

Demokratie & Wahlrechtsausschluss: Kritische Anmerkungen zu § 13 Nr. 2 des deutschen Bundeswahlgesetzes

Sabine Jentsch*

Zusammenfassung

Unter bestimmten Bedingungen verweigert der deutsche Gesetzgeber Bürgerinnen und Bürgern das Wahlrecht. Betroffen sind vor allem Menschen, für die eine sogenannte rechtliche „Vollbetreuung“ eingerichtet ist. Die Autorin verteidigt die These, dass der Legitimitätsanspruch, den der Gesetzgeber mit dem Wahlrechtsausschluss verbindet, unbegründet ist. Auf diese Weise verletzt er nicht nur die politischen Mitwirkungsrechte der ausgeschlossenen Minderheit. Vielmehr steht das demokratische Selbstverständnis der Gemeinschaft insgesamt auf dem Spiel. Denn in seinem Rechtfertigungsversuch muss sich der Gesetzgeber auf ein moralisch wie rechtlich problematisches Demokratiekonzept stützen und das politische Grundrecht nach dem Muster eines „natürlichen“ oder „leistungsbezogenen“ Privilegs auslegen. Damit ist jedoch die für moderne Demokratien konstitutive Verschränkung von Menschen- und Bürgerrecht außer Kraft gesetzt.

Schlagwörter: Demokratie, allgemeines Wahlrecht, Menschenrechte, UN-Behindertenrechtskonvention, Benhabib, politische Legitimität, individualisierter und pauschaler Wahlrechtsausschluss

Democracy and Exclusion from Suffrage

Abstract

In some situations, the German legislator denies citizens the right to vote, which affects especially people who are subject to so-called „full custodianship“. As the author argues, however, the corresponding legislation fails to be legitimate. It both violates the political right to democratic participation of the excluded minority and puts at stake the democratic self-conception of the community as a whole. In its attempt to justify the relevant legislation, the German legislator relies on a morally and legally problematic conception of democracy that construes the basic democratic right to vote as a „natural“ or „performance-based“ privilege. Yet this undermines important interconnections between human rights and civil rights that are constitutive for modern democracies.

Keywords: Democracy, right to vote, human rights, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ableism, Benhabib, political legitimacy

*Sabine Jentsch, sabine.jentsch@googlemail.com

Ich danke Stefanie Wöhl sowie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern an Track #2 des Momentum-Kongresses 2012 und einem/r anonymen Gutachter/in für ihre konstruktiven Hinweise.

Die demokratische Idee setzt der Verfassung eines politischen Gemeinwesens folgende Bedingung: Sofern es als Ort politischer Willensbildung und politischen Handelns den Anspruch der Rechtmäßigkeit erheben will, sollten alle, die seiner Jurisdiktion unterworfen sind, zugleich selbst als Trägerinnen und Träger politischer Entscheidungs- und Gestaltungsmacht behandelt werden. Den rechtlichen Rahmen für eine solche reziproke Anerkennung bilden unter anderem konstitutionell gesicherte politische Teilhabegarantien. Nicht zuletzt in der unmittelbaren oder mittelbaren Legitimierung legislativer Entscheidungen durch verfassungsrechtlich verankerte, allgemeine und freie Wahlen findet die Vorstellung des demokratisch verfassten Souveräns ihren Ausdruck. Dieses Selbstverständnis einer politischen Gemeinschaft steht jedoch auf dem Spiel, wenn ein Teil der Gesetzesunterworfenen vom Legitimationsprozess ausgenommen wird, indem ihnen ein Wahlrecht vorenthalten ist. Denn die Entscheidung für eine derartige Exklusion ist streng genommen nicht wieder *demokratisch* legitimiert, solange die vom Ausschluss Betroffenen von Rechts wegen nicht an ihr mitwirken können. Damit wird die Frage der politischen Inklusion zur drängendsten Herausforderung demokratisch organisierter Bürgerschaften.

Diese Herausforderung hat die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Versuch, die UN-Behindertenrechtskonvention rechtlich umzusetzen, bislang nicht angenommen. Während das österreichische Wahlgesetz bereits seit 1987 keinen Wahlausschließungsgrund für Menschen unter Sachwalterschaft zulässt und auf diese Weise behinderte Bürgerinnen und Bürger mit allen anderen Wählerinnen und Wählern formal gleichstellt, sieht das deutsche Bundeswahlgesetz hier weiterhin Ausnahmen vom allgemeinen Wahlrecht vor. So ist vom Wahlrecht ausgenommen, wem „zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten ein Betreuer“ bestellt ist (§ 13 Nr. 2 BWahlG). Damit bedroht die Möglichkeit eines Wahlrechtsausschlusses grundsätzlich all diejenigen, für die nach dem Gesetz durch richterlichen Beschluss überhaupt eine Betreuung angeordnet werden kann: nämlich Menschen, die von Behinderung betroffen sind.

Während die Argumente gegen einen *pauschalen* Wahlrechtsausschluss jener Bürgerinnen und Bürger, die rechtlich unter „Vollbetreuung“ stehen, zunehmend an Konsens gewinnen, gilt das für seine *individualisierte* Variante nicht. Noch immer wird die gelegentlich vorgeschlagene Alternativregelung, einer Person

erst dann das Wahlrecht zu entziehen, wenn ihre Wahlunfähigkeit im Rahmen einer Einzelfallprüfung festgestellt ist, von weiten Teilen der Gesellschaft als eine „sachgerechte“ und legitime Kompromisslösung gebilligt. Nichtsdestotrotz verstoßen beide Verfahren gleichermaßen gegen die rechtlichen Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention.

Warum die eine wie die andere Ausnahme von der Allgemeinheit der Wahl nicht nur verfassungs- und völkerrechtliche Normen verletzt, sondern auch aus demokratiethoretischer Sicht fehlgeht, sollen die folgenden Überlegungen deutlich machen. Selbst ein individualisierter Wahlrechtsausschluss ist danach nicht lediglich ein zu vernachlässigendes Minderheitenproblem. Vielmehr riskiert ein solcher Eingriff das demokratische Selbstverständnis der Gemeinschaft insgesamt. Denn auch eine individualisierte Lösung sitzt, wie zu zeigen sein wird, einem Rechtsbegriff auf, der mit dem modernen Demokratieideal unvereinbar ist: Unter dem Vorwand einer vermeintlich objektiven Sachangemessenheit wird das politische Grundrecht willkürlich zu einem „natürlichen“ oder „leistungsbezogenen“ Privileg verzerrt und damit die für moderne Demokratien konstitutive Verschränkung von Bürger- und Menschenrecht aufgehoben. Das ist die Kernthese dieses Beitrags.

1. Ideale Demokratie und das doppelte „Paradox demokratischer Legitimität“

Um die für moderne Demokratien typischen, immer wiederkehrenden Problemlagen herausarbeiten und exakt beschreiben zu können, greift Seyla Benhabib auf das von Jean-Jacques Rousseau formulierte Ideal des Urvertrags zurück. In diagnostischer Absicht nutzt sie das „heuristisch brauchbare Werkzeug“ zu dem Zweck, die historische Dynamik und „Logik moderner Demokratien“ zu erfassen (Benhabib 2008: 38).

Idealerweise bedeutet demokratische Herrschaft, dass alle Glieder eines souveränen Körpers als Träger von Menschenrechten anerkannt werden, dass sich die Gesellschaftsglieder dieser Souveränität miteinander frei assoziieren und so eine Ordnung der Selbstführung gründen, in der jede und jeder gleichermaßen Gesetzgeber und den Gesetzen unterworfen ist. [...] Moderne Demokratien begreifen, im Gegensatz zu ihren antiken Entsprechungen, ihre Bürger als mit Rechten ausgestattete Gesellschaftsglieder. Die Bürgerrechte beruhen auf Menschenrechten. Les droits de l'homme et du citoyen widersprechen einander nicht; im Gegenteil, sie implizieren einander wechselseitig.

Das ist die ideale Logik der demokratischen Revolutionen der Moderne im Gefolge der amerikanischen und französischen (ebd.).

Was die neuzeitliche Geschichte der Demokratie nach Benhabib bewegt, ist die Gleichursprünglichkeit und Gleichrangigkeit zweier gegeneinander spannungsreicher Prinzipien, die gemäß demokratischer Selbstinterpretation erst gemeinsam einer Verfassung oder Rechtssetzung Legitimität verleihen: nämlich ihre Übereinstimmung mit allgemeinen *Menschenrechts*prinzipien auf der einen Seite und ihre Bindung an das Prinzip der *politischen Autonomie* auf der anderen Seite.

Vor dem Hintergrund dieser Doppelverpflichtung sehen sich demokratische Gemeinwesen einem zweifachen „Paradox“ ausgesetzt (ebd. 41; vgl. 2004: 49ff; 2011: 117 ff.): Menschenrechte sind autoritativ in dem Sinn, dass ihre Achtung zwar eines der beiden Kriterien für die Angemessenheit einer demokratischen Rechtsordnung abgibt. Erzwingbar ist die Einhaltung von Rechten allerdings nur in ihrer jeweils konkretisierten und positivierten Form, nämlich als gesetztes Recht. Über die Rechtssetzung wiederum besitzt gemäß dem Prinzip der politischen Autonomie einzig der konkrete demokratisch verfasste Souverän die autoritative Hoheit. Das *erste* Paradox demokratischer Legitimität zeigt sich in der praktischen „Notwendigkeit“ einer freiwilligen menschenrechtlichen Selbstbindung durch den demokratisch erzeugten Willen des Souveräns, der als real existierendes Gemeinwesen immer auch anders entscheiden kann und dem Prinzip der politischen Selbstgesetzgebung entsprechend anders entscheiden darf. Diese Spannung zwischen dem demokratischen Autonomieideal und demokratischer Menschenrechtsverpflichtung ist nicht grundsätzlich zu lösen (Benhabib 2008: 39). Vielmehr bedarf es einer Vermittlung zwischen den beiden Prinzipien, die vor der Folie des demokratischen Selbstverständnisses immer wieder neu auszuhandeln ist.¹ „Demokratische

¹ Die Pointe eines permanenten diskursiven Aktualisierungs- und Institutionalisierungsbedarfs verdankt sich nicht nur dem systematischen Zusammenhang zwischen der menschlichen Willkürfreiheit und der Autonomie als moralischer Selbstgesetzgebung, in der ein freier Wille und ein Wille unter dem moralischen Gesetz „einerlei“ sind (Kant 1785/1968: 447,7). Vielmehr resultiert sie ebenso aus dem besonderen Verhältnis von moralischer und politischer Autonomie. „Die in der moralischen Autonomie der einzelnen begründeten Menschenrechte gewinnen eine positive Gestalt allein durch die politische Autonomie der Staatsbürger“ (Habermas 1992/1994: 123). Die dieser Beziehung zwischen

Selbstbindungen“ verlangen eine „Reaktualisierung und Neuverhandlung als demokratische Absichten in tatsächlichen Gemeinwesen“ (ebd.).² Gleiches gilt für das *zweite*, innere Paradox demokratischer Legitimität. Worin besteht es?

