

Dokument	<b>SJZ 118/2022 S. 736</b>
Autor	<b>Dominique Jakob, Claude Humbel</b>
Titel	<b>Die Eintragung existierender Familienstiftungen</b>
Seiten	<b>736-744</b>
Publikation	<b>Schweizerische Juristen-Zeitung</b>
Herausgeber / Redaktion	<b>Omar Abo Youssef (Red.), Pascal Hachem (Red.), Pascal Pichonnaz (Red.), Meinrad Vetter (Red.)</b>
Frühere Herausgeber	<b>Gaudenz G. Zindel (Red.)</b>
ISSN	<b>0036-7613</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

SJZ 118/2022 S. 736

## Die Eintragung existierender Familienstiftungen

### Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer [B-951/2020](#) vom 16. August 2021

Prof. Dr. iur. Dominique Jakob, M.I.L. (Lund), Ordinarius, Zürich \*

Dr. iur. Claude Humbel, LL.M. (Berkeley), Rechtsanwalt, Postdoktorand und Lehrbeauftragter, Zürich \*\*

Seit 1. Januar 2016 müssen sich Familienstiftungen, auch bereits existierende, ins Handelsregister eintragen lassen. Doch leichter gesagt als getan: Diversen Stiftungen wird die Eintragung verweigert, weil der Inhalt ihrer Gründungsstatuten – aus Sicht der Handelsregister – zur Nichtigkeit führe. Gleichzeitig werden Statutenanpassungen, die (praxisgemäss) ohne gerichtliche Mitwirkung vorgenommen wurden, für unwirksam erklärt. Diese Praxis der Handelsregister wird im vorliegenden Beitrag einer kritischen Analyse unterzogen. Aufhänger ist ein aktuelles Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, welches die Beurteilung der Handelsregister (teilweise) schützt.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, les fondations de famille, même celles qui existent déjà, doivent s'inscrire au registre du commerce. Mais cela est plus facile à dire qu'à faire: l'inscription est refusée à diverses fondations, parce que le contenu de leurs statuts constitutifs entraînerait – du point de vue des registres du commerce – leur nullité. Parallèlement, les adaptations des statuts effectuées sans intervention judiciaire sont déclarées nulles. Cette pratique des registres du commerce fait l'objet d'une analyse critique dans le présent article. Le point de départ est un arrêt récent du Tribunal administratif fédéral lequel protège (partiellement) l'appréciation des registres du commerce. (P.P.)

\* Prof. Dr. iur. Dominique Jakob, M.I.L. (Lund), ist Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich sowie unabhängiger Berater für Privatklienten und Stiftungen.

\*\* Dr. iur. Claude Humbel, LL.M. (Berkeley), Rechtsanwalt, ist Postdoktorand und Lehrbeauftragter für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.



## I. Einführung und Ausgangslage

Am 7. November 1918 – der 1. Weltkrieg neigte sich gerade seinem Ende zu – wurde mit öffentlicher Urkunde die «X. und Y. Familienstiftung» (Familienstiftung) mit Sitz in Zürich errichtet.<sup>1</sup> Nach einem über hundertjährigen Bestehen reichte die Familienstiftung am 9. September 2019 die Dokumente für ihre Eintragung ins Handelsregister ein. Während das Handelsregister des Kantons Zürichs den Tagesregistereintrag vornahm, verweigerte das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) am 27. November 2019 die notwendige Genehmigung mit Verweis auf einen unzulässigen Teilzweck der Stiftung. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2019 ersuchte die Familienstiftung das EHRA um Wiedererwägung seines Entscheids oder um den Erlass einer anfechtbaren formellen Verfügung. Am 17. Januar 2020 verfügte das EHRA, die Genehmigung des Eintrags werde verweigert. Es begründete dies im Wesentlichen mit der Unvereinbarkeit der statutarischen Zweckangabe von 1918 mit Art. 335 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)<sup>2</sup>, der die möglichen Zwecke von Schweizer Familienstiftungen auf die «*Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen*» oder auf «*ähnliche Zwecke*» beschränkt.

**SJZ 118/2022 S. 736, 737**

Der Teilzweck «*allgemein zu ihrem Lebensunterhalt Beiträge zu liefern und ihr wirtschaftliches Fortkommen zu erleichtern*» sei unzulässig und damit nichtig. Dieser Zweck könne auch nicht auf dem Weg einer Änderung der Stiftungsurkunde oder mittels Eintragung ins Handelsregister geheilt werden.<sup>3</sup>

Gegen diese Verfügung erhob die Stiftung am 19. Februar 2020 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht,<sup>4</sup> welches die Beschwerde abwies.

## II. Aus den Erwägungen

Das Bundesverwaltungsgericht stützte die Auffassung des EHRA mit Blick auf die Korrekturkompetenz des Stiftungsrates bei widerrechtlichen Teilzwecken. Es sprach dem Stiftungsrat selbst in nichtstreitigen Fällen die Kompetenz ab, Zweckänderungen bei einer Familienstiftung selbständig, d.h. ohne Anrufung eines Gerichts, vorzunehmen. Zwar anerkannte das Bundesverwaltungsgericht, dass der Gesetzeswortlaut von [Art. 87 Abs. 2 ZGB](#) nur «*Anstände privatrechtlicher Natur*» – d.h. strittige Fälle – der Kompetenz von Zivilgerichten zuweise.<sup>5</sup> Allerdings bestehe im nichtstreitigen Bereich, wie etwa bei einer vom Stiftungsrat einer Familienstiftung ausgehenden Statutenänderung, eine «*echte Lücke*».<sup>6</sup> Das Bundesverwaltungsgericht verneinte die in der stiftungsrechtlichen Praxis und Lehre vorherrschende Ansicht, wonach der Stiftungsrat in nichtstreitigen Fällen das zuständige Organ für Zweckänderungen sei, da dieser ansonsten ein «*mit dem Stiftungsbegriff unvereinbares Verfügungsrecht über die Stiftung*» erhalten würde.<sup>7</sup> Immerhin beschränkte das Bundesverwaltungsgericht diese zwingende Schlussfolgerung auf Fälle, in denen eine nachträgliche Änderung durch den Stiftungsrat durch die Statuten untersagt ist,<sup>8</sup> und liess ausdrücklich offen, ob allenfalls eine Kompetenz des Stiftungsrats «*für das bloss Wegstreichen eines rechtswidrigen Teilzwecks von untergeordneter Bedeutung angenommen werden*» könne, bei welchem kein Ersatzteilzweck hinzugefügt werde.<sup>9</sup>

---

1 BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 Sachverhaltsabschnitt A.

2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210) i.d.F. vom 1. Januar 2022.

