



Universität Potsdam

Sebastian Reinke

**Privatisierung des Maßregelvollzugs  
nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG  
und der Aufgaben nach §§ 8I, 126a StPO**

**dargestellt am Beispiel des Brandenburger Modells**

Universitätsverlag Potsdam



Sebastian Reinke  
Privatisierung des Maßregelvollzugs



Sebastian Reinke

**Privatisierung des Maßregelvollzugs  
nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben  
nach §§ 81, 126a StPO**

dargestellt am Beispiel des Brandenburger Modells

Universitätsverlag Potsdam

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de/> abrufbar.

**Universitätsverlag Potsdam 2010**

<http://info.ub.uni-potsdam.de/verlag.htm>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 4623 / Fax: 3474

E-Mail: [verlag@uni-potsdam.de](mailto:verlag@uni-potsdam.de)

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

Zugl.: Potsdam, Univ., Diss., 2010

Online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:

URL <http://pub.ub.uni-potsdam.de/volltexte/2010/4842/>

URN [urn:nbn:de:kobv:517-opus-48428](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-48428)

<http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-48428>

Zugleich gedruckt veröffentlicht im Universitätsverlag Potsdam:

ISBN 978-3-86956-101-1

*Meiner Familie und Lisa*





## Vorwort

Die vorliegende Arbeit, die im Oktober 2009 abgeschlossen wurde, ist im Wintersemester 2010/2011 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen worden. Sie ist für die Drucklegung geringfügig überarbeitet worden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Nierhaus, ohne dessen Anregungen und vor allem Geduld dieses Vorhaben nicht hätte abgeschlossen werden können. Bei Frau HD Dr. Anna-Maria Arnold bedanke ich mich für die Übernahme und die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Boris Strauch möchte ich für zahlreiche engagierte Diskussionen zu meinem Thema herzlich danken.

Ausdrücklich möchte ich meinen Eltern und meiner Schwester, denen ich dieses Buch widme, herzlich für die Unterstützung in all den Jahren danken.

Berlin, im Oktober 2010

Sebastian Reinke



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Literaturverzeichnis	29

### 1. Teil Einleitung

A. Allgemeine Ausgangsüberlegungen und Gegenstand der Untersuchung	59
B. Stand der Diskussion zur Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO	64
C. Zielsetzung der Untersuchung	69
D. Gang der Untersuchung	71

### 2. Teil Das Brandenburger Modell – tatsächliche und rechtliche Rahmenbedingungen

A. Maßregelvollzug – Kurze Darstellung der Grundlagen	74
I. Historische Entwicklung des Maßregelvollzugs	74
II. Der Maßregelvollzug im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem	78
III. Voraussetzungen der Anordnung des Maßregelvollzugs	79
1. Materielle Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, §§ 63, 61 Nr. 1 StGB	79
2. Materielle Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, §§ 64, 61 Nr. 2 StGB	81
3. Materielle Voraussetzungen für die Anordnung der Maßregeln der Besserung und Sicherung nach § 7 JGG	82
IV. Ablauf des Maßregelvollzugs	83
V. Grundsätzliches zur Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten (§ 81 StPO) und zur einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO)	86
1. Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten, § 81 StPO	86
2. Die einstweilige Unterbringung, § 126a StPO	87

B.	Historischer Ablauf der Privatisierung	90
I.	Gesetzgebungsverfahren	90
1.	Das Zweite Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes vom 07.07.2004	90
2.	Das Brandenburgische Psychisch-Kranken-Gesetz vom 05.05.2009	95
II.	Ausschreibungsverfahren	97
III.	Ausgliederung aus der Landesverwaltung	97
C.	Rechtliche Konstruktion der Privatisierung der Landeskliniken	98
I.	Beteiligte Rechtssubjekte	98
II.	Der Beleihungsakt	98
1.	Übertragung der Aufgabendurchführung	98
2.	Hoheitliche Befugnisse und Rechtsstellung des Trägers	98
3.	Öffentlich-rechtliche Bestimmungen	99
4.	Vollzugsleitung	99
5.	Personal	100
6.	Platzkapazität und Zuweisung zum Maßregelvollzug	100
7.	Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Unterbringung	101
8.	Bauliche Anlagen	101
9.	Sicherungspflichten	101
10.	Institutsambulanz	102
11.	Aufsicht	102
12.	Zusammenarbeit mit Institutionen, die dem Schutz der Patientenrechte dienen	104
13.	Verschwiegenheitspflicht; Datenschutz	104
14.	Presse- und Öffentlichkeitsarbeit	105
15.	Informations- und Dokumentationspflichten	105
16.	Übertragung von Tätigkeiten an Dritte	105
17.	Kosten des Maßregelvollzugs	106
18.	Ergänzender Beleihungsvertrag	106
19.	Nebenbestimmungen	106
III.	Weitere vertragliche Regelungen	106
1.	Kauf- und Übertragungsvertrag	107
2.	Beleihungsvertrag	107
3.	Vergütungsvereinbarung	107
4.	Dienstüberlassungsvereinbarung	107
D.	Privatisierungspraxis in anderen Bundesländern	108
I.	Sachsen-Anhalt	108
II.	Thüringen	108
III.	Sachsen	109
IV.	Mecklenburg-Vorpommern	109

V.	Bremen	109
VI.	Schleswig-Holstein	110
VII.	Niedersachsen	110
VIII.	Hansestadt Hamburg	111

### 3. Teil

#### **Das Brandenburger Modell als Ausdruck des Leitbildes des „Gewährleistungsstaates“ und seine Verortung im Kanon der Privatisierungsmodelle**

A.	Das Leitbild des Gewährleistungsstaates als Ausdruck eines gewandelten Staatsverständnisses	113
I.	Die Entwicklung des Leitbildes des „Gewährleistungsstaates“	113
II.	Verantwortungsstufen bei der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben und ihre rechtliche Begründung	114
	1. Erfüllungsverantwortung	115
	2. Auffangverantwortung	115
	3. Gewährleistungsverantwortung	116
	4. Rechtliche Verortung des Gewährleistungsstaates	116
III.	Positivrechtliche Normierung des Grundsatzes des Gewährleistungsstaates im brandenburgischen Landesorganisationsrecht im Rahmen der Aufgabenkritik und Deregulierung	118
B.	Privatisierungstypologie und Privatisierungsbegriffe	119
I.	Privatisierungstypologie und ihre rechtsdogmatische und praktische Bedeutung	120
	1. Darstellung der verschiedenen Ansätze	120
	2. Stellungnahme	122
II.	Privatisierungsbegriffe – dargestellt anhand der brandenburgischen Rechtslage	124
	1. Aufgabenprivatisierung, § 6 Abs. 1 LOG	124
	a) Begriff	124
	b) Voraussetzungen	125
	c) Privatisierungspflicht	127
	2. Funktionale Privatisierung, § 6 Abs. 2 LOG	127
	a) Begriff	127
	b) Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung	129
	aa) Verwaltungshilfe	129
	bb) Dienstleistungskonzession	130
	cc) Projektbezogene PPP (PPP im engeren Sinne)	132
	dd) Gesetzliche Inanspruchnahme Dritter	136

ee) Personalprivatisierung	136
c) Voraussetzungen	136
d) Privatisierungspflicht	137
3. Sonstige Kooperation mit Privaten, § 6 Abs. 3 LOG	137
4. Organisationsprivatisierung	139
5. Die Beleihung nach § 21 LOG	140
6. Vermögensprivatisierung, §§ 63f. LHO	142
C. Klassifizierung des Brandenburger Modells im Sinne der Privatisierungsbegriffe	142
D. Fazit	144

#### 4. Teil

##### Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG	145
I. Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg	145
1. Die Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG als „Strafrecht“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG	146
2. Die Abgrenzung Strafrecht – Strafvollstreckung – Strafvollzug	148
3. Der Vollzug der Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG als „Strafvollzug“	149
II. Ergebnis	150
B. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 81 StPO	150
I. Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg	151
1. Die Unterbringung des Beschuldigten nach § 81 StPO als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG	151
2. Reichweite der Gesetzgebungskompetenz	152
a) Die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG	152
aa) Voraussetzungen des Eintretens der Sperrwirkung	152
bb) Rechtsfolgen	153
b) Der Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO	153
aa) Grammatikalische Auslegung	153
bb) Systematische Auslegung	154
cc) Historische Auslegung	155

dd)	Teleologische Auslegung	156
c)	Zwischenergebnis	156
3.	Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG	157
II.	Ergebnis	159
C.	Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 126a StPO	159
I.	Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg	159
1.	Die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG	159
2.	Reichweite der Gesetzgebungskompetenz	160
a)	Abschließende bundesgesetzliche Regelung durch den Verweis auf §§ 63, 64 StGB in § 126a Abs. 1 StPO	160
aa)	Der Begriff „psychiatrisches Krankenhaus“ in §§ 61 Nr. 1, 63 StGB	161
(1)	Grammatikalische Auslegung	161
(2)	Systematische Auslegung	162
(3)	Historische Auslegung	163
(4)	Teleologische Auslegung	164
(5)	Zwischenergebnis	165
bb)	Der Begriff „Entziehungsanstalt“ in §§ 61 Nr. 2, 64 StGB	165
(1)	Grammatikalische Auslegung	165
(2)	Systematische Auslegung	166
(3)	Historische Auslegung	166
(4)	Teleologische Auslegung	166
cc)	Zwischenergebnis	167
b)	Abschließende bundesgesetzliche Regelung durch den Verweis auf § 119 StPO in § 126a Abs. 2 S. 1 StPO	167
3.	Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG	168
II.	Ergebnis	168

## 5. Teil

### Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG

A.	Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB	169
I.	Zur Frage von absoluten Privatisierungsverboten	169
1.	Privatisierungsverbot als Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“?	169
a)	Begriffsbestimmung	169
b)	Der Maßregelvollzug als Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“	171
c)	Stellungnahme	175
d)	Zwischenergebnis	177
2.	Privatisierungsverbot aus der Natur des Maßregelvollzugs als Teil der Eingriffsverwaltung	177
a)	Die Begriffe „Leistungsverwaltung“ und „Eingriffsverwaltung“	178
b)	Qualifizierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB als Fall der Eingriffs- bzw. der Leistungsverwaltung	178
c)	Vorliegen einer Privatisierungsgrenze	181
aa)	Argumentative Grundlage	181
bb)	Stellungnahme	181
d)	Zwischenergebnis	183
3.	Ergebnis	184
II.	Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Privatisierung des Maßregelvollzugs	184
1.	Festlegung des materiellen Prüfungsmaßstabs	185
2.	Fehlen einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelung zum Maßregelvollzug	185
3.	Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG	186
a)	Ausübung von Staatsgewalt durch die Bediensteten des privaten Trägers	187
b)	Sachlich-inhaltliche Legitimation	188
c)	Organisatorisch-personelle Legitimation	190
d)	Kompensation von Legitimationsdefiziten	195
e)	Verfassungskonforme Auslegung	197
f)	Zwischenergebnis	198
4.	Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes	199
a)	Das Gewaltmonopol	199



b)	Der Grundsatz der Gewaltenteilung	201
c)	Die Rechtsschutzgarantie	203
d)	Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes	204
e)	Haftungsrechtliche Aspekte	207
f)	Zwischenergebnis	208
5.	Das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG	208
a)	Inhalt des Sozialstaatsprinzips und Anwendbarkeit auf den Maßregelvollzug	208
b)	Das Sozialstaatsprinzip als absolute Privatisierungsschranke	210
c)	Das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtliches Privatisierungsgebot	211
d)	Privatisierungsrelevante Determinanten aus dem Sozialstaatsprinzip	211
e)	Zwischenergebnis	213
6.	Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	214
a)	Die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 4 GG in Fällen der Beleihung	214
aa)	Meinungsstand	214
bb)	Stellungnahme	216
b)	Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse	218
aa)	Meinungsstand	218
bb)	Stellungnahme	221
c)	Der Begriff der „ständigen Aufgabe“	222
d)	Der Begriff der „Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“	222
e)	Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG	223
aa)	Grundsätzliches	223
bb)	Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips	224
(1)	Vorliegen eines sachlichen Grundes	225
(a)	Fiskalische Erwägungen	226
(b)	Verwaltungseffizienz und Verwaltungsvereinfachung	227
(c)	Bessere Eignung des Privaten	227
(d)	Ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung	228
(2)	Einzelbetrachtung der übertragenen Befugnisse	229
(3)	Die Abwägung im Einzelfall	229

	(4) Darlegungslast für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Abweichung vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG	231
	cc) Subsumtion des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG unter die vorgenannten Maßstäbe	232
	f) Verfassungskonforme Auslegung	236
	aa) Teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“	237
	bb) Verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf das Dienstüberlassungsmodell	238
	g) Zwischenergebnis	238
7.	Vereinbarkeit mit der Verfassung des Landes Brandenburg	239
	a) Grundsätzliches zum Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsrecht	240
	b) Vereinbarkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 BbgPsychKG mit der Verfassung des Landes Brandenburg im Einzelnen	241
	aa) Demokratieprinzip, Art. 2 Abs. 1 LVBbg	242
	bb) Rechtsstaatsprinzip, Art. 2 Abs. 1 LVBbg	242
	cc) Sozialstaatsprinzip, Art. 2 Abs. 1 LVBbg	242
	dd) Funktionsvorbehalt zugunsten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg	243
	c) Zwischenergebnis	245
III.	Ergebnis	245
B.	Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG	247
I.	Vergleichbarkeit des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB und § 7 JGG	247
II.	Folgen der Übereinstimmung des Vollzugs der Maßregeln der Besserung und Sicherung nach § 7 JGG und des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB	248
III.	Ergebnis	248
C.	Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 81 StPO	248
I.	Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO als strafprozessuale Zwangsmaßnahme eigenständiger Art	249
II.	Zur Frage von absoluten Privatisierungsverboten	251

III.	Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Privatisierung der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten	252
1.	Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg	252
2.	Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes und der Verfassung des Landes Brandenburg	253
3.	Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg	254
4.	Funktionsvorbehalt, Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg	255
a)	Beamtenvorbehalt und Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO	255
b)	Einzelne „hoheitsrechtliche Befugnisse“ im Rahmen des § 81 StPO	256
c)	Das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG	258
d)	Zwischenergebnis	259
IV.	Ergebnis	260
D.	Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 126a StPO	261
I.	Die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO als „Vorfeldmaßnahme zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB“	262
II.	Zur Frage von absoluten Privatisierungsverboten	262
III.	Übertragbarkeit der für den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe	264
1.	Das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg	264
2.	Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes und der Landesverfassung	265
3.	Das Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg	266
4.	Der Funktionsvorbehalt, Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg	266
a)	Hoheitsrechtliche Befugnisse im Rahmen der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO	267
b)	Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis	267
IV.	Ergebnis	268

## 6. Teil

### Einfachgesetzliche Grenzen der Privatisierung und menschenrechtliche Aspekte

A.	Die Bedeutung des Art. 31 GG	270
	I. Anwendungsbereich	271
	II. Voraussetzungen	271
	1. „Recht“ im Sinne von Art. 31 GG	271
	2. Gültigkeit des Bundes- oder Landesrechts	271
	3. Kollision	272
	III. Rechtsfolgen	272
B.	Strafgesetzbuch	273
	I. Die Begriffe des „psychiatrischen Krankenhauses“ i.S.v. § 63 StGB und der „Entziehungsanstalt“ i.S.v. § 64 StGB als Privatisierungsgrenze	273
	II. Ergebnis	274
C.	Jugendgerichtsgesetz	274
	I. Der Verweis auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung des allgemeinen Strafrechts	275
	II. Die Vorschrift des § 93a Abs. 2 JGG	275
	III. Ergebnis	277
D.	Strafvollzugsgesetz	277
E.	Strafprozessordnung	278
	I. Kollision mit § 81 Abs. 1 StPO	279
	1. Der Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO	279
	2. Hilfsweise: Kollision im Fall der fehlenden „Erforderlichkeit“ im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG	279
	a) Übergangsrechtliche Bewältigung der fehlenden Erforderlichkeit durch Art. 125a Abs. 2 GG	280
	aa) Tatbestand	280
	bb) Rechtsfolge	280
	cc) Zwischenergebnis	282
	b) Kollision von § 81 Abs. 1 StPO und § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG	282
	c) Zwischenergebnis	283
	3. Zwischenergebnis	283
	II. Kollision mit § 126a Abs. 1 StPO	284
	III. Ergebnis	284
F.	Untersuchungshaftvollzugsordnung	285

G.	Internationale Menschenrechtsstandards als Privatisierungsgrenze	286
I.	Die Europäische Menschenrechtskonvention	286
1.	Rechtliche Verbindlichkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und Geltung im Rahmen des Maßregelvollzugs	286
2.	Privatisierungsrelevante Aussagen	286
3.	Zwischenergebnis	287
II.	Die „Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen“ der Vereinten Nationen	288
1.	Rechtliche Verbindlichkeit der Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen und Geltung im Rahmen des Maßregelvollzugs	288
2.	Privatisierungsrelevante Aussagen	290
3.	Zwischenergebnis	290
III.	Die „Europäischen Strafvollzugsgrundsätze“ des Europarates	291
1.	Rechtliche Verbindlichkeit der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze und Geltung im Rahmen des Maßregelvollzugs	292
2.	Privatisierungsrelevante Aussagen	292
3.	Zwischenergebnis	293
IV.	Ergebnis	293

## 7. Teil

### Möglichkeiten der Privatisierung de lege lata und de lege ferenda

A.	Möglichkeiten der Privatisierung einzelner Tätigkeitsbereiche de lege lata	296
I.	Definition des privatisierungsfesten Kernbereichs des Maßregelvollzugs	296
II.	Privatisierungsmöglichkeiten im Bereich des Ordnungsrechts	298
1.	Kernbereich des Maßregelvollzugs	298
2.	Privatisierungsfähiger Randbereich	300
III.	Privatisierungsmöglichkeiten im Bereich der Gewährleistung des Lebensspielraums	301
1.	Kernbereich des Maßregelvollzugs	301
2.	Privatisierungsfähiger Randbereich	303
IV.	Privatisierungsmöglichkeiten im Bereich des Behandlungsrechts	303
1.	Kernbereich des Maßregelvollzugs	304
2.	Privatisierungsfähiger Randbereich	305
V.	Sonstige Teilbereiche	306
VI.	Ergebnis	307

B.	Möglichkeiten der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG de lege ferenda	308
I.	Überschrift des 4. Abschnitts	308
II.	Unterteilung in zwei Unterabschnitte zum Maßregelvollzug und den anderen Formen der Unterbringung	308
III.	Neuregelung der gesetzlichen Grundlage einer Beilehung	309
IV.	Modifizierung der Vorschrift über die Fachaufsicht	311
V.	Änderung des § 10 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG	312
C.	Möglichkeiten der Privatisierung der Aufgaben der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO und der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO de lege ferenda	312
D.	Lösungsvorschlag	314
	Zusammenfassung in Thesen	319

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
AASGF	Ausschuss für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Abl. Nr. C 115/47 vom 09.05.2008)
AG	Amtsgericht/Aktiengesellschaft
AG-GewVbrG	Ausführungsgesetz zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung (RGGBl. I, S. 1000)
AktG	Aktiengesetz vom 06.09.1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 25.05.2009 (BGBl. I S. 1102)
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APr.	Ausschussprotokoll
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.12.1998 (GVBl. S. 991), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.11.2003 (GVBl. S. 817)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BbgPsychKG	Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch kranke und seelisch behinderte Menschen im Land Brandenburg (Brandenburgisches Psychisch-Kranken-Gesetz)
BbgDSG	Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten im Land Brandenburg (Brandenburgisches Datenschutzgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.05.2008 (GVBl. I/08 [Nr. 07], S.114)
Bearb.	Bearbeiter
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BePr.	Beschlussprotokoll

BewHi	Bewährungshilfe
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
BpflV	Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzverordnung) vom 26.09.1994 (BGBl. I S. 2750), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 17. März 2009 (BGBl. I S. 534)
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 01.03.1994 (BGBl. I S. 358), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2288)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union
CPT	Anti-Folter-Komitee des Europarates
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Dr.	Doktor
DtÄrztebl.	Deutsches Ärzteblatt
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVU	Deutsche Volkunion
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 02.03.1974 (BGBl. I S. 469), zuletzt geändert durch Art. 51 des Gesetzes vom 23.11.2007 (BGBl. I S. 2614)
EPR	European Prison Rules
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende



ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GewVbrG	Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung (RGBl. I S. 995)
GG	Grundgesetz
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2509)
GPSG	Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz) vom 06.01.2004 (BGBl. I S. 2 (219), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 33 des Gesetzes vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. LSA	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Sachsen-Anhalt
HessStGH	Staatsgerichtshof des Landes Hessen
HGB	Handelsgesetzbuch in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 25.06.2009 (BGBl. I S. 1506)
hM	herrschende Meinung
HmbMVollzG	Gesetz über den Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt vom 07.09.2007 (GVBl. 36 vom 28.09.2007, S. 301)
Hs.	Halbsatz
HStrG 2000	Gesetz zur Beseitigung des strukturellen Ungleichgewichts im Haushalt (Haushaltsstrukturgesetz 2000) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30.06.2000 (GVBl. I/00, [Nr. 6], S. 90)
HSichG 2003	Gesetz zur Sicherung des Landeshaushalts und zur Modernisierung der Landesverwaltung (Haushalts-sicherungsgesetz 2003) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.07.2003 (GVBl. I/03, [Nr. 11], S. 194)

i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.12.1974 (BGBl. I S. 3427), zuletzt geändert durch Art. 84 des Gesetzes vom 17.12.2008 (BGBl. I S.2586)
JuS	Juristische Schulung
JVA	Justizvollzugsanstalt
JVBl.	Justizverwaltungsblatt
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.04.1991 (BGBl. I S. 886), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 17.03.2009 (BGBl. I S. 534)
LBG	Beamtenengesetz für das Land Brandenburg (Landesbeamtenengesetz) vom 03.04.2009 (GVBl. I/09, [Nr. 04], S.26)
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.04.1999 (GVBl. I/99 [Nr. 07], S.106), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes vom 28.06.2006 (GVBl. I/06 [Nr. 07] , S.74, 85)
lit.	Buchstabe
LOG	Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung (Landesorganisationsgesetz) vom 24.05.2004 (GVBl. I/04 [Nr. 09], S.186), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 19.12.2008 (GVBl. I/08 [Nr. 18], S.367, 368)
LT-Drs.	Landtags-Drucksache
LVBbg	Verfassung des Landes Brandenburg vom 20.08.1992 (GVBl. I/92 [Nr. 18], S.298), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 07.07.2009 (GVBl. I/09 [Nr. 09] , S.191)
MASGF	Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen
MVollzGLSA	Maßregelvollzugsgesetz für das Land Sachsen-Anhalt (MVollzG LSA) vom 09.10.1992 (GVBl. LSA 1992, S. 736)

MVollzG S-H	Maßregelvollzugsgesetz vom 19.01.2000 (GVBl. 2000, S. 114), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 31.03.2008 (GVBl. 2008, S. 158)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NdsGVBl.	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
NdsMVollzG	Niedersächsisches Maßregelvollzugsgesetz vom 01.06.1982 (NdsGVBl. S. 131), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 25.01.2007 (NdsGVBl. S. 51)
NdsStGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
Nr.	Nummer
NRWVerfGH	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NV	Niedersächsische Verfassung vom 19.05.1993 (Nds.GVBl. 1993, S. 107), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.06.2009 (Nds.GVBl. S. 276)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaft
OLG	Oberlandesgericht
PDS	Partei des demokratischen Sozialismus
PIPr.	Plenarprotokoll
PPP	Public Private Partnership
Prof.	Professor
PsychKG	Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2000 (GVBl. der Freien Hansestadt Bremen Nr. 64/2000, S. 471)
PsychKG M-V	Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke (Psychischkrankengesetz M-V) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.04.2000 (GVBl. M-V 2000, S. 182)
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RGBl.	Reichsgesetzblatt

RiLi 2004/18/EG	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.04.2004, S. 114)
Rn.	Randnummer
R & P	Recht und Psychiatrie
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch vom 15.05.1871 (RGBl. 1871 S. 127)
S.	Seite/siehe
SachsAnhVerfG	Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt
SächsPsychKG	Sächsisches Gesetz über die Hilfen und die Unterbringung bei psychischen Krankheiten in der Fassung vom 10.10.2007(SächsGVBl. 2007, 422)
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
sog.	sogenannte/r
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.06.2009 (BGBl. I S. 1658)ist
StGB-GewVbrG	Strafgesetzbuch in der durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung geltenden Fassung
StHG	Gesetz zur Regelung der Staatshaftung in der Deutschen Demokratischen Republik (Staatshaftungsgesetz) vom 12.05.1969 (GVBl. I/69, S.34), zuletzt geändert durch das Erste Brandenburgische Rechtsbereinigungsgesetz vom 03.09.1997 (GVBl. I/97, [Nr. 09] S.104)
StPO	Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04. 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2280)
StRG	Strafrechtsreformgesetz vom 01.04.1998 (BGBl. I S. 188)
StV	Strafverteidiger
StrVollstrO	Strafvollstreckungsordnung vom 01.01.2001
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz) vom 16.03.1976 (BGBl. I S. 581, 2088), das durch Art. 2 des Gesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2274)

ThürPsychKG	Neubekanntmachung des Thüringer Gesetzes zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen vom 02.02. 1994 (GVBl. S. 81) in der ab 31.12.2008 geltenden Fassung
ThürVBl	Thüringer Verwaltungsblätter
u.a.	unter anderem
UVollzO	Untersuchungshaftvollzugsordnung
v.	von
VEBA	Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks AG
VerfGBbg	Verfassungsgericht des Landes Brandenburg
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwModG	Gesetz über Ziele und Vorgaben zur Modernisierung der Landesverwaltung vom 10.07.2003 (GVBl. I/03, [Nr. 11], S.194, 195), geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24.05.2004 (GVBl. I/04, [Nr. 09] , S.186, 193)
vgl.	vergleiche
VK	Vergabekammer
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen vom 20.03.2006
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVfGBbg	Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Brandenburg vom 07.07.2009 (GVBl. I/09, [Nr. 12], S.262, 264)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfStrVo	Zeitschrift für Strafvollzug und Sträflingenhilfe
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
Ziff.	Ziffer
ZJJ	Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



## Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Dästner, Christian* (Hrsg.) Alternativkommentar zur Strafprozessordnung, Band 1: §§ 1 – 93, Berlin 1988  
(zitiert: Bearb., in: Achenbach/Amelung/Dästner (Hrsg.), § Rdnr.)
- Achterberg, Norbert* Privatrechtsförmige Verwaltung, JA 1985, S. 503  
(zitiert: *Achterberg*, JA 1985, 503 (Seite))
- Arloth, Frank* Neue Entwicklungen im Strafvollzug im internationalen Vergleich, ZfStrVo 2002, S. 3  
(zitiert: *Arloth*, ZfStrVo 2002, 3 (Seite))
- ders.* Strafvollzugsgesetz, 2. Aufl., München 2008  
(zitiert: *Arloth*, § Rdnr.)
- Arnim, Hans Herbert von* Rechtsfragen der Privatisierung, Wiesbaden 1995  
(zitiert: *v. Arnim*, Seite)
- Bachof, Otto* Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts. Die Rechtsnatur der Technischen Ausschüsse des § 24 der Gewerbeordnung, AöR 83 (1958), S. 208  
(zitiert: *Bachof*, AöR 83 (1958), 208 (Seite))
- Badura, Peter* Die hoheitlichen Aufgaben des Staates und die Verantwortung des Berufsbeamtentums, ZBR 1996, S. 321  
(zitiert: *Badura*, ZBR 1996, 321 (Seite))
- ders.* Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung - ein exemplarischer Leitfaden , 2. Aufl., Tübingen 2005  
(zitiert: *Badura*, Seite, Rdnr.)
- Bauer, Hartmut* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243  
(zitiert: *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (Seite))

- ders.* Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89  
(zitiert: *Bauer*, DÖV 1998, 89 (Seite))
- Baumann, Karsten* Bundeseigenverwaltung und Wettbewerb – Die Neuordnung der Flugsicherung, DVBI 2006, S. 332  
(zitiert: *Baumann*, DVBI 2006, 332 (Seite))
- Berger, Ariane* Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen - eine Untersuchung der staatlichen Qualität unternehmerischer Entscheidungen, Berlin 2006  
(zitiert: *Berger*, Seite)
- Bernsmann, Klaus* Public Private Partnership („PPP“) - ein Thema für das Strafrecht?!, StV 2005, S. 685  
(zitiert: *Bernsmann*, StV 2005, 685 (Seite))
- Biernat, Stanislaw/Hendler, Reinhard/Schoch, Friedrich* (Hrsg.) Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, Stuttgart 1994  
(zitiert: Bearb., in: *Biernat u.a.* (Hrsg.), Seite)
- Birkmeyer, Karl von* Strafe und sichernde Maßnahmen, München 1906  
(zitiert: *Birkmeyer*, Seite)
- Bonk, Heinz Joachim* Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug, JZ 2000, 435  
(zitiert: *Bonk*, JZ 2000, 435 (Seite))
- Bracher, Christian-Dietrich* Gefahrenabwehr durch Private, Berlin 1987  
(zitiert: *Bracher*, Seite)
- Braum, Stefan/Varwig, Marianne/Bader, Christine* Die „Privatisierung des Strafvollzugs“ zwischen fiskalischen und verfassungsrechtlichen Prinzipien, ZfStrVo 1999, S. 67  
(zitiert: *Braum/Varwig/Bader*, ZfStrVo 1999, 67 (Seite))



- Broß, Siegfried* Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gefahren für die Steuerungsfähigkeit von Staaten und für das Gemeinwohl“, Vortrag, gehalten am 22.07.2007 in Stuttgart  
(zitiert: *Broß*, Seite)
- Brüning, Christoph* Der Verwaltungsmittler – eine neue Figur bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben, NWVBI 1997, S. 286  
(zitiert: *Brüning*, NWVBI 1997, 286 (Seite))
- Brunner, Rudolf/Dölling, Dieter* Jugendgerichtsgesetz, 11. Aufl., Berlin 2002  
(zitiert: *Brunner/Dölling*, § Rdnr.)
- Bühning, Petra* Privatisierung von Landeskrankenhäusern – Verfassungsrechtliche Bedenken, DtÄrztebl. 2005, S. 442  
(zitiert: *Bühning*, DtÄrztebl. 2005, 442 (Seite))
- Büllesbach, Alfred/Rieß, Joachim* Outsourcing in der öffentlichen Verwaltung, NVwZ 1995, S. 444  
(zitiert: *Büllesbach/Rieß*, NVwZ 1995, 444 (Seite))
- Bull, Hans-Peter* Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1977  
(zitiert: *Bull*, Seite)
- Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung* (Hrsg.) Gutachten „PPP im öffentlichen Hochbau“, vorgelegt im August 2003, abrufbar unter: <http://www.bmvbs.de/dokumente/-,302.1045592/Artikel/dokument.htm>  
(zitiert: *BMVBS* (Hrsg.), PPP-Gutachten, Band, Teilband, Ziffer, Seite)
- Burgi, Martin* Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag, abrufbar unter [http://www.bppp.de/media/file/65.DJT-Gutachten\\_Prof.\\_Burgi .pdf](http://www.bppp.de/media/file/65.DJT-Gutachten_Prof._Burgi.pdf)  
(zitiert: *Burgi*, DJT-Gutachten, Seite)

- ders.* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht, Konstanz 1998  
(zitiert: *Burgi*, Privatisierung, Seite)
- ders.* Vergaberechtliche Fragen bei Privatisierungsvorgängen: Das Beispiel Zusammenarbeit mit dem Sicherheitsgewerbe, *GewArch* 2001, S. 217  
(zitiert: *Burgi*, *GewArch* 2001, 217 (Seite))
- Callies, Christian* Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus, *DÖV* 1997, S. 889  
(zitiert: *Callies*, *DÖV* 1997, 889 (Seite))
- Callies, Rolf-Peter/Müller-Dietz, Heinz* Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl., München 2008  
(zitiert: *Callies/Müller-Dietz*, § Rdnr.)
- Däubler, Wolfgang* Privatisierung als Rechtsproblem, Neuwied 1980  
(zitiert: *Däubler*, Seite)
- Degenhart, Christoph* Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die „Juniorprofessur“ (Urteil vom 27. Juli 2004 – 2 BvF 2/02), *RdJB* 2005, S. 117  
(zitiert: *Degenhart*, *RdJB* 2005, 117 (Seite))
- Denninger, Erhard/Hoffmann-, Riem/Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart* (Hrsg.) Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Köln 2001  
(zitiert: Bearb., in: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Deppenheuer, Otto* Vom „Bedürfnis“ zur „Erforderlichkeit“, *ZG* 2003, S. 177  
(zitiert: *Deppenheuer*, *ZG* 2003, 177 (Seite))
- Dierkes, Mathias* Materielle Privatisierung der Abwasserentsorgung nach sächsischem Wasserrecht, *SächsVBI* 1996, S. 269  
(zitiert: *Dierkes*, *SächsVBI* 1996, 269 (Seite))

- DiFabio, Udo* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235  
(zitiert: *DiFabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (Seite))
- ders.* Privatisierung und Staatsvorbehalt – Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, S. 585  
(zitiert: *DiFabio*, JZ 1999, 585 (Seite))
- Dörner, Klaus* Nationalsozialismus und Lebensvernichtung, in: *ders./Haerlin, Christiane/Rau, Veronika*, Der Krieg gegen die psychisch Kranken. Nach „Holocaust“: Erkennen – Trauern – Begegnen, 2. Aufl., Frankfurt/Main/Bonn 1989  
(zitiert: *Dörner*, in: *ders./Haerlin/Rau* (Hrsg.), Seite)
- Dörr, Dieter* Die Abgrenzung von Beamten- und Angestelltenfunktionen im öffentlichen Dienst, Hamburg 1990  
(zitiert: *Dörr*, Seite)
- Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus/Graßhof, Karin* (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: August 2009, Heidelberg 2009  
(zitiert: Bearb., in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Dreier, Horst* (Hrsg.) Grundgesetz, 2. Aufl., München 2008  
(zitiert: Bearb., in: *Dreier* (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Ehlers, Dirk* Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984  
(zitiert: *Ehlers*, Seite)
- ders.* Die Europäische Menschenrechtskonvention, Jura 2000, S. 372  
(zitiert: *Ehlers*, Jura 2000, 372 (Seite))
- Eisenberg, Ulrich* Jugendgerichtsgesetz, 13. Aufl., München 2009  
(zitiert: *Eisenberg*, § Rdnr.)

- Erichsen, Hans-Uwe* Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, Heidelberg 1987  
(zitiert: *Erichsen*, Seite)
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk* (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. Berlin 2006  
(zitiert: Bearb., in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), § Rdnr.)
- EU-Kommission* Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 30.04.2004, Brüssel 2004, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:DE:PDF>  
(zitiert: *EU-Kommission*, Grünbuch, Ziffer, Seite)
- Feest, Johannes* (Hrsg.) Alternativkommentar zum Strafvollzugsgesetz, 5. Aufl., Neuwied 2006  
(zitiert: Bearb., in: *Feest* (Hrsg.), § Rdnr.)
- Fisahn, Andreas* Schriftliche Stellungnahme zum Fragenkatalog der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am Donnerstag, 08.11.2007, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs077.pdf>  
(zitiert: *Fisahn*, Seite)
- Franke, Horst/Kemper, Ralf/Zanner, Christian/Grünhagen, Matthias* (Hrsg.) VOB-Kommentar, 3. Aufl., München 2007  
(zitiert: Bearb., in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* (Hrsg.), § Rdnr.)
- Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram* (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 2009, Berlin 2009  
(zitiert: Bearb., in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), Art. Rdnr.)

- Fuest, Winfried/Kroker, Rolf* Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Köln 1981  
(zitiert: *Fuest/Kroker*, Seite)
- Gersdorf, Hubertus* Privatisierung öffentlicher Aufgaben –  
Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungs-  
bedarf, JZ 2008, S. 831  
(zitiert: *Gersdorf*, JZ 2008, 831 Seite))
- Grabbe, Jürgen* Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung  
kommunaler Aufgaben, Berlin 1979  
(zitiert: *Grabbe*, Seite)
- Gramm, Christof* Schranken der Personalprivatisierung bei der  
inneren Sicher-heit, VerwArch 1999, S. 329  
(zitiert: *Gramm*, VerwArch 1999, 329 (Seite))
- ders.* Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben,  
Berlin 2001  
(zitiert: *Gramm*, Privatisierung, Seite)
- Grawert, Rolf* Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungs-  
rechts in der Gegenwart, NJW 1987, S. 2329  
(zitiert: *Grawert*, NJW 1987, 2329 (Seite))
- Grimm, Dieter* Das staatliche Gewaltmonopol, in: *Anders,  
Freia/Glicher-Holtey, Ingrid*, Herausforderungen  
des staatlichen Gewalt-monopols, Bielefeld 2006  
(zitiert: *Grimm*, in: *Anders/Glicher-Holtey* (Hrsg.),  
Seite)
- Gröning, Jochen* Public Private Partnerships bei Dienstleistungs-  
konzessionen, NZBau 2001, S. 123  
(zitiert: *Gröning*, NZBau 2001, 123 (Seite))
- Gröpl, Christoph* Privatisierung von Messen, Märkten und  
Volksfesten, VerwArch 1995, S. 267  
(zitiert: *Gröpl*, VerwArch 1995, 267 (Seite))
- Groß, Karl-Heinz* Privatisierungen bei der Strafverfolgung?, BewHi  
2001, S. 99  
(zitiert: *Groß*, BewHi 2001, 99 (Seite))

- Grünebaum, Rolf* Zur Privatisierung des Maßregelvollzugs – Wie eine Diskussion haarscharf am Kern vorbeigeht, R & P 2006, S. 55  
(zitiert: *Grünebaum*, R & P 2006, 55 (Seite))
- Gusy, Christoph* Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe. Verfassungsfragen der „Staatsaufgabe Sicherheit“, DÖV 1996, S. 573  
(zitiert: *Gusy*, DÖV 1996, 573 (Seite))
- ders.* (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998  
(zitiert: Bearb., in: *Gusy* (Hrsg.), Privatisierung, Seite)
- ders.* Privatisierung und parlamentarische Kontrolle, ZRP 1998, S. 265  
(zitiert: *Gusy*, ZRP 1998, 265 (Seite))
- ders.* Möglichkeit und Grenzen der Privatisierung des Jugendstrafvollzugs, JZ 2006, S. 651  
(zitiert: *Gusy*, JZ 2006, 651 (Seite))
- Häberle, Peter* Verfassungsrechtliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 595  
(zitiert: *Häberle*, AöR 111 (1986), 595 (Seite))
- ders.* Berufsgerichte als „staatliche“ Gerichte, DÖV 1965, S. 369  
(zitiert: *Häberle*, DÖV 1965, 369 (Seite))
- Hagemeister, Adrian von* Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, München 1992  
(zitiert: *v. Hagemeister*, Seite)
- Haug, Volker* Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranken, NVwZ 1999, S. 816  
(zitiert: *Haug*, NVwZ 1999, 816 (Seite))

- Heiermann, Wolfgang/Rusam, Wolfgang/Riedl, Richard* (Hrsg.) Handkommentar zur VOB, 11. Aufl., Wiesbaden 2008  
(zitiert: Bearb., in: Heiermann/Rusam/Riedl (Hrsg.), § Rdnr.)
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd/Stöckel, Heinz* (Hrsg.) KMR Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblatt, Stand: 06/2006, Berlin 2006  
(zitiert: Bearb., in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § Rdnr.)
- Hetzel, Hedda/Früchtl, Bernd* Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich Privaten Partnerschaften, BayVBI 2006, S. 649  
(zitiert: *Hetzel/Früchtl*, BayVBI 2006, 649 (Seite))
- Hill, Hermann* Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart, DVBI 1989, S. 321  
(zitiert: *Hill*, DVBI 1989, 321 (Seite))
- ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hrsg.) Öffentliches und privates Recht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996  
(zitiert: Bearb., in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Seite)
- ders.* Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 421  
(zitiert: *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421 (Seite))
- Hoppe, Werner/Uechtritz, Michael* (Hrsg.) Handbuch Kommunalen Unternehmen, 2. Aufl., Köln 2007  
(zitiert: Bearb., in: Hoppe/Uechtritz, (Hrsg.), § Rdnr.)
- Hoyneck, Theresia/Neubacher, Frank/Schüler-Springorum, Horst* (Hrsg.) Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht - Dokumente der Vereinten Nationen und des Europarates, Berlin 2001  
(zitiert: Bearb., in: Hoyneck/Neubacher/Schüler-Springorum (Hrsg.), Seite)

- Huber, Peter M.* Das Berufsbeamtentum im Umbruch – Grundsätzliche Überlegungen unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, Die Verwaltung 1996, S. 437  
(zitiert: *Huber*, Die Verwaltung 1996, 437 (Seite))
- Ingenstau, Heinz/Korbion, Hermann* (Hrsg.) VOB, Teile A und B Kommentar, 16. Aufl., Neuwied 2007  
(zitiert: Bearb., in: *Ingenstau/Korbion* (Hrsg.), § Rdnr.)
- Isensee, Josef* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 54 (1995), S. 303  
(zitiert: *Isensee*, VVDStRL 54 (1995), 303 (Seite))
- ders./Kirchhof, Paul* (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Heidelberg 1988  
(zitiert: Bearb., in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § Rdnr.)
- dies.* (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006  
(zitiert: Bearb., in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR IV, § Rdnr.)
- Jachmann, Monika* Bundesrecht (insbesondere Bundesverfassungsrecht) und Landesverfassungen, JuS 1994, S. L 81  
(zitiert: *Jachmann*, JuS 1994, L 81 (Seite))
- dies./Strauß, Thomas* Berufsbeamtentum, Funktionsvorbehalt und der „Kaperbrief für den Landeseinsatz“, ZBR 1999, S. 289  
(zitiert: *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (Seite))
- Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter* (Hrsg.) Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Band 3, 11. Aufl., Berlin 2006  
(zitiert: Bearb., in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), § Rdnr.)



- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* (Hrsg.) Grundgesetz, 10. Aufl., München 2009  
(zitiert: Bearb., in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Jeand'heur, Bernd* Von der Gefahrenabwehr als staatlicher Angelegenheit zum Einsatz privater Sicherheitskräfte – Einige rechtspolitische und verfassungsrechtliche Anmerkungen, AöR 119 (1994), S. 107  
(zitiert: *Jeand'heur*, AöR 119 (1994), 107 (Seite))
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/1, München 2005  
(zitiert: Bearb., in: MüKo-StGB, § Rdnr.)
- Jung, Jörg* Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes - eine Untersuchung über die Veränderungen der Personalstruktur im öffentlichen Dienst und die Verankerung des Berufsbeamtentums im Grundgesetz, Berlin 1971  
(zitiert: *Jung*, Seite)
- Jungk, Fabian* Police Private Partnership – Eine Untersuchung anhand verschiedener Modelle, Köln 2002  
(zitiert: *Jungk*, Seite)
- Kämmerer, Jörn Axel* Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, JZ 1996, S. 1042  
(zitiert: *Kämmerer*, JZ 1996, 1042 (Seite))
- ders.* Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, Tübingen 2001  
(zitiert: *Kämmerer*, Privatisierung, Seite)
- ders.* Privatisierung und Staatsaufgaben: Versuch einer Zwischenbilanz, DVBI 2008, S. 1005  
(zitiert: *Kämmerer*, DVBI 2008, 1005 (Seite))

- Kahl, Wolfgang* Die Privatisierung der Wasserversorgung, GewArch 2007, S. 441  
(zitiert: *Kahl*, GewArch 2007, 441 (Seite))
- Kammeier, Heinz* Maßregelrecht – Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr, Berlin 1996  
(zitiert: *Kammeier*, Seite)
- ders.* (Hrsg.) Maßregelvollzugsrecht, 2. Aufl., Berlin 2002  
(zitiert: Bearb., in: *Kammeier* (Hrsg.), Maßregelvollzug, Seite)
- ders.* Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB durch Private, in: *ders./Michalke, Regina* (Hrsg.), Streben nach Gerechtigkeit, Festschrift für Günter Tondorf zum 70. Geburtstag, Münster 2004  
(zitiert: *Kammeier*, in: *ders./Michalke* (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (Seite))
- ders.* Abschied von den Dogmen? - Der Maßregelvollzug nach § 63 StGB im Spannungsfeld zwischen Sanktionen- und Leistungsrecht, Thesen zum 21. Expertengespräch „Zeitgemäße Organisationsmodelle des Maßregelvollzugs“ des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe am 4./5.12.2005 in Dortmund  
(zitiert: *Kammeier*, Abschied von den Dogmen, Seite)
- Kerner, Hans-Jürgen* Privatisierung der Sozialen Dienste der Justiz – Perspektiven und kritische Fragen, BewHi 2006, S. 43  
(zitiert: *Kerner*, BewHi 2006, 43 (Seite))
- Kirchhof, Gregor* Rechtsfolgen der Privatisierung. Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen, AöR 132 (2007), S. 215  
(zitiert: *Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (Seite))

- Kirchhoff, Guido* Art. 125a GG und landesverfassungsrechtliche  
Regelungspflichten, NVwZ 2009, S. 754  
(*Kirchhoff*, NVwZ 2009, 754 (Seite))
- Klement, Jan Henrik* Verantwortung – Funktion und Legitimation eines  
Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006  
(zitiert: *Klement*, Seite)
- Kloepfer, Michael* Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984,  
S. 685  
(zitiert: *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (Seite))
- Kluth, Winfried* Funktionale Selbstverwaltung – verfassungs-  
rechtlicher Status - verfassungsrechtlicher  
Schutz, Köln 1996  
(zitiert: *Kluth*, Seite)
- Knemeyer, Franz-Ludwig* Privatisierung öffentlicher Aufgaben, WiVerw  
1978, S. 65  
(zitiert: *Knemeyer*, WiVerw 1978, 65 (Seite))
- König, Klaus/Benz, Angelika* Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-  
Baden 1997  
(zitiert: *König/Benz*, Seite)
- Koepsel, Klaus* Privatisierung des Strafvollzugs als Lösung  
sanktions-rechtlicher und fiskalischer Probleme,  
BewHi 2001, S. 148  
(zitiert: *Koepsel*, BewHi 2001, 148 (Seite))
- Konrad, Norbert* Psychiatrie im Justizvollzug, R & P 1997, S. 51  
(zitiert: *Konrad*, R & P 1997, 51 (Seite))
- Krautzberger, Michael* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private.  
Zum Begriff des staatlichen Bereichs, Berlin 1971  
(zitiert: *Krautzberger*, Seite)

- Kreissl, Stephan* Die Haftung des Staates für den Einsatz privater Unternehmer – am Beispiel der polizeilich angeordneten Bergung eines Kraftfahrzeugs durch einen privaten Abschleppunternehmer, NVwZ 1994, S. 349  
(zitiert: *Kreissl*, NVwZ 1994, 349 (Seite))
- Krieger, Heinz-Jürgen* Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge mit Anschluss- und Benutzungszwang, Siegburg 1981  
(zitiert: *Krieger*, Seite)
- Kröber, Hans-Ludwig/Dölling, Dieter/Leygraf/Norbert/Sass, Henning* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band 1: Strafrechtliche Grundlagen der forensischen Psychiatrie, Darmstadt 2007  
(zitiert: Bearb., in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass* (Hrsg.), Seite)
- Kröger, Detlef/Moos, Flemming* Die Erforderlichkeitsklausel gemäß Art. 72 Abs. 2 GG n.F. Im Spannungsfeld des Bundesstaates, BayVBl 1997, S. 705  
(zitiert: *Kröger/Moos*, BayVBl 1997, 705 (Seite))
- Krölls, Albert* Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, S. 129  
(zitiert: *Krölls*, GewArch 1995, 129 (Seite))
- ders.* Die Privatisierung der inneren Sicherheit, GewArch 1997, S. 445  
(zitiert: *Krölls*, GewArch 1997, 445 (Seite))
- ders.* Privatisierung der öffentlichen Sicherheit in Fußgängerzonen, NVwZ 1999, S. 233  
(zitiert: *Krölls*, NVwZ 1999, 233 (Seite))
- Krüger, Herbert* Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Stuttgart 1966  
(zitiert: *Krüger*, Seite)

- ders.* Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentlich-rechtliche Vorhaltung der Verkehrswege, Hamburg 1969  
(zitiert: *Krüger*, Verkehrswege, Seite)
- Kruis, Konrad* Haftvollzug als Staatsaufgabe, ZRP 2000, S. 1  
(zitiert: *Kruis*, ZRP 2000, 1 (Seite))
- Kulas, Axel* Privatisierung hoheitlicher Verwaltung – Zur Zulässigkeit privater Strafvollzugsanstalten, Köln u.a. 2001  
(zitiert: *Kulas*, Seite)
- Lange, Meik* Privatisierungspotentiale im Strafvollzug, DÖV 2001, S. 898  
(zitiert: *Lange*, DÖV 2001, 898 (Seite))
- Lange, Wilfried* Rechtsprobleme der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, JZ 1981, S. 698  
(zitiert: *Lange*, JZ 1981, 698 (Seite))
- Laubenthal, Klaus/Baier, Helmut* Jugendstrafrecht, Berlin 2006  
(zitiert: *Laubenthal/Baier*, Rdnr.)
- Lecheler, Helmut* Privatisierung – ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen, ZBR 1980, S. 69  
(zitiert: *Lecheler*, ZBR 1980, 69 (Seite))
- ders.* Der Verpflichtungsgehalt des Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG – Fessel oder Richtschnur für die bundesunmittelbare Verwaltung?, NVwZ 1989, S. 834  
(zitiert: *Lecheler*, NVwZ 1989, 834 (Seite))
- ders.* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, BayVBl 1994, S. 555  
(zitiert: *Lecheler*, BayVBl 1994, 555 (Seite))
- Lechleitner, Marc* Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, Jura 2004, S. 746  
(zitiert: *Lechleitner*, Jura 2004, 746 (Seite))

- Lehngut, Gerold* Die Entwicklung des Funktionsvorbehalts nach Artikel 33 Abs. 4 GG und seine Bedeutung in der heutigen Zeit, ZBR 1991, S. 266  
(zitiert: *Lehngut*, ZBR 1991, 266 (Seite))
- Leibholz, Gerhard/Rinck, Hans-Justus/Hesselberger, Hesselberger, Dieter* (Hrsg.) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Loseblatt, Stand: Juli 2006, Köln 2006  
(zitiert: *Bearb.*, in: *Leibholz/Rinck/Hesselberger* (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Leisner, Walter* Berufsbeamtentum und Entstaatlichung, DVBl 1978, S. 733  
(zitiert: *Leisner*, DVBl 1978, 733 (Seite))
- Leitges, Konrad* Die Entwicklung des Hoheitsbegriffes in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes - Untersuchungen zu Inhalt und Grenzen des beamtenrechtlichen Funktionsvorbehaltes, zugleich ein Beitrag zur Hoheitsverwaltung, Frankfurt am Main 1998  
(zitiert: *Leitges*, Seite)
- Lieber, Hasso/Iwers, Steffen Johann/Ernst, Martina* (Hrsg.) Verfassung des Landes Brandenburg – Kommentar, Loseblatt, Wiesbaden 2003  
(zitiert: *Lieber/Iwers/Ernst*, Art. Abschnitt)
- Lilly, Peter J.* Private Gefängnisse in den Vereinigten Staaten – das heutige Bild, ZfStrVo 1999, S. 78  
(zitiert: *Lilly*, ZfStrVo 1999, 78 (Seite))
- Lindner, Josef Franz* Zur Änderungs- und Freigabekompetenz des Bundesgesetzgebers nach Art. 125a Abs. 2 GG, NJW 2005, S. 399  
(zitiert: *Lindner*, NJW 2005, 399 (Seite))
- Löwe-Rosenberg, Ewald* (Hrsg.) Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Band: §§ 72 – 136a, 25. Aufl., Berlin 2004  
(zitiert: *Bearb.*, in: *Löwe-Rosenberg* (Hrsg.), § Rdnr.)

- Loschelders, Dirk/Roth, Wolfgang* Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung - Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996  
(zitiert: *Loschelders/Roth*, Seite)
- Lücke, Jörg* Begründungszwang und Verfassung – zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente, Tübingen 1987  
(zitiert: *Lücke*, Seite)
- Maelicke, Bernd* Der Strafvollzug und die Neue Wirklichkeit, ZfStrVo 1999, S. 73  
(zitiert: *Maelicke*, ZfStrVo 1999, 73 (Seite))
- Mager, Ute* Einrichtungsgarantien - Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Tübingen 2003  
(zitiert: *Mager*, Seite)
- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, Band 2: Artikel 20 bis 78, 4. Aufl., München 2000  
(zitiert: Bearb., in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Stand: Januar 2009, München 2009  
(zitiert: Bearb., in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Mayen, Thomas* Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S. 110  
(zitiert: *Mayen*, DÖV 2001, 110 (Seite))
- Meyer-Goßner, Lutz* Strafprozessordnung, 52. Aufl., München 2009  
(zitiert: *Meyer-Goßner*, § Rn.)

- Möstl, Markus* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, München 2001  
(zitiert: *Möstl*, Seite)
- Model, Otto/Müller, Klaus* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., Köln u.a. 1996  
(zitiert: *Model/Müller*, Art. Rdnr.)
- Müller-Dietz, Heinz* Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB, NStZ 1983, S. 145  
(zitiert: *Müller-Dietz*, NStZ 1983, 145 (Seite))
- ders.* Verfassungs- und strafvollzugsrechtliche Aspekte einer Privatisierung im Strafvollzug, NK 2006, S. 11  
(zitiert: *Müller-Dietz*, NK 2006, 11 (Seite))
- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 20 bis Art. 69), 5. Aufl., München 2001  
(zitiert: Bearb., in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Nierhaus, Michael/Rademacher, Sonja* Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?, LKV 2006, S. 385  
(zitiert: *Nierhaus/Rademacher*, LKV 2006, 385 (Seite))
- Notthoff, Martin* Die Haftung von Trägern öffentlicher Gewalt für durch Handlungen Privater verursachte Schädigungen, NVwZ 1994, S. 771  
(zitiert: *Notthoff*, NVwZ 1994, 771 (Seite))
- Ochmann, Daniela* Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten – dargestellt am Holdingmodell zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, Baden-Baden 2005  
(zitiert: *Ochmann*, Seite)



- Ossenbühl, Fritz* Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 137  
(zitiert: *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (Seite))
- ders.* Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, DVBI 1974, S. 541  
(zitiert: *Ossenbühl*, DVBI 1974, 541 (Seite))
- Ostendorf, Heribert* Gerichtshilfe – ein Eckpfeiler der Sozialen Strafrechtspflege/Wider Privatisierungstendenzen in der Strafjustiz, BewHi 2006, S. 26  
(zitiert: *Ostendorf*, BewHi 2006, 26 (Seite))
- ders.* Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2009  
(zitiert: *Ostendorf*, § Rdnr.)
- Osterloh, Lerke* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204  
(zitiert: *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (Seite))
- Otto, W.* Der Beamte als Träger der Staatshoheit, ZBR 1956, S. 233  
(zitiert: *Otto*, ZBR 1956, 233 (Seite))
- Peilert, Andreas* Police Private Partnership – Rechtliche Vorgaben und tatsächliche Möglichkeiten für das Zusammenwirken von Sicherheitsbehörden und Sicherheitsgewerbe, DÖV 1999, S. 282  
(zitiert: *Peilert*, DÖV 1999, 282 (Seite))
- Peine, Franz-Joseph* Der Funktionsvorbehalt des Berufsbeamtentums, Die Verwaltung 1984, S. 416  
(zitiert: *Peine*, Die Verwaltung 1984, 416 (Seite))
- ders.* Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S. 353  
(zitiert: *Peine*, DÖV 1997, 353 (Seite))

- Pfeiffer, Gerd* (Hrsg.) Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., München 2003  
(zitiert: Bearb., in: Pfeiffer (Hrsg.), § Rdnr.)
- Pfohl, Gerhard* Beamtenverfassungsrechtliche und vertragliche Probleme bei der Dienstleistungsüberlassung, ZBR 2006, S. 300  
(zitiert: *Pfohl*, ZBR 2006, 300 (Seite))
- Pilz, Stefan* Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens – Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens, DÖV 2009, S. 102  
(zitiert: *Pilz*, DÖV 2009, 102 (Seite))
- Pitschas, Rainer* Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste? - Zur gesetzlichen Neuregelung der Beziehungen zwischen Polizei und Sicherheitsgewerbe, DÖV 1997, S. 393  
(zitiert: *Pitschas*, DÖV 1997, 393 (Seite))
- Pollähne, Helmut* Maßregelvollzugsrecht auf Abwegen – Anmerkungen zu abweichendem Verhalten von Landesgesetzgebern, R & P 2001, S. 195.  
(zitiert: *Pollähne*, R & P 2001, 195 (Seite))
- ders.* Die einstweilige Unterbringung des §126a StPO im Recht – Teil 1: Grundlagen, Verfahren, Anordnung –, R & P 2002, S. 229  
(zitiert: *Pollähne*, R & P 2002, 229 (Seite))
- ders.* Die einstweilige Unterbringung des §126a StPO im Recht – Teil 2: Vollstreckung und Vollzug –, R & P 2003, S. 57  
(zitiert: *Pollähne*, R & P 2003, 57 (Seite))
- ders.* Grund- und menschenrechtliche Probleme der Privatisierung hoheitsrechtlicher Befugnisse im Maßregelvollzug, Verdikt 1/05, S. 6  
(zitiert: *Pollähne*, Verdikt 1/05, 6 (Seite))

- Poschmann, Thomas* Inanspruchnahme konkurrierender Kompetenzen des Bundes und Neuordnung der bundesstaatlichen Ordnung, NVwZ 1994, S. 1318  
(zitiert: *Poschmann*, NVwZ 1994, 1318 (Seite))
- Radtke, Henning* Privatisierung von Geschwindigkeitsüberwachung – Einbruch in das staatliche Gewaltmonopol?, NZV 1995, S. 428  
(zitiert: *Radtke*, NZV 1995, 428 (Seite))
- Remmert, Barbara* Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, Tübingen 2003  
(zitiert: *Remmert*, Seite)
- Reuß, Wilhelm* Öffentliche Verwaltung durch Private, DVBl 1976, S. 927  
(zitiert: *Reuß*, DVBl 1976, 927 (Seite))
- Roth, Claudius* Privatisierungsmöglichkeiten im geschlossenen Strafvollzug – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung ausgesuchter Vollzugstätigkeiten, Frankfurt am Main 2006  
(zitiert: *Roth*, Seite)
- Rozek, Jochen* Ladenschluss in der Verfassung, AuR 2005, S. 169  
(zitiert: *Rozek*, AuR 2005, 169 (Seite))
- Rudolf, Walter* Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1979), S. 175  
(zitiert: *Rudolf*, VVDStRL 37 (1979), 175 (Seite))
- Rudolphi, Hans-Joachim* u.a. (Hrsg.) Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band 1, Loseblatt, Stand: 2004, München 2004  
(zitiert: Bearb., in: SK-StPO, § Rdnr.)
- Ruhland, Bettina* Die Dienstleistungskonzession. Begriff, Standort und Rechtsrahmen der Vergabe, Baden-Baden 2006  
(zitiert: *Ruhland*, Seite)

- dies.* Dienstleistungskonzessionsvergabe – Verfahren und Rechts-schutz, ThürVBI 2008, S. 198  
(zitiert: *Ruhland*, ThürVBI 2008, 198 (Seite))
- Ruland, Franz* Verfassungsrecht und Beamtenrecht, ZRP 1983, S. 278  
(zitiert: *Ruland*, ZRP 1983, 278 (Seite))
- Sachs, Michael* (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München 2009  
(zitiert: Bearb., in: Sachs (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Sacksofsky, Ute* Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer, NVwZ 1993, S. 235  
(zitiert: *Sacksofsky*, NVwZ 1993, 235 (Seite))
- Saipa, Axel/Wahlers, Heinrich/  
Germer, Klaus* Gewaltmonopol, Gefahrenabwehrauftrag und private Sicherheitsdienste: Ergänzung oder Beeinträchtigung staatlicher Kernaufgaben?, NdsVBI 2000, S. 285  
(zitiert: *Saipa/Wahlers/Germer*, NdsVBI 2000, 285 (Seite))
- Schäfer, Leopold/Wagner, Otto/  
Schafheutle, Josef* Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung mit dem dazugehörigen Ausführungsgesetz, Berlin 1934  
(zitiert: *Schäfer/Wagner/Schafheutle*, Seite)
- Scherer, Joachim* Vom staatlichen zum staatlich regulierten Maßregelvollzug, in: *Gornig, Gilbert H./Kramer, Urs/Volkman, Uwe* (Hrsg.), Staat – Wirtschaft – Gemeinde – Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag, Berlin 2007  
(zitiert: *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, Seite)
- Schirra, Reinhard* Privatisierung der Bewährungshilfe in Österreich – ein Modell für Deutschland?, BewHi 2006, S. 171  
(zitiert: *Schirra*, BewHi 2006, 171 (Seite))

- Schleberger, Erwin* Die Zauberformel der Privatisierung, Der Bayerische Bürgermeister April 1976, S. 27  
(zitiert: *Schleberger*, Der Bayerische Bürgermeister 1976, 27 (Seite))
- ders.* Die Zauberformel der Privatisierung, der städtetag 1976, S. 121  
(zitiert: *Schleberger*, der städtetag 1976, 121 (Seite))
- Schliesky, Utz* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, Kiel 2002  
(zitiert: *Schliesky*, Seite)
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 330  
(zitiert: *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 330 (Seite))
- ders.* Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/ders./Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, Baden-Baden 1993  
(zitiert: *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/ders./Schuppert (Hrsg.), Seite)
- ders.* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin 2006  
(zitiert: *Schmidt-Aßmann*, Seite)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel* (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., Köln u.a. 2008  
(zitiert: Bearb., in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Schoch, Friedrich* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl 1994, S. 962  
(zitiert: *Schoch*, DVBl 1994, 962 (Seite))

- ders.* Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechts-gesellschaft?, NVwZ 2008, S. 241 (zitiert: *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (Seite))
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hrsg.) Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2006 (zitiert: Bearb., in: *Schönke/Schröder* (Hrsg.), § Rn.)
- Scholz, Rupert* Verkehrsüberwachung durch Private, NJW 1997, S. 14 (zitiert: *Scholz*, NJW 1997, 14 (Seite))
- ders.* Grundrechtsschutz gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, in: *Pfister, Bernhard*, Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag, Tübingen 1991 (zitiert: *Scholz*, in: *Pfister* (Hrsg.), FS Lorenz, Seite)
- Schott, Martin* Integrieren oder ausstoßen? - Wie wirklich Sicherheit entsteht. Ein an Therapie und Vernunft orientiertes Sicherheitskonzept für den Maßregelvollzug, Einhefter in R & P 4/2002, S. 1 (zitiert: *Schott*, in: R & P 2002, Einhefter, 1 (Seite))
- Schulte, Martin* Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, DVBl 1995, S. 130 (zitiert: *Schulte*, DVBl 1995, 130 (Seite))
- Schuppert, Gunnar Folke* Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, VerwArch 1980, S. 309 (zitiert: *Schuppert*, VerwArch 1980, 309 (Seite))
- ders.* Rückzug des Staates – Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung, DÖV 1995, S. 761 (zitiert: *Schuppert*, DÖV 1995, 761 (Seite))

- Sellmann, Christian* Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung, NVwZ 2008, S. 817  
(zitiert: *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (Seite))
- Smartt, Ursula* Privatisierung des Justizvollzuges nun auch in Deutschland? Erfahrungen aus dem britischen und amerikanischen Bereich, ZfStrVo 2001, S. 67  
(zitiert: *Smartt*, ZfStrVo 2001, 67 (Seite))
- Sodann, Helge* (Hrsg.) Grundgesetz – Beck'scher Kompakt-Kommentar, 1. Aufl., München 2009  
(zitiert: *Bearb.*, in: *Sodann* (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Sommermann, Karl-Peter* Die Stärkung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch die Grundgesetzreform von 1994, Jura 1995, S. 393  
(zitiert: *Sommermann*, Jura 1995, 393 (Seite))
- Steegmann, Christoph* Verkehrsüberwachung durch Private, NJW 1997, S. 2157  
(zitiert: *Steegmann*, NJW 1997, 2157 (Seite))
- Steindorfer, Michael* Strukturen und Finanzierung der Bewährungs- und Straffälligenhilfe, BewHi 2006, S. 3  
(zitiert: *Steindorfer*, BewHi 2006, 3 (Seite))
- Steiner, Udo* Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975  
(zitiert: *Steiner*, Seite)
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz J./Sachs, Michael* Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., München 2008  
(zitiert: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § Rdnr.)
- Stern, Klaus* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Struktur-prinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984  
(zitiert: *Stern*, §, Abschnitt)

- Stober, Rolf* Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997, S. 889  
(zitiert: *Stober*, NJW 1997, 889 (Seite))
- ders.* Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW 2008, S. 2301  
(zitiert: *Stober*, NJW 2008, 2301 (Seite))
- Storr, Stefan* Das Grundgesetz als „mittelbare Landesverfassung“ – Zum Prüfungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte, ThürVBI 1997, S. 121  
(zitiert: *Storr*, ThürVBI 1997, 121 (Seite))
- Tettinger, Peter J.* Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764  
(zitiert: *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (Seite))
- Thieme, Werner* Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Göttingen 1961  
(zitiert: *Thieme*, Der öffentliche Dienst, Seite)
- ders.* Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst, Saarbrücken 1962  
(zitiert: *Thieme*, Aufgabenbereich, Seite)
- Tiemann, Burkhard* Privatisierung öffentlicher Verwaltungstätigkeit, BayVBI 1976, S. 261  
(zitiert: *Tiemann*, BayVBI 1976, 261 (Seite))
- ders.* Verfassungsrechtliche und finanzwirtschaftliche Aspekte der Entstaatlichung öffentlicher Leistungen, Der Staat 1977, S. 171  
(zitiert: *Tiemann*, Der Staat 1977, 171 (Seite))
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., München 2006  
(zitiert: *Tröndle/Fischer*, § Rdnr.)



- Uhle, Arnd* Verfassungsnorm im Aufwind: Art. 125a GG – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Juni 2004 (1 BvR 636/02, BVerfGE 111, 10), DÖV 2006, S. 370 (zitiert: *Uhle*, DÖV 2006, 370 (Seite))
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas* (Hrsg.) Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 1, Heidelberg 2001 (zitiert: Bearb., in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. Rdnr.)
- Vogel, Klaus* Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand. Die Indienststellung der Wirtschaftstätigkeit privater Unternehmungen für Zwecke der öffentlichen Verwaltung, Hamburg 1955 (zitiert: *Vogel*, Seite)
- Volckart, Bernd/Grünebaum, Rolf* Maßregelvollzug - Das Recht der Unterbringung nach §§ 63,64 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt , 7. Aufl., Köln 2009 (zitiert: *Volckart/Grünebaum*, Seite)
- Voßkuhle, Andreas* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (zitiert: *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (Seite))
- Waechter, Kay* Die Organisation der Verkehrsüberwachung – Auch zur Auslegung des Art. 33 IV GG, NZV 1997, S. 329 (zitiert: *Waechter*, NZV 1997, 329 (Seite))
- Wagner, Christean* Privatisierung im Justizvollzug – Ein Konzept für die Zukunft, ZRP 2000, S. 169 (zitiert: *Wagner*, ZRP 2000, 269 (Seite))
- Waldhoff, Christian* Studiengebühren im Bundesstaat, JuS 2005, S. 391 (zitiert: *Waldhoff*, JuS 2005, 391 (Seite))

- Walter, Michael* Über Privatisierungen der Verbrechenskontrolle aus kriminologischer Sicht, ZfStrVo 1998, S. 3  
(zitiert: *Walter*, ZfStrVo 1998, 3 (Seite))
- Weigend, Thomas* Privatgefängnisse, Hausarrest und andere Neuheiten – Antworten auf die Krise des amerikanischen Strafvollzugs, BewHi 1989, S. 289  
(zitiert: *Weigend*, BewHi 1989, 289 (Seite))
- Weiner, Bernhard* Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben: Eine Untersuchung mit verfassungsrechtlichem Schwerpunkt, Frankfurt/Main/Berlin 2001  
(zitiert: *Weiner*, Seite)
- Weiß, Wolfgang* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl 2002, S. 1167  
(zitiert: *Weiß*, DVBl 2002, 1167 (Seite))
- ders.* Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002  
(zitiert: *Weiß*, Seite)
- Westphal, Volker-Gerd* Verwaltungsmodernisierung und Haushalts-sicherung in Brandenburg, Anmerkungen zum Haushaltssicherungs-gesetz 2003, Schriftenreihe zur Modernisierung der Landes-verwaltung in Brandenburg, Potsdam 2003  
(zitiert: *Westphal*, Seite)
- Willenbruch, Klaus/Bischoff, Kristina* Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Privatisierung des Maßregelvollzugs, NJW 2006, S. 1776  
(zitiert: *Willenbruch/Bischoff*, NJW 2006, 1776 (Seite))

- Wittreck, Fabian* Nachrangklauseln und normierte Selbstbe-  
scheidung der Landesverfassung: Konsequenz  
oder Umgehung des Art. 31 GG?, DVBl. 2000, S.  
1492  
(zitiert: *Wittreck*, DVBl 2000, 1492 (Seite))
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/  
Stober, Rolf* Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl., München  
2001  
(zitiert: *Wolff/Bachof/Stober*, § Rdnr.)
- Württemberg, Thomas Daniel* Art. 72 II GG: Eine berechenbare Kompetenz-  
ausübungsregel?, Baden-Baden 2005  
(zitiert: *Württemberg*, Seite)
- Zeidler, Karl* Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundes-  
verfassungsgerichts, AöR 86 (1961), S. 361  
(zitiert: *Zeidler*, AöR 86 (1961), 361 (Seite))



## 1. Teil Einleitung und Zielsetzung der Arbeit

### A. Allgemeine Ausgangsüberlegungen und Gegenstand der Untersuchung

Privatisierung ist in den letzten Jahren und Jahrzehnten ein Kernthema nicht nur der rechtswissenschaftlichen Debatte gewesen. Die Diskussion hat in den 1950er Jahren mit dem Verkauf von im Staatsbesitz stehenden Aktien begonnen<sup>1</sup>. In jüngerer Zeit hat sie auch weitere Bereiche staatlicher Tätigkeit ergriffen. Als Beispiele seien hier der Straßen- und Tunnelbau, die Errichtung von Verwaltungsgebäuden mit Hilfe privater Investoren, der Entsorgungssektor sowie die Wasser- und Elektrizitätswirtschaft genannt. Nach wie vor sind Rechtsfragen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung und der öffentlichen Diskussion<sup>2</sup>.

Vor dem Hintergrund hauptsächlich fiskalischer Erwägungen (Konsolidierung der Haushalte, Minimierung von Haushaltsrisiken, Senkung von Personal- und Sachkosten) und den Möglichkeiten einer Flucht aus dem Beamten- und dem Haushaltsrecht geraten dabei im Rahmen der notwendigen Staatsaufgabenkritik<sup>3</sup>, mit der „eine unumgängliche Verwaltungsmodernisierung sowie eine grundsätzliche Reduzierung der Staatstätigkeit“<sup>4</sup> angestrebt werden, zunehmend auch solche Bereiche in den Blickpunkt von Privatisierungsüberlegungen, die bisher selbstverständlich dem Bereich staatlicher Tätigkeit zugerechnet werden. So waren insbesondere staatlich zu erledigende Aufgaben, die hoheitlich wahrgenommen werden und die in die Belange der Bürger eingreifen, traditionell als Staatsaufgabe anerkannt. Hierzu zählen beispielsweise die Polizei, die Justiz, die Bundeswehr, die Steuerverwaltung und der Strafvollzug. Eine Übertragung auf Private wurde dementsprechend weitgehend abgelehnt. Hierbei handele es sich um notwendige oder natürliche Aufgaben des Staates. Diese dürfe der Staat nicht aus der Hand geben. Weiter wird argumentiert, einer Privatisierung stünden rechtsstaatliche

---

1 Unter den Stichworten „Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand“, „Volksaktien“ oder „Volkskapitalismus“ wurden große Teile der im Staatsbesitz befindlichen Aktien der Preußischen Bergwerks- und Hütten AG (Preussag, 1959), des Volkswagenwerkes (1961) oder der Vereinigten Elektrizitäts- und Bergwerk AG (VEBA, 1965) über die Börse an viele Kleinanleger abgegeben, vgl. *Kulas*, S. 14.

2 So hat sich jüngst die Abteilung Öffentliches Recht des 67. Deutschen Juristentages 2008 in Erfurt mit dem Thema „Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf“ beschäftigt. Die Beschlüsse hierzu sind abrufbar unter [http://www.djt.de/files/djt/67/djt\\_67\\_beschluesse.pdf](http://www.djt.de/files/djt/67/djt_67_beschluesse.pdf). Auch politisch ist dieses Thema nach wie vor aktuell, vgl. den in diesem Jahr vorgelegten Gesetzentwurf der Fraktion der Linken zur Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips, BT-Drs. 16/12375 vom 20.03.2009; vgl. auch den Artikel „Der private Staat“ in: *Der Spiegel* 34/2006 vom 21.08.2004, S. 40.

3 Vgl. *Gusy*, DÖV 1996, 573 (574).

4 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (61).

Grundsätze entgegen oder diese Aufgaben seien als Fälle der Eingriffsverwaltung per definitionem von einer Privatisierung ausgeschlossen.

Nun sind aber private Anbieter auf dem Gebiet der kriminalrechtlichen Reaktionen auf straffälliges Verhalten keine Neuigkeit. Es gibt sie seit Längerem. So bieten private Anbieter in gemeinnützigen Einrichtungen stationäre wie ambulante Maßnahmen an. Zu nennen sind hier stationäre Einrichtungen der Drogentherapie nach § 35 BtMG, im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes die privat betriebenen Heime anstelle der Untersuchungshaft nach § 72 Abs. 1 JGG, ambulante Maßnahmen wie soziale Trainingskurse (§ 10 Abs. 1 Nr. 6 JGG) oder heilpädagogische Behandlungen nach § 10 Abs. 2 JGG. Auch das Strafgesetzbuch kennt öffentlich-private Zusammenarbeit: So ermöglicht es, den Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a StGB in privaten Einrichtungen durchzuführen. Auch bei strafvollzuglichen Aufgaben bestehen Möglichkeiten der Kooperation. So kann die Tätigkeit des Bewährungshelfers nach § 56d Abs. 5 StGB auch ehrenamtlich ausgeübt werden. § 154 Abs. 2 StVollzG schließlich fordert alle im Vollzug Tätigen auf, mit den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege sowie anderen Personen und Vereinen, deren Einfluss die Eingliederung der Gefangenen fördern kann, zusammen zu arbeiten. Auch teilprivatisierte Justizvollzugsanstalten sind mittlerweile Wirklichkeit.

Vor diesem Hintergrund nimmt es kaum Wunder, dass auch der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und die Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO in den Fokus von Privatisierungsüberlegungen geraten sind.

Neben anderen Bundesländern<sup>5</sup> hat auch das Land Brandenburg die gesetzlichen Voraussetzungen für die Übertragung der vorgenannten Aufgaben auf private Träger geschaffen. Der Umsetzung der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO im Land Brandenburg diente das Zweite Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes vom 29.06.2004<sup>6</sup>. Es schuf mit der in Art. 1 des Gesetzes vorgenommenen Änderung des § 36 Abs. 3 BbgPsychKG die rechtliche Grundlage für die Privatisierungsmaßnahme<sup>7</sup>. § 36 Abs. 3 BbgPsychKG in der Fassung vom 29.06.2004 lautet:

„Die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 des Strafgesetzbuches sowie § 7 des Jugendgerichtsgesetzes werden in psychiatrischen Krankenhäusern und Entziehungsanstalten des Landes vollzogen

5 Vgl. hierzu Abschnitt D. im 2. Teil der Arbeit.

6 GVBl. I, S. 342.

7 Art. 2 des Gesetzes trifft eine Regelung über das In-Kraft-Treten.

soweit sie in den Vollstreckungsplan gemäß Absatz 2 aufgenommen sind.  
<sup>2</sup>Einrichtungen anderer öffentlicher und privater Träger kann die Durchführung dieser Aufgabe mit deren Zustimmung widerruflich übertragen werden, wenn sie sich dafür eignen; insoweit werden sie von dem für das Gesundheitswesen zuständigen Ministerium mit hoheitlicher Gewalt beliehen und unterstehen der Fachaufsicht der zuständigen Behörden. <sup>3</sup>Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für den Vollzug der Unterbringung des Beschuldigten zur Beobachtung und der einstweiligen Unterbringung nach §§ 81, 126a Strafprozessordnung.“

Auf dieser – knappen – gesetzlichen Grundlage hat das Land Brandenburg in der Folge die drei Landeskliniken in Brandenburg an der Havel, Eberswalde (samt Außenstelle in Neuruppin) und Teupitz an private Träger übergeben<sup>8</sup>. Dieser wurde durch einen Verwaltungsakt mit staatlicher Gewaltbefugnis beliehen. Um die erforderliche enge Anbindung des privaten Betreibers an die öffentlich-rechtlichen Notwendigkeiten des Maßregelvollzugs sicher zu stellen, wurde u.a. eine besondere „Verzahnungsstelle zwischen der Landesverwaltung und dem privaten Träger“<sup>9</sup> geschaffen. Der Chefarzt und sein Stellvertreter (also die ärztliche Leitung der forensischen Klinik) werden vom Land besetzt. Sie bleiben Angestellte des öffentlichen Dienstes. Die ärztliche Leitung wird dem privaten Träger im Rahmen einer Personalüberleitungsvereinbarung<sup>10</sup> (auch Dienstüberlassungsvertrag genannt) überstellt. Die übrigen Bediensteten des privaten Trägers sind den Weisungen der ärztlichen Leitung unterworfen. Aufgrund dieser vertragsrechtlichen Konstellation wird das in Brandenburg verwirklichte Modell auch als Dienstüberlassungsmodell bezeichnet.

Nach der Föderalismusreform des Jahres 2006 sah der Brandenburgische Gesetzgeber Handlungsbedarf. Weite Teile des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes waren nunmehr seit zehn Jahren in Kraft. Nach Auffassung der Landesregierung war eine Überarbeitung und Aktualisierung erforderlich. Dabei wurde auch § 36 BbgPsychKG geändert. § 36 Abs. 3 BbgPsychKG in der Fassung vom 05.05.2009 (GVBl.I/09, [Nr. 06], S.134) hat nunmehr folgenden Wortlaut:

(3) Die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach den §§ 63 und 64 des Strafgesetzbuches sowie des § 7 des Jugendgerichtsgesetzes werden in psychiatrischen Krankenhäusern und Entziehungsanstalten vollzogen, soweit sie in

8 Vgl. Pressemitteilung der Staatskanzlei des Landes Brandenburg vom 31.01.2006. Zu den Einzelheiten vgl. Abschnitt B. im 2. Teil der Arbeit.

9 Vgl. *Grünebaum*, R & P 2006, 55 (58).

10 Vgl. Broschüre „Transaktionen im Krankenhausesektor“, S. 5, der Kanzlei Baker & McKenzie, die das Land bei der Privatisierung der Landeskliniken beraten hat, abrufbar unter <http://www.derneuekaemmerer.de/veranstaltungen/pdf/hcc2007/Transaktionen-im-KKH-Sektor.pdf>.

den Vollstreckungsplan nach Absatz 2 aufgenommen sind. Einrichtungen anderer öffentlicher und privater Träger kann die Durchführung dieser Aufgabe mit deren Zustimmung widerruflich übertragen werden, wenn sie sich dafür eignen. Insoweit werden sie von dem für Gesundheit zuständigen Mitglied der Landesregierung mit hoheitlicher Gewalt beliehen und unterstehen der Fachaufsicht der nach § 43 zuständigen Behörde. § 10 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 bis 7 gilt entsprechend. Die Sätze 1 bis 4 gelten entsprechend für die Unterbringung des Beschuldigten zur Beobachtung nach § 81, für die einstweilige Unterbringung nach § 126a und die Sicherungshaft nach den §§ 453c, 463 Abs. 1 der Strafprozessordnung, soweit diese wegen des drohenden Widerrufs der Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel angeordnet worden ist.

Daneben wurde § 36 Abs. 5 BbgPsychKG neugefasst:

„(5) Die Verantwortung für die in Absatz 3 genannten Einrichtungen trägt die ärztliche Leitung. Sie ist verpflichtet, die fachliche Umsetzung des Maßregelvollzugs in der von ihr geleiteten Klinik nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen durchzuführen und für deren Einhaltung Sorge zu tragen. Die ärztliche Leitung und ihre Vertretung darf nur durch Beamte oder Verwaltungsangehörige im Sinne des Artikels 96 Abs. 3 der Verfassung des Landes Brandenburg wahrgenommen werden.“

Neben § 36 Abs. 3 und 5 BbgPsychKG wurde auch der von dieser Vorschrift in Bezug genommene § 10 BbgPsychKG neugefasst. § 10 Abs. 2 BbgPsychKG hat folgenden Wortlaut:

„(2) Das für Gesundheit zuständige Mitglied der Landesregierung bestimmt im Einvernehmen mit dem für Inneres zuständigen Mitglied der Landesregierung durch Rechtsverordnung die an der Unterbringung beteiligten Krankenhäuser und deren örtliche Zuständigkeit und beleiht sie insoweit mit hoheitlicher Gewalt. Die Beschäftigten der nicht öffentlichen Krankenhausträger, die am Vollzug der Unterbringung beteiligt sind, unterliegen der unmittelbaren staatlichen Aufsicht und sind durch die Aufsichtsbehörde widerruflich für die Vollzugsaufgaben mit der Befugnis zur Ausübung unmittelbaren Zwangs auf Anordnung der ärztlichen Leitung zu bestellen. Ihre Beschäftigung bedarf der Zustimmung der Aufsichtsbehörde im Hinblick auf ihre fachliche und persönliche Eignung.“

Der Wortlaut von § 10 Abs. 4 BbgPsychKG, auf den § 36 Abs. 3 S. 4 BbgPsychKG ebenfalls verweist, lautet:



„(4) Die Fachaufsicht über die nach Absatz 2 bestimmten Krankenhäuser wird vom Landesamt für Soziales und Versorgung ausgeübt. Sein fachliches Weisungsrecht erstreckt sich auch auf alle nach Absatz 2 Satz 2 bestellten Beschäftigten der für die Unterbringung zuständigen Krankenhäuser. Die oberste Fachaufsicht wird von dem für das Gesundheitswesen zuständigen Ministerium ausgeübt. Es kann die Befugnisse der Aufsichtsbehörde selbst ausüben, soweit dies für eine wirksame Wahrnehmung der Aufsichtsaufgaben zweckmäßig erscheint. Im Rahmen der Fachaufsicht ist den Aufsichtsbehörden insbesondere Auskunft zu erteilen, Einsicht in Akten oder sonstige Schriftstücke zu gewähren, ihren Weisungen Folge zu leisten und jederzeit Zugang zu den Räumlichkeiten des Krankenhauses zu gewähren. Die Aufsichtsbehörden können auf Kosten des Krankenhausträgers selbst tätig werden oder Dritte tätig werden lassen, wenn der Träger eine Weisung innerhalb einer bestimmten Frist nicht befolgt. Sie können das Selbsteintrittsrecht nach Satz 6 auch durch Weisungen gegenüber den Beschäftigten des Trägers ausüben.“

Bei dem auf der Vorgängerregelung beruhenden Dienstüberlassungsmodell handelt es sich – soweit ersichtlich – um ein Novum im Rahmen der Privatisierungskonstruktionen. Daher kann es auch als „Brandenburger Modell“<sup>11</sup> bezeichnet werden. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion hat dieses auf einer knappen gesetzlichen Grundlage beruhende Privatisierungsmodell allerdings wenig Echo gefunden<sup>12</sup>. Dieser Befund ist umso erstaunlicher, als dass die Privatisierung der Aufgaben nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG sowie der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO im Allgemeinen sowie das im Land Brandenburg verwirklichte Dienstüberlassungsmodell im Besonderen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

Gegenstand der Untersuchung sind somit §§ 36 Abs. 3 S. 2 und 5, 10 Abs. 2 und Abs. 4 S. 2 bis 7 BbgPsychKG in der aktuellen Fassung und das auf der Vorgängerregelung beruhende Dienstüberlassungsmodell.

Die gegen § 36 Abs. 3 BbgPsychKG und das Dienstüberlassungsmodell bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken beziehen sich zum einen auf die formelle Verfassungsmäßigkeit. Es wird zu untersuchen sein, ob das Land Brandenburg im Hinblick auf die einzelnen Regelungsgegenstände des § 36 Abs. 3 BbgPsychKG seine Gesetzgebungskompetenz überschritten hat. Zum anderen ist die materielle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen: Der Maßregelvollzug weist bei allen

---

11 So auch *Grünebaum*, R & P 2006, 55 (58).

12 Soweit ersichtlich ist der einzige Beitrag, der sich hiermit auseinandersetzt, der Beitrag von *Grünebaum*, R & P 2006, 55ff. Entsprechendes gilt für die Privatisierung des Maßregelvollzugs im Allgemeinen – hierzu sogleich unter C.

möglichen dogmatischen und praktischen Differenzen zum Strafvollzug doch gewisse Ähnlichkeiten zum Strafvollzug auf. Der Übertragung dieser Aufgaben auf Private setzen aber verfassungsrechtliche Grundsätze Grenzen. Hierzu zählt in erster Linie der beamtenrechtliche Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG bzw. Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg. Danach ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Es wird zu prüfen sein, ob und inwiefern das Brandenburger Modell mit diesen Erfordernissen vereinbar ist. Hier liegt aus verfassungsrechtlicher Sicht – neben der Frage der Gesetzgebungskompetenzen – das Hauptproblem. Den Möglichkeiten der Übertragung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG sowie der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO können aber auch das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 und 2 LVBbg, das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg sowie das Rechtsstaatsprinzip Grenzen setzen<sup>13</sup>. Zu prüfen wird daneben sein, ob auch einfachgesetzliche Vorgaben dem Brandenburger Modell entgegenstehen.

Begrifflich sei an dieser Stelle noch Folgendes angemerkt: Soweit in der Arbeit von „Privatisierung des Maßregelvollzugs“ gesprochen wird, ist damit die Durchführung des Maßregelvollzugs, also der Betrieb der Anstalten, gemeint. Der Begriff „Privatisierung im Maßregelvollzug“ stellt hingegen auf einzelne Bereiche, z.B. Bauleistungen, die Wirtschaftsverwaltung sowie die medizinische Versorgung, ab.

## **B. Stand der Diskussion zur Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO**

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Frage der Privatisierung der Aufgaben nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG sowie der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO eine erhebliche praktische Relevanz besitzt. Daneben besitzt sie aufgrund der Vielzahl der zu klärenden rechtlichen Fragestellungen eine hohe wissenschaftliche Bedeutung.

Die rechtswissenschaftliche Durchdringung der Thematik wird der praktischen und wissenschaftlichen Relevanz allerdings nicht gerecht.

Zwar ist die Privatisierung an sich Gegenstand vielfältiger (rechts-)wissenschaftlicher Diskussionen. Die diesbezügliche Anzahl der Publikationen ist mittlerweile nahezu unüberschaubar. Der Bereich der Privatisierung der Aufgaben nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG sowie der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO fristet – trotz der geschilderten Bedenken – allerdings ein Schattendasein.

---

<sup>13</sup> Vgl. hierzu den 5. Teil der Arbeit.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur sind bisher – soweit ersichtlich – lediglich vier Aufsätze zu diesem Thema veröffentlicht worden.

Zwei der Aufsätze setzen – insofern Voraussetzung für die den Beiträgen zugrunde liegende argumentative Grundlage – den Maßregelvollzug mit dem Strafvollzug gleich und halten eine Privatisierung des Maßregelvollzugs für verfassungswidrig. So vertreten *Willenbruch/Bischoff* die Auffassung, die Privatisierung des Maßregelvollzugs verstoße gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG und das Demokratieprinzip<sup>14</sup>. Allerdings behandelt der Aufsatz lediglich die materielle Verfassungsmäßigkeit. Auf Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit geht er nicht ein. Auch die Frage, ob die Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO durch einen privaten Träger durchgeführt werden dürfen, wird nicht untersucht.

Neben diesem Aufsatz setzt sich *Grünebaum* mit der Thematik „Privatisierung des Maßregelvollzugs“ auseinander. Er kommt aufgrund des Funktionsvorbehaltes für den öffentlichen Dienst zum gleichen Ergebnis<sup>15</sup>. Über den erstgenannten Aufsatz hinausgehend stellt *Grünebaum* aber kurz die bereits verwirklichten Modelle dar und unterzieht sie – insbesondere das Brandenburger Modell – einer kritischen Würdigung. Er schließt mit dem Ergebnis, dass bereits die Betreuung von Angestellten des öffentlichen Dienstes mit den Aufgaben des Maßregelvollzugs (anstelle von Beamten) verfassungswidrig sei<sup>16</sup>. Entsprechendes gelte dann argumentum a fortiori für eine Beleihung von Privatunternehmen mit dieser Aufgabe<sup>17</sup>. Möglich seien allenfalls die Herauslösung und Privatisierung der nicht mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten Bereiche (z.B. der Wirtschaftsverwaltung) sowie der Betrieb in der Form der Anstalt<sup>18</sup>. Auch dieser Aufsatz geht auf die Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit und der Privatisierung der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO nicht ein.

Einen gänzlich anderen Weg geht ein Aufsatz von *Kammeier* mit dem Titel „Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB durch Private“<sup>19</sup>. Im Gegensatz zu den beiden vorgenannten Publikationen meint *Kammeier*, der Maßregelvollzug weiche deutlich von der unter Staatsvorbehalt stehenden (Straf-) Vollstreckung ab<sup>20</sup>. Daher hindere auch Art. 33 Abs. 4 GG die einzelnen Bundesländer nicht daran, die Aufgaben des Maßregelvollzugs im Wege einer funktionalen Privatisierung auf

---

14 *Willenbruch/Bischoff*, NJW 2006, 1776 (1778).

15 *Grünebaum*, R & P 2006, 55 (58).

16 *Grünebaum*, R & P 2005, 55 (58).

17 *Grünebaum*, R & P 2005, 55 (58).

18 *Grünebaum*, R & P 2005, 55 (58).

19 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61ff.

20 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (89).

Private zu übertragen<sup>21</sup>. Auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung könne ebenso ein Privater mit diesen Aufgaben beliehen werden<sup>22</sup>. Allerdings habe der Staat umfassende Kontroll- und Gewährleistungspflichten wahrzunehmen. Dementsprechend sei auch der Vertrag mit dem Privaten zu gestalten<sup>23</sup>. Nach Ansicht *Kammeiers* könne die Durchführung des Maßregelvollzugs durch Private schließlich auch einen „Beitrag zur gesellschaftlichen Übernahme von Verantwortung für soziale Probleme“ darstellen<sup>24</sup>. Auch dieser Aufsatz kommt auf die Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit und der Privatisierung der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO nicht zu sprechen.

Auch ein Aufsatz von *Scherer* kommt zu dem Ergebnis, dass sich im staatlich regulierten Maßregelvollzug die Ausübung von Hoheitsrechten durch einen beliebigen Privaten grundrechtsverträglich und unter Wahrung der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns ausgestalten lässt<sup>25</sup>. So sei der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG auf den Fall der Beleihung schon nicht anwendbar, da er lediglich die Verteilung der Aufgaben innerhalb des öffentlichen Dienstes regelt<sup>26</sup>. Sähe man das anders, lasse sich das Ziel des Art. 33 Abs. 4 GG, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abzusichern und als freiheitssichernde Strukturvorgabe zu fungieren, durch geeignete organisations- und verfahrensrechtliche Mechanismen und dadurch Rechnung tragen, dass die Gewährleistungs-, die Steuerungs- und die Aufsichtsverantwortung beim Staat verbleiben und grundlegende Entscheidungen von der staatlichen Regulierungsbehörde getroffen bzw. ihrer mitschreitenden Aufsicht unterworfen werden<sup>27</sup>. Die personelle Legitimation sei bereits durch das Institut der Beleihung gewährleistet<sup>28</sup>. Auch führe die Beleihung nicht zu einem Verzicht auf das staatliche Gewaltmonopol<sup>29</sup>. Schließlich lasse sich aus dem Grundgesetz auch keine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates herleiten, bestimmte Kernaufgaben der Gefahrenabwehr durch die unmittelbare Staatsverwaltung selbst wahrzunehmen.

Allen Meinungen ist gemeinsam, dass sie von einer systematischen Untersuchung der Problematik schon aufgrund ihres Formats als Aufsatz ein Stück weit entfernt sind. Darüber hinaus gehen sie – wie dargelegt – auf die Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64

---

21 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (89).

22 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (89).

23 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (90).

24 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (91).

25 *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617ff.

26 *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (625).

27 *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (629).

28 *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (631).

29 *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (633).

StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO nicht ein. Insoweit liegen im Ergebnis keine rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen vor.

Außerhalb der rechtswissenschaftlichen Diskussion hat sich ein Beitrag im Deutschen Ärzteblatt mit dem Thema beschäftigt<sup>30</sup>. Auch dieser Aufsatz spricht sich gegen die Privatisierung von Landeskliniken aus. Allerdings setzt sich der Beitrag mit dem Thema nicht rechtswissenschaftlich auseinander.

