

DAS KONZEPT DER „DASEINSVORSORGE“ BEI ERNST FORSTHOFF ALS LEGITIMATION DES AUTORITÄREN STAATES

THE CONCEPT OF “DASEINSVORSORGE” BY ERNST FORSTHOFF AS LEGITIMATION OF THE AUTHORITARIAN STATE

Peter Techet

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg / Universität Zürich

SUMARIO: EINFÜHRUNG; I. DER BEGRIFF DER „DASEINSVORSORGE“: I. 1. Idee der „Daseinsvorsorge“, I. 2. „Daseinsvorsorge“ und Lebensraum; II. „DASEINSVORSORGE“ ALS NEUE VERWALTUNGSLEHRE: II. 1. Neue Realität, neue Verwaltungsaufgaben, II. 2. Eingriffs- und Leistungsverwaltung, II. 3. „Daseinsvorsorge“ als NS-Begriff?; III. „DASEINSVORSORGE“ ALS EINE AUTORITÄR-LIBERALE IDEE?: III. 1. Totalität der Daseinsverantwortung: Totale Teilhabe und totale Vereinnahmung der Einzelnen, III. 2. Liberale und autoritäre Angst: Die Vergesellschaftung des Staates, III. 3. Autoritäres Ziel: Qualitative Totalität des Staates, III. 4. Liberales Ziel: Entpolitisierung der Gesellschaft im Interesse der freien Wirtschaft; IV. „DASEINSVORSORGE“ IN DER NACHKRIEGSZEIT: IV. 1. BRD: Staat ohne Autorität?, IV. 2. Gegen den Sozialstaat, IV. 3. Gegen den Richterstaat, IV. 4. „Daseinsvorsorge“ und Ausnahmezustand: Soziale Stabilität oder neue, überstaatliche Herausforderungen?

Resumen: Der deutsche Verwaltungsjurist Ernst Forsthoff entwickelte seit den 1930er Jahren ein neues Konzept des Verwaltungsrechts („Daseinsvorsorge“). Dabei ging es für ihn darum, einerseits die Aufgaben der Verwaltung – aufgrund der veränderten Verhältnisse in einer Industriegesellschaft – neu festzulegen, andererseits dem Staat eine neue Legitimationsgrundlage zu geben. Während Forsthoff sein neues Konzept des Verwaltungsrechts als soziale Funktion ausarbeitete, blieb er im Verfassungsrecht ein Gegner des Sozialstaats, obwohl diese Position seinem Verwaltungsrecht widersprach. Im folgenden Beitrag analysiere ich die Entwicklungsstufen seines Konzepts (auch mit Hinblick auf den Nationalsozialismus und die Sozialstaatsdebatten) und zeige die Widersprüche zu seinem Verfassungsrecht auf.

Abstract: The German administrative lawyer, Ernst Forsthoff developed since the 1930s a new concept of administration law (“Daseinsvorsorge”). On the one hand, it was about determining the tasks of administration – due to the changed circumstances in an industrial society –, and, on the other hand, give the state a

new basis of legitimation. However, while Forsthoff worked out his new concepts of administrative law as social function, he remained an opponent of the welfare state in constitutional law, although this position contradicted his administrative law. In the following article I analyse the stages of development of his concept (also with reference to National Socialism and the debates on the Welfare State), and I show the contradictions to his constitutional law.

Palabras clave: Deutschland; Wohlfahrtsstaat; Ernst Forsthoff; Carl Schmitt; Verwaltungsrecht; Verfassungsrecht; Rechtsgeschichte; Staatslegitimität; Nationalsozialismus; Wolfgang Abendroth

Key Words: Germany; Welfare state; Ernst Forsthoff; Carl Schmitt; Administrative law; Constitutional Law; Legal History; Legitimation of the State; National Socialism; Wolfgang Abendroth

EINFÜHRUNG

Der deutsche Verwaltungsjurist Ernst Forsthoff (1902-1974) entwickelte seit den 1930er Jahren ein neues Konzept der Verwaltung („Daseinsvorsorge“).¹ Es sollte einerseits die Verwaltung – aufgrund der veränderten Umstände in einer industriellen Gesellschaft – als Leistungsaufgabe bestimmen, andererseits dem Staat eine neue Legitimationsgrundlage verleihen. Forsthoff wollte mit seinem Konzept auf die Veränderungen des modernen, industriellen Zeitalters reagieren, welche den Menschen zwar neue Möglichkeiten, „Freiheiten“ verschafften, aber die Unsicherheiten und die Gefahren vergrößerten.

Forsthoff fasste die neuen Aufgaben des Staates im Begriff der „Daseinsvorsorge“ zusammen. Die „Daseinsvorsorge“ solle den Menschen Schutz vor den Risiken einer kapitalistischen, technisch entwickelten, modernen Gesellschaft bieten, in der die Menschen zwar neue Freiheiten und Möglichkeiten erlangen, aber die damit einhergehenden Risiken alleine nicht mehr bewältigen können. Die „Daseinsvorsorge“ befriedigt und sichert die Grundbedürfnisse der Menschen, die ohne staatliche Leistungen nicht mehr zu realisieren seien. Weil sich die Autorität des Staates infolgedessen verfestigt und verstärkt, bedeutet das Konzept der „Daseinsvorsorge“ zugleich die Neuformulierung und Neubelebung der Staatslegitimität. Der Staat legitimiert sich nicht bloß durch die verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten bzw. die polizeilich gewährte Ordnungssicherung, sondern auch durch die verwaltungsrechtliche Vorsorge, d.h. eine neue staatliche Daueraufgabe, welche das Staat-Gesellschaft-Verhältnis grundlegend verändert.

Die „Daseinsvorsorge“ könnte zwar auch die Sozialstaatlichkeit bedeuten, war sie aber bei Forsthoff nicht in diesem Sinne herausgearbeitet. Deswegen ist es wichtig zu betonen, dass Forsthoff nicht eine bloße, staatlich erfolgte, soziale

¹ Zum Lebenslauf und Lebenswerk Forsthoffs siehe Florian Meinel, *Der Jurist der Industriegesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Akademie, Berlin, 2011.

Absicherung anstrebte, sondern er wollte die Autorität des Staates auch in einer Risikogesellschaft (*im Sinne des übergesellschaftlichen Staates*) bewahren bzw. (*im Sinne einer erhöhten Staatsabhängigkeit der Gesellschaft*) neu begründen. Um eine pluralistische Sozialstaatlichkeit zu verhindern, entwickelte also Forsthoff sein verwaltungsrechtliches Konzept demnach als Ergänzung/Untermauerung eines „qualitativ totalen“ Staates.² Was Carl Schmitt im Verfassungsrecht formuliert hatte, dachte Forsthoff auf dem Gebiet der Verwaltungslehre weiter: Während Schmitt den Staat nach außen hin, d.h. als maßgebende Entscheidungsmacht über Freund und Feind bestimmte (aber den inneren Inhalt des Staatslebens beliebig, d.h. dezisionistisch-okkasionell offen hielt), interessierte sich Forsthoff für das Innerleben des Staates,³ d.h. er füllte die innerstaatliche „Leere“ der Schmittschen Lehre mit der Idee der „Daseinsvorsorge“ als Ziel und Inhalt eines autoritären Staates aus.

Im folgenden Aufsatz analysiere ich die Entwicklungsstufen des „Daseinsvorsorge“-Konzeptes. Der Begriff der „Daseinsvorsorge“ wird im Aufsatz als Reaktion auf die veränderten gesellschaftlichen Umstände verstanden (I.), welche – auch in Bezug auf den Nationalsozialismus – das Wesen der Verwaltung neu bestimmen (II.) bzw. einen autoritären Staat ermöglichen sollte. (III.) Dass dem Konzept ein autoritäres Staatsverständnis zugrunde lag, zeigte sich besonders in der Nachkriegszeit, als Forsthoff den Sozialstaat (als mögliche Konsequenz einer daseinsvorsorgenden Verwaltung) ablehnte. (IV.) Forsthoff dachte die „Daseinsvorsorge“ also nicht in einen pluralistischen Wohlfahrtsstaat weiter, sein Konzept stellt vielmehr *einen konservativen Versuch dar, die vermeintlich verlorengegangene Autorität des Staates in die Verwaltung als staatliches Hoheitsgebiet zu übertragen.*

I. DER BEGRIFF DER „DASEINSVORSORGE“

Forsthoff entwickelte den Begriff der „Daseinsvorsorge“ in einem Aufsatz im Jahre 1935. Er wollte damit – im Kontext einer konservativen Kulturkritik – auf Veränderungen der modernen Welt reagieren (I. 1.), d.h. das Problem rechtswissenschaftlich erfassen, dass die Menschen den ihnen zugänglichen, zur Verfügung stehenden Lebensraum mit dem von ihnen beherrschten Lebensraum nicht mehr absichern und in Anspruch nehmen konnten. (II. 2.)

I. 1. Idee der „Daseinsvorsorge“

Dank der seit dem 19. Jahrhundert einsetzenden Veränderungen – d. h. der Urbanisierung, der Massengesellschaftlichkeit, der technischen Neuheiten – erlebte Europa einen gesellschaftlichen Prozess, der die menschlichen Ansprüche immer höher trieb, während die Ressourcen weiterhin begrenzt blieben. Als Ernst

² Zum Konzept des „qualitativ totalen Staates“, der nicht aus Schwäche, sondern aus Stärke heraus total sei, siehe Carl Schmitt, *„Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932)“*, in ders., *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*. Hg. von Günther Maschke, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 74, 77, 81.

³ Meinel, *Der Jurist der Industriegesellschaft*, op. cit., p. 175.

Forsthoff ab 1935 den Begriff der „Daseinsvorsorge“ entwickelte, trug er selbst diesen Veränderungen Rechnung,⁴ und er wollte die Verwaltungsrechtswissenschaft näher an die Realität rücken. Gleichzeitig bettete sich seine „Daseinsvorsorge“ in eine konservative Kulturkritik ein, welche die Industrialisierung und die technologische Entwicklung als Entfremdung des Menschen von seinem ursprünglichen, „natürlichen“ „Lebensraum“ verstand.⁵ Die „Daseinsvorsorge“ war insofern die konservative Antwort auf die Herausforderungen, denen etwa die Sozialdemokratie mit der Idee des Sozialstaates begegnete.

