

Ulrich Eisenberg/Tobias Singelstein

Zum Referentenentwurf eines Jugendstrafvollzugsgesetzes vom 19. Januar 2007¹

INHALT

- **Einleitung**
- **Allgemeine Bestimmungen**
 - Ziel und Aufgabe
 - Gestaltung und Mitwirkung
- **Vollzugsplanung**
 - Planung und Formen
 - Lockerungen und Urlaub
- **Unterbringung und Versorgung der Gefangenen**
 - Unterbringung
 - Kleidung
- **Schule, Ausbildung, Weiterbildung und Arbeit**
- **Freizeit, Sport**
- **Besuche, Schriftwechsel und Telefongespräche**
 - Besuche
 - Schriftwechsel
- **Sicherheit und Ordnung**
- **Erzieherische Maßnahmen, Disziplinarmaßnahmen**
- **Rechtsschutz**
- **Fazit**

Angesichts des Entwicklungsstandes der Gefangenen unterscheiden sich sowohl die Ausgangsbedingungen als auch die Folgen strafrechtlicher Zurechnung und des Strafvollzugs von denen bei Erwachsenen, da der Jugendstrafvollzug in eine entscheidende, gewissermaßen Weichen stellende Lebensphase eingreift und sich regelmäßig besonders einschneidend auswirkt. Diesen Besonderheiten, die größtenteils auch Heranwachsende betreffen (können), muss der Jugendstrafvollzug Rechnung tragen.⁴ Er muss einerseits in noch stärkerem Maße als ohnehin bereits bei Erwachsenen auf das spätere Verhalten in der Außengesellschaft, d. h. auf die Erreichung einer straffreien Zukunft des Betroffenen in Freiheit gerichtet sein. Andererseits sind die Besonderheiten des Jugendstrafvollzugs auch bei den – über die bloße Freiheitsentziehung hinausgehenden – Eingriffen zu berücksichtigen, und sind geeignete Rechtsschutzmöglichkeiten zu gewährleisten.⁵ Nicht zuletzt sind die Gefangenen soweit wie möglich vor Übergriffen durch andere Gefangene oder Bedienstete zu schützen.⁶ Dem stehen in der Praxis die strukturellen Bedingungen in den Anstalten entgegen, die oftmals nicht auf einen solchen Schutz ausgerichtet sind, ihm aber nicht selten sogar entgegenstehen, wie etwa in Fällen dauernder Überbelegung.

Die Kompetenz für die Verabschiedung einer gesetzlichen Regelung des Jugendstrafvollzugs lastet nach der so genannten „Föderalismusreform“⁷ auf den Ländern (Art. 70 Abs. 1 GG). Zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegen verschiedene offizielle Gesetzentwürfe vor. Berlin hat zusammen mit acht weiteren Ländern⁸ einen einheitlichen Referentenentwurf erarbeitet und am 19.1.2007 vorgelegt, der im Folgenden besprochen wird (BerJStVollzG-E). Andere Entwürfe haben im Dezember 2006 Niedersachsen, am 4.12.2006 Bayern sowie am 16.1.2007 Baden-Württemberg präsentiert.

■ Allgemeine Bestimmungen

Ziel und Aufgabe

Dem bislang als Erziehungsziel ausformulierten (§ 91 Abs. 1 JGG) und durch Art. 1 Abs. 1 GG und das Verhältnismäßigkeitsprinzip von Verfassung wegen garantierten Vollzugsziel so genannter „sozialer Integration“ kommt im Jugendstrafvollzug ein besonders hohes Gewicht zu. Nach Auffassung des BVerfG ist die Ausrichtung des Vollzuges auf

dieses Ziel gesetzlich zu regeln und der Gesetzgeber verpflichtet, selbst ein wirksames Konzept diesbezüglich zu entwickeln.⁹ Wie die Mehrzahl der vorliegenden Gesetzentwürfe der Länder formuliert auch der Berliner Entwurf das Vollzugsziel „sozialer Integration“ als Befähigung, künftig „in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“ (§ 2 S 1 BerJStVollzG-E).¹⁰ Er kopiert damit § 2 S 1 StVollzG und macht deutlich, dass es verfassungsrechtliche Grenzen für eine Erziehung im Rahmen des Jugendstrafvollzugs gibt. Namentlich ist diese auf die Verhinderung zukünftiger Straftaten begrenzt und muss nicht nur geeignet, sondern hierfür auch notwendig und erforderlich sein; eine darüber hinausgehende Einwirkung ist unzulässig.¹¹ Dabei stellt sich abermals das sozusagen Zeit überdauernde Problem, dass die Funktion der Jugendstrafe sowohl Übelzufügung als auch Erziehung sein soll und somit deren Vollzug Gefahr läuft, von einem ständigen Widerspruch geprägt zu sein.¹² In der Praxis führen die Bedingungen des Vollzuges ggf. eher dazu, dass zentrale Grundlagen für eine Erziehung und die Entwicklung des Gefangenen zerstört werden; sie können dem Erlernen von Eigenverantwortung und Problemlösungskompetenz entgegenstehen.

Trotz der verfassungsrechtlich gebotenen und in der Praxis allenfalls sehr eingeschränkt verwirklichten Vorrangstellung dieses Vollzugsziels¹³ sieht § 2 S 2 BerJStVollzG-E als (weitere) Aufgabe des Jugendstrafvollzugs den Schutz der Allgemeinheit vor. Damit lässt die Regelung nicht nur eine Differenzierung zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafvollzug vermissen (vgl. § 2 StVollzG). Die neu eingefügte Formulierung „gleichermaßen“ erlaubt

darüber hinausgehend die Auslegung, dass diese Aufgabe mit dem Vollzugsziel auf einer Stufe stehe, was gegen das *Schlechterstellungsverbot*¹⁴ verstößt und den Vorgaben des BVerfG widerspricht. Zwar heißt es in der Begründung zu dem Gesetzentwurf, dass der Schutz der Allgemeinheit gerade durch die Erreichung des Vollzugsziels umgesetzt werde.¹⁵ Diese Eingrenzung und Unterordnung des Schutzes unter das Vollzugsziel findet im vorgesehenen Wortlaut der Norm jedoch kaum eine Grundlage. Infolge der besonderen Berücksichtigung des Schutzes der Allgemeinheit ist der Berliner Entwurf im Bereich der Öffnung des Vollzuges auch insgesamt deutlich *restriktiver* als der Entwurf des BMJ vom 7.6.2006, der in § 2 nur die Lebensführung ohne Straftaten als Vollzugsziel nennt.

