



Der Swiss Foundation Code und seine bisherige Rezeption im Stiftungswesen

DOMINIQUE JAKOB



MATTHIAS UHL

Der Swiss Foundation Code wurde im Jahre 2005 veröffentlicht und im Jahre 2009 erstmals revidiert sowie um einen Kommentarteil erweitert. In Kürze wird er in einer erneut weiterentwickelten «3. Auflage» erscheinen. Der Code versucht, den Führungsverantwortlichen von Förderstiftungen eine Entscheidungshilfe an die Hand zu geben und diese im Sinne einer freiwilligen Selbstregulierung zu einer «guten Stiftungs-führung» anzuhalten. In Ergänzung zu den gesetzlichen Vorgaben des Stiftungsrechts führt die Achtung des Codes zu einer grundsätzlich pflichtgerechten und praxistauglichen Ordnung des Stiftungsmanagements und der Foundation Governance. Die nachfolgenden Zeilen untersuchen die bisherige Rezeption des Codes, also seine Aufnahme in Wissenschaft und Praxis. Die auf verschiedenen Ebenen erfolgende Untersuchung zeigt, dass der Code schon heute als eine zentrale Referenzgröße in Wissenschaft und Praxis fungiert und damit auf einem guten Weg ist, für die verschiedenen Beteiligten des Non-Profit-Sektors zu einer echten Benchmark zu werden.

Le Swiss Foundation Code a été publié en 2005 ; il a été remanié une première fois en 2009 et enrichi d'un commentaire. Il paraîtra prochainement dans une « 3^e édition » encore plus complète. Le Code tente d'offrir aux dirigeants de fondations donatrices une aide pour la prise de décision et inciter ceux-ci à une « bonne gestion de la fondation » dans un esprit d'autorégulation volontaire. En complément aux prescriptions légales du droit des fondations, le respect du Code tend vers un régime de gestion et de gouvernance des fondations conforme aux obligations et praticable. Les lignes qui suivent examinent l'accueil reçu jusqu'à présent par le Code et son intégration dans le domaine des sciences et de la pratique. L'analyse effectuée à plusieurs niveaux démontre que le Code fait déjà office de référence dans les sciences et la pratique. Il est ainsi sur la bonne voie pour devenir un véritable critère de référence pour les différents acteurs du domaine des organisations à but non lucratif.

Inhaltsübersicht

- I. Die Verortung des Swiss Foundation Codes in der Governance-Debatte
- II. Zur Rechtsnatur des Swiss Foundation Codes
- III. Zur Rezeption des Swiss Foundation Codes in der Behörden- und Gerichtspraxis sowie im Kontext parlamentarischer Aktivitäten
 1. Aus der Praxis der Aufsichtsbehörden
 2. Aus der Praxis der Gerichte
 - a. Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte
 - b. Rechtsprechung ausländischer Gerichte
 3. Aus der Praxis parlamentarischer Aktivitäten
- IV. Zur Rezeption des Swiss Foundation Codes im Schrifttum
 1. Der Swiss Foundation Code als zentraler Gegenstand der Publikation
 2. Einbeziehung des Swiss Foundation Codes in die Governance-Debatte
 3. Einbeziehung des Swiss Foundation Codes in einen wissenschaftlichen Kontext
 4. Verweis auf die Existenz des Swiss Foundation Codes
- V. Zur Rezeption des Swiss Foundation Codes in der Stiftungspraxis
- VI. Die zentralen inhaltlichen Rezeptionsebenen
- VII. Fazit

I. Die Verortung des Swiss Foundation Codes in der Governance-Debatte

Unter Foundation Governance versteht man den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Überwa-

chung eines Unternehmens (Corporate Governance), übertragen auf Stiftungen und vergleichbare Organisationen.¹ Bereinigt von Anglizismen heisst das wenig anderes, als dass die Stiftung und ihre Beteiligten durch ein angemessenes Organisationsgefüge kontrolliert und vor Fehlverhalten geschützt werden sollen, sei es gesetzlicher oder gestalterischer Art oder schlicht durch das bestmögliche Verhalten der Stiftungsorgane.² Es handelt sich mithin um «die Gesamtheit der auf die Interessen des Stifters, der Destinatäre und der anderen Anspruchsgruppen ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung der Gestaltungs- und Entscheidungsfähigkeit des Stiftungsrats die wirksame Umsetzung des Stiftungszwecks, ein ausgewogenes Verhältnis von Leitung und Kontrolle sowie an-

¹ Siehe zu den Hintergründen und Ansätzen DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung, Tübingen 2006, 528 ff.; grundlegend im Kontext des Schweizer Stiftungsrechts RETO SCHILDKNECHT, Corporate Governance und Stiftung – Ist das überhaupt ein Thema?, in: Aktuelle Fragen zum Stiftungsrecht, unter Einbezug der geplanten Gesetzesrevision, Bern 2002, 41 ff.; zu den vielschichtigen Aspekten der Corporate-Governance-Debatte vgl. die erste Ausgabe des «Austrian Law Journal» (<http://alj.uni-graz.at/index.php/alj>).

² DOMINIQUE JAKOB, Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, SJZ 2008, 833, 838 f. Ähnlich SwissFoundations (Hrsg.), Wörterbuch zum Schweizer Stiftungswesen, Zürich 2009, 30 (Strategische Globalsteuerung, die über einzelne Managementfunktionen hinausgeht und die Zweckerfüllung der Stiftung und damit ihre Legitimität sicherstellen soll).

gemessene Transparenz anstreben.»³ Die Legitimität und Triebkräfte hinter den Bemühungen um eine Good Foundation Governance lassen sich etwa wie folgt zusammenfassen: Je mehr Vertrauen Stiftungen entgegengebracht werden kann, desto grösser wird ihre Wirkung sein, die sie bei der Übernahme gemeinwohlfördernder Aufgaben im Dritten Sektor eines Gemeinwesens erzielen.⁴

Die theoretischen Grundlagen des Governance-Ansatzes stammen aus der Wirtschaftswissenschaft und werden im Recht der Körperschaften schon lange mit Blick auf eine «gute Unternehmensführung» diskutiert.⁵ In wenigen Schlagworten zusammengefasst blickt man auf die Beziehung der Eigenkapitalgeber (shareholder bzw. principal) zur Unternehmensverwaltung (agent), erkennt den dort typischen principal-agent-Konflikt⁶ und zielt darauf ab, die Verwaltungsorgane zu einer sachgerechten Amtsübung anzuhalten. In zunehmendem Masse werden auch externe Bezugsgruppen (stakeholder) in die Diskussion einbezogen, um zu umfassenderen Ansätzen zu gelangen.⁷ Die Frage, ob die für For-Profit-Unternehmen entwickelten Standards auf den Not-for-Profit-Bereich tel quel

übertragen werden kann, ist vielschichtig⁸ und bislang nicht abschliessend aufgearbeitet worden.⁹ Klar ist, dass bei der Stiftung aufgrund ihrer fehlenden Rückkopplung an ein personales Substrat (Mitglieder oder Eigentümer) ein rechtsformtypisches Kontrolldefizit besteht, wobei gleichzeitig der im Gesellschaftsrecht typische principal-agent-Konflikt und seine Lösungsansätze für Stiftungen nicht in Reinform zur Geltung kommen¹⁰ und mangels (bzw. bei umstrittenem) principal¹¹ auch die stakeholder (hier die Stiftungsbeteiligten) in den Kontrollprozess einbezogen werden sollten. Weil es aufgrund des genannten Kontrolldefizits die externe Stiftungsaufsicht gibt, muss zudem zwischen externer und interner Governance durch die Beteiligten unterschieden werden.

Bislang hat sich zwar der so skizzierte Begriff der Foundation Governance zu einem häufig gebrauchten Schlagwort in der stiftungsrechtlichen Debatte zahlreicher Rechtsordnungen entwickelt und eine wirksame Governance wird auch zunehmend als Standortfaktor gesehen,¹²

³ So THOMAS SPRECHER, Was ist und was leistet Foundation Governance?, Jusletter vom 26.4.2010, Rn. 21. Zur Definition der Nonprofit Governance SUSANNE KALSS, Der österreichische Corporate Governance-Kodex für Non-Profit-Organisationen, in: Non Profit Law Yearbook 2013/2014, 125, 126, in Anlehnung an GEORG VON SCHNURBEIN, Non-Profit-Governance in Verbänden. Theorie und Umsetzung am Beispiel von Schweizer Wirtschaftsverbänden, 2008, 86: «Non-Profit-Governance wird definiert als die Summe von Instrumenten, Massnahmen und Mechanismen, die den Vorstand einer Non-Profit-Organisation bei der globalen Steuerung und wirksamen Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützen sowie die Berücksichtigung der Interessenträger (Stakeholder) sicherstellen.» Siehe auch GEORG VON SCHNURBEIN/SABRINA STÖCKLI, Die Gestaltung von Nonprofit Governance Kodizes in Deutschland und der Schweiz, DBW 2010, 495, 496.

⁴ Vgl. bereits JAKOB (FN 1), Schutz der Stiftung, 534.

⁵ Zur Corporate Governance als Richtschnur für Selbstregulierung und Gesetzgebung siehe CHRISTOPH B. BÜHLER, Corporate Governance und ihre Regulierung in der Schweiz, ZGR 2012, 228 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Zürich 2011, § 10 N 203 ff.

⁶ Näher zum principal-agent-Konflikt und den damit einhergehenden Informationsasymmetrien (auch) im Kontext von Non-Profit-Organisationen MARCUS KREUTZ, Verhaltenskodices als wesentliches Element von Corporate-Governance-Systemen in gemeinnützigen Körperschaften, ZRP 2007, 50, 51. Eingehend zur Exemplifikation der Agenturtheorie im Stiftungskontext zuletzt KNUT WERNER LANGE, Die Bedeutung institutionenökonomischer Erkenntnisse für das Verständnis von Herrschaft und Kontrolle in der Stiftung, AcP 2014, 511, 516 ff.

⁷ Dazu INGO SAENGER/TILL VELTMANN, Corporate Governance in Stiftungen, ZSt 2005, 67; zum Ganzen bereits DOMINIQUE JAKOB, Das neue System der Foundation Governance – interne und externe Stiftungsaufsicht im neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht, LJZ 2008, 83 ff.

⁸ Zur Abgrenzung der Nonprofit Governance von der Corporate Governance VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 496 f.

