

1. Einleitung

1.1. Einführung in das Thema

Die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (in Folge: Konvention oder UN-BRK) und das Zusatzprotokoll wurden von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13.12.2006 angenommen.¹ Die Konvention verfolgt ua das Ziel, den Menschen in den Mittelpunkt all seiner Entscheidungen zu rücken.² Diese Sichtweise, welche mit der Entwicklung zu einem sozialen Modell bzw einem bio-/psycho-sozialen Verständnis von Behinderung einhergeht, soll das Bewusstsein über Menschen mit Behinderungen in den Augen von nicht behinderten Menschen weg von einem auf Fürsorge bezogenen, paternalistischen Denken führen.³ Das bisherige Anknüpfen an das medizinische Modell bzw Verständnis von Behinderung verkörpert die traditionelle Ansicht in den Rechtsvorschriften einiger Länder. Die vorherrschende Meinung besagt, Menschen mit Behinderungen könnten keine eigenständigen Entscheidungen treffen und müssten vor Missbrauch sowie vor schlechten oder falschen Entscheidungen bewahrt werden.⁴

Nach der Definition von „*Discrimination on the basis of disability*“ in Art 2 der Konvention sollen alle gesetzlichen Regelungen beseitigt werden, welche eine Diskriminierung nach dieser Definition darstellen. Umfasst werden jegliche Formen von Diskriminierung, insbesondere jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund einer Behinderung. Eine Beeinträchtigung und Vereitelung der gleichberechtigten Anerkennung, des Genusses und der Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im Sinne von politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen

1 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Resolution adopted by the General Assembly A/RES/61/106 (13.12.2006).

2 FRA, Rechts- und Handlungsfähigkeit (2013) 10.

3 FRA, Rechts- und Handlungsfähigkeit 9.

4 FRA, Rechts- und Handlungsfähigkeit 10; vgl auch *Aichele/Degener*, Völkerrechtliche Einführung zu Art 12 UN-BRK (2013) 37 (40); *Lachwitz*, Gleiche Anerkennung vor dem Recht (2013) 146 (146) Rz 1.

1. Einleitung

und bürgerlichen Rechten soll vermieden werden.⁵ Die Konvention hält die entsprechenden vertragsstaatlichen Verpflichtungen bereit.⁶ Damit stehen die Vertragsstaaten in der Pflicht, ihre Rechtsordnungen nach den Vorgaben der Konvention zu prüfen und die nationalen Bestimmungen den Vorgaben anzugleichen. Ein weiteres grundlegendes Bestreben der Konvention ist, eine Person mit Behinderungen in die Lage zu versetzen, über die Gestaltung ihres Lebens selbst zu bestimmen und dem Einzelnen die umfassende Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft weitestgehend, durch Vornahme von angemessenen Vorkehrungen bzw die Beigabe von Unterstützungshandlungen, zu ermöglichen.

Der Art 12 der Konvention normiert das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht und erfasst die Anerkennung als Rechtssubjekt sowie die Zuerkennung der rechtlichen Handlungsfähigkeit einer Person. Das Recht auf Anerkennung der rechtlichen Handlungsfähigkeit ist untrennbar mit der Inanspruchnahme anderer in der Konvention enthaltenen Rechte verbunden. Explizit genannt werden in diesem Zusammenhang Art 13 (*Access to justice*), Art 14 (*Liberty and security of the person*), Art 17 (*Protecting the integrity of the person*), Art 18 (*Liberty of movement and nationality*), Art 19 (*Living independently and being included in the community*), Art 21 (*Freedom of expression and opinion, and access to information*), Art 23 (*Respect for and the family*), Art 25 (*Health*) und Art 29 (*Participation in political and public life*). Denn ohne die Anerkennung der Rechts- und rechtlichen Handlungsfähigkeit durch Art 12 der Konvention könnten die übrigen Rechte einer Person mit und ohne Behinderung nicht ausgeübt werden. Grundsätzlich wären die Geltendmachung, die Ausübung sowie die Durchsetzbarkeit sämtlicher in der Konvention enthaltenen Rechte erheblich eingeschränkt.⁷

Bereits während der Erarbeitung des Konventionstextes äußerten einige Delegierte Bedenken über den Gebrauch des Begriffs *legal capacity* in Art 12 der Konvention. Über diesen Begriff bestand große Uneinigkeit in dem gesamten Beratungsprozess.⁸ Die Beratungsgespräche führten zu der

5 „Discrimination on the basis of disability“ means any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation; vgl Art 2 UN-BRK.