Eine Gleichberechtigung oder Vorrangstellung von Ordnungs- und Sicherungsbelangen gegenüber dem Vollzugsziel kann sich hieraus gleichwohl nicht ergeben.¹⁶ Vielmehr gebieten die verfassungsrechtlichen Vorgaben eine Auslegung des Terminus „Schutz der Allgemeinheit“ dahingehend, dass dieser nicht im Widerspruch zum Ziel „sozialer Integration“ steht, sondern gerade durch eine solche erreicht wird.¹⁷ Ordnungs- und Sicherungsbelange sind daher von der Formulierung nicht erfasst.¹⁸

Für eine dem entsprechende Praxis und zur Klarstellung wäre eine Formulierung von Ziel und Aufgabe des Vollzuges dringend geboten, die diese ohnehin aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben geltende Rechtslage zum Ausdruck bringt. Andernfalls müsste die Regelung bereits von ihrer Entstehung an verfassungskonform ausgelegt werden.

Gestaltung und Mitwirkung

§ 3 Abs. 1 BerJStVollzG-E legt ausdrücklich fest, dass der Vollzug erzieherisch zu gestalten ist im Sinne einer Förderung zur „eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Lebensführung“.¹⁹ Formen und Inhalt erzieherischer Gestaltung werden durch § 5 in Form von Leitlinien zur Erziehung und Förderung konkretisiert, wobei eine differenzierende, hinreichend individuelle Berücksichtigung der einzelnen Gefangenen geboten ist (so Abs. 2), die sich nicht nur an „angepasste“ Gefangene richtet.²⁰ Vielmehr benötigen gerade diejenigen, die sich nicht ohne weiteres dem Vollzugsalltag an- und einpassen, in besonderem Maße spezielle Angebote zur Motivierung. Die in § 3 Abs. 3 formulierten Gestaltungsgrundsätze entsprechen lediglich denen in § 3 StVollzG. Die wiederholende Anordnung der Beachtung von Belangen der Allgemeinheit sowie der Sicherheit und Ordnung durch § 3 Abs. 3 S 4 in diesem Zusammenhang ist überflüssig. Gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind Risiken ohnehin trotzdem in Kauf zu nehmen, wenn ihnen gegenüberstehende Vorteile überwiegen.

§ 4 S 1 BerJStVollzG-E sieht im Gegensatz zur bloßen Möglichkeit in § 4 Abs. 1 StVollzG eine *Pflicht* des Gefangenen zur *Mitwirkung* bei der Erreichung des Vollzugsziels vor. Sie bedeutet daher einerseits eine unzulässige Schlechterstellung von Gefangenen im Jugendstrafvollzug und steht im *Widerspruch* zum Charakter der Jugendstrafe. Andererseits kann eine nur durch gesetzliche Verpflichtung erzwungene Mitwirkung an der eigenen Erziehung kaum erfolgreich sein, sondern wird eher kontraproduktiv wirken.²¹ Damit aber kommt einer solchen Regelung nur noch die Funktion zu, eine Sanktionierung fehlender Mitwirkung bzw. Motivation hierzu im Wege von Disziplinarmaßnahmen bzw. der Verweigerung von Vollzugslockerungen (vgl. § 15 Abs. 2 S 2 BerJStVollzG-E) zu ermöglichen, da es sich dabei dann um einen Pflichtverstoß handelt.²² Die Mitwirkungspflicht droht so zu einem zusätzlichen Einfallstor für eine repressive Vollzugspraxis zu werden, die tendenziell im Widerspruch zum Erziehungsauftrag steht.²³

■ Vollzugsplanung

Planung und Formen

Die §§ 9 f. BerJStVollzG-E bestimmen vergleichsweise umfangreich, wie im Rahmen der Aufnahme das Zugangsgespräch sowie die Beurteilung – bezeichnet als „diagnostische Feststellung“ – des Erziehungs- und Förderbedarfs zu gestalten sind und wie dabei die besondere Situation jugendlicher Gefangener zu berücksichtigen ist. Für den daraufhin zu erstellenden Vollzugsplan nennt § 11 Abs. 3 BerJStVollzG-E umfangreiche, konkrete Angaben, die der Plan enthalten muss. Hierbei soll es sich ausweislich der Gesetzesbegründung um „Mindesterfordernisse“ handeln.²⁴ Dies schlägt sich im Wortlaut der Norm indes nicht hinreichend klar nieder. Vielmehr eröffnen die Formulierungen „je nach Stand des Vollzuges“ und „insbesondere“ *Spielräume* für eine *einschränkende Auslegung*, so dass die Regelung in der Praxis Ressourceneinsparungen zum Opfer zu fallen droht. An dieser Stelle ist daher eine eindeutige Formulierung geboten.

Die durch das BVerfG betonten verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Vollzugsziels so genannter „sozialer Integration“ verlangen nach einer Ausgestaltung, die so weit wie möglich in freien Formen stattfindet, denn solchermaßen ist die Verwirklichung dieses Ziels im Grundsatz – und also unbeschadet von Ausnahmen – eher erreichbar.²⁵ Damit ist nicht zu vereinbaren, dass § 13 BerJStVollzG-E das Verhältnis zwischen offenem und geschlossenem Vollzug ungeklärt belässt und die Entscheidung von der Eigenschaft der Gefangenen im Einzelfall abhängig macht. Außerdem bleibt eine solche Regelung hinter derjenigen des StVollzG zurück

und verstößt somit gegen das Schlechterstellungsverbot.²⁶ Sachgerecht und der besonderen Situation junger Gefangener entsprechend wäre es, wenn nicht nur der offene Vollzug zur Regel gemacht würde, sondern zusätzlich bereits hier stets zu prüfen wäre, ob der Gefangene in einer Einrichtung des Vollzugs in freien Formen untergebracht werden kann (so § 27 JStVollzG-E BaWü 2007). Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass nach § 105 BerJStVollzG-E Jugendstrafanstalten eine sozialtherapeutische Einrichtung erhalten *sollen*. Jedoch steht zu befürchten, dass die Ausgestaltung in Form des gebundenen Ermessens in der Praxis dazu führt, dass dieser Anspruch fiskalischen Sachzwängen geopfert wird. Daher wäre eine zwingende Regelung vorzugswürdig. Betreffend die Verlegung in solche Einrichtungen ist § 14 BerJStVollzG-E insoweit *einwandbehaftet*, als die Norm eine *Zustimmung* des Gefangenen *nicht* zur Voraussetzung für eine Verlegung macht. Vergleichbares ist für Maßnahmen zur Entlassungsvorbereitung anzumerken, soweit etwa für die Einbeziehung von Familienangehörigen oder andere anstaltsfremde Personen das Einverständnis des Jugendstrafgefangenen nicht verlangt wird (§ 19 Abs. 1 BerJStVollzG-E).

