



universität
wien

Professor Dr. Christian Neschwara
Universität Wien
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte

Exposé

Promotionsvorhaben

Arbeitstitel:

**Freiheitsbeschränkungen
im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe
in Deutschland und Österreich
Ein historischer und gegenwärtiger Rechtsvergleich**

Verfasserin: Elisabeth Schölzel
Studiengang: Doktorat Rechtswissenschaften
Matrikelnummer: 11742273

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung in die Thematik	3
1. Erläuterung des Themenfeldes.....	3
2. Forschungsfragen.....	4
II. Überblick über den Forschungsgegenstand	5
1. Verhältnis des Vorhabens zum Stand der Forschung	5
2. Forschungsmaterialien	6
III. Gang der Darstellung	7
1. Vorstellung der Gliederung.....	7
2. Erläuterungen zur Gliederung.....	10
IV. Zeit- und Arbeitsplan	16
1. In Aussicht genommene Gesamtdauer.....	16
2. Zeitliche Festlegung der Ausarbeitung der einzelnen Kapitel	16
V. Ausgewählte Literatur	17

I. Einführung in die Thematik

1. Erläuterung des Themenfeldes

Gegenstand der juristischen Dissertation wird ein Rechtsvergleich der Regelungen zu Freiheitsbeschränkungen im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland und in Österreich sein. Das Thema ist aus meiner Sicht gerade zum jetzigen Zeitpunkt einer wissenschaftlichen Untersuchung wert, da Freiheitsbeschränkungen in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe zuletzt sowohl in Deutschland als auch in Österreich umfassenden Gesetzesnovellen unterlagen. In Österreich trat am 1. Juli 2018 das Zweite Erwachsenenschutzgesetz in Kraft, wonach künftig die Vorschriften zu Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz auch auf Heime, in denen Minderjährige untergebracht sind, Anwendung finden sollen.¹ Im benachbarten Deutschland wurde am 17. Juli 2017 das Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern verabschiedet.² Zuvor gab es in beiden Ländern für Freiheitsbeschränkungen in Kinderheimen wie Fixierungen, Bettgitter oder Einschließen im Zimmer keine gerichtliche Kontrolle und wurden allein von den Eltern und Heimleitern entschieden.

Diesen Umstand hat man in Deutschland jahrelang kontrovers diskutiert. Die Debatte erreichte zuletzt ihren Höhepunkt, als eine öffentlichkeitswirksame Recherche des Bayerischen Rundfunks ergeben hatte, dass Kinder mit geistiger Behinderung in bayerischen Heimen bis zu 16 Mal am Tag in ihren Zimmern eingesperrt, tagsüber auf Stühlen fixiert und zum Schlafen in käfigartige Betten gebracht werden.³ Mit der Neuregelung in § 1631 b II des Bürgerlichen Gesetzbuches hat der deutsche Gesetzgeber eine Antwort auf das Problem gegeben.

In ähnlicher Weise hat der Gesetzgeber in Österreich reagiert und mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Heimaufenthaltsrechts auf Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe den Versuch unternommen, die bis dato vorhandenen Lücken im Rechtsschutz zu schließen.

Die Aktualität dieser Ereignisse soll zum Anlass genommen werden, den historischen Prozess in den einzelnen Ländern hin zu der gegenwärtigen Rechtslage umfassend zu untersuchen. Die gegenwärtige Rechtslage verdankt sich in beiden Ländern eines im 18. Jahrhundert einsetzenden historischen Prozesses, der unter Berücksichtigung des gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Kontextes zugleich als zeitlicher Rahmen für diese Arbeit festgelegt wird.

¹ BGBl I 59/2017.

² dBR-Drucksache 793/16, S. 4.

³ Abrufbar unter <http://www.br.de/nachrichten/kinderheime-bayern-zwangsmassnahmen-fixierung-100.html> (1.5.2019).

Das Heimaufenthaltsrechts geht zurück auf eine jahrhundertelange Entstehungsgeschichte. Begonnen im 18. Jahrhundert hat es sich in seiner heutigen Form herausgebildet, wobei die Entwicklung mitunter von dunklen Kapiteln der Geschichte geprägt war.⁴ Die Weckung des öffentlichen Bewusstseins für Missetaten ungeheuerlichen Ausmaßes in der deutsch-österreichischen Geschichte von Euthanasieaktion⁵ bis zu Gewaltexzessen an Kindern in Fürsorgeerziehungsheimen⁶ haben neben Gesetzesnovellen u. a. im Bereich der Sachwalterschaft und dem Unterbringungsrecht das moderne Heimaufenthaltsrecht begründet. Die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte wie der Ende der 1970er Jahre eingeführte Genehmigungsvorbehalt für die freiheitsentziehende Unterbringung von Kindern haben zu den aktuellen Neuerungen in Deutschland beigetragen. Umrahmt werden diese Ereignisse von der geschichtlichen Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland und in Österreich, deren erste moderne Ansätze im 19. Jahrhundert zu verorten sind. Besonderes Augenmerk wird dabei auf den Wandel des rechtlichen Verständnisses von untergebrachten Menschen in der Gesellschaft gelegt. In den Anfängen stand noch der verwahrende Charakter der Anstalten im Vordergrund, der einzig dem Zweck diente, die Öffentlichkeit von dem „Gesindel“ zu säubern und Bedürftige zu isolieren.⁷ Erst allmählich findet ein Umdenken in der Gesellschaft statt, das die Einrichtungen nicht mehr als rechtsfreie Räume erachtet, sondern die Untergebrachten als mit verfassungsrechtlich geschützten Rechten ausgestattete Individuen begreift. Die Konsequenz hieraus ist, dass Zwangseinweisungen oder Freiheitsbeschränkungen nicht ohne rechtliche Kontrolle durchgeführt werden dürfen, sondern einer Ermächtigungsgrundlage bedürfen.

