

Zur Privatisierung des Maßregelvollzugs – Wie eine Diskussion haarscharf am Kern vorbeigeht

Rolf Grünebaum

Die Privatisierung von Staatsaufgaben ist ein Schlagwort geworden, das Modernität, Effizienz und Flexibilität suggeriert. Wohlgefälliges Nicken ist gewiss, wenn Politiker von einer Zurückdrängung des Staates, Besinnung auf die Kernaufgaben, dem Einzug der Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung und von Beamten als Auslaufmodell des 3. Jahrtausends sprechen. Kein Wunder, dass dieser »Fortschritt« droht, sich selbst zu überholen, indem der Staat die selbst gesteckten Grenzen überschreitet und nicht davor zurückschreckt, sich bei der Privatisierungseuphorie auch an eben diesen Kernaufgaben zu vergreifen. Damit sind wir beim Thema: »Privatisierung des Maßregelvollzugs«. Derzeit wird das Thema vielschichtig diskutiert, vor allem betriebswirtschaftlich. Die Frage, ob dies alles im Angesicht des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG rechtlich überhaupt zulässig ist, wird dabei allzu sehr verdrängt. Zu schnell wird die in dieser Vorschrift enthaltene Ausnahmeklausel bemüht, mit der man glaubt, die Zauberformel gefunden zu haben. Das geht allerdings fehl, wie im Folgenden belegt wird.

Schlüsselwörter: Maßregelvollzug, Privatisierung, Funktionsvorbehalt, hoheitsrechtliche Befugnisse, Berufsbeamtentum

The Transference of Special Psychiatric Hospitals into Private Ownership – a Debate which Misses the Heart of the Problem

Transference of state functions into private ownership has become a cliché suggesting modernness, efficiency and flexibility. Politicians who talk about denationalization, about concentration on the state's central tasks, economic efficiency of public administration and about the civil service as a concept about to become obsolete may expect pleased approval. No wonder that this supposed »progress« does not shrink from misappropriating the very core of the state's functions. The debate on forensic Special Hospitals focuses on economic management and effaces the legal basis. According to section 33 subsection 4 of the German Constitution Special Hospitals are generally to be organized as part of public administration and to be administered within the civil service. The author establishes conclusively that an exception to the rule is inadmissible here.

Key words: Indefinite detention, Special Psychiatric Hospitals, transference into private ownership, constitutional rules on public administration, civil service

Einige Länder haben ihre Maßregelvollzugskliniken bereits an Privatunternehmer verkauft (z. B. Brandenburg), andere haben sich dabei wenigstens noch einen eigenen Staatsanteil vorbehalten (z. B. Thüringen), in manchen Ländern wird noch diskutiert (z. B. in Niedersachsen), wieder andere sind eigene Wege gegangen, indem sie den Maßregelvollzug zwar aus der unmittelbaren Landesverwaltung herausgelöst haben, aber als Anstalten des öffentlichen Rechts führen (z. B. Baden-Württemberg). Inwieweit dies überhaupt gestattet ist, ist nicht in erster Linie an betriebs- und finanzwirtschaftlichen Kategorien¹, sondern an dem verfassungsrechtlichen Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zu messen.

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

Art. 33 Abs. 4 GG, welcher der Dreh- und Angelpunkt der Betrachtung ist, lautet:

»Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.«

Dabei ist völlig unstrittig, dass mit Bediensteten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, Beamte im beamtenrechtlichen Sinne gemeint sind, also nicht Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst.² Diese stehen zwar in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, aber eben

nicht in dem besonderen beamtenrechtlichen Treueverhältnis, das sich in mancherlei Hinsicht von dem lediglich öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis der Angestellten unterscheidet. So gibt es vielfältige dienstrechtliche Möglichkeiten, mit denen man einem Beamten beikommen kann, einem Angestellten aber nicht. Einem Beamten kann man z. B. auch gegen seinen Willen einen anderen Beschäftigungsauftrag erteilen, ihn versetzen und, insbesondere ihn mit den Mitteln des Disziplinarrechts disziplinieren.³ Früher sprach man juristisch davon, dass Beamte sich in einem »besonderen Gewaltverhältnis« befänden. Auch wenn diese Konstruktion aufgegeben worden ist, bleibt sie für eine grobe Differenzierung treffend. Ein ganz wesentlicher und auch für die Praxis bedeutsamer Unterschied besteht darin, dass Beamte nicht streiken dürfen.⁴ Man stelle sich einmal vor, die gesamte Belegschaft eines Maßregelkrankenhauses beteiligt sich an einem arbeitsrechtlich zulässigen Streik! Welch apokalyptische Vorstellung!

