

Udo Di Fabio

Handlungsfähigkeit – ein Begriff des Verfassungsrechts?

Vortrag im Rahmen der 65 Bitburger Gespräche

Mainz, 13. / 14. 01. 2022

I.

Am 30. Juni 2021 trafen sich das Bundesverfassungsgericht und die Bundesregierung. Auf Vorschlag der Bundesregierung sollte über das Thema „Die Handlungsfähigkeit der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes im globalen Krisenfall“ gesprochen werden. Man registriert sofort, dass von *Handlungsfähigkeit* die Rede ist, wenn an eine *Krise* gedacht wird. Auch die Krise als Initialzündung der Thematisierung von Handlungsfähigkeit ist ein analytischer und kein rechtlicher Begriff¹, aber das macht sie für das Recht alles andere als uninteressant.

Der Begriff der Handlungsfähigkeit ist trotz seiner Krisennähe kein Begriff wie der des Ausnahmezustandes,² sondern eigentlich ein nüchterner Rechtsbegriff der „Normallage“. § 12 VwVfG definiert die Handlungsfähigkeit als die Fähigkeit, Prozesshandlungen vorzunehmen und bindet sie regelmäßig an die Geschäftsfähigkeit. Es geht dort also um die Handlungsfähigkeit im Rechtssinne und das ist für verbindliche Rechtshandlungen, für die Rechtsgeschäftslehre von zentraler Bedeutung. Denn mit der Handlungsfähigkeit verbindet das Recht auch die Verantwortung, und damit die Zurechnung von Pflichten, von Schuld und Haftung, wenn etwa das Bundesverfassungsgericht feststellt, dass eine Aktiengesellschaft als solche nicht handlungsfähig sei.³ Auch wird bei der Durchsetzung des Rechts in der digitalen Welt vom „Erringen“ der Handlungsfähigkeit gesprochen.⁴ Doch der Begriff Handlungsfähigkeit in diesem grundlegenden Rechtssinne bringt noch nicht die Saiten zum Schwingen, um jene Melodie hörbar zu machen, die auf der Tagesordnung des Treffens zwischen Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht stand und die eine Anfrage an das Verfassungsrecht stellt.

¹ Schorkopf, Finanzkrisen als Herausforderung der Rechtsetzung VVDStRL 71 (2012) S. 183 (185).

² Handlungsfähigkeit kommt anders als der Begriff des Ausnahmezustandes, den das Grundgesetz im Gegensatz zum Notstand meidet, ohne die seit Carl Schmitt zirkulierenden Assoziationen des die Verfassung „suspendierenden“ Staatsstrechs aus, siehe Schmitt, Politische Theologie, Zweite Ausgabe 1934, S. 21.

³ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Mai 2017 – 2 BVR 335/17 –, Rn. 30.

⁴ Schallbruch, Schwacher Staat im Netz, 2018, S. 219 ff.

II.

Im Alltagsverständnis bedeutet Handlungsfähigkeit eine Zustandsbeschreibung aus der Welt des Seins und nicht aus der des Sollens. Wer ohnmächtig ist, wer verletzt ist, der ist nicht im Vollbesitz seiner körperlichen oder geistigen Kräfte und deshalb nicht handlungsfähig. Ob das Recht daraus einen Betreuungsfall macht oder über die Minderjährigkeit die Geschäftsfähigkeit eingeschränkt wird, ist dann eine normative Frage, die aber an faktische Handlungsmöglichkeiten anknüpft. Genau diese Strecke vom Sein zum Sollen⁵ bestimmt auch den Begriff der Handlungsfähigkeit im Verfassungsrecht. Die Handlungsfähigkeit des Staates wird verfassungsrechtlich eher vorausgesetzt als konstituiert, sie ist weder Staatsziel noch Rechtsgebot, aber sie bleibt ein rechtlich relevanter Gesichtspunkt.