⁹ Grundlegend ALEX FISCHER, Corporate Governance bei Stiftungen – von der Selbstverständlichkeit des Guten, in: FS für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 645 ff.; zur Übertragbarkeit der Grundsätze der Corporate Governance auf eine Foundation Governance DIETER BERG, Good Governance für Stiftungen, FuS 2014, 182; KALSS (FN 3), in: Non Profit Law Yearbook 2013/2014, 125, 130; HELMUT KOHL, Ein «Foundation Governance Kodex» – ein Gebot unserer Zeit?, GS Walz, 229, 242 f.; GEORG VON SCHNURBEIN/TIZIAN FRITZ, Foundation Governance im Kontext von Reputation und Legitimation, ZögU 1/2012, 61, 64; zurückhaltend und differenzierend LANGE (FN 6), AcP 2014, 511, 522 f.; monografisch NINA LÜCK, Die Anwendbarkeit des Corporate Governance Kodex auf Stiftungen, Berlin 2008. Die Corporate-Governance-Bewegung, die Anfang der 1990er Jahre im transnationalen Raum ihre Anfänge nahm, dient jedenfalls als unmittelbares Vorbild der Nonprofit-Governance-Codes, vgl. dazu STEPHAN MEDER, Ungeschriebenes «Recht» im transnationalen Raum am Beispiel der Corporate Governance Verhaltenscodices, in: Transnationales Recht, Tübingen 2014, 257, 264. Zur Corporate Governance als Richtschnur für Selbstregulierung und Gesetzgebung siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 10 N 203 ff.

¹⁰ JAKOB (FN 1), Schutz der Stiftung, 206 ff., 529 ff.

¹¹ JAKOB (FN 1), Schutz der Stiftung, 207.

¹² Zu möglichen Governance-Ansätzen als Charakteristikum einer Stiftungsrechtsordnung DOMINIQUE JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung, Vaduz 2009, Rn. 442 ff.; FRANCESCO A. SCHURR, Die Foundation Governance als Schlüsselement im Wettbewerb der Stiftungsrechtsordnungen, PSR 2010, 64 ff. Weitergehend aus betriebswirtschaftlicher Sicht SCHNURBEIN/FRITZ (FN 9), ZögU 1/2012, 61, 72 (Foundation Governance als Schlüssel zur verbesserten Kommunikation mit den Stakeholdern und zur Steigerung der gesellschaftlichen Akzeptanz); vgl. auch LINDA ZURKINDEN-ERISMANN, Foundation Governance, Selbstregulierung im Rahmen internationaler Herausforderungen und Entwicklungs-

doch sind die Herangehensweisen an das Thema höchst unterschiedlich. Und so muss man – möchte man über Foundation Governance sprechen – verschiedene Ebenen auseinanderhalten, auf welchen eine «gute Stiftungsführung» erreicht und kanalisiert werden kann.¹³ Zum einen geht es um die *inhaltlichen Regeln*, die die Stiftungsbeteiligten zu einem ordnungsgemässen Verhalten anhalten sollen.¹⁴ Zum zweiten interessiert der *institutionelle Ordnungsrahmen*, der diese Regeln transportieren soll. Im Hinblick auf letzteren wiederum ist zu unterscheiden zwischen der Regelungsebene des Gesetzgebers, den statutarischen Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters und schliesslich allfälligen Verhaltensregeln für die Handlungsorgane. In der Schweizer Diskussion ist die Abschichtung dieser Ebenen häufig noch nicht verinnerlicht und wird Foundation Governance mit unterschiedlichen dieser Elemente, meist jedoch mit der reinen «guten Stiftungsratspraxis» gleichgesetzt. Foundation Governance wird daher vielfach synonym mit dem Trend gebraucht, der im Mittelpunkt auch dieses Beitrags steht: Dieser Trend strebt nach Standardisierung der Nonprofit Governance in Form von Verhaltensmustern zuhanden der *Stiftungsbeteiligten* (und hier vor allem des *Stiftungsrats*),¹⁵ bezieht sich aber vornehmlich auf die *dritte* der genannten Regelungsebenen: Es geht um Kodizes, welche von privaten Organisationen erstellt werden und den Stiftungsbeteiligten eine Entscheidungshilfe an die Hand geben oder die Führungsverantwortlichen zu einem gewissen Verhalten anhalten sollen.

Ein in der Schweiz ebenso etabliertes wie international renommiertes Beispiel ist der *Swiss Foundation Code* (SFC) des Verbands der Schweizer Förderstiftungen. Erstmals veröffentlicht am 25. Oktober 2005,¹⁶ ist er zum Jahre 2009 in einer erweiterten, überarbeiteten und mit einem Kommentar versehenen Auflage publiziert worden; eine dritte, wiederum überarbeitete Auflage ist für das Jahr 2015 angekündigt. In der Fassung von 2009 enthält der Code drei Grundsätze sowie 26 Empfehlungen zuhanden von Stiftern, Stiftungsräten und Geschäftsführern von

zuvörderst mittleren und grossen Förderstiftungen.¹⁷ In seinen Empfehlungen umfasst der SFC eine systematisch geordnete Zusammenstellung von Verfahrens- und Verhaltenshinweisen für die Führung von Förderstiftungen in Sachen Transparenz, Machtausgleich und Wirksamkeit.¹⁸ Der Code fokussiert dabei auf Empfehlungen in den Bereichen Gründung (3), Führung (12), Förderung (4) und Finanzen (7). Konzeptionell ist zu beachten, dass es nicht nur um stiftungsinterne Vorgaben zur guten Stiftungsführung geht, die sich eine bestimmte Stiftung oder die Mitgliedsstiftungen von SwissFoundations, dem Verband der Schweizer Förderstiftungen, auferlegen. Vielmehr handelt es sich um ein Regelwerk, das über die stiftungsindividuelle Sphäre hinaus generell für den Stiftungstyp der *Förderstiftung* Geltung erlangen soll.¹⁹ Ausserdem wollen die Verfasser des SFC ihr Werk eher als eine Art vertrauensbildende Massnahme denn als ein strikt zu befolgendes Regelwerk oder starre Anleitung verstanden wissen. Und in der Tat: Die Herangehensweise an die geplante Neuaufgabe zeigt, dass seine Initiatoren dem ursprünglichen Konzept treu bleiben, die Empfehlungen des Codes einer fortlaufenden Prüfung und Revision zu unterziehen.²⁰ So passt ins Bild, dass der SFC kein streng rechtliches Instrument sein soll, sondern der Code und sein Kommentarteil einen interdisziplinären Charakter aufweisen.²¹ Optisch ist dieses Anliegen seit der Fassung aus dem Jahre 2009 konsequent umgesetzt, sind doch die ausdrücklichen Bezugnahmen auf die stiftungsrechtlichen Quellen (Gesetze, Judikate und Literatur) nur spärlich gesät.

Als erstem europäischen Code einer Good Governance für Förderstiftungen kann dem SFC unter den mittlerweile bestehenden Nonprofit-Governance-Codes²² eine gewisse *Leitbildfunktion* zugesprochen werden und seine Konzeption kann mit Blick auf die Entwicklung der Foun-

tendenzen unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Schweiz, *Stiftung & Sponsoring* 1/2006, Rote Seiten, passim.

¹³ Vgl. dazu und zum Folgenden bereits DOMINIQUE JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, 185, 229.

¹⁴ Näher dazu JAKOB (FN 13), ZSR 2013 II, 185, 231.

¹⁵ Vgl. VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 497; vgl. dazu auch JAKOB (FN 2), SJZ 2008, 833, 838 f., demzufolge die Regulierung von Verhaltensweisen möglicherweise noch wirkungsvoller durch eigentliches Stiftungsrecht geschehen kann.

¹⁶ Vgl. zur Genese des SFC BENNO SCHUBIGER, Foundation Governance am Beispiel des Swiss Foundation Code – Erfahrungsbericht eines Stiftungspraktikers, in: Gemeinnützige Stiftungen und Stiftungsmanagement, Zürich 2010, 121, 123 ff., 130.

¹⁷ THOMAS SPRECHER/PHILIPP EGGER/MARTIN JANSSEN, *Swiss Foundation Code 2009*, mit Kommentar, Empfehlungen zur Gründung und Führung von Förderstiftungen, Basel 2009.

¹⁸ Vgl. dazu näher GEORG VON SCHNURBEIN, Governance und Management von Förderstiftungen in Deutschland und der Schweiz, in: *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, 1, 10 f.

¹⁹ Auch insoweit lehnt sich der SFC an seine Vorbilder, die *Corporate Governance Codes* an, die ebenfalls externe Regelwerke darstellen und für eine *Vielzahl* von Unternehmen gelten sollen, vgl. dazu MEDER (FN 9), in: *Transnationales Recht*, 257, 263 f.

²⁰ Siehe THOMAS SPRECHER, Jusletter vom 26.4.2010 («work in progress» bzw. Daueraufgabe).

²¹ Vgl. SPRECHER/EGGER/JANSSEN (FN 17), Einleitung, 17 («der Fokus der Empfehlungen kein ausschliesslich rechtlicher»); PHILIPP EGGER, in: *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, Angelbachtal 2007, 55. Dazu zum Teil kritisch ROMAN BAUMANN LORANT, *Der Stiftungsrat*, Zürich 2009, 71.

²² Siehe für einen umfassenden Überblick VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 499 f.

dation Governance sowie weiterer Codes als bedeutende Pionierleistung gewürdigt werden.²³ Im In- und Ausland wurden seither weitere Stiftungs- bzw. Nonprofit-Governance-Kodizes entwickelt,²⁴ in der Schweiz der Swiss NPO-Code der Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten grosser Hilfswerke (KPGH) vom 31. März 2006, in Deutschland etwa die «Grundsätze guter Stiftungspraxis» des Bundesverbands Deutscher Stiftungen e.V. vom 11. Mai 2006.²⁵ Zuletzt wurde von der Wirtschaftsuniversität Wien ein österreichischer «Governance-Kodex für Nonprofit Organisationen» erarbeitet, mittels eines Konsultationsprozesses mit Führungsverantwortlichen aus unterschiedlichen NPOs weiterentwickelt und im Herbst des Jahres 2013 der Fachöffentlichkeit vorgestellt.²⁶ Wenn sich auch dessen einzelne Empfehlungen und Regelungsvorschläge massgeblich an der Rechtsform des *Vereins* orientieren, lassen sie sich doch konzeptionell auf weitere Rechtsformen übertragen.²⁷ Auch diesem österreichischen NPO-Code dürfte der SFC als *wichtiges Vorbild* gedient haben.²⁸ Insgesamt ist ein wachsender internationaler Trend zur Etablierung von Governance-Kodizes

im Gemeinnützigkeitssektor²⁹ feststellbar, vor allem mit Blick auf die Professionalisierung des Sektors, der Foundation Governance und der Transparenz im Stiftungswesen.³⁰

II. Zur Rechtsnatur des Swiss Foundation Codes

Obwohl die Corporate-Governance-Bewegung bereits Anfang der 1990er Jahre im transnationalen Raum ihren Anfang nahm, ist die Frage nach der Rechtsnatur von Governance-Codes weitgehend ungeklärt und umstritten.³¹ Beim SFC kommt hinzu, dass auch dieser Code zunächst Standards und Verhaltensmassstäbe setzt, die ihren Ursprung nicht in der hoheitlichen Gesetzgebung, sondern in einem privaten Gremium haben, so dass sich der SFC in einem übergeordneten Sinne als eine Art «private Rechtssetzung» umschreiben liesse. Dazu passt, dass er mit Blick auf seine «Rechtsnatur» oftmals als blosses *soft law*³² bezeichnet wird. Normqualität, wie sie einem formellen Gesetz entspricht, kommt dem SFC damit nicht zu; das gilt freilich auch für seine Teile, in denen er das geltende Recht beschreibt. Der Code ist kein staatliches Gesetzesrecht und hat keine statutengleiche Wirkung.³³

²³ In diese Richtung bereits VON SCHNURBEIN/FRITZ (FN 9), ZögU 2012, 1/2012, 61, 63 f. Allgemein zur Schweiz als Vorreiterin der Nonprofit-Governance-Diskussion SYLVIA KRYZA, Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen, Magisterarbeit Univ. Wien, 2010, 33, 50.

