



**5A\_368/2022**

**Urteil vom 24. August 2023**

**II. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter von Werdt, Schöbi, Bovey,  
Bundesrichterin De Rossa,  
Gerichtsschreiberin Gutzwiller.

Verfahrensbeteiligte  
Stiftung B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Dieter Aebi,  
Beschwerdeführerin

*gegen*

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA),  
Bundesrain 20, 3003 Bern.

Gegenstand  
Eintragung einer Stiftung im Handelsregister,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 12. April 2022 (B-1665/2021).

**Sachverhalt:**

**A.**

**A.a.** Die Stiftung B. \_\_\_\_\_ wurde mit Stiftungsurkunde vom 18. Januar 2011 als kirchliche Stiftung errichtet. Sie bezweckt die Förderung und Unterstützung der Verkündung des christlichen Glaubens im Sinne der Glaubensgrundsätze der Schweizerischen Evangelischen Allianz und der Europäischen Evangelischen Allianz. Die Stiftungsurkunde sieht explizit keine Aufsichtsbehörde vor.

**A.b.** Mit Schreiben vom 26. November 2020 bestätigte der Vorstand des Vereins Freie Evangelische Gemeinde U. \_\_\_\_\_, die Aufsicht über die Stiftung zu übernehmen.

**B.**

**B.a.** Am 30. Oktober 2020 meldete der Stiftungsrat die Stiftung zur Eintragung ins Handelsregister des Kantons St. Gallen an.

**B.b.** Mit Tagesregistereintrag Nr. yyy vom 8. Dezember 2020 trug das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen die Stiftung ein und übermittelte dies dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA) zur Prüfung und Genehmigung.

**B.c.** Das EHRA verweigerte am 9. Dezember 2020 die Genehmigung des Tagesregistereintrages. Es begründete dies mit der fehlenden Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde, da zwei Stiftungsratsmitglieder

gleichzeitig auch Vorstandsmitglieder des als Aufsichtsbehörde vorgesehenen Vereins Freie Evangelische Gemeinde U. \_\_\_\_\_ seien.

## C.

**C.a.** Daraufhin reichte die Stiftung B. \_\_\_\_\_ beim Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen einen Beschluss des Vorstands des Vereins Freie Evangelische Gemeinde U. \_\_\_\_\_ vom 14. Januar 2021 ein, wonach diejenigen Vorstandsmitglieder, welche auch Mitglieder von Stiftungsräten seien, in sämtlichen Angelegenheiten der Aufsicht über die Stiftungen und Vereine in den Ausstand zu treten hätten. Das Handelsregisteramt übermittelte dem EHRA den Beschluss.

**C.b.** Das EHRA verweigerte die Eintragung des Tagesregistereintrags mit Verfügung vom 9. März 2021 endgültig, da es den Ausstandsbeschluss als nicht ausreichend für eine Eintragung erachtete.

## D.

Dagegen erhob die Stiftung B. \_\_\_\_\_ Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, welches diese mit Urteil vom 12. April 2022 abwies. Das Urteil wurde der Stiftung am 21. April 2022 zugestellt.

## E.

**E.a.** Mit Beschwerde vom 18. Mai 2022 wendet sich die Stiftung B. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) an das Bundesgericht. Sie beantragt, in Aufhebung des Urteils vom 12. April 2022 sei ihre Eintragung in das Handelsregister des Kantons St. Gallen zu genehmigen bzw. eventuell anzuordnen.

**E.b.** Das Bundesverwaltungsgericht schliesst mit Vernehmlassung vom 12. Januar 2023 auf Abweisung der Beschwerde, während das EHRA mit Eingabe vom 28. Februar 2023 zur Letzteren Stellung genommen hat, ohne einen Antrag in der Sache zu stellen. Hierzu hat sich die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. März 2023 geäussert. Weitere Rechtsschriften sind nicht eingegangen.

