ihnen nicht nur zu bestimmten Zeiten ihres Lebens (in der Jugend, beim Aufbau einer selbständigen Existenz, in einer schwierigen Situation) die erforderliche materielle Hilfe gewähren, um die besonderen Bedürfnisse dieser Situationen zu befriedigen (BGE 135 III 614 E. 4.3.1; 108 II 393 E. 6a; 93 II 439 E. 4; 79 II 113 E. 6a; 75 II 15 E. 4b; 75 II 81 E. 3b; 73 II 81 E. 5; 71 I 265 E. 1; Urteil 5C.9/2001 E. 3b; BSK-GRÜNINGER, Art. 335 N. 10 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, § 48 N. 3). Die in Art. 335 Abs. 1 ZGB erwähnten "ähnlichen Zwecke" müssen ebenfalls darin bestehen, den Familienmitgliedern in bestimmten Lebenslagen die materielle Hilfe zu gewähren, die diese Lage nötig oder wünschbar macht (BGE 108 II 393 E. 6a, 93 II 439 E. 4 und 73



II 81 E. 5, wonach ausser den ausdrücklich angeführten Zwecken "im Rahmen vernünftiger Analogie" auch ähnliche zugelassen sind; Urteil des BGer 2A.457/2001 vom 4. März 2002 E. 4.5). Darunter ist all das zu verstehen, was irgendwie den ökonomischen und ethischen Bedürfnissen einer Familie dient und sie dabei fördert (ALEXANDRA ZEITER, Die Erb Stiftung (Art. 493 ZGB), Fribourg 2001, S. 162 mit Hinweisen). Mit "ähnlichen Zwecken" sind indessen nie voraussetzungslose Leistungen an die Destinatäre gemeint (BK-RIEMER, ST N. 234; vgl. ferner z.B. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., N. 1347).

**3.2.3** Eine Unterhalts- oder anderweitig unzulässige Zwecke verfolgende Familienstiftung kann nicht entstehen (vgl. Art. 52 Abs. 3 ZGB), sofern nicht bloss Teile zu beanstanden sind, so dass sich eine Teilnichtigkeit rechtfertigt, oder das Gebilde durch Konversion (BGE 93 II 439 E. 5; vgl. auch Urteil des BVGer B-951/2020 vom 16. August 2021 E. 8.3) z.B. in eine klassische oder gewöhnliche Stiftung gerettet werden kann (BSK-GRÜNINGER, Art. 335 N. 13).

**3.3** Neben den materiellen Voraussetzungen muss eine Stiftung formelle Voraussetzungen erfüllen. Als formelle Grundlage gilt einerseits eine öffentliche Urkunde oder eine Verfügung von Todes wegen (Art. 81 Abs. 1 und 3; sog. rechtsgeschäftliche Grundlage) und andererseits der Handelsregistereintrag (sog. eigentlicher Errichtungsakt; vgl. HANS MICHAEL RIEMER, a.o.O., Art. 81 N. 5). Seit dem 1. Januar 2016 erlangen Familienstiftungen ihre Rechtspersönlichkeit mit der Eintragung im Handelsregister (Art. 52 Abs. 2 ZGB e contrario, Art. 81 Abs. 2 und 3). Die Eintragung ist konstitutiver Natur (vgl. MEISTERHANS/GWELESSIANI, in: Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl. 2021, Art. 94 N. 439). Vor diesem Zeitpunkt durch Stiftungsurkunde errichtete Familienstiftungen sind verpflichtet, sich innert fünf Jahren nach Inkrafttreten jener Bestimmung ins Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 6b Abs. 2<sup>bis</sup> des SchIT ZGB; vgl. BK-RIEMER, ST N. 177; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2020, N. 1294; HAROLD GRÜNINGER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Aufl. 2018 [im Folgenden: BSK-GRÜNINGER], Art. 87 N. 10). Die Rechtsfolge der Nichteinhaltung dieser Frist ist neu in Art. 938 f. OR statuiert und in Art. 152 f. HRegV konkretisiert (vgl. MEISTERHANS/GWELESSIANI, a.a.O., Art. 152 N. 661; BK-RIEMER, ST N. 177): Stellt das Handelsregisteramt einen Mangel in der gesetzlich als zwingend vorgeschriebenen Organisation von im Handelsregister eingetragenen, nicht der Aufsicht unterstellten Stiftungen fest, fordert es diese auf, ihn zu beheben und setzt ihnen dazu eine