3 Zum Ganzen siehe BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 Sachverhaltsabschnitt A. und B.

4 Zum Ganzen siehe BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021.

5 BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.3 m.w.N.

6 BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.3.

7 BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.3.

8 BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.4, E. 10.3.1.

9 BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.6.

### III. Anmerkungen

#### A. Rechtstatsächlicher Hintergrund

Im Zuge der Bestrebungen der internationalen Gemeinschaft – allen voran der *Groupe d'action financière (GAFI)* –, die Geldwäscherei und die Finanzierung von Terrorismus zu bekämpfen, überprüft diese in regelmässigen Länderprüfungen die Rechtsordnungen einzelner Mitgliedstaaten.<sup>10</sup> Im Kielwasser einer solchen Länderprüfung führte der Schweizer Gesetzgeber am 12. Dezember 2014 auch für die bisher davon ausgenommenen Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen die Pflicht ein, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen.<sup>11</sup> Für bereits bestehende Familienstiftungen bestand eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2020. Während der Gesetzgeber spezifische Bestimmungen zu den von kirchlichen Altstiftungen einzureichenden Dokumenten vorsah, fehlte eine entsprechende Regelung für Familienstiftungen.<sup>12</sup>

#### B. Fallstricke bei der Eintragung vorexistierender Familienstiftungen

##### 1. Ausgangslage

Handelsregisteranmeldungen werden bekanntlich von den kantonalen Handelsregisterämtern zunächst in chronologischer Reihenfolge im Tagebuch eingetragen.<sup>13</sup> Am selben Werktag werden die Einträge dem EHRA zur Prüfung und Genehmigung übermittelt.<sup>14</sup> Dabei umreisst die sog. Kognitionsformel des Bundesgerichts Umfang und Grenzen der Kognition der kantonalen Handelsregisterämter und des EHRA: Während die Handelsregisterbehörden nach [Art. 937 OR](#) die formellen Voraussetzungen für eine Eintragung umfassend prüfen müssen, haben sie sich bezüglich materiell-rechtlicher Fragen auf offensichtliche und unzweideutige Verstös-

**SJZ 118/2022 S. 736, 738**

se gegen Gesetzesbestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, zu beschränken.<sup>15</sup>

Allein: Vor diesem eigentlich klaren Hintergrund hat sich eine Eintragungspraxis der Handelsregisterbehörden<sup>16</sup> im Bereich der Familienstiftungen entwickelt, die eine ganze Reihe von unerwarteten Fallstricken und Überraschungen birgt. Diese haben so manchen Stiftungspraktikern schon «*schlaflose Nächte*»<sup>17</sup> bereitet und sollen nun in geraffter Form diskutiert werden.

<sup>10</sup> Vgl. dazu *FATF*, Topic: Mutual Evaluations, <<https://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/>> (zuletzt besucht am 11.5.2022).

<sup>11</sup> [Art. 52 Abs. 2 ZGB](#) i.d.F. gemäss Ziff. I.1 des Bundesgesetzes vom 12.12.2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der *Groupe d'Action Financière (GAFI)*, in Kraft seit 1.1.2016 (AS 2015 1389; BBl 2014 605); dazu auch *Hans Michael Riemer*, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, [SZW 2016 70 ff.](#)

<sup>12</sup> Kritisch *Riemer* (Fn. 11) 72 f., der zu Recht dafürhält, die für sehr alte kirchliche Stiftungen geltenden Erleichterungen gemäss Art. 6b Abs. 2<sup>bis</sup> Satz 3 Schlusstitel des [ZGB](#) (zit. SchlT [ZGB](#)) sollten auch für sehr alte Familienstiftungen gelten.

<sup>13</sup> Art. 6 und Art. 8 der Handelsregisterverordnung ([HRegV](#)) vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411) i.d.F. vom 1. Januar 2022.

<sup>14</sup> [Art. 31 f. und Art. 33 Abs. 1 HRegV](#).

<sup>15</sup> Zur ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe etwa [BGE 132 III 668 E. 3.1](#); dazu *Rino Siffert*, in: Regina Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Handelsregister*, [Art. 927–943 OR](#), Bern 2021, [Art. 937 OR](#) N 21 ff.

<sup>16</sup> Vgl. die Zusammenfassung der Praxis des EHRA in *Patricia Cartier et al.*, Rückblick auf die Praxis 2019 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2020 110 ff., 114 ff.

<sup>17</sup> So *Harold Grüninger*, Familienstiftungen in der Nachlassplanung, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker*, Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2021, 153 ff., 158.

## 2. Häufige Beanstandungen des Statuteninhalts vorexistierender Familienstiftungen

Im Rahmen der Eintragung vorexistierender Familienstiftungen ins Handelsregister werden die eintragungswilligen, teils schon lange bestehenden Familienstiftungen häufig mit dem Vorwurf konfrontiert, ihr Statuteninhalt sei widerrechtlich und die Stiftung sei nichtig. Beanstandet werden dabei erfahrungsgemäss die folgenden Punkte.

### a. Nichtigkeit als Rechtsfolge von widerrechtlichen Teilzwecken

Zunächst haben sich die Handelsregisterbehörden bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen der Überprüfung der zivilrechtlichen Wirksamkeit von Familienstiftungen verschrieben und beurteilen die Stiftungszwecke der eintragungswilligen Stiftungen. Hierbei werden Stiftungen, die in ihren Gründungsstatuten einen Teilzweck haben, der der heutigen (in ihren Details freilich sehr umstrittenen) Interpretation des [Art. 335 ZGB](#) durch das Bundesgericht widerspricht, häufig in ihrer Gesamtheit für nichtig erklärt. Dies selbst dann, wenn diese Stiftungen zu einer Zeit gegründet wurden, in der die geschilderte Rechtsprechung zu [Art. 335 ZGB](#) noch gar nicht existierte,<sup>18</sup> und auch wenn sie ihren Zweck bereits geändert und angepasst haben. Dieses Vorgehen ist aus mehreren Gründen kritisch zu hinterfragen:

Zunächst beanspruchen die Handelsregisterbehörden volle Kognitionsbefugnis hinsichtlich der Frage, ob der statutarische Stiftungszweck mit [Art. 335 ZGB](#) übereinstimmt und keine reine Unterhalts- oder Genussstiftung vorliegt, welche den Familienangehörigen – ohne an bestimmte Bedarfslagen anzuknüpfen<sup>19</sup> – Vorteile aus dem Stiftungsvermögen zukommen lässt. Schon diese Auffassung ist mehr als zweifelhaft; denn die Frage, ob eine Familienstiftung gegen [Art. 335 ZGB](#) verstösst und damit existiert, kann sehr diffizile zivilrechtliche Auslegungsmomente bergen und ist daher zu Recht dem Zivilrichter vorbehalten.<sup>20</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist indes «*die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht aber wenn sie auf einer ebenfalls vertretbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Zivilgericht überlassen bleiben muss*».<sup>21</sup> Dies muss *a fortiori* gelten, wenn es nicht um die «Neugründung» von Stiftungen, sondern die Eintragung von seit Jahrzehnten unangefochten bestehenden und von anderen, z.B. Steuer- oder Grundbuchbehörden stets anerkannten Stiftungen geht, die nun nachträglich die Eintragung vollziehen müssen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass sich das EHRA in einer EHRA-Mitteilung<sup>22</sup> selbst eine Art «Rechtsgrundlage» für dieses Vorge-

**SJZ 118/2022 S. 736, 739**

hen geschaffen hat.<sup>23</sup> Aber selbst, wenn man den Handelsregisterbehörden die Kognition in diesem Bereich zugestehen und annehmen wollte, dass sie die vollumfängliche Befugnis haben, diese zivilrechtliche Beurteilung vorzunehmen, dann muss diese Beurteilung auch *lege artis* anhand der folgenden stiftungsrechtlichen Auslegungsgrundsätze erfolgen.

<sup>18</sup> Immerhin scheint das EHRA Erleichterungen vorzusehen für altrechtliche Stiftungen, welche vor dem Inkrafttreten des [ZGB](#) am 1.1.1912 unter kantonalem Recht gegründet worden sind (vgl. *Valerio di Sauro et al.*, Rückblick auf die Praxis 2020 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2021 31 ff., 36).