Wie bekannt, unterschied Isaiah Berlin zwischen negativer und positiver Freiheit: Nach seiner Typologie bedeute die negative Freiheit einen Zustand, wo der Mensch zwanglos, also von den äußeren Kräften des Lebens, der Natur, d.h. seiner Umgebung freigelöst sei.⁶ Diese *negative Freiheit* verursacht aber die *Entfremdung*. In einer technisch entwickelten, modernen Welt mag der Mensch zwar bisher unvorstellbare Weiten und Höhen erreichen, aber er kann diese Möglichkeiten nur unter *normalen* Zuständen genießen. Das kleinste Problem, die kleinste *Betriebsstörung* beweist brutal, wie verletzlich der freie, entbundene, entfremdete Mensch sei, der sich auf sich allein gelassen in der Welt durchsetzen sollte.⁷ Die „Daseinsvorsorge“ lässt sich insofern als Reaktion auf die als Ausnahmesituationen wahrgenommenen Phänomene des modernen Lebens begreifen.

Forsthoff war der Meinung, dass die Industrialisierung, die Urbanisierung, die Fortschreitung der Technik die Menschen nur in einem *negativen* Sinne freigemacht hätten, und dass der frei gewordene Mensch demzufolge mehr als je zuvor in der Geschichte einer externen (staatlichen) Vorsorge bedürfe. Durch die Modernisierung werden auch die Ansprüche der im negativen Sinne frei gewordenen Menschen höher, und die eventuell noch vorhandenen, vormodernen Vorsorgeinstanzen (Dorfgemeinschaft, Familie, Kirche usw.) seien nicht mehr imstande, diesen Ansprüchen gerecht zu werden. Die negative Freiheit, ohne kontrolliert zu werden, führe zu einer Situation, wo die Stärkeren – wegen ihrer „befreiten“ Kraft – überleben, während die Schwächeren „untergehen“, weil die Freiheit für sie Schutzlosigkeit mit sich bringe. Wie Carl Schmitt, der eigentlich eher einem autoritären Liberalismus nahe stand, schrieb: „Nichtintervention ist [...] nichts anderes als Intervention zugunsten des jeweils Überlegenen und Rücksichtslosen“.⁸

Als möglicher Vorgänger der Forsthoffschen Gedanken kann der deutsche Philosoph Karl Jaspers angesehen werden,⁹ der schon 1932 die Probleme

⁴ Willi Blümel, „Schlusswort“, in ders. (Hg.), *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 119.

⁵ Peter Caldwell, „Ernst Forsthoff and the legacy of radical conservative state theory in the Federal Republic of Germany“, *History of Political Thought*, 15, 1994, pp. 616, 631.

⁶ Isaiah Berlin, *Freiheit. Vier Versuche*, Fischer, Frankfurt/M., 2006, pp. 201ff.

⁷ Carl Schmitt, *Ex captivitate salus*, Greven, Köln, 1950, pp. 83f.

⁸ Ders., „Die Wendung zum totalen Staat (1931)“, in ders., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles*, Hanseatische, Hamburg, 1940, p. 154.

⁹ Dieter Scheidemann, *Der Begriff Daseinsvorsorge. Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs*, Muster-Schmidt, Göttingen / Zürich, 1991, pp. 20ff.

und die Phänomene angesprochen hatte, die dann Forsthoff in seinem verwaltungsrechtswissenschaftlichen Konzept vertiefte und juristisch weiterdachte. Jaspers meinte, dass der Mensch infolge der modernen Veränderungen „in Berührung mit allen“ gelange: „Nichts ist fern, geheim, wunderbar“.¹⁰ Die Menschen seien in der modernen Welt nicht mehr fähig, den neuen Herausforderungen Herr und ihren eigenen Erwartungen gerecht zu werden.¹¹ Die bisherigen Schutzmechanismen und Schutzanstalten können die Entfremdung nicht verhindern und die Gefahren eines entfremdeten Lebens abwenden:

„Indem der Riesenapparat der Daseinsfürsorge die einzelnen zur Funktion macht, löst er sie aus den substantiellen Lebensgehalten heraus, die früher als Tradition den Menschen umfingen.“¹²

Was Jaspers noch philosophisch vorgetragen hatte, formulierte Ernst Forsthoff mit Hinblick auf die neuen Aufgaben der Verwaltungslehre einer Industriegesellschaft. Dem Begriff der „Daseinsvorsorge“ sprachen aber viele die Qualität eines Rechtsbegriffes ab.¹³ Die „Daseinsvorsorge“ ist in der Tat *existenzialistisch* angehaucht, auch wenn die Vermutung, dass sich Forsthoff der Heideggerschen Terminologie bedient hätte,¹⁴ nicht eindeutig nachzuweisen ist. Karl Korn rückte dennoch die „Daseinsvorsorge“ in die Nähe des Heideggerschen Begriffs vom „Dasein“, da dieser gerade die Sorge, die Lebensängste ausdrücke,¹⁵ welche zu mildern die Aufgabe der „Daseinsvorsorge“ wäre. Das deutsche Wort „Sorge“ bedeutet gleichzeitig Besorgnis, Beunruhigung bzw. Hilfe, Pflege. Weil sich die Menschen ihrem beherrschten Lebensraum entfremdet hätten, seien sie *besorgt* um ihr Dasein – der zugängliche Lebensraum biete nur Möglichkeiten, aber keine konkrete Versorgung. Die „Daseinsvorsorge“ solle dementsprechend die entfremdeten, ihres beherrschten Lebensraumes beraubten Menschen *versorgen*, behüten, absichern.

I. 2. „Daseinsvorsorge“ und Lebensraum

Forsthoff meinte, dass „der moderne Mensch nicht mehr im Besitze der elementarsten Lebensgüter [ist], ohne die sein physisches Dasein auch einen Tag denkbar ist“.¹⁶ Die Diskrepanz *zwischen den Möglichkeiten und den Ängsten* bzw. *zwischen den negativen Freiheiten und den positiven Erwartungen* beschrieb

¹⁰ Karl Jaspers, *Die geistige Situation der Zeit*, Walter de Gruyter, Leipzig / Berlin, 1932, p. 29.

¹¹ Ebd., pp. 26, 32.

¹² Ebd., p. 31.

¹³ Hans Fischerhof, „*„Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden*“, DÖV, 13, 1960, pp. 41ff.; Bodo Börner, „*Irrwisch Daseinsvorsorge*“, Bayerische Verwaltungsblätter, 1971, pp. 406ff.; Fritz Ossenbühl, „*Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*“, DÖV, 24, 1971, pp. 516f.

¹⁴ Über den Begriff der Sorge bei Martin Heidegger siehe Barbara Merker, „*Sorge als Sein des Daseins*“, in Thomas Rentsch (Hg.), *Martin Heidegger: Sein und Zeit. Kommentar*, Akademie, Berlin, 2001, pp. 117-132.

¹⁵ Karl Korn, *Sprache in der verwalteten Welt*, Walter, Olten, 1959, p. 167.

¹⁶ Ernst Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, W. Kohlhammer, Stuttgart / Berlin, 1938, p. 7.

er mit den *Kategorien des beherrschten und des zugänglichen (später: effektiven) Lebensraumes*. Der beherrschte Lebensraum bedeute den früheren Lebensrahmen, welcher in der modernen Welt immer mehr an Bedeutung verliere:

„Als beherrschter Lebensraum soll derjenige bezeichnet werden, der dem Menschen in so intensiver Weise zugeordnet ist, daß er ihn als ihm allein gehörig, als sein Eigen betrachten, sich als sein Herr fühlen darf. Es ist der Hof, der Acker, der ihm gehört, sein Haus, in dem er lebt.“¹⁷

Demgegenüber stelle der effektive (oder zugängliche) Lebensraum die neuen Möglichkeiten dar, die den beherrschten Raum überragen: „Der zugängliche [effektive] Lebensraum ist derjenige, in dem sich das Leben, über den beherrschten Bereich hinaus, tatsächlich vollzieht“.¹⁸ Die Ausdehnung des effektiven Lebensraumes – etwa infolge der neuen Verkehrsmöglichkeiten¹⁹ – trage dazu bei, dass der beherrschte Lebensraum die neuen Erwartungen und Möglichkeiten nicht mehr erfüllen bzw. beeinflussen könne: Der Bauer, der seine Lebensgrundlage früher mit seiner landwirtschaftlichen Tätigkeit sichern konnte, sei als ein in die Stadt gezogener Mensch, der in einer Wohnung wohnt, auf öffentliche, „äußerliche“ Dienstleistungen und Einrichtungen angewiesen,²⁰ um überhaupt existieren zu können. Während der beherrschte Lebensraum die neuen Möglichkeiten nicht bewältigen könne, sei der effektive Lebensraum nur mit staatlicher Hilfe zu realisieren. Je grösser, „weiter“ der effektive (zugängliche) Lebensraum wurde, desto mehr brauche der Mensch eine ordnende, dem Gemeinwohl verpflichtete, den privaten Interessen nicht unterworfenen, Vorsorge leistende Instanz.

Die Unterscheidung zwischen beherrschten und effektiven Lebensräumen, die Forsthoff in seinen späteren Werken mehrmals, sogar wortwörtlich, wiederholte,²¹ stellt den Ausgangspunkt für die Bildung des Begriffes der „Daseinsvorsorge“ dar: Der beherrschte Lebensraum ist zu eng, der effektive Lebensraum ist zu unsicher geworden, weswegen die „Daseinsvorsorge“ die früheren „Aufgaben“ des beherrschten Lebensraumes im Interesse der Benutzung des effektiven zu erfüllen habe. Aufgrund dieser Unterscheidung, die noch eher soziologisch – oder wie Christian Schütte kritisch bemerkte: pseudo-soziologisch, empirisch kaum belegt²² – war, entwickelte Forsthoff seine Theorie der „Daseinsvorsorge“, welche (1) die Realität der tatsächlichen Verwaltungstätigkeit – die schon damals Daseinsfürsorge

¹⁷ Ders., „*Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*“, Deutsches Recht, 15. August 1935, p. 398.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Ders., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, op. cit., p. 5.

²⁰ Ebd.

²¹ Ebd., pp. 4ff.; ders., *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Ein Vortrag*, Sigillum, Köln-Marienburg, 1958, pp. 4ff.; ders., „*Verfassungsprobleme des Sozialstaates*“, in ders., *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, pp. 146ff.

²² Christian Schütte, *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage. Zur Verwaltungslehre Ernst Forsthoffs*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 45.

ebenso leistete²³ – juristisch zu erfassen, (2) einen neuen Zweig der Verwaltung auch rechtsdogmatisch zu bestimmen, (3) und somit den Zweck des Staates neu zu begründen habe.

