



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Stiftung und Governance Kodex“**

Dissertation vorgelegt von Bodo Schmidt-Schmiedebach

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Prof. Dr. Stefan J. Geibel

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

# **Stiftung und Governance Kodex**

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft  
der Juristischen Fakultät der  
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

vorgelegt von

Rechtsanwalt  
Bodo Schmidt-Schmiedebach  
Stuttgart

Springer Verlag 2015

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Bedeutung, die ein Governance Kodex für die deutsche gemeinnützige Stiftung bürgerlichen Rechts und innerhalb des weiterhin boomenden Stiftungssektors einnehmen könnte. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass der nach der gesetzlichen Minimalverfassung der Stiftung allein zur Führung der Stiftung berufene Vorstand keiner effektiven Kontrolle unterliegt. Vielmehr hat der Vorstand als gesetzlicher Vertreter die Macht, als von seiner Natur aus rationaler und egoistischer Mensch das Motiv und schließlich mangels Kontrolle die Möglichkeit, sich zu Lasten der oft immensen Stiftungsvermögen zu bereichern (*means, motive and opportunity*). Im Erwerbssektor haben medienwirksame Bilanzskandale die juristische Diskussion um „gute“ Corporate Governance neu angeheizt und zu einem internationalen Konsens hinsichtlich deren Notwendigkeit geführt. Resultat dieses Konsenses und eines anglo-amerikanisch beeinflussten grenzüberschreitenden Trends zu mehr Selbstregulierung war die Einführung des § 161 AktG durch das am 1. Juli 2002 in Kraft getretene Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG). Diese Norm zog die Entwicklung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) nach sich und verpflichtete Aufsichtsräte und Vorstände zu einer jährlichen Entsprechenserklärung.

Angesichts der Missbrauchsrisiken in der Stiftung hat die internationale Kodex-Bewegung auch den Nonprofit-Bereich erfasst. Quer durch Europa werden entsprechende Regelwerke entwickelt. Besonders augenfällig ist allerdings, dass die existierenden Standards durch ein allenfalls minimales Verbindlichkeitsniveau geprägt sind. In ihrem stetigen Werben um öffentliches Vertrauen und unter einem steigenden Legitimationsdruck scheinen die Stiftungen derartige Verhaltenskodizes in erster Linie als Marketinginstrument entdeckt zu haben. Demgegenüber realisiert die gesetzgeberische Flankierung des DCGK (§ 161 AktG) einen im internationalen Vergleich unübertroffenen Grad an Verbindlichkeit. Die Inhalte des DCGK zunächst zurückstellend, liegt der besondere Reiz der Idee, den DCGK-Mechanismus auf Stiftungen zu übertragen, in dessen regulierungstheoretischen Merkmalen, nämlich dem Zusammenspiel aus privater Regelsetzung und gesetzlicher Flankierung.

Ziel der Arbeit ist es, „die deutsche Ausprägung des „Kodex-Mechanismus“ als Regulierungsinstrument auf Mängel und Verbesserungsmöglichkeiten zu untersuchen. Sodann gilt es, die Frage zu beantworten, ob die Übertragung und die Einbettung des Instruments in das deutsche Stiftungsrecht nach etwaiger Modifikation und Anpassung an die Eigenschaften der Stiftung sowie des Stiftungssektors eine zweckmäßige Regulierungsoption zu der Kompensation des Schutzdefizits der Stiftung ist“.

Als Folge des Übertragungsziels und alles weitere überlagernd behandelt die Arbeit sowohl die Corporate Governance, als auch die Foundation Governance. In den jeweiligen Bereich gliedert sich das Instrument „Kodex“ ein. Dementsprechend ist der Aufbau der Arbeit in vier Teilen vorgegeben. Im **ersten Teil** wird die Notwendigkeit einer Corporate Governance begründet und deren Gestaltungskonzepte dargestellt. Anschließend wird das Übertragungsobjekt „Kodex-Mechanismus des DCGK“ anhand seiner Entstehungsgeschichte und Ausgestaltung knapp charakterisiert. Unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der staatlichen Stiftungsaufsicht widmet sich der **zweite Teil** der Frage, ob sich in der Stiftung ein mit der Lage der börsennotierten Aktiengesellschaft vor Einführung des DCGK vergleichbares Schutzdefizit nachweisen lässt, welches eine Regulierungsnotwendigkeit nach sich zieht. Der **dritte Teil** bildet den Schwerpunkt der Arbeit. Der Kodex-Mechanismus wird auf die Besonderheiten der Stiftung angepasst und die Zweckmäßigkeit seiner Integration in das deutsche Stiftungsrecht bewertet. Der **vierte Teil** analysiert die verfassungsrechtliche Legitimität eines Foundation Governance Kodex (FGK) mit gesetzlicher Entsprechenserklärungspflicht. Im Rahmen der umstrittenen Diskussion um den DCGK-Mechanismus argumentiert der Verf. für dessen Verfassungsmäßigkeit. Gleichwohl entwirft der Verf. ein Konzept, welches, über jeden Zweifel erhaben, in der Lage ist, die Verfassungsmäßigkeit eines FGK-Mechanismus zu gewährleisten.

## **I. Corporate Governance und Kodex bei der deutschen börsennotierten Aktiengesellschaft**

Der Verf. nähert sich zunächst dem Begriff und dem Inhalt der Corporate Governance. Ausgehend von der *principal-agent*-Theorie, die das dominierende Modell für Begründung der Notwendigkeit, der Analyse und der Rechtfertigung von Corporate Governance ist, arbeitet der Verf. die Rolle von *Berle* und *Means*, die schon 1932 die Trennung von Eigentum und Entscheidungsmacht als das zentrale Problem des modernen Aktienrechts identifizierten, heraus. Der Verf. würdigt sodann das grundlegende Forschungsergebnis von *Fama* und *Jensen*, demzufolge die Aufteilung von Entscheidungsmanagement und Entscheidungskontrolle auf verschiedene Agenten der elementare Lösungsansatz des zuvor aufgezeigten Problems ist und sich in der gesetzlichen Spitzenverfassung der deutschen Aktiengesellschaft aus Vorstand und Aufsichtsrat widerspiegelt.

Auf dem Weg zu einer Definition der Corporate Governance filtert der Verf. aus der fast unüberschaubaren Zahl von „Ansätzen, Theorien und Gestaltungskonzepten“ Begriffspaare zu deren Kategorisierung. Nach der Unterscheidung von *shareholder*- und *stakeholder*-Ansätzen, von Kontrolle durch den Markt und Kontrolle durch Hierarchie sowie von den Teilnahmemodi *voice* oder *exit* führt der Verf. die Begriffe in ein anglo-amerikanisches und ein kontinentaleuropäisches Modell zusammen. Da historisch gewachsene Strukturen im Sinne einer *path dependency* bei gesetzgeberischen Vorhaben zu berücksichtigen sind, definiert der Verf. Corporate Governance in kontinentaleuropäischer Tradition: „Corporate Governance bezeichnet das System von Leitungs- und Kontrollmechanismen zur Sicherung eines optimalen Ausgleichs zwischen allen Anspruchsgruppen (stakeholders), wobei die „Eigentümerinteressen“ an einer nachhaltigen Wertsteigerung im Vordergrund stehen“. Anschließend werden die Regelungsquellen der Corporate Governance und das dem DCGK zugrunde liegende Governance-System in der gebotenen Kürze dargestellt.