Lockerungen und Urlaub

Als Vollzugslockerungen sehen §§ 15 ff. BerJStVollzG-E Außenbeschäftigung, Freigang, Ausföhrung, Ausgang und die Unterbringung in besonderen Erziehungseinrichtungen vor. Letzteres wäre aus Gründen der Sachnähe und Systematik eher zusammen mit dem offenen Vollzug zu regeln. Der Urlaub (§ 16) unterliegt im Wesentlichen den gleichen Bestimmungen wie die genannten Lockerungen.

Zentrale Voraussetzungen für die Gewährung von Lockerungen und Urlaub ist gemäß § 15 Abs. 2 und – wiederum lediglich – entsprechend dem StVollzG das Nichtvorliegen von Flucht- oder Missbrauchsgefahr. Dabei bringt der Entwurf mit dem Wortlaut „verantwortet

14 Danach dürfen Jugendliche und Heranwachsende in vergleichbarer Verfahrenssituation nicht schlechter gestellt sein als Erwachsene, siehe Eisenberg JGG, 11. Aufl. 2006, § 91 Rn. 3, § 45 Rn. 9.

15 Berliner Begründung, S 9.

16 Vgl. Eisenberg a.a.O., § 91 Rn. 12, 34.

17 Vgl. BVerfG NJW 2006, S 2095; Tondorf/Tondorf ZJJ 2006, S 244 f. m. N.

18 S. auch Goerdeler/Pollähne ZJJ 2006, S 252 f.

19 Zu diesbezüglichen Anforderungen J. Walter ZJJ 2006, S 241 ff.

20 Siehe Rehn NK 2006, S 122.

21 Vgl. J. Walter ZJJ 2006, S 240.

22 Siehe Ostendorf NK 2006, S 92.

23 Eisenberg MschrKrim 2004, S 355.

24 Berliner Begründung, S 22.

25 Siehe näher Eisenberg JGG, a.a.O., § 91 Rn. 36; J. Walter ZJJ 2006, S 242 f.

26 Dazu Eisenberg a.a.O., § 91 Rn. 3.

■ Einleitung

Das bisherige Fehlen einer gesetzlichen Regelung des Jugendstrafvollzugs war verfassungsrechtlich nicht vertretbar. Mit Urteil vom 31.5.2006 hat das BVerfG daher diesen Zustand für verfassungswidrig erklärt und dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2007 gesetzt, um ausreichende gesetzliche Regelungen zu schaffen.² Diese müssen dem Urteil zufolge besonderen verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Jugendstrafvollzug genügen, die für Gesetzgeber und Praxis bindend sind.³ Insbesondere ist die spezielle, sich vom Erwachsenenvollzug grundlegend unterscheidende Situation Jugendlicher und Heranwachsender im Hinblick auf das Vollzugsziel der (möglichst) straffreien Zukunft zu berücksichtigen.

Der Autor Prof. Dr. Ulrich Eisenberg ist o. Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft der FU Berlin, der Autor Tobias Singelstein ist wiss. Mitarbeiter ebendort.

werden kann zu erproben“ zum Ausdruck, dass diese prognostischen Entscheidungen nicht sicher zu treffen sind, sondern vielmehr im Hinblick auf die Erreichung des Vollzugsziels ein gewisses Risiko einzugehen ist.²⁷ *Abzulehnen* ist, dass die *Zustimmung* des Gefangenen in § 15 BerJStVollzG-E, und zwar anders als im StVollzG, *nicht* zur Voraussetzung für die Gewährung gemacht wird, da dies einer Förderung eigenverantwortlichen Handelns und somit der Erreichung des Vollzugsziels entgegensteht.

Auf der Rechtsfolgensseite wird dem Jugendstrafgefangenen auch zukünftig ein unmittelbarer Anspruch auf Vollzugslockerungen oder Urlaub versagt, vielmehr nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung zugestanden. Dies ergibt sich aus § 15 Abs. 2 BerJStVollzG-E, der die Entscheidung bei Vorliegen der Voraussetzungen in das Ermessen der Anstalt stellt. Allerdings sind unbeschadet dieser Konstruktion Sicherungsbelange angesichts der durch das BVerfG betonten verfassungsrechtlichen Vorgaben auch zukünftig – und auch unter Berücksichtigung der im Entwurf erhöhten Bedeutung des Schutzes der Allgemeinheit – qualitativ weniger ausgeprägt zu berücksichtigen als im Erwachsenenstrafvollzug. Dies folgt aus der vom BVerfG festgeschriebenen Anerkennung eines eindeutig *höheren* Stellenwerts des *Erziehungsziels*. Abzulehnen ist aus den oben bereits genannten allgemeinen Gründen § 15 Abs. 2 S 2 BerJStVollzG-E, nach dem in die Ermessensentscheidung ausdrücklich die Erfüllung der Mitwirkungspflicht einbezogen bzw. die Gewährung gar davon abhängig gemacht werden soll.

■ Unterbringung und Versorgung der Gefangenen

Unterbringung

Hinsichtlich der Unterbringung und damit des Kontakts innerhalb des Vollzuges ist nach wohl allgemeiner Auffassung die am besten geeignete Form eine nächtliche Einzelunterbringung in kleineren, differenzierten Wohngruppen. § 26 BerJStVollzG-E sieht daher den Wohngruppenvollzug für geeignete Gefangene als Regelfall an. Wie dieser konkret auszugestaltet ist, wird durch den BerJStVollzG-E jedoch fast nicht geregelt, obwohl dies für einen positiven Effekt eines Wohngruppenvollzuges von grundlegender Bedeutung wäre. So wird bspw. allgemein eine Größe von bis zu höchstens zwölf Gefangenen als sinnvoll erachtet.²⁸

Der Terminus der Geeignetheit für den Wohngruppenvollzug sowie der Ausschlussgrund einer „mangelnden Gruppenfähigkeit“ begegnen erheblichen Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit. Angesichts der mit einer solchen Einstufung verbundenen *faktischen Sanktionierung* wäre hier eine Benennung

konkreter Ausschlussgründe und klarer Kriterien notwendig. Zumindest müssen neben dem Verhältnismäßigkeitsprinzip die durch das BVerfG hervorgehobenen verfassungsrechtlichen Vorgaben leitend wirken und zu einer einschränkenden Auslegung des Begriffs führen. So dürfen positive Kontakte im Sinne sozialen Lernens nicht unnötig beschränkt, sondern sie müssen gefördert werden; zugleich sind die Gefangenen vor Übergriffen und sonstigen schädlichen Einflüssen zu schützen.²⁹ Leichte Verstöße im Rahmen des Wohngruppenvollzuges oder Gefährdungen alleine der Ordnung in der Anstalt werden im Hinblick auf die Erreichung des Vollzugsziels für die Zuschreibung einer „Ungeeignetheit“ nicht ausreichen können.