**E.c.** Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten eingeholt.

**E.d.** Am 24. August 2023 hat das Bundesgericht die Sache öffentlich beraten.

## Erwägungen:

### 1.

Angefochten ist ein Endentscheid (Art. 90 BGG) des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 75 Abs. 1 BGG) über die Eintragung einer kirchlichen Stiftung in das Handelsregister. Dabei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Entscheid, der in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG). Der Entscheid über die Führung des Handelsregisters betrifft eine vermögensrechtliche Angelegenheit (**BGE 133 III 368** E. 1.3.1; Urteile 5A\_20/2022 vom 7. Juli 2022 E. 1.2.1; 4A\_76/2017 vom 3. April 2017 E. 5; 4A\_584/2008 vom 13. März 2009 E. 1.1, nicht publ. in: **BGE 135 III 304**). Die Beschwerde in Zivilsachen ist deshalb nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Hierzu enthält der angefochtene Entscheid entgegen Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG keine Angaben, sodass der Streitwert nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 51 Abs. 2 BGG). Dabei ist das Stiftungsvermögen nicht streitwertbestimmend. Vielmehr sind die finanziellen Folgen massgebend, wenn die kirchliche Stiftung nicht im Handelsregister eingetragen wird (vgl. Urteil 5A\_20/2022 vom 7. Juli 2022 E. 1.2.1 *in fine* mit Hinweisen und E. 1.2.3). Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Verweigerung der Eintragung sei existenzbedrohend, da etwa Spenden ausbleiben und Banken die Kontoführung verweigern könnten. Angesichts dessen kann ermessensweise von einem Fr. 30'000.-- übersteigenden Streitwert ausgegangen werden, sodass sich die Prüfung erübrigt, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 76 Abs. 1 BGG) und hat diese rechtzeitig erhoben (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig.

### 2.

**2.1.** Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht in diesem Bereich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es befasst sich aber grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden. In der Beschwerde ist deshalb in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG), was eine Auseinandersetzung mit dessen Begründung erfordert (**BGE 143 II 283** E. 1.2.2; **140 III 86** E. 2). Der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus (**BGE 140 III 115** E. 2 mit Hinweisen). Erhöhte Anforderungen gelten, wenn verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden. Das Bundesgericht prüft deren Verletzung nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen (**BGE 142 III 364** E. 2.4). Sodann ist das Bundesgericht an

den festgestellten Sachverhalt grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann einzig vorgebracht werden, sie seien offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich (**BGE 140 III 264** E. 2.3 mit Hinweis), oder sie würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen. Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; **BGE 137 III 226** E. 4.2 mit Hinweis). Für die Vernehmlassung gelten dieselben Begründungsanforderungen wie für die Beschwerdeschrift (**BGE 140 III 86** E. 2 mit Hinweisen).

**2.2.** Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 5, Art. 23, Art. 27 und Art. 35 BV rügt, substantiiert sie diese nicht, sodass darauf nicht einzugehen ist. Der Willkür rüge (Art. 9 BV) kommt neben dem Vorwurf, die Vorinstanz habe Bundesrecht (Art. 87 Abs. 1 ZGB, Art. 937 OR i.V.m. Art. 32 sowie Art. 95 Abs. 1 lit. k und Abs. 2 aHRegV bzw. Art. 95 Abs. 1 lit. k HRegV) falsch angewandt, keine eigenständige Bedeutung zu. Sie braucht deshalb nicht geprüft zu werden. Dasselbe gilt, insofern sich die Beschwerdeführerin auf Art. 15 und Art. 36 BV beruft. Ferner bleiben die Ausführungen in der Stellungnahme des EHRA unbeachtlich, soweit sich dieses darauf beschränkt, auf die Vernehmlassung im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren zu verweisen.

### **3.**

**3.1.** Seit der Änderung von Art. 52 Abs. 2 ZGB, in Kraft getreten am 1. Januar 2016 (AS 2015 1389 und 1406), sind kirchliche Stiftungen nicht mehr von der Eintragung in das Handelsregister befreit und selbst nach bisherigem Recht gültig errichtete kirchliche Stiftungen haben sich binnen fünf Jahren im Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 6b Abs. 2bis SchlT ZGB).

