



Universität Greifswald, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
D – 17487 Greifswald

Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozial- und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. jur. Heinrich Lang,
Dipl. Sozialpäd.

Telefon: +49 3834 86-2174
Telefax: +49 3834 86-2113
heinrich.lang@uni-greifswald.de

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)744 F

Greifswald, den 3. Juni 2013

Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 3.6.2013
zum Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucks. 17/12068) sowie zum
Antrag der SPD-Fraktion (BT-Drucks. 17/12380)
Änderung des Bundeswahlgesetzes

Gliederung

I. Regelungskontext und Aufbau der Stellungnahme	2
II. Die unterschiedlichen Lösungsvorschläge.....	2
1. Regelungsvorschlag Bündnis 90/Die Grünen.....	2
2. SPD-Antrag.....	3
III. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen	3
1. Allgemeinheit der Wahl und Diskriminierungsverbot.....	3
2. Zulässige Differenzierungen	4
IV. Zur Ratio der Wahlrechtsausschlüsse zwischen Diskriminierungs- und Schutzaspekten.....	5
V. Die Wahlrechtsausschlüsse im Lichte des Völkerrechts	7
VI. Der Wahlrechtsausschlusses nach § 13 Nr. 2 BWG	9
1. Das Zusammenspiel von Wahl- und Betreuungsrecht.....	9
a) Überblick.....	9
b) Vollbetreuung	10
2. Friktionen	10
3. Missbrauchskontrolle	12
4. Rechtstatsächliche Defizite.....	12
VII. Der Wahlrechtsausschlusses nach § 13 Nr. 3 BWG	14
VIII. Fazit	14

I. Regelungskontext und Aufbau der Stellungnahme

Seit jeher kennt das deutsche Wahlrecht sog. Wahlrechtsausschlüsse, d.h. Regelungen, die wahlberechtigten Erwachsenen das Wahlrecht bei Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen entziehen. Im Laufe der Zeit sind diese Vorschriften sehr stark variiert worden, z.T. wurden Tatbestände auch vollständig gestrichen. Die schon früher geführte Diskussion um die im Zentrum der heutigen Anhörung stehenden Vorschriften der § 13 Nr. 2 und 3 BWG (bzw. der Parallelregelungen des Europawahlgesetzes) ist indes durch die Debatte um Inhalt und Reichweite der sog. Inklusion neu entfacht. Jenseits allen Streits markiert das Schlagwort Inklusion jedenfalls eine wesentliche Perspektivenveränderung. Es geht nicht (mehr) darum, Menschen mit Behinderungen durch eine Fülle kompensatorischer Maßnahmen Menschen ohne Behinderungen resp. deren Lebensentwürfen als dem zu erstrebenden „Normalmaß“ weitestgehend anzunähern, sondern um Akzeptanz der Unterschiedlichkeiten und um Assistenzsysteme, die erforderlich sind, um die Diversität (nicht die Anpassung) ohne Benachteiligung lebbar zu machen. Sowohl der heute zu diskutierende Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen als auch der Antrag der SPD-Fraktion zielen auf eine in diesem Sinne inklusive Ausgestaltung des Wahlrechts.

II. Die unterschiedlichen Lösungsvorschläge

Im Zentrum stehen die Regelungen in § 13 Nr. 2 und 3 BWG (bzw. der Parallelregelungen des Europawahlgesetzes). Nach diesen Vorschriften sind Personen vom Wahlrecht ausgeschlossen (und nicht wählbar), für die durch richterliche Entscheidung im Einzelfall zur Besorgung aller Angelegenheiten dauerhaft ein Betreuer bestellt werden musste, sowie Personen, die sich kraft einer gerichtlich verfügten Maßnahme der Besserung und Sicherung wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen rechtswidrigen Tat und der von ihm aufgrund seines Zustandes ausgehenden Gefahr für die Allgemeinheit in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden. Das Ziel eines „inkluisiven Wahlrechts“ verfolgen der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention im Wahlrecht, BT-Drucks. 17/12068) und der Antrag der SPD-Fraktion (BT-Drucks. 17/12380) auf unterschiedlichen Wegen.

1. Regelungsvorschlag Bündnis 90/Die Grünen

Der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zielt auf eine ersatzlose Streichung der wahlrechtlichen Ausschlussstatbestände der § 13 Nr. 2 und 3 BWG und gemäß § 6a EuWG.

2. SPD-Antrag

Der Antrag der SPD-Fraktion ist ebenfalls auf eine Verbesserung des Wahlrechts von Menschen mit Behinderungen gerichtet. Er hat aber einerseits gleichsam weiterreichend auch die Situation von Menschen, die des Schreibens und Lesens nicht oder nicht hinreichend mächtig sind, zum Gegenstand. Andererseits ist der Antrag gegenüber dem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen insoweit enger als er nicht zwingend auf eine ersatzlose Streichung der Wahlrechtsexklusionen in § 13 Nr. 2 und 3 BWG gerichtet ist, sondern nur ausschließen will, dass der Verlust des Wahlrechts ausschließlich auf Grund von § 13 Nr. 2 und 3 BWG (bzw. § 6a Abs. 1 Nr. 2 und 3 EuWG) möglich ist.

III. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen

Es liegt auf der Hand, dass die an einen bestimmten „Zustand“ anknüpfenden Wahlrechtsausschlüsse in § 13 Nr. 2 und Nr. 3 BWG sowohl im Hinblick auf den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG), als auch wegen der mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bezweckten Stärkung der Stellung behinderter Menschen in Recht und Gesellschaft Fragen aufwirft.