Die Handlungsfähigkeit kann bedroht sein in akuten Krisen. Das muss nicht immer eine Pandemie oder eine Flutkatastrophe sein, aber der Bezug darauf schafft Plausibilität. Als der Ministerpräsident des Landes Sachsen-Anhalt, sich entschlossen hat angesichts bestehender unterschiedlicher Auffassungen zum ersten Medienänderungsstaatsvertrag einen dem Landtag bereits zugeleiteten Gesetzentwurf wieder zurückzuziehen, führte er zur Begründung an, dass diese Entscheidung „angesichts der Pandemie und ihrer Folgen die zwingend erforderliche weitere *Handlungsfähigkeit* von Parlament und Landesregierung“ sichere.⁶ Vielleicht war daran gedacht, dass eine Abstimmungsniederlage im Parlament die Regierung zur Disposition gestellt hätte und man braucht eine Regierung, wenn eine Pandemie herrscht. Im Hinblick auf die Erhöhung der Sitzzahlen des Bundestages wurde die Wahlrechtsänderung damit begründet, dass die wachsende Größe des Bundestages seine *Arbeits- und Handlungsfähigkeit* beeinträchtigt.⁷

III.

Während im ersten, dem sachsen-anhaltinischen Fall eine Notsituation zur Begründung einer von der Normalbehandlung abweichenden Verfahrensweise als Rechtfertigung angeführt wird, geht es im zweiten Fall darum, das Recht *durch (kluge) Gesetzgebung* so zu verändern, dass die Arbeitsfähigkeit des Organs erhalten bleibt. Hier geht es darum, politische Blockaden bei der Mehrheitsbildung zu dieser Gesetzesänderung mit dem Hinweis auf die Handlungsfähigkeit zu überwinden. Die Begründung ist im Recht als vernunftverpflichtete Argumentationswissenschaft mehr als nur Argument, sie wird dogmatisch zum Rechtfertigungsgrund umformatiert.

Schon in der Frühzeit verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die im Wahlrecht geltende Sperrklausel die Gefahr einer Stimmenzersplitterung bannen solle, weil damit der Zweck verfolgt werde, die Bildung *handlungsfähiger* und repräsentativer Verfassungsorgane zu ermöglichen.⁸

Seit *David Hume*⁹ glauben wir zu wissen, dass vom Sein nicht auf das Sollen geschlossen werden darf. Aber dass normative Aussagen gänzlich unbeeindruckt von der Wirklichkeit seien oder sein müssten, wird niemand behaupten und auch niemand wünschen können. In Wirklichkeit gibt es eine Dialektik zwischen dem *Verbot* des naturalistischen Fehlschlusses und dem *Gebot* einer notwendigen

⁵ Gemeint ganz im neuzeitlich-klassischen und nicht im dekonstruktivistischen Sinne, siehe etwa R. Dreier, Sein und Sollen. Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens, JZ 1972, 329 ff. Demgegenüber: Ostermeyer/Wolf, in: Girmes/Geschke/Ostermeyer/Shkonda (Hg.), Den spezialisierten Anderen verstehen: Vom Wert transdisziplinärer Begegnungen, 2014, S. 105 ff.

⁶ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 20. Juli 2021 – 1 BvR 2756/20 –, Rn. 22.

⁷ BT-Drs. 19/22504, S. 1 und 5.

⁸ BVerfGE 3, 383 (393 f.); 6, 84 (98 f.).

⁹ Hume, A Treatise of Human Nature, Buch III, Teil I, Kapitel I.

empirischen Rückanknüpfung normativer Aussagesysteme.¹⁰ Es besteht hier ein Verhältnis der Interdependenz, gerade wenn an die strikte Trennung beider Argumentationssphären festgehalten wird. Wenn demnach eine Gefahr für die Handlungsfähigkeit des Staates besteht, wird daraus nicht unmittelbar geschlussfolgert werden können, dass entgegenstehendes Recht deshalb keine Geltung mehr beanspruchen dürfe. Indes wird die Interpretation des Rechts, dort, wo Auslegungsspielräume bestehen, möglicherweise von dem Blick auf die Wirklichkeit nicht nur im Ausnahmefall beeindruckt. Die Beschlüsse des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesnotbremse wurden vereinzelt so aufgenommen, als ob sich das Gericht bei der Maßstabsbildung und der Zubilligung eines großen Einschätzungsspielraums den Bedingungen der Krise auch insofern zu beugen hatte, als dass die Handlungsfähigkeit von Regierung und Parlament, ihr Ansehen, ihre Berechenbarkeit durch eine „es besserwissende“ Verfassungsrechtsprechung nicht in Misskredit gebracht werden solle.