**3.2.** Die Beschwerdeführerin beantragte ihre Eintragung in das Handelsregister unstrittig vor Ablauf der Übergangsfrist. Nachdem das kantonale Handelsregisteramt die Eintragung vorgenommen hatte, verweigerte das EHRA hierfür die Genehmigung. Die Vorinstanz schützte dieses Vorgehen mit der Begründung, zwar sei die kirchliche Zweckverfolgung durch die Beschwerdeführerin nicht umstritten. Indessen erfülle die Beschwerdeführerin das Wesensmerkmal der organischen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft nicht, was die Voraussetzung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde betreffe. Aufgrund der Personalunion zweier Mitglieder des Stiftungsrats und der Aufsichtsbehörde wäre die vorgesehene Aufsichtsbehörde nicht unabhängig, sondern würde sich teilweise selber beaufsichtigen, woran die vorgesehene Ausstandsregelung nichts zu ändern vermöge. Im vorliegenden Fall bestünden zudem einige Hinweise für die Annahme, dass nach dem Stifterwillen und dem Verständnis des aktuellen Stiftungsrates der Verein "Freie Evangelische Gemeinde U. \_\_\_\_\_" im Zentrum des Stiftungszwecks stehe. Die beiden Stiftungsratsmitglieder, welche auch Vereinsvorstandsmitglieder seien, hätten zugleich die Rolle des Pastors im einen Fall bzw. der Hauptleitung und Leitung Finanzen des Vereins im anderen Fall inne. Der Verein wie auch die diesen vertretenden Vorstandsmitglieder seien darum unmittelbar Destinatäre der Beschwerdeführerin, sodass der Verein auch aus diesem Grund nicht als Aufsichtsbehörde amten könne. Sodann wäre die Beschwerde, selbst wenn sie begründet wäre, aufgrund des offensichtlichen Widerspruchs zwischen Art. 14 der Stiftungsurkunde vom 18. Januar 2011, wonach keine Aufsichtsbehörde vorgesehen sei, und der Bestätigung des Vorstands des Vereins "Freie Evangelische Gemeinde U. \_\_\_\_\_" vom 26. November 2020, die Aufsicht über die Beschwerdeführerin zu übernehmen, an das EHRA zur Verbesserung durch das Handelsregisteramt zurückzuweisen. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, dazu sei keine Verbesserung der Stiftungsurkunde erforderlich, da mit Art. 14 der Stiftungsurkunde nur eine staatliche Aufsicht gemeint sei, sei unzutreffend.

**3.3.** Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, die Vorinstanz habe sich trotz entsprechender Rüge mit keinem Wort zur Kognition des EHRA geäussert, womit sie ihr rechtliches Gehör verletzt habe. Stattdessen habe sie sich direkt und ausschliesslich mit der materiellrechtlichen Frage der Rechtmässigkeit der Aufsichtsbehörde befasst und die "Natur der Aufsichtsbehörde" mit der Anerkennung der Beschwerdeführerin als kirchliche Stiftung - und so mit der Eintragungsfähigkeit - verknüpft. Sie gehe zu Unrecht davon aus, dass die kirchliche Stiftung im Eintragungsverfahren eine Aufsichtsbehörde angeben müsse und dem Handelsregisterführer die Kognition zur materiellrechtlichen Prüfung der "Natur" bzw. Qualität und Rechtmässigkeit der Aufsicht und damit einhergehend der (Nicht-) Anerkennung als kirchliche Stiftung zustehe. Im Übrigen habe sie die genügende Aufsicht im vorliegenden Fall zu Unrecht verneint. Die beiden Doppelmitglieder im Vorstand der Religionsgemeinschaft und im Stiftungsrat seien da wie dort in der Minderheit und es sei ihr Ausstand in Aufsichtsangelegenheiten beschlossen worden. Damit sei die Unabhängigkeit der Aufsicht gewährleistet, obschon das Gesetz eine solche nicht verlange.