Im zweiten Abschnitt zeichnet der Verf. die internationale Kodex-Bewegung sowie die Entstehungsgeschichte des DCGK samt seiner gesetzgeberischen Flankierung in § 161 AktG nach. Da die Tätigkeit und Einbindung der Kodex-Kommission in dem Entwicklungsprozess des DCGK häufig Ansatzpunkt von Kritik war und ist, legt der Verf. ein besonderes Augenmerk auf deren Rolle. Es folgen die Grundlagen der Ausgestaltung des Kodex sowie des § 161 AktG unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG).

## **II. Regelungsnotwendigkeit auf dem Gebiet der Foundation Governance**

Aufbauend auf der Darstellung der Notwendigkeit von Corporate Governance in der Aktiengesellschaft und ausgehend von der *principal-agent*-Theorie untersucht der Verf., ob in der Stiftung parallele Probleme existieren, und ob diese gegebenenfalls regulierungsbedürftig sind.

1. Am Beginn steht eine kurze Darstellung der elementaren Strukturen der Rechtsform „Stiftung“ und des sie regulierenden Rechts, um die Konturen des Übertragungsobjektes herauszuarbeiten.

2. Ausgehend von der Hypothese, dass der „eigentümerlose“ Zustand der Stiftung diese mehr als jede andere Rechtsform der ständigen Gefahr aussetzt, Opfer widerrechtlicher Eingriffe in ihr Vermögen zu werden, begründet der Verf. nachfolgend das „Kontrollproblem der Stiftung“ und weist die Notwendigkeit einer Foundation Governance nach. *Principal-agent*-Konflikte belasten auch die Arbeit der Stiftung. Während der Vorstand als *agent* der Stiftung feststeht, ist die Frage nach dem *principal* der Stiftung umstritten. Der Verf. argumentiert, dass die Stiftung selbst, noch präziser der in ihr verkörperte und mit ihr verschmolzene Stif-

terwille mit seiner wichtigsten Ausformung im Stiftungszweck der *principal* der Stiftung ist. Die natürliche Person des Stifters, die ursprünglich den Anteilseignern der Aktiengesellschaft am vergleichbarsten sei, werde durch die Stiftungserrichtung in das Ersatzobjekt „Stifterwille“ umgewandelt. Dieser forme die Nutzenfunktion und generiere die typischen Interessen des Prinzipals. Da der nutzenmaximierende homo oeconomicus, wie der Verf. belegt, auch in der Stiftung lebe, seien die *principal-agent*-Beziehungen in der Stiftung mindestens so konfliktträchtig wie diejenigen in kapitalmarktorientierten Unternehmen. Wie der Verf. anschließend theoretisch aufzeigt und durch Missbrauchsfälle der Praxis belegt, begründen zahlreiche rechtsformspezifische Schwächen eine noch weitergehende zweifache Verstärkung des Schutzdefizits. Neben höheren Informationsasymmetrien brächen gleichzeitig ausgleichende Kontrollmechanismen weg, was den Stiftungsorganen einen enormen Handlungsspielraum eröffne.

Der Verf. erörtert im Anschluss erwartungsgemäß, ob und inwieweit die staatliche Stiftungsaufsicht ihrer Aufgabe, die durch das rechtsformspezifische Kontrolldefizit der Stiftung gerissene Kontrolllücke zu schließen, nachkommt und fällt ein negatives Urteil. Die Stiftungsaufsicht sei in der Praxis infolge rechtlicher wie tatsächlicher Beschränkungen ungeeignet und unfähig, als alleiniger „Schutzlückenfüller“ das Kontrolldefizit zu kompensieren.

Basierend auf der Insuffizienz der aktuellen Schutzmechanismen begründet der Verf. abschließend als Folge des objektiv-rechtlichen Gehalts der Grundrechte eine Schutzpflicht des Staates für die Stiftung. Die Grundrechtspositionen von Stiftung und Stifter verlangten vom Staat einerseits effektivere Schutzmaßnahmen, verwiesen ihn aber zugleich in seine Schranken, indem sie die Stiftungsaufsicht auf eine subsidiäre Rechtsaufsicht reduzierten. Jedenfalls müsse der Gesetzgeber aktiv werden. Eine Stärkung der Selbstkontrolle könne sich perspektivisch in besonderer Weise in dieses Korsett einfügen.

### III. „Richtige“ Regulierungsmethode

Im Zentrum des dritten Teils steht die Frage nach der Wahl eines funktionsadäquaten Regulierungsmechanismus.

1. Der Verf. skizziert zu Beginn die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Regulierungsoptionen und gibt einen Überblick über die von diesem zu treffenden Auswahlentscheidungen. Dabei würdigt der Verf. die Ergebnisse der noch jungen Rechtsetzungstheorie, insbesondere die Arbeiten von *Hoffmann-Riem* und *Schuppert*. Ziel müsse es sein, von einer zufälligen Selektion der Optionen zu einem planvollen Einsatz diversifizierter und grundsätzlich typisierter, dennoch situativ anpassbarer Regulierungsmechanismen zu gelangen. Wo die Verfassung keine staatliche Eigenwahrnehmung der Aufgaben fordere, bleibe Raum für zusätzliche Handlungsoptionen in Form kooperativer Regelsetzung unter Einbeziehung Privater. Auch der Gesetzgeber selbst habe durch § 43 Abs. 1 Nr. 3 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) und dem damit verbundenen „Prüfkatalog zur Feststellung von Selbstregulierungsmöglichkeiten“ gezeigt, dass er die Bedeutung derartiger Mechanismen erkannt und sich auf das Leitbild des aktivierenden Staates verpflichtet habe. Nach dem Verf. ist es besonders wichtig, das potentielle Missverständnis auszusräumen, dass es nur um die Auswahl bereits bestehender Mechanismen gehe. Weil die existenten Varianten kooperativer und selbstregulativer Normsetzung das Kooperationspektrum bei weitem nicht auszuschöpfen in der Lage seien, müsse jede Typisierung zwingend unvollständig sein. Ihre Funktion erschöpfe sich in einer Hilfestellung bei der Auswahl einer „Regulierungsvorlage“, die dann in einer Feinabstimmung an die spezifische Regulierungssituation im Hinblick auf ihre Effizienz und Funktionsadäquanz anzupassen und durch eine Folgenkontrolle abzurunden sei. Auf diese Weise entstünden neue Regulierungsdesigns.