1 Vgl. hierzu z. B. das Gutachten von PRICE/WATERHOUSE/COOPERS vom 25.10.05 zur Neustrukturierung des Maßregelvollzugs in Bayern.

2 LÜBBE-WOLFF, Rn. 56; KUNIG, Rn. 39.

3 VOLCKART/GRÜNEBAUM, S. 217; vgl. auch: JACHMANN/STRAUß, ZBR 1999, 289 (296).

4 MAUNZ-DÜRIG, Rn. 32.

Gerade diese Vorstellung hat die Väter des Grundgesetzes bewogen, den für die Staatlichkeit besonders existenziellen Bereich der Verwaltung Beamten anzuvertrauen, woraus sich eine institutionelle Garantie für das Berufsbeamtentum ergibt. Dies gilt jedenfalls für den Bereich der Eingriffsverwaltung, in dem der Staat mit Zwang und Befehl tätig wird, und in dem sich das staatliche Gewaltmonopol verwirklicht.⁵ Dabei beschränkt sich das staatliche Gewaltmonopol keineswegs nur auf die Legitimations- und Anordnungsebene,⁶ wie sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 4 GG ergibt. Dort ist von »Ausübung« die Rede, wovon die praktische Anwendung von Gewalt bereits sprachlich nicht ausgenommen werden kann. Von der Eingriffsverwaltung abzugrenzen ist die sog. Leistungsverwaltung, in der der Staat vor allem Daseinsvorsorge betreibt. Hier besteht der Funktionsvorbehalt für Beamte nicht. Dieser Bereich ist das Tummelfeld von Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst. Nun gibt es allerdings auch Mischformen oder solche Bereiche, die nicht eindeutig dem einen oder dem anderen zugeschlagen werden können. Bei der Straßenbauverwaltung wird beispielsweise in erster Linie Daseinsvorsorge betrieben, indem das Land mit Straßen versorgt wird. Andererseits können aber auch Enteignungen durchgeführt werden, die der Eingriffsverwaltung zuzurechnen sind. Hier – und m. E. nur hier – greift nun die immer wieder beschworene Ausnahmeregelung des Art. 33 Abs. 4 GG, nach der ausnahmsweise auch Nichtbeamte Aufgaben der Eingriffsverwaltung ausüben dürfen. Ausweislich der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes sollte der Ausnahmeverbehalt u. a. dazu dienen, den Verbeamtungszwang für Mischfunktionen zu vermeiden, bei denen die Ausübung hoheitlicher Aufgaben zwar vorkommt, aber nur eine untergeordnete, nicht das Gesamtbild der betreffenden Tätigkeit prägende Rolle spielt.⁷ Wie weit dabei die Grenzen zu ziehen sind, und wann eher Eingriffs- und wann Leistungsverwaltung vorliegt, darüber mag man streiten und im Einzelfall unterschiedlicher Meinung sein.

Völlig unstrittig ist aber, dass der Maßregelvollzug eine solche Mischform nicht darstellt und einen Prototypen der Eingriffsverwaltung bildet, in dem sich – ebenso wie im Strafvollzug – das staatliche Gewaltmonopol verwirklicht.⁸ Auffassungen, nach denen ein derartiger Kernbereich für den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gar nicht festzulegen ist, und deshalb auch der Maßregelvollzug diesem Bereich nicht ohne weiteres zugeschlagen werden kann, überzeugen nicht.⁹ Einen stärkeren Eingriff als den, Menschen mit Gewalt ihre Freiheit zu nehmen, kann man sich – jedenfalls in dem rechtsstaatlichen Gefüge Deutschlands – kaum vorstellen.¹⁰ Für diesen Kernbereich staatlicher Eingriffsverwaltung ist der immer wieder beschworene Ausnahmeverbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG überhaupt nicht gedacht.¹¹ Mag man vielleicht in begrenzten Einzelfällen die Beschäftigung von Angestellten noch unter den Ausnahmeverbehalt bringen, wenn hierzu ein sachlicher Grund besteht, weil z. B. ein Ergotherapeut eher im Angestelltenverhältnis zu gewinnen ist, mit der durchgängigen Beschäftigung ausschließlich von Angestellten in einer Maßregelklinik ist dieser Ausnahmeverbehalt aber überdehnt und stellt Art. 33 Abs. 4 GG auf den Kopf.¹²