Für die Ruhezeit sieht § 25 BerJStVollzG-E Einzelunterbringung vor. Die davon möglichen Ausnahmen sind jedoch geeignet, diesen Anspruch der Gefangenen in der Praxis zu entwerfen, zumal wenn Anstalten teilweise aufwändig umgebaut werden müssten oder weniger belegt werden könnten. So steht insbesondere *in Frage*, dass die Zusammenlegung (alleine) aufgrund der *Zustimmung* der Gefangenen (Abs. 1 S 2) regelmäßig in deren Interesse ist bzw. die entsprechende Zustimmung tatsächlich sozusagen aus freien Stücken erteilt wird.

Hinsichtlich der Unterbringung in der Freizeit ist zu beanstanden, dass § 24 Abs. 2 BerJStVollzG-E die gemeinschaftliche Unterbringung in das (ungebundene) Ermessen der Anstalt stellt. Damit befindet sich der Entwurf im Gegensatz sowohl zu den sonstigen Gesetzentwürfen der Länder als auch zu seiner eigenen Begründung, die die Bedeutung des gemeinsamen Aufenthalts betont.³⁰

Kleidung

§ 30 BerJStVollzG-E bestimmt, dass im Widerspruch zu den Grundsätzen der Vollzugsgestaltung Anstaltskleidung zu tragen ist, wovon Ausnahmen zugelassen werden können. Dies ist auch trotz der damit erfolgenden Verdeckung sozialer Unterschiede und sonstiger Hierarchien im Vollzug durchaus bedenklich. Die Art, sich zu kleiden, ist Ausdruck der Persönlichkeit und kann wiederum Rückwirkungen auf Befinden und Verhalten des Betroffenen haben. Unter Umständen kann das Ablegen der selbst bestimmten Kleidung gleichbedeutend mit der Aufgabe eines Teils der Individualität sein. Zumindest kann die Uniformierung durch einheitliche Anstaltskleidung die Identitätsfindung des Jugendstrafgefangenen und damit das Ziel zukünftigen Legalverhaltens erschweren. Somit wäre es angezeigt, das Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen Zivil- und Anstaltskleidung umzukehren.

■ Schule, Ausbildung, Weiterbildung und Arbeit

Das verfassungsrechtlich abgesicherte Gewicht des Vollzugsziels verpflichtet den Gesetzgeber dazu, ausreichende Bildungs-, Arbeits- und Ausbildungsmöglichkeiten bereitzustellen, wofür § 100 BerJStVollzG-E einschlägig ist. Dies muss auch solche Fälle umfassen, in denen wegen der Kürze der Haftzeit ein Abschluss innerhalb derselben nicht möglich ist.³¹ Den schulischen und beruflichen Bildungsmaßnahmen muss unter den Voraussetzungen der Erziehungsbedürftigkeit, -fähigkeit und -willigkeit des Jugendlichen (bzw. Heranwachsenden) Priorität (gegenüber Arbeit) zukommen, wie nun auch § 37 Abs. 2 BerJStVollzG-E regelt. Eine erzieherische Wirkung setzt voraus, dass die Arbeitsmöglichkeiten den differenzierten Anlagen, Neigungen, Fähigkeiten und Fertigkeiten des Jugendlichen (bzw. Heranwachsenden) und deren Entwicklung entsprechen. Dies berücksichtigt § 37 Abs. 1 BerJStVollzG-E indes nur eingeschränkt.

Die von § 37 Abs. 2 BerJStVollzG-E geregelte Verpflichtung zur Teilnahme an Ausbildungsmaßnahmen bzw. zur Arbeit begegnet insofern Bedenken, als sie bereits bislang auch als „*Disziplinierungsinstrument*“ fungiert, wie der Anteil darauf entfallender formeller Disziplinarmaßnahmen erkennen lässt.

■ Freizeit, Sport

Freizeit und sportliche Betätigung haben im Allgemeinen einen für die Entwicklung des Jugendlichen bzw. Heranwachsenden und damit für die Erreichung des Vollzugsziels wesentlichen und zeitlich dominanten Stellenwert, der als gleichrangig mit beruflicher und schulischer Bildung und Arbeit beurteilt wird und bei der gesetzlichen Regelung insofern speziell zu berücksichtigen ist.³² Vor diesem Hintergrund ist die in § 38 S 2 BerJStVollzG-E enthaltene ausdrückliche – die verfassungsrechtlichen Vorgaben umsetzende – Verpflichtung der Anstalten, entsprechende Angebote vorzuhalten, grundsätzlich zu begrüßen. Vergleichbares gilt für den von § 39 BerJStVollzG-E geregelten Anspruch auf sportliche Betätigung von mindestens zwei Stunden pro Woche, wenngleich hier eine weitergehende Regelung zu wünschen wäre. Eine Verpflichtung zur Teilnahme sollte indes nur bestehen, wenn Einzelmaßnahmen aus individualtherapeutischen Gründen im Erziehungsplan vorgesehen sind. Die grundsätzliche *Teilnahmepflicht* aus § 38 S 3 BerJSt-

27 Zur Bedeutung von Lockerungen hierfür J. Walter ZJJ 2006, S 242 f.
28 Sonnen ZJJ 2006, S 239.
29 BVerfG NJW 2006, S 2096.
30 Berliner Begründung, S 35.
31 BVerfG NJW 2006, S 2096 f.
32 BVerfG NJW 2006, S 2096.

VollzG-E ist daher *abträglich*, zumal die Begründung zum BerJStVollzG-E selbst betont, dass Freizeit (auch) der zweckfreien Entspannung und Erholung dient.³³ Im Übrigen wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Einwände gegenüber einer allgemeinen Mitwirkungspflicht Bezug genommen.

■ Besuche, Schriftwechsel und Telefongespräche

Besuche

Für die Regelung von Besuchen kommt im Jugendstrafvollzug etwa (noch) bestehenden Familienbeziehungen besondere Bedeutung zu; bei minderjährigen Gefangenen sind dabei insoweit in besonderem Maße Belange des Art. 6 GG zu berücksichtigen. Daher sind nach den Vorgaben des BVerfG solche Besuchsmöglichkeiten „um ein Mehrfaches“ über denen im Erwachsenenvollzug anzusetzen³⁴ und kaum Gründe denkbar, die eine weitgehende Beschränkung des familiären Kontakts rechtfertigen könnten. Dem entsprechend regelt § 47 Abs. 1 BerJStVollzG-E eine als Anspruch bestehende Mindestbesuchszeit von vier Stunden im Monat. Der Entwurf von Berlin (und acht weiteren Ländern) sieht bislang *als einziger* der vorliegenden Gesetzentwürfe *keine* ausdrückliche Möglichkeit von *Langzeitbesuchen* vor, sondern bestimmt lediglich, dass die Besuchszeiten von Kindern nicht auf die als Anspruch bestehende Mindestbesuchszeit angerechnet werden (§ 47 Abs. 2).