2. Forschungsfragen

Die Forschungsfrage wird daher sein, wie sich das gesellschaftliche Denken zu einem umfassenden grundrechtlichen Verständnis, das auch in sozial abgegrenzten Räumen wie Anstalten und Heimen seine Geltung beansprucht, entwickelt hat und schließlich ein rechtliches Instrumentarium auch für diese Bereiche erforderlich machte. Mit der Arbeit soll ferner der Frage nachgegangen werden, ob durch die gesetzlichen Neuerungen dem Kinderschutz in Deutschland wie in Österreich angemessen Rechnung getragen wird oder ob diesbezüglich weiterer Reformbedarf besteht und wenn letzteres der Fall sein sollte, wie dieser gedeckt werden könnte.

⁴ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht (2008) 24 ff.

⁵ Berger, Jugendwohlfahrt und Fürsorge im Nationalsozialismus (2010) 11; Czech, Geburtenkrieg und Rassenkampf. Medizin, „Rassenhygiene“ und selektive Bevölkerungspolitik in Wien 1938 bis 1945, in DÖW (2005) (52) 61.

⁶ Ralser/Bechter/Guerrini, Geschichte der Tiroler und Vorarlberger Erziehungsheime und Fürsorgeerziehungsregime in der 2. Republik. Eine Vorstudie (2012) 10.

⁷ Reh, Die geschichtliche Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Polen und Deutschland. Von den Anfängen bis 1990 (2016) 20.

Hierzu ist die deutsche und die österreichische Rechtslage zunächst getrennt voneinander zu untersuchen, in ihren jeweiligen historischen Kontext einzuordnen und kritisch zu beleuchten. Anschließend werden die Regelungen entwicklungsgeschichtlich, materiell-rechtlich und verfahrensrechtlich miteinander verglichen. Es sind die Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den rechtlichen Neuerungen herauszuarbeiten und die Vor- und Nachteile einander gegenüber zu stellen, um sodann die Frage beantworten zu können, ob die deutsche oder die österreichische Regelung vorzugswürdig ist.

Der historische und gegenwärtige Rechtsvergleich soll dabei den „Blick über den Tellerrand“ des jeweiligen Landes ermöglichen und alternative Regelungsmöglichkeiten auffinden lassen. Dies kann zum einen erreicht werden durch das Zusammenspiel einzelner Regelungsaspekte aus den beiden Ländern, in denen die Problematik der Freiheitsbeschränkungen bestmöglich erkannt und gelöst wurde. Zum anderen ist beabsichtigt, dass durch die intensive Auseinandersetzung mit den beiden Gesetzeswerken gänzlich neue Wege eingeschlagen und konstruktive Vorschläge zu einer länderübergreifenden, universellen Regelung in Bezug auf Freiheitsbeschränkungen in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe erteilt werden können. In diesem Sinne sind abschließend Empfehlungen de lege ferenda an die Gesetzgeber in Deutschland und in Österreich auszusprechen.

II. Überblick über den Forschungsgegenstand

1. Verhältnis des Vorhabens zum Stand der Forschung

Die geschichtliche Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland und Österreich wurde bislang unabhängig voneinander in der Forschung beleuchtet. Meine Aufgabe wird es daher sein, die wechselseitige Beeinflussung der Nachbarländer in gesellschaftlicher, sozialer, rechtlicher und politischer Hinsicht zu untersuchen. Ferner wurde dem Aspekt der verfassungsrechtlichen Grundlagen von Freiheitsbeschränkungen und deren Entstehungsgeschichte bislang nur unzureichend Aufmerksamkeit geschenkt. Von besonderem Interesse ist dabei auch die Verzahnung der historischen Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe neben dem Heimaufenthaltsrecht in Österreich sowie des Genehmigungsvorbehaltes in Deutschland. Durch die Zusammenschau dieser verschiedenen Strömungen soll schließlich das Gesamtbild eines einheitlichen historischen Prozesses entstehen, das bislang in der Forschung noch nicht existiert.

In Deutschland beschäftigen sich außerdem die meisten Untersuchungen im Bereich der Freiheitsentziehung von Minderjährigen mit dem Genehmigungsvorbehalt bei einer freiheitsentziehenden Unterbringung. Die vereinzelten Publikationen betreffend die freiheitsentziehenden Maßnahmen beziehen sich naturgemäß noch auf die alte Rechtslage, so dass es nunmehr geboten scheint, die gesetzliche Neuregelung umfassend in den Blick zu nehmen und einen Vergleich zwischen dem Ist-Zustand und dem von der Literatur propagierten Soll-Zustand vorzunehmen.

Gleiches gilt für die österreichische Rechtslage. Das Heimaufenthaltsrecht fand bislang auf Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe keine Anwendung, weshalb Freiheitsbeschränkungen nur bei pflegebedürftigen und behinderten Menschen kritisch beleuchtet wurden. Zu überprüfen wird sein, ob die bisher geführten Debatten auch auf den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe übertragen werden können oder ob sich hier gänzlich neue Problemfelder für Literatur und Rechtsprechung eröffnen.

