

Übungsklausur Staatsorganisationsrecht: Präsidiale Privatisierungsprüfung

Von Dr. Mathias Hong und Assessor Alexander Schiff, Freiburg i. Br.*

Die Klausur wurde im Wintersemester 2012/2013 in der Übung im Öffentlichen Recht für Anfänger II der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. gestellt. Sie verbindet das Standardproblem der Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten mit einer aktuellen Privatisierungsthematik, die sich an das Urteil des BVerfG von 2012 zum hessischen Maßregelvollzug (BVerfGE 130, 76)¹ anlehnt. Anders als im Urteil geht es um eine materielle Privatisierung. Bei der Bewertung wurde die Kenntnis des vergleichsweise jungen Urteils keinesfalls vorausgesetzt; abweichende Lösungsansätze wurden durchgehend als gleichermäßen vertretbar angesehen. Berücksichtigt wurde, dass die Privatisierungsproblematik noch kaum Eingang in die Studienliteratur gefunden hat, so dass nähere Kenntnisse dazu nicht erwartet werden konnten. Für das Bestehen konnte es daher ausreichen, wenn die Zulässigkeit ordentlich geprüft und der Schwerpunkt bei dem klassischen Problem der präsidentiellen Prüfungsbefugnis gesetzt wurde, sofern dieses brauchbar abgehandelt wurde, auch wenn die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit nur kurz ausfiel und inhaltlich eher missglückte. Auch für höhere Notenstufen war es nicht erforderlich, die Privatisierung auch nur annähernd so ausführlich zu prüfen, wie in dem nachfolgenden Lösungsvorschlag. Maßgeblich war vielmehr, dass zumindest ein Versuch unternommen wurde, unter den Wortlaut des im Sachverhalt ausdrücklich erwähnten Art. 33 Abs. 4 GG zu subsumieren. An der Klausur nahmen 147 Personen teil, die durchschnittlich 6,2 Punkte erzielten; 18,5 % bestanden nicht, 11,5 % erreichten ein vollbefriedigendes oder besseres Ergebnis.

Sachverhalt²

Das Strafgesetzbuch unterscheidet zwischen Strafen und „Maßregeln der Besserung und Sicherung“. Maßregeln sind auf die Zukunft gerichtet und sollen die Allgemeinheit davor

schützen, dass gefährliche Täter erneut straffällig werden. Zu den freiheitsentziehenden Maßregeln gehört die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, die bei Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit des Täters angeordnet wird.

Die Regierungsfractionen bringen eine Gesetzesvorlage für ein „Gesetz zur Privatisierung des Maßregelvollzugs (MPG)“ in den Bundestag ein. Danach soll die Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus künftig nicht mehr innerhalb staatlicher Einrichtungen vollzogen, sondern vollständig in die Hände privater Anbieter gegeben werden (sog. materielle Privatisierung). Das MPG regelt die Einzelheiten, darunter die Übertragung der Befugnis auf die privaten Anbieter, Zwangsmaßnahmen gegen die Inhaftierten vorzunehmen. Danach kann das von den privaten Anbietern beschäftigte Leitungspersonal der Einrichtungen bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen als „besondere Sicherungsmaßnahmen“ unter anderem anordnen: Absonderung von anderen Unterbrachten, Unterbringung in einem besonders gesicherten Raum ohne gefährdende Gegenstände, Entzug oder Vorenthaltung von Gegenständen, Entzug oder Beschränkung des Aufenthaltes im Freien sowie Fesselung.

In der Gesetzesbegründung heißt es, die Kräfte des Marktes sicherten eine effiziente und kostengünstige Aufgabenerfüllung. So habe man in den Vereinigten Staaten von Amerika mit ähnlichen Privatisierungen nur positive Erfahrungen gesammelt. Ziel sei eine substantielle Entlastung des Staatshaushaltes. Die Privatisierung erleichtere außerdem ein „Verbundsystem“ von allgemeinpsychiatrischen Krankenhäusern und Maßregelvollzug, das – was zutrifft – eine gewisse Verbesserung der Betreuungsmöglichkeiten biete, weil die Patienten häufig bereits vor ihrer Unterbringung in psychiatrischer Behandlung gewesen seien und danach weiterhin Betreuung benötigten. Dass rein privat Beschäftigte dabei auch zu den nötigen Zwangsmaßnahmen ermächtigt würden sei unproblematisch. Auch insoweit werde der wirtschaftliche Wettbewerb unter den privaten Anbietern eine hinreichend hohe Vollzugsqualität sicherstellen.

Die Bundespräsidentin weigert sich allerdings am 1.3.2013, nachdem das Gesetzgebungsverfahren bis dahin ordnungsgemäß durchlaufen wurde, das Gesetz auszufertigen. Der Bund sei – was zutrifft – nicht zuständig. Hoheitsrechtliche Befugnisse, zu denen jedenfalls Grundrechtseingriffe zählten, dürften außerdem nur von Beamten ausgeübt werden (Art. 33 Abs. 4 GG). Auch sei eine solche völlig unkontrollierte Vollprivatisierung der Ausübung von Staatsgewalt in Kerngebieten wie der staatlich angeordneten Freiheitsentziehung mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Die Regierungsfraction A beantragt am 1.8.2013 im Namen des Bundestags mit ordnungsgemäßer schriftlicher Begründung, das Bundesverfassungsgericht möge feststellen, dass die Bundespräsidentin zur Ausfertigung verpflichtet sei. Weder dürfe sie die Verfassungsmäßigkeit überhaupt prüfen, noch sei das Gesetz verfassungswidrig.