§ 47 Abs. 3 BerJStVollzG-E zufolge *sollen* förderliche Besuche auch über die Mindestbesuchszeit hinaus zugelassen werden. Es handelt sich also um eine Entscheidung des gebundenen Ermessens, wobei der Gefangene Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung hat. Im Rahmen dessen ist stets zu berücksichtigen, dass Kontakte zur Außenwelt im Jugendstrafvollzug eine ganz besondere Bedeutung für die Entwicklung des Gefangenen im Hinblick auf den Integrationsgrundsatz und die Erreichung des Vollzugsziels haben.³⁵

Das umfassende Verbot der Übergabe von Gegenständen ohne Möglichkeit der Erlaubnis im Einzelfall nach § 50 Abs. 5 BerJStVollzG-E verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Besuchsverbot (nur) aufgrund eines Antrags der *Sorgeberechtigten* ist – systematisch ähnlich wie bei verfahrensrechtlichen Vorschriften des JGG zur *Einschränkung* von deren Rechten – nicht ohne weiteres zulässig, bei volljährigen Gefangenen ist es unzulässig (siehe aber § 48 BerJStVollzG-E).

Schriftwechsel

§ 51 BerJStVollzG-E formuliert ausdrücklich das sich bereits aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Jugendstrafvollzug ergebende Recht auf Schriftwechsel. Zugleich regelt der Entwurf aber auch die – angesichts der Bedeutung für die Erreichung des Voll-

zugsziels durchaus mit Einwänden behaftete – Möglichkeit, den schriftlichen Verkehr mit bestimmten Personen zu untersagen. Wegen eines nur auf Antrag der Sorgeberechtigten erfolgenden Verbots gelten die bezüglich Fragen des Besuchs (oben 1. a. E.) dargelegten Vorbehalte entsprechend.

Die strenge Reglementierung des Empfangs von Paketen, insbesondere von solchen mit Nahrungs- und Genussmitteln, gemäß § 56 BerJStVollzG-E scheint in dieser Form nicht erforderlich und bleibt hinter einer teilweise zu verzeichnenden Praxis ebenso hinter der Bedeutung von Paketen für den Kontakt mit der Außenwelt zurück.

■ Sicherheit und Ordnung

Im Unterschied zu den anderen Landesgesetzgebern, die als Grundsatz lediglich die Förderung des Verantwortungsbewusstseins für ein geordnetes Zusammenleben vorsehen, sollen nach § 62 Abs. 1 BerJStVollzG-E (äußere und innere) Sicherheit und Ordnung die *Grundlage* des Anstaltslebens darstellen. Eine solche Prämisse ist im Einklang mit der ganz h. M. auf diesem Gebiet, d. h. sowohl aus erziehungswissenschaftlicher Perspektive als auch im Hinblick auf die Vorgaben des BVerfG, durchaus *verfehlt*. Nach h. M. hat im Mittelpunkt die Erziehung dazu zu stehen, Konflikte in möglichst sozial verträglicher Form auszutragen, eigene Bedürfnisse in gesetzmäßiger Weise zu befriedigen und fremde Bedürfnisse zu achten. Hierfür sind aber gewisse Handlungsspielräume notwendig, d. h. der Vollzug muss ein gewisses Maß an Unruhe und äußerlicher Unordnung zulassen können, wofür indes eine hinreichende personelle Ausstattung erforderlich ist. Demgegenüber nützt ein auf Zwang errichtetes Ordnungsgefüge eher dem reibungslosen Funktionieren des Anstaltsbetriebes als der späteren Lebensbewahrung der Gefangenen.

Die Verhaltensvorschriften des § 63 BerJStVollzG-E gehen im Gegensatz zu den sonstigen Gesetzentwürfen der Länder über den Gehalt des § 82 StVollzG hinaus. Im Einzelnen wird hier eine (noch) stärkere Responsibilisierung der Gefangenen bestimmt und werden diese stärker verpflichtend gefordert. Danach dürfen die Gefangenen das Zusammenleben in der Anstalt nicht nur nicht stören, sondern müssen zu diesem beitragen und werden für mitverantwortlich erklärt. Es handelt sich mithin um eine Pflicht zum aktiven Tun, die durch bloßes Unterlassen verletzt werden kann. Dies begegnet nicht nur angesichts der damit verbundenen Ausweitung von Pflichten sowie der Frage Bedenken, anhand welchen (hinreichend bestimmten) Maßstabs ein Unterlassen festzustellen sein könnte. Vielmehr ist, wie bereits bezüglich einer allgemeinen Mitwirkungspflicht dargelegt, zu besorgen, dass die Regelung le-

diglich zu einer Ausweitung von Sanktionierungen führen wird.

Was konkrete Sicherungsmaßnahmen angeht, so begegnet diejenige zur Feststellung von Drogenkonsum (§ 68 BerJStVollzG-E) Bedenken angesichts ihrer Unbestimmtheit. In der Praxis würde sie unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einschränkend auszulegen sein, so dass entweder die Voraussetzungen oder die ermöglichten Maßnahmen zu begrenzen sind. Soweit § 66 BerJStVollzG-E als erkennungsdienstliche Maßnahmen auch die Erhebung und Nutzung biometrischer Daten vorsieht, verkennt die Begründung zu dem Entwurf, dass es sich durchaus um ganz erhebliche Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung handelt.³⁶ Die Regelungen zum Aufwendungsersatz und insbesondere die bezüglich Fällen von Selbstverletzungen (§ 75 BerJStVollzG-E) begegnen zumindest den gleichen Bedenken wie bereits im Erwachsenenvollzug.³⁷ Insgesamt besehen nimmt der Entwurf (auch) hierbei kaum Rücksicht auf die besonderen Bedingungen des Strafvollzugs gegenüber jungen Gefangenen. Angesichts dessen ist in der Praxis auf der Grundlage des Erziehungsauftrags sowie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine restriktive Anwendung der Vorschriften angezeigt.