Die falsche Diskussionsebene

Die Diskussion über die Privatisierung des Maßregelvollzugs bewegt sich daher auf einer völlig falschen Ebene. Bei Art. 33 Abs. 4 geht es nicht darum, ob man Kernaufgaben der Eingriffsverwaltung in privatrechtlicher Form wahrnehmen darf,

sondern, ob man zu deren Erfüllung überhaupt Angestellte heranziehen darf. Ich leite daraus einen »Erst-recht-Schluss« her. Ist es bereits verboten, Aufgaben einer typischen Eingriffsverwaltung innerhalb einer Behörde von Angestellten wahrnehmen zu lassen, ist es erst recht verboten, eine staatliche Behörde der Eingriffsverwaltung an einen Privatunternehmer zu verkaufen. Die Tätigkeit von Beamten geschieht in Behörden.¹³ Schon der derzeitige Zustand, nach dem auch in den staatlichen Maßregelkliniken fast nur noch Angestellte beschäftigt werden, ist verfassungswidrig. Zur rechtlichen Präzisierung soll ein Blick auf die kürzlich ergangenen Gerichtsentscheidungen in Schleswig-Holstein geworfen werden.

Die Gerichtsentscheidungen in Schleswig-Holstein

Mit einem Landesgesetz von September 2004 hatte das Land Schleswig-Holstein eine Ermächtigung geschaffen, die frühere Anstalt des öffentlichen Rechts »Fachklinik Schleswig«, die auch für den Maßregelvollzug zuständig war, in eine GmbH umzuwandeln. Auf der Grundlage dieses Gesetzes erließ das zuständige Ministerium eine entsprechende Rechtsverordnung und belieh im November 2004 die Fachklinik Schleswig GmbH mit den Aufgaben des Maßregelvollzugs.

Das Amts- und das Landgericht Flensburg haben dieser Privatisierung eine juristische Absage erteilt, indem sie als Registergerichte der »Fachklinik Schleswig GmbH« die Eintragung in das Handelsregister verweigerten.¹⁴ Die Versagung geschah deshalb, weil der Zweck der GmbH verfassungswidrig sei. Es solle nämlich Maßregelvollzug betrieben werden, der nach der Verfassung nur durch den Staat und innerhalb der staatlichen Verwaltung nur durch Beamte wahrgenommen werden dürfe. Diese Auffassung gründeten die Flensburger Gerichte im Kern auf zwei wesentliche Argumente:

1. Die Privatisierung verstoße gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG. Abweichungen von dieser Regel könnten nur in begründeten Ausnahmefällen unter Annahme eines sachlichen Grundes für zulässig erachtet werden. Der Kernbereich staatlicher Gewalt sei allerdings stets zu erhalten und nicht übertragbar. Zu diesen Kernbereichen seien sowohl der Strafvollzug als auch der Maßregelvollzug zu rechnen.
2. Für die Übertragung der hoheitlichen Aufgaben des Maßregelvollzugs auf Private fehle es in dem zu entscheidenden Fall zudem an einer hinreichenden demokratischen Legitimation. Allein eine formale Legitimationsskette von Ermächtigungen

5 JACHMANN, Rn. 33 f.; MAUNZ-DÜRIG, Rn. 33; JARASS/PIEROTH, Rn. 30; JACHMANN/STRAUß, ZBR 1999, 289 (292); SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Rn. 91; vgl. auch: DI FABIO, JZ 1999, 585 (590); KRUIS, ZRP 2000, 1 (3).

6 So aber KAMMEIER in: FS für Tondorf, S. 61 ff.

7 JACHMANN, Rn. 36; LÜBBE-WOLFF, Rn. 57, 62.

8 BAUR in: KAMMEIER, C 14 ff., der die Privatisierung des Maßregelvollzugs ebenfalls für unzulässig hält, ohne aber zwischen Beamten und Angestellten zu differenzieren; KAMMEIER, A 130 unter Bezugnahme auf BAUR, a. a. O.