²⁴ Vgl. zur Frage nach einem fehlenden Konsolidierungsprozess und des damit verbundenen parallelen Bestands mehrerer Nonprofit-Governance-Codes VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 497 f.

²⁵ Abrufbar unter: http://issuu.com/bundesverband/docs/grundsaeetze_2013. Dazu mit Recht präzisierend VON SCHNURBEIN (FN 18), in: Non Profit Law Yearbook 2012/2013, 1, 12 (weniger Governance-Kodex, als vielmehr ein «Grundsatzdokument», auf dessen Basis Stiftungen eigenständig Governance-Richtlinien für ihre eigene Organisation entwickeln sollen).

²⁶ Eingehend zu Genese und Inhalt des österreichischen Governance-Kodex für NPO KALSS (FN 3), in: Non Profit Law Yearbook 2013/2014, 125, 131 ff., 134 ff. (mit Abdruck einer verkürzten Version des Kodex auf S. 143 ff.; vollständige Version abrufbar unter: http://www.wu.ac.at/npo/competence/npo-governance-kodex_austria/der_oesterreichische_npo-governance-kodex.) Zum hiervon zu unterscheidenden österreichischen Corporate-Governance-Kodex im Kontext des Nonprofit-Sektors KRYZA (FN 23), Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen, Magisterarbeit Univ. Wien, 2010, 30 ff.

²⁷ KALSS (FN 3), in: Non Profit Law Yearbook 2013, 2014, 125, 132, 135 f. (dort näher zu den Kriterien für eine «NPO» im Sinne des Kodex).

²⁸ In diese Richtung auch JOHANNES ZOLLNER in seinem Vortrag «Corporate Governance Kodex für NPOs in Österreich – Aktueller Stand der Entwicklungen», gehalten am 9. Doktorandenseminar zum Non-Profit-Recht der Bucerius Law School (Hamburg, 29./30.6.2012), der zugleich den Einfluss des *Swiss NPO Codes* auf die österreichischen Entwicklungen betonte; vgl. dazu auch den Tagungsbericht in npoR 3/2012, 175, 176.

²⁹ Tendenziell gegen die Schaffung eines Foundation Governance Codes für privatnützige Stiftungen aufgrund eines fehlenden Informationsbedürfnisses ULRICH TORGGGLER, Rechtsvergleichende Anmerkungen zur liechtensteinischen Foundation Governance, in: Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Zürich 2012, 87.

³⁰ Auf europäischer Ebene ist ausserdem auf die «Principles of Good Practice: A Self-Regulatory Tool for Foundations» des EFC aus dem Jahr 2007 aufmerksam zu machen, die von der «Annual General Assembly» des EFC zuletzt am 15.5.2014 in Sarajevo revidiert worden sind und auf vier zentralen Pfeilern (*independent governance, sound management, transparency, accountability*) beruhen.

³¹ Vgl. MEDER (FN 9), in: Transnationales Recht, 257, 265 ff.; die wohl derzeit h.L. geht davon aus, dass Governance-Codes keine Rechtsqualität besitzen, vgl. MEDER (FN 9), in: Transnationales Recht, 257, 268 m.w.N. sowie weiterführend zu Ansätzen, die zwischen der Qualifikation als «Recht» oder «Nicht-Recht» zu vermitteln streben. Allgemein zum wachsenden Interesse an privat gesetzten Normen ANDREAS ENGERT, Private Normsetzungsmacht: Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung, Rechtswissenschaft 2014, 301 ff.

³² Näher zur Einordnung von Governance-Kodizes als *soft law* VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 496. Zu Corporate-Governance-Kodizes ebenfalls AXEL VON WERDER, in: Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. A., München 2014 Vorbem N 5. A.A. HANS MICHAEL RIEMER, Corporate Governance-Richtlinien für Vereine und Stiftungen aus juristischer Sicht, SJZ 2006, 513, 515 (kein «soft law», sondern gar kein «law»); ebenso BAUMANN LORANT (FN 21), Der Stiftungsrat, 79.

³³ BAUMANN LORANT (FN 21), Der Stiftungsrat, 70, 78. Vgl. auch FELLMANN, NPO-Audits aus Sicht der Revisionspraxis, in: Rech-

Überdies ist der SFC noch überaus jung, so dass schon aus diesem Grund nicht davon ausgegangen werden kann, er könne bereits die Schwelle zum Gewohnheitsrecht oder zu einer Art «Handelsbrauch» beschreiten. In einer so kurzen Zeit kann sich weder eine *communis opinio*, noch eine langjährige Übung (*traditio*)³⁴ herausbilden. Indes: Je mehr Stiftungen dem SFC folgen, indem sie seine Empfehlungen beherzigen, desto stärker wird die faktische Selbstbindung, die nach und nach zu einer Übung oder Gewohnheit mutieren kann.³⁵ Nach all dem ist der SFC *derzeit* lediglich ein von einem privaten Verband publiziertes Instrument der Selbstregulierung, das von dessen Mitgliedern und von anderen Stiftungen aufgegriffen werden *kann*, aber nicht aufgegriffen werden *muss*. Immerhin kann er zur Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmassstabs und der unbestimmten Rechtsbegriffe beitragen (siehe dazu noch hinten IV.3). Zudem soll er allenfalls bei echten Gesetzeslücken (Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 ZGB), nicht also bei einem qualifizierten gesetzgeberischen Schweigen, im Einzelfall als Mittel herangezogen werden können, diese Lücken zu füllen.³⁶ Eine Lückenfüllung mit Governance-Regeln dürfe aber nicht zu einer «*Art private(n) Gesetzesrevision durch die Hintertüre*»³⁷ führen. Sind die privaten Governance-Kodizes dem Gesetzesrecht folglich ungleich, bleibt mit Blick auf die *hoheitliche Stiftungsaufsicht* zu konstatieren, dass die Aufsichtsbehörden im Grundsatz weder dazu ermächtigt noch verpflichtet sind, im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeiten zu prüfen, ob die Handlungsanweisungen von Governance-Kodizes eingehalten werden oder nicht.³⁸

nungslegung und Revision von Förderstiftungen, Basel 2011, 181, 188 (der feststellt, dass die Einhaltung des SFC nicht durch den statutarischen Revisor zu prüfen ist).

³⁴ Allgemein zu den Voraussetzungen für Gewohnheitsrecht PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMOJUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich 2009, § 5 Rn. 20.

³⁵ Vgl. allgemein MEDER (FN 9), in: Transnationales Recht, 257, 271 f.

³⁶ So RIEMER (FN 32), SJZ 2006, 513, 515, der darauf hinweist, dass diese Lückenfüllung «immer kritisch wertend zu geschehen» habe und bei Stiftungen (und Vereinen) nur ausnahmsweise in Betracht gezogen werden kann. Ebenfalls zurückhaltend BAUMANN LORANT (FN 21), Der Stiftungsrat, 79.

³⁷ So BAUMANN LORANT (FN 21), Der Stiftungsrat, 80.

³⁸ Näher zur Rolle der Aufsichtsbehörden bei der Durchsetzung von Governance-Kodizes ALEX FISCHER, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 645, 668.

III. Zur Rezeption des Swiss Foundation Codes in der Behörden- und Gerichtspraxis sowie im Kontext parlamentarischer Aktivitäten

Freilich wird man sehen müssen, wie die Rechtspraxis bislang mit dem Regelungsbestand des SFC umgegangen ist. Hier kann zwischen der Praxis der Aufsichtsbehörden und der Gerichte unterschieden werden, wobei naturgemäss nur die publizierten Entscheide in die hiesige Analyse einbezogen werden können. Daneben ist ein Hinweis darauf angezeigt, welche Rolle der SFC auf politischer Ebene im Rahmen der parlamentarischen Aktivitäten spielte.

1. Aus der Praxis der Aufsichtsbehörden

Aus der publizierten Aufsichtspraxis verdient ein Entscheid des *Zürcher Regierungsrats* Erwähnung, der eine Aussage zur rechtlichen «Qualifikation» des SFC enthält.³⁹ Im zugrunde liegenden Sachverhalt stand eine Ämterkumulation⁴⁰ und eine damit möglicherweise einhergehende Interessenkollision auf dem Prüfstand. Aufgrund dieser Ämterkumulation war der Stiftungsratspräsident einer privatrechtlichen Stiftung vom Bezirksrat als Aufsichtsbehörde abgesetzt worden, wogegen sich ersterer zur Wehr setzte.

Nach Auffassung des Regierungsrats war es nicht ausreichend, dass der Bezirksrat sein aufsichtliches Einschreiten allein damit begründete, die Ämterkumulation des Stiftungsratspräsidenten «widerspreche den heute allgemein gültigen Standards der Unternehmensführung, insbesondere dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance und dem Swiss Foundation Code.»⁴¹ Dies gelte umso mehr, als der SFC auf Förderstiftungen ausgerichtet sei, der Code ausdrücklich nur empfehlenden Charakter habe und es sich dabei um ein Regelwerk «ohne demokratische Legitimation» handle. Ein aufsichtliches Einschreiten bedinge bestehende oder drohende Missstände.⁴² In casu wurden solche allerdings bejaht und die aufsichtliche Abberufung des Stiftungsratspräsidenten

³⁹ Entscheid vom 25.9.2013, RRB Nr. 1054/2013 (Aufsicht).

⁴⁰ Der Präsident des Stiftungsrats war zugleich Vorstandspräsident eines (Tierschutz-)Vereins, dessen Vorstand die Wahl des Stiftungsrats zustand. Zugleich war dieser Präsident alleiniger Tierarzt des von der Stiftung betriebenen Tierheims sowie dessen Geschäftsführer.

⁴¹ Ziff. 4a des Entscheids.

⁴² Ibid.

vom Präsidenschaftsamt⁴³ wurde vom Regierungsrat als verhältnismässige Massnahme gutgeheissen.⁴⁴

Dem SFC wurde in vorliegendem Entscheid somit keine massgebliche Bedeutung zugesprochen. Dies bestätigt den Befund, dass es sich um ein unverbindliches und optionales Regelwerk handelt, zeigt aber zum anderen auch, dass der Code in der Praxis der Aufsichtsbehörden «angekommen» zu sein scheint. Es ist nicht auszuschliessen, dass ein dogmatisch besseres Vorbringen des Bezirksrats eine andere Reaktion des Regierungsrats hervorgerufen hätte, etwa wenn die konkret drohenden Missstände vorgebracht und mit den entsprechenden Ausführungen des SFC⁴⁵ näher unterlegt worden wären.