Aufgrund der neuen Gesetzeslage in beiden Ländern ist zu erwarten, dass in naher Zukunft richterliche Entscheidungen ergehen werden, die Raum für Diskussionen schaffen und dem Bereich der Freiheitsbeschränkungen so zusätzliche Aufmerksamkeit widmen werden. Die diesbezüglichen Reaktionen der Fachwelt bleiben abzuwarten und sollen ebenfalls Eingang in die Arbeit finden.

2. Forschungsmaterialien

Zur Untersuchung des Forschungsgegenstands werden die Gesetzestexte nebst dazugehörigen Kommentaren als Primärliteratur herangezogen. Um den aktuellen Stand der Forschung zu ermitteln, sind sekundär aktuelle Publikationen in Zeitschriften, Urteile und Beschlüsse sowie neuere Buchveröffentlichungen zu zitieren. Es wird auf Gesetzesentwürfe und die jeweiligen Stellungnahmen zurückgegriffen, ebenso auf Standardwerke der Lehre zur Erarbeitung rechtlicher Grundlagen. Daneben steht schließlich die umfassende Sichtung rechtshistorischer Quellen, um die geschichtliche Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe wie auch des Heimaufenthaltsrechts nachzuzeichnen.

III. Gang der Darstellung

1. Vorstellung der Gliederung

EINLEITUNG

HAUPTTEIL

A. Die historische Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland und Österreich

I. Die Anfänge der Kinder- und Jugendhilfe im „langen“ 19. Jahrhundert

1. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland im Zeitalter der Industrialisierung
2. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe der österreichischen Monarchie

II. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe zu Beginn des 20. Jahrhunderts

1. Die Situation in Deutschland vom Beginn des Ersten Weltkrieges bis zum Ende der Weimarer Republik
2. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Österreich vom Beginn des Ersten Weltkrieges bis zum Ende der „Ersten“ Republik

III. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe unter dem Nationalsozialismus

1. Die nationalsozialistische Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland
2. Die Auswirkungen des NS-Regimes auf die Kinder- und Jugendhilfe in Österreich

IV. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe nach 1945

1. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in der Bundesrepublik Deutschland
2. Die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in der „Zweiten“ Republik Österreichs

B. Freiheitsbeschränkungen im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland und Österreich

I. Rechtslage in Deutschland

1. Die rechtlichen Grundlagen für freiheitsentziehende Maßnahmen
 - a) Elterliche Sorge
 - b) Kollision mit Kindesinteressen
 - c) Defizite beim Rechtsschutz
 - d) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte
2. Entstehungsgeschichte des Genehmigungsvorbehaltes
 - a) Familienrechtsänderungsgesetz von 1961
 - b) Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge von 1979
 - c) BGH-Entscheidung vom 07.08.2013
 - d) Forderungen nach einer Genehmigungspflicht
 - e) Gesetzesentwürfe
 - f) Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern von 2017
3. Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631 b BGB
 - a) Materiell-rechtliche Voraussetzungen
 - b) Verfahrensrechtliche Voraussetzungen
4. Kritik an der gesetzlichen Neuregelung
 - a) Rechtswissenschaftliche Aspekte
 - b) Interdisziplinärer Diskurs

II. Rechtslage in Österreich

1. Die rechtlichen Grundlagen für Freiheitsbeschränkungen
 - a) Obsorge der Eltern, § 158 I ABGB
 - aa) Inhalt
 - bb) Grenzen
 - b) Schutz der persönlichen Freiheit
 - aa) Art. 5 I EMRK
 - bb) Art. 2 PersFrG
 - cc) § 16 ABGB
 - dd) § 1 I UbG
 - ee) § 1 I HeimAufG

- c) Minderjährigenschutz
 - aa) Art. 2 II BVG Kinderrechte
 - bb) § 21 ABGB
 - cc) § 173 ABGB

2. Entstehungsgeschichte des Heimaufenthaltsrechts

- a) Behandlung psychisch Kranker im 18. Jh.: Narrentürme, Tollhäuser und Irrenrecht
- b) Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit von 1862
- c) Entmündigungsordnung von 1916
- d) Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und Euthanasieaktion von 1939
- e) Krankenanstaltengesetz von 1957
- f) Rechtsinstitut der Sachwalterschaft von 1983
- g) Unterbringungsgesetz von 1990
- h) Wiener Heimskandal
- i) Heimaufenthaltsgesetz von 2004
- j) Zweites Erwachsenenschutzgesetz von 2017

3. Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz

- a) Materiell-rechtliche Voraussetzungen
- b) Verfahrensrechtliche Voraussetzungen

4. Kritik an der gesetzlichen Neuregelung

- a) Wortlaut
- b) Inhalt

C. Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich

I. Welche Vor- und Nachteile bietet die deutsche Regelung?

II. Welche Vor- und Nachteile bietet die österreichische Regelung?

III. Welche Regelung ist vorzugswürdig?

IV. Welche Empfehlungen können an den jeweiligen Gesetzgeber ausgesprochen werden?

SCHLUSS: ZUSAMMENFASSUNG / FAZIT

2. Erläuterungen zur Gliederung

Die Arbeit ist dreigeteilt in Einleitung, Hauptteil und Schluss, wobei sich der Hauptteil in jeweils einen rechtshistorischen, rechtsmethodischen und rechtsvergleichenden Abschnitt untergliedert.