■ Erzieherische Maßnahmen, Disziplinarmaßnahmen

Die §§ 82 ff. BerJStVollzG-E regeln ein abgestuftes System aus Erzieherischen Maßnahmen und Disziplinarmaßnahmen sowie als Vorstufe ein erzieherisches Gespräch. Die Einführung dieser Vorstufe und so genannter Erzieherischer Maßnahmen ist folgerichtiger und entspricht dem Erziehungsauftrag – auch wenn eine gewisse Tendenz zu ausdehnender Kontrolle (so genannter net-widening-Effekt) nicht ausgeschlossen werden kann. Zutreffend bleibt, dass die Art und Weise des Umgangs mit Pflichtverstößen Jugendlicher (und Heranwachsender) den physischen und psychischen Besonderheiten des Jugendalters Rechnung tragen muss, besonders wenn es zu einer Sanktionierung kommt.³⁸ Gleichwohl begegnet die konkrete gesetzliche Ausgestaltung massiven Bedenken. Dies betrifft zunächst die Unbestimmtheit der Regelungen zu Erzieherischen Maßnahmen, die insbesondere keine Festlegungen hinsichtlich des Verfahrens und der konkreten Ausgestaltung der einzelnen Maßnahmen treffen. Bei den je-

33 Berliner Begründung, S 50.
34 BVerfG NJW 2006, S 2096.
35 BVerfG NJW 2006, S 2096; siehe näher J. Walter ZJJ 2006, S 241 f.
36 Berliner Begründung, S 74: „nur mit geringen Eingriffen verbunden“.
37 Vgl. auch Callies/Müller-Dietz StVollzG, 10. Aufl. 2005, § 93 Rn. 10.
38 Vgl. BVerfG NJW 2006, S 2096.

weils aufgezählten möglichen Maßnahmen – etwa Weisung, Auflagen, Beschränkungen der Freizeitgestaltung – handelt es sich sodann um solche, die in ihrer Art eher Disziplinarmaßnahmen entsprechen bzw. auch solche sind. Sie unterscheiden sich daher nicht grundlegend von Disziplinarmaßnahmen im Sinne des StVollzG. Eine besondere erzieherische Geeignetheit ist somit kaum gegeben.

Damit hat der Gesetzgeber bis hierhin die Chance verpasst, tatsächlich ein System zu etablieren, das zunächst erzieherisch eingreift und nur im äußersten Notfall Disziplinierungen erlaubt. Die Regelungen befinden sich angesichts dessen einerseits im Widerspruch zum *Erziehungsauftrag*, demzufolge anzustreben ist, dass Gefangene lernen, Probleme und Konflikte zu lösen, wobei eine einvernehmliche Konfliktlösung stets vorrangig ist. Disziplinarmaßnahmen dürfen demnach nur als – gegenüber Gesprächen, Beruhigungschancen etc. subsidiäre – „Notlösung“ eingesetzt werden.³⁹ Dies folgt schon daraus, dass sie fast immer eine Behinderung der erzieherischen Möglichkeiten im Vollzug darstellen und im Übrigen meist gerade die besonders Erziehungsbedürftigen treffen, während sich erzieherisch positive Ergebnisse zur Begründung oder gar Erweiterung von Disziplinarmaßnahmen nicht nennen lassen. Andererseits stehen die vorgesehenen Regelungen auch im Gegensatz zu ihrer eigenen Begründung, nach der Disziplinarmaßnahmen nur „ultima ratio“ sein dürfen.⁴⁰

An Stelle der bislang geplanten Bestimmungen wäre als Vorstufe von Disziplinarmaßnahmen eine konkrete erzieherische Ausgestaltung der vorgesehenen zwei Schritte wünschenswert. Zum einen sollte einem offenen, konstruktiven Mechanismus zur Bewältigung der bei Jugendlichen normalen Regelverstöße eine zentrale und damit andere Rolle zuteil werden, als dies bislang für das erzieherische Gespräch der Fall ist. Zum anderen sollten die Erzieherischen Maßnahmen tatsächlich als solche ausgestaltet werden, sowohl was das Verfahren als auch die Maßnahmen selbst angeht.⁴¹

Positiv zu vermerken ist hinsichtlich der Regelung von Disziplinarmaßnahmen in den §§ 83 ff. BerlJStVollzG-E, dass hier die Voraussetzungen der Anordnung präzisiert und begrenzt werden, indem § 83 Abs. 2 die einschlägigen Pflichtverletzungen enumerativ aufzählt. Zum anderen ist auch der Kreis möglicher Disziplinarmaßnahmen deutlich eingegrenzt (Abs. 3). Endlich sind insbesondere erzieherisch schädliche Maßnahmen, wie etwa Beschränkungen bei Ausbildung und Außenkontakten, aus dem Katalog gestrichen. Negativ fällt jedoch auf, dass als Pflichtverletzung die umstrittene Entweichung sowie die Entziehung aus zugewiesenen Aufgaben genannt sind,⁴² und dass auf der Rechtsfolgenreihe der besonders eingriff-intensive Arrest enthalten ist, der im Konflikt

mit Nr. 67 der Regeln der Vereinten Nationen zum Schutz von Jugendlichen unter Freiheitsentzug steht.

Rechtsschutz

Die bislang bestehende Rechtsschutzmöglichkeit nach den §§ 23 ff. EGGVG kann nach dem Urteil des BVerfG vom 31.5.2006 nicht mehr genügen, demzufolge dieser Rechtsweg den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an einen effektiven Rechtsschutz nicht gerecht wird. Der BerlJStVollzG-E sieht gleichwohl keinen weitergehenden Rechtsschutz vor, da dieser zum gerichtlichen Verfahren im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehöre und daher Bestandteil der konkurrierenden Gesetzgebung sei, von der der Bund Gebrauch gemacht habe.⁴³ Zwar lässt sich bezweifeln, ob die Regelung der §§ 23 ff. EGGVG als Gebrauchmachen gerade der speziellen Kompetenz für das gerichtliche Verfahren im Jugendstrafvollzug angesehen werden kann und daher die Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber (Art. 72 Abs. 1 GG) entfaltet. Jedoch ist eine Regelung des Rechtsschutzes auf Bundesebene vorzugswürdig. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, dass das gerichtliche Verfahren in den verschiedenen Rechtsgebieten ganz überwiegend durch den Bund geregelt wird, und es ist nicht ersichtlich, warum der Jugendstrafvollzug hier eine Ausnahme machen sollte.