* Der Autor Hong ist Akad. Mitarbeiter am Institut für Öff. Recht, Abt. 5 (Prof. Dr. Johannes Masing), der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.; im Wintersemester 2012/2013 war er Lehrstuhlvertreter am Institut für Staatswissenschaft & Rechtsphilosophie, Abt. 2 (Prof. Dr. Ralf Poscher). Der Autor Schiff war dort zu dieser Zeit studentischer Mitarbeiter. – Die Autoren danken Herrn Dr. Benjamin Rusteberg für wertvolle Hinweise und Anregungen.

¹ Abrufbar unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120118_2bvr0133_10.html (26.9.2013); siehe auch

<http://sorminiser.v.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv130076> (26.9.2013).

² Vgl. zu der Privatisierungsthematik des Sachverhalts: BVerfGE 130, 76, sowie hierzu: Sachs, JuS 2012, 665 (668); Wiegand, DVBl. 2012, 1134; Waldhoff, JZ 2012, 683; Grünebaum, Recht und Psychiatrie 2012, 121; Schladebach/Schönrock, NVwZ 2012, 1011; Muckel, JA 2012, 394 (396).

Bearbeitervermerk

Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Die Verletzung von Grundrechten ist nicht zu prüfen. Lediglich auf die Frage, ob mit dem MPG ein *Eingriff* in grundrechtlich geschützte Freiheiten verbunden ist, kann inzident eingegangen werden, soweit dies die Prüfung *staatsorganisationsrechtlicher* Verfassungsbestimmungen erfordern sollte. Im Übrigen sind alle aufgeworfenen Rechtsfragen, notfalls hilfsweise, zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Der Antrag der A-Fraktion hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist. Als Verfahrensart kommt hier ein Organstreitverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG in Betracht.

A. Zulässigkeit**I. Parteifähigkeit**

Die Parteifähigkeit bestimmt sich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG. Die A-Fraktion ist als mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil des obersten Bundesorgans Bundestag (vgl. § 10 GO BT) parteifähig, die Bundespräsidentin ist in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG eigens aufgeführt.

II. Antragsgegenstand

Tauglicher Gegenstand des Organstreitverfahrens muss eine konkrete rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners sein, § 64 Abs. 1 BVerfGG. Die Nichtausfertigung ist ein konkretes Unterlassen, verhindert das Inkrafttreten des Gesetzes (vgl. Art. 82 Abs. 1 GG) und ist daher auch rechtserheblich.

III. Antragsbefugnis

A müsste im Organstreitverfahren antragsbefugt sein, vgl. § 64 Abs. 1 BVerfGG. Sie stellt den Antrag „im Namen des Bundestags“, macht also nicht die Verletzung eigener Rechte, sondern eine Verletzung der Rechte des Bundestags geltend. Als Organteil gemäß § 63 BVerfGG steht der A-Fraktion eine solche Prozessstandschaft für das Organ, dem sie angehört, zu. Aus dem Recht des Bundestags, Gesetze zu beschließen (Art. 77 GG) könnte das Recht abzuleiten sein, von der Bundespräsidentin die Ausfertigung ohne eigenständige Prüfung der Verfassungswidrigkeit zu verlangen. Auch erscheint die Verletzung eines solchen Rechts durch die Verweigerung der Ausfertigung im konkreten Fall zumindest nicht offensichtlich ausgeschlossen. Die Antragsbefugnis der A ist demnach zu bejahen.

IV. Form

Der Antrag ist laut Sachverhalt mit einer ordnungsgemäßen schriftlichen Begründung gestellt (§ 23 Abs. 1, § 64 Abs. 2 BVerfGG).

V. Frist

Die Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG müsste gewahrt sein. Die Bundespräsidentin hat die Ausfertigung am 1.3.2013 verwei-

gert. Der Antrag wurde am 1.8.2013 gestellt, also weniger als sechs Monate später und damit fristgerecht.

VI. Ergebnis

Der Antrag der Abgeordneten der A-Fraktion ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Nichtausfertigung den Bundestag in seinem Gesetzgebungsrecht aus Art. 77 GG verletzt. Dies wäre der Fall, wenn die Bundespräsidentin zur Ausfertigung verpflichtet wäre. Nach dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG („werden“ ausgefertigt) besteht eine solche Verpflichtung für die „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen“ Gesetze. Daraus folgt, dass die Bundespräsidentin prüfen muss und darf, ob ein Gesetz nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommen ist, und gegebenenfalls zur Ausfertigung verpflichtet ist. Fraglich ist jedoch, welche Vorschriften unter das Prüfungsrecht fallen. Zu prüfen ist daher zunächst, wie weit die Prüfungsbefugnis der Bundespräsidentin reicht (I.), sodann, ob im Rahmen dieser Prüfungsbefugnis Verfassungsverstöße festzustellen sind (II.-IV.).

