

INHALT

ABTEILUNG ZIVILRECHT

Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?

Gutachten von
Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M. A 1 bis A 159

ABTEILUNG ARBEITSRECHT

Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Maßnahmen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?

Gutachten von
Prof. Dr. Ulrich Preis B 1 bis B 124

ABTEILUNG STRAFRECHT

Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von *Kriminalität und Terrorismus*

Gutachten von
Prof. Dr. Matthias Jahn C 1 bis C 128

ABTEILUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf

Gutachten von
Prof. Dr. Martin Burgi D 1 bis D 117

ABTEILUNG WIRTSCHAFTSRECHT

Empfehlen sich besondere Regelungen für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften?

Gutachten von

Prof. Dr. Walter Bayer E 1 bis E 129

ABTEILUNG STEUERRECHT

Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?

Gutachten von

Prof. Dr. Burkhard Hess F 1 bis F 146

Inhaltsverzeichnis

A. Problemaufriss	A 9
I. Grundlagen der geltenden Ausgleichsregelungen	A 9
II. Herausforderungen	A 10
III. Gang der Untersuchung	A 11
B. Grundlagen	A 12
I. Veränderungen der Rechtswirklichkeit und sozialwissen- schaftliche Erkenntnisse	A 12
1. Lebens- und Familienformen – Wachsende Vielfalt	A 12
2. Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit – Geschlechtsspezifische Unterschiede	A 16
a) Arbeitsteilung in Partnerschaften	A 16
aa) Verteilung der Erwerbsarbeit	A 16
bb) Verteilung der Familienarbeit	A 17
cc) Arbeitsteilung in nichtehelichen Lebensgemein- schaften	A 18
b) Pflege in Familien	A 18
c) Folgen der Arbeitsteilung in Partnerschaften	A 19
d) Gemeinsames Wirtschaften	A 19
3. Scheidung und Trennung – Zunehmende Instabilität von Partnerschaften	A 20
4. Ehe- und Partnerschaftsverträge – Absenz privat- autonomer Regelungen	A 20
5. Folgen von Scheidung und Trennung – Chancen für ihre Bewältigung	A 21
a) Wirtschaftliche Folgen für die Partner und die betroffenen Kinder	A 21
b) Insbesondere: Unzureichende Unterhaltszahlungen	A 22
c) Psychische Folgen der Scheidung und Bewältigung durch die Partner	A 24
d) Psychische Folgen der Scheidung für Kinder und ihre Bewältigung	A 24
e) Folgen für die Allgemeinheit durch Scheidung und Trennung	A 27
f) Insbesondere: Zwangsversteigerung von Wohneigen- tum	A 27
II. Rechtsvergleichender Überblick	A 28
1. Grundlinien der Entwicklung	A 28

2. Funktionen von Vermögensausgleich und Unterhalt	A 29
a) Mehssäulensysteme	A 29
aa) Unterhalt	A 30
bb) Güterrecht	A 31
cc) Ausgleichsleistungen	A 32
b) Einsäulensysteme	A 33
3. Erstreckung der Ausgleichsordnungen auf nicht formalisierte Partnerschaften	A 35
a) Traditioneller Ansatz – Lösung über das allgemeine Zivilrecht	A 35
b) Neuere Tendenz – Gesetzliche Ausgleichsregelungen für faktische Lebensgemeinschaften	A 35
III. Anforderungen an zeitgemäße Ausgleichssysteme	A 40

**C. Ausgleichssysteme bei Scheidung – Grundprinzipien und
Defizite des geltenden Rechts, Reformbedarf und
-möglichkeiten**

.....	A 46
I. Unterhalt	A 46
1. Grundstrukturen und Legitimation	A 46
2. Ausgestaltung des Unterhaltsrechts	A 50
a) Unterhaltsansprüche	A 51
aa) Betreuungsunterhalt	A 51
(1) Anspruchsgrund und -inhaberschaft	A 51
(2) Dauer	A 53
(3) Maß	A 56
bb) Weitere Unterhaltsansprüche	A 57
(1) Unterhaltstatbestände	A 58
(2) Unterhaltsmaß	A 59
(3) Beschränkungstatbestände	A 62
(4) Bedarf und Möglichkeiten für eine Reform: Ausgleichsunterhalt und seine Bemessung	A 66
b) Verwirkung	A 73
c) Erlöschen	A 75
d) Rangverhältnisse	A 77
e) Art der Unterhaltsgewährung	A 78
f) Unterhaltsdurchsetzung – Möglichkeiten der Verbesserung	A 81
3. Fazit	A 84
a) Grundsatz	A 84
b) Betreuungsunterhalt	A 84
c) Sonstiger nachehelicher Unterhalt	A 85
II. Zugewinnausgleich	A 87
1. Grundstrukturen und Legitimation	A 87
2. Ausgestaltung des Zugewinnausgleichs	A 92

a) Teilungsvermögen	A 92
aa) Ausgleichspflichtiger eheneutraler Erwerb	A 92
bb) Wertveränderungen von Vermögensgegenständen des Anfangsvermögens	A 94
cc) Verbot negativen Anfangs- und Endvermögens	A 95
dd) Hinzurechnungen zum Endvermögen	A 96
ee) Begrenzung der Ausgleichsforderung auf vorhandenes Vermögen	A 97
ff) Vorrang von Versorgungsausgleich und Hausratsverfahren	A 98
b) Teilungszeitraum	A 99
aa) Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags	A 100
bb) Beginn des Güterstandes mit Eheschließung	A 102
c) Teilungsmaßstab	A 104
d) Teilungsmodus	A 110
3. Fazit	A 114
III. Versorgungsausgleich	A 115
1. Grundstrukturen und Legitimation	A 115
2. Ausgestaltung des Versorgungsausgleichs	A 119
a) Teilungsvermögen	A 119
b) Teilungszeitraum	A 122
c) Teilungsmaßstab	A 123
d) Teilungsmodus	A 126
3. Fazit	A 129
IV. Ergebnis: Finanzieller Ausgleich nach Scheidung	A 130