In der Rechtsprechung liegt bisher lediglich eine Entscheidung zu dieser in der Literatur kaum behandelten Frage vor:

So hat der *Niedersächsische Staatsgerichtshof* mit Urteil vom 05.12.2008 entschieden, dass die eine Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB ermöglichende Regelung des § 3 Nds. MVollzG zwar mit dem Funktionsvorbehalt des Art. 60 S. 1 NV vereinbar ist. Denn es liege für die Durchbrechung der in Art. 60 S. 1 NV enthaltenen Regel ein rechtfertigender Gemeinwohlbelang vor. Dieser sei in dem „besonderen niedersächsischen Weg der organisatorischen und inhaltlichen Verzahnung von Allgemeinpsychiatrie und forensischer Psychiatrie“ und in fiskalischen Erwägungen zu sehen<sup>31</sup>. Allerdings verstoße § 3 Nds. MVollzG gegen das in der Landesverfassung niedergelegte Demokratieprinzip. Dieses gebiete, dass im Falle einer Beleihung die natürlichen Personen, die hoheitsrechtliche Befugnisse tatsächlich ausüben, über eine personelle demokratische Legitimation verfügen<sup>32</sup>. Fachaufsichtliche Befugnisse gegenüber den Beliehenen zur Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit bei Erledigung der übertragenen Aufgaben genügte dem Demokratieprinzip nicht<sup>33</sup>. Eine effektive Fachaufsicht sei nicht geeignet, eine fehlende personelle demokratische Legitimation der tatsächlich handelnden Funktionsträger einer beliehenen Gesellschaft auszugleichen<sup>34</sup>. Allerdings betrifft diese Entscheidung nur die niedersächsische Rechtslage unter den dort anzutreffenden (verfassungsrechtlichen) Umständen. Hinzu kommt, dass die Entscheidung keine Aussagen zum Maßregelvollzug nach § 7 JGG und den Aufgaben nach §§ 81, 126s StPO enthält.

Im Übrigen liegt folgende Rechtsprechung vor:

---

30 *Bühning*, DtÄrztebl. 2005, 442ff.

31 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (84).

32 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (85).

33 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (Ls. 4).

34 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (Ls. 6).

Das *Bundesverfassungsgericht* hat über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Privatisierung des Maßregelvollzugs bisher nicht entschieden. Eine ihm vorgelegte Verfassungsbeschwerde gegen die beabsichtigte Privatisierung des Maßregelvollzugs in Niedersachsen hat es nicht zur Entscheidung angenommen<sup>35</sup>.

Das *Verfassungsgericht Sachsen-Anhalt* hat im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde ebenfalls nicht zur Sache Stellung genommen. Es hat die Verfassungsbeschwerde gegen das Maßregelvollzugsgesetz Sachsen-Anhalt aus Fristgründen als unzulässig verworfen<sup>36</sup>.

Entscheidungen des *OLG Hamm*<sup>37</sup>, des *KG*<sup>38</sup> und des *Thüringer Verfassungsgerichtshofes*<sup>39</sup> gehen – ohne das Problem weiter zu thematisieren – von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Privatisierung des Maßregelvollzugs aus.

Zu nennen ist schließlich ein Rechtsstreit aus Schleswig-Holstein aus den Jahren 2005/2006. Sowohl das *AG Flensburg*<sup>40</sup>, als auch das *LG Flensburg*<sup>41</sup> verweigerten der für den Maßregelvollzug zuständigen „Fachklinik Schleswig-Holstein gGmbH“ die Eintragung in das Handelsregister. Zur Begründung führten beide Gerichte aus, der Zweck der gGmbH verstoße gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG und sei verfassungswidrig<sup>42</sup>. Mit Beschluss vom 19.10.2006 hob das *OLG Schleswig* diese Entscheidungen auf. Seine Entscheidung begründete es damit, dass die Handelsregistergerichte für die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit sachlich nicht zuständig seien<sup>43</sup>. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der funktionellen Privatisierung des Maßregelvollzugs hat das *OLG Schleswig* bei dieser Entscheidung ausdrücklich offen gelassen und darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung vom *Bundesverfassungsgericht* in den dazu vorgesehenen Verfahren zu treffen sei<sup>44</sup>.

Da zumindest zwei der vorstehenden Publikationen dem Maßregelvollzug mit den Strafvollzug gleichsetzen, sei – auch im Hinblick auf die Übertragbarkeit der dort

---

35 *BVerfG*, BeckRS 2005, 29632.

36 *SachsAnhVerfG*, Beschluss vom 10.11.2000, LVG 14/99.

37 Beschluss vom 22.11.1979, 1 VAs 39/78 – nachgewiesen in juris.

38 *ZfStrVo* 2002, 248 (249).

39 Beschluss vom 23.10.2002, *VerfGH* 11/02 – unveröffentlicht.

40 Beschluss vom 13.02.2005, 2 AR 6/05 – unveröffentlicht.

41 Beschluss vom 02.03.2005, 6 T 1/05 – ZJJ 2005, 208ff.

42 *AG Flensburg*, Beschluss vom 13.02.2005, 2 AR 6/05, S. 4 UA – unveröffentlicht; *LG Flensburg*, Beschluss vom 02.03.2005, 6 T 1/05 – ZJJ 2005, 208 (209).

43 *OLG Schleswig*, R & P 2006, 37 (38).

44 *OLG Schleswig*, R & P 2006, 37 (41).

vorgebrachten Argumentationen – noch der Diskussionsstand an der Schnittstelle zwischen Privatisierung und Strafvollzug erwähnt: Ein großer Teil der diesbezüglichen juristischen Schriften lehnt die Privatisierung des Strafvollzugs – teils detailliert begründet, teils recht pauschal – ab<sup>45</sup>. Andere Autoren halten zumindest Teilgebiete des Strafvollzugs für privatisierungsfähig<sup>46</sup>. Dieser Befund soll für diejenigen Teile gelten, die nicht mit Eingriffsbefugnissen in Grundrechte verbunden sind<sup>47</sup>. Den Beiträgen ist – wie dargelegt – gemeinsam, dass sie sich lediglich mit dem Strafvollzug beschäftigen. Eine Auseinandersetzung mit dem Maßregelvollzug und seinen Besonderheiten findet nicht statt.

Schließlich geht es bei der Privatisierung des Maßregelvollzugs auch um die Privatisierung von Landeskliniken. Hierbei handelt es sich um Krankenhäuser, die auch Gegenstand vielfältiger juristischer Publikationen sind. Allerdings kann auf eine Darstellung der entsprechenden Veröffentlichungen verzichtet werden. Soweit ersichtlich, beschäftigen sich diese Arbeiten vor allem mit der Privatisierung von Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft. Die Privatisierung von Landeskliniken, in denen Aufgaben des Maßregelvollzugs wahrgenommen werden, findet in keinem Beitrag Erwähnung.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Thema „Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO“ trotz der Vielzahl der sich ergebenden rechtlichen Fragestellungen wissenschaftlich kaum durchdrungen ist. Dem steht die eingangs dargestellte hohe praktische Relevanz dieser Problematik gegenüber, die sich in zumindest einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung manifestiert hat.

### C. Zielsetzung der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit untersucht die Frage der Zulässigkeit der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81,

---

45 Krölls, *GewArch* 1995, 129 (135); *ders.*, *GewArch* 1997, 445 (453); *DiFabio*, *JZ* 1999, 585 (592); *Gusy*, S. 31ff.

46 *Kulas*, S. 138ff.; *Mackeben*, S. 220; *Jungk*, S. 198; *Roth*, S. 134; *Lange*, *DÖV* 2001, 898 (902); *Kruis*, *ZRP* 2000, 1 (2); *Bonk*, *JZ* 2000, 435 (442); *Wagner*, *ZRP* 2000, 169 (172); *Hoffmann-Riem*, *JZ* 1999, 421 (428); *Koepsel*, *BewHi* 2001, 148 (152); *Groß*, *BewHi* 2006, 99 (108). Zu den sozialen Diensten: *Schirra*, *BewHi* 2006, 170 (176); *Ostendorf*, *BewHi* 2006, 26 (38); *Kerner*, *BewHi* 2006, 43 (48); vgl. zum Thema „Privatisierung im Bereich des Strafvollzugs und des Strafrechts“ (auch im internationalen Bereich) *Braum/Varwig/Bader*, *ZfStrVo* 1999, 67 (67ff.); *Smartt*, *ZfStrVo* 2001, 67 (67ff.); *Walter*, *ZfStrVo* 1998, 3 (3ff.); *Weigend*, *BewHi* 1989, 289 (289ff.); *Bernsmann*, *StV* 2005, 685 (685f.); *Steindorfer*, *BewHi* 2006, 3 (9); *Arloth*, *ZfStrVo* 2002, 3 (3ff.); *Groß*, *BewHi* 2001, 99 (99ff.); *Lilly*, *ZfStrVo* 1999, 78 (78ff.); *Maelicke*, *ZfStrVo* 1999, 73 (73ff.).

47 Statt vieler *Bonk*, *JZ* 2000, 435 (442).

126a StPO sowie die Rechtskonformität des Brandenburger Modells. Den Schwerpunkt der Arbeit bildet dabei die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG unter Berücksichtigung des Dienstüberlassungsmodells.

Dieses Modell ist nicht nur in Brandenburg und im Rahmen des Maßregelvollzugs von Interesse. Beim Maßregelvollzug handelt es sich – soviel sei an dieser Stelle bereits gesagt – jedenfalls um einen Fall einer kombinierten Eingriffs- und Leistungsverwaltung<sup>48</sup>. Daher könnte dieses Modell den Weg ebnen, auch weitere Gebiete der Eingriffsverwaltung für eine Privatisierung zu öffnen. Auch deshalb ist die Frage, inwieweit dieses Modell vor allem mit verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar ist, von besonderem Interesse.

Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieses Privatisierungsvorhabens. Das Ziel ist dabei eine systematische Untersuchung der Möglichkeiten der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB und § 7 JGG. Diese Analyse wird vor allem an dem Maßstäben des Demokratieprinzips der Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg und des Funktionsvorbehalts für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes nach Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg erfolgen. Daneben sollen die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten der Privatisierung der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO aufgezeigt werden. Die Frage der Zulässigkeit einer derartigen Privatisierungsmaßnahme wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur bislang vernachlässigt<sup>49</sup>.

Mit der Untersuchung der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO geht eine Analyse der Privatisierungsmöglichkeiten im Rahmen der Eingriffsverwaltung einher. Die vielfältigen (verfassungs-) rechtlichen Facetten können teilweise nur isoliert betrachtet werden. Das kann zwangsläufig zu Einzelergebnissen führen. Diese auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, ist ein weiteres Ziel der Untersuchung.

Schließlich ist es ein Ziel der Arbeit, Aussagen zur Ausgestaltung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG zu treffen. Daran fehlt es bislang. Zwar ist weitgehend anerkannt, dass ein sachlicher Grund für eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG vorliegen muss. Allerdings sind sowohl die dogmatische Herleitung als auch die nähere Bedeutung

---

48 Zur Qualifizierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB als Fall der Eingriffs- bzw. der Leistungsverwaltung vgl. Abschnitt A.1.2.b) im 5. Teil der Arbeit.

49 Vgl. Abschnitt B.



dieser Kautele bislang weitgehend unklar<sup>50</sup>. Hier ein Stück zur Rechtsklarheit beizutragen, ist ebenfalls Ziel dieser Untersuchung.

#### **D. Gang der Untersuchung**

Um untersuchen zu können, ob § 36 Abs. 3 BbgPsychKG unter Berücksichtigung des Brandenburger Modells den formellen und materiellen verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, ist es zunächst angezeigt, dieses Modell zur Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht näher darzustellen (2. Teil). Hierbei werden die Grundlagen des Maßregelvollzugs einschließlich seiner Stellung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem erläutert. Im Folgenden wird der Entwicklung des Brandenburger Modells in tatsächlicher Hinsicht auf den Grund gegangen. In diesem Zusammenhang werden die politischen Rahmenbedingungen und der historische Ablauf der Privatisierung dargestellt. Sodann wendet sich die Arbeit der rechtlichen Konstruktion der Privatisierung der Landeskliniken zu. In diesem Rahmen werden die beteiligten Rechtssubjekte, der Beleihungsakt sowie die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen dem Land und privatem Betreiber durch öffentlich-rechtlichen Vertrag näher beschrieben.

Im 3. Teil wird einleitend dargestellt, inwiefern sich das Staatsverständnis in der neueren Zeit hin zum Gedanken eines Gewährleistungsstaates verändert hat. Auf diesen staatstheoretischen und landesorganisationsrechtlichen Grundlagen aufbauend wird das Brandenburger Modell sodann im Kanon der Privatisierungsmodelle verortet. Schwerpunkt dieses Abschnitts ist die Klassifizierung des Brandenburger Modells im Sinne der Privatisierungsbegriffe. Die rechtswissenschaftlichen Diskussionen um Privatisierungen zeichnen sich durch eine bunte Begriffsvielfalt aus. Zudem wird auch der Privatisierungsbegriff als solcher mit unterschiedlichen Inhalten verknüpft. Daher wird im folgenden Abschnitt der der Arbeit zugrunde liegende Begriff der Privatisierung anhand der brandenburgischen Rechtslage herausgearbeitet. Insofern wird der Blick zunächst auf die landesrechtlichen Determinanten für die Privatisierung von Aufgaben gerichtet. Anschließend wird das Brandenburger Modell unter die zuvor herausgearbeiteten Begriffe subsumiert. Dieser Schritt ist erforderlich, da sich an die unterschiedlichen Privatisierungsarten unterschiedliche rechtliche Rechtfertigungsgründe anknüpfen.

Der 4. Teil der Arbeit setzt sich mit der formellen Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81,

<sup>50</sup> Vgl. *Masing*, in: Dreier (Hrsg), Art. 33 Rdnr. 70 m.w.N.

126a StPO auseinander. § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG enthält vier Regelungsgegenstände: Zum einen beinhaltet die Norm die Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB (§ 36 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 BbgPsychKG). Zum anderen stellt die Vorschrift die Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG dar (§ 36 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 BbgPsychKG). Schließlich ermöglicht die geänderte Fassung der Norm die Privatisierung der Aufgabe der Unterbringung des Beschuldigten nach § 81 StPO (§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG) und der Aufgabe der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO (§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG). Getrennt nach diesen vier Regelungsgegenständen geht die Untersuchung der Frage nach, ob das Land Brandenburg mit der Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG gegen die verfassungsrechtliche Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten (Art. 70ff. GG) verstoßen hat. Das könnte der Fall sein, wenn dem Land die Gesetzgebungsbefugnis fehlt, etwa weil der Bund mit den Regelungen im Strafgesetzbuch, im Jugendgerichtsgesetz und im Strafvollzugsgesetz eine erschöpfende Regelung der Frage getroffen hat, in welchen Einrichtungen die jeweiligen Aufgaben durchzuführen sind.

Der folgende Komplex (5. Teil) untersucht, ob die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO auch materiell verfassungsmäßig ist. Die Darstellung erfolgt wiederum separat für die einzelnen Regelungsgegenstände. Insoweit wird zunächst jeweils geprüft, ob hinsichtlich der jeweiligen Aufgabe ein Staatsvorbehalt derart besteht, dass eine Privatisierung der Aufgabe von vornherein ausgeschlossen ist. Daran schließt sich die Prüfung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Privatisierung der jeweiligen Aufgabe an. Nach der Festlegung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs wird die Vereinbarkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG mit dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip, dem Sozialstaatsprinzip sowie dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG und Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg untersucht. Hier liegt ein Schwerpunkt der Arbeit. Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die Möglichkeit, die Aufgaben nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG, §§ 81, 126a StPO auf geeignete private Träger zu übertragen, verfassungsrechtlich haltbar ist. Denn sofern die genannten Aufgaben hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG darstellen, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG vorliegen.

Im 6. Teil der Untersuchung werden weitere Privatisierungsgrenzen näher untersucht. Hierzu zählen materielle Vorgaben des Strafgesetzbuches, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und des Strafvollzugsgesetz. Schließlich geht die Arbeit noch der Frage nach, ob internationale Menschenrechtsstandards einer Privatisierung der Aufgaben nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG, §§ 81, 126a StPO entgegenstehen.

Der 7. Teil der Arbeit widmet sich schließlich der Möglichkeit der Privatisierung *de lege lata* und *de lege ferenda*. Es wird aufgezeigt, ob und bejahendenfalls welche Vollzugstätigkeiten im Maßregelvollzug einer Privatisierung zugeführt werden können und ob eine Privatisierung *des* Maßregelvollzugs *de lege ferenda* möglich ist.

## 2. Teil Das Brandenburger Modell – tatsächliche und rechtliche Rahmenbedingungen

### A. Maßregelvollzug – Kurze Darstellung der Grundlagen

#### I. Historische Entwicklung des Maßregelvollzugs

Bereits zum Ende des 19./Beginn des 20. Jahrhunderts wurde diskutiert, ob das Strafrecht über das bloße Strafen hinaus auch weitere Aufgaben wahrnehmen kann bzw. muss<sup>51</sup>. Hierzu zählten insbesondere Gedanken der Verhütung von weiteren Straftaten durch den straffällig Gewordenen selbst. Für *Franz von Liszt*, einem der großen Strafrechtler des ausklingenden 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts, waren insofern drei Mittel zur Erreichung des Strafzwecks „Verbrechensbekämpfung“ geeignet: „Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung“<sup>52</sup>. Dieser Gedanke wurde Anfang des 20. Jahrhunderts in die Entwürfe zur Reform des deutschen Strafgesetzbuches aufgenommen<sup>53</sup>. Bereits nach dem Vorentwurf von 1909 habe die „menschliche Gesellschaft einen Anspruch auf Schutz vor den Angriffen gefährlicher Menschen (habe), welcher nicht dadurch erlischt, dass die Angreifer infolge ihrer Krankheit davor bewahrt sind, strafrechtlich verfolgt zu werden“<sup>54</sup>. In der weiteren Diskussion wurde herausgestellt, dass ein vergangenes Verbrechen nicht Ursache, sondern lediglich Anlass für die Verhängung sichernder Maßnahmen sei; kausal für die sichernde Maßnahme sei allein die Gefährlichkeit, die von dem Betreffenden ausgehe<sup>55</sup>. Es handele sich bei den sichernden Maßnahmen daher um polizeirechtliche „Präventivmaßregeln“<sup>56</sup>, die in das Strafgesetzbuch implementiert worden seien. Die amtlichen Begründungen des Arbeitsentwurfs von 1925<sup>57</sup> und des Entwurfs von 1927<sup>58</sup> folgten dieser systematischen Auffassung: Die Maßregel sei im Wesentlichen polizeilicher Natur. Ihre Anordnung sei eigentlich Verwaltungsakt. Für die Aufnahme der Maßregel ins Strafgesetzbuch sprachen folgende Erwägungen: Aufgrund des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs in die persönliche Freiheit des Einzelnen bedürfe es zu ihrer Anordnung der richterlichen Unabhängigkeit.

51 Im sogenannten Marburger Programm entfaltete *Franz von Liszt* bereits im Jahre 1882 seine Vorstellungen über erweiterte Aufgaben des Strafrechts, vgl. hierzu *Kammeier*, S. 1ff.

52 So *von Liszt* in seiner Antrittsrede als Professor für Strafrecht in Marburg, vgl. auch *Kammeier*, S. 2.

53 Vorentwurf 1903, Gegenentwurf 1911, Kommissionsentwurf 1913, vgl. *Kammeier*, S. 1.

54 So die Begründung zum Vorentwurf von 1909, zitiert nach *Kammeier*, S. 66.

55 Vgl. *Kammeier*, S. 69.

56 Begriff nach *Birkmeyer*, S: 17 zitiert nach *Kammeier*, S. 69.

57 Vgl. § 43 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen StGB, den das Reichsjustizministerium am 17.11.1924 den Reichsrat zur Stellungnahme übersandt hat; Drucksache Nr. 174/1924 des Reichsrats.

58 Vgl. § 56 des Entwurfs, Reichstag III 1924/27, Drucksache Nr. 3390 vom 19.05.1927.

Zudem leide die Rechtssicherheit, wenn der Strafrichter die Straffähigkeit und der Verwaltungsrichter den gefährlichen Zustand verneine; das widerspreche dem Gedanken der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Schließlich würden prozessökonomische Gründe dafür sprechen, dem Strafrichter auch die Kompetenz zur Anordnung für die Maßregeln zu übertragen<sup>59</sup>. Die Unterbringung sollte in einer Heil- und Pflegeanstalt erfolgen<sup>60</sup>.

Eingeführt wurden die Maßregeln der Sicherung und Besserung in das Strafgesetzbuch schließlich durch das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“ vom 24.11.1933<sup>61</sup>. Hiermit wurden die §§ 42a bis 42n RStGB in das Reichsstrafgesetzbuch eingeführt. Dieses Gesetz wurde ergänzt durch das „Ausführungsgesetz zum GewVbrG“ vom gleichen Tage. Hierdurch sollte die Möglichkeit geschaffen werden, auf den Täter einzuwirken, ohne Rücksicht auf seine Schuld, ohne Rücksicht auf seine Individualität, lediglich im Interesse der Gemeinschaft<sup>62</sup>. Nach dem sog. Ermächtigungsgesetz vom 24.03.1933 durchlief dieses Gesetz kein parlamentarisches Gesetzgebungsverfahren, sondern wurde nach Art. 3 des Ermächtigungsgesetzes durch die Reichsregierung beschlossen und durch den Reichskanzler ausgefertigt. Beide Gesetze traten am 01.01.1934 in Kraft. Das Gewohnheitsverbrechergesetz enthielt in § 42b RStGB eine Vorschrift über die „Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt“ (vgl. auch § 42a Nr. 1 RStGB) und in § 42c RStGB eine Vorschrift über die Unterbringung in einer „Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt“ (vgl. auch § 42a Nr. 2 RStGB). Der leitende Gedanke des Gewohnheitsverbrechergesetzes war u.a, der Volksgemeinschaft einen wirksamen Schutz gegen verbrecherische „Schädlinge“ zu bieten<sup>63</sup>. Soweit sich die Maßregeln gegen Personen richteten, die eine Gefahr für die Volksgemeinschaft darstellten, war damit nicht nur verbrecherisches Handeln gemeint. Gemeint war auch die „Belastung des Volkes mit einer minderwertigen Nachkommenschaft“<sup>64</sup>. Das Gewohnheitsverbrechergesetz war somit Ausdruck der Rassenideologie der Nationalsozialisten und legte einen Grundstein für das systematische Herausdrängen aus schützenden Rechtsstrukturen. Das Gesetz kann daher als erster Schritt in den nachfolgenden „sozialbiologischen Reinigungsprozess“<sup>65</sup> gesehen werden<sup>66</sup>. Den Auftakt hierzu bildete die Vergasung von 70.000 geistig Behinderten und psychisch Kranken.

---

59 Vgl. hierzu *Kammeier*, S. 70f.

60 Vgl. hierzu *Kammeier*, S. 87ff.

61 RGBl. I vom 27.11.1933, S. 995.

62 Vgl. *Kammeier*, S. 113.

63 Nach *Kammeier*, S. 114.

64 *Kammeier*, S. 113.

65 *Kammeier*, S. 169.

66 So auch *Kammeier*, S. 164.

Hierbei kamen zunächst „die kriminellen Psychopathen in die Tötungsanstalten sowie alle Sicherheitsverwahrten“<sup>67/68</sup>. Das sog. „Euthanasie-Programm“ wurde in der Folge auf immer breitere Schichten von Gruppen gesellschaftlich „Unbrauchbarer“ und „Unerwünschter“ ausgedehnt und war zentraler Bestandteil der nationalsozialistischen „Rassenhygiene“ und des Holocaust. Mit dem Gewohnheitsverbrechergesetz wurde das Maßregelrecht nicht mehr in erster Linie als polizeiliches Gefahrenabwehrrecht gesehen. Es wurde vielmehr Bestandteil des Strafrechts<sup>69</sup>. Die Maßregel wurde rechtssystematisch zu einer gleichwertig neben der Strafe stehenden Sanktionsmöglichkeit für strafbares Verhalten.

Das durch das Gewohnheitsverbrechergesetz in das Strafgesetzbuch inkorporierte Maßregelrecht blieb auch nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges Bestandteil des Strafgesetzbuches<sup>70</sup>. Es wurden lediglich rechtsstaatlich nicht vertretbare Regelungen aufgehoben, wie z.B. die Kastrationsmaßregel des § 42k StGB-GewVbrG. Damit galt die psychiatrische Maßregel in ihrer nationalsozialistisch geprägten Normierung weiter<sup>71</sup>. Der heutige § 63 StGB ist mit der Neuregelung des Maßregelrechts durch das 2. StRG am 01.01.1975 in Kraft getreten. Der Wortlaut ist nahezu identisch mit einem Entwurf aus dem Jahr 1962<sup>72</sup>. Die Regelung des § 63 StGB blieb seitdem im Wesentlichen unverändert. Erst nach und nach entwickelte sich in der Psychiatrie das Bild, den Menschen (auch den psychisch kranken Menschen) als handelndes Subjekt zu betrachten. Waren die 1950er und 1960er Jahre noch durch zahlreiche Defizite in der Unterbringung psychisch kranker Menschen gekennzeichnet, entwickelte sich die Psychiatrie erst in den 1970er und 1980er Jahren zu einem psychiatrischen Versorgungssystem, das den Betroffenen auch adäquate therapeutische und rehabilitative Hilfe zukommen ließ<sup>73</sup>. Der Maßregelvollzug hinkte dieser Entwicklung aber lange hinterher. Nach *Kammeier*<sup>74</sup> kann die Versorgung der im Maßregelvollzug Untergebrachten „bis in die 80er Jahre hinein nur mit den Ausdrücken von desolat bis menschenunwürdig adäquat beschrieben werden“. Einen ersten wichtigen Schritt auf dem Weg der

---

67 So *Dörner*, in: ders./Haerlin/Rau (Hrsg.), S. 96; *Kammeier*, S. 170.

68 Insgesamt wurden ca. 100.000 psychisch Kranke und geistig behinderte Menschen, einschließlich der nach § 42b StGB-GewVbrG im Maßregelvollzug untergebrachten Opfer der rassistischen Vernichtungspolitik der Nationalsozialisten.

69 So *Kammeier*, S. 130.

70 Das geschah ungeachtet des Umstandes, dass streitig war und immer noch ist, ob es sich hierbei um typisch nationalsozialistisches Unrecht handelt, vgl. bejahend statt vieler *Kammeier*, S. 176; verneinend statt vieler *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63, Rn. 7. Weitere Nachweise zu dieser Auseinandersetzung bei *Kammeier*, S. 173ff.

71 So *Kammeier*, S. 179 m.w.N.

72 Vgl. § 82 des Entwurfs von 1962 („Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt oder in einer Bewahrungsanstalt“), BT-Drs. IV/650, S. 23.

73 Vgl. hierzu *Kammeier*, S. 180.

74 S. 181.

Aufwertung der Stellung der im Maßregelvollzug Untergebrachten stellte der Beschluss des *Bundesverfassungsgericht* vom 14.03.1972<sup>75</sup> dar. Hiermit beendete das *Bundesverfassungsgericht* das sog. besondere Gewaltverhältnis. Denn mit diesem Beschluss bestätigte das *Bundesverfassungsgericht* den Anspruch von Strafgefangenen und im Maßregelvollzug Untergebrachten, dass ihre Grundrechte nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden können. Infolge dieses Beschlusses erließ der Gesetzgeber im Jahr 1976 das Strafvollzugsgesetz. In den §§ 136, 137 StVollzG finden sich Regelungen über die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt. Allerdings handelt es sich hierbei nur im „Rahmennormen“<sup>76</sup>. Nach der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen wurde eine weitere Regelung ursprünglich den Bundesländern überlassen. Eine bundeseinheitliche Regelung des Maßregelvollzugs scheiterte in der Folgezeit<sup>77</sup>. Die Gesetze der Bundesländer regelten den Maßregelvollzug teilweise in eigenständigen Gesetzen<sup>78</sup>. Teilweise wurden die Regelungen über den Maßregelvollzug in die landesrechtlichen Unterbringungsgesetze eingefügt. Diesen Weg hat auch das Land Brandenburg mit den Regelungen im „Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch Kranke“ vom 08.02.1996 (BbgPsychKG) beschritten<sup>79</sup>.

Blieb die Regelung des § 63 StGB bis heute nahezu unverändert, wurde § 64 StGB zuletzt durch das „Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt“ vom 16.07.2007 geändert<sup>80</sup>. So wurden u.a. die Voraussetzungen für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt verfassungsgerichtlichen Vorgaben angepasst<sup>81</sup>. Darüber hinaus enthält das Gesetz Regelungen zur Vollstreckungsreihenfolge von Strafe und Maßregel, zum Verfahren zur Überprüfung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, zur Begutachtung vor Aussetzung der Maßregel sowie eine Neuregelung des Vollzugs der einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO)<sup>82</sup>.

---

75 BVerfGE 33, 1ff.

76 Begriff nach *Kammeier*, S. 183.

77 Zu diesem Zweck wurde 1979 ein „Rahmenentwurf zu einem Gesetz über den Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung“ vorgelegt. Dieser wurde allerdings nicht Gegenstand parlamentarischer Beratungen.

78 So in Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Sachsen-Anhalt.

79 Daneben findet sich dieses Modell in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen.

80 BGBl. I vom 19.07.2007, S. 1327.

81 Hierzu sogleich unter III.2.

82 Die Regelungen sind für die weitere Untersuchung ohne Relevanz. Auf eine nähere Darstellung wird daher verzichtet.

## II. Der Maßregelvollzug im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem

Das Strafgesetzbuch verwirklicht ein System der Zweispurigkeit strafrechtlicher Rechtsfolgen. Rechtsfolgen der Tat sind zum einen Freiheits- (§§ 38f. StGB) und Geldstrafe (§§ 40ff. StGB) sowie die Nebenstrafe (§ 44 StGB). Daneben kommen als Folge strafbaren Verhaltens weitere Nebenfolgen wie der Verlust der Amtsfähigkeit (§§ 45ff. StGB) in Betracht. Zum anderen kennt das Strafgesetzbuch die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61ff. StGB).

Die Strafe ist an die Feststellung von Schuld gebunden (§ 40 StGB)<sup>83</sup>. Sinn und Zweck der schuldunabhängigen Maßregeln ist es dagegen, gefährliche Täter zu bessern und die Allgemeinheit vor ihnen zu schützen<sup>84</sup>. Ihr liegt keine Schuld im strafrechtlichen Sinne zugrunde<sup>85</sup>.

Die Maßregel des § 63 StGB dient außerdem dazu, den Untergebrachten von dem dauernden Zustand, der zur Unterbringung führte, zu heilen oder ihn in seinem (unheilbaren) Zustand (lediglich) zu pflegen<sup>86</sup>. Durch heilende oder bessernde Einwirkung auf den Täter sowie durch seine Verwahrung soll die von ihm ausgehende Gefahr weiterer Taten abgewendet oder verringert werden<sup>87</sup>. Die Unterbringung nach § 63 StGB setzt eine Erfolgsaussicht der Therapie allerdings nicht zwingend voraus. Es sind auch solche Täter nicht ausgenommen, bei denen die Aussicht auf Besserung von vornherein zweifelhaft ist<sup>88</sup>. Denn mit der Unterbringung nach § 63 StGB wird notfalls auch ein bloßer Sicherungszweck verfolgt<sup>89</sup>. Solange vom Angeklagten die in § 63 StGB genannte Gefahr ausgeht, dauert seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fort. Zwar sollen die in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten in erster Linie behandelt werden, damit sie für die Allgemeinheit nicht mehr gefährlich sind. Ist die erstrebte Heilung und Besserung des Zustands aber nicht möglich, beschränkt sich die Verpflichtung der Anstalt darauf, dem Untergebrachten die nötige Aufsicht, Betreuung und Pflege zuteil werden zu lassen.

83 Statt vieler *Tröndle/Fischer*, Vor § 61 Rdnr. 1.

84 *BGH*, NStZ 2002, 533 (534); *Tröndle/Fischer*, Vor § 61 Rdnr. 1; *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 1; *Hanack*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), § 63 Rdnr. 1; *Stree*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), § 63 Rdnr. 1; *Kammeier*, in: ders. (Hrsg.), Maßregelvollzug, S. 47; *Volckart/Grünebaum*, S. 1; *Callies/Müller-Dietz*, § 136 Rdnr. 1; *Pollähne*, in: *Feest* (Hrsg.), vor § 136 Rdnr. 3; *Müller-Dietz*, NStZ 1983, 145 (148), vgl. auch § 36 Abs. 1 BbgPsychKG.

85 Vgl. *Volckart/Grünebaum*, S. 1; *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (77); *Müller-Dietz*, NStZ 1983, 145 (148).

86 *BGH*, NStZ 2002, 533 (534); *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 1; vgl. hierzu auch *Schott*, R & P 2002, Einhefter, 1 (1ff.); zu den Zahlen: *Konrad*, R & P 1997, 51 (52ff.).

87 *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 1.

88 *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 1.

89 *BGH*, NStZ 2002, 533 (534); *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 1 m.w.N.



Auch die Maßregel des § 64 StGB dient in erster Linie dem Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Tätern<sup>90</sup>. Sie muss schon aus verfassungsrechtlichen Gründen stets an den Belangen der öffentlichen Sicherheit ausgerichtet sein. Die Unterbringung zur Suchtbehandlung muss auf den Schutz der Allgemeinheit durch – bezogen auf die Rauschmittelsucht – Besserung ausgerichtet sein<sup>91</sup>. Es wird nicht die Heilung im engeren Sinne, sondern die Einübung in Abstinenz oder die Bewahrung vor einem Rückfall in akute Sucht für eine gewisse Zeitspanne angestrebt<sup>92</sup>. Die Unterbringung nach § 64 StGB ist auch neben lebenslanger Freiheitsstrafe möglich<sup>93</sup>.

Die Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB werden durch Beschluss des erkennenden Gerichts angeordnet. Wird die Unterbringung in einer Anstalt nach §§ 63, 64 StGB angeordnet, so wird die Maßregel nach § 67 Abs. 1 StGB vor der Strafe vollzogen. Sofern die zuvor genannten Zwecke der Maßregeln dadurch leichter erreicht werden, bestimmt das Gericht nach § 67 Abs. 2 StGB, dass die Strafe oder ein Teil davon vor der Maßregel zu vollziehen ist.

Der Maßregelvollzug nach § 7 JGG verfolgt die gleichen Zwecke wie die Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB.

### **III. Voraussetzungen der Anordnung des Maßregelvollzugs**

#### **1. Materielle Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, §§ 63, 61 Nr. 1 StGB**

Der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB liegt Schuldunfähigkeit oder zumindest verminderte Schuldfähigkeit zugrunde. Nach § 63 ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an, wenn jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangen hat, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist.

---

90 BGHSt 28, 327 (332); *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 64 Rdnr. 1, vgl. auch § 36 Abs. 1 BbgPsychKG.

91 BVerfGE 91, 1 (28); *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 64 Rdnr. 1.

92 *Tröndle/Fischer*, § 64 Rdnr. 2.

93 *Tröndle/Fischer*, § 64 Rdnr. 1.

Erste Voraussetzung ist, dass der Betroffene eine rechtswidrige Tat im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen hat (sog. Anlasstat). Es muss sich um eine – auch nur versuchte – Tat handeln, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Zweite Voraussetzung ist, dass die Anlasstat „im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangen“ worden ist. Der Täter darf nach § 20 StGB aufgrund einer krankhaften seelischen Störung<sup>94</sup>, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung<sup>95</sup> oder wegen Schwachsinn<sup>96</sup> oder einer anderen seelische Abartigkeit<sup>97</sup> nicht in der Lage sein, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Es muss also eine Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit vorliegen. Dritte Voraussetzung ist, dass die Anlasstat Folge des zur Schuldunfähigkeit oder zur verminderten Schuldfähigkeit führenden Zustandes ist<sup>98</sup>. Darüber hinaus kommt eine Unterbringung nach § 63 StGB nur in Betracht, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustands erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Es muss sich um eine Tat handeln, die erhöht gefährlich ist oder den Rechtsfrieden schwer stören würde<sup>99</sup>. Für die Gefahr weiterer Straftaten muss eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“<sup>100</sup> bestehen. Eine lediglich latente Gefahr und die bloße Möglichkeit zukünftiger Straftaten reichen nicht aus. § 63 StGB verlangt eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat. Erforderlich ist hierbei das Übergewicht der negativen Faktoren. Schließlich verbietet § 62 StGB die Anordnung einer Maßregel, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht. Hiermit hat der Gesetzgeber den ohnehin geltenden verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch einmal in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Die in Grundrechte des Täters eingreifende Unterbringung nach § 63 StGB ist nur zulässig, wenn die vom Täter ausgehenden Gefahr so gewichtig ist, dass der Eingriff ihm um die Belange der Allgemeinheit willen zugemutet werden muss<sup>101</sup>.

---

94 Zu nennen sind hier Psychosen, Intoxikationen, Entzugserscheinungen, Alkoholismusfolgen oder Persönlichkeitsveränderungen infolge von Psychosen oder Hirnschädigungen.

95 Z.B. affektiver Erregungszustand, Schreck oder Übermüdung/ Erschöpfung.

96 Intellektuelle Störungen unbekannter Genese.

97 Persönlichkeitsstörungen (Psychopathien), Neurosen, abnorme Erlebnisreaktionen, sexuelle Perversionen, Alkoholismus, Drogensucht, psychopathologische Entwicklungen.

98 *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 30.

99 *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 33.

100 *BGH*, NSTZ-RR 2001. 238 (238). Eine Sicherheit oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ist nicht erforderlich.

101 Statt vieler *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 63 Rdnr. 47 m.w.N.

Liegen die fünf genannten Voraussetzungen vor, muss die Unterbringung zwingend angeordnet werden. Dem Gericht steht insoweit kein Ermessensspielraum zur Verfügung („...ordnet das Gericht die Unterbringung ... an...“)<sup>102</sup>. Die Unterbringung nach § 63 StGB ist unbefristet. Sie dauert solange, wie es der Zweck<sup>103</sup> erfordert, gegebenenfalls lebenslang. Ziel der Behandlung des Untergebrachten ist nach § 36 Abs. 1 BbgPsychKG die Heilung des Untergebrachten und (soweit möglich) die Besserung des Zustandes soweit, dass er nicht mehr gefährlich ist.

## **2. Materielle Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, §§ 64, 61 Nr. 2 StGB**

Die Entziehungsmaßregel des § 64 StGB bezieht sich auf eine Suchtmittelabhängigkeit mit oder ohne zugrunde liegender Schuldunfähigkeit. Nach § 64 Abs. 1 S. 1 StGB ordnet das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt an, wenn jemand den Hang hat, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen und er wegen einer rechtswidrigen Tat, die er im Rausch begangen hat oder die auf seinen Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt wird, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist und die Gefahr besteht, dass der Täter infolge seines Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Hinzu kommen muss nach dem durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt eingefügten § 64 Abs. 1 S. 2 StGB, dass eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine nicht unerhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren „Hang“ zurückgehen.

Erste Voraussetzung ist hiernach ein Hang zum Rauschmittelmissbrauch. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter Alkohol oder andere berauschende Mittel in einer solchen Menge zu sich nimmt, dass er sich dadurch in einen Rausch versetzt oder doch seine Gesundheit schädigt oder infolge des häufigen Konsums seine Arbeits- und Leistungsfähigkeit längerfristig herabsetzt<sup>104</sup>. Es muss sich um eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, handeln<sup>105</sup>. Als zweite Voraussetzung muss wiederum eine sog. Anlasstat vorliegen. Insoweit kann im Wesentlichen auf die

---

102 Vgl. auch *Müller-Dietz*, NStZ 1983, 145 (148).

103 Vgl. hierzu unter Punkt II.

104 BGHSt 3, 339 (340f.); *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 64 Rdnr. 14.

105 BGH, NStZ 1998, 407 (407); *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 64 Rdnr. 15.

vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Allerdings kommt es hier nicht darauf an, dass zumindest eine verminderte Schuldfähigkeit vorliegt („verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt wird“). Dritte Voraussetzung für die Unterbringung nach § 64 StGB ist, dass der Täter die Tat im Rausch begangen hat oder die Tat auf seinen Hang zurückgeht. In beiden Fällen muss zwischen der Tat und dem Hang ein kausaler Zusammenhang bestehen. Das ist der Fall, wenn die Tat in dem Hang ihre Wurzel hat<sup>106</sup>. Ausreichend ist, wenn der Hang mit zu der Tat beigetragen hat. Als vierte Voraussetzung kommt eine Unterbringung nur in Betracht, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter infolge seines Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Auch insofern gelten die Ausführungen zu § 63 StGB hier entsprechend. Darüber hinaus gilt auch hier der in § 62 StGB noch einmal normierte verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch zu diesem Punkt kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Schließlich muss nach § 64 Abs. 1 S. 2 StGB – als sechste Voraussetzung für eine Unterbringung nach § 64 StGB – die hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg bestehen. Dafür reicht es aus, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Täter zumindest über eine gewisse Zeitspanne vor dem Rückfall in die akute Sucht zu bewahren<sup>107</sup>. Zur Beurteilung der Erfolgsaussichten ist eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller Umstände geboten, wobei insbesondere auf die Persönlichkeit des Täters, Art und Stadium der Sucht, bereits eingetretene psychische und physische Veränderungen und Schädigungen, frühere Therapieversuche und die Therapiebereitschaft des Täters abzustellen ist<sup>108</sup>.

Auch bei § 64 StGB handelt es sich um eine zwingende Norm. Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, öffnet sich für das Tatgericht kein Wahlrecht oder ein Ermessensspielraum („...ordnet das Gericht die Unterbringung ... an...“). Die Freiheitsstrafe und die Maßregel nach § 64 StGB verfolgen unterschiedliche Ziele<sup>109</sup>. Daher können beide auch nebeneinander angeordnet werden. Ziel der Behandlung ist nach § 36 Abs. 1 S. 2 BbgPsychKG, den Täter von seinem Hang zu heilen und die zugrunde liegende Fehlhaltung zu beheben.

### **3. Materielle Voraussetzungen für die Anordnung der Maßregeln der Besserung und Sicherung nach § 7 JGG**

Zu den Maßregeln der Sicherung und Besserung bei Jugendlichen und Heranwachsenden zählen nach 7 JGG sowohl die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 61 Nr. 1 StGB), als auch die Unterbringung in

---

106 *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 64 Rdnr. 31.

107 BVerfGE 91, 1 (30).

108 *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB, § 64 Rdnr. 55.

109 Vgl. oben unter Punkt II.

einer Entziehungsanstalt (§ 61 Nr. 2 StGB). Die Maßregeln nach §§ 63, 61 Nr. 1 StGB, §§ 1, 2, 7 JGG bzw. §§ 64, 61 Nr. 2 StGB, §§ 1, 2, 7 JGG sind zu verhängen, wenn die Voraussetzungen des allgemeinen Strafrechts vorliegen, ohne dass dem Richter ein zusätzliches Ermessen zusteht<sup>110</sup>. Das Jugendstrafrecht fordert jedoch eine besonders sorgfältige, jugendgerechte, einzelfallorientierte und dahingehend zu begründende Prüfung<sup>111</sup>. Da die Voraussetzungen der Anordnung denen im Erwachsenenstrafrecht entsprechen, wird insoweit auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Die Unterbringung richtet sich bei der Maßregel nach §§ 63, 61 Nr. 1 StGB, §§ 1, 2, 7 JGG nach den allgemeinen Vorschriften. Daher kann insofern auf die Ausführungen zu § 63 StGB verwiesen werden. Die Maßregel nach §§ 64, 61 Nr. 2 StGB, §§ 1, 2, 7 JGG wird nach § 93a Abs. 1 JGG in einer Einrichtung vollzogen, in der die für die Behandlung suchtkranker Jugendlicher erforderlichen besonderen therapeutischen Mittel und sozialen Hilfen zu Verfügung stehen.

#### **IV. Ablauf des Maßregelvollzugs<sup>112</sup>**

Der Ablauf der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist maßgeblich von der Zielsetzung des § 63 StGB, § 36 Abs. 1 S. 3 BbgPsychKG, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten des gefährlichen Täters durch bessernde Einwirkung und/oder Unterbringung zu schützen, beeinflusst. Alles, was die Bediensteten im Krankenhaus tun, ist dem Vollzugsziel der Wiedereingliederung untergeordnet.

Es lassen sich folgende Handlungsbereiche unterscheiden<sup>113</sup>: Ordnungsrecht, Gewährleistung des Lebensspielraums und Behandlungsrecht.

Das Ordnungsrecht betrifft vor allem die rechtlichen Voraussetzungen, um Gefahren abzuwehren, die dem Zweck der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus zu vereiteln drohen<sup>114</sup>. Es handelt sich um Maßnahmen, die die Patienten in ihrem Lebensraum einengen. Das Personal tätigt in erster Linie Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen durch belastende Verwaltungsakte und belastendes Realhandeln. Es handelt sich hierbei um Regelungen zur Unterbringung (§§ 16 Abs. 2, 38 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG), zur Kleidung (§§ 20

<sup>110</sup> Brunner/Dölling, § 7 Rdnr. 1.

<sup>111</sup> Brunner/Dölling, § 7 Rdnr. 1; Eisenberg, § 7 Rdnr. 10.

<sup>112</sup> Zum Ablauf der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO vgl. Abschnitt A.VI.1, zum Ablauf der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO vgl. Abschnitt A.VI.2.

<sup>113</sup> Nach Volckart/Grünebaum, S. 74.

<sup>114</sup> So Volckart/Grünebaum, S. 77.

Abs. 4, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) und zur Ernährung. Hinzu kommen Vorschriften zum Besitz von Sachen und zum Einkauf (§§ 22, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Außenkontakt der Patienten (§§ 24, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) zum Recht auf Schriftwechsel (§§ 25, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zu Telefongesprächen (§§ 25 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) sowie zum Recht auf Absenden und Empfangen von Paketen (§§ 26 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG). Zum Ordnungsrecht zählen weiter Regelungen zu Geld und Bezügen (§ 47 BbgPsychKG), Verhaltensvorschriften (§ 20 Abs. 1 BbgPsychKG), Disziplinarmaßnahmen sowie besondere Sicherungsmaßnahmen und unmittelbarer Zwang (§§ 20, 21, 45 Abs. 1 BbgPsychKG). Schließlich sind auch Vorschriften zur Verlegung des Untergebrachten Gegenstand des Ordnungsrecht (§§ 36 Abs. 4, 39 Abs. 2 und 5 BbgPsychKG). Im Bereich des Ordnungsrechts ähnelt der Maßregelvollzug dem Strafvollzug.

Weitere Analogien zum Strafvollzug weist der Maßregelvollzug im Bereich der Gewährleistung des Lebensspielraums der Patienten auf. Der Staat hat im Hinblick auf das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) die positive Aufgabe, die Bedingungen zu schaffen, unter denen die Patienten ein würdiges Dasein führen können und ihnen, wenn sie zur Nutzung dieser Möglichkeiten alleine nicht in der Lage sind, dabei Hilfe zu gewähren<sup>115</sup>. Im Einzelnen geht es um Regelungen zur Freizeit (§§ 26 Abs. 1, 27 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Aufenthalt im Freien (§§ 28 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Zugang zu den Medien (§§ 27, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zur Religionsausübung (§§ 23, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Recht auf Arbeit und Bildung (§ 46 BbgPsychKG), zum offenen Vollzug (§ 39 Abs. 1 S. 1 BbgPsychKG) und zur Beurlaubung (§ 39 Abs. 1 S. 2 BbgPsychKG).

Wesentlichere Unterschiede zum Strafvollzug ergeben sich daraus, dass die Patienten einen Anspruch auf ärztliche Behandlung der Defekte haben, die zur Unterbringung geführt haben (Anlasserkrankung), sowie sonstiger Krankheiten<sup>116</sup>. Dieser Anspruch geht auf §§ 40 Abs. 1 S. 1, 41 BbgPsychKG zurück. Nach der letztgenannten Vorschrift sind die Patienten insbesondere durch ärztliche, psychotherapeutische und sonstige geeignete therapeutische Maßnahmen zu behandeln sowie sozial und beruflich einzugliedern<sup>117</sup>. Es ist Aufgabe der Vollzugsbehörden, zu gewährleisten, dass die Patienten die die Zielsetzungen der Unterbringung nach § 63 StGB entsprechende notwendige therapeutische

---

115 Volckart/Grünebaum, S. 146.

116 Statt vieler Volckart/Grünebaum, S. 222.

117 Vgl. auch §§ 17 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 6 BbgPsychKG. Hiernach haben die Patienten „Anspruch auf zweckmäßige, notwendige und dem Stand der medizinischen Erkenntnis entsprechende Behandlung“.

Behandlung bekommen<sup>118</sup>. Das ist schon verfassungsrechtlich geboten. Der Unterbringung nach § 63 StGB liegt kein Verschulden im strafrechtlichen Sinne zugrunde<sup>119</sup>. Die Patienten bringen der Allgemeinheit um ihrer Sicherheit willen ein Sonderopfer<sup>120</sup>. Das aber kann von ihnen nur verlangt werden, wenn der Staat gleichzeitig alles daran setzt, die Notmaßnahme überflüssig zu machen und der sozialen Ausgliederung der Patienten entgegen zu wirken. Der Maßregelvollzug stellt sich hier nicht nur als Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Positionen dar. Der Arzt tritt den Patienten in Ausübung eines öffentlichen Amtes gegenüber<sup>121</sup>. Seine Maßnahmen sind behördliche Realhandlungen hoheitlicher Art. Soweit sich die Patienten einer Behandlung verweigern, stellt sich die Frage, ob die Ärzte insoweit auch Zwang ausüben dürfen. Da der Bund diese Frage weder in § 63 StGB noch in § 136 StVollzG geregelt hat, haben die Bundesländer entsprechende Regelungen zu treffen. Nach § 40 Abs. 3 BbgPsychKG trifft die Patienten eine Duldungspflicht in Bezug auf die Erkrankungen, die zu den Voraussetzungen der Unterbringung geführt haben. Alle ärztlichen Behandlungsmaßnahmen und gegebenenfalls die erteilten Einwilligungen sind zu dokumentieren. Maßgeblicher Teil des eingangs dargestellten Anspruchs auf ärztliche Behandlung ist der Therapieplan nach §§ 37 Abs. 2 S. 2 und 3, 15 Abs. 2 BbgPsychKG. Die Behandlung muss mit den Patienten erörtert und der Behandlungsplan muss der Entwicklung der untergebrachten Personen angepasst werden, §§ 37 Abs. 2 und 3, 15 Abs. 2 S. 5 und 6 BbgPsychKG. Die Patienten müssen nach § 37 Abs. 1 BbgPsychKG schon zu Beginn ihrer Behandlung über die Ziele des Maßregelvollzugs belehrt und über ihre Rechte und Pflichten unterrichtet werden.

Der Ablauf der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB entspricht dem Ablauf der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB. Das Brandenburgische Psychisch-Kranken-Gesetz unterscheidet nicht zwischen beiden Rechtsinstituten<sup>122</sup>. Zum Ablauf der Unterbringung nach § 64 StGB kann daher auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

---

118 So auch *Volckart/Grünebaum*, S. 222.

119 Vgl. hierzu Abschnitt A.II.

120 So *Volckart/Grünebaum*, S. 222; *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 80 m.w.N.

121 Vgl. hierzu *Volckart/Grünebaum*, S. 221.

122 Vgl. die Überschrift des 4. Abschnitts des BbgPsychKG: „Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung“. Auch in den einzelnen Vorschriften finden sich keine abweichenden Regelungen.

## V. Grundsätzliches zur Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten (§ 81 StPO) und zur einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO)

### 1. Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten, § 81 StPO

Ausweislich § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. c Alt. 3 BbgPsychKG regelt das BbgPsychKG den Vollzug einer nach § 81 StPO angeordneten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer psychiatrischen Krankenhausabteilung, in einer Entziehungsanstalt oder in einer sonstigen psychiatrischen Einrichtung.

§ 81 Abs. 1 StPO gestattet die Unterbringung des Beschuldigten und seine Beobachtung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus zur Vorbereitung eines psychischen Gutachtens. Die Unterbringung nach § 81 StPO zählt zum Recht des Sachverständigenbeweises<sup>123</sup>. Sinn und Zweck der Norm ist es, dem Sachverständigen die von ihm für die Anfertigung seines Gutachtens benötigten Anknüpfungstatsachen zu verschaffen<sup>124</sup>. Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten hat schon aus diesem Grunde mit dem Maßregelvollzug keine rechtliche Ähnlichkeit<sup>125</sup>. Die Vorschrift bildet die Rechtsgrundlage für Eingriffe in die Freiheit der Person des Beschuldigten (Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 1 S. 1 GG) und legitimiert Eingriffe in seine Privatsphäre (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG)<sup>126</sup>.

Voraussetzung einer Anordnung der Unterbringung nach § 81 Abs. 1 StPO ist, dass die Unterbringung zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Beschuldigten dient. Das bezieht sich in erster Linie auf die Prüfung der Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB<sup>127</sup>. Steht die Schuldunfähigkeit bzw. die verminderte Schuldfähigkeit fest, so ist die Unterbringung zur Prüfung der Gefährlichkeit im Sinne von §§ 63, 66 StGB<sup>128</sup> bzw. zur Beurteilung der Frage der Verhandlungsfähigkeit<sup>129</sup> zulässig. Zweite Voraussetzung ist ein dringender Tatverdacht gegen den Beschuldigten, § 81 Abs. 2 S. 1 StPO. Ein solcher liegt vor, wenn nach dem gesamten bisherigen Ermittlungsergebnis ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad dafür besteht, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat. Das ist grundsätzlich nach Lage der Akten zu beurteilen<sup>130</sup>. Schließlich muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet

---

123 Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 1; Bosch, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 1.

124 Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 1.

125 Volckart/Grünebaum, S. 72.

126 Vgl. dazu BVerfG, NJW 2002, 283 (284).

127 Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 13; Meyer-Goßner, § 81 Rdnr. 5 m.w.N.

128 Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 15; Meyer-Goßner, § 81 Rdnr. 5.

129 Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 14; Meyer-Goßner, § 81 Rdnr. 5.

130 Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 11; Wassermann, in: Achenbach/Amelung/Dästner (Hrsg.), § 81 Rdnr. 3 m.w.N.



werden, § 81 Abs. 2 S. 2 StPO. Dieser steht der Anordnung einer Unterbringung entgegen, wenn die Unterbringung für den Beschuldigten schwerer wiegt als die Strafe oder Maßregel, die er für die Straftat zu erwarten hat<sup>131</sup>. Die Anordnung darf nur erfolgen, wenn sie unerlässlich ist<sup>132</sup>, wenn also der psychische Zustand des Beschuldigten auf andere Weise nicht beurteilt werden kann.

Nach § 81 Abs. 2 StPO entscheidet im vorbereitenden Verfahren das Gericht, das für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständig wäre. Die nach § 81 Abs. 1 StPO darf die Dauer von insgesamt sechs Wochen nicht überschreiten, § 81 Abs. 5 StPO.

Zum Ablauf der Unterbringung nach § 81 StPO findet sich im Landesrecht keine Regelung (Ausnahme: § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. c Alt. 3 BbgPsychKG). Anerkannt ist aber, dass der Beschuldigte nur festgehalten und beobachtet werden darf<sup>133</sup>. Wahrnehmungsgegenstand ist das Verhalten des Beschuldigten in Wort und Tat<sup>134</sup>. Körperliche Eingriffe, Entnahmen von Blutproben und andere Eingriffe sind ohne das Einverständnis des Beschuldigten nur bei besonderer Anordnung nach § 81a StPO zulässig. Der Beschuldigte darf befragt werden. Antworten dürfen aber nicht erzwungen werden. Weigert sich der Beschuldigte, an einer Exploration mitzuwirken, muss die Unterbringung aufgehoben werden, wenn die Beobachtung allein keine Erfolgsaussicht bietet. Eine Überwachung des Schriftverkehrs und des Fernmeldeverkehrs des Beschuldigten ist nicht ohne weiteres zulässig<sup>135</sup>. Diagnostische oder therapeutische Maßnahmen dürfen grundsätzlich nur mit Einwilligung des Beschuldigten oder seines gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden. Eine Zwangsbehandlung kommt nur auf der Grundlage einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung in Betracht.

Der Beschuldigte ist nach § 81 Abs. 1 StPO in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus unterzubringen und zu beobachten<sup>136</sup>.

## **2. Die einstweilige Unterbringung, § 126a StPO**

Das Brandenburgische Psychisch-Kranken-Gesetz regelt darüber hinaus u.a. den Vollzug einer nach § 126a StPO angeordneten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer psychiatrischen Krankenhausabteilung,

---

131 Vgl. *Meyer-Goßner*, § 81 Rdnr. 7.

132 BVerfGE 17, 108 (117).

133 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 35; *Meyer-Goßner*, § 81 Rdnr. 20.

134 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 36.

135 Vgl. hierzu *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 40.

136 Zum Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ vgl. Abschnitt B. I. 2. b) im 4. Teil der Arbeit.

in einer Entziehungsanstalt oder in einer sonstigen psychiatrischen Einrichtung, § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 4 BbgPsychKG.

Nach § 126a StPO kann das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit begangen hat und dass seine Unterbringung in einer dieser Einrichtungen angeordnet wird, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. Die Vorschrift dient dem Schutz der Allgemeinheit vor gemeingefährlichen Rechtsbrechern<sup>137</sup>. In der Regel mündet diese im Ermittlungsverfahren getroffene Anordnung in einer Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB<sup>138</sup>. Die Regelung des § 126a StPO wurde mit Art. 2 Nr. 6 des AG-GewVbrG vom 24.11.1933 in die StPO eingefügt<sup>139</sup>.

Voraussetzung ist zunächst, dass dringende Gründe für die Annahme vorliegen, jemand habe eine rechtswidrige Tat (§ 11 Nr. 5 StGB) im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangen. Es müssen daneben dringende Gründe für die Annahme vorliegen, der Betreffende werde deswegen in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) untergebracht. Weitere Voraussetzung ist, dass die öffentliche Sicherheit (Schutz vor weiteren erheblichen Taten) die vorläufige Maßregel erfordert. Es muss die Wahrscheinlichkeit gegeben sein, dass der Beschuldigte ohne Anordnung der Sicherungshaft weitere schwerwiegende Straftaten begehen wird, vor denen die Allgemeinheit geschützt werden muss<sup>140</sup>. Schließlich ist auch hier der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten<sup>141</sup>. Eine Unterbringung kommt danach insbesondere dann nicht in Betracht, wenn weniger einschneidende Maßnahmen nach den landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen möglich sind.

---

137 *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 126a Rdnr. 2; *Meyer-Goßner*, § 126a Rdnr. 1; *Wankel*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 126a Rdnr. 1; *Pollähne*, R & P 2002, 229 (231).

138 *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 126a Rdnr. 2; *Meyer-Goßner*, § 126a Rdnr. 1; *Pollähne*, R & P 2002, 229 (230).

139 Vgl. hierzu Abschnitt A. I. Der Wortlaut des § 126a S. 1 StPO lautete: „Sind dringende Gründe für die Annahme vorhanden, daß jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit oder der verminderten Zurechnungsfähigkeit begangen hat und daß seine Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet werden wird, so kann das Gericht durch Unterbringungsbefehl seine einstweilige Unterbringung anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert.“

140 *Wankel*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 126a Rdnr. 3.

141 *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 126a Rdnr. 5.

Zum Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO existieren keine spezialgesetzlichen Regelungen<sup>142</sup>. Die Vorschriften zum Vollzug der Untersuchungshaft in § 119 StPO gelten gemäß § 126a Abs. 2 StPO entsprechend. Allerdings ist die Regelung in diesem Rahmen als rudimentär zu bezeichnen. Hinzu kommen die Vorschriften der Untersuchungshaftvollzugsordnung. Nach Nr. 89 Abs. 1 UVollzO, die von der Justizverwaltung des Landes Brandenburg durch Allgemeinverfügung vom 14.03.1991<sup>143</sup> in Kraft gesetzt wurde, wird die einstweilige Unterbringung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus oder einer öffentlichen Entziehungsanstalt vollzogen. Nach Nr. 90 Abs. 2 UVollzO gelten für den Vollzug der einstweiligen Unterbringung, soweit nicht Rücksichten auf das Verfahren entgegenstehen oder anderes bestimmt ist, die Vorschriften über den Vollzug der Unterbringung gemäß §§ 63, 64 StGB entsprechend. Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um eine justizministerielle Verwaltungsvorschrift. Weder der Haftrichter (vgl. Nr. 2 Abs. 2 S. 1 UVollzO) noch die Gesundheitsverwaltungen, denen die Einrichtungen des Maßregelvollzugs unterstehen, sind rechtlich an die Verwaltungsvorschrift gebunden. Ohne ausdrückliche haftrichterliche Bestätigung im Einzelfall ist daher auch Nr. 90 Abs. 2 UVollzO nicht geeignet, die Anwendbarkeit des Maßregelvollzugsrechts der Länder auf den Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO zu begründen<sup>144</sup>. Auch der Landesgesetzgeber kann die Vorschriften des Maßregelvollzugsrechts nicht ohne weiteres auf den Vollzug der einstweiligen Unterbringung für anwendbar erklären. Denn eine undifferenzierte Übertragung auf die einstweilige Unterbringung, die alle Vorschriften für unmittelbar anwendbar erklärt (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. c Alt. 4 BbgPsychKG), übersieht die bundesrechtlichen Vorgaben aus § 126a Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 119 StPO<sup>145</sup>. Der Landesgesetzgeber darf allenfalls die verbliebenen Regelungslücken landesgesetzlich ausfüllen. Machen die Länder hiervon Gebrauch, bliebe es allerdings bei der Kollisionsgefahr mit den haftrichterlichen Entscheidungen nach § 119 StPO. Daher hat der Haftrichter die für den Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO erforderlichen „Individualregelungen“ zu treffen. Er kann sich dabei auf die Untersuchungshaftvollzugsordnung beziehen und deren Regelungen im konkreten Fall für anwendbar erklären und demgemäß das jeweilige Landesrecht zum Maßregelvollzug auf den Vollzug der einstweiligen Unterbringung übertragen<sup>146</sup>. Er könnte stattdessen auch unmittelbar die Anwendbarkeit des Landesrechts anordnen. Schließlich könnte er, wie es Nr. 90 Abs. 2 UVollzO andeutet, „anderes bestimmen“ und etwa nur einzelnen Normen des Brandenburgischen Psychisch-

---

142 Vgl. auch *Volckart/Grünebaum*, S. 70; *Pollähne*, R & P 2003, 57 (65).

143 JVBl. S. 5.

144 Vgl. *Pollähne*, R & P 2003, 57 (66).

145 So auch *Pollähne*, R & P 2003, 57 (66).

146 *Pollähne*, R & P 2003, 57 (67).

Kranken-Gesetzes für anwendbar oder andere für nicht anwendbar erklären oder auch modifizieren. Die Ausgestaltung des Vollzugs richtet sich in jedem Fall auch nach § 119 StPO<sup>147</sup>. Der schriftliche und mündliche Verkehr des Untergebrachten mit der Außenwelt wird wie bei einem Verhafteten kontrolliert. Eine zwangsweise medizinische Behandlung ist auch unter Anwendung unmittelbaren Zwangs möglich<sup>148</sup>. Allerdings begrenzt § 178 i.V.m. § 101 StVollzG deren Zulässigkeit, auch gegenüber weitergehenden landesrechtlichen Ermächtigungen. Für die Unterbringung ist ein Haftbefehl erforderlich, §§ 126a Abs. 2 S. 1, 114ff. StPO. Die Unterbringung ist aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen oder wenn das Gericht im Urteil die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt nicht anordnet, § 126a Abs. 3 S. 1 StPO. Nach § 126a Abs. 3 S. 2 StPO darf die Freilassung durch die Einlegung eines Rechtsmittels nicht aufgehalten werden.

Der Beschuldigte ist nach § 126a Abs. 1 S. 1 StPO in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt unterzubringen.

Die einstweilige Unterbringung kann auch gegen Jugendliche gerichtet werden<sup>149</sup>.

## **B. Historischer Ablauf der Privatisierung**

### **I. Gesetzgebungsverfahren**

#### **1. Das Zweite Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes vom 07.07.2004**

Die Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO wurde mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes vom 29.06.2004 in das Regelwerk eingefügt.

Dieser Gesetzesänderung lagen landeshaushalts- und landesorganisationsrechtliche Reformbestrebungen zugrunde.

---

147 Vgl. hierzu *Rogall*, in: SK-StPO, § 126a Rdnr. 10; *Boujong*, in: Pfeiffer (Hrsg.), § 126a Rdnr. 7.

148 A.A. *Volckart/Grünebaum*, S. 71: „ausschließlich verfahrenssichernde Maßnahmen zulässig“.

149 *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 126a Rdnr. 2; *Wankel*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 126a Rdnr. 7.

Bereits das „Gesetz zur Beseitigung des strukturellen Ungleichgewichts im Haushalt“ (Haushaltsstrukturgesetz 2000 – HStrG 2000)<sup>150</sup> vom 28.06.2000 sieht in Art. 1 § 3 HStrG 2000 vor, dass die Landeskliniken vorbehaltlich der Prüfung der zulässigen und geeigneten Rechtsform, der Sachgerechtigkeit und wirtschaftlichen Auswirkung aus der Landesverwaltung auszugliedern sind. Darauf aufbauend sieht Art. 2 § 3 S. 2 Nr. 13 des „Gesetzes zur Sicherung des Landeshaushalts und zur Modernisierung der Landesverwaltung“ (Haushaltssicherungsgesetz 2003 – HSichG 2003)<sup>151</sup> vom 10.07.2003 vor, dass u.a. die Landeskliniken im Zuge der Aufgabenkritik unter Beachtung des § 2 Abs. 1 bis 4 und nach Maßgabe der §§ 7, 65 LHO ganz oder teilweise aus der Landesverwaltung ausgegliedert werden<sup>152</sup>. In der Praxis verfolgt das Haushaltssicherungsgesetz 2003 die Ziele des Abbaus von Stellen in der Landesverwaltung unter Gewährleistung der Leistungsfähigkeit der Landesverwaltung, die Begrenzung von Personalausgaben und die Prüfung, welche Aufgaben gestrichen oder effizienter wahrgenommen werden können<sup>153</sup>.

Auf dieser Grundlage legte die Landesregierung am 19.01.2004 einen Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes vor<sup>154</sup>. Nach dessen § 36 Abs. 3 S. 2 kann „diese Aufgabe“ (gemeint sind die im Satz 1 genannten Aufgaben nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG, §§ 81, 126a StPO) Einrichtungen privater Träger übertragen werden, wenn sie sich dafür eignen. Der Gesetzentwurf nennt als Motive der Ausgliederung der Landeskliniken aus der Landesverwaltung den steigenden Kapazitätsbedarf und die steigenden Kosten: Wegen der hohen Kosten des Gesundheitswesens und aus Gründen der Flexibilität und besseren Sicherungsmöglichkeiten habe sich bundesweit ein Trend zur Verwirtschlichung von Krankenhäusern entwickelt<sup>155</sup>. Daher sei die Möglichkeit zu nutzen, die Aufgaben des nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der §§ 81, 126a StPO aus der Landesverwaltung auszugliedern, da sie von privater Seite sinnvoller und wirtschaftlicher erledigt werden könnten<sup>156</sup>. Es sei erforderlich, für die benötigten Einrichtungen wirtschaftlichere Alternativen zu erschließen<sup>157</sup>. Hinzu käme, dass die bislang nach dem Vollstreckungsplan des Landes Brandenburg vollzogene Unterbringung nach §§ 81, 126a StPO in grundsätzlich allen psychiatrischen Krankenhausstandorten des Landes durch die Rechtsprechung zunehmend in Frage gestellt werde<sup>158</sup>.

---

150 GVBl. I/2000 vom 30.06.2000, S. 90ff.

151 GVBl. I/2003 vom 14.07.2003, S. 194ff.

152 Hierzu auch *Westphal*, S. 146.

153 Vgl. hierzu *Westphal*, S. 22.

154 LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004.

155 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 1.

156 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 2.

157 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 6.

158 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 7.

Durch die beabsichtigte Änderung des § 36 Abs. 3 BbgPsychKG werde die Rechtsgrundlage für eine Übertragung von Landesaufgaben im Zusammenhang mit §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und §§ 81, 126a StPO auf weitere (private) Träger geschaffen. Dabei werde die Verantwortung des Landes für die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Maßregelvollzugs sowie des Vollzugs der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO durch eine Übertragung auf private Träger nicht geschmälert. Umfang und Grenzen der Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf private Träger seien jeweils verfassungsrechtlich zu bewerten; dabei werde die jeweilige konkrete Aufgabe zu untersuchen sein<sup>159</sup>. Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes werde die Möglichkeit geschaffen, nicht die Aufgabe als solche zu übertragen, sondern nur deren Durchführung unter Aufsicht der zuständigen Behörde<sup>160</sup>. Bei der Umsetzung der Beleihungsermächtigung in der Praxis seien insbesondere die verfassungsrechtlichen Grenzen des Art. 33 Abs. 4 GG zu berücksichtigen<sup>161</sup>. Wegen der Schwere der mit der freiheitsentziehenden Maßnahme einhergehenden Grundrechtseingriffe seien die Aufsichts- und Kontrollbefugnisse der dafür zuständigen Behörden eindeutig und umfassend festzulegen<sup>162</sup>. Das Land Brandenburg habe dafür Sorge zu tragen, dass das amtliche exekutive Handeln privater Beliehener mit hoher grundrechtlicher Relevanz streng normativ geleitet werde und stets kontrolliert bleibe<sup>163</sup>. Es habe deshalb sämtliche Vorkehrungen zu treffen, die die Einhaltung der mit der Unterbringung von Patienten nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG bzw. §§ 81, 126a StPO einhergehenden Pflichten des Staates garantieren und müsse im besonderen Maße den Schutz der Patienten sicherstellen<sup>164</sup>. Es sei verpflichtet, die dafür erforderlichen Kontrollorgane zu installieren und deren Funktionsfähigkeit zu gewährleisten<sup>165</sup>.

Daneben sah der Gesetzentwurf die Änderung der § 38a BbgPsychKG vor<sup>166</sup>.

Schließlich wurde § 38b BbgPsychKG den Änderungen des § 36 Abs. 3 BbgPsychKG angepasst. Nach der neuen Fassung solle die Aufsicht über die Einrichtungen nach § 36 Abs. 3 BbgPsychKG von der oberen Landesbehörde ausgeübt werden. Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben solle sie auf die Einhaltung der §§ 37, 38 BbgPsychKG hinwirken und deren ordnungsgemäße Anwendung

---

159 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 7.

160 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 8.

161 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 2.

162 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 7f.

163 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 8.

164 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 8f.

165 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 9.

166 Die Änderung ist für die vorliegende Untersuchung ohne Belang. Auf eine Darstellung wird daher verzichtet.

regelmäßig überprüfen. Die Aufsichtspflicht könne sich nach der jeweiligen Gestaltung der Übertragung allerdings nur auf die Fachaufsicht beziehen<sup>167</sup>.

In der 90. Sitzung des Landtags Brandenburg am 29.01.2004 fand die erste Lesung des Gesetzes statt<sup>168</sup>. Der damalige Minister für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen, *Günter Baaske*, wies für die Landesregierung auf die Verpflichtung seines Hauses hin, die Landeskliniken aus der Landeshoheit auszugliedern. Im Folgenden fasste der Minister die Motive des Gesetzentwurfs zusammen. Die Fraktionen der PDS<sup>169</sup> und der DVU<sup>170</sup> lehnten den Gesetzentwurf ab. Die Fraktionen der SPD<sup>171</sup> und der CDU<sup>172</sup> baten um Überweisung des Gesetzentwurfs in den Fachausschuss und den Rechtsausschuss. Mit Beschluss vom selben Tag wurde der Gesetzentwurf auf Empfehlung des Präsidiums in den federführenden Ausschuss für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen und an den Rechtsausschuss überwiesen<sup>173</sup>.

Der Ausschuss für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen legte in seiner 60. Sitzung am 18.02.2004 auf Antrag seiner Mitglieder aus der Fraktion der PDS fest, eine Anhörung zum Gesetzentwurf durchzuführen<sup>174</sup>. Auf seiner 61. Sitzung am 10.03.2004 legte der Ausschuss fest, dass diese Anhörung am 05.05.2004 stattfinden sollte<sup>175</sup>. Im Vorgriff auf diese Anhörung hörte der Ausschuss für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen in seiner 63. Sitzung am 21.04.2004 den damaligen Landesbeauftragten für den Datenschutz, Herrn Dr. *Alexander Dix*, an<sup>176</sup>. Der Datenschutzbeauftragte wies zunächst darauf hin, dass Gefangene nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichtes* nicht insgesamt der Leitung von Privatpersonen unterstellt werden dürften<sup>177</sup>. Zudem sei der Gesetzentwurf, der die Möglichkeit der Übertragung der Aufgaben nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG, §§ 81, 126a StPO schaffe, zu unbestimmt. Schließlich rügte der Datenschutzbeauftragte, dass der Gesetzentwurf den Anforderungen der Landesverfassung, gerade auch im Hinblick auf das Grundrecht auf Datenschutz, nicht genüge<sup>178</sup>.

---

167 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 9.

168 Vgl. PIPr. 3/90 vom 29.01.2004, S. 6234ff.

169 Vgl. PIPr. 3/90 vom 29.01.2004, S. 6235.

170 Vgl. PIPr. 3/90 vom 29.01.2004, S. 6236.

171 Vgl. PIPr. 3/90 vom 29.01.2004, S. 6236.

172 Vgl. PIPr. 3/90 vom 29.01.2004, S. 6237.

173 BePr. 3/90 vom 29.01.2004, S. 2.

174 APr. 3/968 vom 02.03.2004, S. 3.

175 APr. 3/987 vom 23.04.2004, S. 3.

176 APr. 3/1012 vom 04.05.2004, S. 15ff.

177 APr. 3/1012 vom 04.05.2004, S. 16.

178 APr. 3/1012 vom 04.05.2004, S. 17. Vgl. hierzu insbesondere die schriftliche Stellungnahme in Anlage V zum APr.

In der 65. Sitzung des Ausschusses am 05.05.2004 fand die in der 61. Sitzung beschlossene Anhörung statt<sup>179</sup>. Einer der eingeladenen Sachverständigen, Prof. *Dr. Pollähne*, sprach sich unter Hinweis auf Art. 33 Abs. 4 GG gegen den Gesetzentwurf aus<sup>180</sup>. Zur Übertragung der Aufgabe nach § 81 StPO vertrat er die Auffassung, dass eine solche Übertragung aufgrund der bundesgesetzlichen Vorgabe des § 81 StPO nicht möglich sei. Zu § 126a StPO wies der Sachverständige auf die Untersuchungshaftvollzugsordnung hin, nach deren Nr. 89 Abs. 1 der Vollzug der einstweiligen Unterbringung in öffentlichen Krankenhäusern zu erfolgen habe. Entgegen dieser Auffassung hielt der zweite Sachverständige, Prof. *Dr. Kammeier*, eine Übertragung der im Gesetzentwurf genannten Aufgaben auf private Träger für möglich<sup>181</sup>.

In seiner 66. Sitzung am 19.05.2004 legte der Ausschuss für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen fest, dem Landtag die Annahme des Gesetzentwurfs der Landesregierung zu empfehlen<sup>182</sup>. In der Beschlussempfehlung wurde Satz 2 dahingehend geändert, dass nun von der „Durchführung dieser Aufgabe“ die Rede ist<sup>183</sup>. Hiermit sollte klargestellt werden, dass nicht die Aufgabe selbst, sondern deren Durchführung übertragen werden kann.

In der 2. Lesung am 16.06.2004 sprachen sich die Fraktionen der SPD und der CDU für den Gesetzentwurf aus<sup>184</sup>. Die Fraktionen der PDS und der DVU blieben bei ihrer ablehnenden Haltung<sup>185</sup>. Der Minister für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen wies abschließend darauf hin, dass alle Gebäude saniert und auf dem modernsten Stand der Wissenschaft seien; auch therapeutisch könne alles angeboten werden, was die moderne Therapie in der Forensik benötige und die Einrichtungen böten einen modernen Sicherheitsstandard<sup>186</sup>.

In derselben Sitzung beschloss der Landtag das Gesetz<sup>187</sup>. Das Zweite Gesetz zur Änderung des BbgPsychKG wurde schließlich am 06.07.2004 verkündet<sup>188</sup> und ist am 07.07.2004 in Kraft getreten.

---

179 APr. 3/1021 vom 12.05.2004, S. 4ff.

180 APr. 3/1021 vom 12.05.2004, S. 6.

181 APr. 3/1021 vom 12.05.2004, S. 13.

182 APr. 3/1033 vom 03.06.2004, S. 3.

183 Vgl. LT-Drs. 3/7317 vom 25.05.2004, S. 4.

184 PIPr. vom 16.06.2004, S. 6779.

185 PIPr. vom 16.06.2004, S. 6779f.

186 PIPr. vom 16.06.2004, S. 6780.

187 BePr. vom 3/97 vom 28.07.2004, S. 4.

188 GVBl. I/2004 vom 06.06.2004, S. 342.



## 2. Das Brandenburgische Psychisch-Kranken-Gesetz vom 05.05.2009

Wesentliche Teile des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes blieben seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1996 unverändert. Daher war nach Auffassung der Brandenburgischen Landesregierung im Jahr 2009 eine Aktualisierung und Überarbeitung des Gesetzes erforderlich. Neben Klarstellungen und redaktionellen Änderungen sollten hierbei auch Erkenntnisse aus der Rechtsprechung und der Literatur berücksichtigt werden<sup>189</sup>. Das Gesetz wurde neu gegliedert und die einzelnen Vorschriften wurden auf Klarheit des Regelungsgehalts überprüft<sup>190</sup>. In diesem Rahmen wurde auch der 4. Abschnitt über den „Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung“ überarbeitet. § 36 Abs. 3 BbgPSychKG sollte nach dem Gesetzentwurf der Landesregierung folgenden Wortlaut erhalten:

„Die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach den §§ 63 und 64 des Strafgesetzbuches sowie des § 7 des Jugendgerichtsgesetzes werden in psychiatrischen Krankenhäusern und Entziehungsanstalten vollzogen, soweit sie in den Vollstreckungsplan nach Absatz 2 aufgenommen sind. Einrichtungen anderer öffentlicher und privater Träger kann die Durchführung dieser Aufgabe mit deren Zustimmung widerruflich übertragen werden, wenn sie sich dafür eignen. Insoweit werden sie von dem für Gesundheit zuständigen Mitglied der Landesregierung mit hoheitlicher Gewalt beliehen und unterstehen der Fachaufsicht der nach § 43 zuständigen Behörde. Die Sätze 1 bis 3 gelten entsprechend für die Unterbringung des Beschuldigten zur Beobachtung nach § 81, für die einstweilige Unterbringung nach § 126a und die Sicherungshaft nach den §§ 453c, 463 Abs. 1 der Strafprozessordnung, soweit diese wegen des drohenden Widerrufs der Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel angeordnet worden ist.“

Neben redaktionellen Änderungen ist neu, dass das Gesetz nun auch die Sicherungshaft nach §§ 453c, 463 Abs. 1 StPO behandelt. Außer einer Begründung hierzu<sup>191</sup> finden sich zu Absatz 3 keine weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung.

§ 36 Abs. 5 BbgPsychKG soll im Wesentlichen die bisherige Regelung des § 36 Abs. 4 BbgPsychKG über die Verantwortung der ärztlichen Leitung für die Einrichtungen des Maßregelvollzugs übernehmen<sup>192</sup>.

---

189 LT-Drs. 4/6975 vom 02.12.2008, S. 1.

190 LT-Drs. 4/6975 vom 02.12.2008, S. 1.

191 LT-Drs. 4/6975 vom 02.12.2008, S. 64.

192 LT-Drs. 4/6975 vom 02.12.2008, S. 65.

Daneben wurden, das sei hier der Vollständigkeit wegen erwähnt, einige der Verweisungen in den Vorschriften über den Maßregelvollzug auf die Vorschriften über die öffentlich-rechtliche Unterbringung aufgelöst. Das betrifft z.B. wichtige Gegenstände wie die Behandlung des Patienten sowie Lockerungen und Urlaub. Alle Gegenstände, hinsichtlich derer bisher § 36 Abs. 6 BbgPsychKG in auf die Vorschriften über die öffentlich-rechtliche Unterbringung verwies, sollten nunmehr im 4. Abschnitt eigenständig geregelt werden<sup>193</sup>.

Am 18.12.2008 fand die 1. Lesung des Gesetzentwurfs statt<sup>194</sup>. Ohne eine Debatte wurde der Gesetzentwurf auf Empfehlung des Präsidiums an den Ausschuss für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie überwiesen<sup>195</sup>. Dort fanden in der 56. Sitzung am 14.01.2009<sup>196</sup> und in der 57. Sitzung am 11.02.2009<sup>197</sup> Anhörungen statt. Im Ergebnis wurde § 36 Abs. 5 des Gesetzentwurfs dahingehend ergänzt, dass die ärztliche Leitung und deren Vertretung im Maßregelvollzug ausschließlich durch Beamte oder Verwaltungsangehörige im Sinne von Art. 96 Abs. 3 LVBbg wahrzunehmen ist<sup>198</sup>. Daneben wurde eine Regelung aufgenommen, die eine Einführung der Zustimmung der Aufsichtsbehörde zur Beschäftigung von Personen bei nicht öffentlichen Krankenhausträgern und ihre widerrufliche Bestellung für Vollzugsaufgaben mit der Befugnis zur Ausübung unmittelbaren Zwangs in mit hoheitlicher Gewalt beliehenen Krankenhäusern beinhaltet (§ 10 Abs. 2 des Entwurfs). Schließlich wurde die Ausübung der Fachaufsicht spezifiziert (§ 10 Abs. 4 des Entwurfs). Diese Regelungen gehen auf das Urteil des *Niedersächsischen Staatsgerichtshofes* vom 05.12.2008 zurück<sup>199</sup>.

Am 01.04.2009 fand die 2. Lesung des Gesetzes statt. Hierbei betonten sowohl die Fraktion der CDU, als auch die Ministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie, dass die nichtöffentlichen Krankenhausträger nunmehr für die staatliche Aufgabenwahrnehmung ausreichend demokratisch legitimiert seien<sup>200</sup>.

Mit Beschluss vom 01.04.2009 verabschiedete der Landtag das Gesetz mehrheitlich<sup>201</sup>. Das neue „Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch kranke und seelisch behinderte Menschen im Land Brandenburg“ vom 05.05.2009 wurde

---

193 LT-Drs. 4/6975 vom 02.12.2008, S. 63f.

194 Vgl. PIPr. 4/78 vom 18.12.2008, S. 5761.

195 BePr. 4/78 vom 07.01.2009, S. 2.

196 APr. 4/771 vom 14.01.2009.

197 APr. 4/782-2 und APr. 4/782-3 vom 11.02.2009.

198 LT-Drs. 4/7364 vom 26.03.2009, S. 91.

199 LT-Drs. 4/7364 vom 26.03.2009, S. 91.

200 PIPr. 4/83 vom 01.04.2009, S. 6147, 6148.

201 BePr. 4/83 vom 02.04.2009, S. 4.

schließlich im Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg vom 12.05.2009 verkündet<sup>202</sup>.

Diese Vorschriften liegen der vorliegenden Untersuchung zugrunde.

## **II. Ausschreibungsverfahren**

Auf der Rechtsgrundlage des § 36 Abs. 3 S. 2 und 3 BbgPsychKG in der Fassung vom 07.07.2004 suchte das Land Brandenburg im Wege eines Interessenbekundungsverfahrens nach Trägern für die Fachkliniken für Psychiatrie und Neurologie in Brandenburg an der Havel, Eberswalde, Lübben und Teupitz. Aus den eingegangenen 25 Angeboten wurden sieben Angebote ausgewählt, über die mit den Bewerbern verhandelt wurde. Eine vom Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie eingesetzte Steuerungsgruppe schlug schließlich am 13.12.2005 vor, die Landeskliniken in Brandenburg an der Havel, Lübben und Teupitz gemeinsam der „Asklepios Kliniken GmbH“ zu übertragen<sup>203</sup>. Die Landeslinik Eberswalde soll nach dem Votum der Steuerungsgruppe in die Trägerschaft der „ESGH Eberswalder Sozial- und Gesundheitsholding GmbH“ übergehen. Für die Auswahlentscheidung waren maßgeblich die Kompetenz und Erfahrung der neuen Träger, die vorgestellten Konzepte zur Weiterentwicklung der medizinischen Versorgung in der jeweiligen Region, die Personalkonzepte, der Schutz der Arbeitsplätze sowie die Bereitschaft zur Durchführung der notwendigen Baumaßnahmen und zur Zahlung eines Kaufpreises<sup>204</sup>. In seiner Sitzung vom 31.02.2006 stimmte das Kabinett dem Verkauf der vier Landeskliniken zu<sup>205</sup>.

## **III. Ausgliederung aus der Landesverwaltung**

Mit Bekanntmachung vom 23.11.2006 gab das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie schließlich bekannt, dass die ehemalige Landeslinik Eberswalde mit Wirkung vom 07.04.2006 und die ehemaligen Landeskliniken Brandenburg an der Havel, Lübben und Teupitz mit Wirkung vom 15.10.2006 aus der Landesverwaltung ausgegliedert worden sind<sup>206</sup>. Träger der erstgenannten Landeslinik ist nunmehr die „Martin-Gropius-Krankenhaus GmbH“. Träger der Landeskliniken in Brandenburg an der Havel, Lübben und Teupitz ist die „Asklepios Fachkliniken Brandenburg GmbH“.

---

202 GVBl I/2009 vom 12.05.2009, S. 134ff.

203 Vgl. Pressemitteilung der Landesregierung vom 13.12.2005.

204 Vgl. Pressemitteilung der Landesregierung vom 13.12.2005.

205 Vgl. Pressemitteilung der Landesregierung vom 31.01.2006.

206 ABl. Nr. 49 vom 13.12.2006, S. 775.

## **C. Rechtliche Konstruktion der Privatisierung der Landeskliniken**

### **I. Beteiligte Rechtssubjekte**

Beteiligte Rechtssubjekte sind das Land Brandenburg, vertreten durch das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen, und der jeweilige private Träger.

### **II. Der Beleihungsakt**

Mit Verwaltungsakt vom 07.04.2006<sup>207</sup>, der hier beispielhaft dargestellt werden soll, übertrug das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie der Martin-Gropius-Krankenhaus GmbH den Vollzug der als Maßregeln der Sicherung und Besserung angeordneten Unterbringungen sowie einstweiliger Unterbringungen zur Durchführung im eigenen Namen in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts.

#### **1. Übertragung der Aufgabendurchführung**

Mit dem genannten Verwaltungsakt übertrug das Land Brandenburg die hoheitliche Aufgabe, die als Maßregeln der Besserung und Sicherung angeordneten Unterbringungen in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt gemäß §§ 63, 64 StGB und § 7 JGG sowie die einstweilige Unterbringungen nach §§ 81, 126a StPO einschließlich des Betriebs einer forensischen Institutsambulanz als Nachsorgeeinrichtung (nachfolgend zusammengefasst „Maßregelvollzug“ genannt) nach Maßgabe des Vollstreckungsplanes für das Land Brandenburg im eigenen Namen in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts an den privaten Träger.

#### **2. Hoheitliche Befugnisse und Rechtsstellung des Trägers**

Dem privaten Träger wurde vom Ministerium die hoheitliche Befugnis verliehen, Unterbringungen unter Freiheitsentzug gemäß §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG sowie §§ 81, 126a StPO durchzuführen. Er darf Eingriffsmaßnahmen auf der Grundlage des § 37 in Verbindung mit § 14, § 38 Abs. 6 in Verbindung mit §§ 15 bis 18 Abs. 3, §§ 38a, 38c und § 39 in Verbindung mit §§ 19 bis 27 BbgPsychKG anordnen und

---

207 ABI. Nr. 20 vom 24.05.2006, S. 381ff. Die Darstellung folgt der Gliederung des Beleihungsaktes. Dieser ist insbesondere vor dem Hintergrund von Interesse, weil an den Beleihungsakt – wie in Abschnitt B. II. 5. im 3. Teil der Untersuchung dargelegt wird – verfassungs- und landesorganisationsrechtliche Anforderungen (vgl. § 21 Abs. 2 LOG) gestellt werden. Da der Beleihungsakt auf § 36 Abs. 3 S. 2 und 3 BbgPsychKG in der Fassung vom 29.06.2004 beruht, beziehen sich die bei den einzelnen Regelungen zitierten Vorschriften auf diese Fassung.

vornehmen. Bei der Ausübung der Befugnisse hat der Träger die Weisungen der ärztlichen Leitung der Einrichtung zu befolgen.

Die ärztliche Leitung ist über jede Maßnahme des unmittelbaren Zwangs (§ 19 Abs. 2 BbgPsychKG) und über jede besondere Sicherungsmaßnahme (§ 20 BbgPsychKG), die sie nicht selbst angeordnet hat, unverzüglich und umfassend zu unterrichten. Es erfolgt eine Überprüfung dieser Maßnahme. Gegebenenfalls erteilt die ärztliche Leitung Weisungen für vergleichbare zukünftige Fälle.

Der private Träger hat sicher zu stellen, dass die Patienten Anträge rechtzeitig und ordnungsgemäß stellen können.

### **3. Öffentlich-rechtliche Bestimmungen**

Ziffer 3 des Beleihungsaktes stellt klar, dass der private Träger den Bestimmungen des jeweils anwendbaren Rechts einschließlich des öffentlichen Rechts unterliegt.

### **4. Vollzugsleitung**

Zur Leitung des Maßregelvollzugs und zu ihrer Stellvertretung bestellt das Land Brandenburg eine Fachärztin oder einen Facharzt für Psychiatrie oder äquivalente Fachausrichtungen (zusammen nachfolgend „ärztliche Leitung“ genannt). Diese bleiben bzw. - im Falle der Neubesetzung - werden Mitarbeiter (Beamte bzw. Angestellte) des Landes Brandenburg und werden dem Träger im Wege einer ergänzenden Dienstleistungsüberlassungsvereinbarung zur Verfügung gestellt.

Die ärztliche Leitung trägt gemäß § 36 Abs. 4 BbgPsychKG die Verantwortung für die Durchführung des Maßregelvollzugs in der Einrichtung. Die ärztliche Leitung erfüllt ihre Aufgabe innerhalb des ihr gesetzlich zugewiesenen Verantwortungsbereichs eigenverantwortlich unter Beachtung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und nach Maßgabe der Weisungen der Aufsichtsbehörde. Der Träger ist, soweit der gesetzlich umschriebene Verantwortungsbereich der ärztlichen Leitung reicht, dieser gegenüber nicht zu Weisungen berechtigt. Weisungen des privaten Trägers können sich allenfalls auf betriebliche Gesichtspunkte beziehen, soweit dadurch nicht ausnahmsweise in den gesetzlichen Verantwortungsbereich der ärztlichen Leitung eingegriffen wird.

Der Träger hat sicherzustellen, dass das im Maßregelvollzug tätige Personal in dem gesetzlich der ärztlichen Leitung zugewiesenen Verantwortungsbereich den Weisungen der ärztlichen Leitung unterliegt. Er hat sicherzustellen, dass das Personal diesen Weisungen Folge leistet.

Einzelfragen des Verfahrens zur Neubesetzung der Positionen der ärztlichen Leitung regelt ein ergänzender öffentlich-rechtlicher Vertrag (sog. Beleihungsvertrag). Dieser ist für die weitere Untersuchung jedoch ohne Belang. Daher wird auf eine Darstellung verzichtet.

## **5. Personal**

Zum Personal trifft der Beleihungsakt die Festlegung, dass das zur Erfüllung der Aufgaben des Trägers eingesetzte therapeutische, pflegerische und sonstige Personal über die erforderliche Sachkunde und Zuverlässigkeit verfügen muss. Sollte sich ein Mitarbeiter im Laufe seiner Tätigkeit als nicht ausreichend qualifiziert oder unzuverlässig erweisen, hat der Träger den Mitarbeiter, soweit dies rechtlich zulässig ist, unverzüglich von seinen Tätigkeiten im Bereich des Maßregelvollzugs zu entbinden. Zudem hat der Träger das erforderliche therapeutische, pflegerische und sonstige Personal für die ordnungsgemäße Erfüllung der ihm übertragenen Aufgabendurchführung ständig bereitzuhalten.

## **6. Platzkapazität und Zuweisung zum Maßregelvollzug**

Der private Träger hat 148 Plätze für den Vollzug des Maßregelvollzugs vorzuhalten. Künftige Änderungen der Platzkapazität der Forensischen Klinik legt die Aufsichtsbehörde nach Anhörung des Trägers fest. Über jede Aufnahme von Personen zur Unterbringung entscheidet das Land Brandenburg. Die Zuweisung von Personen zur Unterbringung erfolgt durch die Aufsichtsbehörde und richtet sich nach dem Vollstreckungsplan gemäß § 36 Abs. 2 BbgPsychKG sowie dem Belegungskonzept der Aufsichtsbehörde.

Auf Weisung der Aufsichtsbehörde hat der Träger auch über die festgelegte Platzkapazität hinaus und abweichend vom Belegungskonzept der Aufsichtsbehörde Personen aufzunehmen. Diese sind den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend unterzubringen und zu behandeln. Sofern in dringenden Fällen eine Zuweisung von Personen zur Unterbringung unmittelbar durch das Gericht, die Staatsanwaltschaft oder eine andere Behörde erfolgt, ist der Träger ebenfalls zur vorläufigen Aufnahme auch über die festgelegte Platzkapazität hinaus und abweichend vom Belegungskonzept der Aufsichtsbehörde verpflichtet. Der Träger hat die Aufsichtsbehörde hierüber unverzüglich zu unterrichten. Die Aufsichtsbehörde entscheidet sodann über die weitere Unterbringung.

## **7. Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Unterbringung**

Der private Träger hat sicherzustellen, dass jederzeit die personellen, sachlichen, baulichen und organisatorischen Voraussetzungen gegeben sind, die zur ordnungsgemäßen und den Zielen des Maßregelvollzugs gerecht werdenden Unterbringung der ihm zugewiesenen Personen erforderlich sind. Er unterliegt hierbei den Richtlinien und Weisungen der Aufsichtsbehörde. Die Sicherstellung der personellen Voraussetzungen hinsichtlich der ärztlichen Leitung ist hingegen allein Aufgabe des Landes Brandenburg.

Da der Maßregelvollzug auch ein Recht des Patienten auf Arbeit umfasst<sup>208</sup>, hat der private Träger auch Aus-, Fort- und Weiterbildungsangebote sowie Arbeits- und Beschäftigungsangebote für die untergebrachten Personen bereitzustellen.