9 KAMMEIER in: FS für Tondorf, S. 61 ff.

10 POLLÄHNE, R&P 2001, 198; VOLCKART/GRÜNEBAUM, S. 217.

11 SACHS, Rn. 58; JACHMANN/STRAUß, ZBR 1999, 289 (296).

12 Vgl. zum Regel-Ausnahmeverhältnis auch: BVerfGE 9, 268 ff.; 57, 55 ff.

13 VOLCKART/GRÜNEBAUM, S. 216.

14 AG Flensburg vom 13.01.05 – 2 AR 6/05 –; LG Flensburg vom 02.03.05 – 6 T 1/05 –.

sei nicht ausreichend. Vielmehr bedürfe es einzelfallorientiert eines bestimmten Legitimationsniveaus. Es müsse sowohl die tatsächliche Sachherrschaft des Staates erhalten bleiben, ebenso wie gewichtige sachliche Gründe angeführt werden müssten. Finanz- und Kostengesichtspunkte seien nicht ausreichend. Eine Aufgabenübertragung auf Private könne nur erfolgen, wenn die Betrauung von öffentlich Bediensteten nicht gleich gut zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet sei, wie die Übertragung auf Private. Im Bereich des Strafvollzugs und des Maßregelvollzugs könne aber auch das nicht gelten. Der besonders intensive Grundrechtseingriff in die Freiheit des Bürgers sei nur durch die staatliche Gewalt gerechtfertigt, weil eben nur der Staat das rechtsstaatlich unabdingbare Gewaltmonopol besitze. Dass der Beliehene durch den Beleihungsakt selbst Verwaltungsträger und damit Verwaltungsbehörde im funktionalen Sinn werde, reiche nicht aus.

Das konkrete Modell der Fachklinik Schleswig leide im Übrigen bereits deshalb an einem entscheidenden Mangel, weil nicht die jederzeitige Präsenz der in parlamentarischer Verantwortung stehenden Aufsichtsperson gewährleistet sei, was für eine effektive staatliche Kontrolle aber unabdingbar sei.

Nun haben die Privatisierungsgegner allerdings zu früh frohlockt, weil das Oberlandesgericht Schleswig¹⁵ diese Entscheidungen auf die Beschwerde der Landesregierung aufgehoben hat, allerdings nicht deshalb, weil die verfassungsrechtlichen Bedenken unbegründet seien, sondern deshalb, weil diese Gerichte sachlich nicht befugt seien, die Verfassungswidrigkeit festzustellen. Ich erlaube mir, die wesentlichen Argumente des Oberlandesgerichts durch eine Bezugnahme auf dessen Presseerklärung¹⁶ darzustellen, in der es heißt:

»Das Registergericht prüft zwar vor der Eintragung, ob die Gründungsakte rechtmäßig erfolgt seien und der Gesellschaftszweck und der Unternehmensgegenstand einer GmbH nicht gegen das Gesetz verstößt. In solchen Fällen ist die Eintragung nicht zulässig. Amts- und Landgericht haben jedoch in ihren Entscheidungen nicht ausreichend auf den bestandskräftigen Übertragungsakt (Verwaltungsakt) abgestellt und dabei übersehen, dass dieser auf einem Landesgesetz beruht. Die Umwandlung ist damit grundsätzlich erlaubt, auf diesem Gesetz beruhende Verordnungen und Verwaltungsakte sind zunächst wirksam und binden auch das Registergericht. Etwas anderes kann sich erst dann ergeben, wenn das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes ausspricht. Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, die ausnahmsweise zu seiner Nichtigkeit führen würde, stellte das Oberlandesgericht nicht fest. Das Grundgesetz verbietet die Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Privatpersonen nicht grundsätzlich. Über die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung des Maßregelvollzugs – ebenso wie des Strafvollzugs – wird in der Fachliteratur kontrovers und unter Hervorhebung der Vielschichtigkeit dieser Problematik diskutiert, so dass nichts für eine offensichtliche Rechtswidrigkeit spricht.«

Ausdrücklich hebt der Beschluss hervor, dass damit über die Verfassungsmäßigkeit der funktionalen Privatisierung¹⁷ des Maßregelvollzugs letztlich das Bundesverfassungsgericht entscheiden muss.

Auch wenn damit das von den Flensburger Richtern ausgesprochene Privatisierungsverbot nicht rechtsverbindlich geworden ist, so gibt es doch in beachtlicher Weise und zutreffend die Rechtslage wieder, die zusammengefasst lautet: Eine Privatisierung staatlicher Hoheitsaufgaben ist ausnahmsweise unter bestimmten Kautelen zulässig. Der Kernbereich der dem

staatlichen Gewaltmonopol unterfallenden Aufgaben kann überhaupt nicht privatisiert werden und ist Beamten anzuvertrauen. Zu diesem Kernbereich zählen der Strafvollzug und der Maßregelvollzug.