D. Ausgleich zwischen unverheirateten bzw. nichtverpartnerten Partnern – Grundprinzipien und Defizite des geltenden

Rechts, Reformbedarf und -möglichkeiten	A 131
I. Betreuungsunterhalt	A 131
1. Verwirklichung der Gleichstellung nach Anspruchsgrund, Dauer und Rang	A 131
2. Fortbestehender Angleichungsbedarf	A 132
3. Fazit	A 134
II. Faktische Lebensgemeinschaften	A 134
1. Vermögensausgleich nach allgemeinem Zivilrecht	A 137
a) Grundsatz des Abrechnungsverbots und Kritik	A 137
b) Durchbrechung des Abrechnungsverbots – Ausgleichsansprüche und ihre Grenzen	A 138
2. Möglichkeiten für gesetzliche Ausgleichsregelungen	A 143
a) Ausgangspunkt	A 143
b) Dauerhafte Lebensgemeinschaften	A 144
aa) Anwendungsbereich	A 144
bb) Definition	A 145

a) Ausgleichsumfang	A 147
aa) Unterhalt	A 147
bb) Vermögensausgleich	A 148
d) Opt-out	A 151
aa) Bedürfnis	A 151
bb) Ausschlussklärung	A 152
3. Fazit	A 153
E. Schluss: Thesen	A 154

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Fragestellung	B 9
B. Gesellschafts-, sozial- und wirtschaftspolitische Aspekte	B 12
I. Das Alter in den Gesellschaftswissenschaften	B 12
II. Gerontologische Erkenntnisse	B 14
III. Demographische Entwicklung	B 16
IV. Empirische Befunde zum Arbeitsmarkt	B 21
1. Arbeitslosigkeit und Erwerbstätigkeit Älterer	B 21
2. Einstellungsverhalten	B 25
V. Volkswirtschaftliche Entwicklung	B 26
1. Von der nationalen Industriegesellschaft zur globalen Dienstleistungsgesellschaft	B 26
2. Flexible Arbeitsmärkte	B 28
VI. Fazit	B 31
C. Verfassungs- und arbeitsrechtliche Analyse zur Altersdiskriminierung	B 32
I. Altersdiskriminierung und deutsches Verfassungsrecht	B 32
II. Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Alters- diskriminierung	B 34
III. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	B 36
IV. Die Rechtsprechung	B 39
V. Fazit	B 40
D. Analyse der Gesetzgebung und Tarifpolitik zugunsten älterer Beschäftigter	B 41
I. Einleitung	B 41
II. Alterssicherung und Verdienstsicherung	B 42
III. Arbeitszeit und Urlaub	B 44
IV. Paradigmatische Inkohärenzen des Bestandsschutz- rechts	B 44
1. Kündigungsschutz und erleichterte Befristung Älterer	B 45
2. Kündigungsschutz und Altersgrenzen	B 46
a) Ausgangspunkt	B 46
b) Begründungsmuster der deutschen Rechtsprechung	B 48
aa) Wirtschaftliche Absicherung	B 48
bb) Das Dogma der absoluten Notwendigkeit und die statistischen Realitäten	B 50

cc) Die generationengerechte Verteilung von Arbeitsplätzen	- - -
dd) Hoher Beschäftigungsstand	B 53
c) Fazit	B 54
3. Kündigungsschutz und Sozialpläne	B 54
a) Widersprüche	B 54
b) Gesetzliche Fehlsteuerung	B 55
c) Die flankierende Rechtsprechung	B 56
d) Altersdiskriminierende Sozialplangestaltung	B 58
4. Kündigungsschutz und Altersteilzeit	B 59
VI. Kündigungsschutz Älterer und Arbeitslosigkeitsrisiko	B 60
E. Rechts- und sozialpolitisches Grundkonzept	B 63
I. Grundsatz: Ein striktes Verbot der Altersdiskriminierung	B 63
II. Sozialversicherung legitimiert keine Altersdiskriminierung	B 64
III. Jede Form der Alterssicherung während der Erwerbsphase muss gefördert werden	B 68
IV. Die Aufgabe des Sozialstaatsprinzips: Jede benachteiligte Gruppe auf dem Arbeitsmarkt hat Anspruch auf Förderung zur Erlangung der Erwerbstätigkeit	B 70
F. Allgemeine rechtspolitische Leitlinien	B 72
I. Die Herangehensweise	B 72
1. Keine pauschale Besserstellung Älterer	B 72
a) Echte Senioritätsregeln	B 72
b) Anciennitätsregeln	B 73
2. Keine pauschale Schlechterstellung Älterer	B 74
3. Chancengleichheit junger und älterer Arbeitnehmer	B 76
II. Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit: Prävention und Kompensation	B 76
1. Einleitung	B 76
2. Unter welchen Bedingungen können Menschen gut altern?	B 77
3. Betriebliche Gesundheitspolitik und Eingliederungsmanagement	B 78
4. Qualifizierung und Weiterbildung	B 81
5. Anreize zur Beschäftigungsaufnahme durch Entgeltsicherung und Eingliederungszuschüsse	B 86
G. Rechtspolitische Handlungsempfehlungen	B 88
I. Arbeitsrecht	B 88
1. Einstellung	B 88
2. Altersgrenzen	B 89
3. Befristungsrecht	B 90