Das Prinzip der politischen Autonomie und der Volkssouveränität bestimmt nicht nur nach außen den Willen des demokratischen Souveräns. Vielmehr ist es auch und gerade im Binnenverhältnis seiner Glieder zueinander bindend. Denn gemäß der demokratischen Idee soll sich jede Rechtsadressatin und jeder Rechtsadressat eines politischen Gemeinwesens zugleich als Rechtsautorin bzw. Rechtsautor verstehen können. „Volkssouveränität bedeutet, dass alle Angehörigen des *demos* berechtigt sind, bei der Entscheidung über die Gesetze, durch die der *demos* sich selbst regiert, eine Stimme zu haben“ (ebd. 41). In diesem Ideal der Selbstregierung fließen das Autonomieprinzip und die menschenrechtliche Orientierung ineinander. Das Autonomieprinzip gibt vor, dass alle, die der Jurisdiktion einer politischen Gemeinschaft unterworfen sind, nicht bloß fremdbestimmten Gesetzen gehorchen, sondern durch frei zugängliche Wahlen ihrerseits zu Urheberinnen und Urhebern dieser Gesetze werden. Und die menschenrechtliche Orientierung legt fest, wie ein derartiger Anspruch zu gewähren ist: nämlich allgemein, grundrechtlich verbrieft und bedingungslos. Damit hebt sich dieser grundlegende politische

moralischer und politischer Autonomie eigentümliche Spannung zeigt sich auch in den Unterschieden der jeweils für sie maßgeblichen Prinzipien. „Das Moralprinzip ergibt sich nämlich [...] aus einer Spezifizierung des allgemeinen Diskursprinzips für solche Handlungsnormen, die allein unter dem Gesichtspunkt gleichmäßiger Interessenberücksichtigung gerechtfertigt werden können. Das Demokratieprinzip ergibt sich aus einer entsprechenden Spezifizierung für solche Handlungsnormen, die in Rechtsform auftreten und mit Hilfe pragmatischer, ethisch-politischer und moralischer Gründe – und nicht allein aus moralischen Gründen – gerechtfertigt werden [...]“ (ebd. 139). Die verschiedenen Formen der Begründung können jedoch konfligierende „Handlungsnormen“ bestätigen, die dann im demokratischen Diskurs gegeneinander abzuwägen und durch den demokratischen Willen verbindlich zu machen sind. Für den Hinweis auf Habermas danke ich meiner/m anonymen Gutachter/in.

² Anders als Habermas (1992/1994; 1996), der eine Lösung der Spannung zwischen Volkssouveränität und Menschenrechtsorientierung aus dem wechselseitigen Konstitutionszusammenhang von öffentlicher und privater Autonomie bzw. aus einer ihn schützenden „idealisierten“ Menschenrechtsverpflichtung (Benhabib 2008: 39) entwickelt, verfolgt der vorliegende Beitrag einen kontextualistischen Ansatz; vgl. Geuss 2008 sowie Jentsch 2012: 58–63.

Anspruch von solchen Ansprüchen ab, die die Form von Privilegien annehmen bzw. deren Zuerkennung an die Erfüllung weiterer Kriterien wie den sozio-ökonomischen Geburtsstand oder das biologische Geschlecht geknüpft sind. Es ist die menschenrechtliche Orientierung, die das moderne Ideal vom antiken Demokratieverständnis unterscheidet.

Dieses Ideal ist jedoch fragil. Denn gemeinschaftliche politische Akte der Selbstgesetzgebung und der Selbstregierung sind immer auch Akte der „Selbstkonstitution“ und der Bestimmung der inneren und äußeren Grenzen der Zugehörigkeit.

We the People, die wir darin übereinkommen, uns durch diese Gesetze zu binden, definieren uns im Akt der Selbstgesetzgebung zugleich unmittelbar als ein Wir. Es sind nicht nur die allgemeinen Gesetze der Selbstregierung, die dieser Prozess artikuliert; die Gemeinschaft, die sich durch diese Gesetze bindet, definiert sich gleichermaßen dadurch, dass sie Grenzen zieht [...]. Demokratien benötigen Grenzen (ebd. 39).

In der Vorstellung demokratischer Legitimität sind die Zugehörigkeit zum demokratischen Souverän und die Reichweite seiner Jurisdiktion eng aufeinander bezogen. Demokratien müssen daher äußere, territoriale Grenzen ziehen, die ihren Umfang genau definieren. Aber auch im Inneren können explizite oder implizite Beschränkungen bürgerschaftlicher Art enthalten sein. So wie jede Rechtsprechung rechtsverbindliche Merkmale der Geschäfts-, Delikts- und Parteifähigkeit voraussetzt, erfordert bereits die Rechtspositivierung und -konkretisierung ein juridisches Kriterium der Rechtsfähigkeit. Im besten Fall orientieren sich solche Kriterien an einer menschenrechtlichen Auffassung. Im schlechtesten Fall reproduzieren sie, wenn sie unreflektiert bleiben, historisch gegebene Status- und Machtasymmetrien oder soziale Vorurteile, die dann rechtlich wirksam werden und bestimmte Gruppen von einer demokratischen Teilhabe ausschließen.

Im Licht einer modernen, menschenrechtssensiblen Interpretation politischer Selbstregierung können die durch die Rechtsordnung gesetzten Grenzen der Zugehörigkeit problematisch werden. Sie werden problematisch und rechtfertigungsbedürftig dann, wenn ein Teil der Gesetzesunterworfenen von der Partizipation am Selbstgesetzgebungsverfahren ausgenommen ist, weil ihnen das Wahlrecht vorenthalten wird. Die Entscheidung für einen solchen Ausschluss lässt sich nicht wieder auf demokratischem Weg legitimieren. Denn demokratische Legitimität verlangt idealerweise eine Übereinstimmung der Klasse der Entscheidungs-

betroffenen mit der Klasse derjenigen, die am Entscheidungsprozess partizipieren. Traditionell von der Wahl ausgeschlossene Gruppen haben jedoch schon formal keine Stimme in diesem Verfahren. Das allen „Demokratien selbst innewohnende Paradox“ besteht darin, „nicht in der Lage zu sein, die Grenzen der Zugehörigkeit zu ihnen wiederum *demokratisch* zu bestimmen“ (ebd. 41) und ihnen so Rechtmäßigkeit zu verleihen.

Müssen Demokratien mit diesem Legitimitätsdefizit leben? Auch wenn die Grenzen demokratischer Zugehörigkeit nicht wieder auf dem formalen Verfahrensweg legitimiert werden können, besteht immerhin die Möglichkeit, dass inhaltliche Gründe vorliegen, die einen Wahlrechtsausschluss rechtfertigen. In den folgenden Abschnitten wird daher am Beispiel der von Behinderung betroffenen Bürgerinnen und Bürger der Bundesrepublik Deutschland untersucht, was überhaupt damit gemeint sein könnte, ein hinreichendes Argument für einen solchen Ausschluss zu geben. Kritisch zu prüfen ist dann, ob die vom demokratischen Souverän gebilligte Ausschlussregelung tatsächlich, wie behauptet wird, „zwingende“, „objektive“ und „sachgerechte“ Gründe auf ihrer Seite hat.

Aber angenommen, solche zwingenden Gründe liegen nicht vor. Wie können menschenrechtliche Inhalte in den demokratischen Deliberationsprozess eingebracht und schließlich auch politisch durchgesetzt werden? Eine einseitige, sei es naturrechtsphilosophische oder rechtspositivistische Ausrichtung hatte Benhabib verworfen. Während die Naturrechtsphilosophie Menschenrechte als normativen Maßstab von außen an den „popularen Kollektivwillen“ heranträgt und sie so gegen demokratische Bedeutungstransformationen immunisiert, leugnet der Rechtspositivismus ihre unabhängige moralische Autorität und setzt „demokratische Legitimität in eins [...] mit den nach bestimmten Regeln entstandenen Rechtsnormen einer souveränen Legislative“ (ebd. 47). Statt bei einem dieser Extreme Zuflucht zu nehmen, schlägt Benhabib das Modell einer „jurisgenerativen Politik“ vor, „das es uns erlaubt, schöpferische Interventionen zu denken, die zwischen universellen Normen und dem Willen demokratischer Mehrheiten vermitteln“ (ebd.). Das Konzept dient Benhabib weniger als Vorbild für die formale Legitimierung, sondern vielmehr für die Erzeugung und kognitive Erweiterung zustimmungsfähiger Inhalte. Nach ihrer Auffassung verdankt sich der heuristische Wert einer „jurisgenerativen Politik“ der demokratischen „Iteration“ von Normen, welche

„niemals bloß ein Akt der Wiederholung“, sondern immer auch eine „Transformation“ und ein „Widerruf“ traditionell gegebener, normativer Bedeutungsinhalte ist (ebd. 46). Demokratische Iterationen „verändern nicht nur etablierte Auffassungen, sondern transformieren auch, was als begründete oder etablierte Sicht eines autoritativen Präzedenz gilt“ (ebd.).

Benhabibs Modell möchte eine Erklärung dafür geben, wie in „die Prinzipien und Normen, die dem demokratischen Willen zur Grundlage dienen, [...] neue semantische Kontexte einfließen, die es ermöglichen, dass die Bedeutung von Rechten sich ändert“ (ebd. 48). Mit ihrer These, dass demokratische Iterationen bedeutungstransformierend wirken, verbindet Benhabib zugleich die Zuversicht, auf diesem Weg könne eine fortschreitende positiv-rechtliche Verankerung menschenrechtlicher Ansprüche vorangetrieben werden. Sie hofft, dass eine „jurisgenerative Politik [...] zu einer zunehmenden Bedeutung der Inanspruchnahme“ moralischer Rechte führen wird (ebd. 47).

Wodurch aber ist sichergestellt, dass die durch eine gegebene Rechtsordnung begünstigte, nämlich partizipationsberechtigte Mehrheit die Anwaltschaft für die moralischen Rechte ausgeschlossener Minderheiten übernehmen wird? Immerhin räumt Benhabib selbst die Möglichkeit ein, dass „keine normativen Lernprozesse statt[finden]“ und „die Mehrheit des *demos* [...] die Rechte der Minderheit mit Füßen“ tritt (ebd.). Den ausgeschlossenen Minderheiten müssten bereits positiv-rechtlich geschützte Möglichkeiten gesellschaftlicher und politischer Partizipation zugänglich sein, um ihre moralischen Ansprüche wenigstens in den politischen Diskurs einbringen und ihre Gründe öffentlich machen zu können. Diesen praktischen Zirkel können Demokratietheorien, die sich nicht entweder auf eine rechtspositivistische oder eine naturrechtliche Perspektive reduzieren, kaum vermeiden (vgl. Gerstenberg 1997: 27 ff., 38 ff.). Aber sie haben die Möglichkeit, mehr oder weniger adäquat auf ihn zu reagieren. Das betrifft zuerst ihr Erkenntnisinteresse. In dieser Hinsicht ist Benhabibs Konzept unterbestimmt und daher mit Blick auf die anstehende Analyse ergänzungsbedürftig.

Das Modell der „jurisgenerativen Politik“ skizziert ein *ideales* Verfahren, das eine allgemeine, herrschaftsfreie Bürgerbeteiligung an der Konkretisierung von Menschenrechtsansprüchen unterstellt. Dieses Konzept schließt Deutungsprivilegien einzelner sozialer Gruppen oder Definitionsmonopole institutioneller Art bereits aus und setzt eine allgemeine Zugäng-

lichkeit zur rechtsinterpretierenden Praxis voraus. Es ist ergänzungsbedürftig unter anderem deshalb, weil seine Anwendung unter *nicht-idealen* Bedingungen nicht schon sicherstellt, dass das Verfahren tatsächlich die Kriterien der Herrschaftsfreiheit und der Transparenz erfüllt. So können etwa öffentlich vortragene Gründe für legislative Entscheidungen, die Minderheiten Grundrechte aberkennen und dafür um Zustimmung werben, die öffentliche Meinungs- und Willensbildung unter dem Deckmantel scheinbarer Sachangemessenheit manipulieren und bestehende Machtasymmetrien und Privilegien verfestigen, indem sie diese begrifflich reproduzieren und als notwendige Unterschiede verkleiden. Dass Deutungsmonopole im demokratischen Kontext mitunter tatsächlich durch unzulässige Naturalisierung und Verallgemeinerung willkürlicher Differenzierungen verteidigt werden, soll die nachstehende Analyse der offiziellen Begründung des § 13 Nr. 2 BWahlG zeigen. Solche Mechanismen symbolischer Machtausübung aufzudecken, ist Aufgabe der politischen Philosophie als Ideologiekritik (Geuss 2010: 423).³ Das ideologiekritische Unternehmen ersetzt das ideale Modell demokratischer Rechtsinterpretation jedoch nicht, sondern ergänzt es vielmehr.