Dies darf indes umgekehrt nicht dazu führen, dass sich ein andauernder Kompetenzstreit entfaltet, in dem Landes- und Bundesgesetzgeber sich gegenseitig die Verantwortung für die Umsetzung der Anforderungen des BVerfG hinsichtlich des Rechtsschutzes zuschieben. Vielmehr sind beide aufgerufen, im Rahmen der zeitlichen Vorgaben des BVerfG eine Lösung zu finden, die den Zugang zum Gericht nicht unverhältnismäßig behindert und auf die besondere Situation der jungen Gefangenen Rücksicht nimmt. Diese befinden sich einerseits in einem „Rechtsverhältnis mit besonderen Gefährdungen“, das eine Unterstützung durch Dritte erschwert. Andererseits sind sie nicht selten ungeübt im Umgang mit Institutionen bzw. der Schriftsprache. Insbesondere aber ist es wesentlicher Bestandteil des *Erziehungsauftrags* zu (möglichst) strafreier Zukunft, dass den Gefangenen die Möglichkeit gegeben wird zu lernen, die eigenen Rechte selbst wahrzunehmen.⁴⁴ Anzustreben ist nach alledem eine Rechtsschutzregelung, die zumindest nicht hinter diejenigen des Erwachsenenvollzugs zurück bleibt, und die im Einzelnen mündliche Kommunikation vorsieht, zeitnah Entscheidungen ermöglicht, einfach zu erreichen ist und auch ansonsten möglichst wenig Hürden aufbaut.⁴⁵

Fazit

Der von Berlin und acht weiteren Bundesländern vorgelegte einheitliche Entwurf für ein

Jugendstrafvollzugsgesetz bildet die Grundlage für die Gesetzgebung in einem Großteil der Bundesrepublik. Ihm kommt somit zentrale Bedeutung dafür zu, wie der Jugendstrafvollzug in Zukunft ausgestaltet sein wird. Gemessen daran gehen die Regelungen zum einen kaum einmal über die sektoral vom BVerfG konkret festgelegten Anforderungen hinaus. Zum anderen bleiben sie immer wieder hinter dem StVollzG zurück – ebenso wie in Einzelfragen auch hinter den Entwürfen anderer Länder, wie etwa denjenigen von Baden-Württemberg und (teilweise) auch Bayern. Das jugend(straf)rechtliche *Schutzprinzip*, das u.a. im Verhältnis zu Mitgefangenen bzw. Bediensteten wie auch Sorgeberechtigten⁴⁶ bzw. Angehörigen gilt und dessen Vernachlässigung in jüngster Zeit zu zwei bekannt gewordenen⁴⁷ Fremdtötungen in der Zelle⁴⁸ geführt hat – jeweils mit vorangegangenen stundenlangen Misshandlungen –, ist in dem Entwurf kaum enthalten. Schließlich wäre es – auch im Hinblick auf einen effektiven Rechtsschutz, dessen Regelung in dem Entwurf aufgeschoben wurde – angebracht, den Jugendstrafgefangenen mehr konkrete (einklagbare) Ansprüche zu gewähren, die gegenüber fiskalischen Sachzwängen eher resistent sind.

³⁹ So J. Walter MschrKrim 1993, S 288.

⁴⁰ Berliner Begründung, S 86.

⁴¹ Siehe auch Sonnen ZJJ 2006, S 239.

⁴² Dazu Ostendorf NK 2006, S 92.

⁴³ Berliner Begründung, S 3.

⁴⁴ BVerfG NJW 2006, S 2096.

⁴⁵ S. auch Sonnen ZJJ 2006, S 239; Goedeler/Pollähne ZJJ 2006, S 252 f.

⁴⁶ Systematisch wiederum zumindest entsprechend verfahrensrechtlichen Normen des JGG zur Einschränkung von deren Rechten (vgl. schon oben VI. 1. und 2.).

⁴⁷ Wenngleich verlässliche Angaben zur Häufigkeit einschlägiger, im Dunkelfeld verbleibender und z. B. als Suizid kaschierter Verbrechen fehlen und auch Erkenntnisse über sonstige Verbrechen oder Vergehen innerhalb des Jugendstrafvollzugs sich im Wesentlichen auf den selektiven Bereich offizieller Erfassung beschränken, handelt es sich bei dem hier in Rede stehenden Vollzug unstrittig um Orte gehäufter Opferwerdung durch Straftaten (zu empirischen Daten etwa Wirth Gewalt unter Gefangenen, 2006, S 14, 16; betr. Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung Wattenberg ZfStrVo 1990, S 38 ff.; Knapp Aids im Strafvollzug, 1996, S 376 f.; zu sonstigen Straftaten Walkenhorst DVJJ-J 1999, S 248 f.; Kury/Brandenstein ZfStrVo 2002, S 29 f. sowie Kury/Smarrt ZfStrVo 2003, S 332, jeweils betr. JVA Hameln).

⁴⁸ In diesen Fällen hatten sich die späteren Todesopfer zuvor wegen Misshandlungen durch die Zellenmitbewohner an einen Bediensteten gewandt bzw. einen Notrufknopf betätigt – jedoch ohne Erfolg (vgl. LG Erfurt v. 21.11.2002 – 920 Js 31952/01 – 3 Ks jug bzw. das noch nicht abgeschlossene Strafverfahren betreffend den Tod in der JVA Siegburg, Todeseintritt 11./12.11.2006).

Reinhard Joachim Wabnitz

Der Rechtsanspruch von Trägern der freien Jugendhilfe auf Förderung nach § 74 Abs. 1 SGB VIII

Zugleich Anmerkungen zu VGH Baden-Württemberg vom 18.12.2006 und 11.1.2007

INHALT

- Die Subventions- (oder: Förderungs-) Finanzierung nach § 74 SGB VIII
- Rechtsanspruch
- Die Urteile des VGH Baden-Württemberg
- Anschlussfragen
- „Übergangszeitraum“
- Inkrafttreten

Die Subventions- (oder: Förderungs-) Finanzierung nach § 74 SGB VIII

Die praktisch nach wie vor bedeutendste Form der Finanzierung von Trägern der freien Jugendhilfe, insbesondere in den Bereichen Förderung der Erziehung in der Familie, Jugendarbeit und Jugendsozialarbeit, Tageseinrichtungen für Kinder (zumindest bis zum 31.12.2004),¹ ambulante Hilfen zur Erziehung, Beratungsdienste etc. ist die Subventionsfinanzierung nach § 74 SGB VIII.² Der Begriff der Subvention hat sich im Sozialrecht mit Blick auf die jeweils relevanten Geldleistungen, die von einem Träger öffentlicher Verwaltung gewährt werden, weitgehend durchgesetzt.³ Synonym werden auch die Begriffe Zuwendung, Förderung, Zuschussgewährung verwendet. Typischerweise gewährt dabei ein Träger öffentlicher Verwaltung (hier: der öffentlichen Jugendhilfe) an eine Stelle außerhalb der Verwaltung (hier: an einen freien Träger der Jugendhilfe) aufgrund eines staatlichen Hoheitsaktes (Verwaltungsaktes) oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrages eine vermögenswerte Leistung als Sozialsubvention, um den Empfänger dieser Leistung in die Lage zu versetzen, einen bestimmten öffentlichen Zweck (hier: Erbringung von Leistungen der Jugendhilfe gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII) zu erfüllen.