4. Kündigungsrecht	B 93
a) Sozialauswahl	B 93
aa) Verzicht auf Rentennähe und -berechtigung	B 93
bb) Verzicht auf das Lebensalter	B 96
b) Unkündbarkeitsvereinbarungen	B 98
5. Abfindungen	B 99
a) Abfindung bei Kündigung	B 99
b) Nachteilsausgleich	B 101
c) Sozialplan	B 101
6. „Echte“ Altersteilzeit	B 103
II. Sozialrecht, insbesondere Alterssicherung	B 104
1. Arbeitsförderungsrecht: Arbeitslosengeld I	B 105
2. Rentenversicherung	B 108
a) Flexibler Rentenzugang	B 109
b) Aufhebung jeglicher Hinzuverdienstgrenzen	B 111
c) Wiederentdeckung der Teilrente	B 112
d) Ehrlichkeit bei Erwerbsminderungsrenten	B 113
3. Recht der Altersvorsorge	B 113
a) Altersvorsorge durch gemeinsame Einrichtungen	B 113
b) Staatliche Förderung: Abkehr vom Partikularismus	B 114
H. Fazit	B 117
I. Thesen	B 118

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	C 11
A. Vorbemerkung	C 17
B. Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht	C 20
I. Ist-Lage	C 20
II. Überblick über die Dogmengeschichte	C 20
III. Terminologische Vorfragen	C 22
1. Der Basisbegriff: Beweis	C 22
a) Sachverhaltsbezug der Beweisverwertung	C 22
b) Verfahrensbezug der Wahrheitsermittlung	C 23
aa) Wahrheitsbegriff im Strafverfahren	C 23
bb) Das Verhältnis von Wahrheitsermittlung und freier Beweiswürdigung	C 24
cc) Beweisverwertungsverbote als Beweisregeln im weiteren Sinne	C 25
2. Der Oberbegriff: Beweisverbot	C 27
IV. Übersicht über die Beweiserhebungsverbote	C 27
1. Begriff und Bedeutung	C 27
2. Zu den Binnendifferenzierungen innerhalb der Beweiserhebungsverbote	C 28
a) Beweisthemenv Verbote	C 29
b) Beweismittelverbote	C 29
c) Beweismethodenverbote	C 30
d) „Relative“ Erhebungsverbote?	C 30
V. Gesetzliche Regelung und Leitlinien der Behandlung der Beweisverwertungsverbote	C 31
1. Zum Begriff und Stand der Diskussion	C 31
2. Zur Binnendifferenzierung innerhalb der Beweisverwertungsverbote	C 32
a) Unselbstständige und selbstständige Beweisverwertungsverbote	C 32
b) Beweisverwendungsverbote als dritte Kategorie?	C 32
3. Arten der Beweisverwertungsverbote	C 33
a) Unselbstständige Beweisverwertungsverbote	C 33
aa) Positivierte unselbstständige Beweisverwertungsverbote	C 33
bb) Nicht positivierte unselbstständige Beweisverwertungsverbote	C 34
(A) Zum heutigen Meinungsstand	C 34

(B) Eigene Position zum Verhältnis von Beweiserhebung und Beweis- verwertung	C 35
b) Selbstständige Beweisverwertungsverbote	C 36
aa) Positivierte selbstständige Beweisverwertungsverbote	C 36
bb) Verfassungsrechtliche selbstständige Beweisverwertungsverbote	C 37
VI. Praxis und Theorie eines Allgemeinen Teils der Beweisverwertungsverbote	C 38
1. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote	C 38
a) Entwicklung und heutiger Standpunkt der Rechtsprechung	C 38
aa) Die „Rechtskreistheorie“	C 39
(A) Entwicklungslinien	C 39
(B) Kritik der Schutznormkonzeption im Strafprozessrecht	C 41
bb) „Bloße“ Ordnungsvorschriften?	C 42
(A) Entwicklungslinien	C 42
(B) Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an den Grundrechtsschutz durch Strafverfahrensrecht	C 43
cc) Heutiger Stand der Rechtsprechung: Das Vielfaktorenmodell	C 45
b) Kritik der Rechtsprechung	C 47
aa) Rechtsunsicherheit und Rechtsstaatsprinzip	C 47
bb) Grundsatz der Verwertbarkeit und Vorbehalt des Gesetzes	C 49
c) Theorien der Prozessrechtswissenschaft zu den unselbstständigen Beweisverwertungsverböten	C 51
aa) Zur Suche nach einem übergreifenden theoretischen Konzept	C 51
bb) Impulse aus anderen Bereichen der innerstaatlichen Rechtsordnung?	C 51
(A) Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsprozessrecht	C 51
(B) Steuerrecht	C 52
(C) Verwaltungsverfahren- und Sozialrecht	C 53
(D) Zusammenfassung	C 53
cc) Revisionsrechtliche Theorien	C 53
(A) Methodischer Ansatz	C 53
(B) Kritik	C 54
dd) Schutzzwecklehren	C 54
(A) Methodischer Ansatz	C 54