### **3.4.**

**3.4.1.** Die Handelsregisterbehörden prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung ins Handelsregister erfüllt sind, insbesondere ob die Anmeldung und die Belege keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den rechtlich vorgeschriebenen Inhalt aufweisen (Art. 937 OR). Die Prüfungspflicht des EHRA entspricht derjenigen des Handelsregisteramts (Art. 32 Abs. 3 HRegV). Es prüft die Einträge und genehmigt sie, sofern sie die Voraussetzungen des Gesetzes und der Verordnung erfüllen

(Art. 32 Abs. 1 Satz 1 HRegV). Eine Einsichtnahme in die Anmeldung und in die Belege erfolgt nur ausnahmsweise, soweit dafür ein besonderer Anlass besteht (Art. 32 Abs. 2 HRegV).

**3.4.2.** Nach der Rechtsprechung zur Prüfungsbefugnis des Registerführers prüft dieser zunächst die formellen registerrechtlichen Voraussetzungen, mithin die Einhaltung der Normen, die unmittelbar die Führung des Handelsregisters betreffen. In dieser Hinsicht verfügt er über eine umfassende Prüfungsbefugnis. Wo nicht Registerrecht, sondern materielles Recht in Frage steht, ist die Prüfungsbefugnis des Registerführers indessen beschränkt. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat er lediglich auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt worden sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die dem dispositiven Recht angehören oder nur private Interessen berühren, den Zivilrichter anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Gericht überlassen bleiben muss (**BGE 132 III 668** E. 3.1 mit Hinweisen; **125 III 18** E. 3b mit Hinweisen; **121 III 368** E. 2a mit Hinweisen; **117 II 186** E. 1 mit Hinweisen; Urteile 6B\_520/2020 vom 10. März 2021 E. 2.2.2; 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 2.6; 4A\_363/2013 vom 28. April 2014 E. 2.1, nicht publ. in: **BGE 140 III 206**; 4A.4/2006 vom 20. April 2006 E. 2.1, nicht publ. in: **BGE 132 III 470**). Diese Kognitionsformel ist in der Lehre vereinzelt auf Kritik gestossen (vgl. hierzu bereits die Übersichten bei FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, in: REPRAX 2/1999 S. 6 ff.; MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, 1996, S. 81 ff.). Immerhin hat der Bundesrat im Rahmen der Totalrevision der Handelsregisterverordnung ausdrücklich darauf verzichtet, in der Verordnung eine von der bestehenden Praxis abweichende Kognitionsformel festzuschreiben. Im Begleitbericht zum Vernehmlassungsentwurf schrieb er, der Verzicht auf eine Umschreibung der Kognitionsformel solle eine sach- und fallbezogene Weiterentwicklung der Rechtsprechung ermöglichen (Begleitbericht zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung [HRegV], Vernehmlassungsentwurf vom 28. März 2007, Ziff. 3.5 *in fine* S. 5; siehe auch Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts [Handelsregisterrecht], BBl 2015 3648). Vorliegend besteht kein Anlass, von der zitierten Rechtsprechung abzuweichen.

### 3.5.

**3.5.1.** Laut Art. 87 Abs. 1 ZGB sind die Familienstiftungen und die kirchlichen Stiftungen unter Vorbehalt des öffentlichen Rechtes der Aufsichtsbehörde nicht unterstellt. Bestehen Zweifel, ob Art. 87 Abs. 1 ZGB auf eine bestimmte Stiftung Anwendung findet, entscheidet darüber zunächst die Aufsichtsbehörde (**BGE 106 II 106** E. 3; **40 I 245** E. 4; vgl. auch RIEMER, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Die Stiftungen, 2. Aufl. 2020, Systematischer Teil Rz. 296; VEZ, in: Commentaire romand, Code civil, 2010, N. 3 zu Art. 87 ZGB; vgl. betreffend Familienstiftungen ferner Urteil 5C.9/2001 vom 18. Mai 2001 E. 3c, nicht publ. in: **BGE 127 III 337**).

**3.5.2.** Der Ausschluss von der staatlichen Aufsicht ist zwingend (vgl. statt vieler RIEMER, a.a.O., Systematischer Teil Rz. 326). Es steht nicht in der Disposition der Stifter, die kirchliche Stiftung der staatlichen Aufsicht zu unterwerfen. Dies sieht die Stiftungsurkunde vorliegend auch nicht vor. Mithin geht es nicht um die Frage, ob die Anmeldung bzw. die Stiftungsurkunde dem zwingenden gesetzlichen Ausschluss von der staatlichen Aufsicht widerspricht. Vielmehr ist, wie es die Beschwerdeführerin formuliert, die "Qualität" der kirchlichen Aufsicht umstritten. Diese beschlägt die Qualifikation der kirchlichen Stiftung als solche.