IV.

Die Handlungsfähigkeit von Regierung, Parlament, Verwaltung oder Rechtsprechung, die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland als Ganzes sind Rechtsgüter, die bei der Herstellung praktischer Konkordanz, bei der Begründung von Grundrechtseingriffen oder bei der Austarierung von Rechtspositionen im föderalen Gefüge oder im Bereich der auswärtigen Beziehungen von verfassungsrechtlichem Gewicht sind. Handlungsfähigkeit korrespondiert mit dem in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Bundesverfassungsschutzgesetz formulierten Tatbestand der „Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder“. In seinem BND-Urteil vom 19. Mai 2020 hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass die nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung für die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Außen- und Sicherheitspolitik seit jeher eine erhebliche, in jüngerer Zeit aber spezifisch gewachsene Bedeutung gewonnen habe.¹¹ Damit wird die deutsche Auslandsspionage durchaus vom Gesetzgeber als festgelegter Grund des Handlungsfähigkeitspostulats angesehen und indirekt mit verfassungsrechtlichem Gewicht, nämlich als Sicherheitsbelang, aufgeladen, wenn gesagt wird:

„Die unter veränderten Bedingungen zunehmende Bedeutung der Auslandsaufklärung geht im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit mit neuen Herausforderungen nicht nur für die Wahrung der Sicherheit, sondern auch für die Wahrung der Freiheit einher, die rechtsstaatlich auf der Basis der Grundrechte ausbalanciert werden muss.“¹²

Hier wird die, wenn auch scheinbar am Rande liegende, bedeutsame Verschiebung in der soziokulturellen Selbstwahrnehmung westlicher Gesellschaften deutlich. Denn was sind die veränderten Bedingungen, die eine zunehmende Bedeutung der Auslandsspionage signalisieren, was sind die neuen Herausforderungen? Auch wenn das Gericht hier nichts Näheres ausführt, sondern als *opinio communis* unterstellt, sind damit offenbar neue geopolitische Rahmenbedingungen gemeint und auch eine krisenhafte Erschütterung des westlichen Wertesystems. Es geht verstärkt für politische Gemeinschaften wie der Bundesrepublik, das nordatlantische Bündnis und die Europäische Union um *Selbstbehauptung*.¹³ Der Begriff der Selbstbehauptung und derjenige der Handlungsfähigkeit sind an sich miteinander korrespondierende *defensive* Begriffe, die eine Stärke bewahren und zurückgewinnen sollen, die gefährdet scheint.

¹⁰ Lerner, Die Verbindung von Sein und Sollen als Grundproblem der normativen Kraft der „Natur der Sache“ ARSP, 1964, 405 ff.

¹¹ BVerfGE 154, 152 Rn. 106.

¹² BVerfGE 154, 152 Rn. 108.

¹³ Di Fabio (Hg.), Die Selbstbehauptung Europas, 2022.

V.