Auf dieser theoretischen Basis untersucht der Verf. den DCGK-Mechanismus, ordnet ihn in das vorgezeichnete Spektrum der Regulierungsoptionen ein und legt dabei besonderes Augenmerk auf dessen Verbindlichkeitsgrad. Der Verf. zeichnet in diesem Rahmen die in der rechtswissenschaftlichen Literatur geführte Diskussion um die „Rechtsnatur des DCGK“ mit klaren Strichen nach und präsentiert die vorgetragenen Argumente in der gebotenen Dichte. Insbesondere weist er auf die Notwendigkeit hin, den „comply-or-explain“ Mechanismus im Rahmen der Fragestellung in seine Bestandteile, den DCGK selbst und seine gesetzliche Flankierung (§ 161 AktG) zu zerlegen. § 161 AktG sei unproblematisch ein Parlamentsgesetz. Auslöser der Diskussion seien nur etwaige Rückwirkungen der gesetzlichen Flankierung auf den DCGK. Als Basis seiner Untersuchung isoliert der Verf. aus den möglichen Verhaltenskonstellationen der Normadressaten hinsichtlich des Kodex einerseits, und der Entsprechenserklärungspflicht andererseits, diejenige, die primär als „Verstoß gegen den Kodex“ zu betrachten ist. Ein solcher Verstoß liege vor, wenn eine negative Entsprechenserklärung abgegeben werde, welche die Erklärenden sodann auch befolgten. Klar davon abzugrenzen sei eine Fehl- oder Falscherklärung, die einen Verstoß gegen § 161 AktG kennzeichne. Die gebotene Trennung stets vor Augen gelangt der Verf. zu dem Ergebnis, dass der DCGK ein neuartiges Instrument ist, welches sich nicht ohne weiteres in das bekannte Spektrum der Regulierungsoptionen einordnen lässt. Hinsichtlich der Konkretisierung von Sorgfaltspflichten habe der DCGK allenfalls eine Indizwirkung, die wiederum nur der richterlichen Rechtsautorität und gerade nicht dem DCGK zuzurechnen sei (*persuasive but not conclusive evidence*). Eine etwaige faktische Zwangswirkung sei allenfalls Folge der gesetzlichen Flankierung. Im Ergebnis sei der DCGK, was er sein wolle: Nach Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte des § 161 AktG keine Rechtsnorm, sondern eine unverbindliche Handlungsempfehlung.

2. Zu der Präzisierung des Maßstabs, anhand dessen die „Richtigkeit“ von Regelungsoptionen zu bestimmen ist, spannt der Verf. einen knappen Bogen von den rechtsphilosophischen Grundlagen hin zu einem praxistauglichen Ansatz und zieht Zwischenbilanz in Form eines Arbeitsprogramms. Auf der Grundlage der festgestellten Defizite der Regulierungstheorie, der Unendlichkeit von Regulierungsoptionen und der auf den vierten Teil vorgreiflichen Tatsache, dass das Grundgesetz auf dem Gebiet der Foundation Governance keine hoheitliche Eigenerfüllung fordert, wird der DCGK-Mechanismus zum Ausgangspunkt der Untersuchung gemacht. Er soll, zerlegt in seine Bestandteile, einen an der Funktionsadäquanz und den Spezifika der Stiftung orientierten Optimierungsprozess durchlaufen.

3. Zu der Umsetzung des Arbeitsprogramms zeigt der Verf. zunächst ein grob strukturiertes Foundation Governance System auf, in welches sich ein Kodex als Baustein einfügen muss und aus welchem er sich inhaltlich nähren kann. Der Verf. betont, insoweit übereinstimmend mit der Baums-Kommission, dass der DCGK zwar eine Vorbildfunktion für nicht börsennotierte Organisationen haben kann, der Ruf nach einer Verbesserung der Foundation Governance aber nicht dazu führen darf, dass Ergebnisse der Corporate Governance Forschung unreflektiert für die Stiftungen übernommen werden. Auf Basis der vorherigen Darstellungen zu den Ansätzen der Corporate Governance arbeitet der Verf. heraus, dass das Gestaltungskonzept der Foundation Governance durch ein internes Kontrollsystem mit einer klaren institutionellen Trennung von Entscheidungsmanagement und Entscheidungskontrolle sowie einer nicht institutionalisierten Stakeholder-Orientierung geprägt ist. Nach den fundamentalen Lösungsstrategien der *principal-agent*-Theorie versuche auch die Foundation Governance aufbauend auf Transparenz, die Interessen der Vertreter an diejenigen der Stiftung anzunähern. Im Sinne eines unerreichbaren Langzeitziels würdigt der Verf. das von Jakob erarbeitete „Bild der Idealstiftung“, in welchem ein Gleichgewicht der Stiftungskräfte besteht. Angeregt von der Arbeit Jakobs wird ein Schutzsystem der Stiftung mit verschiedenen Schutzdimensionen über die Lebensphasen der Stiftung erarbeitet und das Instrument eines Foundation Governance Kodex in diesem positioniert.

Das zuvor erarbeitete grobe Gestaltungskonzept der Foundation Governance wird sodann mit Leitlinien zur Wahl einer effektiven Organisationsstruktur weiterentwickelt. Drei Komponenten dieser Organisationsstruktur werden beleuchtet. An Anfang stehen die aktuellen und potentiellen Kontrollakteure in der Stiftung. Sie haben das Schutzsystem der Stiftung auszufüllen. Im Rahmen der Untersuchung wird die sekundäre Rolle der *stakeholders* als Stiftungsschützer aufgegriffen und zugleich ein Beitrag zur Legitimität ihrer Interessen geleistet. Gerade diese Legitimität hilft dabei, die sich am Werk befindlichen Kräfte nach ihrer Kontrolleignung zu reihen und eine effektive Organisationsstruktur zu gestalten. Ausgehend von der Freiheit des Stifters bei der Gestaltung seiner Stiftung, werden verschiedene Optionen der internen Organkontrolle auf ihren Kontrollnutzen hin untersucht, die Rolle eines Zweitorgans unter Berücksichtigung verschiedener Einflussfaktoren wie der „Stiftungsgröße“ hervorgehoben und die Möglichkeiten einer Beeinflussung durch die Stiftungsaufsicht gewürdigt. Im Hinblick auf externe Kontrollakteure arbeitet der Verf. heraus, dass die Stiftungsaufsicht und andere staatliche Behörden aufgrund eines verfassungsrechtlich begründeten Vorrangs der Eigenkontrolle an dem Ende der „Kontrollkette der Stiftung“ stehen. Eine zunächst naheliegende „Lückenfüllfunktion“ könnten die Stiftungsaufsicht und die Finanzbehörden allerdings aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht übernehmen. Allenfalls könne ihnen eine „Auffangfunktion“ zukommen, die eine grobe Basiskontrolle nach Versagen der anderen Kontrollmechanismen realisiere. Wie im Fall des DCGK kommen auch der Markt und die Öffentlichkeit als Kontrollakteure der Stiftung in Frage. Der Verf. argumentiert, dass das Prinzip der Publizität dem deutschen Stiftungsrecht weitgehend grundlos fremd ist. Publizität und eine darauf aufbauende Öffentlichkeitskontrolle seien international feste Bestandteile eines modernen Stiftungsrechts und auch in Deutschland in ihren niedrigen verfassungsrechtlichen Grenzen weitgehend zu aktivieren, nicht zuletzt im eigenen Interesse der Stiftungen. Auch das Kontrollpotential der Destinatäre gelte es nutzbar zu machen.