### 3.6.

**3.6.1.** Das Gesetz enthält keine Legaldefinition der kirchlichen Stiftung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung (**BGE 106 II 114** E. 2, 106 E. 3; Urteil A.547/1983 vom 15. Februar 1984, in: Rep 1985 S. 21) und die überwiegende neuere Lehre (vgl. AEBERSOLD/LEIMER, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl. 2021, N. 3 zu Art. 87 ZGB; CARTIER, Fondations ecclésiastiques - Nouvelle obligation d'inscription au registre du commerce, in: REPRAX 2/2016 S. 4 f.; EISENRING, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 87 ZGB; GRICHTING, Aufsicht von Religionsgemeinschaften über religiöse Stiftungen, in: Eckhardt/Sprecher [Hrsg.], Beste Stiftungsratspraxis, 2019, S. 41; GRÜNINGER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 7. Aufl. 2022, N. 4 f. zu Art. 87 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2020, Rz. 1360; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, Personenrecht, 2. Aufl. 2021, S. 227; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl. 2016, Rz. 1376; JAKOB, in: Büchler/Jakob [Hrsg.], Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 2018, N. 9 zu Art. 87 ZGB; MEIER, Droit des personnes, 2. Aufl. 2021, Rz. 1300; PAHUD DE MORTANGES, Die kirchlichen Stiftungen nach Art. 87 ZGB, in: Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität, 2001, S. 329 f.; RÖLLIN, Kirchliche Stiftungen, 2010, S. 11 [welche noch ein drittes Kriterium nennt]; RIEMER, a.a.O., Systematischer Teil Rz. 292; *derselbe*, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, in: SZW 2016 S. 70; VEZ, a.a.O., N. 2 zu Art. 87 ZGB; SPRECHER, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2023, S. 144) setzen für das Bestehen einer kirchlichen

Stiftung voraus, dass sie einerseits einen kirchlichen Zweck verfolgt und andererseits eine organische Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft aufweist.

### 3.6.2.

**3.6.2.1.** Unbestrittenermassen verfolgt die Beschwerdeführerin einen kirchlichen Zweck. Ausführungen dazu erübrigen sich.

**3.6.2.2.** Eine (kirchliche) Stiftung gilt nur dann als mit einer Religionsgemeinschaft organisch verbunden, wenn diese die Möglichkeit einer Einflussnahme und ein Aufsichtsrecht über die Aktivität der (einen kirchlichen Zweck verfolgenden) Stiftung hat (**BGE 106 II 106** E. 3b; vgl. auch CARTIER, a.a.O., S. 6). Die Voraussetzung der organischen Verbindung gründet in der Befreiung der kirchlichen Stiftung von der staatlichen Aufsicht. *Ratio legis* für Letzteres ist die Überlegung, dass das Vorhandensein einer kirchlichen Aufsicht die staatliche Aufsicht entbehrlich macht (HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, a.a.O., S. 372; JAKOB, a.a.O.; RIEMER, a.a.O., Systematischer Teil Rz. 293; ähnlich AEBERSOLD/LEIMER, a.a.O., N. 4 zu Art. 87 ZGB). Die organische Verbindung besteht demnach nur, wenn tatsächlich eine kirchliche Aufsicht existiert (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., Rz. 1361; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, a.a.O., S. 372). Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von einer internen und autonomen Aufsicht (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., Rz. 1361; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, a.a.O., S. 228; MEIER, a.a.O., Rz. 1307; RIEMER, a.a.O., Systematischer Teil Rz. 293; RÖLLIN, a.a.O., S. 10).