Wird der Träger seinen sich aus Ziff. 7 des Beleihungsaktes ergebenden Verpflichtungen nicht gerecht und kommt Weisungen der Aufsichtsbehörde innerhalb einer von dieser gesetzten Frist nicht nach, ist die Aufsichtsbehörde zur Selbstvornahme berechtigt. Die Ausübung sonstiger Aufsichtsmaßnahmen bleibt hiervon unberührt.

## **8. Bauliche Anlagen**

Der Beleihungsakt verpflichtet den privaten Träger darüber hinaus zum Vorhalten der zur Durchführung des Maßregelvollzugs erforderlichen baulichen Anlagen. Der private Träger hat daneben für eine angemessene Gestaltung und Instandsetzung der baulichen Anlagen zu sorgen.

## **9. Sicherungspflichten**

Um das Ziel des Maßregelvollzugs, den Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern, zu gewährleisten, hat der private Träger unter Beachtung der Weisungen der ärztlichen Leitung die erforderlichen und geeigneten entsprechenden Maßnahmen, insbesondere solche gegen das Entweichen von untergebrachten Personen, zu treffen. Er hat zudem die Sicherheit innerhalb der Einrichtung sicher zu stellen. Der Beleihungsakt verpflichtet den privaten Träger auch zur Vornahme von Maßnahmen zur Verbesserung der Qualitäts- und Sicherheitsstandards, die die Aufsichtsbehörde angeordnet hat.

Bei notwendigen Transporten und Aufenthalten von untergebrachten Personen außerhalb der Einrichtung, insbesondere bei den Vollzugslockerungen gemäß § 38

<sup>208</sup> Vgl. hierzu Abschnitt A. IV.

Abs. 2 BbgPsychKG, hat der private Träger dafür Sorge zu tragen, dass eine entsprechend geeignete Begleitung durch Fachpersonal der Forensik stattfindet. Kann der Träger die Sicherheit der Allgemeinheit bei Gerichtsvorfürungen usw. nicht gewährleisten, hat er die Polizei um Amts- bzw. Vollzugshilfe zu ersuchen.

Schließlich legt Ziff. 9 des Beleihungsaktes eine Unterrichtungspflicht des privaten Trägers in den Fällen fest, in denen nach seiner Einschätzung die erforderliche Sicherheit innerhalb der Einrichtung oder hinsichtlich des Schutzes der Allgemeinheit nicht gewährleistet werden kann. Hierbei ist unerheblich, auf welchen Gründen diese Gefährdung beruht. Hiervon unberührt bleiben die Unterrichtungspflichten der ärztlichen Leitung.

## **10. Institutsambulanz**

Für den Maßregelvollzug ist nach Ziff. 1 des Beleihungsaktes auf dem Gelände der Landesklinik bis zum 31. Dezember 2007 eine forensische Nachsorgeeinrichtung einzurichten und in Betrieb nehmen. Diese ist als forensische Institutsambulanz mit einer anfänglichen Behandlungskapazität von 25 Personen einzurichten. Einzelheiten der Errichtung und des Betriebs werden durch ergänzenden Beleihungsvertrag geregelt. Da die Errichtung und der Betrieb dieser Institutsambulanz für die weitere Untersuchung nicht von Interesse sind, wird auf eine weitere Darstellung verzichtet.

## **11. Aufsicht**

Ziff. 11 des Beleihungsaktes regelt die Aufsicht des Landes Brandenburg über den privaten Träger.

Der Träger und sein Personal unterliegen der uneingeschränkten Fachaufsicht durch das Land Brandenburg. § 15 Abs. 3 LOG gilt entsprechend. Nach § 15 Abs. 3 S. 1 LOG erstreckt sich die Fachaufsicht auf die recht- und zweckmäßige Wahrnehmung der Aufgabe. Nach § 15 Abs. 3 S. 2 LOG können sich die Fachaufsichtsbehörden unterrichten, fachliche Weisungen erteilen und bei Nichtbefolgung einer Weisung, bei Gefahr im Verzug oder aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung die Befugnisse der der Aufsicht unterliegenden Behörde selbst ausüben. Zuständige Aufsichtsbehörde ist nach § 38b S. 1 BbgPsychKG das Landesamt für Soziales und Versorgung, vorbehaltlich der vorgesetzten obersten Landesbehörde (MASGF) in Fällen von grundsätzlicher und weitreichender Bedeutung. Der Träger ist verpflichtet, Weisungen der Aufsichtsbehörde ordnungsgemäß, sachgerecht und vollständig zu erfüllen. Der Träger hat sicherzustellen, dass die Aufsicht unmittelbar auch gegenüber dem im



Maßregelvollzug tätigen Personal ausgeübt werden kann; hierzu hat der Träger, soweit dies rechtlich zulässig ist, sicherzustellen, dass das Personal direkt den Weisungen des Landes Brandenburg unterliegt und diesen Weisungen Folge leistet.

Weiter wiederholt der Beleihungsakt in Ziff. 11 Abs. 2 die Regelungen des § 15 Abs. 3 LOG. Die Aufsichtsbehörde kann sich dabei der personellen, baulichen und organisatorischen Ausstattung des Trägers bedienen. Der Träger ist dabei verpflichtet, im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten sicherzustellen, dass die Selbstvornahme nicht durch Rechte Dritter beeinträchtigt wird. Soweit die Ausführung von Maßnahmen gemäß Satz 2 auf einer schuldhaften Nichtbefolgung von Weisungen durch den Träger beruht, fallen die Kosten der Ausführung dem Träger zur Last.

Der Träger hat ein jederzeitiges Zugangs- und Kontrollrecht der Aufsichtsbehörde und den von dieser ermächtigten Aufsichtspersonen zu allen Räumlichkeiten und Einrichtungen des Trägers zu gewähren, die zu der übertragenen Aufgabendurchführung genutzt werden. Die Aufsichtsbehörde und den von dieser ermächtigten Aufsichtspersonen sind im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen berechtigt, jederzeit und vollständig in alle Unterlagen, Akten und Schriftstücke, die sie als relevant für die Durchführung des Maßregelvollzugs und die Wahrnehmung der Aufsicht erachten, Einsicht zu nehmen oder diese zur Einsicht anzufordern; dies schließt auch die Personalakten der mit der übertragenen Aufgabendurchführung betrauten Beschäftigten des Trägers ein. Die Einsichtnahme in und Übermittlung von Unterlagen, Akten und Schriftstücken, die vom Träger für die untergebrachten Personen vorgehalten werden, erfolgt nach Maßgabe von § 38c BbgPsychKG. Sofern die Aufsichtsbehörde eine Einsichtnahme in diese Dokumente über die Grenzen des § 38c BbgPsychKG hinaus für erforderlich hält, kann sie vom Träger verlangen, die Einwilligung der Betroffenen zur Entbindung der Ärztin oder des Arztes von der Schweigepflicht einzuholen oder die Verweigerung der Einwilligung nachzuweisen. Die Aufsichtsbehörde ist berechtigt, für die Ausübung ihrer Kontroll- und Einsichtnahmerechte auf eigene Kosten auch externe, zur beruflichen Verschwiegenheit verpflichtete Berater hinzuzuziehen.

Die Aufsichtsbehörde hat das Recht, jederzeit Auskunft über die Aufgabendurchführung und alle damit in Zusammenhang stehenden Informationen, die sie zur Wahrnehmung der Aufsicht für erforderlich hält, zu verlangen.

Die Aufsichtsbehörde übt ihre Aufsichtsbefugnisse nach pflichtgemäßem Ermessen aus. Sie wird bei der Ausübung der einzelnen Aufsichts- und Kontrollbefugnisse

insbesondere den Betriebsabläufen in der Forensischen Klinik angemessen Rechnung tragen und auf berechnigte Belange des Trägers angemessen Rücksicht nehmen.

Darüber hinaus legt Ziff. 11 des Beleihungsaktes fest, dass sich die Einsichtnahme- und Auskunftsrechte des Landes Brandenburg in Bezug auf Fragen der Aufstellung, Umsetzung, Abwicklung und Überprüfung des Budgets zur Vergütung der dem Träger übertragenen Aufgabendurchführung abschließend aus den Regelungen der Vergütungsvereinbarung. Diese Fragen sind für die weitere Untersuchung allerdings ohne Belang. Daher wird auf sie nicht weiter eingegangen.

Schließlich bestimmt Ziff. 11 des Beleihungsaktes, dass die den Maßregelvollzug betreffenden gesetzlich oder völkerrechtlich begründeten Kontroll- und Prüfrechte anderer Stellen (z.B. des Landesrechnungshofes Brandenburg) unberührt bleiben.

## **12. Zusammenarbeit mit Institutionen, die dem Schutz der Patientenrechte dienen**

Nach Ziff. 12 des Beleihungsaktes ist der Träger verpflichtet, der Besuchskommission (vgl. § 42 i.V.m. §§ 31 Abs. 2, 32 BbgPsychKG) die von ihr im Rahmen ihrer Überprüfungspflicht geforderten Auskünfte zu erteilen. Die weiteren Regelungen von Ziff. 12 des Beleihungsaktes sind für die weitere Untersuchung ohne Belang und werden daher nicht weiter dargestellt.

## **13. Verschwiegenheitspflicht; Datenschutz**

Die Geschäftsführung, das Personal der Forensischen Klinik und alle sonstigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter des Trägers, die Kenntnis hinsichtlich der Durchführung der diesem übertragenen Aufgaben haben, trifft eine Verschwiegenheitspflicht, die sich nach den §§ 25 bis 27, 29 LBG richtet. Dienstvorgesetzter im Sinne dieser Vorschriften ist die Aufsichtsbehörde, oberste Dienstbehörde ist das Ministerium. Der Träger hat seine Mitarbeiter entsprechend zu belehren. Insbesondere ist die Weitergabe personenbezogener Daten von untergebrachten Personen untersagt. Besondere Verschwiegenheitspflichten, wie sie sich z.B. aus § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) bleiben unberührt.

Der Träger, der als öffentliche Stelle im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 BbgDSG gilt, unterliegt bei der Aufgabenerfüllung den Bestimmungen des BbgDSG, den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, den datenschutzrechtlichen Bestimmungen der §§ 49 ff. BbgPsychKG sowie der

Kontrolle durch die Landesbeauftragte für den Datenschutz des Landes Brandenburg.

#### **14. Presse- und Öffentlichkeitsarbeit**

Die Grundsätze der Presse- und Öffentlichkeitsarbeit regelt ein ergänzender Beleihungsvertrag. Diese Regelungen spielen in der weiteren Untersuchung jedoch keine Rolle. Auf eine weitere Darstellung wird daher verzichtet.

#### **15. Informations- und Dokumentationspflichten**

Ziff. 15 des Beleihungsaktes regelt die Informations- und Dokumentationspflichten des privaten Trägers.

Hiernach unterrichtet der Träger die Aufsichtsbehörde ohne Aufforderung unverzüglich über alle besonderen Vorkommnisse im Bereich der ihm übertragenen Aufgabendurchführung. Das gilt insbesondere für solche Vorkommnisse mit Grundrechtsrelevanz. Solche Vorkommnisse sind z.B. das Entweichen einer untergebrachten Person oder Betriebsstörungen, die sich auf die Sicherheit innerhalb oder außerhalb der Einrichtung auswirken oder die Unterbringungsmöglichkeiten oder -umstände nicht nur vorübergehend und unerheblich beeinträchtigen. Das weitere Vorgehen ist mit der Aufsichtsbehörde abzustimmen. Die Einzelheiten des Vorgehens bei derartigen besonderen Vorkommnissen können von der Aufsichtsbehörde durch Weisungen für den Notfall vorab gesondert festgelegt werden.

Die weiteren Dokumentations- und Informationspflichten des Trägers werden durch ergänzenden Beleihungsvertrag geregelt. Auf eine weitere Darstellung wird mangels Bedeutung für den Gang der Untersuchung verzichtet.

#### **16. Übertragung von Tätigkeiten an Dritte**

Nach Ziff. 16 des Beleihungsaktes ist es dem Träger untersagt, bestimmte Tätigkeiten ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Aufsichtsbehörde an Dritte zu übertragen.

Der private Träger hat allerdings einen Anspruch auf die vorgenannte Genehmigung insbesondere bei reinen Hilfstätigkeiten, sofern diese weder Therapie- noch Sicherheitsrelevanz besitzen noch potentiell Grundrechte der untergebrachten Personen berühren.

## **17. Kosten des Maßregelvollzugs**

Die Vergütung und Kostenerstattung des Trägers sind in einer gesonderten Vergütungsvereinbarung abschließend vertraglich geregelt, soweit nicht in diesem Beleihungsakt oder im ergänzenden Beleihungsvertrag eine andere Kostenregelung ausdrücklich enthalten ist.

## **18. Ergänzender Beleihungsvertrag**

Einzelfragen der Erfüllung der Aufgabe durch den Träger und der Zusammenarbeit mit dem Land Brandenburg und anderen Einrichtungen werden in einem ergänzenden Beleihungsvertrag geregelt.

## **19. Nebenbestimmungen**

In den Nebenbestimmungen ist zum einen geregelt, dass der Beleihungsakt am Übertragungstichtag gemäß dem zwischen dem Land Brandenburg und dem Träger geschlossenen Kauf- und Übertragungsvertrag vom 15.12.2005 wirksam wird.

Zum anderen enthalten die Nebenbestimmungen einen Widerrufsvorbehalt. Hier ist insbesondere geregelt, wann und unter welchen Bedingungen das MASGF zum Widerruf berechtigt ist.

Darüber hinaus enthalten die Nebenbestimmungen eine auflösende Bedingung dergestalt, dass die Wirksamkeit dieses Verwaltungsaktes endet, wenn der ergänzende Beleihungsvertrag auf Veranlassung des Trägers oder durch Zeitablauf beendet wird.

Schließlich enthalten die Nebenbestimmungen die Regelung, dass die Rechtsfolgen der Beendigung der Beleihung im Kaufvertrag zwischen dem Land Brandenburg und dem Träger geregelt werden.

## **III. Weitere vertragliche Regelungen**

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Land Brandenburg und dem privaten Träger werden neben dem Beleihungsakt – soweit ersichtlich – von folgenden Verträgen ausgestaltet:

## **1. Kauf- und Übertragungsvertrag**

Mit dem bereits genannten Kauf- und Übertragungsvertrag vom 15.12.2005 wurden die Landeskliniken auf den privaten Träger übertragen. Die Einzelheiten dieses Vertrages sind für den weiteren Gang der Untersuchung nicht von Belang. Auf eine weitere Darstellung im Rahmen dieser Untersuchung wird daher verzichtet.

## **2. Beleihungsvertrag**

Neben dem Kauf- und Übertragungsvertrag eröffnet Ziff. 18 des Beleihungsaktes die Möglichkeit, einen den Beleihungsakt vom 07.04.2006 ergänzenden Beleihungsvertrag zu schließen. In diesem Beleihungsvertrag können Einzelfragen der Erfüllung der Aufgabe durch den Träger und der Zusammenarbeit mit dem Land Brandenburg geregelt werden. Inwiefern das geschehen ist, ist im Ergebnis für die vorliegende Untersuchung ohne Belang. Daher wird auf eine weitere Darstellung verzichtet.

## **3. Vergütungsvereinbarung**

Gemäß Ziff. 11 und 17 des Beleihungsaktes wurde zwischen dem Land Brandenburg und dem privaten Träger ein ergänzender Beleihungsvertrag geschlossen. Die Vergütungsvereinbarung ist für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG und das Dienstüberlassungsmodell nicht von Bedeutung. Auf eine weitere Darstellung kann daher verzichtet werden.

## **4. Dienstüberlassungsvereinbarung**

Schließlich wurde zwischen dem Land Brandenburg und dem privaten Träger eine Dienstüberlassungsvereinbarung geschlossen. Hiermit wird dem Träger die ärztliche Leitung der Landesklinik zur Verfügung gestellt.

Auch diese den Beleihungsakt ergänzende Vereinbarung hat auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG und die grundsätzliche Eignung des Dienstüberlassungsmodells keine Auswirkungen. Eine Erläuterung ist daher nicht erforderlich.

## **D. Privatisierungspraxis in anderen Bundesländern<sup>209</sup>**

Neben dem Land Brandenburg haben auch andere Bundesländer „eher lautlos und deshalb fast unbemerkt“<sup>210</sup> den Maßregelvollzug privatisiert.

### **I. Sachsen-Anhalt**

Zu diesen Bundesländern zählt Sachsen-Anhalt. Dort wurde der Maßregelvollzug bis 1998 im Rahmen eines Landesbetriebs geführt. Allerdings enthielt das dortige Maßregelvollzugsgesetz seit seinem Erlass die Möglichkeit, den Maßregelvollzug an Stellen außerhalb der Landesverwaltung zu übertragen. Die Ermächtigungsvorschrift des § 3 Abs. 1 S. 2 MVollzGLSA gestattet es, den Vollzug der Maßregeln von psychiatrischen Krankenhäusern und Entziehungsanstalten des Landes auch an andere geeignete Krankenhäuser und entsprechende Einrichtungen anderer Träger widerruflich zu übertragen, wenn diese sich dafür eignen. Insoweit unterstehen die Einrichtungen der Aufsicht der zuständigen Behörden. Mit Beschluss vom 11.03.1997 machte die Landesregierung von der gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch, den Maßregelvollzug im Land Sachsen-Anhalt zu privatisieren. Zu diesem Zweck wurde vom Land Sachsen-Anhalt im Jahre 1998 eine landeseigene Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet. Am 21.12.1999 hat die Landesregierung der Übertragung des Maßregelvollzugs als hoheitliche Aufgabe im Wege der Beleihung auf die landeseigene Gesellschaft zum 01.01.2000 zugestimmt. Das bisherige Krankenhaus wurde mit Übertragungsvertrag des Landes mit der Gesellschaft vom 18.02.1998 übergeführt. Daneben gibt es einen weiteren Beleihungs- und Betriebsübertragungsvertrag vom 21.12.1999 zwischen dem Land und der landeseigenen Gesellschaft.

### **II. Thüringen**

Nach § 31 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 ThürPsychKG können die Maßregeln Krankenhäusern und entsprechenden Einrichtungen nichtöffentlicher Träger mit deren Zustimmung widerruflich übertragen werden, wenn diese sich dafür eignen. Sie unterstehen hierbei nach § 31 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 ThürPsychKG der Aufsicht der zuständigen Behörden.

Auf dieser Grundlage wird die Klinik in Mühlhausen nun von der „Ökumenische Hainichenklinikum gmbH“, das Klinikum Stadtrode durch die „Asklepios Fachklinik Stadtrode GmbH“ und die Klinik in Hildburghausen durch die börsennotierte „Rhön-

---

209 Stand: 01.10.2009.

210 Kammeier, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (62).

Klinikum AG“ betrieben. Bei den beiden letztgenannten Unternehmen handelt es sich um gewerbliche Unternehmen.

### **III. Sachsen**

Nach § 38 Abs. 6 S. 1 SächsPsychKG können kommunale Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts mit der Durchführung von Aufgaben des Vollzugs der Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB durch den Freistaat Sachsen beauftragt werden.

Von dieser Ermächtigungsgrundlage hat der Freistaat Sachsen Gebrauch gemacht und kommunale Körperschaften mit dieser Aufgabe beauftragt. So gibt es dort drei Einrichtungen für den Maßregelvollzug nach § 63 StGB (in den Sächsischen Krankenhäusern Arnsdorf, Rodewisch und Altscherbitz) und zwei Einrichtungen für den Vollzug nach § 64 StGB (im Städtischen Klinikum „St. Georg“ Leipzig sowie im Sächsischen Krankenhaus Großschweidnitz). Diesen Einrichtungen sind jeweils bestimmte Landgerichtsbezirke zugeordnet, aus denen sie Patienten aufnehmen.

### **IV. Mecklenburg-Vorpommern**

In Mecklenburg-Vorpommern regelt § 37 Abs. 2 PsychKG M-V die Frage, in welchen Einrichtungen der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB vollzogen wird. Nach § 37 Abs. 2 S. 1 PsychKG M-V werden die Maßregeln in psychiatrischen Krankenhäusern, psychiatrischen Abteilungen von Krankenhäusern, Suchtfachabteilungen oder Suchtfachkliniken öffentlich-rechtlicher Träger vollzogen. Nach § 37 Abs. 2 S. 2 PsychKG M-V kann diese Aufgabe geeigneten Einrichtungen in nicht öffentlich-rechtlicher Trägerschaft durch Beleihung mit hoheitlicher Befugnis widerruflich übertragen werden.

Auf dieser Grundlage verfügt Mecklenburg-Vorpommern über drei Forensische Kliniken für den Maßregelvollzug: Die „Klinik für Forensische Psychiatrie Rostock“, eine Klinik in Trägerschaft der „Hanse-Klinikum Stralsund GmbH“ sowie das „Ameos Klinikum“ in Ueckermünde. Bei den beiden letztgenannten Einrichtungen handelt es sich um Gesellschaften in kommunaler bzw. privater Trägerschaft.

### **V. Bremen**

Nach § 3 Abs. 2 PsychKG sind Einrichtungen für die Unterbringung die regional zuständigen psychiatrischen Krankenhäuser, psychiatrischen Abteilungen an Allgemeinkrankenhäusern und psychiatrischen Behandlungszentren, die stationäre psychiatrische Behandlungsformen vorhalten. Nach § 3 Abs. 3 PsychKG sind

Einrichtungen für den Maßregelvollzug insbesondere psychiatrische Krankenhäuser und Allgemeinkrankenhäuser mit einer psychiatrischen Abteilung. Darüber hinaus können es Einrichtungen kommunaler oder freier Träger sein, die der psychiatrischen, psychotherapeutischen oder soziotherapeutischen Behandlung, Betreuung oder Rehabilitation dienen. Auch das Landesrecht Bremens kennt somit die Möglichkeit, die Einrichtungen des Maßregelvollzugs in freier Trägerschaft zu betreiben. Der Maßregelvollzug wird in Bremen im „Klinikum Bremen-Ost“ vollzogen, dessen Träger die „Gesundheit Nord gGmbH“ ist. Es handelt sich mithin um eine juristische Person des Privatrechts, deren Satzung die Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts erfüllen muss. Das Bremer-Modell beinhaltet eine Zuordnung der Chefärzte zur Aufsichtsbehörde. Es entspricht somit im Wesentlichen dem im Land Brandenburg verwirklichten Modell.

## **VI. Schleswig-Holstein**

Nach § 3 Abs. 1b MVollzG S-H kann geeigneten privatrechtlich verfassten Einrichtungen durch einen Verwaltungsakt der Maßregelvollzug sowie der Vollzug der einstweiligen Unterbringung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des Landes widerruflich übertragen werden.

In der Folge wurde die Anstalt des öffentlichen Rechts „Fachklinik Schleswig“ in eine GmbH formwechselnd umgewandelt. Auf der Grundlage des § 3 Abs. 1b MVollzG S-H wurde die „Fachklinik Schleswig gGmbH“ mit Verwaltungsakt zur Beleihung vom 26.11.2004 mit der Aufgabe des Maßregelvollzugs beliehen. Sowohl das *AG Flensburg* als auch das *LG Flensburg* lehnten allerdings die Eintragung in das Handelsregister ab<sup>211</sup>. Erst das *OLG Schleswig* machte mit Beschluss vom 19.10.2005 den Weg für die Eintragung in das Handelsregister frei<sup>212</sup>.

Seitdem wird die Fachklinik Schleswig von der „Fachklinik Schleswig gGmbH“ betrieben.

## **VII. Niedersachsen**

Nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nds.MVollzG kann die Landesregierung die Aufgabe des Maßregelvollzugs auch Einrichtungen anderer Träger mit deren Zustimmung widerruflich übertragen; insoweit unterstehen die Einrichtungen der Aufsicht der zuständigen Behörden.

---

211 Vgl. zur Begründung Abschnitt B. im 1. Teil der Untersuchung.

212 Vgl. zur Begründung Abschnitt B. im 1. Teil der Untersuchung.



Der *Niedersächsische Staatsgerichtshof* hat mit Urteil vom 05.12.2008 die Änderungsgesetze vom 25.01.2007 zum Niedersächsischen Maßregelvollzugsgesetz und zum Niedersächsischen Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke für teilweise mit der Niedersächsischen Verfassung unvereinbar erklärt<sup>213</sup>. Mitglieder der SPD-Fraktion und der Fraktion Bündnis90/Die Grünen im Niedersächsischen Landtag hatten in einem Normenkontrollantrag gerügt, dass durch die in den beiden Gesetzen ermöglichte Übertragung von Aufgaben des Maßregelvollzugsgesetzes und der Unterbringung psychisch Kranker auf private Gesellschaften als Träger psychiatrischer Krankenhäuser der in Art. 60 Satz 1 NV niedergelegte Vorbehalt für Berufsbeamte verletzt werde. Die übertragenen Aufgaben führten zu erheblichen Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Freiheiten der untergebrachten Personen und seien vom Gesetzgeber nur mit fiskalischen Erwägungen gerechtfertigt worden. Der *Niedersächsische Staatsgerichtshof* hat sich dieser Argumentation nicht angeschlossen, aber einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip festgestellt<sup>214</sup>. Der niedersächsische Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31.12.2010 durch Änderung des Niedersächsischen Maßregelvollzugsgesetzes und des Niedersächsischen Gesetzes über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke eine Regelung zu treffen, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Bis zu diesem Zeitpunkt gelten die Gesetze in ihrer gegenwärtigen Fassung fort.

### **VIII. Hansestadt Hamburg**

Nach § 4 Abs. 1 S. 3 HmbMVollzG kann die zuständige Behörde die Durchführung des Maßregelvollzugs einem freigemeinnützigen oder privaten Träger übertragen und diesen mit den für die Durchführung dieser Aufgabe erforderlichen Mitteln beleihen. Die Beleihung erfolgt durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (Beleihungsvertrag), § 4 Abs. 1 S. 4 HmbMVollzG. Der neue Träger hat sich der sofortigen Vollstreckung zu unterwerfen, § 4 Abs. 1 S. 5 HmbMVollzG. Im Übrigen gelten die §§ 54 bis 62 des dortigen VwVfG. Der Beleihungsvertrag muss nach § 4 Abs. 1 S. 7 HmbMVollzG insbesondere sicherstellen, dass in der Einrichtung jederzeit die zur ordnungsgemäßen Durchführung des Maßregelvollzugs erforderlichen personellen, sachlichen, baulichen und organisatorischen Voraussetzungen gegeben sind.

---

213 *NdsStGH*, *NdsVBI* 2009, 77 (77ff.). Der folgende Text entstammt der Pressemitteilung vom 05.12.2008.

214 Vgl. zur Begründung Abschnitt B. im 1. Teil der Untersuchung sowie insbesondere Abschnitt A. II. im 5. Teil der Arbeit.

Auf dieser Grundlage hat Hamburg im Zuge der Privatisierung des Landesbetriebs Krankenhäuser den Maßregelvollzug im „Klinikum Nord“ mit privatisiert. Träger der „Asklepios Klinik Nord“ ist die private „Asklepios Kliniken Hamburg GmbH“.

### **3. Teil Das Brandenburger Modell als Ausdruck des Leitbildes des „Gewährleistungsstaates“ und seine Verortung im Kanon der Privatisierungsmodelle**

In diesem Abschnitt der Untersuchung wird zunächst dargestellt, inwiefern sich das Staatsverständnis in der neueren Zeit verändert hat und das Brandenburger Modell Ausdruck dieses gewandelten Staatsverständnisses ist. Auf diesen staatstheoretischen und landesorganisationsrechtlichen Grundlagen aufbauend wird das Brandenburger Modell sodann im Kanon der Privatisierungsmodelle verortet.

#### **A. Das Leitbild des „Gewährleistungsstaates“ als Ausdruck eines gewandelten Staatsverständnisses**

##### **I. Die Entwicklung des Leitbildes des „Gewährleistungsstaates“**

Wie bereits im 1. Teil der Untersuchung dargelegt wurde, wird – öffentlich und in der rechtswissenschaftlichen Debatte – schon seit längerem thematisiert, wie sich nicht-staatliche private Akteure in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einbinden lassen. Tragende Gründe dieser Bestrebungen sind eine Entlastung des Staates (und damit auch eine Entlastung der Haushalte) durch Aktivierung privater Initiative und ein erhoffter Zuwachs an Legitimität und Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen<sup>215</sup>. Wurde diese Diskussion früher vornehmlich im Bereich der Daseinsvorsorge geführt, hat sie auch Auswirkungen auf den Bereich der hoheitlichen Verwaltung. Auch dieser Bereich unterliegt der Aufgabenkritik und rückt damit in den Blickpunkt der Diskussion um den „Gewährleistungsstaat“. Der Staat zieht sich zunehmend auch aus solchen Aufgaben zurück, die für das Gemeinwesen zentrale und wichtige Bedeutung haben und bisher selbstverständlich dem Bereich ausschließlich staatlicher Tätigkeit zugeordnet wurden. Die vorliegende Arbeit ist hierfür nur ein Beleg.

Wie *Schoch* feststellt, ist für das Leitbild des Gewährleistungsstaates „die Aktivierung privater Kräfte, die allerdings gekoppelt ist an den rechtlichen Rahmen gemeinwohlsichernder Regelungsstrukturen“ prägend<sup>216</sup>. Der Staat zieht sich von der eigenhändigen Aufgabenerledigung zurück. Als Kompensation hierfür hat er aber auf anderem Wege dafür Sorge zu tragen, dass Gemeinwohlbelange nicht beeinträchtigt und die Gemeinwohlziele nach wie vor erreicht werden.

---

<sup>215</sup> Vgl. *Gersdorf*, JZ 2008, 831 (834); *Weiß*, DVBl 2002, 1167 (1168).

<sup>216</sup> *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (242).

Daher bezieht sich die Auseinandersetzung in wachsendem Maße auf den Terminus der Verantwortung des Staates. Hierbei rückt die staatliche Verantwortung in den Mittelpunkt der Betrachtung, die dem Staat bei der Beteiligung Privater verbleibt oder erst zuwächst<sup>217</sup>.

Bemerkenswert ist, dass es sich bei der staatswissenschaftlichen Diskussion um das vorstehend skizzierte neue Leitbild nicht nur um ein akademisches Problem handelt. Der Gewährleistungsgrundsatz hat zwischenzeitlich auch Eingang in das Landesorganisationsrecht gefunden (vgl. § 5 Abs. 3 LOG).

## II. Verantwortungsstufen bei der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben und ihre rechtliche Begründung

Ganz allgemein versteht man unter Verantwortlichkeit die Pflicht zum Einstehenmüssen für die Folgen eines Handelns. Übertragen auf die Frage der Einbindung von Privaten in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bedeutet das, dass der Staat in Abhängigkeit vom Grad der Einbindung der privaten Akteure und vom Grad seines eigenen Rückzuges aus der Aufgabenwahrnehmung in unterschiedlichem Maße für die Erfüllung der mit einer Aufgabe verbundenen Gemeinwohlziele einstehen muss.

Vor diesem Hintergrund sind zunächst die verschiedenen Stufen der staatlichen Verantwortung zu analysieren, bevor der Blick auf deren rechtliche Verortung gerichtet wird.

Zwischen den beiden Gegenpolen Erfüllungs- und Auffangverantwortung lassen sich zahlreiche weitere Kategorisierungen vornehmen. So wird einerseits unterschieden zwischen staatlicher Verantwortung für das Kooperationsergebnis, staatlicher Gewährleistungsverantwortung bei privater Leistungserfüllung, staatlicher Regulierungs- und Kooperationsverantwortung sowie staatlicher Rahmenverantwortung für einen autonomen Interessenausgleich<sup>218</sup>. Andere differenzieren zwischen Erfüllungs-, Kontroll-, Privatisierungsfolgen- und Beobachtungsverantwortung<sup>219</sup>. Desweiteren wird zwischen staatlicher Regulierungs-, Überwachungs-, Beobachtungsverantwortung abgegrenzt<sup>220</sup>.

---

217 Vgl. statt vieler *Weiß*, DVBl 2002, 1167 (1167ff.); *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (266ff.); *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (241ff.); *Gersdorf*, JZ 2008, 831 (831ff.); *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 28ff.; *ders.*, DJT-Gutachten, S. 100ff.; *Kämmerer*, S. 474ff.

218 So *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), S. 199ff.; *Schuppert*, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung, S. 103ff.

219 So hinsichtlich der bestehen bleibenden Verantwortung infolge von Privatisierungen *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (278f.); *König/Benz*, S. 645.

220 *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (285) m.w.N.

Darüber hinaus existieren zahlreiche weitere Begrifflichkeiten<sup>221</sup>. All diese Verantwortungsstufen zwischen den beiden Gegenpolen lassen sich unter dem Oberbegriff „Gewährleistungsverantwortung“ zusammenfassen, ohne dass hiermit ein Bedeutungsverlust einherginge. Denn gemein ist diesen Verantwortungsstufen, dass sie die Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung der gemeinwohlorientierten Ziele bei einer Aufgabenerfüllung durch Private bezeichnen.

Daher wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zwischen Erfüllungs-, Auffang- und Gewährleistungsverantwortung unterschieden.

## **1. Erfüllungsverantwortung**

Der Begriff der Erfüllungsverantwortung wird dahingehend definiert, dass die Exekutive Verwaltungskompetenzen, -befugnisse und -pflichten beim Gesetzesvollzug und der sonstigen Verwirklichung der Verwaltungszwecke selbst wahrnimmt und eigenständig erfüllt<sup>222</sup>. Der Staat ist hier umfassend von der Zielvorgabe über die Vorbereitung bis hin zur eigentlichen Durchführung der öffentlichen Aufgabe verantwortlich.

Instrumente der Erfüllungsverantwortung sind demgemäß die Vorhaltung ausreichender personeller und sachlicher Kapazitäten, mit denen der Staat die Aufgaben selbst wahrnehmen und eigenständig erfüllen kann.

## **2. Auffangverantwortung**

Die Auffangverantwortung ist der Gegenpol der Erfüllungsverantwortung. Sollte sich herausstellen, dass eine dauerhafte ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch den privaten Akteur nicht gesichert ist, lebt die staatliche Erfüllungsverantwortung wieder auf. Der Staat hat eine administrative Reservefunktion, die in den privatisierten Lebensbereichen im Falle privater Schlechterfüllung oder Nichterfüllung aktiviert werden soll<sup>223</sup>.

Zentrales Instrument dieser Verantwortungsstufe sind effektive staatliche Rückholoptionen. Diese können in Widerrufsvorbehalten, Rückfallklauseln und Kündigungsrechten (in Fällen von öffentlich-rechtlichen Verträgen) bestehen. Darüber hinaus sichert auch der Aufbau dualer Versorgungsstrukturen eine effektive staatliche Wiedereingliederung in den staatlichen Bereich<sup>224</sup>.

---

221 Nachweise bei *Weiß*, DVBI 2002, 1167 (1174).

222 So *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (244); *Weiß*, DVBI 2002, 1167 (1173).

223 Vgl. *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (244).

224 Vgl. hierzu *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (326).

### 3. Gewährleistungsverantwortung

Zwischen diesen beiden Polen ist die Gewährleistungsverantwortung angesiedelt. Die Aktivierung privater Kräfte ist an die Schaffung von Regelungsstrukturen gebunden, die die Zielstellung der Gemeinwohlsicherung garantieren. Der Staat hat mithin eine Gewährleistungsverantwortung.

Die Gewährleistungsverantwortung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Staat die Erfüllung einer Aufgabe nur noch insoweit sichert, als er die Zielerreichung durch Leistung anderer, nämlich privater Akteure, gewährleistet<sup>225</sup>. Der Staat steuert die am Gemeinwohl orientierte Erfüllung einer Aufgabe, ohne die Erfüllung selbst in die staatliche Verantwortung zu übernehmen<sup>226</sup>. Dieser Verantwortung genügt der Staat durch Beeinflussung des Verhaltens Privater durch (rechtliche) Rahmensetzung oder andere strukturierende Maßnahmen.

Kernelement der Gewährleistungsverantwortung ist somit die Regulierung. Diese ist als jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher bzw. wirtschaftlicher Prozesse zu verstehen, die einen spezifischen und über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt. Zentrale Instrumente der Regulierung sind die Rechtssetzung und die Reglementierung im Einzelfall. Umfasst hiervon sind zum einen Instrumente der Qualitäts- und Ergebnissicherung, Verfahren zur Qualifikation und Auswahl privater Kooperationspartner der Verwaltung. Erfasst sind zum anderen Lenkungs- und Kontrollinstrumente, die Beratung der privaten Akteure, das Setzen finanzieller Anreize sowie Mechanismen zur Evaluierung und Förderung der Zielerreichung<sup>227</sup>.

### 4. Rechtliche Verortung des Gewährleistungsstaates

Das Leitbild des Gewährleistungsstaates und die dargestellten Verantwortungsstufen müssen sich, um wissenschaftlich begründet werden zu können und praktisch handhabbar zu sein, in bestehende Rechtsstrukturen übertragen lassen. Erster Anhaltspunkt hierfür ist das Verfassungsrecht.

---

225 So *Weiß*, DVBI 2002, 1167 (1175); *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (245); *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), S. 198; *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 31, der diese Verantwortung allerdings nur dort sieht, wo es sich um eine obligatorische Staatsaufgabe handelt; *Gersdorf* spricht davon, der Staat sei „zur Gewährleistung der Gemeinwohlverträglichkeit der Aufgabenerledigung durch Private“ verpflichtet, JZ 2008, 831 (834). Kritisch zum Begriff *Klement*, S. 234ff.

226 *Weiß*, DVBI 2002, 1167 (1175).

227 *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (245); *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (310ff.); *Weiß*, DVBI 2002, 1167 (1175); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2308); *Kahl*, GewArch 2007, 441 (442); *Roth*, S. 19.

Verfassungsrechtlich lässt sich der Gewährleistungsstaat zunächst in bereichsspezifischen verfassungsrechtlichen Gewährleistungskonzepten (z.B. Art. 87d GG hinsichtlich der Flugsicherung, Art. 87e GG bezüglich des Bahnwesens und Art. 87f für das Post- und Telekommunikationswesen) verorten. Diese spielen aber, wie sich noch zeigen wird<sup>228</sup>, für die vorliegende Untersuchung keine Rolle.

Daneben bilden vor allem grundrechtliche Schutzpflichten die Basis für Gewährleistungspflichten des Staates. Diese haben stets auch eine „objektrechtliche Schutzpflichtdimension“<sup>229</sup> und lösen damit positive Handlungspflichten des Staates aus. Dabei gilt, dass, je stärker sich der Staat bei der Aufgabenwahrnehmung auf Private verlässt, desto größer muss deren Gewähr für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung sein. Aus der Verortung in den Grundrechten der Betroffenen und den grundrechtlichen Schutzpflichten folgt – in Anlehnung an die Wesentlichkeitstheorie – darüber hinaus, dass sich die Gewährleistungsverantwortung des Staates aufgrund der grundrechtlichen Schutzpflichten insbesondere dort stetig verdichtet und sich einer Erfüllungsverantwortung annähert, je häufiger und intensiver im Rahmen der Aufgabenerfüllung in Grundrechte der betroffenen Personen eingegriffen wird. Das kann gegebenenfalls dazu führen, dass die Reduzierung der staatlichen Verantwortung auf eine Gewährleistungsverantwortung nicht in Betracht kommt, sondern der Staat nach wie vor seine Erfüllungsverantwortung wahrzunehmen hat. Das gilt insbesondere dann, wenn der Staat eine umfassende Verantwortung für erhebliche Gemeinwohlbelange (z.B. die Grundrechte Dritter) oder eine besondere Einstandsverantwortung für die Erreichung gemeinwohlorientierter Ziele oder den Schutz der Grundrechte der Betroffenen hat.

Desweiteren sind staatliche Gewährleistungspflichten in den Staatsstrukturprinzipien der Art. 20, 28 Abs. 1 S. 1 GG und im Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG begründet<sup>230</sup>. So kann beispielsweise das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten dazu führen, dass der Staat eine Garantenstellung für die Erreichung eines bestimmten Zieles hat. Auch aus dem Demokratieprinzip können sich, wie der weitere Gang der Untersuchung zeigen wird, Anhaltspunkte für eine verfassungsrechtliche Fundierung staatlicher Gewährleistungspflichten ergeben. Entsprechendes gilt für die einzelnen Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips.

---

228 Vgl. hierzu Abschnitt A. II. 2. im 5. Teil der Untersuchung.

229 So *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (244), vgl. hierzu auch *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 6f., 29f.

230 So auch *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (244); *Weiß*, DVBl 2002, 1167 (1173); *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (292f.).

Neben verfassungsrechtlichen Normen und Prinzipien ist die Ebene des Verwaltungsrechts in den Blick zu nehmen. Hier können sich Gewährleistungspflichten aus Organisations- und Verfahrensstrukturen, der Erreichung von Gesetzeszielen und dem Schutz Dritter ergeben<sup>231</sup>.

### **III. Positivrechtliche Normierung des Grundsatzes des Gewährleistungsstaates im brandenburgischen Landesorganisationsrecht im Rahmen der Aufgabenkritik und Deregulierung**

Das 1991 in Kraft getretene und 1994 neu bekannt gemachte Landesorganisationsgesetz enthielt keine Aussagen zu den Rahmenbedingungen und Eckpunkten der Verwaltungsmodernisierung. Im Gesetz zur Sicherung des Landeshaushalts und zur Modernisierung der Landesverwaltung vom 10.07.2003 (HSichG 2003) wurden speziell in dessen Artikel 2 (Gesetz über Ziele und Vorgaben zur Modernisierung der Landesverwaltung – VerwModG) erstmals verwaltungsreformerische Ansätze genannt. Wesentliche Regelungen des Verwaltungsmodernisierungsgesetzes wurden im Jahr 2004 in das Landesorganisationsgesetz eingefügt. Dem politischen Postulat nach finanzieller Entlastung des Staates folgend, soll die Landesverwaltung in ihrem Aufbau und in ihren Abläufen u.a. durch den Einsatz betriebswirtschaftlicher Mittel weiter optimiert sowie durch eine nachhaltige Aufgabenkritik auf ihre Kernkompetenzen zurückgeführt und damit – insbesondere vor dem Hintergrund der angespannten Haushaltslage – entlastet werden<sup>232</sup>.

Nach der neuen Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 LOG ist die Modernisierung der unmittelbaren Landesverwaltung eine Daueraufgabe. Der in diesem Rahmen durchzuführenden Aufgabenkritik unterliegen alle Aufgaben, für deren Wahrnehmung die unmittelbare Landesverwaltung zuständig ist, § 5 Abs. 1 S. 1 LOG. Hiermit sollten ausweislich der Gesetzesbegründung die Rahmenbedingungen für eine umfassende und dauerhafte Aufgabenkritik und Deregulierung in der Landesverwaltung festgelegt werden<sup>233</sup>. Die Landesverwaltung sollte sich vor dem Hintergrund finanzieller Entlastungen für das Land auf die Kernkompetenzen und die Gewährleistung der ordnungsgemäßen Ausführung anderer im öffentlichen Interesse liegender Leistungen beschränken<sup>234</sup>. § 5 LOG legt somit eine Privatisierungsprüfung fest, mit der in erster Linie fiskalische Ziele verfolgt werden. § 5 Abs. 1 S. 2 LOG differenziert dabei zwischen der Aufgabenwahrnehmung im Sinne einer Zuständigkeit und der

---

231 Vgl. *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 32.

232 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 1, 27.

233 Vgl. LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 34.

234 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 34.



Aufgabenerfüllung im Sinne einer tatsächlichen Ausführung<sup>235</sup>. Die Landesverwaltung könne auch Aufgaben wahrnehmen, d.h. für sie zuständig sein, ohne dass sie die Aufgaben selbst erfülle; sie könne sich auch Dritter (z.B. Unternehmen, Verbänden oder anderen Verwaltungsträgern) zur Aufgabenerfüllung bedienen<sup>236</sup>. Ziel der Aufgabekritik ist es, die Wahrnehmung von Aufgaben auf die Kernkompetenzen staatlichen Handelns zu beschränken, § 5 Abs. 2 LOG. Hierzu sollen insbesondere die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung zählen<sup>237</sup>. Soweit es die Rechtsnatur der Aufgaben zulässt und gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, sollen die Aufgaben durch Dritte erfüllt werden, insbesondere wenn dies zu keinen Mehrkosten für das Land führt, § 5 Abs. 3 LOG. Hiermit wurde der sog. Gewährleistungsgrundsatz eingeführt: Die Aufgabenerfüllung durch Dritte soll Vorrang genießen. Das bedeutet, dass die Aufgabenerfüllung in der Regel materiell oder formell zu privatisieren oder anderen Verwaltungsträgern, die nicht der Landesverwaltung zuzurechnen sind, zu übertragen ist<sup>238</sup>. Die Grenze der Aufgabenerfüllung durch Dritte soll nach der Begründung dort gezogen werden, wo eine Aufgabenerfüllung durch Dritte gesetzlich unzulässig ist (z.B. Art. 33 Abs. 4 GG im Bereich hoheitlicher Aufgaben) oder zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führt<sup>239</sup>. Da der Gewährleistungsgrundsatz allerdings mit „Steuerungsnahten“ einhergeht, könne er im Bereich der Gefahrenabwehr nur eingeschränkt zur Anwendung kommen; hier sei es unerlässlich, dass die Landesverwaltung auch künftig schnell und nachhaltig reagieren könne<sup>240</sup>.

Die im § 6 LOG geregelte und im Folgenden dargestellte Privatisierung steht im engen Zusammenhang mit der Verwaltungsmodernisierung und der damit verbundenen Entwicklung des Staates hin zu einem „Gewährleistungsstaat“.

## **B. Privatisierungstypologie und Privatisierungsbegriffe**

Eine der Hauptantriebsfedern für die vorstehend skizzierte Entwicklung ist die Privatisierung von Staatsaufgaben. Diese hat zu einem Rückzug staatlicher Leistungserbringung auf vielen vormals staatlichen Handlungsfeldern geführt.

---

235 Kritisch hierzu *Kämmerer*, Privatisierung, S. 40: Es handele sich um eine „fragwürdige Differenzierung zwischen Aufgabe und Aufgabendurchführung“, die „allenfalls aus der Sicht des Staates gerechtfertigt“ sei. Der mit bestimmten Tätigkeiten betraute Private werde „sich in der Regel nicht als 'Erfüllungsgehilfe' des Staates verstehen, sondern (hat) ein eigenes wirtschaftlich begründetes und grundrechtlich geschütztes Interesse an der Ausübung seiner Funktion (haben, der Verfasser), das mit dem des Staates nicht identisch“ sei.

236 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 1, 35.

237 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 35.

238 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 35.

239 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 1, 35.

240 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 1, 36.

Daher hat an dieser Stelle der Untersuchung eine Auseinandersetzung mit der Privatisierungstypologie und den -begriffen zu erfolgen.

## I. Privatisierungstypologie und ihre rechtsdogmatische und praktische Bedeutung

### 1. Darstellung der verschiedenen Ansätze

Die Bedeutung des Begriffs „Privatisieren“ war lange Zeit positivrechtlich nicht definiert<sup>241</sup>. Einigkeit herrschte lediglich insoweit, dass der Begriff „Privatisieren“ Handlungen umschreibt, bei denen etwas vorher „Staatliches“ auf Private übertragen wird<sup>242</sup>. Einen einheitlichen Privatisierungsbegriff gibt es nach wie vor nicht<sup>243</sup>. Ebenso wenig gibt es eine einheitliche Privatisierungstypik. Es gibt vielmehr eine Vielzahl individueller Konzeptionen<sup>244</sup>. Hierbei wird teilweise an den Gegenstand der Privatisierung, teilweise an beteiligte Rechtssubjekte angeknüpft.

Zum Teil werden drei Typen von Privatisierung unterschieden<sup>245</sup>. Dieser Einteilung liegt ein Dualismus zwischen Organisationsprivatisierung (auch formelle Privatisierung genannt) und Aufgabenprivatisierung (auch materielle Privatisierung, Aufgabenübertragung genannt) zugrunde. Bei der erstgenannten Art werden Organismen aus dem eigentlichen Staatsgefüge ausgegliedert. Der Staat bedient sich zur Wahrnehmung von Aufgaben der Formen des Privatrechts mittels Schaffung von Eigengesellschaften (GmbH oder AG). Bei der Aufgabenprivatisierung entledigt sich der Staat der betroffenen Aufgabe. Es handelt sich um eine Aufgabenverlagerung in den privaten Sektor mit der Folge einer Reduzierung des staatlichen Aufgabenbestandes. Hinzu kommt die Vermögensprivatisierung. Hierbei wird staatliches bzw. kommunales Vermögen ganz oder teilweise an Private übertragen. Diese Einteilung der Privatisierungsarten geht auf die in der Rechtswirklichkeit anzutreffenden Erscheinungsformen von Privatisierungen zurück<sup>246</sup>.

---

241 Vgl. hierzu statt vieler *Kämmerer*, Privatisierung, S. 7f.; *ders.*, JZ 1996, 1042 (1043). Allerdings geht *Kämmerer*, DVBl 2008, 1005 (1006) fehl in der Annahme, der Begriff „Privatisierung“ sei gesetzlich nach wie vor nicht definiert, vgl. § 6 LOG.

242 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 7f.; *Roth*, S. 16; *Peine*, DÖV 1997, 353 (354); *DiFabio*, JZ 1999, 585 (585); *Kämmerer*, DVBl 2008, 1005 (1006); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302).

243 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 11; *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (250); *Schoch*, DVBl 1994, 962 (962); *DiFabio*, JZ 1999, 585 (585); *Krölls*, GewArch 1995, 129 (130); *Kämmerer*, DVBl 2008, 1005 (1006).

244 Übersicht bei *Kämmerer*, Privatisierung, S. 20ff.

245 *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (251); Von vier Grundtypen sprechen auch *Gröpl*, VerwArch 1995, 267 (368); *Dierkes*, SächsVBl 1996, 269 (270); *Gramm*, VerwArch 1999, 329 (330); weitere Nachweise bei *Kämmerer*, Privatisierung, S. 24.

246 So ausdrücklich *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (251).

Andere sprechen von vier Typen der Privatisierung<sup>247</sup>. Hierbei werden die Organisationsprivatisierung, die Vermögensprivatisierung und die materielle Privatisierung unterschieden. Als eigenständiger Privatisierungstyp tritt die funktionale Privatisierung hinzu. Hierbei verbleibt die Aufgabenzuständigkeit und damit die Aufgabenverantwortung bei dem Träger öffentlicher Verwaltung. Der Vollzug der Aufgabe wird jedoch auf ein echtes Privatrechtssubjekt verlagert.

Bisweilen werden aber auch neun<sup>248</sup>, zehn<sup>249</sup> oder dreizehn<sup>250</sup> Typen unterschieden.

In neuester Zeit wurde unter Verweis auf die mittlerweile bestehenden nationalen<sup>251</sup> und europarechtlichen<sup>252</sup> Vorschriften für Public Private Partnership ein neuer Ansatz verfolgt: Es wurde – anstatt der überkommenen Begriffe – unterschieden zwischen Aufgabenprivatisierung, Public Private Partnerships auf Vertragsbasis und anderen Formen der funktionalen Privatisierung, institutionalisierter Public Private Partnerships sowie Beleihung und Akkreditierung zur Konformitätsbewertung<sup>253</sup>. Vorrang und Ergebnis einer funktionalen Privatisierung seien mit dem Begriff Public Private Partnership auf Vertragsbasis treffender umschrieben<sup>254</sup>. Das Zusammenwirken von Staat und Privaten erfolge auf vertraglicher Basis, ohne dass es zu der Gründung einer gemeinsam getragenen juristischen Person käme<sup>255</sup>. Unter dem Begriff der Public Private Partnerships auf Vertragsbasis seien die primär auf einzelne Dienstleistungen bezogenen Formen der Verwaltungshilfe und der Dienstleistungskonzession einerseits und die anderen projektbezogenen Public Private Partnerships andererseits zusammenzufassen. Institutionalisierte Public Private Partnerships hingegen beinhalten die Einrichtung eines gemeinsam von der öffentlichen Hand und ihrem privaten Partner unterhaltenen Wirtschaftsgebildes mit eigener Rechtspersönlichkeit (in der Bundesrepublik häufig auch als gemischtwirtschaftliche Unternehmen bezeichnet). Es handele sich um eine

---

247 So *Schoch*, DÖV 1993, 377 (378), *ders.*, DVBl 1994, 962 (952); weitere Nachweise bei *Kämmerer*, Privatisierung, S. 24; so auch *Roth*, S. 15ff.; *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302); *Gersdorf*, JZ 2008, 831 (831). so auch *Burgi*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 6ff.

248 *Ronellenfitsch*, in: *Hoppe/Uechtritz* (Hrsg.), § 2 Rdnr. 14f.

249 *Wolff/Bachof/Stober*, Vor § 90 Rdnr. 11ff.

250 *Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (230f.).

251 Vgl. Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private Partnerschaften vom 01.09.2005 (ÖPP-Beschleunigungsgesetz), BGBl. I, S. 2676.

252 Vgl. Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 30.04.2004.

253 Vgl. *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 25ff.

254 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 31.

255 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 31.

Kombination von Elementen der Organisations- und der Aufgabenprivatisierung<sup>256</sup>. Die vierte Form bestehe aus Beleihung und Akkreditierung zur Konformitätsbewertung. Bei der Beleihung würden private Einzelpersonen oder Personenmehrheiten in die öffentlich-rechtlich strukturierte Verwaltungsorganisation integriert und dort selbst Behörde<sup>257</sup>. Bei der Akkreditierung zur Konformitätsbewertung bediene sich der Staat der Hilfe privaten Sachverständes um zu prüfen, ob private Betroffene sich rechtskonform verhalten haben, worauf sie in der einen oder der anderen Richtung eine Entscheidung treffen. Hinzu kämen solche „Konformitätsbewerter“, die nach Akkreditierung des Staates in die Überwachung der Qualität von Produkten und Dienstleistungen eingeschaltet seien (z.B. sog. zugelassene Stellen im Sinne von § 2 Abs. 15 GPSG)<sup>258</sup>. Die vorstehende Typisierung orientiert sich an der vorherrschenden Kategorisierung von Aufgaben- und Organisationsprivatisierung sowie funktionaler Privatisierung. Sie soll aber die Privatisierungswirklichkeit und die rechtlichen Problemhorizonte zutreffender abbilden<sup>259</sup>.

## 2. Stellungnahme

Eine einheitliche Privatisierungstypologie ist der Rechtswissenschaft nach wie vor nicht gelungen. Die bislang vorgenommenen abstrakten Kategorisierungen tragen wenig zur Klarheit bei.

Vorzugswürdig ist vielmehr ein phänomenologischer Ansatz<sup>260</sup>. Hierbei setzt der Ursprung der Erkenntnisgewinnung in den unmittelbar gegebenen Erscheinungen an. Dieser ist am ehesten bei *Burgi* anzutreffen. Hinzu kommt, dass sich der Begriff Public Private Partnership im europarechtlichen Kontext zunehmend durchsetzt. Der Ansatz *Burgis* entspricht dieser Entwicklung und hält Anschluss an die europäische Terminologie. Auch der nationale Gesetzgeber hat die Entwicklung hin zu Öffentlich Privaten Partnerschaften oder Public Private Partnerships mit dem Erlass des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes anerkannt. Öffentlich Private Partnerschaften sind heute ein wichtiger Baustein bei der Modernisierung des Staatswesens<sup>261</sup>. Zwar ist der Begriff der Öffentlich Privaten Partnerschaften nicht

---

256 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 37.

257 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 40 m.w.N.

258 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 43.

259 So *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 25.

260 So auch *Kämmerer*, in: DVBI 2008, 1005 (1006). Ähnlich auch *Kahl*, GewArch 2007, 441 (443ff.), der zwischen Organisations-, funktionaler und materieller Privatisierung sowie Konzessionsmodellen unterscheidet.

261 So auch zutreffend der Gesetzentwurf zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz, BT-Drs. 15/5668 vom 14.06.2005, S. 1. Vgl. hierzu auch den am 04.04.2007 vorgelegten „Erfahrungsbericht – Öffentlich Private Partnerschaften in Deutschland“ vom BMVBS, abrufbar unter:

legaldefiniert. Daher könnte diesem Ansatz mangelnde rechtliche Klarheit vorgeworfen werden. Allerdings trifft diese Kritik auf die oben dargestellten Typisierungsansätze ebenso zu. Im Gegensatz hierzu wird dieser Ansatz aber auch aktuellen Gegebenheiten gerecht und trägt damit am ehesten zur Erfassung der Privatisierungswirklichkeit bei.

Kritisch zu würdigen ist, dass freilich auch dieser Ansatz ohne Anspruch auf Vollständigkeit bleiben muss. Auch hierdurch werden letztlich nur idealtypische Grundformen und nicht die Vielschichtigkeit der in der Praxis anzutreffenden Erscheinungsformen erfasst. Allerdings trifft diese Kritik ebenso auf die überkommenen Kategorisierungen zu. Sie ist Typisierungen im Allgemeinen immanent. Weiter ist zu kritisieren, dass weitere anerkannte Privatisierungsformen wie die Vermögensprivatisierung (vgl. § 63f. LHO) nicht erfasst werden und auch der Ansatz *Burgis* daher insoweit unvollständig ist.

Trotz dieser Kritik ist aber der von *Burgi* vertretene phänomenologische, auf aktuelle Gegebenheiten bezogene Ansatz, erweitert durch den klassischen Begriff der Vermögensprivatisierung, vorzugswürdig. Im Ergebnis lassen sich Privatisierungen daher heute in sechs Grundtypen einteilen: Aufgabenprivatisierung, funktionale Privatisierung (einschließlich Verwaltungshilfe, Dienstleistungskonzession und Public Private Partnerships im engeren Sinne etc.), institutionalisierte Public Private Partnerships, Organisationsprivatisierung, Beleihung und Vermögensprivatisierung.

Der rechtsdogmatische Ansatz, den der brandenburgische Gesetzgeber gewählt hat, entspricht dieser Typologie im Wesentlichen: Während § 6 Abs. 1 LOG die Aufgabenprivatisierung regelt, enthält § 6 Abs. 2 LOG Aussagen zur funktionalen Privatisierung. § 6 Abs. 3 LOG bezieht sich insbesondere auf die institutionalisierte Public Private Partnerships (vgl. auch § 65 LHO) und § 21 LOG auf die Beleihung, die als „Sonderfall im Verhältnis zur Privatisierung“ bezeichnet wird<sup>262</sup>. Die Vermögensprivatisierung ist in der LHO geregelt (vgl. §§ 63, 64 LHO). Nur die Organisationsprivatisierung findet sich im brandenburgischen Landesorganisationsrecht nicht. Sie zählt aber zu den hergebrachten Privatisierungstypen und ist daher auch in Brandenburg aufgrund des Selbstorganisationsrechtes der Verwaltung ohne weiteres zulässig.

Im Ergebnis dürfte eine dogmatische Typisierung für die Praxis und die Lösung praktischer Rechtsprobleme allerdings von untergeordneter Bedeutung sein. So

---

[http://www.bmvbs.de/Anlage/original\\_991061/Erfahrungsbericht-zu-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften.pdf](http://www.bmvbs.de/Anlage/original_991061/Erfahrungsbericht-zu-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften.pdf). Vgl. hierzu auch *Hetzel/Früchtl*, BayVBl 2006, 649 (649ff.).  
262 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 37.

kann z.B. dahinstehen, ob die sog. funktionale Privatisierung eine eigenständige Privatisierungsform zwischen der materiellen und der formellen Privatisierung ist. Es herrscht jedenfalls in der Umschreibung der einzelnen Phänomene weitgehend Einigkeit. Ebenso herrscht Einigkeit zu der Frage, dass an bestimmte Privatisierungsarten verschiedene (verfassungs-) rechtliche Rechtsfertigungsanforderungen zu stellen sind. Letztlich wird die mit einer Kategorisierung verbundene Darstellung idealtypischer Grundformen der Vielschichtigkeit der in der Realität anzutreffenden Erscheinungsformen und deren rechtlicher Bewertung nicht gerecht. Eine Bewertung des konkreten Privatisierungsvorganges hat im Ergebnis losgelöst von „Typisierungsfragen“ anhand der konkreten (verfassungs-) rechtlichen Gegebenheiten zu erfolgen.

## **II. Privatisierungsbegriffe – dargestellt anhand der brandenburgischen Rechtslage**

Der folgenden eingehenderen Darstellung der Privatisierungsbegriffe liegt – ausgehend von der Vorschrift des § 6 LOG und unabhängig von der Frage, wie der einzelne Privatisierungsvorgang (verfassungs-) rechtlich zu bewerten ist – die dargestellte Privatisierungstypologie zugrunde.

### **1. Aufgabenprivatisierung, § 6 Abs. 1 LOG**

Nach § 6 Abs. 1 S. 1 LOG sollen Aufgaben, deren Wahrnehmung im Ergebnis der Aufgabenkritik nicht eingestellt werden kann, natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts zur Erfüllung in Handlungsformen des Privatrechts übertragen werden, wenn die Aufgaben privatrechtlich wahrgenommen werden dürfen, eine zumindest ebenso wirtschaftliche sowie dauerhaft ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung sichergestellt ist und ein überwiegendes öffentliches Interesse nicht entgegensteht. Nach § 6 Abs. 1 S. 2 LOG bedarf die Privatisierung nach Satz 1 bei Aufgaben, die der unmittelbaren Landesverwaltung gesetzlich zugewiesen sind, einer gesetzlichen Grundlage.

§ 6 Abs. 1 LOG legt somit den Rahmen für eine Aufgabenprivatisierung (sog. materielle, echte oder eigentliche Privatisierung) dar.

#### **a) Begriff**

§ 6 Abs. 1 S. 1 LOG definiert die Aufgabenprivatisierung dahingehend, dass Aufgaben natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts zur Erfüllung in Handlungsformen des Privatrechts übertragen werden sollen. Der Staat entledigt sich der Trägerschaft und Durchführung einer Aufgabe durch Verlagerung in den

privaten Sektor. Der Begriff Aufgabenprivatisierung bezeichnet damit den hoheitlichen Verzicht auf eine öffentliche Aufgabe als Verwaltungsmaterie und die grundsätzliche Überlassung dieses Sachgegenstandes der privatrechtlich organisierten Gesellschaft<sup>263</sup>. Die Aufgabe wird also von Privaten erledigt oder sie liegt brach. Die Privaten sind im Normalmodus jeglicher privaten Betätigung tätig<sup>264</sup>.

Bei der Aufgabenprivatisierung handelt es sich um eine der anerkannten Privatisierungsformen, die unbestritten zu einer Reduzierung des staatlichen Aufgabenportfolios und damit zu einer auch fiskalischen Entlastung führt.

Das Land gibt bei der konkreten Erledigung der Aufgabe die Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten aus der Hand. Der Staat gibt seine Erfüllungsverantwortung ab. Ihm obliegt nur noch die Gewährleistungsverantwortung. Dieser Verantwortung genügt der Staat durch Beeinflussung des Verhaltens Privater durch (rechtliche) Rahmensetzung oder andere strukturierende Maßnahmen wie Aufsicht, Beratung, oder das Setzen finanzieller Anreize usw.<sup>265</sup>.

Gegenstände von Aufgabenprivatisierungen waren z.B. die Liberalisierungen in den Bereichen Telekommunikation oder Stromversorgung. Eine Aufgabenprivatisierung stellt es auch dar, wenn der Staat eine Verwaltungstätigkeit erst formell privatisiert und seine Gesellschaftsanteile anschließend auf dem freien Markt verkauft. Ein Beispiel hierfür ist die Privatisierung der Deutschen Bundespost. Gegenstände von Aufgabenprivatisierungen finden sich auch auf kommunaler Ebene, z.B. im Bereich der kultur- und sportbezogenen Infrastruktur.

Rechtliches Hauptproblem ist hierbei die Frage nach dem Bestehen einer Pflicht zur Fortführung der Aufgabe<sup>266</sup>.

## **b) Voraussetzungen**

Eine Aufgabe soll natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts zur Erfüllung in Handlungsformen des Privatrechts übertragen werden, wenn die Aufgabe privatrechtlich wahrgenommen werden darf, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LOG. Hier liegt das (juristische) Kernproblem der Aufgabenprivatisierung. Eine Aufgabenprivatisierung scheidet aus, wenn es sich um eine staatliche Kernkompetenz im Sinne von § 5 Abs. 2 LOG handelt. Zwar herrscht in der

---

263 So *DiFabio*, JZ 1999, 585 (586); hieran anlehnend auch *Roth*, S. 19. Vgl. auch *Gersdorf*, JZ 2008, 831 (831).

264 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 30.

265 Vgl. Abschnitt A. II. 2.

266 Hierzu sogleich unter b).

rechtswissenschaftlichen Diskussion Uneinigkeit darüber, ob es einen Bestand an staatlichen Kernaufgaben überhaupt gibt<sup>267</sup>. Man wird aber davon sprechen können, dass originär staatliche Aufgaben u.a. die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung, die Bereitstellung eines ausreichenden Bildungsangebotes und die grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung sind<sup>268</sup>. Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass diese Voraussetzung aufgrund des offenen Erkenntnisprozesses, ob es überhaupt staatliche Kernaufgaben gibt, rechtlich wenig greifbar ist.

Als weitere Voraussetzung muss eine zumindest ebenso wirtschaftliche sowie dauerhaft ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung sichergestellt sein, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LOG. In dieser Bestimmung kommt die oben dargestellte Gewährleistungsverantwortung zum Ausdruck. Der sich einer Aufgabe entledigende Staat muss dafür sorgen, dass die Aufgabenerfüllung nach wie vor ordnungsgemäß erfolgt. Hierzu kann er sich der unter a) dargestellten Mittel bedienen.

Als dritte Voraussetzung darf der Privatisierung kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegenstehen, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 LOG. Wann das der Fall sein soll, lässt die Gesetzesbegründung weitgehend offen. Hier ist lediglich von „sonstigen übergeordneten Erwägungen“ die Rede<sup>269</sup>. Allerdings ist fraglich, welche eigenständige Bedeutung diesem Tatbestandsmerkmal zukommen soll. Denn sofern ein überwiegendes öffentliches Interesse einer Aufgabenprivatisierung entgegensteht, spricht vieles dafür, dass diese Aufgabe zum Bereich staatlicher Kernaufgaben im Sinne von § 5 Abs. 2 LOG zählt, bei denen dem Staat die Erfüllungsverantwortung obliegt. Dann aber ist eine Privatisierung bereits nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LOG ausgeschlossen.

Schließlich setzt die Aufgabenprivatisierung eine gesetzliche Grundlage voraus, wenn die zu privatisierende Aufgabe der unmittelbaren Landesverwaltung gesetzlich zugewiesen ist, § 6 Abs. 1 S. 2 LOG. Es muss demnach eine Gesetzesänderung erfolgen, wenn das Land nach geltendem Recht für die Aufgabe als öffentlicher Aufgabenträger zuständig und eine öffentlich-rechtliche Organisationsform bestimmt ist.

Die drei bzw. vier vorgenannten Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen („und“). Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, scheidet eine Aufgabenprivatisierung aus.

---

267 Vgl. hierzu Abschnitt A. I. 1. im 5. Teil der Untersuchung.

268 Vgl. LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 35.

269 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 37.



### c) Privatisierungspflicht

Nach dem Subsidiaritätsprinzip ist die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – unter den Voraussetzungen von § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 LOG – zunächst der Eigeninitiative Privater überlassen. Daher ist § 6 Abs. 1 S. 1 LOG als Sollvorschrift gefasst. Nach allgemein anerkannter Definition verknüpft das Landesorganisationsgesetz damit die Rechtsfolge der Aufgabenprivatisierung grundsätzlich an die Erfüllung des Tatbestandes des § 6 Abs. 1 LOG<sup>270</sup>. Von einer Privatisierung ist daher nur dann abzusehen, wenn ihr angebbare, besondere, überwiegende Gründe entgegenstehen<sup>271</sup>. Im Ergebnis statuiert § 6 Abs. 1 LOG damit eine Privatisierungspflicht oder zumindest ein Privatisierungsgebot.

## 2. Funktionale Privatisierung, § 6 Abs. 2 LOG

Den landesrechtlichen Rechtsrahmen für die sog. funktionale Privatisierung (auch Verfahrens-, Vollzugsprivatisierung oder PPP auf Vertragsbasis genannt<sup>272</sup>) schafft § 6 Abs. 2 LOG. Hiernach soll die Ausführung einer Aufgabe unter Erhalt der öffentlichen Zuständigkeit und Sicherstellung der Aufgabenerfüllung ganz oder teilweise auf Private übertragen werden, wenn eine Aufgabenprivatisierung mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder 3 LOG nicht in Betracht kommt.

### a) Begriff

§ 6 Abs. 2 LOG definiert die funktionale Privatisierung dahingehend, dass die Ausführung einer Aufgabe unter Erhalt der öffentlichen Zuständigkeit und Sicherstellung der Aufgabenerfüllung auf einen privaten Träger übertragen wird. Der Staat gibt die betroffene Aufgabe hier nicht vollständig aus der Hand, sondern spaltet Funktionen ab und überträgt die Durchführung auf Private<sup>273</sup>. Der private Träger ist nicht an Stelle des Staates oder neben ihm tätig. Er ist vielmehr für den Staat tätig, d.h. er erbringt die jeweilige Funktion mit funktionalem Bezug zu einer Staatsaufgabe<sup>274</sup>. Im Ergebnis geht es um die nichtinstitutionalisierten Formen der

---

270 Vgl. statt vieler *Wolff/Bachof/Stober*, § 31 Rdnr. 34.

271 *Wolff/Bachof/Stober*, § 31 Rdnr. 34.

272 *Bonk*, JZ 2000, 435 (437): Vollzugsprivatisierung; *DiFabio*, JZ 1999, 585 (589): Verfahrensprivatisierung; *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 31ff.: PPP auf Vertragsbasis. Teilweise werden auch die Begriffe „Verrichtungs- oder Ausführungsprivatisierung“ verwendet: *Laux*, in: *Biernat u.a. (Hrsg.)*, S. 283. Andere Autoren nennen diese Privatisierung „Produktionsprivatisierung“, vgl. *Graf Vitzthum*, AöR Bd. 104 (1979), 580 (591).

273 *Remmert*, S. 197; *Krölls*, *GewArch* 1995, 129 (131); *Schoch*, *DVBl* 1994, 962 (963); *Bauer*, *DÖV* 1998, 89 (90); *Burgi*, *NVwZ* 2001, 601 (603).

274 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 31; *ders.*, *Privatisierung*, S. 145ff.; *Wolff/Bachof/Stober*, Vor § 90

Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung<sup>275</sup>.

Die Zuständigkeit für die staatliche Aufgabe und die Aufgabenverantwortung bleiben beim Land. Lediglich mit der Durchführung der Aufgabe wird ein privater Träger beauftragt. Der Staat entledigt sich seiner Erfüllungsverantwortung<sup>276</sup>. Das hat für den Staat den Vorteil, dass er sich des Sachverständes der privaten Träger bedienen und sich dort vorhandene Spezialkenntnisse zu Eigen machen kann.

Gibt der Staat die Aufgabendurchführung aus der Hand, muss er den ordnungsgemäßen Aufgabenvollzug durch eine entsprechende Aufsicht gewährleisten. Dem Staat obliegt somit die Gewährleistungsverantwortung. In Frage kommen hierzu u.a. Mitwirkungsrechte oder auch gesetzlich normierte Leistungsvorgaben<sup>277</sup>. Aufgrund dieser Vorgaben organisiert der private Träger die Aufgabendurchführung in weitgehend eigener Verantwortung. Die Letztentscheidungsverantwortung der Verwaltung darf hierbei nicht berührt oder faktisch ausgehöhlt werden<sup>278</sup>. Dem Staat obliegt auch die Gewährleistungsverantwortung.

Das Zusammenwirken erfolgt grundsätzlich auf vertraglicher Basis, ohne dass eine eigenständige juristische Person gegründet wird. Es entsteht eine gestufte oder zwischen öffentlicher Hand und Privatem Träger geteilte Verantwortung.

Welche Aufgaben für eine funktionale Privatisierung in Betracht kommen, ist eine Frage der Auslegung der Verfassung und der Rechtsnormen, in denen positiv rechtlich konkretisiert wird, welche Aufgaben der Staat selbst durchführen muss; eine funktionale Privatisierung muss mithin rechtlich zulässig sein<sup>279</sup>.

---

Rdnr. 16; *DiFabio*, JZ 1999, 585 (589).

275 Vgl. *EU-Kommission*, Grünbuch, Ziffer 1.1, Rn. 1, S. 3.

276 Vgl. hierzu *Weiß*, DVBl 2002, 1167 (1175); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (278).

277 *Gusy*, Privatisierung, S. 342; *Roth*, S. 21.

278 *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 1 Rdnr. 114ff.; *Roth*, S. 21; zu Recht weist *Burgi*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 28, darauf hin, dass „die Mischung aus fehlender Sachkunde, abgebauter Verwaltungskapazität und vielfach bestehender Unmöglichkeit des Nachvollzugs komplexer Abläufe (bewirke, der Verf.), dass die oft beschworene staatliche 'Letztentscheidungsverantwortung' zur leeren Hülse“ werden könne.

279 Vgl. statt vieler *DiFabio*, JZ 1999, 585 (590); s. hierzu auch Abschnitt B. 2. c).

## b) Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung

Zur Vorgehensweise der Übertragung der Aufgabendurchführung trifft § 6 Abs. 2 LOG keine Festlegungen. Unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten ist zunächst der Freigabe für einen Wettbewerb unter privaten Marktteilnehmern der Vorrang zu geben. Besteht noch kein ausgeprägter Markt, kommt die ausschließliche Übertragung für Teile des Landes oder das ganze Land auf eine entsprechende Anzahl von Unternehmen in Betracht. Die Privaten werden folglich mit Teilbeiträgen durchführenden oder vorbereitenden Charakters betraut.

Aufgrund der – folgerichtigen – fehlenden Festlegung des Landesorganisationsgesetzes kommt eine Vielzahl möglicher Gestaltungsformen in Betracht. Die nachfolgende Darstellung erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

### aa) Verwaltungshilfe

Bei der Verwaltungshilfe handelt es sich um eine tradierte Form der Ausführung von Verwaltungsaufgaben durch Private.

Der Begriff bezeichnet die Verwaltungshilfe im ursprünglichen Sinne. Damit gemeint ist die Erfüllung oder Unterstützung untergeordneter staatlicher Aufgaben durch Private. Hierbei ist der Private auf Anweisung und im Auftrag des Staates tätig<sup>280</sup>. Die jeweilige Hoheitsaufgabe, bei deren Erfüllung die Privaten in der einen oder anderen Form mitwirken oder beteiligt werden, wird hierbei nicht aus dem allgemeinen Staatsvorbehalt entlassen. Die ausschließliche und verwaltungsmäßig unmittelbare Verantwortung für die betreffende Maßnahme besteht auf Seiten des Staates fort<sup>281</sup>.

Die Vorteile dieser Privatisierung ergeben sich vor allem daraus, dass sich der Staat des Sachverstandes der privaten Träger und der dort vorhandene Spezialkenntnisse bedienen kann.

Kennzeichnend für die Verwaltungshilfe ist weiterhin, dass zwischen dem Bürger und dem Verwaltungshelfer keine direkten Rechtsbeziehungen bestehen. Der Verwaltungshelfer erbringt seine Tätigkeit für die Behörde. Der betroffene Bürger kann sich daher im Haftungsfall direkt an den Staat wenden. Die Verwaltung ist Zurechnungsobjekt des Handelns des Privaten. Denn dieser übt nur eine

---

280 Statt vieler *Burgi*, GewArch 2001, 217 (218); *Brüning*, NWVBI 1997, 286 (291); *Notthoff*, NVwZ 1994, 771 (772).

281 *Scholz*, NJW 1997, 14 (16).

Hilfstätigkeit im Zusammenhang mit einer hoheitlichen Aufgabe aus. Dieses enge Verständnis des Verwaltungshelfers (sog. Werkzeugtheorie) hat die Rechtsprechung mittlerweile aufgelöst. Entscheidend für eine Zurechnung des Handelns des Privaten ist der rechtliche Charakter der wahrgenommenen Aufgabe, die Sachnähe der übertragenen Tätigkeit zu dieser Aufgabe, der Grad der Einbindung des Privaten in den behördlichen Pflichtenkreis und das Außenverhältnis<sup>282</sup>.

Verwaltungshelfer werden regelmäßig vertraglich in die Aufgabendurchführung eingebunden. Die Vergabe dieses öffentlichen Auftrages erfolgt nach den vergaberechtlichen Bestimmungen.

Klassische Fälle für Teilbeiträge durchführenden Charakters sind die Beauftragung privater Abschleppunternehmen bei der Beseitigung verkehrswidrig abgestellter Fahrzeuge oder der Schülerlotse, die technisch-wirtschaftliche Betriebsführung bei einer kommunalen Abfallentsorgungsanlage, die Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen wie z.B. die Durchführung von Jahrmärkten<sup>283</sup> bzw. die Unterhaltung von Internetplattformen. Weiter ist das Gebiet der Gefahrenabwehraufgaben, für die gewerbliche Sicherheitsunternehmen Dienstleistungen anbieten, zu nennen: die Überwachung des Straßenverkehrs, die Unfalluntersuchung, die Fluggast- oder Gepäckkontrolle<sup>284</sup> sowie die Bewachung öffentlicher Gebäude. Hinzu kommt z.B. die Beseitigung von Verunreinigungen auf öffentlichen Straßen wie nach Havarien. Teilbeiträge vorbereitenden Charakters sind z.B. die Fertigung planerischer Entwürfe oder die Fertigung von Verdingungsunterlagen durch Ingenieurbüros, die sachverständige Beratung staatlicher Stellen sowie Mess- und Prüftätigkeiten privater Labore in der Umwelt- und Lebensmittelüberwachung.

## **bb) Dienstleistungskonzession**

Bei der Dienstleistungskonzession handelt es sich um eine besonders weitreichende Form der funktionalen Privatisierung mit einem enormen Potential<sup>285</sup>.

---

282 BGHZ 121, 161 (165); *BGH*, NJW 1996, 2341ff.; *Roth*, S. 24.

283 Anders *VG Köln*, Urteil vom 16.10.2008, 1 K 4507/08 – nachgewiesen bei *ibr-online*. Hiernach ist die Vergabe eines Auftrags über die Organisation eines Weihnachtsmarkts als eine Dienstleistungskonzession anzusehen.

284 Vgl. hierzu *BVerwGE* 95, 188 (197); weitere Nachweise bei *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 33; Vgl. zum Thema Verkehrsüberwachung durch Private auch *Scholz*, NJW 1997, 14ff.; *Steegmann*, NJW 1997, 2157ff.; *Stober*, NJW 1997, 889 (895), der in diesem Zusammenhang von „Police Private Partnership“ spricht.

285 So auch *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 35; allgemein zu Public Private Partnerships bei Dienstleistungskonzessionen: *Gröning*, NZBau 2001, 123ff.

Begriffsprägend für die Dienstleistungskonzession ist, dass der öffentliche Auftraggeber dem Auftragnehmer – Konzessionär – eine im öffentlichen Interesse stehende Dienstleistung überträgt und ihm anstelle einer Vergütung ein Verhalten oder eine Nutzung gestattet, aus der sich der Konzessionär für die auf eigenes wirtschaftliches Risiko zu erbringende Dienstleistung refinanziert<sup>286</sup>.

Die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen besteht ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises<sup>287</sup>. Der Preis muss dabei nicht in einer Geldleistung bestehen<sup>288</sup>.

Kriterien für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession sind demnach:

- Dienstleistungserbringung durch den Auftragnehmer
- Gegenleistung besteht im Verwertungsrecht durch den Auftragnehmer
- Auftragnehmer trägt das wirtschaftliche Risiko.

Kennzeichnend ist darüber hinaus regelmäßig, dass Konzessionäre im Vergleich zu Verwaltungshelfern – schon aufgrund der Finanzierungssituation – größere Handlungsspielräume genießen und dass die Vertragsdauer zumeist länger ist. Im Fall der Ausschreibung des Betriebs der Renn- und Teststrecke am Lausitzring betrug die Vertragslaufzeit z.B. acht Jahre. In der Wasser- und der Abwasserversorgung sind aber auch wesentlich längere Vertragslaufzeiten nicht ungewöhnlich.

Dienstleistungskonzessionen unterliegen nicht den europäischen Vergaberechtsregeln<sup>289</sup>. Es liegt kein Beschaffungsvorgang vor, sondern eine Verwertungshandlung eines eigenen Rechts der öffentlichen Hand. Es gelten aber die Grundregeln des AEUV im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen<sup>290</sup>. Der Auftraggeber ist gehalten, dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV sowie der in Art. 56 AEUV zum

---

286 Vgl. Art. 1 Abs. 4 RiLi 2004/18/EG sowie *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 30.05.2008, Verg W 5/08, S. 16 – nachgewiesen bei ibr-online; *OLG Celle*, Beschluss vom 5.2.2004, 13 Verg 26/03, Rn. 21 – nachgewiesen bei juris.

287 *EuGH*, Urteil vom 18.7.2007, C-382/05, Nr. 33 f. „Kommission/Italien“; Urteil vom 13.10.2005, C-458/03, Nr. 41 „Parking Brixen“ – jeweils zitiert nach juris; *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 30.05.2008, Verg W 5/08, S. 19 – nachgewiesen bei ibr-online; *OLG Celle*, Beschluss vom 5.2.2004, 13 Verg 26/03, Rn. 22 – zitiert nach juris; *VK Südbayern*, Beschluss vom 03.04.2009 - Z3-3-3194-1-49-12/08 – nachgewiesen bei ibr-online.

288 *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 30.05.2008, Verg W 5/08, S. 19 – nachgewiesen bei ibr-online; *OLG Celle*, Beschluss vom 5.2.2004, 13 Verg 26/03, Rn. 22 – zitiert nach juris.

289 Vgl. hierzu *Ruhland*, ThürVBI 2008, 198ff.

290 *EuGH*, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-312/98 – *Teleaustria* – NZBau 2001, 148.

Ausdruck kommenden besonderen Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die beide eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen, Genüge zu tun. Zugunsten der potentiellen Bieter muss der Auftraggeber einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicher stellen<sup>291</sup>. Bezweckt wird hiermit, die Vergabe der Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb zu öffnen und eine Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind<sup>292</sup>.

Beispiele einer Dienstleistungskonzession sind z.B. das Recht zur Errichtung und zum Betrieb einer Feuerbestattungsanlage, die Verpachtung eines gemeindlichen Grundstücks und Gebäudes mit der vertraglichen Verpflichtung, öffentliche Parkeinrichtungen zu betreiben und die Vermietung oder Verpachtung von Verkaufsstellen zum Prägen und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen. Ein weiteres Beispiel ist die Konzessionsvergabe von Stromnetzen, auch Stromkonzession genannt.

Neben der hohen praktischen Relevanz der Dienstleistungskonzession hat sie mittlerweile auch in gesetzlichen Vorschriften wie § 18a Abs. 2a WHG oder § 16 Abs. 2 Krw-/AbfG Niederschlag gefunden.

### **cc) Projektbezogene PPP (PPP im engeren Sinne)**

PPP kann man abstrakt beschreiben als langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, bei der die erforderlichen Ressourcen (z.B. Know-how, Betriebsmittel, Kapital, Personal) in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden<sup>293</sup>. Der Finanzierungsaspekt spielt hierbei eine größere Rolle als bei den anderen Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung. Hier liegt zugleich der wesentliche Vorteil für die öffentliche Hand. Man kann diese Modelle daher auch als Fälle von Finanzierungsprivatisierung oder der finanzwirtschaftlichen Privatisierung bezeichnen<sup>294</sup>.

---

291 Vgl. hierzu *EuGH*, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03 – Coname – NZBau 2005, 592.

292 *EuGH*, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03, Rn. 47 ff.; Urteil vom 07.12.2000, C- 324/98, Rn. 61f.; *VG Köln*, Urteil vom 16.10.2008, 1 K 4507/08.

293 Vgl. *BMVBS* (Hrsg.), PPP-Gutachten, Band 1 Ziff. 2., S. 2.

294 Vgl. hierzu *Roth*, S. 26; *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (766).

Als Vertragsmodelle und Kooperationsformen kommen folgende Modelle in Betracht<sup>295</sup>:

Dem *PPP-Erwerbermodell*<sup>296</sup> liegt eine Vertragsstruktur zugrunde, bei der der private Auftragnehmer Planung, Bau (Errichtung und/oder Sanierung), Finanzierung und Betrieb einer Immobilie zur Nutzung durch den öffentlichen Auftraggeber übernimmt. Das Grundstück und die errichteten Gebäude liegen während der gesamten Vertragslaufzeit im zivilrechtlichen Eigentum des privaten Auftragnehmers. Sie werden dem öffentlichen Auftragnehmer zur Nutzung überlassen, der damit die tatsächliche Herrschaft über die Gebäude und somit auch deren wirtschaftliches Eigentum innehat. Am Ende der Vertragslaufzeit wird auch das zivilrechtliche Eigentum an Grundstück und Gebäude an den öffentlichen Auftraggeber übertragen. Beim PPP-Erwerbermodell erhält der private Auftragnehmer ein monatliches Leistungsentgelt, durch das sämtliche Investitions- und Betriebskosten sowie das Risiko und der Gewinn abgedeckt werden.

Beim *PPP-FM-Leasingmodell*<sup>297</sup> übernimmt der private Auftragnehmer Planung, Bau (Errichtung und/oder Sanierung), Finanzierung und Betrieb der Gebäude zur Nutzung durch den öffentlichen Auftraggeber sowie ggf. die Verwertung. Der private Auftragnehmer überlässt dem öffentlichen Auftraggeber Grundstück und Gebäude, die sich in seinem wirtschaftlichen und zivilrechtlichen Eigentum befinden, zur Nutzung über die gesamte Vertragslaufzeit. Es besteht keine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Ende der Vertragslaufzeit. Der öffentliche Auftraggeber hat vielmehr ein Optionsrecht, Grundstück und Gebäude zu einem bei Vertragsschluss fest kalkulierten Restwert zu erwerben. Bei Ausübung der Kaufoption geht am Ende der Vertragslaufzeit das wirtschaftliche und zivilrechtliche Eigentum auf den öffentlichen Auftraggeber über. Zur Refinanzierung zahlt der öffentliche Auftraggeber ein monatliches Leistungsentgelt als „Leasingraten“ an den privaten Auftragnehmer, die die Teilamortisation der Investitionskosten, den Betrieb sowie Risikoaufschläge und Gewinn des privaten Auftragnehmers abdecken. Der Restwert, zu dem der öffentliche Auftraggeber das Eigentum am Ende der Vertragslaufzeit erwerben kann, bildet die Differenz zur Vollamortisation der Investition ab.

Der private Auftragnehmer übernimmt auch beim *PPP-Vermietungsmodell*<sup>298</sup> Planung, Bau (Errichtung und/oder Sanierung), Finanzierung und Betrieb der Gebäude zur Nutzung durch den öffentlichen Auftraggeber sowie gegebenenfalls

---

295 Vgl. hierzu auch die Übersicht bei *Tettinger*, DÖV 1996, 763 (765f.).

296 Vgl. hierzu *BMVBS* (Hrsg.), *PPP-Gutachten*, Band 2, Teilband 1, Ziff. 3.1.3, S. 6.

297 Vgl. hierzu *BMVBS* (Hrsg.), *PPP-Gutachten*, Band 2, Teilband 1, Ziff. 3.1.4, S. 7.

298 Vgl. hierzu *BMVBS* (Hrsg.), *PPP-Gutachten*, Band 2, Teilband 1, Ziff. 3.1.5, S. 8.

die Verwertung. Der private Auftragnehmer überlässt dem öffentlichen Auftraggeber Grundstück und Gebäude, die sich in seinem wirtschaftlichen und zivilrechtlichen Eigentum befinden, zur Nutzung über die gesamte Vertragslaufzeit. Auch hier besteht am Ende der Vertragslaufzeit keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an den öffentlichen Auftraggeber, ihm kann jedoch eine Kaufoption eingeräumt werden. Der Kaufpreis bemisst sich jedoch am zu ermittelnden Verkehrswert zum Zeitpunkt des Vertragsendes. Bei Ausübung der Kaufoption geht das wirtschaftliche und zivilrechtliche Eigentum an Grundstück und Gebäude auf den öffentlichen Auftraggeber über. Der öffentliche Auftraggeber zahlt ein monatliches Leistungsentgelt an den privaten Auftragnehmer. Dies bemisst sich jedoch nicht an der Investition, sondern an der marktüblichen Miete und der Vergütung für erbrachte Betriebsleistungen. Bei Ausübung der Kaufoption durch den öffentlichen Auftraggeber wird der Verkehrswert der Immobilie an den privaten Auftragnehmer gezahlt.

Im Rahmen des *PPP-Inhabermodells*<sup>299</sup> übernimmt der private Auftragnehmer Planung, Bau (Errichtung und/oder Sanierung), Finanzierung und Betrieb einer Immobilie zur Nutzung durch den öffentlichen Auftraggeber. Das Grundstück, und bei Sanierungsprojekten auch die bestehenden Gebäude, befinden sich im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers. Bei Neubauprojekten gehen die Gebäude mit der Erstellung sukzessive in das Eigentum des öffentlichen Auftraggebers über. Dieser ist also spätestens mit Abnahme der Bauleistung zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Immobilie. Dem privaten Auftragnehmer wird ein umfassendes Nutzungs- und Besitzrecht an Grundstück und Gebäude eingeräumt. Dies kann über ein Nießbrauchrecht oder eine schuldrechtliche Vereinbarung in Form eines Gestattungsvertrages ohne dinglichen Rechtscharakter erfolgen. Zur Refinanzierung der Investitions- und Betriebskosten, des Risikos und Gewinns erhält der private Auftragnehmer mit Abnahme der Bauleistung ein monatliches Leistungsentgelt.

Beim *PPP-Contractingmodell*<sup>300</sup> übernimmt der private Auftragnehmer den Einbau bzw. die Optimierung von bestimmten technischen Anlagen oder Anlagenteilen in einem Gebäude des öffentlichen Auftraggebers. Mit dem Einbau der Gebäudetechnik geht diese direkt in das Eigentum des öffentlichen Auftraggebers über. Dem privaten Auftragnehmer wird ein Nutzungsrecht an den Anlagen eingeräumt. Hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse beruht das PPP-Contractingmodell i.d.R. auf dem PPP-Inhabermodell. Das Leistungsentgelt orientiert sich im Gegensatz zu den anderen Vertragsmodellen nicht an den Investitionskosten, sondern an den bisherigen Energiekosten des öffentlichen

---

299 Vgl. hierzu *BMVBS* (Hrsg.), *PPP-Gutachten*, Band 2, Teilband 1, Ziff. 3.1.6, S. 9.

300 Vgl. hierzu *BMVBS* (Hrsg.), *PPP-Gutachten*, Band 2, Teilband 1, Ziff. 3.1.7, S. 10.



Auftraggebers. Damit muss der private Auftragnehmer sämtliche Kosten sowie Risikoaufschläge und seine Gewinnmarge abdecken. Aus diesem Grund besteht ein erheblicher Anreiz für den privaten Auftragnehmer, durch Optimierung der Anlagen Energiekosten zu senken.

Beim *PPP-Konzessionsmodell*<sup>301</sup> verpflichtet sich der private Auftragnehmer gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, eine bestimmte Leistung - Planung, Bau (Errichtung und/oder Sanierung), Finanzierung und Betrieb der Gebäude - auf eigenes wirtschaftliches Risiko unmittelbar an den Bürger zu erbringen. Das PPP-Konzessionsmodell im öffentlichen Hochbau beispielsweise kann mit allen oben beschriebenen Vertragsmodellen kombiniert werden. Im Gegenzug zur Leistungspflicht erhält der private Auftragnehmer vom öffentlichen Auftraggeber das Recht eingeräumt, seine Investitions- und Betriebskosten sowie das Risiko und den Gewinn über privatrechtliche Entgelte oder öffentlich-rechtliche Gebühren von den Nutzern zu refinanzieren. Dabei gibt es zwei Ausgestaltungsmöglichkeiten: Entweder steht der privaten Auftragnehmer in vertraglicher Beziehung zu den Nutzern und erhebt von diesen Entgelt oder Gebühr. Der öffentliche Auftraggeber kann die Gebühren auch selbst erheben und sie an den privaten Auftragnehmer weiterleiten. Zusätzlich können Zahlungen durch den öffentlichen Auftraggeber, wie z.B. eine Anschubfinanzierung oder Zuschüsse zum laufenden Betrieb, erfolgen.

Im Rahmen des *PPP-Gesellschaftsmodells*<sup>302</sup> übernimmt ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen als Auftragnehmer Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb des Projektgegenstandes für eine bestimmte Vertragsdauer. Die Besonderheit des PPP-Gesellschaftsmodells besteht darin, dass der öffentliche Auftraggeber die Rolle eines Mitgesellschafters übernimmt. Die Eigentumsverhältnisse, die Vergütung (Leistungsentgelt) sowie die Risikoverteilung entsprechen dem gewählten Vertragsmodell.

Bei den vorgenannten Vertragsmodellen steht die Beschaffung von Bau- und Dienstleistungen nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers nach seinen Vorgaben im Vordergrund. Daher handelt es sich regelmäßig um öffentliche Aufträge im Sinne von § 99 GWB. Die Beschaffung erfolgt daher nach den verbaberechtigten Bestimmungen.

Verwirklicht werden können die dargestellten Modelle im öffentlichen Straßen- und Hochbau. Hier sind zu nennen der Bau von Rathäusern, Finanzämtern, Schulen, Hochschulen, Krankenhäusern, Altersheimen, Polizeigebäuden, Gefängnissen, Sportstätten, Museen, Messegeländen usw..

---

301 Vgl. hierzu *BMVBS* (Hrsg.), *PPP-Gutachten*, Band 2, Teilband 1, Ziff. 3.1.8, S. 11.

302 Vgl. hierzu *BMVBS* (Hrsg.), *PPP-Gutachten*, Band 2, Teilband 1, Ziff. 3.1.9, S. 11.

## **dd) Gesetzliche Inanspruchnahme Dritter**

Die gesetzliche Inanspruchnahme Dritter ist dadurch gekennzeichnet, dass der Staat die persönlichen oder sachlichen Kräfte Privater aufgrund einer gesetzlichen Regelung in Anspruch nimmt<sup>303</sup>. Hierdurch lassen sich öffentliche Aufgaben erledigen, die keine hoheitlichen sind<sup>304</sup>.