1. Allgemeinheit der Wahl und Diskriminierungsverbot

Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl bedeutet in erster Linie Gleichheit bezüglich der Fähigkeit zu wählen und gewählt zu werden.¹ In seiner das Wahlrecht der sog. Auslandsdeutschen betreffenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht jüngst ausgeführt, der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl sichere, wie die Gleichheit der Wahl, die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger.² Die Gleichbehandlung aller Staatsbürger bezüglich der Fähigkeit, zu wählen und gewählt zu werden, stelle eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung dar, weswegen der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl die aktive und passive Wahlberechtigung aller Staatsbürger verbürge.³ Ein Ausschluss bestimmter Bevölkerungsgruppen von der Ausübung des Wahlrechts aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen ist infolgedessen unzulässig.⁴ Die Teilnahme an der Wahl darf deshalb nicht etwa vom Vermögen, dem Einkommen, der Steuerentrichtung, der Bildung oder Le-

¹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 38 Rn. 5; *H.H. Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt, 67. Ergänzungslieferung 2013, Art. 38 Rn. 88.

² BVerfG, 2 BvC 1/11 vom 4.7.2012, Rn. 31, bverfg.de unter Bezugnahme auf BVerfGE 99, 1, 13.

³ BVerfG, 2 BvC 1/11 vom 4.7.2012, Rn. 31, bverfge.de.

⁴ BVerfGE 58, 202, 205.

bensstellung abhängig gemacht werden.⁵ Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl steht in engem Zusammenhang mit den sog. Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG⁶ und damit eben auch mit dem Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

2. Zulässige Differenzierungen

Obschon der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl als Spezialfall des Allgemeinen Gleichheitssatzes gilt⁷ und daher in formaler Weise zu verstehen ist, sind Differenzierungen nicht gänzlich untersagt. Sie bedürfen allerdings eines besonderen, sachlich legitimierten Grundes.⁸ Liegt ein solcher vor, ist es Aufgabe des Gesetzgebers die mit der Differenzierung verfolgten Ziele und den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl in einen sachgerechten Ausgleich zu bringen⁹, wobei der Gesetzgeber Vereinfachungen und Typisierungen vornehmen darf.¹⁰

Vor diesem Hintergrund wird es seit jeher als zulässig angesehen, dass die Gewährung des Wahlrechts von „gewissen Mindestvoraussetzungen“ abhängt.¹¹ Als „klassische“ Spannungslagen gelten etwa die Festlegung auf ein bestimmtes Wahlalter, bei dem die Verfassung selbst die Durchbrechung formaler Gleichheit legitimiert (vgl. Art. 38 Abs. 2 GG), der Ausschluss von Ausländern¹² und bestimmten Auslandsdeutschen¹³, das Sesshaftigkeitserfordernis¹⁴ sowie der hier zu diskutierende Wahlrechtsausschluss bei vollbetreuten Personen.¹⁵ Soweit für deren Rechtfertigung allerdings allein auf wahlrechtliche Traditionen rekurriert wird, vermag dies

⁵ Butzer, in Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2009, Art. 38 Rn. 51.

⁶ Maurer, Staatsrecht, 6. Aufl. 2010, § 13 Rn. 3; ähnlich Pieroth (Fn. 1) Art. 38 Rn. 5: „Das Verbot gilt auch für sonstige diskriminierende Gründe“.

⁷ BVerfGE 99, 1, 9, 10 ff.

⁸ BVerfGE 69, 92, 106; 82, 322, 338; 95, 408, 418 f.

⁹ BVerfG, B v 4.7.2012, 2 BvC 1/11, 2 BvC 2/11, Rn 33, bverfg.de, dabei muss die Regelung die zur Erreichung des Ziels geeignet sein und darf das Maß des zur Erreichung des erstrebten Ziels Erforderliche nicht überschreiten, BVerfGE 121, 266, 304; BVerfG NVwZ 2011, 33, 36.

¹⁰ BVerfG, B v 4.7.2012, 2 BvC 1/11, 2 BvC 2/11, Rn. 35, was sich mit dem Charakter der Wahl als Massenveranstaltung begründen lässt.

¹¹ Degenhart, Staatsrecht I, 28. Aufl. 2012, § 2 Rn. 72 „hinreichende Einsichtsfähigkeit“ erforderlich.

¹² BVerfGE 83, 60, 71 ff.

¹³ Dazu jüngst BVerfG, B v 4.7.2012 – 2 BvC 1/11, 2 BvC 2/11, Rn 42 ff.

¹⁴ BVerfGE 58, 202, 205.

¹⁵ BVerfGE 67, 146, 147 f.; 36, 139, 141; s.a. BVerfG, B v 2.8.2001, 1 BvL 21/99 – juris, unzulässige Richtervorlage zur Frage, ob der gesetzliche Ausschluss des in allen seinen Angelegenheiten Betreuten vom Wahlrecht verfassungsrechtlich zulässig ist; unter Bestimmtheitsgesichtspunkten hat das Gericht ebenfalls keine durchgreifenden Bedenken gesehen, BVerfG NJW-RR 1999, 1593, 1594; die § 13 N. 2 BWG. Bei der vergleichbaren Regelung des bay. Wahlgesetzes hat der BayVerfGH den Ausschluss für verfassungsgemäß angesehen (BayVerfGH, B. v. 9.7.2002, Vf. 9_VII-01 – juris); demgegenüber hat der VfGH Österreichs den dortigen Ausschlussbestand als mit öst. Verfassungsrecht unvereinbar qualifiziert (VfGH Öst. v. 7.10.1987, G 109/87).

schon angesichts der Wandelbarkeit gesellschaftlicher Verhältnisse und Perspektiven kaum zu überzeugen.¹⁶ Allerdings lässt sich der in § 13 Nr. 2 BWG normierte Wahlrechtsausschluss grundsätzlich auch auf andere Gründe stützen und rechtfertigen.