Frist (Art. 939 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 Abs. 1 HRegV). Es weist auf die massgebenden Vorschriften sowie die Rechtsfolgen hin, die eintreten, wenn der Aufforderung keine Folge geleistet wird (Art. 152 Abs. 2 HRegV). Wird der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben, überweist es die Angelegenheit an das zuständige Gericht, welches die erforderlichen Massnahmen ergreift (Art. 939 Abs. 2 OR). Eine gültig errichtete Familienstiftung geht folglich mit Ablauf der Übergangsfrist nicht in das Stadium der Liquidation mit anschliessendem Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit über, sondern bleibt bis zur gerichtlichen Ersatzvornahme bestehen (vgl. BK-RIEMER, ST N. 177; MEISTERHANS/GWELESSIANI, a.a.O., Art. 94 N. 439; BSK-GRÜNIGER, Art. 87 N. 10; Praxismitteilung EHRA 3/15 vom 23. Dezember 2015 [unter: <<https://ehra.fenceit.ch>> Praxismitteilungen], N. 13).

### 3.4

**3.4.1** Der Verordnungsgeber hat das Handelsregisterrecht am 6. März 2020 modernisiert und die Anpassungen der HRegV teilweise per 1. April 2020 und teilweise per 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt (AS 2020 971). Diese Änderung enthält keine übergangsrechtlichen Bestimmungen. Nach Art. 173 Abs. 1 HRegV war beim Inkrafttreten der Zeitpunkt der Anmeldung der relevanten Tatsachen massgebend (vgl. ALEXANDER VOGEL, HRegV-Kommentar, Art. 173 HRegV N. 1). Tritt eine Rechtsänderung erst während des Beschwerdeverfahrens ein, kommt zudem in der Regel noch das alte Recht zum Zug (BGE 139 II 243 E. 11.1 mit Hinweisen; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., § 24 N. 20).

**3.4.2** *Frei* und mit umfassender Prüfungsbefugnis prüft der Registerführer des kantonalen Handelsregisteramts die formalrechtlichen, gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung (Art. 940 Abs. 1 aOR und Art. 28 aHRegV; Urteil des BGer 4A.4/2006 vom 20. April 2006 E. 2.2; ausführlich MARTIN ECKERT, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016 [im Folgenden: BSK-ECKERT], Art. 940, N 14 ff.), namentlich die Einhaltung der Normen, die unmittelbar die Führung des Handelsregisters betreffen (vgl. Urteil des BGer 4A\_363/2013 vom 28. April 2014 E. 2.1).

Mit einer auf die Einhaltung zwingender Gesetzesbestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind, *beschränkten* Prüfungsbefugnis prüft er hingegen die materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen (vgl. BGE 132 III 668 E. 3.1; Urteil 4A\_363/2013 E. 2.1; ausführlich BSK-ECKERT, Art. 940 N. 18 ff., 24), insbesondere, ob

die Statuten einer einzutragenden juristischen Person zwingenden Vorschriften widersprechen und den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt aufweisen (Art. 940 Abs. 2 aOR). Ausserhalb seiner Prüfungsbefugnis liegt folglich die Durchsetzung von Vorschriften, die weder unmittelbar die Führung des Handelsregisters betreffen noch zwingend sind oder nur private Interessen berühren. Für diese ist das Zivilgericht zuständig (BGE 132 III 668 E. 3.1; vgl. Urteil 4A\_363/2013 E. 2.1; BSK-ECKERT, Art. 940 N. 18).

**3.4.3** Mit einer ebenso beschränkten Prüfungsbefugnis (vgl. E. 3.4.2) prüft die Vorinstanz die Einträge der kantonalen Handelsregisterämter (vgl. BGE 132 III 668 E. 3.1 m.w.H.; 100 Ib 37 E. 1; Urteil 4A\_363/2013 E. 2.1 und 2.2; Urteil 4A.4/2006 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 132 III 470 ff.). Sie genehmigt diese, sofern sie die Voraussetzungen des Gesetzes und der Verordnung erfüllen (Art. 32 Abs. 1 aHRegV), und verweigert ihre Genehmigung, wenn die Eintragung formalrechtliche Eintragungsvoraussetzungen verletzt oder offensichtlich zwingenden Gesetzesbestimmungen widerspricht, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind (vgl. E. 3.4.2). Im Übrigen bedarf die verweigerte Genehmigung nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses, sie muss verhältnismässig und begründet sein (vgl. BSK-ECKERT, Art. 940 OR N. 9).

**3.5** Ist eine Stiftung errichtet, wird das Zweckvermögen zu einer juristischen Person, die dem Willen ihres Stifters bzw. der selbstbestimmten Verfügung ihrer Organe und Destinatäre entzogen ist (vgl. BK-RIEMER, ST, N. 37, 29). Im Gegensatz zu Körperschaften sind Stiftungen grundsätzlich weder zur Selbstauflösung berechtigt (Art. 88 f. ZGB) noch zur eigenständigen wesentlichen Änderung oder Ergänzung der Stiftungsurkunde befugt (vgl. BGE 120 Ib 474 E. 8e, 11c). Eine Kompetenz der Organe der Stiftung oder ihre Destinatäre, nach eigenem Ermessen den Willen des Stifters in einer für die Wahrung des Stiftungszwecks wesentlichen Frage abzuändern, widerspräche dem Charakter der Stiftung als eines personifizierten Zweckvermögens (vgl. BK-RIEMER, ST N. 29, 43).

