

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einführung	1
A. Ziel und Gegenstand der Untersuchung	4
B. Rechtsetzungstheoretische Grundlagen	6
C. Gang der Untersuchung	9
D. Der Einfluss des Europarechts!?	12
 Erster Teil: Corporate Governance und Kodex bei der deutschen börsennotierten Aktiengesellschaft	 16
§ 1 Begriff und Inhalt der Corporate Governance	16
A. Notwendigkeit einer Corporate Governance	17
I. Principal-Agent-Theorie als Ausgangspunkt	18
II. Separation of Ownership and Control I (Berle/Means)	21
III. Separation of Ownership and Control II (Fama/Jensen)	21
B. Definition und Gestaltungskonzepte der Corporate Governance	22
I. Shareholder-Ansatz	24
II. Stakeholder-Ansatz	26
III. Kontrolle durch den Markt	28
IV. Kontrolle durch Hierarchie	29
V. Modi der Teilnahme: voice und exit	30
VI. Zusammenführung und Definition	30
C. Regelungsquellen der Corporate Governance	33
D. Das dem DCGK zugrunde liegende Governance-System	34
 § 2 Der Deutsche Corporate Governance Kodex	 36
A. Entstehung und Entwicklung	36
I. Internationale Kodex-Bewegung	36
II. Entstehung des DCGK	38

III. Die Kodex-Kommission und ihre Tätigkeit	40
B. Grundlagen der Ausgestaltung	43
I. Aufbau und Regelungskategorien	43
II. Die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG	44
III. Die Entsprechenserklärung als Bestandteil des Lageberichts nach § 289a HGB	47
IV. Persönlicher Anwendungsbereich von § 161 AktG und § 289a HGB	48
 Zweiter Teil: Regelungsnotwendigkeit auf dem Gebiet der Foundation Governance	 50
 § 1 Die Stiftung bürgerlichen Rechts	 50
A. Begriff der Stiftung	50
B. Entstehung der Stiftung	52
C. Stiftungszweck	53
D. Stiftungsvermögen	54
E. Stiftungsorganisation	54
 § 2 Das Kontrollproblem der Stiftung: Notwendigkeit einer "Corporate Governance" für Stiftungen	 56
A. principal-agent-Theorie bei Stiftungen	57
I. Agent in der Stiftung	57
II. Principal in der Stiftung	58
III. Doppel- und mehrstufige Principal-Agent-Beziehungen	60
IV. Grundannahme homo oeconomicus	61
V. Zwischenergebnis	62
B. Verstärkung durch rechtsformspezifische Schutzdefizite und kontrollrelevante Besonderheiten der Stiftung	64
I. Fehlendes personelles Substrat	64
II. Fehlende Anreize	65
III. Weitgehende zivilrechtliche Autonomie des Vorstands	66
IV. Kein Zweitorgan	66
V. Multidimensionales Zielsystem	67
VI. Ehrenamt	69
VII. Abgeschwächte Marktkontrolle	72
VIII. Zwischenergebnis	73
C. Insuffizienz der staatlichen Stiftungsaufsicht zur Lückenschließung	73

D. Bestätigung des Schutzdefizits durch Missbrauchsfälle aus der Praxis	78
§ 3 Ergebnis: Insuffizienz bestehender Regelungen zu dem Schutz der Stiftung und staatliche Schutzpflicht	80
Dritter Teil: "Richtige" Regulierungsmethode	83
§ 1 Die Regulierungsoptionen	83
A. Spektrum der Optionen	83
B. Auswahl Situationen hoheitlicher Eigenerfüllung	85
C. Kooperative Aufgabenwahrnehmung	88
D. Einordnung des DCGK-Mechanismus in das Regulierungsspektrum	91
I. Zerlegung des "DCGK" in seine Bestandteile	91
II. Gesetzeskraft	93
III. Handelsbrauch im Sinne des § 346 HGB oder Gewohnheitsrecht	94
IV. Vergleich mit § 342 HGB	96
V. Konkretisierung der Sorgfaltspflichten im Rahmen der §§ 93, 116 AktG	97
VI. Faktische Zwangswirkung (Markt)	103
VII. Unverbindliche Selbstregulierung	105
VIII. Rechtsnatur sui generis	105
IX. Zusammenfassung	107
E. "Übertragbarkeit" des DCGK-Ansatzes auf andere Gesellschaftsformen	108
§ 2 Wann ist eine Regulierungsmethode die "richtige"?	110
§ 3 Zwischenbilanz: Arbeitsprogramm	113
§ 4 Foundation Governance: Lösungsansatz für das Kontrollproblem von Stiftungen	115
A. Ausweitung des Anwendungsbereichs des Corporate Governance-Ansatzes	115
B. Gestaltungskonzept der Foundation Governance	117
I. Erste Weichenstellung: Stakeholder-Ansatz	118
1. Konvergenz der Ansätze	118
2. Stakeholder-Ansatz und Stiftungen	119