Dem Staate – ganz konkret: der Verwaltung – wies Forsthoff neue Aufgaben zu: Der Staat solle die ordnende Macht werden, welche die daseinsvorsorgende Tätigkeit wahrhaben könne:²⁴

„[D]em Staat (im weitesten Sinne des Wortes) ist die Aufgabe und die Verantwortung zugefallen, all das vorzukehren, was für die Daseinsermöglichung des modernen Menschen ohne Lebensraum erforderlich ist.“²⁵

Die „Daseinsvorsorge“ als neue Staatsaufgabe verfestigte zugleich den staatsbürgerlichen Gehorsam, weil die Bürger*innen am Fortbestehen und ungestörten Funktionieren des Staates – als Bedingung der Daseinsvorsorgeleistung – interessiert seien. Dementsprechend war die „Daseinsvorsorge“ bei Forsthoff nicht nur *ein neuer Verwaltungsrechtsbegriff*, sondern auch *ein neuer Staatslegitimationsgrund*:

„Der Begriff der Daseinsvorsorge sollte und soll dazu dienen, in den leistenden Funktionen des modernen Staates, soweit er nicht rein fiskalisch handelt, ein öffentlich-rechtliches Element aufzuweisen und damit zugleich das Grundverhältnis des einzelnen zum Staat den Gegebenheiten entsprechend neu zu bestimmen.“²⁶

II. „DASEINSVORSORGE“ ALS NEUE VERWALTUNGSLEHRE

Die „Daseinsvorsorge“ begründete eine neue Verwaltungsaufgabe (II. 1.), welche die gesellschaftliche Sicherheit nicht nur mittels polizeilicher Eingriffe, sondern in einem vorsorglichen Dauerzustand – d.h. mittels staatlicher Leistungen statt einzelner Eingriffe – zu gewähren habe. (II. 2.) Dabei ist es historisch wie konzeptuell relevant, dass und warum eine solche „realitätsnahe“ Verwaltungslehre in der nationalsozialistischen Zeit entwickelt wurde bzw. ob und wie das Forsthoff'sche Konzept der NS-Rechtsauffassung, auch in Bezug auf seinen Begriff des „totalen Staates“, entsprach. (II. 3.)

II. 1. Neue Realität, neue Verwaltungsaufgaben

Die Verwaltungsrechtswissenschaft dachte lange nur in den Kategorien der früheren „Polizeywissenschaft“, nach der die Verwaltung einzelne,

²³ Ernst Rudolf Huber, „Vorsorge für das Dasein. Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz v. Steins“, in Roman Schnur (Hg.), *FS für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1970, p. 141ff.

²⁴ Matthias Herdegen, „Ernst Forstoffs Sicht vom Staat“, in Blümel (Hg.), *Ernst Forsthoff*, op. cit., p. 43.

²⁵ Forsthoff, „Die Daseinsvorsorge und die Kommunen“, op. cit., pp. 6f.

²⁶ Ders., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1959, p. 9.

sicherheitsfördernde Eingriffe, insofern staatliche Hoheitsakten im Interesse der öffentlichen Ordnung erbrachte. Diese „polizeiliche“ Verwaltungsauffassung war einerseits Folge des Kompromisses (zwischen dem Monarchen und den „Untertanen“) einer konstitutionellen Monarchie, andererseits war sie – im Liberalismus immer mehr im Rahmen gewisser Schranken – auf Gefahrenabwehr (d.h. punktuelle, sicherheitspolitische Eingriffe in die Gesellschaft) gerichtet.²⁷

Mit einzelnen Eingriffen lässt sich aber die Diskrepanz zwischen beherrschten und effektiven Lebensräumen nicht überwinden, insofern wollte Forsthoff der neuen Realität und den neuen Erwartungen die Verwaltungslehre anpassen:

„Eine wesentliche Aufgabe der Verwaltungslehre besteht somit darin, Wirklichkeitsbefunde zu liefern, die geeignet sind, fortbildend auf das Verwaltungsrecht zu wirken, also bestehende Rechtsgrundsätze zu modifizieren oder neue Rechtsgrundsätze hervorzubringen.“²⁸

Forsthoffberiefsich dabei auf Lorenz von Stein, der schon im 19. Jahrhundert – als Kritiker der damals herrschenden, rein-juristischen Verwaltungswissenschaft – die Verwaltung und deren Wissenschaft, die er als Verwaltungslehre nannte, von den zu bewältigenden Aufgaben her begreifen wollte. Das Verwaltungsrecht sei demnach „aus dem Wesen des zu Verwaltenden [zu] bilden“.²⁹ In diesem Steinschen Sinne wollte auch Forsthoff die Verwaltungsrechtswissenschaft erneuern, weil

„[d]ie Daseinsvorsorge, als Vorsorge für die Lebensnotwendigkeiten, für die Daseinsmöglichkeit schlechthin, heute bei weitem nicht die dogmatische Beachtung [findet], die ihr gebührt.“³⁰

II. 2. Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Im Mittelpunkt der Forsthoffschen Kritik stand die frühere (liberale) Verwaltungsauffassung, weil diese keine vorsorgenden Aufgaben, „nur“ ordnende Eingriffe in der freien Gesellschaft leistete (*Eingriffsverwaltung*). Die liberale Verwaltungslehre ging von der Privatautonomie – deren Grundlage das Eigentum bildete – aus, welche die Verwaltung zu respektieren und zu schützen habe, ohne die Risiken, die in der Gesellschaft entstehen, abzuwehren. Der Schutz der Privatautonomie sichert aber keine „Daseinsvorsorge“, der Staat überlässt den Einzelnen die Bewältigung der Risiken einer kapitalistischen Gesellschaft; d.h. der beherrschte Lebensraum wird zwar geschützt, aber der effektive Lebensraum wird dabei nicht gewährt:

²⁷ Wolfgang Abendroth, „Obrigkeitsstaat oder soziale Demokratie? „Öffentliche Sicherheit“, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit“, Gewerkschaftliche Monatshefte, 1959/6, pp. 344f.

²⁸ Ernst Forsthoff, „Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre“, in: ders., *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1964, p. 138.

²⁹ Lorenz von Stein, „Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands“, in ders., *Gesellschaft – Staat – Recht*. Hg. von Ernst Forsthoff, Propyläen, Frankfurt/M, 1972, p. 451. [Hervorhebung im Original]

³⁰ Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, op. cit., p. 12.

„Eine Rechtsordnung, welcher die prinzipiell freie, rechtsgeschäftliche Privatautonomie zugrunde liegt, legt auch dem Träger dieser Privatautonomie die Risiken auf. Sie mutet ihm zu, von dieser Autonomie den richtigen Gebrauch zu machen und belastet ihn mit den Risiken“.³¹

Bereits Lorenz von Stein kritisierte diese Auffassung, weil „der Einzelne durch seine eigene Kraft seine Bestimmung nicht zu erfüllen vermag“; deswegen wies er dem Staate auch wirtschaftliche Funktionen – im Interesse des Einzelnen – zu.³² Das von ihm als *Volkswirtschaftspflege* bezeichnete Gebiet nahm in vieler Hinsicht vorweg, was die „Daseinsvorsorge“ bei Forsthoff zu leisten hat.

Dem Konzept der Eingriffsverwaltung lag die Idee der staatsfreien Gesellschaft zugrunde: Die Gesellschaft organisiere sich selbst, der Staat nehme daran teil, (1) wenn er seine eigenen Interessen durchsetzen wolle bzw. (2) wenn die gesellschaftliche Ordnung und Ruhe zu sichern seien. Die liberale Verwaltung war noch „die Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke“.³³ Der Staat war *gesellschaftsfrei*, indem er seinen eigenen Zwecken folgte, und die Gesellschaft blieb *staatsfrei*, indem der Staat der Wirtschaft freien Raum ließ. Dieses Konzept konnte aber den Anforderungen der modernen Welt nicht gerecht werden. Deswegen meinte Forsthoff, dass „[j]ede Epoche der Staatsgeschichte einen eigenen Typus der Verwaltung hervor[bringt]“.³⁴ Im industriellen Staat beansprucht die Gesellschaft mehr staatliche – und zwar nicht nur sicherheits-, sondern auch sozialpolitische – Eingriffe:

„Die Zusammenballung großer Menschenmassen auf relativ engem Raum und die damit notwendig verbundene Trennung der Menschen von den Lebensgütern rief Daseinsvorsorgebedürfnisse hervor, welche die Verwaltung durch Erbringung eigener Leistungen befriedigen mußte.“³⁵

Dementsprechend rückte Forsthoff nicht die Verfassung, sondern die Verwaltung in den Vordergrund des Staatslebens: Durch die Verwaltung werde der Staat legitimiert, aufrechterhalten, stabilisiert. Die Verwaltung bilde – wie Forsthoff 1935 schrieb – das „Gesicht des Staates“.³⁶ Im Gegensatz zur liberalen Rechtsauffassung zeige sich das Wesen des Staates nicht in der (normativen) Verfassung, sondern der (lebensnahen) Verwaltung: „Die Verfassungsprobleme

³¹ Ebd., p. 39.

³² Lorenz von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*. Hg. von Utz Schliesky, Mohr, Tübingen, 2010, p. 123.

³³ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1 / 2*. Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 1.

³⁴ Ernst Fortshoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. 1. Allgemeiner Teil*, Beck, München / Berlin, 1966, p. 18.

³⁵ Ebd., p. 35.

³⁶ Ders., „Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft“, *Deutsches Recht*, 15. Juni 1935, p. 331.

unserer Zeit sind in Wahrheit Verwaltungsprobleme.“³⁷ Mit der Priorisierung der Verwaltung gegenüber der Verfassung konnte Forsthoff gleichzeitig die verfassungsrechtlichen Debatten der Weimarer Zeit – als Zeichen der Akzeptanz vom NS-Regime – für beendet erklären,³⁸ weil „[d]ie Einrichtung des Führerstaates die »Verfassungsfrage« erledigt [hat].“³⁹

Forsthoffs Bemerkung richtete sich freilich nicht gegen die Verfassung als politischen Gesamtzustand eines Staates, sondern gegen das normativ-positivistische Verfassungskonzept,⁴⁰ welches dem „wahren“ Leben und den tatsächlichen Bedürfnissen nicht Rechnung tragen könne. Die Verfassung als politischer Gesamtzustand war für Forsthoff *in concreto* und *in praxi* die daseinsvorsorgende Verwaltung, welche den politischen Gesamtzustand nicht bloß – wie bei Schmitt – nach außen abgrenzt, sondern auch inhaltlich („Daseinsvorsorge“) aus- und dabei die Aufgabe, die Gesellschaft als Einheit zu organisieren, erfüllt.