Im ersten Abschnitt soll die historische Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland und Österreich ausgehend vom 19. Jahrhundert detailliert nachgezeichnet werden. In diesem Zeitraum wurden in den Nachbarländern die Anfänge der modernen Kinder- und Jugendhilfe begründet und haben sich, geprägt durch die jeweiligen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umstände der Vorkriegs-, Kriegs- und Nachkriegsjahre, unterschiedlich herausgebildet.⁸

Die moderne Kinder- und Jugendhilfe entwickelt sich in Deutschland während der Zeit der Industrialisierung und den damit einhergehenden sozialen Notlagen. Vorherrschend sind Kinderarbeit, Tod und Verwahrlosung. Durch die Herausbildung des Interventionsstaates nehmen regulierende Eingriffe in die Gesellschaft zu.⁹ In Form der staatlichen „Zwangserziehung“ werden verwahrloste Kinder in Straf- und Besserungsanstalten eingewiesen. Im Jahr 1900 wird das Gesetz zur Fürsorgeerziehung von Kindern und Jugendlichen verabschiedet. Es werden Jugendorganisationen, Fürsorgeämter und schließlich Jugendämter gegründet. In den Jahren vor Ausbruch des Ersten Weltkrieges erfolgt eine Militarisierung in den Anstalten, eine Art Vorschule der Armee.¹⁰ Nach den Gräueln des Krieges beschließt die Nationalversammlung der Weimarer Republik, die Kinder- und Jugendhilfe in den Verfassungsrang zu heben. Im Jahr 1922 trat schließlich das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz in Kraft, das die Kinder- und Jugendhilfe erstmals einheitlich und umfassend für das gesamte Deutsche Reich regelt. Zwar existierte weiterhin ein stark ordnungs- und eingriffsrechtliches Verständnis von Kinder- und Jugendhilfe. Aufgrund des zunehmenden Einflusses der Pädagogik als wissenschaftliche Disziplin rückt jedoch allmählich das Wohl des einzelnen Kindes in den Vordergrund. So wurde das eingriffsrechtliche Instrumentarium des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes immer mehr durch präventive und erzieherische Ansätze ergänzt.¹¹ Mit dem Verfall der Weimarer Republik erfuhr allerdings auch die Kinder- und Jugendhilfe ihren vorläufigen Niedergang.¹²

In der Zeit des Nationalsozialismus wurden die vom Reichsjugendwohlfahrtsgesetz geschaffenen Einrichtungen und Institutionen gleichgeschaltet und das Gesetz in seinem wohlfahrtspolitischen

⁸ *Reh*, Die geschichtliche Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe 45 ff.

⁹ *Gräser*, Der blockierte Wohlfahrtsstaat. Unterschichtjugend und Jugendfürsorge in der Weimarer Republik (2011) 22.

¹⁰ *Reh*, Die geschichtliche Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe 45.

¹¹ *Biendarra*: Ein historischer Überblick über die Kinder- und Jugendfürsorge vom ausgehenden Mittelalter bis zum Beginn des 20. Jahrhundert (2005) 4.

¹² *Gräser*, Der blockierte Wohlfahrtsstaat 41 ff, 216 ff.

Ansatz kaum angewendet. Über die Jugendämter wurden Familien und Kinder von Geburt an politisch kontrolliert und gelenkt. Säuglinge und Mütter wurden in Lebensbornheimen, Kinder in Erziehungs- und Bewahrheimen, heranwachsende Buben von der Hitler-Jugend und heranwachsende Mädchen vom Bund Deutscher Mädel unter die Kontrolle des Staates gestellt. In Fürsorgeerziehungsanstalten wurden Kinder und Jugendliche selektiert und als „schwer-“ und „unerziehbar“ stigmatisiert. Geistig und körperlich behinderte Kinder wurden als „lebensunwert“ eingestuft und zu Tausenden Opfer der Rassenhygiene.

Nach 1945 wurde in Westdeutschland das alte Reichsgesetz wieder aufgenommen und in das Gesetz für Jugendwohlfahrt umbenannt. Dagegen unterstand die Kinder- und Jugendhilfe in der DDR dem Ministerium für Volksbildung und hatte die Erziehung von Kindern und Jugendlichen zur sozialistischen Persönlichkeit zum Ziel.¹³ Nach der Wiedervereinigung mündete das Gesetz für Jugendwohlfahrt schließlich in das Kinder- und Jugendhilfegesetz von 1991, mit dem ein Paradigmenwechsel in der Kinder- und Jugendhilfe einherging. Anstelle der Kontroll- und Eingriffsorientierung wurde ein Gesetz geschaffen, das auf Hilfe und Unterstützung setzt. Hierzu zählen Erziehungshilfen, Betreuungseinrichtungen, Vormundschaften und Beistandschaften. Das KJHG findet sich heute im SGB VIII, dem Achten Sozialgesetzbuch.

In Österreich hat die Kinder- und Jugendhilfe eine andere Entwicklung genommen. Schon mit dem Inkrafttreten des ABGB 1812 wurde der Grundstein für die Kinder- und Jugendhilfe gelegt. Darin erhielten Kinder erstmals eine rechtliche Stellung, ein Recht auf Erziehung und Unterhalt sowie im Bedarfsfall einen Vormund. Es dauerte jedoch mehrere Jahrzehnte, bis sich aus den Zwangsarbeits- und Besserungsanstalten für „verwahrloste und straffällige“ Minderjährige die ersten Erziehungsheime bildeten. Nach der Jahrhundertwende entstanden auch in Österreich Jugendämter, die jedoch – ähnlich wie in Deutschland – unter der Kontrolle des Interventionsstaates standen. Zur Zeit der „Ersten“ Republik gab es Bestrebungen, die Kinder- und Jugendhilfe einheitlich gesetzlich zu regeln, was jedoch erfolglos blieb. Im Austrofaschismus wurde im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe eugenische Politik betrieben. Verhaltensauffällige Kinder wurden in Heime eingewiesen. Mithilfe des Wiener Kleinkindertests unterschied man normale und unnormale Kinder. In den Erziehungsanstalten herrschte ein System der Unterordnung und Unterdrückung.