2. Eine erste unangemessene Antwort auf das innere „Paradox demokratischer Legitimität“: *Ableismus*

Demokratisch verfasste Gemeinwesen, die Beschränkungen bürgerschaftlicher Art enthalten, sind mit einer besonderen Begründungsanforderung belastet – so die Lektion der vorangegangenen Überlegungen zum inneren Paradox demokratischer Legitimität. Das gilt insbesondere dann, wenn die fraglichen Begrenzungen rechtlich gesetzt, das heißt mit der Befugnis zu zwingen bewehrt sind. In diesem Fall bedarf es gegenüber jenen, die zwar unter der Jurisdiktion einer demokratischen Gemeinschaft stehen, aber formal vom demokratischen Selbstbestimmungs- und Legitimationsverfahren ausgeschlossen sind, *zwingender* Gründe.

³ Mit Blick auf die jeweils unterschiedlichen methodischen Konzepte der Ideologiekritik hat Geuss (1981: 55-74) eine analytische Gegenüberstellung des ‚kontextualistischen‘ und des ‚transzendentalistischen‘ Zweigs der Kritischen Theorie vorgelegt. Zu Geuss` eigenem, kontextualistischen Ansatz der Ideologiekritik siehe etwa Geuss 2008.

Den Begriff des „zwingenden“ oder „besonderen rechtfertigenden Grundes“ hat auch das Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommen, um die Begründungslast zu verdeutlichen. Eine Zuerkennung des Wahlrechts dürfe nicht von Voraussetzungen wie etwa dem Einkommen, der Bildung und der Lebensstellung abhängen, oder allgemeiner gesprochen: von Bedingungen, die nicht jede Bürgerin und jeder Bürger erfüllt. Die Allgemeinheit der Wahl sei zwar nicht „in voller Reinheit“ zu verwirklichen. Allerdings könnten Ausnahmen nur dann als zulässig bewertet werden, wenn es „zwingende Gründe für ihre Einschränkung gibt“ (BVerfGE 28, 225; 36, 141). Das Bundesverfassungsgericht gibt jedoch nicht an, welches Kriterium Gründe dieser Art auszeichnet. Was macht einen Grund zu einem zwingenden Grund?

Eine mögliche Auslegung findet sich in einem Kommentar zu Art. 38 des Grundgesetzes: „Alle diese Einschränkungen ergeben sich aus dem Wesen des aktiven Wahlrechts, sind historisch erhärtet und entsprechen auch dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG“ (Maunz-Dürig: Komm. z. GG Art. 38 Rdn. 40). Aus der Interpretation lassen sich drei Bedingungen rekonstruieren, von denen die ersten beiden geeignete Kandidaten zu sein scheinen, um die gesuchte Klasse von Gründen zu kennzeichnen: *Erstens* müssen die betreffenden Gründe einen inneren Zusammenhang zwischen der Bedeutung des allgemeinen Wahlrechts und dem rechtlich gesetzten Ausschlusskriterium belegen. *Zweitens* haben sie die Vereinbarkeit des Ausschlusskriteriums mit dem in Art. 3 des Grundgesetzes ausgeführten Gleichheitssatz aufzuzeigen. Und *drittens* sollen sie die rechtshistorische Kontinuität des Ausschlussgrundes im Kontext des Gleichheitssatzes bestätigen.

Die dritte Bedingung ist klar zurückzuweisen. Sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch die Bundesregierung haben das Argument der historischen Kontinuität als notwendige und hinreichende Begründung angeführt, um die Rechtmäßigkeit eines Wahlrechtsausschlusses und seine Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz zu dokumentieren. Leander Palleit stellt in diesem Zusammenhang zu Recht fest, dass „ein solch pauschaler Verweis auf historische Ansichten nicht [genügt], um einen Wahlrechtsentzug auch für die Gegenwart zu legitimieren. Sonst könnte letztlich auch den Frauen das Wahlrecht unter Verweis auf tradierte Auffassungen weiterhin verweigert werden. [...] Früher gültige Rechtsauffassungen können für die Gegenwart nicht unhinterfragt beibehalten werden.

Sie müssen vielmehr auch nach heutigen Maßstäben gerechtfertigt sein“ (Palleit 2011: 13).

Die historische Kontinuität eines Wahlrechtsausschlusses ist nicht nur kein hinreichender Grund, ihn beizubehalten. Vielmehr gibt die historische Tatsache der Rechtskontinuität umgekehrt Anlass, gerade solche Ausnahmen von der Allgemeinheit der Wahl kritisch zu prüfen, die auf eine lange Geschichte der politischen Exklusion bestimmter Gruppen zurückgehen. Demokratien setzen Grenzen der Zugehörigkeit, die sie nicht demokratisch legitimieren können, weil traditionell ausgeschlossene Gruppen im demokratischen Verfahren keine Stimme haben. Dennoch sind diese Grenzen im gesetzten Recht wirksam. Durch ein rechtshistorisches Argument kann die Kluft zwischen Legalität und mangelnder Legitimität nicht überbrückt werden. Vielmehr birgt es die Gefahr, dass „legale“ mit „legitimen“ Grenzen unreflektiert gleichgesetzt und zu gesetzgeberischen Stereotypen verdichtet werden. Diese Möglichkeit hat der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* zum Anlass genommen, die staatliche Handlungsfreiheit einzuschränken: „[W]enn eine Einschränkung der Grundrechte für eine [...] Gruppe der Gesellschaft gilt, die in der Vergangenheit bereits erhebliche Diskriminierung erlitten hat [...], ist] der Ermessensspielraum des Staates erheblich geringer [...]. Der Grund für diesen Ansatz [...] liegt darin, dass derartige Gruppen historisch Vorurteilen ausgesetzt waren [...]. Derartige Vorurteile können zu legislativen Klischees führen“ (EGMR 2010: Rn. 42). Ein undifferenzierter Verweis auf die Rechtsgeschichte ist daher für eine Rechtfertigung des Wahlrechtsausschlusses untauglich. Das rechtshistorische Argument verfehlt den vom Bundesverfassungsgericht und der Bundesregierung intendierten Begründungszweck.

Die erste Bedingung lässt sich wie folgt formulieren: Gesucht werden Gründe, die einen notwendigen, nämlich begrifflich-logischen Zusammenhang zwischen der Bedeutung des allgemeinen Wahlrechts und dem rechtlich gesetzten Ausschlusskriterium belegen. Gründe dieser Art können jedoch für sich genommen keine „zwingenden“ oder „besonderen rechtfertigenden“, sondern lediglich *erklärende* Gründe für einen Wahlrechtsausschluss sein.⁴ Denn die jeweilige Bedeutung des allgemeinen Wahlrechts hängt von demokratietheoretischen Annahmen über den Sinn

4 Die philosophische Unterscheidung zwischen erklärenden und rechtfertigenden oder zwingenden Gründen erläutert ausführlich Steinworth 1990:140-143, 162-164.

und Zweck demokratischer Selbstbestimmung und politischer Grundrechte sowie über die Merkmale demokratischer Legitimität ab. Sie bedürfen ihrerseits der Begründung. Das heißt, das Argument „zwingt“ nur unter der Voraussetzung, dass die Verbindlichkeit des vorausgesetzten Demokratiekonzepts nachgewiesen ist.

Gleiches gilt auch für die zweite Bedingung, nämlich die der Verträglichkeit des Ausschlusskriteriums mit dem Gleichheitssatz. Worin die maßgeblichen Hinsichten der Gleichheit und der willkürlichen Ungleichheit bestehen, bestimmt unter anderem das demokratiethoretische Hintergrundmodell. Dieses kann möglicherweise zwar erklären, aber nicht im strengen Sinne rechtfertigen, warum bestimmte Ausnahmen von der Allgemeinheit der Wahl verboten oder andere zulässig sind. Zwingend wäre das Argument zugunsten eines Wahlrechtsausschlusses erst dann, wenn zusätzlich gezeigt würde, dass seine demokratiethoretischen Prämissen vernünftigerweise nicht verworfen werden können. Im Folgenden wird daher zu prüfen sein, ob die deutsche Bundesregierung für den von ihr verteidigten Wahlrechtsausschluss nicht nur einen erklärenden, sondern auch einen rechtfertigenden oder zwingenden Grund vorgelegt hat. Zuvor ist ein kurzer Blick auf den Gegenstand ihrer Rechtfertigung hilfreich.

2.1 Zur Rechtssituation in der Bundesrepublik Deutschland: Der pauschale Wahlrechtsausschluss

Die Bedingungen, unter denen behinderten Menschen *automatisch* das Wahlrecht entzogen ist, sind in § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG niedergelegt. Dort heißt es: „Ausgeschlossen vom Wahlrecht ist [...] derjenige, für den zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist“ (§ 13 Nr. 2 BWahlG). Das bedeutet, eine gerichtliche Betreuerbestellung für alle Angelegenheiten bildet die formale Grundlage des Wahlrechtsentzugs. Trotz seines scheinbar unparteilichen Wortlauts ist der Gesetzestext jedoch keineswegs neutral gegenüber dem „gruppenspezifischen“ Kriterium der Behinderung. Denn in Kombination mit § 1896 Abs. 1 BGB, der die rechtliche Betreuung regelt, können nur Menschen mit einer „psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung“ vom Wahlrechtsausschluss betroffen werden. Für sie allein kann „auf [...] Antrag

oder von Amts wegen“ überhaupt eine Betreuung angeordnet werden.⁵

Aufgrund gleichlautender Vorschriften umfasst der Wahlrechtsausschluss behinderter Menschen auch die Teilnahme an Europa-, Landtags- und Kommunalwahlen. Die Rechtsfolgen dieser Vorschriften bedrohen ausschließlich und systematisch Bürgerinnen und Bürger mit Behinderungen und sind zudem kaum bekannt. Insgesamt ist in der Bundesrepublik Deutschland nach Schätzung des *Deutschen Instituts für Menschenrechte* einer fünfstelligen Zahl behinderter Menschen das Wahlrecht von Rechts wegen verwehrt (Palleit 2012: 1). Eine offizielle Datenerhebung wurde trotz mehrerer parlamentarischer Anfragen bislang von der Bundesregierung nicht vorgelegt.

Der Bruch sowohl verfassungsrechtlicher als auch völkerrechtlicher Normen durch das deutsche Bundeswahlgesetz wurde vielfach aufgezeigt und kritisiert. So stellt die *Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention* fest: „Dieser pauschale Ausschluss einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ist nicht zu rechtfertigen und stellt sowohl nach menschenrechtlichen als auch nach verfassungsrechtlichen Maßstäben eine unzulässige Ungleichbehandlung dar“ (ebd.). Der nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zulässige Spielraum für eine Wahlrechtseinschränkung wird „hier wegen der Verletzung des menschenrechtlichen Diskriminierungsverbotes überschritten, insbesondere in Verbindung mit Artikel 29 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) und Artikel 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt), die beide die gleichberechtigte politische Teilhabe aller Menschen verbiefen. Beide Verträge gelten in Deutschland unmittelbar und sind auch bei der Auslegung [...] des Grundgesetzes zu beachten“ (ebd.).