<sup>19</sup> Siehe zu den Voraussetzungen von [Art. 335 ZGB](#) *Dominique Jakob*, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar [ZGB](#), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Basel 2017, [Art. 335 ZGB](#) N 3 ff., insb. N 5 ff.

<sup>20</sup> Statt vieler etwa *Harold Grüniger*, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, [Art. 1–456 ZGB](#), 6. A., Basel 2018, [Art. 87 ZGB](#) N 12, N. 12c, mit dem zutreffenden Hinweis, dass das Gericht lediglich auf Antrag tätig werden kann. Der Hinweis in *Valerio di Sauro et al.* (Fn. 18) 36 Ziff. 6, wonach die Frage, «*[o]b allenfalls anstelle einer gänzlichen Nichtigkeit bloss eine Teilnichtigkeit vorliegt, [...] gerichtlich zu entscheiden [sei], da dem Handelsregisterführer aufgrund seiner beschränkten Kognition keine Entscheidkompetenz zukomm[e]*», ist dabei kein stichhaltiges Argument, da die Handelsregister genau dies tun, wenn sie (trotz fehlender Offenkundigkeit der inhaltlichen Fehler) die Eintragung der Stiftungen verweigern (siehe dazu die nachfolgende Fussnote).

<sup>21</sup> Statt vieler [BGE 132 III 668 E. 3.1](#) m.w.H. (Hervorhebungen der Verfasser).

<sup>22</sup> *Bundesamt für Justiz (BJ)*, Praxismitteilung EHRA 3/15 «Eintragung von kirchlichen Stiftungen und Familienstiftungen im Handelsregister» vom 23. Dezember 2015, 12 Rz. 9; vgl. dazu *Florian Zihler*, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung ([HRegV](#)), Bern 2013, Art. 95 HRgV N 20.

<sup>23</sup> So nochmals ausdrücklich [BGE 120 II 374 E. 4a](#) m.w.H. zur Wirkung von EHRA-Schreiben im Stiftungskontext, die die Bestimmungen des materiellen Rechts nicht einschränken können. Dies gilt erst recht für eine einfache Grafik wie jene in *Valerio di Sauro et al.* (Fn. 18) 36.



Bei der Auslegung von Stiftungsstatuten ist zu beachten, dass diese nach dem Stifterwillen und besonderen stiftungsspezifischen Regeln zu erfolgen hat (sog. Willensprinzip).<sup>24</sup> Ausgangspunkt ist hier, dass die Stifter wirksame Familienstiftungen gründen wollten und die statutarischen Stiftungszwecke i.d.R. anders formuliert hätten, wenn sie gewusst hätten, in welche Richtung sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickeln würde. Dies muss bei der Auslegung berücksichtigt werden. So lässt sich z.B. der (Teil-)Zweck, «Erholungskuren» zu ermöglichen, durchaus so auslegen und handhaben, dass er mit [Art. 335 ZGB](#) kompatibel ist, indem er nämlich auf Krankheitsfälle bezogen und damit als zulässige Unterstützungsleistung qualifiziert wird.<sup>25</sup> Natürlich macht es Sinn, dass eine solche Bestimmung für die Zukunft «gerade gezogen» wird (was viele Stiftungen durch Statutenanpassungen auch eigenständig getan haben), aber es kann nicht sein, dass eine Bestimmung, die *rechtskonform ausgelegt werden kann*, zur Nichtigkeit einer seit Jahrzehnten bestehenden Stiftung führen darf. Für diesen Befund spricht auch der allgemeine Grundsatz der Auslegung *in favorem validitatis*, wonach bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen jenes zu favorisieren ist, welches die Gültigkeit eines Rechts- resp. Stiftungsgeschäfts zum Ergebnis hat.<sup>26</sup>

Schliesslich: Im Falle eines möglicherweise widerrechtlichen *Teilzwecks* ist der Grundsatz der *Teilnichtigkeit* zu beachten, der in aller Regel lediglich zur Nichtigkeit des Teilzwecks, nicht aber der ganzen Stiftung führt.<sup>27</sup> Dies fliesst – wie das soeben geschilderte Prinzip des *favor negotii* oder, im Stiftungsrecht, des *favor foundationis* – aus dem allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzip. So gilt der in [Art. 20 Abs. 2 OR](#)<sup>28</sup> enthaltene Grundsatz, wonach bloss einzelne Teile eines Vertrages nichtig sind, wenn nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre, nach einhelliger Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für Stiftungen.<sup>29</sup> Für die Annahme der Teilnichtigkeit ist notwendig, dass die nichtigen Zweckteile vom übrigen Zweck abgetrennt werden können und dass die Stifterin die Stiftung auch ohne den nichtigen Teil errichtet hätte.<sup>30</sup> Sofern – und dies ist im Regelfall zu unterstellen – davon ausgegangen werden kann, dass die Stifterin von heiklen Zweckteilen abgesehen oder diese anders formuliert hätte, hätte sie von der heutigen Auslegung Kenntnis gehabt, besteht mithin kein Anlass, die Stiftung als solche für nichtig zu erklären und ihre Eintragung zu verweigern. Des Weiteren liegt die Beweislast bei demjenigen, der behauptet, ein Rechtsgeschäft wäre ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden.<sup>31</sup> Auch die korrekte Handhabung dieses Grundsatzes gehört also zu einer *lege artis* durchgeführten Überprüfung der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Stiftung.

**SJZ 118/2022 S. 736, 740**

- 
- <sup>24</sup> Siehe KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 80 ZGB](#) N 19 ff. m.w.N., u.a. mit Hinweis auf die Ermittlung des hypothetischen Stifterwillens bei veränderten Umständen (N 23a) und den Gebrauch der «Aedeutungstheorie» (N 21 f.); vgl. zum Stifterwillen und dessen Auslegung auch [Lukas von Orelli](#), Zur Auslegung des Stifterwillens, Basel 2019, *passim*.
- <sup>25</sup> Dabei ist zu betonen, dass aufgrund der erheblichen Meinungsdivergenz gegenüber der Einschränkung der zulässigen Zwecke durch die Rechtsprechung die Zweckmerkmale *in sich* nicht auch noch restriktiv interpretiert werden sollten (KUKO [ZGB-Jakob](#) [Fn. 19] [Art. 335 ZGB](#) N 4 und N 9 m.w.H.).
- <sup>26</sup> Siehe nur [von Orelli](#) (Fn. 24) 85 m.w.N.; verschiedene Konstellationen diskutierend, aber wohl ebenfalls von der grundsätzlichen Möglichkeit einer solchen Auslegung ausgehend [Hans Michael Riemer](#), in: Regina Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen: [Art. 80–89c ZGB](#), 2. A., Bern 2020, [Art. 80 ZGB](#) N 56, der einer Rettung durch Auslegung nur bei allzu weit gehaltenen Stiftungszwecken kritisch gegenübersteht.
- <sup>27</sup> Vgl. im Kontext des Vertragsrechts [Felix Dasser](#), in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar, [OR](#), Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016, [Art. 20 OR](#) N 21; siehe auch EGMR Nr. 48 848/07 vom 11.10.2011, Association Rhino et autres c. Suisse, in welchem der EGMR ein Bundesgerichtsurteil für [EMRK](#)-widrig befand, in welchem ein Verein aufgrund seiner Zweckverfolgung für nichtig erklärt worden war.
- <sup>28</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) ([OR](#)) vom 30. März 1911 (SR 220).
- <sup>29</sup> BGE 73 II 81 E. 7 sowie stellvertretend BSK [ZGB I-Grüninger](#) (Fn. 20) [Art. 335 ZGB](#) N 13; [Claire Huguenin/Christophe Peter Reitze](#), in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, [Art. 1–456 ZGB](#), 6. A., Basel 2018, [Art. 52 ZGB](#) N 17; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 52 ZGB](#) N 7; [Julia Xoudis](#), in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Commentaire, Basel 2010, [Art. 52 ZGB](#) N 18.
- <sup>30</sup> Statt vieler BSK [ZGB I-Grüninger](#) (Fn. 20) [Art. 335 ZGB](#) N 7, N 13; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 335 ZGB](#) N 11; [Denis Piotet](#), in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Commentaire, Basel 2010, [Art. 335 ZGB](#) N 11.
- <sup>31</sup> Siehe nur [Barbara Meise/Claire Huguenin](#), in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, [Art. 1–529 OR](#), 7. A., Basel 2019, Art. 19/20 [OR](#) N 63 ff.; [Ahmet Kut](#), in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 19/20 [OR](#) N 50; BGer [4C.156/2006](#) vom 17.8.2006 E. 3.2.