Einzelne Autorinnen postulieren, dass die kirchliche Aufsichtstätigkeit mit der staatlichen vergleichbar sein soll (RÖLLIN, a.a.O., S. 11; VEZ, a.a.O., N. 2 zu Art. 87 ZGB). RIEMER verlangt in diesem Kontext organisatorische, personelle und faktische Unabhängigkeit zwischen Aufsichtsgremium und beaufsichtigter Stiftung sowie Willen und Fähigkeit des Aufsichtsgremiums, das für die Stiftung massgebende objektive Recht und die individuellen Stiftungsbestimmungen effektiv und konsequent durchzusetzen (a.a.O., Systematischer Teil Rz. 296). GRÜNINGER demgegenüber hält auch eine im Vergleich zur staatlichen Aufsicht tendenziell laxere Kirchenaufsicht für möglich, da sich die Frage nach der gesetzlichen Grundlage für eine strengere Praxis stelle, zumal Art. 87 ZGB die kirchlichen Stiftungen ohne Einschränkungen von der Stiftungsaufsicht befreie (a.a.O., N. 9 zu Art. 87 ZGB).

### 3.7.

**3.7.1.** Hinsichtlich der organischen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft sieht die Stiftungsurkunde zwar explizit keine Aufsichtsbehörde vor. Mit Schreiben vom 26. November 2020 bestätigte indessen der Vorstand des Vereins Freie Evangelische Gemeinde U. \_\_\_\_\_, die Aufsicht über die Stiftung zu übernehmen. Die Vorinstanz erachtete mit Bezug auf die Kirchenaufsicht zwar eine Anpassung der Stiftungsurkunde als notwendig, da Letztere und das Schreiben des Vereinsvorstands im Widerspruch zueinander stünden (vgl. vorne E. 3.2 *in fine*). Sie hat indessen nicht in Frage gestellt, dass eine kirchliche Aufsicht vorgesehen ist, zumal sie deren Unabhängigkeit prüfte. Mithin geht es ausschliesslich darum, ob die kirchliche Aufsicht als genügend zu werten ist.

**3.7.2.** Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG), welche die Beschwerdeführerin nicht beanstandet, steht jener Verein im Zentrum des Stiftungszwecks, welcher auch die kirchliche Aufsicht übernehmen soll. Damit interessiert vorliegend einerseits die Frage, ob eine aus einem einzigen Verein gebildete Religionsgemeinschaft die Aufsicht über die mit ihr organisch verbundene Stiftung überhaupt ordnungsgemäss gewährleisten kann (*pro*: PAHUD DE MORTANGES, a.a.O., S. 330 Fn. 7; RIEMER, a.a.O., Systematischer Teil Rz. 296; *contra*: RÖLLIN, a.a.O., S. 10). Da die Religionsgemeinschaft einerseits direkt oder indirekt Destinatärin der Leistungen der (kirchlichen) Stiftung ist, sie - als Empfängerin von Leistungen - aber andererseits die (kirchliche) Stiftung beaufsichtigen muss, scheint die Voraussetzung einer organischen Verbindung zwischen der (kirchlichen) Stiftung und der Religionsgemeinschaft potenzielle Interessenkollisionen zwischen dem Aufsichtsorgan und der beaufsichtigten Organisation geradezu in Kauf zu nehmen. Den Anforderungen an die Unabhängigkeit des Aufsichtsorgans gegenüber der Stiftung sind damit von vornherein gewisse Grenzen gesetzt. Angesichts dieser Ausgangslage und der Diskussion in der Doktrin ist nicht geradezu offenkundig, dass der Beschwerdeführerin aufgrund des Umstands, dass die als Verein organisierte Religionsgemeinschaft gleichzeitig Destinatärin und Aufsichtsorgan sein soll, kein kirchlicher Charakter zukommt. Immerhin geht es hier nicht um den Fall, in welchem die Religionsgemeinschaft mit der einzutragenden Stiftung identisch ist, was die genannten Autoren einhellig als nicht genügend ansehen (PAHUD DE MORTANGES, a.a.O., S. 330; RIEMER, a.a.O., Systematischer Teil Rz. 295; RÖLLIN, a.a.O.). Zusammengefasst kann keine Rede davon sein, dass die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Aufsicht offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht; sie beruht vielmehr auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung. Es fehlte dem EHRA mithin die Prüfungsbefugnis, um die Genehmigung der Eintragung der Stiftung unter diesem Titel zu verweigern.