I. Reichweite der Prüfungsbefugnis**1. Formelle Prüfungsbefugnis**

Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG wird teilweise so verstanden, dass das Prüfungsrecht lediglich die in Art. 78 GG für das Zustandekommen ausdrücklich genannten Verfahrensschritte umfasse, also das Vorliegen des Beschlusses durch den Bundestag und die Einhaltung der Mitwirkungsrechte des Bundesrates, nicht hingegen die formelle Verfassungsmäßigkeit im Übrigen.³ Der Begriff des Zustandekommens könnte jedoch schon in Art. 78 GG weiter zu verstehen sein und auch den Gesamtprozess bezeichnen, der in den dort genannten Verfahrensschritten seinen Abschluss findet. Abgesehen davon verwendet das Grundgesetz auch an anderen Stellen denselben Begriff mit unterschiedlichen Bedeutungen (z.B. „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 GG). Dafür, dass der Begriff des Zustandekommens jedenfalls in Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG in einem weiteren Sinn zu verstehen ist, spricht maßgeblich, dass die Vorschrift nicht einfach auf Art. 78 GG verweist, sondern umfassender voraussetzt, dass das auszufertigende Gesetz „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes“ zustande gekommen sein muss. Die Prüfungsbefugnis der Bundespräsidentin schließt daher zumindest die formelle Verfassungsmäßigkeit ein.⁴

³ Vgl. Meyer, JZ 2011, 602 (603). Für eine ausreichende Bearbeitung des Prüfungsrechts war nicht erforderlich, dass die Möglichkeit eines so engen Verständnisses überhaupt erkannt und erwogen wurde. Auch im Schrifttum wurde und wird die formelle Prüfungskompetenz vielfach als unzweifelhaft aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG folgend angesehen, ohne dass auf Art. 78 GG überhaupt eingegangen wird. Mehr war daher auch von einer Klausurbearbeitung nicht zu verlangen.

⁴ Vgl. hierzu sowie auch zum Folgenden die umfassenden Nachweise zu den verschiedenen Positionen im Schrifttum

2. Materielle Prüfungsbefugnis

Zu fragen ist also, ob sich das Prüfungsrecht über die formelle Prüfungsbefugnis (im engeren Sinne) hinaus auch auf materielle Verfassungsbestimmungen erstreckt.

a) Wortlaut

Der erste Teil der Aussage des Art. 82 Abs. 1 GG („nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes“) enthält keine Einschränkung auf Normen mit formellen Anforderungen. Auf der anderen Seite könnte der Begriff „zustande gekommen“ dafür sprechen, dass jedenfalls nur formelle Anforderungen an ein Gesetz gemeint sind. Der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG kann daher sowohl von Befürwortern als auch Gegnern eines materiellen Prüfungsrechts herangezogen werden.

b) Historie

Art. 70 WRV, der von „verfassungsgemäß zustande gekommenen Gesetzen“ sprach, wurde überwiegend auch eine materielle Prüfungsbefugnis des Reichspräsidenten entnommen. Allerdings wurden die Befugnisse des Bundespräsidenten gegenüber denen des Reichspräsidenten durch das Grundgesetz erheblich eingeschränkt. Der Bundespräsident ist in die Rolle des repräsentierenden Staatsoberhauptes zurückgedrängt worden, so dass auch die historische Auslegung uneindeutig bleibt.

c) Systematik

In systematischer Hinsicht spricht der Vergleich mit dem Begriff des Zustandekommens in Art. 78 GG, auch wenn die beiden Begriffe nicht identisch sein müssen, eher gegen ein materielles Prüfungsrecht. Für eine materielle Prüfungsbefugnis könnte jedoch die allgemeine Verfassungsbindung der Bundespräsidentin sprechen, wie sie sich neben Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 etwa auch aus Art. 56 (Amtseid) und Art. 61 Abs. 1 GG (Präsidentenanklage) ergibt. Zwar folgt daraus zunächst nur, dass sie selbst das Grundgesetz nicht verletzen darf, ohne dass daraus unmittelbar ableitbar wäre, ob zu ihren eigenen Pflichten gerade auch die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen gehört. Jedoch wird man aus der allgemeinen Verfassungsbindung zumindest in gewissen Grenzen auch ein Verbot ableiten müssen, sich an den Verfassungsverstößen anderer Hoheitsträger zu beteiligen, woraus sich eine entsprechende materielle Prüfungspflicht ergibt.

Bei der Bestimmung der Reichweite dieser Prüfungspflicht ist jedoch der Grundsatz der Gewaltengliederung (Art. 20 Abs. 2 GG) zu berücksichtigen. Im Verhältnis zur „ersten“ Gewalt ist zunächst zu fragen, ob die Bundespräsidentin, die lediglich mittelbar gewählt ist (Art. 54 GG), nicht die Bewertung des Gesetzgebers, das Gesetz sei verfassungsgemäß, zu respektieren hat. Jedoch dient die Verfassung nicht nur dazu, effektive Mehrheits Herrschaft zu sichern, sondern setzt durch Grundrechte und rechtsstaatliche Sicherungen zugleich allen drei Staatsgewalten, auch dem Gesetzgeber,

Grenzen. Das Verhältnis zum Gesetzgeber steht daher einem materiellen Prüfungsrecht nicht entgegen.