In einem europäischen Rechtsvergleich zählt die *Grundrechteagentur der Europäischen Union* daher die Bundesrepublik Deutschland zu denjenigen Staaten, die durch ihre rechtlich gesetzten Ausschlussmerkmale

⁵ Nach § 13 Nr. 3 BWahlG sind Personen ebenfalls dann vom Wahlrecht ausgeschlossen, wenn sie sich im Rahmen des Maßregelvollzugs in einer psychiatrischen Einrichtung befinden. Auch dieses Ausschlusskriterium wertet die *Allianz der deutschen Nichtregierungsorganisationen zur UN-Behindertenrechtskonvention* in ihrem Parallelbericht als eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung behinderter Menschen, da Straftäterinnen und „Straftäter ohne Behinderungen“, die keiner psychiatrischen Begutachtung mit entsprechender Gerichtsanordnung unterworfen wurden, „in der Regel wählen dürfen.“ (BRK-Allianz 2013: 73).

tief in die politischen Mitwirkungsrechte von Menschen mit Behinderungen eingreifen (FRA 2010: 21, 32). Rechtssystematisch unterscheidet sie drei Klassen von Rechtsstrukturen: (1) solche, in denen die Erfüllung eines bestimmten Rechtskriteriums automatisch einen „Ausschluss von der politischen Teilhabe“ nach sich zieht, (2) diejenigen, die eine „eingeschränkte politische Teilhabe“ zulassen, und (3) jene, die allen Bürgerinnen und Bürgern gleichermaßen „volle politische Teilhabe“ garantieren.

Die in § 13 BWahlG niedergelegten Vorschriften ordnet die Grundrechteagentur der ersten Klasse zu, weil der Wahlrechtsausschluss wirksam wird „unabhängig vom jeweiligen tatsächlichen und/oder individuellen Maß an funktionellen Fähigkeiten oder ungeachtet der Frage, ob es sich im jeweiligen Einzelfall um eine geistige Behinderung oder ein psychisches Gesundheitsproblem handelt“ (ebd. 19). Von der zweiten Klasse, die eine Einzelfallabwägung vorsieht und amtliche Verfahren zur individuellen Prüfung der Wahlfähigkeit rechtsverbindlich macht, ist die deutsche Rechtsituation formal zu unterscheiden. Denn ein Ausschluss von der politischen Teilhabe wird hier pauschal und automatisch durch eine gerichtliche Betreuerbestellung in allen Angelegenheiten ausgelöst. Wie begründet die Bundesregierung die Rechtslage?

2.2 Das Argument der deutschen Bundesregierung und seine Widerlegung

Auch die Bundesrepublik Deutschland gehört zu den Vertragsstaaten des *Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*. Die Konvention verlangt in ihrem Artikel 29 von den Unterzeichnerstaaten unter anderem, „sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können, sei es unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter oder Vertreterinnen, was auch das Recht und die Möglichkeit einschließt, zu wählen und gewählt zu werden“.⁶ Trotz der damit eingegangenen Gewährleistungsverpflichtung hält die Bundesregierung weiterhin an ihrer ablehnenden Haltung fest, das Wahlgesetz entsprechend zu ändern. Sie hat ihren Standpunkt

⁶ Vgl. den durch Beschlussfassung des Deutschen Bundestags mit Zustimmung des Bundesrates am 21. Dezember 2008 autorisierten Gesetzestext, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil II Nr. 35, ausgegeben zu Bonn am 31. Dezember 2008, Blatt 1441-1442.

in ihrem *Nationalen Aktionsplan zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention* noch einmal bekräftigt (BMAS 2011: 86). Warum? Immerhin geht es nicht um den Entzug eines beliebigen Rechts, sondern um eine Aberkennung des politischen Grundrechts *par excellence*: des aktiven und passiven Wahlrechts.

Die Antwort hat sie in ihrer *Denkschrift zur UN-Behindertenrechtskonvention* aus dem Jahr 2008 gegeben (BT-Drs. 16/10808: 63 f.).⁷ In ihren kurzen Ausführungen verbindet die Bundesregierung die Gründe für einen Wahlrechtsausschluss mit dem Anspruch objektiver Angemessenheit. An dem Wahlrechtsausschluss nach § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG sei festzuhalten, „weil das Wahlrecht als höchstpersönliches Recht nur Personen zustehen soll, die rechtlich in vollem Umfang selbstständig handlungs- und entscheidungsfähig sind“ (ebd. 64). Um eine Vereinbarkeit ihrer Haltung mit den völkerrechtlichen Vorgaben zu demonstrieren, verweist sie auf das in Artikel 25 des *UN-Zivilpaktes* verankerte Recht der allgemeinen und gleichen Wahl. Für das dort formulierte politische Recht sei „allgemein anerkannt, dass ein Ausschluss vom Wahlrecht auf gesetzlich niedergelegten Gründen beruhen darf, die objektiv und angemessen sind“ (ebd.). Die Bedingungen der Objektivität und der Angemessenheit sieht die Bundesregierung im deutschen Bundeswahlgesetz erfüllt. Lassen sich ihre beiden Argumente, (1) das völkerrechtliche und (2) das verfassungsrechtliche, bestätigen?

(1) In Artikel 25 des *UN-Zivilpaktes* von 1966, aus dem die *UN-Behindertenrechtskonvention* hervorgegangen ist, heißt es lediglich: „Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied [...] und ohne unangemessene Einschränkungen [...] zu wählen und gewählt zu werden“ (vgl. BGBl. 1973 II 1553). Der Rechtstext selbst lässt offen, ob es überhaupt angemessene Ausnahmen von der Allgemeinheit der Wahl gibt. Dreißig Jahre später hat der *UN-Menschenrechtsausschuss* den Artikel in seiner *Allgemeinen Bemerkung Nummer 25* interpretiert.⁸ Der Ausschuss stellt dort

⁷ Auch in ihrer Erwiderung auf eine 2011 von mehreren Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gestellten Großen Anfrage verweist die Bundesregierung lediglich auf ihr Argument der Denkschrift. Vgl. BT-Drs. 17/5323:12.

⁸ Die „Allgemeine Bemerkung Nr. 25“ des UN-Menschenrechtsausschusses von 1996 deutet und konkretisiert Artikel 25 des *Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte* (Zivilpakt) vom 16.12.1966, der 1976 in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten ist. Vgl. dazu Palleit 2011: 5 sowie Hellmann 2012: 4.

zunächst allgemein fest, das Wahlrecht dürfe „nur aus gesetzlich vorgesehenen sowie objektiven und sachgerechten Gründen ausgesetzt [...] werden“ (MRA 1996: Ziff.4). Schließlich äußert er jedoch die Vermutung, dass es unter bestimmten Bedingungen begründet sein könne, „einer Person [das Wahlrecht] zu verweigern, deren geistige Unzurechnungsfähigkeit feststeht“ (ebd.; vgl. Palleit 2011: 6; Hellmann 2012: 4). Diese Auffassung hat das *Deutsche Institut für Menschenrechte*, das die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention überwacht, in einem Policy Paper von 2011 als überarbeitungsbedürftig kritisiert (Palleit 2011: 6).⁹ Die Regierung erweckt dagegen in ihrer Denkschrift den Eindruck, die Rechtsauslegung des UN-Menschenrechtsausschusses sei „allgemein anerkannt“ (BT-Drs. 16/10808: 64). Genau genommen stützt sich ihre These aber nicht auf den verbindlichen Rechtstext des UN-Zivilpaktes, sondern auf seine umstrittene Deutung durch den UN-Menschenrechtsausschuss.

(2) Die Bundesregierung verknüpft das Ausschlusskriterium der „Betreuung in allen Angelegenheiten“ mit dem Anspruch der objektiven Angemessenheit und der Verfassungsmäßigkeit. Zum Beleg führt sie das Grundprinzip der Höchstpersönlichkeit der Wahl an. Dieses Prinzip ist zwar nicht verfassungsrechtlich verankert, wird aber in der juristischen Praxis als ein ungeschriebener Grundsatz von Verfassungsrang angenommen (Peschel-Gutzeit 2004). Nach ihm ist das Wahlrecht unveräußerlich und nicht übertragbar. Die Regierung argumentiert, dass an dem Wahlrechtsausschluss festzuhalten sei, „weil das Wahlrecht als höchstpersönliches Recht nur Personen zustehen soll, die rechtlich in vollem Umfang selbstständig handlungs- und entscheidungsfähig sind“ (BT-Drs. 16/10808: 64). Die vollumfängliche selbstständige Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit bezeichnet in diesem Zusammenhang keine natürliche, sondern eine rechtliche Eigenschaft: die im juristischen Sinne uneingeschränkte Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit. Eigenschaften dieser Art unterscheiden sich von natürlichen Eigenschaften oder Fähigkeiten dadurch, dass sie einer Person als normativ-rechtliches Merkmal zu- oder abgesprochen werden können (vgl. Kiesewetter 2009: 12 ff.).

⁹ Bereits die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA 2010: 10) hatte die Auslegung des UN-Menschenrechtsausschusses zurückgewiesen; dazu Hellmann 2012: 6.

Das Argument der Bundesregierung lässt sich so erläutern: Die Eigenschaft der rechtlich uneingeschränkten Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit ist eine notwendige Bedingung für die Zuerkennung des Wahlrechts. Denn dessen Ausübung darf nach dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit nicht delegiert werden. Der rechtliche Status einer Person, deren Entscheidungs- und Handlungskompetenz im juristischen Sinne durch die gerichtliche Anordnung einer „Totalbetreuung“ beschnitten wurde, lässt sich nicht mit dem Status der Wahlrechtsträgerschaft vereinbaren. Weil das Höchstpersönlichkeitsprinzip gleichsam Verfassungsrang hat und keine Stellvertretung bei der Wahrnehmung des Wahlrechts erlaubt, eine Betreuung in allen Angelegenheiten aber eine umfassende rechtliche Stellvertretung vorsieht, ist es legitim und aus Gründen der Rechtskonsistenz sogar geboten, das Wahlrecht aufgrund des Rechtsmerkmals der „Betreuung in allen Angelegenheiten“ automatisch und pauschal zu entziehen. Darin besteht nach Auffassung der Bundesregierung offenbar der innere Zusammenhang zwischen dem rechtlich gesetzten Ausschlusskriterium und der Bedeutung des Wahlrechts. Was zunächst nach einem plausiblen erklärenden Grund aussieht, wirft jedoch kritische Fragen auf.

Die demokratische Idee, nach der jede Rechtsadressatin und jeder Rechtsadressat zugleich als Autorin bzw. Autor dieses Rechts behandelt werden sollte, ist zwar eng mit der Vorstellung der Unvertretbarkeit der Bürgerinnen und Bürger im demokratischen Legitimationsakt verknüpft. Trotzdem wurde das Prinzip der Höchstpersönlichkeit der Wahl kritisiert – nicht zuletzt deshalb, weil es verhindere, dass die Interessen und Belange *aller* Teile der Bevölkerung, auch die von Menschen mit Behinderung, in demokratischen Entscheidungen angemessen berücksichtigt werden.¹⁰ Doch auch unabhängig von diesem Einwand liefert das Höchstpersönlichkeitsprinzip keine Rechtfertigung für einen pauschalen Wahlrechtsausschluss. Denn beide, sowohl die Kritikerinnen und Kritiker des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes als auch seine Befürworterinnen und Befürworter, teilen eine unbestätigte Auffassung: nämlich die Annahme, dass die Idee der Unvertretbarkeit mit der der Unterstützung unverträglich ist. Danach wäre ein zulässiger Wahlakt stets ein *nicht-unterstützter* Akt, dessen Ausübung gemäß den Kritikerinnen des Höchstpersönlichkeitsprinzips auf

¹⁰ Analog argumentiert Peschel-Gutzeit 2004 zugunsten einer Öffnung des Wahlrechts für Kinder.

andere Personen übertragen werden kann und gemäß seinen Verfechterinnen nicht delegiert werden darf. Für das Konzept der Subsidiarität haben beide Seiten keinen Platz.¹¹

Tatsächlich ist aber „Unterstützung“ nicht mit „Stellvertretung“ gleichzusetzen und die Idee der autoritativen Hoheit über eine Entscheidung durchaus mit der Vorstellung der unterstützten Entscheidung vereinbar. In der demokratischen Praxis haben Parteien und Regierung einen politischen Bildungsauftrag. Dieser besteht nicht nur darin, den wahlberechtigten Bürgerinnen und Bürgern durch einen freien Zugang zu politikrelevanten Informationen eine politisch *vernünftige* Entscheidung zu ermöglichen. Vielmehr haben sie ebenso den Auftrag, in frei zugänglichen Diskussionsveranstaltungen und Deliberationsforen die Entwicklung der *autonomen* Entscheidungskompetenz aller zu befördern. Sowohl die politische Bewusstseinsbildung als auch die politische Willensbildung werden als Kompetenzen aufgefasst, die erst entfaltet werden müssen und in ihrer Entwicklung auf Unterstützung angewiesen sind.