2. Aus der Praxis der Gerichte

a. Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) wird der Code bisweilen als Referenz für gewisse Sachaussagen herangezogen. In den Urteilen C-6590/2010 vom 2. Januar 2013⁴⁶ und C-6597/2010 vom 10. April 2013⁴⁷ führt das BVGer aus, dass die Präambel der Stiftungsurkunde die Funktion habe, über die Beweggründe und die Zielsetzung des Stifters Auskunft zu geben; zudem werde dem Stiftungsrat ein Interpretationsrahmen zur Zweckverwirklichung sowie zu einer allfälligen Änderung des Stiftungszwecks an die Hand gegeben. Belegt werden diese Sachaussagen mit einem Verweis auf entsprechende Ausführungen im SFC.⁴⁸ Im Urteil C-8159/2010 vom 5. April 2013⁴⁹ äusserst sich das BVGer zur statutarischen Fassung des Stiftungszwecks: «Weite Umschreibungen des Zwecks erlauben eine flexible Umsetzung durch die Stiftungsorgane, so dass auch Anpassungen an veränderte Verhältnisse möglich sind.

Dagegen besteht die Gefahr, dass sich die Stiftung zunehmend von den ursprünglichen Absichten des Stifters entfernt. Umgekehrt geben enge Zweckbestimmungen dem unmittelbaren Willen des Stifters zwar mehr Gewicht, können sich aber eines Tages als zu enge Fesseln erweisen, die sich nur schwer abschütteln lassen.» Belegt werden diese Sachaussagen wieder mit einem Verweis auf die korrespondierenden Ausführungen im SFC.⁵⁰ Daraus lässt sich ableiten, dass der SFC für das BVGer inzwischen als bedeutende Referenz fungiert und der Code sich insoweit durchaus bereits auf Augenhöhe zur Kommentarliteratur und zum sonstigen wissenschaftlichen Schrifttum bewegt.

b. Rechtsprechung ausländischer Gerichte

Mit Blick auf eine Bezugnahme auf den SFC ist es bemerkenswerterweise ein *liechtensteinischer* Richterspruch, der unter den einsehbaren Judikaten in besonderer Weise hervorsticht.⁵¹ In casu ging es darum, dass zwischen den Destinatären und dem Stiftungsrat Rechtsstreitigkeiten anhängig waren, in denen es um Ansprüche aus Schuldverhältnissen ging, die mit der Stiftung an sich nichts zu tun hatten (in concreto betrafen die Streitigkeiten eine Verpfändung von Inhaberschuldbriefen sowie Honoraransprüche). Im dazugehörigen Urteil 03 CG.2006.354 vom 4. Juni 2009 nahm der Oberste Gerichtshof Liechtensteins (FL OGH) nicht etwa nur in Form einer Referenz auf Empfehlung 11 des SFC Bezug. Vielmehr hat er ausgesprochen, dass diese Empfehlung zur Auslegung der Pflichten eines Stiftungsrats im Hinblick auf allfällige Interessenkollisionen zu berücksichtigen ist.⁵² Empfehlung 11 regelt den Umgang mit Interessenkonflikten des Stiftungsrats. Danach haben Stiftungsräte «ihre Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte möglichst vermieden werden. Von permanenten personellen oder institutionellen Interessenkonflikten betroffene Personen dürfen weder dem Stiftungsrat noch der Geschäftsführung angehören».

⁴³ Die gleichzeitige Abberufung des Rekurrenten als Mitglied des Stiftungsrats – also seine *gänzliche* Absetzung – wurde in casu hingegen als unverhältnismässig angesehen, vgl. Ziff. 4f des Entscheids.

⁴⁴ Ziff. 4e des Entscheids.

⁴⁵ In casu etwa Empfehlung 11 («Der Stiftungsrat trifft Regelungen für Interessenkonflikte.») samt der dazugehörigen Kommentierung, vgl. SPRECHER/EGGER/JANSSEN (FN 17), Swiss Foundation Code 2009, 70 ff.

⁴⁶ E. 4.3.

⁴⁷ E. 4.4.

⁴⁸ SPRECHER/EGGER/JANSSEN (FN 17), Swiss Foundation Code 2009, 30 (Kommentar zu Empfehlung 1: «Der Stifter formuliert seinen Willen und prüft, ob eine Stiftung zu dessen Umsetzung geeignet ist.»).

⁴⁹ E. 4.4.

⁵⁰ SPRECHER/EGGER/JANSSEN (FN 17), Swiss Foundation Code 2009, 30 (Kommentar zu Empfehlung 1, vgl. FN 48).

⁵¹ Urteil 03 CG.2006.354 des FL OGH vom 4.6.2009, LES 2010, 7 = PSR 2/2010, 90 ff. mit Anm. SCHURR.

⁵² So jedenfalls einer der Orientierungssätze des Urteils, vgl. LES 2010, 7, und dort noch E. 7.12 = PSR (Die Privatstiftung), 2/2010, 90, 92 (dort unter Ziff. 7.11); in den Erwägungsgründen verhält sich der FL OGH deutlich reservierter, wobei der FL OGH jedenfalls eine sinngemässe Anwendung des SFC im liechtensteinischen Stiftungsrecht erwägt; ähnlich SCHURR (FN 51), PSR 2/2010, 93, 94, wonach der FL OGH betone, «dass das Softlaw-Instrument des Swiss Foundation Code in Liechtenstein zwar nicht als Verhaltensparameter unmittelbar Anwendung findet, dennoch aber in ähnlicher Art und Weise in Liechtenstein zu entscheiden sei.»

Mit Verweis auf Empfehlung 11 bestätigte also der FL OGH, das der Stiftungsrat aufgrund von Interessenkonflikten wirksam abberufen worden ist. Falls sich weitere Gerichte diesem Judikat insoweit anschliessen, so wären die Empfehlungen des SFC in der Tat geeignet, eine gewissermassen «präjudizielle» Wirkung im Hinblick auf den Pflichtenkanon von Stiftungsbeteiligten zu entfalten. Das Judikat des FL OGH geht insofern weiter als die schweizerischen Entscheide, weil es sich – gerade mit Rekurs auf den SFC – dem Instrument der Selbstregulierung⁵³ in markanter Weise öffnet und damit eine neue Komponente der Foundation Governance erschliesst.⁵⁴ Hervorzuheben ist des Weiteren, dass diese Form der Rezeption des SFC in Teilen des Schrifttums durchaus begrüsst worden ist.⁵⁵ Doch damit nicht genug: Äusserst bemerkenswert ist darüber hinaus, dass die Empfehlung 11 des SFC zur Entscheidungsfindung herangezogen wurde, obwohl die streitgegenständliche Stiftung gar keine Schweizer Stiftung war. Die Stiftung hatte sich auch nicht etwa auf andere Weise – etwa durch Mitgliedschaft bei SwissFoundations⁵⁶ oder durch statutarische Anordnung – verpflichtet, dem Code Folge zu leisten.⁵⁷

Der gegen dieses Urteil eingelegten Individualbeschwerde hat der liechtensteinische Staatsgerichtshof (StGH) mit Urteil 2009/112 vom 29. März 2010 übrigens keine Folge gegeben. Der StGH zitiert zwar die Passage des Urteils des FL OGH,⁵⁸ in der letzterer auf den SFC Bezug nimmt, geht aber im Übrigen nicht weiter auf die Thematik ein.

3. Aus der Praxis parlamentarischer Aktivitäten

Die im Rahmen der Diskussion über eine Professionalisierung des Dritten Sektors geführte Thematik der Entschädigung von Stiftungsratsmitgliedern war Gegenstand einer am 6. Dezember 2012 eingereichten Interpellation «Status der Mitglieder von Stiftungsräten» (12.4063) von Ständerat *Luc Recordon*.⁵⁹ Der Bundesrat verwies in seiner Antwort vom 13. Februar 2013 zunächst darauf, dass die Entschädigung von Stiftungsräten im positiven Recht nicht adressiert ist. Während Stiftungsverbände Verhaltenskodizes, wie etwa den SFC, erlassen hätten, denen zufolge den Stiftungsräten für eine professionelle Stiftungsführung eine *angemessene Vergütung* zugestanden werden kann, plädierten die Stiftungsaufsichtsbehörden für ein ehrenamtliches Engagement des Leitungsorgans. Der Bundesrat nimmt den vom SFC gespielten Ball⁶⁰ schliesslich auf, indem er ausführt, dass je nach den Umständen des Einzelfalls «eine vergütete Professionalität einem ehrenamtlichen Laientum vorzuziehen» sein kann. Und auch bei der Abschreibung der Motion von Ständerat *Werner Luginbühl* (09.3344) zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» hält der Bundesrat in seinem Bericht vom 27. Februar 2013 fest, anstelle von gesetzlichen Massnahmen solle die «Verbesserung der Corporate Governance [...] primär den Selbstregulierungsbestrebungen der interessierten Kreise überlassen werden (bspw. Swiss Foundation Code 2009)».⁶¹

IV. Zur Rezeption des Swiss Foundation Codes im Schrifttum

Durchforstet man die Literatur auf Bezüge zum SFC,⁶² lassen sich die gefundenen Ergebnisse systematisch in *vier Kategorien* erfassen:

⁵³ Eingehend zu den Grundlagen und Chancen der Selbstregulierung im Schweizer Stiftungssektor PARISIMA VEZ, *Surveillance étatique et autorégulation des fondations classiques*, ZSR 132 (2013) II, 342, 395 ff.

⁵⁴ Siehe auch SCHURR (FN 51), PSR 2/2010, 93.

⁵⁵ Vgl. SCHURR (FN 51), PSR 2/2010, 93, 95, der es als «positive Tendenz» erachtet, dass die liechtensteinische höchstrichterliche Rechtsprechung nunmehr auch Selbstregulierungsinstrumente wie den Swiss Foundation Code als Entscheidungsgrundlage für eine anzustellende Verhältnismässigkeitsprüfung (der Absetzung eines Stiftungsrats) heranzieht. Vgl. auch MARCO ENDER, *Die Abberufung des Stiftungsrats nach liechtensteinischem Recht*, Master Thesis, Vaduz 2012, 32, 35, 42, 55, der den Einbezug des SFC «zu Auslegungszwecken im Rahmen von Abberufungsverfahren [für] äusserst begrüßenswert» hält.

⁵⁶ Diese Möglichkeit der Mitgliedschaft steht seit Frühjahr 2010 auch liechtensteinischen Stiftungen offen.

⁵⁷ Vgl. auch SCHURR (FN 51), PSR 2/2010, 93, 94.

⁵⁸ Sachverhalt Ziff. 5.11.

⁵⁹ Dazu DOMINIQUE JAKOB/DANIELA DARDEL/MATTHIAS UHL, *Verrein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2012*, Bern 2013, njus.ch, 53 f.

⁶⁰ Vgl. Empfehlung 7 (Honorierung von Stiftungsräten): «Die Mitglieder des Stiftungsrats sind angemessen zu honorieren, sofern die Mittel der Stiftung dies erlauben und die Mitglieder des Stiftungsrates nicht ehrenamtlich tätig sein können.», sowie die zugehörige Kommentierung in SPRECHER/EGGER/JANSSEN (FN 17), 56 ff.