IV. Zur Ratio der Wahlrechtsausschlüsse zwischen Diskriminierungs- und Schutzaspekten

Dabei setzt eine Auseinandersetzung mit dem in § 13 Nr. 2 BWG normierten Wahlrechtsausschluss eine Vergewisserung über Sinn und Zweck der Regelung voraus. Insoweit ist zu konstatieren, dass der in Rede stehende Wahlrechtsausschluss neben ihm attestierter Diskriminierungs- auch Schutzaspekte aufweist. Denn die Regelung zielt darauf ab, wesentliche Funktionen des Wahlakts sicherzustellen. In der parlamentarischen Demokratie besteht eine erste Aufgabe der Wahl darin, ein Vertretungsorgan für das in seiner Gesamtheit handlungsunfähige Volk zu kreieren.¹⁷ In seiner neueren Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgerichts zudem die sog. Integrations- und Kommunikationsfunktion der Wahl herausgestellt und damit auf den essentiellen Auseinandersetzungsprozess zwischen dem Parlament und den gesellschaftlichen Kräften verwiesen, ohne den Demokratie nicht gelingen kann.¹⁸ Hinzu tritt als weitere Funktion der Wahl die mit ihr bewirkte Legitimation verfassungsstaatlich gebundener Herrschaftsausübung¹⁹, der es um die Vermeidung von Fremd- und die Sicherung von Selbstbestimmung geht. § 13 Nr. 2 BWG greift dies auf und schließt die Teilnahme an der Wahl aus, wenn weder die Realisierung jener Kommunikationsfunktion noch die Vermeidung von Fremdbestimmung²⁰ sicher gewährleistet ist. Allerdings wird der Regelung unter im Wesentlichen drei Aspekten vorgeworfen, sie sei diskriminierend und nicht mit den menschenrechtlichen Standards des Grundgesetzes, wie sie im Lichte der UN-Behindertenkonvention auszu-

¹⁶ Das Traditionsargument findet sich etwa bei, *Badura*, in: BK, Loseblatt, Stand 2007, Anh. Z. Art. 38: BWahlG, Rn. 10; s.a. Spies, Die Schranken des Allgemeinen Wahlrechts in Deutschland, 1979, S. 85, der den Ausschluss dieser Personengruppe als „natürlich“ bezeichnet; insoweit kritisch auch *Grzeszick*, in: Stern/Becker, GG, 2010, Art. 38 Rn. 51 m.w.N. in Fn. 133.

¹⁷ *Achterberg/Schulte*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 38 Rn. 8

¹⁸ Und weil diese Funktion nicht allein auf den ständigen politischen Prozess, sondern auch auf den individuellen Akt der Stimmabgabe bezogen ist (BVerfG, B v 4.7.2012 – 2 BvC 1/11, 2 BvC 2/11, Rn. 40, bverfge.de), lässt sich dem auch nicht entgehen, die Gruppe der Betroffenen sei derart klein, dass damit die Funktionsfähigkeit der Demokratie nicht gefährdet werden könne, so *Palleit*, Gleiches Wahlrecht für alle? Menschen mit Behinderungen und das Wahlrecht in Deutschland, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2011, S. 14. Zudem dürfte die Zahl der an Demenz erkrankten Personen und damit auch die Zahl Hochdementer in Deutschland ganz erheblich zunehmen.

¹⁹ *Dreier*, in: ders., GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 86 ff.; *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 44) Art. 38 Rn. 19.

²⁰ Und zwar sowohl der Menschen wie Behinderungen wie auch der Anderen. Deshalb dürfte auch das gegen den Wahlrechtsausschluss ins Feld geführte Argument, die auf den Betroffenen bezogene Missbrauchsgefahr rechtfertige keinen Rechtsentzug beim Betroffenen, *Palleit* (Fn. 18) S. 14 zu kurz greifen.

legen seien, vereinbar.²¹ Vermeintlich fehlende Einsichtsfähigkeit – so wird zunächst formuliert – dürfe keinen Grund darstellen, erwachsene Menschen mit Behinderungen vom Wahlrecht auszuschließen.²² Es dürfe nämlich keine wahlrechtliche Reifeprüfung geben, weil das Wahlrecht eben auch die Freiheit umfasse, demokratisch unvernünftig, fehlerhaft, Protest oder überhaupt nicht zu wählen.²³ Und schließlich sei die Gruppe der vom Wahlrechtsausschluss Betroffenen wegen Dysfunktionalitäten bei der Abstimmung von Betreuungs- und Wahlrecht willkürlich zusammengesetzt, was mit dem allgemeinen Gleichheitssatz unvereinbar sei.²⁴

Mit den angeführten Gesichtspunkten sind keine verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken benannt, da sie auf einer gewissen Verkennung der Ratio des § 13 Nr. 2 BWG Regelung beruhen. Zwar wird im Schrifttum auch formuliert, der Vorschrift liege die Überlegung zugrunde, dass das Wahlrecht nur Personen zustehen solle, die rechtlich in vollem Umfang handlungsfähig seien.²⁵ Bei einem solchen Verständnis läge es dann in der Tat nahe, auf die Situation bei „normalen“ Wählern abzustellen, denen kein irgendwie geartetes Reifezeugnis abverlangt werde. Ein solcher (vermeintlicher) Wertungswiderspruch ist aber nur die Folge einer missverständlichen Akzentuierung der gesetzgeberischen Ratio, denn die Regelung des § 13 Nr. 2 BWG soll den Wahlakt nicht von einem – wie auch immer definierten – hinreichenden Wahlrechtsreifegrad abhängig machen, sondern es geht darum, denjenigen von der Wahl auszuschließen, der unter keinem (rechtlichen) Gesichtspunkt mehr handlungsfähig ist. Nicht an das vollständige Vorliegen einer wie auch immer definierten Wahlrechtsreife knüpft das Gesetz an, sondern an das vollständige Fehlen jeglicher Einsichtsfähigkeit.