Was die Grundlage und die Konsequenz der politischen Entscheidung bei Schmitt ist – d.h. die politische Organisation und seinsmässige Abgrenzung des Volkes als homogener und einheitlicher Größe –, verwirklicht die daseinsvorsorgende Verwaltung *nach innen*. Ähnlich zum Schmittschen Demokratieverständnis, das die Homogenität (die Gleichartigkeit, später noch rassistischer formuliert: die Artgleichheit) als Voraussetzung der Demokratie bestimmte,⁴¹ kann die Forsthoffsche „Daseinsvorsorge“ – zumindest in seinem Entstehungskontext – als das politische Programm verstanden werden, ein politisches „Dasein“ – d.h. die „seinsmässige, artmässige Gleichartigkeit“ des Volkes⁴² – durch die Verwaltung zu gewähren.

Diese Aufgabe lässt sich mit der Eingriffsverwaltung, d.h. der Verwaltung in der staatsfreien Gesellschaft, nicht erreichen, deswegen bedarf es einer neuen Verwaltungsaufgabe, welche nicht „nur“ Sicherheit, sondern das ganze „Dasein“ – auch als politisch-existenzielle Kategorie – zu gewähren vermag.

Die „Daseinsvorsorge“ wurde somit – nicht im polizeilichen,⁴³ sondern im vorsorgeleistenden Sinne – als eine neue Staatsaufgabe begriffen: „Neben die »Eingriffsverwaltung« alten Stils ist die leistende Verwaltung der modernen Daseinsvorsorge getreten“.⁴⁴ Die Verwaltung bestehe aus diesen zwei Bereichen, und die leistende Tätigkeit übertrage die polizeiliche – nicht nur wegen der Größe des Stoffes, sondern auch ihrer staatslegitimierenden Funktion. Der Staat rechtfertigt sich demnach nicht (nur) durch die polizeilich garantierte Sicherheit der Privatautonomie (des Eigentums), sondern auch mittels der Leistungen, welche die

³⁷ Ders., „Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre“, op. cit., p. 131.

³⁸ Ders., „Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft“, op. cit., p. 398.

³⁹ Ders., „Das neue Gesicht der Verwaltung“, op. cit., p. 331.

⁴⁰ Zur Unterscheidung zwischen Verfassung als (aus einer politischer Entscheidung hervorgetretenem) Gesamtzustand (*Sein*) und Verfassungsgesetz als reiner, verschriftlichter Normierung der politischen Entscheidung (*Sollen*) siehe Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, pp. 4f, 22f, 76f.

⁴¹ Ebd., pp. 226ff.

⁴² Ernst Forsthoff, *Der totale Staat*, Hanseatische, Hamburg, 1933, op. cit., p. 38.

⁴³ Ders., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, op. cit., p. 13.

⁴⁴ Ders., „Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates“, *VVDStRL*, 12, 1953, p. 13.

Bürger*innen als Schutz vor den Risiken in Anspruch nehmen. Die „Daseinsvorsorge“ formuliert somit das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft neu. Wie Jens Kersten feststellt: „Dieses Sicherheitsbedürfnis nach Daseinsvorsorge konstituiert die politische Gemeinschaft.“⁴⁵ Die Existenz des Einzelnen hängt nämlich von den staatlichen Leistungen ab.⁴⁶ Das heißt: Die Menschen

„haben sich vielmehr dem primären Interesse an dem Funktionieren der im Staat vereinigten Leistungssysteme unterzuordnen. Auf diese Weise entsteht eine neue Art der Stabilität, die des herkömmlichen Machtmittels der Polizei nicht mehr bedarf.“⁴⁷

In der Staatslegitimation tritt demzufolge die Leistungsverwaltung an die Stelle der Eingriffsverwaltung:

„Wir unterscheiden die Eingriffsverwaltung von der leistenden Verwaltung und zerlegen damit in Wahrheit das Verwaltungsrecht in zwei Teile von je ausgeprägter struktureller Eigentümlichkeit. Das Polizeirecht, ehemals auch das Kernstück der Verwaltungsrechtsprechung, ist zu einer Randerscheinung geworden, qualitativ und quantitativ.“⁴⁸

II. 3. „Daseinsvorsorge“ als NS-Begriff?

Die Kritik am liberalen Verfassungsstaat und der liberalen, mit der Privatautonomie und dem „kleinen Staat“ zusammenhängenden Verwaltungsauffassung bettete sich in die rechtswissenschaftlichen Tendenzen der 1930er Jahren ein, als sich die deutsche Rechtswissenschaft – infolge des Nationalsozialismus – das Recht nicht mehr als abstrakte Norm, sondern als „Lebenswirklichkeit“ auffasste. Dementsprechend wurde der Staat nicht von der Privatautonomie, sondern den gemeinschaftsfördernden Zielen her gedacht. Auch Forsthoff arbeitete den Begriff der „Daseinsvorsorge“ während der Zeit des Nationalsozialismus heraus. Diese Tatsache ist nicht nur eine historische, sondern sie wirft auch die Frage auf, ob (und warum) erst im Nationalsozialismus eine realitätsbezogene Verwaltungswissenschaft möglich wurde bzw. wie kontextgebunden der Begriff der „Daseinsvorsorge“ und Forsthoffs diesbezügliche wissenschaftliche Arbeit zu betrachten sind.

Obwohl nach 1945 mehrmals behauptet wurde, dass der angeblich „wirklichkeitsblinde“ und „unmoralische“ Rechtspositivismus die deutsche Rechtswissenschaft gegenüber dem Nationalsozialismus „schutzlos“ gemacht hätte,⁴⁹

⁴⁵ Jens Kersten, „Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge“, *Der Staat*, 44, 2005, p. 553.

⁴⁶ Ernst Forsthoff, „Von der sozialen zur technischen Realisation“, *Der Staat*, 9, 1970, p. 147.

⁴⁷ Ders., *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Beck, München, 1971, p. 159.

⁴⁸ Ders., „Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre“, op. cit., p. 134.

⁴⁹ Dagegen Manfred Walther, „Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im »Dritten Reich« wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These“, in Ralf Dreier / Wolfgang Sellert (Hg.), *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1989, pp. 323ff.

wohnte dem nationalsozialistischen Rechtsdenken eine tiefe Ablehnung gegenüber dem Rechtspositivismus inne. Das NS-Rechtsverständnis entsprang einem quasi-naturrechtlichen Gedankengut.⁵⁰ Die nationalsozialistische Rechtswissenschaft wollte sich von den positivistischen, rationalistischen Traditionen loslösen. Nicht der Rechtspositivismus, sondern eben dessen Überwindung führte also dazu, dass sich die deutsche Rechtswissenschaft dem Nationalsozialismus auslieferte.

Die NS-Juristen forderten eine eindeutige Abkehr vom Rechtspositivismus, weil dieser eine Kluft zwischen der „völkischen“ Lebensrealität und den „abstrakten“ Gesetzen etablierte. Der NS-Jurist Karl Larenz bemerkte diesbezüglich: „Von dieser abstrakten Betrachtungsweise, von der Vorstellung, das Recht sei weiter nichts als ein System von Normen, muß sich die Rechtsphilosophie heute frei machen.“⁵¹

Auch die Verwaltung wurde nicht mehr als gesetzgebundenen Vollzug, sondern als Realisierung bestimmter, rechtlich kaum und nur schwammig festgelegter Zwecke verstanden, womit die Verwaltung zwar den Erwartungen eines angeblich „wahren“ Lebens angepasst, aber gleichzeitig von den rechtsstaatlichen Prinzipien wie der Gesetzesgebundenheit, der richterlichen Kontrolle, der Voraussehbarkeit (der Rechtssicherheit) oder dem Formzwang losgelöst werden konnte. Die Loslösung der Verwaltung vom „abstrakten“ Gesetz, d.h. dem rechtsstaatlichen Gebot des Gesetzesvorbehaltes, ermöglichte eine Verwaltung *als Staatsaufgabe*, welche von den zu erreichenden Zwecken (als Inhalten), nicht von den Normen und Verfahren (als Formen) her bestimmt und ausgeübt wurde. Dabei wurden Begriffe wie etwa das „Rechtsempfinden anständiger Menschen“,⁵² das „[w]irkliche Recht [als] die Regelung der Lebensverhältnisse“⁵³ (usw.) bedient.

Die Abkehr vom normativistischen Rechtspositivismus begründete jedenfalls eine realitätsnahe Rechtsauffassung,⁵⁴ welche – unabhängig vom ihrem „völkischen“ Inhalt – „die Wendung zu den Realien der Verwaltung“, „die Schließung der Kluft zwischen Norm und Verwaltungswirklichkeit“ möglich machte.⁵⁵ Die NS-Rechtsauffassung beseitigte zwar die rechtsstaatlichen Schranken – freilich mit der Konsequenz, dass das Recht dadurch politisch-voluntaristischer, unvorhersehbarer, letztendlich mit ständigem Hinweis auf ein begrifflich unbestimmtes und unbestimmbares „Leben“ entgrenzt, ausgehöhlt und beliebig gehandhabt wurde

⁵⁰ Darüber siehe Fabian Wittreck, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008; als zeitgenössische Beispiele der naturrechtlichen NS-Rechtslehre siehe u. a. Helmut Nicolai, „Grundsätzliches über den Zusammenhang von Volk und Rasse“, *Deutsches Recht*, 24. Februar 1934, p. 76. oder Wilhelm Sauer, „Recht und Volksmoral im Führerstaat. Zu den Grundfragen der deutschen Rechtserneuerung“, *ARSP*, 28, 1934/1935, p. 245.

⁵¹ Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1934, p. 19.

⁵² Carl Schmitt, „Nationalsozialistisches Rechtsdenken“, *Deutsches Recht*, 25. Mai 1934, p. 225.

⁵³ Sauer, „Recht und Volksmoral im Führerstaat“, op. cit., p. 257.

⁵⁴ Karl Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1938, pp. 27ff.

⁵⁵ Michael Stolleis, „Die »Wiederbelebung der Verwaltungslehre« im Nationalsozialismus“, in Erk Volkmar Heyen (Hg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, Vittorio Klosterman, Frankfurt/M., 1989, p. 155.