Die Aufgaben des Maßregelvollzugs zählen aber ohne weiteres zu den Aufgaben, die hoheitliche Befugnisse erfordern. Das geht auch aus Ziff. 2 des Beleihungsaktes vom 07.04.2006 hervor. Daher wird die Gesetzliche Inanspruchnahme Dritter nicht weiter verfolgt.

## **ee) Personalprivatisierung**

Bei der Personalprivatisierung soll es sich um den Rückzug des Staates aus bisher wahrgenommenen Aufgaben im Bereich der inneren Sicherheit vor allem durch Rückzug des eigenen Personals und als Einschaltung privaten Personals in die Wahrnehmung staatlicher Sicherheitsaufgaben handeln<sup>305</sup>.

*Gramm* sieht diesen Vorgang als Unterfall einer funktionalen Privatisierung an<sup>306</sup>. Allerdings ist zweifelhaft, ob dieser Begriff einen Erkenntnisgewinn mit sich bringt. Denn das private Personal ist in der Regel bei einer juristischen Person des Privatrechts angestellt. Daher ist die von *Gramm* dargestellte Konstruktion je nach den Umständen passender unter die Begriffe Verwaltungshilfe, Dienstleistungskonzession, projektbezogene PPP oder auch Beleihung zu subsumieren. Anders läge der Fall, wenn der Begriff dahingehend verstanden würde, dass der Staat – wie beim Brandenburger Modell – eigenes Personal im Wege eines Dienstüberlassungs- oder Personalüberleitungsvertrages an einen privaten Träger „abstellt“. Das ist aber nach der Definition von *Gramm* nicht der Fall. Daher ist diese Form der Personalprivatisierung für die weitere Untersuchung ohne Belang und wird nicht weiter verfolgt.

## **c) Voraussetzungen**

Voraussetzung einer funktionalen Privatisierung ist nach § 6 Abs. 2 LOG zunächst, dass eine Aufgabenprivatisierung nicht in Betracht kommt. Daneben ist die öffentliche Zuständigkeit zu erhalten und die Aufgabenerfüllung sicherzustellen.

---

303 Statt vieler *Roth*, S. 27.

304 *Gramm*, Privatisierung, S. 361; *Kulas*, S. 24 m.w.N.; *Roth*, S. 27.

305 So *Gramm*, VerwArch 1999, 329 (332).

306 Vgl. *Gramm*, VerwArch 1999, 329 (332).

Als weitere – ungeschriebene – Voraussetzung kommt hinzu, dass die Aufgabenerfüllung durch private Dritte gesetzlich zulässig sein muss. Bei der Bewertung des konkreten Privatisierungsvorganges sind europa-, verfassungs- und einfachgesetzliche Determinanten zu prüfen. Hier ist beispielsweise Art. 33 Abs. 4 GG zu nennen, der für die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse vorsieht, dass diese als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen<sup>307</sup>.

Da es sich regelmäßig um finanzwirksame Maßnahmen handelt, sind nach § 7 Abs. 2 S. 1 LHO angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Fallen diese negativ aus, hat eine funktionale Privatisierung zu unterbleiben.

#### **d) Privatisierungspflicht**

Dem landesorganisationsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip folgend ist auch § 6 Abs. 2 LOG als Soll-Vorschrift gefasst. Daher gelten hier die Ausführungen zu § 6 Abs. 1 LOG entsprechend<sup>308</sup>.

### **3. Sonstige Kooperation mit Privaten, § 6 Abs. 3 LOG**

Scheidet eine Aufgabenprivatisierung oder eine funktionale Privatisierung aus, kommt nach § 6 Abs. 3 LOG eine sonstige Kooperation mit Privaten in Betracht. Hierbei ist insbesondere an PPP zu denken. Da eine projektbezogene Public Private Partnership (PPP im engeren Sinne) einen Fall der funktionalen Privatisierung darstellt<sup>309</sup>, sind im Rahmen von § 6 Abs. 3 LOG insbesondere sog. institutionalisierte Public Private Partnerships zu berücksichtigen.

Institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften beinhalten die Einrichtung eines gemeinsam vom öffentlichen und vom privaten Partner unterhaltenen Wirtschaftsgebildes<sup>310</sup>. Aufgabe dieses gemeinsamen Gebildes ist es dann, für die Bereitstellung eines Bauwerks oder einer Dienstleistung zugunsten der Öffentlichkeit zu sorgen. Die direkte Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Partner erfolgt im Rahmen eines Wirtschaftsgebildes mit eigener Rechtspersönlichkeit. Hierdurch wird dem öffentlichen Partner eine weiterhin relativ

---

307 Vgl. zu den materiell-rechtlichen Determinanten den 5. Teil der Untersuchung.

308 Vgl. Abschnitt B. II. 1. c).

309 Vgl. Abschnitt B. II. 2. b) cc).

310 Vgl. *EU-Kommission*, Grünbuch, Ziffer 3, Rn. 53, S. 19; vgl. hierzu auch *Gersdorf*, JZ 2008, 831 (833). Hiernach können institutionalisierte PPP „nach Maßgabe ihrer konkreten Ausgestaltung allen drei bekannten und weithin anerkannten Privatisierungsformen zugeordnet werden“, JZ 2008, 831 (833).

starke Kontrolle über die Abläufe ermöglicht. Seinen Einfluss und Änderungsvorstellungen kann der öffentliche Partner durch seine Präsenz unter den Teilhabern und in den Entscheidungsgremien dieses gemeinsamen Wirtschaftsgebildes bewirken. Die Zusammenarbeit ermöglicht dem öffentlichen Partner außerdem, seine Erfahrungen mit der Bereitstellung der fraglichen Dienstleistung zu erweitern und sich gleichzeitig von einem privaten Partner unterstützen zu lassen<sup>311</sup>.

Im nationalen Rahmen ist die institutionalisierte Public Private Partnership als gemischtwirtschaftliches Unternehmen bekannt. Hierbei handelt es sich um ein Unternehmen, das in der Rechtsform einer privatrechtlichen Gesellschaft betrieben wird und an dem mindestens ein öffentlicher Rechtsträger und mindestens ein privater Träger beteiligt ist. Die häufigste Erscheinungsform ist die GmbH oder AG mit gemischt staatlich-privater Kapitalstruktur bei staatlicher Beherrschung oder wenigstens Kontrollmacht<sup>312</sup>. Diese gemischtwirtschaftlichen Unternehmen können zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben darüber hinaus mit hoheitlichen Befugnissen beliehen oder als Verwaltungshelfer eingesetzt werden. Mittlerweile sind aber auch kompliziertere Strukturen anzutreffen, wie z.B. die Anstalt des öffentlichen Rechts unter dem Dach einer Privatrechtsgesellschaft als neue Form des wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde (verwirklicht bei den Berliner Wasserbetrieben<sup>313</sup>).

Im Ergebnis handelt es sich um eine Kombination von Elementen der Organisations- und der Aufgabenprivatisierung<sup>314</sup>. Entscheidend ist die aktive Teilnahme an der Ausführung der Aufgabe bzw. bei der Geschäftsführung der Gesellschaft eines Privaten und die Stellung zwischen Wirtschaft und Staat.

Für die Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder die Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform trifft § 65 Abs. 1 LHO Regelungen. Hiernach soll sich das Land an einer institutionalisierten PPP nur beteiligen, wenn ein wichtiges Interesse des Landes vorliegt und sich der vom Land angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt, die Einzahlungsverpflichtung des Landes auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist, das Land einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält und gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des

---

311 Vgl. *EU-Kommission*, Grünbuch, Ziffer 3, Rn. 54, S. 19.

312 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 38; *Berger*, S. 23 m.w.N.

313 Vgl. hierzu *Ochmann*, S. 80f.

314 *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 37.

Dritten Buchs des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.

Ferner enthält § 65 LHO Vorschriften zum einzuhaltenden Verfahren.

Die häufigsten Beispiele finden sich im Bereich der Infrastruktur und der Versorgung. Anzutreffen sind institutionalisierte PPP aber auch in den Bereichen Wasserversorgung oder Müllabfuhr.

#### 4. Organisationsprivatisierung

Bei der Organisationsprivatisierung (auch formelle Privatisierung, privatrechtlich organisierte Verwaltung, Verwaltung in Privatrechtsform bzw. privatrechtsförmige Verwaltung genannt<sup>315</sup>) handelt es sich um einen weiteren eigenständigen Privatisierungstypus.

Kennzeichnend ist, dass sich der Staat nicht einer bestimmten Verwaltungsaufgabe entledigt. Er bedient sich zu ihrer Wahrnehmung der Formen des Privatrechts unter Schaffung einer Eigengesellschaft (GmbH oder AG). Es werden die Zuständigkeit, die Form und das Verfahren modifiziert, die Sachentscheidung unterliegt aber weiterhin den Anforderungen des öffentlichen Rechts<sup>316</sup>.

Die Vorteile dieser Privatisierungsform liegen darin, dass sich der Staat zum einen nicht dem öffentlichen Haushalts- und Dienstrecht unterwerfen muss<sup>317</sup>. Zum anderen vergrößert er seinen Handlungsspielraum<sup>318</sup>. Schließlich wird die Trennung zwischen administrativen und wirtschaftlichen Entscheidungsverantwortlichkeiten angeführt<sup>319</sup>.

Da die von der öffentlichen Hand geschaffene juristische Person des Privatrechts weiterhin in ihrem Besitz bleibt, liegt keine Form der Zusammenarbeit mit einem Privaten vor. Es handelt sich somit um einen eigenständigen Privatisierungstypus.

---

315 Vgl. *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (251), *Peine*, DÖV 1997, 353 (354), *Schoch*, DVBI 1994, 962 (962), *Krölls*, GewArch 1995, 129 (130): Organisationsprivatisierung; *DiFabio*, JZ 1999, 585 (588), *Lecheler*, BayVBI 1994, 555 (559), *Mayen*, DÖV 2001, 110 (111); *Gersdorf*, JZ 2008, 831 (832); *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (210), *Scholz*, NJW 1997, 14 (15), *Roth*, S. 17: formelle Privatisierung; *Achterberg*, JA 1985, 503 (504): privatrechtsförmige Verwaltung; vgl. zu den Begriffen auch *Kämmerer*, Privatisierung, S. 20 m.w.N. sowie *Wolff/Bachof/Stober*, § 34 Rdnr. 4.

316 Statt vieler *DiFabio*, JZ 1999, 585 (588); *Brüning*, NWVBI 1997, 286 (288); vgl. hierzu auch *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (145).

317 Vgl. hierzu *Roth*, S. 18.

318 *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (215); *Roth*, S. 18.

319 So ausdrücklich *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (215).

Zwar meinen einige Autoren, es handele sich um keine Privatisierung, da die Aufgabe beim Staat verbleibe<sup>320</sup>. Vom eingangs dargestellten Verständnis des Begriffes der Privatisierung als Entstaatlichung ausgehend, handelt es sich bei formeller Betrachtungsweise um eine Privatisierung in diesem Sinne. Denn die Aufgabe wird nach einer Organisationsprivatisierung in privater Rechtsform erfüllt.

## 5. Die Beleihung nach § 21 LOG

Einen weiteren Fall einer Privatisierung stellt die Beleihung dar. Nach § 21 Abs. 1 LOG können Hoheitsaufgaben des Landes natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes übertragen werden. Nach § 21 Abs. 2 LOG sind in dem Beleihungsakt die dem beliehenen Rechtsträger übertragenen Aufgaben, die zu ihrer Durchführung erforderlichen Befugnisse, die mit der Beleihung verbundenen besonderen Pflichten und die staatliche Aufsicht zu bestimmen.

Bei der Beleihung erfüllt der Private die ihm übertragenen Aufgaben im eigenen Namen und – wie es auch § 21 Abs. 1 LOG festlegt – in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts (Verwaltungsakt, Verwaltungsvertrag oder schlicht hoheitlich). Der Private nimmt die Verwaltungsaufgaben in der Folge selbständig wahr. Ihm werden – im Gegensatz zum Verwaltungshelfer – somit Entscheidungsbefugnisse übertragen. Der Beliehene ist Verwaltungsträger und Teil der mittelbaren Staatsverwaltung, bei der der Staat Verwaltungsaufgaben nicht durch eigene Behörden, sondern durch Dritte wahrnehmen lässt. Beliehener kann entweder eine einzelne natürliche oder eine einzelne juristische Person des Privatrechts sein<sup>321</sup>.

Voraussetzung einer Beleihung ist zunächst, dass sie dem ungeschriebenen institutionell-organisatorischem Gesetzesvorbehalt entspricht (vgl. auch § 21 Abs. 1 LOG). Eine Beleihung erfordert daher in jedem Fall eine gesonderte gesetzliche Grundlage. Gegenstand der gesetzlichen Regelung müssen insbesondere Art und Umfang der übertragenen Befugnisse sein<sup>322</sup>. Verfassungsrechtlicher Maßstab von Gesetzen, die eine Beleihung ermöglichen, ist vor allem Art. 33 Abs. 4 GG. In diesem Rahmen sind im Besonderen die Intensität der eingesetzten Hoheitsmittel und das etwaige Vorliegen eines Sanktionscharakters zu prüfen<sup>323</sup>.

---

320 So z.B. *DiFabio*, JZ 1999, 585 (588) mit Verweis auf *Isensee*, VVDStRL 54 (1995), 303 (303).

321 Vgl. *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 25.

322 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 27.

323 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 28. Vgl. hierzu Abschnitt A. II. 6. im 5. Teil der Arbeit.

Vor Aufnahme der Tätigkeit durch den Beliehenen ist zudem zusätzlich ein Beleihungsakt oder der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (vgl. § 54 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 VwVfGBbg) erforderlich. Die Anforderungen an den Beleihungsakt oder den öffentlich-rechtlichen Vertrag legt § 21 Abs. 2 LOG fest. Im Rahmen der dort genannten Voraussetzungen ist insbesondere die staatliche Aufsicht zu normieren. Hierbei sind der Umfang und die Mittel der staatlichen Aufsicht zu regeln, um im Bedarfsfall wirksam und frühzeitig eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung sicherstellen zu können. Die Aufsicht ist zum einen in Abhängigkeit von der Intensität der übertragenen Befugnisse, zum anderen in Abhängigkeit von den berührten Dritt- und Gemeinwohlbelangen auszuüben. Die entsprechenden Vorgaben müssen in dem die Beleihung ermöglichenden Gesetz zu finden sein und sind dann den Gegebenheiten des konkreten Beleihungsvorganges anzupassen<sup>324</sup>.

Die staatliche Erfüllungsverantwortung besteht bei der Beleihung fort<sup>325</sup>.

Die Beleihung ist als eigenständiger Privatisierungstypus bzw. Privatisierungsvorgang sui generis zu qualifizieren<sup>326</sup>. Zwar wird auch hier ein Teilbeitrag durchführenden Charakters auf einen Privaten übertragen, was zunächst für das Vorliegen einer funktionalen Privatisierung spricht<sup>327</sup>. Allerdings wird der Beliehene Teil der mittelbaren Landesverwaltung. Diese Besonderheit macht die Beleihung zu einem Sonderfall einer funktionalen Privatisierung und rechtfertigt es, die Beleihung als eigenständigen Typus anzusehen. Soweit der Beleihung vor diesem Hintergrund teilweise die Qualifizierung als Privatisierung abgesprochen wird<sup>328</sup>, ist dem nicht zuzustimmen. Das Argument, der Staat verliere seine Letztverantwortlichkeit nicht<sup>329</sup>, überzeugt nicht. Denn der Staat ist stets letztverantwortlich. Das gilt sowohl in den Fällen der Gewährleistungs-, als auch in den Fällen der Erfüllungsverantwortung. Der Staat hat in seinem Selbstverständnis stets eine Kontrolle über die gesellschaftlichen Verhältnisse auszuüben und gegebenenfalls durch staatliches Handeln einzugreifen<sup>330</sup>.

---

324 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 29 m.w.N.

325 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 29.

326 So jetzt wohl auch *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 40.

327 So z.B. *Roth*, S. 23; weitere Nachweise bei *Kämmerer*, Privatisierung, S. 47.

328 *Vitzthum*, AöR 104 (1979), 580 (593); weitere Nachweise bei *Kämmerer*, Privatisierung, S.

47. Dort sind auch weitere Nachweise zu noch weiteren Ansichten zu finden.

329 Vgl. hierzu *Roth*, S. 23 m.w.N.

330 So auch *Roth*, S. 23.

## **6. Vermögensprivatisierung, §§ 63f. LHO**

Unter einer Vermögensprivatisierung wird die Übertragung staatlichen Eigentums auf Private verstanden<sup>331</sup>. Das kann sowohl Liegenschaften, als auch Wirtschaftsunternehmen betreffen. § 63 LHO legt den Rechtsrahmen hierfür dahingehend fest, dass Vermögensgegenstände nur zu ihrem vollen Wert und nur dann veräußert werden dürfen, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Landes in absehbarer Zeit nicht benötigt werden. Unbewegliche Vermögensgegenstände, die zur Erfüllung der Aufgaben des Landes weiterhin benötigt werden, dürfen zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Landes nachweislich wirtschaftlicher erfüllt werden können. Bei Grundstücken legen § 64 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 LHO zusätzlich fest, dass eine Veräußerung der Einwilligung des Ministeriums der Finanzen bzw. des im Landtag für Haushaltsfragen zuständigen Ausschusses bedarf.

Im Kontext der Privatisierung des Maßregelvollzugs ist die Vermögensprivatisierung vor allem deswegen von Interesse, weil ein Verkauf der Landeskliniken einen Fall der Vermögensprivatisierung darstellen würde.

### **C. Klassifizierung des Brandenburger Modells im Sinne der Privatisierungsbegriffe**

Das Brandenburger Modell auf der Grundlage des § 36 Abs. 3 S. 2 und 3 BbgPsychKG a.F. (insoweit gleichlautend die Fassung vom 05.05.2009) weist – wie in Abschnitt C. des 2. Teils dargestellt – eine komplexe Struktur auf. Eine Zuordnung dieser Konstruktion zu einem einzelnen Privatisierungstypus ist daher nicht möglich.

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ermöglicht zunächst eine funktionale Privatisierung. Das ergibt sich aus dem Wortlaut. Zwar sprach der Gesetzentwurf der Landesregierung noch davon, dass die Aufgabe des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und die Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO einem geeigneten privaten Träger überlassen werden können<sup>332</sup>. Das hätte für das Vorliegen einer Aufgabenprivatisierung gesprochen. Allerdings wurde dieser Wortlaut im Gesetzgebungsverfahren dahingehend geändert, dass das Gesetz nunmehr die Formulierung „Durchführung der Aufgabe“ enthält. Das spricht – das eingangs dargestellte Verständnis des Begriffs „funktionale Privatisierung“ zugrunde gelegt – für das Vorliegen einer funktionalen Privatisierung. Eine Aufgabenprivatisierung liegt somit nicht vor.

---

<sup>331</sup> Statt vieler *Schoch*, DVBl 1994, 962 (962).

<sup>332</sup> Vgl. Abschnitt B. II. 1. im 2. Teil der Untersuchung.



Dass das Gesetz eine funktionale Privatisierung ermöglicht, sagt aber noch nichts darüber aus, in welcher konkreten Erscheinungsform hier funktional privatisiert wurde. Verwaltungshilfe scheidet aus, da der private Träger nicht nur eine Hilfstätigkeit im Zusammenhang mit einer hoheitlichen Aufgabe wahrnimmt. Eine projektbezogene Public Private Partnership kommt ebenfalls nicht in Betracht. Denn bei der Privatisierung der Landeskliniken fehlt es daran, dass die erforderlichen Ressourcen (z.B. Know-how, Betriebsmittel, Kapital, Personal) in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt werden. Eine gesetzliche Inanspruchnahme Dritter liegt ebenso wenig vor. Denn die Aufgaben des Maßregelvollzugs erfordern grundsätzlich hoheitliche Befugnisse<sup>333</sup>. Auch eine Personalprivatisierung scheidet aus, da diese nach hier vertretener Auffassung keine Erscheinungsform einer funktionalen Privatisierung darstellt<sup>334</sup>.

Es handelt sich mangels Einrichtung eines gemeinsam vom öffentlichen und vom privaten Partner unterhaltenen Wirtschaftsgebildes auch nicht um eine sonstige Kooperation mit Privaten in Form einer institutionalisierten Public Private Partnership.

Vielmehr liegt eine Beleihung vor. Denn der private Träger wird nach § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG mit hoheitlicher Gewalt beliehen. Zudem liegt ein als „Verwaltungsakt (...) zur Beleihung“ des privaten Trägers bezeichneter Verwaltungsakt vor. Hiermit wird dem Privaten die Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO im eigenen Namen in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts übertragen<sup>335</sup>. Das erfüllt die Voraussetzungen einer Beleihung auch inhaltlich. Bei der Beleihung handelt es sich trotz der strukturellen Ähnlichkeiten zu einer funktionalen Privatisierung um einen Privatisierungstypus sui generis<sup>336</sup>.

Daneben liegt eine Vermögensprivatisierung vor. Denn die Landeskliniken wurden den privaten Trägern im Wege eines Kauf- und Übertragungsvertrages überlassen. Hiermit hat das Land Brandenburg staatliches Eigentum auf Private übertragen.

Im Ergebnis handelt es sich beim Brandenburger Modell damit um eine Kombination einer Beleihung mit einer Vermögensprivatisierung mit der Besonderheit, dass dem privaten Träger ausweislich Ziff. 4 des Beleihungsaktes Mitarbeiter des Landes im Wege einer Dienstüberlassungsvereinbarung überlassen werden.

---

333 Vgl. Abschnitt B. II. 2. b) dd).

334 Hierzu Abschnitt B. II. 2. b) ee).

335 Vgl. hierzu Abschnitt C. II. im 2. Teil der Arbeit.

336 Zu den Gründen vgl. Abschnitt B. II. 5.

## **D. Fazit**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach hier vertretener Auffassung sechs Grundtypen der Privatisierung und diverse Formen der jeweiligen Realisierung zu unterscheiden sind. Die Aufgabenprivatisierung, die funktionale Privatisierung, die institutionalisierte Public Private Partnership, die Organisationsprivatisierung, die Beleihung und die Vermögensprivatisierung.

Das Brandenburger Modell lässt sich keinem dieser sechs Grundtypen exklusiv zuordnen. Es liegt vielmehr eine Mischform aus Beleihung und Vermögensprivatisierung mit der Besonderheit vor, dass dem privaten Träger Personal des Landes im Wege einer Dienstüberlassungsvereinbarung überlassen wird.

#### **4. Teil Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG**

§ 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG in der Fassung vom 05.05.2009 könnte formell verfassungswidrig und damit nichtig sein, wenn das Land Brandenburg mit dem Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetz vom 05.05.2009 gegen die grundgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen verstoßen hat.

Nach Art. 70 Abs. 1, 30 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungskompetenz verleiht. Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich gemäß Art. 70 Abs. 2 GG nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung.

Den vier Regelungsgegenständen des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG entsprechend<sup>337</sup>, rückt zunächst die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG in den Mittelpunkt der Betrachtung. Danach wendet sich die Arbeit § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO zu.

##### **A. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist formell verfassungswidrig, wenn der Vollzug der Maßregeln der Sicherung und Besserung Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung ist und der Bund von dieser Gesetzgebungsbefugnis abschließend Gebrauch gemacht hat. In diesem Fall fehlt dem Land die Gesetzgebungskompetenz, Art. 72 Abs. 1 GG.

##### **I. Gesetzgebungszuständigkeit des Landes Brandenburg**

Wie eingangs bereits dargestellt, ist der Bund nach der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen nur dann zu einer gesetzlichen Regelung befugt, wenn ihm ein entsprechender Kompetenztitel durch das Grundgesetz verliehen ist. Fehlt es daran, haben die Länder die Gesetzgebungsbefugnis.

---

<sup>337</sup> Vgl. hierzu Abschnitt D. im 1. Teil der Untersuchung.

## 1. Die Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG als „Strafrecht“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG

Ein solcher Kompetenztitel für den Bund könnte sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ergeben, namentlich unter dem Begriff des „Strafrechts“.

Zum Strafrecht in diesem Sinne gehört die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen<sup>338</sup>.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat ein weites Verständnis des Begriffs des Strafrechts. Maßregeln der Besserung und Sicherung seien schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch hiervon erfasst. Unter Strafrecht seien all diejenigen Regelungen zu verstehen, durch die strafwürdiges Verhalten in seinen Voraussetzungen gekennzeichnet und mit staatlicher Sanktion bedroht werde<sup>339</sup>. Daher sei die Gesamtheit der Normen, die für eine rechtswidrige Tat eine Strafe, Buße oder Maßregel festsetze, dem Strafrecht zuzuordnen. Entstehungsgeschichtlich sei zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber das Sanktionsgefüge mit repressiven Strafen einerseits und präventiven Maßregeln andererseits (Zweispurigkeit strafrechtlicher Rechtsfolgen, vgl. hierzu bereits Abschnitt A. II. im zweiten Teil der Untersuchung) bereits bei den Beratungen über das Grundgesetz vorgefunden habe<sup>340</sup>. Dieses Verständnis habe schon früher den Begriff des Strafrechts geprägt. Das gelte nach wie vor<sup>341</sup>. Systematisch erfolge die Zuordnung aller ausschließlich für Straftäter geltenden staatlichen Reaktionen zum Strafrecht aus dem Gedanken des Sachzusammenhangs<sup>342</sup>. Im Strafrecht läge der Sachzusammenhang zwischen Strafe und rein präventiver Reaktion darin begründet, dass sich beide Arten von Sanktionen auf eine Anlasstat beziehen<sup>343</sup>. An dem erforderlichen Sachzusammenhang zwischen Reaktion und Anlasstat fehle es beispielsweise dann, wenn Maßnahmen auch gegenüber anderen Personen ergriffen werden könnten. Teleologisch sei zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber den Bereich des Strafrechts, in dem die unterschiedlichen Reaktionsmöglichkeiten miteinander verzahnt seien, habe umfassend regeln wollen; ein Auseinanderfallen der Materie sei nicht beabsichtigt gewesen<sup>344</sup>. Auch

---

338 BVerfGE 109, 190 (212); vgl. zum Begriff des Strafrechts auch *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 63.

339 BVerfGE 109, 190 (212).

340 BVerfGE 109, 190 (214).

341 BVerfGE 109, 190 (214).

342 BVerfGE 109, 190 (215).

343 BVerfGE 109, 190 (215).

344 BVerfGE 109, 190 (218).

dieser Umstand spreche dafür, den Begriff des Strafrechts dahingehend weit auszulegen und nicht nur Tatbestände strafwürdigen Unrechts und Schuldstrafen hierunter zu subsumieren<sup>345</sup>.

Geht man nach der vorstehenden Definition, sind auch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB und die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB vom Begriff des Strafrechts umfasst<sup>346</sup>. Allerdings ist hiermit nicht die Frage beantwortet, ob das auch für den Vollzug der Maßregeln gilt. Die §§ 63, 64 StGB regeln ja „nur“ die Voraussetzungen der Verhängung einer Maßregel.

Es kommt somit maßgeblich auf die Abgrenzung zwischen Strafrecht, Strafvollstreckung und Strafvollzug an.

Dem steht nicht entgegen, dass es sich beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB nach *Kammeier* um ein Element polizeilichen Gefahrenabwehrrechts handelt<sup>347</sup>. Eine solche Zuordnung würde nach Art. 70 Abs. 1, 30 GG eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder bedeuten. Die §§ 63, 64 StGB wären nichtig. Dem steht allerdings, wie auch das *Bundesverfassungsgericht* feststellt, eine Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs entgegen. Eine solche liegt vor, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne das zugleich eine nicht ausdrücklich geregelte Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materien unerlässliche Voraussetzung ist für Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie<sup>348</sup>. Das ist hier der Fall. Das *Bundesverfassungsgericht* stellt fest, dass die freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung auf einem strafgerichtlichen Urteil bzw. Beschluss beruhen. Diese Materie ist dem Bund durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ausdrücklich zugewiesen. Die Regelungsbefugnis des Bundes für die durch strafgerichtliches Urteil ausgesprochenen Rechtsfolgen der Straftat wäre unvollständig, wenn der Bund nicht gleichzeitig auch den Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung mitregeln könnte. Dieses Übergreifen in den in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht ausdrücklich genannten Vollzug der Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB ist daher unerlässliche Voraussetzung dafür, dass der Bundesgesetzgeber den Vollzug der freiheitsentziehenden Rechtsfolgen der Tat vollständig regeln kann<sup>349</sup>.

---

345 BVerfGE 109, 190 (219).

346 BVerfGE 85, 134 (142); 109, 190 (212).

347 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (77).

348 BVerfGE 3, 407 (423); 98, 265 (299).

349 Vgl. hierzu BVerfGE 109, 190 (213).

Der vorstehende Befund gilt auch für die Maßregeln nach § 7 JGG. § 7 JGG ist dem Strafrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen. Demgemäß hat der Bund auch die Kompetenz zur Regelung der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung nach § 7 JGG. Der sachliche Regelungsbereich des Jugendgerichtsgesetzes ist das formelle Strafrecht. Straftatbestände finden sich nicht im Jugendgerichtsgesetz. Sie sind durch das Strafgesetzbuch und das Nebenstrafrecht geregelt. Materiell-rechtliche Regelungen beschränken sich auf die Rechtsfolgenseite. Hierzu zählen auch die im 2. Abschnitt im 3. Hauptstück befindlichen Regelungen zum „Vollzug“. Nach § 2 JGG finden die allgemeinen Vorschriften (also auch die der §§ 63, 64 StGB) nur Anwendung, wenn im Jugendgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt ist. Nach § 7 JGG können als Maßregeln der Besserung und Sicherung im Sinne des allgemeinen Strafrechts u.a. die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet werden (§ 61 Nr. 1 und 2 StGB). Die Vorschrift verweist damit explizit auf die Norm des § 61 Nr. 1 und 2 StGB, die ihrerseits in einem unauflöschlichen Bezug zu §§ 63, 64 StGB steht. Damit ist im Jugendgerichtsgesetz nichts „anderes bestimmt“ als im Strafgesetzbuch.

## **2. Die Abgrenzung Strafrecht – Strafvollstreckung – Strafvollzug**

Der Begriff des Strafrechts wurde ihm vorigen Abschnitt definiert. Für das Strafrecht hat der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit.

Unter Strafvollstreckung ist die Anordnung und Überwachung des Strafvollzugs durch die Vollstreckungsbehörden zu verstehen<sup>350</sup>. So prüft die Vollstreckungsbehörde, ob die Voraussetzungen der Vollstreckung gegeben sind, vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 StVollstrO. Daneben trifft sie die Anordnungen, die zur Durchführung der Entscheidung erforderlich sind, § 3 Abs. 1 S. 1 StVollstrO (Einleitung der Vollstreckung durch Ladung zum Strafantritt und insbesondere die Berechnung der Strafzeiten). Ihre Verantwortlichkeit erstreckt sich dabei nur auf ihren eigenen Pflichtenkreis. Der besondere Pflichtenkreis der Vollzugsbehörde bleibt unberührt, § 3 Abs. 2 StVollstrO. Strafvollstreckungsbehörde ist bei Erwachsenen nach § 451 StPO grundsätzlich die Staatsanwaltschaft.

Die Strafvollstreckung ist Teil des „gerichtlichen Verfahrens“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Hierunter ist das Recht des gerichtlichen Verfahrens, die Gesamtheit der Rechtsnormen über die verfahrensmäßige Behandlung von Angelegenheiten durch die Gerichte, von der Einleitung des Verfahrens bis zur

---

<sup>350</sup> *Maunz*, in: *ders./Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 70, vgl. auch § 451 StPO.

Anordnung der Vollstreckung<sup>351</sup>. Die Abgrenzung zum Strafrecht kann im Hinblick auf die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes offen bleiben. Für beide Materien hat der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die Gesetzgebungszuständigkeit.

Von der Strafvollstreckung als Teil des gerichtlichen Verfahrens zu unterscheiden ist der Strafvollzug. Der Strafvollzug erfasst die Ausführung der Anordnungen der Strafvollstreckungsbehörden durch die Strafvollzugsbehörden<sup>352</sup>. Unter einer Strafvollzugsbehörde versteht man alle Einrichtungen des Strafvollzuges, insbesondere die Justizvollzugs-, Jugendvollzugs- und Jugendarrestanstalten, in denen freiheitsentziehende Maßnahme vollzogen werden. Seit der Föderalismusreform im Jahr 2006<sup>353</sup> liegt dieser Bereich in der Regelungskompetenz der Länder<sup>354</sup>. Die Neuverteilung der Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug hat zur Folge, dass die Länder nunmehr für die Strafvollzugsgesetzgebung allein zuständig sind (vgl. Art. 70 Abs. 1 GG) und eigene Strafvollzugsgesetze schaffen können.

### **3. Der Vollzug der Maßregeln der §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG als „Strafvollzug“**

Beim Vollzug der Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB handelt es sich nicht um Strafrecht. Denn es geht in der Sache nicht um die Voraussetzungen einer unmittelbaren nachträglichen, repressiven oder präventiven staatlichen Reaktionen auf eine Straftat.

---

351 Vgl. *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 79 m.w.N.

352 *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 70.

353 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006 (BGBl. I/2006 Nr. 41, S. 2034ff.).  
Vgl. zur Föderalismusreform *Nierhaus/Rademacher*, LKV 2006, 385 (390).

354 Vgl. zu dieser vielfach kritisierten Änderung folgende Stellungnahmen in der Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 15./16.05.2006: Prof. *Dr. Frank*, S. 6; Prof. *Dr. Huber*, S. 24; *Lange-Lehngut*, S. 8; Prof. *Dr. Maelicke*, S. 1; Prof. *Dr. Seebode*, S. 2; Bundesvereinigung der Anstaltsleiterinnen und Anstaltsleiter im Justizvollzug e.V., S. 4; zahlreiche Hochschullehrer, S. 1; Gemeinsamer Appell verschiedener mit dem Strafvollzug befasster Verbände, S. 1; *Verdi*, S. 4; Deutscher Richterbund, S. 1; DBH-Fachverband für Soziale Arbeit, Strafrecht und Kriminalpolitik, S. 1; Evangelische Kirche in Deutschland, S. 2; Synode der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau, S. 2; *Dr. Klingner*, S. 1; Paritätischer Gesamtverband, S. 1; Bund der Strafvollzugsbediensteten, S. 3; Bremer Institut für Kriminalpolitik, S. 1; Deutsche Aids-Hilfe e.V., S. 1; Wissenschaftliches Institut der Ärzte Deutschlands, S. 1; Katholische Bundesarbeitsgemeinschaft Straffälligenhilfe im Deutschen Caritasverband, S. 1; Kriminalpolitischer Arbeitskreis Bremen, S. 1; Bundesarbeitsgemeinschaft der Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter/ Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen bei den Justizvollzugsanstalten e.V., S. 2; Landesvereinigung des Höheren Vollzugs- und Verwaltungsdienstes des Landes NRW e.V., S. 1; Arbeitsgemeinschaft Aids und Haft in Bayern, S. 1; Komitee für Grundrechte und Demokratie, S. 1; Berliner Vollzugsbeirat, S. 1; Landesarbeitsgemeinschaft der Psychologinnen und Psychologen im Justizvollzug des Landes NRW e.V., S. 1. Die Stellungnahmen sind abrufbar unter: <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=562&id=1074>.

Es handelt sich aber auch nicht um Strafvollstreckung. Denn es geht nicht um die Anordnung und Überwachung des Strafvollzugs durch die Vollstreckungsbehörde.

Der Maßregelvollzug stellt sich als Strafvollzug dar. Die §§ 63, 64 StGB sind dem Strafrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen<sup>355</sup>. Ihr Vollzug gehört als Vollzug der Freiheitsentziehung aufgrund strafgerichtlicher Urteile zum Strafvollzug in dem Sinne, in dem dieser Begriff in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG verwendet wird. Der Begriff „Strafvollzug“ wird herkömmlich als ein Synonym für „Straf- und Maßregelvollzug“ verstanden<sup>356</sup>. Gegenstand des BbgPsychKG ist der Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung. Das ergibt sich schon aus § 1 Nr. 2 lit. b) BbgPsychKG. Hiernach regelt das Gesetz den Vollzug einer nach den §§ 63, 64 StGB, den §§ 81, 126a StPO oder nach § 7 JGG angeordneten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus etc. Der Maßregelvollzug, wie er im BbgPsychKG geregelt ist, ist somit Teil des Strafvollzugs und liegt seit der Föderalismusreform in der Regelungskompetenz der Länder.

## II. Ergebnis

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist, soweit er die Möglichkeit schafft, die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG in „Einrichtungen privater Träger“ zu vollziehen, in Übereinstimmung mit der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zustande gekommen.

Zwar hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Voraussetzungen und die Vollstreckung der Maßregeln der Besserung und Sicherung. Hiervon hat er mit den Regelungen der §§ 63ff. StGB auch Gebrauch gemacht.

Die Gesetzgebungszuständigkeit für den Vollzug aber liegt nach der Neuzuteilung der Gesetzgebungskompetenz für den Straf- und den Maßregelvollzug durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006 bei den Ländern. Dem Land steht für § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG gemäß Art. 70 Abs. 1, 30 GG die alleinige Gesetzgebungskompetenz zu.

### **B. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 81 StPO**

Das Land Brandenburg könnte durch die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG gegen die grundgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen verstoßen haben. Das ist der Fall, wenn der Vollzug

---

<sup>355</sup> Vgl. Abschnitt 1.

<sup>356</sup> BVerfGE 85, 134 (142); Müller-Dietz, NSZ 1983, 203 (205).



der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung ist und der Bund mit § 81 StPO eine abschließende Regelungen in Bezug darauf getroffen hätte, in welchen Einrichtungen die Unterbringung nach § 81 StPO vollzogen wird. Wäre dieses Gebrauchmachen von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes verfassungsmäßig, könnte für die Landesgesetzgebung die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG eintreten.

## **I. Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg**

### **1. Die Unterbringung des Beschuldigten nach § 81 StPO als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG**

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, der insofern durch die Föderalismusreform unverändert blieb, erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung u.a. auf das gerichtliche Verfahren. Dieser Begriff umfasst die verfahrensmäßige Behandlung von Angelegenheiten durch die Gerichte, von der Einleitung des Verfahrens bis zur Anordnung der Vollstreckung<sup>357</sup>. Hierzu zählt das unmittelbare Vorfeld des gerichtlichen Verfahrens, d.h. Aufklärung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten<sup>358</sup>. Auch das Ermittlungsverfahren, einschließlich der Regelung diesbezüglicher Aufgaben und Befugnisse der Polizei, ist von diesem Kompetenztitel umfasst<sup>359</sup>. Daneben sind Maßnahmen eingeschlossen, die die Beweisführung in künftigen Strafverfahren erleichtern<sup>360</sup>.

Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO hat den Sinn und Zweck, dem Sachverständigen die von ihm für die Anfertigung seines Gutachtens benötigten Anknüpfungstatsachen zu verschaffen<sup>361</sup>. Es handelt sich um eine Maßnahme im Ermittlungsverfahren. Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten ist Teil des gerichtlichen Verfahrens im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Sie ist somit Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung.

---

357 *Pieroth*, in: *Jarass/ders.* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 9.

358 *Pieroth*, in: *Jarass/ders.* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 8 m.w.N.

359 *Maunz*, in: *ders./Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 82; *Kunig*, in: *v. Münch/ders.* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 19; *Pieroth*, in: *Jarass/ders.* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 9.

360 *Pieroth*, in: *Jarass/ders.* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 8 m.w.N.

361 Vgl. Abschnitt A. VI. 1. im 2. Teil der Arbeit.

## **2. Reichweite der Gesetzgebungskompetenz – Eintreten der Sperrwirkung für das Land nach Art. 72 Abs. 1 GG durch umfassende Regelung des Bundes in § 81 StPO**

Das Land Brandenburg kann nach Art. 72 Abs. 1 GG nur Regelungen treffen, solange und soweit der Bund nicht von der Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

### **a) Die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG**

Der Eintritt der Sperrwirkung setzt ein verfassungsmäßiges Gebrauchmachen von der dem Bund zugewiesenen Kompetenz voraus. Ist das der Fall, sind erlassene Landesgesetze unzulässig und nichtig.

#### **aa) Voraussetzungen des Eintretens der Sperrwirkung**

Ein Gebrauchmachen im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG liegt vor, wenn ein Bundesgesetz eine bestimmte Frage ausdrücklich – auch negativ, insbesondere durch absichtsvollen Regelungsverzicht oder durch beredtes Schweigen – geregelt hat oder wenn dem Gesetz durch Gesamtwürdigung des betreffenden Normenbereiches zu entnehmen ist, dass es eine erschöpfende Regelung einer bestimmten Materie darstellt<sup>362</sup>. Neben konkreten Einzelregelungen ist auf die Gesamtkonzeption des jeweiligen Gesetzes abzustellen<sup>363</sup>. Die Kodifizierung eines bestimmten Sachgebietes erlaubt allerdings noch keinen Schluss auf eine erschöpfende Regelung<sup>364</sup>. Auch bei sehr allgemein oder abstrakt gefassten Regelungen kann es an einer erschöpfenden Regelung fehlen<sup>365</sup>.

Der Begriff des „Gesetzes“ in Art. 72 Abs. 1 GG ist dahingehend zu verstehen, dass es sich grundsätzlich um ein Parlamentsgesetz handeln muss<sup>366</sup>.

An einem Gebrauchmachen im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG fehlt es, wenn der Bund in einer bestimmten Materie überhaupt nicht gesetzgeberisch tätig geworden ist, wenn das Bundesgesetz bloße Wert- und Zielvorstellungen enthält<sup>367</sup>, wenn es

---

362 BVerfGE 49, 343 (358); 67, 299 (324); 102, 99 (114f.); BVerwGE 109, 272 (279); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

363 BVerfGE 98, 83 (98); 98, 265 (301); 102, 99 (121); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

364 BVerfGE 56, 110 (119); BVerwGE 85, 332 (342); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

365 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

366 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

367 BVerfGE 49, 343 (359); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

die Frage des „Ob“ einer Leistungspflicht offen lässt<sup>368</sup> oder wenn es Lücken enthält<sup>369</sup>. Ausschlaggebend ist, dass sich der Bundesgesetzgeber für eine bestimmte inhaltliche Konzeption entschieden hat und diese verbindlich verankert haben muss<sup>370</sup>.

Das Gebrauchmachen ist nur dann wirksam, wenn die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG (Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung) vorliegen und kein Verstoß gegen sonstiges Verfassungsrecht vorliegt<sup>371</sup>.

## **bb) Rechtsfolgen**

Solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat (vgl. Art. 72 Abs. 1 GG), kann neues Landesrecht nicht entstehen. Bereits erlassene Landesgesetze sind unzulässig und nichtig<sup>372</sup>. Die Sperrwirkung beginnt grundsätzlich mit der Verkündung des Bundesgesetzes<sup>373</sup>. Sie endet mit der Aufhebung des Bundesgesetzes, das sie ausgelöst hat, außer es enthält ein Verbot der Gesetzgebung durch die Länder<sup>374</sup>.

## **b) Der Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO**

Der Bund könnte durch den Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht haben. Das ist zu bejahen, wenn der Begriff abschließend die Frage regeln würde, in wessen Trägerschaft das öffentliche psychiatrische Krankenhaus stehen muss.

### **aa) Grammatikalische Auslegung**

Dem Wortlaut des § 81 Abs. 1 StPO lässt sich die Antwort auf diese Frage nicht mit der erforderlichen Klarheit entnehmen. Der Begriff des „psychiatrischen Krankenhauses“ bringt insoweit keinen Erkenntnisgewinn. Denn hierdurch wird nicht gesagt, in wessen Trägerschaft dieses psychiatrische Krankenhaus stehen muss.

---

368 BVerfGE 78, 249 (273); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

369 BVerfGE 109, 272 (279); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

370 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 2.

371 *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 7; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 5 m.w.N.

372 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 5.

373 *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 27; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 7 m.w.N.

374 BVerfGE 2, 232 (236); 32, 319 (327); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 8.

Allerdings muss es sich nach § 81 Abs. 1 StPO um ein „öffentliches psychiatrisches Krankenhaus“ handeln. „Öffentlich“ bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch, dass etwas für jeden hörbar und sichtbar, nicht geheim ist. Bei öffentlichen Sachen handelt sich um etwas, das jeder benutzen darf.

Vor diesem Hintergrund ist die Auslegung des Ministeriums der Justiz des Landes Brandenburg nachvollziehbar, dass „öffentlich“ soviel bedeutet wie „allgemein zugänglich“ und „mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet“<sup>375</sup>.

## **bb) Systematische Auslegung**

Allerdings greift dieses Begriffsverständnis vor dem Hintergrund der systematischen Auslegung zu kurz.

§ 81 Abs. 1 StPO ist eine der allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung (1. Buch). Sie steht im Abschnitt über „Sachverständige und Augenschein“ (7. Abschnitt). Es handelt sich um eine Vorschrift, die in einem unauflösbaren sachlichen Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren steht. Die strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen werden aber von staatlichen Stellen in staatlichen Einrichtungen vollzogen (vgl. auch die Normen im 8. Abschnitt der Strafprozessordnung). Hinzu kommt, dass die Vorschrift die erste Vorschrift in einer Reihe von Regelungen über die strafprozessualen Zwangsmaßnahmen ist. Die §§ 81a ff. StPO regeln die körperliche Untersuchung (§ 81a StPO), die Anfertigung von Lichtbildern und Fingerabdrücken (§ 81b StPO), die Untersuchung anderer Personen (§ 81c StPO), die molekulargenetische Untersuchung (§ 81e StPO), die DNA-Identitätsfeststellung (§ 81g StPO) und Reihengentests (§ 81h StPO). Diese Maßnahmen werden ebenfalls von staatlichen Stellen angeordnet und im Wesentlichen auch von diesen Stellen durchgeführt. Das geschieht vor allem vor dem Hintergrund, weil andernfalls die Objektivität des Beweismittels nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit gewährleistet wäre. Daher ist es angebracht, diesen Gedanken aufgrund der systematischen Stellung des § 81 StPO auch auf die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten zu übertragen.

Die systematische Stellung des § 81 StPO spricht somit dafür, dass der Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ nicht im Sinne von „allgemein zugänglichem Krankenhaus“ zu verstehen ist. Er meint vielmehr ein solches Krankenhaus, das in öffentlicher Trägerschaft steht.

---

<sup>375</sup> Vgl. die Aussage der damaligen Staatssekretärin *Schlüter* in der 66. Sitzung des AASGF vom 19.05.2004, APr. 3/1033 vom 03.06.2004, S. 9 sowie die Beschlussempfehlung des AASGF, LT-Drs 3/7317 vom 25.05.2004, S. 7.

## cc) Historische Auslegung

Das Begriffsverständnis des brandenburgischen Gesetzgebers ist auch nach der historischen Auslegung zweifelhaft.

Die Bezeichnung der Einrichtung, in der die Unterbringung erfolgt, hat sich im Laufe der Gesetzgebungsgeschichte geändert. Zunächst wurde die Einrichtung als „Irrenanstalt“ bezeichnet. Der Reichstagsabgeordnete *Dr. Zinn* beantragte in der 42. Sitzung der Justizkommission des Reichstages die Einfügung eines § 77a in die Strafprozessordnung, der vorsah, dass der Angeschuldigte „auf Verlangen eines Sachverständigen zum Zwecke der Beobachtung in eine Irrenanstalt gebracht werden kann, wenn dies zur Begutachtung seines Geisteszustandes nöthig erscheint“<sup>376</sup>. In Art. 2 Nr. 2 AG-GewVbrG<sup>377</sup> war sodann von „Heil- oder Pflegeanstalt“ die Rede, ohne dass hiermit eine inhaltliche Änderung verbunden war<sup>378</sup>. Es war aber klar, dass nur solche Einrichtungen in Betracht kommen, „die der Verwaltung des Staates oder unter staatlicher Autorität handelnden Organen unterstehen“<sup>379</sup>. Der heutige Text beruht im Wesentlichen auf Art. 21 Nr. 1, Art. 326 Abs. 1 und 5 Nr. 2 lit. a EGStGB vom 09.03.1974<sup>380</sup>, wonach die Unterbringung in einem „psychiatrischen Krankenhaus“ erfolgt.

Dass es sich um ein „öffentliches psychiatrisches Krankenhaus“ handeln muss, geht auf einen nicht näher begründeten Antrag des Abgeordneten *Thilo* im Reichstag zurück<sup>381</sup>. Es wird aber angenommen, dass das größere Vertrauen in die sachliche und personelle Ausstattung dieser Einrichtungen und in die Unparteilichkeit der sie leitenden Personen die ausschlaggebende Rolle gespielt hat. Das *Bayerische Oberste Landesgericht* hat hierzu im Jahr 1922 ausgeführt<sup>382</sup>: Es muss sich um eine Anstalt handeln, „die von staatlichen ... Beamten, von welchen man annimmt und annehmen kann, daß sie irgend welchen privaten Beeinflussungen oder sonstigen privaten Interessen nicht unterliegen, geleitet wird“. Es besteht ein Interesse an der „Objektivität der Beobachtung in einer unmittelbar oder mittelbar vom Staate geleiteten Einrichtung“<sup>383</sup>.

---

376 Vgl. hierzu *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 5.

377 Hierzu A. I. im 2. Teil der Untersuchung.

378 Vgl. hierzu *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 5.

379 So schon zum AG-GewVbrG *Schäfer/Wagner/Schafheutle*, S. 239, nachgewiesen bei *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 34.

380 BGBl I, S. 469.

381 Vgl. hierzu *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 33 m.w.N.

382 BayObLGSt 21, 197 (198).

383 BayObLGSt 21, 197 (198).

Die historische Auslegung spricht demnach dafür, dass ein öffentliches psychiatrisches Krankenhaus im Sinne von § 81 Abs. 1 StPO in staatlicher Trägerschaft stehen muss.

#### **dd) Teleologische Auslegung**

Die letztgenannte Entscheidung des *Bayerische Oberste Landesgerichts* enthält zugleich Aussagen, die im Rahmen der am Sinn und Zweck orientierten Auslegung von Interesse sind. Sinn und Zweck der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten ist es, dem Sachverständigen die von ihm für die Anfertigung seines Gutachtens benötigten Anknüpfungstatsachen zu verschaffen. Daher ist die Objektivität der Beobachtung von maßgeblicher Bedeutung. Diese ist auch nur vom bösen Schein der Beeinflussung durch private Interessen freizuhalten. Wenn aber befürchtet werden muss, dass ein Gutachten vor dem Hintergrund angefertigt wurde, einen Beschuldigten auch im Nachhinein als dauerhaften Patienten in der Einrichtung einweisen zu können, ist diese Objektivität in Gefahr. Offensichtlich ist diese Gefahr, wenn der Sachverständige vom privaten Träger beschäftigt wird. Das wird in der Regel nicht so sein. Aber auch in dem Fall, in dem der Sachverständige nicht vom privaten Träger beschäftigt wird, ist die Objektivität der Beobachtung nicht gewährleistet. Denn durch die Umstände der Unterbringung kann der private Träger Einfluss auf das Ergebnis des Gutachtens haben. Das wird beispielsweise daran deutlich, dass eine Beeinflussung des Schlafverhaltens der untergebrachten Person oder seine medikamentöse Einstellung Einfluss auf sein Verhalten und damit Einfluss auf seine Begutachtung haben können.

Die teleologische Auslegung des § 81 Abs. 1 StPO spricht dafür, dass es sich um ein psychiatrisches Krankenhaus handeln muss, das in staatlicher Trägerschaft steht. Denn nur hier ist die Objektivität der Beobachtung gewährleistet.

#### **c) Zwischenergebnis**

Es ist nicht ausreichend, wenn es sich um ein „öffentlich zugängliches“ Krankenhaus handelt. Träger des Krankenhauses muss der Staat, die Gemeinde, ein Gemeindeverband oder ein anderer Hoheitsträger sein<sup>384</sup>.

---

384 So auch *OLG Frankfurt/Main*, NJW 1967, 690; *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 34; *Senge*, in: Pfeiffer (Hrsg.), § 81 Rdnr. 6; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 30; *Meyer-Goßner*, § 81 Rdnr. 19; *Wassermann*, in: Achenbach/Amelung/Dästner (Hrsg.), § 81 Rdnr. 6; *Bosch*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 81 Rdnr. 32. Im Ergebnis entsprechend hat auch einer der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gehörten Sachverständigen, Herr Prof. Dr. *Pollähne*, argumentiert: „Da (bei § 81, der Verf.) gibt es eine bundesgesetzliche Vorgabe, wonach die Unterbringung zur Beobachtung ausschließlich in öffentlichen Krankenhäusern durchgeführt werden darf. Das lässt sich durch Landesrecht nicht

Bei der hier vorliegenden Beleihung ist der Beliehene zwar Teil der mittelbaren Staatsverwaltung, bei der der Staat Verwaltungsaufgaben nicht durch eigene Behörden, sondern durch Dritte wahrnehmen lässt. Der Beliehene bleibt aber eine juristische Person des Privatrechts. Somit bleibt auch das Krankenhaus nach wie vor ein privates Krankenhaus. Bei einer Beleihung ist zudem nicht sichergestellt, dass die Vollzugsleitung, auch wenn sie dem Beliehenen im Rahmen einer Dienstüberlassungsvertrages überlassen wird, privaten Beeinflussungen oder sonstigen privaten Interessen nicht unterliegt.

Im Ergebnis hat der Bund durch den Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO die Frage, in wessen Trägerschaft die Einrichtung stehen muss, im vorgenannten Sinne abschließend geregelt. Bei der Strafprozessordnung handelt es sich auch um ein Parlamentsgesetz.

Damit hat der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht.

### **3. Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG**

Zu untersuchen ist nun, ob dieses Gebrauchmachen verfassungsmäßig ist. Das ist der Fall, wenn der Bund das Gesetzgebungsrecht hat.

Die Frage, ob eine bundesgesetzliche Regelung hier nach den Maßstäben des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich ist, ist auch im Rahmen dieser Untersuchung von Bedeutung. Bejahendenfalls könnte § 81 StPO die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG entfalten. Andernfalls könnte er nach Art. 125a Abs. 2 GG zwar als Bundesrecht fortgelten, wäre aber nicht im Stande, die Rechtsfolgen des Art. 72 Abs. 1 GG herbeizuführen. Daher ist zu hinterfragen, ob die Regelung des § 81 StPO erforderlich im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ist.

Nach Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund auf den Gebieten des Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 GG das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Ursprünglich stellte Art. 72 Abs. 2 GG auf ein „Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung“ ab. Dieses Bedürfnis war nach der damaligen Rechtsprechung des

---

aushebeln“, vgl. APr. 3/1021 vom 12.05.2004, S. 10 sowie Anlage II zum APr. 3/1021 vom 12.05.2004, S. 8.

Bundesverfassungsgerichtes nur in begrenztem Umfang einer Überprüfung zugänglich. Es bestand ein „gesetzgeberisches Ermessen“<sup>385</sup>. Aufgrund dieser Rechtsprechung hatte die Bedürfnisklausel keine begrenzende Funktion. In Rahmen der am 15.11.1994 in Kraft getretenen Verfassungsreform wurde die „Bedürfnisklausel“ im Sinne einer Erforderlichkeitsklausel gefasst<sup>386</sup>. Hiernach sollte der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung das Gesetzgebungsrecht nur haben, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Nachdem das Bundesverfassungsgericht sich in mehreren Entscheidungen zu den einzelnen Tatbestandsalternativen sowie der Justitiabilität der Erforderlichkeitsklausel geäußert hat, wurde Art. 72 Abs. 2 GG im Zuge der Beratung der Föderalismuskommission zu den Gesetzgebungszuständigkeiten als reformbedürftig angesehen. Seinen heutigen Wortlaut hat Art. 72 Abs. 2 GG schließlich durch die am 01.09.2006 in Kraft getretene Föderalismusreform erhalten.

Die Änderungen sind vor allem quantitativer Natur. Durch die Föderalismusreform des Jahres 2006 wurde der Anwendungsbereich der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG reduziert. Musste bei Art. 72 Abs. 2 GG a.F. vom Bund stets nachgewiesen werden, dass die Erforderlichkeit einer einheitlichen Regelung besteht, gibt es nunmehr nach Art. 72 Abs. 2 GG Gebiete, die von den Anforderungen der Erforderlichkeit befreit sind. Bei diesen Materien ist das gesamtstaatliche Interesse an einer bundesgesetzlichen Regelung allgemein anerkannt, so dass sie insgesamt von der Erforderlichkeitsklausel ausgenommen werden sollen<sup>387</sup>. Die Gesetzesmaterien der konkurrierenden Gesetzgebung sind durch die Neufassung danach gespalten worden, ob für die Nutzung der Gesetzgebungskompetenz die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG gegeben sein müssen oder nicht. Es kann insofern von Kernkompetenzen im Gegensatz zu Bedarfskompetenzen mit Erforderlichkeitsklausel gesprochen werden.

Eine Prüfung der Erforderlichkeit ist somit bei solchen in Art. 74 Abs. 1 GG aufgeführten Materien entbehrlich, die in Art. 72 Abs. 2 GG nicht explizit genannt sind. Dazu gehört auch das „gerichtliche Verfahren“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Daher ist hinsichtlich dieser Materie ein gesamtstaatliches Interesse an einer bundesgesetzlichen Regelung anerkannt.

---

385 BVerfGE 1, 264ff.; 2, 213 (224f.).

386 Vgl. zur Entstehungsgeschichte BVerfGE 106, 62 (136ff.); *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 72 Rdnr. 14ff.

387 Vgl. BT-Drs. 16/813 vom 07.03.2006, S. 9, 11.



## II. Ergebnis

Der Bund hat demnach von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend und in verfassungsmäßiger Weise Gebrauch gemacht. Die Frage, in wessen Trägerschaft die psychiatrischen Krankenhäuser stehen müssen, in denen die Unterbringung der Beobachtung des Beschuldigten erfolgt, ist dahingehend zu beantworten, dass es sich um eine Trägerschaft des Staates etc. handeln muss.

Folge dessen ist, dass die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG greift. Neues Landesrecht kann somit nicht erlassen werden, erlassene Landesgesetze sind unzulässig und nichtig.

Das Land Brandenburg hat durch die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG gegen die grundgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen verstoßen.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ist mangels Gesetzgebungszuständigkeit des brandenburgischen Gesetzgebers formell verfassungswidrig und somit nichtig.

### **C. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 126a StPO**

Im Hinblick auf § 126a StPO könnte der brandenburgische Gesetzgeber durch die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG gegen die grundgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen verstoßen haben, wenn der Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung ist und der Bund mit § 126a StPO eine abschließende Regelungen in Bezug darauf getroffen hätte, in welchen Einrichtungen die einstweilige Unterbringung vollzogen wird.

#### **I. Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg**

##### **1. Die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG**

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung u.a. auf das gerichtliche Verfahren. Dieser Begriff umfasst – wie bereits dargelegt – die verfahrensmäßige Behandlung von Angelegenheiten durch die Gerichte, von der Einleitung des Verfahrens bis zur Anordnung der Vollstreckung<sup>388</sup>. Hierzu zählt das

<sup>388</sup> *Pieroth*, in: *Jarass/ders.* (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 8.

unmittelbare Vorfeld des gerichtlichen Verfahrens, d.h. Aufklärung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten<sup>389</sup>. Auch das Ermittlungsverfahren, einschließlich der Regelung diesbezüglicher Aufgaben und Befugnisse der Polizei, ist von diesem Kompetenztitel umfasst<sup>390</sup>.

Bei der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO handelt es sich – ebenso wie bei § 81 StPO – um eine Maßnahme im Rahmen des Ermittlungsverfahrens, die dem Schutz der Allgemeinheit dient<sup>391</sup>. Damit fällt die einstweilige Unterbringung unter den Kompetenztitel des „gerichtlichen Verfahrens“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die einstweilige Unterbringung nach § 126 a StPO einen Sonderfall der Untersuchungshaft darstellt, kommt man zu demselben Ergebnis. Denn auch das Recht der Untersuchungshaft unterfällt dem Kompetenztitel des „gerichtlichen Verfahrens“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

## **2. Reichweite der Gesetzgebungskompetenz – Eintreten der Sperrwirkung für das Land nach Art. 72 Abs. 1 GG durch umfassende Regelung des Bundes in § 126a StPO**

Da es sich bei der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO um einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung handelt, kann das Land Brandenburg nach Art. 72 Abs. 1 GG nur Regelungen treffen, solange und soweit der Bund nicht von der Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

Daher ist zu prüfen, ob der Bund die Frage, in wessen Trägerschaft Einrichtungen zu stehen haben, die die Aufgabe nach § 126a StPO wahrnehmen, abschließend geregelt hat.

### **a) Abschließende bundesgesetzliche Regelung durch den Verweis auf §§ 63, 64 StGB in § 126a Abs. 1 StPO**

Der Bundesgesetzgeber könnte dadurch eine abschließende Regelung getroffen haben, dass die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO in den Anstalten vollzogen wird, in denen der Vollzug des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB erfolgt.

---

389 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 8 m.w.N.

390 *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 82; *Kunig*, in: v. Münch/ders. (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 19; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 74 Rdnr. 9.

391 Vgl. Abschnitt A. V. 2. im 2. Teil der Untersuchung.

Nach § 126a StPO kann das Gericht durch Unterbringungsbefehl die einstweilige Unterbringung in „einer dieser Anstalten“ anordnen, wenn dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) begangen hat und dass seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet werden wird.

Die Formulierung „einer dieser Anstalten“ bezieht sich offenkundig auf die in den §§ 63, 64 StGB genannten psychiatrischen Krankenhäuser bzw. Entziehungsanstalten<sup>392</sup>. Die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ in § 126a Abs. 1 StPO haben somit keinen von den entsprechenden Begriffen in §§ 63, 64 StGB abweichenden Inhalt. Die einstweilige Unterbringung ist nicht anders zu beurteilen als die endgültige Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB. Das gilt auch deswegen, weil die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO auch historisch im Kontext der §§ 63, 64 StGB eingeführt bzw. später geändert worden sind. Es kommt somit maßgeblich auf den Inhalt der Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ im Sinne von § 63 StGB und „Entziehungsanstalt“ im Sinne von § 64 StGB an.

#### **aa) Der Begriff „psychiatrisches Krankenhaus“ in §§ 61 Nr. 1, 63 StGB**

Zunächst ist zu analysieren, welchen Inhalt der Begriff „psychiatrisches Krankenhaus“ in §§ 61 Nr. 1, 63 StGB hat.

##### **(1) Grammatikalische Auslegung**

Bei der am Wortlaut orientierten Auslegung ist der Sinn und Zweck einer Vorschrift möglichst nahe an ihrem Wortsinn festzusetzen. Hierbei ist nicht allein der allgemeine Sprachgebrauch entscheidend. Es ist genauso auf eine spezielle Fachsprache abzustellen.

Dem Wortlaut der §§ 61 Nr. 1, 63 StGB nach ordnet das Gericht die Unterbringung in einem „psychiatrischen Krankenhaus“ an.

Dem allgemeinen Sprachgebrauch lässt sich nicht entnehmen, dass dieses psychiatrische Krankenhaus in öffentlicher oder privater Trägerschaft zu stehen hat. Der Terminus des psychiatrischen Krankenhauses ist aber auch normativ nicht näher bestimmt<sup>393</sup>. Daher rückt zunächst einmal die Bestimmung des Begriffs „Krankenhaus“ in den Blickpunkt. Nach § 2 Nr. 1 KHG sind Krankenhäuser

---

<sup>392</sup> So auch der Sachverständige Prof. Dr. Pollähne in der Anhörung des Landtages vom 05.05.2004, vgl. APr 3/1021 vom 12.05.2004, Anlage III, S. 8.

<sup>393</sup> So auch Kammeier, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (79).

Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten, Leiden oder Körperschäden festgestellt, geheilt oder gelindert werden sollen oder Geburtshilfe geleistet wird und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und gepflegt werden können (vgl. auch § 2 BpflV zu den Krankenhausleistungen). Ein psychiatrisches Krankenhaus ist ein auf die Behandlung psychischer Störungen und psychiatrischer Erkrankungen spezialisiertes Krankenhaus.

Allerdings ist mit dieser Definition nichts darüber gesagt, ob dieses Krankenhaus in öffentlicher oder privater Trägerschaft zu stehen hat. §§ 61 Nr. 1, 63 StGB treffen hierzu keine spezialgesetzliche Aussage.

Die am Wortlaut orientierte Auslegung ist für die hier zu klärende Frage daher unergiebig.

## **(2) Systematische Auslegung**

Bei der systematischen Auslegung wird versucht, den Inhalt einer Vorschrift durch Rückschlüsse aus ihrer Stellung im Gefüge des betreffenden Gesetzes oder aus dem Inhalt anderer Normen zu bestimmen. Jedes Gesetz (aber auch die Rechtsordnung als solche) stellt ein ganzheitliches Gebilde dar, dessen Bestandteile weitgehend aufeinander abgestimmt sind und sich gegenseitig bedingen. Eine einzelne Norm kann insofern nicht sinnvoll verwendet werden, ohne ihre Bezüge zu den übrigen Normen des betreffenden Gesetzes, sowie den anderen Teilen der Rechtsordnung zu berücksichtigen.

§ 63 StGB steht im Dritten Abschnitt des Strafgesetzbuches über die „Rechtsfolgen der Tat“. Diese werden in öffentlichen Justizvollzugsanstalten vollzogen. Das könnte dafür sprechen, dass das auch für die Maßregeln der Besserung und Sicherung gilt. Allerdings stehen die §§ 63f. StGB in einem eigenständigen Unterabschnitt, dem Sechsten Titel („Maßregeln der Besserung und Sicherung“) unter der amtlichen Überschrift „freiheitsentziehende Maßregeln“. Daher sind diese unabhängig vom Vollzug der Freiheitsstrafe. Die für die Justizvollzugsanstalten geltenden Grundsätze sind daher nicht auf den Maßregelvollzug zu übertragen. Auch der Verweis auf die den §§ 63, 64 StGB folgende Vorschrift des § 66 StGB (§ 65 StGB ist entfallen) über die Sicherungsverwahrung hilft in diesem Zusammenhang nicht weiter. Zwar wird die Sicherungsverwahrung nach § 140 Abs. 1 StVollzG i.V.m. Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG in getrennten Anstalten oder in getrennten Abteilungen einer für den Vollzug der Freiheitsstrafe bestimmten Vollzugsanstalten vollzogen. Das bedeutet, dass es sich um eine Anstalt handeln muss, die den administrativen Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes unterliegt

(Leitung durch Beamte des höheren Dienstes, Wahrnehmung der Vollzugsaufgaben durch Vollzugsbeamte). Daraus lässt sich aber nicht zwingend der Schluss ziehen, dass das auch für das psychiatrische Krankenhaus im Sinne von § 63 StGB gilt. Das wird daraus deutlich, dass § 63 StGB einen eigenständigen Begriff für die Anstalt enthält, in der die Maßregeln der Besserung und Sicherung vollzogen werden, nämlich den des psychiatrischen Krankenhauses. Eine Gleichstellung mit der Sicherungsverwahrung oder dem Vollzug der Freiheitsstrafe kommt daher nicht in Betracht.

Aus der Stellung des § 63 im Normgefüge des Strafgesetzbuches lässt sich daher nicht herleiten, dass für die Einrichtungen des Maßregelvollzugs die gleichen Grundsätze gelten wie für Justizvollzugsanstalten für den Vollzug der Freiheitsstrafe nach §§ 38ff. StGB oder die Anstalten für den Vollzug der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB. Die systematische Auslegung ist daher ebenso unergiebig wie die am Wortlaut orientierte Auslegung.

### **(3) Historische Auslegung**

Vor diesem Hintergrund gewinnt die historische Auslegung an Gewicht.

Hierbei ist zwischen der dogmengeschichtlichen und der genetischen Auslegung zu unterscheiden. Bei der erstgenannten Auslegungsmethode werden bei der Ermittlung des Sinn und Zwecks einer Vorschrift bzw. eines Rechtsbegriffs übergeordnete Gedanken von Vorläufernormen und anderen Vorschriftentexten berücksichtigt. Es werden Entwicklungslinien der bisherigen Regelungen nachgezeichnet. Bei der genetischen Auslegung werden andere Materialien als Normtexte herangezogen. Es handelt sich hierbei um amtliche Begründungen und weitere Gesetzesmaterialien.

Wie bereits dargelegt, sollte die Unterbringung ursprünglich in „Heil- und Pflegeanstalten“ erfolgen<sup>394</sup>. Diese Begriffe haben auch §§ 42a Nr. 1, 42b S. 1 RStGB in der durch das GewVbrG vom 24.11.1933 geänderten Fassung übernommen<sup>395</sup>. Allerdings gab es Ende des 19./Anfang bis Mitte des 20. Jahrhunderts sowohl private als auch öffentliche Heil- und Pflegeanstalten: Teilweise standen sie in staatlicher, teilweise in kirchlicher Trägerschaft. Daher ist der historische Begriff der „Heil- und Pflegeanstalt“ für die Frage, in welcher Trägerschaft die Einrichtung zu stehen hat, unergiebig.

---

394 Vgl. Abschnitt A. I. im 2. Teil der Untersuchung.

395 Vgl. Kammeier, S. 155.

Auch der Begriff des „psychiatrischen Krankenhauses“ ist insoweit wenig hilfreich. Die Heil- und Pflegeanstalten sind – historisch betrachtet – die Vorläufer der heutigen psychiatrischen Krankenhäuser<sup>396</sup>. Es ist nicht ersichtlich, dass mit der Begriffsänderung auch eine inhaltliche Änderung einhergehen sollte.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde diskutiert, ob es sinnvoll ist, die Unterbringung nicht in vollzugseigenen Anstalten, sondern im Rahmen der allgemeinen Krankenversorgung durchzuführen<sup>397</sup>. Hiervon wären dann auch private Krankenhäuser (z.B. solche in kirchlicher Trägerschaft) erfasst gewesen. Das wurde aber abgelehnt, weil die Täter ihrer Art nach in Krankenanstalten mit den dort üblichen und möglichen Mitteln vielfach nicht zweckdienlich betreut oder auch gesichert werden<sup>398</sup>. Auch von ärztlicher Seite wurde vielfach die Forderung erhoben, die psychiatrischen Krankenhäuser von der Betreuung psychisch kranker Rechtsbrecher freizuhalten<sup>399</sup>. Das könnte dafür sprechen, dass die allgemeinen psychiatrischen Krankenhäuser den Maßregelvollzug nicht durchführen sollten, sondern stattdessen davon unabhängige Einrichtungen. Allerdings lässt sich hieraus nicht ableiten, dass diese Sonderanstalten nicht auch private Einrichtungen sein können.

Im Ergebnis ist auch die historische Auslegung für die Frage unergiebig, in wessen Trägerschaft die Einrichtungen zu stehen haben, in denen die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB vollzogen wird.

#### **(4) Teleologische Auslegung**

Entscheidende Bedeutung kommt daher der am Sinn und Zweck orientierten Auslegung zu.

Bei der teleologischen Auslegung ist der Sinn eines Gesetzes danach festzusetzen, was für ein Ziel mit der Norm erreicht werden soll. Hierbei ist nicht auf den Willen des historischen Gesetzgebers abzustellen. Maßgeblich ist vielmehr der objektiv in der Norm zum Ausdruck kommende Zweck.

Sinn und Zweck der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB ist es, gefährliche Täter zu bessern oder die Allgemeinheit vor ihnen zu schützen<sup>400</sup>.

---

396 Vgl. *Kammeier*, S. 221.

397 Vgl. *Hanack*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), § 63 Rdnr. 127.

398 *Hanack*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), § 63 Rdnr. 3.

399 *Hanack*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), § 63 Rdnr. 3 m.w.N.

400 Vgl. hierzu Abschnitt A. II. im 2. Teil der Arbeit.

Dieses Ziel kann sowohl in Anstalten in öffentlicher Trägerschaft, als auch in Anstalten erreicht werden, deren Träger Private sind. Voraussetzung für das Erreichen des erstgenannten Ziels ist es, dass den Patienten in den Einrichtungen die erforderliche ärztliche Behandlung zuteil wird. Ob das in einer öffentlichen oder einer privaten Einrichtung erfolgt, ist bei Erfüllen der sachlichen und personellen Voraussetzungen (qualifiziertes medizinisches Fachpersonal) zweitrangig. Auch das Ziel des Schutzes der Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern, kann in beiden Arten von Einrichtungen gleichermaßen erreicht werden. Entscheidend hierfür ist, dass in den Einrichtungen die (u.a. baulichen) Voraussetzungen geschaffen werden, um ein Entweichen der Täter zu verhindern. Dass das nicht davon abhängig ist, dass die Einrichtung in staatlicher Trägerschaft steht, haben die Vorkommnisse im brandenburgischen Maßregelvollzug eindrucksvoll belegt.

Auch dem Sinn und Zweck des § 63 StGB lässt sich nicht entnehmen, ob das „psychiatrische Krankenhaus“ in staatlicher oder privater Trägerschaft zu stehen hat. Es spricht hiernach aber mehr dafür, dass es keinen Unterschied macht, in wessen Trägerschaft das psychiatrische Krankenhaus steht.

## **(5) Zwischenergebnis**

Der Begriff des „psychiatrischen Krankenhauses“ in §§ 61 Nr. 1, 63 StGB enthält keine Aussage darüber, in wessen Trägerschaft die Einrichtung zu stehen hat. Es kann sich hierbei auch in private Einrichtungen handeln. Die von *Kammeier* erhobene Forderung, der bundesrechtlich normierte Begriff des „psychiatrischen Krankenhauses“ in § 63 StGB sei in der Weise aufzulösen, dass den Ländern größere normativ und organisatorische Gestaltungsfreiheit für den Vollzug der Maßregel eingeräumt werde<sup>401</sup>, geht vor diesem Hintergrund ins Leere. Der Bund hat somit durch den Begriff des „psychiatrischen Krankenhauses“ in § 63 StGB keine abschließende Regelung dahingehend getroffen, in welcher Trägerschaft diese Einrichtung zu stehen hat.

### **bb) Der Begriff „Entziehungsanstalt“ in §§ 61 Nr. 2, 64 StGB**

Zu untersuchen ist nun, ob das durch den Begriff „Entziehungsanstalt“ in §§ 61 Nr. 2, 64 StGB geschehen ist.

#### **(1) Grammatikalische Auslegung**

Die grammatikalische Auslegung ist insoweit nicht hilfreich. Mit dem Begriff der „Entziehungsanstalt“ wird im allgemeinen Sprachgebrauch eine Einrichtung zur

<sup>401</sup> *Kammeier*, Abschied von den Dogmen, S. 8.

Behandlung Alkohol- und Drogensüchtiger bezeichnet. Die Frage, ob diese Einrichtung einen öffentlichen oder einen privaten Träger hat, lässt sich anhand des Wortlautes nicht beantworten.

## **(2) Systematische Auslegung**

Auch die Stellung des § 64 StGB im Normgefüge des Strafgesetzbuches trägt nicht zur Klärung dieser Frage bei. Insofern gelten die gleichen Grundsätze wie im Hinblick auf § 63 StGB. Aus der systematischen Stellung des § 64 StGB ergibt sich nicht, dass für die Einrichtungen des Maßregelvollzugs die gleichen Grundsätze gelten wie für Justizvollzugsanstalten für den Vollzug der Freiheitsstrafe nach §§ 38ff. StGB oder die Anstalten für den Vollzug der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB.

Die systematische Auslegung ist daher für die hier zu klärende Frage unergiebig.

## **(3) Historische Auslegung**

Da sowohl die grammatikalische, als auch die systematische Auslegung unergiebig sind, kommt der historischen Auslegung besondere Bedeutung zu.

Die §§ 42a Nr. 1, 42c RStGB enthielten die Formulierung „Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt“. Mit diesen Begriffen war aber auch damals schon nicht zwingend verbunden, dass Träger dieser Trinkerheilanstalt oder der Entziehungsanstalt unbedingt der Staat sein muss. Auch damals gab es private (in der Regel kirchliche) Träger. Das heute geltende Strafgesetzbuch enthält nur noch den Begriff „Entziehungsanstalt“. Dieser wird als Oberbegriff verstanden, der auch den Terminus „Trinkerheilanstalt“ einschließt<sup>402</sup>. Hierbei handelt es sich aber um eine rein redaktionelle Änderung<sup>403</sup>.

Ebenso wenig wie die Begriffe „Trinkerheilanstalt“ bzw. „Entziehungsanstalt“ in §§ 42a Nr. 1, 42c RStGB enthält der Begriff der „Entziehungsanstalt“ in § 64 StGB eine Aussage darüber, in wessen Trägerschaft diese Einrichtungen stehen müssen.

## **(4) Teleologische Auslegung**

Da die drei vorstehenden Auslegungsarten somit im Ergebnis unergiebig sind, kommt es auf den Sinn und Zweck der Vorschrift an.

---

402 *Hanack*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), § 64 Rdnr. 132.

403 Vgl. den Gesetzentwurf aus dem Jahr 1962, S. 212, nachgewiesen bei *Hanack*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), § 64 Rdnr. 132.



Sinn und Zweck der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist in erster Linie der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern<sup>404</sup>. Allerdings kommt hier neben dem Sicherungscharakter der Besserungszweck der Maßregel deutlicher zum Ausdruck<sup>405</sup>.

Es macht aber keinen Unterschied, ob dieser Sinn und Zweck der Maßregel in einer privat oder einer öffentlich getragenen Einrichtung erreicht wird. Voraussetzung für das Erreichen des Ziels der Besserung des Patienten ist es, dass ihm in der Entziehungsanstalt die erforderliche ärztliche Behandlung zuteil wird. Ob das in einer öffentlichen oder einer privaten Einrichtung erfolgt, ist bei Erfüllen der sachlichen und personellen Voraussetzungen (qualifiziertes medizinisches Fachpersonal) ohne Bedeutung. Auch das Ziel des Schutzes der Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern kann in beiden Arten von Einrichtungen gleichermaßen erreicht werden. Entscheidend hierfür ist, dass in den Einrichtungen die (u.a. baulichen) Voraussetzungen geschaffen werden, um ein Entweichen der Täter zu verhindern.

Geht man nach der teleologischen Auslegung, hat der Bundesgesetzgeber also keine abschließende Regelung der Frage getroffen, ob die Einrichtungen, in denen die Maßregel nach § 64 StGB vollzogen wird, in öffentlicher Trägerschaft zu stehen haben oder ob auch private Einrichtungen diese Aufgabe durchführen können.

### **cc) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis hat der Bundesgesetzgeber durch die Regelung des § 126a Abs. 1 StPO und den darin enthaltenen Verweis auf die §§ 63, 64 StGB keine abschließende Regelung in Bezug darauf getroffen, in welchen Einrichtungen die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO vollzogen wird.

### **b) Abschließende bundesgesetzliche Regelung durch den Verweis auf § 119 StPO in § 126a Abs. 2 S. 1 StPO**

Der Bund könnte aber durch den Verweis des § 126a Abs. 2 S. 1 StPO auf § 119 StPO eine abschließende Regelung in Bezug darauf getroffen haben, in welchen Einrichtungen die einstweilige Unterbringung vollzogen wird. Nach § 126a Abs. 2 S. 1 StPO gilt § 119 StPO, der den Vollzug der Untersuchungshaft regelt, entsprechend.

---

404 Vgl. Abschnitt A. II. im 2. Teil der Untersuchung.

405 Vgl. *Hanack*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), § 64 Rdnr. 1ff.

§ 119 StPO findet demnach insoweit entsprechende Anwendung, als der einstweilig Untergebrachte nicht mit endgültig Untergebrachten in demselben Raum untergebracht werden darf. § 119 StPO trifft aber keine Aussage darüber, in welchen Einrichtungen die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO vollzogen wird<sup>406</sup>.

Der Bundesgesetzgeber hat durch den Verweis des § 126a Abs. 2 S. 1 StPO auf § 119 StPO jedenfalls keine abschließende Regelung in Bezug darauf getroffen, in welchen Einrichtungen die einstweilige Unterbringung vollzogen wird.

### **3. Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG**

Da der Bundesgesetzgeber die Frage, in wessen Trägerschaft Einrichtungen zu stehen haben, die die Aufgabe nach § 126a StPO wahrnehmen, nicht abschließend geregelt hat, ist eine Prüfung der Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG entbehrlich.

## **II. Ergebnis**

Der Bundesgesetzgeber hat weder durch die Vorschrift des § 126a Abs. 1 StPO, noch durch die Regelung des § 126a Abs. 2 StPO i.V.m. § 119 StPO die Frage abschließend geregelt, in wessen Trägerschaft Einrichtungen zu stehen haben, die die Aufgabe nach § 126a StPO wahrnehmen.

Das Land Brandenburg kann diese Frage daher gesetzlich regeln. Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG ist insoweit formell verfassungsmäßig.

---

406 Nicht Gegenstand der Untersuchung ist, ob die pauschale Nennung der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO in § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. c) Alt. 4 BbgPsychKG und die damit verbundene pauschale Erklärung der Anwendbarkeit der im BbgPsychKG geregelten Befugnisse mit Bundesrecht vereinbar ist, vgl. zu den sich stellenden Problemen Abschnitt A V. 2. im 2. Teil der Untersuchung sowie *Pollähne*, R & P 2003, 57 (58ff.).

## **5. Teil Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG**

Im Folgenden wird untersucht, ob die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG materiell verfassungsmäßig ist. Hierbei wird geprüft, ob eine Privatisierung schon aufgrund absoluter Privatisierungsverbote ausscheidet. Anschließend ist zu hinterfragen, ob einer Privatisierung verfassungsrechtliche Vorgaben entgegenstehen und die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO vor diesem Hintergrund rechtlich zulässig ist.

Die Darstellung erfolgt – wie im 4. Teil der Untersuchung – anhand der vier Regelungsgegenstände der Vorschrift.

### **A. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB**

#### **I. Zur Frage von absoluten Privatisierungsverboten**

Zunächst ist zu prüfen, ob einer Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB absolute Privatisierungsschranken entgegenstehen. Das könnte zum einen der Fall sein, wenn es einen Kernbestand an staatlichen Aufgaben gibt, die dem Staat wesensgemäß vorbehalten bleiben müssen und der Maßregelvollzug zu diesen Aufgaben zählt. Zum anderen könnte sich ein Privatisierungsverbot daraus ergeben, dass der Maßregelvollzug einen Fall der Eingriffsverwaltung darstellt und diese per se privatisierungsfest ist.

##### **1. Privatisierungsverbot als Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“?**

Bevor sich die Untersuchung der Frage zuwendet, ob es einen Kernbestand an „Staatsaufgaben“ gibt, die dem Staat wesensgemäß vorbehalten bleiben müssen, ist es erforderlich, den Begriff der „Staatsaufgabe“ näher zu definieren. Sodann ist die Frage zu klären, welche Aufgaben zu diesen „Staatsaufgaben“ zählen und ob der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB auch hierunter fällt. Bejahendenfalls ist zu fragen, ob sich aus dieser Qualifizierung ein Privatisierungsverbot ergibt.

##### **a) Begriffsbestimmung**

Ähnlich wie bei dem Begriff der Privatisierung herrscht auch beim Begriff der Staatsaufgaben eine kaum überschaubare Begriffsvielfalt.

Zwar nennen Art. 24, 30 GG den Begriff der „staatlichen Aufgaben“. Nach Art. 24 Abs. 1a GG können die Länder, soweit sie für die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben zuständig sind, mit Zustimmung der Bundesregierung Hoheitsrechte auf grenznachbarschaftliche Einrichtungen übertragen. Nach Art. 30 GG ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung von staatlichen Aufgaben Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine anderweitige Regelung trifft oder zulässt. Allerdings meint der Begriff in beiden verfassungsrechtlichen Bestimmungen nur bestimmte sachliche Bereiche staatlichen Tätigwerdens<sup>407</sup>. Für die hier zu klärende Frage nach Aufgaben, die dem Staat wesensgemäß vorbehalten bleiben müssen, sind die Art. 24, 30 GG unergiebig<sup>408</sup>.

In der Literatur werden u.a. die Begriffe „öffentliche Aufgabe“, „staatliche Aufgabe“ und „Staatsaufgabe“ verwendet. Teilweise werden diese Begriffe synonym verwendet: So ist die synonyme Verwendung der Begriffe „Staatsaufgabe“ und „öffentlicher Aufgabe“ nach *DiFabio* angemessener als die Unterscheidung<sup>409</sup>.

Allerdings wird die Staatsaufgabe teilweise auch als Spezialfall der öffentlichen Aufgabe angesehen. Die Staatsaufgabe ist nach diesem Verständnis von Verfassungen wegen als Pflichtaufgabe des Staates anzusehen, während die öffentliche Aufgabe (z.B. der Bereich der Daseinsvorsorge) auch von Privaten wahrgenommen werden kann<sup>410</sup>.

Andere Autoren grenzen die „öffentliche Aufgabe“ streng von der „staatlichen Aufgabe“ ab. So soll es sich bei „öffentlichen Aufgaben“ um solche handeln, die im Interesse der Öffentlichkeit wahrgenommen werden, aber nicht zwangsläufig vom Staat. Nach einem Vorschlag von *Peters*<sup>411</sup> soll es sich bei „öffentlichen Aufgaben“ um Aufgaben handeln, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert sei. „Staatliche Aufgaben“ hingegen seien solche, die vom Staat selbst wahrgenommen werden<sup>412</sup>, die der Staat von Verfassungen wegen erfüllt oder solche Aufgaben, auf die der Staat in den Grenzen der Verfassung zurückgreift<sup>413</sup>.

---

407 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 30 Rdnr. 3 m.w.N.

408 So auch *Stober*, NJW 2008, 2301 (2304).

409 JZ 1999, 585 (587). Synonyme Verwendung auch bei *Reuß*, DVBl 1976, 927 (928); *Zeidler*, AöR 86 (1961), 361 (397f.); *Lange*, JZ 1981, 698 (699); weitere Nachweise bei *Kulas*, S. 34.

410 Vgl. hierzu *Burgi*, Privatisierung, S. 41ff.; *Weiß*, DVBl 2002, 1167 (1169); *Schuppert*, VerwArch 1980, 309 (333). So auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 73 Rdnr. 13.

411 *Peters*, in: Dietz/Hübner (Hrsg.), FS Nipperdey, S. 878. Kritisch hierzu *DiFabio*, JZ 1999, 585 (586), der darauf hinweist, dass diese Definition juristisch nicht handhabbar ist.

412 So z.B. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1970), 137 (153).

413 So *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 73 Rdnr. 37.

Die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* trägt in diesem Zusammenhang nicht zur Klarheit bei. In der Entscheidung BVerfGE 17, 371 zur Tätigkeit der Notare meint das *Bundesverfassungsgericht*, diese würden eine „öffentliche Aufgabe“ ausführen, weil diese Aufgabe die Rechtspflege und die freiwillige Gerichtsbarkeit umfasse und somit der Erfüllung „originärer Staatsaufgaben“ diene<sup>414</sup>. In einer anderen Entscheidung gebraucht das Gericht die Begriffe „öffentliche Aufgabe“ und „hoheitliche Aufgabe“ synonym<sup>415</sup>. *Kulas* weist zutreffend darauf hin, dass das *Bundesverfassungsgericht* auch zwischen den Begriffen „öffentliche Aufgabe“ und „staatliche Angelegenheiten“ pendele, ohne dass hiermit eine unterschiedliche inhaltliche Bedeutung beider Begriffe einhergehe<sup>416</sup>.

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund muss konstatiert werden, dass eine einheitliche Definition der vorgenannten Begriffe – zu denen sich noch weitere Unterbegriffe<sup>417</sup> finden lassen – bis heute nicht gelungen ist.

Für die vorliegende Untersuchung ist entscheidend, dass sämtliche vorgenannten Begriffe, insbesondere der Begriff der „Staatsaufgaben“, auf einen Kernbereich der staatlichen Tätigkeit abstellen. Auf eine weitere Auseinandersetzung mit den Begrifflichkeiten kann daher verzichtet werden. Im Folgenden wird der Begriff der „Staatsaufgaben“ für diesen Kernbereich staatlicher Tätigkeit verwendet.

## **b) Der Maßregelvollzug als Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“**

Ist der Begriff der „Staatsaufgaben“ näher bestimmt, ist nun der Frage nachzugehen, wie dieser Kernbereich der staatlichen Tätigkeit inhaltlich zu definieren ist und ob der Maßregelvollzug einen Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“ darstellt.

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Bestimmung der „Staatsaufgaben“ ist die Feststellung, dass es in der Bundesrepublik Deutschland eine umfassende Staatsaufgabenlehre nicht gibt<sup>418</sup>. Daher existiert auch keine einheitliche inhaltliche Definition. Anerkanntermaßen aber gibt es wesentliche, zwingende oder

---

414 BVerfGE 17, 371 (376f.).

415 BVerfGE 68, 193 (206f.).

416 *Kulas*, S. 34 m.w.N.

417 Nachweise hierzu bei *Kulas*, S. 36, wo auf die Begriffe konkurrierende, ausschließliche, instrumentale, finale, obligatorische und fakultative Staatsaufgaben verwiesen wird. Vgl. auch *Burgi*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 2f. sowie *Isensee*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § 73 Rdnr. 27ff.

418 Statt vieler v. *Arnim*, S. 7; *Tiemann*, BayVBl 1976, 261 (263); *Ossenbühl*, DVBl 1974, 541 (542); *Kulas*, S. 3 m.w.N.; *Schmidt-Aßmann*, S. 155f.

naturgemäße Staatsaufgaben, aus denen der Staat letztlich seine Daseinsberechtigung schöpft<sup>419</sup>. Umstritten ist allerdings, wie dieser Bestand an Aufgaben im Einzelnen zu definieren ist.

Die Vertreter der sog. „Aufgabentheorie“ halten den Kreis der Staatsaufgaben für materiell bestimmbar<sup>420</sup>. Hinsichtlich gewisser Funktionen bestehe eine Art „natürlicher Vorbehalt des Staates“, der diese Aufgaben zu „ausschließlichen Staatsaufgaben“ mache<sup>421</sup>. Die Auseinandersetzung mit dieser Theorie erfolgt anhand konkreter Beispiele. Nach *Krüger* müsse diese eine Aufgabe „ganz gewiss unbedingt und ausschließlich dem Staate vorbehalten“ bleiben<sup>422</sup>. Genannt wird in diesem Zusammenhang der Abschluss eines Friedensvertrages durch den Staat. Falle diese Aufgabe weg, würde der Staat eines wesentlichen Stückes seiner Staatlichkeit überhaupt verlustig gehen<sup>423</sup>. Zu dieser Art der Aufgaben wird aber auch die Vorhaltung öffentlicher Wege genannt<sup>424</sup>. *Bachof* ist der Auffassung, es gebe Obliegenheiten, die notwendig von der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen sind (Verwaltungsgeschäfte dem Wesen nach) und zählt hierzu den Bereich der Daseinsvorsorge<sup>425</sup>. *Lecheler* sieht als „notwendige Staatsaufgaben“ beispielsweise die auswärtige Gewalt, die Landesverteidigung, die Währungshoheit, die Besteuerung, die Polizei (und damit auch die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung), die Gesetzgebung und die Rechtsprechung an<sup>426</sup>. Solche Aufgaben ließen sich nicht privatisieren, soweit dadurch der Staatscharakter in Frage gestellt würde. *Kämmerer* weist schließlich zutreffend darauf hin, dass es sich bei dieser Aufzählung nicht ohne weiteres um die Aufgabentheorie handelt<sup>427</sup>. Allerdings könne sie im Sinne einer negativen Aufgabentheorie verstanden werden<sup>428</sup>.

Die Vertreter der „Befugnistheorie“ wenden sich gegen eine materielle Bestimmung des Kernbereichs der staatlichen Tätigkeit. Staatsaufgaben ließen sich entweder überhaupt nicht feststellen oder sie unterlägen jedenfalls einer permanenten Veränderung<sup>429</sup>. Der Kernbereich der staatlichen Tätigkeit lasse sich nicht a priori

---

419 Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 157; *Lecheler*, ZBR 1980, 69 (70); *Ossenbühl*, DVBl 1974, 541 (542); *Kulas*, S. 37 m.w.N.

420 Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 158.

421 Vgl. *Vogel*, S. 61; weitere Nachweise bei *Kämmerer*, Privatisierung, S. 158.

422 Vgl. *Krüger*, S. 767.

423 *Krüger*, S. 767.

424 *Krüger*, Verkehrswege, S. 4, 12.

425 *Bachof*, AöR 83 (1958), 208 (234).

426 *Lecheler*, ZBR 1980, 69 (69).

427 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 160f.

428 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 161.

429 So *Krautzberger*, S. 51. In diesem Sinne auch *Däubler*, S. 64f.; *Bull*, S. 99ff.; *Vogel*, S. 63.

bestimmen<sup>430</sup>. Es gehöre zur staatlichen Souveränität, dass der Staat selbst die Entscheidung darüber treffe, was er als Staatsaufgaben ansehe und was nicht<sup>431</sup>. Er habe insofern eine Kompetenz-Kompetenz bei der Bestimmung seiner Aufgaben<sup>432</sup>. Diese Entscheidung könne auf der verfassungsrechtlichen oder der einfachgesetzlichen Ebene getroffen werden. Letztlich entscheide die positive Rechtsordnung, zunächst also das Grundgesetz und die Landesverfassungen, ob eine Staatsaufgabe vorliege<sup>433</sup>. Es bestehe aber ein enger Bereich an Kernaufgaben, die anders nicht gedacht werden könnten. Es existiere daher ein Grundbestand an empirischen Staatsaufgaben wie Schutz der territorialen Integrität, Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und der finanziellen Basis.

Im Ergebnis besteht daher weitgehend Einigkeit, dass es einen gewissen Grundbestand an empirischen Staatsaufgaben gibt.