6 Vgl Art 4 UN-BRK.

7 Committee, General Comment No. 1 (2014) 27 ff.

8 Degener, Ein neues Verständnis (2015) 55 ff; O'Neill/Peisah, Capacity (2017) 1.2.

Erkenntnis, dass der Begriff in den verschiedenen Sprachen und den nationalen Rechtssystemen sowie den damit verbundenen Rechtskreisen unterschiedliche Bedeutung und rechtliche Wirkungen entfaltet. Die deutsche Textfassung übersetzt *legal capacity* mit Handlungsfähigkeit.⁹ Die Delegierten einigten sich darauf, dass der Terminus in die nationalen Sprachen übersetzt und in dem Rahmen des jeweiligen Rechtssystems ausgelegt werden soll. In dem Entwurf zu Art 12 der Konvention¹⁰ befand sich damals noch der Terminus *capacity to act*. Da dieser Terminus noch nie in einem internationalen Übereinkommen verwendet wurde, sollte sich die zukünftige, also die heutige Fassung an dem bekannten und anerkannten Wortlaut des Art 15 Abs 2 Frauenrechtskonvention (UN-FRK 1979) orientieren. Aufgrund der Uneinigkeit befasste sich das *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* in einem Hintergrund Dokument mit der vergleichenden Analyse der Termini *legal personality*, *legal capacity* und *capacity to act*.¹¹

Der bekannte Grundsatz der Gleichheit, der auch in den meisten (modernen) Verfassungen enthalten ist, ist eine Voraussetzung für die Gleichstellung in einem formellen Sinn. Die formelle Gleichheit begründet einen Mindeststandard zur Beseitigung bzw Verhütung vor offenen und verdeckten sowie indirekten Ungleichheiten in der rechtlichen Behandlung von Menschen mit und ohne Behinderungen.¹²

Um Gleichheit vor dem Recht zu verwirklichen, darf die rechtliche Handlungsfähigkeit nicht diskriminierend abgesprochen werden. Der Art 5 der Konvention garantiert Gleichheit aller Personen vor und im Rahmen des Rechts sowie das Recht auf gleichwertigen Schutz durch das Gesetz. Von Art 5 geht das grundlegende Verbot aus, Personen aufgrund einer Behinderung unterschiedlich zu behandeln. Sofern aufgrund einer Behinderung eine rechtliche wie tatsächliche Versagung der rechtlichen Handlungsfähigkeit das Recht auf die gleiche Anerkennung vor dem Recht beeinträchtigt, verletzt dies Art 5 und 12 der Konvention. Eine gesetzliche Beschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit werde nur dann als rechtmäßig erachtet, wenn sie für Menschen mit und ohne Behinderung gleichermaßen gilt.

9 Korrektur der deutschsprachigen Übersetzung der Konvention, BGBl III 2016/105.

10 Vgl Art 9 UN-BRK-Entwurf.

11 OHCHR, Legal Capacity (2005) para 26 f. Das *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* untersuchte im Rahmen des Civil Law das System der Länder Frankreich sowie Spanien sowie im Common Law das System in Vereinte Königreich.

12 Kägi-Diener, Art 15 CEDAW (2015) 1099 Rz 2.

1. Einleitung

Zum einen sind die Vertragsstaaten aufgerufen, geeignete Maßnahmen¹³ allgemeiner Natur, aber auch angemessene Vorkehrungen¹⁴ im spezifischen Einzelfall bereitzustellen, um die Rechte der Konvention zu realisieren. Zum einen erfasst dies die Prüfung der geltenden Rechtsnormen sowie eine erforderlichenfalls notwendige Angleichung an die Konventionsvorgaben. Zum anderen werden die Staaten aufgefordert, entsprechende Änderungen und Anpassungen zu unternehmen, um eine gleichberechtigte Wahrnehmung aller Rechte zu ermöglichen, es sei denn, damit seien unverhältnismäßige bzw. unberechtigte Belastungen verbunden. Dies beinhaltet insbesondere den barrierefreien Zugang, zB zu Gerichten, Banken, sozialen Einrichtungen, aber auch wesentlichen Informationen und persönlicher Assistenz. Die staatliche Verpflichtung zur Bereitstellung von Unterstützungsmaßnahmen und der Verwirklichung des Rechts auf gleiche Anerkennung vor dem Recht ist umfassend und darf nicht mit dem Argument, die Umsetzung sei unverhältnismäßig oder unberechtigt, abgetan werden. Die Aufforderungen beinhalten auch das Recht auf angemessene, individuelle Vorkehrungen bei der bestimmten Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit sowie das ergänzende Recht auf konkrete Unterstützungsleistungen bei den Inanspruchnahmen der rechtlichen Handlungsfähigkeit.¹⁵