Im Verhältnis zur „dritten“ Gewalt ist jedoch zu fragen, ob die Befugnisse des BVerfG beeinträchtigt werden. Die Nichtausfertigung verhindert bereits das Wirksamwerden des Gesetzes. Damit berührt sie das Verwerfungsmonopol des BVerfG (Art. 100 Abs. 1 GG) zwar formell nicht, wirkt aber im Ergebnis nicht weniger effektiv als eine nachträgliche Nichtigerklärung. Zwar kann gegen die Ablehnung einer Ausfertigung durch den Bundespräsidenten das BVerfG im Wege des Organstreits angerufen werden. Jedoch ist eine derartige Befassung, anders als bei der Richtervorlage, nicht zwingend. Wie die bisherige Praxis zeigt, in der es in Fällen der Verweigerung der Ausfertigung bislang nicht zu einem Organstreit gekommen ist, hat ein materielles Prüfungsrecht daher durchaus Auswirkungen auf das Letztentscheidungsrecht des BVerfG.

d) Ergebnis

Aufgrund der erheblichen Auswirkungen des materiellen Prüfungsrechtes auf die Stellung des BVerfG ist ein materielles Prüfungsrecht nur in engen Grenzen anzuerkennen. Danach ist der Bundespräsident zwar nicht auf die Rolle des „Staatsnotars“ reduziert, der alle formell zustande gekommenen Gesetze ohne weitere Prüfung auszufertigen hat. Jedoch beschränkt sich sein materielles Prüfungsrecht auf Fälle offensichtlicher materieller Verfassungsverstöße (sog. Evidenzkontrolle).⁵

II. Formelle Verfassungswidrigkeit

Laut Sachverhalt fehlt dem Bund für den Erlass des MPG die Gesetzgebungskompetenz.⁶ Die Verfahrensbedingungen des

⁵ Andere Auffassungen (enge Auffassung aus Art. 78 GG, nur formelles Prüfungsrecht oder volles materielles Prüfungsrecht) sind mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Gegen die Begrenzung auf eine Evidenzkontrolle dezidiert *Schoch*, ZG 2008, 209 (221 ff.). Das BVerfG hat die Frage bislang nicht entschieden; vgl. aber ein materielles Prüfungsrecht in obiter dicta jedenfalls andeutend BVerfGE 1, 396 (413 f.); 2, 143 (169); 34, 9 (22 f.).

⁶ Weil das Fehlen der Gesetzgebungszuständigkeit schon im Sachverhalt ausdrücklich festgestellt wurde, waren weitere Ausführungen dazu nicht veranlasst. Wäre dem anders gewesen, so hätten die entsprechenden Ausführungen z.B. wie folgt lauten können: Eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes könnte sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG („Strafrecht“) ergeben. Unter Strafrecht im verfassungsrechtlichen Sinne versteht man 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“ (vgl. BVerfGE 109, 190 [212]). Diesem weiten Begriffsverständnis entsprechend sind auch die Maßregeln der Sicherung und Besserung, die im zweiseitigen Sanktionensystem des Strafrechts neben den Kriminalstrafen stehen, materiell dem Strafrecht im Sinne

bei *Hebeler*, 40 Probleme aus dem Staatsrecht, 3. Aufl. 2011, S. 179 ff.

Art. 78 GG sind hingegen laut Sachverhalt gewahrt. Von der Einhaltung der maßgeblichen Formvorschriften ist auszugehen. Das MPG ist demnach wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes formell verfassungswidrig.

III. Evidente materielle Verfassungswidrigkeit

Fraglich ist, ob die Regelungen des MPG außerdem an einem evidenten materiellen Verfassungsverstoß leiden. Zu prüfen sind dabei laut Bearbeitervermerk nur Verstöße gegen nicht-grundrechtliche Verfassungsbestimmungen.

1. Evidenter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 4 GG

Das MPG könnte in evidenter Weise gegen Art. 33 Abs. 4 GG verstoßen.

a) Anwendbarkeit

Fraglich ist zunächst, ob Art. 33 Abs. 4 GG auf Privatisierungen überhaupt anwendbar ist. Teilweise wird angenommen, dass die Vorschrift nur für die Aufgabenwahrnehmung durch öffentlich-rechtliche Hoheitsträger gelte, nicht jedoch bei Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse auf Private.⁷ Der Wortlaut bietet jedoch für eine solche Einschränkung keinen Anhaltspunkt. Nach ihrem Sinn und Zweck soll die Norm dem Berufsbeamtentum einen Mindesteinsatzbereich institutionell sichern,⁸ um zu gewährleisten, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe regelmäßig jenen Sicherungen für eine qualifizierte, loyale und gesetzestreue Aufgabenerfüllung unterliegt, die Art. 33 Abs. 5 GG für das Berufsbeamtentum institutionell garantiert.⁹ Wäre Art. 33 Abs. 4 GG auf Private nicht anwendbar, ließe sich diese Funktion durch Aufgabenübertragung an diese faktisch aushebeln. Daher gilt Art. 33 Abs. 4 GG unabhän-

gig davon ob eine Aufgabe im öffentlichen Bereich verbleibt oder Privaten übertragen wird.¹⁰

b) Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse

Es müsste sich hier um die „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ handeln. Darunter fallen unstreitig jedenfalls Maßnahmen der Eingriffsverwaltung, also Grundrechtseingriffe im traditionellen Sinn.¹¹ Falls es sich bei den besonderen Sicherungsmaßnahmen, die das Leitungspersonal der Einrichtungen nach dem MPG anordnen kann, um derartige Eingriffe handelt, läge daher eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse vor.