Wenn die Handlungsfähigkeit des Staates auf dem Spiel steht, bleibt zwar eine Abwägung insbesondere mit grundrechtlichen Freiheitspositionen demnach immer notwendig und sie bleibt ergebnisoffen. Doch in Krisensituationen kann das Gewicht dieses legitimen Zwecks derart zunehmen, dass es zu einer Situation *prädeeterminierter Abwägungsverläufe* kommen kann. Die Schließung an sich notwendig ergebnisoffener Abwägungen ist gerade das Kennzeichen einer Situation, die als eine elementare Krise faktisch unbezweifelbar ist oder im gesellschaftlichen Kommunikationszusammenhang als solche wahrgenommen wird: *Whatever it takes*, alternativlos sind Sprachbilder einer zwingend notwendigen Maßnahme zur Selbstbehauptung. Gegen eine Spekulation der Finanzmärkte auf den Zerfall des Eurowährungsraums kündigte der EZB-Präsident *Mario Draghi* vor zehn Jahren diesen Märkten an, mit allen Mitteln gegenzusteuern und so die Handlungsfähigkeit, mit der geldpolitischen Interventionsmacht der Zentralbank zu demonstrieren, auch wenn auf lange Sicht heute deutlich wird, dass solche Demonstration von Handlungsfähigkeit in der Krise zu einem längerfristigen Verlust institutioneller Handlungsfähigkeit und damit zu einer neuen Krise führen kann.

An dieser Stelle sollte das bereits vor Jahrzehnten erreichte Analyseniveau der sozialwissenschaftlichen Systemtheorie nicht unterschritten werden. Ob eine Krise elementar ist oder nicht, kann bis zum faktischen Untergang einer Gesellschaft nur als Kommunikationsereignis festgestellt werden. Die Krise ist bis zu jenem Grenzfall der Existenzvernichtung eine gesellschaftliche Konvention. Mit anderen Worten kann eine höchst elementare Zuspitzung von Gefahrenlagen von einer Gesellschaft entweder einfach ignoriert werden oder aber umgekehrt ein Ereignis in der Wahrnehmung einen gewaltigen Stellenwert erringen, obwohl objektiv der Fortbestand der Gesellschaft in ihrer konkreten Beschaffenheit gar nicht betroffen ist oder Lösungsmöglichkeiten auch ganz ohne tiefgreifende Eingriffe oder grundlegende Transformationsanstrengungen bestehen.¹⁴

Die Rechtsprechung wird regelmäßig gegen eine gesellschaftliche Konvention, die eine Krise als schicksalhaft wahrnimmt und hier Handlungsfähigkeit demonstriert, nicht einwenden können, die Krise sei gar nicht so groß, nicht so drängend, nicht so gefährlich. Im Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ wird sogar spürbar, dass ein gewiss wissenschaftlich feststehender, aber eben doch näher im politischen Prägeraum definierter Krisenbefund vom Gericht aufgenommen, vielleicht sogar zugespitzt wird – und so dem Parlament in dieser Form als Handlungsauftrag vorgelegt wird. Normalerweise reagiert die Rechtsprechung zur Erhaltung von notwendigen Abwägungsspielräumen auch anders als im Leugnen einer gesellschaftlich wahrgenommenen Krise. Gerade der Terminus der Handlungsfähigkeit wird von der Rechtsprechung in ihrem normativen Kontext zur Abwehr von Fehlproportionierungen verwendet und einer das Recht an den Rand drängenden Krisendynamik entgegengesetzt. So wurde die Geldpolitik der EZB – auch von vielen Kritikern – als Krisenmanagement im Hinblick auf die Staatsverschuldung im Eurowährungsraum wahrgenommen. Das „konterte“ sozusagen der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit der Notwendigkeit einer Erhaltung der haushaltspolitischen *Handlungsfähigkeit* des Deutschen Bundestags:

„Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat durch die tatbestandliche Konkretisierung und sachliche Verschärfung der Regeln für die Kreditaufnahme von Bund und Ländern (...) klargestellt, dass eine Selbstbindung der Parlamente und die damit verbundene fühlbare Beschränkung ihrer haushaltspolitischen Handlungsfähigkeit gerade im Interesse langfristiger Erhaltung der demokratischen Gestaltungsfähigkeit notwendig sein können (...). Mag eine derartige Bindung die demokratischen Gestaltungsspielräume in der Gegenwart auch beschränken, so sind sie doch zugleich deren Sicherung für die Zukunft. Zwar stellt auch eine langfristig besorgniserregende Entwicklung des Schuldenstandes keine verfassungsrechtlich relevante Beeinträchtigung der

¹⁴ Siehe einführend Esser, *Soziologie, Spezielle Grundlagen*, Bd. 2: Die Konstruktion der Gesellschaft, 2000, S. 51 ff.