Hierzu zählt nach beiden Ansichten der Gesamtkomplex der öffentlichen Sicherheit<sup>434</sup>. Auch nach Auffassung des *Bundesverfassungsgerichts* sind „die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung Verfassungswerte (sind), die mit anderen in gleichem Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet“<sup>435</sup>. Nach *Scholz* schuldet der Staat seinen Bürgern die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und

---

430 *Krautzberger*, S. 51; weitere Nachweise bei *Kämmerer*, Privatisierung, S. 162.

431 So auch *v. Arnim*, S. 9; *Gusy*, DÖV 1996, 573 (574).

432 *v. Arnim*, S. 10; *Baumann*, DVBl 2006, 332 (335).

433 Vgl. *v. Arnim*, S. 9.

434 Vgl. hierzu auch *Möstl*, S. 3, 47 jeweils m.w.N.. So auch *Krölls*, NVwZ 1999, 233 (234); *ders.*, *GewArch* 1997, 445 (448); *Jeand'heur*, AöR 119 (1999), 107 (113); *Pitschas*, DÖV 1997, 393 (397); *Stober*, NJW 1997, 889 (892); *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (275); *Gramm*, Privatisierung, S. 395ff.; *Steegmann*, NJW 1997, 2157 (2158); *Stober*, NJW 1997, 889 (890): „Der Staatszweck Sicherheit ist in seiner Kernsubstanz unantastbar und wegen seiner Friedenssicherungsfunktion einer Privatisierung nicht zugänglich.“ Allerdings weist *Stober* unter Hinweis auf die Sicherung der Verkehrssicherheit von Gebäuden auch darauf hin, „dass die Rechtsordnung viele Bereiche ... (kenne, der Verf.), bei denen die Wahrnehmung von Sicherheit eine Privataufgabe von Bürgern und Unternehmen (sei, der Verf.), die letztlich in der Privatautonomie und der Eigenverantwortung“ wurzele, NJW 2008, 2301 (2303). Hierbei stellt *Stober* allerdings heraus, dass „das Verfassungsrecht die Sorge um die Sicherheit stillschweigend voraussetzt und ihr den Rang einer zentralen Staatsaufgabe oder Kernaufgabe zuweist“, NJW 2008, 2301 (2304). *Burgi*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HbStR* III, § 75 Rdnr. 11, weist darauf hin, dass die Interpretation der grundrechtlich-staatsrechtlichen Vorschriften unter Einbeziehung der staatstheoretischen Hintergründe von Schutzpflicht, Friedenspflicht und Gewaltmonopol ergebe, dass das Aufgabenfeld der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit eine obligatorische Staatsaufgabe darstelle, die allerdings auch in breitem Umfang in gestufter Verantwortung wahrgenommen werden könne.

435 BVerfGE 49, 24 (56f.); vgl. auch *Saipa/Wahlers/Germer*, NdsVBl 2000, 285 (287).

Ordnung sowie den Schutz vor Kriminalität und Gewalt<sup>436</sup>. Daneben zählen zum Kernbereich der staatlichen Tätigkeit die Rechtsprechung und die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens und damit im Wege eines argumentum a maiore ad minus auch das strafrechtliche Ermittlungsverfahren.

Speziell im Hinblick auf die „Staatsaufgabe Sicherheit“ wird allerdings auch vertreten, dass es eine solche in der Bundesrepublik mit Verfassungsrang nicht gebe<sup>437</sup>. Es sei nicht immer der Staat selbst, der Gewalt ausüben müsse. Vielmehr sei ausreichend, wenn der Staat berechtigt sei, über Legitimität bzw. Illegitimität von Gewalt selbst zu entscheiden, den Umfang der legitimen Gewalt selbst zu bestimmen und in der Lage sei, illegitime Gewaltausübung mit eigenen Mitteln zu verhindern<sup>438</sup>. Allerdings spricht diese Einschätzung von *Gusy* nur vermeintlich gegen die vorstehende Zuordnung<sup>439</sup>. Denn auch *Gusy* erkennt an, dass sich Staatsaufgaben verfassungsrechtlich begründen lassen<sup>440</sup>. Unter Hinweis auf Schutz- und Sicherungsaufgaben des Staates und den grundrechtlich herzuleitenden Schutzpflichten gegenüber seinen Bürgern lässt sich der von *Scholz* formulierte Anspruch der Bürger auf Schutz vor Kriminalität und Gewalt daher überzeugend begründen.

Da die weiteren genannten Bereiche für die Untersuchung ohne Belang sind, wird auf eine weitere Auseinandersetzung mit den beiden Theorien verzichtet.

Die genannten Begriffe, insbesondere der Begriff der „Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, sind jeweils konkretisierungsbedürftig. Die „öffentliche Sicherheit“ wird definiert als Unversehrtheit der gesamten materiellen Rechtsordnung, von Rechten und Rechtsgütern des Einzelnen und von Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates<sup>441</sup>. Sinn und Zweck des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB ist es, gefährliche Täter zu bessern und die Allgemeinheit vor ihnen zu schützen<sup>442</sup>. Der Maßregelvollzug dient zumindest auch der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit. Damit wird der Staat dem an ihn gerichteten Anspruch gerecht, seine Bürger vor Kriminalität und Gewalt zu schützen.

---

436 So ausdrücklich *Scholz*, NJW 1997, 14 (15). Vgl. zum Staatsaufgabencharakter der Gewährleistung der Sicherheit auch *Gramm*, VerwArch 1999, 329 (330).

437 *Gusy*, DÖV 1996, 573 (577, 578).

438 *Gusy*, DÖV 1996, 573 (576).

439 Anders *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 71, der zur Begründung lediglich vorträgt, dass „diese Ansicht (wird) von den überzeugenderen Argumenten getragen“ werde, ohne sich inhaltlich damit auseinander zu setzen.

440 *Gusy*, DÖV 1996, 573 (577).

441 Statt vieler *Möstl*, S. 120.

442 Vgl. Abschnitt A. II. im 2. Teil der Untersuchung.



Im Ergebnis fällt der Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 StGB unter den Begriff der „Staatsaufgabe Sicherheit“.

### c) **Stellungnahme**

Auf der Qualifizierung des Maßregelvollzugs als Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“ aufbauend, ist zu untersuchen, ob der Maßregelvollzug allein aufgrund dessen einem Privatisierungsverbot unterfällt, mithin aus systematischen Gesichtspunkten – per definitionem – privatisierungsfest ist.

Tatsächlich muss der Staat, um überhaupt Staat zu bleiben, mindestens ein seine Kernaufgaben erfüllender Staat sein<sup>443</sup>. Andernfalls wäre die Existenz des Staates als einer von der Gesellschaft zu unterscheidenden Wesenheit hinfällig<sup>444</sup>.

Allerdings ist der Kernbereich staatlichen Handelns nicht feststehend. Er unterliegt einem steten Wandel<sup>445</sup>, der auch das jeweilige Staatsverständnis der Zeit widerspiegelt. Der Kernbereich staatlicher Tätigkeit lässt sich nur aus einer konkreten raumzeitlichen Staatsordnung erbringen<sup>446</sup>. Schon aufgrund dieser Relativität des Kernbereichs staatlicher Tätigkeit kann kein diesem Bereich schützendes allgemeines Privatisierungsverbot formuliert werden. Dem steht nicht entgegen, dass ein Wesenskern des Staates zu erhalten ist. Denn auch dieser Wesenskern unterliegt – dem jeweiligen Staatsverständnis folgend – einem steten Wandel. Auch das zählt zur Kompetenz-Kompetenz des Staates bei der Festlegung der Staatsaufgaben.

Der Aufgabenbereich des Staates ist offen. Staatsaufgaben sind nur solche, die der Staat nach der jeweils geltenden Verfassungsordnung zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt<sup>447</sup> und in Anspruch nehmen muss. Die Zulässigkeit einer Privatisierung richtet sich danach, ob das verfassungsrechtlich geschuldete Ergebnis bei privatem Tätigwerden gesichert ist<sup>448</sup>. Die Qualifizierung als Staatsaufgabe sagt nichts über die Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung<sup>449</sup>.

---

443 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165; *ders.* JZ 1996, 1042 (1046); *Schuppert*, DÖV 1995, 761 (765); so auch *Peilert*, DVBI 1999, 282 (284).

444 So zutreffend *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165.

445 Statt vieler *Kämmerer*, Privatisierung, S. 302; *Däubler*, S. 63f.; *Krautzberger*, S. 67; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (152); *Lecheler*, BayVBI 1994, 555 (558); *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995) 204 (241); *Stober*, NJW 1997, 889 (892).

446 *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (152); *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165.

447 Vgl. statt vieler *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (152); so auch *Häberle*, AöR 111 (1986), 595 (601); *Isensee*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § 73 Rdnr. 39ff.

448 So auch *Kämmerer*, DVBI 2008, 1005 (1007).

449 So auch *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (275) m.w.N.; *Pitschas*, DÖV 1997, 393 (398).

Im Ergebnis geht es somit um die Auslegung von Verfassungssätzen, in denen staatliche Fundamentalpflichten, die dem Kernbereich staatlicher Tätigkeit zuzurechnen sind, positivrechtlich konkretisiert sind<sup>450</sup>. Dabei kann es sich um grundrechtliche Gewährleistungspflichten oder um organisationsrechtliche Vorschriften handeln<sup>451</sup>.

Freilich birgt diese Auffassung die Gefahr, dass der Staat – je kooperativer er handelt – das zwischen Staat und Gesellschaft bestehende Spannungsverhältnis auflöst. Daher sind Privatisierungen, denen positivrechtliche Konkretisierungen nicht entgegenstehen, mit einer Folgenabschätzung zu verbinden<sup>452</sup>. Hierbei ist anhand paralleler und komplementärer Maßnahmen zu prüfen, ob sich der Staat tatsächlich seines Wesenskerns begibt.

Gegen das Vorliegen eines per definitionem privatisierungsfesten Kernbereichs staatlicher Tätigkeit sprechen darüber hinaus rechtstatsächliche Argumente. Bereits heute werden auch auf Gebieten, die zum Kernbereich gezählt werden können, Private eingesetzt: Wie eingangs der Untersuchung dargestellt, gibt es zum einen stationäre Einrichtungen der Drogentherapie nach § 35 BtMG. Zum anderen gibt es im Rahmen des JGG die privat betriebenen Heime anstelle der Untersuchungshaft nach § 72 Abs. 1 JGG oder ambulante Maßnahmen wie soziale Trainingskurse nach § 10 Abs. 1 Nr. 6 JGG oder heilpädagogische Behandlungen nach § 10 Abs. 2 JGG. Daneben ermöglicht auch das Strafgesetzbuch die Zusammenarbeit mit Privaten: So kann z.B. der Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a StGB in privaten Einrichtungen durchgeführt werden. Zudem bestehen auch bei strafvollzuglichen Aufgaben Möglichkeiten der Kooperation. So kann die Tätigkeit des Bewährungshelfers nach § 56d Abs. 5 StGB auch ehrenamtlich ausgeübt werden. § 154 Abs. 2 StVollzG schließlich fordert alle im Vollzug Tätigen auf, mit den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege sowie anderen Personen und Vereinen, deren Einfluss die Eingliederung der Gefangenen fördern kann, zusammen zu arbeiten. Diese Aufgaben, die (teilweise neben dem Vollzug von strafrechtlichen Rechtsfolgen der Tat) in der Regel auch der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit durch Verhinderung weiterer Straftaten dienen, werden nicht monopolistisch vom Staat wahrgenommen.

Es ist zu konstatieren, dass auch der Staat selbst bei der Erfüllung solcher Aufgaben kein staatliches Monopol für sich in Anspruch nimmt. Die Wahrnehmung von Staatsaufgaben muss vom Staat gewährleistet, aber nicht vollzogen werden.

---

450 So auch *DiFabio*, JZ 1999, 585 (590), v. *Arnim*, S. 10; *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 73 Rdnr. 39ff.

451 Vgl. *DiFabio*, JZ 1999, 585 (590).

452 So auch *Kämmerer*, Privatisierung, S. 166.

Er trägt insoweit die Gewährleistungsverantwortung. Dieses Nebeneinander staatlicher und privater Aufgabenerfüllung führt in der Rechtswirklichkeit nicht dazu, dass die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung darunter leiden würde.

*Kulas* weist schließlich zutreffend darauf hin, dass es auch kein „denknotwendiges Staatsmonopol“ geben kann<sup>453</sup>. Denn die notwendigen Staatsaufgaben können ebenso gut erfüllt werden, wenn der Staat mit geeigneten Mittel für eine zufriedenstellende Aufgabenerfüllung sorgt<sup>454</sup>. Der Staat hat bezüglich dieser Aufgabe stets noch eine Gewährleistungsverantwortung. Er gewährleistet die Aufgabe zwar nicht mehr durch eigene Leistung. Er gewährleistet aber die Zielerreichung durch Leistung anderer, nämlich privater Akteure<sup>455</sup>. Hierzu kann er durch geeignete Maßnahmen das Verhalten Privater durch (rechtliche) Rahmensetzung oder andere strukturierende Maßnahmen beeinflussen<sup>456</sup>. Es liegt dabei auf der Hand, dass die Gewährleistungsverantwortung sich einer Erfüllungsverantwortung umso mehr annähert, je näher die Aufgaben an den Kernbereich heranrücken<sup>457</sup>.

#### **d) Zwischenergebnis**

Zwar ist der Maßregelvollzug zu der „Staatsaufgabe Sicherheit“ zu zählen. Allerdings ergibt sich daraus, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, nicht zwangsläufig ein absolutes Privatisierungsverbot. Verbote oder Grenzen für Privatisierungen können sich allenfalls aus Verfassungssätzen, in denen staatliche Fundamentalpflichten, die dem Kernbereich staatlicher Tätigkeit zuzurechnen sind, positivrechtlich konkretisiert sind, ergeben.

## **2. Privatisierungsverbot aus der Natur des Maßregelvollzugs als Teil der Eingriffsverwaltung**

Ein absolutes Privatisierungsverbot könnte sich aber daraus ergeben, dass der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB einen Fall der Eingriffsverwaltung darstellt.

---

453 *Kulas*, S. 41. Entgegen der von *Kulas* vertretenen Auffassung gibt es politische Bestrebungen, einen privatisierungsfesten Bereich staatlicher Kernaufgaben zu definieren. So hat die Fraktion der Linken einen Gesetzentwurf zur Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips vorgelegt. Hiernach soll das Grundgesetz um einen Art. 20c GG erweitert werden, nach dessen Abs. 1 „die Privatisierung von Aufgaben und Eigentum im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge und anderer staatlicher Kernaufgaben (ist) unzulässig“ sein soll, vgl. BT-Drs. 16/12375 vom 20.03.2009, S. 4.

454 *Kulas*, S. 41.

455 So *Weiß*, DVBI 2002, 1167 (1175).

456 Vgl. hierzu *Weiß*, DVBI 2002, 1167 (1175); *Roth*, S. 19.

457 Vgl. hierzu bereits Abschnitt A. II. 4. im 3. Teil der Untersuchung.

### a) Die Begriffe „Leistungsverwaltung“ und „Eingriffsverwaltung“

Der Begriff „Eingriffsverwaltung“ bezeichnet Handlungen der Verwaltung, die dem Bürger ein Tun, Dulden oder Unterlassen aufgeben und damit in sein Recht, nach seinem Belieben zu handeln oder nicht zu handeln, eingreifen. Der Begriff der „Eingriffsverwaltung“ ist ein Unterbegriff der ordnenden Verwaltung. Diese sorgt in der Regel für die gute Ordnung des Gemeinwesens, indem sie die Interessenverfolgung der Gewaltunterworfenen reglementierend einschränkt. Um dieses Ziel zu erreichen, arbeitet die Eingriffsverwaltung mit Erlaubnisvorbehalten, Befehlen und notfalls mit Zwang und greift so in das freie Belieben der Menschen ein<sup>458</sup>.

Der Begriff „Leistungsverwaltung“ bezeichnet Handlungen der Verwaltung, die den Bürgern Leistungen darbieten. Die Leistungsverwaltung (leistende Verwaltung) sorgt für die Lebensmöglichkeit und -verbesserung der Mitglieder des Gemeinwesen, indem sie deren Interessenverfolgung durch Gewähungen unmittelbar fördert und verteilt<sup>459</sup>. Sie erweitert die Rechtsposition des Individuums, auch durch die unmittelbare Bereitstellung von Einrichtungen und Dienstleistungen.

So klar und einfach wie es die beiden Begriffe vermuten lassen, ist die Zuordnung eines bestimmten Verwaltungshandelns zu den beiden genannten Kategorien aber nicht. So kann die eingreifende Verwaltung im Einzelfall auch leistend wirken und mit dem Bürger zusammenarbeiten (z.B. beratende Verwaltungstätigkeit und die Herausgabe von Warnungen und Empfehlungen). Hinzu kommt, dass die Zuordnung zu einer der Kategorien auch eine Frage der Betrachtungsweise ist. So wirkt z.B. der Strafvollzug, der aus der Sicht der Gefangenen wohl unzweifelhaft einen Fall der Eingriffsverwaltung darstellt, zugunsten der Bürger durch den Schutz vor Straftätern als eine lebensverbessernde Maßnahme<sup>460</sup>. Insoweit ist allerdings festzuhalten, dass die Zuordnung zur jeweiligen Kategorie aus der Sicht des jeweils Betroffenen vorzunehmen ist.

### b) Qualifizierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB als Fall der Eingriffs- bzw. der Leistungsverwaltung

Geht man nach dem Vorstehenden, so ist auch eine eindeutige Zuordnung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB zu einer der beiden genannten Kategorien nicht ohne weiteres möglich. Denn die dem privaten Träger überantworteten Aufgaben zeigen ein differenziertes Bild<sup>461</sup>.

---

458 Statt vieler *Wolff/Bachof/Stober*, § 3 Rdnr. 5.

459 Statt vieler *Wolff/Bachof/Stober*, § 3 Rdnr. 6; *Schmidt-Aßmann*, S. 150f.

460 Weitere Beispiele bei *Kulas*, S. 50.

461 Vgl. hierzu auch Abschnitt A. IV. im 2. Teil der Untersuchung.

Das maßregelrechtliche Ordnungsrecht greift in die Interessenverfolgung der Gewaltunterworfenen und in deren Grundrechte reglementierend ein. Dazu zählen – neben dem Eingriff in Grundrechte durch den Freiheitsentzug als solchem – in erster Linie die Regelungen zur Unterbringung (§§ 16 Abs. 2, 38 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG), zur Kleidung (§§ 20 Abs. 4, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) und zur Ernährung. Hinzu kommen die Vorschriften zum Besitz von Sachen und zum Einkauf (§§ 22, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Außenkontakt der Patienten (§§ 24, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) zum Recht auf Schriftwechsel (§§ 25, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zu Telefongesprächen (§§ 26 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) sowie zum Recht auf Absenden und Empfangen von Paketen (§§ 26 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG). Zum Ordnungsrecht zählen weiter Regelungen zu Geld und Bezügen (§ 47 BbgPsychKG), Verhaltensvorschriften (§§ 20, 45 Abs. 1 BbgPsychKG). Dazu treten Disziplinarmaßnahmen sowie besondere Sicherungsmaßnahmen und unmittelbarer Zwang (§§ 20, 21, 45 Abs. 1 BbgPsychKG).

Auch im Rahmen der Gewährleistung des Lebensspielraums der Patienten greift der Staat in die Interessenverfolgung der Gewaltunterworfenen ein. Zwar kommt hier hinzu, dass der Staat im Hinblick auf das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) die positive Aufgabe hat, die Bedingungen zu schaffen, unter denen die Patienten ein würdiges Dasein führen können und ihnen, wenn sie zur Nutzung dieser Möglichkeiten alleine nicht in der Lage sind, dabei Hilfe zu gewähren. Allerdings greifen die Regelungen zur Freizeit (§§ 26, 27 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Aufenthalt im Freien (§§ 28 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Zugang zu den Medien (§§ 27, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zur Religionsausübung (§§ 23, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Recht auf Arbeit (§ 46 BbgPsychKG), zum offenen Vollzug (§ 39 Abs. 1 S. 1 BbgPsychKG) und zur Beurlaubung (§ 39 Abs. 1 S. 2 BbgPsychKG) in das freie Belieben der Patienten ein. Denn sämtliche Vorschriften enthalten neben der grundsätzlichen Gewährleistung des jeweiligen Rechts Einschränkungen, denen sich der Bürger im Normalfall nicht unterwerfen muss. Beispielhaft kann hier auf §§ 27, 45 Abs. 1 BbgPsychKG verwiesen werden. Nach §§ 27 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG hat der Untergebrachte zwar das Recht auf Erwerb von und Zugang zu Büchern, Zeitungen und Zeitschriften sowie auf den Empfang von Hörfunk- und Fernsehsendungen. Allerdings schränkt §§ 27 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG dieses Recht dahingehend ein, dass Einschränkungen dann zulässig sind, wenn der Inhalt von Druckerzeugnissen oder Hörfunk- und Fernsehsendungen in direktem Widerspruch zu den Zielen des Behandlungsplans steht und eine offenkundige Gefährdung des Behandlungserfolges zu erwarten ist.

Ein anderes Bild zeigt sich im maßregelrechtlichen Behandlungsrecht. Nach §§ 40 Abs. 1 S. 1, 41 BbgPsychKG haben die Patienten einen Anspruch auf ärztliche Behandlung der Anlasserkrankung und anderer Krankheiten. Nach der genannten Vorschrift sind die Patienten insbesondere durch ärztliche, psychotherapeutische und sonstige geeignete therapeutische Maßnahmen zu behandeln sowie sozial und beruflich einzugliedern. Zur Erfüllung dieses Anspruchs auf ärztliche Behandlung ist nach §§ 15 Abs. 2, 37 Abs. 2 S. 3 BbgPsychKG ein Therapieplan auszustellen, der der Entwicklung der untergebrachten Personen angepasst werden muss, §§ 15 Abs. 2 S. 4, 37 Abs. 2 S. 3 BbgPsychKG. Damit wird die Interessenverfolgung durch Gewähungen unmittelbar gefördert. Die Rechtsposition des Individuums wird durch die unmittelbare Bereitstellung von Einrichtungen sowie Dienstleistungen erweitert. Soweit diese Behandlung allerdings durch unmittelbaren Zwang durchgeführt wird, liegt auch insoweit ein Fall der Eingriffsverwaltung vor.

Im Ergebnis stellt sich der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB damit als eine Kombination einer Eingriffs-/Leistungsverwaltung dar. Allerdings steht die Eingriffskomponente entgegen der Ansicht von *Kammeier*<sup>462</sup> klar im Vordergrund<sup>463</sup>. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Freiheitsentzug konstitutive Voraussetzung für die ärztliche Behandlung ist. Dieser Umstand kommt auch darin zum Ausdruck, dass es sich um „freiheitsentziehende Maßregeln“ (Untertitel des 6. Teils im 3. Abschnitt des Strafgesetzbuches) handelt. Hinzu kommt, dass sich – abgesehen von einem Eingriff in die Würde des Menschen – im rechtsstaatlichen Gefüge der Bundesrepublik ein stärkerer Eingriff in Grundrechte, als einem Menschen mit Gewalt seine Freiheit zu nehmen, kaum vorstellen lässt<sup>464</sup>. Die untergebrachten Personen sind unter dem Aspekt der totalen Institution zur Unterordnung unter die ihnen von dem Vollzugspersonal gegebenen Anweisungen gezwungen und zur Erfüllung grundlegendster Bedürfnisse auf deren Mithilfe angewiesen<sup>465</sup>. Die staatliche Gewalt bestimmt im Wesentlichen die Lebensführung der untergebrachten Personen.

Letztlich kann die Frage, ob die Eingriffsverwaltung hinter der Leistungsverwaltung zurücktritt<sup>466</sup> oder ob beide Kategorien als gleichwertig anzusehen sind, aber offen bleiben. Beim Maßregelvollzug handelt es sich jedenfalls auch um einen Fall der Eingriffsverwaltung. Daher sind bei einer Privatisierung jedenfalls auch die Teile betroffen, die sich unzweifelhaft als Eingriffsverwaltung darstellen. Hier eine

---

462 *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (83).

463 So auch *Baur*, in: *Kammeier* (Hrsg.), S. 72: „Straf- und Maßregelvollzug gehören zur hoheitlichen Eingriffsverwaltung.“

464 So *Grünebaum*, R & P 2006, 55 (56); *Volckart/Grünebaum*, S. 294.

465 Vgl. auch *Gusy*, JZ 2006, 561 (659) zum insofern vergleichbaren Fall des Jugendstrafvollzugs.

466 So *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S.61 (83).

Differenzierung an die Voraussetzungen einer Privatisierung dahingehend vorzunehmen, zu welchem Anteil ein Fall der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung vorliegt, würde zu Rechtsunsicherheit führen. Denn es lässt sich – auch vor dem Hintergrund der oben dargestellten generell nicht unproblematischen Zuordnung – nicht eindeutig feststellen, zu welchen Anteilen Eingriffsverwaltung und zu welchen Anteilen Leistungsverwaltung vorliegt.

### **c) Vorliegen einer Privatisierungsgrenze**

Handelt es sich beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB jedenfalls auch um einen Fall der Eingriffsverwaltung, ist zu hinterfragen, ob sich bereits daraus ein absolutes Privatisierungsverbot ergibt oder ob hier Kriterien zu fordern sind, die die Voraussetzungen einer Privatisierung exakter umschreiben.

#### **aa) Argumentative Grundlage**

*Kulas* weist zutreffend darauf hin, dass der theoretische Ansatz, die Eingriffsverwaltung sei privatisierungsfest, dogmatisch nicht weiter begründet wird<sup>467</sup>. Allerdings wird teilweise vorgebracht, die Eingriffsverwaltung sei „qua definitione“ nicht privatisierungsfähig<sup>468</sup>. Desweiteren wird argumentiert, die Privatisierung der Eingriffsverwaltung sei nicht mit dem Selbstverständnis des modernen Rechtsstaates vereinbar<sup>469</sup>. Darüber hinaus wird diese Auffassung damit begründet, die Privatisierung bringe nicht die mit ihr erstrebten Entlastungen<sup>470</sup>. Schließlich kann argumentiert werden, dass sich bei der Aufgabenerfüllung durch Private deren (z.B. wirtschaftliche) Interessen einmischen, was bei Aufgaben der Eingriffsverwaltung, die elementar für den Bestand der staatlichen Ordnung seien, nicht hingenommen werden kann.

#### **bb) Stellungnahme**

Die vorgebrachten Argumente sprechen, soweit sie überhaupt begründet werden, nicht für das Vorliegen eines absoluten Privatisierungsverbots.

Soweit auf das Selbstverständnis des Staates abgestellt wird, ist festzustellen, dass dieses – ebenso wie die Festlegung der Staatsaufgaben – einem steten Wandel unterliegt. Mittlerweile folgt der Staat eher dem Leitbild eines

---

467 *Kulas*, S. 47.

468 *Fuest/Kroker*, S. 11.

469 *Schleberger*, *Der Bayerische Bürgermeister* 1976, 27 (28); *ders.*, *der städtetag* 1976, 121 (121), weitere Nachweise bei *Kulas*, S. 48.

470 *Knemeyer*, *WiVerw* 1978, 65 (70).

„Gewährleistungsstaates“, der Aufgaben weniger durch eigene Ressourcen erfüllt, sondern dessen Steuerung sich zunehmend auf die Initiierung und Anleitung der selbständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen „Umhegung“ entwickelt<sup>471</sup>. An die Stelle der vollen staatlichen Erfüllungsverantwortung<sup>472</sup> treten die Gewährleistungs- und die Auffangverantwortung als Gegenpol zur Erfüllungsverantwortung<sup>473</sup>. Dieses Staatsverständnis wird insbesondere auch im Land Brandenburg deutlich. Nach der Gesetzesbegründung für das Landesorganisationsgesetz aus dem Jahr 2004 soll die Landesverwaltung in ihrem Aufbau und in ihren Abläufen u.a. durch den Einsatz betriebswirtschaftlicher Mittel weiter optimiert sowie durch eine nachhaltige Aufgabenkritik auf ihre Kernkompetenzen zurückgeführt und damit entlastet werden (vgl. auch §§ 2, 4, 5 Abs. 3 LOG)<sup>474</sup>. Das heutige (Selbst-) Verständnis des Staates spricht gegen ein absolutes Privatisierungsverbot.

Soweit darauf verwiesen wird, die Privatisierung bringe nicht die mit ihr erstrebten Entlastungen, ist diesem Problem dadurch zu begegnen, dass Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchgeführt werden. Das ist nach dem brandenburgischen Landesorganisationsrecht bei den Privatisierungen nach § 6 LOG der Fall, vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 LOG. Eine solche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist schon aufgrund des haushaltsrechtlichen Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 7 LHO) angezeigt. Darüber hinaus handelt es sich hierbei mehr um ein volkswirtschaftliches als um ein juristisches Argument. Daher wird auf dieses Argument in der vorliegenden Untersuchung nicht weiter eingegangen.

Zu dem Argument, bei der Aufgabenerfüllung durch Private würden sich deren (z.B. wirtschaftliche) Interessen einmischen, was bei Aufgaben der Eingriffsverwaltung, die elementar für den Bestand der staatlichen Ordnung seien, nicht hingenommen werden könne, ist Folgendes festzustellen: Dieses Risiko besteht in der Tat. Allerdings kann der Staat im Rahmen seiner Gewährleistungsverantwortung dafür Sorge tragen, dass sich die Aufgabenerfüllung – trotz aller wirtschaftlichen Interessen – in erster Linie am Gemeinwohl orientiert. Hierzu hat er die Regulierungs-, Beobachtungs- und Auffangverantwortung dementsprechend auszugestalten. Daher lässt sich auch mit diesem Argument ein absolutes Privatisierungsverbot nicht überzeugend begründen.

---

471 So *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (284f.) m.w.N. Entsprechend *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (241), der den Gewährleistungsstaat als neues Leitbild ansieht; vgl. auch Abschnitt A. im 3. Teil der Arbeit.

472 Hierzu *Weiß*, DVBl 2002, 1167 (1175); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (278).

473 Vgl. zur Verantwortungstypologie Abschnitt A. II. im 3. Teil der Untersuchung.

474 LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 1, 27. Vgl. hierzu insgesamt Abschnitt B. I. im 3. Teil der Arbeit.



Darüber hinaus ist – wie eingangs dieses Abschnitts dargelegt wurde – eine Zuordnung zu den Bereichen Eingriffs- bzw. Leistungsverwaltung nicht immer unproblematisch möglich. Wenn aber schon eine Zuordnung zum Bereich der Eingriffsverwaltung nicht ohne weiteres möglich ist, ist es zweifelhaft, genau aus dieser Zuordnung ein absolutes Privatisierungsverbot herleiten zu können. Genauso relativ, wie die Zuordnung bei den bestehenden Zuordnungsschwierigkeiten ist, genauso relativ wäre in der Folge ein absolutes Privatisierungsverbot. Dass das einen Widerspruch in sich darstellt, liegt auf der Hand.

Sofern schließlich darauf hingewiesen wird, bei Aufgaben der Eingriffsverwaltung handele es sich um Aufgaben, die für den Staat elementar seien<sup>475</sup>, wird damit im Ergebnis aus den Begriff der Staatsaufgaben abgestellt. Dass sich hieraus keine absolute Privatisierungsgrenze ergibt, wurde bereits dargestellt<sup>476</sup>.

Auch in Fällen der Eingriffsverwaltung bestehen somit keine absoluten Privatisierungsverbote. Vielmehr ist auch in diesem Zusammenhang die Auslegung von Verfassungssätzen maßgeblich, in denen staatliche Fundamentalpflichten positivrechtlich konkretisiert sind.

#### **d) Zwischenergebnis**

Die Zuordnung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB zu den Begriffen „Eingriffs-“ bzw. „Leistungsverwaltung“ ist nicht ohne Schwierigkeiten vorzunehmen. Im Ergebnis handelt es sich um eine Kombination einer Eingriffs-/Leistungsverwaltung. Dabei steht die Eingriffskomponente, die bereits bei dem Umstand des Freiheitsentzuges beginnt, im Vordergrund. Bei einer Privatisierung sind daher jedenfalls auch die Teile betroffen, die sich unzweifelhaft als Eingriffsverwaltung darstellen. Allerdings kann allein aufgrund dieses Umstandes kein absolutes Privatisierungsverbot hergeleitet werden. Die Natur des Maßregelvollzugs als Kombination einer Eingriffs-/Leistungsverwaltung steht seiner Privatisierung damit nicht entgegen.

Die Privatisierungsfähigkeit des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB richtet sich daher nach anderen (verfassungsrechtlichen) Kriterien.

---

475 So *Peine*, Die Verwaltung 1984, 415 (436); *Leisner*, DVBl 1978, S. 733; weitere Nachweise bei *Kulas*, S. 55.

476 Vgl. Abschnitt A. I. 1.

### **3. Ergebnis**

Die Ansichten, die absolute Privatisierungsverbote aus der Natur eine Aufgabe als Staatsaufgabe oder aus ihrer Eigenschaft als Teil der Eingriffsverwaltung herleiten wollen, überzeugen nicht.

Zwar ist der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB als Fall der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit anzusehen. Diese stellt nach hier vertretener Auffassung nach dem derzeitigen Aufgaben- und Staatsverständnis eine Staatsaufgabe dar. Solche Aufgaben sind grundsätzlich durch eigene Ressourcen des Staates zu erfüllen. Andernfalls wäre die Existenz des Staates als einer von der Gesellschaft zu unterscheidenden Wesenheit hinfällig.

Der Maßregelvollzug stellt sich aufgrund des Behandlungsanspruchs des Patienten als Fall einer kombinierten Leistungs-/Eingriffsverwaltung dar. Ob die Eingriffsverwaltung die Leistungsverwaltung dabei überwiegt, ist für die Untersuchung nicht von entscheidender Bedeutung. Denn bei einer Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB werden jedenfalls auch die Teile privatisiert, die sich unzweifelhaft als Eingriffsverwaltung darstellen.

Aus den vorgenannten Umständen können aber keine absoluten Privatisierungsgrenzen hergeleitet werden.

Rechtliche Grenzen von Privatisierungen ergeben sich vielmehr aus konkreten verfassungsrechtlichen Vorschriften, in denen die staatlichen Fundamentalpflichten positivrechtlich konkretisiert werden. Dabei kann es sich um grundrechtliche Gewährleistungspflichten oder um organisationsrechtliche Vorschriften handeln. Privatisierungsgrenzen können sich darüber hinaus aus einfachgesetzlichen Vorschriften ergeben.

### **II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Privatisierung des Maßregelvollzugs**

Auf der Grundlage des im vorigen Abschnitt gefundenen Ergebnisses, dass sich Privatisierungsgrenzen u.a. aus verfassungsrechtlichen Vorschriften herleiten lassen, sind diese rechtliche Grenzen von Privatisierungen nunmehr zu untersuchen. Dazu ist zunächst der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab festzulegen. Sodann ist zu hinterfragen, ob sich in der Verfassung ausdrückliche Regelungen zum Maßregelvollzug finden lassen, die Aussagen zur Privatisierungsfähigkeit enthalten. Schließlich ist die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip, dem Sozialstaatsprinzip und dem

Funktionsvorbehalt zugunsten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu prüfen.

## **1. Festlegung des materiellen Prüfungsmaßstabs**

Prüfungsmaßstab ist zunächst einmal das Grundgesetz. Dass das Landesrecht anhand des Grundgesetzes zu prüfen ist, folgt bereits aus der Regelung des Art. 93 Nr. 2 GG. Prüfungsmaßstab des verfassungsgerichtlichen Verfahrens der abstrakten Normenkontrolle ist für Landesrecht das Grundgesetz und sonstiges Bundesrecht<sup>477</sup>. Heranzuziehen ist dabei prinzipiell die im Zeitpunkt der Prüfung maßgebliche Rechtslage. Denn Gesetze müssen zu jedem Zeitpunkt in Einklang mit der Verfassung stehen.

Prüfungsmaßstab ist daneben die Verfassung des Landes Brandenburg. Nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 LVBbg ist die Gesetzgebung an Bundesrecht und Landesverfassung gebunden. Die Bindung der Gesetzgebung an die Landesverfassung bedeutet in erster Linie Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung und entspricht somit Art. 20 Abs. 3 GG<sup>478</sup>. Mit „verfassungsmäßiger Ordnung“ ist hierbei der gesamte Normbestand der Landesverfassung gemeint<sup>479</sup>.

Für die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG bedeutet das, dass sie anhand eines dualistischen Prüfungsmaßstabes zu untersuchen ist. Die Vorschrift muss sich zum einen am Grundgesetz und am sonstigen Bundesrecht messen lassen. Daneben ist Prüfungsmaßstab auch die Verfassung des Landes Brandenburg.

## **2. Fehlen einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelung zum Maßregelvollzug**

Absolute Privatisierungsverbote bestehen überall dort, wo das Grundgesetz eine Funktion eindeutig dem Staat vorbehält<sup>480</sup>. Daher ist zu prüfen, ob sich im Grundgesetz eine ausdrückliche Regelung zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB findet. Eine ausdrückliche Regelung, die eine Übertragung der Aufgabe der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB betrifft, findet sich im Grundgesetz nicht.

---

477 Vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/ders.* (Hrsg.), Art. 93 Rdnr. 27 m.w.N.

478 *Lieber/Iwers/Ernst*, Art. 2 Abschnitt 5.2.

479 Vgl. zum Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG *Jarass*, in: *ders./Pieroth* (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 32.

480 *Kämmerer*, JZ 1996, 1042 (1047).

Zwar weist zumindest das Grundgesetz in einigen Bereichen eine ausdrückliche Regelung zur Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private bzw. deren Ausschluss auf. So regelt Art. 87 Abs. 1 GG, dass der Auswärtige Dienst, die Bundesfinanzverwaltung und nach Maßgabe des Art. 89 GG die Verwaltung der Bundeswasserstraßen und der Schifffahrt in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt werden müssen (vgl. zur Frage der Privatisierungsfähigkeit von Aufgaben der entsprechenden Aufgaben auch Art. 87d, 87e, 87f GG). Auch wenn umstritten ist, ob Art. 87 Abs. 1 GG eine Aufgaben- oder eine Organisationsprivatisierung ausschließen will<sup>481</sup>, kann diese Frage hier dahinstehen. Denn der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB ist in Art. 87 GG nicht genannt.

Allerdings kann aus den vorgenannten Vorschriften teilweise abgeleitet werden, dass das Verfassungsrecht sich nicht generell gegen eine Beteiligung bei der Aufgabendurchführung durch Private ausspricht<sup>482</sup>. *Kulas* weist insoweit zutreffend darauf hin, dass das auch dann der Fall ist, wenn die Verfassung eine ausdrückliche Regelung der entsprechenden Aufgaben für erforderlich erachtet<sup>483</sup>.

In Bezug auf den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB ist aber festzuhalten, dass es an einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelung, die sich mit der Übertragung der entsprechenden Aufgabe auf private Träger beschäftigt, fehlt.

Eventuelle Privatisierungsgrenzen müssten sich daher aus anderen verfassungsrechtlichen Vorschriften und/oder Grundprinzipien ergeben.

### **3. Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG**

Eines dieser verfassungsrechtlichen Grundprinzipien ist das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG. Ein Verstoß hiergegen liegt vor, wenn Bedienstete der privaten Krankenträger Grundrechtseingriffe vornehmen dürften, ohne hierzu ausreichend demokratisch legitimiert zu sein.

Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Die Staatsgewalt wird durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden

---

481 So BVerfGE 14, 197 (210); *Lerche*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 87 Rdnr. 37; *Lecheler*, NVwZ 1989, 834 (836); *Lange*, JZ 1981, 698 (700). Vgl. auch *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 87 Rdnr. 2, der zumindest die Beleihung von Privaten unter bestimmten Umständen für möglich hält.

482 Vgl. insoweit auch *Kulas*, S. 59.

483 *Kulas*, S. 59.

Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Anerkanntermaßen üben die Staatsorgane die ihnen übertragenen Machtbefugnisse nicht kraft eigenen Rechts und im eigenen Interesse aus, sondern im Namen des Volkes und dementsprechend auch in seinem Interesse<sup>484</sup>. Die staatlichen Organe und die für sie handelnden Organwalter bedürfen zur Ausübung von Staatsgewalt daher einer besonderen Legitimation, die sich auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG zurückführen lassen muss<sup>485</sup>.

Um den Anforderungen der demokratischen Volkssouveränität gerecht zu werden, müssen bei der Ausübung von Staatsgewalt zwei Legitimationsstränge gleichzeitig gegeben sein: Die sachlich-inhaltliche und die organisatorisch-personelle Legitimation.

#### **a) Ausübung von Staatsgewalt durch die Bediensteten des privaten Trägers**

Zunächst ist zu untersuchen, ob die im Maßregelvollzug tätigen Bediensteten des privaten Trägers überhaupt Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ausüben.

Als Ausübung von Staatsgewalt, die demokratischer Legitimation bedarf, stellt sich jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar<sup>486</sup>. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieses Handeln unmittelbar nach außen wirkt oder nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schafft<sup>487</sup>.

Jeder einzelne Bedienstete des privaten Trägers (nicht nur die Vollzugsleitung) übt Staatsgewalt aus. Insoweit kann auf die Ausführungen zu der Frage verwiesen werden, ob es sich beim Maßregelvollzug um einen Fall der Eingriffsverwaltung handelt<sup>488</sup>. Jede der dort genannten Aufgaben stellt amtliches Handeln mit

484 Herzog, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 46; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 77.

485 BVerfGE 38, 258 (271); 83, 60 (71); 47, 253 (272); 93, 37 (66); 107, 59 (87); Herzog, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 46; Sachs, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 35; Schnapp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 18; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 104; DiFabio, VVDStRL 56 (1997), 235 (263f.).

486 BVerfGE 83, 60 (73); Dreier, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 80; Sachs, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 29; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 139; Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (341).

487 BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (74); 91, 228 (244); 93, 37 (68); 107, 59 (87); Sachs, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 29.

488 Vgl. Abschnitt A. I. 2. b).

Entscheidungscharakter dar. Das Brandenburgische Psychisch-Kranken-Gesetz differenziert auch nicht danach, ob die Maßnahmen im Rahmen des Ordnungsrechts, der Gewährleistung des Lebensspielraums der Patienten sowie des Behandlungsrechts von der Vollzugsleitung oder von jedem einzelnen Bediensteten wahrgenommen werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass jeder einzelne Bedienstete des privaten Trägers im Rahmen der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ausübt.

## **b) Sachlich-inhaltliche Legitimation**

Die sachlich-inhaltliche Legitimation setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen: Zum einen zählt hierzu die Gesetzesbindung der Staatsorgane (Art. 20 Abs. 3 GG) und zum anderen die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Staatsorgane gegenüber der Regierung bzw. übergeordneten staatlichen Stellen<sup>489</sup>. Das Institut der sachlich-inhaltlichen Legitimation verlangt insbesondere eine Rechtsaufsicht über autonome Bereiche<sup>490</sup>.

Dem wird die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 3 BbgPsychKG gerecht. Denn der dort verwendete Begriff der Fachaufsicht umfasst nach § 15 Abs. 3 S. 1 LOG auch die Rechtsaufsicht. Hiernach erstreckt sich die Fachaufsicht auf die rechtmäßige und zweckmäßige Wahrnehmung der Aufgaben.

Insbesondere in den Fällen, in denen in erheblicher Art und Weise in Grundrechte der Betroffenen eingegriffen wird, ist eine Fachaufsicht zu fordern, um dem Gebot der sachlich-inhaltlichen Legitimation gerecht zu werden<sup>491</sup>. Dieses Netz der Fachaufsicht ist umso engmaschiger zu knüpfen, je genauer die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen ihre Entscheidungen vorprägen<sup>492</sup>. Werden Aufgaben wahrgenommen, deren Erfüllung mit erheblichen Grundrechtseingriffen einhergehen und räumen die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen ein Handlungs- und/oder Auswahlermessen ein, ist die erforderliche effektive Aufsicht nur gewährleistet, wenn die einzelnen Funktionsträger unmittelbar der staatlichen Fachaufsicht unterworfen sind<sup>493</sup>. Die Beleihung ist in diesem Bereich nur dann

---

489 BVerfGE 93, 37 (67); 107, 59 (89); *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (83); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 10; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 41; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 161; *Mayen*, DÖV 2001, 110 (113); *Gusy*, ZRP 1998, 265 (270).

490 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 10 m.w.N.

491 Vgl. hierzu auch *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (84).

492 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (87).

493 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (87); *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (84); *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers

zulässig, wenn *gesetzlich*<sup>494</sup> sichergestellt wird, dass der Fachaufsichtsbehörde gegenüber diesem Personenkreis ein unmittelbares Weisungsrecht zusteht, das ihr eine begleitende Aufsicht vor Ort ermöglicht<sup>495</sup>.

Diesen Anforderungen wird § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG nicht gerecht. Wie bereits dargelegt, greift der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB in erheblichem Umfang in die Grundrechte der Betroffenen ein.

Die gesetzlichen Ermächtigungsmaßnahmen – beispielhaft dargestellt sei hier das maßregelrechtliche Ordnungsrecht – räumen dem einzelnen Bediensteten auch ein Handlungs- und/oder Auswahlermessen ein. So „kann“ das Tragen ungeeigneter und gefährlicher Kleidung nach §§ 20 Abs. 4, 45 Abs. 1 BbgPsychKG untersagt werden. Der Erwerb und Besitz von Sachen „darf“ nach den Maßgaben des §§ 22 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG beschränkt werden. Ebenso verhält es sich nach §§ 24, 45 Abs. 1 BbgPsychKG beim Außenkontakt der Patienten. Auch das Recht der untergebrachten Person, Schreiben zu öffnen, abzusenden und zu empfangen „darf“ nach §§ 25 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG eingeschränkt werden. Auch das Recht auf Telefongespräche und das Recht auf Absenden und Empfangen von Paketen „darf“ nach §§ 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG beschränkt werden. Darüber hinaus soll der untergebrachten Person nach § 46 Abs. 2 BbgPsychKG die Möglichkeit zur Arbeit usw. gegeben werden. Nach §§ 20 Abs. 2, 21, 45 Abs. 1 BbgPsychKG „dürfen“ die Mitarbeiter unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbaren Zwang anwenden. Die Ärzte können auch zwischen verschiedenen besonderen Sicherungsmaßnahmen wählen, vgl. §§ 21 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG.

Insbesondere am letztgenannten Beispiel wird deutlich, dass die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage die Entscheidungen über die besonderen Sicherungsmaßnahmen entscheidend vorprägen. Das Auswahlermessen ist insoweit erheblich eingeschränkt.

Aufgrund der vorgenannten Umstände ist die erforderliche effektive Aufsicht aus verfassungsrechtlichen Gründen nur gewährleistet, wenn die einzelnen Funktionsträger unmittelbar der staatlichen Fachaufsicht unterworfen sind. Das ist in der Fassung des Gesetzes vom 05.05.2009 zwar der Fall. Nach §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG unterliegen die Beschäftigten der nicht öffentlichen Krankenhausträger, die am Maßregelvollzug beteiligt sind, der unmittelbaren staatlichen Aufsicht. Darüber hinaus muss gesetzlich sichergestellt sein, dass der

---

(Hrsg.), § 9 Rdnr. 29.

494 So auch *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 29.

495 *NdsStGH*, *NdsVBI* 2009, 77 (87).

Fachaufsichtsbehörde gegenüber diesem Personenkreis ein unmittelbares Weisungsrecht zusteht. Auch das ist gemäß §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 4 S. 5 BbgPsychKG der Fall. Es fehlt aber an einer Vorschrift, die der Fachaufsichtsbehörde eine begleitende Aufsicht vor Ort ermöglicht. Die bloße Möglichkeit der Fachaufsichtsbehörde, das nicht öffentliche Krankenhaus nach §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 4 S. 5 a.E. BbgPsychKG jederzeit zu betreten, reicht insofern nicht aus. Hierdurch wird nichts über die dann möglichen Befugnisse ausgesagt.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die ärztliche Leitung nach § 36 Abs. 5 S. 1 BbgPsychKG die Verantwortung für die Einrichtungen trägt und nach § 36 Abs. 5 S. 2 BbgPsychKG nur durch Beamte oder Angehörige des öffentlichen Dienstes im Sinne von Art. 96 Abs. 3 LVBBg wahrgenommen wird. Es ist aber nicht gesetzlich sichergestellt, dass die ärztliche Leitung – sollte sie dem Land angehören – eine begleitende Aufsicht vor Ort durchführt. Gerade bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Bedienstete wird eine begleitende Aufsicht vor Ort in der Realität regelmäßig nicht in Frage kommen.

Hinzu kommt schließlich, dass im Falle einer Beileihung die unmittelbare Dienstaufsicht im Sinne von § 15 Abs. 2 LOG entfällt. Dieser Wegfall der unmittelbaren Dienstaufsicht muss durch eine mittelbare Kontrolle entsprechender Aufsichtspflichten auf Seiten der beliehenen Einrichtung kompensiert werden. Das aber ist durch die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG nicht geschehen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG mangels gesetzlicher Sicherstellung einer begleitenden Aufsicht vor Ort dem Erfordernis der sachlich-inhaltlichen Legitimation nicht gerecht wird.

### **c) Organisatorisch-personelle Legitimation**

Die verfassungsrechtlich notwendige organisatorisch-personelle Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern<sup>496</sup>. Eine ununterbrochene Legitimationskette liegt zum einen vor, wenn der Amtswalter sein Amt im Weg einer Wahl durch das Volk oder das Parlament erhalten hat. Die Legitimationskette von Amtswaltern, die die Grundrechtseingriffe tatsächlich anordnen und durchführen, wird aber auch dadurch aufrecht erhalten, dass ein Amtswalter durch ihrerseits

---

496 BVerfGE 47, 253 (253 Ls. 2, 275); 49, 89 (125); 52, 95 (121, 130); 77, 1 (40f.); 83, 60 (73); 93, 37 (67); 107, 59 (87); *Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 50ff.; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 9; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 159; *Schliesky*, S. 276.



personell legitimierte, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnde Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist<sup>497</sup>.

Das bedeutet, dass sämtliche Personalentscheidungen im Rahmen der staatlichen Ämterhierarchie von Fall zu Fall – und das bedeutet zugleich im Hinblick auf eine bestimmte, individuelle Person – getroffen werden müssen<sup>498</sup>. Es kommt darauf an, dass jeder einzelne Amtswalter individuell in sein Amt berufen wird, und dass auch derjenige, der diese Berufung ausspricht, selbst wieder Amtswalter ist und individuell ernannt worden ist usw. Um dem Prinzip der demokratischen Volkssouveränität gerecht zu werden, muss von jedem einzelnen Amtswalter eine ununterbrochene Kette individueller Berufungsakte bis auf das Volk als den Träger der Staatsgewalt zurückführen<sup>499</sup>. Nur wenn diese Kette in allen Fällen vollständig ist, kann von einer ausreichenden persönlichen Legitimation des einzelnen Amtswalters gesprochen werden (Prinzip der individuellen Berufung der Amtswalter).

Einseitig verbindliche Hoheitsakte (d.h. Akte der „Staatsgewalt“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) können unter der Geltung des Demokratieprinzips allein von solchen Amtswaltern ausgehen, die ihren Auftrag in lückenloser Reihe auf das Staatsvolk zurückführen können<sup>500</sup>.

Nach § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG kann die Durchführung der Aufgabe des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB Einrichtungen anderer öffentlicher und privater Träger mit deren Zustimmung widerruflich übertragen werden, wenn sie sich dafür eignen. Insoweit werden sie nach § 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG vom Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen mit hoheitlicher Gewalt beliehen und unterstehen der Fachaufsicht der zuständigen Behörden. Schon nach dem Gesetz haben die Bediensteten der privaten Träger die Befugnis zur Ausübung hoheitlicher Gewalt. Wie in Abschnitt a) dargelegt, üben sie Staatsgewalt aus und können grundrechtseinschränkende Maßnahmen anordnen. Das gilt auch für die Anwendung unmittelbaren Zwanges. Jeder einzelne Bedienstete übt demnach Staatsgewalt im Sinne des Demokratieprinzips aus und ist in diesem Sinne Amtswalter.

---

497 BVerfGE 47, 253 (253 Ls. 2, 275); 49, 89 (125); 52, 95 (121, 130); 77, 1 (40f.); 83, 60 (73); 93, 37 (67); 107, 59 (87); *Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 52f.; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 9; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 158, 159; *Mayen*, DÖV 2001, 110 (113).

498 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 51.

499 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 53; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329 (361).

500 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 54.

Diesen Amtswaltern fehlte es nach § 36 Abs. 3 BbgPsychKG in der Fassung vom 07.07.2004 an der erforderlichen persönlichen Legitimation. Um dem Prinzip der demokratischen Volkssouveränität gerecht zu werden, muss von jedem einzelnen Amtswalter eine ununterbrochene Kette individueller Berufsakte bis auf das Volk als den Träger der Staatsgewalt zurückführen. Das war nicht der Fall. Die Legitimationskette reichte hier vom Parlament als Gesetzgeber über die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG und den hiernach möglichen Beleihungsakt bis zum privaten Träger. Ein individueller Berufsakt des einzelnen Bediensteten lag hingegen nicht vor. Wie der *Niedersächsische Staatsgerichtshof* in einem vergleichbaren Fall festgestellt hat<sup>501</sup>, lässt sich dem auch nicht entgegenhalten, dass der private Träger Beliehener im Sinne von § 21 LOG und somit Teil der mittelbaren Landesverwaltung ist. Denn die Arbeitsverträge werden durch die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft geschlossen. Bei einer GmbH ist das nach § 35 Abs. 1 GmbHG der Geschäftsführer, der nach § 46 S. 1 Nr. 5 GmbHG von der Gesellschafterversammlung bestellt wird. Bei einer Offenen Handelsgesellschaft schließt ebenfalls die Geschäftsführung die Arbeitsverträge (vgl. §§ 114, 115 HGB, bzw. die Gesellschafter nach § 125 Abs. 1 HGB), die von den Gesellschaftern bestellt wird. Die Aktiengesellschaft wird gemäß § 78 Abs. 1 AktG vom Vorstand vertreten, der wiederum nach § 84 Abs. 1 S. 1 AktG vom Aufsichtsrat bestellt wird. Dessen Zusammensetzung richtet sich nach § 96 AktG. In jedem der genannten Fälle brach die ununterbrochene Legitimationskette ab<sup>502</sup>. Denn dass die Gesellschafter der genannten Gesellschaften über keine organisatorisch-personelle Legitimation verfügen, liegt auf der Hand<sup>503</sup>. Im Ergebnis fehlte es den Bediensteten des privatrechtlich organisierten Trägers, die auch Grundrechtseingriffe vornehmen, mangels besonderer Bestellung durch eine staatliche Behörde an der organisatorisch-personellen Legitimation.

Auch eine verfassungskonforme Auslegung durch eine teleologische Extension des Begriffes der „Fachaufsicht“ oder unter Berücksichtigung des Brandenburger Dienstüberlassungsmodells kam nicht in Betracht.

Die teleologische Extension stellt (wie der umgekehrte Fall der teleologischen Reduktion) einen Unterfall der Gesetzesanalogie dar. Als solcher erlaubt sie dem Rechtsanwender aus ihrem Zweck heraus eine über den Wortlaut der Norm hinausreichende Auslegung und somit eine bedingte Abweichung vom Gesetz. Voraussetzung dafür ist jedoch die Feststellung einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz.

---

501 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (86).

502 So für die GmbH und die OHG auch *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (86).

503 Ebenso *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (86).

Eine Regelungslücke liegt vor, wenn der Sachverhalt nicht unter das Gesetz subsumierbar ist. Sie ist planwidrig, wenn der Gesetzgeber bei der Regelung eines Komplexes schlicht übersehen hat, eine Regelung zu treffen. Zwar lag eine Regelungslücke vor. Wie der *Niedersächsische Staatsgerichtshof* in einem vergleichbaren Fall festgestellt hat, sind vom Begriff der „Fachaufsicht“ solche Maßnahmen nicht erfasst, die der Aufsichtsbehörde einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit sowie die Anleitung dieser Bediensteten erlaubt<sup>504</sup>. Bei dem Begriff der „Fachaufsicht“ handelt es sich um einen juristischen Terminus mit einem insoweit feststehenden Bedeutungsinhalt, als hiervon im Wesentlichen nur die in § 15 Abs. 3 S. 2 LOG genannten Aufsichtsmittel erfasst sind. Diese Regelungslücke war auch planwidrig. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG in der Fassung vom 07.07.2004 sollte das amtliche exekutive Handeln privater Beliehener mit hoher grundrechtlicher Relevanz streng normativ geleitet und stets kontrolliert bleiben<sup>505</sup>. Der Gesetzgeber übersah, dass hierzu aus verfassungsrechtlichen Gründen auch solche Befugnisse erforderlich sind, die dem Land einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit gewährleisten.

Allerdings scheiterte eine teleologische Extension des Begriffes der „Fachaufsicht“ an den Grundrechten der beliehenen juristischen Person. Denn auch die privaten Träger von Einrichtungen, in denen die Aufgabe des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB können sich als juristische Personen des Privatrechts auf das Grundrecht der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG berufen. Zwar ist der Beliehene im Umfang seiner Beleihung nicht grundrechtsfähig, sondern grundrechtsverpflichtet<sup>506</sup>. Denn er nimmt im Umfang seiner Beleihung staatliche Zuständigkeiten mit Wirkung für den Staat wahr. Der Umfang der Beleihung geht aber nur soweit, dass der Staat den Einsatz von geeignetem Personal verlangen darf. Welche konkreten geeigneten Personen der Beliehene einsetzt, obliegt nach wie vor seiner Personalhoheit. In diesem Umfang kann sich der Private dann auch auf das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit berufen. In diese Freiheit darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). In dem beschränkenden Gesetz muss der Gesetzgeber alle für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen selbst regeln<sup>507</sup>. Das aber ist mit § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG in der Fassung vom 07.07.2004 nicht geschehen. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch – sofern man das für ausreichend erachtet – aus

---

504 A.A. *NdsStGH*, *NdsVBI* 2009, 77 (86).

505 Vgl. LT-Drs 3/6951 vom 19.01.2004, S. 8.

506 *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 60; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 39; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Art. 19 Rdnr. 111; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 19 Rdnr. 18.

507 Statt vieler *BVerfGE* 41, 251 (265); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 12 Rdnr. 21 m.w.N.

der Gesetzesbegründung ergab sich, dass sich das Land im Rahmen der Fachaufsicht auch einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit vorbehalten wollte. Dieser Auffassung steht auch nicht entgegen, dass der private Träger als Beliehener im Sinne von § 21 LOG tätig wird. Er wird durch die Beleihung teil der mittelbaren Staatsverwaltung. Auch in diesem Fall geht der private Träger seiner Grundrechte nicht verlustig<sup>508</sup> und kann sich somit auf die Berufsausübungsfreiheit berufen. Eine entsprechende fachaufsichtliche Maßnahme stellt einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des privaten Trägers dar, der mangels gesetzlicher Grundlage verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

Auch eine verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf das in Brandenburg umgesetzte Dienstüberlassungsmodell kam nicht in Betracht. Das wäre der Fall gewesen, wenn die Überlassung von Angestellten des Landes in der Vollzugsleitung das Legitimationsdefizit in organisatorisch-personeller Hinsicht hätte ausgleichen können.

Nach Ziff. 4 des Beleihungsaktes vom 07.04.2006 bestellt das Land Brandenburg zur Leitung des Maßregelvollzugs und zu ihrer Stellvertretung eine Fachärztin oder einen Facharzt für Psychiatrie oder äquivalente Fachausrichtungen. Diese bleiben bzw. - im Falle der Neubesetzung - werden Mitarbeiter des Landes Brandenburg und werden dem Träger im Wege einer Dienstleistungsüberlassungsvereinbarung zur Verfügung gestellt. Die ärztliche Leitung trägt gemäß § 36 Abs. 4 BbgPsychKG in der Fassung vom 07.07.2004 die Verantwortung für die Durchführung des Maßregelvollzugs in der Einrichtung. Die ärztliche Leitung erfüllt ihre Aufgabe innerhalb des ihr gesetzlich zugewiesenen Verantwortungsbereichs eigenverantwortlich unter Beachtung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und nach Maßgabe der Weisungen der Aufsichtsbehörde. Der Träger ist, soweit der gesetzlich umschriebene Verantwortungsbereich der ärztlichen Leitung reicht, dieser gegenüber nicht zu Weisungen berechtigt. Weisungen des privaten Trägers können sich allenfalls auf betriebliche Gesichtspunkte beziehen, soweit dadurch nicht ausnahmsweise in den gesetzlichen Verantwortungsbereich der ärztlichen Leitung eingegriffen wird.

Zumindest hinsichtlich der ärztlichen Leitung setzte sich die Legitimationskette also fort, wenn das Dienstüberlassungsmodell im Wege der verfassungskonformen Auslegung Berücksichtigung findet. Allerdings endete die Legitimationskette dann. Die weiteren Bediensteten, die als natürliche Personen Grundrechtseingriffe gegenüber den Betroffenen tatsächlich ausüben, verfügt über keinerlei demokratische Legitimation. Diese war aber bereits aufgrund dessen erforderlich,

---

<sup>508</sup> So auch *NdsStGH*, NdsVBl 2009, 77 (86); vgl. hierzu bereits Abschnitt B. II. 5. im 3. Teil der Untersuchung.

dass nicht alle Befugnisse nach dem BbgPsychKG der ärztlichen Leitung vorbehalten waren. Besonders deutlich wurde das dann, wenn Situationen entstehen, in denen die privaten Bediensteten schnell und gewaltsam gegen untergebrachte Personen vorgehen müssen. Das kann z.B. notwendig sein, wenn die Bediensteten selbst angegriffen werden und sich wehren müssen oder wenn untergebrachte Personen untereinander Gewalt anwenden und die Bediensteten zur Wiederherstellung der Ordnung in der Einrichtung und zur Verhinderung bzw. Unterbindung von Körperverletzungen einschreiten müssen. Schließlich kann ein Ausbruchsversuch zu Reaktionen der privaten Bediensteten führen.

Die im Wege des sog. Dienstüberlassungsmodells praktizierte „Überstellung“ von Bediensteten des Landes in der ärztlichen Leitung an den privaten Träger konnte das Legitimationsdefizit in organisatorisch-personeller Hinsicht nicht ausgleichen. Dieses Manko wurde durch das neue Gesetz vom 05.05.2009 nur teilweise behoben. Nach §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 2 S. 3 BbgPsychKG bedarf die Beschäftigung der Bediensteten der nicht öffentlichen Krankenhausträger der Zustimmung der Aufsichtsbehörde im Hinblick auf die fachliche und persönliche Eignung. Nach §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG werden diese Beschäftigten durch die Aufsichtsbehörde widerruflich für die Vollzugsaufgaben mit der Befugnis zur Ausübung unmittelbaren Zwangs auf Anordnung der ärztlichen Leitung zu bestellen. Hinsichtlich der anderen Befugnisse, die ebenfalls erheblich in die Grundrechte der untergebrachten Personen eingreifen und auch durch die einzelnen Bediensteten ausgeübt werden dürfen, fehlt es an einer entsprechenden Regelung. Damit wurde zwar das Manko behoben, dass die Legitimationskette hinsichtlich der Anwendung unmittelbaren Zwangs abbricht. Für die weiteren Befugnisse hat dieser Befund aber nach wie vor Gültigkeit. Da das Gesetz ausdrücklich nur den unmittelbaren Zwang erwähnt, ist im Umkehrschluss davon auszugehen, dass die weiteren Befugnisse hiervon nicht erfasst sein sollen. Dann aber besteht das Legitimationsdefizit fort.

#### **d) Kompensation von Legitimationsdefiziten**

Die organisatorisch-personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation stehen in einem wechselbezüglichen Verhältnis. Eine verminderte Legitimation des einen Legitimationsstranges kann durch den jeweils anderen Legitimationsstrang ausgeglichen werden. Es muss lediglich ein bestimmtes Legitimationsniveau zur Sicherung einer effektiven demokratischen Legitimation sichergestellt sein<sup>509</sup>. Beide Elemente schreiben einen bestimmten Gehalt demokratischer Legitimation vor.

---

<sup>509</sup> BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67); 107, 59 (87); *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 21; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 163; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329 (366).

Es ist jeweils im Einzelfall zu klären, wie ein Mangel der einen Form der Legitimation durch eine gesteigerte Dichte der anderen Legitimationsform ausgeglichen werden kann<sup>510</sup>. Allerdings kommt eine Kompensation nur in einem gewissen Umfang in Frage. Das vollständige Fehlen eines Legitimationsstranges lässt sich grundsätzlich nicht ausgleichen<sup>511</sup>.

Ein gemindertes Maß an Legitimation hält das *Bundesverfassungsgericht* für möglich bei der Wahrnehmung von Aufgaben mit besonders geringem Entscheidungsgehalt in einem wenig bedeutsamen Bereich, wenn die Kompetenzen gegenständlich und ihrem Umfang nach eng begrenzt und die zu treffenden Entscheidungen inhaltlich im Ergebnis vorstrukturiert sind und die Entscheidungsträger einem umfassenden Evokations- oder Letztentscheidungsrecht eines übergeordneten Organs unterliegen<sup>512</sup>. Allerdings liegt dieser Fall hier nicht vor. Wie bereits dargelegt, gehen mit der Wahrnehmung der Aufgabe des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB erhebliche Grundrechtseingriffe einher<sup>513</sup>. Von Aufgaben mit besonders geringem Entscheidungsgehalt in einem wenig bedeutsamen Bereich kann – auch wenn der unmittelbare Zwang außer Acht gelassen wird und nur die übrigen Befugnisse betrachtet werden – keine Rede sein. Die Entscheidungen der Bediensteten sind im Ergebnis nicht vorbestimmt. Es besteht auch kein Letztentscheidungsrecht eines übergeordneten Organs.

Ein Ausgleich der mangelhaften organisatorisch-personellen Legitimation durch ein gesteigertes Maß an sachlich-inhaltlicher Legitimation kommt hier ebenfalls nicht in Betracht. Die Bediensteten, die die Grundrechtseingriffe, die nicht unmittelbarer Zwang sind, tatsächlich anordnen und durchführen, verfügen über keinerlei organisatorisch-personelle Legitimation. In einem solchen Fall des vollständigen Fehlens eines Legitimationsstranges kommt ein Ausgleich zur Herstellung des Legitimationsniveaus zur Sicherung einer effektiven demokratischen Legitimation nicht in Frage<sup>514</sup>.

Die fehlende organisatorisch-personellen Legitimation der Bediensteten, die die Grundrechtseingriffe tatsächlich anordnen und durchführen lässt sich auch nicht durch das Institut der Beleihung ausgleichen. Denn auch in einem solchen Fall bricht die ununterbrochene Legitimationskette ab.

---

510 BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66f.); *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 330 (366).

511 Vgl. *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (85); *Böckenförde*, in: Stern (Hrsg.), HbStR II, § 24 Rdnr. 23; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 163.

512 BVerfGE 83, 60 (74); 93, 37 (70).

513 Vgl. Abschnitt A. I. 2. b).

514 So auch *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (85).

## e) Verfassungskonforme Auslegung

§§ 36 Abs. 3 S. 2 und 4, 10 Abs. 2 S. 2 und 3, Abs. 4 S. 5 und 6 BbgPsychKG könnten sich aber verfassungskonform auslegen lassen. Das gilt zum einen hinsichtlich des Begriffes der „Fachaufsicht“ in §§ 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG. Zum anderen kommt eine verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf das Dienstüberlassungsmodell in Betracht.

Zu prüfen ist zunächst, ob sich der Begriff der „Fachaufsicht“ in § 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG verfassungskonform auslegen lässt. Das ist der Fall, wenn der Begriff „Fachaufsicht“ die Befugnisse umfasst, die erforderlich sind, um das Legitimationsdefizit auszugleichen.

Der Begriff der „Fachaufsicht“ in § 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG lässt sich zumindest hinsichtlich der sachlich-inhaltlichen Legitimation verfassungskonform auslegen. Der Begriff „Fachaufsicht“ bezieht sich dem Wortlaut nach auf die Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit bei der Erledigung der übertragenen Aufgaben und die Wahrnehmung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen (vgl. auch § 15 Abs. 3 S. 1 LOG). Hierbei kann sich die Aufsichtsbehörde nach § 15 Abs. 3 S. 2 LOG z.B. unterrichten lassen. Dieser Begriff kann auch im Wege einer begleitenden Unterrichtung (und gegebenenfalls Wahrnehmung des Rechts der Selbstvornahme nach § 15 Abs. 3 S. 2 LOG) verstanden werden. Hinzu kommt, dass die Aufzählung der Aufsichtsmittel in § 15 Abs. 3 S. 2 LOG nicht als enumerative Aufzählung zu verstehen ist. Es sind weitere Aufsichtsmittel als die in §§ 36 Abs. 3 S. 3 und 4, 10 Abs. 4 BbgPsychKG genannten denkbar. Hierbei kann auch sichergestellt werden, dass eine begleitende Aufsicht vor Ort stattfindet.

Zum Ausgleich des Legitimationsdefizits in organisatorisch-personeller Hinsicht kommt eine teleologische Extension des Begriffes der „Fachaufsicht“ in Betracht. Insoweit kann aber auf die Ausführungen zu § 36 Abs. 3 BbgPsychKG in der Fassung vom 07.07.2004 verwiesen werden<sup>515</sup>. Eine verfassungskonforme Auslegung scheitert daran, dass die Bediensteten, die als natürliche Personen Grundrechtseingriffe gegenüber den Betroffenen tatsächlich ausüben und nicht der ärztlichen Leitung angehören, über keinerlei demokratische Legitimation zur Ausübung von Grundrechtseingriffen, die keinen unmittelbaren Zwang darstellen, verfügen. Im Ergebnis scheidet eine verfassungskonforme Auslegung hinsichtlich der organisatorisch-personellen Legitimation aus.

Auch ein Erst-Recht-Schluss führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar könnte argumentiert werden, wenn die Bediensteten zur Anwendung unmittelbaren

---

<sup>515</sup> Vgl. Abschnitt c).

Zwangs demokratisch legitimiert sind, sind sie es erst recht für weniger einschneidende Befugnisse. Allerdings ist bereits zweifelhaft, ob die übrigen Befugnisse, die das Leben der untergebrachten Personen ebenfalls erheblich beeinträchtigen, überhaupt weniger einschneidend sind. Denn die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist stets Ultima Ratio und an die engen Voraussetzungen der §§ 20 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG gebunden. Die übrigen grundrechtsrelevanten Befugnisse werden aber in steter Regelmäßigkeit ausgeübt.

#### **f) Zwischenergebnis**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG. Die Vorschrift ist materiell verfassungswidrig und somit nichtig.

Das bezieht sich zum einen auf die sachlich-inhaltliche Legitimation. Denn es fehlt an der gesetzlichen Festschreibung der aufsichtlichen Befugnisse und an der gesetzlichen Sicherstellung einer begleitenden Aufsicht vor Ort.

§§ 36 Abs. 3 S. 2 und 4, 10 Abs. 2 S. 2 und 3, Abs. 4 S. 5 und 6 BbgPsychKG verstoßen auch gegen das Gebot der organisatorisch-personellen Legitimation. Die Vorschriften leiden insofern unter dem Mangel, dass die Bestellung von Bediensteten, die die Grundrechtseingriffe tatsächlich anordnen und durchführen, zu Verwaltungsvollzugsbeamten nicht in der Form und dem Umfang vorgeschrieben ist, die einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit sowie die Anleitung dieser Bediensteten durch die zuständige Aufsichtsbehörde ermöglicht bzw. voraussetzt<sup>516</sup>.

Ein Ausgleich der fehlenden organisatorisch-personellen Legitimation kommt nicht in Betracht. Ein solcher Ausgleich ist nur möglich, wenn der Legitimationsstrang wenigstens vorhanden ist. Daran fehlt es hier aber. Die genannten Bediensteten verfügen über keinerlei organisatorisch-personelle Legitimation.

Zwar kommt eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend in Betracht, dass zumindest das erforderliche Maß an sachlich-inhaltlicher Legitimation in den Begriff der „Fachaufsicht“ hineininterpretiert wird. Denn dessen Begriffsinhalt ist nicht derart feststehend, dass hiermit nur die in § 15 Abs. 3 S. 2 LOG genannten Aufsichtsmittel gemeint sind. Vielmehr sind auch weitere Aufsichtsmittel denkbar. Hierbei kann auch sichergestellt werden, dass eine begleitende Aufsicht vor Ort stattfindet.

---

<sup>516</sup> So auch *NdsStGH*, *NdsVBI* 2009, 77 (86).



Allerdings kommt eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Betracht, soweit es die fehlende organisatorisch-personelle Legitimation betrifft. Denn in den Begriff der „Fachaufsicht“ kann nicht hineininterpretiert werden, dass hiervon auch solche Maßnahmen erfasst sind, die der Aufsichtsbehörde einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit sowie die Anleitung dieser Bediensteten erlaubt, soweit Befugnisse ausgeübt werden, die keinen unmittelbaren Zwang darstellen. Dem steht die Berufsausübungsfreiheit des privaten Trägers entgegen.

Auch eine verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf das Dienstüberlassungsmodell führt schließlich nicht dazu, dass das organisatorisch-personelle Legitimationsdefizit ausgeglichen wird.

#### **4. Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes**

Die Vorschrift könnte darüber hinaus gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

Das Rechtsstaatsprinzip hat in zahlreichen verfassungsrechtlichen Vorschriften eine Konkretisierung erfahren. Hierzu zählen die Grundrechte, die Entschädigung bei staatlichen Eingriffen, die Gewaltenteilung, der Vorrang der Verfassung und des Gesetzes, der Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt, das rechtliche Gehör, die Gewährleistung des gesetzlichen Richters, der Vorbehalt des Gesetzes und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Privatisierungsgrenzen können sich insoweit aus dem Gewaltmonopol, dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der Rechtsschutzgarantie sowie dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ergeben.

##### **a) Das Gewaltmonopol**

So könnte § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG dadurch gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Gewaltenteilung verstoßen, dass die Vorschrift die Möglichkeit eröffnet, die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse im Rahmen der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB in private Hände zu geben.

„Gewalt“ ist ein zentraler Begriff des öffentlichen Rechts. Gemeint ist damit in der Regel die legale Gewalt im Sinne des Verfügen-Dürfens über andere<sup>517</sup>. Dieses Recht steht grundsätzlich dem Staat zu. Die staatliche Gewalt ist geradezu dadurch charakterisiert, dass sie das Recht zur Gewaltanwendung allein für sich

---

<sup>517</sup> Vgl. statt vieler *Grimm*, in: Anders/Glicher-Holtey (Hrsg.), S. 18; *Stober*, NJW 1997, 889 (890); vgl. zum Verständnis des Begriffs auch *Kämmerer*, Privatisierung, S. 171.

beansprucht. Hieraus wird ein grundsätzliches Gewaltverbot für Private abgeleitet. Private Gewalt ist prinzipiell nicht rechtfertigungsfähig.

Diese Feststellung könnte für den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB insofern von Bedeutung sein, als dort mit unterschiedlichen Zwangsmitteln, gelegentlich sogar mit unmittelbarem Zwang, vorgegangen wird. Das könnte einer Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private entgegenstehen.

Allerdings ist das Gewaltmonopol trotz seines Namens selten ein vollkommenes Monopol gewesen<sup>518</sup>. Das staatliche Gewaltmonopol lässt es auch zu, dass weiterhin Bereiche legaler nicht-staatlicher Gewalt existieren. Wichtigster Fall ist insofern die elterliche Gewalt. Aber auch Institute wie Notwehr (§ 32 StGB) Notstandsmaßnahmen (z.B. § 34 StGB) oder Selbsthilfe gegenüber Rechtsbrechern oder zugunsten fremden Eigentums, wenn die Staatsgewalt den Schutz nicht rechtzeitig gewähren kann (§§ 227ff, 561, 859f., 904 BGB), stellen eine zulässige Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols dar. Auch das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG, das allen Deutschen im Sinne des Art. 116 GG zusteht, erlaubt eine Gewaltanwendung durch Private. Es muss also nicht immer der Staat selbst sein, der durch eigene Organe Gewalt ausübt. Der Staat muss aber berechtigt sein, über Legitimität bzw. Illegitimität von Gewalt selbst zu entscheiden und den Umfang der legitimen Gewalt selbst zu bestimmen. Schließlich muss er in der Lage sein, illegitime Gewaltausübung mit eigenen Mitteln zu verhindern<sup>519</sup>.

Grenzen für die Übertragung hoheitlicher Verwaltungsbefugnisse auf Private ergeben sich darauf aufbauend insoweit, als die Delegation der Gewalt auf Private die staatliche Souveränität nicht gefährden darf. Eine solche Gefährdung ist dann anzunehmen, wenn der Staat die Übersicht über die private Gewaltausübung oder seine Fähigkeit zum lenkenden Eingriff verliert<sup>520</sup>. Das wird insbesondere dann angenommen, wenn eine ordnungs- und rechtmäßige Kompetenzausübung durch den privaten Träger nicht hinreichend gewährleistet ist<sup>521</sup>.

§ 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG sieht vor, dass die privaten Träger mit hoheitlicher Gewalt beliehen werden. In einem solchen Fall ist anerkannt, dass die staatliche Übertragung der Aufgabendurchführung mit dem staatlichen Gewaltmonopol nicht

---

518 *Grimm*, in: Anders/Glicher-Holtey (Hrsg.), S. 23; *Schulte*, DVBl 1995, 130 (132); so auch *Stober*, NJW 2008, 2301 (2305), *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 19.

519 So *Gusy*, DÖV 1996, 573 (576); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2305).

520 *Krölls*, GewArch 1997, 445 (449); *Bracher*, S. 110.

521 *Krölls*, GewArch 1997, 445 (449); *Steiner*, S. 272.

unvereinbar ist<sup>522</sup>. Hierfür spricht bereits der Umstand, dass bei der Beilehung von Privatrechtssubjekten mit hoheitlichen Befugnissen die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe in der Zuständigkeit des Staates verbleibt, die dieser lediglich in einer anderen Organisationsform erfüllt. Die Erfüllungsverantwortung bleibt bei einer Beilehung – auch in der Hand einer juristischen Person des Privatrechts – Staatsaufgabe mit den materiell- und verfahrensrechtlichen Konsequenzen der Grundrechtsbindung, der Staatshaftung und der gerichtlichen Kontrolle<sup>523</sup>. Es ist daher nicht ersichtlich, dass sich der Staat seiner Souveränität begibt.

Hinzu kommt, dass der Beliehene denselben gesetzlichen Bindungen unterliegt wie der Staat als Träger der Einrichtungen des Maßregelvollzugs. Bereits durch die Vorschriften des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes ist eine ordnungsmäßige Kompetenzzusübung durch den privaten Träger hinreichend gewährleistet. Dieser ist dem Ziel des Maßregelvollzugs, die untergebrachten Personen soweit wie möglich zu heilen und zu bessern, dass sie keine Gefahr mehr für die Allgemeinheit darstellen (vgl. § 36 Abs. 1 S. 1 BbgPsychKG), genauso unterworfen wie der Staat. Auch die anderen (Zwangs-) Maßnahmen im Rahmen des Maßregelvollzugs sind in dieser Art und Weise an gesetzliche Voraussetzungen geknüpft, denen sowohl der Staat als auch der beliehene Unternehmer verpflichtet sind.

Dadurch, dass der Staat auch eine Fachaufsicht über die privaten Einrichtungen führt, ist eine Aufsicht über die private Gewaltausübung sichergestellt.

Schließlich sind die beliehene Unternehmer Amtsträger im strafrechtlichen Sinne (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB)<sup>524</sup>. Daher gelten für sie auch die Amtsdelikte wie insbesondere die Körperverletzung im Amt gemäß § 340 StGB. Wie *Kulas* in Bezug auf den Strafvollzug zutreffend feststellt, wird die private Gewaltausübung auch durch diese gesetzlichen Bindungen beschränkt<sup>525</sup>.

Nach alledem steht das staatliche Gewaltmonopol einer Privatisierung der Aufgabe der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB nicht entgegen.

## **b) Der Grundsatz der Gewaltenteilung**

Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte dadurch gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßen, dass sie die Möglichkeit eröffnet, die für

---

522 *Krölls*, GewArch 1997, 445 (449).

523 *Krölls*, GewArch 1997, 445 (449); *Steiner*, S. 263f.; *Schulte*, DVBl 1995, 130 (135).

524 BGHSt 38, 199 (201); *Burgi*, DJT-Gutachten, S. 47.

525 *Kulas*, S. 73.

die Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB erforderlichen hoheitlichen Befugnisse in private Hände zu geben, und damit den Grundsatz verletzen, dass die vollziehende Gewalt durch Organe des Staates ausgeübt werden muss.

Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht die Staatsgewalt vom Volke aus. Sie wird nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Organe der vollziehenden Gewalt sind die Regierung, die Verwaltungsbehörden und Selbstverwaltungsorgane. Funktion des Grundsatzes der Gewaltenteilung ist es, die Staatsgewalt zu mäßigen und die Freiheit des Einzelnen zu schützen<sup>526</sup>. Die Gewaltenteilung zielt darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, d.h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen<sup>527</sup>.

Teilweise wird auch aus diesem tragenden Organisationsprinzip der Verfassung eine Privatisierungsgrenze hergeleitet. Begründet wird das in erster Linie damit, dass insbesondere die vollziehende Gewalt ein Organ des Staates sein müsse<sup>528</sup>. Hinzu komme, dass in der Verfassung die drei Gewalten Exekutive, Legislative und Judikative genannt seien; Private würden in der Vorschrift nicht erwähnt<sup>529</sup>.

Gegen diese Auffassung spricht bereits, dass Beliehene nach wohl herrschender Auffassung durch den Beleihungsakt selbst „Verwaltungsbehörden“ zumindest im funktionellen Sinne (vgl. § 1 Abs. 2 VwVfGBbg) werden<sup>530</sup>. Hinzu kommt der Sinn und Zweck der Vorschrift. Sinn des Grundsatzes der Gewaltenteilung ist, die Staatsgewalt zu mäßigen und die Freiheit des Einzelnen zu schützen. Hiermit ist aber keine Aussage darüber getroffen, ob nicht auch beliehene Unternehmen Staatsgewalt ausüben dürfen. Der Grundsatz ist somit im Sinne einer organisatorischen Gewaltenteilung zu verstehen, nach dem die Aufgaben der Legislative, Judikative und der Exekutive getrennt wahrgenommen werden sollen<sup>531</sup>. Über die innere Organisation ist hiermit allerdings keine Aussage getroffen

---

526 BVerfGE 9, 268 (279f.); 34, 52 (59); 67, 100 (130); 95, 1 (15); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 23 m.w.N.; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 202.

527 BVerfGE 95, 1 (15); 98, 218 (251f.).

528 So *Häberle*, DÖV 1965, 369 (373); weitere Nachweise bei *Kulas*, S. 73.

529 So z.B. *Däubler*, S. 78.

530 Vgl. *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (83) m.w.N.; *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 30; ders., DJT-Gutachten, S. 40 m.w.N.; offen gelassen vom *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (86).

531 Daneben hat der Grundsatz der Gewaltenteilung auch eine funktionelle Komponente, nach der die drei genannten Teilbereiche unterschieden werden, vgl. hierzu *Jarass*, in: ders./Pieroth

worden. Erst wenn sich eine Gewalt durch Privatisierungsmaßnahmen völlig ihrer wesentlichen Teile begibt und somit eine Schwächung im Verhältnis zu den übrigen Gewalten eintritt, ist der Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt<sup>532</sup>. Das ist aber im Rahmen einer Beleihung nicht ersichtlich.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung einer Übertragung der Aufgabe der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB nicht entgegensteht.

### c) Die Rechtsschutzgarantie

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte dadurch gegen die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie verstoßen, dass er die Möglichkeit eröffnet, Maßnahmen im Rahmen des Maßregelvollzugs in private Hände zu geben und hierdurch die Rechtsschutzmöglichkeiten der untergebrachten Personen verkürzt.

Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist auch die Rechtsschutzgarantie gegen Akte der öffentlichen Gewalt<sup>533</sup>. Diese ist in Art. 19 Abs. 4 GG positivrechtlich normiert. Hiernach steht jemandem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist, der Rechtsweg offen. In der Vorschrift kommt eine Grundsatzentscheidung zugunsten des Individualrechtsschutzes zum Ausdruck. Sie kommt zur Anwendung, wenn ein Grundrechtsinhaber durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt sein kann. Öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG ist die gesamte vollziehende Gewalt, unabhängig davon, ob sie als Regierung oder als Verwaltung qualifiziert wird<sup>534</sup>. Die Vorschrift erfasst im Umfang ihrer Beleihung auch Beliehene<sup>535</sup>. Das ist nur konsequent, denn die beliehene Person wird durch die Beleihung nach wohl herrschender Auffassung selbst „Verwaltungsbehörde“ zumindest im funktionellen Sinne (vgl. § 1 Abs. 2 VwVfGBbg).

Hinzu kommt, dass auch der private Träger der Einrichtungen, in denen der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB vollzogen wird, den gesetzlichen Vorschriften, die für den Maßregelvollzug gelten, unterworfen ist. Nach § 138 Abs. 3

---

(Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 24. Diese Komponente ist für die vorliegende Untersuchung allerdings ohne Bedeutung.

<sup>532</sup> So zutreffend *Kulas*, S. 74.

<sup>533</sup> Vgl. *Lieber/Iwers/Ernst*, Art. 2 Abschnitt 2.2; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 28; *Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt VII Rdnr. 27.

<sup>534</sup> Vgl. *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 19 Rdnr. 29; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Art. 19 Rdnr. 117; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 52.

<sup>535</sup> *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 19 Rdnr. 29 m.w.N.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 56.

StVollzG, der durch das Gesetz vom 05.05.2009 nicht durch Landesrecht ersetzt wurde und daher auch mangels eines landesrechtlichen Strafvollzugsgesetzes gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG als Bundesrecht fortgilt, gelten für das gerichtliche Verfahren die §§ 109 bis 121 StVollzG entsprechend. Daher ist im Rahmen des Maßregelvollzugs die Strafvollstreckungskammer, in deren Bezirk die beteiligte Vollzugsbehörde ihren Sitz hat, als „eine Art besonderes Verwaltungsgericht“<sup>536</sup> zuständig (vgl. §§ 110 S. 1, 138 Abs. 3 StVollzG). Vollzugsbehörde in diesem Sinne ist die private Maßregelvollzugseinrichtung.

Die Rechtskontrolle ermöglicht es dem Betroffenen, gegen eine als ungerecht empfundene belastende Maßnahme oder die Ablehnung einer begünstigenden Maßnahme selbstverantwortlich vorzugehen und sich eventuell durchzusetzen<sup>537</sup>. Das ist aufgrund des Vorstehenden auch in dem Fall möglich, in dem ein privater Träger mit der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB beliehen wurde. Die gerichtliche Überprüfung ist nicht nur bei Ordnungsmaßnahmen und Maßnahmen zur Gewährleistung des Lebensspielraumes möglich. Möglich ist auch eine gerichtliche Überprüfung bei ärztlichen Maßnahmen. Es handelt sich hierbei um behördliche Realhandlungen hoheitlicher Art und damit um Maßnahmen der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG<sup>538</sup>.

Durch § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG werden die Rechtsschutzmöglichkeiten der untergebrachten Personen nicht verkürzt. Die Vorschrift ist damit mit der Rechtsschutzgarantie vereinbar.

#### **d) Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte aber gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstoßen. Das wäre der Fall, wenn die Vorschrift die übertragenen hoheitlichen Befugnisse und die aufsichtlichen Möglichkeiten der Aufsichtsbehörde nicht mit dem erforderlichen Maß an Bestimmtheit nennt.

Der Vorbehalt des Gesetzes ist Teil des Rechtsstaatsprinzips<sup>539</sup>. Er verlangt, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz legitimiert wird<sup>540</sup>. Er schreibt einerseits vor, dass überhaupt eine

---

536 Volckart/Grünebaum, S. 235.

537 Volckart/Grünebaum, S. 237.

538 Vgl. hierzu Volckart/Grünebaum, S. 238.

539 Lieber/Iwers/Ernst, Art. 2 Abschnitt 2.2; Herzog, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt VII Rdnr. 25; Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 44.

540 BVerfGE 98, 218 (251); Sachs, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 113; Roellecke, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 75; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 263; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 95.

gesetzliche Grundlage besteht. Andererseits verlangt der Vorbehalt des Gesetzes, dass das legitimierende Gesetz ausreichend genau bzw. bestimmt ist. Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt demnach, „dass alle wesentlichen Fragen vom Parlament selbst entschieden“ werden<sup>541</sup>. Wie genau und bestimmt das förmliche Gesetz sein muss, hängt – wie die Reichweite des Gesetzesvorbehalts – nach der Wesentlichkeitstheorie von der Intensität der Wirkungen einer Regelung für die Grundrechtsausübung ab<sup>542</sup>. Je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung für die Grundrechtsausübung sind, desto genauer müssen die Vorgaben des förmlichen Gesetzgebers sein<sup>543</sup>.

Die Beleihung unterliegt dem institutionell-organisatorischen Gesetzesvorbehalt<sup>544</sup>. Gegenstand der gesetzlichen Regelung müssen insbesondere Art und Umfang der übertragenen Befugnisse sein (vgl. § 21 Abs. 2 LOG). Diese Regelungen müssen umso genauer sein, je schwerwiegender die Auswirkungen des Beleihungsgesetzes für die Grundrechtsausübung des Betroffenen sind.

Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG sieht vor, dass die beliehenen Privatrechtssubjekte insoweit mit hoheitlicher Gewalt beliehen werden. Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 36 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BbgPsychKG ist erkennbar, dass es sich hierbei um die zur Durchführung der Aufgaben des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB erforderliche hoheitliche Gewalt handeln muss. Weitere Anhaltspunkte enthält das Gesetz nicht. Diese Regelung ist aber zu unbestimmt. Der Maßregelvollzug und die im Rahmen seines Vollzuges vorzunehmenden Maßnahmen weisen eine erhebliche Grundrechtsrelevanz auf. Es wird in erheblichem Maße in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen. Die vom Parlament getroffene Entscheidung, dass dem beliehenen privaten Träger sämtliche zur Erfüllung der Aufgabe erforderlichen hoheitlichen Befugnisse übertragen werden, wird den daraus folgenden Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes nicht gerecht.

Hinzu kommt Folgendes: Die Verwaltung könnte zwar in dem zu erlassenden Beleihungsakt regeln, dass hiervon einzelne Befugnisse ausgenommen sein sollen, die z.B. nur von der ärztlichen Leitung, die weiterhin dem öffentlichen Dienst

---

541 BVerfGE 95, 267 (307; 83, 130 (152); 98, 218 (251); BVerwGE 109, 29 (37).

542 BVerfGE 83, 130 (152); 86, 288 (311); 98, 218 (251); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 54 m.w.N.; *Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz, Art. 20 Abschnitt VI Rdnr. 81ff.; *Roellecke*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 77; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 269; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 103; vgl. hierzu auch *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (689).

543 BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 86, 288 (311); *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 117.

544 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), § 9 Rdnr. 27.

angehört, wahrgenommen werden sollen (vgl. hierzu Ziff. 2 des Beleihungsaktes). Allerdings widerspricht das dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass das Parlament selbst über Art und Umfang der übertragenen Befugnisse entscheiden soll. Das Gesetz muss demnach alle Befugnisse, die dem privaten Träger übertragen werden sollen, oder zumindest die Befugnisse, die nicht übertragen werden sollen, explizit nennen. Das ist schon deshalb erforderlich, weil die Rechtslage für den Betroffenen erkennbar sein muss, damit er sein Verhalten darauf einstellen kann<sup>545</sup>. Dass eine solche Regelung möglich ist, zeigt die vergleichbare Vorschrift im Niedersächsischen Maßregelvollzugsgesetz. § 3 Abs. 1 Nds.MVollzG enthält zumindest eine Aufzählung der Befugnisse, die nicht auf Private übertragen werden dürfen. Im Umkehrschluss lässt sich daraus ableiten, welche Befugnisse auf den Beliehenen übertragen werden dürfen und welche Befugnisse er künftig ausüben darf. Dementsprechend ist die Vorschrift vom *Niedersächsischen Staatsgerichtshof* in seinem Urteil vom 05.12.2008 insoweit auch nicht beanstandet worden.

§ 36 Abs. 3 BbgPsychKG enthält keine entsprechende Regelung und widerspricht aufgrund dessen dem Vorbehalt des Gesetzes.

Die Vorschrift könnte darüber hinaus insoweit gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstoßen, als dass die aufsichtlichen Möglichkeiten der Aufsichtsbehörde nicht mit dem erforderlichen Maß an Bestimmtheit genannt sind.

§ 36 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BbgPsychKG in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes enthielt die Aussage, dass private Träger der „Fachaufsicht“ der zuständigen Behörden unterstehen. Allerdings entfalten die aufsichtlichen Befugnisse, wie bereits dargelegt, insofern eine Grundrechtsrelevanz gegenüber dem beliehenen Unternehmen, als dass sie dessen Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigen können<sup>546</sup>. Besonders deutlich wird das, wenn davon ausgegangen wird, dass aus Gründen der notwendigen organisatorisch-personellen Legitimation der natürlichen Personen, die die Grundrechtseingriffe tatsächlich vornehmen, eine Regelung erforderlich ist, aufgrund der der Staat einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit sowie die Anleitung dieser Bediensteten ausübt. Eines der vornehmsten Rechte eines privaten Unternehmens ist es, selbst darüber zu entscheiden, welche Mitarbeiter es einstellen möchte und welche nicht<sup>547</sup>. Diese „Personalhoheit“ des privaten Trägers würde durch eine entsprechende Regelung aber beschnitten. Eine Regelung in dem Beleihungsakt ist daher nicht

---

545 BVerfGE 52, 1 (41); 62, 169 (182f.); 64, 261 (286).

546 Vgl. hierzu Abschnitt A. II. 3. e).

547 Vgl. hierzu Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 12 Rdnr. 8.



ausreichend. Vielmehr muss das Parlament aufgrund der unter Umständen erheblichen Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit des privaten Trägers die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Es muss selbst festlegen, welche Befugnisse der Aufsichtsbehörde zustehen sollen. Ein Hineininterpretieren in den Begriff „Fachaufsicht“ in § 36 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BbgPsychKG kommt nicht in Betracht.