Das Argument der Bundesregierung hingegen zieht auf der Grundlage sozialer Klischees eine Demarkationslinie zwischen der wahlberechtigten Bürgerschaft, deren Mitglieder mutmaßlich *ex nihilo* mündig bzw. der autonomen Entscheidung fähig sind und daher weder einer Stellvertretung noch der Unterstützung bedürfen, und einem Rest der Bevölkerung, auf den das nicht zutrifft. Die ableistischen Vorurteile über die natürlichen Eigenschaften der Menschen diesseits und jenseits der imaginären Grenze spiegeln sich in ihren rechtlichen Eigenschaften wider und werden durch den pauschalen Wahlrechtsausschluss rechtswirksam. Die

11 Der Begriff der Subsidiarität wird hier nicht in einem spezifisch formal-juristischen Sinn verstanden, sondern als ein normativ-rechtliches Konzept, das willkürliche politische und gesellschaftliche Eingriffe in die *Entfaltung und Ausübung* der Selbstbestimmung und Eigenverantwortung von Bürgerinnen und Bürgern aufzudecken und zu minimieren gebietet. Als Teil eines umfassenderen *Empowerment*-Programms, das die *UN-Behindertenrechtskonvention* in ihrer Prägnanz vor anderen internationalen Menschenrechtsabkommen auszeichnet (Bielefeldt 2009: 4), formuliert das Recht auf *selbstbestimmte unterstützte Entscheidung* kein Sonderrecht für behinderte Menschen. Das heißt: Es konkurriert nicht mit dem Menschenrechtsschutz, dessen universellem Geltungsanspruch oder dessen moralischem Gehalt, wie er in anderen Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen bereits angelegt ist; dazu Graumann 2011: 115-134.

empirischen Annahmen, die ihnen zugrunde liegen, sind nicht bestätigt und daher willkürlich.

In ihrem *Aktionsplan* hat die Bundesregierung ausdrücklich und geltendem Recht entsprechend anerkannt, dass eine gerichtliche Betreuerbestellung die allgemeine Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer Person im juristischen Sinne nicht berührt (BMAS 2011: 90). Es gilt der Grundsatz, dass das Betreuungsrecht keinen Einfluss auf die rechtliche Handlungsfähigkeit des betreuten Menschen haben darf. Der rechtliche Status der Betreuung zieht daher nicht automatisch den der Geschäftsunfähigkeit oder einen sogenannten Einwilligungsvorbehalt nach sich. Nur in Ausnahmefällen und für konkret bezeichnete Bereiche können die Gerichte unabhängig vom Status der rechtlichen Betreuung einen solchen Einwilligungsvorbehalt verfügen, der die rechtliche Handlungsfähigkeit einer Person einschränkt – nämlich im Fall der Selbstschädigung der Person oder ihres Vermögens (§ 1903 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Allgemein ist nach § 104 BGB geschäftsunfähig, „wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand“ befindet. Eine „Totalbetreuung“ hingegen ist gemäß dem Kriterium anzuordnen, dass ein volljähriger Mensch aufgrund seiner Behinderung nicht in der Lage ist, alle seine Angelegenheiten allein zu besorgen. Da beide Kriterien jeweils unterschiedlichen Zwecken dienen sowie rechtlich und sachlich voneinander unabhängig sind, ist nicht zu erkennen, warum allen Menschen, für die eine Betreuung in allen Angelegenheiten verfügt ist, pauschal das Wahlrecht abgesprochen werden könnte. Zudem bedeutet eine solche Regelung eine Schlechterstellung gegenüber jenen, die ihre Angelegenheiten mittels einer Vorsorgevollmacht geregelt haben und für die daher in der Regel eine gerichtlich bestellte rechtliche Betreuung entfällt. Folglich bleibt ihnen das Wahlrecht erhalten (Palleit 2011: 11, 14 f.; 2012: 2).

Nach der Logik des Arguments der Bundesregierung müsste unterstellt werden, dass sich *alle und nur* diejenigen, für die eine umfassende Betreuung angeordnet wurde, „in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand“ befinden, der eine Anwendung des Subsidiaritätsprinzips nicht erlaubt – eine Annahme, die sachlich nicht gerechtfertigt und ableistisch ist. Daher ist das Argument der Bundesregierung selbst dann zu verwerfen, wenn wir zugestehen, dass das Höchstpersönlichkeitsprinzip als ein zentrales Element der demokratischen Idee Verfassungsrang haben sollte. Denn es ist weder der Fall, dass das *Höchstpersönlichkeitsprinzip*, das eine Stellvertre-

tung bei der Wahrnehmung des Wahlrechts verbietet, mit dem *Subsidiaritätsgrundsatz*, der eine unterstützte Entscheidung erlaubt, prinzipiell unvereinbar ist. Noch ist es der Fall, dass die Willensäußerungen aller Personen, für die eine *Betreuung in allen Angelegenheiten* eingerichtet wird, das Kriterium des „den freien Willen ausschließenden Zustandes“ erfüllen oder erfüllen müssen. Die gerichtliche Beschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit, die aus einer Feststellung der Geschäftsunfähigkeit einer Person resultiert, ist nämlich verfahrensmäßig eigenständig und funktional sowie kriteriell unabhängig von der Betreuerbestellung durch ein Gericht.

Eine Überprüfung der Rechtfertigung kann demnach den Anspruch der Bundesregierung nicht bestätigen, dass das Kriterium für einen pauschalen Wahlrechtsausschluss auf objektiven und angemessenen Gründen beruht. Es liegen keine *rechtfertigenden* oder *zwingenden Gründe* vor. Als Antwort auf das innere Paradox demokratischer Legitimität ist sie daher unangemessen. Die *erklärende* Begründung, die sie gibt, stützt sich zum einen auf das Höchstpersönlichkeitsprinzip. Dieses könnte zwar mit Gründen bestritten werden, ist aber grundsätzlich akzeptabel, sofern der in ihm enthaltene Begriff der „Stellvertretung“ nicht mit dem der „Unterstützung“ synonym gebraucht wird. Die empirischen Annahmen der Regierung hingegen sind aufgrund ihrer ableistischen Natur zu verwerfen. Ohne diese ableistischen Voraussetzungen folgt jedoch nicht die von der Bundesregierung gewünschte Konklusion. In welchem Maß ein solcher Ableismus auch „eine Ideologie“ sein kann (Hutson 2010: 61; vgl. Linton 1998: 9; Campbell 2008: 153 ff.; Maskos 2011: 3 ff.), und das heißt mit den Worten von Christiane Hutson: „ein in sich geschlossenes Gedankensystem [...], welches gesellschaftliche Realitäten mit Gewalt hervorbringt“ (ebd.), soll am Beispiel des individualisierten Wahlrechtsausschlusses deutlich werden.

3. Eine zweite unangemessene Antwort auf das innere „Paradox demokratischer Legitimität“: Politischer Privilegismus

Diejenigen, die für eine *ersatzlose* Streichung des § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG eintreten, berufen sich gewöhnlich auf eine Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (EGMR) vom 20.05.2010. Für sich genommen schließt dieses Gerichtshof-Urteil gegen den pauschalen Wahlrechtsausschluss jedoch eine individualisierte Variante des Wahlrechtentzugs

nicht grundsätzlich aus. Ohne ein umfassenderes Argument greift der Verweis auf den europäischen Rechtsspruch daher zu kurz und droht die Wahlrechtsdebatte fehlzuleiten.

Exemplarisch für die verkürzte Argumentation sind die Ausführungen der *BRK-Allianz*. Diese noch junge Allianz, in der 78 nationale Nichtregierungsorganisationen u. a. aus der Behindertenselbstvertretung, Sozialverbänden sowie Gewerkschaften zusammenarbeiten, hat 2013 einen Parallelbericht zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention veröffentlicht.¹² In dem Report heißt es: Der „generalisierte Wahlrechtsausschluss ist willkürlich, weil inhaltlich kein Zusammenhang zwischen der Anordnung einer rechtlichen Betreuung und dem Wahlrecht besteht. Im Betreuungsverfahren wird die Fähigkeit zur Beteiligung an einer Wahl nicht geprüft. [...] Das *generalisierende* Anknüpfungsmerkmal der ‚Totalbetreuung‘ für den automatischen Wahlrechtsausschluss ist [...] nicht angemessen“ (BRK-Allianz 2013: 72 f.; Hervorhebung von S. J.). Als Beleg stützt sich der Bericht ausdrücklich auf den Entscheid des EGMR. Der Gerichtshof wertet dort „die unterschiedslose Aberkennung des Wahlrechts [...], ohne dass eine rechtsförmliche und *individualisierte* Beurteilung stattfindet, als Verstoß gegen Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention“ (EGMR 2010: Rn. 44; Hervorhebung von S. J.).

Legt das Argument nicht den Schluss nahe, dass ein Wahlrechtentzug im Rahmen eines rechtsförmlichen Verfahrens, das eine Prüfung der individuellen Wahlfähigkeit verbindlich vorsieht, legitim ist? Schließlich scheint außer Frage zu stehen, dass ein begrifflich-logischer Zusammenhang zwischen der Bedeutung des allgemeinen Wahlrechts und dem Ausschlusskriterium der individuellen Wahlunfähigkeit vorliegt. Sind damit nicht die Bedingungen der „Objektivität“, der „Nicht-Willkürlichkeit“ und der „Angemessenheit“ als Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit erfüllt?

Die bloße Behauptung eines inneren Zusammenhangs gibt noch keinen erklärenden, geschweige denn einen rechtfertigenden Grund ab, um die Legitimität der fraglichen Rechtsregelung zu zeigen. Fürsprecherinnen und Fürsprecher einer individualisierten „Lösung“

¹² Der Bericht wurde für das turnusmäßige Prüfverfahren (Universal Periodic Review) des *UN-Menschenrechtsrats* verfasst und wird voraussichtlich erst 2014 vom Überwachungsausschuss der Vereinten Nationen geprüft werden.

müssen spezifizieren, welche demokratietheoretischen Annahmen die Bedeutung ihres Wahlrechtsbegriffs bestimmen und warum sie vernünftigerweise nicht verworfen werden können. Das Gleiche gilt für ihre Gegnerinnen und Gegner. Erst eine normative Diskussion auf dieser Ebene kann letztlich entscheiden, ob ein Wahlrechtsausschluss tatsächlich gerechtfertigt ist oder nicht.

3.1 Der *individualisierte Wahlrechtsausschluss* – eine akzeptable Kompromisslösung?

Gemeinhin wird ein individualisierter Wahlrechtsausschluss als die „harmlosere“ und damit akzeptablere Variante bewertet. Aufgrund der rechtsförmlichen Einzelfallabwägung scheint das Verfahren objektiver und angemessener zu sein als ein pauschaler Entzug des Wahlrechts und durch sein spezifischeres Kriterium weniger diskriminierend. Genauer betrachtet bestätigt sich dieser Eindruck jedoch nicht: Die Begründung für einen individualisierten Wahlrechtsausschluss enthält restriktive Prämissen sowohl über das *Dass* der Wahlrechtsausübung als auch über das *Wie*. Diese Annahmen schränken schon auf konzeptioneller Ebene die politische Selbstbestimmung von Bürgerinnen und Bürgern mit Behinderung unter dem Schein der Sachangemessenheit ein.