⁶¹ Vgl. den Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion *Luginbühl* (09.3344) vom 27. Februar 2013, BBl 2013, 2213, 2248 (vgl. auch BBl 2013, 2213, 2222 [dort mit Fn. 8], wo der Swiss Foundation Code ebenfalls erwähnt wird); siehe zum Gesamtvorgang aus analysierender und wertender Perspektive ausführlich JAKOB (FN 13), ZSR 2013 II, 185, 205 ff.

⁶² Zur Rezeption des SFC in der Branche, in den Medien und in der Literatur vgl. auch den kursorischen Überblick bei SCHUBIGER

1. Der Swiss Foundation Code als zentraler Gegenstand der Publikation

Zunächst ist auf eine *erste Kategorie* an Publikationen aufmerksam zu machen, in denen der SFC einen (wenn nicht sogar *den*) zentralen Gegenstand des jeweiligen Beitrags bildet. Beispielhaft stehen hierfür etwa die Beiträge aus der Feder der Verfasser des Codes, die in diversen Publikationsorganen Inhalt und Ziele des SFC einem breiterem Fachpublikum sowie der allgemeinen Öffentlichkeit nahe bringen.⁶³

Daneben befassen sich weitere Autorinnen und Autoren in zum Teil recht umfassender Weise mit dem SFC, zum Beispiel PARISIMA VEZ, die die Entstehungsgeschichte sowie Inhalt und Zweck des SFC überblicksmässig aufzeigt.⁶⁴ Besonders hinzuweisen ist auf den «Erfahrungsbericht eines Stiftungspraktikers», BENNO SCHUBIGER, der sich in einem Beitrag im Tagungsband zum 2. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstag auf 17 Seiten mit der Genese, der Beschaffenheit, dem Nutzen und der möglichen Weiterentwicklung des SFC auseinandersetzt.⁶⁵ BENNO SCHUBIGER stellt dem SFC ein gutes Zeugnis aus, da der Code in konstruktivem Sinne die Probleme benenne, Impulse für – auch rechtliche – Entwicklungen setze sowie die Glaubwürdigkeit der Stiftungsbranche stärke.⁶⁶ Erwähnenswert ist schliesslich ein Aufsatz von GLATTER, der unter anderem von ersten Erfahrungen aus der Praxis berichtet. Der SFC werde danach (noch) nicht als verbindliche Standesregel, aber als bedeutende Richtlinie und Hil-

festellung zur Bewältigung von Governanceproblemen betrachtet.⁶⁷

2. Einbeziehung des Swiss Foundation Codes in die Governance-Debatte

Zu einer zweiten Kategorie an Publikationen sind solche zu zählen, in denen der SFC nicht den Zentralgegenstand bildet, in seinen Grundzügen jedoch vorgestellt und dessen Inhalte – mal mehr, mal weniger cursorisch – in die Governance-Debatte eingebettet werden. Dazu zählt etwa ein Festschriftenbeitrag zur «Corporate Governance bei Stiftungen» aus der Feder von FISCHER, der zahlreiche Bezüge zu den Inhalten des SFC herstellt.⁶⁸ In dieselbe Richtung gehen die «Roten Seiten» der Ausgabe von Stiftung&Sponsoring 4/2008 zur «Stiftungslandschaft Schweiz» von LICHTSTEINER, DEGEN und BÄRLOCHER, die den SFC dort vom Swiss NPO-Code abgrenzen.⁶⁹ VON SCHNURBEIN und FRITZ rekurrieren in ihrem Aufsatz zum Zusammenhang zwischen Foundation Governance einerseits sowie Reputation und Legitimation von Stiftungen andererseits unter anderem auf die drei Fundamentalgrundsätze des SFC – die wirksame Umsetzung des Stiftungszwecks, Checks and Balances und schliesslich Transparenz.⁷⁰ Eine cursorische Beschreibung des Geltungsbereichs, der Zielsetzung und Verbindlichkeit sowie des Inhalts des SFC findet sich zudem in der Dissertation von SCHÖBEL zur Corporate Governance im Stiftungsrecht⁷¹ sowie in derjenigen von SCHÖNENBERG zur Venture Philanthropie.⁷² Daneben kann auf eine Masterarbeit zur «Diversity und Foundation Governance bei Stiftungsräten gemeinnütziger Stiftungen» von TRACHSEL aufmerksam gemacht werden, in der die Verfasserin an zahlreichen Stellen ihrer Ausführungen auf die Inhalte des SFC rekurriert, um sie zur gesetzlichen Lage und zu den Vorgaben

(FN 16), in: Gemeinnützige Stiftungen und Stiftungsmanagement, 121, 135 f.

⁶³ PHILIPP EGGER, Der Swiss Foundation Code – ein Beitrag zur Selbstregulation von Stiftungen, in: Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, § 4 (= S. 53 ff.); SPRECHER/EGGER/JANSEN (FN 17), Interdisziplinär und praxisorientiert, Der Swiss Foundation Code 2009, Stiftung&Sponsoring 6/2008, 28 f.; THOMAS SPRECHER, Der erste europäische Code für Förderstiftungen, Fachzeitschrift für Verbands- und Nonprofit-Management 2006, 26 ff.; DERS., Foundation Governance in der Schweiz – Erster europäischer Code für Förderstiftungen, ST 9/2006, 663 ff.; DERS., Swiss Foundation Code, Anwaltsrevue 1/2006, 12 ff.; DERS., The Swiss Foundation Code 2009 – from corporate governance to foundation governance, Trust & Trustees, Vol. 16, July 2010, 523 ff.; vgl. auch DERS., Der Swiss Foundation Code – CEPS-Gespräch in: Philanthropie Aktuell 1/2011; SwissFoundations, Erster europäischer Good Governance Code für Stiftungen, Maecenata Aktuell, Nr. 55/2005, 51 f.

⁶⁴ Vgl. etwa PARISIMA VEZ, Der «Swiss Foundation Code 2009», in: «Gutes besser tun» – Trends im Schweizer Stiftungswesen, Dossier, Schweizer Monatshefte, April/Mai 2010.

⁶⁵ SCHUBIGER (FN 16), in: Gemeinnützige Stiftungen und Stiftungsmanagement, 121 ff.

⁶⁶ SCHUBIGER (FN 16), in: Gemeinnützige Stiftungen und Stiftungsmanagement, 121, 134.

⁶⁷ ANDREAS GLATTER, Unverbindlich, aber ein Gütesiegel, Die Stiftung, Special Schweiz, Februar 2013, 10 f.

⁶⁸ FISCHER (FN 9), FS Böckli, 645, 650 ff.

⁶⁹ HANS LICHTSTEINER/CHRISTOPH DEGEN/CHRISTOPH BÄRLOCHER, Stiftungslandschaft Schweiz – Tatsachen und Recht, Stiftung&Sponsoring 4/2008, Rote Seiten, 9 f.

⁷⁰ VON SCHNURBEIN/FRITZ (FN 9), ZögU 1/2012, 61, 64. Darüber hinaus wird der SFC von diesen Autoren in ein von ihnen entwickeltes R-G-L-Modell (Reputation-Governance-Legitimation-Modell) verortet, siehe DIES., ZögU 2012, 61, 70 f.

⁷¹ SARAH KATHARINA SCHÖBEL, Corporate Governance im Stiftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Schweiz und in Deutschland sowie europarechtlicher und internationaler Entwicklungen, Frankfurt a.M. 2012, 95 ff. und öfter.

⁷² DANIELA SCHÖNENBERG, Venture Philanthropie, Basel 2011, 47 ff.

anderer Governance-Kodizes in Beziehung zu setzen.⁷³ In ihrem Buch «Jahresabschluss und Finanzen von Stiftungen» erläutern DANIEL ZÖBELI und LUZIUS NEUBERT ferner Empfehlung 22⁷⁴, die sich mit der stiftungsspezifischen Anlagestrategie befasst.⁷⁵ LANG und SCHNIEPER stellen in ihrer Gemeinschaftsdissertation zum Thema «Professionelles Management von Stiftungen» fest, dass das von ihnen entwickelte «Foundation Excellence-Cockpit» «einem komplementären Teil des (...) Swiss Foundation Code» entspricht.⁷⁶ Ferner lehnen VON SCHNURBEIN und TIMMER in ihrem Werk «Die Förderstiftung» ihre Ausführungen zur Foundation Governance ausdrücklich an die Inhalte des SFC an.⁷⁷ ARRIVILLAGA und VON SCHNURBEIN schliesslich bringen in einem Beitrag im International Journal of Not-for-Profit Law zahlreiche Inhalte des SFC einer englischsprachigen Leserschaft zur Kenntnis.⁷⁸ Und *last but not least* rekurriert das im September 2014 veröffentlichte Avenir-Suisse-Diskussionspapier zum «Aufbruch» im Schweizer Stiftungswesen ebenfalls auf den Code. So wird im Kontext der Bestrebungen nach einer grösseren Transparenz im Sektor darauf hingewiesen, dass sich der Code eventuell «als Basis einer Zertifizierung von Stiftungen mit guter Corporate Governance verwenden» liesse.⁷⁹

Besondere Hervorhebung verdient ein Forschungsbeitrag aus dem Jahre 2010 aus der Feder von VON SCHNURBEIN und STÖCKLI, die im Rahmen der Erstellung einer möglichst umfassenden Übersicht⁸⁰ über die NPO-Kodizes aus der Schweiz und Deutschland den SFC in eine

Synopse einbetten, die Aufschluss über die Themenspektren und die inhaltliche Tiefe der einzelnen Ausführungen gibt. Das inhaltliche Profil des SFC, das von VON SCHNURBEIN und STÖCKLI anhand von acht Kriterien⁸¹ eruiert wird, lässt sich wie folgt zusammenfassen: (1.) Der SFC hält fest, dass der Grundsatz der Trennung von Führung und Kontrolle gewährleistet sein muss. (2.) Der SFC regelt detailliert die Aufgabenprofile und Handlungskompetenzen für Vorstand und Geschäftsführung. (3.) Der SFC enthält rudimentäre Festlegungen zum Risikomanagement. (4.) Der SFC enthält ausführliche Regelungen zum Umgang mit Interessenkonflikten und zur Besetzung der Stiftungsorgane. (5.) Der SFC enthält ausführliche Regelungen zur Zusammensetzung der Organe. (6.) Der SFC beschreibt die Anforderungen an die Transparenz des Organisationshandelns in seinen Grundzügen. (7.) Der SFC erwähnt die Sicherstellung eines leistungsfähigen Informationssystems. (8.) Der SFC enthält zahlreiche Empfehlungen zu Rechnungslegung und Abschlussprüfung. Gesamthaft betrachtet zählt der SFC damit zu denjenigen NPO-Kodizes, die ein breites Themenspektrum abdecken sowie durch einen weitreichenden Regelungsinhalt als auch eine mehrschichtige Regelungstiefe beeindruckend.⁸²

3. Einbeziehung des Swiss Foundation Codes in einen wissenschaftlichen Kontext

Nicht wenige Autoren gehen einen Schritt weiter und verwenden die Empfehlungen des SFC in ihrer fachspezifischen wissenschaftlichen Forschung als Argumentationstopoi und als Referenz für gewisse Sachaussagen. Der SFC wird auf diese Weise für wissenschaftliche Erkenntnisse fruchtbar gemacht, nicht zuletzt, um daraus für die Praxis konkrete Handlungsempfehlungen abzuleiten.