3. Die Stakeholders der Stiftung	121
4. Implementierungsstrategie	125
II. Zweite Weichenstellung: Hierarchie	126
III. Die Lösungsansätze der principal-agent-Theorie	127
IV. Zwischenergebnis	129
1. Idealbild der Stiftung	129
2. Schutzsystem der Stiftung	130
C. Folgefragen des Gestaltungskonzepts der Foundation Governance	133
I. Aktuelle und potentielle Leitungs- und Kontrollakteure in der Stiftung	133
1. Stiftungsinterne Organkontrolle	134
a) Die Stifterfreiheit	134
b) Eingliedrige Leitungsstruktur: nur Vorstand	136
c) Zweigliedrige Leitungsstruktur: Vorstand und Geschäftsführung	137
d) Einrichtung eines Zweitorgans	139
e) Beirat als Drittorgan	143
f) Begrenzbarkeit der Stifterfreiheit durch die Stiftungsaufsicht	144
g) Wahl der stiftungsspezifischen Organisationsstruktur und Zwischenfazit	146
2. Staatliche Behörden	150
3. Markt und Öffentlichkeit	154
4. Destinatäre	162
5. Stifter	165
6. Abschlussprüfer	166
7. Fazit	166
II. Erfolgsmessung	167
III. Anreizsystem und Vergütung	172
§ 5 Inhaltliche Eckpunkte eines Foundation Governance Kodex	178
A. Grundlagen	178
I. Methodik der (interdisziplinären) Inhaltsentwicklung	178
II. Inhaltliche Kritik am DCGK und Lehren für einen Foundation Governance Kodex	185
III. Verankerung der Kodex-Empfehlungen in der Stiftung	191
IV. Machbarkeit eines einheitlichen Kodex für "die" Stiftung in Anbetracht der Heterogenität des Sektors	195
1. Differenzierung nach der Stiftungstätigkeit	196
2. Abstufung nach Organisationsgröße	196

B. Materielle Regelungen	198
I. Zusammenwirken von Vorstand und Kontrollorgan	199
II. Vorstand	202
1. Besetzung und Inkompatibilitäten/Interessenkollisionen	202
2. Interessenkollisionen	206
3. Größe des Vorstands	207
4. Aufgaben	208
5. Geschäftsführung	208
6. Organinterne Arbeit	209
7. Vergütung	210
III. Zweitorgan mit Kontrollfunktion	211
1. Aufgaben	211
2. Besetzung	212
3. Bestellung und Abberufung des Vorstands	213
4. Bestellung und Abberufung des Zweitorgans	214
IV. Vermögensverwaltung	215
V. Destinatäre	217
VI. Rechnungslegung, Rechnungslegungspublizität und Transparenz	218
VII. Abschlussprüfung	224
VIII. Zusammenarbeit mit Aufsichts- und Finanzbehörden	226
IX. Fazit	226
C. Verbindlichkeit und Durchsetzung	227
I. Das Durchsetzungskonzept des DCGK	227
II. Marktmechanismus zur Durchsetzung des DCGK	229
1. Theoretische Grundlagen	230
2. Empirie zu den Fremdkapitalkosten	231
3. Empirie zu den Eigenkapitalkosten	232
4. Bewertung der empirischen Ergebnisse	235
III. Lage in der Stiftung	240
1. Märkte auf denen Stiftungen agieren	241
a) Spenden- und Zustiftungsmarkt	242
b) Produktmarkt	246
c) Markt für Führungskräfte und Mitarbeiter	248
d) Mangelhafte Transparenz des Sektors	249
e) Potential eines Foundation Governance Kodex	250
2. Weitere Ansätze zur Inhaltsdurchsetzung	251
a) Stiftungsaufsicht	252
b) Kontrolle durch das Steuerrecht und die Finanzbehörden	252
c) Kontrolle durch Spender und Zustifter	253