Neben gesetzlichen Beschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit können davon unabhängig informelle Beschränkungen auftreten. Informelle Beschränkungen finden sich dort, wo verschiedene Praktiken und unterschiedliche Faktoren dazu führen, dass die rechtliche Handlungsfähigkeit einer Person eingeschränkt wird. Die Person kann dann keine eigenständigen Entscheidungen über das eigene Leben treffen. Diese Faktoren und Praktiken fußen oft auf der Annahme bzw. dem Glauben, die Person mit Behinderung verkenne die Auswirkungen einer Situation und könne daher keine „richtigen“ Entscheidungen für sich selbst treffen. Paternalistische Praktiken und Vorgehensweisen, zB in einem Pflegeheim oder Krankenhaus, kommen hierfür in Betracht. Die paternalistisch handelnden Personen sind der Überzeugung, die Entscheidungen, welche im Namen der Person mit Behinderung getroffen werden, liegen in deren Interesse (*best interest*).¹⁶

13 Vgl *Appropriate measures* in Art 4 Abs 1 lit b und e UN-BRK.

14 Vgl *Reasonable accommodation* in Art 5 Abs 3 UN-BRK.

15 Vgl Art 5 Abs 3 iVm Art 12 UN-BRK; *Committee*, General Comment (2014) 28 ff.

16 *FRA*, Rechts- und Handlungsfähigkeit 12.

Durch das Inkrafttreten der Konvention entwickelte sich eine dynamische Diskussion rund um die Vereinbarkeit der gesetzlichen Regelungen in Österreich mit den Konventionsvorgaben. Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz beauftragte die Universität Innsbruck mit der Erstellung eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens, das die Vereinbarkeit der verschiedenen Rechtsbereiche mit den Vorgaben der Konvention begutachten sollte. Der Begriff der Rechts- und Handlungsfähigkeit wurde ebenfalls untersucht.¹⁷

Die Europäische Union anerkennt, trotz ihrer Unzuständigkeit in diesem Bereich, die Wichtigkeit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit sowie die Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit.¹⁸ Die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) führte Untersuchungen in Bezug auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit in den verschiedenen rechtlichen Systemen der Unionsstaaten durch und stellte unterschiedliche Umgangsweisen mit den Begrifflichkeiten und den Institutionen rund um den Erwachsenenschutz in den Mitgliedsstaaten fest. Die rechtlichen Ausgestaltungen und Grade von Schutzmaßnahmen waren verschieden. Der Begriff Schutzmaßnahme bezeichnete die Einsetzung eines gesetzlichen Vertreters (iSd stellvertretenden Entscheidung), dies bedeute aber noch nicht den Verlust der Rechts- und Handlungsfähigkeit. Im Ergebnis zeigten sich zwei Modelle der Aberkennung der rechtlichen Handlungsfähigkeit, in Form der vollständigen und der teilweisen gesetzlichen Vertretung. Die Einrichtung einer Schutzmaßnahme, dass ein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, bedeutet in fast allen EU-Staaten für Menschen mit geistiger Behinderung oder psychischer Beeinträchtigung die Entziehung oder Beschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit. Bei der Errichtung einer umfänglichen Vertretung trifft der Vertreter die Entscheidungen und ist für die Verwaltung der Angelegenheiten verantwortlich. Mit einer teilweisen gesetzlichen Vertretung geht lediglich ein teilweiser Verlust der rechtlichen Handlungsfähigkeit in den betroffenen Bereichen einher.¹⁹

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit und der rechtlichen Handlungsfähigkeit bilden die Grundlage für jegliches Handeln, das rechtliche Wirkung entfalten soll. Die Rechtsfähigkeit und die rechtliche Handlungsfähigkeit

17 Ganner/Voithofer, Rechts- und Handlungsfähigkeit – Gutachten Art 12 (2014) 136 ff.

18 FRA, Rechts- und Handlungsfähigkeit 10; EU Kom, Bericht „Behinderungsfragen“ (2009) 217; vgl auch *Council of Europe*, Human Rights Comment (2012).