Mit dem Anschluss Österreichs an das nationalsozialistische Deutschland erhielt die Kinder- und Jugendhilfe zudem eine anthropologisch-rassistische Prägung. Einrichtungen wurden geschlossen und stattdessen Soziale Frauenschulen, in denen Volkspflegerinnen die Kinder indoktrinierten,

¹³ Vgl. Gesetzblatt der DDR, Teil II, 17. Mai 1965, 359.

eröffnet. In den Erziehungsanstalten passte man die Kinder und Jugendlichen – auch unter Anwendung von Gewalt – dem Menschenbild vom leistungsfähigen Volksgenossen an. Es werden erbbiologische Bestandsaufnahmen durchgeführt. Im Erziehungsheim Am Spiegelgrund werden medizinische Experimente an „unwertem Leben“ durchgeführt. Die Jugendämter arbeiteten fortan eng mit der Polizei und der Gestapo zusammen. Die Nationalsozialistische Volkswohlfahrt schafft Hilfsstellen für Mütter mit Kindern. Dort werden die Kinder nach ihrem Nutzen für die Volksgemeinschaft ausgelesen. In Jugendkonzentrationslager werden widerständige, nonkonformistische, „schwer erziehbare“ und „arbeitsscheue“ Kinder und Jugendliche interniert. Im Jahr 1940 erging das erste einheitliche Gesetz zur Regelung der Kinder- und Jugendhilfe, die Verordnung über Jugendwohlfahrt. Sie hatte zum Ziel, umfassend Einfluss nehmen zu können auf die ideologische Erziehung.¹⁴

Nach Ende des Zweiten Weltkrieges behielt man die Verordnung in bereinigter Form bei. Erst 1954 erging ein neues Jugendwohlfahrtsgesetz, das 1989 reformiert wurde. Das Gesetz war als 4-Säulen-Modell angelegt: gewaltlose und fachliche Erziehung, professionelles und qualifiziertes Personal zur Unterstützung von Familien sowie Verpflichtung des Personals zur Verschwiegenheit. Daneben wurden die geschlossene Unterbringung und Großheime abgeschafft, stattdessen entstanden kleine Betreuungseinrichtungen. Seit 2013 gilt das Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz, kurz BKJG, das die Grundsätze des „Übereinkommens über die Rechte des Kindes“ berücksichtigt. Die Kinder- und Jugendhilfe hat heute in erster Linie folgende Aufgaben: Erziehungsberatung und Erziehungshilfe, Zusammenarbeit mit Einrichtungen und Behörden und Mitwirkung bei Adoptionen.

Nach diesem historischen Überblick widmet sich die Arbeit gezielt dem Aspekt der Freiheitsbeschränkungen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe durch Untersuchung der jeweiligen Rechtslage sowohl in Deutschland als auch in Österreich.

Zunächst richtet sich der Blick auf die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland. In einem ersten Teil sollen die rechtlichen Grundlagen für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern in den Blick genommen werden, die sich nunmehr als Ergebnis eines jahrhundertelangen Prozesses durch eine mehrpolige Grundrechtssituation auszeichnen.¹⁵ Es sind zunächst Umfang und Grenzen der elterlichen Sorge darzustellen. Demgegenüber stehen auf Seiten des Kindes grundrechtlich wie einfachgesetzlich geschützte Interessen, die es zu wahren gilt.¹⁶ Es sind die bislang existierenden

¹⁴ *Berger*, Jugendwohlfahrt und Fürsorge im Nationalsozialismus 1 ff.

¹⁵ dBR-Drucksache 793/16, S. 4.

¹⁶ *Salgo*, Das Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG), in Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Alles zum Wohle des Kindes? Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts. Göttinger Juristische Schriften 12 (2012) (183) 184.

Defizite beim Rechtsschutz zu untersuchen, wobei auf vergleichbare Regelungen in anderen Rechtsgebieten einzugehen sein wird.¹⁷ Daneben wird anhand weiterer Schutzmechanismen des Kindschaftsrechts zu beleuchten sein, inwieweit diese im Bereich der freiheitsentziehenden Maßnahmen an ihre Grenzen stoßen. Daran anknüpfend sind Freiheitsbeschränkungen unter heute gängigen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beleuchten. Getreu dem Schema Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung wird der Eingriff in das Elterngrundrecht aus Art. 6 II 1 GG einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen, bei der die Frage nach der Erforderlichkeit einer richterlichen Genehmigung im Fokus steht.