## b. Keine «Konversion» durch den Stiftungsrat

Aus Sicht der betroffenen Familienstiftungen wird die aus der dargestellten Praxis fließende Lage dadurch verschlimmert, dass die Handelsregisterbehörden sich derzeit ausschliesslich an den Gründungsurkunden orientieren wollen und allfällige, bereits erfolgte Statutenanpassungen ignorieren bzw. für unwirksam erklären.<sup>32</sup> Eine «Konversion» einer nichtigen in eine zulässige Familienstiftung sei ohne Mitwirkung des Gerichtes nicht zulässig.<sup>33</sup> Diese Ansicht wird auf eine Interpretation von [BGE 93 II 439](#) gestützt, welche kaum mit dessen Wortlaut zu vereinbaren ist: So hatte das Bundesgericht dort von Amtes wegen die Konversion einer ungültigen Familienstiftung in eine gewöhnliche Stiftung vorgenommen, sich aber *mit keinem Wort* zur Möglichkeit einer selbständigen Korrektur *durch den Stiftungsrat* geäußert,<sup>34</sup> weshalb der Entscheid auch kaum als Präjudiz zur Frage der Statutenanpassung von Familienstiftungen herangezogen werden kann. Eine (selbständige)<sup>35</sup> Korrekturmöglichkeit muss erst recht bejaht werden, wenn es sich rechtlich um (potenziell) nichtige *Teilzwecke* handelt, es also *per se* gar nicht um eine «Umwandlung» einer nichtigen in eine bestehende Stiftung gehen kann.<sup>36</sup>

## c. Rückfallklauseln

Des Weiteren lautet eine jüngst immer wieder festzustellende Beanstandung, die in der Praxis übliche Klausel, welche die Vermögensverwendung im Falle der Stiftungsauflösung regelt und für diesen Fall eine Anfallberechtigung der Stifterin oder (üblicherweise) ihrer Rechtsnachfolger vorsieht, sei unzulässig und führe zur Nichtigkeit der Stiftung.<sup>37</sup> Diese Auffassung wird mit einem knappen Hinweis auf die «*Parlamentarische Initiative Schiesser*» begründet.<sup>38</sup> So sei die Einführung einer solchen Rückfallmöglichkeit im Rahmen der parlamentarischen Diskussionen diskutiert und verworfen worden, weshalb von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen sei und Stiftungen mit entsprechenden Klauseln nichtig seien.<sup>39</sup> Doch beruht diese Ansicht auf einem grundlegenden Missverständnis: So ging es in den parlamentarischen Debatten damals einzig und alleine um die – dogmatisch von einer Letztbegünstigung im Falle der Auflösung abzugrenzende – Frage, ob der Stifterin die Möglichkeit eingeräumt werden solle, sich ein lebzeitiges «Rückholrecht» im Sinne eines Stifterrechts des heutigen (freilich auf Änderungsvorbehalte beschränkten) [Art. 86a ZGB](#) vorzubehalten.<sup>40</sup> Ein solch

---

<sup>32</sup> Vgl. *Valerio di Sauro et al.* (Fn. 18) 36; kritisch hierzu bereits *Dominique Jakob*, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), in: Jusletter vom 20.4.2020, Rz. 55.

<sup>33</sup> *Cartier et al.* (Fn. 16) 114 f.

<sup>34</sup> Vgl. [BGE 93 II 439 E. 5](#). Zu beachten ist zudem, dass eine Konversion gemäss dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann angezeigt ist, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines *anderen* Geschäftes entspricht, das einen ähnlichen Zweck und Erfolg hat wie mit dem nichtigen erstrebt, und anzunehmen ist, die handelnden Personen hätten bei Kenntnis der Nichtigkeit ihres Geschäftes das *andere* Geschäft gewollt (vgl. nochmals [BGE 93 II 439 E. 5 f.](#), in welchem eine nichtige Familienstiftung in eine *klassische* Stiftung zum Erhalt einer Burg umgewandelt wurde). Bei einer so verstandenen «Konversion» kann es also *per se* nicht um die Korrektur einer *nichtigen Familienstiftung* in eine *gültige Familienstiftung* gehen, da es sich hierbei um *dasselbe* Rechtsgeschäft handelt (oder es handelt sich eben um keine Konversion). Auch insoweit geht die Meinung des EHRA also fehl.

<sup>35</sup> Siehe dazu hinten II.C.2.

<sup>36</sup> Vgl. dazu soeben II.B.2.a.

<sup>37</sup> *Cartier et al.* (Fn. 16) 117.

<sup>38</sup> Vgl. ehemaliger *Ständerat Fritz Schiesser*, Parlamentarische Initiative (00.461) «Revision des Stiftungsrechtes» vom 14.12.2000, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20000461>> (zuletzt besucht am 11.5.2022).

<sup>39</sup> *Cartier et al.* (Fn. 16) 117.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 88 Abs. 3 des Entwurfes der Parlamentarischen Initiative im Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) vom 3. Mai 2001, <[https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2000/Kommissionsbericht\\_WAK-S\\_00.461\\_2001-05-03.pdf](https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2000/Kommissionsbericht_WAK-S_00.461_2001-05-03.pdf)> (zuletzt besucht am 11.5.2022) 2: «Die Stiftung wird auf Antrag des Stifters oder aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Stifters von Amtes wegen durch Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde aufgehoben, wenn der Stifter den Widerruf des Stiftungsgeschäftes in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat.» (Hervorhebung der Verfasser); vgl. zum Verzicht auf diese Klausel etwa WAK-S, Bericht zur Parlamentarischen Initiative «Revision des Stiftungsrechtes» vom 23. Oktober 2003, BBl 2003 8153, 8160: «[Weiter befasste sich die WAK-S mit der] Idee der Einführung einer Rückübertragungsmöglichkeit. Damit hätte der Stifter nach einer gewissen Zeit den eingebrachten Betrag oder Teile davon wieder zurückfordern können, sofern er einen entsprechenden Vorbehalt bei der Errichtung der Stiftung angebracht hätte. Der Rückübertragungsvorbehalt hätte den Stiftern eine Art Gewissheit geben sollen, im schlimmsten Fall noch eine «Rückversicherung» zu haben sollten sie durch unglückliche Umstände je in eine finanzielle Notlage geraten.» (Hervorhebung der Verfasser); vgl. auch *Ständerat Franz Wicki*, Votum Sommersession

autonomes *Widerrufsrecht*, welches aus dem liechtensteinischen Stiftungsrecht bekannt ist,<sup>41</sup> hätte aber eine Durchbrechung des stiftungsrechtlichen Trennungsprinzips bedeutet und den Wesenskern der Stiftung ausgehöhlt, da die Stiftung der Stifterin zur Disposition