aa) Schutzbereichsberührung

Die Anordnung dieser Maßnahmen berührt möglicherweise den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person), jedenfalls aber den des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG.¹²

bb) Eingriff

Eingriffe im herkömmlichen Sinne sind Beeinträchtigungen des Schutzbereichs, die final (also zweckgerichtet), unmittelbar und imperativ (also durch rechtliches Ge- oder Verbot, das gegebenenfalls zwangsweise durchgesetzt wird) erfolgen.¹³ In der Anordnung der besonderen Sicherungsmaßnahmen liegt die rechtliche Auferlegung konkreter Duldungspflichten. Es handelt sich daher schon deshalb um Grundrechtseingriffe im herkömmlichen Sinn. Jedenfalls aber liegt eine nach Zielrichtung und Wirkung eingriffsgleiche Maßnahme, ein sog. funktionales Äquivalent eines herkömmlichen Eingriffs vor, auf dass der Eingriffsbegriff – und damit auch der Begriff der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse – richtigerweise mindestens auszudehnen ist.¹⁴ Eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist folglich gegeben.¹⁵

von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen (BVerfGE 109, 190 [213]). Zu beachten ist jedoch die Differenzierung zwischen der *materiellen Regelung* der Maßregeln im StGB und dem *Vollzug* dieser Maßnahmen. Mit der Föderalismusreform von 2006 ist der Kompetenztitel für den *Strafvollzug* aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestrichen und damit in die Zuständigkeit der Länder überführt worden (die Existenz des StVollzG im Bundesbereich erklärt sich durch Art. 125a Abs. 1 GG, welcher nach h.M. den Bund auch zur Anpassung fortgeltenden Bundesrechts ermächtigt, vgl. *Uhle*, in: Maunz/Dürig [Hrsg.], GG, 66. EL 2012, Art. 125a Rn. 27). Dies betrifft auch den Vollzug der Maßregeln (*Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.], GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 74 Abs. 1 Rn. 21). Aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ergibt sich somit keine Zuständigkeit des Bundes für den Maßregelvollzug. Weitere Kompetenztitel für den Bund sind hier nicht einschlägig. Demnach sind die Länder für den Maßregelvollzug zuständig.

⁷ *Scherer*, in: Festschr. f. Frotzcher, 2007, S. 625; *Kruis*, ZRP 2000, 1 (4); *Scholz*, NJW 1997, 14 (15).

⁸ *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 60.

⁹ BVerfGE 130, 76 (111 f.).

¹⁰ BVerfGE 130, 79 (111 f. m.w.N.).

¹¹ BVerfGE 130, 76 (113); *Masing* (Fn. 8), Art. 33 Rn. 64. Für eine ausreichende Bearbeitung war die Unterscheidung zwischen modernem und traditionellem Eingriffsbegriff nicht zwingend, sondern konnte es genügen, wenn die Bearbeiter überhaupt die Verbindung zwischen dem Merkmal Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse (oder beim Demokratieprinzip: dem Merkmal „Staatsgewalt“) und dem Erfordernis eines Grundrechtseingriffs herstellten und die Maßnahmen dann auf der Basis des modernen Eingriffsbegriffs als Eingriffe einordneten.

¹² Für letzteres BVerfGE 130, 76 (110 f.), da keine Freiheitsentziehung vorliege. Denkbar wäre es aber auch, hier einen vertiefenden Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu sehen, der aber keine Freiheitsentziehung im Sinne und mit den Folgen von Art. 104 Abs. 2 GG darstellt.

¹³ Vgl. BVerfGE 105, 279 (299 f.).

¹⁴ Vgl. zum „funktionalen Äquivalent“ BVerfGE 105, 279 (300); 110, 177 (191); 113, 63 (76); BVerfG NJW 2012, 1062.

¹⁵ Vgl. auch BVerfGE 130, 76 (113), wo ein „Eingriff im engeren Sinne“ bejaht, dieser allerdings als unmittelbar beschränkende Einwirkung durch „Befehl oder Zwang“ defi-

c) Maßstababbildung

Art. 33 Abs. 4 GG behält als „Funktionsvorbehalt“ und institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums¹⁶ die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel „Angehörigen des öffentlichen Dienstes“ vor, worunter grundsätzlich nur Beamte zu verstehen sind.¹⁷ Die Norm statuiert, wie sich bereits dem Wortlaut entnehmen lässt, ein Regel-Ausnahme-Prinzip,¹⁸ aus dem quantitative und qualitative Grenzen für den Einsatz von Nichtbeamten folgen: Quantitativ darf der Regelfall nicht zur Ausnahme werden.¹⁹ Qualitativ bedarf eine Ausnahme eines besonderen sachlichen Grundes.²⁰ Als solcher kommt nur ein „spezifischer“ Ausnahmegrund in Betracht, der entweder auf „Erfahrungen mit gewachsenen Strukturen“ oder auf „im Hinblick auf den Zweck des Funktionsvorbehalts relevante Besonderheiten der jeweiligen Tätigkeit“ Bezug nimmt.²¹ Nicht spezifische Gründe, also solche, „die sich in gleicher Weise auch für beliebige andere hoheitsrechtliche Tätigkeiten anführen ließen“, scheiden aus.²² Ausnahmen werden auch durch den Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit begrenzt: „Je intensiver eine bestimmte Tätigkeit Grundrechte berührt, desto weniger sind Einbußen an institutioneller Absicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung hinnehmbar.“²³

d) Anwendung auf das MPG

Fraglich ist, ob das MPG diesen Maßstäben gerecht wird. Bei der vorgesehenen „materiellen“ Privatisierung müssen die Aufgaben des Maßregelvollzugs nicht von Angehörigen des öffentlichen Dienstes (geschweige denn von Beamten) wahrgenommen werden. Selbst bei dem Leitungspersonal kann es sich um private Beschäftigte handeln. Dieser Verzicht auf

niert wird, statt wie sonst durch „Befehl und Zwang“ (*Herz. vorh. der Verf.*). Für eine ausreichende Bewertung war weder die Unterscheidung zwischen Anordnung und Vollziehung noch eine Erörterung des traditionellen Eingriffsbegriffs erforderlich; jedoch konnte es zu höheren Notenstufen führen, wenn der traditionelle Begriff bekannt war und erörtert wurde. Erst recht waren Ausführungen zum sog. funktionalen Äquivalent positiv zu bewerten.