Abkoppelungsspielräume

Die Spielräume für eine Abkoppelung von der Landesverwaltung sind also äußerst eng.

Teilprivatisierung der Wirtschaftsverwaltung

Die Privatisierung der gesamten Einrichtung kommt nicht in Betracht. Spielräume verbleiben aber bei der Auslagerung von Teilaufgaben im Bereich der Wirtschaftsverwaltung. Es ist völlig unstrittig, dass Reinigungsaufgaben, Wäscherei, Lebensmittelversorgung u. Ä. auch von privaten Unternehmern wahrgenommen werden können.¹⁸ Es mag auch die eine oder andere therapeutische Leistung, bei der nur sehr am Rande die Ausübung staatlicher Gewalt in Betracht kommt, auf dem privaten Markt eingekauft werden, um das bereits genannte Beispiel der Ergotherapie noch einmal aufzugreifen. Therapeuten, die maßgeblich an Lockerungsentscheidungen mitwirken oder über Zwangsmaßnahmen entscheiden können, sind allerdings davon ausgenommen. Gleiches gilt für das Pflegepersonal, soweit es mit Zwangsbefugnissen ausgestattet ist. Interessant ist beispielsweise die Regelung zur äußeren Sicherheit an der Pforte in der neu eingerichteten Forensik in Dortmund. Dort unterstützt eine private Wachfirma die staatlich Bediensteten, allerdings dergestalt, dass beide immer nur im gemischten Doppelpack auftreten, weil der Mitarbeiter der privaten Wachfirma allein nicht zu Zwangsmaßnahmen befugt ist. Wie weit man bei dieser Art der Privatisierung gehen kann, unterliegt sicherlich unterschiedlichen Beurteilungsmöglichkeiten im Einzelfall. Die Gretchenfrage für das, was geht und was nicht geht, ist dabei das Streikproblem: Können Sicherheit und Betrieb der Maßregelklinik – vielleicht mit einem reduzierten Standard aber jedenfalls im Kern – auch dann noch aufrechterhalten werden, wenn die dazu berechnete Belegschaft streikt?

Das Anstaltsmodell

Rechtlich unproblematisch scheint mir – jedenfalls im Ansatz – auch der Baden-Württembergische Weg zu sein. Dort hat man die Landeskliniken zwar auch aus der unmittelbaren Landesverwaltung herausgelöst. Sie werden aber in einem komplexen Geflecht als selbstständige Anstalten des öffentlichen Rechts geführt. Der besondere rechtliche Charme dieses Modells liegt darin, dass Anstalten des öffentlichen Rechts Beamte beschäftigen können, womit dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 Genüge getan werden kann. In welcher falschen Richtung aber auch dieses Modell läuft, wird daran deutlich, dass kürzlich auf einer Veranstaltung von dem Baden-Württembergischen Vertreter das Anstaltsmodell vorgestellt und stolz verkündet wurde, man könne zwar Beamte beschäftigen, diese seien aber ein »Auslaufmodell«. Man beschäftige innerhalb des gesamten Anstaltsverbundes nur noch 25 Beamte und sei bemüht, die Zahl weiter zu reduzieren!¹⁹

15 OLG Schleswig, R & P 2006, 37 ff. m. Anm. von BAUR.

16 Pressemitteilung des OLG Schleswig vom 24.10.05.

17 Vgl. zu den Begrifflichkeiten: KÄMMERER, JZ 1996, 1042 ff.; KAMMEIER in: FS für Tondorf, S. 61 ff.

18 JACHMANN, Rn. 35; LÜBBE-WOLFF, Rn. 57.

19 Vortrag W. RIEGER, »Erfahrung mit der Anstalt des öffentli-

Das Brandenburger Modell

Von besonderem Interesse scheint mir der Brandenburger Weg zu sein, weil dieser auf den ersten Blick einen besonderen Anschein von Legitimität besitzt. In Brandenburg sind seit Beginn des Jahres die Maßregelkliniken an private Unternehmer verkauft worden, die aufgrund eines Gesetzes durch einen Verwaltungsakt mit staatlicher Gewaltbefugnis beliehen worden sind.²⁰ Das insoweit zuständige Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie (MASGF) vertritt die Auffassung, eine Beleihung sei zulässig, wenn

- das Beleihungsobjekt zur Erfüllung der Maßregelaufgaben geeignet sei,
- substantielle Gründe hierfür gegeben seien,
- eine ausführliche und detaillierte Begründung für diese Maßnahme vorliege, und
- die Rechts- und Fachaufsicht gewährleistet sei.