#### SJZ 118/2022 S. 736, 741

gestellt worden wäre. Aus diesem Grund wurde dieser Vorstoss in den parlamentarischen Debatten verworfen.<sup>42</sup> Dies hat mit der Regelung einer Vermögensverwendung bei *Auflösung* einer Stiftung, wie sie [Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) ausdrücklich gesetzlich vorsieht, indes gar nichts zu tun und darf keinesfalls in ein allgemeines Verbot von Vermögensverwendungsklauseln bei Stiftungsaufösungen gemäss [Art. 88 und Art. 89 ZGB](#) umgedeutet werden.<sup>43</sup> Bei gemeinnützigen Stiftungen, welche die Steuerbefreiung geniessen, wäre eine Klausel, die die Stifternachkommen als Anfallberechtigte einsetzt, der Steuerbefreiung abträglich, weil das Vermögen nicht aus der gemeinnützigen Bindung entzogen werden darf. Aus diesem Grund sind solche Klauseln bei *gemeinnützigen* Stiftungen in der Tat aus *steuerrechtlicher* Sicht verpönt. Bei Familienstiftungen sind sie jedoch ohne Frage zulässig und die i.d.R. einzig sinnvollen Standardklauseln einer Grosszahl der Schweizer Familienstiftungen.

Weiter ist auch in dieser Konstellation, selbst wenn man die Widerrechtlichkeit der Anfallklausel annehmen würde, der automatische Schluss von einer als widerrechtlich erachteten Klausel auf die volle Nichtigkeit der Stiftung mit Nachdruck zu hinterfragen.<sup>44</sup> So gebietet es das Verhältnismässigkeitsprinzip auch hier, zunächst über mildere Mittel nachzudenken, Teilnichtigkeit lediglich dieser Klausel anzunehmen oder dem Stiftungsrat zumindest die Möglichkeit einzuräumen, die Stiftungsstatuten gemäss dem hypothetischen Willen der Stifterin an die neue (und durchaus überraschende) Handelsregisterpraxis anzupassen.

### 3. Vermögensverwendung bei festgestellter (Voll-)Nichtigkeit

Vor dem Hintergrund der Praxis des Handelsregisters setzen sich Familienstiftungen, Stiftungsbeteiligte oder ihre Berater zunehmend mit den potenziellen pekuniären Konsequenzen einer möglicherweise drohenden Nichtigkeit der Familienstiftung auseinander.

Nach der (zwar älteren, aber nach wie vor geltenden) Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>45</sup> und der ganz herrschenden Lehre greift [Art. 57 Abs. 3 ZGB](#) bei einem Verstoss gegen [Art. 335 Abs. 1 ZGB](#) nicht. Anders als möglicherweise bei den Körperschaften des [OR](#)<sup>46</sup> fällt das Vermögen bei Nichtigkeit des Stiftungsgeschäfts grundsätzlich zurück an die Stifterin oder an ihre Erben.<sup>47</sup> Anders gewendet: Das

---

vom 8. Juni 2001, AB 2001 S 260: «wenn es in Zukunft möglich wäre, die in die Stiftung eingebrachten Vermögenswerte aufgrund eines Widerrufs wieder auf die Stifter zurück zu übertragen» (Hervorhebung der Verfasser); vgl. weiter *Ständerat Franz Wicki*, Votum Wintersession vom 18. Dezember 2003, AB 2003 S 1215 f., 1216: «auch ein Rückübertragungsrecht vorgeschlagen [...]. Damit hätte der Stifter nach einer gewissen Zeit den eingebrachten Betrag oder Teile davon wieder zurückfordern können, sofern er bei der Errichtung der Stiftung einen entsprechenden Vorbehalt angebracht hätte.»; *Ständerat Hans Hofmann*, Votum Wintersession vom 18. Dezember 2003, AB 2003 S 1219: «Rücküberführbarkeit»; *Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer*, Votum Sommersession vom 17. Juni 2004, AB 2004 N 1174 f., 1175: «[...] vorgesehen, dass ein Stifter oder eine Stifterin sich die Stiftung wieder zurückübertragen kann.»

<sup>41</sup> Siehe *Dominique Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung, Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, Schaan 2009, 99 ff., 101 ff., 119 ff.; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 86a ZGB](#) N 1 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *WAK-S* (Fn. 40) 8160; ehemaliger *Ständerat Franz Wicki* (Fn. 40) 1216; ehemaliger *Ständerat Hans Hofmann* (Fn. 40) insb. 1218.

<sup>43</sup> So aber scheinbar *Cartier et al.* (Fn. 16) 117.

<sup>44</sup> Siehe bereits vorne II.B.2.a.

<sup>45</sup> Vgl. [BGE 93 II 439 E. 3b](#); [BGE 75 II 26 E. 5](#); wohl am deutlichsten [BGE 73 II 81 E. 8](#): «Was die Klägerin der Stiftung zugewendet hat, fällt an sie zurück. Die betreffenden Vermögenswerte sind in ihrem Eigentum geblieben, da ein Übergang auf die nicht zu Recht bestehende Stiftung nicht rechtswirksam erfolgen konnte. Bei einer Familienstiftung kommt nicht etwa Anfall an das Gemeinwesen nach [Art. 57 Abs. 3 ZGB](#) in Frage. [...] Eine Konfiskation nach [Art. 57 Abs. 3](#) könnte nur eintreten, wenn unter der Benennung als Familienstiftung familienfremde Zwecke verfolgt würden, die sich nicht nur als ausserhalb des [Art. 335 Abs. 1](#) liegend, sondern in allgemeinerem Sinn als widerrechtlich oder unsittlich erwiesen.» (Hervorhebung der Verfasser); aus der kantonalen Praxis siehe etwa *KGer GR ZF 67/90* vom 19.11.1990 E. 4a, in: [PKG 1990 Nr. 1, 9 ff.](#), 9.

<sup>46</sup> Vgl. die im sehr spezifischen und nicht auf [Art. 335 ZGB](#) übertragbaren Kontext von Umgehungsgeschäften des Bewilligungsgesetzes (*Lex Koller*) ergangenen [BGE 115 II 408](#); [BGE 112 II 1](#); vgl. die Ausführungen in *Rolf Weber*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Juristische Personen, Basel/Genf/München 1998, 202 ff., 210.