¹⁵ BVerfGE 157, 30.

Kompetenz des Gesetzgebers zu einer situationsabhängigen diskretionären Fiskalpolitik dar. Dennoch führt sie zu einer faktischen Verengung von Entscheidungsspielräumen (...). Deren Offenhaltung ist ein legitimes verfassungsgesetzgeberisches Ziel.“¹⁶

VI.

Hier fällt nicht nur auf, dass der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts eine intergenerationelle Betrachtungsweise der Nachhaltigkeit in das Staatsorganisationsrecht entwickelt hat – öffentlich weitgehend unbeachtet und fast ein Jahrzehnt vor dem Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts in dessen Klimabeschluss. Man spürt in der Argumentation auch, wie der Faktizität geldpolitischer Notwendigkeiten der Europäischen Zentralbank die Notwendigkeit der Handlungsfähigkeit des Haushaltsgesetzgebers gegenübergestellt und damit ein Gegengewicht geschaffen, ein Raum für Verhältnismäßigkeitserwägungen eröffnet wird.

Doch nicht nur im Staatsorganisationsrecht, sondern vor allem im Rahmen einer grundrechtsdogmatischen Argumentation ist Handlungsfähigkeit eine wichtige Kategorie. Warum ist hier der Hinweis auf die Kontingenz der Krisenwahrnehmung für das Recht von Bedeutung? Weil die Behauptung einer Krise entgegenstehende grundrechtliche Freiheiten relativiert, wenn die Handlungsfähigkeit des Gemeinwesens auf dem Spiel steht. So ist in der Coronakrise das durchschlagskräftigste Argument für weitreichende Kontaktbeschränkungen nach wie vor die Funktionsfähigkeit, also die Handlungsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitssystems.

Handlungsfähigkeit ist aber keineswegs reserviert für kollektive öffentlich-rechtliche Akteure. Die Verfassung beginnt im Grunde genommen mit der Handlungsfähigkeit des Individuums, wenn Art. 2 GG Habeas-corporus-Verbürgungen und die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert.

„Der vom Grundgesetz geforderte Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung des Einzelnen verlangt vom Gesetzgeber auch bei Menschen, die im Hinblick auf ihre Gesundheitsorge unter Betreuung stehen, durch entsprechende Regelungen sicherzustellen, dass vor konkreten Untersuchungen des Gesundheitszustandes, vor Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen stets aktuell festgestellt wird, ob nicht eine hinreichende Einsichts- und *Handlungsfähigkeit* der Betroffenen im Hinblick auf diese Maßnahmen besteht, so dass sie hierfür einen freien und damit maßgeblichen Willen bilden können.“¹⁷

Die UN-Behinderten-Rechtskonvention (BRK) formuliert in Art. 12 Abs. 2 den Grundsatz, wonach die Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen. Das ist zunächst einmal wiederum nur eine normative Aussage, die aber in Abs. 3 faktisch unterlegt wird, wenn es dort heißt, dass die Vertragsstaaten sich verpflichten, Menschen mit Behinderung Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit benötigen.¹⁸ Auch für Vereinigungen im Sinne von Art. 9 GG, etwa für Gewerkschaften, besteht der Gesichtspunkt ausreichender Handlungsfähigkeit, die etwa über die Koalitionsfreiheit nach Abs. 3 geschützt ist.¹⁹

Für den demokratischen Gesetzgeber ist die Wahrung, Förderung und Respektierung der individuellen Handlungsfähigkeit im System personaler Eigenverantwortung die Leitplanke, die von der grundrechtlichen Werteordnung besetzt wird. Wir befinden uns verfassungstheoretisch betrachtet eben in der normativen Doppelhelix, in der der individuelle Entfaltungs- und Achtungsanspruch den einen Strang und der Selbstgestaltungsanspruch der demokratischen Gemeinschaft den anderen

¹⁶ BVerfGE 132, 195 Rn. 120.