Auf dieser Linie hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung, die die Testierfähigkeit von Menschen mit Behinderungen zum Gegenstand hatte, ausgeführt, dass dann, wenn einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten fehlten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts seien, in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liege.²⁶ Ein

²¹ Die insoweit von *Palleit* (Fn. 18), S. 5 ff., 12 vorgenommene Aufladung des Grundgesetzes durch Art. 29 der BRK dürfte allerdings schon wegen Art. 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. II 1973, 189) überzogen sein, die Vorschriften dürften einem Wahlrechtsausschluss nicht grundsätzlich entgegenstehen, so auch *Hellmann*, BtPrax 2010, 208, 209; dazu noch sogleich im Text.

²² *Palleit* (Fn. 18) S. 12.

²³ *Palleit* (Fn. 18) S. 13 f.

²⁴ *Palleit* (Fn. 18) S. 14 f.; s.a. Schulte, ZRP 2012, 16, 18.

²⁵ *Schreiber*, DVBl. 1999, 345, 350.

²⁶ BVerfGE 99, 341, 357; ähnlich B v 4.7.2012 – 2 BvC 1/11, 2 BvC 2/11, Rn. 41, bverfge.de: „...Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann ... verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht“, wobei es dann eher ein dogmatische Frage ohne Aus-

solches Fehlen hat das Gericht in Fällen angenommen, in denen schreib- und sprechunfähige Personen nicht die für die Testierung erforderliche Einsichts- oder Handlungsfähigkeit besitzen.²⁷ Die Parallele zum Wahlrechtsausschluss liegt nahe, allerdings sind damit nur die „unproblematischen“ Fälle der Kritik entzogen, in denen das Erfordernis der Vollbetreuung zugleich offensichtlich macht, dass den Betroffenen die erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit tatsächlich fehlt. Insoweit ist freilich vieles streitig und nicht zuletzt im Tatsächlichen ungeklärt (dazu noch unten). Konsens dürfte aber darüber bestehen, dass Menschen in Zustände und Verfassungen geraten können – als Beispiel sei etwa die Situation eines Wachkomatösen oder auch Hochdementen angeführt – in denen nicht mehr von einer wie im Einzelnen auch immer konturierten Einsichtsfähigkeit gesprochen werden kann. Schon von daher kann entgegen der Reformvorschläge keiner vollständigen Streichung der Vorschrift das Wort geredet werden, weil der auch von den Kritikern befürwortete Entzug des Wahlrechts, etwa für Wachkomatöse²⁸ aber auch Hochdemente, dann ohne Rechtsgrundlage erfolgte und damit in jedem Fall verfassungswidrig wäre.

V. Die Wahlrechtsausschlüsse im Lichte des Völkerrechts

In Teilen des Schrifttums werden die Wahlrechtsausschlüsse wie erwähnt als zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen in einem Spannungsverhältnis stehend oder pointierter als mit menschenrechtlichen Standards bzw. dem Grundgesetz unvereinbar angesehen, wenn man die Verfassung im Lichte jener menschenrechtlichen Standards interpretiere. Soweit erforderlich sei es in inklusionsrechtlicher Perspektive geboten, die nötige Unterstützung bereitzustellen, die der betreffende Mensch zur Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit brauche.²⁹

Stützen kann sich diese These vermeintlich auf die im Jahre 2006 gefasste UN-Behindertenkonvention (BRK), die durch Gesetz vom 21.12.2008³⁰ in das deutsche Recht übernommen wurde. In der Normenhierarchie sind die darin verbürgten Rechte und Forderungen auf der Ebene des einfachen Rechts und damit unterhalb des Verfassungsrechts ange-

wirkung auf das Ergebnis darstellt, ob insoweit bereits das Fehlen einer Benachteiligung verneint wird oder die Behinderung den Rechtfertigungsgrund für die Differenzierung bildet, dazu *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 5), Art. 3 Rn. 214; dieser Rechtsprechung weiter zustimmend etwa Jarass, in: Jarass/Piero (Fn. 1), GG, Art. 3 Rn. 149.

²⁷ BVerfGE 99, 341, 357.

²⁸ *Palleit* (Fn. 18) S. 14.

²⁹ *Palleit* (Fn. 18) S. 18.

³⁰ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderung vom 21.12.2008, BGBl. II, 1419.

siedelt³¹, können aber – in gleichsam umgekehrter Richtung gedacht – dessen Auslegung inhaltlich beeinflussen.³² Aus meiner Sicht lässt sich allerdings eine abschließende Antwort auf die Frage, ob das deutsche Wahlrecht mit der UN-Behindertenrechtskonvention konfligiert, derzeit nicht hinreichend sicher begründet finden. Zum einen ist angesichts der Fülle bestehender Regelungen zur Sicherung barrierefreien Wählens³³ zweifelhaft, ob bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen überhaupt unterschritten werden. Zum anderen ist fraglich, ob Art. 29 BRK in der Weise zu verstehen ist, dass damit die nach Art. 25 Zivilpakt ohne weiteres als zulässig angesehenen Beschränkungen der Allgemeinheit der Wahl bei fehlender Einsichtsfähigkeit derogiert werden sollten.³⁴ Immerhin existiert ja im Völkerrecht kein Gesetzgeber, wie ihn das nationale Recht kennt. In völkerrechtlichen Verträgen begründete Verpflichtungen sind deshalb so zu konturieren, wie die Regelungen in den Vertragsstaaten rezipiert werden, so dass eine Abänderung des Art. 25 Zivilpakt über Art. 29 BRK nicht schlicht über die *lex posterior* Regeln begründet werden kann. Ohne hinreichende Analyse, die die Vorarbeiten zur Konvention, die Stellungnahmen zu den Vertragsverhandlungen, die Interpretation der Konventionsvorschriften durch den Ausschuss der Behindertenrechtskonvention, und zwar nicht nur bezogen auf Art. 29 BRK, sondern auf alle Vorschriften, um den Umgang mit den Vorschriften im Gesamtsystem der Konvention beurteilen zu können und schließlich die Reaktionen der Vertragsstaaten auf die Interpretation der Konvention durch den Ausschuss erfasst, lässt sich aus meiner Sicht nicht überzeugend begründen, dass § 13 Nr. 2 und 3 BWG völkerrechtlichen Verpflichtungen widerspreche.