–,⁵⁶ aber sie ermöglichte zugleich neue Konzepte, innovative Denkanstöße, welche das Recht als *Sein und Zweck*, nicht als Sollen und Form, auffassten:

„So öffnete der für das NS-Verwaltungsrecht charakteristische »Zweckbezug« [...] auch den Blick der Verwaltungsrechtswissenschaft für die neu auf die Verwaltung zugekommenen Aufgaben. Insbesondere das Leistungsverwaltungsrecht, das im liberalen, ganz auf den obrigkeitlichen Eingriff konzentrierten Verwaltungsrechtssystem keinen rechten Platz gefunden hatte, konnte von der nicht mehr durch Rechtsformen behinderten Verwaltungsrechtslehre nun verstärkt in den Blick genommen werden. Dies kann als einer der »innovativen Effekte« der Verwaltungsrechtslehre in der NS-Zeit angesehen werden.“⁵⁷

Dieses „vermehrte Interesse an der Wirklichkeit der Verwaltung im NS-Staat“⁵⁸ bot auch Forsthoff die wissenschaftliche und sprachliche Grundlage, die Verwaltung nicht mehr als bloß abstrakten Normenkomplex, sondern als Reaktion auf die Lebenswirklichkeit zu erfassen.

Forsthoffs Konzept entsprach allerdings nicht vollkommen der neuen Ideologie der NS-Rechtswissenschaft, weil diese nicht „nur“ das abstrakte Rechts-, sondern auch das klassische Staatsverständnis „entthronte“ und stattdessen das „Volk“ in den Mittelpunkt der Rechtslehre stellte. Wie Otto Koellreutter – als einer der wenigen Verfassungsjuristen, die bereits vor 1933 die NSDAP unterstützt hatten – nicht zuletzt als Kritik am Carl Schmittschen Staat- und Politikverständnis⁵⁹ schrieb: „Für eine völkische Auffassung tritt der Staat als Eigenwert in den Hintergrund“,⁶⁰ weil „[d]as politische A und O der nationalsozialistischen Weltanschauung das Volk [ist]“.⁶¹ Für ihn stellte das politische, übergesellschaftliche, autoritäre Staatsverständnis ein Überbleibsel der liberalen Staatsidee aus dem 19. Jahrhundert dar,⁶² das mit dem Nationalsozialismus nichts zu tun habe.⁶³

Während etwa Schmitt mit der Dreigliederung von „Staat – Bewegung – Volk“ den Staat „retten“ (und zugleich die Bedeutung des „Volkes“ relativieren) wollte,⁶⁴ stellte Koellreutter ein vollkommen staatsloses Konzept mit der Dreigliederung von

⁵⁶ Ders., *„Gemeinschaft und Volksgemeinschaft. Zur juristischen Terminologie im Nationalsozialismus“*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, 20, 1972, pp. 17f.

⁵⁷ Schütte, *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage*, op. cit., p. 77.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ Zu Koellreutters Meinungen gegen Schmitt siehe u.a. Otto Koellreutter, *„Volk und Staat in der Verfassungskrise. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Verfassungslehre Carl Schmitts“*, in Fritz Berber (Hg.), *Zum Neubau der Verfassung*. Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1933, p. 9ff.

⁶⁰ Otto Koellreutter, *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus*, Pan, Berlin-Charlottenburg, 1935, p. 12.

⁶¹ Ders., *Der Deutsche Führerstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1934, p. 7.

⁶² Ders., *Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1933, p. 32.

⁶³ Ders., *Grundfragen des völkischen und staatlichen Lebens im deutschen Volksstaate*, Pan, Berlin-Charlottenburg, 1935, p. 11.

⁶⁴ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische, Hamburg, 1933.

„Führer – Gefolgschaft – Volk“ auf.⁶⁵ Die NS-Rechtsauffassung war völkisch und bewegungsbestimmt *anti-etatistisch* – wie Wilhelm Sauer 1934 bejahend feststellte, sei die nationalsozialistische Bewegung „ein ausgezeichnetes Gegengewicht gegen den »Staat«“. ⁶⁶

Die „völkische“ Kritik hätte auch Forsthoff betreffen können, weil er den Staat, statt des Volkes, als Grundkategorie – ähnlich zu Schmitt – bewahren wollte. Auch wenn er sich selbst des „Volk“-Vokabulars und des Antisemitismus bediente,⁶⁷ blieb er der Idee eines übergesellschaftlichen – in dieser Hinsicht eigentlich „übevölklichen“ – Staatsverständnis treu. Die Autorität des Staates sei nicht dem Volk entliehen: Nicht das Volk begründe den Staat, weil der Staat dem Volk vorangehe.⁶⁸ Forsthoff verortete den Staat sogar vor dem Führer; der Staat sei nämlich auch ihm übergeordnet: „Staat und Bewegung sind nicht miteinander identifizierbar. Die Bewegung kann aufgehen in der Person des Führers. Der Staat kann es nicht.“⁶⁹

Forsthoffs Versuch, dem Staat eine neue Legitimationsgrundlage mit der „Daseinsvorsorge“ zu verleihen, lässt sich insofern sogar als eine vorsichtige Abgrenzung gegenüber der damaligen „herrschenden Meinung“, d.h. der „völkischen“ NS-Rechtswissenschaft verstehen.⁷⁰ Gegen den liberalen Rechtsstaat der Weimarer Zeit vertrat Forsthoff nämlich die Idee eines autoritären Staates – d.h. nicht jene eines selbstgestalteten „Volkes“ –; und indem er die Verwaltung weiterhin als Staatsaufgabe und als staatsrechtliches Gebiet bestimmte, wird er sogar geglaubt haben, auf das NS-Rechtsverständnis etatistisch (anti-völkisch) einwirken zu können.⁷¹

III. „DASEINSVORSORGE“ ALS EINE AUTORITÄR-LIBERALE IDEE?

Obwohl Forsthoff die Probleme eines liberalen Rechtsstaates erkannte, wollte er die Herausforderungen einer Industriegesellschaft nicht mit dem Sozial-, sondern einem autoritären Staat „beantworten“. Die „Daseinsvorsorge“ lässt sich also keinesfalls als Lehre des Sozialstaates verstehen. Die „Daseinsvorsorge“ sollte mehr als bloße, „reine“ Existenzsicherung leisten – es handelte sich dabei um ein Mittel, um das politische „Dasein“ (als innerstaatliche Konsequenz der Schmittschen politischen Entscheidung über Freund und Feind) mit einer Totalverantwortung des Staates abzusichern (III. 1.).

⁶⁵ Otto Koellreutter, *Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriss*, Junker und Dönhaupt, Berlin, 1938, p. 134f.

⁶⁶ Sauer, *„Recht und Volksmoral im Führerstaat“*, op. cit., p. 241.

⁶⁷ Zum Beispiel: „Erst wenn der Jude jeden Versuch einer Beteiligung an dem geistigen und politischen Dasein des deutschen Volkes aufgeben und sich ganz auf sein Judentum zurückziehen würde [...], erst dann würde der Jude zum bloß Artfremden werden und aufhören, der Feind zu sein.“ Forsthoff, *Der totale Staat*, op. cit., p. 39.

⁶⁸ Ebd., p. 30.

⁶⁹ Ebd., p. 31.

⁷⁰ Hans H. Klein, *„Der totale Staat“. Betrachtungen zu Ernst Forsthoffs gleichnamiger Schrift von 1933*, in Blümel, *Ernst Forsthoff*, op. cit., p. 36.

⁷¹ Schütte, *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage*, op. cit., pp. 79f.

Die „Daseinsvorsorge“ sollte insofern die Gesellschaft dem Staat unterordnen. Es war nicht nur daseinsvorsorgend gemeint, sondern auch politisch gegen die Vergesellschaftung des Staates gerichtet. Darin zeigten sich allerdings Parallelen zu einer neoliberalen Staatslehre, weil beide – wenn auch mit unterschiedlichen Endzielen – die Parteien, die Verbände, die Interessengruppen bekämpften, welche sich des Staates für soziale Ziele bemächtigt hätten. (III. 2.)

Als Alternative zu diesem – als „quantitativ total“ bezeichneten – Staat entwickelte Carl Schmitt das Konzept des „qualitativ totalen Staates“, welches die Autorität des Staates über die Gesellschaft einerseits bewahrt (III. 3.), andererseits im Interesse der freien Wirtschaft – somit zugunsten gewisser Klasseninteressen – durchsetzt. (III. 4.)

Im Folgenden werden die liberalen und die autoritären Aspekte der „Daseinsvorsorge“ – aufgrund der These, dass die Idee der „Daseinsvorsorge“ ähnlich zum Liberalismus anti-sozialstaatlich bestimmt war – herausgearbeitet.

III. 1. Totalität der Daseinsverantwortung: Totale Teilhabe und totale Vereinnahmung der Einzelnen

Die Idee der Eingriffsverwaltung erklärt sich mit der modernen Staatlichkeit, welche als Garant der Sicherheit (d.h. gegen den Bürgerkrieg) entstand. Wie Hobbes schrieb:

„Sicherheit ist der Zweck, weshalb die Menschen sich anderen unterwerfen, und wenn diese nicht erlangt werden kann, so gilt die Unterwerfung unter andere als nicht geschehen und das Recht der Selbstverteidigung nach eigenem Ermessen nicht als verloren“.⁷²

Die Bürger*innen verzichteten demnach auf ihre Freiheit – die im Naturzustand *faktisch* keine war –, um vom Staate geschützt zu werden. Der Staat, dessen Hauptziel in der Aufrechterhaltung der Sicherheit bestand, verselbständigte sich allerdings von der Gesellschaft. Durch die Möglichkeit von Eingriffen in die Gesellschaft sicherte er die Ordnung, die Verwaltung war demnach auf Eingriffen eingestellt. Die freie Gesellschaft war vom mächtigen Staate zwar ständig überschattet – aber nur falls die Ordnung bedroht zu sein schien, griff er zu gewissen Maßnahmen.

Die Modernität schuf aber eine naturzustandsähnliche Situation in der staatsfreien Gesellschaft. Die Gesellschaft gewährleistete zwar dem Einzelnen einen freien Raum, aber diese Freiheit – um mit Forsthoff zu sprechen: der effektive Lebensraum – war nur eine Möglichkeit, die nur dann realisiert werden könne, wenn die Einzelnen wiederum – wie beim „Übergang“ aus dem Natur- in den staatlichen Zustand – Schutz vor den Gefahren der unbeherrschten und unbeherrschbaren Kräfte finden.