Weiter wird auf die konkrete Rechtslage durch Vorstellung der Neuregelung einzugehen sein. Vorab soll die Entstehung des Genehmigungserfordernisses nachgezeichnet werden. Durch das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 wurde zunächst ein Genehmigungsvorbehalt für die freiheitsentziehende Unterbringung von Mündeln geschaffen. Eine freiheitsentziehende Unterbringung meint zum Beispiel die Einweisung in eine geschlossene Anstalt oder die geschlossene Abteilung eines Krankenhauses. Das Gesetz galt aber nur für Personen, die von einem Vormund betreut wurden, und nicht für Kinder. Erst mit der Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge im Jahr 1979 mussten auch Eltern die zwangsweise Unterbringung ihrer Kinder vom Gericht genehmigen lassen. Freiheitsbeschränkungen an Kindern blieben hingegen weiter genehmigungsfrei, obwohl die Forderungen nach einer Genehmigungspflicht immer lauter wurden. Der Bundesgerichtshof hat dann in einer Entscheidung im Jahr 2013 klargestellt, dass allein die Eltern für Freiheitsbeschränkungen an ihren Kindern verantwortlich sind und diese keiner richterlichen Kontrolle unterliegen.¹⁸ Der Beschluss hat die Kontroverse jedoch nur weiter angefacht und sie gelangte schließlich durch die eingangs erwähnte Recherche des Bayerischen Rundfunks zu ihrem Höhepunkt. Das wesentliche Argument derjenigen, die sich für einen Genehmigungsvorbehalt auch bei Freiheitsbeschränkungen einsetzten, war, dass freiheitsentziehende Maßnahmen mindestens so schwerwiegend und belastend sein können wie eine freiheitsentziehende Unterbringung. Der Gesetzgeber sah sich in der Pflicht und nach Erarbeitung mehrerer Gesetzesentwürfe einigte man sich dann voriges Jahr auf das Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts auch für Freiheitsbeschränkungen bei Kindern.

¹⁷ Hoffmann, Freiheitsentziehende Unterbringung von Kindern und Jugendlichen – Rechtslage nach Neufassung des § 1631 b und Inkrafttreten des FamFG, R & P 2009, 124 m.w.N.

¹⁸ Götz, Fortschritt im Kinderschutz – Genehmigungsvorbehalt jetzt auch für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern, FamRZ 2017, 1289, 1290.

Über die Vorstellung der Gesetzesentwürfe gelangt die Arbeit sodann zu dem eigentlichen Gesetzestext, dessen materiell-rechtlichen wie verfahrensrechtlichen Voraussetzungen de lege lata anhand der Gesetzesbegründung im Einzelnen untersucht werden.

Einen Schwerpunkt des Abschnitts soll schließlich die Kritik an der gesetzlichen Neuregelung bilden.

Sodann widmet sich die Dissertation der aktuellen Rechtslage in Österreich. Zunächst wird hier ebenfalls der Blick auf die rechtlichen Grundlagen für Freiheitsbeschränkungen gerichtet, die sich im Laufe der Geschichte herausgebildet haben. Es ist zum einen das Recht auf persönliche Freiheit zu erwähnen, das europarechtlich wie einfachgesetzlich geschützt ist und insbesondere durch das Heimaufenthaltsgesetz gewährleistet wird. Demgegenüber steht die Obsorge der Eltern, die als Bestandteil der Pflege und Erziehung nach §§ 160 ff. ABGB insbesondere die Gesundheitswahrnehmung und das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Kindes beinhaltet, wobei auch hier Grenzen u. a. durch das Wohlverhaltensgebot und diverse im ABGB verankerte Genehmigungsvorbehalte gesetzt sind. Schließlich ist der Minderjährigenschutz bei Freiheitsbeschränkungen zu beachten, der im Bundesverfassungsgesetz über die Rechte der Kinder wie auch im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch verankert ist.

Anschließend ist die Entstehungsgeschichte des Heimaufenthaltsrechts darzustellen. Das Heimaufenthaltsrecht in seiner heutigen Form geht zurück auf eine jahrhundertelange Entwicklung, die im 18. Jahrhundert einsetzt. Auch schon damals kannte die österreichische Rechtsordnung Vorschriften bezüglich freiheitsentziehender Maßnahmen, zunächst aber nur in Bezug auf psychisch kranke Menschen. Liberalistische Reformbewegungen führen 1862 zum Erlass des Gesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit und 1916 zur Entmündigungsordnung. Beide Gesetze richteten sich gegen die Freiheitsentziehung infolge der zwangsweisen Einweisung in eine Anstalt.

Während der Zeit des Nationalsozialismus wurden mit dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses Zwangssterilisierungen an erkrankten Menschen in den Anstalten durchgeführt; der „Euthanasieaktion T4“ fielen zahlreiche psychisch erkrankte und behinderte Menschen zum Opfer.

Mit dem Krankenanstaltengesetz schuf man dann im Jahr 1957 erstmals die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Einweisung kranker Menschen in Anstalten.

Die Psychiatriekritik der 70er Jahre beanstandete Defizite in den Anstalten und dabei insbesondere das hohe Ausmaß an Zwangsmaßnahmen. Als Folge der Kritik entstand 1983 das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft für behinderte Menschen und löste die Entmündigung ab. Mit dem

Unterbringungsgesetz von 1990 wurden schließlich die Voraussetzungen für Freiheitsbeschränkungen psychisch kranker Menschen in Krankenanstalten geschaffen. Hierdurch erhielten die Untergebrachten erstmals effektiven Rechtsschutz in den Anstalten durch sogenannte Bewohnervertreter und vor Gericht durch fachkundigen Beistand. Dagegen blieben Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Pflege und Behinderteneinrichtungen weiterhin ungeregt. Problematisch war, dass in diesen Einrichtungen Zwangsmaßnahmen wie Einsperren, Gurtfixierungen oder Festbinden an Betten mangels gesetzlicher Regelung gar nicht als Freiheitsbeschränkungen gewertet wurden, sondern als medizinisch indiziert von Ärzten und Pflegepersonal gerechtfertigt wurden, die zum Schutz der Bewohner und für einen geordneten Heimablauf erforderlich wären. Als nach und nach Missstände in den Einrichtungen publik wurden und Pflegeheimskandale die öffentliche Diskussion anfeuerten, wurde schließlich im Jahr 2004 das Heimaufenthaltsgesetz verabschiedet.¹⁹