d) Öffentlichkeit	254
e) Watchdogs und Zertifizierungen (Transparenz-Intermediäre)	260
f) "Shaming"	264
g) Angst der Stiftungen vor gesetzlicher Regulierung	266
IV. Fazit	266
§ 6 Eckpunkte einer stiftungsrechtlichen Erklärungspflicht	269
A. Materielle Regelungen	269
B. Verbindlichkeit und Durchsetzung	270
I. DCGK: Wirkungen der Erklärungspflicht nach § 161 AktG	270
1. Binnenhaftung	271
a) §§ 93, 116 AktG	271
b) Andere Vorschriften	273
c) Durchsetzung der Ansprüche	274
2. Außenhaftung	276
a) Haftung aus c.i.c., §§ 311 Abs. 3, 280 Abs. 1 BGB	276
b) Prospekthaftung	277
c) Haftung aus §§ 37b Abs. 1, 37c Abs. 1 WpHG	279
d) Deliktsrechtliche Haftung	280
3. Tatbestandsübergreifende Probleme der Haftung	283
4. Strafrechtliche und ordnungswidrigkeitsrechtliche Konsequenzen	286
5. Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 243 Abs. 1 AktG	287
6. Kontrollmöglichkeiten der Hauptversammlung	290
7. Abschlussprüfer	291
8. Markt	292
9. Fazit	293
II. FGK: Wirkungen einer Erklärungspflicht im Stiftungsrecht	294
1. Binnenhaftung	295
a) Positive Forderungsverletzung des organschaftlichen Rechtsverhältnisses und des Anstellungsvertrags	296
(1) Pflichtverletzung	296
(2) Verschulden	298
(3) Haftungsausschlüsse	302
(4) Beweislast	303
b) Deliktsrechtliche Haftung	303
c) Durchsetzung der Ansprüche	304
2. Außenhaftung	307
a) Haftung aus Rechtsverhältnis (eigener Art)	308

b)	Überschreitung der Vertretungsmacht	309
c)	Deliktsrechtliche Haftung	309
3.	Tatbestandsübergreifende Probleme der Haftung	310
a)	Schaden	310
b)	Kausalität	311
4.	Strafrechtliche und ordnungswidrigkeitsrechtliche Konsequenzen	313
5.	Staatsaufsicht	313
6.	Markt	314
7.	Fazit	315
III.	Verbesserungsansätze der Durchsetzung	316
1.	Status quo der Konzeptumsetzung	317
a)	Inhalt des DCGK	317
b)	Richtigkeit der Entsprechenserklärung	317
c)	Reale Umsetzung der Kerngedanken des Kodex	321
2.	Ideen zur Weiterentwicklung des Kodex-Mechanismus	322
a)	Aufwertung des Kodex zu einer Rechtsnorm ist keine Option	323
b)	Verschärfung der Konsequenzen	324
(1)	Schutzzweck des § 161 AktG und Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB	325
(2)	Spezialgesetzliche Haftung de lege ferenda	329
(3)	Schutzzweck einer stiftungsrechtlichen Erklärungs- und Haftungspflicht	333
(4)	Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten	336
(5)	Steuerliche Belohnung oder Sanktion	338
(6)	Verschuldensmaßstab	340
(7)	Whistleblowing	342
c)	Überwachung der Richtigkeit und der tatsächlichen Umsetzung	343
(1)	Corporate Governance-Beauftragter	344
(2)	Abschlussprüfer	344
(3)	Börsenzulassungsstelle	348
(4)	BaFin	349
(5)	Stiftungsaufsicht	349
(6)	Zertifizierung und Akkreditierung	351
d)	Stärkung der Destinatäre	354
(1)	Aktuelle Diskussionen	354
(2)	Grundsätzliche Begründung von Kontrollrechten de lege ferenda	357