³¹ Pieper, in Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2009, Art. 59 Rn. 41.

³² Vgl. Tomuschat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 172 Rn. 28.

³³ Etwa §§ 33 Abs. 2 BWG, 36 BWG, 66 BWO, 50 Abs. 4 BWG, 46 Abs. 1 BWO, 57 BWO und §§ 36 Abs. 2 S. 1 BWG i.V.m. §§ 197a, 156 StGB. Bei § 33 Abs. 2 BWG geht es um Hilfe durch eine andere Person, wenn beim Wähler Unfähigkeit vorliegt, den Stimmzettel selbst auszufüllen, zu falten oder einzuwerfen, §§ 36 BWG, 66 BWO enthalten die Möglichkeit der Briefwahl, § 50 Abs. 4 BWG regelt die Kostenerstattung an die Blindenvereine für die Herstellung von Stimmzettelschablonen, die den Blinden die Stimmabgabe bei der Wahl erleichtern (vgl. § 57 Abs. 4 BWO), durch § 46 Abs. 1 BWO soll Menschen mit Behinderungen und in der Mobilität eingeschränkten Personen durch Auswahl geeigneter Wahlräume der Zugang zur Wahl möglichst erleichtert werden, gfls. barrierefreie Räume mitgeteilt werden, § 57 BWO regelt die Stimmabgabe behinderter Wähler, Hilfeleistungen und Hilfspersonen, in § 36 Abs. 2 S. 1 BWG und §§ 107a, 156 StGB geht es um Schutz vor missbräuchlicher Einflussnahme oder Ausübung des Wahlrechts durch Dritte durch Strafbarkeit einer Stimmabgabe im Namen einer anderen Person.

³⁴ Vgl. zu dieser Überlegung BT-Drucks. 16/10808, S. 64.

VI. Der Wahlrechtsausschlusses nach § 13 Nr. 2 BWG

1. Das Zusammenspiel von Wahl- und Betreuungsrecht

a) Überblick

Nach § 13 Nr. 2 BWG ist derjenige vom aktiven und passiven (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 BWG) Wahlrecht ausgeschlossen, für den zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist; dies gilt auch, wenn der Aufgabenkreis des Betreuers die in § 1896 Abs. 4 und § 1905 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angelegenheiten nicht erfasst. Der wahlrechtliche Ausschlussstatbestand setzt also eine betreuungsrechtliche Entscheidung voraus. Diese Entscheidung ergeht in einem sog. Betreuungsverfahren, das auf Antrag (auch des zu Betreuenden) oder von Amts wegen eingeleitet wird. Die normative Grundlage hierfür bilden die §§ 271 ff. FamFG.³⁵ Das Gesetz verpflichtet in § 278 Abs. 1 FamFG das zuständige Betreuungsgericht³⁶, den Betroffenen vor der etwaigen Betreuerbestellung persönlich anzuhören. In der Sache muss gemäß § 280 Abs. 1 FamFG eine förmliche Beweisaufnahme durchgeführt werden; dazu wird grundsätzlich ein Sachverständigengutachten eingeholt.³⁷ Wird ein Betreuer bestellt, endet das Verfahren durch einen Beschluss, dessen Inhalt § 286 FamFG konkretisiert. Darin werden u.a. die Aufgabenkreise, auf die sich die Betreuung beziehen soll, genau bezeichnet.

In materieller Hinsicht setzt die Betreuung gemäß § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, dass ein Volljähriger in Folge einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht mehr besorgen kann und andere Hilfen nicht zur Verfügung stehen (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB). Unter einer seelischen Behinderung, zu der auch die Altersdemenz gerechnet wird, werden lang anhaltende oder bleibende psychische Beeinträchtigungen verstanden, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruhen.³⁸ Die vom Betreuungsgericht festgestellte medizinische Befund³⁹ muss nach der gesetzlichen Konzeption (§ 1896 Abs. 1 BGB) die Ursache dafür sein, dass der Betroffene seine Angelegenheiten nicht mehr selbst besorgen kann.⁴⁰

³⁵ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

³⁶ Genauer die beim Amtsgericht gebildete Abteilung in Betreuungssachen, § 23c I GVG.

³⁷ Zu den Anforderungen an den Gutachter vgl. § 280 I 2 FamFG, zu den Bereichen, auf die sich das Gutachten erstrecken muss s. § 280 III FamFG.

³⁸ *Jurgeleit*, Betreuungsrecht, 2. Auflage 2010, Rn. 126.

³⁹ Vgl. *Heitmann*, in: Kaiser/Schnitzler/Friederici BGB, Familienrecht, NK-BGB, Bd 4, 2. Auflage 2010, § 1896 Rn. 2.