19 FRA, Rechts- und Handlungsfähigkeit 34.

ermöglichen die Teilnahme am Rechtsverkehr und machen eine Teilnahme am Leben in der Gesellschaft möglich.²⁰ Dem liegt ua der Gedanke zugrunde, dass Menschen mit Behinderungen gleiche Rechte bzw gleichberechtigte Behandlung von Seiten des Staates erhalten sollen. Dieses Ziel wird in den Grundsätzen der Konvention verfolgt.²¹

Die Konzepte von Autonomie und Selbstbestimmung erhielten durch die Konvention stärkere Bedeutung.²² Demgegenüber steht die Verpflichtung des Staates, alle Menschen zu schützen. Ein besonderer Schutz kommt schutzwürdigen Personen zu. Oft wird von vulnerablen Personengruppen gesprochen, zu diesen zählen insbesondere noch nicht volljährige Personen und Personen mit Behinderungen. Sie erfahren besondere rechtliche Fürsorge.²³ In dem Zusammenhang stellt sich oft die Frage nach dem Ausmaß der Rechtsfürsorge. Die Gratwanderung zwischen Autonomie bzw Selbstbestimmung und rechtlicher Fürsorge, aber auch nicht rechtlicher Fürsorge, beschäftigt die Politik und die Gesellschaft seit längerer Zeit. Die Meinungen über das Spannungsverhältnis zwischen der Selbstbestimmung und der Gefahr der Selbstgefährdung einerseits und der Fürsorge der betroffenen Personen und der Gefahr der Fremdbestimmung andererseits²⁴ sind vielfältig. Diese Diskussion²⁵ wird aufgrund ihres Umfangs nicht aufgegriffen.

In manchen Situationen stellt die Interaktion von Personen mit geistiger, psychischer oder kognitiver Behinderung mit ihrer Umwelt eine unüberbrückbare Hürde dar. Ein gegenseitiges Verständlichmachen kann die Akteure vor große Herausforderungen stellen. Diese Personengruppen wurden in der Vergangenheit und werden heute noch verhältnismäßig wenig beachtet.²⁶ Aus diesem Grund erscheint es umso wichtiger, die Aufmerksamkeit auf die betroffenen Personen zu lenken und das Bewusstsein der Rechtspersonen, die in dem Bereich des Erwachsenenschutzes tätig sind, zu erweitern.

20 Vgl Art 3 lit c UN-BRK.

21 Vgl Art 1 und 3 UN-BRK.

22 Vgl Art 3 lit a UN-BRK.

23 Vgl § 21 Abs 1 ABGB.

24 *Damm*, Einwilligungsfähige Personen (2016) 1075.

25 Die Diskussion wird von *R. Müller*, Fürsorge versus Selbstbestimmung – Spannungsfeld im Erwachsenenschutz, *iFamZ* 2017, 327, ausführlich aufgegriffen.

26 *FRA*, Rechts- und Handlungsfähigkeit 12. Aus Gründen der Lesbarkeit wird in der Arbeit von Menschen/Personen mit Behinderung bzw betroffenen Personen gesprochen. Sollten differenzierte Formen von Behinderungen gemeint sein, werden diese explizit genannt.

Eine Rechtsordnung kann durch gesetzliche Regelungen vorschreiben, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit eine Person am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Erfüllt eine Person, insbesondere eine Person mit Behinderung, die Vorgaben im Rahmen der rechtlichen Handlungsfähigkeit nicht, kann sie folglich nicht selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen. An dieser Stelle komme ein gesetzlicher Vertreter in Betracht. Wird ein gesetzlicher Vertreter im Rahmen des Erwachsenenschutzes bestellt, zeigt sich häufig, wie bisher in Österreich²⁷ auch, das Bild, dass die rechtliche Handlungsfähigkeit eingeschränkt wird. Die Vorgaben aus der Konvention und die geführten Fachdiskussionen in Österreich deuteten darauf hin, dass die geltenden Normen nicht konventionskonform waren. Die gleichberechtigte Inanspruchnahme bzw Geltendmachung von Rechten sowie die Erfüllung von Verpflichtungen und die grundlegende Anerkennung als Rechtssubjekt soll nicht nur im Gesetz, sondern auch in der Praxis verwirklicht werden.²⁸