Die eigentliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen der Landesverwaltung und dem privaten Betreiber geschieht dabei auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, der insbesondere die weitgehende Kontrolle des Landes über die Durchführung des Maßregelvollzugs sicherstellen soll. Die Eckpunkte dieses Vertrages sind dadurch gekennzeichnet, dass eine enge Anbindung des privaten Betreibers an die öffentlich-rechtlichen Erfordernisse des Maßregelvollzugs im Wesentlichen durch zwei Säulen gewährleistet werden soll:

1. *Vorgaben:* Dem beliehenen Träger sind sowohl auf der tatbestandlichen Ebene als auch im Hinblick auf das ihm eingeräumte Ermessen, möglichst enge Vorgaben zu stellen, um seinen Entscheidungsspielraum zu begrenzen und die Missbrauchsgefahr zu reduzieren.

2. *Aufsicht:* Die staatliche Aufsicht ist in der Weise effektiv auszugestalten, dass die Landesverwaltung auch in Zukunft die tatsächliche Sachherrschaft über die Durchführung des Maßregelvollzugs besitzt und insbesondere mögliche Grundrechtsverletzungen rechtzeitig erkennen und verhindern kann. Von besonderem Interesse ist dabei die geschaffene Verzahnungsstelle zwischen der Landesverwaltung und dem privaten Träger:

Die Stellen der ärztlichen Leitung der forensischen Klinik, d. h. die des Chefarztes und dessen Stellvertreters, sollen auch künftig vom Land besetzt werden. Diese Mitarbeiter bleiben Angestellte des öffentlichen Dienstes. Sie werden dem privaten Träger zur Durchführung des Maßregelvollzugs in der Klinik im Wege eines Dienstleistungsüberlassungsvertrages zur Verfügung gestellt. Der Chefarzt und der Vertreter, der im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des öffentlich-rechtlichen Vertrages des Landes mit dem privaten Betreiber diese Positionen innehat, behält sie auch weiterhin mit allen bisherigen Kompetenzen und Befugnissen. Die übrigen Mitarbeiter des privaten Trägers sind den Weisungen dieser ärztlichen Leitung unterworfen. Der private Träger hat sicherzustellen, dass das im Maßregelvollzug tätige Personal den Weisungen Folge leistet. Die ärztliche Leitung trägt die Verantwortung für die Durchführung des Maßregelvollzugs in der Klinik. Sie erfüllt ihre Aufgaben eigenverantwortlich im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und nach Maßgabe der Weisungen der Aufsichtsbehörde.

Das *scheint* sich sehr stark an den Entscheidungen der Flensburger Gerichte zu orientieren, vor allem, was die Forderung nach einer Gewährleistung der tatsächlichen Sachherrschaft des Landes über den Maßregelvollzug anbelangt. Es wird aber übersehen, dass die Eckpunkte in den Flensburger Entscheidungen zur Zulässigkeit einer Privatisierung nur für den Ausnahmebereich der hoheitsrechtlichen Verwaltung, z. B. die Mischbetrie-

be, nicht aber für den Kernbereich wie den Maßregelvollzug herangezogen worden sind. Das Land Brandenburg hält die »Verzahnungsregelung« (Chefarzt bleibt Landesbediensteter) ersichtlich für den »Clou« seines Regelungspakets und glaubt, damit den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG aushebeln zu können. Es verkennt aber, dass auch hier der zweite Schritt vor dem ersten gemacht worden ist, wonach es in erster Linie gar nicht darum geht, ob man Teile der Eingriffsverwaltung an Privatunternehmer verkaufen kann, sondern ob man mit diesen Aufgaben überhaupt Nichtbeamte betrauen darf.