(B) Ausprägungen	C 55
(C) Kritik	C 56
ee) Abwägungslehren	C 58
(A) Zum Stand von Fehlerfolgenlehre und Kernbereichsmodell	C 59
(B) Kritik	C 60
(1) Wertungswidersprüche	C 61
(2) Werterelativierungen	C 62
(3) Wahrheitsfindung um jeden Preis als Preisgabe der Verfassung	C 64
ff) Bisherige Varianten verfassungsrechtlicher Theorien	C 64
(A) Informationsbeherrschungsrecht und öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- anspruch	C 64
(B) Kritik	C 65
gg) Eigener Standpunkt: Die Beweisbefugnislehre	C 66
(A) Vorbehalt des Gesetzes, Wesentlichkeits- theorie und strafprozessuale Beweis- verwertung	C 66
(B) § 244 Abs. 2 als Ermächtigungsgrundlage für die Beweisverwertung in der Hauptverhandlung	C 68
(C) Die Anwendung der Wechselwirkungslehre im Recht der Beweisverwertung	C 70
(1) Tatbestand	C 70
(2) Rechtsfolge	C 71
(3) Kasuistik zu wichtigen Einzelfällen unselbstständiger Beweisverwertungsverbote	C 73
d) Die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung als Begrenzung der unselbstständigen Beweisverwertungsverbote	C 74
aa) Diskussionsstand	C 74
bb) Unklarheit der Voraussetzungen	C 75
(A) Beweisfrage oder Überführungsmöglichkeit?	C 75
(B) Abstraktheit oder Konkretheit der Verlaufshypothese?	C 76
(C) Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit oder Quasi-Sicherheit der Beweismittel- erlangung?	C 76
cc) Zur Ablehnung der Rechtsfigur des hypothetischen Ersatzeingriffs	C 77

2. Selbstständige Beweisverwertungsverbote	C 78
a) Diskussionsstand	C 78
b) Relevante Rechtspositionen	C 79
aa) Verfassungsprinzipien und Grundsätze mittlerer Abstraktion	C 79
(A) Nemo tenetur se ipsum accusare	C 79
(B) Faires Verfahren	C 80
bb) Die „Sphärentheorie“	C 81
cc) Kritik der Anwendung des Schichtenmodells	C 83
VII. Zeitliche Dimensionen der Beweisverbote	C 84
1. „Vorwirkung“	C 84
a) Zur Abgrenzung von Beweiserhebung und Beweis- verwertung	C 84
b) Die innere Abhängigkeit von Beweiserhebung und Beweisverwertung	C 86
aa) Präventiver Kernbereichsschutz: Beweiserhebungsverbote aufgrund fehlender Erforderlichkeit	C 86
bb) Beweiserhebungsverbote aus Gründen des Kernbereichsschutzes („Richterbandlösung“)	C 87
2. Fortwirkung	C 90
a) Die verwertungsfreundliche Position der Rechtsprechung	C 90
b) Das Konzept der qualifizierten Vernehmung	C 91
3. Fern- und Frühwirkung	C 91
a) Fernwirkung im bereits anhängigen Straf- verfahren	C 92
aa) „Lahmlegung“ des Verfahrens? – Die grundsätzlich ablehnende Position der h. M.	C 92
bb) Aufforderung zur Gesetzesumgehung? – Die Gegenposition in der Literatur	C 94
cc) Vermittelnde Auffassung	C 94
b) Frühwirkung: Fernwirkung bezogen auf neu einzuleitende Strafverfahren	C 95
aa) Spezielle Verwendungsregelungen	C 96
bb) Verbleibende Fälle der Frühwirkungsproblematik	C 97
4. Weiterwirkung	C 98
VIII. Personale Dimension der Beweisverbote: Zu den Folgen rechtswidriger Beweismittelerlangung durch Private und ausländische Ermittlungspersonen	C 99
1. Neue Problemstellungen: Das deutsche Strafverfahrensrecht in der Globalisierung	C 99
2. Die Zurechnungskonstruktion der h. M.	C 100