¹⁷ BVerfGE 142, 313 Rn. 86.

¹⁸ Siehe auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 31. März 2021 – 1 BvR 413/20, Rn. 37.

¹⁹ BVerfGE 140, 211 Rn. 19.

Strang bilden.²⁰ Dabei sollte nicht vergessen werden, das Bild verbundener und doch getrennter Bereiche individueller und kollektiver Entfaltung nicht von dem kategorialen Vorrang der Gemeinschaft und streng genommen noch nicht einmal von der Gleichordnung beider Entwicklungsstränge ausgeht, sondern die Gemeinschaft deshalb Handlungsfähigkeit benötigt, um sie in den Dienst für die Freiheit und Sicherheit des vernunftbegabten menschlichen Subjekts zu stellen.

VII.

Von diesem theoretischen Hochreck aus sollten wir aber dann doch wieder Bodenkontakt suchen: das heißt vom Normativen ausgehend nach der Faktizität von Handlungsfähigkeit fragen. Was lehren uns die jüngsten Krisen, was lehrt uns die Abfolge rasch getakteter, womöglich permanenter Krisen?

Die westlichen Gesellschaften waren ein Stück weit falsch programmiert. Sie befanden sich spätestens seit 1990 mit der Erwartung einer sich immer weiter verdichtenden universellen Weltordnung und damit in der Illusion einer sicheren politisch-ökonomischen Umwelt, in der man ein Projekt nach dem anderen verwirklichen kann, ohne die Idee der Nachhaltigkeit gesellschaftlich und machtpolitisch in einem ernsthaften Systemkontext denken zu müssen. Die „Entdeckung“ der Nachhaltigkeit beim Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen war wichtig und richtig, aber er ist nur ein Segment des politischen Denkens und im Kreis der verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmungen und Schutzgebote.

Neue Krisen machen deutlich, dass Versorgungssicherheit, wirksame Verteidigung, geostrategisch durchdachte Handelsbeziehungen, sozialer Zusammenhalt, Währungs- und Fiskalstabilität, wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit, langfristig entwicklungsfähige und ökonomisch tragfähige Infrastrukturen, Bildungsqualität und offene Räume für Information und Wissen ebenso wichtige Bausteine für die Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft sind wie ökologische Nachhaltigkeit. Mit dem Begriff der Handlungsfähigkeit wird im öffentlichen oder juristischen Diskurs kein Notstands joker gezogen, der die Bindungen des Rechts zu lockern oder zu dispensieren vermag. Aber die Wahrung oder Wiederherstellung von Handlungsfähigkeit liegt wie eine eingelagerte immanente Textur nicht nur der Schuldenbremse in Art. 115 GG oder europäischen Stabilitätskriterien zugrunde: Alle als Staatsstrukturen oder Staatsziele formulierten großen Institutionen der Verfassung wie der Rechtsstaat, die Demokratie oder das soziale oder ökologische Staatsziel richten sich auf die Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen wie auch die Selbstbehauptung und politische Handlungsfähigkeit des freiheitlichen Gemeinwesens. Es ist zuvörderst Aufgabe des demokratisch-parlamentarischen Prozesses, hier Erstentscheidungen zu treffen, die Handlungsfähigkeit ermöglichen, weil sie sowohl grundrechtliche Entfaltungsräume wie auch politische Gestaltungsmöglichkeiten offenhalten. Die Rechtsanwendung wird solche Argumente als Rechtfertigungsgründe würdigen und gewichten, dabei eine zeitlich weitsichtige, eine intertemporale Perspektive in allen Lebensbereichen stärker indes umsichtig einblenden, ohne den Gefahren einer epistemischen Selbstüberschätzung zu erliegen.

²⁰ Di Fabio, JZ 2020, 1073 (1079).