<sup>47</sup> Vgl. die umfangreichen Hinweise in BK [ZGB-Riemer](#) (Fn. 26) Systematischer Teil N 245, N 268, [Art. 88/89 ZGB](#) N 123; ferner *Martin Eisenring*, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, [Art. 88/89 ZGB](#) N 6



Vermögen einer wegen Verstoss gegen [Art. 335 ZGB](#) aufzuhebenden Familienstiftung ist in den Nachfolgekreislauf der ursprünglichen Stifterin zu überführen. Auch in diesem Zusammenhang überrascht die soeben erläuterte Praxis der Registerbehörden, welche entsprechende Anordnungen gerade als

**SJZ 118/2022 S. 736, 742**

Nichtigkeitsgrund ansehen und hierbei die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu negieren scheinen.<sup>48</sup>

## C. Statutenänderungen bei Familienstiftungen

Das vor dem Hintergrund der eben geschilderten Registerpraxis ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beschäftigt sich im Schwerpunkt mit einer der vorne dargestellten Fragen: Können Familienstiftungen ihre Statuten (etwa zur Anpassung für die Eintragung) ändern und wer ist bei der Familienstiftung für die Statutenänderung zuständig?

### 1. Ausgangspunkt: Prinzipielle Zulässigkeit von Zweckänderungen bei Familienstiftungen

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Zweckänderungen bei Familienstiftung wurde zwar in der älteren Lehre vereinzelt hinterfragt,<sup>49</sup> ist mittlerweile indessen von der einhelligen Lehre und Rechtsprechung anerkannt.<sup>50</sup> Zu Recht war sie auch im vorliegenden Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht strittig.

### 2. Stein des Anstosses: Eigenständige Korrekturkompetenz des obersten Stiftungsorgans oder zwingender Gang über die freiwillige Gerichtsbarkeit?

Uneinigkeit besteht vielmehr dahingehend, in wessen Kompetenz allfällige Zweckänderungen bei Familienstiftungen richtigerweise fallen.<sup>51</sup> Im dem vorliegenden Urteil zugrunde liegenden Fall hatte der Stiftungsrat nämlich (so wie unzählige Stiftungsräte anderer Familienstiftungen es jahrzehntelang getan haben) den Stiftungszweck selbständig angepasst, um diesen in Einklang mit der *nach* Stiftungerrichtung

---

f.; BSK [ZGB I-Grüninger](#) (Fn. 20) [Art. 335 ZGB](#) N 13; *Daniel Leu/Daniel Gabrieli*, Statutenänderungen bei Familienstiftungen, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker*, Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2021, 277 ff., 283; *Stefan Oesterhelt/Andrea Opel*, Statuswechsel von Liechtensteinischen Familienstiftungen, Wechsel zwischen transparenter und intransparenter Besteuerung, EF 2021 487 ff., 492 f.; i.E. auch CR CC I/Piotet (Fn. 30) [Art. 335 ZGB](#) N 13 ff.; *Thomas Sprecher/Ulysses von Salis-Lütolf*, Die schweizerische Stiftung, Ein Leitfaden, Zürich 1999, Frage 237; *Parisima Vez*, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Commentaire romand, Code civil I*, Art. 1–359 CC, Commentaire, Basel 2010, Art. 88/89 [ZGB](#) N 35; *Weber* (Fn. 46) 209; in der älteren Literatur *Max Gmür/Ernst Hafter*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Personenrecht: [Art. 11–89 ZGB](#), 2. A., Bern 1919, [Art. 57 ZGB](#) N 18; in eine ähnliche Richtung deuten auch die Materialien zum [ZGB](#): Art. 61 Abs. 3 des Entwurfes von 1904, BBl 1904 IV 1; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, 20: «*Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichem oder widerrechtlichem Zweck erlangen überhaupt keine Persönlichkeit (Art. 61, Abs. 3), so daß diese Vorschriften betreffend die Vermögensverwendung auf sie nicht anwendbar sind, im Gegensatz zu dem Falle wo eine juristische Person nach rechtskräftigem Entstehen wegen unsittlichem oder rechtswidrigem Zweck aufgehoben werden muß*» (dazu *Hans Michael Riemer*, in: Heinz Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Die juristischen Personen, 1. Teilbd.: Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu [Art. 52–59 ZGB](#), Bern 1993, [Art. 52 ZGB](#) N 29 mit Hinweis auf die Auffassung von *Eugen Huber* sowie Art. 57/58 [ZGB](#) N 19 ff.).

<sup>48</sup> So scheinbar *Cartier et al.* (Fn. 16) 117.

<sup>49</sup> Vgl. dazu BK [ZGB-Gmür/Hafter](#) (Fn. 47) [Art. 87 ZGB](#) N 11 f. sowie die weiterführenden Hinweise in *Leu/Gabrieli* (Fn. 47) 287, insb. Fn. 38.

<sup>50</sup> Eine Anpassungsmöglichkeit bejahen *Grüninger* (Fn. 17) 159 ff.; BSK [ZGB I-Grüninger](#) (Fn. 20) [Art. 87 ZGB](#) N 13; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 87 ZGB](#) N 8; CR CC I-Vez (Fn. 47) [Art. 87 ZGB](#) N 17, die letzteren zwei Kommentatoren mit Hinweis darauf, dass die *inhaltlichen* Kriterien von [Art. 85 ff. ZGB](#) zur Anwendung gelangen sollten; BK [ZGB-Riemer](#) (Fn. 26) Systematischer Teil N 198; vgl. ferner die Hinweise in *Leu/Gabrieli* (Fn. 47) 287, zur dies ebenfalls bejahenden kantonalen Rechtsprechung. Dies geht einher mit der Feststellung, dass auch im Auflösungsverfahren die Zweckumwandlung als milderer Mittel einer Auflösung vorzugehen hat (vgl. KUKO [ZGB-Jakob](#) [Fn. 19] Art. 88/89 [ZGB](#) N 3; so auch BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 8.1; [BGE 133 III 167 E. 3.1](#)).

<sup>51</sup> BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.2 f.; zu dieser Frage auch *Grüninger* (Fn. 17) 159 ff.; *Dominique Jakob/Renata Trajkova*, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht/Le point sur le droit des associations et fondations, [SJZ 2021 965 ff.](#), 968 f.; *Leu/Gabrieli* (Fn. 47) 289 f.; BK [ZGB-Riemer](#) (Fn. 26) Systematischer Teil N 199 ff.





ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bringen, was indessen vom EHRA (entlang der vorne dargestellten Praxis) nicht akzeptiert wurde.<sup>52</sup>

Die geschilderte Vorgehensweise des Stiftungsrats entspricht der bisher gelebten Stiftungspraxis und der herrschenden Lehre, wonach die Organe von Familienstiftungen im nichtstreitigen Bereich dafür zuständig sind, sämtliche zweckkonformen und -mässigen Dispositionen zu treffen, weil Familienstiftungen gemäss [Art. 87 ZGB](#) keiner staatlichen Aufsichtsbehörde unterstehen.<sup>53</sup> *Telos* dieser prinzipiell aufsichtsfreien Handlungsbefugnis ist, dass aufgrund des engen familiären Bezugs primär die Familie selbst für den Schutz der Stiftung verantwortlich zeichnet.<sup>54</sup> Nach herrschender Auffassung gilt dies auch für Umstrukturierungen.<sup>55</sup> Dementsprechend muss es den Organen möglich sein, die Stiftung unter Anwendung ordnungsgemässen Ermessens<sup>56</sup> und unter Befolgung der gesetzlichen und statutarischen Vorgaben – wozu auch die inhaltlichen Kriterien von [Art. 85 ff. ZGB](#) zählen – an die Entwicklungen und Gegebenheiten anzupassen.<sup>57</sup> Das Gericht muss erst bei einer allfälligen Gegenwehr durch einen Stiftungsbeteiligten und nicht bereits im Vorfeld einer Statutenanpassung involviert werden, da Letzteres zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen laufenden gerichtlichen Aufsicht über die Familienstiftungen führen würde.<sup>58</sup> Im