3. Eigener Standpunkt	C 102
a) Horizontale Drittwirkung des Beweisverwertungsverbots in § 136 a	C 102
b) Sonstige rechtswidrige Beweiserhebungen Privater	C 103
IX. Zur Frage der Flexibilisierung der Rechtsfolgenseite der Beweisverwertungsverbote	C 104
1. Verfassungsrechtliche Ebene: Verfolgungshindernisse als Verwertungsverbote im weiteren Sinne	C 104
2. Strafprozessuale Ebene: Die Beweismündigungslösung ..	C 105
3. Materiellrechtliche Ebene: Strafzumessungslösung; Disziplinarrecht	C 106
X. Prozessuale Geltendmachung und Durchsetzung von Beweisverboten	C 107
1. Anforderungen an die Geltendmachung von Verwertungsverboten in der Revision	C 107
2. Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an das Freibeweisverfahren	C 108
3. Die Widerspruchslösung	C 109
a) Heutiger Stand der Rechtsprechung	C 109
b) Begründungsdefizite und Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung	C 111
4. Verwertungsverbote als bloße Belastungsverbote	C 112
a) Der Grundsatz der Disponibilität aller Verwertungsverbote	C 112
b) Gespaltene Beweisverwertung bei einem Beschuldigten	C 114
c) „Überkreuzverwertung“ bei mehreren Beschuldigten?	C 114
C. Europäisches Beweisverbotsrecht und Transfer von Beweismitteln	C 116
I. Zur räumlichen Dimension der Beweisverbote heute	C 116
II. Verwertungsverbote nach rechtmäßiger Beweiserhebung im europäischen Ausland	C 117
1. Das Europarats-Rechtshilfeübereinkommen von 1959	C 117
2. Das Rechtshilfeübereinkommen der Europäischen Union von 2000	C 119
III. Verwertungsverbote nach rechtswidriger Beweiserhebung im europäischen Ausland	C 119
IV. Umriss eines Europäischen Beweisverbotsrechts	C 120
1. Zur Beweisverbots-Rechtsprechung des EGMR	C 120
2. Beweisverbote im Corpus Juris 2000	C 121
3. Das Grünbuch von 2001	C 122

4. Vorschlag für eine Europäische Beweisanordnung von 2003 und Regelungen des Lissabonner Reformvertrages von 2007	C 124
D. Schlussfolgerungen und Empfehlungen	C 126

Inhaltsverzeichnis

A. Herausforderung und Konzeption	D 9
I. Thematischer Rahmen	D 9
II. Systematisch betriebene Rechtswissenschaft als Rahmen für die Fortentwicklung des Rechts	D 10
1. Der Beruf des DJT zwischen Grundsätzlichkeit und Detailverliebtheit	D 10
2. Der rote Faden	D 12
B. Ausgangslage vor einer Privatisierungsentscheidung	D 14
I. Öffentliche Aufgaben, Staatsaufgaben, funktionale Stufung im Aufgabenfeld	D 14
1. Die Aufgabenebene	D 14
2. Das Aufgabenfeld	D 15
II. Rahmenbedingungen staatlicher Aufgabenträgerschaft	D 16
1. Der relevante Begriff des Staates	D 16
2. Höherrangiges Recht	D 18
3. Einfaches Recht	D 19
a) Öffentliches Recht und Privatrecht	D 19
b) Strafrecht (Amtsträgerstrafbarkeit)	D 20
III. Rahmenbedingungen privater Aufgabenwahrnehmung	D 22
1. Private als Betroffene und als Aufgabenträger	D 22
2. Höherrangiges Recht und einfaches Recht	D 24
IV. Erwartungen und Befürchtungen	D 24
1. Gegenüber der Einbeziehung Privater	D 25
2. Gegenüber dem Zusammenwirken von Staat und Privaten	D 27
C. Privatisierungsoptionen in relevanten Privatisierungsfeldern	D 28
I. Privatisierungstypologie	D 28
1. Kritische Diskussion	D 28
2. Neuer Ansatz: Problem- und europarechtsorientierte Typologie	D 31
II. Die einzelnen Privatisierungsoptionen	D 32
1. Aufgabenprivatisierung	D 32
2. PPP auf Vertragsbasis und andere Formen der funktionalen Privatisierung	D 33
a) Verwaltungshilfe (durchführend und/oder vorbereitend) und Dienstleistungskonzession	D 34
b) Projektbezogene PPP (PPP im engeren Sinne)	D 37

3. Institutionalisierte PPP	D 39
4. Beleihung und Akkreditierung zur Konformitäts- bewertung	D 41
a) Beleihung	D 41
b) Akkreditierung zur Konformitätsbewertung	D 42
III. Konsequenzen für die strafrechtliche Beurteilung (und Ausblick auf das Umsatzsteuerrecht)	D 45
1. Vergewisserung: Der verfassungs- und verwaltungs- rechtliche Referenzrahmen	D 45
2. Amtsträgerstrafbarkeit nach Privatisierung	D 46
a) Die Privatisierungsoptionen im Spiegel der gegenwärtigen Strafrechtsdogmatik	D 46
b) Anpassung an den erneuerten verwaltungsrechtlichen Referenzrahmen	D 47
c) Prüfauftrag an den Strafrechtsgesetzgeber	D 50
3. Ausblick auf das Umsatzsteuerrecht	D 50
D. Privatisierungsentscheidung	D 52
I. Grenzen	D 52
1. Aufgabenbezogene Grenzen: Obligatorische Staatsaufgaben	D 52
2. Befugnisbezogene Privatisierungsgrenzen: Gewalt- monopol und Art. 33 Abs. 4 GG	D 56
a) Gewaltmonopol, Gewaltübertragung und Gewalt- ermächtigung	D 56
b) Der allgemeine Befugnisvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	D 59
c) Schließung von Befugnislücken durch Ausbau der Beleihung, Kodifizierung der Sicherheitspartnerschaft bei gewaltgeneigten Aufgaben und Allgemeines Akkreditierungsgesetz	D 64
3. Organisationsformbezogene Grenzen im Bereich der Bundesverwaltung	D 69
II. Maßstäbe des europäischen Rechts	D 72
1. Der gegenwärtige Problemhorizont	D 72
2. Das primärrechtliche Konzept	D 73
3. Interpretationsstand zur Vergaberechtspflichtigkeit von Privatisierungen	D 75
4. Fortentwicklungs- und Regelungsbedarf auf europäischer und nationaler Ebene	D 77
a) Auftrag innerhalb einer Verwaltungszusammenarbeit oder Privatisierung	D 77
b) Auftrag an eigenes Unternehmen (ohne private Beteiligung) oder Privatisierung	D 79