So schließt das individualisierte Verfahren komatöse Personen vom Kreis der Wahlberechtigten aus, obgleich das Höchstpersönlichkeitsprinzip durch eine Nichtwahrnehmung des Wahlrechts nicht verletzt wird. Dem Ausschluss geht die Annahme voraus, dass die *natürliche* Fähigkeit, das Wahlrecht auszuüben, eine notwendige Bedingung für die *normativ-rechtliche* Zuerkennung des demokratischen Grundrechts ist. Ist diese Voraussetzung überhaupt plausibel? Eine Komapatientin kann zwar das Recht zu wählen nicht ausüben. Aber ist dies ein hinreichender Grund, ihr das Wahlrecht abzuerkennen, obgleich nach dem Gesetz für niemanden sonst eine Wahlpflicht besteht? Wird nicht ein willkürlicher Zusammenhang hergestellt zwischen der normativ-rechtlichen Eigenschaft, das Wahlrecht zu besitzen, und der natürlichen Fähigkeit, es auch auszuüben?

Die im angelsächsischen Sprachraum verbreitete sogenannte Willentheorie des Rechts argumentiert, dass nicht nur die Zuschreibung des Wahlrechts, sondern der Rechte im Allgemeinen an eine „aktive“ Kompetenz des Rechtsträgers bzw. der Rechtsträgerin gebunden ist. Markus Stepanians charakterisiert die

willentheoretische Bedingung der Rechtsträgerschaft so: A besitzt genau dann ein Recht, wenn A die „normative (aber nicht unbedingt die faktische) Fähigkeit besitzt, B's Pflichterfüllung zu kontrollieren. Rechtsträger sei derjenige, der in normativer Hinsicht gleichsam die Zügel in der Hand hält“ (Stepanians 2007: 6 f.).

Jene, die einen individualisierten Wahlrechtsausschluss befürworten, gehen möglicherweise davon aus, dass die „normative Kontrollkompetenz“ im Sinne einer normativ-rechtlichen Erlaubnis wiederum „faktische Fähigkeiten“ der Rechtsträgerinnen und Rechtsträger verlangt (ebd.). Diese Auffassung steht in Gegensatz zu einer menschenrechtlichen Deutung, wie sie auch im deutschen Recht verankert ist. Nach ihr ist die Rechtsfähigkeit eines jeden Menschen von Geburt an und bedingungslos anzuerkennen (Tolmein 2012: 137). Die Anhängerinnen und Anhänger der These, dass eine Zuschreibung von Rechten vom Vorhandensein bestimmter natürlicher Fähigkeiten abhängt, müssten zeigen können, warum A und nur A die Pflichterfüllung anderer nicht nur kontrollieren *darf*, sondern auch kontrollieren *muss*. Wie ein solcher Nachweis aussehen könnte, bleibt unklar. Ohne ihn wäre das Ausschlussverfahren jedoch ableistisch, weil es das Fehlen einer natürlichen Eigenschaft willkürlich zur Richtschnur der Entscheidung über eine Inklusion oder Exklusion macht.

Das Konzept des individualisierten Wahlrechtsausschlusses misst nicht nur in der Frage, *ob* das Wahlrecht wahrgenommen werden kann oder nicht, mit zweierlei Maß. Auch in der Frage, *wie* das Wahlrecht ausgeübt werden muss, gelten demzufolge für Menschen mit Behinderung besondere Bedingungen. Allen anderen dagegen ist das Wahlrecht bedingungslos garantiert. Keinem Wähler und keiner Wählerin, die nicht von Behinderung betroffen ist, wird abverlangt, sich zuvor einem Eignungstest zu unterziehen. Ohne jeden staatlichen Prüfvorbehalt ihrer Wahlfähigkeit, ihrer „vollumfänglichen selbstständigen Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit“ oder ihrer Einsichtsfähigkeit in den Sinn und Zweck demokratischer Selbstbestimmung schließt das allgemeine Wahlrecht die Erlaubnis ein, es aus beliebigem Grund nicht wahrzunehmen und überhaupt nicht zu wählen, aus spontanem Impuls zu wählen oder ohne Sachkenntnis und irrational zu wählen (vgl. Palleit 2011: 13, 17; 2012: 1). Keine dieser Möglichkeiten wird als „objektiv angemessener“, rechtmäßiger Anlass gewertet, um einem Bürger oder einer Bürgerin, die nicht von Behinderung betroffen ist, das Wahlrecht

vorzuenthalten. Warum sollte nicht Gleiches für alle anderen Bürgerinnen und Bürger gelten?

Welcher Art das demokratietheoretische Konzept ist, das einer solchen rechtlichen Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderung zugrunde liegt, lässt sich an der Urteilsbegründung des sogenannten *Maastricht-Urteils* des Bundesverfassungsgerichts vom 12.10.1993 demonstrieren. Das oberste Gericht bestimmt dort unter anderem den Zweck des in Art. 38 GG verbürgten allgemeinen Wahlrechts: Als entscheidendes Mittel der politischen Willensbildung soll seine Ausübung den Bürgerinnen und Bürgern ermöglichen, „durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluss zu gewinnen“ (BVerfG 1993: 90; vgl. 60, 103). Auf den ersten Blick hat es den Anschein, als erkenne das Gericht den umfassenden grundrechtlichen Status des Wahlrechts bedingungslos an.

Auch die Voraussetzungen demokratischer Legitimität formuliert es zunächst inhaltsneutral: „Zu dem [...] nicht antastbaren Gehalt des Demokratieprinzips gehört, daß die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse sich auf das Staatsvolk zurückführen lassen und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortet werden. Dieser notwendige Zurechnungszusammenhang läßt sich auf verschiedene Weise, nicht nur in einer bestimmten Form, herstellen. Entscheidend ist, daß ein hinreichend effektiver Gehalt an demokratischer Legitimation, ein bestimmtes Legitimationsniveau, erreicht wird“ (ebd. 91). Ob ein angemessenes Legitimationsniveau auch dadurch erzeugt werden kann und muss, dass niemand mehr formal von der Partizipation an der politischen Selbstbestimmung ausgeschlossen wird, lässt das Gericht noch offen.

Schließlich legt das Bundesverfassungsgericht die Bedingung eines „hinreichend effektiven Gehalts demokratischer Legitimation“ jedoch qualitativ aus, indem es den deliberativen Aspekt demokratischer Legitimität betont. „Demokratie, soll sie nicht lediglich formales Zurechnungsprinzip bleiben, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer ständigen freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln [...] und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen verformt“ (ebd. 97).

Das oberste Gericht vertritt demnach die demokratietheoretische Auffassung, dass den Bürgerinnen und Bürgern nicht schon allein aufgrund ihrer forma-

len Teilhabe am Wahlverfahren ein Wahlakt als Selbstgesetzgebungsakt zugerechnet werden kann. Vielmehr sei ein demokratischer Akt dann und nur dann selbstgesetzgebend und erzeuge nur dann eine Legitimität der Staatsgewalt und staatlichen Handelns, wenn ihm eine öffentliche Deliberation vorangegangen ist. Der deliberative Diskurs soll das *qualitative* Ergebnis der Wahlentscheidungen und damit dessen Legitimitätsgehalt verbürgen.

Unabhängig davon, dass das Bundesverfassungsgericht seine Qualitätskriterien nicht näher erläutert und die Frage des angemessenen Verfahrens zu ihrer Gewinnung offengelassen hat, ist diese qualitative Deutung demokratischer Legitimität in zwei Hinsichten folgenreich:

- (1) Unter der Bedingung, dass der qualitative Aspekt demokratischer Legitimation gegen den formalen ausgespielt oder der formale Aspekt ganz vernachlässigt wird, bedroht das demokratietheoretische Konzept den grundrechtlichen Status des Wahlrechts und öffnet damit einer privilegistischen Auffassung Tür und Tor.
- (2) Sein Legitimationskriterium entschärft das innere Paradox demokratischer Legitimität nicht, sondern verschärft es vielmehr.

Lassen sich die beiden Annahmen näher erläutern?

3.2 Zwei konkurrierende Konzepte politischer Selbstbestimmung und demokratischer Legitimität

Die zentrale These des qualitativen Legitimitätsmodells besagt, dass demokratische Herrschaft allein durch eine Willensbildung von gewisser Qualität zu legitimieren ist. Selbstgesetzgebend ist danach ein demokratischer Akt dann und nur dann, wenn bestimmte „*vorrechtliche* Voraussetzungen“ erfüllt sind (BVerfG 1993: 97; Hervorhebung von S. J.). Zu ihnen gehört, dass der- oder diejenige, die am Selbstgesetzgebungsakt teilhat, nicht nur fähig ist, das Wahlrecht auszuüben; sie muss auch an dem Deliberationsprozess partizipieren können, der diesem Akt vorausgeht. Demokratische Selbstgesetzgebung sollte, so die normative Annahme dieses Ansatzes, nicht bloß das *willkürliche* Ergebnis einer Aggregation zufälliger Interessen sein, sondern Ausdruck einer überlegten, *epistemisch* qualitätvollen kollektiven Entscheidung. Oder mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: Staatliches Handeln sollte „dem Staatsvolk“ inhaltlich und nicht nur „formal zugerechnet“ werden können.

Aus dem so konstruierten Konzept demokratischer Legitimation ziehen die Befürworterinnen und Befürworter eines individualisierten Wahlrechtsausschlusses folgenden Schluss: Nicht alle, die der rechtsprechenden Gewalt unterstehen, sind auch als Urheberinnen und Urheber der Gesetze, die diese Gewalt binden, zu behandeln. Weil die natürliche Fähigkeit, das Wahlrecht wahrzunehmen und in einer dem qualitativen Standard entsprechenden Weise auszuüben, notwendige Bedingung zur Sicherung demokratischer Legitimität sei, ist es nach ihrer Auffassung rechtmäßig *und* geboten, die Zuerkennung des Wahlrechts an Bedingungen zu knüpfen und Menschen, die diese Bedingungen nicht erfüllen, von der Wahl auszuschließen. Mit diesem Argument rechtfertigen sie den einseitigen Prüfvorbehalt der Wahlfähigkeit behinderter Menschen und gegebenenfalls den Entzug ihres Wahlrechts. Denn nur eine solche qualitative Beschränkung der Klasse derer, die an der demokratischen Selbstgesetzgebung partizipieren, garantiere die „wohlverstandene“ Legitimität der Selbstgesetzgebung.

Doch wer sollte auf welchem Verfahrensweg den Qualitätsmaßstab bestimmen? Sollte die Deutungsmacht bei der Mehrheitsgesellschaft oder gar einer politisch gebildeten Elite liegen? Das Bundesverfassungsgericht verschiebt die Antwort auf diese Fragen in einen „vorrechtlichen“ Bereich, in dem es keinen Schutz vor einer Ungleichverteilung politischer Macht gibt (ebd.).