Die zweite Komponente bilde ein System der Erfolgsmessung. Der Verf. führt die Probleme und bisherigen Ansätze des für Nonprofit-Organisationen noch jungen Forschungsbereichs vor und ermahnt zur Entwicklung maßgeschneiderter „Messsysteme“. Dabei müsse der Versuchung widerstanden werden, leicht verfügbare Kennzahlen den unerlässlichen qualitativen Erhebungen vorzuziehen. Anschließend beleuchtet der Verf. mit den Themen der Anreizsysteme und der Vergütung die dritte Komponente. Er belegt, dass in Stiftungen schon die Voraussetzungen für leistungsorientierte Anreizsysteme nicht vorliegen. Ein solches Anreizsystem könne sogar schaden. Den Abschluss bildet eine knappe Richtschnur für die Vergütung von Stiftungsmitarbeitern.

4. Von dem Gestaltungskonzept der Foundation Governance wendet sich der Verf. den Eckpunkten eines Foundation Governance Kodex zu und schickt einige Grundsatzfragen voraus. Der Verf. deckt zunächst Schwachstellen bei der Inhaltsentwicklung des DCGK auf. An die Stelle eines *anecdotal evidence*-Ansatzes müsse ein interdisziplinärer Forschungsansatz treten und der Tendenz im Nonprofit-Bereich entgegengewirkt werden, bewährte Kategorien und Konzepte von profitorientierten Unternehmen einfach zu übernehmen. Im Sinne *Eidenmüllers* will der Verf. auf ein neues Selbstverständnis der Rechtswissenschaft hinwirken, weg von einer Rechtsanwendungswissenschaft hin zu einer realwissenschaftlich betriebenen Rechtsetzungswissenschaft. Ebenso kritikwürdig und systemwidrig sei die Existenz von „Schlupflöchern“ im Inhalt des DCGK. Neben einer Härtung zu umgehungsresistenten Empfehlungen schlägt der Verf. eine Neujustierung der Regelungstypen vor. Nachdem der Verf. die Notwendigkeit einer umsetzungsverstärkenden Verankerung der Kodexempfehlungen in dem Regelwerk der individuellen Stiftung verneint hat, begründet er, dass die Bandbreite der Erscheinungsformen der Stiftung einem einheitlichen Kodex nicht entgegensteht.

Anschließend entwickelt der Verf. anhand in Wissenschaft und Praxis aktuell diskutierter Problemfelder die inhaltlichen Eckpunkte eines einheitlichen Stiftungs-Kodex. Trotz des bestehenden Forschungsstaus weist er damit nach, dass ein inhaltlicher Anwendungsbereich für

den Kodex-Mechanismus im Stiftungssektor besteht, und deutet weiterer Forschung die Richtung auf. Der Verf. behandelt die Besetzung und Arbeit des Vorstands, die Grundlagen eines Zweitorgans mit Kontrollfunktion sowie die Zusammenarbeit der beiden Organe. Darüber hinaus widmet sich der Verf. den für die Stiftungen besonders relevanten Bereichen der Vermögensverwaltung und der Rolle der Destinatäre. Eine Betrachtung der Rechnungslegung, Rechnungslegungspublizität und Transparenz, einschließlich der Abschlussprüfung und Zusammenarbeit mit staatlichen Behörden rundet die Darstellung ab. Im Rahmen der knappen Entwicklung dieser Eckpunkte widersteht der Verf. der Versuchung, einen konkreten Kodex-Vorschlag zu unterbreiten, der ohne die erforderliche weitere wissenschaftliche Fundierung zwingend mangelhaften wäre.

Von dem Inhalt eines Kodex geht der Verf. zu dem Bereich der Verbindlichkeit und Durchsetzung über. Zunächst wird der auf dem Markt basierende Wirkmechanismus des DCGK ausführlicher analysiert, bevor der Frage nachgegangen wird, ob sich ein Marktmechanismus auch im Stiftungssektor aktivieren lässt und als alleiniger Durchsetzungsmechanismus hinreichend ist. Der Verf. betont dabei erneut die Bedeutung einer Differenzierung der Mechanismuskomponenten. Die Entwicklung der Kodex-Inhalte sowie deren Durchsetzung sollten nach dem Durchsetzungskonzept des DCGK den selbstregulativen Kräften des Marktes überlassen werden, während der Staat für die Entsprechenserklärungspflicht und deren Durchsetzung verantwortlich sei. Nachdem der Verf. die theoretischen Grundlagen und bisherigen Ergebnisse der empirischen Forschung dargestellt und letztere kritisch bewertet hat, widmet sich der Verf. der Lage in der Stiftung. Mangels Relevanz des Kapitalmarktes untersucht der Verf. Märkte, auf denen die Stiftungen agieren, auf deren Substitutsqualitäten hin und hält eine reduzierte Bedeutung des Durchsetzungsmechanismus „Markt“ fest. Allerdings könne die mit der Einführung des Kodex-Mechanismus in den Stiftungssektor verbundene Transparenzsteigerung die relevanten Märkte stärken und damit zugleich die Voraussetzungen des Kodex-Mechanismus verbessern. Zu der Schließung der verbleibenden Durchsetzungslücke untersucht der Verf. eine Bandbreite von Akteuren und Mechanismen, wobei er die Bedeutung einer Öffentlichkeitskontrolle hervorhebt, die wiederum durch die Aktivität von *watch-dog*-Organisationen, Siegel und Ansätze des *shaming* verstärkt werden könnten. Unter der Voraussetzung der Einführung und effektiven Durchsetzung einer Entsprechenserklärungspflicht seien die untersuchten Mechanismen schließlich in der Lage, auch in dem Stiftungssektor einen hinreichenden Befolungsdruck aufzubauen.

5. Die Eckpunkte einer stiftungsrechtlichen Entsprechenserklärungspflicht nach dem Vorbild des § 161 AktG stehen im Mittelpunkt des nächsten Abschnitts. Weil die historisch gewachsene Verschllossenheit des Stiftungssektors die Funktionsfähigkeit aller zuvor behandelten Mechanismen der Inhaltsdurchsetzung hemmen würde, sei die effektive Durchsetzung einer Entsprechenserklärungspflicht im Stiftungssektor von besonderer Bedeutung. Während der Inhalt einer Parallelvorschrift im Stiftungsrecht knapp abgehandelt werden kann, bildet die Verbindlichkeit und Durchsetzung der Entsprechenserklärungspflicht einen Schwerpunkt der Arbeit. Der Verf. stellt in der gebotenen Breite, aber auch Kürze zunächst den *status quo* des dem § 161 AktG zugehörigen Durchsetzungsregimes überblicksartig dar. Während der Verf. für den Bereich der Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen die Pflichten des § 161 AktG auf bestehende Monographien zurückgreift, geht er auch auf aktuelle Entwicklungen etwa hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen ein. Dabei deckt der Verf. auf, dass selbst klare Verstöße gegen § 161 AktG nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung weitgehend sanktionslos akzeptiert werden müssen. Lediglich die besagte Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und seit dem BilMoG auch die Auskunftsansprüche der Hauptversammlung hätten in jüngerer Zeit aufgrund der damit verbundenen gerichtlichen Kontrolle das Sanktionsrisiko moderat ansteigen lassen.