Dieses Defizit wurde durch §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 4 S. 5 BbgPsychKG geheilt. Hiernach kann die Aufsichtsbehörde insbesondere Auskunft verlangen und Einsicht in Akten oder sonstige Schriftstücke nehmen. Darüber hinaus ist ihren Weisungen Folge zu leisten und ihr ist jederzeit Zugang zu den Räumlichkeiten des Krankenhauses zu gewähren. Nach §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 2 S. 3 BbgPsychKG bedarf die Beschäftigung der Bediensteten der Zustimmung der Aufsichtsbehörde im Hinblick auf deren fachliche und persönliche Eignung. Hiermit sind insbesondere solche aufsichtlichen Maßnahmen auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, die gegenüber dem privaten Krankenhausträger eine Grundrechtsrelevanz aufweisen.

#### **e) Haftungsrechtliche Aspekte**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte auch dadurch materiell verfassungswidrig sein, dass er die Möglichkeit schafft, die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in private Hände zu legen und sich der Staat dadurch seiner haftungsrechtlichen Verantwortung entzieht. Bestandteil des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips ist auch die Entschädigung des Betroffenen bei staatlichen Eingriffen<sup>548</sup>. Staatshaftungsrechtliche Ansprüche sind für den Betroffenen wesentlich vorteilhafter als die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche. Das ergibt sich z.B. daraus, dass staatshaftungsrechtliche Ansprüche keine Exkulpationsmöglichkeit vorsehen und der Staat als Schuldner auch stets leistungsfähig ist.

Angesprochen ist insofern das Staatshaftungsregime nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG bzw. § 1 StHG. Voraussetzung dieser Schadensersatzansprüche ist u.a., dass jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes oder in Ausübung staatlicher Tätigkeit eine Pflichtverletzung begeht. Es besteht weitgehend Einigkeit, dass unter diese unbestimmten Rechtsbegriffe auch „Beliehene“ zu subsumieren sind<sup>549</sup>.

---

548 Vgl. *Jarass*, in: *ders./Pieroth* (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 28.

549 Statt vieler BGHZ 118, 304 (308f.); *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Art. 34 Rdnr. 109; *Jarass*, in: *ders./Pieroth* (Hrsg.), Art. 34 Rdnr. 6; *Bonk*, in: *Sachs* (Hrsg.), Art. 34 Rdnr. 57; *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), Art. 34 Rdnr. 27; *v. Danwitz*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Art. 34 Rdnr. 61; *Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), Art. 34 Rdnr. 13; *Kreissl*, NVwZ

Daher ist § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten verfassungsrechtlich unbedenklich. Mit der Möglichkeit, die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in private Hände zu legen, entzieht sich der Staat nicht seiner haftungsrechtlichen Verantwortung.

#### **f) Zwischenergebnis**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist mit dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip nicht zu vereinbaren und damit materiell verfassungswidrig. Die Vorschrift ist somit nichtig.

Zwar stehen weder das Gewaltmonopol, noch der Grundsatz der Gewaltenteilung, die Rechtsschutzgarantie oder haftungsrechtliche Aspekte einer Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB entgegen.

Allerdings verstößt die Vorschrift in der geltenden Fassung gegen den Vorbehalt des Gesetzes. Es fehlt an einer Regelung zu den übertragenen hoheitlichen Befugnisse im Einzelnen. Eine solche Regelung ist aber aufgrund der hohen Grundrechtsrelevanz der Maßnahmen, die im Maßregelvollzug ergriffen werden, verfassungsrechtlich erforderlich. Der Mangel, dass die aufsichtlichen Befugnisse nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit genannt sind, der der Fassung des Gesetzes vom 07.07.2004 anhaftete, wurde durch die geltende Fassung des Gesetzes geheilt.

Zum anderen mangelt es an einer Vorschrift, die die aufsichtlichen Befugnisse des Staates, insbesondere die Sicherstellung eines Einflusses auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit sowie die Anleitung dieser Bediensteten, im Einzelnen regelt.

### **5. Das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte auch wegen eines Verstoßes gegen das Sozialstaatsprinzip materiell verfassungswidrig und nichtig sein.

#### **a) Inhalt des Sozialstaatsprinzips und Anwendbarkeit auf den Maßregelvollzug**

Das Sozialstaatsprinzip ist eines der tragenden verfassungsrechtlichen Elemente des Grundgesetzes.

---

1994, 349 (350).

Die Schwierigkeiten im Umgang mit dem Sozialstaatsprinzip resultieren daraus, dass es nur eine geringe normative Dichte aufweist. Es ist daher in hohem Maße ausgestaltungsfähig und -bedürftig<sup>550</sup>. Dabei hat der Gesetzgeber ein besonders weites politisches Gestaltungsermessen<sup>551</sup>.

Im Hinblick auf soziale Leistungen ist wesentliches Element des Sozialstaatsprinzips, dass es staatliche Vor- und Fürsorge für Einzelne oder für Gruppen verlangt, die aufgrund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind<sup>552</sup>. Diese Rechtsprechung wird bis heute aufrechterhalten<sup>553</sup>. Der Grund hierfür kann in einer finanziellen Notlage, in körperlichen und geistigen Gebrechen oder in persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung oder in einem anderen Umstand liegen<sup>554</sup>. Die Hilfe des Staates muss die Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins sicherstellen<sup>555</sup>.

Die übrigen Gewährleistungen des Sozialstaatsprinzips sind für die vorliegende Untersuchung aber ohne Belang. Daher wird auf sie nicht weiter eingegangen.

Die im Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB untergebrachten Personen könnten an der vorgenannten staatlichen Vor- und Fürsorge partizipieren, wenn es sich bei ihnen um Personen handelt, aufgrund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind. Das ist hier zu bejahen. Dem Patienten wird wegen seiner unverschuldeten Gefährlichkeit um der Sicherheit der Allgemeinheit willen zwangsweise ein Opfer an persönlicher Freiheit auferlegt<sup>556</sup>. Er befindet sich aufgrund persönlicher Lebensumstände in einer Sonderopferlage, die ihn in seiner persönlichen und sozialen Entfaltung hindert. Daher bedarf er besonderer staatlicher Vor- und Fürsorge. Das kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass die untergebrachten Personen einen auf § 136 S. 2 StVollzG, §§ 17 Abs. 1 i.V.m. §§ 38 Abs. 6, 36 Abs. 1 S. 1 BbgPsychKG beruhenden Anspruch auf ärztliche Behandlung der Defekte haben, die zur Unterbringung geführt haben.

---

550 BVerfGE 50, 57 (108); 65, 182 (193); 71, 66 (80); v. Arnim, S. 28; Leibholz/Rink/Hesselberger, Art. 20 Rdnr. 257.

551 BVerfGE 22, 180 (204); Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 110; Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), Art. 20 (Sozialstaat) Rdnr. 31; Sachs, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 48; Schnapp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 38; Lecheler, ZBR 1980, 69 (71).

552 BVerfGE 45, 276 (387).

553 Vgl. BVerfGE 100, 271 (284).

554 BVerfGE 35, 202 (235f.); 43, 213 (226f.); 44, 353 (375).

555 BVerfGE 40, 121 (133); 82, 60 (80); Sachs, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 46.

556 Vgl. hierzu bereits Abschnitt A. IV. im 2. Teil der Untersuchung.

## b) Das Sozialstaatsprinzip als absolute Privatisierungsschranke

Teilweise wird aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG ein Verschlechterungsverbot beim Angebot an sozialen Leistungen hergeleitet<sup>557</sup>. Das könnte einer Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzug dann entgegenstehen, wenn hierdurch eine Verschlechterung der nach §§ 40 Abs. 1 S. 1, 41 BbgPsychKG gebotenen ärztlichen Behandlung resultieren würde.

Allerdings ist diese Auffassung abzulehnen. Es ist vor allem einzuwenden, dass das Verschlechterungsverbot in der Praxis, wenn die Summe der zur Verfügung stehenden Mittel sinkt, nicht respektiert werden kann, es sei denn, um den Preis der Versteinerung sozialer Standards zu Lasten anderer<sup>558</sup>. Zudem würde ein solche Auffassung das besonders weite politische Gestaltungsermessen des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips aushöhlen. Schließlich schreibt das Sozialstaatsprinzip keinen bestimmten Modus der Aufgabenerfüllung vor<sup>559</sup>. Eine absolute Privatisierungsschranke ergibt sich aus dem Sozialstaatsprinzip nicht.

Eine andere Auffassung hat in jüngster Zeit *Broß* vertreten. Danach muss der Staat vor Schritten in Richtung einer Privatisierung u.a. im Bereich der Gefahrenabwehr an seine Verantwortung erinnert werden, die ihm aus dem Sozialstaatsprinzip als einer besonderen Ausprägung der Menschenwürde erwächst<sup>560</sup>. Diese Verantwortung verbiete es, dass sich der Staat zur Wahrnehmung dieser Aufgaben solcher privater Dritter bediene, die er nicht voll beherrsche und die er nicht so einsetzen könne, wie wenn er die Aufgabe noch in eigener Verantwortung erfüllen würde<sup>561</sup>. Nichts, was den Staat in Frage stelle und seine Souveränität beeinträchtige oder gar beschränke, dürfe vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bindungen privater Wahrnehmung überantwortet werden<sup>562</sup>.

Hiergegen ist zum einen einzuwenden, dass das Sozialstaatsprinzip keinen bestimmten Modus der Aufgabenerfüllung gebietet. Es ist aufgrund des Sozialstaatsprinzips nicht erforderlich, dass der Staat bloß solche Privaten einsetzt, die er voll beherrscht und die er nicht so einsetzen kann, wie wenn er die Aufgabe noch in eigener Verantwortung erfüllt. *Broß* ist allerdings zuzugeben, dass die staatliche Souveränität auch im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip nicht

---

557 Vgl. *Krölls*, *GewArch* 1995, 129 (139); *Däubler*, S. 120f.; weitere Nachweise bei *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 178.

558 So auch *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 178.

559 *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 179; so auch schon *Achterberg*, *JA* 1985, 503 (506).

560 *Broß*, S. 2f.

561 *Broß*, S. 3.

562 *Broß*, S. 10.

beschränkt werden und der Staat nicht in Frage gestellt werden darf. Das aber ist bei einer Privatisierung nicht zwangsläufig der Fall. Vielmehr zählt es gerade zur staatlichen Souveränität, selbst darüber zu entscheiden, ob er die Aufgabe selbst erfüllen oder die Erfüllung einem privaten Träger überantworten will. Das zählt zum weiten Gestaltungsermessen, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips zusteht. Gegen die Auffassung von *Broß* spricht schließlich, dass die Hilfe des Staates (lediglich) die Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins sicherstellen muss. Es ist aber nicht ersichtlich, dass das bei Privatisierungsmaßnahmen nicht der Fall sein könnte.

### **c) Das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtliches Privatisierungsgebot**

Dass aus dem Sozialstaatsprinzip keine absoluten Privatisierungsgrenzen hergeleitet werden können, folgt auch daraus, dass das Sozialstaatsprinzip in diesem Zusammenhang als durchaus ambivalent anzusehen ist.

*Von Arnim* hat zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass das Sozialstaatsprinzip den Staat verpflichtet, das jeweils Notwendige zu tun, um die in Abschnitt 5. a) dargestellten Gewährleistungen sicher zu stellen<sup>563</sup>. Es lassen sich aber durchaus Konstellationen vorstellen, in denen Private sozialerhebliche Leistungen erbringen können, zu denen der Staat nicht imstande ist. Das könnte z.B. dann der Fall sein, wenn nur bei ihnen der erforderliche Sachverstand vorliegt. In solchen Fällen können dem Sozialstaatsprinzip auch privatisierungsfördernde Inhalte entnommen werden<sup>564</sup>. Vor diesem Hintergrund könnte die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG sogar verfassungsrechtlich geboten sein.

Diese Konstellation liegt im Falle der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB nicht vor. Der Staat hat die Aufgabe wahrgenommen, seit die §§ 63, 64 StGB in das Gesetz eingefügt worden sind. Daher sind die erforderlichen personellen Kapazitäten und die notwendige Fachkunde der staatlichen Angestellten vorhanden. Genauso verhält es sich mit den baulichen Anlagen.

Aus dem Sozialstaatsprinzip lässt sich also nicht herleiten, dass die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verfassungsrechtlich geboten ist.

### **d) Privatisierungsrelevante Determinanten aus dem Sozialstaatsprinzip**

Allerdings ergeben sich aus dem Sozialstaatsprinzip rechtliche Erfordernisse, die bei der Ausgestaltung der rechtlichen Grundlage für eine Beleihung privater Träger

---

<sup>563</sup> v. *Arnim*, S. 29. So auch *Ericksen*, S. 14.

<sup>564</sup> v. *Arnim*, S. 29; *Ericksen*, S. 14; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 179.

zu beachten sind. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat auch dort, wo Private sozialerhebliche Aufgaben erfüllen.

Der Staat hat zum einen eine Garantenstellung<sup>565</sup>, die sich aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten herleiten lässt. Das ergibt sich daraus, dass eine Ableitung konkreter Handlungspflichten in der Regel nur dort in Betracht kommt, wo andere Verfassungsnormen wie die Grundrechte neben dem Sozialstaatsprinzip greifen<sup>566</sup>. Das ist hier der Fall. Denn wie bereits dargelegt, greift der Maßregelvollzug in erheblichem Maß in die Grundrechte der untergebrachten Personen ein. Die Patienten bringen der Allgemeinheit um ihrer Sicherheit willen ein Sonderopfer. Das aber kann von ihnen nur verlangt werden, wenn der Staat gleichzeitig alles daran setzt, der sozialen Ausgliederung der Patienten entgegen zu wirken. Im Rahmen seiner Garantenstellung muss der Staat – gegebenenfalls durch die Ausübung eines Selbsteintrittsrechts – dafür Sorge tragen, dass die Aufgabe weiterhin bei gleicher Qualität erfüllt wird. Diese Verantwortung ergibt sich schon daraus, dass der Staat im Falle der Beleihung weiterhin die Erfüllungsverantwortung trägt.

Dem wird § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG gerecht. Das gilt sowohl für die Aufrechterhaltung der Qualitätsstandards, als auch für die Aufgabenerfüllung als solche. Die Aufrechterhaltung der Qualitätsstandards wird bereits durch § 40 Abs. 1 S. 2 BbgPsychKG gesichert. Hiernach umfasst die Behandlung die gebotenen medizinischen, psychotherapeutischen, sozialtherapeutischen, ergotherapeutischen und heilpädagogischen Maßnahmen sowie die dazu notwendigen Untersuchungen. Insbesondere das Tatbestandsmerkmal „Gebotenheit“ sichert die Aufrechterhaltung der Qualitätsstandards. Hinsichtlich der Aufgabenerfüllung als solche ist auf das Selbsteintrittsrecht nach §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 4 S. 6 BbgPsychKG zu verweisen. Das wird insbesondere dann relevant, wenn sich der private Träger seiner Verantwortung entziehen will oder aufgrund längerfristiger Streikmaßnahmen zur Erfüllung der Aufgabe nicht in der Lage ist.

Daneben ergeben sich aus dem Sozialstaatsprinzip staatliche Verpflichtungen zur Regelung, Aufsicht und Überwachung<sup>567</sup>. Auch diese sind aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten herzuleiten.

---

565 Vgl. *Grabbe*, S. 62, *Krieger*, S. 61, v. *Hagemeister*, S. 159; *Kulas*, S. 85.

566 Vgl. BVerfGE 52, 283 (298f.); 65, 182 (193); *Kämmerer*, Privatisierung, S. 179. Teilweise werden konkrete Handlungspflichten des Staates auch aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet, vgl. hierzu *Tiemann*, *Der Staat* 1977, 171 (184).

567 So auch *Kämmerer*, Privatisierung, S. 179.

Seiner Pflicht zur Regelung des dem Privaten überlassenen Bereichs der Durchführung des Maßregelvollzugs wird der Staat durch die Vorschriften des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes gerecht. Diese verpflichten auch den privaten Träger von Einrichtungen, in denen der Maßregelvollzug vollzogen wird. Hierdurch wird sichergestellt, dass die verfassungsrechtlich geforderten Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins gegeben sind. Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, dass die Regelungen zur Fachaufsicht nach §§ 36 Abs. 3 S. 4, 10 Abs. 2 und Abs. 4 S. 2 bis 7 BbgPsychKG i.V.m. § 15 Abs. 3 S. 2 LOG nicht geeignet sind, die gebotenen Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins sicher zu stellen.

Die Vorschrift des § 36 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG wird daher den sich aus dem Sozialstaatsprinzip rechtlichen Erfordernissen zur Ausgestaltung der gesetzlichen Beleihungsgrundlage gerecht.

#### **e) Zwischenergebnis**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt nicht gegen das Sozialstaatsprinzip. Die Vorschrift ist insofern materiell verfassungsmäßig.

Das Sozialstaatsprinzip weist nur eine geringe normative Dichte auf. Es obliegt dem Staat, das Sozialstaatsprinzip rechtlich auszugestalten. Hierbei hat der Staat ein besonders weites politisches Gestaltungsermessen. Dieses ist in der Regel dahingehend auszuüben, dass die Hilfe des Staates die Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins sicherstellen muss.

Festzuhalten ist, dass sich aus dem Sozialstaatsprinzip keine absolute Privatisierungsschranke herleiten lässt. Dagegen spricht u.a., dass das Sozialstaatsprinzip keinen bestimmten Modus der Aufgabenerfüllung vorschreibt. Im Gegenteil könnte das Sozialstaatsprinzip unter Umständen sogar für eine Privatisierung sprechen. Das ist der Fall, wenn andernfalls die verfassungsrechtlich geforderten Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein nicht sichergestellt werden. Eine solche Konstellation liegt in Bezug auf den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB aber nicht vor.

Aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten der untergebrachten Personen folgen rechtliche Erfordernisse, die bei der Ausgestaltung der rechtlichen Grundlage für eine Beleihung privater Träger zu beachten sind. Hierzu zählen eine Garantenstellung des Staates sowie seine Verpflichtungen zur Regelung, Aufsicht und Überwachung über die privaten Einrichtungen. Diesen Erfordernissen wird § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG gerecht.

## 6. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte dadurch gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG verstoßen und materiell verfassungswidrig sein, dass es sich bei der Aufgabe der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB um die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse handelt, die von Angehörigen des öffentlichen Dienstes wahrgenommen werden muss und kein Grund vorliegt, der eine Ausnahme von diesem Grundsatz sachlich rechtfertigt.

Nach Art. Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ist der zentrale verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab für Beleihungsgesetze und eine der am häufigsten genannten Verfassungsnormen, wenn es um Privatisierungsmaßnahmen geht<sup>568</sup>.

### a) Die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 4 GG in Fällen der Beleihung

Zunächst ist zu klären, ob der Funktionsvorbehalt zugunsten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes überhaupt auf der Bereich der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch beliebige Privatpersonen anwendbar ist.

#### aa) Meinungsstand

Das wird teilweise verneint. Der Anwendungsbereich beschränke sich nur auf die Binnenstruktur der Verwaltung<sup>569</sup>. Hierfür spreche bereits die

---

568 Vgl. *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (81); *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (85); *OLG Schleswig*, R & P 2006, 37 (38); *Grünebaum*, R & P 2006, 55 (55); *Kammeier*, in: ders./Michalke (Hrsg.), FS Tondorf, S. 61 (66); *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (625ff.); *Burgi*, DJT-Gutachten, 57ff.; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR III, § 75 Rdnr. 21; *Lange*, DÖV 2001, 898 (901f.); *Büllesbach/Rieß*, NVwZ 1995, 444 (445); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (264); *Badura*, ZBR 1996, 321 (325); *Büllesbach/Rieß*, NVwZ 1995, 444 (445); *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (161); *Peine*, DÖV 1997, 353 (356); *Schoch*, DVBI 1994, 962 (969); *Waechter*, NZV 1997, 329 (329ff.); *Krölls*, GewArch 1997, 445 (451); *ders.*, GewArch 1995, 129 (135); *Lecheler*, ZBR 1980, 69 (70f.); *ders.*, BayVBI 1994, 555 (557); *Scholz*, NJW 1997, 14 (15); *DiFabio*, JZ 1999, 585 (590); *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (294ff.); *Kulas*, S. 61ff.; *v. Arnim*, S. 41ff.; *Roth*, S. 29ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 214ff.; *Peine*, DÖV 1997, 353 (355); *Radtke*, NZV 1995, 428 (429).

569 Vgl. *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (85); *OLG Schleswig*, R & P 2006, 37 (39); *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 62 m.z.w.N.; *Scholz*, NJW 1997, 14 (15); *Manssen*, ZBR 1999, 253 (257); *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (625f.); *Peine*,



Entstehungsgeschichte der Norm. Im Parlamentarischen Rat hätten ausschließlich die Abgrenzungen zwischen Beamten und Angestellten sowie von kommunalen Ehrenbeamten im Gegensatz zu Berufsbeamten zur Diskussion gestanden<sup>570</sup>. Um die Frage, ob auch die Abgrenzung zu Privaten von der Vorschrift erfasst werde, sei es bei den Beratungen zum Grundgesetz gar nicht gegangen. Hinzu komme, dass die Vorschrift in engem systematischen Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG stehe. Dieser sei im Zuge der Beratungen aus Art. 33 Abs. 4 GG hervorgegangen und sei allein auf die Ausgestaltung des Beamtenrechts innerhalb des öffentlichen Dienstrechts gerichtet<sup>571</sup>. Eine Aussage zur Zulässigkeit der Ausgliederung von Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung sollte danach nicht getroffen werden. Auch die teleologische Auslegung spreche für dieses Ergebnis. Art. 33 Abs. 4 GG beziehe sich nicht auf den Bestand staatlicher Aufgaben, sondern ausschließlich auf den Modus der Erfüllung solcher Aufgaben<sup>572</sup>. Die Norm enthalte keine institutionelle Garantie eines Bestandes hoheitsrechtlicher Befugnisse. Art. 33 Abs. 4 GG setze voraus, dass bestimmte Aufgaben vorab als hoheitsrechtlich zu erledigende Staatsaufgaben definiert worden seien, ohne diese Frage selbst zu entscheiden<sup>573</sup>. Art. 33 Abs. 4 GG setze einer Flucht aus dem Beamtenrecht eine Schranke, nicht einer Entstaatlichung von Handlungsfeldern; einer auch großflächigen Ausgliederung staatlicher Aufgabenbereiche aus der staatlichen Verwaltungsorganisation stehe die Vorschrift daher nicht im Wege<sup>574</sup>.

Nach der Gegenauffassung stellt Art. 33 Abs. 4 GG durchaus eine Art staatlichen Funktionsvorbehalt dar. Aus Art. 33 Abs. 4 i.V.m. Art. 33 Abs. 5 GG ergebe sich eine institutionelle Garantie im Sinne eines Mindest-Einsatzbereiches zugunsten des Berufsbeamtentums<sup>575</sup>. Für dieses Ergebnis spreche bereits der Sinn und Zweck der Vorschrift<sup>576</sup>. Art. 33 Abs. 4 GG stelle die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

---

DÖV 1997, 353 (355f.); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Kämmerer*, Privatisierung, S. 215 sowie die folgenden Fußnoten.

570 Vgl. Parlamentarischer Rat, Band III, S. 536ff.; 588ff.; *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkmann (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (626).

571 Statt vieler *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkmann (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (626); so auch schon *Achterberg*, JA 1985, 503 (506); *Badura*, ZBR 1996, 321 (327).

572 *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 62.

573 *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (86); *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) 137 (161); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995) 242 (264 mit Fn. 108); *Kämmerer*, Privatisierung, S. 215; *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkmann (Hrsg.), FS Frotscher, S. 617 (626).

574 *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (86).

575 So die hM: *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 32; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 30; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 29; *Kunig*, in: v. Münch/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 42; *Battis*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 45; *Dollinger/Umbach*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 74; *Gusy*, JZ 2006, 651 (655); in diesem Sinne auch *Leisner*, in: Sodann (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 20; *Haug*, NVwZ 1999, 816 (817).

576 *Kunig*, in: v. Münch/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 42; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck

sicher<sup>577</sup>. Der Wirkungskreis des Beamten und damit die Reichweite des Funktionsvorbehaltes bestimme sich vordringlich nach der Grundrechtsrelevanz staatlichen Handelns für den Bürger, denn in diesem Bereich sei der Bürger in besonderem Maße auf die Rechtmäßigkeit der Verwaltung angewiesen<sup>578</sup>. Wenn die Verfassung insofern bereits den Einsatz von Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes als nicht adäquat betrachte, müsse dies erst recht für Private gelten<sup>579</sup>. Denn Private – auch Beliehene – stehen zum Staat regelmäßig in einem Verhältnis, das von dem des Beamten in noch höherem Maße abweicht als das des Angestellten oder Arbeiters. Darüber hinaus ist ein privater Akteur in der Regel weit geringeren Kontroll- und Lenkungsmaßnahmen ausgesetzt als Angestellte im öffentlichen Dienst<sup>580</sup>. Schließlich sei auch die Gefahr eines Konfliktes zwischen gesetzmäßiger Aufgabenerfüllung und Eigeninteressen bei dem von Gewinnstreben motivierten Privaten höher als bei Angestellten des öffentlichen Dienstes<sup>581</sup>.

## bb) Stellungnahme

Die Auffassung, nach der sich der Anwendungsbereich nur auf die Binnenstruktur der Verwaltung beschränkt, überzeugt nicht.

Hierfür spricht bereits – bei isolierter Betrachtung – der Wortlaut des Art. 33 Abs. 4 GG. Sofern die Norm Angehörige des öffentlichen Dienstes nennt, die in einem öffentlich-rechtlich Dienst- und Treueverhältnis stehen, könnten hiermit auch Angestellte des öffentlichen Dienstes gemeint sein. Denn auch Angestellte des öffentlichen Dienstes legen ein Gelöbnis ab. Daher könnte die Norm ihrem Wortlaut nach auch dahingehend verstanden werden, dass hiervon eben auch Angestellte erfasst sind und eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private begrenzt werden soll.

---

(Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 37; *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (296); in diesem Sinne auch BVerwGE 57, 55 (60), jedoch ohne weitere Begründung; *BVerwG*, DVBl 2006, 840 (841) sowie *NdsStGH*, NdsVBl 2009, 77 (82), allerdings mit Bezug auf die Rechtslage in Niedersachsen.

577 *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 28; *Dollinger/Umbach*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 74; *Jachmann/Strauß*, ZBR 289 (296).

578 *Jachmann/Strauß*, ZBR 289 (296).

579 *Kunig*, in: v. Münch/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 42; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 37; *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (296); in diesem Sinne auch BVerwGE 57, 55 (60), jedoch ohne weitere Begründung; *BVerwG*, DVBl 2006, 840 (841) sowie *NdsStGH*, NdsVBl 2009, 77 (82), allerdings mit Bezug auf die Rechtslage in Niedersachsen.

580 *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (296).

581 *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (296).

Überzeugender als die am Wortlaut orientierte Auslegung ist aber die teleologische Auslegung. Die Verpflichtung zur regelmäßigen Übertragung der Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse auf Beamte dient der Sicherung einer stabilen und gesetzestreuen Verwaltung als ausgleichendem Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften und damit der Existenzsicherung eines geordneten Staatslebens<sup>582</sup>. Zudem bezweckt die Vorschrift die Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Funktionsfähigkeit der Verwaltung des freiheitlichen Rechtsstaates. Sie leistet so einen Beitrag zur Akzeptanz des staatlichen Gewaltmonopols. Der zur Existenzsicherung des Staates als notwendig erachtete Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ist gerade auch dann tangiert, wenn von dem dort normierten Regelfall abweichend hoheitsrechtliche Befugnisse nicht Angestellten im öffentlichen Dienst, sondern einem Beliehenen außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung überantwortet werden<sup>583</sup>. Hinzu kommt, dass sich der Wirkungskreis des Beamten und damit die Reichweite des Funktionsvorbehaltes vordringlich nach der Grundrechtsrelevanz staatlichen Handelns für den Bürger bestimmt. Denn in diesem Bereich ist der Bürger in besonderem Maße auf die Rechtmäßigkeit der Verwaltung angewiesen. Wenn die Verfassung insofern bereits den Einsatz von Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes als nicht adäquat betrachtet, muss das erst recht für Private gelten.

Die entstehungsgeschichtliche Argumentation kann hiergegen nicht durchgreifen. Denn die subjektive Regelungsabsicht des Parlamentarischen Rates würde nur zu einer engen Auslegung des Funktionsvorbehaltes zwingen, wenn sie auch heute noch mit dem Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar wäre<sup>584</sup>. Das aber ist nicht der Fall. Die teleologische Auslegung gewinnt insbesondere in der heutigen Zeit an Bedeutung, in der Verwaltungsaufgaben (auch solche, die mit erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden sind) in zunehmendem Maße auf private Träger übertragen werden und sich das Leitbild des „Gewährleistungsstaates“ mehr und mehr durchsetzt. Der Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG, das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu stärken und eine stabile und gesetzestreue Verwaltung zu sichern, hat in diesem Zusammenhang einen erheblichen Stellenwert, der die subjektive Regelungsabsicht des Parlamentarischen Rates in den Hintergrund treten lässt. Hinzu kommt, dass die derzeitige Entwicklung der Aufgabenkritik und Deregulierung der Verwaltung zum damaligen Zeitpunkt in diesem Maße nicht absehbar war. Auch aus diesem Grunde tritt die historische Auslegung hinter die teleologische Auslegung zurück.

---

582 BVerfGE 39, 334 (347); 114, 258 (288) m.w.N.; *Haug*, NVwZ 1999, 816 (817).

583 So auch *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (82).

584 *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (292).

Soweit argumentiert wird, Art. 33 Abs. 4 GG setze einer Flucht aus dem Beamtenrecht eine Schranke, nicht einer Entstaatlichung von Handlungsfeldern, ist das in dieser Pauschalität nicht überzeugend. Denn eine Flucht aus dem Beamtenrecht geht gerade vor dem Hintergrund der Aufgabenkritik und Deregulierung und aufgrund fiskalischer Erwägungen in der Regel mit einer Entstaatlichung von Handlungsfeldern einher.

Auch das Argument, Art. 33 Abs. 4 GG enthalte keine institutionelle Garantie eines Bestandes hoheitsrechtlicher Befugnisse, überzeugt nicht. Denn Art. 33 Abs. 4 GG enthält eine institutionelle Garantie zugunsten des Berufsbeamtentums. Diese institutionelle Garantie kann aber nicht losgelöst von den Aufgaben betrachtet werden, die das Berufsbeamtentum wahrzunehmen hat. Wenn es eine institutionelle Garantie zugunsten des Berufsbeamtentums gibt, muss es erst recht eine institutionelle Garantie im Sinne eines Mindest-Einsatzbereiches geben. Denn eine institutionelle Garantie zugunsten des Berufsbeamtentums macht ohne einen garantierten Mindest-Einsatzbereich keinen Sinn.

Nach alledem ist die erweiterte Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG vorzugswürdig. Art. 33 Abs. 4 GG erfasst die Wahrnehmung aller Aufgaben, die als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zu qualifizieren sind, also auch die Wahrnehmung durch beliebige Private. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist am Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zu messen.

## **b) Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse**

Die durch § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG den privaten Trägern der Einrichtungen überantworteten Aufgaben müssten als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zu qualifizieren sein.

### **aa) Meinungsstand**

Es ist umstritten, wann eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse vorliegt. Einigkeit besteht insoweit, als dass die Eingriffsverwaltung von diesem Tatbestandsmerkmal erfasst ist.

Umstritten ist hingegen, ob auch die Leistungsverwaltung eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse darstellt.

Nach der engsten Auffassung erfasst der Vorbehaltsbereich allein den obrigkeitlichen Eingriff. Ein solcher Eingriff läge nur bei den klassischen Fällen der

Eingriffsverwaltung vor<sup>585</sup>. Beim Maßregelvollzug handelt es sich um einen Fall einer kombinierten Leistungs-/Eingriffsverwaltung, bei der die Eingriffskomponente im Vordergrund steht<sup>586</sup>. Daher wäre zumindest der Teil des Maßregelvollzugs, der Eingriffscharakter hat, vom Vorbehaltsbereich umfasst.

Nach einer differenzierten Auffassung soll eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse nur vorliegen, wenn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt. Ob und inwieweit die Leistungsverwaltung dem Funktionsvorbehalt unterfällt, hängt nach dieser Auffassung von der Rechtsform ihres Handelns ab<sup>587</sup>. Dementsprechend wären schlicht-hoheitlich erbrachte Leistungen vom Vorbehaltsbereich erfasst, verwaltungsprivat-rechtliche Leistungen hingegen nicht. Auch nach dieser Ansicht unterfällt der Maßregelvollzug als Kombination von Leistungs- und Eingriffsverwaltung dem Begriff der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“.

Andere sind der Ansicht, die Leistungsverwaltung sei vom Vorbehaltsbereich nur dann erfasst, wenn der Staat dem Bürger in einem Verhältnis der Über-/Unterordnung gegenübertritt<sup>588</sup>. Nach dieser Auffassung scheidet die Leistungsverwaltung grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des Funktionsvorbehalts aus. Anders verhält es sich allerdings, wenn – wie bei der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB – obrigkeitliche Gewalt angewendet wird. Der Maßregelvollzug ist als Fall einer kombinierten Leistungs-/Eingriffsverwaltung zumindest auch durch hoheitliche Eingriffstätigkeit gegenüber den untergebrachten Personen geprägt. Daher unterfällt er nach dieser Auffassung dem Vorbehaltsbereich.

Daneben wird vertreten, als hoheitsrechtlich seien nur solche Aufgaben zu qualifizieren, die zu den notwendig staatlichen Aufgaben gehören<sup>589</sup>. Dem liegt ein

---

585 *Thieme*, Der öffentliche Dienst, S. 57; *ders.*, Aufgabenbereich, S. 27; *Dörr*, S. 33f.; *Peine*, Die Verwaltung 1984 415 (419); *Leitges*, S. 199f.; *Jung*, S. 151; weitere Nachweise bei *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (292).

586 Vgl. hierzu Abschnitt A. I. 2. b).

587 *Maunz*, in: *ders./Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 33; *Battis*, in: *Sachs* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 57, der zudem den Gehalt und die Bedeutung des jeweiligen Amtes berücksichtigen will; *Kunig*, in: *v. Münch/ders.* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 49; *Model/Müller*, Art. 33 Rdnr. 10; *Stern*, Staatsrecht I, S. 348f.; *Lerche*, S. 21f.; *Rudolf*, VVDStRL 37 (1979), 175 (202f.); *Otto*, ZBR 1956, 233 (242); *Ule*, in: *Studienkommission*, Bd. 5, S. 453f.; *Mayer*, in: *Studienkommission*, Bd. 5, S. 597f.; *Hill*, DVBI 1989, 321 (327); *Rudolf*, VVDStRL 31 (1979), 175 (202).

588 *Ule*, in: *Bettermann/Nipperdey* (Hrsg.), Bd. IV/2, S. 559f.; *Benndorf*, DVBI 1982, 23 (26).

589 *Schuppert*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 29, 33; *Jachmann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Stark* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 33; *Leisner*, in: *Sodann* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 20; *Kunig*, in: *v. Münch/ders.* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 49; *ders.*, in: *Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Abschnitt 6, Rn. 34; *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (292f.); *Lehngut*, ZBR 1991,

funktionales Verständnis des Begriffs der hoheitlichen Befugnisse, d.h. ein auf die Funktion des Berufsbeamtentums bezogenes Begriffsverständnis zugrunde. Solche lägen nur dann vor, wenn es im besonderen Maße auf eine stabile, sachorientierte und rechtsstaatliche Verwaltung ankomme<sup>590</sup>. Aufgrund der erheblichen Grundrechtsrelevanz und des Schutzes der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern wird man davon ausgehen können, dass es beim Maßregelvollzug auf eine stabile, sachorientierte und rechtsstaatliche Verwaltung ankommt. Hinzu kommt dass es sich beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB um eine notwendig staatliche Aufgabe handelt<sup>591</sup>.

Andere Autoren sind der Auffassung, die Leistungsverwaltung stelle dann eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse dar, wenn die staatliche Tätigkeit eine Eingriffsrelevanz für die Grundrechte aufweise<sup>592</sup>. Unter dem Begriff sei allgemein die einseitig regelnde staatliche Entscheidungstätigkeit mit unmittelbar grundrechtswesentlicher Bedeutung zu verstehen<sup>593</sup>. Geht man nach dieser Auffassung, ist der Maßregelvollzug aufgrund seiner erheblichen Grundrechtsrelevanz vom Vorbehaltsbereich erfasst.

Schließlich wird vertreten, der Begriff der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse entspreche dem Begriff der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Danach kommt es auf die Rechtsform des Verwaltungshandelns nicht an. Auch die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Handlungsform gilt nach dieser Auffassung als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse<sup>594</sup>. Geht man hiernach, fällt der Maßregelvollzug als Fall einer Mischform aus Leistungs-/Eingriffsverwaltung<sup>595</sup> unter den Begriff der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“.

---

266 (269); vgl. auch *Mager*, S. 353 m.w.N.

590 Ebda.

591 Vgl. Abschnitt A. I. 1. b).

592 *Lecheler*, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 51: „maßgeblich, ob die ... Tätigkeit ... der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dient oder grundrechtsrelevant ist.“; *Masing*, in: *Dreier* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 66, der daneben auf zusätzliche funktionale Gesichtspunkte abstellen will; *Pieper*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 84; *Dollinger/Umbach*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 80; *Pilz*, DÖV 2009, 102 (103); *Strauß*, S. 88ff.; *Haug*, NVwZ 1999, 816 (818); *Huber*, Die Verwaltung 1996, 437 (445); *Büllesbach/Rieß*, NVwZ 1995, 444 (445); *Huber*, Die Verwaltung 29 (1996) 437 (444f.); *Ruland*, ZRP 1983, 278 (282f.); *Badura*, S. 90. *Gusy*, JZ 2006, 651 (656). Ähnlich *Rieckhof*, S. 35f., der aber eine differenzierte Analyse präferiert.

593 Vgl. *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (85); *NdsStGH*, NdsVBl 2009, 77 (82); *Masing*, in: *Dreier* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 66; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 30; so auch *Haug*, NVwZ 1999, 816, (818).

594 *Kirchhof*, S. 127; *Leisner*, S. 126f.; *ders.*, Legitimation, S. S. 52ff.; *Lecheler*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § 72 Rdnr. 26ff.; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 33 Rdnr. 12; vgl. auch *Otto*, ZBR 1956, 233 (242).

595 Vgl. hierzu Abschnitt A. I. 2. b) in diesem Teil der Untersuchung.

## bb) Stellungnahme

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB nur dann nicht als Ganzes in den Vorbehaltsbereich fällt, wenn der engsten Auffassung gefolgt wird.

Diese Auffassung aber überzeugt nicht. Zwar spricht die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 4 GG für eine enge Auslegung des Begriffs „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“. Denn es war erklärtermaßen nicht Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG, einen extensiven Verbeamtungszwang auszuüben. So bestand im Parlamentarischen Rat ein parteiübergreifender Konsens, dass es zu einer restriktiveren Verbeamtungspraxis kommen sollte. Nur in der Eingriffsverwaltung im klassischen Sinne, also dort, wo der Staat mit Befehl und Zwang, Gebot und Verbot vorgeht, sollte eine Verbeamtungspflicht bestehen<sup>596</sup>. Allerdings zwingt die nach der Entstehungsgeschichte gebotene enge Auslegung nicht dazu, die Bestimmung der Reichweite des Funktionsvorbehalts strikt oder formell auf der Grundlage der Begriffe Eingriffs- und Leistungsverwaltung vorzunehmen. Hiergegen spricht bereits, dass die Abgrenzung zwischen beiden Begriffen nicht ohne weiteres unproblematisch vorgenommen werden kann<sup>597</sup>. Die leistende ist von der eingreifenden Verwaltung in vielen Fällen nicht ohne weiteres zu unterscheiden. Zum anderen sind durchaus Fälle denkbar, in denen eine Leistungsgewährung Eingriffscharakter hat<sup>598</sup>. Genannt sei in diesem Zusammenhang die ärztliche Behandlung durch Anwendung unmittelbaren Zwangs. Hinzu kommt, dass die klassische Eingriffsverwaltung in zunehmenden Maße von der leistenden Verwaltung verdrängt wird. Das aber könnte zu einer ständig zunehmenden Einengung des Anwendungsbereiches des Art. 33 Abs. 4 GG führen<sup>599</sup>. Auch aus diesem Grunde kann der Begriff der „hoheitlichen Befugnisse“ nicht schematisch mit dem Begriff der „Eingriffsverwaltung“ gleichgesetzt werden.

Im Übrigen führen die dargestellten Ansichten übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass Fälle einer gemischten Aufgabenwahrnehmung unter den Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse fallen. Der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB als Fall einer kombinierten Eingriffs-/Leistungsverwaltung wird demnach vom Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse erfasst. Das ist auch insofern konsequent, als im Rahmen des Maßregelvollzugs Situationen entstehen können, in denen die privaten Bediensteten schnell und gewaltsam gegen untergebrachte Personen

---

596 Nachweise hierzu bei *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (292); *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 65.

597 Vgl. hierzu bereits Abschnitt A I. 2. c) cc) in diesem Teil der Untersuchung.

598 So auch *Lecheler*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR III, § 72 Rdnr. 35.

599 So auch *Maunz*, in: *ders./Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 33.

vorgehen müssen. Das kann z.B. der Fall sein, wenn untergebrachte Personen die Bediensteten angreifen und sich diese dagegen verteidigen müssen. Zum anderen können untergebrachte Personen untereinander Gewalt anwenden, so dass die Bediensteten hier eingreifen müssen. Schließlich kann eine derartige Situation auch bei Ausbruchversuchen entstehen. In allen genannten Situationen müssen unmittelbarer Zwang und/oder Gewalt gegen die untergebrachten Personen eingesetzt werden. Würde man die Zulässigkeit eines Einsatzes von privaten Bediensteten davon abhängig machen, dass hinter jedem privaten Bediensteten ein Vollzugsbediensteter steht, der im Einzelfall rechtzeitig die entsprechenden Anweisungen geben kann, würde ein solcher Einsatz praktisch sinnlos<sup>600</sup>. Daher müssen die privaten Bediensteten hoheitsrechtliche Befugnisse ausüben.

### **c) Der Begriff der „ständigen Aufgabe“**

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gilt nur für die ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse.

Dieses Tatbestandsmerkmal liegt vor, wenn eine Aufgabe an sich nicht nur vorübergehend anfällt, sondern auf unabsehbare Zeit wahrzunehmen ist<sup>601</sup>. Das ist beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB der Fall. Schuldunfähige oder vermindert schuldfähige Straftäter wird es immer geben. Diese sind zum Schutz der Allgemeinheit in entsprechenden Einrichtungen unterzubringen.

Beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB handelt es sich somit um eine auf unabsehbare Zeit wahrzunehmende Aufgabe und damit um eine „ständige Aufgabe“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG.

### **d) Der Begriff der „Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“**

Mit dem Begriff „Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“ sind nur Berufsbeamte gemeint<sup>602</sup>. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf Angestellte im öffentlichen Dienst oder Arbeiter.

---

600 So auch *Gusy*, JZ 2006, 651 (565); *Gramm*, S. 392.

601 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (83); *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 69; *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 42f.; *Kunig*, in: v. Münch/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 50; vgl. hierzu auch *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (297); *Lehngut*, ZBR 1991, 266 (269).

602 Vgl. statt vieler *Lecheler*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 34; *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 39 m.w.N.; *Dollinger/Umbach*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 82; *Battis*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 51; *Haug*, NVwZ 1999, 816 (816).



Daher ist der Funktionsvorbehalt für die Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG nur insoweit von Bedeutung, als dass Befugnisse, die von Statusbeamten wahrgenommen werden, an den privaten Träger übertragen werden. Das aber ist hier der Fall. Die Befugnisse im Rahmen der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB müssen von Statusbeamten wahrgenommen werden.

Die Übertragung dieser Befugnisse auf einen privaten Träger unterfällt daher grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG.

#### **e) Zum-Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG**

##### **aa) Grundsätzliches**

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe „in der Regel“ und „als ständige Aufgabe“ Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

Das *Bundesverfassungsgericht* hatte bislang wenig Gelegenheit, sich zum Inhalt des Art. 33 Abs. 4 GG zu äußern. In seiner Entscheidung zum Bremer Personalvertretungsgesetz führt es allerdings aus:

„Die öffentlichen Verwaltungen beschäftigen in zunehmendem Maße nichtbeamtete Bedienstete, von deren Befähigung und Zuverlässigkeit das reibungslose Funktionieren der Verwaltung auch abhängt. (...) Es darf sich hier aber nach Art. 33 Abs. 4 GG nur um Ausnahmefälle handeln. Würde die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen, so wäre dies mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.“<sup>603</sup>

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG beinhaltet zunächst die Aussage, dass eine von der Vorschrift erfasste Aufgabe überwiegend auf Beamte übertragen werden muss. Nichtverbeamtete Personen müssen demnach eine zahlenmäßige Minderheit bleiben<sup>604</sup>. Das bedeutet hinsichtlich der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben im Maßregelvollzug, dass diese zahlenmäßig mehrheitlich von Beamten wahrgenommen werden müssen.

---

603 BVerfGE 9, 268 (284).

604 BVerfGE 9, 268 (284); *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 42; *Gusy*, JZ 2006, 651 (659).

Daneben bringt das Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ zum Ausdruck, dass Ausnahmen vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG möglich sind. Auch ständige Hoheitsaufgaben können dauerhaft auf Nichtbeamte übertragen werden, zu denen auch beliebige Private gehören. Allerdings muss es sich hierbei, wie der Gegenschluss aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 4 GG ergibt, um eine Ausnahme handeln.

## **bb) Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips**

Hinsichtlich des Umfangs der zulässigen Ausnahmen und den Anforderungen an ihre Rechtfertigung macht Art. 33 Abs. 4 GG keine Aussagen. Insoweit ist am Sinn und Zweck der Norm anzusetzen. Dieser besteht darin, den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das staatliche Gewaltmonopol abzusichern, soweit der Einsatz von Statusbeamten aufgrund der besonderen Pflichtenstellung gegenüber ihrem Dienstherrn bei der Wahrnehmung der hoheitsrechtlichen Befugnisse gegenüber den untergebrachten Personen die Einhaltung der rechtsstaatlich gebotenen Verfahren und die Wahrung der Grundrechte in besonderer Weise garantiert<sup>605</sup>.

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG ist somit Ausdruck eines materiell verstandenen Aufgabenansiedlungsprinzips zugunsten der Beamten im statusrechtlichen Sinn. Nur diese sollen hoheitsrechtliche Befugnisse ausüben dürfen, damit die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates gewahrt bleibt<sup>606</sup>. Abweichungen von diesem Prinzip der Aufgabenansiedlung, die sowohl einzelfallbezogen, als auch bereichsspezifisch sein können<sup>607</sup>, müssen die Ausnahme bleiben und sind nicht ohne weiteres möglich. Die normative Intention des Art. 33 Abs. 4 GG entfaltet Rechtswirkungen insoweit, als für die Rechtfertigung einer Ausnahme das Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes zu fordern ist<sup>608</sup>. Der Blick auf die heutige Verfassungspraxis ist vor diesem Hintergrund nicht hilfreich<sup>609</sup>. Denn es ist nahezu allgemein anerkannt, dass die Verwaltungswirklichkeit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG nicht im ausreichenden Maße Rechnung trägt<sup>610</sup>. Von einer als unzulässig erkannten Praxis aber auf eine rechtliche Zulässigkeit zu schließen (auch wenn sie

---

605 *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (84).

606 BVerfGE 88, 103 (114).

607 *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 37; *Pilz*, DÖV 2009, 102 (105).

608 BVerfGE 9, 268 (284); BVerwGE 57, 55 (59); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 31; *Dollinger/Umbach*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 83; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 37; *Pilz*, DÖV 2009, 102 (105); *Bonk*, JZ 2000, 435 (439).

609 So aber *Kulas*, S. 64.

610 Vgl. *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 31 m.w.N.

tatsächlich funktionieren mag und rechtlich bislang nicht beanstandet wurde), ist nicht vertretbar.

Ebenfalls aus dem Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG lässt sich herleiten, dass eine Ausnahme vom Prinzip der Aufgabenansiedlung bei Statusbeamten nur dann gerechtfertigt ist, wenn eine Einzelbetrachtung der übertragenen Befugnisse ergibt, dass der zu übertragenen Aufgabe keine hohe Grundrechtsrelevanz innewohnt, die eine besondere Pflichtenstellung gegenüber einem Dienstherrn erforderlich macht

<sup>611</sup>.

Schließlich ist zu fordern, dass die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Nicht-Beamte in Anbetracht zum Gewicht und der Bedeutung des Funktionsvorbehalts verhältnismäßig ist.

Für all diese Voraussetzungen trägt der Gesetzgeber die Darlegungslast.

### **(1) Vorliegen eines sachlichen Grundes**

Zwar besteht weitgehend Einigkeit, dass es eines sachlichen Grundes für eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG bedarf. Wann aber ein solcher sachlicher Grund vorliegt, geht aus dem Schrifttum und der Rechtsprechung nicht hervor. Allerdings kann insoweit auf die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichtes* und der Landesverfassungsgerichte zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG bzw. den jeweiligen landesverfassungsrechtlichen Normen zurückgegriffen werden. Bei beiden handelt es sich um verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantien<sup>612</sup>. Beide regeln die verfassungsrechtliche Aufgabenverteilung zwischen verschiedenen Akteuren. Beiden ist gemeinsam, dass sie bestimmte Aufgaben (seien es kommunale Selbstverwaltungsaufgaben im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG oder Hoheitsaufgaben im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG) bei einem bestimmten Träger belassen wollen, nämlich bei bestimmten organisierten und öffentlichen Einrichtungen (sei es die Gemeinde oder seien es Beamte). Es handelt sich sowohl bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG als auch beim Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG um Gewährleistungen von Rechtseinrichtungen und um verfassungsrechtliche Sondergarantien<sup>613</sup>. Aufgrund dieser strukturellen Vergleichbarkeit lassen sich die verfassungsgerichtlichen Maßstäbe für die Übertragung von Aufgaben auf andere Verwaltungsebenen für die Frage der Übertragung von Aufgaben auf Nichtbeamte fruchtbar machen. In beiden Fällen

---

<sup>611</sup> *NdsStGH*, *NdsVBI* 2009, 77 (84).

<sup>612</sup> Vgl. *Mager*, S. 328ff. und 353ff.

<sup>613</sup> *Mager*, S. 64 m.w.N.

handelt es sich im Ergebnis um eine Übertragung der Aufgabe auf andere als die verfassungsrechtlich begünstigten Einrichtungen.

Zwar ist die die Beleihung von Privaten mit hoheitlichen Befugnissen vor diesem Hintergrund grundsätzlich möglich<sup>614</sup>. Jede Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private stellt im Ergebnis aber einen Eingriff in die institutionelle Garantie des Art. 33 Abs. 4 GG dar. Daher muss der rechtfertigende sachliche Grund das Aufgabenverteilungsprinzip nach Art. 33 Abs. 4 GG bei Hoheitsaufgaben überwiegen.

### **(a) Fiskalische Erwägungen**

Weitgehend anerkannt ist für den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, dass rein fiskalische Erwägungen nicht ausreichen<sup>615</sup>. Das ist konsequent. Wollte man solche Gründe ausreichen lassen<sup>616</sup>, würde der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG inhaltlich entwertet. Denn gerade angesichts der angespannten Lage vieler (Landes-) Haushalte lassen sich fiskalische Gründe immer finden. Einer Aufgabendurchführung durch Private könnte in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger sein. Die Verfassung setzt diesen ökonomischen Erwägungen jedoch den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Aufgabenwahrnehmung durch Beamte entgegen und gibt ihm grundsätzlich den Vorzug. Dass andere Aufgabenträger (hier private Träger) dieselbe Aufgabe insgesamt wirtschaftlicher erledigen könnten, gestattet bei isolierter Betrachtung – jedenfalls grundsätzlich – keine Übertragung der Aufgabendurchführung.

Das politische Postulat nach finanzieller Entlastung für das Land kann demnach für eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG nicht ausreichen. Ebenso wenig reichen Ziele des Abbaus von Stellen in der Landesverwaltung sowie die Begrenzung von Personalausgaben aus.

Fiskalische Erwägungen können allenfalls dann relevant werden, wenn ein Belassen der Aufgabe beim Staat zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde.

---

614 BVerwGE 57, 55 (60); *Fisahn*, S. 11.

615 So auch *Pilz*, DÖV 2009, 102 (106); *Gusy*, JZ 2006, 561 (659); *Haug*, NVwZ 1999, 816 (819).

616 So der *NdsStGH*, NdsVBl 2009, 77 (84). Der *NdsStGH* zieht daneben allerdings auch noch andere Gründe wie die Gefährdung der Qualität des Maßregelvollzugs heran.

## **(b) Verwaltungseffizienz und Verwaltungsvereinfachung**

Eine Ausnahme von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG kommt nur aus Gründen des Gemeininteresses in Betracht. Das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Verwaltungseffizienz scheidet als Rechtfertigung einer Aufgabenverlagerung aus. Denn dass zielte ausschließlich auf die Beseitigung eines Umstandes, der gerade durch die von der Verfassung gewollte Aufgabenansiedlung beim Staat bedingt wird.

Der Begriff der Verwaltungseffizienz ist im Sinne von Effektivität sowie Funktions- und Leistungsfähigkeit der staatlichen Gewalten zu verstehen<sup>617</sup>. Ein bloßer Entlastungseffekt zugunsten der Verwaltung reicht folglich nicht aus.

Unter den Begriff der Verwaltungsvereinfachung ist die Vereinfachung von Verwaltungsverfahren und materiellen Regelungsstrukturen sowie die organisatorische Zusammenfassung sachlich verwandter Materien, soweit diese von unterschiedlichen Behörden wahrgenommen werden, zu interpretieren<sup>618</sup>.

Eine bloße Effektivitätssteigerung sowie die Verbesserung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der staatlichen Gewalten ist demnach nicht ausreichend. Ebenso wenig ist die Vereinfachung von Verwaltungsverfahren usw. ein die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private rechtfertigender sachlicher Grund.

## **(c) Bessere Eignung des Privaten**

Eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private kommt aber dann in Betracht, wenn der private Akteur über eine höhere Eignung als die unmittelbare Staatsverwaltung verfügt<sup>619</sup>.

Hinsichtlich des Begriffes der „Eignung“ lassen sich die maßgeblichen Kriterien der Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 1 S. 2 VOB/A und dem Wirtschaftsverwaltungsrecht entnehmen. Hiernach ist geeignet, wer die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügt.

Die erforderliche Fachkunde hat, wer über die speziellen aufgabenbezogenen Sachkenntnisse verfügt, die erforderlich sind, um die Leistung den gesetzlichen Vorschriften gemäß auszuführen<sup>620</sup>.

---

617 Vgl. *Lücke*, S. 85 m.z.w.N.

618 So *Kluth*, S. 534 m.z.w.N.

619 So auch *Gusy*, JZ 2006, 561 (659).

620 *Franke/Grünhagen*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* (Hrsg.), § 25 VOB/A Rdnr. 370;

Leistungsfähig ist ein privater Träger, wenn er in kaufmännischer, technischer und personeller Hinsicht so ausgestattet ist, dass er die Aufgabe fachgerecht wahrnehmen kann<sup>621</sup>.

Als zuverlässig wird ein Privater dann anzusehen sein, wenn nach seinem bisherigen für die Geschäftstätigkeit erheblichem Verhalten damit zu rechnen ist, dass er im Zusammenhang mit der angestrebten Tätigkeit die maßgeblichen Rechtsvorschriften einhalten oder sonst die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht verletzen und dadurch eine Gefährdung von Rechtsgütern der Allgemeinheit oder Dritter, z.B. seines Personals oder im Fall des Maßregelvollzugs der untergebrachten Personen, herbeiführen wird<sup>622</sup>. Die Zuverlässigkeit fehlt, wenn der Private nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr für eine gesetzmäßige Aufgabendurchführung bietet, einen Mangel an wirtschaftlichem und sozialem Verantwortungsbewusstsein erwarten lässt oder ein solches offenbart<sup>623</sup>.

Unter den Begriff der Eignung fällt auch, dass der private Akteur über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen muss<sup>624</sup>.

Eine Übertragung der Aufgabendurchführung kommt dann in Betracht, wenn die vorstehenden Parameter beim Privaten in höherem Maße vorliegen als bei der unmittelbaren Staatsverwaltung.

#### **(d) Ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung**

Eine Übertragung der Aufgabendurchführung kann daneben dann erfolgen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre.

Eine ordnungsgemäße Aufgabendurchführung ist dann gegeben, wenn sie den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und wenn sie auch im Übrigen so beschaffen ist, dass damit die Ziele des Maßregelvollzugs, die Täter soweit wie möglich zu heilen und die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten zu schützen, erreicht werden. Nicht unter diesen sachlichen Grund fallen die wirtschaftliche und zweckgerechte Aufgabendurchführung.

---

*Kratzenberg*, in: *Ingenstau/Korbion* (Hrsg.), § 25 VOB/A Rdnr. 50; *Burgi*, *GewArch* 2001, 217 (221).

621 *Franke/Grünhagen*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* (Hrsg.), § 25 VOB/A Rdnr. 375; *Kratzenberg*, in: *Ingenstau/Korbion* (Hrsg.), § 25 VOB/A Rdnr. 47; *Burgi*, *GewArch* 2001, 217 (221).

622 *Franke/Grünhagen*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* (Hrsg.), § 25 VOB/A Rdnr. 390; *Badura*, S. 170, Rn. 211; *Burgi*, *GewArch* 2001, 217 (221).

623 *Badura*, S. 170, Rn. 211.

624 Vgl. § 25 Nr. 2 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 VOB/A.

Erst dann, wenn die Aufgabendurchführung durch die unmittelbare Staatsverwaltung nicht mehr den gesetzlichen Erfordernissen, hier denen des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes, entspricht bzw. entsprechen kann, ist eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf private Akteure gerechtfertigt.

## **(2) Einzelbetrachtung der übertragenen Befugnisse**

Neben dem Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes ist eine Einzelbetrachtung der dem privaten Akteur übertragenen Befugnisse erforderlich<sup>625</sup>.

Danach gilt, dass eine Übertragung der Aufgabendurchführung umso weniger in Betracht kommt, je mehr die übertragenen Befugnisse in grundrechtsrelevante Bereiche eingreifen. Dieser Maßstab ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG. Dieser besteht, wie dargelegt, darin, das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu stärken und eine stabile und gesetzestreue Verwaltung zu sichern.

Je mehr die übertragenen Befugnisse in diesen Schutzbereich eingreifen, umso höher müssen die eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private rechtfertigenden Gründe sein.

## **(3) Die Abwägung im Einzelfall**

Aufgrund des institutionellen Charakters des Art. 33 Abs. 4 GG ist – neben dem Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes und einer Einzelbetrachtung der übertragenen Befugnisse – zu fordern, dass eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt<sup>626</sup>. Die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Nicht-Beamte muss demnach zur Erreichung eines zulässigen sachlichen Grundes geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Geeignet ist die Übertragung dann, wenn mit deren Erfolg der gewünschte Erfolg gefördert werden kann<sup>627</sup>. Ausreichend ist die Möglichkeit der Zweckerreichung<sup>628</sup>. Es muss sich nicht um das bestmögliche oder geeignetste Mittel handeln. Das

---

625 Vgl. *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (84). Allerdings äußert sich der *NdsStGH* nicht zu den Kriterien und den Folgerungen dieser Einzelbetrachtung.

626 So auch *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (297); *Pilz*, DÖV 2009, 102 (106).

627 BVerfGE 96, 10 (23); 67, 157 (173); 33, 171 (187); 30, 292 (316).

628 BVerfGE 96, 10 (23); 67, 157 (175).

benutzte Mittel muss auch nicht in jedem Einzelfall zum Tragen kommen<sup>629</sup>. Es genügt vielmehr ein Beitrag zur Zweckerreichung.

Erforderlich ist eine Übertragung der Aufgabendurchführung, wenn der rechtfertigende sachliche Grund auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, dass die institutionelle Garantie des Art. 33 Abs. 4 GG (im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG) nicht oder weniger fühlbar einschränkt<sup>630</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Einsatz von privaten Akteuren mit ihrer in der Regel geringeren Weisungsgebundenheit, der regelmäßig weniger intensiven Steuerungs- und Lenkungsfähigkeit sowie ihrem Gewinnstreben eine größere Gefahr für die gesetzmäßige Verwaltung und damit für den Rechtskreis der Bürgers bedeutet als der privatrechtlich Beschäftigte im öffentlichen Dienst<sup>631</sup>. Vor diesem Hintergrund ist eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private nur dann gerechtfertigt, wenn die Betrauung von Angestellten im öffentlichen Dienst mit hoheitsrechtlichen Befugnissen im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG nicht gleich gut zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet ist wie die Übertragung auf Private<sup>632</sup>.

Darüber hinaus muss die Übertragung der Aufgabendurchführung in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Funktionsvorbehaltes des Art. 33 Abs. 4 GG stehen<sup>633</sup>. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden sachlichen Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben. Eine Durchbrechung der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG kann daher dann in Frage kommen, wenn der Private aufgrund seiner höheren Qualifikation oder besseren Ausstattung einen rechtsstaatlichen Verwaltungsvollzug trotz der mit seiner Übertragung an Private notwendig verbundenen Nachteile besser zu gewährleisten vermag als ein Angestellter im öffentlichen Dienst<sup>634</sup>.

In Anlehnung an die Wesentlichkeitstheorie ist im Rahmen der Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne von Folgendem auszugehen: Je mehr die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in grundrechtlich geschützte Positionen eingreift und je mehr die Einhaltung der rechtsstaatlich gebotenen Verfahren und die Wahrung der Grundrechte garantiert werden müssen, umso höher müssen die Anforderungen an den sachlichen Grund sein. Hinsichtlich der besseren Eignung des Privaten wird dann zu verlangen sein, dass der Private bei

---

629 Vgl. statt vieler BVerfGE 67, 157 (175).

630 BVerfGE 53, 135 (145f.); 67, 157 (177); 68, 193 (219); 92, 262 (273).

631 *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (297f.).

632 *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (298).

633 BVerfGE 67, 157 (173).

634 So zutreffend *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (298).



erheblichen Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen wesentlich besser geeignet sein muss, d.h., dass die erforderliche Sachkunde staatlicherseits nur in sehr eingeschränktem Maße oder überhaupt nicht zu Verfügung steht. Im Hinblick auf die ordnungsgemäße Aufgabendurchführung wird in diesem Fall eine konkrete Gefährdung der ordnungsgemäßen Aufgabendurchführung bzw. deren Nichtgewährleistung zu verlangen sein. Je mehr also in grundrechtlich geschützte Positionen eingegriffen wird, muss es sich dann mehr und mehr um zwingende sachliche Gründe handeln.

Hinzu kommt, dass umso stärkere Gründe für eine Abweichung von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG sprechen müssen, je intensiver die Abweichung von der Regel ist<sup>635</sup>.

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für Fälle einer gemischten Aufgabenwahrnehmung<sup>636</sup>.

#### **(4) Darlegungslast für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Abweichung vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG**

Der Gesetzgeber hat das Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes, die durchgeführte Einzelbetrachtung der übertragenen Befugnisse sowie – darauf beruhend – die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorzutragen. Er trägt damit die Darlegungslast.

Aus dem Studiengebührenurteil des *Bundesverfassungsgerichts* vom 26.01.2005 kann der allgemeine Grundsatz gefolgert werden, dass der Gesetzgeber dort, wo er eine bestimmte gesetzliche Regelung trifft, weil bestimmte Voraussetzungen vorliegen, hierfür die Darlegungslast trägt. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in diesem Urteil die gesetzliche Regelung zur Gebührenfreiheit des Studiums u.a. deswegen für unzulässig gehalten, weil die Bundesregierung „nicht dargetan“ bzw. „nicht vorgetragen“ hat, dass die Regelung zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ist<sup>637</sup>.

Diese Rechtsprechung ist auch auf den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zu übertragen. Denn es kann keinen Unterschied machen, ob diese Voraussetzungen im Vorliegen der Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG oder im Vorliegen eines Ausnahmegrundes im Sinne des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des Funktionsvorbehalts bestehen.

---

<sup>635</sup> *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 31.

<sup>636</sup> So auch *Gusy*, JZ 2006, 651 (656).

<sup>637</sup> BVerfGE 112, 226 (243; 249).

### **cc) Subsumtion des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG unter die vorgenannten Maßstäbe**

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und inwiefern § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG den vorstehenden Erfordernissen gerecht wird.

Dabei ist zunächst zu überprüfen, ob ein rechtfertigender sachlicher Grund für die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private besteht.

Die geltende Fassung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG geht auf § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG in der Fassung vom 07.07.2004 zurück. Diese Vorschrift wiederum beruht auf die Vorschrift des Art. 2 § 3 S. 2 Nr. 13 HSichG 2003. Hiernach sollten u.a. die Landeskliniken im Zuge der Aufgabenkritik unter Beachtung des § 2 Abs. 1 bis 4 und nach Maßgabe der §§ 7, 65 LHO ganz oder teilweise aus der Landesverwaltung ausgegliedert werden. In der Praxis verfolgt das HSichG 2003 die Ziele des Abbaus von Stellen in der Landesverwaltung unter Gewährleistung ihrer Leistungsfähigkeit, die Begrenzung von Personalausgaben und die Prüfung, welche Aufgaben gestrichen oder effizienter wahrgenommen werden können<sup>638</sup>. Die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG geht damit auf ein Gesetz zurück, dass nahezu ausschließlich fiskalische Zwecke verfolgte. Auch die Gesetzesbegründung nennt in erster Linie fiskalische Erwägungen. Wesentliche Motive der Ausgliederung der Landeskliniken aus der Landesverwaltung sind hiernach der steigende Kapazitätsbedarf und die steigenden Kosten: Wegen der hohen Kosten des Gesundheitswesens und aus Gründen der Flexibilität und besseren Sicherungsmöglichkeiten habe sich bundesweit ein Trend zur Verwirtschafterlichung von Krankenhäusern entwickelt<sup>639</sup>. Daher müssten nach dem Gesetzentwurf (dort unter Punkt C. „Alternativen“) wirtschaftlichere Alternativen erschlossen werden<sup>640</sup>. Das Land will sich weitere Aufwendungen für den Maßregelvollzug ersparen. Denn der Umstand, dass der Kapazitätsbedarf steigt, würde „das Land Brandenburg künftig zu erheblichen finanziellen Anstrengungen (zwingen, der Verf.), wenn es die stets ansteigenden Kapazitätsbedarfe aus eigener Kraft schaffen und betreiben müsste“<sup>641</sup>. Lediglich an einer Stelle spricht die Gesetzesgründung davon, dass das HSichG 2003 die Möglichkeit biete, dass sich Verwaltung von Aufgaben befreie, die „sinnvoller“ von privater Seite erledigt werden könnten<sup>642</sup>. Damit liegen der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB nahezu ausschließlich fiskalische Erwägungen zugrunde. Es ist nicht

---

638 Vgl. hierzu Abschnitt B. II. 1. im 2. Teil der Untersuchung.

639 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 1.

640 LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 6.

641 LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 7.

642 LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 2.

ersichtlich, dass die Verwendung des Wortes „sinnvoll“ in der Gesetzesbegründung auf eine bessere Eignung des Privaten oder eine ordnungsgemäße Aufgabendurchführung rekurriert. Auch der damals zuständige Minister hat in der 1. Lesung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes lediglich fiskalische Erwägungen genannt. So sei die Landesregierung gehalten, die Landeskliniken so wirtschaftlich und flexibel wie möglich zu betreiben<sup>643</sup>. In der 2. Lesung sagte der Minister sogar, dass alle Gebäude saniert seien; sie seien auf dem neuesten, dem modernsten Stand der Wissenschaft<sup>644</sup>. Auch therapeutisch sei das Land in der Lage, alles anzubieten, was die moderne Therapie in der Forensik benötige<sup>645</sup>. Auch habe das Land in den Einrichtungen den modernsten Sicherheitsstandard<sup>646</sup>.

Es ist also bereits nach den Einlassungen der Landesregierung festzustellen, dass private Träger weder über eine bessere Eignung verfügen können, noch dass die ordnungsgemäße Aufgabendurchführung durch das Land in irgendeiner Art und Weise nicht sichergestellt wäre. Im Gegenteil. Der Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG liegen somit fiskalische Erwägungen zugrunde. Das aber ist nach dem Vorstehenden kein eine Übertragung der Aufgabendurchführung rechtfertigender sachlicher Grund. Sollte ein solcher dennoch vorliegen, ist die Landesregierung insoweit zumindest nicht ihrer Verpflichtung gerecht geworden, diesen sachlichen Grund vorzutragen.

Das hat sich durch das Gesetz vom 05.05.2009 nicht geändert. Die Gesetzesbegründung stellt lediglich auf die Änderung des § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG ab<sup>647</sup>. Aussagen zum Motiv der Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG enthält sie nicht. Auch im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens wurde sich insoweit nicht geäußert<sup>648</sup>. Der derzeit geltenden Fassung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG liegen damit dieselben Erwägungen zugrunde wie der Vorgängerregelung in der Fassung vom 07.07.2004. Diese aber stellen keinen sachlichen Grund dar, der eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG rechtfertigen kann.

Auch bei der Einzelbetrachtung der den Beliehenen und ihren Bediensteten überantworteten Eingriffsbefugnisse könnte sich eine Ausnahme vom in Art. 33 Abs. 4 GG niedergelegten Funktionsvorbehalt als nicht gerechtfertigt erweisen.

---

643 Vgl. PIPr. vom 29.01.2004, S. 6234.

644 Vgl. PIPr. vom 16.06.2004, S. 6780.

645 Ebda.

646 Ebda.

647 LT-Drs. 6975 vom 02.12.2008, S. 64.

648 Vgl. PIPr. 4/83 vom 01.04.2009, S. 6143ff.

Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG sieht vor, dass die beliehenen Privatrechtssubjekte „mit hoheitlicher Gewalt beliehen“ werden. Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist erkennbar, dass es sich hierbei um die zur Durchführung der Aufgaben des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB erforderliche hoheitliche Gewalt handeln muss. Der beliehene Private hat somit alle erforderlichen Befugnisse. Das schließt das Recht zur Anwendung unmittelbaren Zwanges mit ein. Im Gegensatz zur insoweit unbeanstandet gebliebenen Niedersächsischen Rechtslage<sup>649</sup>, wo die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch die Bediensteten der Verantwortung und Aufsicht der Vollzugsleitung unterliegen, ist die ärztliche Leitung nach dem Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetz lediglich über jede Maßnahme des unmittelbaren Zwangs (§§ 20 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) und über jede besondere Sicherungsmaßnahme (§§ 21, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), die sie nicht selbst angeordnet hat, unverzüglich und umfassend zu unterrichten (vgl. auch Ziff. 2 des Beleihungsaktes vom 07.04.2006). Es erfolgt eine Überprüfung dieser Maßnahme unter rechtlichen und therapeutischen Aspekten. Zwar kann die ärztliche Leitung Weisungen für vergleichbare zukünftige Fälle erteilen. Allerdings handelt es sich dabei nur um Weisungen für die Zukunft. Die konkrete belastende Maßnahme ist davon nicht ergriffen. Es wird nicht verkannt, dass die Grundstrukturen der Behandlung durch die Vollzugsleitung, die im Wege des Dienstüberlassungsmodells nach wie vor Bedienstete des Staates sind, und den von der Vollzugsleitung aufgestellten und verantworteten Behandlungs- und Eingliederungsplan nach §§ 15, 37 Abs. 2 S. 3 BbgPsychKG vorgegeben werden. Allerdings ergibt sich aus dem Gesetz nicht, dass die Vollzugsleitung hinsichtlich der weiteren Einschränkungen ähnliche weitreichende Einflussmöglichkeiten im Vorfeld oder im Sinne einer begleitenden Aufsicht hat. Das gilt namentlich für die Regelungen zur Unterbringung (§§ 16 Abs. 2, 38 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG), zur Kleidung (§§ 20 Abs. 4, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) und zur Ernährung sowie zum Besitz von Sachen und zum Einkauf (§§ 22, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Außenkontakt der Patienten (§§ 24, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) zum Recht auf Schriftwechsel (§§ 25, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zu Telefongesprächen (§§ 26 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG) sowie zum Recht auf Absenden und Empfangen von Paketen (§§ 26 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG). Entsprechendes gilt weiterhin für Regelungen zu Geld und Bezügen (§ 47 BbgPsychKG), zu den Verhaltensvorschriften (§§ 20, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zu Disziplinarmaßnahmen sowie zu besonderen Sicherungsmaßnahmen und unmittelbarer Zwang (§§ 20, 21, 45 Abs. 1 BbgPsychKG). Die ärztliche Leitung hat nach dem Gesetz auch keine mitschreitende Aufsicht im Hinblick auf Maßnahmen zur Freizeit (§§ 27, 28, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Aufenthalt im Freien (§§ 28 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Zugang zu den Medien (§§ 27, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zur

649 *NdsStGH*, *NdsVBI* 2009, 77 (84).

Religionsausübung (§§ 23, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), zum Recht auf Arbeit (§ 46 BbgPsychKG), zum offenen Vollzug (§ 39 Abs. 1 S. 2 BbgPsychKG) und zur Beurlaubung (§ 39 Abs. 1 S. 2 BbgPsychKG). Bei allen genannten Maßnahmen handelt es sich um teilweise erhebliche Eingriffe in die Grundrechte der untergebrachten Personen. Alle Möglichkeiten der individuellen Lebensgestaltung sind im Maßregelvollzug von Entscheidungen der Bediensteten abhängig. Diese entscheiden in ganz erheblichem Maße über grundrechtswesentliche Leistungen.

Im Ergebnis zeigt sich, dass eine Ausnahme von dem in Art. 33 Abs. 4 GG niedergelegten Funktionsvorbehalt angesichts der den Beliehenen und ihren Bediensteten überantworteten Eingriffsbefugnisse nicht gerechtfertigt ist. Der Aufgabe wohnt eine sehr hohe Grundrechtsrelevanz inne. Diese fordert eine besondere Pflichtenstellung der mit der Aufgabe betrauten Beschäftigten gegenüber dem Dienstherrn, die nur bei Beamten gegeben ist.

Die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private nach § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte darüber hinaus gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.

Sofern unterstellt wird, bei den von der Landesregierung angestellten fiskalischen Erwägungen handele es sich um sachliche Gründe, die eine Ausnahme von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG rechtfertigen könnten, wäre die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private geeignet, um dieses Ziel zu erreichen. Denn hiermit kann der gewünschte Erfolg zumindest gefördert werden. Da insofern die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung ausreichend ist und es sich nicht um das bestmögliche oder geeignetste Mittel handeln muss, kann die Geeignetheit unter dieser Prämisse bejaht werden.

Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist, wiederum unterstellt, fiskalische Erwägungen seien ausreichend, auch erforderlich. Das ist zu bejahen, wenn die Betrauung von Angestellten im öffentlichen Dienst mit hoheitsrechtlichen Befugnissen im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG nicht gleich gut zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet ist wie die Übertragung auf Private. Schon angesichts der Personalkosten, ist diese Frage zu bejahen. Auch wenn ein privater Träger für seine Tätigkeit vergütet wird und er in seine Kalkulation auch seine Personalkosten aufgenommen haben dürfte, dürfte eine Aufgabendurchführung durch Private für den Staat wirtschaftlicher sein, als wenn er die Aufgaben durch eigenes Personal wahrnehmen würde. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, dass sich der Staat bei der Beauftragung eines privaten Unternehmens die Pensionsaufwendungen für eigenes Personal spart.

Es fehlt aber an der Angemessenheit der Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG. Eine Durchbrechung der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG kommt in Frage, wenn der Private aufgrund seiner höheren Qualifikation oder besseren Ausstattung einen rechtsstaatlichen Verwaltungsvollzug trotz der mit seiner Übertragung an Private notwendig verbundenen Nachteile besser zu gewährleisten vermag als ein Angestellter im öffentlichen Dienst. Da die im Rahmen des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB ausgeübten Befugnisse erheblich in grundrechtlich geschützte Positionen eingreifen, müssen die Einhaltung der rechtsstaatlich gebotenen Verfahren und die Wahrung der Grundrechte im besonderen Maße garantiert werden. Daher sind hier umso höhere Anforderungen an den sachlichen Grund zu stellen. Dem wird § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG nicht gerecht. Schon nach den Einlassungen der Landesregierung verfügt das Land über eine mindestens genauso hohe Qualifikation und eine mindestens ebenso gute Ausstattung. So sind alle Gebäude saniert. Sie sind auf dem neuesten, modernsten Stand der Wissenschaft. Auch therapeutisch ist das Land nach eigenem Bekunden in der Lage, alles anzubieten, was die moderne Therapie in der Forensik benötigt. Auch hat das Land in den Einrichtungen den modernsten Sicherheitsstandard. Dass ein privater Träger daher wesentlich besser geeignet ist, also die erforderliche Sachkunde staatlicherseits nur in sehr eingeschränktem Maße oder überhaupt nicht zu Verfügung steht, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass eine konkrete Gefährdung der ordnungsgemäßen Aufgabendurchführung vorliegt bzw. die Nichtgewährleistung der ordnungsgemäßen Aufgabendurchführung zu befürchten ist.

Schließlich ist zu konstatieren, dass eine Beleihung auch dem Grundsatz widerspricht, dass eine von Art. 33 Abs. 4 GG erfasste Aufgabe überwiegend auf Beamte übertragen werden muss und nichtverbeamtete Personen eine zahlenmäßige Minderheit bleiben müssen. Wird ein privater Träger mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben im Maßregelvollzug beliehen, wird diese Aufgabe zahlenmäßig nicht mehr mehrheitlich von Beamten wahrgenommen.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Übertragung der Aufgabendurchführung nicht in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Funktionsvorbehaltes des Art. 33 Abs. 4 GG steht. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt damit gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG.

#### **f) Verfassungskonforme Auslegung**

Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte sich aber verfassungskonform auslegen lassen. Das gilt zum einen hinsichtlich des Begriffes der „Eignung“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG. Zum anderen kommt auch hier eine

verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf das Dienstüberlassungsmodell in Betracht.

#### **aa) Teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“**

Daher ist zu prüfen, ob sich § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG hinsichtlich des erforderlichen sachlichen Grundes verfassungskonform auslegen lässt. Das betrifft den Begriff der „Eignung“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG. In Betracht kommt eine teleologische Extension (erweiternde Auslegung). Der Begriff der „Eignung“ könnte demnach dahingehend auszulegen sein, dass der private Akteur über eine höhere Eignung als die unmittelbare Staatsverwaltung verfügt.

Für eine teleologische Extension ist eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz erforderlich<sup>650</sup>. Hier müsste der Landesgesetzgeber übersehen haben, eine Regelung zu treffen, die den Erfordernissen des Art. 33 Abs. 4 GG gerecht wird,

Eine Regelungslücke liegt hier vor. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG trifft keine Aussage zu dem für die Übertragung der Aufgabendurchführung rechtfertigenden sachlichen Grund. Allerdings fehlt es an der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Der Landesgesetzgeber hat in der Begründung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes ausdrücklich die Absicht bekundet, eine Regelung zu treffen, die mit Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar ist<sup>651</sup>. Dieselbe Aussage findet sich in der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 3 LOG<sup>652</sup>. Er hat durchaus bedacht, dass die Übertragung der Durchführung der Aufgabe des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB an Art. 33 Abs. 4 GG zu messen ist. Der Gesetzgeber vertritt aber die Auffassung, dass sich der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG nur auf die Binnenstruktur der Verwaltung beschränke<sup>653</sup>. Der Gesetzgeber hat das rechtliche Problem erkannt, sich aber aufgrund einer anderen Rechtsauffassung gegen eine Regelung in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG entschieden, die eine Ausnahme von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG rechtfertigen könnte. Von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke kann daher keine Rede sein.

---

650 Vgl. Abschnitt A. II. 3. e).

651 Vgl. LT-Drs. 3/6951 vom 19.01.2004, S. 2.

652 Vgl. LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 35.

653 Vgl. LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 36. Diese Aussage trifft die Gesetzesbegründung ausdrücklich zwar nur zu Art. 96 Abs. 3 LVBbg. Da beide Normen aber einen Funktionsvorbehalt zugunsten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes enthalten, ist die Aussage auf Art. 33 Abs. 4 GG übertragbar.

## **bb) Verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf das Dienstüberlassungsmodell**

Auch hinsichtlich des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG ist zu prüfen, ob unter Berücksichtigung des Dienstüberlassungsmodells eine verfassungskonforme Auslegung möglich ist<sup>654</sup>. Das ist der Fall, wenn die Überlassung von Angestellten des Landes in der ärztlichen Leitung dem Grundsatz gerecht wird, dass die Ausübung von hoheitsrechtlichen Befugnissen in der Regel von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

Eine verfassungskonforme Auslegung scheitert aber bereits daran, dass es zur Wahrung des Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG erforderlich ist, dass Statusbeamte eingesetzt werden<sup>655</sup>. Daher ist es insofern nicht ausreichend, dass die Fachärzte und Fachärztinnen der ärztlichen Leitung Mitarbeiter des Landes Brandenburg bleiben bzw. werden, sofern hiermit der Status von Angestellten im öffentlichen Dienst gemeint ist.

Eine verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf das Dienstüberlassungsmodell ist somit nicht möglich.

## **g) Zwischenergebnis**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt gegen den Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG<sup>656</sup>.

Art. 33 Abs. 4 GG ist eine unmittelbar verbindliche Organisationsnorm. Hiergegen verstoßende Gesetze oder Akte sind verfassungswidrig<sup>657</sup> und damit nichtig.

Art. 33 Abs. 4 GG ist auf den Bereich der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch beliehene Privatpersonen anwendbar. Im Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB werden hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG als ständige Aufgabe ausgeübt. Dieser Bereich ist in der Regel Statusbeamten vorbehalten.

---

654 Jedenfalls ist eine Zuweisung von Statusbeamten an eine private Einrichtung ohne Dienstherrenfähigkeit möglich, vgl. *Pfohl*, ZBR 2006, 300 (302).

655 Vgl. Abschnitt A. II. 6. d).

656 So auch *Willenbruch/Bischoff*, NJW 2006, 1776 (1777) zum Maßregelvollzug im Allgemeinen sowie *Grünebaum*, R & P 2006, 55 (58) mit Blick auf die Rechtslage in Brandenburg.

657 *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 40; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Art. 33 Abs. 4 Rdnr. 29; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 33 Rdnr. 33.



Zwar kommt beim Vorliegen rechtfertigender sachlicher Gründe eine Ausnahme von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG in Betracht. In Frage kommen insofern in erster Linie eine bessere Eignung des privaten Trägers oder der Umstand, dass die ordnungsgemäße Aufgabendurchführung im Falle der unmittelbaren Staatsverwaltung in Gefahr wäre. Daneben hat eine Einzelbetrachtung der übertragenen Befugnisse zu erfolgen. Schließlich muss die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Für das Vorliegen der sachlichen Gründe und die weiteren Voraussetzungen trägt der Gesetzgeber die Darlegungslast.

Im Hinblick auf § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG fehlt es bereits an einem rechtfertigenden sachlichen Grund. Die funktionale Privatisierung beruht lediglich auf fiskalischen Erwägungen. Das aber reicht nicht aus. Daneben erweist sich eine Ausnahme von dem in Art. 33 Abs. 4 GG niedergelegten Funktionsvorbehalt auch angesichts der den Beliehenen und ihren Bediensteten überantworteten Eingriffsbefugnisse als nicht gerechtfertigt. Schließlich steht die Übertragung der Aufgabendurchführung nicht in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Funktionsvorbehaltes des Art. 33 Abs. 4 GG.

Eine verfassungskonforme Auslegung durch eine teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG scheitert am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat das sich stellende verfassungsrechtliche Problem, dass die Übertragung der Aufgabendurchführung dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gerecht werden muss, erkannt. Er hat sich aber aufgrund einer unzutreffenden Rechtsauffassung gegen eine Regelung entschieden, die dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gerecht wird. Eine verfassungskonforme Auslegung hinsichtlich des Dienstüberlassungsmodells scheitert daran, dass es zur Wahrung des Grundsatzes des Art. 33 Abs. 4 GG erforderlich ist, dass Statusbeamte eingesetzt werden. Das aber ist hier nicht der Fall.

## **7. Vereinbarkeit mit der Verfassung des Landes Brandenburg**

Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte darüber hinaus gegen die Verfassung des Landes Brandenburg verstoßen und aufgrund dieses Verstoßes materiell verfassungswidrig sein. Das betrifft sowohl das Demokratie-, das Rechtsstaats-, das Sozialstaatsprinzip als auch den Funktionsvorbehalt zugunsten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes.

## a) Grundsätzliches zum Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsrecht

Die bundesstaatsrechtliche Ordnung des Grundgesetzes als „rechtliches System“ des Bundesstaates der Bundesrepublik beruht auf den zwei Grundsätzen einer zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten geteilten und gleichgeordneten Staatlichkeit und einer Trennung gleichgeordneter Verfassungsräume des Bundes und der Länder<sup>658</sup>. Das Grundgesetz und die Landesverfassungen stehen – ebenso wie die Verfassungsgerichtsbarkeiten des Bundes und der Länder – grundsätzlich nebeneinander<sup>659</sup>. Nach Art. 28 Abs. 1 GG ist nur ein gewisses Maß an Homogenität des Grundgesetzes und der Landesverfassungen gefordert<sup>660</sup>.

Allerdings darf dieses selbständige Nebeneinander der Verfassungsräume nicht als Bezugslosigkeit aufgefasst werden<sup>661</sup>. Ein grundgesetzliches Einwirken in den landesverfassungsrechtlichen Raum ist nicht ausgeschlossen<sup>662</sup>. Das Trennungsprinzip kann nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* in folgenden Fällen durchbrochen werden: Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht als Vorfrage, Hineinwirken des Grundgesetzes in die Landesverfassung, Prüfung über das landesverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip sowie Vorlage nach Art. 100 Abs. 3 GG<sup>663</sup>.

Hier könnte das Grundgesetzes in die Landesverfassung „hineinwirken“.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat mehrfach hervorgehoben, dass die Verfassung eines Gliedstaates nicht allein in der Urkunde der Landesverfassung enthalten sei<sup>664</sup>. Auch Elemente der Bundesverfassung wirkten in die Landesverfassung hinein. Erst beide Elemente zusammen bilden die Verfassung des Gliedstaates<sup>665</sup>. Dabei handele es sich nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* vielfach um allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze, die im Grundgesetz formuliert seien, aber als ungeschriebene Bestandteile auch der Landesverfassung vorausgesetzt werden könnten und müssten<sup>666</sup>.

---

658 BVerfGE 1, 14 (34); 36, 342 (357); 60, 175 (207); 69, 112 (118); 96, 345 (368); 103, 332 (350); *Bartlsperger*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HbStR* IV, § 96 Rdnr. 21, 24f.; *Storr*, *ThürVBI* 1997, 121 (122); *Jachmann*, *JuS* 1994, L 81 (L 81).

659 BVerfGE 103, 332 (350).

660 BVerfGE 41, 88 (119); 103, 332 (350).

661 BVerfGE 103, 332 (351).

662 BVerfGE 103, 332 (351).

663 BVerfGE 103, 332 (352).

664 BVerfGE 1, 208 (232f.); 103, 332 (352).

665 Vgl. zuletzt BVerfGE 103, 332 (352f.).

666 BVerfGE 1, 208 (233); 103, 332 (353).

Das *Bundesverfassungsgericht* hat solche Fälle als „selten“ bezeichnet<sup>667</sup>. Bejaht wurde diese Frage z.B. für die Garantie der Freiheit des Rundfunks nach Art. 5 Abs. 1 GG<sup>668</sup>. Allerdings wird man zu diesen Fällen auch andere fundamentale Grundgesetznormen zählen können. In einer anderen Entscheidung hat das *Bundesverfassungsgericht* folgende Grundgesetzartikel als „fundamentale Grundgesetzbestimmungen“ bezeichnet: Art. 20, 21 Abs. 1, 28 Abs. 1, 30, 31, 33, 38 Abs. 1, 50, 83, 91a, 104a Abs. 1 GG<sup>669</sup>. All diesen Bestimmungen ist gemeinsam, dass sie grundlegende Strukturprinzipien und Aussagen enthalten, die im Ergebnis ein Mindestmaß an Homogenität zwischen Bundes- und Landesverfassung garantieren sollen. Derartige Durchgriffsnormen ermöglichen das Funktionieren der bundesstaatlichen Ordnung und ändern nichts an der Gleichrangigkeit autonomen Landesverfassungsrechts<sup>670</sup>. Durch Durchgriffsnormen kommt vielmehr das grundsätzliche Verhältnis der in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes gleichgeordnet vorhandenen staatsrechtlichen Teilordnungen des Gesamt- und der Gliedstaaten zum Ausdruck, von denen die gesamtstaatliche Verfassung zum Teil auch für die Gliedstaaten unmittelbar geltendes Verfassungsrecht konstituiert<sup>671</sup>. Die verfassungsmäßige Ordnung der Länder ist durch diese fundamentalen Grundgesetzbestimmungen gesamtstaatlich konstituiert und definiert.

Prüfungsmaßstab ist dann zwar die Landesverfassung, deren Bestandteil dann aber auch Teile des Bundesverfassungsrechts sein können<sup>672</sup>.

#### **b) Vereinbarkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG mit der Verfassung des Landes Brandenburg im Einzelnen**

Prüfungsmaßstab für die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist in diesem Abschnitt die Verfassung des Landes Brandenburg<sup>673</sup>. Nach Art. 2 Abs. 5 S. 2 LV Bbg ist die Gesetzgebung an Bundesrecht und Landesverfassung gebunden.

---

667 BVerfGE 13, 54 (80); 103, 332 (353).

668 BVerfGE 13, 54 (79).

669 BVerfGE 36, 342 (365). Ob auch die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes in das Landesverfassungsrecht hineinwirken, ist offen. Bejahend *HessStGH*, ESVGH 32, 20 (24), *NRWVerfGH*, NVwZ 1993, 57 (59); *Grawert*, NJW 1987, 2329 (2331), weitere Nachweise bei BVerfGE 103, 332 (353). Diese Frage ist für die vorliegende Untersuchung aber ohne Belang und braucht daher nicht vertiefend dargestellt zu werden.

670 So auch *Bartlspenger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR IV, § 96 Rdnr. 25.

671 Vgl. hierzu *Bartlspenger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR IV, § 96 Rdnr. 25.

672 BVerfGE 103, 332 (353); *Grawert*, NJW 1987, 2329 (2331).

673 Vgl. für den vergleichbaren Fall des Nds. MVollzG: *NdsStGH*, NdsVBI 2009, 77 (81ff.). Dort wird die Neuregelung des Nds. MVollzG allein anhand der Landesverfassung geprüft, da es sich um ein landesverfassungsgerichtliches Verfahren handelt.

Nach Art. 2 Abs. 1 LVBbg ist Brandenburg ein freiheitliches, rechtsstaatliches, dem Frieden und der Gerechtigkeit, dem Schutz der natürlichen Umwelt und der Kultur verpflichtetes demokratisches Land, welches die Zusammenarbeit mit anderen Völkern, insbesondere mit dem polnischen Nachbarn, anstrebt. Bei Art. 2 LVBbg handelt es sich um eine Staatsfundamentalnorm, die mit dem Grundgesetz insoweit identisch ist, als sie das Rechts-, Sozialstaats- sowie das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung wiederholt<sup>674</sup>.

#### **aa) Demokratieprinzip, Art. 2 Abs. 1 LVBbg**

Zur Rezeption des Demokratieprinzips ist das Land schon aus dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG verpflichtet. Daher ist das Demokratieprinzip nach Art. 2 Abs. 1 LVBbg mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG inhaltsgleich.

Insoweit kann daher auf die Ausführungen zur Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verwiesen werden<sup>675</sup>.

#### **bb) Rechtsstaatsprinzip, Art. 2 Abs. 1 LVBbg**

Beim Rechtsstaatsprinzip handelt es sich trotz der Nichterwähnung in der Verfassung des Landes Brandenburg um eines der elementaren Prinzipien des deutschen Verfassungsrechts<sup>676</sup>. Zu dessen Rezeption ist das Land Brandenburg ebenso aufgrund des Homogenitätsgebotes des Art. 28 Abs. 1 GG verpflichtet<sup>677</sup>. Daher ist das Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 Abs. 1 LVBbg mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes inhaltsgleich.

Aus diesem Grunde kann zur Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit auf die Ausführungen im Abschnitt zum Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes verwiesen werden<sup>678</sup>.

#### **cc) Sozialstaatsprinzip, Art. 2 Abs. 1 LVBbg**

Das Sozialstaatsprinzip ist ebenfalls ein tragendes Prinzip des Grundgesetzes und der Verfassung des Landes Brandenburg, das sich allein aus dem Adjektiv „sozial“

---

674 Vgl. *Lieber/Iwers/Ernst*, Art. 2 Abschnitt 1.

675 Vgl. Abschnitt A. II. 3.

676 BVerfGE 20, 323 (331); 35, 41 (47); 39, 128 (143); *Lieber/Iwers/Ernst*, Art. 2 Abschnitt 2.2; *Jarass*, in: *ders./Pieroth* (Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 28.

677 Vgl. *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/ders./Scholz* (Hrsg.), Art. 20 Abschnitt VII Rdnr. 78.

678 Vgl. Abschnitt A. II. 4.

in Art. 2 Abs. 1 LVBbg und Art. 20 Abs. 1 GG ergibt. Da es sich hierbei um ein tragendes Prinzip der Bundes- und der Landesverfassung handelt, ist auch insoweit von Inhaltsgleichheit auszugehen.

Aufgrund dessen kann auf die entsprechenden Ausführungen zum Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes verwiesen werden<sup>679</sup>.