Mit Blick auf die Foundation Governance im Allgemeinen sowie den SFC im Besonderen beschäftigt sich aus (rechts-)wissenschaftlicher Sicht besonders eingehend und ertragreich der Autor BAUMANN LORANT in seiner Dissertation zur rechtlichen Stellung des Stiftungsrats.⁸³ Diesem Autor zufolge können die Grundsätze zur Foundation Governance einen wichtigen Beitrag zu einem besseren Verständnis *organisationsrechtlicher Strukturen* von Stiftungen leisten. Im Rahmen der Rechtsanwendung

⁷³ JANINE TRACHSEL, Diversity und Foundation Governance bei Stiftungsräten gemeinnütziger Stiftungen. Konzeptionelle Grundlagen – Empirie – Gestaltungsempfehlungen, Masterarbeit Universität Bern 2009, 13 f., 32, 34, 38 ff., 71.

⁷⁴ Empfehlung 22 lautet: «Die Risikofähigkeit und Risikobereitschaft einer Stiftung soll sich in der Anlagestrategie widerspiegeln, indem der Stiftungsrat diese in prozentualen Anteilen an geeigneten Anlageklassen festlegt.»

⁷⁵ DANIEL ZÖBELI/LUZIUS NEUBERT, Jahresabschluss und Finanzen von Stiftungen, Zürich 2009.

⁷⁶ NIKLAS LANG/PEPPI SCHNIEPER, Professionelles Management von Stiftungen, Gemeinschaftsdissertation Univ. St. Gallen, 2006, 5.

⁷⁷ GEORG VON SCHNURBEIN/KARSTEN TIMMER, Die Förderstiftung, Basel 2010, 43.

⁷⁸ LUCAS R. ARRIVILLAGA/GEORG VON SCHNURBEIN, The Swiss Legal Framework on Foundations and Its Principles About Transparency, International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 16, No. 1, September 2014, 30 ff.

⁷⁹ DANIEL MÜLLER-JENTSCH, Avenir Suisse Diskussionspapier, Schweizer Stiftungswesen im Aufbruch – Impulse für ein zeitgemässes Mäzenatentum, 2014, 41, vgl. auch 43 f., wo der Code als «wichtiger Meilenstein» des Stiftungswesens bezeichnet wird.

⁸⁰ VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 499 f., ermittelten 15 NPO-Kodizes, von denen zehn aus Deutschland und fünf aus der Schweiz stammen.

⁸¹ Näher zu den ausgewählten Kriterien VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 499 ff.

⁸² Vgl. die Synopse und das zugehörige Codierungsschema bei VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 502 f., 505 f.

⁸³ BAUMANN LORANT (FN 21), Der Stiftungsrat, 70 ff. und öfter.

können die Empfehlungen seines Erachtens aber nur dann eine «Interpretationshilfe» bieten, «sofern sie *sachlich überzeugen* und *nicht auf einen spezifischen Stiftungstypus ausgerichtet* sind.»⁸⁴ Selbst RIEMER, der sich in einem Aufsatz aus dem Jahre 2006 zur ergänzenden Anwendung von privat erlassenen Nonprofit-Regelungen skeptisch zeigt, zieht für die Honorierung von Leitungsorganen die entsprechenden Richtlinien des Codes in Betracht, «da effektiv eine Gesetzeslücke (intra legem) vorliegt».⁸⁵ Im Übrigen bringt RIEMER jedoch seine grundsätzlich kritische Haltung gegenüber dem SFC (sowie dem Swiss NPO-Code) zum Ausdruck und betont, dass die Nonprofit-Regelwerke grundsätzlich unverbindlich sind, falls sie nicht im Einzelfall *lege artis* in die Stiftungsdokumente integriert worden sind.⁸⁶

Darüber hinaus ist der SFC etwa eine wichtige Referenzquelle für MÜLLER und ZÖBELI, die in ihrer ausführlichen Situationsanalyse und Diskussionsgrundlage zur «Honorierung der obersten Leitungsorgane von Nonprofit-Organisationen» gehäuft auf die Empfehlungen des SFC rekurrieren und dabei auch auf die Weiterentwicklung einzelner Empfehlungen und deren Bedeutung für die Debatte um die Professionalisierung im Dritten Sektor eingehen.⁸⁷

Im Kontext des zunehmend an Bedeutung gewinnenden Themas des nachhaltigen und verantwortungsvollen Investierens von Stiftungsvermögen haben JAKOB und PICHT in Abgrenzung zu den vergleichsweise starren Kriterien des Bundesgerichts⁸⁸ darauf hingewiesen, dass der SFC (auch) im Bereich der Vermögensanlage (Empfehlung 21)⁸⁹ das Augenmerk auf den *Prozess einer sachgerechten Entscheidungsfindung* richtet. Ausgehend von

dieser Überlegung identifizierten die Autoren eine zweistufige Struktur der massgeblichen Aspekte, wonach zwischen einer «Stiftungsebene» und eine «Investitionsebene» unterschieden werden könne, um das Verhältnis der relevanten Aspekte zueinander zu verstehen und den Führungsverantwortlichen in Stiftungen bei der Beurteilung nachhaltiger und verantwortungsvoller Investitionen eine Arbeitshilfe an die Hand zu geben.⁹⁰ Auf Empfehlung 21 bezieht sich ausserdem SPRECHER in einem ersten Hauptteil seines Aufsatzes zur «Stiftung als Investorin».⁹¹ Aus dieser Empfehlung ergebe sich, dass der Stiftungsrat eine Anlagestrategie festzulegen habe, auf dessen Grundlage konkrete Einzelanlagen getätigt werden können.⁹²

Eine besonders beachtenswerte Diskussion hat der SFC für *Haftungsfragen* ausgelöst. So hat etwa FISCHER für die Frage nach der Haftung eines Stiftungsratsmitglieds gegenüber einem Destinatär erörtert, ob Governance-Kodizes *Schutznormen* (zugunsten der Destinatäre) im Sinne des ausservertraglichen Haftpflichtrechts bilden.⁹³ Im Jahre 2006 wurde dies von FISCHER zu Recht «bezweifelt», da «die jeweiligen Empfehlungen zu allgemein formuliert» seien, um als Schutznormen zu fungieren.⁹⁴ Für die Zukunft scheint FISCHER es aber für möglich zu halten, dass den Empfehlungen des SFC die Qualität von Schutznormen zukommen könnte.⁹⁵ Dem kann nicht ohne weiteres gefolgt werden, da grundsätzlich nur *Rechtsvorschriften* eine Schutznormqualität zugesprochen werden kann.⁹⁶

⁸⁴ BAUMANN LORANT (FN 21), Der Stiftungsrat, 79 f.

⁸⁵ RIEMER (FN 32), SJZ 2006, 513 ff., 516.

⁸⁶ RIEMER (FN 32), SJZ 2006, 513 ff., 516 (dort in Fn. 14 mit kritischer Äusserung zu Empfehlung 11 sowie Empfehlung 6 S. 1, sowie mit kritischer Äusserung zu den Empfehlungen 8 S. 3, 11 und 20 in Fn. 21 ff.); dem folgend BAUMANN LORANT (FN 21), 75.

⁸⁷ Vgl. mit Blick auf Empfehlung 7 des SFC KASPAR MÜLLER/DANIEL ZÖBELI, Die Honorierung der obersten Leitungsorgane von Nonprofit-Organisationen, Basel 2012, 5, 24 f.; kritisch bezüglich der Ausführungen des SFC zur Honorierungsfrage hingegen FISCHER, FS Böckli (FN 9), 645, 666, dort Fn. 115, demzufolge es zu bedauern sei, dass die Autoren des SFC «nicht zu einer griffigeren Formel finden konnten oder wollten»; gerade in diesem Bereich seien «nicht zu unterschätzende Missbrauchsgefahren» zu orten.

⁸⁸ Danach hat sich die Vermögensverwaltung von Stiftungen an den Grundsätzen Ertrag, Liquidität, Vermögenserhaltung, Anlagediversifikation und Risikominimierung zu orientieren, vgl. BGE 124 III 97 E. 2; BGE 108 II 352 E. 5a.

⁸⁹ Empfehlung 21: «Die Anlage des Stiftungsvermögens soll im Rahmen einer expliziten Anlagepolitik und -strategie so erfolgen, dass die Ziele der Stiftung effizient erreicht werden.»

⁹⁰ Näher DOMINIQUE JAKOB/PETER PICHT, Responsible Investments by Foundations from a Legal Perspective, International Journal of Not-for-Profit Law, Vol. 15, No. 1, April 2013, 53, 57, 59 f.; DIES., Sustainable Investments by Foundations form a Legal Perspective, successio 2013, 82, 83; vgl. auch DIES., Vom Stiftungszweck zur Anlagestrategie – Stiftungsrechtliche Überlegungen zu nachhaltigen und verantwortlichen Investitionen von Stiftungen, Stiftung&Sponsoring 6/2012, 26 ff.

⁹¹ THOMAS SPRECHER, Die Stiftung als Investorin, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 191 ff.

⁹² SPRECHER (FN 91), FS Schwander, 191, 199; vgl. auch FISCHER (FN 9), FS Böckli, 645, 656.

⁹³ FISCHER (FN 9), FS Böckli, 645, 669.

⁹⁴ FISCHER (FN 9), FS Böckli, 645, 669.

⁹⁵ Siehe FISCHER (FN 9), FS Böckli, 645, 669: «Viel wird davon abhängen, inwiefern die im Swiss Foundation Code griffig kodifizierten Verhaltensregeln in der Praxis auf Akzeptanz und Beachtung stossen.» Um den *Destinatären* Ansprüche zuzugestehen, müssten die konkreten ins Auge gefassten Empfehlungen auch gerade *ihrem* Schutz dienen.

⁹⁶ Siehe allgemein zur Qualifikation einer Rechtsnorm als Schutznorm CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2014, N 1950 ff. Zur fehlenden Rechtsnormqualität der Inhalte des SFC siehe bereits vorne II.