¹⁶ Masing (Fn. 8), Art. 33 Rn. 58.

¹⁷ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 6), Art. 33 Rn. 30.

¹⁸ Vgl. Jachmann (Fn. 17), Art. 33 Rn. 58.

¹⁹ BVerfGE 130, 76 (114); kritisch zur quantitativen Dimension Wiegand, DVBl. 2012, 1134 (1137).

²⁰ BVerfGE 130, 76 (114 ff.); kritisch zum Merkmal des sachlichen Grundes Wiegand, DVBl. 2012, 1134 (1139 f.); Masing (Fn. 8), Art. 33 Rn. 70.

²¹ BVerfGE 130, 76 (115 f.); ähnlich bereits Thiele, Der Staat 2010, 274 (292).

²² BVerfGE 130, 76 (116).

²³ BVerfGE 130, 76 (117); Wiegand, DVBl. 2012, 1134 (1139), sieht hierin jedoch eine bedenkliche Abwertung der dem Funktionsvorbehalt zugrunde liegenden Ratio, nämlich der Gewährleistung der gesetzmäßigen Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen gerade durch den Beamten.

Beamte müsste gemäß Art. 33 Abs. 4 GG durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein.

aa) Genereller Ausschluss von Ausnahmen im Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit?

Der Vollzug hoheitlich verhängter Freiheitsentziehungen gehört allerdings zum Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit, und der Maßregelvollzug „steht darin dem Strafvollzug in nichts nach“.²⁴ Man könnte einen sachlichen Ausnahmegrund und damit einen Verzicht auf Berufsbeamte in derartigen Kernbereichen hoheitlicher Eingriffstätigkeit per se für ausgeschlossen halten.²⁵ Dem ist jedoch der Wortlaut des Art. 33 Abs. 4 GG entgegenzuhalten, der ausdrücklich Ausnahmen vorsieht. Art. 33 Abs. 4 GG steht daher einem Einsatz von Nichtbeamten im Maßregelvollzug nicht schon als solches entgegen.²⁶ Jedoch gelten erhöhte Rechtfertigungsanforderungen. Die nötigen sachlichen Gründe müssen die „durch Art. 33 Abs. 4 GG begründete Vermutung“ widerlegen, „dass insbesondere im Kernbereich hoheitlicher Befugnisse die Grundrechte der von ihrer Ausübung Betroffenen am besten geschützt sind, wenn diese Befugnisse Berufsbeamten vorbehalten bleiben“.²⁷

bb) Vorteile des Verbundkonzeptes

Als sachlicher Grund kommen insbesondere die Synergieeffekte des Verbundkonzeptes in Betracht, also die Vorteile aus der Verbindung des Maßregelvollzugs mit den vorhandenen Strukturen der psychiatrischen Versorgung. Sie können angesichts des Zwecks des Maßregelvollzugs, nämlich der Heilung und Pflege der Untergebrachten,²⁸ zu einer Rechtfertigung beitragen.²⁹ Andererseits erscheint zweifelhaft, ob dies allein schon ausreichen kann, um die Zulässigkeit einer Privatisierung jedenfalls im Kernbereich hoheitlicher Befugnisse zu begründen.³⁰ Implizit würde dies nämlich bedeuten, dass nur der privatisierte Maßregelvollzug einen höheren Standard ermöglichen kann, was so jedoch kaum anzunehmen ist.³¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gerade auch dann Geltung beansprucht, wenn der Einsatz Beamter ineffizienter sein sollte als

²⁴ BVerfGE 130, 76 (118).

²⁵ OLG Naumburg NStZ 2011, 347 (348); Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, 7. Aufl. 2009, Rn. 508 ff.; Willenbruch/Bischoff, NJW 2006, 1776 (1777 f.).

²⁶ BVerfGE 130, 76 (118 m.w.N.).

²⁷ BVerfGE 130, 76 (120).

²⁸ Van Gemmeren, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MünchKommStGB, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 63 Rn. 1.

²⁹ Dies gestehen auch Volckart/Grünebaum (Fn. 25), Rn. 513, zu.

³⁰ Baur, Recht und Psychiatrie 2012, 128, kritisiert die hierin liegende „normative Kraft des Faktischen“.

³¹ Grünebaum, Recht und Psychiatrie 2012, 121 (125).

der von Angestellten.³² Im Ergebnis sind die Verbundvorteile daher nicht schon allein hinreichende sachliche Gründe.³³

cc) Einsparungen

Die Gesetzesbegründung verweist ferner auf Einsparungen. Kostenersparnisse durch eine Privatisierung – insbesondere „wegen dann sich bietender Möglichkeiten der Aufgabenerledigung zu Niedriglöhnen“ – sind jedoch bei beliebigen hoheitsrechtlichen Tätigkeiten denkbar; der pauschale Verweis auf solche Einsparungen ist daher kein spezifischer Rechtfertigungsgrund und kann Ausnahmen vom Beamtenvorbehalt von vornherein nicht rechtfertigen.³⁴ Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte können jedoch berücksichtigt werden, wenn eine Tätigkeit Besonderheiten aufweist, deretwegen Kosten und Sicherungsnutzen des Einsatzes von Berufsbeamten in einem anderen – deutlich ungünstigeren – als dem nach Art. 33 Abs. 4 GG im Regelfall vorauszusetzenden Verhältnis stehen.³⁵ Für derartige, in besonderem Maße Kosten reduzierende Besonderheiten des Maßregelvollzugs sind hier aber keine Anhaltspunkte ersichtlich.

dd) Marktkräfte und Wettbewerb als Rechtfertigungsgrund?