Entsprechend untersucht der Verf. anschließend, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen eine dem § 161 AktG parallele Entsprechenserklärungspflicht in dem rechtlichen und tatsächlichen Umfeld der Stiftung hätte, um auf dieser Grundlage etwaige Weiterentwicklungsbedürfnisse zu identifizieren. Wie zuvor gelangt der Verf. zu einem ernüchternden Ergebnis. Aus zahlreichen Gründen sei eine Haftung der Stiftungsorgane nicht zu erwarten. Folge man der aktuellen Literaturmeinung, die eine Schutzgesetzeigenschaft von § 161 AktG ablehnt, scheitere jegliche Haftung nicht zuletzt an einem fehlenden Schutzzweckzusammenhang. Auch andere Sanktionsmechanismen existierten derzeit nicht.

Auf der Grundlage der vorangegangenen Untersuchung gleicht der Verf. den *status quo* mit dem Durchsetzungskonzept des DCGK ab. Danach sei es Aufgabe des Staates mittels der Entsprechenserklärungspflicht Informationen aus der Organisation heraus zu transportieren und damit Transparenz zu schaffen. Basierend auf dieser Transparenz werde die Beurteilung und Sanktionierung der inhaltlichen Befolgung des Kodex den Erklärungsadressaten überlassen. Nach diesem Konzept müssten die Adressaten der Entsprechenserklärung auf verschiedene Eigenschaften des Kodex-Mechanismus vertrauen können. Die aktuelle Ausgestaltung des DCGK-Mechanismus versage auf voller Breite. Insbesondere lasse die faktische Akzeptanz von Entsprechenslügen die Entsprechenserklärungspflicht zum bloßen *law in the books* verkommen und widerspreche dem Gesamtkonzept des DCGK. Dieses Gesamtkonzept erlaube den regulierten Organisationen nur insoweit eine Abweichung von den Kodex-Regeln, als eine richtige Erklärung hierüber abgegeben worden sei. Ohne die Wahrheit der Information könnten die zur Durchsetzung des Kodex-Inhalts verantwortlichen Mechanismen keine Wirkung entfalten. Die hinzukommende Möglichkeit, zahlreiche der aktuellen Empfehlungen zwar gerichtsfest zu befolgen, zugleich aber deren Kerngedanken auf der Strecke zu lassen, führe zu dem Ergebnis, dass die Erklärungsadressaten gerade nicht auf den Inhalt der Erklärungen vertrauen könnten.

Der Herleitung von Ansätzen zu der Weiterentwicklung des Kodex-Mechanismus und zu der Beseitigung der identifizierten Defizite, welche insbesondere bei der Anwendung des Mechanismus auf die Stiftung implementiert werden könnten, widmet sich der folgende Abschnitt. Der Verf. stellt heraus, dass eine Effektivierung des Mechanismus Maßnahmen erfordert, die in zwei Säulen aufteilbar sind. Neben der Verschärfung der Sanktionen sei eine aktive Richtigkeitskontrolle zu etablieren, die sich in maximalem Umfang privatrechtlicher Kontrollelemente bedienen sollte. Im Anschluss an die Untersuchung zahlreicher Ansätze schlägt der Verf. die folgenden Maßnahmen vor und geht damit nach Art und Intensität weit über bislang diskutierte Maßnahmen hinaus.

In dem Fall des DCGK könne die erste Säule, so der Verf., durch die Einbeziehung von Falscherklärungen in einen allgemeinen kapitalmarktrechtlichen Informationshaftungstatbestand gestärkt werden. Weil eine stiftungsrechtliche Entsprechenserklärungspflicht im Unterschied zu § 161 AktG einen Kodex mit überwiegender Ordnungsfunktion flankieren würde, dürften im Fall der Stiftung kaum Zweifel an einem Individualschutzzweck zu Gunsten der Stiftung bzw. des in ihr verkörperten Stifterwillens aufkommen. Obwohl damit der Weg für eine Haftung grundsätzlich geebnet sei, müsse die Durchsetzung etwaiger Ansprüche unterstützt werden. Zu der Reduktion des Durchsetzungsdefizits ist, so entwickelt der Verf., insbesondere die gesetzliche Normierung einer Popularklage zu Gunsten der (Potential-)Destinatäre ein zweckmäßiges und rechtmäßiges Mittel. Trotz derartiger Verbesserungen würde die Präventionswirkung der Haftung immer noch zu gering sein, weshalb eine Ergänzung um einen Ordnungswidrigkeitstatbestand gefordert wird. Der Verschuldensmaßstab solle einheitlich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit festgelegt werden. Ein über eine Kodex-Empfehlung zu etablierendes internes *whistleblowing* solle das verbesserte Sanktionsregime abrunden und eine Schnittstelle zu der zweiten Säule der Richtigkeitsprüfung bilden.

Die Sanktionsmechanismen könnten nur dann wirken, wenn für die Kontrollakteure der Zugang zu richtigen Informationen gewährleistet werde. Hierzu sei eine Selbstauskunft in

Form der Entsprechenserklärung allein nicht ausreichend; ergänzende Richtigkeitskontrollen seien zur Effektivierung des Kodex-Mechanismus geboten. Die Richtigkeitskontrollen erhöhten gleichzeitig mit der Entdeckungswahrscheinlichkeit von Falscherklärungen das Drohpotential der vorgenannten Sanktionsinstrumente. Erst eine Kombination beider Säulen könne die Erklärungsrichtigkeit im einem Maß bewirken, welches für die effektive, zuvor untersuchte Durchsetzung des Kodex-Inhalts insbesondere mittels der Märkte erforderlich sei. Während der Verf. die zweite Säule untersucht, behält er stets die Pflicht der Stiftung zu der Wahrung einer angemessenen Verwaltungskostenquote im Blick und ist sich der Wesentlichkeit der mit einer Richtigkeitskontrolle entstehenden Kosten bewusst. Unter Abwägung mit der besonderen Wirkung von Maßnahmen zur Kontrolle der Erklärungsrichtigkeit gelangt der Verf. zu den folgenden Vorschlägen.