Schlussbemerkung und Zusammenfassung

Art. 33 Abs. 4 GG enthält einen verbindlichen Befehl, wem hoheitsrechtliche Befugnisse zu übertragen sind, an alle zu einer solchen Übertragung zuständigen Organe des Bundes und der Länder, insbesondere also an den Gesetzgeber und die vollziehende Gewalt.²¹ Es handelt sich dabei nicht um einen bloßen Programmsatz, der dadurch derogiert sein könnte, dass er in der Praxis einfach nicht beachtet wird.²² Der Umstand, dass sich bereits der »Status quo« in den Landeskliniken durch eine durchgängige Missachtung dieses Normbefehls auszeichnet, kann daher nicht ins Feld geführt werden. Zusammengefasst kann Folgendes festgehalten werden:

1. Der Kernbereich staatlicher Eingriffsverwaltung muss nach dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG von Beamten ausgeübt werden. Der Maßregelvollzug gehört zu diesem Kernbereich.

2. Die Ausnahmeregelung des Art. 33 Abs. 4 GG bezieht sich gerade nicht auf diesen Kernbereich, sondern nach der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes auf Mischformen von Leistungs- und Eingriffsverwaltung. Hier dürfen auch Angestellte des öffentlichen Dienstes mit hoheitsrechtlichen Befugnissen ausgestattet werden.

3. Nur in den Verwaltungsbereichen, wo nach dieser Ausnahmeregelung überhaupt an eine Betrauung mit Angestellten des öffentlichen Dienstes gedacht werden kann, kann eine Beleihung von Privatunternehmen diskutiert werden. Das wird in der bisherigen Situation übersehen. Der Maßregelvollzug gehört jedenfalls nicht zu diesem Bereich.

4. Bereits die bisherige Praxis, nach der in den Landeskliniken (Maßregelkliniken) ausschließlich oder überwiegend Angestellte des öffentlichen Dienstes beschäftigt werden, ist verfassungswidrig.

5. Deshalb geht auch das Brandenburger Modell fehl, selbst wenn es in der Position des Chefarztes als Landesbediensteter eine interessante Verzahnung zwischen dem beliehenen Privatunternehmer und der Landesverwaltung herstellt.

6. Eine Herauslösung und Privatisierung der nicht mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten Wirtschaftsverwaltung ist möglich, der Betrieb in der Form der Anstalt des öffentlichen Rechts ebenso.

7. Die Gretchenfrage für die äußerste Grenze der »Entbeamtung« lautet: Können auch bei einem Streik der dazu Berechtigten Betrieb und Sicherheit der Maßregelklinik aufrechterhalten werden?

chen Rechts« auf der Vortragsveranstaltung ver.di »Quo vadis Landeskrankenhäuser?« am 24.01.06 in Hannover.

20 Pressemitteilung der Staatskanzlei des Landes Brandenburg vom 31.01.2006.

21 MAUNZ-DÜRIG, Rn. 40.

22 KUNIG, Rn. 39.

Literatur

- DI FABIO, Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, Juristische Zeitung (JZ) 1999, 585 ff.
- JACHMANN in: VON MANGOLDT/KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage, 2000, Art. 33 GG
- JACHMANN/STRAUß, Berufsbeamtentum, Funktionsvorbehalt und der »Kaperbrief für den Landeinsatz«, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 1999, 289 ff.
- JARRAS/PIEROTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, 2004, Art. 33
- KAMMEIER (Hrsg.), Maßregelvollzugsrecht, 2. Auflage, 2002
- KAMMEIER, Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB durch Private, in: KAMMEIER/MICHALKE (Hrsg.), Festschrift (FS) für Tondorf, Streben nach Gerechtigkeit, 2004, S. 61 ff.
- KÄMMERER, Verfassungsstaat auf Diät, Juristische Zeitung (JZ) 1996, 1042 ff.
- KRUIS, Haftvollzug als Staatsaufgabe, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2000, 1 ff.
- KUNIG in: VON MÜNCH/KUNIG (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, 2001, Art. 33 GG
- LÜBBE-WOLFF in: DREIER, Grundgesetz – Kommentar, 1998, Art. 33 GG
- MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz, 2005, Art. 33 GG
- POLLÄHNE, Maßregelvollzugsrecht auf Abwegen, Recht & Psychiatrie (R&P) 2001, 198 ff.
- SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Auflage, 2004, Art. 33 GG
- VOLCKART/GRÜNEBAUM, Maßregelvollzug, 6. Auflage, 2003

Anschrift des Verfassers

*Generalstaatsanwaltschaft
14767 Brandenburg an der Havel*