⁷² Thomas Hobbes, *Vom Menschen. Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III*, Felix Meiner, Hamburg, 1994, p. 133.

Die „Daseinsvorsorge“ leistet insofern nicht eine polizeiliche Ordnungssicherung, sondern die *Risikobewältigung*. Die Leistungsverwaltung wird somit – wie ehemals die Polizei – zur staatserhaltenden Instanz.⁷³ Die „Daseinsvorsorge“ ist daher nicht bloß ein verwaltungsrechtswissenschaftlicher Begriff, sondern sie stellt einen neuen Legitimationsgrund des Staates dar: „*Daseinsvorsorge* is not only a primary function and duty of administration [...], but in the first place the state’s entitlement to power over the weak, dependent modern man.“⁷⁴ In diesem Sinne behauptete Forsthoff, dass „[a]lle Fragen der Daseinsvorsorge [...] notwendig immer politische Fragen ersten Ranges [sind].“⁷⁵ Dem Staate werden neue Aufgaben zugewiesen, seine Verantwortlichkeit für die Gesellschaft totalisiere sich: Forsthoff schrieb diesbezüglich von „ein[em] Staat der totalen Verantwortung“.⁷⁶

Die *totale Verantwortlichkeit* des Staates setzt die *totale Bedürftigkeit* des Einzelnen voraus. Aus dem Naturzustand übertrat der Mensch zum Obrigkeitsstaat, der ihm die Sicherheit garantierte. Infolge der technischen Erneuerungen, der Massengesellschaftlichkeit und der Industrialisierung geriet aber der Einzelne in eine Lage, wo er den staatsfreien Kräften wiederum schutzlos ausgeliefert wurde. Das Hauptanliegen des Staates überlagerte sich deswegen von der Polizei auf die sozialen Leistungen. Die Eingriffe sind keine einzelnen, polizeilichen Hoheitsakte mehr, sondern sie stellen eine neue Qualität des Staat-Gesellschaft-Verhältnisses her:

„Die Berührung des Einzelnen mit dem Staate aktualisiert sich nicht mehr in Einzelakten wie einer gelegentlichen Polizeiverfügung oder einmaligen Erlaubniserteilung. Sie ist ein Dauerzustand.“⁷⁷

Die *Totalität der Staatsverantwortung* betrifft nicht „bloß“ die reine Existenz der Einzelnen – es geht also nicht um eine sozialstaatliche Daseinssicherung –, sondern sie schafft und sichert die *Totalität des menschlichen Daseins* innerhalb (oder besser gesagt: unterhalb) eines starken Staates.⁷⁸ Wie Forsthoff das Ziel der Totalverantwortung zusammenfasste: „[D]ie Totalität des Politischen muss in dem totalen Staat ihre Form finden“,⁷⁹ d.h. die Totalität der Staatsverantwortung (als „Daseinsvorsorge“) ist die andere Seite des Schmittschen Politischen: Sie ordnet die innere Struktur einer durch Ausscheidung des Heterogenen entstandenen politischen Gemeinschaft. Während die Schmittsche politische Entscheidung die Grenzen der Gemeinschaft infolge der Entscheidung zwischen Freund und Feind festlegt, sichert die „Daseinsvorsorge“ das politische „Dasein“ der homogenen,

⁷³ Florian Meinel, „Ernst Forsthoff and the Intellectual History of the German Administrative Law“, German Law Journal, 8, 2007, p. 788.

⁷⁴ Ebd., 792. [Hervorhebung im Original.]

⁷⁵ Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, op. cit., p. 13.

⁷⁶ Ders., *Der totale Staat*, op. cit., p. 42.

⁷⁷ Ders., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, op. cit., p. 71. [Hervorhebung vom Autor.]

⁷⁸ Schütte, *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage*, op. cit., p. 20.

⁷⁹ Forsthoff, *Der totale Staat*, op. cit., p. 29.

nur von Freunden bewohnten Gemeinschaft. Für Forsthoff (besonders in der NS-Zeit) war nämlich das „Volk [...] eine Gemeinschaft, die auf einer seinsmässigen, artmässigen Gleichartigkeit beruht“.⁸⁰ Diese seins- und artmäßige Gleichartigkeit wird *durch die (Schmittsche) politische Entscheidung hergestellt und durch die (Forsthoffsche) „Daseinsvorsorge“ aufrechterhalten.*

Das Forsthoffsche Konzept ermöglicht somit einerseits *die totale Teilhabe der Einzelnen am Staate*,⁸¹ andererseits *die totale Vereinnahmung der Einzelnen durch den Staat*, dem die Einzelnen wegen der „Daseinsvorsorge“ total ausgeliefert sind: „Der von der Aufklärung reklamierte, aus dem Staat ausgegrenzte moralische Innenraum des Individuums wird über die Daseinsvorsorge vom Staat wieder vereinnahmt“.⁸² Sowohl die totale Teilhabe als auch die totale Vereinnahmung setzen eine Gemeinschaft voraus, welche nicht pluralistisch gespalten, sondern staatsunterworfen und zweckgebunden gegliedert sei.⁸³

Wie aber darauf hingewiesen wurde (Kapitel II. 3), stellte der Staat (nicht das Volk) die grundlegende Kategorie für Forsthoff dar. Als Etatist war er der Ansicht, dass eine Gemeinschaft nicht durch das Volk legitimiert werde – weil „eine autoritäre Regierung [...] eine über alles Persönliche hinausgehende Rechtfertigung [braucht]“⁸⁴ –, deswegen wollte er die „Daseinsvorsorge“ nicht im primären Interesse des Volkes, sondern in jenem der staatlichen Autorität bestimmen: Die „Daseinsvorsorge“ befriedigt und sichert zwar die Grundbedürfnisse der Einzelnen, aber ihr Ziel ist die Bindung der Einzelnen an den Staat, d.h. eine existenzialistisch begründete neue Legitimierung eines – infolge seiner Unentbehrlichkeit für die Einzelnen – starken, autoritären Staates.

Der daseinsvorsorgende – in diesem Sinne: totale – Staat erlangt dadurch eine viel größere Macht über die Bürger*innen, als diese dem Obrigkeitsstaate je zur Verfügung stand.⁸⁵ Nicht nur die Sicherheit, sondern die ganze Existenz des Einzelnen wird nämlich vom Staat abhängig: „[D]er Mensch lebt nicht nur im Staat, sondern auch vom Staat.“⁸⁶

III. 2. Liberale und autoritäre Angst: Die Vergesellschaftung des Staates

Infolge der Totalverantwortung des Staates sei „[d]er moderne Sozialstaat [...] der erste der Geschichte, an dessen Bestand und Funktionieren jeder Einzelne durch ein evidenten persönliches Interesse gebunden ist.“⁸⁷ Der Macht- und Aufgabenzuwachs des daseinsvorsorgenden Staates kann allerdings entweder die eigene Macht des Staates über die Einzelnen erhöhen, intensivieren (*autoritärer Staat*), oder aber den Staat den gesellschaftlichen Interessen, Kräften aussetzen,

⁸⁰ Ebd., p. 38.

⁸¹ Meinel, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*, op. cit., pp. 162, 174.

⁸² Ebd., p. 163.

⁸³ Forsthoff, *Der totale Staat*, op. cit., p. 41.

⁸⁴ Ebd., p. 31.

⁸⁵ Ders., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, op. cit., p. 8.

⁸⁶ Ders., „*Verfassungsprobleme des Sozialstaates*“, op. cit., p. 149.

⁸⁷ Ders., „*Von der sozialen zur technischen Realisation*“, op. cit., p. 147.

insofern ihn letztendlich doch abschwächen (*Sozialstaat*). Auch wenn Forsthoff ab und zu von einem Sozialstaat schrieb, meinte er – wie es noch zu zeigen sein wird (IV. 2.) – nicht eine verfassungsrechtlich verbürgte, von den gesellschaftlichen Interessen beherrschte und ihnen dienende, pluralistisch-demokratische Sozialstaatlichkeit. Er wollte diese sogar mit dem liberalen Rechtsstaat bekämpfen. Aber als Alternative bevorzugte er nicht den liberalen, sondern den autoritären Staat. Diesen Versuch unternahm Forsthoff also dialektisch, d.h. *den Sozialstaat zwar liberal zu kritisieren, aber ihn in einen autoritären Staat weiterzuentwickeln*.

Ein konservativer Jurist wie Forsthoff konnte nämlich eine sozialstaatliche Konsequenz nicht mittragen. Er führte die „Daseinsvorsorge“ nicht für die Vergesellschaftung des Staates (d.h. für die Öffnung des Staates gegenüber den gesellschaftlichen Interessen) ein, sondern als autoritäre Untermauerung des in der liberalen Rechtsstaatlichkeit abgeschwächten Staates. Die Ausdehnung der sozialpolitischen und sozialtechnischen Staatsaufgaben würde aber den Staat im Interesse der diversen gesellschaftlichen Gruppen totalisieren (vergrößern, ermächtigen); ein solcher Staat bliebe nicht mehr eine übergesellschaftliche, eigenmächtige Entität. Carl Schmitt fasste 1931 diese Entwicklung wie folgt zusammen:

„Organisiert sich die Gesellschaft selbst zum Staat, sollen Staat und Gesellschaft grundsätzlich identisch sein, so werden alle sozialen und wirtschaftlichen Probleme unmittelbar staatliche Probleme... [...] Alle bisher üblichen, unter der Voraussetzung des neutralen Staates stehenden Gegenüberstellungen, die im Gefolge der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft auftreten und nur Anwendungsfälle und Umschreibungen dieser Unterscheidung sind, hören auf. [...] Die zum Staat gewordene Gesellschaft wird ein Wirtschaftsstaat, Kulturstaat, Fürsorgestaat, Wohlfahrtsstaat, Versorgungsstaat; der zur Selbstorganisation der Gesellschaft gewordene, demnach von ihr in der Sache nicht mehr zu trennende Staat ergreift alles Gesellschaftliche, das heißt alles, was das Zusammenleben der Menschen angeht. [...] Die Parteien, in denen die verschiedenen gesellschaftlichen Interessen und Tendenzen sich organisieren, sind die zum Parteienstaat gewordene Gesellschaft selbst, und weil es wirtschaftlich, konfessionell, kulturell determinierte Parteien gibt, ist es auch dem Staate nicht mehr möglich, gegenüber dem Wirtschaftlichen, Konfessionellen, Kulturellen neutral zu bleiben“.⁸⁸

Die rein *qualitative* Totalisierung des Staates stellte insofern eine Tendenz dar, welche die konservativen wie auch die (neo)liberalen Theorien als Gefahr erkannten. Deswegen meinte etwa Ludwig von Mises, dass der Liberalismus den Faschismus als Verbündeten im Kampf gegen den Sozialismus erkennen könne und solle.⁸⁹

⁸⁸ Schmitt, „*Die Wendung zum totalen Staat (1931)*“, op. cit., pp. 151f.