c) Auftrag im Zusammenhang mit einer institutionalisierten PPP (Option unechte funktionale Privatisierung)	D 80
d) Privatisierungsoption Beleihung	D 81
e) Privatisierungsoption Dienstleistungskonzession	D 82
III. Maßstäbe des nationalen Rechts	D 84
1. Wirtschaftlichkeit: Grundsatz, Untersuchung, Nachweis	D 84
a) Bedeutung als Maßstab und Verfahrenspflicht	D 84
b) Regelungsbedarf	D 85
2. Subsidiaritätsklauseln (v.a. zulasten der Kommunen)	D 88
IV. Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung	D 90
E. Privatisierungsgestaltung	D 92
I. Bewirken	D 92
1. Der Privatisierungsakt	D 92
2. Rechtsfragen bei der Gestaltung des Übergangs	D 93
II. Grundlagen und Inhalte staatlicher Gewährleistungsverantwortung	D 94
1. Begriff und Auftrag	D 94
2. Die wichtigsten Inhalte	D 96
a) Materielle Elemente	D 96
b) Organisations- und verfahrensbezogene Elemente	D 98
c) Wettbewerbssicherung als Element staatlicher Gewährleistungsverantwortung	D 99
3. Der Grundsatz der Privatisierungstransparenz	D 100
III. Instrumente der Gewährleistungsverwaltung	D 101
1. Vergaberecht	D 101
2. Vertragsrecht (Gewährleistungsvereinbarung bzw. Gewährleistungsmaßnahmen nach Beleihung/ Akkreditierung)	D 103
3. Gesellschaftsrecht – modifiziert oder ergänzt?	D 105
a) Problemstellung	D 105
b) Entwicklung eines Verwaltungsgesellschaftsrechts?	D 106
c) Verbund von Gesellschaftsrecht und Gewährleistungsvereinbarung	D 107
IV. Vorschlag eines Allgemeinen PPP-Gesetzes auf Bundes- und auf Landesebene	D 109
1. Charakter und Bewertung anderer Vorschläge	D 109
2. Inhalte	D 112
Thesen	D 114

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	E 9
B. Bestandsaufnahme	E 11
I. Funktion und Rechtswirklichkeit der Aktiengesellschaft und der GmbH	E 11
1. Die Bedeutung der Aktiengesellschaft als Kapital- sammelbecken	E 11
2. Kapitalmarkt und Börsennotierung	E 12
3. Die nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft	E 14
4. Die GmbH als „kleine Kapitalgesellschaft“	E 15
5. Wettbewerb der Rechtsordnungen	E 18
6. Rechtstatsachen	E 19
II. Das traditionelle gesetzliche Leitbild der Aktiengesellschaft und die Schutzkonzeption des Aktiengesetzes	E 22
III. Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge: Die Vorschrift des § 23 Abs. 5 AktG sowie der aktuelle Stand der Diskussion ...	E 27
1. Zwingendes Aktienrecht im Überblick	E 27
2. Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge: Ein historischer Rückblick	E 29
3. Verfassungsrechtliche und europarechtliche Über- legungen	E 32
4. Satzungsstrenge contra Satzungsfreiheit im rechts- politischen Diskurs	E 36
IV. Gesetzliche Differenzierungen zwischen verschiedenen Typen von Aktiengesellschaften: Rückblick und aktueller Stand	E 39
1. Rechtspolitische Überlegungen im Hinblick auf eine Differenzierung aktienrechtlicher Regelungen aus dem Zeitraum vor 1994	E 39
a) Das Dreistufenmodell der AG	E 39
b) Die „kleine“ und die „große“ börsennotierte AG	E 40
c) Die Unterscheidung zwischen börsennotierter und nichtbörsennotierter AG	E 41
d) Zusammenfassung der Vorschläge	E 42
2. Gesetzliche Differenzierungen zwischen Aktien- gesellschaften (speziell zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten Gesellschaften) im Aktiengesetz seit 1994	E 42
a) Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts (1994)	E 43

b) Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KontraG, 1998)	E 46
c) 3. Finanzmarktförderungsgesetz (1998)	E 47
d) Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG, 2001)	E 47
e) Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG, 2002)	E 48
f) Gesetz zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (BilKoG, 2004)	E 48
g) Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG, 2005)	E 49
h) Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetz (2006)	E 49
i) Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG, 2007)	E 50
3. Spezielle Differenzierungen zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften außerhalb des Aktiengesetzes	E 50
a) Rechnungslegung	E 50
b) Kapitalmarktrecht	E 53
c) Corporate Governance Kodex	E 55
4. Zusammenfassung	E 55
V. Aktien- und Kapitalmarktrecht: Zuordnungs- und Abstimmungsbedarf	E 58
VI. Aktuelle Entwicklungen auf EU-Ebene	E 61
1. Neuere Richtlinien und Empfehlungen	E 61
2. Signalwirkung der Societas Europaea (SE)	E 64
3. Vorschlag für eine Europäische Privatgesellschaft	E 64
4. Fazit	E 65
2. Blick auf ausländische Rechtsordnungen	E 66
I. Österreich	E 67
II. Schweiz	E 68
III. England	E 71
IV. Frankreich	E 73
V. Japan	E 75
VI. Zusammenfassung	E 79
3. Stellungnahme und eigene Konzeption	E 81
I. Rechtspolitische Begründung für eine stärkere Differenzierung zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten Gesellschaften	E 81
1. Mehr Gestaltungsfreiheit im Recht der AG durch Auflockerung der Satzungsstrenge	E 81