Das Argument führt in eine weitere Schwierigkeit. Entweder sind Grundrechte als Rechte zu deuten, die allen, die der Jurisdiktion einer Gemeinschaft unterworfen sind, *bedingungslos* zukommen; dann kann das Wahlrecht nach obiger Auffassung nicht als Grundrecht gewährt werden. Oder der Begriff des Grundrechts ist redundant und kein Recht ist vorab davon ausgenommen, lediglich als *bedingtes* Recht interpretiert und zuerkannt zu werden – etwa im Sinne eines Leistungsrechts oder eines „natürlichen“ Rechts, dessen Zuteilung von der willkürlichen Verteilung naturgegebener Eigenschaften abhängt. In beiden Fällen ist jedoch das entscheidende normative Bollwerk moderner Demokratien preisgegeben, das einen Rückfall in ein vor-modernes privilegiertes Demokratieideal verhindern könnte. Denn die Funktion von Grundrechten besteht, wie Benjamin Kiesewetter zeigt, gerade darin, mittels ihrer menschenrechtlichen Ausrichtung ein „Gegengewicht zu solchen Machtverhältnissen“ zu bilden, „in denen sich der Stärkere [...] durchsetzen kann“ (Kiesewetter 2009: 16 f.). Einem

Menschen ein Recht dieser Art zu verweigern, „weil er nicht in der Lage ist, es wahrzunehmen, läuft der Idee solcher Rechte zuwider“ (ebd.).¹³

Gegen die Auffassung, das Wahlrecht nicht als Grundrecht, sondern lediglich als bedingtes Recht oder Privileg zu gewähren, das nicht alle Bürgerinnen und Bürger gleichermaßen genießen, hat auch der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* in der Rechtssache *Hirst gegen Vereinigtes Königreich Nr. 2* entschieden: Das „Wahlrecht ist kein Privileg“, heißt es dort. „Im einundzwanzigsten Jahrhundert muss in einem demokratischen Staat die Rechtsvermutung zugunsten der Eingliederung ausfallen [...]. Das allgemeine Wahlrecht ist zum Grundprinzip geworden [...]. Jedes Abweichen von diesem Prinzip birgt die Gefahr einer Aushöhlung der demokratischen Validität des so gewählten Gesetzgebers und der von ihm erlassenen Gesetze“ (EGMR 2005: Rn. 59, 62).

Bemerkenswert ist die Begründung vor allem deshalb, weil der EGMR damit die inklusive Interpretation des allgemeinen Wahlrechts durch die *UN-Behindertenrechtskonvention* vorweggenommen und als direkte Antwort auf das Problem demokratischer Validität gedeutet hat. Darin weicht er von seinen Urteilen andernorts ab, in denen er einräumt, dass das Wahlrecht nicht absolut sei (vgl. FRA 2010: 10). Hier aber erkennt er die Präsomption zugunsten der Inklusion als Bedingung demokratischer Legitimität und den grundrechtlichen Status des Wahlrechts ausdrücklich an. Wodurch ist dieses alternative demokratietheoretische Konzept politischer Selbstbestimmung und demokratischer Legitimation genauer gekennzeichnet?

Das inklusive Demokratiemodell, das der Urteilsbegründung des EGMR sowie der *UN-Behindertenrechtskonvention* zugrunde gelegt ist, vernachlässigt keineswegs den epistemisch-qualitativen Aspekt demokratischer Legitimation. Auch nach ihm ist es wünschenswert, dass das Ergebnis politischer Selbstbestimmung nicht bloß der numerische Ausdruck

13 Allerdings hält es Benjamin Kiesewetter für möglich, „Menschen mit schwerer Behinderung“ oder einer komatösen Person das Wahlrecht als Grundrecht aus zwingenden Gründen vorzuenthalten: „Es scheint zwar bezweifelbar, aber nicht unvertretbar, dass das Fehlen bestimmter kognitiver Fähigkeiten, die für politische Urteilsfähigkeit notwendig sind, ein zwingender Grund sein kann, jemandem vom Wahlrecht auszuschließen“ (ebd. 23). Der vorliegende Beitrag argumentiert dagegen für die Auffassung, dass es keinen zwingenden Grund gibt, der einen solchen Ausschluss rechtfertigen könnte.

einer willkürlichen Interessenverteilung ist, sondern das Resultat eines vernunftgesteuerten gemeinsamen Ringens um politische Ziele und Werte. Gerade um des epistemisch-qualitativen Werts demokratischer Legitimität willen bezieht der inklusive Ansatz aber auch den formalen Aspekt mit ein, der allen Bürgerinnen und Bürgern eine uneingeschränkte, grundrechtlich gesicherte Wahlmöglichkeit garantiert.

Die Idee, unter der die beiden Seiten der demokratischen Validierung des Gesetzgebers und der von ihm erlassenen Gesetze zusammengefasst werden, ist die einer größtmöglichen Gleichverteilung der Deutungsmacht. Das betrifft die gemeinschaftliche Auseinandersetzung um die konkreten Ziele des Gebrauchs legislativer Gewalt, vor allem aber die kollektive Bestimmung der qualitativen Kriterien, nach denen demokratische Legitimität ihrerseits zu beurteilen ist. Keine soziale Gruppe und keine Institution sollte nach dieser Interpretation ein Deutungsmonopol in solchen Fragen besitzen – auch nicht die Mehrheitsgesellschaft. Vielmehr geht es darum, den deliberativen Diskurs *herrschaftsfrei* auszutragen (vgl. Habermas 1992/1994). Der inklusive Ansatz ist machtsensitiv insbesondere mit Blick auf Deutungsprivilegien und die symbolische Naturalisierung willkürlicher Differenzierungen bürgerschaftlicher Art, die sie stützen. Durch eine unbedingte formale Anerkennung ausnahmslos aller Bürgerinnen und Bürger als Wahlberechtigte könnte und sollte daher dokumentiert werden, dass niemandes Deutung willkürlich Vorrang hat. Auch wenn beispielsweise eine komatöse Person nicht in der Lage ist, an einer Wahl teilzunehmen, und aufgrund des Höchstpersönlichkeitsprinzips nicht vertreten werden darf, so drückt doch die formale Zuerkennung des Wahlrechts die Anerkennung aus, dass ihre Belange gleichermaßen berücksichtigungswürdig sind wie die aller anderen. Zum Zweck des symbolischen Schutzes vor politischer Marginalisierung und Deutungsasymmetrien darf diese Anerkennung nicht dem Belieben der zivilgesellschaftlichen Akteure überlassen bleiben.

Die unbedingte formale Gleichstellung zusammen mit effektiven Möglichkeiten, das Wahlrecht wahrzunehmen und an öffentlichen Diskursen mitzuwirken, ist nach dem inklusiven Ansatz nicht nur aus Gründen des Minderheitenschutzes von Bedeutung. Die Interessenvielfalt, die sie hervorbringt, ist auch vom Standpunkt der Erkenntnisqualität des allgemeinen Willensbildungsprozesses relevant. Eigene Interessen werden im Lichte der Interessen anderer transformiert, Ideen und Werte an Interessen geschult und

umgekehrt. Unrechtserfahrungen, die auf sozialer Marginalisierung und dem willkürlichen Entzug von politischen Mitgestaltungsrechten beruhen, sind ein wichtiger Prüfstein für die Ideen und Prinzipien, die in die demokratische Deliberation eingehen (vgl. Geuss 2008). Je vielfältiger die Bandbreite der Interessen und Erfahrungen ist, die in öffentlichen Diskussionen Gehör und in Wahlen Ausdruck finden, umso niveauevoller wird die gemeinsame politische Deliberation über die Grundlagen der Demokratie und gesellschaftspolitische Fragen sein. Eine solche Deliberation ist nicht nur der Vorlauf von Wahlen, sondern immer auch eine Reaktion auf sie. Ein bedingungsloses Wahlrecht aller schützt die Vielfalt der Interessen auch dann, wenn der zivilgesellschaftliche Raum keine herrschaftsfreie Auseinandersetzung zulässt und traditionell akzeptierte Deutungsprivilegien fortgeschrieben werden.

Unter anderem aus diesen Gründen ist der Gehalt demokratischer Legitimität und politischer Selbstbestimmung nach dem inklusiven Demokratieverständnis nicht nur qualitativ, sondern ebenso quantitativ zu bestimmen. In diesem Sinne hat auch der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* gemahnt: Das „Wahlrecht ist kein Privileg“. Es „muss in einem demokratischen Staat die Rechtsvermutung zugunsten der Inklusion ausfallen [...]“. Das allgemeine Wahlrecht ist [...] Grundprinzip“ (EGMR 2005). Diese Haltung des EGMR wird durch die *UN-Behindertenrechtskonvention* in ihren Forderungen nach einem ausnahmslosen Wahlrecht für alle Menschen mit Behinderung sowie nach einer Politik des Empowerment im Bereich politischer Mitwirkung konkretisiert. Ihr Anspruch auf Umkehr der Beweislast richtet sich unmittelbar gegen das privilegistische Demokratieverständnis, das auch in einem individualisierten Wahlrechtsausschluss zum Ausdruck kommt. Nicht Menschen mit Behinderung müssen beweisen, dass sie wahlfähig sind. Vielmehr ist zu rechtfertigen, warum ein Prüfvorbehalt und entsprechende Ausnahmen von der Allgemeinheit der Wahl überhaupt legitim sind. Dazu bedarf es zwingender Gründe.

4. Konklusion: *Humanismus als adäquate Antwort auf das innere „Paradox demokratischer Legitimität“*

Die beiden demokratietheoretischen Konzepte liefern einander ausschließende *erklärende* Gründe für einen jeweils unterschiedlichen Umgang mit dem in Deutschland rechtlich gesetzten Wahlrechtsaus-

schluss. Das Demokratiemodell, das einen Entzug des Wahlrechts stützt, rekurriert auf ein substanzielles, vorpolitisches und vorrechtliches Verständnis politischer Teilhabeansprüche. Und das heißt: Die Kriterien, die die Qualität demokratischer Legitimation verbürgen sollen und die festlegen, unter welchen Bedingungen ein Akt den Bürgerinnen und Bürgern als Selbstgesetzgebungsakt zugerechnet werden kann, gehen der demokratischen Selbstbestimmung voraus. Sie resultieren nicht erst aus einer durch unbedingte politische Grundrechte geschützten Ausübung politischer Autonomie. Die unterstellten Qualitätsmerkmale der Rationalität, Autonomie und kognitiven Kompetenz, die die Bürgerinnen und Bürger als Subjekte der Selbstgesetzgebung zu erfüllen haben, sind nach diesem Ansatz nicht verhandelbar und daher ein Wahlrechtsausschluss unter bestimmten empirischen Bedingungen geboten.

Das inklusive Demokratiemodell hingegen nimmt die Gefahren eines rechtlichen Privilegismus, der politischen Diskriminierung und epistemischer Engführungen, die mit solchen vorpolitischen Voraussetzungen verbunden sein können, ernst. Anders als eine deliberative Demokratietheorie, welche auch die im *Maastricht-Urteil* vertretene Auffassung des Bundesverfassungsgerichts prägt, sieht das inklusive Demokratiekonzept vor, dass die qualitativen Kriterien durch den formalen Aspekt demokratischer Legitimität, nämlich den der politischen Teilhabe einer größtmöglichen Zahl von Herrschaftsbetroffenen, übertrumpft werden können. Mit dieser macht- und ideologiekritischen Prämisse, die den unbedingten normativen Vorrang der vorgeblich qualitätsverbürgenden Bedingungen demokratischer Legitimität zurückweist, ist das inklusive Demokratiemodell nicht nur zum Leitbild feministischer oder poststrukturalistischer Theorien sowie der *disability studies* geworden.¹⁴ Indem es die Qualitätskriterien der Selbstgesetzgebung zum Gegenstand politischer Auseinandersetzung und nicht zur vorpolitischen *Bedingung* politischer Selbst- und Mitbestimmung macht, kann es auch den ausgeschlossenen Minderheiten, die eine politische Teilhabe beanspruchen, zur Grundlage ihres politischen Kampfes dienen.

Vor dem Hintergrund dieser konkurrierenden Prämissen der beiden Demokratiemodelle könnte der Eindruck entstehen, dass eine Entscheidung der Alternative *Wahlrechtsausschluss* versus *bedingungsloses all-*

gemeines Wahlrecht letztlich eine Frage des politischen Geschmacks sei. Immerhin liefern beide Demokratiekonzepte einen erklärenden Grund für eine jeweils andere Rechtsregelung. Gibt es einen Maßstab, der es erlaubt, zwischen den konkurrierenden Alternativen zu entscheiden?

