

# Inhaltsverzeichnis

|                    |     |
|--------------------|-----|
| Inhaltsverzeichnis | VII |
|--------------------|-----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| Abkürzungsverzeichnis | XIX |
|-----------------------|-----|

|   |    |
|---|----|
| <b>Einführung</b>                       | 1  |
| A. Ziel und Gegenstand der Untersuchung | 4  |
| B. Rechtsetzungstheoretische Grundlagen | 6  |
| C. Gang der Untersuchung                | 9  |
| D. Der Einfluss des Europarechts!?      | 12 |

|   |    |
|---|----|
| <b>Erster Teil: Corporate Governance und Kodex bei der deutschen börsennotierten Aktiengesellschaft</b> | 16 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| <b>§ 1 Begriff und Inhalt der Corporate Governance</b>         | 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 |
| <b>§ 2 Der Deutsche Corporate Governance Kodex</b>             | 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        |
| <br>  |           |
| <b>Zweiter Teil: Regelungsnotwendigkeit auf dem Gebiet der Foundation Governance</b>                        | <b>50</b> |
| <br>  |           |
| <b>§ 1 Die Stiftung bürgerlichen Rechts</b>   | <b>50</b> |
| A. Begriff der Stiftung   | 50        |
| B. Entstehung der Stiftung  | 52        |
| C. Stiftungszweck   | 53        |
| D. Stiftungsvermögen  | 54        |
| E. Stiftungsorganisation  | 54        |
| <br>  |           |
| <b>§ 2 Das Kontrollproblem der Stiftung: Notwendigkeit einer "Corporate Governance" für Stiftungen</b>      | <b>56</b> |
| 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         |
| <b>§ 3</b>  | <b>Ergebnis: Insuffizienz bestehender Regelungen zu dem Schutz der Stiftung und staatliche Schutzpflicht</b> | <b>80</b>  |
| <b>Dritter Teil: "Richtige" Regulierungsmethode</b> |  | <b>83</b>  |
| <b>§ 1</b>  | <b>Die Regulierungsoptionen</b>  | <b>83</b>  |
| A.  | Spektrum der Optionen  | 83         |
| B.  | Auswahlsituationen 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        |
| <b>§ 2</b>  | <b>Wann ist eine Regulierungsmethode die "richtige"?</b>   | <b>110</b> |
| <b>§ 3</b>  | <b>Zwischenbilanz: Arbeitsprogramm</b>   | <b>113</b> |
| <b>§ 4</b>  | <b>Foundation Governance: Lösungsansatz für das Kontrollproblem von Stiftungen</b>                           | <b>115</b> |
| 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 |
| <b>§ 5</b> | <b>Inhaltliche Eckpunkte eines Foundation Governance Kodex</b>                                       | 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<br>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<br>Finanzbehörden       | 252 |
| c) Kontrolle durch Spender und Zustifter                           | 253 |

|   |     |
|---|-----|
| d) Öffentlichkeit   | 254 |
| e) Watchdogs und Zertifizierungen (Transparenz-<br>Intermediäre)  | 260 |
| f) "Shaming"  | 264 |
| g) Angst der Stiftungen vor gesetzlicher Regulierung  | 266 |
| IV. Fazit   | 266 |
| <b>§ 6 Eckpunkte einer stiftungsrechtlichen Erklärungsspflicht</b>  | 269 |
| A. Materielle Regelungen  | 269 |
| B. Verbindlichkeit und Durchsetzung   | 270 |
| I. DCGK: Wirkungen der Erklärungsspflicht 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<br>Konsequenzen                                      | 286 |
| 5. Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen<br>nach § 243 Abs. 1 AktG                              | 287 |
| 6. Kontrollmöglichkeiten der Hauptversammlung   | 290 |
| 7. Abschlussprüfer  | 291 |
| 8. Markt  | 292 |
| 9. Fazit  | 293 |
| II. FGK: Wirkungen einer Erklärungsspflicht im Stiftungsrecht   | 294 |
| 1. Binnenhaftung  | 295 |
| a) Positive Forderungsverletzung des organschaftlichen<br>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<br>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<br>keine Option            | 323 |
| b)   | Verschärfung der Konsequenzen   | 324 |
| (1)  | Schutzzweck des § 161 AktG und Haftung nach<br>§ 823 Abs. 2 BGB         | 325 |
| (2)  | Spezialgesetzliche Haftung de lege ferenda                              | 329 |
| (3)  | Schutzzweck einer stiftungsrechtlichen<br>Erklärungspflicht und Haftung | 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<br>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<br>de lege ferenda        | 357 |

|   |     |
|---|-----|
| (3) Justiziabilität von Entsprechenserklärungen<br>durch einen eigenen Anspruch der "Potential"-<br>Destinatäre | 366 |
| (4) Popularklage der Destinatäre  | 369 |
| IV. Fazit   | 370 |
| <b>§ 7 Zweckmäßigkeit einer Kodex-Lösung für gemeinnützige<br/>Stiftungen</b>                                   | 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<br>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<br>regulierungsbedürftigen Stiftungsrecht                             | 392 |
| 2. Mehrwert eines gesetzlich flankierten Kodex gegenüber<br>Gesetzesrecht                                       | 394 |
| a) Modernes Regelungsdilemma  | 394 |
| b) Systemtheoretische Verdeutlichung der Funktion   | 397 |
| c) Vorteile   | 401 |
| (1) Aus besonderer Sachnähe resultierende<br>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<br>Rechtmäßigkeitskontrolle   | 408 |
| (6) Flexible Durchsetzung   | 409 |
| (7) Schaffung von Arbeitsplätzen  | 411 |
| 3. Mehrwert eines gesetzlich flankierten Kodex gegenüber<br>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 |
| <b>§ 8</b>  | <b>Ergebnis des dritten Teils: Eckpunkte eines zweckmäßigen Kodex-Mechanismus für die Stiftung</b> | 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 |
| <b>Vierter Teil: Rechtliche Rahmenbedingungen und Legitimität eines Foundation Governance Kodex</b> |  | 438 |
| <b>§ 1</b>  | <b>Verfassungsmäßigkeit des DCGK-Mechanismus</b>   | 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 |
| <b>§ 2</b>  | <b>Gewährleistung der Verfassungsmäßigkeit eines Foundation Governance Kodex</b>                   | 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.<br>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<br>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        |
| <b>§ 3</b> | <b>Ergebnis des vierten Teils</b>                                      | <b>500</b> |



<http://www.springer.com/978-3-658-11897-6>

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