⁸⁹ Ludwig von Mises, *Liberalismus*. Nachdruck der Originalausgabe von 1927, Academia, Sankt Augustin, 1993, p. 45.

Die Ablehnung des Sozialstaates war also ein gemeinsamer Ansatz der autoritären und der liberalen Staatslehre. Während der Liberalismus den Sozialstaat im Interesse der liberalen Ordnung bekämpfen wollte, beabsichtige Forsthoff mit dem Konzept der „Daseinsvorsorge“, die Totalität des Staates so zu begründen (*autoritäres, nicht-liberales Ziel*, siehe III. 3.), dass sie zu keiner Sozialstaatlichkeit führt (*neoliberales Ziel*, siehe Kapitel III. 4.). Obwohl die „Daseinsvorsorge“ den Staat in den Dienst der gesellschaftlichen Kräfte zu stellen scheint, wollte Forsthoff (ähnlich wie Schmitt) verhindern, dass ein so total gewordener Staat zu einem bloßen – quantitativ großen, aber qualitativ unselbständigen – Mittel gesellschaftlicher Partikularinteressen wird.

Der Widerspruch zwischen der „Daseinsvorsorge“ als von Forsthoff geforderter neuer Staatsaufgabe und der Kritik an der damit möglicherweise einhergehenden Vergesellschaftung (aus einer konservativ-antipluralistischen Perspektive: Abschwächung) des Staates bzw. zwischen der Ablehnung eines im gesellschaftlichen Interesse totalen Staates und der Befürwortung eines im eigenen Interesse totalen Staates wurde bei Carl Schmitt mit der Unterscheidung zwischen quantitativer und qualitativer Totalität aufgelöst: Nicht die Totalität des Staates wurde dabei – etwa entsprechend einer pluralistisch-neoliberalen Position – abgelehnt, sondern die Totalisierung des Staates gegenüber den gesellschaftlichen Gruppeninteressen – entsprechend einer autoritär-liberalen Position – gefordert.

III. 3. Autoritäres Ziel: Qualitative Totalität des Staates

Obwohl der Staat infolge der „Daseinsvorsorge“ große Verfügungsmacht über die Einzelnen – die existentiell von ihm abhängen – erlangt, folge die staatliche Macht nicht mehr den eigenen Zielen, sondern jenen der Gesellschaft. Die Gesellschaft bemächte sich des Staates. Die Staatsmacht nimmt zwar enorm zu, aber sie handele nicht mehr im eigenen Interesse, sondern sie werde zum Mittel der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen, die sich dank der Demokratisierung der Öffentlichkeit immer effektiver durchsetzen können. Die Teilhabe an einer Demokratie pluralisiert die Gesellschaft, insofern wirkt sie den Zielen der totalen Teilhabe entgegen. Die Gesellschaft des demokratisch-pluralistischen Sozialstaates organisiert sich in Parteien, Gewerkschaften, Verbänden, sie ist ideologisch, sozial (usw.) gespalten. Insofern wird der Sozialstaat – wie in der konservativ-autoritären Kritik formuliert wird – zwar total, aber er ist nicht mehr autoritär-selbstständig, sondern den pluralen Interessen unterworfen.

Dieser Staat, der sich um das Dasein seiner Bürger*innen kümmert, nimmt zwar quantitativ zu, aber gleichzeitig wird er von nicht-staatlichen Akteur*innen erobert, d.h. er fördert – statt eines politischen „Daseins“ als Homogenität – die Pluralität, weswegen die wahren Träger des Politischen nicht der Staat, sondern die gesellschaftlichen, politischen Interessengruppen werden. Wie Forsthoff 1971 bezüglich der bundesrepublikanischen Sozialstaatlichkeit schrieb: „Der Staat der modernen Industriegesellschaft ist nicht mehr der Staat im traditionellen Verständnis”,⁹⁰ d.h.

⁹⁰ Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, op.cit., p. 57.

„[f]ür die konkrete Verfassung der Bundesrepublik ist die Tatsache von entscheidender Bedeutung, daß nicht nur der Staat in die gesellschaftlichen Abläufe hinein interveniert, sondern daß die Gesellschaft sich über die Verbände des Staates bemächtigte“.⁹¹

Ein solcher Staat verliere seine Würde und Autorität – d.h. seine Macht sei eigentlich, so Forsthoff, die Macht der Verbände, die den Staat für ihre eigenen Zwecke benutzen. Alle Lebensbereiche würden dadurch potentiell staatlich.⁹² In einem solchen Staat verlagere sich die Politik auf die gesellschaftliche Ebene, der Staat sei demnach bloß ein verwaltungstechnisch reichlich ausgestattetes Mittel, um dessen Beherrschung die politischen Kräfte der Gesellschaft ringen. Diesen Staat nannte Schmitt als *einen quantitativ totalen Staat*, der „total [...] im Sinne des bloßen Volumens, nicht der Intensität und der politischen Energie“ sei,⁹³ d.h. seine quantitative Totalität erkläre sich „aus Schwäche und Widerstandslosigkeit, aus der Unfähigkeit heraus, dem Ansturm der Parteien und der organisierten Interessanten stand zu halten.“⁹⁴ Ein quantitativ totaler Staat sei demnach *strictu sensu* kein totaler Staat, sondern „eine Mehrzahl totaler Parteien“.⁹⁵

Schmitt bezeichnete diesbezüglich die Politisierung der gesellschaftlichen Bereiche als Problem,⁹⁶ was seinem Begriff des Politischen, d.h. der Totalität der Politik, auf den ersten Blick zu widersprechen scheint. Aber er meinte damit den Machtverlust des Staates über das Politische – d.h. selbstständig Freund und Feind zu bestimmen⁹⁷ –, weil die Gesellschaft parteipolitisch werde und dadurch dem Staat die Letztverfügungsmacht über die Politik entziehe. Wie Wolfgang Abendroth bemerkte, „hatte das deutsche Bildungsbürgertum [schon immer] alles für »parteipolitisch« erklärt, was seinen traditionellen Vorurteilen widersprach“.⁹⁸

Bei Carl Schmitt gehört nämlich die Politik – d.h. die Entscheidungsunterscheidung über Freund und Feind – nicht in die Innenpolitik als Parteipolitik, sondern in die zwischenstaatliche Sphäre als Weltpolitik;⁹⁹ innerhalb des Staates solle Entpolitisierung (mit der jederzeitigen Möglichkeit einer politischen Entscheidung des Staates), d.h. eine antipluralistische Einheit (nach Ausschließen des Heterogenen),¹⁰⁰ herrschen.¹⁰¹ Wenn aber die gesellschaftlichen Gruppen, Klassen und die politischen Parteien an Bedeutung gewinnen und sich

⁹¹ Ebd., p. 119.

⁹² Schmitt, „*Die Wendung zum totalen Staat (1931)*“, op. cit., pp. 151f.

⁹³ Ders., „*Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932)*“, op. cit., 74. [Hervorhebung im Original.]

⁹⁴ Ebd., 75. [Hervorhebung im Original.]

⁹⁵ Ebd. [Hervorhebung im Original.]

⁹⁶ Ebd., p. 73.

⁹⁷ Ders., *Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Collolarien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991. pp. 43.

⁹⁸ Wolfgang Abendroth, *Ein Leben in der Arbeiterbewegung. Gespräche, aufgezeichnet und hg. von Barbara Dietrich und Joachim Perels*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1976, p. 215.

⁹⁹ Schmitt, *Begriff des Politischen*, op. cit., p. 46.

¹⁰⁰ Ders., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 14.

¹⁰¹ Ders., *Begriff des Politischen*, op. cit., p. 54ff.

des Staates in ihrem eigenen Interesse bemächtigen, verlagere sich die Politik in die Innensphäre des Staates, was (d.h. ein politischer Zustand *innerhalb* des Staates) Schmitt zufolge dem Bürgerkrieg gleichkomme:¹⁰²

„Bestimmt nicht mehr der Staat, sondern die eine oder andere soziale Gruppe von sich aus diese konkrete Normalität der Situation des Einzelnen, die konkrete Ordnung, in welcher der Einzelne lebt, so entfällt auch der ethische Anspruch des Staates auf Treue und Loyalität.“¹⁰³

Der Staat verliere also die Kraft zur „geistige[n] Selbstdarstellung“.¹⁰⁴ Ein solcher Staat sei nicht mehr da, um eine Idee zu verwirklichen, etwa die Sittlichkeit zu objektivieren, sondern um den Interessen der verschiedenen, durch die demokratischen Prozesse hervorgetretenen Gruppierungen, Klassen und ihren Vertretern, also den Parteien und den Gewerkschaften, zu dienen. Dabei gehe aber – was der Etablierte Ernst Forsthoff ebenso zutiefst bedauerte – die Selbständigkeit des Staates verloren:

„[E]chte Staatlichkeit steht über dem Ringen der gesellschaftlichen Interessen. Sie ist ihnen gegenüber neutral und hat in dieser Neutralität mit der Freiheit zu echter Sachenentscheidung ihre spezifische Autorität und Würde“.¹⁰⁵

Diesen Staat bezeichnete Schmitt – als Gegenpart zum geschilderten quantitativen (d.h. aus Schwäche heraus) totalen Staat – als *einen qualitativen totalen Staat*. Ein qualitativ totaler Staat sei imstande, sich über die Partikularinteressen zu erheben:

„Der totale Staat in diesem Sinne ist gleichzeitig ein besonders starker Staat. Er ist total im Sinne der Qualität und der Energie... [...] Er kann Freund und Feind unterscheiden.“¹⁰⁶

Die autoritäre Kritik an der Sozialstaatlichkeit will weiterhin dem Staat die politische Macht, d.h. die Unterscheidung zwischen Freund und Feind, vorbehalten, d.h. einen innerstaatlichen Pluralismus verhindern. Das Ziel des autoritären Rechtsdenkens besteht darin, die Umwandlung des Obrigkeitsstaates (in dem der Staat und die Gesellschaft hierarchisch getrennt sind) in einen demokratischen Sozialstaat (in dem die pluralen, gesellschaftlichen Interessen zum Ausdruck kommen) zu verhindern. Wolfgang Abendroth bemerkte diesbezüglich, dass die Ablehnung des Sozialstaates von der Ablehnung der (sozialen) Demokratie bzw. von der Idee des Obrigkeitsstaates herrühre:

¹⁰² Ders., „*Staatsethik und pluralistischer Staat*“, Kant-Studien, 35, 1930, p. 36f.