**SJZ 118/2022 S. 736, 743**

Ergebnis muss es daher zulässig sein, dass die Stiftungsorgane die ursprünglichen Statuten nicht nur an eine sonstige Änderung der Verhältnisse, sondern *a fortiori* auch an die geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts anpassen, wenn hierbei die stiftungsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden und niemand gerichtlich dagegen opponiert.<sup>59</sup>

### 3. Ansicht von Handelsregister und Bundesverwaltungsgericht

Überraschenderweise vertreten die Schweizer Handelsregisterbehörden (siehe vorne) und diesen folgend nun auch das Bundesverwaltungsgericht zu dieser (rein zivilrechtlichen) Frage eine andere Auffassung, welche Familienstiftungen *de facto* eine staatliche Aufsicht bei Umwandlungen aufoktroiert. Das Gesetz weise in [Art. 87 Abs. 2 ZGB](#) zwar nur streitige Sachverhalte der gerichtlichen Zuständigkeit zu, enthalte mit Blick auf nicht streitige Fälle aber keine Vorgaben. Somit sei von einer «echten Gesetzeslücke» auszugehen, die richterrechtlich nach [Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB](#) zu schliessen sei. Bereits diese fragwürdige Ausgangsthese übersieht indes, dass der Gesetzgeber Familienstiftungen bewusst von einer laufenden Gerichtsaufsicht ausgenommen und ausschliesslich *Auflösungsentscheide* nach [Art. 88 Abs. 2 ZGB](#) der originären gerichtlichen Zuständigkeit zugewiesen hat.<sup>60</sup>

Begründet wird diese *praeter legem* hergeleitete gerichtliche Aufsicht mit einem vorgeblichen Schutzdefizit der Familienstiftung bei einer selbständigen Zweckanpassung durch den Stiftungsrat. So bestehe ohne eine staatliche Aufsicht keine Gewähr für die Einhaltung der materiellen Voraussetzungen einer Anpassung und es würde dem Stiftungsrat «*ein mit dem Stiftungsbegriff unvereinbares Verfügungsrecht über die Stiftung*»

<sup>52</sup> BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.1.

<sup>53</sup> Dazu BSK [ZGB I-Grüniger](#) (Fn. 20) [Art. 87 ZGB](#) N 13; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 87 ZGB](#) N 5; CR CC I-Vez (Fn. 47) [Art. 87 ZGB](#) N 7.

<sup>54</sup> KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 87 ZGB](#) N 6, m.w.N. auf andere Begründungsansätze.

<sup>55</sup> BSK [ZGB I-Grüniger](#) (Fn. 20) [Art. 87 ZGB](#) N 13; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 87 ZGB](#) N 5; CR CC I-Vez (Fn. 47) [Art. 87 ZGB](#) N 18; *Parisima Vez*, La fondation: lacunes et droit désirable, Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, Bern 2004, Rz. 898 ff.; in der älteren Literatur ebenfalls wie die heutige h.L. etwa BK [ZGB-Gmür/Hafter](#) (Fn. 47) [Art. 87 ZGB](#) N 11; *August Egger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Personenrecht, Bd. II/1, Zürich 1914, [Art. 335 Ziff. 2 lit. c ZGB](#); *August Egger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung, Personenrecht, [Art. 1–89 ZGB](#), 2. A., Zürich 1930, [Art. 86 ZGB](#) N 2, [Art. 87 ZGB](#) N 6; *August Egger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II: Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, [Art. 252–359 ZGB](#), 2. A., Zürich 1943, [Art. 335 ZGB](#) N 17; a.A. BK [ZGB-Riemer](#) (Fn. 26) Systematischer Teil N 204.

<sup>56</sup> Siehe zu den Kriterien einer ordnungsgemässen Ermessensausübung KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 83 ZGB](#) N 12 ff.

<sup>57</sup> BSK [ZGB I-Grüniger](#) (Fn. 20) [Art. 87 ZGB](#) N 13; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 87 ZGB](#) N 8; Vez (Fn. 55) Rz. 898 ff.

<sup>58</sup> BSK [ZGB I-Grüniger](#) (Fn. 20) [Art. 87 ZGB](#) N 17; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 87 ZGB](#) N 8; a.A. BK [ZGB-Riemer](#) (Fn. 26) Systematischer Teil N 204, der aber in *Hans Michael Riemer*, Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht ([Art. 60–89bis ZGB](#)), mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen ([Art. 52–59 ZGB](#)), Bern 2012, [Art. 87 ZGB](#) N 13, selbst einräumt, dass dies die in der Schweiz gelebte Praxis darstellt.

<sup>59</sup> So bereits *Jakob* (Fn. 32) Rz. 55.

<sup>60</sup> So bereits die Kritik in *Jakob/Trajkova* (Fn. 51) 968 f.

eingerräumt.<sup>61</sup> Weil Gerichte bereits in strittigen Fällen als punktuelle Aufsichtsbehörde fungierten (und die Kontrolle von Notariaten auf eine formelle Prüfung beschränkt sei)<sup>62</sup>, seien sie auch in nichtstreitigen Verfahren zuständig.<sup>63</sup> Diese Argumente (und vor allem der Hinweis auf den Stiftungsbegriff<sup>64</sup>) verkennen freilich die Natur der Familienstiftung und deren grundlegende gesetzliche *Governance*-Konzeption mit einer punktuellen, von Stiftungsbeteiligten in einem streitigen Verfahren geltend zu machender Aufsicht der Gerichte.<sup>65</sup> Und so scheint sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Unterstützung des EHRA bei näherer Hinsicht auch nicht gänzlich sicher gewesen zu sein. Hiervon zeugt nicht zuletzt, dass es seine Argumentation zum einen nachträglich durch eine Klausel in den konkret zu beurteilenden Stiftungsstatuten zu stützen sucht, wonach Statutenänderungen nach dem Ableben der Stifterin ausgeschlossen sein sollten.<sup>66</sup> «*Jedenfalls dann [sei] zwingend das Gericht zuständig*», so das Bundesverwaltungsgericht, womit die Bedeutung des Urteils für die überwiegende Zahl der Stiftungen *ohne* eine solche Klausel eingeschränkt wird.<sup>67</sup> Zudem lässt das Gericht offen, ob das «*blasse Wegstreichen*» problematischer Klauseln durch den Stiftungsrat gleichwohl möglich bleibe,<sup>68</sup> ohne eine Erklärung zu liefern, inwiefern sich ein solcher Sachverhalt dogmatisch von einer Zweckänderung zur Erhaltung der Stiftung unterscheiden würde.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass der vorgängige Gang zur freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Statutenänderungen u.E. auf der Basis des geltenden Stiftungsrechts nicht angezeigt ist. Aus rein praktischer Sicht mag ein solches Vorgehen in Anbetracht der – nunmehr vom Bundesverwaltungsgericht gestützten – Ansicht der Handelsregisterbehörden derzeit aber wohl ratsam sein.<sup>69</sup> Diesem kommt (neben dem allgemeinen Vorsichtsprinzip) immerhin zugute, dass es das Risiko der Stiftungsratsmitglieder vermindert, sich bei einer allfälligen erfolgreichen Anfechtung der Statutenänderung dem Vorwurf pflichtwidriger Ausschüttungen auszusetzen.<sup>70</sup>