#### **dd) Funktionsvorbehalt zugunsten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg**

Nach Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg werden die Aufgaben der Verwaltung durch Beamte und Verwaltungsangehörige wahrgenommen, die parteiunabhängig arbeiten und der Verfassung und den Gesetzen verpflichtet sind. Nach Art. 96 Abs. 3 S. 2 LVBbg leisten Beamte einen Diensteid. Nach Art. 96 Abs. 3 S. 3 LVBbg legen Angestellte ein Gelöbnis ab.

Hierbei handelt es sich nach der Auffassung des Landesverfassungsgerichts des Landes Brandenburg um einen „Funktionsvorbehalt“ für die in der Vorschrift genannten Angehörigen „bei der Ausübung hoheitlicher Aufgaben“<sup>680</sup>.

Einen solchen Funktionsvorbehalt formuliert auch Art. 33 Abs. 4 GG. Hiernach ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

Zwar sind beide Vorschriften in weiten Teilen inhaltsgleich. Das betrifft die Begriffe „Aufgaben der Verwaltung“ im Sinne von „Ausübung hoheitlicher Aufgaben“ und „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“<sup>681</sup>. Auch müssen die Angehörigen des öffentlichen Dienstes in beiden Fällen in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Das wird bei Art. 96 Abs. 3 LVBbg schon daraus erkennbar, dass Beamte einen Diensteid leisten und Angestellte ein Gelöbnis ablegen.

Ein Unterschied besteht darin, dass Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg neben dem Funktionsvorbehalt zugunsten der Beamten auch einen Funktionsvorbehalt zugunsten der Angestellten im öffentlichen Dienst enthält. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist somit weiter und schließt auch die nichtbeamteten Angestellten mit ein. Diese stehen gleichberechtigt neben den Beamten. Schon aufgrund seines Wortlautes bezieht sich der Anwendungsbereich daher auch auf den Bereich der

---

679 Vgl. Abschnitt A. II. 5.

680 *VerfGBbg*, Urteil vom 30.06.1999, VfGBbg 3/98, S. 30.

681 Vgl. *VerfGBbg*, Urteil vom 30.06.1999, VfGBbg 3/98, S. 30.

Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch beliehene Privatpersonen. Denn handelte es sich bei Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg tatsächlich um eine Vorschrift, die lediglich die Binnenstruktur der Verwaltung beträfe, blieben als Abgrenzungssubjekt allein die im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeiter übrig. Dass aber Arbeiter im öffentlichen Dienst (z.B. Fahrer und Schreibkräfte) keine hoheitsrechtlichen Befugnisse ausüben, liegt auf der Hand. Wenn aber Arbeiter im öffentlichen Dienst diese Befugnisse ausüben und Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst hierbei gleichberechtigt nebeneinander stehen, wäre die Vorschrift des Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg bei der von der Landesregierung vertretenen Rechtsauffassung<sup>682</sup> schlicht obsolet. Daher muss Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg auch auf den Bereich der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch beliehene Privatpersonen anwendbar sein. Dass diese Auslegung auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die insoweit mit Art. 33 Abs. 4 GG entspricht, gerecht wird, wurde im Abschnitt zu Art. 33 Abs. 4 GG bereits ausführlich dargestellt<sup>683</sup>.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass in der Vorschrift des Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg das in Art. 33 Abs. 4 GG zu findende Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Angehörigen des öffentlichen Dienstes fehlt.

Hier aber könnte ein Fall der Durchbrechung des Trennungsprinzips durch Hineinwirken des Grundgesetzes in die Landesverfassung vorliegen. Wie das *Bundesverfassungsgericht* entschieden hat, handelt es sich bei Art. 33 GG (und damit auch bei Art. 33 Abs. 4 GG) um eine „fundamentale Grundgesetzbestimmung“<sup>684</sup>, die grundlegende Strukturprinzipien enthält. Das rechtfertigt nach hier vertretener Auffassung<sup>685</sup>, dass diese Vorschrift in die Landesverfassung hineinwirkt. Denn auch Art. 33 Abs. 4 GG ist wesentlicher Bestandteil des Funktionierens der bundesstaatlichen Ordnung.

Folge ist, dass Prüfungsmaßstab zwar nach wie vor der Funktionsvorbehalt des Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg ist. Zu dessen Bestandteilen zählt dann aber auch das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Angehörigen des öffentlichen Dienstes nach Art. 33 Abs. 4 GG, das in Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg nicht enthalten ist.

Da das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG in die Vorschrift des Art. 96 Abs. 3 LVBbg hineinwirkt, kann insofern auf die entsprechenden Ausführungen im Abschnitt zum Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG verwiesen werden<sup>686</sup>.

---

682 Vgl. wiederum LT-Drs. 3/6939 vom 15.01.2004, S. 36.

683 Vgl. Abschnitt A. II. 6. a).

684 BVerfGE 36, 342 (365).

685 Vgl. Abschnitt bb).

686 Vgl. Abschnitt A. II. 6.

Daran hat sich auch durch § 36 Abs. 5 S. 3 BbgPsychKG nichts geändert. Hiernach darf die ärztliche Leitung bzw. ihre Vertretung nur durch Beamte oder Verwaltungsangehörige im Sinne des Art. 96 Abs. 3 LVBbg wahrgenommen werden. Ausweislich ihres Wortlauts bezieht sich die Vorschrift ausschließlich auf die ärztliche Leitung und ihre Vertretung. Maßgeblich ist hier aber, ob auch die übrigen Bediensteten, die die Grundrechtseingriffe tatsächlich vornehmen, Beamte oder Verwaltungsangehörige im Sinne des Art. 96 Abs. 3 LVBbg sein müssen. Das ist nach den Ausführungen zu Art. 33 Abs. 4 GG<sup>687</sup> der Fall. § 36 Abs. 5 S. 3 BbgPsychKG enthält hierzu aber keine Aussage.

### c) Zwischenergebnis

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt mangels demokratischer Legitimation gegen das Demokratieprinzip des Art. 2 Abs. 1 LVBbg und gegen das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 Abs. 1 LVBbg. Die Vorschrift ist aufgrund dessen materiell verfassungswidrig und damit nichtig.

Ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip der Verfassung des Landes Brandenburg liegt hingegen nicht vor.

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist aber wegen eines Verstoßes gegen Art. 96 Abs. 3 LVBbg materiell verfassungswidrig.

Die Frage des allgemeinen Geltungsvorrangs des Bundesrechts nach Art. 31 GG stellt sich nach hier vertretener Auffassung mangels Kollision zweier Vorschriften nicht. Dem steht auch nicht Art. 2 Abs. 5 S. 1 LVBbg entgegen. Hiernach gehen die Bestimmungen des Grundgesetzes zwar denen der Landesverfassung vor. Allerdings wiederholt die Vorschrift nur den Inhalt des Art. 31 GG und ist insofern als eine rein deklaratorische Vorschrift zu verstehen<sup>688</sup>.

### III. Ergebnis

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist wegen Verstoßes sowohl gegen das Grundgesetz als auch gegen die Verfassung des Landes Brandenburg materiell verfassungswidrig und damit nichtig.

Der Maßregelvollzug zählt zur „Staatsaufgabe Sicherheit“. Hieraus ergibt sich aber kein Privatisierungsverbot. Verbote oder Grenzen für Privatisierungen sich aus solchen Verfassungssätzen ergeben, in denen staatliche Fundamentalpflichten, die

<sup>687</sup> Vgl. Abschnitt A. II. 6.

<sup>688</sup> So auch *Wittreck*, DVBl 2000, 1492 (1494).

dem Kernbereich staatlicher Tätigkeit zuzurechnen sind, positivrechtlich konkretisiert sind.

Beim Maßregelvollzug sind Eingriffs-/Leistungsverwaltung kombiniert. Die Eingriffskomponente steht dabei im Vordergrund. Bei einer Privatisierung sind auch die Teile der Eingriffsverwaltung betroffen. Allein aus diesem Umstand kann allerdings kein absolutes Privatisierungsverbot hergeleitet werden.

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt mangels demokratischer Legitimation in organisatorisch-personeller Hinsicht gegen das Demokratieprinzip. Die Bestellung von Bediensteten, die die Grundrechtseingriffe anordnen und durchführen bzw. die Anordnungen der ärztlichen Leitung vollziehen, ist nicht in dem Umfang vorgeschrieben, in dem sie Grundrechtseingriffe gegenüber den untergebrachten Personen tatsächlich vornehmen.

Die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt mangels Regelung zu den übertragenen hoheitlichen Befugnissen im Einzelnen gegen den Vorbehalt des Gesetzes als Teil des Rechtsstaatsprinzips.

Ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip liegt nicht vor. Aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten ergeben sich eine Garantenstellung des Staates sowie seine Verpflichtungen zur Regelung, Aufsicht und Überwachung über die privaten Einrichtungen. Dem wird die Vorschrift gerecht.

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist mit Art. 33 Abs. 4 GG bzw. Art. 96 Abs. 3 S. 1 LV Bbg unvereinbar. Für eine Ausnahme vom Funktionsvorbehalt fehlt es – insbesondere vor dem Hintergrund der überantworteten Eingriffsbefugnisse – bereits an einem rechtfertigenden sachlichen Grund. Daneben steht die Übertragung der Aufgabendurchführung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu Gewicht und Bedeutung des Funktionsvorbehaltes und ist unverhältnismäßig. Eine verfassungskonforme Auslegung durch eine teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“ scheidet am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke. Eine verfassungskonforme Auslegung hinsichtlich des Dienstüberlassungsmodells kommt nicht in Betracht, da zur Wahrung des Funktionsvorbehaltes der Einsatz von Statusbeamten erforderlich ist.

Einfachgesetzliche Regelungen stehen einer Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzugs ebenso wenig entgegen wie internationale Menschenrechtsstandards oder die Untersuchungshaftvollzugsordnung.



## **B. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte, soweit er die Möglichkeit schafft, die Durchführung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG auf private Einrichtungen zu übertragen, ebenfalls materiell verfassungswidrig und damit nichtig sein.

Das ist der Fall, wenn der Maßregelvollzug nach § 7 JGG dem Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB hinsichtlich seiner Strukturen und der mit ihm verbundenen Eingriffsbefugnisse in grundrechtlich geschützte Positionen der untergebrachten Jugendlichen oder Heranwachsenden entspricht. Bejahendenfalls ließen sich die zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB gemachten Ausführungen übertragen.

### **I. Vergleichbarkeit des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB und § 7 JGG**

Nach § 7 JGG können als Maßregeln der Besserung und Sicherung im Sinne des allgemeinen Strafrechts die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt, die Führungsaufsicht oder die Entziehung der Fahrerlaubnis angeordnet werden (§ 61 Nr. 1, 2, 4 und 5 StGB). Hinsichtlich der Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist beim Vollzug insbesondere § 93a JGG zu beachten.

Im Übrigen richtet sich der Maßregelvollzug nach § 7 JGG nach den Vorschriften, die auch für den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB gelten<sup>689</sup>. Der Vollzug richtet sich nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. c Alt. 5 BbgPsychKG nach dem Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetz. Das Gesetz trifft hinsichtlich des Vollzugs der Maßregeln der Besserung und Sicherung bei Jugendlichen und Heranwachsenden nach § 7 JGG keine vom Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB abweichenden Regelungen. Daher entsprechen die Befugnisse, die im Rahmen des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG ausgeübt werden, denen, die im Rahmen des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB angewendet werden können.

Im Vollzug entsprechen sich der Maßregelvollzug nach § 7 JGG und der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB.

---

<sup>689</sup> Vgl. hierzu *Eisenberg*, § 7 Rdnr. 13; *Brunner/Dölling*, § 7 Rdnr. 2; *Tröndle/Fischer*, Vor § 61 Rdnr. 8. Vgl. hierzu auch Abschnitt A. III. 3. im 2. Teil der Untersuchung.

## **II. Folgen der Übereinstimmung des Vollzugs der Maßregeln der Besserung und Sicherung nach § 7 JGG und des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB**

Aufgrund dieser Übereinstimmung gelten für die Übertragung der Durchführung der Aufgabe auf private Einrichtungen die gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das gilt sowohl im Hinblick auf das Grundgesetz, als auch hinsichtlich der Verfassung des Landes Brandenburg.

Daher kann zum Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 LVBbg, zum Rechtsstaatsprinzip, zum Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 LVBbg sowie zum Funktionsvorbehalt nach Art. 33 Abs. 4 GG bzw. Art. 96 Abs. 3 LVBbg auf die Ausführungen im Abschnitt über den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB verwiesen werden<sup>690</sup>.

## **III. Ergebnis**

Im Ergebnis ist § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG, soweit er die Möglichkeit schafft, die Durchführung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG auf private Einrichtungen zu übertragen, ebenfalls materiell verfassungswidrig und damit nichtig.

Die Vorschrift verstößt gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. Abs. 2 Abs. 2 LVBbg. Darüber hinaus ist die Norm nicht mit dem Vorbehalt des Gesetzes vereinbar. Sie verstößt damit auch gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 LVBbg liegt nicht vor.

Allerdings wird § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG, soweit er die Möglichkeit schafft, die Durchführung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG auf private Einrichtungen zu übertragen, dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG bzw. Art. 96 Abs. 3 LVBbg nicht gerecht. Die Norm entspricht nicht der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des Art. 33 Abs. 4 GG.

## **C. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 81 StPO**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG könnte, soweit er die Möglichkeit schafft, den Vollzug der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO auf

---

<sup>690</sup> Vgl. Abschnitt A. II. 3. bis 7.

private Einrichtungen zu übertragen, nicht nur formell<sup>691</sup>, sondern auch materiell verfassungswidrig und damit nichtig sein.

Insoweit ist zunächst zu hinterfragen, ob die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die in der vorliegenden Untersuchung für den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB herausgearbeitet worden sind, auf die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO übertragen werden können oder ob es sich dabei um eine (strafprozessuale) Maßnahme eigenständiger Art handelt. Sodann ist zu prüfen, ob einer Privatisierung absolute Privatisierungsverbote entgegenstehen. Schließlich sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Privatisierung der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten zu untersuchen.

### **I. Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO als strafprozessuale Zwangsmaßnahme eigenständiger Art**

Wie bereits im Abschnitt „Grundsätzliches zur Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten (§ 81 StPO) und zur einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO)“ dargelegt, gestattet § 81 StPO die Unterbringung des Beschuldigten und seine Beobachtung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus zur Vorbereitung eines psychischen Gutachtens über seinen psychischen Zustand<sup>692</sup>. Die bereits im Ermittlungsverfahren anwendbare Vorschrift zählt dogmatisch zum Recht des Sachverständigenbeweises und stellt eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme dar.

Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO weist keine rechtlichen Ähnlichkeiten mit dem Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG auf<sup>693</sup>. Sie geschieht, anders als die genannten Institute, allein zu Beweis Zwecken<sup>694</sup>. In der Regel wird sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft nach §§ 112ff. StPO befinden<sup>695</sup>. Daher richtet sich der Vollzug der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten im Wesentlichen nach § 119 StPO. Nach § 119 Abs. 3 StPO dürfen der untergebrachten Person nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Untersuchungshaft bzw. der Unterbringung zu seiner Beobachtung oder die Ordnung in der entsprechenden Einrichtung erfordern.

---

691 Vgl. hierzu Abschnitt D. im 4. Teil der Arbeit.

692 Vgl. Abschnitt A. V. 1. im 2. Teil der Untersuchung.

693 *Pollähne*, in: Feest (Hrsg.), vor § 136 Rdnr. 27; *Volckart/Grünebaum*, S. 72.

694 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 1; *Bosch*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 81 Rdnr. 1; *Senge*, in: Pfeiffer (Hrsg.), § 81 Rdnr. 1; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 1.

695 Vgl. *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 41.

Die Unterbringungsgesetze der Länder mit ihren weitergehenden Beschränkungen, zu denen auch das Brandenburgische Psychisch-Kranken-Gesetz zählt, sind auf die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO daher grundsätzlich nicht anwendbar. Daher ist, wie *Volckart/Grünebaum* zutreffend feststellen, die Erwähnung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. b BbgPsychKG und die damit verbundene pauschale Erklärung der Anwendbarkeit des Gesetzes rechtsirrig<sup>696</sup>. § 81 StPO gestattet einen auf höchstens sechs Wochen beschränkten Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit nach Art. Abs. 2 S. 1, 104 GG, vgl. § 81 Abs. 4 StPO<sup>697</sup>. Der Beschuldigte darf nur festgehalten und beobachtet werden<sup>698</sup>. Darüber hinausgehende Eingriffe in Grundrechte sind durch die Vorschrift nicht gerechtfertigt. So sind körperliche Untersuchungen jeder Art (also Eingriffe in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG) ohne Einwilligung des Beschuldigten nur zulässig, wenn sie nach § 81a StPO besonders angeordnet worden sind<sup>699</sup>. Den Schriftverkehr des Beschuldigten (also Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG) darf nur der Richter, nicht aber der Krankenhausarzt überprüfen<sup>700</sup>. Er darf Briefe weder anhalten, noch einsehen oder vernichten. Entsprechendes gilt für den Fernmeldeverkehr<sup>701</sup>. Eingriffe in die genannten Grundrechte sind nur auf der Grundlage der §§ 119 Abs. 3, Abs. 6 StPO, §§ 28ff., 32 StVollzG zulässig. Die Vorschriften der §§ 25, 26, 45 Abs. 1 BbgPsychKG zum Recht auf Schriftwechsel bzw. zu Telefongesprächen etc. bzw. die Vorschrift des § 37 Abs. 2 S. 1 BbgPsychKG zur Untersuchung der untergebrachten Person gelten nicht<sup>702</sup>. Auch hat der Beschuldigte keinen Anspruch auf ärztliche Behandlung der Anlasserkrankung und anderer Erkrankungen aus §§ 40 Abs. 1 S. 1, 41 BbgPsychKG. Zwar dürfen diagnostische oder therapeutische Maßnahmen an ihm durchgeführt werden. Allerdings setzt das seine Einwilligung oder die seines gesetzlichen Vertreters voraus<sup>703</sup>. Dementsprechend ist auch eine Behandlung unter Anwendung unmittelbaren Zwangs unzulässig.

---

696 *Volckart/Grünebaum*, S. 72.

697 *Bosch*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 81 Rdnr. 1; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 1.

698 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 2; *Meyer-Goßner*, § 81 Rdnr. 20; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 31.

699 *Senge*, in: Pfeiffer (Hrsg.), § 81 Rdnr. 8; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 31; *Meyer-Goßner*, § 81 Rdnr. 20; *Wassermann*, in: Achenbach/Amelung/Dästner (Hrsg.), § 81 Rdnr. 5; *Bosch*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 81 Rdnr. 17; *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 2.

700 *Krause*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 32; *Senge*, in: Pfeiffer (Hrsg.), § 81 Rdnr. 8; *Meyer-Goßner*, § 81 Rdnr. 20; *Bosch*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 81 Rdnr. 18; *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 40.

701 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 40.

702 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 40.

703 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 39; *Bosch*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 81 Rdnr. 17; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), § 81 Rdnr. 31.

Anerkanntermaßen hat die begrenzte operative Reichweite der §§ 81, 81a StPO eine Gesetzeslücke zur Folge<sup>704</sup>. Allerdings kann diese aufgrund der vorgenannten Umstände nicht dadurch geschlossen werden, dass die Unterbringungsgesetze der Länder pauschal für anwendbar erklärt werden.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO keine rechtlichen Ähnlichkeiten mit dem Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG aufweist. Sie ist eine davon unabhängige eigenständige strafprozessuale Zwangsmaßnahme. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG sind auf die Privatisierung der Aufgabe nach § 81 StPO nicht ohne weiteres übertragbar.

## II. Zur Frage von absoluten Privatisierungsverboten

§ 36 Abs. 3 S 5 Alt. 1 BbgPsychKG könnte materiell verfassungswidrig sein, wenn einer Privatisierung der Durchführung der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO absolute Privatisierungsverbote entgegenstehen.

Zum einen könnte sich ein absolutes Privatisierungsverbot daraus ergeben, dass die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten in den Bereich der Staatsaufgaben<sup>705</sup> fällt. Da die Unterbringung nach § 81 StPO allein zu Beweis Zwecken geschieht, handelt es sich hierbei zumindest nicht um einen Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“. Im Ergebnis kann eine Klassifizierung aber dahinstehen. Denn es wurde im Rahmen der vorliegenden Untersuchung bereits nachgewiesen, dass sich aus der Qualifizierung als Fall einer Staatsaufgabe allein keine absoluten Privatisierungsverbote ergeben<sup>706</sup>.

Zum anderen könnte sich ein absolutes Privatisierungsverbot daraus ergeben, dass die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO einen Fall der Eingriffsverwaltung<sup>707</sup> darstellt. Wesentlicher Unterschied zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB ist, dass die untergebrachte Person keinen Anspruch auf ärztliche Behandlung der Anlasserkrankung und anderer Erkrankung aus §§ 40 Abs. 1 S. 1, 41 BbgPsychKG hat. Allerdings kann eine ärztliche Behandlung mit Einwilligung des Beschuldigten erfolgen. Daher kann die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten einen Fall einer kombinierten Eingriffs-/Leistungsverwaltung darstellen. Das muss indes nicht der Fall sein. Dann

---

704 So auch Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 2.

705 Vgl. zum Begriff Abschnitt A. I. 1 a).

706 Vgl. hierzu Abschnitt A. I. 1. c).

707 Vgl. zum Begriff A. I. 2. a).

stellt die Unterbringung nach § 81 StPO einen Fall der Eingriffsverwaltung dar, in dem die Verwaltung die Interessenverfolgung der Gewaltunterworfenen reglementierend einschränkt und hierbei mit Erlaubnisvorbehalten, Befehlen und notfalls mit Zwang arbeitet. Auch in Fällen der Eingriffsverwaltung bestehen aber keine absoluten Privatisierungsverbote. Vielmehr ist auch in diesem Zusammenhang die Auslegung von Verfassungssätzen maßgeblich, in denen staatliche Fundamentalpflichten positivrechtlich konkretisiert sind.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich Privatisierungsverbote weder aus dem Umstand herleiten lassen, dass die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO eine „Staatsaufgabe“ darstellt, noch daraus, dass es sich bei ihr um einen Fall der Eingriffsverwaltung handelt. Determinanten für Privatisierungen können sich allein aus konkreten (verfassungs)rechtlichen Vorschriften ergeben.

### **III. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Privatisierung der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten**

Daher ist zu untersuchen, ob die eine Privatisierung der Durchführung der Unterbringung nach § 81 StPO ermöglichende Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG mit verfassungsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren ist. Da es auch insofern keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelung gibt, erfolgt die Prüfung zunächst anhand der Maßstäbe des Demokratie-, des Rechtsstaats- und des Sozialstaatsprinzips sowie des Funktionsvorbehalts nach dem Grundgesetz. Abschließend wird die Verfassungsmäßigkeit anhand der Verfassung des Landes Brandenburg untersucht.

Eine eingehende Darstellung erfolgt insoweit nur, als sich Abweichungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB ergeben.

#### **1. Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG verstößt gegen das in Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg niedergelegte Demokratieprinzip und ist materiell verfassungswidrig, wenn Bedienstete der privaten Krankenhausträger Grundrechtseingriffe ohne ausreichende demokratische Legitimation vornehmen dürften.

Als Ausübung von Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg stellt sich alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar<sup>708</sup>. Das ist hier gegeben. Zwar dürfen Eingriffe in das Grundrecht auf persönliche Freiheit nach

<sup>708</sup> Vgl. Abschnitt A. II. 3. a).

Art. Abs. 2 S. 1, 104 GG, Art. 9 Abs. 1 LVBbg bzw. das Post- und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG, Art. 16 LVBbg nur durch den Richter angeordnet werden. Eine eigene Anordnungsbefugnis nach dem Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetz steht weder der Vollzugsleitung noch dem einzelnen Bediensteten zu. Allerdings bezieht sich das nur auf die Anordnung der Maßnahmen. Zur Durchsetzung der richterlichen Anordnungen dem Beschuldigten gegenüber werden die Bediensteten des privaten Trägers tätig. Daher üben dessen Angestellte Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg aus.

Daher müssten die Bediensteten in organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher Hinsicht ausreichend demokratisch legitimiert sein. Das ist hier nicht der Fall.

Zum einen fehlt es an der sachlich-inhaltlichen Legitimation. Nach dem zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB Gesagten muss in dem Beleihungsgesetz *gesetzlich* sichergestellt sein, dass der Fachaufsichtsbehörde eine begleitende Aufsicht vor Ort möglich ist. Das ist hier nicht der Fall. Insofern gelten die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB entsprechend<sup>709</sup>. Allerdings kann die Vorschrift diesbezüglich verfassungskonform ausgelegt werden.

Es fehlt aber an der verfassungsrechtlich notwendigen organisatorisch-personellen Legitimation. Diese erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern. Daran fehlt es hier vollständig. Zu den Gründen kann insofern wiederum auf die Ausführungen zur organisatorisch-personellen Legitimation im Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB verwiesen werden<sup>710</sup>.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG verstößt somit gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg und ist materiell verfassungswidrig und nichtig.

## **2. Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes und der Verfassung des Landes Brandenburg**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG könnte darüber hinaus gegen das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip verstoßen und materiell verfassungswidrig sein.

---

709 Vgl. Abschnitt A. II. 3. c).

710 Vgl. Abschnitt A. II. 3. b).

Zu untersuchen ist insoweit lediglich ein Verstoß gegen den im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorbehalt des Gesetzes. Selbst wenn der Landesgesetzgeber regeln dürfte, dass die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten auch in privaten Einrichtungen vollzogen werden darf<sup>711</sup>, so müssten die Regelungen des Beleihungsgesetzes im Hinblick auf die übertragenen Befugnisse und die aufsichtlichen Möglichkeiten angesichts der schwerwiegenden Auswirkungen für die Grundrechtsausübung des Beschuldigten ein erhebliches Maß an Bestimmtheit aufweisen. Daran fehlt es hier. Nach § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG gelten § 36 Abs. 3 S. 1 und 2 BbgPsychKG für den Vollzug der Unterbringung nach § 81 StPO entsprechend. Daher wird der Private mit aller zur Durchführung des Vollzugs der einstweiligen Unterbringung erforderlichen hoheitlichen Gewalt beliehen. Das aber ist vor dem Hintergrund des Vorbehalts des Gesetzes nicht ausreichend<sup>712</sup>. § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG wird dem Vorbehalt des Gesetzes auch deswegen nicht gerecht, weil er die aufsichtlichen Möglichkeiten der Aufsichtsbehörde nicht mit dem erforderlichen Maß an Bestimmtheit nennt<sup>713</sup>.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ist daher wegen eines Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes materiell verfassungswidrig und nichtig.

### **3. Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG könnte auch nicht mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg niedergelegten Sozialstaatsprinzip vereinbar und damit materiell verfassungswidrig sein.

Aus dem Sozialstaatsprinzip ergeben sich keine absoluten Privatisierungsschranke. Insofern kann auf die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB verwiesen werden<sup>714</sup>. Das Sozialstaatsprinzip bedingt aber rechtliche Erfordernisse, die bei der Ausgestaltung der rechtlichen Grundlage für eine Beleihung privater Träger zu beachten sind. Diesen Vorgaben wird § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG gerecht. Das gilt zum einen hinsichtlich der staatlichen Garantenstellung. Es gilt in gleichem Maße für die staatlichen Verpflichtungen zur Regelung, Aufsicht und Überwachung. Insoweit wird auf die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB verwiesen<sup>715</sup>.

---

711 Vgl. zur fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers Abschnitt C. im 4. Teil der Arbeit.

712 Vgl. Abschnitt A. II. 4. d).

713 S. hierzu Abschnitt A. II. 4. d).

714 Vgl. Abschnitt A. II. 5. b).

715 Vgl. hierzu Abschnitt A. II. 5. d).



§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ist mit dem Sozialstaatsprinzip vereinbar und insofern materiell verfassungsmäßig.

#### **4. Funktionsvorbehalt, Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG könnte aber gegen den Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg verstoßen und damit materiell verfassungswidrig sein. Das ist der Fall, wenn sich die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse darstellt, die von Angehörigen des öffentlichen Dienstes wahrgenommen werden muss und kein die Privatisierung der Durchführung der Aufgabe rechtfertigender sachlicher Grund vorliegt.

##### **a) Beamtenvorbehalt und Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO**

Es ist nicht ersichtlich, dass sich die rechtswissenschaftliche Literatur bisher mit der Frage auseinander gesetzt hat, ob § 81 StPO dem Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg unterliegt. Eine Einordnung des Personals, das bei dem Vollzug der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten eingesetzt wird, anhand der Maßstäbe der vorgenannten verfassungsrechtlichen Normen ist bislang nicht vorgenommen worden.

Zum Begriff der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ und zum diesbezüglichen Streitstand kann auf die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB verwiesen werden<sup>716</sup>. Im Zusammenhang mit § 81 StPO ist festzuhalten, dass es sich hierbei, sofern der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter in eine ärztliche Behandlung nicht einwilligen, um einen Fall der Eingriffsverwaltung handelt. Dann ist die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach jeder vertretenen Auffassung vom Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg erfasst. Das ist auch insofern konsequent, als alle im Rahmen des § 81 StPO notwendigen Freiheitsbeschränkungen eine hohe Grundrechtsrelevanz und eine hohe Eingriffsintensität aufweisen.

Sollten diagnostische oder therapeutische Maßnahmen an dem Beschuldigten vorgenommen werden, liegt auch hier ein Fall einer kombinierten Eingriffs-/Leistungsverwaltung vor. Dann aber gilt das zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB Gesagte entsprechend<sup>717</sup>. Die Unterbringung nach § 81 StPO würde nur dann nicht als Ganzes in den Vorbehaltsbereich fallen, wenn der

---

716 S. Abschnitt A. II. 6. b) aa).

717 Vgl. Abschnitt A. II. 6. b) bb).

engsten Auffassung gefolgt wird, nach der lediglich die Eingriffsverwaltung als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu qualifizieren ist. Wie aber bereits dargelegt wurde, überzeugt diese Auffassung nicht<sup>718</sup>.

Die übrigen Ansichten führen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass Fälle einer gemischten Aufgabenwahrnehmung unter den Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse fallen. Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO wird danach vom Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse selbst dann erfasst, wenn eine ärztliche Behandlung erfolgt und es sich um einen Fall einer kombinierten Eingriffs-/Leistungsverwaltung handelt. Darüber hinaus bestimmt die staatliche Gewalt im Wesentlichen die Lebensführung der untergebrachten Personen. Auch vor diesem Hintergrund stellt sich die Unterbringung nach § 81 StPO als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ dar. Hinzu kommt auch insoweit, dass im Rahmen der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO Situationen entstehen können, in denen die privaten Bediensteten unmittelbaren Zwang und/oder Gewalt gegen die untergebrachten Personen einsetzen müssen. Auch das stellt sich als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse dar.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sich die Ausgestaltung der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten regelmäßig mit der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ verbunden ist und daher dem Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg unterliegt.

## **b) Einzelne „hoheitsrechtliche Befugnisse“ im Rahmen des § 81 StPO**

Das gilt insbesondere für die mit der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO verbundenen Eingriffe in das Grundrecht auf persönliche Freiheit nach Art. Abs. 2 S. 1, 104 GG, Art. 9 Abs. 1 LVBBg. Der Beschuldigte darf auf der Grundlage des § 81 StPO festgehalten werden. Die Unterbringung nach § 81 StPO greift in erheblichem Maße in die körperliche Bewegungsfreiheit des Beschuldigten ein. Dieses Grundrecht hat unter den grundrechtlich verbürgten Rechten ein besonderes Gewicht<sup>719</sup>. Alle Maßnahmen, die dem Festhalten des Beschuldigten dienen, stellen hoheitsrechtliche Befugnisse dar und fallen unter den verfassungsrechtlichen Beamtenvorbehalt.

Daneben darf der Beschuldigte auf der Grundlage des § 81 StPO beobachtet werden. Da nicht auszuschließen ist, dass das die freie Persönlichkeitsentfaltung des Beschuldigten einschränkt, liegt ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit

---

718 Vgl. Abschnitt A. II. 6. b).

719 BVerfGE 65, 317 (322); Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 2 Rdnr. 82.

des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vor. Die Beobachtung des Beschuldigten greift zudem in dessen Privatsphäre ein. Auch die Beobachtung des Beschuldigten unterfällt daher dem verfassungsrechtlichen Beamtenvorbehalt.

Der Sachverständige ist auf der Grundlage des § 81 StPO berechtigt, den Beschuldigten über dessen psychischen und körperlichen Zustand zu befragen. Diese Befragung greift, auch wenn der Beschuldigte nicht antworten muss, in seine allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 10 i.V.m. 7 Abs. 1 LVBBg ein. Auch diese Maßnahme stellt eine „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ dar und unterliegt dem Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg.

Ebenso verhält es sich bei den aufgrund hafrichterlicher Anordnung möglichen Eingriffen in den Schrift- und Fernmeldeverkehr des Beschuldigten. Hierdurch greifen die Bediensteten, auch wenn sie aufgrund richterlicher Anordnung tätig werden, in das Post- und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG, Art. 16 LVBBg ein. Dem Beschuldigten gegenüber liegt eine einseitig regelnde staatliche Entscheidungstätigkeit mit unmittelbar grundrechtswesentlicher Bedeutung vor. Daher handelt es sich auch bei den Beschränkungen der Außenkontakte des Beschuldigten um die „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“. Auch diese Maßnahmen fallen in den Vorbehaltsbereich.

Schließlich stellt sich auch eine grundsätzlich mögliche ärztliche Behandlung als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse dar. Der Arzt tritt den Patienten in Ausübung eines öffentlichen Amtes gegenüber<sup>720</sup>. Seine Maßnahmen sind behördliche Realhandlungen hoheitlicher Art<sup>721</sup>. Daher ist auch die Behandlung des Beschuldigten als hoheitliche Aufgabe anzusehen, die dem verfassungsrechtlichen Beamtenvorbehalt zu unterstellen sind.

Neben die genannten Maßnahmen treten vollzugstypische Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Einrichtung. Hierzu zählen die Anwendung unmittelbaren Zwangs und die Verhängung eventueller Disziplinarmaßnahmen gegen den Beschuldigten bei festgestellten Verstößen gegen die Ordnung, bei Übergriffen gegen das Personal bzw. anderen Inhaftierte oder bei sonstigen rechtswidrigen Handlungen. Solche Maßnahmen bewirken regelmäßig Eingriffe in unterschiedliche Grundrechte des Beschuldigten oder beinhalten wenigstens Entscheidungen über Bewilligung oder Versagung grundrechtswesentlicher Leistungen. Sie sind daher ebenfalls als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu qualifizieren.

---

<sup>720</sup> Vgl. hierzu *Volckart/Grünebaum*, S. 221.

<sup>721</sup> Vgl. Abschnitt A. IV. im 2. Teil der Untersuchung.

### c) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG

Die soeben genannten Befugnisse müssen nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 4 GG in der Regel Beamten übertragen werden. Nach Art. 96 Abs. 3 LVBBg sind sie Beamten oder Verwaltungsangehörigen vorbehalten.

Von diesem Grundsatz kann beim Vorliegen rechtfertigender sachlicher Gründe abgewichen werden<sup>722</sup>. Ein sachlicher Grund kann bei einer besseren Eignung des privaten Trägers zu bejahen sein oder dann, wenn die ordnungsgemäße Aufgabendurchführung im Falle der unmittelbaren Staatsverwaltung in Gefahr wäre. Auch im Hinblick auf die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO sind die übertragenen Befugnisse einer Einzelbetrachtung zu unterziehen. Schließlich muss die Übertragung der Aufgabendurchführung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.

Die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private beruht ausweislich der Entstehungsgeschichte auch bei der Unterbringung nach § 81 StPO auf rein fiskalischen Erwägungen. Denn die Gesetzesbegründung unterscheidet nicht zwischen dem Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB und der Unterbringung nach § 81 StPO. Daher gilt, dass die Ausgliederung der entsprechenden Einrichtungen aus der Landesverwaltung „wegen der hohen Kosten des Gesundheitswesens“<sup>723</sup> erfolgt und weil die Aufgaben „sinnvoller und wirtschaftlicher von privater Seite erledigt werden können“<sup>724</sup>. Hinzu kommt, dass auch § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG letztlich auf die Vorschrift des Art. 2 § 3 S. 2 Nr. 13 HSichG 2003 zurückgeht. Diese Regelung verfolgt das Ziel des Abbaus von Stellen in der Landesverwaltung unter Gewährleistung der Leistungsfähigkeit der Landesverwaltung, das Ziel der Begrenzung von Personalausgaben und die Prüfung, welche Aufgaben gestrichen oder effizienter wahrgenommen werden können. Dass andere Gründe eine Rolle spielen könnten, hat die Landesregierung nicht dargelegt. Es ist auch nicht ersichtlich.

Auch angesichts der übertragenen Eingriffsbefugnisse erweist sich die Ausnahme vom Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 LVBBg als nicht gerechtfertigt. Wie im vorigen Abschnitt dargelegt wurde, haben die Maßnahmen im Rahmen der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO eine erhebliche Grundrechtsrelevanz. Daher gilt, dass eine Übertragung der Aufgabendurchführung umso weniger in Betracht kommt, je mehr die übertragenen Befugnisse in grundrechtsrelevante Bereiche eingreifen. Dieser Maßstab ergibt sich

---

722 Vgl. hierzu bereits Abschnitt A. II. 6. d).

723 LT-Drs 3/6951 vom 19.01.2004, S. 1.

724 LT-Drs 3/6951 vom 19.01.2004, S. 2.

aus dem Sinn und Zweck der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 LVBbg. Der besteht darin, das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu stärken und eine stabile und gesetzestreue Verwaltung zu sichern. Je mehr die übertragenen Befugnisse in diesen Schutzbereich eingreifen, umso höher müssen die eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private rechtfertigenden Gründe sein. Dem wird die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ausweislich der vorstehenden Ausführungen nicht gerecht.

Die Übertragung der Durchführung der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO ist schließlich nicht verhältnismäßig. Unterstellt, fiskalische Gründe seien ausreichend, wäre die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG zur Erreichung dieses Zieles geeignet und erforderlich<sup>725</sup>. Allerdings fehlt es insoweit an der Angemessenheit der Regelung. Da auch bei der Unterbringung nach § 81 StPO grundrechtswesentliche Befugnisse wahrgenommen werden, dürfte nach dem zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB Gesagten die erforderliche Sachkunde staatlicherseits nur in sehr eingeschränktem Maße oder überhaupt nicht zur Verfügung stehen, oder es müsste eine konkrete Gefährdung der ordnungsgemäßen Aufgabendurchführung zu bejahen sein. Beides ist nach dem Einlassungen der Landesregierung zu § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG, die auch hier gelten, nicht der Fall<sup>726</sup>. Die Übertragung der Aufgabendurchführung steht daher nicht in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Funktionsvorbehaltes der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 LVBbg.

Darüber hinaus ist auch hier zu bemängeln, dass eine Beleihung dem Grundsatz widerspricht, dass eine vom Funktionsvorbehalt erfasste Aufgabe überwiegend auf Beamte übertragen werden muss und nichtverbeamtete Personen eine zahlenmäßige Minderheit bleiben müssen.

Eine verfassungskonforme Auslegung durch eine teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG, der gemäß § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG entsprechend gilt, scheidet am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke<sup>727</sup>.

#### **d) Zwischenergebnis**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG verstößt gegen den Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 LVBbg und ist damit materiell verfassungswidrig.

---

<sup>725</sup> Vgl. Abschnitt A. II. 6. e) dd).

<sup>726</sup> Vgl. Abschnitt A. II. 6. e) dd).

<sup>727</sup> S. hierzu Abschnitt A. II. 6. f).

## IV. Ergebnis

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ist, soweit er die Möglichkeit schafft, den Vollzug der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO auf private Einrichtungen zu übertragen, nicht nur formell<sup>728</sup>, sondern auch materiell verfassungswidrig und nichtig.

Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO weist keine rechtlichen Ähnlichkeiten mit dem Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG auf. Es handelt sich hierbei um eine davon unabhängige, eigenständige strafprozessuale Zwangsmaßnahme. Daher sind die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG auf die Privatisierung der Aufgabe nach § 81 StPO nicht ohne weiteres übertragbar.

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass absolute Privatisierungsverbote einer Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private nicht entgegenstehen.

Die Vorschrift wird aber den zu beachtenden konkreten verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht.

So liegt zum einen ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip der Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg vor. Es fehlt zunächst an der sachlich-inhaltlichen Legitimation. Denn § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG stellt eine begleitende Aufsicht vor Ort nicht gesetzlich sicher. Die Bediensteten des privaten Trägers, die die Grundrechtseingriffe tatsächlich vornehmen, sind darüber hinaus nicht im erforderlichen Umfang organisatorisch-personeller Hinsicht legitimiert. Auch § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG schreibt die Bestellung der privaten Bediensteten zu Verwaltungsvollzugsbeamten nicht in dem Umfang vor, in dem sie Grundrechtseingriffe vornehmen. Ein Ausgleich der fehlenden demokratischen Legitimation scheidet aus. Ein solcher Ausgleich ist nur möglich, wenn ein Legitimationsstrang wenigstens vorhanden ist. Daran fehlt es hier. § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ist, was die organisatorisch-personelle Legitimation betrifft, auch nicht verfassungskonform auszulegen. In den Begriff der „Fachaufsicht“ kann nicht hineininterpretiert werden, dass hiervon auch solche Maßnahmen erfasst sind, die der Aufsichtsbehörde einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit sowie die Anleitung dieser Bediensteten für alle von diesen vorgenommenen Grundrechtseingriffe erlaubt. Dem steht die Berufsausübungsfreiheit des privaten Trägers entgegen.

---

<sup>728</sup> Vgl. hierzu Abschnitt D. im 4. Teil der Arbeit.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ist zum anderen nicht mit dem im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorbehalt des Gesetzes vereinbar. So fehlt es zunächst an einer Regelung zu den übertragenen hoheitlichen Befugnisse im Einzelnen.

Zwar verstößt § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG nicht gegen das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 LVBbg. Zwar folgt aus dem Sozialstaatsprinzip kein absolutes Privatisierungsverbot. In Verbindung mit den Grundrechten der untergebrachten Personen ergeben sich aber rechtliche Erfordernisse, die bei der Ausgestaltung der rechtlichen Grundlage für eine Beleihung privater Träger zu beachten sind. Hierzu zählen eine Garantenstellung des Staates sowie Verpflichtungen zur Regelung, Aufsicht und Überwachung über die privaten Einrichtungen. Dem wird § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG gerecht.

Die Norm ist aber nicht mit dem Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG bzw. Art. 96 Abs. 3 LVBbg zu vereinbaren, der nach hier vertretener Auffassung auf den Bereich der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch beliehene Privatpersonen anwendbar ist. Die Ausgestaltung der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO ist regelmäßig mit der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ verbunden. Sie unterliegt daher dem Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 LVBbg. Zwar kommt beim Vorliegen rechtfertigender sachlicher Gründe eine Ausnahme von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG in Betracht. Die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG beruht aber lediglich auf fiskalischen Erwägungen. Das reicht nicht aus. Daneben erweist sich eine Ausnahme von dem in Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 LVBbg niedergelegten Funktionsvorbehalt auch angesichts der den Beliehenen und ihren Bediensteten überantworteten Eingriffsbefugnisse als nicht gerechtfertigt. Schließlich steht die Übertragung der Aufgabendurchführung nicht in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Funktionsvorbehaltes. Eine verfassungskonforme Auslegung durch eine teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG, der gemäß § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG für die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO entsprechend gilt, scheidet am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke.

#### **D. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG als Rechtsgrundlage für die Privatisierung der Aufgaben nach § 126a StPO**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG könnte, soweit er die Möglichkeit, schafft, den Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO auf private Einrichtungen zu übertragen, materiell verfassungswidrig und damit nichtig sein.

Das ist zu bejahen, wenn die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO eine „Vorfeldmaßnahme“ zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB darstellen würde und insofern die gleichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe anzulegen wären.

## **I. Die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO als „Vorfeldmaßnahme zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB“**

Zu untersuchen ist daher zunächst, in welchem Verhältnis die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB steht.

Wie bereits im Abschnitt „Grundsätzliches zur Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten (§ 81 StPO) und zur einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO)“<sup>729</sup> dargestellt wurde, dient die Vorschrift dem Schutz der Allgemeinheit vor gemeingefährlichen Rechtsbrechern<sup>730</sup>. Die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO ist eine vorläufige Sicherungsmaßregel<sup>731</sup>. In der Regel mündet diese im Ermittlungsverfahren getroffene Anordnung in einer Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB<sup>732</sup>. Daher kann die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO als „Vorfeldmaßnahme zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB“ bezeichnet werden.

Der Vollzug der Unterbringung nach § 126a StPO richtet sich nach den Vorschriften über den Vollzug der Untersuchungshaft, der bislang landesrechtlich nicht geregelt ist. Der Vollzug der Untersuchungshaft ist bundesrechtlich aber nur sehr unvollkommen geregelt. Die Länder dürfen deshalb Einzelheiten der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO regeln. Dazu gehört u.a. die Frage, in wessen Trägerschaft Einrichtungen zu stehen haben, in denen die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO vollzogen wird<sup>733</sup>.

## **II. Zur Frage von absoluten Privatisierungsverboten**

Zunächst könnten sich (absolute) Privatisierungsverbote aus dem Umstand ergeben, dass die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO einen Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“ oder einen Fall der Leistungsverwaltung darstellt.

---

729 Vgl. Abschnitt A. V. 2. im 2. Teil der Untersuchung.

730 *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 126a Rdnr. 2; *Meyer-Goßner*, § 126a Rdnr. 1; *Wankel*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), § 126a Rdnr. 1; *Pollähne*, R & P 2002, 229 (231).

731 *Pollähne*, R & P 2002, 229 (230).

732 *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 126a Rdnr. 2; *Meyer-Goßner*, § 126a Rdnr. 1; *Pollähne*, R & P 2002, 229 (230): „erhebliche präjudizielle Weichenstellung für die spätere Anordnung der §§ 63, 64 StGB“.

733 Vgl. Abschnitt E. im 4. Teil der Arbeit.



Dadurch, dass die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO dem Schutz der Allgemeinheit dient<sup>734</sup>, wird der Staat durch sie dem an ihn gerichteten Anspruch gerecht, seine Bürger vor Kriminalität und Gewalt zu schützen<sup>735</sup>. Die einstweilige Unterbringung stellt daher einen Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“ dar.

Auch die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO stellt einen Fall einer kombinierten Eingriffs-/Leistungsverwaltung dar. Nach Nr. 90 Abs. 2 UVollzO gelten die Bestimmungen über den Vollzug der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB entsprechend. Daher richtet sich der Vollzug im Wesentlichen nach dem Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetz (vgl. auch § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. c BbgPsychKG), soweit bundesrechtliche Vorschriften (z.B. § 119 StPO) nichts anderes regeln. Daher hat die einstweilig untergebrachte Person nach §§ 40 Abs. 1 S. 1, 41 BbgPsychKG einen Anspruch auf ärztliche Behandlung der Defekte, die zur Unterbringung geführt haben und anderer Erkrankungen. Das gilt jedenfalls solange die ärztliche Behandlung auf freiwilliger Basis erfolgt<sup>736</sup>. Bei diesem Anspruch handelt es sich um Leistungsverwaltung<sup>737</sup>. Im Übrigen kann dahinstehen, ob die gegenüber den untergebrachten Personen ausgeübten und in ihre Grundrechte eingreifenden Befugnisse auf dem Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetz oder den Regelungen der Strafprozessordnung über den Vollzug der Untersuchungshaft beruhen<sup>738</sup>. Denn die im Rahmen der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO vorgenommenen Eingriffe in die Grundrechte der untergebrachten Personen stellen sich in beiden Fällen als Eingriffsverwaltung dar.

Allerdings ergeben sich auch in Bezug auf die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO rechtliche Grenzen von Privatisierungen lediglich aus konkreten verfassungsrechtlichen Vorschriften, in denen die staatlichen Fundamentalpflichten positivrechtlich konkretisiert werden<sup>739</sup>.

Aus dem Umstand, dass die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO eine „Staatsaufgabe Sicherheit“ und einen Fall einer kombinierten Eingriffs-/Leistungsverwaltung darstellt, ergeben sich keine absoluten Privatisierungsverbote.

---

734 Vgl. Abschnitt A. V. 2. im 2. Teil der Untersuchung.

735 Vgl. hierzu Abschnitt A. I. 1. a) und b).

736 Eine zwangsweise Behandlung der untergebrachten Personen scheidet zumindest nach der Auffassung von *Volckart/Grünebaum*, S. 47, wegen der Regelung des § 119 Abs. 3 i.V.m. § 126a Abs. 2 StPO aus.

737 Vgl. Abschnitt A. I. 2. b).

738 Vgl. Abschnitt A. V. 2. im 2. Teil der Untersuchung.

739 Vgl. hierzu Abschnitte A. I. 1. c) und A. I. 2. c) bb).

### **III. Übertragbarkeit der für den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe**

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO um eine Vorfeldmaßnahme zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB. Daher können die dortigen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für eine Privatisierung und der dortige Prüfungsmaßstab auf die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO im Wesentlichen übertragen werden. Eine eingehende Darstellung erfolgt daher nur soweit, als sich im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Maßstäbe Abweichungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB ergeben.

Es kann dahinstehen, ob die Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen auf der Grundlage des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes, des § 126a Abs. 2 i.V.m. § 119 StPO oder auf der Grundlage hafrichterlicher Individualregelungen erfolgen<sup>740</sup>. In jedem Fall greifen die entsprechenden Befugnisse in grundrechtlich geschützte Positionen der untergebrachten Personen ein und werden durch Bedienstete des beliebigen Privaten vorgenommen.

Im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Privatisierung der Durchführung der Aufgabe der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO ist zunächst festzuhalten, dass es insoweit genauso wenig eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelung gibt wie im Hinblick auf den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB.

#### **1. Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg**

Auch in Bezug auf die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG ist zunächst zu prüfen, ob die Vorschrift aufgrund eines möglichen Verstoßes gegen das in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegte Demokratieprinzip materiell verfassungswidrig ist. Ein solcher Verstoß könnte vorliegen, wenn Bedienstete der privaten Krankenhausträger Grundrechtseingriffe vornehmen dürften, ohne hierzu ausreichend demokratisch legitimiert zu sein.

Auch im Rahmen der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO übt jeder einzelne Bedienstete des privaten Trägers Staatsgewalt aus, unabhängig davon, auf welcher Grundlage dieses Handeln erfolgt. Denn auch, wenn sich der Vollzug nach § 119 StPO richtet, wird zumindest der schriftliche und mündliche Verkehr des Untergebrachten mit der Außenwelt wie bei einem Verhafteten kontrolliert<sup>741</sup>.

---

<sup>740</sup> Vgl. hierzu Abschnitt A. V. 2. im 2. Teil der Untersuchung.

<sup>741</sup> Vgl. hierzu Abschnitt A. V. 2. im 2. Teil der Untersuchung.

Die sachlich-inhaltliche Legitimation erfordert auch hinsichtlich der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO grundsätzlich eine Rechtsaufsicht. In dem hier in Rede stehenden Bereich der einstweiligen Unterbringung und der damit verbundenen erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen ist eine Beileihung nur zulässig, wenn *gesetzlich* sichergestellt wird, dass der Fachaufsichtsbehörde eine begleitende Aufsicht vor Ort möglich ist. Das ist hier nicht der Fall. Die Norm kann aber verfassungskonform ausgelegt werden. Insofern gelten die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB entsprechend<sup>742</sup>.

Die daneben verfassungsrechtlich notwendige organisatorisch-personelle Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern. Daran fehlt es hier vollständig, sofern Befugnisse ausgeübt werden, die keinen unmittelbaren Zwang darstellen. Zu den Gründen kann insofern auf die Ausführungen zur organisatorisch-personellen Legitimation im Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB verwiesen werden<sup>743</sup>. Das gilt auch für die Frage des Ausgleichs von Legitimationsdefiziten sowie die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG verstößt somit gegen das Demokratieprinzip der Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg. Die Vorschrift ist aufgrund dessen materiell verfassungswidrig.

## **2. Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes und der Landesverfassung**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG könnte darüber hinaus gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

Zwar stehen das staatliche Gewaltmonopol, der Grundsatz der Gewaltenteilung, die Rechtsschutzgarantie oder haftungsrechtliche Aspekte einer Privatisierung der Aufgabe der Durchführung der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO genauso wenig entgegen wie im Rahmen des Maßregelvollzugs nach §§ 63,64 StGB<sup>744</sup>.

Allerdings wird § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorbehalt des Gesetzes nicht gerecht. Zwar darf der Landesgesetzgeber aufgrund der ihm verbleibenden Regelungsbefugnisse festlegen, in welchen Einrichtungen die einstweilige Unterbringung nach § 126a

---

742 Vgl. Abschnitt A. II. 3. b).

743 Vgl. Abschnitt A. II. 3. c).

744 Vgl. Abschnitte A. II. 4. a), b), c) und e).

StPO vollzogen wird. Daher könnte er insofern grundsätzlich auch regeln, dass ein privater Träger mit dieser Aufgabe beliehen werden darf. Allerdings müssen Gegenstand der gesetzlichen Regelung insbesondere Art und Umfang der übertragenen Befugnisse sein. Diese Regelungen müssen umso genauer sein, je schwerwiegender die Auswirkungen des Beleihungsgesetzes für die Grundrechtsausübung des Betroffenen sind. Nach § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG gelten § 36 Abs. 3 S. 1 und 2 BbgPsychKG für den Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO entsprechend. Daher wird der Private mit aller zur Durchführung des Vollzugs der einstweiligen Unterbringung erforderlichen hoheitlichen Gewalt beliehen. Das aber ist vor dem Hintergrund des Vorbehalts des Gesetzes nicht ausreichend<sup>745</sup>.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG verstößt gegen den im Rechtsstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg verankerten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Die Vorschrift ist daher materiell verfassungswidrig und nichtig.

### **3. Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG könnte auch aufgrund eines Verstoßes gegen das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 LVBbg materiell verfassungswidrig und damit nichtig sein.

Eine absolute Privatisierungsschranke lässt sich dem Sozialstaatsprinzip nicht entnehmen<sup>746</sup>. Den sich aus dem Sozialstaatsprinzip rechtlichen Erfordernissen, die bei der Ausgestaltung der rechtlichen Grundlage für eine Beleihung privater Träger zu beachten sind, wird § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG gerecht. Das gilt sowohl hinsichtlich der staatlichen Garantienstellung, als auch im Hinblick auf die staatlichen Verpflichtungen zur Regelung, Aufsicht und Überwachung. Insoweit wird auf die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB verwiesen<sup>747</sup>.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG verstößt daher nicht gegen das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.

### **4. Funktionsvorbehalt, Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg**

Ebenso wie § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte auch die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG gegen den Funktionsvorbehalt verstoßen und damit materiell verfassungswidrig sein.

---

<sup>745</sup> Vgl. Abschnitt A. II. 4. d).

<sup>746</sup> Vgl. Abschnitt A. II. 5. b).

<sup>747</sup> Vgl. hierzu Abschnitt A. II. 5. d).

### **a) Hoheitsrechtliche Befugnisse im Rahmen der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO**

Auch im Rahmen der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO werden hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg als ständige Aufgabe ausgeübt<sup>748</sup>. Daher ist dieser Bereich in der Regel Statusbeamten vorbehalten.

### **b) Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis**

Auch hinsichtlich der einstweiligen Unterbringung kommt beim Vorliegen rechtfertigender sachlicher Gründe eine Ausnahme von der Regel der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBbg in Betracht. Ein sachlicher Grund kann bei einer besseren Eignung des privaten Trägers zu bejahen sein oder dann, wenn die ordnungsgemäße Aufgabendurchführung im Falle der unmittelbaren Staatsverwaltung in Gefahr wäre. Auch im Hinblick auf die einstweilige Unterbringung sind die übertragenen Befugnisse einer Einzelbetrachtung zu unterziehen und die Übertragung der Aufgabendurchführung muss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.

Die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private beruht ausweislich der Gesetzesbegründung auch bei der einstweiligen Unterbringung auf rein fiskalischen Erwägungen. Denn die Begründung unterscheidet nicht zwischen dem Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB und der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO. Daher gilt, dass die Ausgliederung der entsprechenden Einrichtungen aus der Landesverwaltung „wegen der hohen Kosten des Gesundheitswesens“<sup>749</sup> erfolgt und weil die Aufgaben „sinnvoller und wirtschaftlicher von privater Seite erledigt werden können“<sup>750</sup>. Hinzu kommt, dass auch § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG in der heute geltenden Fassung letztlich auf die Vorschrift des Art. 2 § 3 S. 2 Nr. 13 HSichG 2003 zurückgeht, der fiskalische Erwägungen zugrunde liegen. Dass andere Gründe eine Rolle spielen könnten, hat die Landesregierung nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich.

Auch angesichts der übertragenen Eingriffsbefugnisse erweist sich die Ausnahme vom Funktionsvorbehalt als nicht gerechtfertigt. Sofern der Haftrichter sich auf die Untersuchungshaftvollzugsordnung bezieht, deren Regelungen im konkreten Fall für anwendbar erklärt und demgemäß das jeweilige Landesrecht zum Maßregelvollzug in Kraft setzt, gelten die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach

---

748 Vgl. zum Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse Abschnitt A. II. 6. b).

749 LT-Drs 3/6951 vom 19.01.2004, S. 1.

750 LT-Drs 3/6951 vom 19.01.2004, S. 2.

§§ 63, 64 StGB entsprechend<sup>751</sup>. Das gleiche gilt, sofern der Haftrichter unmittelbar die Anwendbarkeit des Landesrechts anordnet. Sofern der Haftrichter andere Individualregelungen trifft und z.B. einzelne Bestimmungen des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes für anwendbar erklärt, gilt Folgendes: Auch in diesem Fall werden durch die Bediensteten gegenüber der untergebrachten Person Befugnisse mit erheblicher Grundrechtsrelevanz ausgeübt. Das umfasst Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung (vgl. § 119 Abs. 3 StPO) sowie die Überwachung des Post-, Fernmelde- und Besuchsverkehrs (vgl. § 119 Abs. 3 StPO). Die Lebensführung der untergebrachten Person ist auch in diesem Fall im Wesentlichen von der staatlichen Gewalt bestimmt. Die Bediensteten des privaten Trägers entscheiden darüber, welche Beschränkungen der untergebrachten Person zur Erreichung des Zweckes der Unterbringung oder zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Einrichtung im Sinne von § 119 Abs. 3 StPO erforderlich sind.

Die Übertragung der Durchführung der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO ist auch nicht verhältnismäßig. Insoweit gelten die Ausführungen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB entsprechend<sup>752</sup>.

Daneben ist zu bemängeln, dass eine Beleihung dem Grundsatz widerspricht, dass eine vom Funktionsvorbehalt erfasste Aufgabe überwiegend auf Beamte bzw. Verwaltungsangehörige zu übertragen ist und nichtverbeamtete bzw. private Personen zahlenmäßig eine Minderheit bleiben müssen.

Eine verfassungskonforme Auslegung durch eine teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG, der gemäß § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG entsprechend gilt, scheidet auch hier am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke<sup>753</sup>.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG verstößt gegen den Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 S. 1 LV Bbg. Die Vorschrift ist damit materiell verfassungswidrig.

#### **IV. Ergebnis**

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG verstößt sowohl gegen das Grundgesetz als auch gegen die Verfassung des Landes Brandenburg. Die Vorschrift ist materiell verfassungswidrig und somit nichtig.

---

751 Vgl. Abschnitt A. II. 6. e) dd).

752 Vgl. Abschnitt A. II. 6. e) cc).

753 S. hierzu Abschnitt A. II. 6. f).

Die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO stellt eine „Vorfeldmaßnahme zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB“ dar. Daher gelten für die Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private im Wesentlichen die gleichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe wie beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB.

Eine Privatisierung scheitert nicht an absoluten Privatisierungsverboten.

Allerdings wird § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG den zu beachtenden konkreten verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht. So ist die Norm mangels demokratischer Legitimation nicht mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 2 LVBbg vereinbar. Daneben verstößt § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG gegen das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip. Zwar liegt kein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 LVBbg vor. Allerdings ist § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG nicht mit Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 96 Abs. 3 LVBbg zu vereinbaren.

## **6. Teil Einfachgesetzliche Grenzen der Privatisierung und menschenrechtliche Aspekte**

Im Rahmen der Untersuchung konnte im 4. und 5. Teil bislang nachgewiesen werden, dass die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG sowohl gegen formelle, als auch gegen materielle verfassungsrechtliche Vorgaben verstößt.

Allerdings hat die Materie des Vollzugs der Maßregeln zur Besserung und Sicherung auch in einfachgesetzlichen Normen eine Regelung gefunden. Hierzu zählen Vorschriften des Strafgesetzbuches, des Jugendgerichtsgesetzes und des Strafvollzugsgesetzes. Zu prüfen ist schließlich die Vereinbarkeit mit der Untersuchungshaftvollzugsordnung.

Diese Regelungen sind vor dem Hintergrund des Art. 31 GG von Bedeutung. Hiernach bricht Bundesrecht Landesrecht. Sollte § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG mit Normen der vorgenannten Gesetze, sofern sie nach der Föderalismusreform noch anwendbar sind, kollidieren, wird die Vorschrift derogiert. Der Vorschrift wird die Rechtsgeltung entzogen. Daher ist zunächst grundsätzlich zu hinterfragen, wann eine Kollision im Sinne von Art. 31 GG vorliegt und welche Rechtsfolgen sich hieran knüpfen. Sodann kann im Einzelnen untersucht werden, ob § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG mit den genannten einfachgesetzlichen Vorgaben kollidiert.

Schließlich geht die Untersuchung der Frage nach, ob menschenrechtliche Aspekte, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention, einer Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 82, 126a StPO entgegenstehen.

### **A. Die Bedeutung des Art. 31 GG**

Art. 31 GG regelt als eine grundlegende Vorschrift des Bundesstaatsprinzips<sup>754</sup> die Lösung von Widersprüchen zwischen Bundes- und Landesrecht. Er bestimmt das Rangverhältnis für alle Arten von Rechtssätzen jeder Rangstufe.

Für den Grundrechtsbereich trifft Art. 142 GG eine von Art. 31 GG abweichende Sonderregelung. Diese ist aber, ebenso wie die Homogenitätsvorschrift des Art. 28 Abs. 1 GG, ohne Belang. Auf eine weitere Darstellung wird daher verzichtet.

---

<sup>754</sup> BVerfGE 36, 342 (365); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 1; *Huber*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 3; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 18; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 1.



Um zu prüfen, ob die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG mit bundesrechtlichen Normen kollidiert, sind zunächst der Anwendungsbereich und die Voraussetzungen des Art. 31 GG herauszuarbeiten. Daran anschließend ist zu untersuchen, welche Rechtsfolgen sich an die Feststellung eines Kollisionsfalles für die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG knüpfen.

## I. Anwendungsbereich

Die Kompetenzfrage, also die Frage, ob der Bund von einem Kompetenztitel abschließend Gebrauch gemacht hat und sich hierdurch die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG entfaltet, ist der Kollisionsfrage vorgeordnet<sup>755</sup>. Soweit die Art. 70ff. GG Rechtsfolgen für das Landesrecht enthalten, gehen sie als *leges speciales* dem Art. 31 GG vor<sup>756</sup>. Eine solche Rechtsfolge stellt die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG dar.

## II. Voraussetzungen

### 1. „Recht“ im Sinne von Art. 31 GG

Zunächst muss es sich bei den bundes- und landesrechtlichen Vorschriften um „Recht“ im Sinne von Art. 31 GG handeln.

„Recht“ in diesem Sinne bedeutet geschriebenes und ungeschriebenes Recht jeder Rangstufe. Art. 31 GG gilt hingegen nicht für Verwaltungsvorschriften und Einzelfallentscheidungen<sup>757</sup>. Ob es sich um Bundes- oder Landesrecht handelt, richtet sich grundsätzlich danach, ob das Organ, das den Rechtssatz erlassen hat, dem Bund oder einem Land zuzurechnen ist<sup>758</sup>.

### 2. Gültigkeit des Bundes- oder Landesrechts

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 31 GG kommt hinzu, dass die Normen des Bundes- oder Landesrechts Gültigkeit besitzen müssen.

Sind die entsprechenden Vorschriften des Bundes- oder des Landesrechts bereits aus anderen Gründen nichtig, braucht keine Kollision gelöst zu werden. Die

---

<sup>755</sup> *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 23; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 3; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 17.

<sup>756</sup> *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 3; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 25.

<sup>757</sup> *Huber*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 10; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 4; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 2 m.z.w.N.; *März*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 25; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 33.

<sup>758</sup> *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 35; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 2.

Anwendung des Art. 31 GG ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Ein solcher Fall liegt z.B. dann vor, wenn der Bund für die Regelung, die Vorrang beansprucht, überhaupt die Gesetzgebungskompetenz hat. Art. 31 GG gilt nur für kompetenzgemäßes, nicht auch für kompetenzüberschreitendes Bundes- und Landesrecht<sup>759</sup>. Ist dies nicht der Fall, so ist die bundesrechtliche Regelung verfassungswidrig und nichtig. Sie kann dann keinen Vorrang vor entgegenstehendem Landesrecht haben. Anders herum ist auch eine Landesnorm, die außerhalb der Gesetzgebungskompetenzen des Landes erlassen worden ist, bereits aus diesem Grunde nichtig und kann nicht mehr mit einer Norm des Bundesrechts kollidieren.

### 3. Kollision

Art. 31 GG löst die Kollision von Normen und setzt weiterhin voraus, dass die Regelungen des Bundes- und Landesrechts auf denselben Sachverhalt anwendbar sind<sup>760</sup>.

Führen die sich in ihrem Regelungsbereich überschneidenden Normen bei ihrer Anwendung zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, so bricht Bundesrecht jeder Rangordnung eine landesrechtliche Regelung auch dann, wenn sie Bestandteil des Landesverfassungsrechts ist<sup>761</sup>. Kommen Bundesrecht und Landesrecht bei der Regelung desselben Sachverhalts hingegen zu gleichen Ergebnissen, so bleibt das Landesrecht jedenfalls dann in Geltung, wenn es sich dabei um Landesverfassungsrecht handelt<sup>762</sup>.

### III. Rechtsfolgen

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, bricht Bundesrecht Landesrecht. Das bedeutet, dass Landesrecht im Anwendungsbereich des Art. 31 GG nichtig ist (Derogation)<sup>763</sup>. Bestehendes Landesrecht wird aufgehoben, zukünftiges wird gesperrt, d.h. kann nicht in Kraft treten<sup>764</sup>. Übertragen auf die vorliegende

759 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 3; *Böckenförde/Grawert*, DÖV 1971, 119 (122).

760 BVerfGE 26, 116 (135f.); 98, 145 (159); *Huber*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 18; *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 4; *Bartlsperger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR IV, § 96 Rdnr. 16; *Jachmann*, JuS 1994, L 81 (L 82).

761 BVerfGE 26, 116 (135); 36, 342 (363); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 4.

762 BVerfGE 36, 342 (363, 367); 40, 296 (327).

763 BVerfGE 36, 342 (365); *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 5; *Huber*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 23; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 13; *März*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 43; *Bernhart/Sacksofsky*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 57.

764 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 5; *März*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 43.

Konstellation bedeutet das, dass die eine Privatisierung ermöglichende Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG ungültig ist. Die bundesrechtlichen Vorschriften stehen dann einer Privatisierung entgegen.

## **B. Strafgesetzbuch**

Vor dem Hintergrund des Art. 31 GG ist zu prüfen, ob § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG, soweit er die Möglichkeit eröffnet, die Maßregeln der Besserung und Sicherung in einer privaten Einrichtung zu vollziehen, mit §§ 63, 64 StGB kollidiert.

### **I. Die Begriffe des „psychiatrischen Krankenhauses“ i.S.v. § 63 StGB und der „Entziehungsanstalt“ i.S.v. § 64 StGB als Privatisierungsgrenze**

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte mit §§ 63, 64 StGB kollidieren, wenn der Rechtsbegriff „Einrichtungen privater Träger“ einen anderen Regelungsgehalt als die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ im Sinne von § 63 StGB bzw. „Entziehungsanstalt“ im Sinne von § 64 StGB hat. Das ist der Fall, wenn mit den beiden letztgenannten Begriffen zwingend gemeint ist, dass es sich hierbei um Einrichtungen öffentlicher Träger handeln muss.

Der Anwendungsbereich des Art. 31 GG ist eröffnet. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist nicht bereits wegen eines Verstoßes gegen die grundgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen nichtig<sup>765</sup>.

Bei beiden Vorschriften handelt es sich um Recht im Sinne von Art. 31 GG. Es handelt sich jeweils um Parlamentsgesetze. Beide Normen besitzen auch die erforderliche Gültigkeit: Dass § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG kompetenzgemäß erlassen worden ist, konnte die Untersuchung bereits nachweisen.

Daher ist zu prüfen, ob eine Kollision zwischen beiden Normen vorliegt. Beide Vorschriften sind auf denselben Sachverhalt anwendbar. Beide Normen regeln, in welchen Einrichtungen die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 StGB vollzogen werden. Daher können sich die Regelungsbereiche beider Regelungen überschneiden. Zu untersuchen ist aber, ob die sich in ihrem Regelungsbereich überschneidenden Normen bei ihrer Anwendung zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Das ist der Fall, wenn die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ in § 63 StGB und „Entziehungsanstalt“ in § 64 StGB den gleichen Begriffsinhalt haben wie der Begriff „Einrichtungen privater Träger“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG.

---

<sup>765</sup> Vgl. Abschnitt A. im 4. Teil der Arbeit.

Das ist aber nicht der Fall. Beide Begriffe enthalten keine Aussage darüber, in wessen Trägerschaft das „psychiatrische Krankenhaus“ (§ 63 StGB) oder die „Entziehungsanstalt“ (§ 64 StGB) stehen müssen<sup>766</sup>. Von §§ 61 Nr. 1, 63 StGB ist auch die Unterbringung in „Einrichtungen privater Träger“ im Sinne von § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG erfasst. Eine Kollision zwischen § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG und §§ 61 Nr. 1, 63 StGB liegt somit nicht vor, da die Normen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Der Begriff „Entziehungsanstalt“ in §§ 61 Nr. 1, 63 StGB umfasst auch die Unterbringung in „Einrichtungen privater Träger“ im Sinne von § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG. Beide Normen führen damit nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen.

## **II. Ergebnis**

Eine Kollision zwischen § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG und §§ 61 Nr. 1 und 2, 63, 64 StGB liegt nicht vor, da die Vorschriften nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die Vorschrift ist daher nicht nach Art. 31 GG nichtig. §§ 63, 64 StGB stehen einer Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzugs nicht entgegen.

## **C. Jugendgerichtsgesetz**

Die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte, soweit sie die Möglichkeit schafft, die Durchführung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG zu privatisieren, im Hinblick auf die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes problematisch sein.

Nach § 7 JGG können als Maßregeln der Besserung und Sicherung im Sinne des allgemeinen Strafrechts u.a. die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet werden. Daher ist zunächst zu prüfen, ob sich aus diesen Begriffen Privatisierungsgrenzen ergeben.

Daneben ist hinsichtlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt die Vorschrift des § 93a Abs. 2 JGG zu beachten. Zu untersuchen ist, welche Konsequenzen, eventuell auch im Sinne einer Öffnungsklausel oder eines Privatisierungsgebots, hieraus für die Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG zu ziehen sind.

---

<sup>766</sup> Vgl. Abschnitt C. I. 2. a) im 4. Teil der Untersuchung.

## I. Der Verweis auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung des allgemeinen Strafrechts

Bei der Anwendung des materiellen Jugendstrafrechts (vgl. hierzu § 1 JGG) sind von den Maßregeln der Besserung und Sicherung des allgemeinen Strafrechts nur die in § 7 JGG genannten Maßregeln zulässig<sup>767</sup>. Hierzu zählen u.a. die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach §§ 61, Nr. 1, 63 StGB und die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach §§ 61 Nr. 2, 64 StGB. Für die Voraussetzungen gelten die Bestimmungen des allgemeinen Strafrecht<sup>768</sup>. Auch für die Durchführung des Vollzugs gelten die Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts<sup>769</sup>.

Daher ist davon auszugehen, dass die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ in § 7 JGG den gleichen Begriffsinhalt haben wie die entsprechenden Begriffe in den §§ 63, 64 StGB<sup>770</sup>. Die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ in § 63 StGB und „Entziehungsanstalt“ in § 64 StGB treffen keine Aussage darüber, in welchen Einrichtungen die Maßregeln der Besserung und Sicherung zu vollziehen sind<sup>771</sup>. Von beiden Begriffen ist demnach auch die Unterbringung in „Einrichtungen privater Träger“ im Sinne von § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG erfasst.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ in § 7 JGG einer Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzugs nach § 7 JGG nicht entgegenstehen. Die genannten Begriffe treffen vor dem dargelegten Hintergrund auch keine privatisierungsrelevanten Aussagen.

## II. Die Vorschrift des § 93a Abs. 2 JGG

§ 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG könnte, soweit er die Möglichkeit schafft, die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach §§ 61 Nr. 2, 64 StGB, § 7 JGG in „Einrichtungen privater Träger“ zu vollziehen, im Hinblick auf die Vorschrift des § 93a Abs. 2 JGG problematisch sein.

Nach § 93a Abs. 2 JGG kann der Vollzug der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, um das angestrebte Behandlungsziel zu erreichen,

---

767 Vgl. Eisenberg, § 7 Rdnr. 6; Brunner/Dölling, § 7 Rdnr. 1; Ostendorf, § 7 Rdnr. 2.

768 Ostendorf, § 7 Rdnr. 6; Eisenberg, § 7 Rdnr. 6; Brunner/Dölling, § 7 Rdnr. 1.

769 Vgl. Eisenberg, § 7 Rdnr. 6.

770 Vgl. hierzu bereits Abschnitt C. I. 2. a) im 4. Teil der Untersuchung.

771 Vgl. Abschnitt B.

aufgelockert und weitgehend in freien Formen durchgeführt werden. Soweit die Formulierung „in freien Formen“ auch den Vollzug der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt in privater Trägerschaft erfasst, können auch Private beim Vollzug dieser Maßregel herangezogen werden. Es stellt sich somit die Frage nach dem Regelungsgegenstand und der Reichweite dieser Vorschrift.

§ 93a JGG trifft Aussagen zur Organisation der Entziehungsanstalten. Es muss sich nach § 93a Abs. 1 JGG um spezielle Einrichtungen handeln, die gerade für die Behandlung suchtkrankender Jugendlicher und Heranwachsender konzipiert sind<sup>772</sup>. § 93a Abs. 2 JGG erlaubt einmal den aufgelockerten Vollzug („kann der Vollzug aufgelockert ... werden“)<sup>773</sup>. Daneben kann er „in freien Formen“ durchgeführt werden. In der Terminologie des Strafvollzugsrechts bedeutet das, dass keine oder nur verminderte Vorkehrungen gegen Entweichungen bestehen müssen<sup>774</sup>. Durch § 93a Abs. 2 JGG soll die Abhängigkeit, die Passivität und die permanente Reglementierung, die eine geschlossene Unterbringung kennzeichnen, entgegengewirkt werden<sup>775</sup>. Die Formulierung „in freien Formen“ ist demnach als Gegensatz zur regelmäßig geschlossenen Unterbringung zu verstehen. Dabei bleibt offen, ob diese in öffentlichen oder privaten Einrichtungen stattfindet. Eine solche Aussage lässt sich auch nicht aus dem Regelungsgefüge, in dem § 93a Abs. 2 JGG steht, herleiten. Der Bezug auf § 93a Abs. 1 JGG besagt nur, dass sicher zu stellen ist, dass in der Einrichtung die für die Behandlung suchtkrankender Jugendlicher erforderlichen besonderen therapeutischen Mittel und sozialen Hilfen zur Verfügung stehen. Darüber, ob diese speziell für Jugendliche und Heranwachsende konzipierte Anstalt in öffentlicher oder privater Trägerschaft stehen soll, trifft § 93a Abs. 2 JGG keine Aussage.

Im Ergebnis hindert die Vorschrift des § 93a Abs. 2 JGG nicht daran, auch Private bei der Vollziehung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zu beteiligen. Die Formulierung „in freien Formen“ stellt hinsichtlich einer Privatisierung aber keine Öffnungsklausel dar. Eine solche ist nicht erforderlich: Werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben (insbesondere Art. 33 Abs. 4 GG) eingehalten, ist eine Beteiligung Privater ohnehin möglich<sup>776</sup>. Daher ergibt sich aus § 93a Abs. 2 JGG auch kein Privatisierungsgebot.

---

772 Ostendorf, § 93a Rdnr. 3.

773 Ostendorf, § 93a Rdnr. 4.

774 Ostendorf, § 93a Rdnr. 4.

775 Eisenberg, § 93a Rdnr. 8.

776 So zur nahezu gleichlautenden Vorschrift des § 91 Abs. 3 JGG auch Gusy, JZ 2006, 651 (660).

### **III. Ergebnis**

Die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes enthalten keine Privatisierungsgrenzen. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG kollidiert nicht mit den Vorschriften, die auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung des allgemeinen Strafrechts verweisen, oder mit § 93a Abs. 2 JGG.

Die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ in § 7 JGG haben den gleichen Begriffsinhalt haben wie die entsprechenden Begriffe in den §§ 63, 64 StGB. Diese aber stellen keine Privatisierungsgrenzen auf. Sie sind mithin „privatisierungsneutral“.

Ebenso verhält es sich im Ergebnis mit § 93a Abs. 2 JGG. Die Vorschrift sieht vor, dass die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt „in freien Formen“ durchgeführt werden kann. Damit wird aber keine Aussage über die Trägerschaft der Einrichtungen getroffen, in denen die Unterbringung vollzogen wird. § 93a Abs. 2 JGG stellt weder eine Privatisierungsgrenze, noch eine Öffnungsklausel oder ein Privatisierungsgebot dar.

### **D. Strafvollzugsgesetz**

Im Rahmen dieser Untersuchung konnte bislang nachgewiesen werden, dass weder die Vorschriften des Strafgesetzbuches, noch die Normen des Jugendgerichtsgesetzes einer Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB entgegenstehen. Allerdings sind die genannten Vorschriften nicht die einzigen Regelwerke, die Aussagen zum Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB enthalten.

Nach § 1 StVollzG regelt das Strafvollzugsgesetz den Vollzug der Freiheitsstrafe in Justizvollzugsanstalten und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung. Allerdings ging die Gesetzgebungskompetenz für den Vollzug der Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG durch die Föderalismusreform des Jahres 2006 auf die Länder über<sup>777</sup>. Daher ist zunächst der Frage nachzugehen, ob die Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes nach dem Erlass des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes im Jahr 2009 überhaupt noch Anwendung finden. Sollte das bejaht werden, ist zu untersuchen, ob sich in den Begriffen „psychiatrisches Krankenhaus“ in § 136 S. 1 StVollzG und „Entziehungsanstalt“ in § 137 StVollzG eine Aussage darüber finden lässt, in welchen Einrichtungen der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB und § 7 JGG zu vollziehen ist. Darüber hinaus könnte sich aus dem in § 136 S. 2 StVollzG

---

<sup>777</sup> Vgl. Abschnitt A. I. 2. im 4. Teil der Arbeit.

normierten Vollzugsziel eine Privatisierungsgrenze herleiten lassen. Schließlich wäre zu untersuchen, ob die administrativen Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes einer Privatisierung entgegenstehen, sofern diese von der Verweisung des § 138 Abs. 1 S. 1 StVollzG überhaupt erfasst sind.

Hinsichtlich der ersten Frage ist bereits festzustellen, dass der Landesgesetzgeber durch den Erlass des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes im Jahr 2009 die §§ 136ff. StVollzG jedenfalls insoweit gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG<sup>778</sup> ersetzt hat, als das Landesgesetz Regelungen enthält, die sich auch schon im Strafvollzugsgesetz fanden. Das gilt namentlich für das Ziel des Maßregelvollzugs (§ 36 Abs. 1 BbgPsychKG), die Geltung der Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ in § 136 S. 1 StVollzG und „Entziehungsanstalt“ in § 137 StVollzG sowie die administrativen Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes. Aus diesem Grunde ist das Strafvollzugsgesetz nicht anwendbar.

Die einfachgesetzlichen Regelungen des Strafvollzugsgesetzes stehen einer Privatisierung durch Durchführung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG somit nicht entgegen. Zwar galt das Strafvollzugsgesetz nach Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG zunächst als Bundesrecht fort. Es ist aber vom Landesgesetzgeber im Jahr 2009 ersetzt worden. Das Land Brandenburg hat durch das Psychisch-Kranken-Gesetz des Jahres 2009 von seiner ihm nach Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG zustehenden Ersetzungsbefugnis Gebrauch gemacht. Die §§ 136ff. StVollzG finden daher im dargelegten Umfang keine Anwendung mehr auf den Vollzug der Maßregeln der Sicherung und Besserung. Eine Kollision zwischen § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG und den Normen des Strafvollzugsgesetzes kommt nicht in Betracht.

## **E. Strafprozessordnung**

Die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG könnte, soweit sie die Möglichkeit, die Durchführung der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO in „Einrichtungen privater Träger“ zu vollziehen, mit den entsprechenden Normen der Strafprozessordnung kollidieren. Das ist zum einen der Fall, wenn der Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO eine ausdrückliche Aussage darüber beinhaltet, in welchen Einrichtungen die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten durchgeführt werden soll. Zum anderen könnte eine Kollision mit § 126a Abs. 1 StPO vorliegen, wenn der Begriff „Einrichtungen privater Träger“ im Sinne von § 36 Abs. 3 S. 5 i.V.m. S. 2 BbgPsychKG einen anderen Regelungsgehalt hat als die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ im Sinne von § 126a Abs. 1 StPO.

---

<sup>778</sup> Vgl. hierzu statt vieler *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 30; *ders.*, DÖV 2006, 370 (373) m.w.N.



## **I. Kollision mit § 81 Abs. 1 StPO**

### **1. Der Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO**

Zunächst ist eine Kollision des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG mit § 81 Abs. 1 StPO zu untersuchen. Eine solche liegt vor, wenn der Anwendungsbereich des Art. 31 GG eröffnet ist, der Begriff „Einrichtungen privater Träger“ in § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 i.V.m. S. 2 BbgPsychKG einen anderen Regelungsinhalt als der Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO hat und auch die weiteren Voraussetzungen des Art. 31 GG vorliegen.

Wie in der Untersuchung bereits nachgewiesen werden konnte, hat der Bund durch den Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO eine abschließende Regelung dahingehend getroffen, in welchen Einrichtungen die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten zu vollziehen ist<sup>779</sup>. Aufgrund dessen entfaltet sich die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG. Die Länder sind zu einer weiteren Regelung nicht mehr befugt. Die Art. 70ff. GG gehen daher als *leges speciales* dem Art. 31 GG vor. Die Kollisionsnorm des Art. 31 GG kommt somit nicht mehr zur Anwendung<sup>780</sup>.

### **2. Hilfsweise: Kollision im Fall der fehlenden „Erforderlichkeit“ im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG**

Sollte – entgegen der hier vertretenen Auffassung<sup>781</sup> – davon ausgegangen werden, dass die Regelung des § 81 Abs. 1 StPO mit dem Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ nicht erforderlich im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ist, ist zu untersuchen, ob sich hieraus in materieller Hinsicht eine Privatisierungsgrenze ergibt. Das ist der Fall, wenn die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG mit der Vorschrift des § 81 Abs. 1 StPO kollidiert.

Daher ist zunächst zu untersuchen, welche Konsequenzen sich an die Feststellung der mangelnden Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG knüpfen. Sodann kann analysiert werden, ob der Begriff der „Einrichtungen anderer Träger“ nach § 36 Abs. 3 S. 5 i.V.m. S. 2 BbgPsychKG mit dem Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO kollidiert.

---

<sup>779</sup> Vgl. Abschnitt B. I. 2. im 4. Teil der Untersuchung.

<sup>780</sup> Das übersieht der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gehörte Sachverständige Prof. Dr. Pollähne. Nach dessen Auffassung § 36 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 BbgPsychKG einen Verstoß gegen Art. 31 GG darstellt, vgl. Anlage II, S. 8 zum APr. 3/1021 vom 12.05.2004.

<sup>781</sup> Vgl. hierzu Abschnitt B. I. 3. im 4. Teil der Untersuchung.

## a) **Übergangsrechtliche Bewältigung der fehlenden Erforderlichkeit durch Art. 125a Abs. 2 GG**

Nach Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG<sup>782</sup> gilt Recht, das aufgrund des Art. 72 Abs. 2 GG in der bis zum 15.11.1994 geltenden Fassung erlassen worden ist, als Bundesrecht fort. Nach Art. 125a Abs. 2 S. 2 GG kann durch Bundesgesetz bestimmt werden, dass das fortgeltende Bundesrecht durch Landesrecht ersetzt werden kann.

### aa) **Tatbestand**

Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG erfasst die Fälle, in denen die betreffende Rechtsvorschrift vor dem 15.11.1994 erlassen worden ist, indessen beim Inkrafttreten der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG am 15.11.1994 dessen verschärften Anforderungen (namentlich dem Gebot der Erforderlichkeit) nicht gerecht wird und deshalb nicht mehr erlassen werden darf.

Der Begriff „Recht“ im Sinne von Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG umfasst alle förmlichen Gesetze des Bundes sowie untergesetzliche Normen des Bundesrechts und damit auch Rechtsverordnungen, die auf einer gesetzlichen Ernächtigung beruhen, deren Kompetenzgrundlage nicht mehr besteht<sup>783</sup>. Es muss sich um solches Recht handeln, das bis zum 15.11.1994 als Bundesrecht auf der Grundlage der bis dahin geltenden Anforderungen an die Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz erlassen worden ist, aufgrund der verschärften Voraussetzungen heute aber nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden dürfte<sup>784</sup>.

Diese Voraussetzungen liegen vor. Die heutige Fassung der Strafprozessordnung wurde am 07.04.1987 und damit vor dem 15.11.1994 bekannt gemacht<sup>785</sup>. Würde es an der Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG in der Fassung vom 15.11.1994 fehlen, dürfte § 81 Abs. 1 StPO in Bezug auf den Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ heute nicht mehr als Bundesrecht in Geltung gesetzt werden.

### bb) **Rechtsfolge**

Liegen die Voraussetzungen des Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG vor, sind auch an die Vorschrift drei Rechtsfolgen geknüpft: Zum einen wird die Fortgeltung des

782 Vgl. zum Grundsätzlichen Abschnitt B. I. 2. b) aa) im 4. Teil der Arbeit.

783 *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 20; *Wolff*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 3.

784 *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 33; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 7.

785 BGBl I, S. 1074.

tatbestandlich erfassten Bundesrechts angeordnet. Zum anderen wird die unveränderte Qualität als Bundesrecht verfügt. Schließlich schafft Art. 125a Abs. 2 S. 2 GG eine Ersetzungsbefugnis der Länder, die allerdings – im Gegensatz zu Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG – an eine bundesgesetzliche Freigabebestimmung gebunden ist.

Der Bund hat in Bezug auf das fortgeltende Bundesrecht eine Anpassungskompetenz<sup>786</sup>. Der Bund kann das fortgeltende Bundesrecht vor einer landesrechtlichen Ersetzung an veränderte Verhältnisse anpassen. Andernfalls würde ein Stillstand im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung und damit eine Versteinerung einer einmal geschaffenen Rechtslage in Kauf genommen oder verursacht<sup>787</sup>. Der Bundesgesetzgeber ist im Falle vorliegenden Änderungsbedarfs aber nicht zu einer Anpassung des fortgeltenden Bundesrechts verpflichtet. Die Änderung ist vielmehr in sein Ermessen gestellt. In sachlicher Hinsicht ist die Anpassungskompetenz des Bundes auf eine schlichte Anpassung des fortgeltenden Bundesrechts an veränderte Verhältnisse begrenzt. Es darf lediglich eine Fortschreibung des weitergeltenden Bundesrechts erfolgen<sup>788</sup>. Das Bundesrecht darf modifiziert, aber nicht grundsätzlich neu konzipiert werden<sup>789</sup>. Die Anpassungskompetenz des Bundes endet, wenn die Länder die Ersetzungsbefugnis in Anspruch nehmen<sup>790</sup>. Den Ländern steht eine entsprechende Änderungskompetenz nicht zu<sup>791</sup>.

Konstitutive Bedingung für die Inanspruchnahme dieser Ersetzungsbefugnis der Länder ist eine bundesgesetzliche Freigabebestimmung<sup>792</sup>. Ohne diese bundesrechtliche Freigabe steht den Ländern die Ersetzungsbefugnis des Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG nicht zu. Ob der Bund einen Bereich zur Regelung durch die Länder freigibt, ist in sein Ermessen gestellt<sup>793</sup>. Unter dem Aspekt der Pflicht zum

786 BVerfGE 111, 10 (28ff.), bestätigt in BVerfGE 111, 226 (268f.); 112, 226 (250, 252f.); *Wolff*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 19; *Kirn*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 5; *Bothe*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 4; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 5; *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 33; *ders.*, DÖV 2006, 370 (377f.); *Waldhoff*, JuS 2005, 391 (395); *Sommerrmann*, Jura 1995, 393 (396); *Lechleitner*, Jura 2004, 746 (751); *Degenhart*, RdJB 2005, 117 (119); *Würtenberger*, S. 257ff.

787 BVerfGE 111, 10 (30).

788 *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 43.

789 BVerfGE 111, 10 (31); 111, 226 (269); 112, 226 (250).

790 *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 43.

791 BVerfGE 111, 10 (29).

792 *Wolff*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 23; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 11; *Bothe*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 4; *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 44, 45.

793 BVerfGE 111, 10 (30); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 7; *Sannwald*, in:

bundes- und länderfreundlichen Verhalten kann das Ermessen aber eingeschränkt sein und sich sogar zu einer Freigabepflicht verdichten<sup>794</sup>. Diese Freigabepflicht liegt vor, wenn der Bund selbst eine Neuregelung für erforderlich hält, hieran aber nach Art. 72 Abs. 2 GG in der seit dem Jahr 1994 geltenden Fassung gehindert ist (subjektiv begründete Freigabepflicht)<sup>795</sup>. Die Freigabepflicht entsteht auch dann, wenn eine bloße Anpassung durch den Bund nicht mehr ausreicht, sondern vielmehr eine grundsätzliche Neukonzeption erforderlich ist (objektiv begründete Freigabepflicht)<sup>796</sup>. Ob die Länder schließlich von ihrer Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen oder es bei der Fortgeltung des Bundesrechts belassen, steht wiederum in ihrem Ermessen<sup>797</sup>.

Auf der Rechtsfolgenseite steht fest, dass § 81 Abs. 1 StPO hinsichtlich des Begriffes des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ als Bundesrecht fortgilt. Zwar könnten die Länder insoweit eigene Regelungen erlassen. Das aber ist konstitutiv an ein Freigabegesetz des Bundes geknüpft. Ein entsprechendes Freigabegesetz des Bundes ist bislang nicht erlassen worden.

### **cc) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis gilt § 81 Abs. 1 StPO in Bezug auf den Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ als Bundesrecht fort.

### **b) Kollision von § 81 Abs. 1 StPO und § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG**

Da § 81 Abs. 1 StPO in Bezug auf den Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ als Bundesrecht fortgilt, kann es insoweit zu einer Kollision zwischen § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG und § 81 Abs. 1 StPO kommen. Daher könnte die Vorschrift nichtig sein, wenn die Voraussetzungen des Art. 31 GG vorliegen.

---

Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 13; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 5; *Wolff*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 26; *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 45.

794 BVerfGE 111, 10 (31); *Kim*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 5; *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 45; *ders.*, DÖV 2006, 370 (377); *Waldhoff*, JuS 2005, 391 (395); a.A. *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 7 i.V.m. Art. 72 Rdnr. 38.

795 *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 45.

796 *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 45.

797 *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 16; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 7 i.V.m. Art. 72 Rdnr. 39; *Wolff*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 28; *Uhle*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 125a Rdnr. 46.

Das ist hier der Fall. Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 31 GG in dieser Konstellation anwendbar ist. Da § 81 Abs. 1 StPO als Bundesrecht fortgilt, obwohl die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass der Vorschrift weggefallen sind, kann die Norm ihre Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG nicht entfalten. Daher bleibt Raum für die Anwendung des Art. 31 GG, dessen Voraussetzungen hier vorliegen: Sowohl bei § 81 Abs. 1 StPO als auch bei § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG handelt es sich um Recht im Sinne von Art. 31 GG. Beide Regelwerke sind Parlamentsgesetze. Beide Vorschriften sind auch gültig bzw. gelten über Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG fort. Es kommt auch zu einer Kollision. Beide Normen sind auf den selben Sachverhalt anwendbar, nämlich auf die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten. § 81 Abs. 1 StPO aber erlaubt nur die Unterbringung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus. § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG hingegen ermöglicht auch die Unterbringung in Einrichtungen privater Träger. Die Vorschriften führen demnach zu unterschiedlichen Rechtsfolgen.

### **c) Zwischenergebnis**

Sofern davon ausgegangen wird, dass die Vorschrift des § 81 Abs. 1 StPO hinsichtlich des Begriffes des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ nicht erforderlich im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ist, gilt sie nach Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG als Bundesrecht fort. Als solches kollidiert sie aus den dargelegten Gründen mit der Neufassung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG.

### **3. Zwischenergebnis**

Eine Kollision im Sinne von Art. 31 GG zwischen § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG mit § 81 Abs. 1 StPO liegt nicht vor. Der Bund hat die Frage, in welchen Einrichtungen die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten vollzogen wird, abschließend im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit abschließend geregelt, so dass sich die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG entfaltet. Daher wird Art. 31 GG durch die Art. 70ff. GG als *leges speciales* verdrängt.

Etwas anderes gilt, wenn im Hinblick auf § 81 Abs. 1 StPO eine fehlende Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG unterstellt wird. In diesem Fall gilt § 81 Abs. 1 StPO als Bundesrecht fort. Es kommt dann zu einer Kollision im Sinne von Art. 31 GG.