SPRECHER weist im haftungsrechtlichen Kontext darauf hin, dass der SFC dazu dienen könne, in bestimmten Bereichen die *Sorgfaltspflicht der Mitglieder* des Stiftungsrats zu konkretisieren.⁹⁷ Diese Erkenntnis illustriert ein prominentes Beispiel dafür, welche Rolle der SFC in der wissenschaftlichen Diskussion zu spielen in der Lage ist. Denn es ist festzustellen, dass in zunehmendem Masse lebhaft darüber diskutiert wird, ob und auf welche Art und Weise der SFC Konsequenzen für die *Verantwortlichkeit des Stiftungsrats* zeitigen könne.⁹⁸ In diesem Kontext ist die Frage nach einer allfälligen haftungsverschärfenden Wirkung von Governance-Codes im Allgemeinen und des SFC im Besonderen aufgeworfen worden.⁹⁹ In der Tat ist nicht unwahrscheinlich, dass die vom SFC empfohlenen Regeln und Verhaltensweisen von den Gerichten mangels anderer und besserer Massstäbe als Leitwertungen für die Beurteilung der Sorgfaltsanforderungen herangezogen werden könnten (siehe dazu bereits vorne II). Auch wenn es derzeit gilt, den Gang dieser Diskussion weiter zu verfolgen, ist wohl davor zu warnen, eine solche Wirkung jedenfalls in ihrer Pauschalität zu akzeptieren, zumal dem SFC keine gesetzesgleiche Wirkung zukommt, jede Stiftung ein ihr eigenes Gepräge aufweist und jeder Haftungsfall einer Einzelfallbetrachtung unterzogen werden muss.¹⁰⁰ Weder bildet die Einhaltung des SFC für sich genommen ein Merkmal für pflichtgemässes Handeln, noch stellt dessen Nichtbefolgung per se ein pflichtwidriges Führungsverhalten dar. Denn auch unter der «Geltung» des SFC müssen stiftungsautonom legitimierte Handlungen, die von seinen Empfehlungen abweichen, rechtlich ohne weiteres möglich sein. Selbst eine (*de lege lata*

nicht bestehende) gesetzliche Erklärungspflicht¹⁰¹ über die (Nicht-)Befolgung von Governance-Kodizes ohne Gesetzesrang dürfte richtigerweise *nicht* automatisch zu einer modifizierten Haftung der Leitungsorgane führen.¹⁰² Schliesslich vertritt BAUMANN LORANT, dass ein Nonprofit-Governance-Regelwerk «keine rechtliche Verbindlichkeit mit der Folge der Begründung von Rechten und Pflichten für die Stiftungsratsmitglieder» bekomme, wenn der *Stiftungsrat* die Stiftung einem solchen Regelwerk unterstellt, obwohl es an einer ausdrücklichen Grundlage dafür im Stiftungsstatut fehlt.¹⁰³ Zum derzeitigen Stand ist daher davon auszugehen, dass dem SFC jedenfalls nicht ohne Weiteres eine haftungsverschärfende Wirkung zugesprochen werden kann.¹⁰⁴

Vor dem Hintergrund all dieser spannenden Fragen dürfte freilich insgesamt zu erkennen sein, dass der SFC innerhalb (rechts-)wissenschaftlicher Diskussionen akademisches Anschauungsmaterial bietet und als eine Quelle von hoher Legitimation fungiert.

4. Verweis auf die Existenz des Swiss Foundation Codes

Schon beinahe Legion und kaum in Gänze zu erfassen sind diejenigen Publikationen, in denen auf die Existenz des SFC und dessen Bedeutung für die Thematik der Selbstregulierung hingewiesen wird, ohne allerdings näher auf seine Inhalte und Wirkungen einzugehen.¹⁰⁵

⁹⁷ THOMAS SPRECHER, Vertragsgestaltung im Stiftungsrecht: Zuwendungsverträge, unselbständige Stiftungen, Kooperationsvereinbarungen, in: *Stiften und Gestalten*, Basel 2012, 85, 99 (dort eingehend zu Empfehlung 20), vgl. ausserdem DERS., a.a.O., 85, 90 (dort in Fn. 6 zu Empfehlung 14). In diese Richtung auch DERS. in seinem Vortrag «Vermögensverwaltung als Haftungsrisiko – Worauf Stiftungsräte achten müssen» an der Tagung «Beste Stiftungspraxis. Zur Haftung von Stiftungsräten» am 17.9.2013; vgl. auch BURKART/KIESER, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats, ST 2013, 209, 210.

⁹⁸ Vgl. dazu grundlegend BAUMANN LORANT (FN 21), Der Stiftungsrat, 381 ff.

⁹⁹ So etwa von HAROLD GRÜNINGER in seinem Vortrag «Die Haftung von Stiftungsräten – Einführung und Beispiele» an der Tagung «Beste Stiftungspraxis. Zur Haftung von Stiftungsräten» am 17.9.2013 (vgl. v.a. Slide 7 der Vortragsfolien).

¹⁰⁰ Ebenfalls kritisch BAUMANN LORANT (FN 21), 382 f., der u.a. die zu unpräzisen und nicht aufeinander abgestimmten Sorgfalts- bzw. Haftungsmassstäbe der Nonprofit-Governance-Codes moniert. Eine Heranziehung der Regelwerke könne danach «allenfalls unter äusserst restriktiven Bedingungen und mit gehöriger Zurückhaltung in Erwägung gezogen» werden.

¹⁰¹ Vgl. als entsprechendes Regelungsvorbild § 161 des deutschen Aktiengesetzes oder § 243b des österreichischen Unternehmensgesetzbuchs.

¹⁰² Vgl. im Kontext der Corporate Governance des deutschen Aktienrechts GERALD SPINDLER, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. A., München 2014, § 93 N 35.

¹⁰³ BAUMANN LORANT (FN 21), 78.

¹⁰⁴ So im Ergebnis ebenfalls GRÜNINGER im genannten Vortrag vom 17.9.2013 (FN 99).

¹⁰⁵ Paradigmatisch, also ohne Anspruch auf Vollständigkeit, etwa ELISA BORTOLUZZI DUBACH, *Stiftungen – Der Leitfaden für Gestaltsteller*, 2. A., Frauenfeld 2011, 88; BEATE ECKHARDT, Eine Krise ist noch keine Katastrophe, in: Georg von Schnurbein/Philipp Egger (Hrsg.), *Innovation statt Stagnation: wie sich Stiftungen aus der Krise befreien*, Basel 2013, 55, 59 (Bezugnahme auf Empfehlung 4); PHILIPP EGGER, *Krise als Chance*, in: *Innovation statt Stagnation*, Basel 2013, 93, 97 (Bezugnahme auf den dritten Grundsatz des SFC); PRIMUS FELLMANN, *NPO-Audits aus Sicht der Revisionspraxis*, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Kloss (Hrsg.) *Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen*, Basel 2011, 181, 188; HAROLD GRÜNINGER, *Neue Entwicklungen im Stiftungsrecht*, plädoyer 3/2012, dort in Fn. 53; DOMINIQUE JAKOB, *Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends*, SJZ 2008, 833, 838; DANIELA SCHÖNENBERG, *Venture Philanthropie*, Basel 2011, 4 f. und öfter; ULRICH TORGGELER, *Rechtsvergleichende Anmerkungen zur liech-*

V. Zur Rezeption des Swiss Foundation Codes in der Stiftungspraxis

Als Ausgangsbefund ist festzuhalten, dass es bislang an empirischen Daten und entsprechenden Studien fehlt, die über die Verbreitung des Codes und die Umsetzung seiner Empfehlungen in der Stiftungspraxis Auskunft geben könnten. Vereinzelt lassen sich dem Schrifttum immerhin erste Einschätzungen entnehmen: Der Autor VON SCHNURBEIN spricht in einem im Jahre 2013 veröffentlichten Aufsatz von (noch) «geringen Umsetzungszahlen».¹⁰⁶ Das trifft sich mit den Ausführungen von GLATTER, der konstatiert, dass bislang keine Zahlen vorliegen, anhand derer ersichtlich wäre, inwieweit und in welcher Form die SFC-Empfehlungen in der Praxis der Förderstiftungen umgesetzt werden. Immerhin gingen aber erste Stiftungen bereits so weit, die Einhaltung des SFC in ihren Statuten zu verankern.¹⁰⁷ Mit Blick auf *bestehende* Stiftungen ist darauf aufmerksam zu machen, dass der Code – soll er denn für eine Stiftung Verbindlichkeit erlangen – grundsätzlich nach Massgabe des Stiftungsrechts und der jeweiligen Stiftungsdokumente in die Stiftungsverfassung integriert werden muss,¹⁰⁸ was gegebenenfalls über eine förmliche Statutenänderung laufen muss.

Zwar macht GLATTER darauf aufmerksam, dass der Code bisweilen nur «selektiv» umgesetzt würde.¹⁰⁹ Gesamthaft betrachtet werde der SFC in der Stiftungspraxis und in der Praxis der Treuunternehmen aber zunehmend als *Standard* angesehen und habe er trotz seiner unver-

bindlichen Regelungen im gesamten Non-Profit-Sektor die Qualität eines Gütesiegels gewonnen.¹¹⁰

Nach einer ausführlichen Sichtung der einschlägigen Stellungnahmen ist schliesslich festzuhalten, dass das vom SFC verfolgte Prinzip, mit generellen Empfehlungen statt mit strikten Einzelregelungen zu agieren, bislang weder im Schrifttum noch von den interessierten Kreisen des Stiftungssektors in Frage gestellt, sondern vielmehr als valide Konzeption begrüsst worden ist. Dies dürfte damit zu erklären sein, dass der Empfehlungscharakter des SFC dem weit verbreiteten Bedürfnis des Stiftungssektors nach *Gestaltungsfreiheit* gerecht wird und zugleich den massgeblichen Entscheidungsträgern eine richtpunkt-mässige Handreichung moderner Stiftungsführung bietet. In Ergänzung zu den strikten gesetzlichen und dogmatischen Vorgaben des Stiftungsrechts führt die Achtung des SFC daher zu einer im Grundsatz praxisgerechten und flexiblen Ordnung des Stiftungsmanagements und der Foundation Governance.¹¹¹

VI. Die zentralen inhaltlichen Rezeptionsebenen

Anhand der Analyse der publizierten Rechtsprechungs- und Behördenpraxis, des Schrifttums sowie der Diskussion in der Praxis des Stiftungswesens lassen sich *drei zentrale inhaltliche Ebenen* verifizieren, auf denen der Code auf richtungsweisende, die Diskussion im Sektor wesentlich beeinflussende Art rezipiert wird.

Eine erste Ebene betrifft *Empfehlung 7* und damit die in der aktuellen Praxis des Stiftungswesens mit Rechtsunsicherheiten behaftete Frage nach der *Honorierung von Stiftungsräten*. Der SFC empfiehlt hier im Grundsatz, dass die Mitglieder des Stiftungsrates angemessen zu honorieren sind, sofern die Mittel der Stiftung dies erlauben und die Mitglieder des Stiftungsrats nicht ehrenamtlich tätig sein können. Solange es an einer eindeutigen gesetzlichen und (finanz-)behördlichen Vorgabe fehlt, gehen viele Teile der Stiftungspraxis davon aus, dass diese Empfehlung zur Professionalisierung des Sektors beiträgt und im Einzelfall eine valide Entscheidungshilfe darstellt.

Ein zweiter inhaltlicher Schwerpunkt liegt auf *Empfehlung 11*, die sich der praktisch überaus bedeutenden Problematik der *Regelung von Interessenkonflikten* wid-

tensteinischen Foundation Governance, in: Francesco A. Schurr (Hrsg.) Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht – Anwendung, Auslegung und Alternativen, Zürich 2012, 87; DOMINIQUE JAKOB/ROMAN HUBER/KATHARINA RAUBER, Non Profit Law in Switzerland, Zürich 2009, 33; KOHL (FN 9), GS Walz, 339, 348 f.; SANDRA MARTINA VON REDING BIBEREGG, Foundation Governance bei Förderstiftungen in der Schweiz. Eine empirische Untersuchung zur Umsetzung der neuen Richtlinien von Swiss GAAP FER 21, Diss., St. Gallen 2010, 37.