SJZ 118/2022 S. 736, 744

## IV. Ausblick und Desiderat

Eine alte, vom US-Bundesrichter *Oliver Wendell Holmes Jr.* zur Bekanntheit gebrachte *Maxime* lautet: «*hard cases make bad law*».<sup>71</sup> Im Kontext der Eintragung von Familienstiftungen trifft der Gedanke ebenfalls zu, wenngleich unter umgekehrten Vorzeichen: Indem es der Schweizer Gesetzgeber bei dem relativ unvermittelt vollzogenen Paradigmenwechsel<sup>72</sup> zur Eintragungspflicht verpasst hat, eine Möglichkeit für Familienstiftungen vorzusehen, sich für die über 100 Jahre nach Inkrafttreten des ZGB eingeführte Eintragung vorzubereiten und ihre Statuten an die nach ihrer Gründung ergangene Rechtsprechung anzupassen,<sup>73</sup> hat er überhaupt erst die Ausgangslage für den vorliegend besprochenen, sowohl rechtsdogmatisch als auch stiftungspraktisch unbefriedigenden Entscheid geschaffen.

- 
- <sup>61</sup> BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.3 mit Hinweis auf BK [ZGB-Riemer](#) (Fn. 26) Systematischer Teil N 204 m.w.N.
- <sup>62</sup> Siehe diese Überlegung in *Leu/Gabrieli* (Fn. 47) 290, mit Hinweis auf einen einzelrichterlichen Entscheid des BezGer ZH vom 21.9.1983, in: [SJZ 1984 147 ff.](#) Dieser Gedanke schwingt auch in BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.3 mit, in welchem das BVGer davon spricht, das Risiko eines mit dem Stiftungsbegriff unvereinbaren Verfügungsrechts gelte unabhängig von einer allfälligen öffentlichen Beurkundung.
- <sup>63</sup> BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.3 mit Hinweis auf BK [ZGB-Riemer](#) (Fn. 26) Systematischer Teil N 204 m.w.N.
- <sup>64</sup> Vgl. dazu eingehend *Dominique Jakob*, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachen zum Schweizerischen Juristentag 2013 ZSR 2013 185 ff., 250 ff., 329 ff.
- <sup>65</sup> Vgl. zu dieser grundlegenden Konzeption BSK [ZGB I-Grüniger](#) (Fn. 20) [Art. 87 ZGB](#) N 13 f.; KUKO [ZGB-Jakob](#) (Fn. 19) [Art. 87 ZGB](#) N 8.
- <sup>66</sup> BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.4, E. 10.3.1.
- <sup>67</sup> BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.4, E. 10.3.1.
- <sup>68</sup> BVGer [B-951/2020](#) vom 16.8.2021 E. 9.6.
- <sup>69</sup> Wie hier *Grüniger* (Fn. 17) 161; im Ergebnis auch *Leu/Gabrieli* (Fn. 47) 289 ff.
- <sup>70</sup> *Leu/Gabrieli* (Fn. 47) 291.
- <sup>71</sup> Die *Maxime* scheint älteren Ursprungs zu sein, ist aber seit der Verwendung durch *Holmes* in *Northern Securities Co. v. United States* (1904) zu breiter Bekanntheit gelangt.
- <sup>72</sup> Siehe hierzu *Dominique Jakob/Goran Studen*, Swiss family foundations and the new registration requirement – paper tiger or paradigm shift?, *Trusts & Trustees* 2016 707 ff.
- <sup>73</sup> Siehe immerhin die bereits erwähnten Vereinfachungen für kirchliche Stiftungen in Art. 6b Abs. 2<sup>bis</sup> Satz 3 SchIT [ZGB](#).



Es ist im Prinzip eine erfreuliche Sache, wenn die Handelsregisterbehörden ihren Auftrag ernst nehmen und das Handelsregister zur optimalen Erfüllung seiner Publizitäts- und Informationsfunktion<sup>74</sup> (und nicht zuletzt mit Blick auf [Art. 9 ZGB](#)) von Rechtsgebilden freihalten, die nicht den heutigen Anforderungen entsprechen. Dennoch ist eine grundlegende Fehlentwicklung zu Lasten von Familienstiftungen zu konstatieren,<sup>75</sup> der vor allem jene Stiftungen zum Opfer fallen, die bereits seit Jahrzehnten im Rechtsverkehr bestehen. Mit der Eintragungspflicht (auch) für Familienstiftungen sollte für Transparenz gesorgt werden.<sup>76</sup> Es war aber weder die Intention des (GAFI-)Gesetzgebers, dem Rechtsinstitut der Familienstiftungen den Garaus zu machen, noch sollte es in der Kognitionsbefugnis des Handelsregisters liegen, über diffizile zivilrechtliche Streitfragen betreffend die Auslegung von [Art. 335 ZGB](#) bzw. die Wirksamkeit von Statutenänderungen zu befinden und damit die Eintragung zu verweigern. Zudem muss es durchaus in der Kompetenz der Familienstiftungen stehen, ihre Zweckbestimmungen an eine (in den meisten Fällen nachträglich) geänderte Rechtsprechung anzupassen und möglicherweise *teilnichtige* Zwecke (die den Bestand der Stiftung also gar nicht in Frage stellen) durch Statutenänderung geradezuziehen. Dass hierfür nun – aus Sicht der Handelsregisterbehörden und entgegen bewährter und tradierter Praxis – nachträglich zwingend ein Gericht hätte zuständig sein sollen, widerspricht der dogmatischen Konzeption der Schweizer Familienstiftung und schafft zudem eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die vielen Familienstiftungen, die in der Vergangenheit anders verfahren sind. Und dass solche Stiftungen von Behördenseite gar für nichtig erklärt werden, ist nicht nur aus Sicht des Stiftungsstandorts, sondern auch aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit der Schweiz problematisch. Es bleibt zu hoffen, dass in Zukunft eine Praxis gefunden wird, die die legitimen Kontrollaufgaben des Handelsregisters mit der stiftungszivilrechtlichen Dogmatik und der gelebten Stiftungspraxis in Einklang bringt. Hierfür möchte dieser Artikel einen Beitrag leisten.

---

<sup>74</sup> Vgl. zu den Funktionen des Handelsregisters nach dem revidierten Recht *Alexander Vogel*, Orell Füssli Kommentar, Kommentar, [HRegV](#), Handelsregisterverordnung, Zürich 2020, [Art. 1 HRegV](#) N 9 ff.; anschaulich auch [BGE 135 III 304 E. 5.4.](#)

<sup>75</sup> Diese Grundhaltung ist besonders verwunderlich in Zeiten, in denen die Wertungen des [Art. 335 ZGB](#) vom Bundesgericht als «überholt» bezeichnet wurden ([BGE 135 III 614 E. 4.3.3](#): «*considérations [...] dépassées*») und in denen die Einführung eines Schweizer *Trusts* vom Bundesrat zur Vernehmlassung gestellt wird (vgl. zum Vorentwurf und dem Erläuternden Bericht <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86746.html>> [zuletzt besucht am 11.5.2022]), der nicht zuletzt das können soll, was bei Familienstiftungen weiter mit solchem Nachdruck verhindert wird.

<sup>76</sup> Vgl. statt vieler die Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 605, 606, 657.