**4.**

Rechtsgeschäftliche Grundlage der Beschwerdeführerin i.S.v. Art. 81 Abs. 1 ZGB bildet vorliegend keine Verfügung von Todes wegen gemäss Erbbescheinigung vom (*Datum*), sondern die Stiftungsurkunde vom (*Datum*) mit den Stiftern X. \_\_\_\_\_ (geb. [...]) und Y. \_\_\_\_\_ (geb. [...]). Zu diesem Zeitpunkt waren sie Organe der Z. \_\_\_\_\_ Treuhand AG, welche als Willensvollstreckerin im Nachlass von B. \_\_\_\_\_ eingesetzt wurde (vgl. Beilage 5, Beschwerde vom 14. Oktober 2020). In der Stiftungsurkunde vom (*Datum*) widmete die Erblasserin B. \_\_\_\_\_ der "zu gründenden Familienstiftung" ein Anfangskapital von Fr. (...) und zwei Parzellen in (*Ort*). Die Willensvollstreckerin beabsichtigte daraufhin bewusst, mit einem neuen Errichtungsakt die Stiftung zu gründen.

**4.1** Die Vorinstanz beanstandet in der angefochtenen Verfügung vom 15. September 2020 den in Ziff. 3 der ersten Stiftungsurkunde vom (*Datum*) vorgesehenen und in der Anmeldung vom (*Datum*) folgendermassen umschriebenen Zweck:

"Zweck der Stiftung ist: die Bestreitung der Kosten für den Unterhalt und die Verwaltung der Liegenschaften in (*Ort*). Die Bereitstellung der Nutzung durch die im Testament Bedachten, insbesondere die Verwandten und Freunde der gestorbenen B. \_\_\_\_\_, geb. (...), gest. (...)."

Sie geht in Ziff. II.2 der Verfügung korrekterweise davon aus, die Zweckumschreibung ermögliche den Destinatären in unzulässiger Weise, das Stiftungsvermögen bzw. dessen Erträge zur reinen Repräsentation und Erholung zu gebrauchen. Dieser finanzielle Vorteil wird daher nicht aufgrund einer bestimmten Lebenslage gewährt. Er stellt für die Bedachten ein voraussetzungsloses Wohn- und Aufenthaltsrecht dar, der mit Art. 335 Abs. 1 ZGB offensichtlich unvereinbar ist (vgl. E. 3.2.1). Bei der vorliegenden Stiftung handelt es sich daher vielmehr um eine unzulässige Genuss- oder Unterhaltungsstiftung.

**4.2**

**4.2.1** Anders als am (*Datum*) sind am (*Datum*) nicht die Stifter, sondern die Mitglieder des Stiftungsrates der Familienstiftung A. \_\_\_\_\_ beim Notar erschienen. Zunächst stellt sich die Frage, ob ein gültiger Errichtungsakt vorliegt.



Die zweite Fassung vom (*Datum*) umschreibt den Stiftungszweck wie folgt:

"Die Stiftung bezweckt, Mitglieder der Familie B. \_\_\_\_\_ (*Geburtsdatum-Sterbedatum der Erblasserin*) finanzielle Mittel für Erziehung, Unterstützung, Ausstattung oder ähnlichen Zwecken zukommen zu lassen, wenn sie:

- in eine Notlage geraten durch nicht selbst verschuldete Arbeitslosigkeit, Konkurs, Krankheit oder Unfall;
- sich selbstständig machen oder sich an einer Firma beteiligen wollen;
- für Weiterbildung.

Dem Stiftungsrat steht das Recht zu, durch einstimmigen Beschluss Änderungen des Zwecks und der Stiftungsurkunde vorzunehmen; [...]"

Neben den gesetzlich genannten Zwecken beinhaltet diese Version auch eine Aufzählung jener Fälle, die unter "ähnliche Zwecke" fallen könnten. Insbesondere der Zweck "*sich an einer Firma beteiligen wollen*", erfüllt die Voraussetzungen von Art. 335 Abs. 1 ZGB jedoch nicht. Diese Situation macht eine materielle Hilfe auf Seiten der Familienmitglieder weder notwendig noch erwünscht (vgl. E. 3.2.1). Bereits schon deswegen müsste zumindest von einer Teilnichtigkeit ausgegangen werden.