Die Gesetzesbegründung verweist auch auf die Kräfte des Marktes und des Wettbewerbs, die eine effektivere Aufgabenerfüllung gewährleisten. Jedoch gehen mit der Gewinnorientierung der privaten Wirtschaft auch Risiken einher. Die „Kräfte und Interessen des privatwirtschaftlichen Wettbewerbs“ können, „beispielsweise in Bezug auf Verweildauer der Untergebrachten und Senkung von Behandlungs- und Betreuungskosten, den gesetzlichen Vollzugszielen und der Wahrung der Rechte der Untergebrachten systemisch zuwiderlaufen“.³⁶ Sie werden in vollem Umfang wirksam, wenn die Aufgabenerfüllung – wie hier – vollständig an private, gewinnorientierte Akteure übergeben wird (sog. materielle Privatisierung). Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu einer sog. formellen Privatisierung oder Organisationsprivatisierung, bei der die privaten Träger vollständig in öffentlicher Hand (etwa: 100 % Aktienbesitz an einer AG) bleiben oder von ihr zumindest beherrscht werden, so dass sie von erwerbswirtschaftlichen Motiven und Zwängen freigestellt sind.³⁷ Die Marktkräfte, die durch eine materielle Privatisierung freigesetzt werden, führen daher, statt zur Rechtfertigung beizutragen, im Kernbereich der Hoheitstätigkeit wenn nicht zur generellen Unzulässigkeit so doch jedenfalls zu ei-

ner nochmaligen Erhöhung der Rechtfertigungslast für Ausnahmen vom Beamtenvorbehalt.

ee) Steuerungsmöglichkeiten durch Aufsicht und Weisungen

Zur Rechtfertigung einer materiellen Privatisierung im Kernbereich hoheitsrechtlicher Befugnisse ist daher zumindest zu fordern, dass der Staat sich intensive Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten sichert, die eine weitgehende Vergleichbarkeit mit öffentlich-rechtlichen Organisationsformen herstellen. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass die Anordnung von Zwangsmaßnahmen von Eilfällen abgesehen ausschließlich durch Leitungspersonal erfolgen darf, das dem öffentlichen Dienst angehört und umfassende Aufsichts- und Weisungsbefugnisse gegenüber dem privaten Vollzugspersonal besitzt, jedoch zugleich gegenüber der privaten Leitung der Einrichtung weisungsfrei gestellt ist, so dass es Weisungen der Fachaufsichtsbehörde abgeschirmt von Einflüssen des privaten Trägers umsetzen kann.³⁸ Das MPG verlangt bereits nicht, dass überhaupt im öffentlichen Dienst beschäftigte Personen in der Einrichtung arbeiten müssen. Erst recht sind keine derartigen Aufsichts- und Weisungsstrukturen vorgesehen. Die erhöhten Rechtfertigungsanforderungen sind daher hier nicht gewahrt.

ff) Zwischenergebnis

Materielle Privatisierungen, die wie hier Kernbereiche der Ausübung von Hoheitsgewalt betreffen, sind angesichts der Gefährdung, die der wirtschaftliche Konkurrenzdruck für eine gesetzestreue Aufgabenerfüllung mit sich bringen kann, nur durch besonders schwerwiegende sachliche Gründe zu rechtfertigen. Mindestens erforderlich ist eine Kontroll- und Aufsichtsstruktur, die eine effektive staatliche Kontrolle der Zwangsausübung sicherstellt. An einer solchen Struktur fehlt es hier, so dass die Synergieeffekte des Verbundsystems nicht zur Rechtfertigung ausreichen. Das MPG verletzt daher den Funktionsvorbehalt nach Art. 33 Abs. 4 GG.³⁹

e) Evidenz des Verstoßes

Fraglich ist, ob der Verstoß gegen Art. 33 Abs. 4 GG evident ist. Bei der Privatisierung hoheitlicher Zwangsausübung handelt es sich um eine vergleichsweise neue Problematik, zu der nur wenige höchstrichterliche Entscheidungen existieren. Im Fall des MPG bestehen mit den Vorteilen des Verbundsystems durchaus für eine Rechtfertigung relevante Gesichtspunkte, die lediglich im Ergebnis nicht durchschlagen. Ange-

³² Manssen, ZBR 1999, 253 (256).

³³ Vgl. BVerfGE 130, 76 (119 f.): „Solche Einschätzungen sind [...] mit Vorsicht zu würdigen.“ Weitergehend wohl Wiegand, DVBl. 2012, 1134 (1139), der in der Berücksichtigung von Effizienzgedanken und Zweckrationalität eine „Erosion des Funktionsvorbehalts“ ausmacht.

³⁴ BVerfGE 130, 76 (116).

³⁵ BVerfGE 130, 76 (116 f.).