Die Äußerung des Willens durch einen Menschen bildet die Grundlage für Erklärungen, die rechtliche Wirkungen erzeugen können. Einer Willensäußerung einer Person mit Behinderung wird häufig wenig Ernsthaftigkeit zuerkannt bzw ihre rechtliche Wirkung wird verneint. Gerade in dem Bereich der Personensorge führt dies zu erheblichen Beeinträchtigungen der Rechte der betroffenen Person. Ist eine Person tatsächlich nicht fähig, soll ihr Leben dennoch nach ihren persönlichen Vorstellungen gestaltet werden. Die Beachtung eines Wunsches könne eine indirekte Teilnahme am Rechtsverkehr, unter Verwirklichung des individuellen Willens der betroffenen Person, möglich machen, insbesondere wird an die Äußerung eines Wunsches angeknüpft. Soweit dies ersichtlich ist, hat ein Wunsch in den Rechtsordnungen von Österreich, Deutschland und Australien (NSW) keine konstitutive Bedeutung. Der Begriff wird lediglich im Rahmen des Erwachsenenschutzes verwendet. Der Begriff steht mit der Errichtung einer Vorsorgevollmacht bzw einer Patientenverfügung in einem engeren Zusammenhang.

Erwähnt sei noch, dass in den allgemeinen Teilen des Buches versucht wird, so weit wie möglich einheitliche Begriffe zu verwenden. In den jeweiligen Länderteilen wird von den länderspezifischen Begriffen Gebrauch

27 Rechtslage bis 30.6.2018.

28 *Aichele/Degener*, Völkerrechtliche Einführung zu Art 12 UN-BRK 40, *Lipp*, UN-Behindertenrechtskonvention und Betreuungsrecht (2011) (21) 34.

gemacht. Die englischen Begriffe werden in der Abfassung beibehalten, da die Begriffe durch eine Übersetzung ihre systembezogene Bedeutung verlieren würden. Zur Vergleichung der rechtlichen Ausgestaltungen im Bereich des Erwachsenenschutzes werden als Quellen Gesetze, Rsp und Lehre herangezogen.²⁹

Die Ausführungen beziehen sich nicht auf eine konkrete Form von Behinderung. Sie sollen, sofern möglich, zur Bewusstseinsbildung im Sinne der Konvention beitragen und das Verständnis bzw die Empathie für die persönlichen Entscheidungen einer Person verfeinern.

1.2. Die Rechtssysteme

Der gegenständlichen rechtsvergleichenden Ausführungen befassen sich mit den Rechtsordnungen in Österreich, Deutschland und Australien.³⁰ Die Rechtsordnungen in Österreich und Deutschland lassen sich dem kontinentaleuropäischen (*Civil Law*) und die Rechtsordnung in Australien dem angloamerikanischen Rechtssystem (*Common Law*) zuordnen. Die Rechtsordnungen in Österreich und Deutschland verwenden dieselbe Sprache, dabei darf allerdings nicht vergessen werden, dass die gesellschaftlichen Strukturen und Werte hinter den Rechtssystemen sich voneinander unterscheiden und daher die Verwendung von gleich klingenden Rechtsbegriffen, trotz des Gleichklanges, unterschiedliche Bedeutung haben können.³¹ Das kodifizierte Recht (*statute law, Acts of Parliament*) geht dem Gewohnheitsrecht (*Common Law*) vor, sofern die Verfassungsbestimmungen keine gegenteilige Regelung vorsehen. Das kodifizierte Recht wird nach den Grundsätzen des Gewohnheitsrechts interpretiert. Der Grundsatz der Legalität garantiert, dass die erlassenen Gesetze nicht die Gewohnheitsrechte des *Common Law* untergraben.³² Teil 5 (sec 51) der australischen Verfassung regelt die exklusive Gesetzgebungskompetenz des *Commonwealth of Australia*

29 Sacco/Rossi, Rechtsvergleichung³ 189 Rz 13 ff.

30 Die Vergleichsländer dieser Arbeit sind Österreich, Deutschland und Australien (NSW). Die Vergleichsländer unterzeichneten die Konvention in den folgenden Jahren: Österreich 2007 (ratifiziert 2008), Deutschland 2007 (ratifiziert 2009) und Australien 2007 (ratifiziert 2008). Der Rechtsvergleich befasst sich mit den konkreten Regelungen des Zivilrechts, insbesondere mit dem Bereich des Erwachsenenschutzes bzw der rechtlichen Handlungsfähigkeit, somit wird ein Mikrovergleich durchgeführt, wobei versucht wird, die Begriffe der jeweiligen Rechtsordnung beizubehalten.