⁴⁰ So BayObLG, BeckRS 1993, 00524, Rn. 8.

b) Vollbetreuung

Eine Betreuung für alle Angelegenheiten⁴¹ ist ebenfalls möglich. Wird ein Betreuer für „alle Angelegenheiten“ bestellt, entstehen eine Fülle grundrechtlicher Ingerenzen. Denn dem zu Betreuenden wird in jeder Hinsicht, d.h. auch für Lebenssituationen des Alltags, die Fähigkeit abgesprochen, eigenständig zu handeln.⁴² Dass insoweit Reibungsflächen zu dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten und seinen dies ausdifferenzierenden Freiheitsgrundrechten entstehen, ist offensichtlich. Der unter Vollbetreuung stehende verliert aber auch das aktive und passive Wahlrecht (§ 13 Nr. 2 BWG)⁴³ und damit das (Grund)Recht⁴⁴, das die politischen Selbst- und Mitbestimmung zentral sichert. Nicht zuletzt wegen dieser ganz erheblichen grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkungen, aber auch mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG, muss die Betreuung für alle Angelegenheiten die Ausnahme bleiben. § 1896 Abs. 2 BGB trägt dem mit dem in der Vorschrift verankerten sog. Erforderlichkeitsgrundsatz Rechnung.⁴⁵ Eine Vollbetreuung kommt demgemäß nur in Betracht, wenn der Betroffene aufgrund seiner Erkrankung oder Behinderung keine seiner Angelegenheiten selbst besorgen kann,⁴⁶ also feststeht, dass insbesondere die konkret zu bestimmenden Lebenssituationen des Alltags nicht, auch nicht mehr teilweise eigenverantwortlich gestaltet werden können.⁴⁷ Zusätzlich muss in sämtlichen Bereichen, die das Leben des Betroffenen ausmachen, ein Handlungsbedarf bestehen.⁴⁸

2. Friktionen

Derzeit – schon wegen der noch näher anzusprechenden fehlenden rechtstatsächlichen Informationen – ungelöste Probleme entstehen allerdings aufgrund von Friktionen, die sich daraus

⁴¹ Dazu BayObLG OLGR 2003, 34; BayObLG NJW 1997-RR, 824; BVerfG NJW-RR 1999, 1593; Zimmermann, FamRZ 1996, 79.

⁴² *Jurgeleit* (Fn. 38) Rn. 166.

⁴³ Wird eine solche Vollbetreuung angeordnet, teilt das Betreuungsgericht dies der für die Führung des Wählerverzeichnisses zuständigen Behörde mit; der Verlust des Wahlrechts tritt nach § 13 Nr. 2 BWG ein, in der Konsequenz wird der Betroffene nicht in das Wählerverzeichnis eingetragen.

⁴⁴ Von Bedeutung könnte sich im Hinblick auf funktionell begründete Wahlrechtsausschlüsse auch die Doppelnatur des Wahlrechts als subjektives Recht und Organkompetenz erweisen, dazu *Lang*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, Loseblatt, Stand: 2012, Art. 41 Rn. 36; *ders.* DÖV 1999, 712.

⁴⁵ Dem Erforderlichkeitsgrundsatz wird Verfassungsrang zuerkannt, *Jurgeleit* (Fn. 38) Rn. 136; BayObLG BtPrax 1995, 64; BayObLG NJW-RR 1997, 834; die Vollbetreuung als ultima Ratio anzusehen, entspricht auch der gesetzgeberischen Intention (BT-Drucks. 11/4528, S. 121, 123 f.).

⁴⁶ Kommen dem Betreffenden in irgendeiner seiner Angelegenheiten behördliche Hilfen zu oder bestehen andere familiäre, freundschaftliche oder sonstige Selbsthilfemöglichkeiten, liegen die Voraussetzungen für eine Betreuung also nicht vor (*Bergmann/Kalhert*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 2012, § 1896 BGB Rn. 4).

⁴⁷ *Jurgeleit* (Fn. 38) Rn. 166.

⁴⁸ BayObLG FamRZ 2002, 1225; BayObLG FamRZ 1998, 452.

ergeben können, dass sich betreuungsrechtliche und wahlrechtliche Binnenlogik unterscheiden. Dies kann dazu führen, dass Personen nicht unter Vollbetreuung gestellt werden und damit auch nicht das Wahlrecht nach § 13 Nr. 2 BWG verlieren, bei denen „materiell“ die Voraussetzungen einer Vollbetreuung vorliegen, was eine willkürliche Zusammensetzung der Betroffenenengruppen zur Folge zu haben scheint.⁴⁹ Das sei an zwei Beispielen exemplifiziert. So wird etwa wegen des o.a. Erforderlichkeitsgrundsatzes auch für einen schwer geistig Behinderten keine Vermögensbetreuung bestellt, wenn er in einem Heim untergebracht ist, wo er vollständig versorgt wird und keine Vermögensangelegenheiten selbstverantwortlich zu besorgen hat.⁵⁰ Vergleichbares gilt, wenn ein zu Betreuender zuvor eine sog. Vorsorgevollmacht für bestimmte Bereiche errichtet hat, weil auch hier der Grundsatz der Subsidiarität der Betreuung, § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB, einer Vollbetreuung entgegensteht. In beiden Fällen verlöre mithin der Betroffene das Wahlrecht nicht, obschon im Hinblick auf die Einsichtsfähigkeit die Situation der eines Vollbetreuten materiell vergleichbar ist.