(3) Justiziabilität von Entsprechenserklärungen durch einen eigenen Anspruch der "Potential"- Destinatäre	366
(4) Popularklage der Destinatäre	369
IV. Fazit	370
§ 7 Zweckmäßigkeit einer Kodex-Lösung für gemeinnützige Stiftungen	379
A. Kommunikationsfunktion	381
I. Der Deutsche Corporate Governance Kodex	382
II. Übertragung auf die Stiftung	384
1. Standortwettbewerb im Dritten Sektor	384
2. Individuelle Rechenschaft und Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit	385
III. Fazit	389
B. Ordnungsfunktion	390
I. Der Deutsche Corporate Governance Kodex	390
II. Übertragung auf die Stiftung	392
1. Potential im schwach regulierten, aber regulierungsbedürftigen Stiftungsrecht	392
2. Mehrwert eines gesetzlich flankierten Kodex gegenüber Gesetzesrecht	394
a) Modernes Regelungsdilemma	394
b) Systemtheoretische Verdeutlichung der Funktion	397
c) Vorteile	401
(1) Aus besonderer Sachnähe resultierende Regelungsqualität und Akzeptanz	402
(2) Entlastung des Staates	404
(3) Regelungsflexibilität	405
(4) Besondere Eignung zu einer Feinsteuerung	407
(5) Durchbrechung der Beschränkung auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle	408
(6) Flexible Durchsetzung	409
(7) Schaffung von Arbeitsplätzen	411
3. Mehrwert eines gesetzlich flankierten Kodex gegenüber Selbstregulierung	411
a) Bilaterale Vorteile, insbesondere Durchsetzung	412
b) Deregulierung	416
c) Selbstreflexion und Selbsterkenntnis	418
d) Verwirklichung des Stifterwillens	419
e) Geringere Haftungswahrscheinlichkeit	421

f) Zusätzliche Absicherung bei der Einhaltung rechtlicher Anforderungen	421
4. Vermeintliche Nachteile	422
a) Kosten	422
b) Überregulierung	423
c) Kodices würden ohnehin Gesetz	424
d) Überforderung durch Bürokratie	425
e) Absinken des verwaltungsinternen Wissens	426
f) Gefahr zu hoher Organisationstransparenz	427
g) Rechtsschutzmöglichkeiten	428
III. Fazit	428
 § 8 Ergebnis des dritten Teils: Eckpunkte eines zweckmäßigen Kodex-Mechanismus für die Stiftung	430
A. Die Inhaltskomponente des Kodex-Mechanismus	430
B. Die Durchsetzung der Inhaltskomponente	431
C. Die Erklärungspflicht und deren Durchsetzung	432
D. Zweckmäßigkeit eines FGK-Mechanismus	434
 Vierter Teil: Rechtliche Rahmenbedingungen und Legitimität eines Foundation Governance Kodex	438
 § 1 Verfassungsmäßigkeit des DCGK-Mechanismus	439
A. Verfassungsmäßigkeit des § 161 AktG	439
B. Verfassungsmäßigkeit des Kodex	440
I. Demokratische Legitimation	441
1. Ausübung von Staatsgewalt als entscheidendes Kriterium	442
2. Ausübung von Staatsgewalt durch den DCGK	445
II. Gesetzesvorbehalt	447
III. Grundrechte	448
C. Ergebnis	448
 § 2 Gewährleistung der Verfassungsmäßigkeit eines Foundation Governance Kodex	449
A. Die Gewährleistung des Gemeinwohls	450
B. Staatsgerichtete Anforderungen	452
I. Demokratieprinzip	454
II. Rechtsstaatsprinzip	455
1. Gewaltenteilung	456

2.	Bestimmtheitsgrundsatz und Normenklarheit	457
3.	Publizität	457
III.	Grundrechte	458
IV.	Teilergebnis	461
C.	Gesellschaftsgerichtete Anforderungen bzw. Kompensationsmechanismen	461
I.	Materielle Steuerung	462
1.	Zielvorgaben	462
2.	Steuernde Rezeption	463
II.	Steuerung durch Verfahren und Organisation	464
1.	Einsetzung der Kommission und Kompetenzregelung	465
2.	Pluralistische und kompetente Besetzung	468
a)	Grundsätze	468
b)	DCGK	470
c)	FGK	471
(1)	Strukturelle Zusammensetzung	471
(2)	Kommissionsgröße	474
(3)	Besetzungsverfahren	475
(4)	Beteiligung der Interessengruppen an der Regelentwicklung	479
3.	Neutralitätsschutz und Unabhängigkeit	479
a)	Grundsätze	480
b)	DCGK und FGK	481
4.	Transparenz und Publizität	485
a)	Grundsätze	485
b)	DCGK	487
5.	Kontrolle, Revisibilität und Justiziabilität	488
a)	Grundsätze	488
b)	DCGK	491
c)	FGK	493
III.	Teilergebnis	495
D.	Gesetzgebungskompetenz	497
§ 3	Ergebnis des vierten Teils	500

Stiftung und Governance Kodex

Ein Comply-or-Explain-Mechanismus zur Lösung des
Kontrollproblems der Stiftung

Schmidt-Schmiedebach, B.

2016, XXVII, 562 S. 1 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-11897-6