**4.2.2** In Ziff. A S. 1 wird die Überschrift "*Änderung der Statuten der Familienstiftung*" verwendet. Weiter steht in Ziff. A S. 3 "*Es wird folgende Statutenänderung beschlossen*", und schliesslich wird in Ziff. B S. 4 auf die Beilage "*Kopie der Gründungsurkunde vom (Datum)*" verwiesen. Selbst bei der Annahme, es handle sich um eine Statutenänderung, kann – unabhängig der Frage, ob ein Änderungs- und Ergänzungsrecht der Statuten besteht – auf den (angepassten) inhaltlich unzulässigen Zweck (vgl. E. 4.2.1) verwiesen werden.

### 4.3

**4.3.1** In der letzten Fassung vom (*Datum*) ist unter Anderem folgender Zweck vorgesehen:

"[...] Die Stiftung bezweckt den Destinatären eine Erholungszeit und stressfreie Zeit nebst dem täglichen Leben zu ermöglichen. Überdies soll die Stiftung die erforderliche Infrastruktur für eine arbeitsfreie Entspannungszeit zur Verfügung stellen, um vor "Burnouts" vorzubeugen. [...]"

Dies stellt eine zu allgemeine Zweckumschreibung dar, die nicht an eine bestimmte Lebenslage – wie beispielsweise eine attestierte Depression, die zu behandeln wäre – anknüpft, sondern präventiv versucht, allenfalls einer in Zukunft gelegenen Stresssituation vorzubeugen. Die Vorinstanz geht zu Recht davon aus, dass das Stiftungsvermögen in diesem Fall zur



reinen Repräsentation und zur Erholung eingesetzt würde (vgl. Ziff. II.4, Verfügung vom 15. September 2020). Weiter ist gemäss der Rechtsprechung nicht nur dann von einem unzulässigen Zweck auszugehen, wenn die Liegenschaft als Ferienhaus, sondern auch wenn sie als Zufluchtsstätte für Notzeiten dienen soll (vgl. BGE 108 II 393 ff.). Geht man bei der dritten Urkunde erneut von einem neuen Errichtungsakt aus, so hat die Stiftung aufgrund des unzulässigen Zwecks auch in diesem Fall keine Rechtspersönlichkeit erlangt.

**4.3.2** In der öffentlichen Urkunde vom (*Datum*) ist ersichtlich, dass es sich hierbei um "*Beschlüsse der Stiftungsratssitzung der Familienstiftung A. \_\_\_\_\_*" handelt. Auch in Ziff. 8 S. 4 wird noch einmal verdeutlicht, der Stiftungsrat habe beschlossen, seine bisherigen Statuten gemäss beiliegender Statutenfassung vom (*Datum*) abzuändern, da das EHRA die Genehmigung des Tagesregistereintrages vom (*Datum*) des zürcherischen Handelsregisteramtes verweigert habe. Selbst bei der Annahme, es handle sich um eine Zweckanpassung, liegt – unabhängig der Frage, ob ein Änderungs- und Ergänzungsrecht der Statuten besteht – ein unzulässiger Zweck vor. Es kann somit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 4.2.2 und 4.3.1).

## 5.

Zusammengefasst hat die Beschwerdeführerin keine Rechtspersönlichkeit erlangt (vgl. Art. 52 Abs. 3 ZGB). Dieser Mangel kann weder durch Änderung der Stiftungsurkunde noch der -statuten geheilt werden.

Art. 335 ZGB ist zwingendes Recht (vgl. E. 3.2.1). Da die Zweckbestimmung in der Stiftungsurkunde vom (*Datum*) offensichtlich dagegen verstösst, hat die Vorinstanz die Genehmigung der Tagesregistereinträge Nr. (...) vom (*Datum*), Nr. (...) vom (*Datum*) und Nr. (...) vom (*Datum*) des Handelsregisteramtes Zürich zu Recht – d.h. ohne ihre Prüfungsbefugnis zu überschreiten – verweigert (vgl. E. 3.4.2 und 3.4.3). Für die Annahme einer Konversion ist es am Zivilrichter, über das Schicksal der Stiftung zu entscheiden (vgl. E. 2). Auch das Argument der Beschwerdeführerin, sie habe bereits im Rechtsverkehr teilgenommen, vermag keinen Vertrauensschutz zu begründen (vgl. Ziff. II.b) 6 und 7, Beschwerde vom 14. Oktober 2020); Die öffentlichen Interessen überwiegen in diesem Fall die privaten Interessen.

Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

**6.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als unterliegend zu betrachten. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**7.**

Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 3'000.– festgesetzt und sind dem von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe bezahlten Kostenvorschuss zu entnehmen.

**8.**

Es ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– entnommen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Gizem Yildiz

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 25. November 2021