Sei ein wesentlicher Grund für die Einführung des Kodex-Mechanismus im Stiftungssektor das von den staatlichen Behörden mitverursachte Kontrolldefizit, sei es paradox, gerade diese Behörden mit neuen Aufgaben weiter zu überlasten. Obwohl es zweckmäßig wäre, die Koproduktion von Staatlichkeit aus den gleichen Argumenten wie zuvor auch auf den Bereich der Regeldurchsetzung zu erstrecken, eigne sich ein System der akkreditierten Zertifizierung wegen der vergleichsweise hohen Kosten nur für die Aktiengesellschaften. Mit der Einführung eines solchen Systems vollziehe der Kodex-Mechanismus einen Komplexitätssprung, dessen Nutzen weiterer Untersuchung bedürfe. Nachdem der Verf. etwaigen Bedenken entgegengetreten ist, befürwortet er die gesetzgeberische Erweiterung des Prüfungsumfangs des Abschlussprüfers auf eine Richtigkeitskontrolle für die Aktiengesellschaft sowie für freiwillig geprüfte Stiftungen mit einem Stiftungsvermögen von über 100.000 Euro. In Anlehnung an die aktuellen Anfechtungsverfahren von Hauptversammlungsbeschlüssen verschiedener Aktiengesellschaften sei die Richtigkeitsprüfung durch einen klagbaren Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs der Stiftungsdestinatäre abzurunden. Sowohl über die Ausweitung der Anspruchsberechtigung als auch über Faktoren der Klagemotivation könne die Kontrollwirkung gerade auch im Hinblick auf die den Stiftungen entstehenden Kosten gesteuert werden. Im Rahmen der Klageverfahren fände dann eine wünschenswerte gerichtliche Kontrolle der Erklärungsrichtigkeit statt.

6. Ist dem Kodex-Mechanismus durch die vorangegangenen Untersuchungen eine Kontur verliehen, dient der folgende Abschnitt der Suche nach der „richtigen“ Regelungsoption in dem Spannungsfeld zwischen der Regelungsnotwendigkeit von Governance-Fragen in der Stiftung und der Prämisse der Stifterfreiheit. Am Maßstab der Funktionsadäquanz untersucht der Verf. die Vor- und Nachteile des Regelungsinstrumentes selbst, und gerade nicht einzelner Inhalte. Dabei geht der Verf. von der um die Zweckmäßigkeit des DCGK geführten Diskussion aus, prüft und erweitert die Argumentation im Hinblick auf Stiftungen und trennt insbesondere zwischen den Vorteilen eines Kodex und denen ihrer gesetzlichen Flankierung, auf die es letztlich ankommt. Ein nach den Ergebnissen der vorliegenden Arbeit ausgestalteter, gesetzlich flankierter FGK-Mechanismus ist, so der Verf., unter der Bedingung seiner nachfolgend zu überprüfenden Rechtmäßigkeit die „richtige“ Regulierungsoption.

In dem Fall des DCGK stand die Kommunikation des deutschen Corporate Governance Modells an die internationalen Finanzmärkte im Vordergrund der Zweckmäßigkeitsargumentation. Trotz der im Stiftungssektor fehlenden Bedeutung des Kapitalmarktes könne eine solche Kodex-Lösung auch dort eine Kommunikationsfunktion übernehmen. Die nur mittels einer gesetzlichen Flankierung erzielbare Kommunikation *einheitlicher* Regeln vermöge sowohl einen Standortvorteil zu realisieren als auch im Verhältnis zu den *stakeholders* der Stiftung eine transaktionskostensenkende Wirkung zu entfalten.

Darüber hinaus könne der Kodex-Mechanismus gerade in dem schwach regulierten Stiftungssektor im Vergleich zu dem DCGK eine wesentliche Ordnungsfunktion wahrnehmen und dafür sorgen, dass qualitativ hinreichende Foundation Governance Regeln in den Stiftungen gelebt würden. Im Rahmen der Untersuchung beleuchtet der Verf. eine Vielzahl von Ar-

gumenten, darunter die Aspekte der Staatsentlastung, der Regelungsflexibilität, der Eignung zur Feinsteuerung sowie der flexiblen Durchsetzung. Dabei wird der kooperative Regulierungsmechanismus von reiner Selbstregulierung, weiteren schwächeren Implementierungsmechanismen als auch von vollumfänglich gesetzlicher Regulierung abgegrenzt. Zu der Verdeutlichung der Funktion des Kodex-Mechanismus zieht der Verf. ergänzend die Systemtheorie (Theorie autopoietischer Systeme) heran und qualifiziert den Mechanismus als ein reflexives Regulierungsinstrument. Es sei zweckmäßig, die Regelentwicklung auf das Subsystem des Dritten Sektors zu verlagern und das Gesetz auf eine Gewährleistungs- und Unterstützungsfunktion zu verweisen. Insbesondere würden die systemimmanenten Steuerungsregeln des regulierten Subsystems unter Zugriff auf privates Spezialwissen respektiert, was weithin akzeptierte, aktuelle und fundierte Kodex-Empfehlungen zur Folge habe. Diese Empfehlungen könnten Aspekte der Foundation Governance detailliert regeln, ohne die im Stiftungssektor notwendigen organisationsindividuellen Anpassungen auszuschließen. Obwohl es dem Staat nicht verwehrt sei, privaten Sachverstand auch in die Entwicklung von Gesetzen einfließen zu lassen, könne nur eine Selbstregulierung gleichzeitig den Staat in den Bereichen der Regelsetzung und -durchsetzung entlasten. Zu der bei Selbstregulierungsvorhaben stets befürchteten, den Regelungserfolg vereitelnden gänzlichen Befolgungsfreiheit komme es aber gerade nicht. Ein für den gesamten Stiftungssektor einheitlicher Kodex erleichtere insbesondere die Aktivierung der Öffentlichkeit für die Kontrolle der kontrolldefizitären Stiftungen. Der Verf. betont, dass der Kodex-Mechanismus auf diese Weise eine Balance zwischen Zwang und Freiheit zu realisieren vermag, die ihres gleichen sucht und den Kodex-Mechanismus auch gegenüber einer Lösung auf Verbandsebene und einer Implementierung über eine Siegel-Vergabe auszeichnet.

Auch für die Stiftungen ist der Kodex-Mechanismus vorteilhaft, so entwickelt der Verf. Die Organmitglieder seien zu einer Selbstreflexion gezwungen. Dieser Zwang, sich zwar mit den Regelungen inhaltlich auseinandersetzen zu müssen, ohne aber jede einzelne Regelung auch befolgen zu müssen, berge schon an sich das Potential, die Foundation Governance Praxis zu verbessern. Der Erhalt des gemeinnützigen Status werde durch die Befolgung der eng am geltenden Recht orientierten und staatlich überprüften Kodexregelungen gewährleistet. Ebenso werde die Wahrscheinlichkeit einer Haftung der Organmitglieder reduziert. Dem lebenden Stifter könne ein Kodex als Vorbild seiner Satzungsgestaltung dienen, während der Mechanismus nach dem Tod des Stifters dazu beitrage, dessen Willen auf Dauer zu realisieren. Schließlich könne der häufig als Hauptmotivator für eine Unterstützung von Selbstregulierungsprojekten angesehene Deregulierungseffekt nur mit Hilfe einer gesetzlichen Kodexflankierung erzielt werden. Den identifizierten Gefahren könne schließlich effektiv im Rahmen der konkreten Gestaltungsphase begegnet werden.