Der Autor Prof. Dr. Dr. Reinhard Wabnitz, Ministerialdirektor a.D. ist Professor für Rechtswissenschaft an der Fachhochschule Wiesbaden, Fachbereich Sozialwesen.

Gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII „sollen“ die Träger der öffentlichen Jugendhilfe „die freiwillige Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe anregen und fördern“; Letzteres bei Vorliegen der besonderen zusätzlichen Voraussetzungen gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz Nrn. 1 bis 5, ggf. auch gemäß § 74 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII. Dies entspricht den für das deutsche Kinder- und Jugendhilferecht konstitutiven Strukturprinzipien, insbesondere den in den §§ 3 und 4 SGB VIII grundsätzlich formulierten Rechtsbeziehungen zwischen den Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe und deren partnerschaftlicher Zusammenarbeit. Mit der Formulierung „freiwillige Tätigkeit“ ist nicht etwa (nur) die „Ehrenamtliche Tätigkeit“ nach § 73 gemeint, sondern ganz umfassend das nicht-öffentliche Engagement insbesondere von freien Trägern. Allerdings muss es sich um Tätigkeiten auf dem Gebiet der Jugendhilfe nach dem SGB VIII handeln.

Rechtsanspruch

Besteht ein Rechtsanspruch auf Förderung nach § 74 Abs. 1 SGB VIII?

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe „sollen“ die freie Jugendhilfe gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1 fördern, sind also aufgrund dieser Sollbestimmung dazu grundsätzlich objektiv-rechtlich verpflichtet, es sei denn, es liegt ein atypischer Ausnahmefall vor. Lebhaft umstritten ist seit Jahren, ob damit auch ein subjektiver Rechtsanspruch von Trägern der freien Jugendhilfe auf Förderung nach § 74 Abs. 1 SGB VIII korrespondiert, wenn dessen Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind.

Aus den Materialien zur Entstehungsgeschichte des KJHG/SGB VIII lässt sich dazu nichts Spezifisches entnehmen. Schwerpunkt der parlamentarischen Beratungen war zudem eine andere Frage gewesen, nämlich die des Verhältnisses von Anerkennung und Förderung von Trägern der freien Jugendhilfe gewesen.⁴ In der Einzelbegründung zu Absatz 1 des damaligen § 66 („Förderung der freien Jugendhilfe“) des Gesetzentwurfes der Bundesregierung⁵ wird das Thema „Rechtsanspruch“ überhaupt nicht explizit thematisiert. Es wird

allerdings dort auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.07.1967⁶ verwiesen, wonach die freie Jugendhilfe nur insoweit durch das Jugendamt zu fördern ist, „soweit es diese für erforderlich und geeignet hält“. Anknüpfend daran wird im Regierungsentwurf gefordert, dass eine „unbeschränkte Pflicht zur Förderung freier Träger ... abgelehnt“ wird. Diese Ausführungen betreffen jedoch eindeutig nur die Frage der objektiven Förderverpflichtung des öffentlichen Trägers, nicht die, ob ein subjektiver Rechtsanspruch eines freien Trägers gegeben ist. Auch in der Stellungnahme des Bundesrates⁷ finden sich dazu keine Ausführungen. In der Beschlussempfehlung und im Bericht des Ausschusses für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit⁸ wird mit Blick auf den damaligen Entwurfsparagrafen 66 (lediglich) empfohlen, als Ergänzung denjenigen Text in das SGB VIII mit aufzunehmen, der dem sodann Gesetz gewordenen § 74 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII entspricht (Anerkennung bei auf Dauer angelegter Förderung).

In der juristischen Fachliteratur wird ein subjektiver Rechtsanspruch – wohl noch – überwiegend abgelehnt.⁹ Dies geschieht mit Blick auf den Wortlaut des § 74 Abs. 1 SGB VIII, wo eben gerade nicht ausdrücklich von einem Rechtsanspruch die Rede ist, und insbesondere mit Blick auf § 74 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII, in dem es heißt: „Über die Art und Höhe der Förderung entscheidet der Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel nach pflichtgemäßem Ermessen“. In der Rechtsprechung wurde bislang fast durchgängig dieselbe ablehnende Auffassung vertreten.¹⁰

¹ Vgl. für die Zeit ab dem 01.01.2005 § 74a SGB VIII sowie die Ausführungen am Ende dieses Aufsatzes!

² Vgl. dazu umfassend bereits Wabnitz, Subventionsfinanzierung nach § 74 SGB VIII, in: ZfJ 2003, S 165 ff.; derselbe, Recht der Finanzierung der Jugendarbeit und Jugendsozialarbeit. Ein Handbuch, Baden-Baden 2003, Teil III.; derselbe in GK-SGB VIII, Erläuterungen zu § 74

³ Vgl. Münder, Wer zahlt, schafft an? Zur Finanzierung im Kinder- und Jugendhilferecht, in: Jugendhilfe 2001, S 247, 251

⁴ Vgl. Wiesner SGB VIII § 74 Rz. 3 bis 5

⁵ Bundestags-Drucksache 11/5948

⁶ BVerfG E, 22, 180, 207

⁷ Bundestags-Drucksache 11/6002

⁸ Bundestags-Drucksachen 11/6748 und 11/6830

⁹ Steffan in LPK-SGB VIII § 74 Rz. 21; Preis/Steffan a.a.O. in: FuR 1993, S 185, 198; Häbel, Verpflichtung der öffentlichen Träger zur Förderung der freien Jugendhilfe, in: ZfJ 1997, S 109, 111; GK-SGB VIII/Heinrich § 74 Rz. 29; Münder u. a. FK-SGB VIII § 74 Rz. 15; Münder a.a.O. in: Jugendhilfe 2001, S 247, 252; Schellhorn SGB VIII/KJHG § 74 Rz. 3; Wiesner SGB VIII § 74 Rz. 41

¹⁰ Vgl. bereits VGH Baden-Württemberg in einem früheren Urteil vom 20.3.1985 – 6 S 118/84, in: FEVS 36 (1987), S 135, 136, seinerzeit noch zu § 5 Abs 2 Nr. 1 und 3 JWG (!) – sowie weitere Rechtsprechungsnachweise in Fußnoten 12 und 13.