In den gerade skizzierten Fällen führt in der Tat die anderen Zielsetzungen folgende betreuungsrechtliche Logik zu einem für das Wahlrecht begründungsbedürftigen Ergebnis. Fraglich ist allerdings zunächst, was hier nur angedeutet werden kann, ob und in welchem Umfang die gesetzgeberische Typisierungsbefugnis solche Ungereimtheiten zulässt oder ob insoweit eine ebenfalls mit erheblichen Umsetzungsproblemen⁵¹ verbundene Einzelfallentscheidung zwischengeschaltet werden muss.⁵² Jenseits dessen ist zu diskutieren, wie das o.a. Spannungsverhältnis zwischen Betreuungs- und Wahlrecht unter Berücksichtigung inklusiver Zielsetzungen aufzulösen ist. Denn die Auflösung des Spannungsverhältnisses kann entweder so erfolgen, dass der Wahlrechtsausschluss generell entfällt und daher das Wahlrecht auch Personen eingeräumt wird, die zu einer eigenverantwortlichen in keinem Lebensbereich (mehr) fähig sind.⁵³ Der Gesetzgeber könnte sich aber ungeachtet der erwähnten Umsetzungsprobleme auch daran machen, die Ausschlussstatbestände so zu verfeinern, dass davon auch die genannten materiellen Ausschlussfälle erfasst würden. Die Wahlrechtsausschlüsse würden dann ausgeweitet. Welche der unterschiedlichen Reformoptionen der Gesetzgeber wahrnimmt, wird in weitem Ausmaß von den gebotenen rechtstatsächlichen Erhebungen abhängen. Bevor darauf

⁴⁹ Unter diesem Aspekt kritisch gegenüber der Regelung auch *Schreiber*, BWahlG, 8. Aufl. 2009, § 13 Rn. 12; *ders.*, DVBl. 1999, 345, 350; *ders.*, NVwZ 2002, 1, 7.

⁵⁰ *Müller*, BeckOK, BGB, § 1896 Rn. 21.

⁵¹ Dazu *Zimmermann*, FamRZ, 1996, 79, 80.

⁵² Dazu etwa *Schreiber* (Fn. 49), § 13 Rn. 12 ff.

⁵³ So die Forderung von *Palleit* (Fn. 18) S. 18.

eingegangen wird, sei noch kurz zum Problemkreis der „Missbrauchskontrolle“ Stellung genommen.

3. Missbrauchskontrolle

Gegenüber der Besorgnis, die Streichung des § 13 Nr. 2 und 3 BWG bzw. der vergleichbaren Regelungen des Europawahlgesetzes berge die Gefahr des Missbrauchs, wird angeführt, dass die Gefahr des Missbrauchs nicht zum Rechteentzug beim Berechtigten führen dürfe. Stattdessen seien – wie etwa in anderen Fällen missbrauchsanfälliger Wahlrechtsgestaltungen, etwa der Briefwahl – Regelungen zu treffen, von denen man annehmen könne, dass sie Missbrauch wirksam verhinderten.⁵⁴

Man könnte daher für den Fall, dass ein Wähler bei seiner Stimmabgabe auf eine Hilfsperson angewiesen sei, daran denken, die „Richtigkeit“ der Stimmabgabe durch eine auf die Falschabgabe bezogene Strafandrohung zu sichern. In einer bestimmten Zahl der in § 13 BWG geregelten Fälle – der genaue Umfang müsste im Rahmen der gegenwärtig von der Bundesregierung ausgeschriebenen Studie ermittelt werden – dürfte dieser Gedanke allerdings nicht weiterhelfen. Wenn etwa ein hochdementer Wähler sich der geforderten Assistenz bedient, stellt sich schon die Frage nach der Ausgestaltung einer solchen Assistenz. Die geforderte Missbrauchskontrolle wäre aber jedenfalls kaum durchführbar. Denn wie sollte man herausfinden, dass der „Assistent“ den wirklichen Willen des dementen Wählers verfälscht hätte, woran eine Strafandrohung ja anknüpfen müsste, wenn der Demente eben jenen Willen nicht bilden oder artikulieren könnte? In diesen Fällen fehlte im Konzept einer strafrechtlichen Bewehrung gleichsam die erforderliche Rückkoppelungsinstanz.

4. Rechtstatsächliche Defizite

Nicht zuletzt diese Beispiele zeigen das gegenwärtige Dilemma, vor dem eine inklusiv motivierte Reform des Wahlrechts steht. Es bestehen ganz erhebliche rechtstatsächliche Defizite. Bis heute gibt es weder qualitative noch quantitative Untersuchungen über die Zahl der unter die Wahlrechtsausschlussgründe nach § 13 Nr. 2 und 3 des BWG fallenden Personen. Statistische Daten, gegebenenfalls differenziert nach Geschlecht fehlen ebenso wie belastbare Daten über die den Wahlrechtsausschlüssen zugrunde liegenden typischen Sachverhalte bzw. der von den Wahlrechtsausschlüssen betroffenen Gruppen von Menschen mit Behinderungen. Aus meiner Sicht lässt sich derzeit zwar der gleichsam sichere Fall entscheiden (wenn jede Einsichtsfähigkeit fehlt, ist ein Wahlrechtsausschluss zulässig und geboten), es fehlen aber

⁵⁴ BT-Drucks. 17/12068, S. 5.

genauere Untersuchungen über die Abgrenzungsfälle und –kriterien und darüber, ob und wie die Abstimmung zwischen wahl- und betreuungsrechtlicher Binnenlogik verändert werden kann oder muss.

In diesem Zusammenhang wird auch kritisiert, dass zwischen der Anordnung einer rechtlichen Betreuung und dem Wahlrecht kein innerer Zusammenhang bestehe. Im Betreuungsverfahren werde die Fähigkeit zur Beteiligung an einer Wahl nicht geprüft, auch könne der „Sanktionscharakter“ des § 13 Nr. 2 BWG nicht mit dem Grundanliegen des Betreuungsrechts („Unterstützung statt Eingriff“) in Einklang gebracht werden. Auch die Berechtigung dieser Kritik kann aus meiner Sicht erst nach einer umfassenden Erhebung über und Auswertung der Praxis im Umgang mit den Wahlrechtsausschlüssen beurteilt werden.

