

Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen
Landesverband Schleswig-Holstein
Kleiner Kuhberg 28
24103 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/3744

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Thomas Rother
Postfach 7121
24171 Kiel

Kiel, 4. März 2012

**Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Therapieunterbringung in
Schleswig-Holstein - Therapieunterbringungsvollzugsgesetzes (ThUVollzG)
sowie Gesetz zur Änderung des Landesverwaltungsgesetzes**
Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und FDP – Drucksache 17/2191

**Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und
Juristen (ASJ) Schleswig-Holstein**

Sehr geehrter Herr Rother,

herzlichen Dank für die Möglichkeit, aus Sicht der ASJ Schleswig-Holstein eine
Stellungnahme zum Entwurf des Therapieunterbringungsvollzugsgesetzes abgeben
zu können.

Da der vorliegende Gesetzentwurf den Vollzug des Therapieunterbringungsgesetzes
als Bundesrecht zum Ziel hat, dürfte es müßig sein, an dieser Stelle das Für und
Wider der Therapieunterbringung zu diskutieren, denn der Landesgesetzgeber hat
insoweit kein gesetzgeberisches Ermessen, zu entscheiden, ob eine
Therapieunterbringung nach den bundesrechtlichen Vorgaben in Schleswig-Holstein
stattfinden wird oder nicht. Ob der Gesetzentwurf die fachlich-therapeutischen
Erfordernisse ausreichend berücksichtigt hat, kann von uns nicht beurteilt werden. Es
bestehen jedoch vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts Bedenken gegen die im Gesetzentwurf vorgesehene
Möglichkeit der Durchführung des Vollzuges Einrichtungen in privater Hand.

I. Änderungen

Wir regen daher folgende Änderungen des Gesetzesentwurfs an:

1. Änderung von § 4 Abs. 2 Satz 1

Die Worte "privatrechtlich verfassten" werden gestrichen.

§ 4 Abs. 2 Satz 1 neu:

Aufsichtsbehörde über die Einrichtungen des Therapieunterbringungsvollzugs nach § 5 Abs. 3 ist das zuständige Ministerium.

2. Änderung von § 5 Abs. 3

§ 5 Abs. 3 alt:

Geeigneten privatrechtlich verfassten Einrichtungen kann durch einen vom zuständigen Ministerium zu erlassenden Verwaltungsakt der Vollzug der Therapieunterbringung als Aufgabe zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts widerruflich übertragen werden. Das Rechtsverhältnis zur Einrichtung kann ergänzend durch öffentlich rechtlichen Vertrag mit dem Aufgabenträger geregelt werden.

§ 5 Abs. 3 neu:

(näher auszuführen) Einrichtungen, die von Trägern der Verwaltung in privater Organisations- und Handlungsform geführt werden, kann durch einen vom zuständigen Ministerium zu erlassenden Verwaltungsakt der Vollzug der Therapieunterbringung als Aufgabe zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des Landes widerruflich übertragen werden, wenn dies zur (näher auszuführen) erforderlich ist. Der Verwaltungsakt ist öffentlich bekannt zu geben. Das Rechtsverhältnis zur Einrichtung ist ergänzend durch öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Aufgabenträger zu regeln.

II Begründung:

Der Gesetzesentwurf berücksichtigt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum hessischen Maßregelvollzugsgesetz (BVerfG, 2 BvR 133/10) vom 18.01.2012 nicht. Danach gilt der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG auch für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privater Organisationsform. Nur die Übertragung von Aufgaben des Maßregelvollzugs auf **formell** privatisierte Träger kann mit Art. 33 Abs. 4 sowie mit dem Demokratieprinzip und den Grundrechten der Untergebrachten vereinbar sein.

Für die Privatisierung von Aufgaben im Therapieunterbringungsvollzug gelten mangels sachlicher Differenzierungsmöglichkeiten die gleichen Anforderungen wie für die Privatisierung von Aufgaben im Maßregelvollzug.

Eine Aufgabenübertragung auf private Träger ist nach der aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn es sich um eine lediglich formelle Privatisierung handelt und sachliche Gründe vorliegen, die eine Ausnahme von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG rechtfertigen.

Dies bedeutet, dass die der Rechtsform nach privaten Träger unmittelbar oder mittelbar vollständig in der Hand eines öffentlichen Trägers verbleiben müssen. Es muss sichergestellt sein, dass die Träger unabhängig von erwerbswirtschaftlichen Motiven und Zwängen handeln.

Zudem muss ein sachlicher Grund erkennbar sein. Insbesondere rein fiskalische Gesichtspunkte können die Aufgabenwahrnehmung durch Nichtbeamte nicht rechtfertigen. Generell gilt:

"Gründe, die in gleicher Weise wie für die ins Auge gefasste Ausnahme auch für beliebige andere hoheitsrechtliche Tätigkeiten anführen ließen, der Sache nach also nicht nur Ausnahmen betreffen, scheiden damit als mögliche Rechtfertigungsgründe für den Einsatz von Nichtbeamten in grundsätzlich von Art. 33 Abs. 4 GG erfassten Funktionen von vornherein aus" (BVerfG, 2 BvR 133/10, LS 146).

Auch die Möglichkeit der formellen Privatisierung darf vor diesem Hintergrund nicht lediglich zu dem Zweck, "zusätzlichen Gestaltungsspielraum zur Aufgabenerfüllung einzuräumen", wie es in der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt, gesetzlich geregelt werden.

Der Wortlaut des § 5 Abs. 3 (*Geeigneten privatrechtlich verfassten Einrichtungen..*) lässt eine materielle Privatisierung zu und genügt darüber hinaus nicht dem Bestimmtheitsgebot. Es bleibt vollkommen unklar, was eine Einrichtung "geeignet" macht.

Soll an der Regelung des § 5 Abs. 3 festgehalten werden, müsste sie in der vorgeschlagenen Art und Weise unter Hinzufügung eines sachlichen Grundes geändert werden.

Die vorgeschlagene Änderung des § 4 Abs. 2 Satz 1 stellt eine redaktionelle Anpassung an die vorgeschlagene Änderung von § 5 Abs. 3 dar.

Im Übrigen teilt die ASJ die in der Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung vorgebrachten Bedenken hinsichtlich des in § 2 genannten Vollzugsziels und der Gesetzessystematik.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Christian Feist

Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen (ASJ) Schleswig-Holstein