31 Vgl auch Muhr/Peinhof, Wörterbuch Österreich-Deutschland (2015) 5.

32 Pomeranke, Statute and Common Law (2017) 1 mwN.

lia.³³ Die Kompetenz hinsichtlich *adult guardianship* (Erwachsenenschutz) gehört nicht dazu. Sie obliegt den einzelnen Staaten und Territorien.³⁴

In den beiden Rechtssystemen erfasst die Bezeichnung Erwachsenenschutz im hiesigen Rahmen die Regelungen über die gesetzliche Vertretung einer volljährigen Person. Im Bereich des Erwachsenenschutzes zählt Österreich zu den EU-Staaten, die eine besondere Vielfalt an vertretungsrechtlichen Regelungen aufweisen. Die österreichischen Bestimmungen des ABGB sehen eine gesetzliche Vertretung (Sachwalterschaft bis zum 30.6.2018; Erwachsenenschutz ab dem 1.7.2018) in einzelnen Bereichen, in verschiedenen Bereichen oder in allen Bereichen³⁵ vor. Deutschland hatte die vormundschaftlichen Regelungen, als Schutzmaßnahme im Jahr 1992, durch betreuungsrechtliche Bestimmungen, mit der Begründung ersetzt, die Betreuung greife weniger stark in die Rechte der betroffenen Personen ein. Ein Betreuer werde als Unterstützer verstanden.³⁶ In Australien bestehen keine für das ganze Land allgemein gültigen rechtlichen Vorgaben für den Erwachsenenschutz. Die regionalen Bestimmungen werden in den einzelnen *Staaten* und *Territorien* ausgestaltet. Diesem Umstand geschuldet, entwickelte jeder einzelne *State* und jedes einzelne *Territorium* eigenständige *Adult Guardianship*-Regelungen. Aufgrund der Tatsache, dass in Australien acht eigenständige, innerstaatliche Regelungsordnungen vorhanden sind, liegt eine Einschränkung nahe. So werden lediglich die rechtlichen Ausgestaltungen in New South Wales (NSW), der ersten australischen Kolonie, herangezogen.³⁷ Das angelsächsisch-australische Rechtsinstitut des *guardianship and administration* folgt einer langen Tradition, die auf einen römisch-rechtlichen Ursprung zurückzuführen ist. Die römisch-rechtlichen Traditionen gelangten über England mit den kolonialen Mächten, inklusive des englischen Rechts, nach Australien. Die erste englische Kolonie in Australien war New South Wales. Zur damaligen Zeit³⁸ fanden sich die Regelungen über *mentally ill* in den *statute declaratories* der *Royal Prerogatives* und den *common law writs* sowie den gerichtlichen Entscheidungen.³⁹

33 Carvan, Australian Legal System 40.

34 O'Neill/Peisah, Capacity 6.

35 Vgl § 268 Abs 3 ABGB aF.

36 FRA, Rechts- und Handlungsfähigkeit 35 ff.

37 Williams/Field, Guardianship in Australia (2014) 84 f; ACT Government, Public Trustee and Guardian, Financial Management (2016).

38 Im Jahr 1788 erreichte die erste Flotte mit Strafgefangenen Port Jackson (Sydney).

39 O'Neill/Peisah, Capacity 5.2.1.

2. Völkerrechtliche Grundlagen

2.1. Die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen

2.1.1. Allgemein

Die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (im Folgenden Konvention bzw UN-BRK) war das Ergebnis jahrzehntelanger Bemühungen und ist ein völkerrechtliches Übereinkommen, das am 13. Dezember 2006 beschlossen wurde und am 3. Mai 2008 in Kraft trat.⁴⁰ Sie bringt, als menschenrechtliches Instrument, eine soziale Entwicklung mit sich und zielt ua darauf ab, die bisherigen Ansichten bzw Einstellungen über Menschen mit Behinderungen zu ändern.⁴¹ Die von der Konvention erfasste Personengruppe solle nicht als Objekt der Fürsorge bzw des sozialen Schutzes angesehen werden, vielmehr sind Menschen mit Behinderungen Personen mit Rechten, die in der Lage sind, ihre Rechte wahrzunehmen bzw durchzusetzen, gegebenenfalls mit der erforderlichen Unterstützung. Sie können eigene Entscheidungen, auf der Grundlage eines freien und aufgeklärten Bewusstseins, treffen.⁴²