Der Vorbehalt eingehender rechtstatsächlicher Vorklärungen muss auch erhoben werden, soweit diskutiert wird, wie zu verfahren ist, wenn – etwa der Erforderlichkeitsgrundsatz des Betreuungsrechts dazu führt, dass an sich „einsichtsunfähige“ Personen das Wahlrecht behalten (etwa weil sie eine Vorsorgevollmacht erteilt hatten oder etwa eine Vermögenssorge nicht erforderlich ist). Ob derartige Fallkonstellationen als „Randerscheinungen“ einer typisierenden Betrachtung, zu der der Gesetzgeber namentlich im Wahlrecht befugt ist, hinzunehmen sind, kann in (verfassungs-)rechtlicher Perspektive sinnvollerweise erst diskutiert werden, wenn über die zugrundeliegenden Rechtstatsachen Klarheit besteht. Erst nach Vorlage einer umfassenden Erhebung kann weiter beurteilt werden, ob die vermeintliche Blindheit des Wahlrechtsausschlusses gegenüber der Logik des Betreuungsrechts einen Vor- oder Nachteil darstellt. Immerhin könnte sich die Anbindung an das Betreuungsrecht gegenüber einer wie auch immer konturierten „spezifischen Wahlreifepfung“ auch als Vorteil erweisen, weil damit ganz formal aus der im Betreuungsverfahren festgestellten Unfähigkeit, auch nur eine einzige Angelegenheit selbst zu regeln, geschlossen wird, dass sich diese Unfähigkeit auch auf das Wahlrecht bezieht.

Vor diesem Hintergrund ist es aus meiner Sicht richtig, dass sich die Bundesregierung im Nationalen Aktionsplan zur Umsetzung der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen dazu entschlossen hat, in einer Studie die tatsächliche Situation von Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts zu untersuchen und Handlungsempfehlungen für die verbesserte Partizipation von Menschen mit Behinderungen zu entwickeln.

VII. Der Wahlrechtsausschlusses nach § 13 Nr. 3 BWG

Rechtlich wird am Wahlrechtsausschluss nach § 13 Nr. 3 BWG vor allem kritisiert, dass die gerichtliche Entscheidungsfindung zu § 63 StGB rückwärtsbezogen auf den in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt der Tat erfolge, nicht aber auf Frage eingehe, ob der Betroffene zur politischen Willensbildung in der Lage sei.⁵⁵ In die Zukunft gerichtete Prognoseentscheidungen könnten dies auch nicht abfangen, denn die Prognose aus § 63 StGB beziehe sich ausschließlich auf die Gefahr weiterer Straftaten, nicht auf Wahlrechtsfähigkeit.⁵⁶

Allerdings setzt die Anordnung der Unterbringung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen länger andauernden, nicht nur einen vorübergehenden Defekt voraus.⁵⁷ Auch muss der die Schuldunfähigkeit begründende Zustand den Tatzeitpunkt und den Urteilszeitpunkt überdauern und auch Zukunft zu erwarten sein. In § 63 StGB ist dabei die Gefährlichkeit infolge des Zustandes und eine Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit vorausgesetzt. Das heißt aber nicht, dass der Wahlrechtsausschluss nur an die Gefährlichkeit anknüpft (und gleichsam das vorherige oder künftige strafrechtliche Verhalten sanktioniert), sondern es wird auch an den Zustand angeknüpft, der zur strafrechtlichen Schuldlosigkeit geführt hat.

Eine abschließender Bewertung des Ausschlusses nach § 13 Nr. 3 BWG steht aus meiner Sicht allerdings ebenfalls ganz erhebliche rechtstatsächliche Defizite entgegen. Zwar zeigen Erhebungen, dass Anzahl und Dauer der Maßnahmen zur Besserung und Sicherung zunehmen (1970: über 4000 Fälle, 1980: 2593, 1990: 2489, 1995 2902, 2000: 4051, 2005: 5640, 2006: 5917 – die Dauer der Unterbringung schwankt von 2002 bis 2004 zwischen 4,8 und 6,46 Jahren)⁵⁸, es fehlt aber jede behinderungsbezogene Aufschlüsselung.

VIII. Fazit

Als Fazit lässt sich nach derzeitiger Rechts- und Erkenntnislage festhalten.

1. Eine ersatzlose Streichung von § 13 Nr. 2 und 3 BWG ist verfassungsrechtlich nicht geboten, sie würde auch in eindeutigen Fällen fehlender Einsichtsfähigkeit mehr Probleme schaffen als lösen. Jenseits dessen besteht ganz erheblicher Forschungsbedarf.
2. Es ist deshalb richtig, dass sich die Bundesregierung im Nationalen Aktionsplan zur Umsetzung der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen dazu entschlos-

⁵⁵ Palleit (Fn. 18) S.15.

⁵⁶ Beschluss des Bundesrates vom 22.03.2013, Drucksache 49/13, S. 2.

⁵⁷ BGHSt 42, 385; 34, 22, 26 f.; BGH NStZ-RR 2012, 367; BGH NStZ-RR 2012, 367.

⁵⁸ Schöch, Leipziger Kommentar, StGB, 12 Auflage, § 63 Rn. 11.

sen hat, in einer Studie die tatsächliche Situation von Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts zu untersuchen und Handlungsempfehlungen für die verbesserte Partizipation von Menschen mit Behinderungen zu entwickeln.

3. Die Ergebnisse dieser Studie sollten aus meiner Sicht abgewartet und anschließend die Wahlrechtsausschlüsse des § 13 Nr. 2 und 3 BWG erneut auf den Prüfstand gestellt werden.