## II. Kollision mit § 126a Abs. 1 StPO

Schließlich ist zu prüfen, ob § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG, soweit er die Möglichkeit schafft, die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO in „Einrichtungen privater Träger“ zu vollziehen, mit der Vorschrift des § 126a Abs. 1 StPO kollidiert und sich hieraus eine Privatisierungsgrenze ergibt. Eine Kollision im Sinne von Art. 31 GG liegt insbesondere vor, wenn der Begriff „Einrichtungen privater Träger“ im Sinne von § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 i.V.m. S. 2 BbgPsychKG einen anderen Regelungsgehalt hat als die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ in § 126a Abs. 1 StPO.

Das aber ist nicht der Fall. Zwar ist der Anwendungsbereich des Art. 31 GG mangels Vorliegens der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG eröffnet. Allerdings entsprechen die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ in § 126a Abs. 1 StPO, wie bereits in Abschnitt C. I. 2. a) im 4. Teil der Untersuchung dargelegt wurde, den gleichlautenden Begriffen in §§ 63, 64 StGB. Diese Begriffe aber treffen keine Aussage darüber, dass die entsprechenden Einrichtungen nicht auch in privater Trägerschaft stehen können<sup>798</sup>.

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 i.V.m. S. 2 BbgPsychKG kollidiert nicht mit § 126a Abs. 1 StPO. Aus dieser Norm lassen sich keine Privatisierungsschranken herleiten.

## III. Ergebnis

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG ist nicht nach Art. 31 GG nichtig. Die Vorschrift kollidiert nicht mit dem Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ in § 81 Abs. 1 StPO. Denn die Vorschrift ist bereits wegen des Eintretens der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nichtig. Dadurch aber ist die Anwendung des Art. 31 GG ausgeschlossen.

Anderes gilt nur, wenn im Hinblick auf § 81 Abs. 1 StPO eine fehlende Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG unterstellt wird. In diesem Fall gilt § 81 Abs. 1 StPO als Bundesrecht fort. Als solches partizipiert die Regelung an der Vorschrift des Art. 31 GG. Aus den vorgenannten Gründen liegt dann auch eine Kollision mit § 81 Abs. 1 StPO vor.

Aus § 126a Abs. 1 StPO lassen sich keine Privatisierungsschranken herleiten. Die Begriffe „psychiatrisches Krankenhaus“ und „Entziehungsanstalt“ in § 126a Abs. 1 StPO treffen keine Aussage dahingehend, dass die einstweilige Unterbringung nicht auch in „Einrichtungen privater Träger“ vollzogen werden kann.

<sup>798</sup> Vgl. Abschnitte B. I. 2. b) und c) im 4. Teil der Untersuchung.

## F. Untersuchungshaftvollzugsordnung

§ 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG könnte, soweit er die Möglichkeit schafft, die Durchführung des Vollzugs der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO zu privatisieren, mit Nr. 89 Abs. 1 UVollzO kollidieren. Hiernach wird die einstweilige Unterbringung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus oder einer öffentlichen Entziehungsanstalt vollzogen.

Allerdings kann offen bleiben, welchen Inhalt die Begriffe des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ bzw. der „öffentlichen Entziehungsanstalt“ im Sinne von Nr. 89 Abs. 1 UVollzO haben.

Bei der Untersuchungshaftvollzugsordnung, die von der Justizverwaltung des Landes Brandenburg durch Allgemeinverfügung vom 14.03.1991 in Kraft gesetzt wurde, handelt es sich um eine allgemeine Verwaltungsvorschrift. Die Untersuchungshaftvollzugsordnung stellt eine Anordnung dar, die innerhalb einer Verwaltungsorganisation von einer übergeordneten Verwaltungsinstanz oder einem Vorgesetzten an nachgeordnete Verwaltungsbehörden oder Bedienstete ergeht und deren Wirkbereich grundsätzlich auf das Innenrecht der Verwaltung beschränkt sein soll<sup>799</sup>. Es handelt sich mithin nicht um ein materielles Gesetz<sup>800</sup>.

Eine Kollision mit § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG im Sinne von Art. 31 GG kommt nicht in Betracht, denn zum einen umfasst der Begriff „Recht“ in Art. 31 GG keine Verwaltungsvorschriften<sup>801</sup>. Zum anderen handelt es sich zwar um eine von den Ländern bundeseinheitlich erlassene Verwaltungsvorschrift. Es liegt aber kein *Bundesrecht* im Sinne von Art. 31 GG vor.

Daher gilt, dass die später erlassene Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG der früher erlassenen Regelung der Nr. 89 Abs. 1 UVollzO vorgeht. Hinzu kommt, dass das höhere Gesetz (hier § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG als Parlamentsgesetz) der niederrangigeren Vorschrift (hier Nr. 89 Abs. 1 UVollzO als Verwaltungsvorschrift) vorgeht („*Lex superior derogat legi inferiori*“).

Eine Kollision im Sinne von Art. 31 GG zwischen § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 2 BbgPsychKG mit Nr. 89 Abs. 1 UVollzO liegt nicht vor. Aus der Untersuchungshaftvollzugsordnung ergeben sich keine Privatisierungsschranken.

---

<sup>799</sup> Wolff/Bachof/Stober, § 44 Rdnr. 16.

<sup>800</sup> Wolff/Bachof/Stober, § 44 Rdnr. 16.

<sup>801</sup> Pieroth, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Art. 31 Rdnr. 2 m.w.N.

## **G. Internationale Menschenrechtsstandards als Privatisierungsgrenze**

Neben verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorgaben soll der Blick abschließend auf internationale Menschenrechtsstandards als möglicher Privatisierungsgrenze gelenkt werden.

Hierbei sind die Europäische Menschenrechtskonvention, die Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen der Vereinten Nationen sowie die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze zu analysieren.

### **I. Die Europäische Menschenrechtskonvention**

Zunächst ist zu untersuchen, ob sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention Privatisierungsgrenzen ergeben und ob § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG diese Grenzen einhält.

#### **1. Rechtliche Verbindlichkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und Geltung im Rahmen des Maßregelvollzugs**

Die Europäische Menschenrechtskonvention gilt in Deutschland als einfaches Bundesgesetz<sup>802</sup>. Einzelne ihrer Gewährleistungen können allerdings allgemeine Regeln des Völkerrechts verkörpern. In diesem Fall würden sie nach Art. 25 S. 2 GG den Gesetzen vorgehen. Aus der Eigenschaft als einfaches Bundesgesetz folgt, dass die Europäische Menschenrechtskonvention als „Bundesrecht“ im Sinne von Art. 31 GG in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fällt. Landesrecht, das mit der Europäischen Menschenrechtskonvention kollidiert, wird hiernach von ihr gebrochen.

#### **2. Privatisierungsrelevante Aussagen**

Daher ist zu prüfen, ob sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention Privatisierungsschranken ergeben, mit denen § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG kollidieren könnte.

Nach der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte* kann sich die Verantwortung des Staates für die Freiheitsentziehung in einer psychiatrischen Privatklinik insbesondere aus der positiven Verpflichtung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK ergeben<sup>803</sup>. Hiernach hat jede Person das Recht auf Freiheit und

---

802 BVerfGE 74, 358 (370); Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 25 Rdnr. 10 m.w.N.; Ehlers, Jura 2000, 372 (373).

803 EGMR, R & P 2005, 186 (186, Ls. 2, 192).



Sicherheit. Diese Freiheit darf nur in den in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK aufgeführten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden. Der Staat hat die positive Pflicht, die Freiheit der Person vor Eingriffen durch seine Amtsträger oder Private zu schützen<sup>804</sup>.

Darüber hinaus obliegt dem Staat die Pflicht, „seinen Bürgern das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 8 EMRK zuzusichern. ... Der Staat kann sich nicht gänzlich seiner Verantwortung entledigen, indem er seine Verpflichtungen in diesem Bereich auf private Stellen oder Private überträgt“<sup>805</sup>. Allerdings erkennt auch der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* an, dass staatlich geführte Krankenhäuser und private Kliniken nebeneinander bestehen<sup>806</sup>. Der Staat hat dann aber die Pflicht, „private psychiatrische Kliniken zu überwachen und zu kontrollieren“<sup>807</sup>. Er muss die medizinische Behandlung einer regelmäßigen fachkundigen Überprüfung unterziehen<sup>808</sup>.

Aus der zitierten Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte* und der Europäischen Menschenrechtskonvention ergibt sich kein Verbot der Privatisierung hoheitsrechtlicher Befugnisse im Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG<sup>809</sup>. Denn seiner Pflicht zur Überwachung und Kontrolle kommt der Staat, wie sich aus § 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG ergibt, dadurch nach, dass die beliebigen privaten Träger seiner Fachaufsicht unterstehen. Hiervon ist auch die regelmäßige fachkundige Überprüfung der medizinischen Behandlung erfasst.

Versteht man den Begriff der „Fachaufsicht“ in § 36 Abs. 3 S. 3 BbgPsychKG im vorstehenden Sinne, lassen sich die Vorgaben des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte* für die Wahrnehmung der staatlichen Verantwortung für Freiheitsentziehungen in der Psychiatrie auch in einem privaten Zusammenhang realisieren<sup>810</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

Die Europäische Menschenrechtskonvention, die in der Bundesrepublik den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat, stellt keine unmittelbar geltenden Privatisierungsschranken auf.

---

804 EGMR, R & P 2005, 186 (192).

805 EGMR, R & P 2005, 186 (192).

806 EGMR, R & P 2005, 186 (192).

807 EGMR, R & P 2005, 186 (192).

808 EGMR, R & P 2005, 186 (192).

809 So auch *Pollähne*, Verdikt 1.05, 6 (9).

810 Offen gelassen bei *Pollähne*, Verdikt 1.05, 6 (9).

Aus ihr ergibt sich aber die Pflicht des Staates, die Freiheit der Person vor Eingriffen durch seine Amtsträger oder Private zu schützen. Dieser Pflicht darf sich der Staat nicht entziehen, indem er seine Verantwortung vollständig auf private Stellen überträgt. Der Staat muss diese privaten Stellen zumindest überwachen und kontrollieren. Dem wird § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG gerecht. Der Begriff der „Fachaufsicht“ ist dahingehend auszulegen, dass hierdurch die angesprochene Überwachung und Kontrolle gewährleistet ist und sich der Staat seiner Verantwortung insoweit nicht komplett entzieht.

## **II. Die „Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen“ der Vereinten Nationen**

§ 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG könnte mit den Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen der Vereinten Nationen unvereinbar sein.

Die Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) gelten als eines der klassischen rechtspolitischen Dokumente der Vereinten Nationen. Sie wurden vom ersten Kongress der Vereinten Nationen über Verbrechenverhütung und Behandlung Gefangener am 30.08.1955 angenommen und in Resolutionen des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen vom 31.07.1957 und 13.05.1977 gebilligt. Sie haben nach Regel Nr. 1 den Zweck, aufgrund der zum Erlasszeitpunkt allgemein anerkannten Auffassungen und der Kernpunkte der entsprechenden Strafvollzugssysteme die allgemeinen Grundsätze und die Mindestregeln einer guten Strafvollzugsorganisation und der Praxis der Gefangenenbehandlung aufzustellen.

### **1. Rechtliche Verbindlichkeit der Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen und Geltung im Rahmen des Maßregelvollzugs**

Bei den Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen<sup>811</sup> handelt es sich um sog. menschenrechtliches „Soft Law“<sup>812</sup>. „Soft Laws“ sind grundsätzlich unverbindliche Richtlinien und Erwartungen, die bereits einen breiteren Konsens widerspiegeln<sup>813</sup>. In vielen Fällen stellen sie eine Vorstufe zu rechtsverbindlichen Vorschriften dar<sup>814</sup>. Ihnen fehlt es aber an der unmittelbaren rechtlichen Verbindlichkeit. Sie sind vielmehr im Rahmen der Rechtsprechung bei der Auslegung der nationalen Gesetze heranzuziehen.

---

811 Abgedruckt bei *Neubacher/Schüler-Springorum*, in: Höynck/Neubacher/Schüler-Springorum (Hrsg.), S. 142ff.

812 *Neubacher/Schüler-Springorum*, in: Höynck/Neubacher/Schüler-Springorum (Hrsg.), S. 7.

813 *Neubacher/Schüler-Springorum*, in: Höynck/Neubacher/Schüler-Springorum (Hrsg.), S. 7.

814 *Neubacher/Schüler-Springorum*, in: Höynck/Neubacher/Schüler-Springorum (Hrsg.), S. 7.

Damit haben die Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen jedenfalls mittelbar juristische Bedeutung. Denn eine Unterschreitung der Standards kann nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* ein Indiz für eine Verletzung des Grundrechts auf Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG sein:

„Die Frage nach den Standards, deren Unterschreitung eine Missachtung bedeuten und die Menschenwürde der Betroffenen verletzen würde, kann dabei, soweit es um die Sicherung eines Minimums an materiellen Voraussetzungen menschenwürdiger Existenz geht, hier wie sonst nicht ohne Berücksichtigung der allgemeinen - auch wirtschaftlichen - Verhältnisse beantwortet werden (vgl. BVerfGE 87, 153 <170>; 91, 93 <111>).

Auf eine den grundrechtlichen Anforderungen nicht genügende Ausgestaltung des Vollzuges kann es hindeuten, wenn internationale Standards mit Menschenrechtsbezug, wie sie in den im Rahmen der Vereinten Nationen oder von Organen des Europarates beschlossenen einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen enthalten sind, nicht beachtet beziehungsweise unterschritten werden (vgl. BVerfGE 116, 69 <90>).“<sup>815</sup>

Daher kann, wenn eine Unterschreitung der Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen vorliegt, eine Verletzung des Grundrechts auf Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG gegeben sein. Hinzu kommen muss, dass durch die Verletzung der Mindeststandards die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Gefangenen in Frage gestellt werden<sup>816</sup>.

Die Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen befassen sich in ihrem ersten Teil nach der Regel Nr. 5 Abs. 1 mit Bestimmungen, die die allgemeine Verwaltung der Strafanstalten betreffen. Nach Regel Nr. 5 Abs. 1 sind sie anwendbar auf alle Kategorien von Gefangenen, auf Untersuchungsgefangene sowie die Häftlinge, an denen eine vom Richter angeordnete sichernde Maßregel vollzogen wird. Hierzu zählen auch die Erziehungsmaßregeln. Daher finden die Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen auf den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG Anwendung. Sie sind aber auch auf die Unterbringung nach § 81 Abs. 1 StPO anzuwenden. Denn der Beschuldigte befindet sich in der Regel in Untersuchungshaft nach §§ 112ff. StPO<sup>817</sup>. Daher unterfällt der zur Beobachtung untergebrachte Beschuldigte dem Begriff des

---

<sup>815</sup> BVerfG, 2 BvR 939/07 vom 13.11.2007, Absatz-Nr. 14f., abrufbar unter: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20071113\\_2bvr093907.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20071113_2bvr093907.html).

<sup>816</sup> BVerfG, 2 BvR 939/07 vom 13.11.2007, Absatz-Nr. 24, abrufbar unter: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20071113\\_2bvr093907.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20071113_2bvr093907.html).

<sup>817</sup> Vgl. Rogall, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 41 sowie Abschnitt C. I. im 5. Teil der Untersuchung.

„Untersuchungsgefangenen“ nach Regel Nr. 5 Abs. 1. Das Gleiche gilt für die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO. Da sich die Unterbringung nach § 126a Abs. 2 S. 1 StPO nach den Vorschriften über die Untersuchungshaft richtet, ist es angebracht, den nach § 126a StPO einstweilig Untergebrachten dem Begriff des „Untersuchungsgefangenen“ zu unterwerfen.

## **2. Privatisierungsrelevante Aussagen**

Vor diesem Hintergrund ist zu hinterfragen, ob die Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen Aussagen treffen, die für die Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO Bedeutung haben.

Nach Regel 47 Abs. 3 muss das Anstaltspersonal aus hauptberuflichen Strafvollzugsbedienstete bestehen. Es muss die Stellung von Staatsbeamten haben und demgemäß in seiner Tätigkeit in einer Weise gesichert sein, die nur von seiner Führung, seinen Leistungen und seiner körperlichen Eignung abhängt.

Eine Übertragung der Durchführung der o.a. Aufgaben unterschreitet diesen Standard. Werden private Unternehmen mit der Aufgabendurchführung beliehen, werden eben nicht mehr Staatsbeamte tätig, sondern privatrechtlich angestellte Bedienstete. Das stellt nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichtes* ein Indiz für eine Verletzung des Grundrechts auf Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG dar. Allerdings sind die „Mindestregeln“ nicht ohne Berücksichtigung der allgemeinen - auch wirtschaftlichen - Verhältnisse auszulegen. Daneben dürfen lediglich die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Gefangenen nicht in Frage gestellt werden. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass den „Mindestregeln“ durch eine Beleihung und eine Gestaltung der Aufsicht, die sich an der Aufsicht bei öffentlich Bediensteten orientiert, Genüge getan wird. Denn dann werden die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Gefangenen nicht in Frage gestellt.

Der so ausgelegte § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG ist mit den Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen vereinbar.

## **3. Zwischenergebnis**

Die Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen der Vereinten Nationen stellen keine unmittelbar geltenden Privatisierungsgrenzen auf. Sie sind vielmehr völkerrechtliches „Soft Law“, das bei der Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften zu berücksichtigen ist.

Eine Unterschreitung der „Mindestregeln“ ist ein Indiz für eine Verletzung des Grundrechts auf Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG. Hinzu kommen muss, dass durch die Verletzung der Mindeststandards die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Gefangenen in Frage gestellt werden.

Zwar sehen die „Mindestregeln“ vor, dass die Vollzugsbediensteten „Staatsbeamte“ sein müssen. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass durch eine Beileihung die vorgenannten grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Gefangenen gefährdet sind.

Vor diesem Hintergrund ist § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG mit den „Mindestregeln“ vereinbar.

### **III. Die „Europäischen Strafvollzugsgrundsätze“ des Europarates**

Die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG könnte aber im Hinblick auf die Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (European PrisonRules/EPR) problematisch sein.

Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze stellen das zentrale Instrument des europäischen Staatenbundes mit Empfehlungen zum Strafvollzug dar. Sie gehen zurück auf das Jahr 1973. Dort verabschiedete das Ministerkomitee des Europarates die Europäischen Mindeststandards für die Behandlung von Gefangenen. Diese waren angelehnt an die im vorigen Abschnitt dargestellten Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen“ der Vereinten Nationen. Im Jahr 1987 wurden die Mindeststandards für die Behandlung von Gefangenen durch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze abgelöst. Sie wurden zuletzt im Jahr 2006 überarbeitet, als das Ministerkomitee am 11.01.2006 die neuen Europäischen Strafvollzugsgrundsätze mit der Empfehlung „Rec (2006) 2“ verabschiedete. Mit den neuen Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen sollten die durch das CPT entwickelten „CPT-Standards“ sowie die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte* berücksichtigt werden. Daneben stellte die Erweiterung des Europarates durch mittel- und osteuropäische Staaten und die Aktivitäten des Europäischen Parlaments und der Parlamentarischen Versammlung neue Anforderungen und Ansprüche an die Strafvollzugsgrundsätze.

## 1. Rechtliche Verbindlichkeit der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze und Geltung im Rahmen des Maßregelvollzugs

Auch bei den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen handelt es sich um völkerrechtliches „Soft Law“<sup>818</sup>. Sie finden ihre Grundlage in der gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten des Europarates. Zur rechtlichen Verbindlichkeit dieses Menschenrechtsstandards kann daher auf die Ausführungen zu den Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen verwiesen werden<sup>819</sup>.

Nach Nr. 10.1 EPR finden diese Anwendung auf Personen, gegen die eine Justizbehörde Untersuchungshaft angeordnet hat oder denen die Freiheit aufgrund eines Urteils entzogen worden ist. Der Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG wird durch das Gericht zwar durch Beschluss angeordnet<sup>820</sup>. Daher könnte an der Anwendbarkeit der Strafvollzugsgrundsätze auf den Maßregelvollzug gezweifelt werden. Insoweit kommt hinzu, dass die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze nach deren Nr. 10.3 lit. a) auf Personen Anwendung finden, die aus einem anderen Grund in einer Justizvollzugsanstalt inhaftiert sind. Die Einrichtungen des Maßregelvollzugs stellen aber keine Justizvollzugsanstalten dar. Allerdings gehen die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze – wie dargelegt – entstehungsgeschichtlich auf die Mindeststandards für die Behandlung von Gefangenen der Vereinten Nationen zurückzuführen sind. In deren Einleitung ist aber die Geltung auch für solche Personen angeordnet, an denen eine vom Richter angeordnete sichernde Maßregel vollzogen wird<sup>821</sup>.

Vor diesem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass auch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze für den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und die Unterbringung nach §§ 81, 126a StPO gelten.

## 2. Privatisierungsrelevante Aussagen

Daher ist nun zu prüfen, ob die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze privatisierungsrelevante Aussagen treffen.

Nach Nr. 78 EPR sind die hauptamtlichen Vollzugsbediensteten in aller Regel fest anzustellen. Sie haben die Rechtsstellung von Berufsbeamten mit Anspruch auf einen sicheren Arbeitsplatz, wobei dies allein von guter Führung, guter Leistung,

---

818 *Neubacher/Schüler-Springorum*, in: Höynck/Neubacher/Schüler-Springorum (Hrsg.), S. 8.

819 Vgl. Abschnitt G. II. 1.

820 Vgl. auch *Rogall*, in: SK-StPO, § 81 Rdnr. 45; *Müller-Dietz*, NStZ 1983, 145 (148).

821 Vgl. Abschnitt G. II. 1.

guter körperlicher und geistiger Gesundheit und einem angemessenen Bildungsstand abhängig gemacht werden darf. Nach Nr. 79.1 ist das Gehalt so zu bemessen, dass geeignete Vollzugsbedienstete gewonnen und gehalten werden können. Der Wortlaut der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze entspricht dem der Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen. Beide Regelwerke haben somit identische Regelungsgehalte. Daher kann auf die entsprechenden Ausführungen im vorigen Abschnitt verwiesen werden<sup>822</sup>.

### **3. Zwischenergebnis**

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG bei entsprechender Auslegung und Gestaltung der Aufsicht über die privatrechtlich angestellten Bediensteten mit den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen in Einklang steht.

## **IV. Ergebnis**

§ 36 Abs. 3 S. 2 und 3 BbgPsychKG ist mit internationalen Menschenrechtsstandards vereinbar.

So ergeben sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die im Rang eines einfachen Bundesgesetzes steht, keine Privatisierungsschranken. Aus dem Regelwerk ergibt sich zwar die Pflicht des Staates, die Freiheit der Person vor Eingriffen durch seine Amtsträger oder Private zu schützen. Dieser Pflicht darf sich der Staat nicht entziehen, indem er seine Verantwortung vollständig auf private Stellen überträgt. Allerdings ist es insoweit ausreichend, wenn der Staat diese privaten Stellen überwacht und kontrolliert. Dem wird § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG gerecht. Der Begriff der „Fachaufsicht“ ist dahingehend auszulegen, dass hierdurch die angesprochene Überwachung und Kontrolle gewährleistet ist und sich der Staat seiner Verantwortung insoweit nicht komplett entzieht.

§ 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG steht auch im Einklang mit den Mindestregeln für die Behandlung der Gefangenen der Vereinten Nationen. Auch hieraus ergeben sich keine unmittelbar geltenden Privatisierungsgrenzen hinsichtlich des Maßregelvollzugs. Die „Mindestregeln“ sind völkerrechtliches „Soft Law“. Dieses ist bei der Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften zu berücksichtigen. Eine Unterschreitung der „Mindestregeln“ hat Indizwirkung im Hinblick auf eine Verletzung des Grundrechts auf Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG. Allerdings muss hinzu kommen, dass durch die Verletzung der Mindeststandards die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des

<sup>822</sup> Vgl. Abschnitt G. II. 2.

Gefangenen in Frage gestellt werden. Zwar sehen die „Mindestregeln“ vor, dass die Vollzugsbediensteten „Staatsbeamte“ sein müssen. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass durch eine Beleihung die vorgenannten grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Gefangenen gefährdet sind.

Schließlich lassen sich auch aus den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen, die ebenfalls völkerrechtliches „Soft Law“ darstellen, keine Privatisierungsschranken herleiten. § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG ist auch insoweit rechtlich nicht zu beanstanden. Zwar sehen auch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vor, dass die Vollzugsbediensteten „Staatsbeamte“ sein müssen. Allerdings ist § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG bei entsprechender Auslegung und Gestaltung der Aufsicht über die privatrechtlich angestellten Bediensteten mit den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen zu vereinbaren.



## 7. Teil Möglichkeiten der Privatisierung *de lege lata* und *de lege ferenda*

Im bisherigen Gang der Untersuchung konnte nachgewiesen werden, dass die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 2 und 5 BbgPsychKG teilweise formell, jedenfalls aber materiell verfassungswidrig ist. Die Vorschrift ist somit nichtig. Eine funktionale Privatisierung der Durchführung der Aufgabe des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO kommt somit auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht in Betracht.

Die mit einer Privatisierung verbundenen Ziele sind aber nach wie vor aktuell. Verwaltungsmodernisierung und eine Reduzierung der Staatstätigkeit stehen als Themen auf der Agenda immer noch an vorderster Stelle. Im Land Brandenburg wird das dadurch deutlich, dass das Landesorganisationsrecht vorsieht, dass die Organisation der Landesverwaltung die gestellten Aufgaben mit geringstmöglichem Aufwand erfüllt und die außerhalb der Verwaltung Stehenden bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitwirken können (§ 2 Nr. 2, 3 LOG). Nach § 4 Abs. 1 S. 1 LOG ist die Modernisierung der unmittelbaren Landesverwaltung eine Daueraufgabe. Der in diesem Rahmen durchzuführenden Aufgabenkritik unterliegen nach § 5 Abs. 1 S. 1 LOG alle Aufgaben, für deren Wahrnehmung die unmittelbare Landesverwaltung zuständig ist. Hiermit soll nach § 5 Abs. 2 LOG eine Beschränkung der Wahrnehmung von Aufgaben auf die Kernkompetenzen staatlichen Handelns erreicht werden.

Vor diesem landesorganisationsrechtlichen Hintergrund sind im abschließenden Teil der Untersuchung zunächst die Privatisierungsmöglichkeiten *de lege lata* zu analysieren. Denn auch wenn die Durchführung der o.a. Aufgaben auf Grundlage der geltenden Rechtslage nicht einem beliebigen Privaten überlassen werden darf, ist es doch möglich, einzelne Tätigkeitsbereiche *im* Maßregelvollzug zu privatisieren. Hierzu werden im ersten Abschnitt dieses Teils die Privatisierungsmöglichkeiten in den drei Handlungsbereichen Ordnungsrecht, Gewährleistung des Lebensspielraums sowie Behandlungsrecht untersucht.

Sollte an dem Ziel der Privatisierung *des* Maßregelvollzugs festgehalten werden, ist verfassungsrechtlich eine gesetzliche Neureglung erforderlich. Im zweiten Abschnitt dieses Teils soll daher auf der Grundlage der im Rahmen dieser Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse ein Reformvorschlag erarbeitet werden.

## **A. Möglichkeiten der Privatisierung einzelner Tätigkeitsbereiche de lege lata**

Wie bereits dargelegt, legt das Landesorganisationsrecht der Verwaltung die Verpflichtung auf, sich selbst daraufhin zu prüfen, ob einzelne ihrer Aufgaben privatisiert werden können. Die Verwaltung hat zunächst zu untersuchen, ob eine Aufgabenübertragung nach § 6 Abs. 1 LOG (Aufgabenprivatisierung) in Betracht kommt. Steht dem entgegen, dass die Aufgabe nicht privatrechtlich wahrgenommen werden darf oder ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt, ist eine Übertragung der Ausführung der Aufgaben (funktionale Privatisierung) nach § 6 Abs. 2 LOG in Betracht zu ziehen. Sind weder eine Aufgaben-, noch eine funktionale Privatisierung möglich, sind sonstige Kooperationen mit Privaten nach § 6 Abs. 3 LOG anzustreben.

Von dieser Verpflichtung umfasst sind nicht nur die Aufgaben des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Unterbringung nach §§ 81, 126a StPO als solche. Es können vielmehr auch einzelne Tätigkeitsbereiche der Aufgabenkritik unterzogen werden. Daher ist zu prüfen, inwiefern Einzelaufgaben oder zumindest ihre Ausführung aus den Handlungsbereichen Ordnungsrecht, Gewährleistung des Lebensspielraums sowie Behandlungsrecht auf Private übertragen werden können.

### **I. Definition des privatisierungsfesten Kernbereichs des Maßregelvollzugs**

Die Definition eines Kernbereichs des Maßregelvollzugs setzt an erster Stelle an den Zielen des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG an.

Dieses besteht in erster Linie darin, die Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern zu schützen<sup>823</sup>. Der Staat hat die Schutzpflicht, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren<sup>824</sup>. Für die Erreichung dieses Ziels hat der Staat, da es sich hierbei um eine Staatsaufgabe handelt<sup>825</sup>, die Erfüllungsverantwortung. Diese ergibt sich daraus, dass der Staat insofern eine umfassende Verantwortung dem Gemeinwesen gegenüber hat. Aus diesem Grund hat der Staat die Erfüllungsverantwortung für solche Maßnahmen, die wegen ihrer Auswirkungen auf die Rechtsgüter Dritter in besonderer Weise geeignet sind, Gemeinwohlbelange, insbesondere den Schutz der Allgemeinheit, zu beeinträchtigen.

---

823 Vgl. Abschnitt A. II. im 2. Teil der Arbeit.

824 BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 56, 54 (73), 115, 118 (152).

825 Vgl. Abschnitt A. I. 1. b) im 5. Teil der Untersuchung.

Für das zweite Definitionsmerkmal ist das Vollzugsziel maßgeblich, den Unterbrachten von dem dauernden Zustand, der zur Unterbringung führte, zu heilen oder ihn in seinem (unheilbaren) Zustand (lediglich) zu pflegen<sup>826</sup>. Der Staat hat angesichts seiner Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde gegenüber dem Unterbrachten die Schutzpflicht, ihn nicht zum bloßen Objekt des Staates zu machen<sup>827</sup>. Diese Schutzpflicht ist insbesondere im Maßregelvollzug tangiert. Für die Erfüllung dieser Schutzpflicht hat der Staat aufgrund ihrer überragenden Bedeutung die Erfüllungsverantwortung. Diese ergibt sich schon daraus, dass die untergebrachten Personen ein Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit erbringt. Daher hat der Staat aufgrund der Grundrechte der Patienten eine besondere Einstandsverantwortung<sup>828</sup> dafür, den Maßregelvollzug durch eine Heilung der untergebrachten Person überflüssig zu machen und die untergebrachten Personen im Maßregelvollzug dem Art. 1 Abs. 1 GG zu behandeln. Der Staat muss daher solche Maßnahmen eigenständig erfüllen, die den Status der untergebrachten Personen und damit die Behandlungsmöglichkeiten betreffen.

Für das dritte Definitionsmerkmal ist schließlich entscheidend, inwiefern im Rahmen der Maßnahmen hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG ausgeübt werden. Denn es hat sich im Gang der bisherigen Untersuchung gezeigt, dass bei der Privatisierung des Maßregelvollzugs ausschlaggebend ist, inwiefern im Rahmen der zu privatisierenden Aufgabe hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG ausgeübt werden. Das Gleiche gilt auch bei Privatisierungen *im* Maßregelvollzug. Eine Übertragung der Aufgabendurchführung kommt daher umso weniger in Betracht, je mehr die übertragenen Befugnisse in grundrechtsrelevante Bereiche eingreifen<sup>829</sup>. Dieser Maßstab ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG. Dieser besteht darin, das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu stärken und eine stabile und gesetzestreue Verwaltung zu sichern. Je mehr die übertragenen Befugnisse in diesen Schutzbereich eingreifen, umso höher müssen die eine Übertragung der Aufgabendurchführung auf Private rechtfertigenden Gründe sein. Es ist aber nicht ersichtlich, dass Gründe vorliegen, die eine Übertragung von solchen Aufgaben auf Nichtbeamte rechtfertigen<sup>830</sup>. Vor diesem Hintergrund zählen auch solche Maßnahmen zum privatisierungsfesten Kernbereich des Maßregelvollzugs, die eine besondere Grundrechtsrelevanz aufweisen und die über die Aufrechterhaltung der angeordneten Freiheitsentziehung hinausreichen. Das letztgenannte Kriterium ergibt sich daraus, dass über die Freiheitsentziehung als solcher bereits der

---

826 *BGH*, NStZ 2002, 533 (534); *van Gemmeren*, in: *MüKo-StGB*, § 63 Rdnr. 1.

827 BVerfGE 27, 1 (6); 45, 187 (228); 96, 375 (399); 115, 118 (153).

828 Vgl. Abschnitt A. II. im 3. Teil der Arbeit.

829 Vgl. Abschnitt A. II. 6. e) bb) (2). im 5. Teil der Untersuchung.

830 Vgl. Abschnitt A. II. 6. e) bb) (3). im 5. Teil der Arbeit.

Strafrichter entschieden hat. Ein privater Träger ist daher nur „Erfüllungsgehilfe“ bei der Aufrechterhaltung der richterlich angeordneten Freiheitsentziehung. Ihm stehen insoweit keinerlei eigene Entscheidungsbefugnisse zu.

Zum privatisierungsfesten Kernbereich des Maßregelvollzugs zählen somit die Aufgaben der Vollzugsleitung sowie solche Maßnahmen, die wegen ihrer Auswirkungen auf die Rechtsgüter Dritter in besonderer Weise geeignet sind, Gemeinwohlbelange, insbesondere den Schutz der Allgemeinheit, zu beeinträchtigen sowie besonders grundrechtsrelevante Maßnahmen, die über die Aufrechterhaltung der angeordneten Freiheitsentziehung hinausreichen.

## **II. Privatisierungsmöglichkeiten im Bereich des Ordnungsrechts**

Das Ordnungsrecht betrifft die rechtlichen Voraussetzungen, um Gefahren abzuwehren, die den Zweck der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus zu vereiteln drohen. Es handelt sich um Maßnahmen, die die Patienten in ihrem Lebensraum einengen. Das Personal tätigt in erster Linie Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen durch belastende Verwaltungsakte bzw. Realakte.

Zu untersuchen ist, welche Maßnahmen des Ordnungsrechts dem Kernbereich des Maßregelvollzugs zuzurechnen sind.

### **1. Kernbereich des Maßregelvollzugs**

Zum Kernbereich des Maßregelvollzugs zählen zunächst die Entscheidungen über die Gestaltung des Maßregelvollzugs nach §§ 16 Abs. 2, 38 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG. Ebenso verhält es sich bei Entscheidungen darüber, ob der Vollzug nach § 39 Abs. 1 BbgPsychKG gelockert durchgeführt wird. Wird der Vollzug gelockert, ist das in besonderer Weise geeignet, Gemeinwohlbelange zu beeinträchtigen. Das wird besonders dann deutlich, wenn der Vollzug fälschlicherweise gelockert wird, obwohl der Patient nach wie vor gefährlich ist. In diesem Fall ist die Sicherheit der Allgemeinheit in besonderer Weise betroffen. Entscheidungen über die Gewährung und Gestaltung von Vollzugslockerungen nach § 39 Abs. 1 BbgPsychKG sind daher ebenfalls vom Kernbereich des Maßregelvollzugs erfasst.

Die Entscheidung darüber, ob Kleidung ungeeignet oder gefährlich ist (§§ 20 Abs. 4 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), greift ebenfalls erheblich in die Grundrechte der untergebrachten Person ein. Diese Maßnahmen gehen auch über Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der angeordneten Freiheitsentziehung hinaus. Sie fallen daher ebenfalls in den Kernbereich des Maßregelvollzugs.

Entsprechendes gilt für Entscheidungen über die Vorenthaltung oder den Entzug von Sachen sowie über die Beschränkung des Erwerbs und der Verwendung von Sachen nach §§ 22 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG. Hierdurch werden das Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 GG sowie das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG der untergebrachten Person beschränkt, die ohnehin ein Sonderopfer erbringt. Diese Entscheidungen dürfen zumindest bei Gefahr im Verzug nach §§ 22 Abs. 2 S. 3, 45 Abs. 1 BbgPsychKG auch vom Vollzugspersonal getroffen werden und sind nicht nur der Vollzugsleitung vorbehalten. Daher haben sie auch im Rahmen des in Brandenburg praktizierten Dienstüberlassungsmodells Bedeutung.

Entscheidungen über Einschränkungen des Besuchsrechts nach §§ 24 Abs. 2 S. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG haben nicht nur erhebliche Auswirkungen auf das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG des Patienten, sondern unter Umständen auch auf den Schutz der Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG. Das kann der Fall sein, wenn es sich um Besuche des Ehepartners bzw. der Ehepartnerin handelt. Auch diese Entscheidungen sind daher dem Kernbereich des Maßregelvollzugs zuzurechnen.

Die Entscheidung, ob der Schriftwechsel der untergebrachten Person eingesehen oder angehalten wird (§§ 25 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG), stellt einen erheblichen Eingriff in ihr Brief- und Postgeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG dar<sup>831</sup>. Die Maßnahme dient der Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung in der Einrichtung und soll vermeiden, dass das Vollzugsziel beeinträchtigt wird. Sie geht damit über die Aufrechterhaltung der angeordneten Freiheitsentziehung hinaus und zählt vor diesem Hintergrund zum Kernbereich des Maßregelvollzugs.

Werden die hierbei erlangten Kenntnisse nach §§ 24 Abs. 3 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG verwertet, setzt sich der Eingriff in das Postgeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG fort<sup>832</sup>. Entscheidungen über die Verwertung von Kenntnissen, die im Rahmen der Überwachung des Schriftwechsels erlangt werden, zählen somit ebenfalls zum maßregelvollzugsrechtlichen Kernbereich.

Die Entscheidung über die Überwachung von Telefongesprächen richtet sich nach §§ 26 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG nach den Regelungen für den Schriftwechsel. Durch eine Überwachung der Telefongespräche wird nicht nur in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG der untergebrachten Person eingegriffen<sup>833</sup>, sondern auch in das entsprechende Grundrecht ihres

---

831 *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 10 Rdnr. 11 m.w.N.

832 *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 10 Rdnr. 11.

833 *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 10 Rdnr. 11 m.w.N.

Gesprächspartners. Werden hierbei Kenntnisse erlangt und nach §§ 26 Abs. 1 S. 4, 25 Abs. 3 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG verwertet, gilt das zur Verwertung von Kenntnissen aus der Überwachung des Schriftwechsels Gesagte entsprechend.

Das Gleiche gilt für Entscheidungen über die Einschränkungen des Absendens und Empfangens von Telegrammen, Päckchen und Paketen nach §§ 26 Abs. 2, 25 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG. Hierdurch greifen die Bediensteten in das Brief-, Post und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG ein. Sofern in diesem Rahmen Kenntnisse erlangt und nach §§ 26 Abs. 2 S. 3, 25 Abs. 3 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG verwertet werden, gilt wiederum das bereits Gesagte entsprechend.

Entscheidungen über die Beschränkung der freien Verfügung von Taschengeld nach § 47 Abs. 3 BbgPsychKG gehören ebenso zum Kernbereich des Maßregelvollzugs. Diese Entscheidungen stellen ebenfalls besonders grundrechtsrelevante Maßnahmen dar. Hierdurch soll verhindert werden, dass geschickte Patienten viel Geld an sich bringen und sich andere, schwächere (zumal minderbegabte) Patienten wirtschaftlich unterwerfen; darüber hinaus erleichtert Geld die Flucht. Es handelt sich somit um Maßnahmen, die die Sicherheit und Ordnung in der Einrichtung sicherstellen sollen und damit um besonders grundrechtsrelevante Maßnahmen, die über die Aufrechterhaltung der angeordneten Freiheitsentziehung hinausreichen.

Ebenso verhält es sich aus den dargelegten Gründen bei Entscheidungen über die Verfügung von Eigengeld nach § 47 Abs. 4 S. 2 und 3 BbgPsychKG.

Entscheidungen über besondere Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG, erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 42 Abs. 1 BbgPsychKG und die Anwendung unmittelbaren Zwangs nach §§ 20 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG greifen erheblich in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG und gegebenenfalls in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG ein. Auch sie zählen vor diesem Hintergrund zum Kernbereich des Maßregelvollzugs.

## **2. Privatisierungsfähiger Randbereich**

Die Verpflegung der untergebrachten Personen, fällt nicht in den Kernbereich des Maßregelvollzugs. Die Patienten müssen körperlich gesund bleiben. Hierfür hat der Staat aufgrund des Sozialstaatsprinzips Sorge zu tragen. Allerdings liegt bei einer Ausgliederung kein Grundrechtseingriff vor, solange der Staat die Verantwortung

der ausreichenden Sicherstellung der Verpflegung gewährleistet<sup>834</sup>. Eine funktionale Privatisierung oder eine Beleihung sind somit verfassungsrechtlich unbedenklich.

Hinsichtlich der Kleidung der untergebrachten Personen ist eine Privatisierung der Kleiderausgabe, der Reinigung der Wäsche und der Verwahrung der Habe der Patienten ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich<sup>835</sup>. Diese Tätigkeitsbereiche zählen nicht zum Kernbereich des Maßregelvollzugs. Es handelt sich vielmehr um untergeordnete Dienstleistungen ohne besondere Grundrechtsrelevanz.

Soweit das therapeutische Personal nach §§ 20 Abs. 1 S. 3, 45 Abs. 1 BbgPsychKG Anordnungen gegenüber der untergebrachten Person treffen und somit Verhaltensvorschriften erlassen darf, ist hierdurch der Kernbereich des Maßregelvollzugs ebenso wenig berührt.

Festnahmen nach § 42 Abs. 4 BbgPsychKG schließlich dienen der Aufrechterhaltung der angeordneten Freiheitsentziehung. Auch wenn sie im Ergebnis eine nicht unerhebliche Grundrechtsrelevanz aufweisen, zählen sie nach der im Abschnitt I. herausgearbeiteten Definition nicht zum Kernbereich des Maßregelvollzugs. Denn es wird lediglich die richterlich angeordnete Freiheitsentziehung gewährleistet.

### **III. Privatisierungsmöglichkeiten im Bereich der Gewährleistung des Lebensspielraums**

Wie bereits dargelegt, hat der Staat im Hinblick auf das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG die Aufgabe, die Bedingungen zu schaffen, unter denen die Patienten ein würdiges Dasein führen können. Er hat ihnen, wenn sie zur Nutzung dieser Möglichkeiten alleine nicht in der Lage sind, dabei Hilfe zu gewähren. Inwiefern diese Maßnahmen zum Kernbereich des Maßregelvollzugs zählen, ist im Folgenden zu untersuchen.

#### **1. Kernbereich des Maßregelvollzugs**

Der Zugang zu Büchern, Zeitungen und Zeitschriften dient der Verwirklichung des Grundrechts der Informationsfreiheit des Patienten nach Art. 5 Abs. 1 GG. Hiernach hat jeder das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Das Grundrecht der Informationsfreiheit dient der individuellen

---

<sup>834</sup> So zum Strafvollzug *Roth*, S. 40; *Kruis*, ZRP 2000, 1 (2).

<sup>835</sup> *Wagner*, ZRP 2000, 169 (172); *Roth*, S. 49ff.

Entfaltung des Patienten und dem demokratischen Prinzip<sup>836</sup>. Entscheidungen über die Einschränkung des Rechts auf Erwerb und Besitz von und Zugang zu Büchern, Zeitungen und Zeitschriften nach §§ 27 Abs. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG stellen einen Eingriff in dieses Grundrecht dar. Denn die Informationsfreiheit wird durch jede Maßnahme beeinträchtigt, die die Informationsaufnahme verbietet oder einem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Wird der untergebrachten Person der Zugang zu einer allgemein zugänglichen Quelle gänzlich untersagt, wird die Ausübung dieses wichtigen Grundrechts schlicht vereitelt. Daher zählen Entscheidungen über die Einschränkung des Rechts auf Erwerb und Besitz von und Zugang zu Büchern, Zeitungen und Zeitschriften zum Kernbereich des Maßregelvollzugs.

Die untergebrachte Person hat nach §§ 23 Abs. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG grundsätzlich das Recht auf freie Religionsausübung. Dieses Verhalten unterfällt der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 2 GG. Diese Vorschrift enthält eine umfassende Ausübungsgarantie. Gerade in einer Situation, in der der Patient seiner Freiheit verlustig geht, kann die Religionsausübung ein besonderes Gewicht erlangen und dem Patienten besonderen Halt geben. Das erkennen auch §§ 23 Abs. 3 S. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG an, die die Einschränkung der Religionsfreiheit und -ausübung an die engen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 BbgPsychKG knüpfen. Diese Gründe sprechen dafür, Entscheidungen über die Einschränkung der Religionsfreiheit und -ausübung nach §§ 23 Abs. 3, 45 Abs. 1 BbgPsychKG ebenfalls zum Kernbereich des Maßregelvollzugs zu zählen.

Die im Maßregelvollzug Untergebrachten haben nach § 46 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG grundsätzlich das Recht auf Ausbildung, Weiterbildung und Arbeit. Nach § 46 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BbgPsychKG dürfen sie hierbei nicht schlechter gestellt werden als Strafgefangene. Nach § 39 Abs. 1 S. 1 StVollzG dürfen diese unter bestimmten Voraussetzungen einer Tätigkeit außerhalb der Anstalt nachgehen. Das gilt dann auch für die im Maßregelvollzug untergebrachten Personen. Eine Entscheidung darüber, ob der Patient die Einrichtung verlassen darf, ist in erheblichem Maße geeignet, Gemeinwohlbelange, insbesondere den Schutz der Allgemeinheit, zu beeinträchtigen. Daher gehören auch Entscheidungen über die Wahrnehmung von Ausbildungs-, Weiterbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten außerhalb der Einrichtung nach § 46 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BbgPsychKG i.V.m. § 39 Abs. 1 S. 1 StVollzG zum privatisierungsfesten Kernbereich.

Entscheidungen über die Verlegung des Patienten in die offene Unterbringung nach § 39 Abs. 4 S. 1 BbgPsychKG betreffen seinen Status insbesondere dann, wenn

---

<sup>836</sup> BVerfGE 27, 72 (81f.); Herzog, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz (Hrsg.), Art. 5 Rdnr. 84; Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Art. 5 Rdnr. 14.



das Ziel der Unterbringung in einer anderen Einrichtung nicht in gleicher oder besserer Weise erreicht werden kann (sei es, weil zu befürchten ist, dass dort nicht die für die Behandlung des Patienten erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, sei es, weil die Entfernung zu Familienmitgliedern den Vollzugsziel der Wiedereingliederung zuwider läuft). Daher ist auch hier davon auszugehen, dass diese Maßnahmen zum Kernbereich des Maßregelvollzugs zu zählen sind. Das wird auch daran deutlich, dass Entscheidungen über die Verlegung in andere im Vollzugsplan genannte Einrichtungen nach § 39 Abs. 4 S. 2 BbgPsychKG die Fachaufsichtsbehörde und nicht die ärztliche Leitung trifft. Der Gesetzgeber hat somit anerkannt, dass es den Status der untergebrachten Personen betreffende Entscheidungen gibt, die vom Staat selbst (hier der Fachaufsichtsbehörde) getroffen werden müssen und nicht delegiert werden dürfen.

Einen besonderen Bezug zum Vollzugsziel der Sicherheit der Allgemeinheit haben schließlich Entscheidungen über die Gewährung und Gestaltung von Beurlaubungen nach § 39 Abs. 1 S. 2 BbgPsychKG. Sollte eine Beurlaubung gewährt werden, obwohl der Patient nach wie vor gefährlich ist, ist dieses Gemeinwohlbelang in besonderer Weise betroffen. Das Gleiche gilt, wenn die Auflagen und Weisungen nach § 39 Abs. 1 S. 3 BbgPsychKG zum Schutz der Allgemeinheit nicht ausreichend sind.

## **2. Privatisierungsfähiger Randbereich**

Zum privatisierungsfähigen Randbereich des Maßregelvollzugs zählt hingegen das Recht der Einrichtung, nach §§ 28 Abs. 1 S. 1, 45 Abs. 1 BbgPsychKG eine Hausordnung zu erlassen (einschließlich der dazugehörigen Disziplinarmaßnahmen). Dieses Recht steht grundsätzlich jedem Eigentümer eines Hauses bzw. einer Einrichtung zu. Es hat somit keinen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zu den im Maßregelvollzug zu erfüllenden Aufgaben.

Ebenso wenig zählen Entscheidungen über den Aufenthalt im Freien nach §§ 28 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG zum Kernbereich des Maßregelvollzugs. Hierbei handelt es sich lediglich um eine geringfügige Modifizierung der Modalitäten der Freiheitsentziehung. Aus diesem Grunde zählen entsprechende Maßnahmen zum privatisierungsfähigen Randbereich des Maßregelvollzugs.

## **IV. Privatisierungsmöglichkeiten im Bereich des Behandlungsrechts**

Die Qualifizierung von ärztlichen Maßnahmen als Kern- bzw. Randbereich des Maßregelvollzugs gestaltet sich schwieriger. Nach §§ 40 Abs. 1 S. 1, 41 BbgPsychKG haben die Patienten einen Anspruch auf ärztliche Behandlung der

Anlasserkrankung und anderer Erkrankungen. Sie sind insbesondere durch ärztliche, psychotherapeutische und sonstige geeignete therapeutische Maßnahmen zu behandeln sowie sozial und beruflich einzugliedern. Aufgabe der Vollzugsbehörden ist, zu gewährleisten, dass die Patienten die Zielsetzungen der Unterbringung nach § 63 StGB entsprechende notwendige therapeutische Behandlung bekommen. Dieser Anspruch beruht darauf, dass die Patienten der Allgemeinheit um ihrer Sicherheit willen ein Sonderopfer bringen. Das aber kann von ihnen nur verlangt werden, wenn der Staat gleichzeitig alles daran setzt, die Maßnahme überflüssig zu machen und der sozialen Ausgliederung der Patienten entgegen zu wirken (vgl. auch § 38 Abs. 3 S. 1 BbgPsychKG). In diesem Bereich stellt sich der Maßregelvollzug in erster Linie als Leistungsverwaltung dar<sup>837</sup>.

## 1. Kernbereich des Maßregelvollzugs

Aus diesem Grund ist fraglich, ob das erste Definitionsmerkmal des Kernbereichs, die besondere Grundrechtsrelevanz der Maßnahmen, gegeben ist. Denn hierbei könnte es sich in erster Linie um eine Leistungsgewährung ohne besondere Grundrechtsrelevanz handeln. Allerdings ist anerkannt, dass auch eine Leistungsgewährung eine erhebliche Grundrechtsrelevanz entfalten kann<sup>838</sup>. So stellt sich die Situation auch bei ärztlichen Behandlungsmaßnahmen im Rahmen des Maßregelvollzugs dar. Das wird insbesondere dadurch deutlich, dass die unzweifelhaft grundrechtsbeschränkende Freiheitsentziehung konstitutive Voraussetzung für die ärztliche Behandlung ist.

Am Beginn der Behandlung steht die Eingangsuntersuchung nach § 37 Abs. 2 S. 1 BbgPsychKG. Diese entscheidet wesentlich über den Status des Patienten. Hinzu kommt, dass die Eingangsuntersuchung nach § 37 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG sich auch auf die Umstände erstreckt, die für die Aufstellung des Behandlungsplanes bedeutsam sind. Wie sich sogleich zeigen wird, hat dieser erhebliche Auswirkungen auf den Status des Patienten und möglicherweise auf Gemeinwohlbelange. Daher sind auch entsprechende vorbereitende Maßnahmen vom Kernbereich des Maßregelvollzugs umfasst. Ergibt die Eingangsuntersuchung, dass die Voraussetzungen der Unterbringung nicht oder nicht mehr gegeben sind, ist die untergebrachte Person nach §§ 15 Abs. 3 S. 1, 37 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG zu beurlauben. Auch angesichts dessen hat die Eingangsuntersuchung unter Umständen erhebliche Auswirkungen auf den Schutz der Allgemeinheit.

---

837 Vgl. Abschnitt A. I. 2. b) im 5. Teil der Untersuchung.

838 Das gilt im Besonderen für den Bereich der Sozialverwaltung: Die Entscheidung darüber, ob Sozialhilfe gewährt wird (oder der actus contrarius: die Vorenthaltung einer Leistungsgewährung) oder nicht, stellt für den Betroffenen eine Maßnahme mit erheblicher Grundrechtsrelevanz dar, vgl. hierzu *Wolff/Bachof/Stober*, § 3 Rdnr. 6.

Maßgeblicher Teil des Anspruchs auf ärztliche Behandlung ist die Aufstellung des Behandlungsplans nach §§ 15, 37 Abs. 2 S. 2 und 3 BbgPsychKG. Der Plan muss alle fördernden Maßnahmen, auch diejenigen der sonstigen Fachkräfte des Krankenhauses, umfassen und darf nicht übergehen, ob und gegebenenfalls von wann an Vollzugslockerungen und Urlaub vorgesehen werden. Der Vollzug muss auf Heilung und möglichst frühzeitige Wiedereingliederung ausgerichtet sein. Der Behandlungsplan stellt hierbei das zentrale Instrument dar. Daher hat die Aufstellung des Behandlungsplans – neben der dargelegten Grundrechtsrelevanz – erhebliche Auswirkungen auf den Status des Patienten und gegebenenfalls auf die Sicherheit der Allgemeinheit. Die Aufstellung des Behandlungsplans nach §§ 15, 37 Abs. 2 S. 2 und 3 BbgPsychKG zählt demnach im Rahmen des Behandlungsrechts zum Kernbereich des Maßregelvollzugs.

Ebenso verhält es sich mit der Erörterung des Behandlungsplans und mit Entscheidungen über die Anpassung des Behandlungsplans nach §§ 15 Abs. 2 S. 4 und 6, 37 Abs. 2 S. 2 und 3 BbgPsychKG. Da der Behandlungsplan das vollzugliche Gegenstück zu den Entscheidungen der Strafvollstreckungskammer darüber darstellt, ob der Patient entlassen werden kann, dienen Anpassungen des Behandlungsplans auch dem Zweck, Entscheidungen über Vollzugslockerungen und die Gewährleistung von Urlaub zu treffen. Damit aber sind wiederum Gemeinwohlbelange betroffen. Darüber hinaus ist auch der Status des Patienten tangiert, wenn im Rahmen der Anpassung des Behandlungsplanes Entscheidungen über die Dauer der Behandlung getroffen werden.

Eine erhebliche Grundrechtsrelevanz schließlich weisen Entscheidungen über ärztliche Behandlungsmaßnahmen nach § 40 Abs. 3 S. 1 BbgPsychKG auf. Sofern der Patient gegen seinen Willen behandelt wird, wird hiermit in erheblichem Maße in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen. Auch diese Maßnahmen zählen vor diesem Hintergrund zum maßregelvollzugsrechtlichen Kernbereich.

## **2. Privatisierungsfähiger Randbereich**

Nicht zum Kernbereich des Maßregelvollzugs zählt hingegen die Dokumentation der Behandlungsmaßnahmen nach §§ 15 Abs. 4, 37 Abs. 2 S. 2 und 3 BbgPsychKG. Diese Tätigkeiten stellen, sofern sie unter Aufsicht und Weisung der ärztlichen Leitung erfolgen, lediglich Dienstleistungen von untergeordneter Bedeutung dar.

## V. Sonstige Teilbereiche

Neben den drei für den Maßregelvollzug wesentlichen Handlungsbereichen sind weitere Bereiche denkbar, in denen Privatisierungen in Betracht kommen.

Hierzu zählt zum einen der Pfortendienst. Die Grundrechtsrelevanz ist hierbei nicht so erheblich, dass die Aufgabe zwingend von Beamten zu erfüllen ist<sup>839</sup>.

Daneben können auch objektbezogene Bewachungs- und Kontrollaufgaben von Privaten erfüllt werden<sup>840</sup>. Hierunter sind Inspektionen der technischen und mechanischen Sicherheitsanlagen, der Außen- und Innenbereiche und der Räume sowie die Tätigkeit des Objektschutzes zu verstehen<sup>841</sup>. Obwohl hierbei auch Grundrechtseingriffe vorkommen können (vor allem dann, wenn Räume der Patienten betreten werden müssen, um die Sicherheitsanlagen zu kontrollieren), sind diese Grundrechtseingriffe nicht von solcher Tragweite, dass sie zwingend von Statusbeamten wahrgenommen werden müssen. Die Patienten müssen lediglich das Betreten ihrer Räume dulden. Der Kontrolleur hat keine eigenen Entscheidungsbefugnisse, sondern muss Schäden der ärztlichen Leitung mitteilen. Daher ist hier eine Privatisierung, auch in Form der Verwaltungshilfe, möglich.

Privatisierungsfähig ist auch das sog. Hausmanagement<sup>842</sup>. Hierbei handelt es sich um die Bauunterhaltung, Wartung und Reparatur der technischen Anlagen und sonstige Instandhaltungsmaßnahmen, die Reinigung der Anstalt, die Lagerhaltung von Einrichtungs- und Verbrauchsgegenständen sowie Teile der Verwaltung wie Konto- und Kassenführung.

Die Frage, ob die Bearbeitung von Beschwerden der Patienten nach §§ 32 Abs. 1 S. 1, 42 BbgPsychKG privatisiert werden können, stellt sich in Brandenburg nicht. Nach §§ 32 Abs. 1 S. 1, 42 BbgPsychKG haben die Patienten das Recht, sich mit ihren Wünschen, Anregungen und Beschwerden in Angelegenheiten, die sie selbst betreffen, an die Leitung der Einrichtung zu wenden. In Brandenburg trägt die ärztliche Leitung nach § 38 Abs. 5 S. 1 BbgPsychKG die Verantwortung für die Einrichtung. Da die ärztliche Leitung nach § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG in einem Dienstverhältnis zum Land Brandenburg steht, bleibt die Bearbeitung der Beschwerden nach diesem Modell in staatlicher Hand.

---

839 So auch *Roth*, S. 86, zum Strafvollzug. In diesem Sinne auch *Bonk*, JZ 2000, 435 (442), der davon spricht, dass im Rahmen des Strafvollzugs „Dienst- und Serviceleistungen im weiteren Sinne ohne Eingriffsbefugnisse“ privatisiert werden können. *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421 (429) geht davon aus, dass „Hilfsgeschäfte“ von Privaten vorgenommen werden dürfen.

840 *Wagner*, ZRP 2000, 169 (172); *Roth*, S. 100 zum insoweit vergleichbaren Strafvollzug.

841 So zum Strafvollzug *Roth*, S. 97.

842 *Wagner*, ZRP 2000, 169 (172); *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421 (429).

## VI. Ergebnis

Im Ergebnis hat sich gezeigt, dass einzelne Tätigkeitsbereiche oder zumindest ihre Ausführung aus den Handlungsbereichen Ordnungsrecht, Gewährleistung des Lebensspielraums, Behandlungsrecht sowie weitere Teilbereiche auf Private übertragen werden können.

Ausgenommen hiervon ist der Kernbereich des Maßregelvollzugs. Zu diesem zählen die Aufgaben der Vollzugsleitung sowie besonders grundrechtsrelevante Maßnahmen, die über die Aufrechterhaltung der angeordneten Freiheitsentziehung hinausreichen. Von einer Privatisierung auszunehmen sind daneben den Status der untergebrachten Personen betreffende Maßnahmen sowie solche Maßnahmen, die wegen ihrer Auswirkungen auf die Rechtsgüter Dritter in besonderer Weise geeignet sind, Gemeinwohlbelange, insbesondere den Schutz der Allgemeinheit, zu beeinträchtigen. Für Aufgaben, die in den Kernbereich des Maßregelvollzugs fallen, hat der Staat die Erfüllungsverantwortung. Diese Aufgaben dürfen grundsätzlich nicht von Privaten wahrgenommen werden.

Vor diesem Hintergrund sind de lege lata vor allem Service- und Versorgungsleistungen sowie Dienstleistungen von untergeordneter Bedeutung privatisierbar.

Hierzu zählt die Verpflegung der untergebrachten Personen, bei der eine funktionale Privatisierung verfassungsrechtlich unbedenklich sind. Bezüglich der Kleidung der untergebrachten Personen ist eine Privatisierung der Kleiderausgabe, der Reinigung der Wäsche und der Verwahrung der Habe der Patienten ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich. Insoweit handelt sich um untergeordnete Dienstleistungen ohne besondere Grundrechtsrelevanz. Ebenso verhält es sich beim Pfortendienst, bei objektbezogenen Bewachungs- und Kontrollaufgaben sowie dem Hausmanagement.

Auch Entscheidungen über den Aufenthalt im Freien nach §§ 28 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1 BbgPsychKG zählen nicht zum Kernbereich des Maßregelvollzugs. Hierbei handelt es sich lediglich um eine geringfügige Modifizierung der Modalitäten der Freiheitsentziehung. Auch soweit das therapeutische Personal nach §§ 20 Abs. 1 S. 3, 45 Abs. 1 BbgPsychKG Anordnungen gegenüber der untergebrachten Person treffen und Verhaltensvorschriften erlassen darf, ist hierdurch der Kernbereich des Maßregelvollzugs nicht berührt.

Schließlich dürfen private Bedienstete Festnahmen nach § 42 Abs. 4 S. 1 BbgPsychKG vornehmen. Diese dienen der Aufrechterhaltung der angeordneten

Freiheitsentziehung. Es wird lediglich die richterlich angeordnete Freiheitsentziehung gewährleistet.

Die übrigen in diesem Abschnitt behandelten Tätigkeitsbereiche zählen zum Kernbereich des Maßregelvollzugs. Eine Privatisierung kommt insoweit nicht in Betracht. Das gilt im Besonderen für den Bereich des ärztlichen Behandlungsrechts.

## **B. Möglichkeiten der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG de lege ferenda**

Im Rahmen der Untersuchung konnte bislang nachgewiesen werden, dass verfassungsrechtlich eine gesetzliche Neuregelung erforderlich ist, soweit an dem Ziel der Privatisierung des Maßregelvollzugs festgehalten werden sollte. Auf der Grundlage der bisher gewonnenen Erkenntnisse soll daher abschließend ein Reformvorschlag erarbeitet werden. Dabei sollen die Kernaussagen der Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 2 und 3 BbgPsychKG und die Struktur des Gesetzes erhalten bleiben, soweit sie im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen.

### **I. Überschrift des 4. Abschnitts**

Mehr eine redaktionelle als eine inhaltliche Neuregelung stellt die Änderung der Überschrift des 4. Abschnitts des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes dar. Wenn in dem Gesetz auch Aussagen zur Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO und zur einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO getroffen werden, muss das auch in der Überschrift des entsprechenden Abschnitts zum Ausdruck kommen.

### **II. Unterteilung in zwei Unterabschnitte zum Maßregelvollzug und den anderen Formen der Unterbringung**

Beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG einerseits und der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO, der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO sowie der Sicherungshaft andererseits handelt es sich um rechtlich unterschiedliche Maßnahmen. Daher ist es angemessen, das auch gesetzlich klarzustellen. Das erfolgt dadurch, dass ein Unterabschnitt 1 die „Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG“ behandelt. Der Unterabschnitt 2 widmet sich dann der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO, der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO sowie der Sicherungshaft.

### **III. Neuregelung der gesetzlichen Grundlage einer Beleihung**

Der besseren Übersichtlichkeit wegen wird die Neuregelung der gesetzlichen Grundlage einer Beleihung in einer eigenständigen Vorschrift über die „Einrichtungen des Maßregelvollzugs“ vorgeschlagen.

Der erste Absatz des jetzigen § 36 BbgPsychKG bleibt unverändert und wird in einer eigenständigen Vorschrift über die „Ziele des Maßregelvollzugs“ gefasst. Hiermit soll die besondere Bedeutung der Ziele hervorgehoben werden.

In die Vorschrift des § 36a zu den „Einrichtungen des Maßregelvollzugs“ fließt zunächst die Vorschrift des jetzigen § 36 Abs. 2 BbgPsychKG als neuer Absatz 1 ein. Die Regelung zum Vollstreckungsplan erfolgt aufgrund des systematischen Zusammenhangs gemeinsam mit der Regelung über die Einrichtungen des Maßregelvollzugs.

Der bisherige § 36 Abs. 3 S. 1 BbgPsychKG wird § 36a Abs. 2 BbgPsychKG. Hiermit wird deutlich der Grundsatz herausgestellt, dass die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG in psychiatrischen Krankenhäusern und Entziehungsanstalten des Landes vollzogen werden, soweit sie in den Vollstreckungsplan aufgenommen sind.

Die Möglichkeit der Übertragung der Aufgabendurchführung auf andere Einrichtungen regelt § 36a Abs. 3 BbgPsychKG. Der jetzige § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG wird nun § 36a Abs. 3 S. 1 BbgPsychKG. Daraus, dass das Land Brandenburg die Gewährleistungsverantwortung für die privatisierungsfähigen Randbereich des Maßregelvollzugs trägt, folgt, dass es die Qualifikation und Auswahl der privaten Akteure sicherzustellen hat. Diese müssen zur Erfüllung ihrer Aufgaben geeignet sein. Um den Begriff der Eignung gesetzlich zu definieren, werden dessen Bestandteile Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit aufgeführt. Darüber hinaus wird klargestellt, dass der Private die Gewähr für eine sachgerechte Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben bietet. Weiterhin stellt die Vorschrift klar, dass die privaten Träger mit hoheitlicher Gewalt beliehen werden (§ 36a Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG).

Die geltende Vorschrift verstößt gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG. Es liegt kein sachlicher Grund vor, der eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG rechtfertigt. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Ausnahme aufgrund der erheblichen Grundrechtseingriffe nur dann möglich ist, wenn der private Träger wesentlich besser für die Durchführung der Aufgabe geeignet ist. Die erforderliche Sachkunde darf staatlicherseits nur in sehr

eingeschränktem Maße oder überhaupt nicht zu Verfügung stehen. Im Hinblick auf die ordnungsgemäße Aufgabendurchführung ist eine konkrete Gefährdung der ordnungsgemäßen Aufgabendurchführung bzw. die Nichtgewährleistung der ordnungsgemäßen Aufgabendurchführung zu verlangen. Da die zur Durchführung des Vollzugs des Maßregelvollzugs erforderlichen Befugnisse erheblich in grundrechtlich geschützte Positionen eingreifen, muss es sich hier um zwingende sachliche Gründe handeln. Solche sind nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist erkennbar, dass sich an dieser Einschätzung mittlerweile etwas geändert hat. Allerdings ist der Landesgesetzgeber nicht grundsätzlich daran gehindert, sachliche Gründe zu finden. Bejaht er solche sachlichen Gründe und legt diese dar, ist eine Beleihung verfassungsrechtlich nicht prinzipiell ausgeschlossen. Allerdings sind solche Befugnisse weiterhin von Statusbeamten wahrzunehmen, die in erheblichem Maße in die Grundrechte der untergebrachten Personen eingreifen. Da es sich hierbei auch um das erste Definitionsmerkmal des Kernbereichs des Maßregelvollzugs handelt, sind nach Art. 33 Abs. 4 GG solche Befugnisse von einer Beleihung auszunehmen, die von diesem Kernbereich umfasst sind. Daneben sind solche Befugnisse von einer Privatisierung auszunehmen, die in privatisierungsfesten Kernbereich des Maßregelvollzugs fallen, weil sie den Status der untergebrachten Personen betreffen und weil sie wegen ihrer Auswirkungen auf die Rechtsgüter Dritter in besonderer Weise geeignet sind, Gemeinwohlbelange, insbesondere den Schutz der Allgemeinheit, zu beeinträchtigen. Der Staat trägt für diese Befugnisse die Erfüllungsverantwortung und darf sich dieser Aufgabe nicht entledigen. Das ergibt sich zum einen aus der umfassenden Verantwortung des Staates gegenüber dem Gemeinwesen und zum anderen daraus, dass der Staat eine besondere Einstandsverantwortung gegenüber den untergebrachten Personen trägt, die zugunsten der Allgemeinheit ein Sonderopfer erbringen.

Aus den Ausführungen zum Vorbehalt des Gesetzes folgt, dass Gegenstand des Beleihungsgesetzes insbesondere Art und Umfang der übertragenen Befugnisse sein müssen. Diese Regelungen müssen umso genauer sein, je schwerwiegender die Auswirkungen des Beleihungsgesetzes für die Grundrechtsausübung des Betroffenen sind. Dadurch, dass in der vorgeschlagenen Regelung in § 36a Abs. 4 BbgPsychKG die Befugnisse abschließend aufgezählt sind, die nicht übertragen werden dürfen, ergibt sich im Umkehrschluss, dass die übrigen Befugnisse übertragen werden können. Damit entspricht die vorgeschlagene Regelung den Vorgaben des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes.

Die jetzige Regelung des § 36 Abs. 4 BbgPsychKG wird § 36a Abs. 5 BbgPsychKG. Inhaltlich bleibt die Vorschrift unverändert.



Abschließend enthält die Regelung des § 36a BbgPsychKG in ihrem Absatz 6 die Regelungen zur ärztlichen Leitung. Diese werden im Wesentlichen aus der jetzigen Regelung des § 36 Abs. 5 BbgPsychKG übernommen. In § 36a Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist darüber hinaus das sog. Dienstüberlassungsmodell festgeschrieben. Das ist notwendig, da es erheblich in das Grundrecht auf freie Berufsausübung des privaten Trägers nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eingreift, wenn er seine Mitarbeiter (hier: die Leitung seiner Einrichtung) nicht selbst aussuchen kann<sup>843</sup>. Ein solcher Eingriff ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn es hierfür eine gesetzliche Grundlage gibt. Diese Grundlage schafft § 36a Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG. Schließlich stellt § 36a Abs. 6 S. 4 BbgPsychKG klar, dass der ärztlichen Leitung insbesondere die endgültige Entscheidung über die in Absatz 4 genannten Maßnahmen obliegt. Hierbei handelt es sich teilweise um eine Wiederholung, da einige Vorschriften in den §§ 20ff. BbgPsychKG eine inhaltlich gleichlautende Regelung enthalten. Um klarzustellen, dass das auch in Fällen einer Beleihung gilt, wird eine entsprechende Regelung hier für erforderlich gehalten.

#### **IV. Modifizierung der Vorschrift über die Fachaufsicht**

Die Regelung des jetzigen § 43 BbgPsychKG wird der neue § 43 Abs. 1 BbgPsychKG. Inhaltlich bleibt die Vorschrift unverändert.

§ 43 Abs. 2 BbgPsychKG regelt die Fachaufsicht für die Fälle, in denen andere öffentliche oder private Einrichtungen mit der Durchführung der Aufgabe des Maßregelvollzugs nach § 36a Abs. 3 BbgPsychKG betraut werden. Insoweit stellt § 43 Abs. 2 S. 1 BbgPsychKG zunächst klar, dass auch diese Einrichtungen der Fachaufsicht der zuständigen Behörde nach § 15 Abs. 3 LOG unterliegen. Nach § 43 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG gilt Absatz 1 entsprechend. Die Regelung des jetzigen § 36 Abs. 3 S. 4 BbgPsychKG geht wegen des systematischen Zusammenhangs zur Fachaufsicht in § 43 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG auf. Um das Defizit im Hinblick auf die sachlich-inhaltliche Legitimation auszugleichen, ist es erforderlich, gesetzlich sicher zu stellen, dass eine begleitende (mitschreitende) Aufsicht vor Ort möglich ist. Das ist durch geeignete Maßnahmen zu gewährleisten. Diese Regelung enthält § 43 Abs. 2 S. 3 BbgPsychKG.

Weitere aufsichtliche Befugnisse, mit denen der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung gerecht wird, können Vorfeldkonsultationen, die Auferlegung von Konzeptpflichten, Auditierungsverfahren, die Einrichtung von Betriebsbeauftragten und Qualitätsmanagementsystemen, Publizitätsgebote sowie Dokumentations- und Informationspflichten sein. Allerdings sind diese Maßnahmen

---

<sup>843</sup> Vgl. zur Grundrechtsfähigkeit des Beliehenen außerhalb des Umfangs seiner Beleihung bereits Abschnitt A. II. 3. c) im 5. Teil der Arbeit.

vom Begriff der Fachaufsicht im Sinne von § 15 Abs. 3 LOG erfasst. Eine diesbezügliche gesetzliche Regelung ist entbehrlich.

## **V. Änderung des § 10 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG**

§ 36 Abs. 3 S. 4 i.V.m. § 10 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG leidet in seiner geltenden Fassung an dem Mangel, dass die Beschäftigten des privaten Trägers nicht in dem Umfang mit hoheitlicher Gewalt beliehen werden, wie es zur Aufgabendurchführung erforderlich ist. Sofern sie für die Vollzugsaufgaben mit der Befugnis zur Ausübung unmittelbaren Zwangs auf Anordnung der ärztlichen Leitung widerruflich bestellt werden, sind hiervon nicht die übrigen grundrechtsrelevanten Befugnisse umfasst, die die Bediensteten gegenüber den untergebrachten Personen ausüben. Insoweit fehlt es ihnen an der notwendigen demokratischen Legitimation in organisatorisch-personeller Hinsicht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die viele Einschränkungen nur von der ärztlichen Leitung angeordnet werden dürfen (vgl. § 22 Abs. 2 S. 2, § 23 Abs. 3 S. 2, § 24 Abs. 4 S. 1, § 25 Abs. 6, § 26 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 25 Abs. 6, § 26 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 25 Abs. 6, § 27 Abs. 2 S. 2). Der Vollzug dieser Entscheidungen und damit die tatsächliche Vornahme von erheblich in Grundrechte eingreifende Maßnahmen gegenüber den Betroffenen obliegt den Bediensteten des privaten Trägers. Daher sind die Bediensteten auch insoweit von der Aufsichtsbehörde widerruflich zu bestellen. Diesem Umstand trägt die Änderung des § 10 Abs. 2 S. 2 BbgPsychKG Rechnung. Hiernach werden die Bediensteten der privaten Träger widerruflich für die Vollzugsaufgaben mit der Befugnis zur Ausübung der in diesem Gesetz genannten Befugnisse, insbesondere der Befugnisse nach §§ 20ff., auf Anordnung der ärztlichen Leitung bestellt.

## **C. Möglichkeiten der Privatisierung der Aufgaben der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO und der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO de lege ferenda**

Die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO, die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO sowie die Sicherungshaft werden in einem neuen Unterabschnitt 2 über die „Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO, einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO, Sicherungshaft“ geregelt. Hierdurch wird auch gesetzlich klargestellt, dass es sich hierbei um Maßnahmen handelt, die mit dem Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG nicht gleichzusetzen sind.

Ein neuer § 51a BbgPsychKG enthält die Regelungen über die „Einrichtungen für den Vollzug der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten und der einstweiligen Unterbringung, Aufsicht“.

In Bezug auf die Einrichtungen, in denen die Aufgaben durchgeführt werden, gilt nach § 51a Abs. 1 BbgPsychKG im Wesentlichen die Vorschrift des § 36a BbgPsychKG. Allerdings fehlt dem Landesgesetzgeber für die Frage, in welchen Einrichtungen die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO erfolgt, die Gesetzgebungskompetenz. Daher enthält § 51a Abs. 1 letzter Hs. BbgPsychKG die Klarstellung, dass es sich um Einrichtungen von öffentlichen Trägern, also um „öffentliche psychiatrische Krankenhäuser“ im Sinne von § 81 Abs. 1 StPO handeln muss.

Hinsichtlich der Aufsicht über die Einrichtungen ordnet § 51a Abs. 2 BbgPsychKG die entsprechende Geltung des § 43 BbgPsychKG an.

Der neue § 51b BbgPsychKG schließlich legt fest, dass für die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO die Vorschriften des Brandenburgischen Psychisch-Kranken-Gesetzes entsprechend gelten, solange und soweit der Haftrichter die Geltung des Gesetzes anordnet. Eine gleichlautende Regelung für die Unterbringung nach § 81 StPO ist nicht geboten. Da diese Form der Unterbringung keine rechtliche Ähnlichkeit mit dem Maßregelvollzug aufweist und allein zu Beweis Zwecken geschieht, sind auch die Regelungen zu den Befugnissen, die im Rahmen des Maßregelvollzugs ausgeübt werden (dürfen), nicht zu übertragen.

## **D. Lösungsvorschlag**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich folgender Lösungsvorschlag

### **Abschnitt 4**

#### **Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten und der einstweiligen Unterbringung**

##### **Unterabschnitt 1**

#### **Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG**

##### **§ 36**

#### **Ziele des Maßregelvollzugs**

Durch den Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung sollen die untergebrachten Personen soweit möglich geheilt oder ihr Zustand soweit gebessert werden, dass er nicht mehr gefährlich ist. Bei Unterbringung in einer Entziehungsanstalt soll die untergebrachte Person durch die Behandlung von ihrem Hang geheilt und die zugrunde liegende Fehlhaltung behoben werden. Der Vollzug dient außerdem dem Schutz der Allgemeinheit.

##### **§ 36a**

#### **Vollstreckungsplan, Einrichtungen des Maßregelvollzugs**

(1) Das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung erstellt zur Erreichung der in § 36 genannten Ziele im Einvernehmen mit dem für Gesundheit zuständigen Mitglied der Landesregierung einen Vollstreckungsplan derjenigen geeigneten Einrichtungen, in denen Maßregeln der Besserung und Sicherung vollzogen werden.

(2) Die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach den §§ 63 und 64 des Strafgesetzbuches sowie des § 7 des Jugendgerichtsgesetzes werden in psychiatrischen Krankenhäusern und Entziehungsanstalten vollzogen, soweit sie in den Vollstreckungsplan nach Absatz 2 aufgenommen sind.

(3) Einrichtungen anderer öffentlicher und privater Träger kann die Durchführung dieser Aufgabe mit deren Zustimmung widerruflich übertragen werden, wenn sie die Gewähr für eine sachgerechte Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe bieten und die für die Durchführung der Aufgabe erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Die Einrichtungen nach Satz 1 werden von dem für

Gesundheit zuständigen Mitglied der Landesregierung mit hoheitlicher Gewalt beliehen.

(4) Von der Übertragung der Aufgabendurchführung auf Einrichtungen anderer öffentlicher und privater Träger sind folgende Befugnisse ausgenommen:

1. die Aufgaben der ärztlichen Leitung,
2. die Eingangsuntersuchung (§§ 15, 37 Abs. 2 S. 1),
3. die Aufstellung des Behandlungsplans (§§ 15 Abs. 2, 37 Abs. 2 S. 2 und 3),
4. die Erörterung des Behandlungsplans und Entscheidungen über die Anpassung des Behandlungsplans (§§ 15 Abs. 2 S. 4 und 6),
5. Entscheidungen über die Gestaltung des Maßregelvollzugs (§ 38),
6. Entscheidungen über die Gewährung und Gestaltung von Vollzugslockerungen (§ 39),
7. Entscheidungen über die Verlegung des Patienten gegen seinen Willen (§ 36a Abs. 5),
8. Entscheidungen über ärztliche Maßnahmen nach § 40 Abs. 3 S. 1,
9. Entscheidungen über die Gewährung und Gestaltung von Beurlaubungen (§ 39 Abs. 1 S. 2), insbesondere Entscheidungen über Auflagen (§ 39 Abs. 1 S. 3),
10. Entscheidungen, ob Kleidung ungeeignet oder gefährlich ist (§§ 20 Abs. 4 S. 2, 45 Abs. 1),
11. Entscheidungen über die Vorenthaltung oder den Entzug von Sachen sowie über die Beschränkung des Erwerbs und der Verwendung von Sachen (§§ 22, 45 Abs. 1),
12. Entscheidungen über die Einschränkung der Religionsfreiheit und -ausübung (§§ 23 Abs. 3, 45 Abs. 1),
13. Entscheidungen über Einschränkungen des Besuchsrechts (§§ 20 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2, 45 Abs. 1),
14. Entscheidungen, ob der Schriftwechsel der untergebrachten Person eingesehen oder angehalten wird (§§ 25 Abs. 2, 45 Abs. 1) und die Entscheidung über die Verwertung hierbei erlangte Kenntnisse (§§ 25 Abs. 3, 45 Abs. 1),
15. Entscheidungen über die Überwachung von Telefongesprächen (§§ 26 Abs. 1 S. 2, 25 Abs. 2, 45 Abs. 1) und Entscheidungen über die Verwertung der hierbei erlangten Kenntnisse (§§ 26 Abs. 1 S. 2, 25 Abs. 3, 45 Abs. 1),
16. Entscheidungen über die Einschränkungen des Absendens und Empfangens von Telegrammen, Päckchen und Paketen (§§ 26 Abs. 2 S. 2, 45 Abs. 1) und die Verwertung der hierbei erlangten Kenntnisse (§§ 26 Abs. 2 S. 3, 25 Abs. 3, 45 Abs. 1),

17. Entscheidungen über die Einschränkung des Rechts auf Erwerb und Besitz von und Zugang zu Büchern, Zeitungen und Zeitschriften (§§ 27 Abs. 2, 45 Abs. 1),
18. Entscheidungen über die Wahrnehmung von Ausbildungs-, Weiterbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten außerhalb der Einrichtung (§ 46 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 S. 1 StPO),
19. Entscheidungen über die Beschränkung der freien Verfügung von Taschengeld, Eigengeld und Arbeitsentgelt (§ 47),
20. Entscheidungen über besondere Sicherungsmaßnahmen (§§ 21, 45 Abs. 1),
21. Entscheidungen über erkennungsdienstliche Maßnahmen (§ 24 Abs. 1 bis 3) und
22. Entscheidungen über die Anwendung unmittelbaren Zwangs (§§ 20 Abs. 2 S. 1, 45 Abs. 1).

(5) Für die Verlegung in eine andere im Vollstreckungsplan nach Absatz 2 genannte Einrichtung gilt § 17 Abs. 1 und 2 entsprechend. Über solch eine Verlegung entscheidet die nach § 43 zuständige Fachaufsichtsbehörde. Die Verlegung in oder aus Einrichtungen eines anderen Landes der Bundesrepublik Deutschland richtet sich nach der Strafvollstreckungsordnung.

(6) Die Verantwortung für die in dieser Vorschrift genannten Einrichtungen trägt die ärztliche Leitung. Sie ist verpflichtet, die fachliche Umsetzung des Maßregelvollzugs in der von ihr geleiteten Klinik nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen durchzuführen und für deren Einhaltung Sorge zu tragen. Die ärztliche Leitung und ihre Vertretung darf nur durch Beamte oder Verwaltungsangehörige im Sinne des Artikels 96 Abs. 3 der Verfassung des Landes Brandenburg wahrgenommen werden. Der ärztlichen Leitung obliegt insbesondere die endgültige Entscheidung über die in Absatz 4 genannten Maßnahmen.

*(§§ 37 bis 42 BbgPsychKG bleiben unverändert.)*

## **§ 43**

### **Fachaufsicht**

(1) Die Fachaufsicht über die Einrichtungen nach § 36 Abs. 2 wird vom Landesamt für Soziales und Versorgung ausgeübt, die oberste Fachaufsicht von dem für das Gesundheitswesen zuständigen Mitglied der Landesregierung. Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben soll es insbesondere auf die Einhaltung der §§ 37 und 38 hinwirken und deren ordnungsgemäße Anwendung regelmäßig überprüfen. Es kann zu diesem Zweck unabhängig von den Begutachtungen nach § 37 Abs. 4 und § 39

Abs. 2 jederzeit eine Begutachtung zur Überprüfung der Lockerungen von untergebrachten Personen anordnen, wenn begründete Zweifel an der Richtigkeit der gewährten Lockerungen bestehen. § 37 Abs. 4 Satz 2 gilt entsprechend.

(2) Werden Einrichtungen anderer öffentlicher und privater Träger nach § 36a Abs. 3 mit der Durchführung der Aufgabe des Vollzugs des Maßregelvollzugs beliehen, unterstehen diese Einrichtungen der Fachaufsicht gemäß § 15 Abs. 3 LOG der nach Absatz 1 zuständigen Behörde. Absatz 1 und § 10 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 bis 7 gelten entsprechend. Es ist der Fachaufsichtsbehörde durch geeignete Maßnahmen insbesondere eine begleitende Aufsicht vor Ort zu ermöglichen.

*(§§ 44 bis 51 BbgPsychKG bleiben unverändert.)*

## **Unterabschnitt 2**

### **Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO, einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO, Sicherungshaft**

#### **§ 51a**

#### **Einrichtungen für den Vollzug der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten, der einstweiligen Unterbringung und der Sicherungshaft, Aufsicht**

(1) Im Hinblick auf die Einrichtungen, in denen die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO, die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO und die Sicherungshaft nach den §§ 453c, 463 Abs. 1 StPO, soweit diese wegen des drohenden Widerrufs der Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel angeordnet worden ist, vollzogen werden, gilt § 36a entsprechend mit der Maßgabe, dass die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO nur in Einrichtungen öffentlicher Träger vollzogen werden darf.

(2) Die Einrichtungen nach Absatz 1 unterstehen der Aufsicht der zuständigen Behörde. § 43 gilt insoweit entsprechend.

#### **§ 51b**

#### **Anwendbarkeit anderer Vorschriften**

Für die einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes entsprechend, solange und soweit der Haftrichter die Geltung dieses Gesetzes anordnet.

## **§ 10**

### **Beteiligte Krankenhäuser, Beleihung, Fachaufsicht**

Satz 2 erhält folgende Fassung:

Die Beschäftigten der nicht öffentlichen Krankenhäuser, die am Vollzug der Unterbringung beteiligt sind, unterliegen der unmittelbaren staatlichen Aufsicht und sind durch die Aufsichtsbehörde widerruflich für die Vollzugsaufgaben mit der Befugnis zur Ausübung der in diesem Gesetz genannten Befugnisse, insbesondere der Befugnisse nach §§ 20ff., auf Anordnung der ärztlichen Leitung zu bestellen.



## Zusammenfassung in Thesen

Als Ergebnis dieser Untersuchung lässt sich Folgendes festhalten:

1. Das Staatsverständnis hat sich in der neueren Zeit hin zum Leitbild des Gewährleistungsstaates gewandelt. Hierfür ist die Aktivierung privater Kräfte und deren Einbindung in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben prägend. Der Staat zieht sich von der eigenhändigen Aufgabenerledigung zurück.
2. Dieser Rückzug ist gekoppelt an den rechtlichen Rahmen gemeinwohlsichernder Regelungsstrukturen. Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass Gemeinwohlbelange nicht beeinträchtigt und die Gemeinwohlziele nach wie vor erreicht werden. In Abhängigkeit vom Grad der Einbindung der privaten Akteure und vom Grad des Rückzuges des Staates aus der Aufgabenwahrnehmung muss der Staat in unterschiedlichem Maße für die Erfüllung der mit einer Aufgabe verbundenen Gemeinwohlziele eintreten. Dieses Eintretenmüssen ist durch die Begriffe Erfüllungsverantwortung, Auffangverantwortung und Gewährleistungsverantwortung gekennzeichnet.
3. Von dieser Entwicklung sind auch hoheitliche Aufgaben betroffen, die bisher selbstverständlich dem Bereich ausschließlich staatlicher Tätigkeit zugeordnet wurden.
4. Von einem phänomenologischen Ansatz ausgehend lassen sich Privatisierungen in sechs Grundtypen einteilen: Aufgabenprivatisierung, funktionale Privatisierung (einschließlich Verwaltungshilfe, Dienstleistungskonzession und PPP im engeren Sinne etc.), institutionalisierte PPP, Organisationsprivatisierung, Beleihung und Vermögensprivatisierung.
5. Das Brandenburger Modell lässt sich keinem dieser sechs Grundtypen exklusiv zuordnen. Es handelt sich um eine Mischform aus Beleihung und Vermögensprivatisierung mit der Besonderheit, dass dem privaten Träger Personal des Landes im Wege einer Dienstüberlassungsvereinbarung überlassen wird.
6. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist formell verfassungsmäßig. Entsprechendes gilt für § 36 Abs. 5 Alt. 2 BbgPsychKG.
7. Der brandenburgische Gesetzgeber hat durch die Neuregelung des § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG gegen die grundgesetzliche Verteilung der

Gesetzgebungskompetenzen verstoßen. Die Vorschrift ist gemäß Art. 72 Abs. 1 GG nichtig. Nach dem bundesgesetzlichen Begriff des „öffentlichen psychiatrischen Krankenhauses“ muss das öffentliche psychiatrische Krankenhaus in öffentlicher Trägerschaft stehen. Das ist bei einer Beleihung nicht der Fall.

8. Der Maßregelvollzug stellt einen Fall der „Staatsaufgabe Sicherheit“ dar. Aus dieser Einordnung ergibt sich kein absolutes Privatisierungsverbot. Verbote oder Grenzen für Privatisierungen können sich allenfalls aus Verfassungssätzen, in denen staatliche Fundamentalpflichten, die dem Kernbereich staatlicher Tätigkeit zuzurechnen sind, positivrechtlich konkretisiert sind, ergeben.
9. Beim Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG handelt es sich um eine Kombination einer Eingriffs-/Leistungsverwaltung. Die Eingriffskomponente steht dabei im Vordergrund. Bei einer Privatisierung sind jedenfalls auch die Teile betroffen, die sich als Eingriffsverwaltung darstellen. Hieraus kann allerdings kein absolutes Privatisierungsverbot hergeleitet werden.
10. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt mangels demokratischer Legitimation gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und des Art. 2 Abs. 1 LVBbg und ist somit nichtig. Es fehlt an der organisatorisch-personellen Legitimation. Die Bestellung von Bediensteten, die die Grundrechtseingriffe tatsächlich anordnen und durchführen bzw. die Anordnungen der ärztlichen Leitung vollziehen, ist nicht in dem Umfang vorgeschrieben, in dem die Bediensteten Grundrechtseingriffe gegenüber den untergebrachten Personen tatsächlich vornehmen. Ein Ausgleich der fehlenden organisatorisch-personellen Legitimation kommt nicht in Betracht.
11. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG ist nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip zu vereinbaren und damit materiell verfassungswidrig. Die Norm verstößt gegen den Vorbehalt des Gesetzes. Es fehlt an einer Regelung zu den übertragenen hoheitlichen Befugnissen im Einzelnen.
12. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt nicht gegen das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes und der Landesverfassung. Aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten ergibt sich im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung eine Garantenstellung des Staates sowie seine Verpflichtungen zur Regelung, Aufsicht und Überwachung über die privaten Einrichtungen. Dem wird die Vorschrift gerecht.

13. § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG verstößt gegen den Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG bzw. Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg und ist aufgrund dessen nichtig. Für eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG/Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg fehlt es bereits an einem rechtfertigenden sachlichen Grund. Daneben erweist sich eine Ausnahme vom Funktionsvorbehalt auch angesichts der überantworteten Eingriffsbefugnisse als nicht gerechtfertigt. Schließlich steht die Übertragung der Aufgabendurchführung nicht in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Funktionsvorbehaltes. Eine verfassungskonforme Auslegung durch eine teleologische Extension des Begriffes der „Eignung“ in § 36 Abs. 3 S. 2 BbgPsychKG scheitert am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke. Eine verfassungskonforme Auslegung hinsichtlich des Dienstüberlassungsmodells scheitert daran, dass es zur Wahrung des Grundsatzes des Art. 33 Abs. 4 GG/Art. 96 Abs. 3 S. 1 LVBBg erforderlich ist, dass Statusbeamte eingesetzt werden.
14. Die vorstehenden Grundsätze gelten entsprechend für die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 5 BbgPsychKG hinsichtlich der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten und der einstweiligen Unterbringung.
15. Die vorstehenden Grundsätze lassen sich im Hinblick auf die Privatisierungsfähigkeit der Eingriffsverwaltung als solcher verallgemeinern. Eine Privatisierung ist verfassungsrechtlich nicht schlechthin ausgeschlossen. Allerdings verdichtet sich die Gewährleistungsverantwortung zunehmend zu einer Erfüllungsverantwortung, je mehr und intensiver bei der Verwaltungstätigkeit in Grundrechte der Betroffenen und Dritter eingegriffen wird.
16. Einfachgesetzliche Regelungen stehen einer Privatisierung der Durchführung des Maßregelvollzugs nicht entgegen. Ebenso verhält es sich mit § 126a StPO in Bezug auf die einstweilige Unterbringung. Auch internationale Menschenrechtsstandards stellen hier keine Privatisierungsgrenzen dar.
17. Eine Kollision im Sinne von Art. 31 GG zwischen § 36 Abs. 3 S. 5 Alt. 1 BbgPsychKG mit § 81 Abs. 1 StPO liegt nicht vor. Da der Bund die Frage, in welchen Einrichtungen die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten vollzogen wird, abschließend im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit abschließend geregelt hat, entfaltet sich die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG. Art. 31 GG wird in diesem Fall durch die Art. 70ff. GG als *leges speciales* verdrängt.

18. Einzelne Tätigkeitsbereiche *im* Maßregelvollzug oder zumindest ihre Ausführung aus den einzelnen Handlungsbereichen des Maßregelvollzugs können auf Private übertragen werden. Ausgenommen hiervon ist der Kernbereich des Maßregelvollzugs. Für Aufgaben, die in den Kernbereich des Maßregelvollzugs fallen, trägt der Staat die Erfüllungsverantwortung.



Privatisierung ist in den letzten Jahren und Jahrzehnten ein Kernthema nicht nur der rechtswissenschaftlichen Debatte gewesen. Allerdings fristete der Bereich der Privatisierung des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG sowie der Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten nach § 81 StPO und der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO insoweit ein Schattendasein. Bislang wurden diese Aufgaben durch den Staat in staatlichen Einrichtungen vollzogen. Auf der im Jahr 2004 eingeführten Rechtsgrundlage des § 36 Abs. 3 S. 2 und S. 5 BbgPsychKG entwickelte das Land Brandenburg jedoch ein Modell, um die Durchführung der genannten Aufgaben zu privatisieren.

Der Autor untersucht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses Privatisierungsvorhabens in formeller und materieller Hinsicht. Eine Besonderheit der Veröffentlichung besteht darin, dass sie konkrete Aussagen zur Ausgestaltung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG enthält. Daneben untersucht der Autor einfachgesetzliche Grenzen für Privatisierungen des Maßregelvollzugs nach §§ 63, 64 StGB, § 7 JGG und der Aufgaben nach §§ 81, 126a StPO sowie solche Privatisierungsgrenzen, die sich aus internationalen Menschenrechtsstandards ergeben.

ISBN 978-3-86956-101-1



9 783869 561011