Die Konvention unterstreicht, dass Menschen mit Behinderungen, unabhängig von der Form der Beeinträchtigung, sämtliche Menschenrechte und Grundfreiheiten in der gleichen Weise bzw demselben Umfang wie Menschen ohne Behinderung genießen und aktive Mitglieder der Gesellschaft sind.⁴³ Die Konvention entfaltet durch ihre Zielsetzung eine, alle Lebensbereiche umfassende Reichweite. Die spezifische Unrechtserfahrung durch Menschen mit Behinderungen soll beseitigt werden.⁴⁴

Um ein aktives Mitglied in und an der Gesellschaft zu sein, insbesondere durch die Teilnahme am Rechtsverkehr im weitesten Sinne, werden die

40 *UN Treaty Collection*, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006).

41 Vgl Art 8 UN-BRK.

42 Vgl *Social Policy and Development Disability Division*, CRPD.

43 Vgl *Social Policy and Development Disability Division*, CRPD.

44 *Aichele*, UN-Behindertenrechtskonvention (2008) 4.

2.1. UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Anerkennung als Rechtsperson sowie der entsprechenden Rechte benötigt. Dieses Bewusstsein greift Art 12 der Konvention⁴⁵ (*Equal recognition before the law*) als individuelles subjektives Recht⁴⁶ auf. Denn eine gesellschaftliche und rechtliche Teilnahme kann lediglich dann erfolgen, wenn eine Person als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt wird bzw sie in den verschiedenen Lebensbereichen über die erforderlichen rechtlichen Teilnahmebefugnisse verfügt.

Der Art 12 der Konvention fordert ein Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Die *equality before the law* gilt als ein grundlegendes Prinzip im Rahmen des Menschenrechtsschutzes und ist unmittelbar mit der Ausübung von menschlichen Rechten verbunden. Das Recht auf *equality before the law* wurde bereits durch Art 6 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (1948) und im Art 16 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte (im Folgenden Zivilpakt 1966) aufgegriffen. Im Art 12 der Konvention wird diese menschenrechtliche Garantie erneut aufgegriffen und für Menschen mit Behinderungen spezifiziert. In der Vergangenheit wurde dieses Recht Menschen mit Behinderungen häufig verwehrt bzw der Status als Rechtsperson aberkannt.⁴⁷ Bisher ist die Annahme weit verbreitet, dass eine Person mit Behinderung, aufgrund einer geistigen, psychischen Behinderung nicht in der Lage ist, eigenständig einen Willen zu bilden, diesen zu äußern, und somit keine rechtswirksamen Entscheidungen treffen kann. Dieser bisherigen Denkpraxis möchten die allgemeinen Grundsätze der Konvention entgegenwirken. Die mit einer Person verbundene Würde und ihre individuelle Autonomie sollen Achtung bzw Beachtung erfahren. Die individuelle Autonomie schließt auch die Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen sowie die persönliche Unabhängigkeit mit ein.⁴⁸ Sie gilt als grundlegendes rechtsstaatliches Prinzip und darf daher nicht auf andere Personen übertragen werden.⁴⁹

Im Rahmen von internationalen Übereinkommen stellt sich stets die Frage nach den daraus erwachsenden Pflichten bzw Aufgaben für die Vertragsstaaten. Damit ist auch die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Konventionsbestimmungen, im konkreten Fall des Art 12, verbunden. Bei dem Recht auf gleichberechtigte Anerkennung vor dem Recht handelt es sich um ein bürgerliches Recht im Sinne von Art 16 Zivilpakt (1966). Aus dem

45 Art 12 UN-BRK – Gleiche Anerkennung vor dem Recht.

46 *Aichele*, UN-BRK 6.

47 *Committee*, General Comment No. 1 (2014) para 1.

48 *Lachwitz*, Gleiche Anerkennung vor dem Recht 147 Rz 2; vgl Art 3 lit a UN-BRK.

49 *McSherry*, Legal capacity (2012) 22 (25).