**3.7.3.** Andererseits gilt es hier zu beantworten, ob bei bestehender personeller Verflechtung von Stiftungsrat und kirchlicher Aufsicht infolge Doppelmandats ein Ausstandsbeschluss der kirchlichen Aufsicht die autonome Aufsicht sicherstellen kann. Zwar ist diesbezüglich festzuhalten, dass einzelne Stimmen in der Lehre - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - sehr wohl vom Erfordernis einer organisatorischen, personellen und faktischen Unabhängigkeit des Aufsichtsorgans von der kirchlichen

Stiftung ausgehen. Damit ist allerdings die Frage noch nicht beantwortet, ob es Doppelmandate gänzlich zu vermeiden gilt oder ob eine Ausstandsregelung ausreicht, um die Unabhängigkeit der kirchlichen Aufsicht zu wahren, zumal sich in der Doktrin auch Stimmen finden, die eine "tendenziell laxere" Kirchaufsicht für möglich halten (vgl. vorne E. 3.6.2.2, wobei nicht ganz klar ist, wie weit diese Lockerung gehen soll). Die Qualität der kirchlichen Aufsicht ist mithin auch unter diesem Gesichtspunkt nicht vollständig unumstritten, sodass die Prüfungsbefugnis des EHRA den Entscheid hierüber nicht umfasst.

**3.7.4.** Im Ergebnis kann weder offenkundig verneint noch bejaht werden, dass für die Beschwerdeführerin eine wirksame autonome Kirchaufsicht gesichert ist. Dem EHRA stand es im Rahmen seiner Prüfungsbefugnis nicht zu, über diesen Zweifelsfall zu entscheiden (vgl. vorne E. 3.4.2).

**3.8.** Das EHRA hat also in zweifacher Weise seine Prüfungskompetenzen überschritten, sodass der seine Verfügung bestätigende angefochtene Entscheid Bundesrecht verletzt. Damit erweist sich die Beschwerde als teilweise begründet und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

Verfolgt die Stiftung zwar einen kirchlichen Zweck, erfüllt sie aber die Anforderungen der organischen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft nicht, untersteht sie als "gewöhnliche" Stiftung der staatlichen Aufsicht. Wie bereits ausgeführt (E. 3.5.1), entscheidet die Aufsichtsbehörde bei Zweifeln darüber, ob Art. 87 Abs. 1 ZGB auf eine bestimmte Stiftung Anwendung findet. In der Praxismitteilung des EHRA 3/15 vom 23. Dezember 2015 meint dieses, im Zweifelsfall sei das Eintragungsverfahren zu suspendieren und die Frage, ob die Stiftung den Anforderungen an eine kirchliche Stiftung genüge, der nach den Umständen zuständig erscheinenden Aufsichtsbehörde zu unterbreiten. Diese pragmatische Lösung scheint angemessen, weshalb sie übernommen werden kann. Die Sache ist daher an das EHRA zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 Satz 2 BGG), damit es das Eintragungsverfahren suspendiere und die Frage, ob den Anforderungen an eine kirchliche Aufsicht Genüge getan ist, der nach den Umständen zuständig erscheinenden Aufsichtsbehörde unterbreite.

#### **4.**

Die Rückweisung der Sache gilt für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen, und zwar unabhängig davon, ob sie beantragt und ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (**BGE 141 V 281** E. 11.1 mit Hinweis). Dementsprechend sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Bund hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. April 2022 wird aufgehoben und die Sache an das EHRA zurückgewiesen, damit es das Eintragungsverfahren suspendiere und die Frage, ob den Anforderungen an eine kirchliche Aufsicht Genüge getan ist, der nach den Umständen zuständig erscheinenden Aufsichtsbehörde unterbreite. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

#### **2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

#### **3.**

Der Bund hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.

#### **4.**

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem EHRA, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen mitgeteilt.

Lausanne, 24. August 2023

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Die Gerichtsschreiberin: Gutzwiller