2. Argumente für eine stärkere Differenzierung aus Sicht der nichtbörsennotierten AG	E 85
3. Argumente für eine stärkere Differenzierung aus Sicht der börsennotierten AG	E 86
4. Vorteil im Wettbewerb der Rechtsordnungen	E 87
5. Zusammenfassung	E 87
II. Differenzierungsmodelle	E 88
III. Die Unterscheidung zwischen börsennotierter und nichtbörsennotierter AG sowie weitere Subdifferenzierungen	E 92
1. Die Börsennotierung als Trennlinie	E 92
2. Die Subdifferenzierung zwischen offener AG und geschlossener AG	E 95
3. Die Unterscheidung zwischen Börsensegmenten	E 96
IV. Varianten möglicher Deregulierung: Aufgabe der Satzungsstrenge oder punktuelle Deregulierung bei Beibehaltung der Satzungsstrenge?	E 96
V. Differenzierungsgrundsätze	E 98
1. Für die börsennotierte AG	E 98
2. Für die nichtbörsennotierte AG	E 99
E. Bereiche möglicher Differenzierung	E 100
I. Einführung	E 100
II. Rechtsstellung der Aktionäre und Aktionärsschutz	E 101
1. Unternehmer-Aktionär und Anleger-Aktionär: Grundunterschiede in der Ausgestaltung der Aktionärsrechte	E 101
2. Erwerb und Übertragung der Aktienbeteiligung	E 103
a) Vinkulierung, Vorkaufs- und Ankaufsrechte	E 103
b) Squeeze out	E 104
c) Abfindung	E 105
3. Kontrollrechte, speziell Aktionärsschutz	E 107
4. Stimmrechte	E 109
5. Sonderrechte	E 110
6. Mitteilungspflichten	E 111
7. Nebenleistungspflichten	E 111
III. Organisationsverfassung	E 112
1. Struktur von Leitung und Überwachung	E 112
a) Wahlrecht zwischen dem dualistischen und dem monistischen System	E 112
b) Gestaltungsspielraum bei der Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat	E 113
2. Hauptversammlung	E 114
a) Kompetenz für die Feststellung des Jahresabschlusses	E 114
b) Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte	E 115

c) Einberufung und Durchführung der Hauptversammlung	E 117
d) Beschlussfassung	E 117
F. Weiterführung der GmbH-Reform	E 118
G. Rechtsformwechsel und Übergang von der nichtbörsennotierten AG zur börsennotierten AG (und umgekehrt)	E 122
I. Rechtsformwechsel zwischen GmbH und AG	E 122
II. Übergang von der nichtbörsennotierten AG zur börsennotierten AG (und umgekehrt)	E 123
1. Allgemeines	E 123
2. Übergang von der börsennotierten AG zur nichtbörsennotierten AG	E 123
3. Übergang von der nichtbörsennotierten AG zur börsennotierten AG	E 124
4. „Wechsel“ innerhalb der nichtbörsennotierten AG?	E 124
H. Zusammenfassung und Empfehlungen	E 126

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	F 9
B. Begriffsklärungen	F 15
I. Rechtssystematische Verortungen der Mediation	F 15
1. Definition(en) von Mediation	F 15
2. Unterschiedliche Rollenverständnisse von Mediatoren	F 17
II. Typenbildung von Mediationsverfahren	F 18
1. Gerichtsbezogene Mediation	F 19
a) Erscheinungsformen	F 19
b) Gerichtsbezogene Mediation als Ausübung staatlicher Rechtspflege	F 19
2. Vertragliche (autonom vereinbarte) Mediation	F 26
III. Abgrenzungen	F 28
1. Schiedsgerichtsbarkeit	F 28
2. Mediation und Schlichtung	F 30
3. Obligatorische Streitschlichtung nach § 15a EGZPO	F 31
4. Verbrauchermediation und Mass Claims Processing	F 33
C. Anwendungsfelder von Mediation in Deutschland	F 36
I. Gerichtsbezogene Mediation in Familiensachen	F 36
1. Kooperation von Familiengerichten und familiären Bera- tungsstellen	F 36
2. Fortentwicklungen der institutionellen Kooperation	F 37
a) Interprofessionelle Kooperation nach dem KindRefG .	F 38
b) Die praktische Umsetzung am Beispiel des Heidelber- ger Kooperationsmodells	F 39
c) Der Regierungsentwurf für ein Familienverfahrensge- setz (FGG-ReformG)	F 40
d) Der aktuelle Stand zur Umsetzung kooperativer Mo- delle in der Bundesrepublik	F 41
II. Gerichtsbezogene Mediation in der Ziviljustiz	F 44
1. Gerichtsinterne Mediation nach dem „Göttinger Modell“	F 44
2. Güterichter in Bayern	F 46
3. Weitere Mediationsprojekte	F 47
4. Gerichtsnahe Mediation in der Ziviljustiz	F 49
5. Exkurs: Mediation in Arbeitssachen	F 51
III. Autonome Mediation	F 53
1. Anwendungsfelder	F 53