Formal-rechtlich sind jene Menschenrechtsabkommen maßgeblich, an die sich der demokratische Souverän in freiwilliger Selbstverpflichtung vertraglich gebunden hat. Er bringt in ihnen seine demokratische Absicht zum Ausdruck, die ihn dann wiederum in seinem politischen Handeln bindet. Die Bundesrepublik Deutschland gehört zu den Vertragsstaaten des *Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, das 2006 bei der UNO-Generalversammlung in New York verabschiedet worden ist. Damit hat sie sich zugleich auf das demokratietheoretische Konzept der UN-Behindertenrechtskonvention und sein inklusives Kriterium demokratischer Legitimität festgelegt. Das sollte für die anstehende Novellierung des deutschen Wahlrechts ausschlaggebend sein. Kann diese Entscheidung durch ein weiteres Argument gestützt werden? Warum ist das inklusive Demokratiemodell einem rein deliberativen vorzuziehen?

Das innere „Paradox demokratischer Legitimität“ – so die Ausgangsthese dieses Beitrags – stellt für jedes demokratisch verfasste Gemeinwesen ein unvermeidliches Faktum dar (Benhabib 2008: 41). Es besteht darin, dass Demokratien innere und äußere Grenzen der Zugehörigkeit benötigen, ohne diese wiederum auf demokratischem Weg legitimieren zu können. „Demokratische Herrschaft wird [...] im Namen einer bestimmten konstituierenden Bürgerschaft ausgeübt“ (Benhabib 2008: 40). Jeder „selbstgesetzgebende Akt ist zugleich ein Akt der Selbstkonstitution“ (ebd. 39). Es ist, mit Habermas' Worten, „die Lebensform ‚je unseres‘ politischen Gemeinwesens“, die „das Bezugssystem für die Begründung“ der selbst auferlegten Gesetze und Regelungen abgibt, die dann ihrerseits „als Ausdruck eines bewußten kollektiven Selbstverständnisses gelten“ (Habermas 1992/1994: 139). Dieses Selbstverständnis ist exklusiv, sofern und weil „ethisch-politische“ Selbstgesetzgebung und „moralische“ Selbstgesetzgebung nicht identisch sind (Habermas 1992/1994: 139). Darauf beruht die Spannung zwischen Menschenrechtsorientierung und Volkssouveränität, die für moderne Demokratien kennzeichnend ist.

Innere und äußere Grenzen der Zugehörigkeit sind nicht nur für deliberative, sondern ebenso für inklusive Demokratien unvermeidlich. Was diese allerdings von

¹⁴ Für diesen Hinweis danke ich meiner/m anonymen Gutachter/in.

jenen unterscheidet, ist der normative Umgang mit dem demokratischen Faktum. Grenzen der Zugehörigkeit werden dann zu einer ernsthaften Bedrohung für die Validität des Gesetzgebers und der von ihm erlassenen Gesetze, wenn sie unmittelbar die politische Mitbestimmung betreffen und mittels des Rechts durchgesetzt werden. Bürgerschaftliche Grenzen dieser Art können nicht demokratisch legitimiert werden, da die durch das Recht Ausgeschlossenen keine Stimme im Selbstgesetzgebungsverfahren haben. Damit ist eine rechtliche Durchsetzung der Grenzen der Zugehörigkeit durch einen formalen Wahlrechtsausschluss als ein illegitimer, weil nicht legitimer Gebrauch der Zwangsgewalt zu werten. Diese Einsicht stützt die Rechtsvermutung zugunsten der Inklusion und die menschenrechtliche Forderung nach einer grundrechtlichen Anerkennung des unbedingten Wahlrechts aller, die der Jurisdiktion einer demokratischen Gemeinschaft unterstehen. Sie gibt uns einen Grund, das inklusive Verständnis des Wahlrechts einem privilegierten vorzuziehen.

Zwar kann auch ein Gemeinwesen, das dem inklusiven Demokratiekonzept folgt, faktische Grenzen der Zugehörigkeit nicht umgehen, sondern immer nur im Nachhinein reagieren. Erst dann, wenn eine traditionell ausgeschlossene Gruppe von Personen oder deren Vertretung ihre Ansprüche auf politische Mitwirkung geltend macht und auf ihre Umsetzung in gesetztes Recht drängt, kommt die Präsomption zugunsten der Inklusion zur Anwendung. Dennoch enthält diese Rechtsvermutung bereits eine Anerkennung des Legitimitätsdefizits als ein Unrecht, dem zu begegnen ist – eine Anerkennung, die das deliberative Demokratiekonzept verweigert. Indem deliberative Theorien nicht grundsätzlich ausschließen, den qualitativen gegen den formalen Aspekt demokratischer Legitimierung auszuspielen, tragen sie die demokratische Grundüberzeugung zu Grabe, nach der alle Herrschafts- und Rechtsbetroffenen als Gesetzgeberinnen und Gesetzgeber zu achten sind. Damit haben sie jedoch das entscheidende normative Bollwerk gegen die Vorstellung einer „demokratischen“ Oligarchie und gegen eine privilegierte Auffassung politischer Teilhabe preisgegeben. Beides ist mit dem modernen, menschenrechtlich geprägten Demokratieideal unvereinbar.

Literatur

- Benhabib, S. (2004): *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (The Seeley Lectures). Cambridge: Cambridge University Press.
- Benhabib, S. (2008): *Kosmopolitismus und Demokratie: Eine Debatte*. Frankfurt/M.: Campus.
- Benhabib, S. (2011): *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*. Cambridge: Polity Press.
- Bielefeldt, H. (2009): Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention. In: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.): *Essay No. 5*. 3. aktualisierte und erweiterte Aufl. Berlin. Online: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/essay_no_5_zum_innovationspotenzial_der_un_behindertenrechtskonvention_auf3.pdf [01.04.2013]
- BRK-Allianz (Hg.) (2013): *Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion! Erster Bericht der Zivilgesellschaft zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland*. Online: <http://www.brk-allianz.de> [01.04.2013]
- BMAS [Bundesministerium für Arbeit und Soziales] (Hg.) (2011): *Unser Weg in eine inklusive Gesellschaft: Der Nationale Aktionsplan der Bundesregierung zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention*. Berlin. Online: <http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a740-nationaler-aktionsplan-barrierefrei.pdf?blob=publicationFile> [01.04.2013]
- BVerfG [Bundesverfassungsgericht] (1993): *Maastricht-Urteil* vom 12.10.1993. 2 BvR 2134/92; 2 BvR 2159/92. BVerfGE 89, 155.
- Campbell, F. K. (2008): Exploring internalized ableism using critical race theory. *Disability & Society* 23, 151-162.
- EGMR [Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte] (2005): Rechtsakte *Hirst gegen Vereinigtes Königreich Nr. 2* (Große Kammer), Nr. 74025/01, Urteil vom 6. Oktober 2005.
- EGMR [Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte] (2010): Rechtsakte *Alajos Kiss gegen Ungarn*, Nr. 38832/06. Urteil vom 20. Mai 2010.
- FRA [European Union Agency for Fundamental Rights] (2010): *Das Recht von Menschen mit psychischen Gesundheitsproblemen und Menschen mit geistiger Behinderung auf politische Teilhabe*. Wien: Publications Office of the European Union. Online: <http://fra.europa.eu/de/publication/2012/das-recht-von-menschen-mit-psychischen-gesundheitsproblemen-und-menschen-mit-o> [01.04.2013]
- Gerstenberg, O. (1997): *Bürgerrechte und deliberative Demokratie: Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Geuss, R. (1981): *The Idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Geuss, R. (2008): *Philosophy and Real Politics*. Princeton: Princeton University Press.

- Geuss, R. (2010): Realismus, Wunschdenken, Utopie. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 58, 419-429.
- Graumann, S. (2011): *Assistierte Freiheit: Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte*. Frankfurt/M.: Campus.
- Habermas, J. (1992/1994): *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. erweiterte Aufl. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1996): *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Hellmann, U. (2010): Zur Vereinbarkeit des Wahlrechtsausschlusses nach § 13 Nr. 2 BWG mit bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen. *Betreuungsrechtliche Praxis* 19, 208-212.
- Hellmann, U. (2012): Der Ausschluss vom Wahlrecht im Betreuungsrecht – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. *Rechtsdienst der Lebenshilfe* 1, 4-6.
- Hutson, C. (2010): mehrdimensional verletzbar: Eine Schwarze Perspektive auf Verwobenheiten zwischen Ableism und Sexismus. In: Jacob, J./Köbsell, S./Wollrad, E. (Hg.): *Gendering Disability: Intersektionale Aspekte von Behinderung und Geschlecht*. Bielefeld: transcript Verlag, 61-72.
- Jentsch, S. (2012): Der Mehrwert der Inklusion: Philosophische Grundlagen einer bildungspolitischen Forderung. In: Wallimann-Helmer, Ivo (Hg.): *Chancengleichheit und „Behinderung“ im Bildungswesen: Gerechtigkeitstheoretische und sonderpädagogische Perspektiven*. Freiburg: Alber, 53-85.
- Kant, I. (1785/1968): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Akademie-Ausgabe Bd. IV. Berlin: de Gruyter.
- Kiesewetter, B. (2009): Dürfen wir Kindern das Wahlrecht vorenthalten? *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 95, 252-273. Online: <https://www.philosophie.hu-berlin.de/institut/lehrebereiche/ethik/forschung/forschung-kiesewetter> [01.04.2013]
- Linton, S. (1998): *Claiming Disability: Knowledge and Identity*. New York: New York University Press.
- Maskos, R. (2011): „Bist Du behindert oder was?!“ *Behinderung, Ableism und souveräne Bürger_innen*. Vortrag im Rahmen der Ringvorlesung „Jenseits der Geschlechtergrenzen“ der AG Queer Studies und der Ringvorlesung „Behinderung ohne Behinderte!? Perspektiven der Disability Studies“. Universität Hamburg, 14.12.2011.
- MRA [UN, Menschenrechtsausschuss] (1996): *Allgemeine Bemerkung* Nr. 25, UN Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 vom 12.07.1996; abgedruckt in deutscher Übersetzung in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.) (2005): Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen. Deutsche Übersetzung und Kurzeinführungen. Baden-Baden: Nomos. Online: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/o/dob7fo23e8d6d9898025651e004bcoe> [01.04.2013]
- Palleit, L. (2011): Gleiches Wahlrecht für alle? – Menschen mit Behinderungen und das Wahlrecht in Deutschland. In: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.): *Policy Paper* Nr. 18. 2. überarbeitete Aufl. Berlin. Online: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/policy_paper_18_gleiches_wahlrecht_fuer_alle.pdf [01.04.2013]
- Palleit, L. (2012): Deutschland braucht endlich ein inklusives Wahlrecht. In: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.): *aktuell* 5. Berlin. Online: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/aktuell_deutschland_braucht_endlich_ein_inklusives_wahlrecht.pdf [01.04.2013]
- Peschel-Gutzeit, L. M. (2004): Wahlrecht von Geburt an. *frühe Kindheit* 1. Online: http://liga-kind.de/fruehe/104_Peschel-Gutzeit.php [01.04.2013]
- Steinvorth, U. (1990): *Klassische und moderne Ethik: Grundlinien einer materialen Moraltheorie*. Reinbek: Rowohlt.
- Stepanians, M. S. (Hg.) (2007): *Individuelle Rechte*. Paderborn: Mentis.
- Tolmein, O. (2012): Artikel 12: Gleiche Anerkennung vor dem Recht. In: Welke, A. (Hg.): *UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen*. Berlin: Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e. V., 136-149.