In Anbetracht der bisherigen gesetzgeberischen Zurückhaltung im Rahmen der Regulierung des Stiftungssektors sei eine Befriedigung des Regulierungsbedarfs durch zwingende oder dispositive Gesetze weder zu erwarten, noch regulierungstheoretisch richtig. Materielle Gesetze liefen wegen ihrer Härte und Unflexibilität dem durch die Stifterfreiheit geprägten Regelungskonzept der Stiftung zuwider. Zudem seien die noch überwiegend systematischen Vorschriften des BGB von Detailregelungen für die Leitung und die Kontrolle von Organisationen freizuhalten. Demgegenüber könne der Kodex-Mechanismus über das geltende Recht und kompromisspolitisch Machbares hinausgehen.

#### **IV. Rechtliche Rahmenbedingungen und Legitimität eines Foundation Governance Kodex**

Im Vierten Teil untersucht der Verf. zunächst die Verfassungsmäßigkeit des DCGK-Mechanismus in einer Gesamtschau dessen beider Komponenten, um seine Eignung als Regelungs-

vorbild auch in dieser Hinsicht zu klären und einen etwaigen Modifikationsbedarf aufzudecken. Der Verf. betont kurz die Verfassungsmäßigkeit des § 161 AktG. Auch ein mittelbarer Grundrechtseingriff durch eine faktische Zwangswirkung sei jedenfalls im Vergleich zu zwingendem Recht als milderes Mittel gerechtfertigt. Im Anschluss setzt sich der Verf. mit den in der Literatur erhobenen Einwänden auseinander, die Kodex-Empfehlungen verstößen gegen das Demokratieprinzip, den Gesetzesvorbehalt sowie die Grundrechte. Dass diese Stimmen in den letzten Jahren leiser geworden seien, sei weniger auf Überzeugung im rechtswissenschaftlichen Diskurs als vielmehr auf die „normative Kraft des Faktischen“ zurückzuführen. Im Rahmen der Frage nach der Eignung als Vorbild, könne das Faktische die materiellen Rechtsfragen allerdings nicht in den Hintergrund drängen.

Eine präzise Trennung der Komponenten des DCGK-Mechanismus und die Zurechnung der Wirkungen zu diesen Komponenten führen den Verf. zu der Erkenntnis, dass der Mechanismus in seiner aktuellen Ausgestaltung mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Nachdem der Verf. die „Ausübung von Staatsgewalt“ als entscheidendes Kriterium für die Legitimationsbedürftigkeit von Regelsetzungsakten identifiziert und die „Staatsgewalt“ anhand einer kritischen Auseinandersetzung mit der Literatur begrifflich konkretisiert hat, argumentiert er, dass jeder denkbare, auch nur faktische Zwang auf den § 161 AktG zurückzuführen ist, dem keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Da von dem DCGK selbst keinerlei Rechtswirkungen ausgingen, sei auch ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt sowie gegen Grundrechte ausgeschlossen.

Da andere Stimmen eine stringent trennende Wirkungszurechnung ablehnen und dem DCGK-Mechanismus verfassungsrechtliche Defizite attestieren, wendet sich der Verf. im Schwerpunkt der Frage zu, wie ein Foundation Governance Kodex auf eine rechtliche Basis gestellt werden könnte, die weitestgehend frei von Angriffsflächen ist, und nimmt hierzu die Standpunkt der Kritiker an.

Im Rahmen der Übertragung von Rechtsetzungsaufgaben an Private hat der Gesetzgeber deren Gemeinwohlkompatibilität sicherzustellen, indem er die grundsätzlich nur für ihn geltenden verfassungsrechtlichen Anforderungen auf die privaten Regelsetzer überträgt. Da das Grundgesetz bei der Bewältigung der notwendigen Umstellung der verfassungsrechtlichen Schutzmechanismen von der Abwehr in zweipoligen Staat-Bürger-Beziehungen hin zu der Gewährleistung eines gemeinwohlorientierten Interessenausgleichs an Direktionskraft verliere, müssten neue dogmatische Konstruktionen und rechtliche Rahmenbedingungen diesen Verlust auffangen. Da der Adressat der rechtlichen Anforderungen stets der jeweilige Akteur ist und nur mittelbar der Mechanismus selbst, zerlegt der Verf. den Mechanismus erneut in seine beiden Systemteile und untersucht im Anschluss an *Schmidt-Aßmann* „staatsgerichtete Anforderungen an die Regulierung“ und „gesellschaftsgerichtete Anforderungen an die Selbstregulierung“ getrennt.

Hinsichtlich der Steuerung kooperativer Regelsetzung ergebe sich aus dem Demokratieprinzip die Pflicht, durch legitimatorische Vor- und Nachwirkungen ein ausreichendes Legitimationsniveau der Privaten und ihrer Regelungsbeiträge zu gewährleisten. Das Rechtsstaatsprinzip lasse kooperative Rechtsetzung zu, fordere sie hingegen nicht. Entscheide sich der Staat für eine Aufgabenverlagerung, habe er die ansonsten ins Leere laufenden rechtsstaatlichen Bindungen durch eine Überformung der Kooperation an die Privaten weiterzugeben. Insbesondere gelte dies für Modalitäten der Publizität. Insbesondere aus den Grundrechten lasse sich keine Subsidiarität des Gesetzes gegenüber kooperativen Mechanismen herleiten. Schließlich sei nach dem allgemeinen Gleichheitssatz eine gleichmäßige Berücksichtigung der Betroffeneninteressen verpflichtend.

Im Bereich der „gesellschaftsgerichteten Anforderungen“ formuliert der Verf. diejenigen Bedingungen aus, mit deren Hilfe die Bindungen des Gesetzgebers an Private weitergeben werden könnten und betont, dass derartige Kompensationsmechanismen bisher nur schwach

erforscht sind. Dabei geht der Verf. stets von einer Analyse des DCGK-Mechanismus aus und entwickelt Verbesserungsansätze.

Abgesehen von grundlegenden Zielvorgaben der Regulierung erweise sich eine steuernde Rezeption im Sinne einer nachvollziehenden Vollkontrolle als kontraproduktiv, denn von einer Selbstregulierung könne kaum noch die Rede sein und der Staat würde kaum entlastet. Die materielle Kontrolle sei zu Gunsten prozeduraler, gesetzlicher Vorkehrungen zu reduzieren. Materiell solle nur noch eine Plausibilitätskontrolle des BMJ stattfinden, während die Einhaltung der Verfahrensvorschriften einer umfangreicheren Prüfung unterliegen solle. Der Verf. entwickelt die folgenden Eckpunkte einer Verfahrensordnung:

Die staatliche Einsetzung der DCGK-Kommission hat in der Literatur zu Bedenken hinsichtlich der Privatheit des Gremiums geführt. Um diesen Bedenken zu begegnen, solle nach dem Vorbild des DRSC ein privat-rechtlich gegründeter und staatlich anerkannter Verein mit der Erstellung des Foundation Governance Kodex beauftragt werden. Mangels gesetzgeberischer Druckmöglichkeiten solle das BMJ die Gründung dieses Vereins unterstützen, indem es zuvor eine Versammlung von Vertretern des Stiftungssektors benennt und damit beauftragt, lediglich über die Gründung des Kommissions-Vereins zu beraten. Es sei davon auszugehen, dass das Eigeninteresse des Sektors an einer Selbstregulierung hoch genug sein würde, einen anererkennungsfähigen Verein zu gründen. Ziel dieser aufwändig wirkenden Konstruktion sei es, durch einen reduzierten Gründungsdruck eine eindeutige Einordnung der Kommission als privat zu erreichen.