2. Berufsrechtliche Fragestellungen	F 55
a) Mediation und RDG	F 55
b) Mediation als Rechtsdienstleistung (§ 2 III Nr. 4 RDG)	F 56
c) Berufsrechtliche Perspektiven der autonomen Mediation	F 60
IV. Mediation im öffentlichen Bereich	F 64
1. Mediation im Verwaltungsverfahren	F 65
a) Rechtliche Rahmenbedingungen	F 65
b) Rechtliche Zulässigkeit der Mediation im Verwaltungsverfahren	F 65
c) Die Rechtsstellung des Mediators im Verwaltungsverfahren	F 66
2. Mediation im Verwaltungsprozess	F 67
a) Der aktuelle Entwicklungsstand	F 67
b) Gerichtsbezogene Mediation	F 68
D. Ausländische, internationale und europäische Regelungen	F 70
I. Court Annexed Mediation in England	F 70
1. Alternative Dispute Resolution im englischen Zivilprozessrecht	F 70
2. Kostenanreize für eine einvernehmliche Streitbeilegung ...	F 72
a) Wirksamkeitsvoraussetzungen an das Vergleichsangebot	F 72
b) Kostenanreize der Annahme eines Part 36-Vergleichsangebots	F 73
c) Die Kostenfolgen im Fall der Nichtannahme	F 73
3. Vorzüge des englischen Verfahrensrechts	F 74
II. Das österreichische Mediationsgesetz (2003) in der praktischen Bewährung	F 75
1. Konzept und Regelungsziel des ZivMediatG	F 75
2. „Berufsbezogener“ Regelungskontext: „Berufsbild“ des Mediators und Zugang zur Mediatorentätigkeit	F 76
3. Das Registrierungsmodell der Mediatorenliste	F 77
4. Berufsbezogene Pflichten des Mediators	F 78
5. Verbleibende Regelungslücken	F 80
6. Verfahrensstandards nach dem ZivMediatG	F 80
7. Die Bewährung des ZivMediatG in der Praxis	F 81
a) Spektrum mediativer Quellenberufe	F 82
b) Autonome und gerichtsbezogene Mediation in Österreich	F 82
c) Evaluation des ZivMediatG	F 83
III. Mediation in Frankreich	F 83
1. Gerichtsnahe Mediation in Zivilsachen	F 83

2. Berufsrechtliche Voraussetzungen der Mediatorentätigkeit	F 85
3. Die sog. Conciliation von Bagatellstreitigkeiten	F 86
4. Bewertung des französischen Regelungsmodells	F 86
IV. Das UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation	F 87
1. Regelungszweck	F 87
2. Die Verfahrensvorschriften des Modellgesetzes	F 88
3. Bewertung	F 90
V. Gemeinschaftsrechtliche Regelungsvorschläge	F 91
1. Initiativen der Europäischen Union im Bereich der Mediation	F 91
2. Die Vorgaben der EU-Mediations-Richtlinie	F 95
3. European Code of Conduct on Mediation	F 97
4. Die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	F 98
E. Gesetzlicher Regelungsbedarf für die Mediation in Deutschland	F 100
I. Handlungsbedarf	F 100
1. Vertragsautonome Mediation	F 100
2. Gerichtsbezogene Mediation	F 101
3. Gefahr einer Privatisierung von Justiz?	F 101
II. Kompetenzielle Fragen	F 103
1. Kompetenzen des Europäischen Gesetzgebers	F 103
2. Rechtssetzungskompetenz bei der vertragsautonomen Mediation	F 103
III. Wesentliche Handlungsfelder in der autonomen Mediation ..	F 106
1. Schnittstellen zum Zivilprozess	F 106
a) Vorgaben der EG-Richtlinie	F 106
aa) Schutz des Mediationsgeheimnisses	F 106
bb) Die Titulierung der Abschlussvereinbarung	F 109
cc) Hemmung der Verjährung	F 113
b) Weitere Regelungsbereiche	F 113
aa) Prozesskosten- und Beratungshilfe	F 114
bb) Änderungen der §§ 91 ff. ZPO	F 116
2. Berufsrecht	F 118
a) Rechtsdienstleistungsgesetz und Mediation	F 118
b) Mediation und anwaltliches Berufsrecht	F 121
c) Ausbildung und Zertifizierung	F 124
d) Interprofessionelle Kooperationen	F 125
3. Verfahrensmäßige Mindeststandards für die Mediation selbst?	F 126
IV. Handlungsfelder in der gerichtsbezogenen Mediation	F 127
1. Regelungen zur gerichtsinternen Mediation in der ZPO ...	F 128
2. Weitere Folgeänderungen	F 131

3. Regelung der gerichtsnahen Mediation?	F 132
4. Aufhebung von § 15a EGZPO	F 133
a) Strukturelle Defizite der Landesgesetze	F 133
b) Rückkehr zur Rechtseinheit im Zivilverfahrensrecht	F 134
F. Thesen	F 135
I. Allgemeiner Handlungsbedarf	F 135
II. Regelungsbereiche eines Gesetzes zur Förderung der Media- tion	F 137
Literaturverzeichnis	F 141