Durch das Inkrafttreten des Zweiten Erwachsenenschutzgesetzes werden auch die letzten Rechtsschutzlücken beseitigt und Freiheitsbeschränkungen in jeder Einrichtung, in denen Kinder oder Erwachsene untergebracht sind, an strenge Voraussetzungen geknüpft.²⁰ Die entsprechenden Vorschriften, durch die die Rechte von Kindern Änderungen erfahren, sind vorzustellen.²¹ Dabei wird auch auf die Hintergründe der Gesetzesinitiative, die Stellungnahmen zu dem Gesetzesentwurf²² und der sodann beschlossenen Gesetzesreform eingegangen, die am 1. Juli 2018 in Kraft trat und das bislang geltende Sachwalterrecht modernisiert.²³

Im weiteren Verlauf befasst sich die Arbeit konkret mit Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz sowohl in materiell-rechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Das umfangreiche vorgerichtliche Verfahren ist neben der gerichtlichen Überprüfung detailliert zu betrachten.²⁴

Nach der schematischen Untersuchung des Gesetzes wird sich die Arbeit schließlich auch kritisch mit der Gesetzesnovelle auseinandersetzen und die Frage stellen, ob die derzeitige Fassung eine Anwendbarkeit auf den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe unproblematisch ermöglicht.²⁵

¹⁹ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht 24 ff.

²⁰ BGBl I 59/2017.

²¹ Barth, Vom Sachwalterrecht zum Erwachsenenschutzrecht – Was ändert sich durch das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2017), 33 ff.

²² Abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00222/index.shtml#tab-Stellungnahmen (1.5.2019).

²³ Bundesministerium für Justiz, Das neue Erwachsenenschutzrecht 6, abrufbar unter <https://www.justiz.gv.at/> (1.5.2019).

²⁴ Salasch, Freiheitsbeschränkungen in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (2012) 110 ff.

²⁵ 66/SN-222 ME XXV. GP - Stellungnahme des Bundesministeriums für Familien und Jugend 5 ff.

Im dritten und letzten Kapitel des Hauptteils werden die bisherigen Ergebnisse zusammengetragen und ein Vergleich der beiden Rechtslagen in Deutschland und Österreich angestellt. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen historischen Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in beiden Ländern werden die aktuellen Regelungen einander gegenübergestellt und miteinander verglichen. Dabei sind die Vorzüge, aber auch die Schwierigkeiten der gegenwärtigen Rechtslage sowohl in Deutschland als auch in Österreich herauszuarbeiten. Abschließend sollen die Fragen beantwortet werden, welcher Rechtslage der Vorrang gebührt, welche Aspekte die jeweiligen Regelungen voneinander übernehmen könnten, wie eine universell gültige Regelung aussehen könnte und wie eine Empfehlung *de lege ferenda* an die Gesetzgeber in Deutschland und Österreich auszugestalten ist.

IV. Zeit- und Arbeitsplan

1. In Aussicht genommene Gesamtdauer

2 Jahre (April 2018 bis April 2020)

2. Zeitliche Festlegung der Ausarbeitung der einzelnen Kapitel

April 2018 bis Juli 2018: Kapitel A.

April 2018 bis Mai 2018: Kapitel A. I.

Juni 2018 bis Juli 2018: Kapitel A. 2.

August 2018 bis März 2019: Kapitel B. I.

August 2018 bis September 2018: Kapitel B. I. 1.

Oktober 2018 bis November 2018: Kapitel B. I. 2.

Dezember 2018 bis Januar 2019: Kapitel B. I. 3.

Februar 2019 bis März 2019: Kapitel B. I. 4.

April 2019 bis November 2019: Kapitel B. II.

April 2019 bis Mai 2019: Kapitel B. II. 1.

Juni 2019 bis Juli 2019: Kapitel B. II. 2.

August 2019 bis September 2019: Kapitel B. II. 3.

Oktober 2019 bis November 2019: Kapitel B. II. 4.

Dezember 2019 bis Februar 2020: Kapitel C.

März 2020 bis April 2020: Einleitung und Schluss.

V. Ausgewählte Literatur²⁶

Barth Peter, Vom Sachwalterrecht zum Erwachsenenschutzrecht – Was ändert sich durch das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz? Wien 2017.

Berger Ernst, Jugendwohlfahrt und Fürsorge im Nationalsozialismus. Wien 2010.

Biendarra Diana, Ein historischer Überblick über die Kinder- und Jugendfürsorge vom ausgehenden Mittelalter bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts. München 2005.

Czech Herwig: Geburtenkrieg und Rassenkampf. Medizin, „Rassenhygiene“ und selektive Bevölkerungspolitik in Wien 1938 bis 1945, in DÖW. Jahrbuch 2005: Schwerpunkt Frauen in Widerstand und Verfolgung. Wien 2005, 52.

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF), Genehmigungsbedürftige freiheitsentziehende Maßnahmen, JAmt 2017, 495.

Engel Arno / Barth Peter, Heimrecht. Wien 2004.