³⁶ BVerfGE 130, 76 (121).

³⁷ Vgl. darauf für den hessischen Maßregelvollzug verweisend BVerfGE 130, 76 (121).

³⁸ Vgl. BVerfGE 130, 76 (121-123), wo die Zulässigkeit der dortigen Ausgestaltung entscheidend mit einer solchen Struktur begründet wird. Demgegenüber halten Willenbruch/Bischoff (NJW 2006, 1776 [1777 f.]) die Aufsicht allgemein für unzureichend, da diese stets nur im Nachhinein reagieren könne.

³⁹ Gegenauffassung (kein Verstoß) mit entsprechender Begründung vertretbar.

sichts dessen ist eine Evidenz des Verstoßes (noch) zu verneinen.⁴⁰

2. Evidenter Verstoß gegen das Demokratieprinzip

Die formelle Privatisierung des Maßregelvollzugs könnte jedoch daneben auch gegen das Demokratieprinzip verstoßen, das vor allem in Art. 20 Abs. 2 GG verankert ist.⁴¹

a) Maßstababbildung

Alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter bedarf danach der demokratischen Legitimation.⁴² Es muss sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden.⁴³ Zu unterscheiden ist zwischen personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation⁴⁴: Die *personelle* Legitimation verlangt grundsätzlich, dass der Bestellungsakt einer im konkreten Fall entscheidenden Person sich in einer ununterbrochenen Kette personeller Ernennungen auf das Volk zurückführen lässt. Die *sachlich-inhaltliche Legitimation* wird durch die Bindung der entscheidenden Akteure an das Gesetz sowie an Aufträge und Weisungen seitens der ihrerseits demokratisch legitimierten Regierung oder Verwaltung hergestellt. Die beiden Legitimationsstränge stehen in einem wechselbezüglichen Verhältnis: Eine verminderte Legitimation in dem einen Strang kann durch eine verstärkte Legitimation im anderen Strang ausgeglichen werden. Entscheidend ist, dass insgesamt ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht wird,⁴⁵ das umso höher sein muss, je intensiver Grundrechte berührt werden.⁴⁶

b) Anwendung auf das MPG

Die *personelle* Legitimationskette reißt beim MPG durch die Vollprivatisierung vollständig ab. Die Beschäftigten werden von den privaten Trägern eingestellt. Selbst ein mittelbarer Einfluss, etwa durch ein Vorschlagsrecht oder durch verbindliche Einschätzungen der fachlichen Qualifikation,⁴⁷ fehlt. Damit fällt der Legitimationsstrang der personellen Legitimation völlig aus. In *sachlich-inhaltlicher Hinsicht* bestehen

keine effektiven Aufsichts- und Kontrollbefugnisse, die einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform nahe kommen.⁴⁸ Anders als bei einer lediglich formellen Privatisierung behält der Staat auch keine gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten.⁴⁹ Ein nennenswertes Niveau sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation besteht daher ebenfalls nicht. Das Gesamtniveau der Legitimation ist damit evident unzureichend. Das Demokratieprinzip, nach dem alle Staatsgewalt vom Volk ausgehen muss (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), ist daher in offensichtlicher Weise verletzt.⁵⁰

3. Ergebnis

Das MPG ist auch materiell verfassungswidrig. Der Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ist dabei auch evident.

IV. Ergebnis

Aufgrund der formellen sowie (teilweise) evidenten materiellen Verfassungswidrigkeit des MPG hat die Bundespräsidentin in verfassungsgemäßer Weise von ihrem Prüfungsrecht Gebrauch gemacht. Es trifft sie keine Pflicht zur Ausfertigung, sodass die Nichtausfertigung das Recht des Bundestags auf Gesetzgebung aus Art. 77 GG nicht verletzt. Der Antrag der A-Fraktion ist daher unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Der Antrag der A-Fraktion hat keine Aussicht auf Erfolg.

⁴⁰ Gegenauffassung (evidenter Verstoß) mit entsprechender Begründung vertretbar.

⁴¹ Vgl. daneben etwa Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 sowie die Verweise auf die freiheitliche *demokratische* Grundordnung u.a. in Art. 10 Abs. 2 S. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 18 S. 1, Art. 21 Abs. 2 GG.

⁴² BVerfGE 130, 76 (123).

⁴³ BVerfGE 130, 76 (123).

⁴⁴ Zum Ganzen grundlegend *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 11 ff.

⁴⁵ BVerfGE 130, 76 (124); *Böckenförde* (Fn. 44), § 24 Rn. 23.

⁴⁶ BVerfGE 130, 76 (124).

⁴⁷ Vgl. zur Zulässigkeit einer derart abgeschwächten personellen Legitimation im Falle einer formellen Privatisierung BVerfGE 130, 76 (125), obgleich dort beides jeweils nur im konkreten *Beleihungsvertrag*, nicht in der *gesetzlichen* Vorschrift selbst abgesichert war. S. demgegenüber Nds. StGH NdsVBl. 2009, 77, für eine ähnliche Regelung.

⁴⁸ Hierauf stellt BVerfGE 130, 76 (126 f.), für den hessischen Maßregelvollzug entscheidend ab.

⁴⁹ Vgl. hierauf für den hessischen Maßregelvollzug verweisend BVerfGE 130, 76 (126).

⁵⁰ Gegenauffassungen (kein Verstoß oder kein evidenter Verstoß) mit entsprechender Begründung vertretbar.