¹⁰⁶ So mit Blick auf den SFC sowie die deutschen «Grundsätze guter Stiftungspraxis» VON SCHNURBEIN (FN 3), in: Non Profit Law Yearbook 2012/2013, 1, 14. Ähnlich und bezogen auf die Umsetzung und Anwendung von NPO-Kodizes im Allgemeinen auch VON SCHNURBEIN/STÖCKLI (FN 3), DBW 70 (2010) 6, 495, 509 («bisher kaum gesichertes Wissen»); vgl. auch die Einschätzung bei SCHUBIGER (FN 16), 121, 132 f.

¹⁰⁷ GLATTER (FN 67), Die Stiftung, Februar 2013, 10 f. Vgl. auch FISCHER (FN 9), FS Böckli, 645, 652, 669; dagegen aber BAUMANN LORANT (FN 21), 77 («wenig ratsam, ein bestimmtes Regelwerk in der Stiftungsurkunde integral für anwendbar zu erklären»).

¹⁰⁸ Dazu bereits RIEMER (FN 32), SJZ 2006, 513, 515.

¹⁰⁹ GLATTER (FN 67), Die Stiftung, Februar 2013, 10, 11.

¹¹⁰ Vgl. GLATTER (FN 67), Die Stiftung, Februar 2013, 10 f.; ebenso BARBARA BLUDAU, Zu viel Gutmütigkeit schadet dem guten Zweck, Die Stiftung, 3/2012, 30, 33.

¹¹¹ Weiterführend zu übergreifenden Governance-Richtlinien aus ökonomisch-betriebswirtschaftlicher Perspektive von SCHNURBEIN/FRITZ (FN 9), ZögU 2012, 1/2012, 61 ff.

met. Der SFC empfiehlt, permanente oder institutionelle Interessenkonflikte zu vermeiden; sollten sie dennoch zu Tage treten, sind sie offen zu legen; befangene Stiftungsräte treten in den Ausstand; allfällige Geschäfte mit Stiftungsräten oder ihnen nahe stehende Personen sind «at arms' length» abzuschliessen. Die Bedeutung dieser Empfehlungen erschliesst sich nicht zuletzt anhand der publizierten (Gerichts-)Entscheidungen, die deutlich machen, dass die Behandlung von Interessenkonflikten ein eminent wichtiges Thema im täglichen Stiftungsleben darstellen kann.¹¹² Vor diesem Hintergrund trägt Empfehlung 11 wesentlich zu einem zentralen Anliegen des Stiftungsrechts bei – dem Schutz der Stiftung.

Im Fokus einer dritten inhaltlichen Ebene steht *Empfehlung 21*, die sich mit der *Bestimmung der Vermögensanlage* befasst. Danach soll die Anlage des Stiftungsvermögens im Rahmen einer expliziten Anlagepolitik und -strategie so erfolgen, dass die Ziele der Stiftung effizient erreicht werden. Die breite Rezeption dieser Empfehlung erschliesst sich vor allem vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Niedrigzinsphase und den damit zusammenhängenden Bestrebungen nach modernen Formen der Philanthropie, die von den Beteiligten des Sektors in zunehmendem Masse nachgefragt und praktiziert werden.

VII. Fazit

Der Swiss Foundation Code wurde im Jahre 2005 veröffentlicht und im Jahre 2009 erstmals revidiert sowie um einen Kommentarteil erweitert. Im Jahr 2015 soll er in einer erneut weiterentwickelten dritten Auflage erscheinen. Als der zentrale Nonprofit Governance Code der Schweiz stellt er heute ein ebenso etabliertes wie international renommiertes Instrument der Selbstregulierung dar, dem im In- und Ausland eine gewisse *Leitbildfunktion* auch für die Entwicklung ähnlicher Codes zukommt. *Inhaltlich* hat er zuvörderst die *Förderstiftungen* im Blick, versucht deren Führungsverantwortlichen eine Entscheidungshilfe an die Hand zu geben und damit zu einer «guten Stiftungsführung» anzuhalten, wobei er in Bezug auf den *institutionellen Ordnungsrahmen* auf eine *best practice* der *Stiftungsbeteiligten* und somit auf eine *freiwillige Selbstregulierung* durch die Handlungsträger setzt. Seine «Empfehlungen» fokussieren auf die Bereiche Gründung, Führung, Förderung und Finanzen und bilden zugleich eine systematisch geordnete Zusammenstellung in Sachen

Transparenz, Machtausgleich und Wirksamkeit. Er strebt damit nach Standardisierung der Nonprofit Governance in Form von bewährten Verhaltensmustern zuhanden der Stiftungsbeteiligten (und hier vor allem des *Stiftungsrats*), möchte sich dabei aber eher als eine Art vertrauensbildende Massnahme verstanden wissen, denn als ein strikt zu befolgendes Regelwerk oder starre Anleitung. Der Code verfügt über einen interdisziplinären Charakter und operiert auf dem Boden des geltenden Rechts, auch wenn ihm selbst keine Gesetzesqualität zukommt. Dort aber, wo das Gesetz lückenhaft ist, kann er im Einzelfall eine ergänzende Wirkung entfalten, stellen seine Empfehlungen doch gleichsam die geronnene Erfahrung einer Good Governance und damit auch gewisse Leitlinien für den Pflichtenkanon der Stiftungsbeteiligten dar.

Und so scheint der Code in der Praxis des Stiftungswesens «angekommen» zu sein. Zwar zeigt ein publizierter Entscheid aus der Zürcher *Aufsichtspraxis*, dass dem Code nicht selbstverständlich eine massgebliche Bedeutung zugesprochen wird. Zugleich ist aber deutlich geworden, dass seine Empfehlungen als Argumentationsgrundlage ernst genommen werden. Davon zeugt auch die Gerichtspraxis. Von der *Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts* ist der Code mehrfach als Referenz für gewisse Sachaussagen zum *Procedere* einer Stiftungsgründung (Empfehlung 1)¹¹³ herangezogen worden. Unter den *ausländischen Gerichten* hat sich der liechtensteinische Oberste Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 2009 mit dem Code befasst und erklärt, dass der Stiftungsrat einer liechtensteinischen Stiftung bei allfälligen Interessenkollisionen Empfehlung 11¹¹⁴ des Codes zu berücksichtigen habe – ein bemerkenswertes Judikat, das von verschiedenen Autoren begrüsst wurde. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Code auch in der *Praxis der parlamentarischen Initiativen* bereits eine Rolle gespielt hat: Im Rahmen der Interpellation «Status der Mitglieder von Stiftungsräten» (12.4063) ist vom Bundesrat auf die Empfehlung 7 des Codes hingewiesen worden. Und bei der Abschreibung der Motion LUGINBÜHL (09.3344) zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» möchte der Bundesrat die «Verbesserung der Corporate Governance» nicht in die Hände des Gesetzgebers, sondern des Swiss Foundation Codes legen.

Im Schrifttum ist der Code auf äusserst breite Resonanz gestossen. Systematisch lassen sich vier Kategorien

¹¹² Vgl. zuletzt den Sachverhalt im Urteil A-798/2014 des BVGer vom 14.10.2014, sowie vorne das Urteil 03 CG.2006.354 des FL OGH vom 4.6.2009.

¹¹³ Empfehlung 1: «Der Stifter formuliert seinen Willen und prüft, ob eine Stiftung zu dessen Umsetzung geeignet ist.»

¹¹⁴ Empfehlung 11: «Der Stiftungsrat trifft Regelungen für Interessenkonflikte.»

an Publikationen unterscheiden: In eine erste Kategorie fallen Beiträge, in denen der Code den *zentralen Gegenstand der Abhandlung* darstellt. Eine zweite Kategorie bilden solche Veröffentlichungen, in denen der Code als solcher und/oder einzelne seiner Empfehlungen in einen übergeordneten *Kontext der Governance-Debatte* gestellt werden. Schliesslich lassen sich für eine dritte Kategorie zahlreiche Aufsätze finden, in denen der Code in einen (rechts- oder wirtschafts-) *wissenschaftlichen Kontext* einbezogen wird. Schon beinahe Legion sind die Publikationen der vierten Kategorie, in denen auf die *Existenz des Codes* und dessen Bedeutung für die Thematik der Selbstregulierung *hingewiesen* wird, ohne allerdings näher auf seine Inhalte und Wirkungen einzugehen.

Schliesslich: Auch wenn es bislang an empirisch belastbarem Material fehlt, scheinen weite Teile der Stiftungspraxis den Code als Entscheidungshilfe im täglichen Stiftungsleben zu Rate zu ziehen. Zwar wird darauf hingewiesen, dass dies derzeit noch vergleichsweise «selektiv» erfolge, das heisst bezogen auf *einzelne* Empfehlungen. Dennoch gehen erste Stiftungen so weit, die Einhaltung des Codes in ihren Statuten zu verankern.

Blickt man auf den *Inhalt*, lassen sich im Rahmen einer Gesamtschau *drei zentrale Ebenen* verifizieren, auf denen der Code vor allem herangezogen und auf richtungsweisende Art im Sektor rezipiert wird. Der erste Aspekt betrifft *Empfehlung 7*, die sich mit der Honorierung von Stiftungsräten befasst.¹¹⁵ Auf einer zweiten Ebene bewegt sich der Diskurs über *Empfehlung 11*, die sich der Regelung von Interessenkonflikten widmet.¹¹⁶ Im Fokus einer dritten zentralen Ebene steht *Empfehlung 21* betreffend die Vermögensanlagestrategie von Stiftungen.¹¹⁷

Insgesamt betrachtet zeigt die auf verschiedenen Ebenen untersuchte Rezeption des Codes (und auch die einzeln geäusserte Kritik am Code oder einzelnen seiner Regelungen), dass der Swiss Foundation Code als eine zentrale Referenzgrösse in Wissenschaft und Praxis fungiert. Der Code ist damit auf einem guten Weg, für die verschiedenen Beteiligten des Non-Profit-Sektors zu einer echten *Benchmark* zu werden. Einen wertvollen Beitrag zur Erhöhung der *Good Governance* im Stiftungswesen leistet der Code freilich schon heute. Seine Konzeption kann somit mit Blick auf die Entwicklung der Foundation

Governance in der Schweiz sowie weiterer in- und ausländischer Kodizes als bedeutende Pionierleistung gewürdigt werden.

¹¹⁵ Empfehlung 7: «Die Mitglieder des Stiftungsrats sind angemessen zu honorieren, sofern die Mittel der Stiftung dies erlauben und die Mitglieder des Stiftungsrats nicht ehrenamtlich tätig sein können.»

¹¹⁶ Siehe FN 114.

¹¹⁷ Empfehlung 21: «Die Anlage des Stiftungsvermögens soll im Rahmen einer expliziten Anlagepolitik und -strategie so erfolgen, dass die Ziele der Stiftung effizient erreicht werden.»