Fahnler Sylvia / Lenzberger Alice / Schlegel Armin, Das Verbot von Netzbetten und seine Folgen, in Greifeneder Martin / Mayr Klaus, Österreichische Zeitschrift für Pfleregerecht 4. Wien 2015. 116.

Feldbauer Peter, Kinderelend in Wien: Von der Armenkinderpflege zur Jugendfürsorge. 17.-19. Jahrhundert. Wien 1980.

Forster Rudolf / Kinzl Harald, 15 Jahre Unterbringungsgesetz. Eine kritische Würdigung aus sozialwissenschaftlicher Sicht, iFamZ 2007, 294.

Gitschthaler Edwin / Schweighofer Michaela, Erwachsenenschutzrecht. 2. Erwachsenenschutz-Gesetz. Wien 2017.

Götz Isabell, Fortschritt im Kinderschutz – Genehmigungsvorbehalt jetzt auch für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern, FamRZ 2017, 1289.

Gräser Marcus, Der blockierte Wohlfahrtsstaat. Unterschichtjugend und Jugendfürsorge in der Weimarer Republik. Göttingen 2011.

Hasenclever Christa, Jugendhilfe und Jugendgesetzgebung seit 1900. Göttingen 1978.

²⁶ Die folgende Liste ist beschränkt auf die wichtigsten Monographien und Aufsätze.

Hoffmann Birgit, Das Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern, JAmt 2017, 353.

Hoffman Birgit, Freiheitsentziehende Unterbringung von Kindern und Jugendlichen – Rechtslage nach Neufassung des § 1631 b und Inkrafttreten des FamFG, R & P 2009, 121.

Hofinger Veronika / Kreissl Reinhard / Pelikan Christa / Pilgram Arno, Zur Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes – Effekte von Rechtsschutz auf die Kultur der Pflege. Wien 2007.

Jaquemar Susanne / Kinzl Harald, Vom Narrenturm zum Heimaufenthaltsgesetz. Wien 2005.

Jordan Erwin, Kinder- und Jugendhilfe. Einführung in Geschichte und Handlungsfelder, Organisationsformen und gesellschaftliche Problemlagen. Weinheim und München 2005.

Kiesl Silvia, Freiheitsbeschränkungen nach dem UbG und dem HeimAufG – eine vergleichende Analyse im Lichte der Rechtsprechung. Graz 2009.

Kopetzki Christian, Unterbringungsrecht. Erster Band. Historische Entwicklung und verfassungsrechtliche Grundlagen. Wien 1995.

Laimer Barbara / Russegger Thomas / Thiele Clemens, Heimvertrags- und Heimaufenthaltsgesetz. Wien 2004.

Nikles Bruno: Jugendpolitik in der Bundesrepublik Deutschland. Entwicklungen, Merkmale, Orientierungen. Opladen 1976.

Ohnesorge Isabel: Kinder- und Jugendhilfe (KJHG) – Geschichte und Aufbau des SGB VIII. München 2006.

Peukert Detlev, Grenzen der Sozialdisziplinierung. Aufstieg und Krise der deutschen Jugendfürsorge von 1878 bis 1932. Köln 1986.

Post Wolfgang, Erziehung im Heim. Perspektiven der Heimerziehung im System der Jugendhilfe. Weinheim – München 2002.

Ralser Michaela / Bechter Anneliese / Guerrini Flavia / Sulzenbacher Carmen, Geschichte der Tiroler und Vorarlberger Erziehungsheime und Fürsorgeerziehungsregime in der 2. Republik. Eine Vorstudie. Innsbruck 2012.

Reh, Lucyna: Die geschichtliche Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in Polen und Deutschland. Von den Anfängen bis 1990. Lohmar – Köln 2016.

Sachße Christoph / Tennstedt Florian, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland. Der Wohlfahrtsstaat im Nationalsozialismus. Stuttgart 1992.

Salasch Barbara, Freiheitsbeschränkungen in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen. Das österreichische Heimaufenthaltsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung. Wien 2012.

Salgo Ludwig, Das Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG), in Coester-Waltjen Dagmar / Lipp Volker / Schumann Eva / Veit Barbara, Alles zum Wohle des Kindes? Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts. Göttinger Juristische Schriften 12. Göttingen 2012. 183.

Scherpner Hans: Geschichte der Jugendfürsorge. Göttingen 1976.

Siebenherz Eva, Das Kinderheim-Verzeichnis Österreich. Berlin 2015.

Sieder Reinhard / Smioski Andrea, Gewalt gegen Kinder in Erziehungsheimen der Stadt Wien. Wien 2012.

Strickmann Gudrun, Heimaufenthaltsrecht. 2. Auflage. Wien 2012.

Uhlendorff Uwe, Geschichte des Jugendamtes: Entwicklungslinien der öffentlichen Jugendhilfe 1871-1929. Weinheim 2003.

Ungar Gerhard: Fürsorge für Kinder und Jugendliche in Wien: 1930-1939. Wien 1988.

Vogel Harald, Das Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern, FF 2018, 356.

Vogel Janka, Von der „Zwangserziehung“ zur „Jugendwohlfahrt“: Die Entwicklung der Jugendgerichtsbarkeit und der Jugendfürsorge zwischen 1870 und 1930. München 2011.

Wedekind Klaus, Die Entstehung der Jugendpflege und ihre Ausgestaltung zu einem neuen Bereich öffentlicher Erziehung. Köln 1975.

Zierl Hans Peter, Heimrecht: Heimvertragsgesetz, Heimaufenthaltsgesetz und Mustervorlagen. Linz 2004.