Darüber hinaus sei den aus dem Demokratieprinzip folgenden Bedenken gegen eine Auswahlpraxis, die die Besetzung der Kommission ohne gesetzliche Grundlage in das Ermessen des BMJ stelle, zu begegnen. Zu der Gewährleistung ausgewogener Interessenrepräsentanz seien die Eigenschaften der Gremienmitglieder abstrakt per Gesetz zu definieren. Die Kommission solle mehrheitlich mit sachkundigen Vertretern unterschiedlichster Bereiche des Stiftungssektors, einem Vertreter der Stiftungsaufsicht, sowie der Destinatäre, wiederum vertreten durch einen staatlich benannten Ersatzrepräsentanten der Wissenschaft, besetzt sein. Weitere Rechts- und Wirtschaftswissenschaftler sollten Teil der Kommission, allerdings nur in beratender Funktion sein.

Zu der Verdichtung der vielfältigen Interessengruppen des Stiftungssektors unter Verbesserung der demokratischen Legitimation entwickelt der Verf. ein zweistufiges Wahlverfahren. Zunächst wähle die Mitgliederversammlung des Kommissions-Vereins eine 40-köpfige „Wahlkommission“. Diese besetze die Sitze der Stiftungen in der 20-köpfigen FGK-Kommission im Wege eines diskursbasierten Auswahlverfahrens. Durch die Kombination aus gesetzgeberischer Definition des Kommissions-Rasters und den autonom legitimierenden Wahlen von Betroffenen werde ein ausreichendes Legitimationsniveau erreicht.

Für das interne Verfahren der Kommissions-Arbeit sei der Neutralitätsschutz von besonderer Wichtigkeit. Inkompatibilitäten, Befangenheitsvorschriften, Offenbarungspflichten bei Interessenkollisionen, Sicherungen der Vertraulichkeit sowie Ausschlussmöglichkeiten müssten Bestandteil dieser Schutzvorschriften sein. Daneben müsse die Unabhängigkeit der Kommissionsmitglieder trotz eines gegenüber der DCGK-Kommission vermutlich höheren Finanzierungsbedarfs insbesondere durch eine neutrale Finanzierung gesichert werden. Gerade auch unter Berücksichtigung der Neuregelung der Finanzierung des DRSC seien moderate Mitgliedsbeiträge in Kombination mit einem staatlichen Finanzierungsanteil zu empfehlen.

Da kooperative Regelsetzungsmethoden außerhalb der klaren Kompetenzordnung der staatlichen Verwaltungsorganisation verliefen, könne die Transparenz, die Verantwortlichkeit und die Berechenbarkeit staatlichen Handelns beeinträchtigt werden. Eine unumgängliche Kompensationsstrategie sei die Herstellung von Transparenz und Publizität. Schließlich verlange die Rechtsstaatlichkeit nicht nur die Überprüfbarkeit staatlicher Entscheidungen, sondern auch dort sei eine Überprüfung geboten, wo Beiträge Privater zu rechtlicher Bindung erstarken. Auf Basis bestehender Verfahrenstransparenz könne dann auch die Öffentlichkeit

einen Beitrag zu der Kontrolle leisten. Da die Betroffenen über das Vehikel des Kommissions-Vereins der Regelproduktion sehr nahe seien, die Regeln jedenfalls von einer klassischen Rechtsverbindlichkeit sehr weit entfernt seien und der staatliche Einfluss auf den Kodex-Inhalt allenfalls minimal sei, könne in dem Fall eines Foundation Governance Kodex ein System mit geringer Kontrollintensität der Kompensation dienen. Sowohl die Transparenz und Publizität als auch die Kontrolle und Revisibilität solle durch ein in seinen Eckpunkten gesetzlich fixiertes Verfahren gestärkt werden. Unter anderem solle die Transparenz des Normsetzungsverfahrens durch die Pflicht verbessert werden, Sitzungsprotokolle an das BMJ weiterzugeben und eine Begründung des Kodexentwurfs mit diesem zu veröffentlichen. Zur besseren Kontrolle könne ein schriftliches Anhörungsverfahren für jedermann, allerdings ohne Bindungswirkung für die Kommission, etabliert werden. Nach Beschluss des Kodex durch die Kommission sei das Verfahren mit einer Rechtsprüfung des BMJ abzurunden. Ein bedenkenfrei zustandegekommener Kodex werde schließlich vom BMJ im Bundesanzeiger veröffentlicht.

Abschließend hebt der Verf. erneut hervor, dass die entwickelten Eckpunkte eines Rechtsrahmens seiner Auffassung nach zwar nicht verfassungsrechtlich geboten seien, etwaige akzeptanzhindernde Diskussionen aber ex-ante vermeiden könnten. Zudem seien sie in Anbetracht der Funktionsverschiebung hin zu einer stärkeren Ordnungsfunktion angemessen und mit vertretbarem Aufwand realisierbar. Die vorgeschlagenen Regelungsinhalte gewährleisten, so der Verf., die Gemeinwohlkonformität über die Steuerung von Verfahren und Organisation der Kodexerstellung. Die hierfür erforderlichen gesetzlichen Normen könnten auf Basis der Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG bundeseinheitlich verabschiedet werden.

## **V. Schlussbetrachtung**

Im Rahmen der Schlussbetrachtung richtet der Verf. ein letztes Mal den Blick in die USA und unterstützt mit dort gefundenen Erkenntnissen das Ergebnis der vorliegenden Arbeit, wonach der Einsatz von Selbstregulierungsmechanismen unter den vorgefundenen Gegebenheiten eine kritische Zutat auf dem Weg zu einer ausgewogenen Governance des Stiftungssektors ist.

Während sich die Inhalts-Komponente des Kodex-Mechanismus als technisch übertragbar erwiesen habe, könne die gesetzgeberische Flankierung durch die Entsprechenserklärungspflicht des § 161 AktG nur als „mangelhaft“ bewertet werden, da dieser in einem krassen Gegensatz zu dessen systematischer Funktion keine wirksamen Durchsetzungsinstrumente zur Seite gestellt worden seien. Zu der Minderung des Kontrollproblems der Stiftung sei ein nach den Ansätzen der vorliegenden Arbeit effektivierter Kodex-Mechanismus die beste Regulierungsoption und verdiene das Prädikat der „Florettartigkeit“.