¹⁰³ Ebd., p. 32.

¹⁰⁴ Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, op. cit., p. 158f.

¹⁰⁵ Ders., „*Verfassungsprobleme des Sozialstaates*“, op. cit., p. 159.

¹⁰⁶ Schmitt, „*Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932)*“, op. cit., p. 74.

„Die [konservative] Wissenschaft des öffentlichen Rechts – immer noch in den gewohnten Gleisen der obrigkeitsstaatlichen Entgegensetzung der von der Gesellschaft abstrahierten (statt aus der demokratischen Bewegungen der Gesellschaft zu lebendiger Selbstverwaltung und sozialem Fortschritt konstituierten) Staatsgewalt zur Gesellschaft denkend – lieferte die Theorien, mit deren Hilfe die alte Gedankenwelt über die »öffentliche Sicherheit und Ordnung« die demokratische Verfassung unterwandern konnte.“¹⁰⁷

III. 4. Liberales Ziel: Entpolitisierung der Gesellschaft im Interesse der freien Wirtschaft

Forsthoff blieb bis zu seinen Spätwerken einem gewissen „Krypto-Hegelianismus“ treu:¹⁰⁸ Der Carl Schmitt-Schüler¹⁰⁹ Forsthoff betrachtete den Staat als eine über die Gesellschaft zu stehende, von den gesellschaftlichen Akteur*innen unabhängige und geistige Instanz, die seine eigene Autorität und Würde gegenüber der Gesellschaft zu bewahren und aufrechtzuerhalten habe. Diesem Staatsbegriff entspricht der faschistische am ehesten: Der faschistische Staat sei nämlich – wie der faschistische Staatstheoretiker Sergio Panunzio schrieb – willens und fähig, „den sozialen Gruppen entgentreten und der zwischensyndikalischen Konflikte Herr werden zu können“.¹¹⁰ Wie Carl Schmitt meinte: „Ein solcher Staat lässt in seinem Innern keinerlei staatsfeindliche, staatshemmende oder staatzerspaltende Kräfte aufkommen.“¹¹¹ Der qualitativ totale Staat verwirkliche – wie Forsthoff meinte – die *Totalität des Politischen* innerhalb der Gesellschaft.¹¹²

Die „Daseinsvorsorge“ war insofern die Theorie eines autoritären Staates, welche zwar die Einzelnen mit den Herausforderungen und den Gefahren der Industriegesellschaft nicht allein lässt, aber die Verwaltung als staatliche Macht einsetzt, um die politische Autorität des Staates gegenüber der Gesellschaft wiederherzustellen. In der Zielsetzung, d.h. im Versuch, den Sozialstaat zu verhindern, zeigt das Forsthoffsche Konzept Ähnlichkeiten zum Neoliberalismus – dazu bedient es sich aber verwaltungstechnischer Mittel, welche einer sozialstaatlichen Verwaltung ähnlich zu sein schienen. Der autoritäre Staat nimmt also die „Daseinsvorsorge“ als Staatsaufgabe wahr (worin einen Unterschied zum liberalen Staat besteht) – aber mit dem Ansatz, diese Aufgabe nicht einem vergesellschaftlichten Staat anvertrauen zu müssen.

¹⁰⁷ Abendroth, „Obrigkeitsstaat oder soziale Demokratie?“, op. cit., p. 347.

¹⁰⁸ Walter Euchner, „Ernst Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. Beck'sche Schwarze Reihe, Bd. 77. München: C. H. Beck. 1971. 169 S. DM 9, 80“ AÖR, 99, 1981, p. 181.

¹⁰⁹ Der Student Forsthoff behauptete, dass er sein Interesse an der Rechtswissenschaft nach (und dank) einer Vorlesung Carl Schmitts über das Jagdrecht entdeckt habe; vgl. Helmut Quaritsch, „Erinnerung an Ernst Forsthoff“, NJW, 1974, p. 2120.

¹¹⁰ Sergio Panunzio, *Allgemeine Theorie des faschistischen Staates*, Walter de Gruyter, Berlin / Leipzig, 1934, p. 24.

¹¹¹ Schmitt, „Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932)“, op. cit., p. 81.

¹¹² Forsthoff, *Der totale Staat*, op. cit., p. 29.

Der autoritäre Staat steht in diesem Sinne – als Abwehr gegenüber dem Sozialismus und dem Sozialstaat – auch im liberalen Interesse. Wie von Mises im Kontext der späten 1920er Jahre meinte, sei der Faschismus als „Notbehelf des Augenblickes“ gegen die sozialistischen Tendenzen zu betrachten.¹¹³ Der Liberalismus bediene sich – wie Herbert Marcuse kritisch feststellte – in gewissen historischen Momenten autoritärer Mittel, etwa der Diktatur, um die Sozialstaatlichkeit aufzuhalten.¹¹⁴

Dabei ist es wichtig zu betonen, dass die qualitative Totalität des Staates – im Sinne eines autoritären Neoliberalismus¹¹⁵ – gerade im Interesse der freien Wirtschaft herzustellen sei,¹¹⁶ weil die Politisierung der Gesellschaft, allen voran durch die Gewerkschaften und die Arbeiterbewegung, den wirtschaftlichen Interessen der bürgerlichen Klasse entgegenwirke.¹¹⁷ Die Gesellschaft muss entpolitisiert werden, damit *ein autoritärer Staat*, als einziger Träger des Politischen, *die freie Wirtschaft* gewähren und somit bestimmte Klasseninteressen gegenüber anderen (marginalisierten) durchsetzen kann.

In diesem Sinne verstand Schmitt die Politik dialektisch: Die höchste politische Entscheidung sei, so Schmitt, diejenige, welche die Gesellschaft entpolitisiere: „[G]erade die Entscheidung darüber, ob eine Angelegenheit oder ein Sachgebiet unpolitisch ist, [stellt] in spezifischer Weise eine politische Entscheidung [dar]“.¹¹⁸ Die politische Entscheidung des Schmittschen „Souveräns“ besteht demzufolge darin, den gesellschaftlichen Debatten und Interessenkonflikten gewisse Themen zu entziehen. Eine Staatstheorie, welche den „Staat“ als Gegengewicht gegen alle anderen politischen Akteur*innen versteht, ist jedenfalls einzig den Interessen derjenigen nützlich, die die bestehenden Herrschaftsstrukturen faktisch beherrschen.

Das Ziel eines autoritären Staates besteht insofern darin, Staat und Gesellschaft voneinander zu trennen, d.h. einerseits die Hauptthemen der Politik nur dem Staat (statt den Parteien und anderen gesellschaftlichen Interessengruppen) vorzubehalten (*autoritäres Ziel*), andererseits „alles übrige der Sphäre der Wirtschaft [zu] überlassen“ (*liberales Ziel*).¹¹⁹

Die „Daseinsvorsorge“ gewinnt demzufolge einen neuen Aspekt: Die Vorsorge für das politische „Dasein“ bedeutet nämlich die Herstellung eines autoritären Staates, der die Gesellschaft – als Abwehrreaktion gegenüber den nicht-herrschenden Interessengruppen – entpolitisiert. Die Entpolitisierung meint in diesem Sinne eigentlich die Politisierung im Interesse des *Status quo*. Die „Daseinsvorsorge“ ist

¹¹³ von Mises, *Liberalismus*, op. cit., p. 45.

¹¹⁴ Herbert Marcuse, „*Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung*“, in ders., *Kultur und Gesellschaft Bd. 1*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1965, pp. 22f.

¹¹⁵ Hermann Heller, „*Autoritärer Liberalismus*“, in ders., *Gesammelte Schriften. Bd. 2: Recht, Staat, Macht*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1971, p. 652.

¹¹⁶ Forsthoff, *Der totale Staat*, op. cit., p. 29.

¹¹⁷ Ingeborg Maus, „*Zur »Zäsur« von 1933 in der Theorie Carl Schmitts*“, *Kritische Justiz*, 2, 1969, pp. 118, 123ff.

¹¹⁸ Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, op. cit., p. 17.

¹¹⁹ Ders., „*Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932)*“, op. cit., p. 81.

also der dialektische Versuch, die klassisch-liberale Trennung zwischen Staat und Gesellschaft mit dem Autoritätszuwachs des Staates und der staatlich erbrachten Entpolitisierung der Gesellschaft (d.h. Ausschaltung der herrschaftsbedrohenden Kräfte) wieder herbeizuführen – d.h. ein eigentlich liberales Ziel („freie Gesellschaft und Wirtschaft“) autoritär („starker Staat“) zu erreichen.

IV. „DASEINSVORSORGE“ IN DER NACHKRIEGSZEIT

In der Bundesrepublik ließ sich „ein so sehr auf die Struktur der nicht-rechtsstaatlichen Verwaltung gemünztes Konzept“ wie die „Daseinsvorsorge“ nicht mehr im ursprünglichen Sinne, d.h. autoritär, problemlos fortführen.¹²⁰ Forsthoff wollte jedenfalls den Sozialstaat weiterhin – wegen des sozialstaatlichen Charakters des Grundgesetzes sogar *erst recht* – verhindern: In seinen bundesrepublikanischen Schriften trat daher das liberale Ziel, statt des autoritären, in den Vordergrund. In der Nachkriegszeit zeigten sich sowohl die Widersprüche, die „Daseinsvorsorge“ als Verwaltungsaufgabe zu bestimmen, aber die Sozialstaatlichkeit als verfassungsrechtliches Prinzip abzulehnen, als auch die dennoch weiterhin bestehenden progressiven, zukunftsorientierten Ansätze des Forsthoffschen Konzeptes.

Forsthoff bemängelte den Autoritätsverlust der BRD. (IV. 1.) Die „Daseinsvorsorge“ war insofern nicht mehr als ein progressives Anliegen, sondern als Abwehr gegenüber den antiautoritären und sozialen Tendenzen ins Feld geführt. In seinen Nachkriegsschriften lehnte Forsthoff – mit Bezug auf einen formalistischen Rechtsstaat und einen strikten Gesetzespositivismus – sowohl die Sozialstaatlichkeit (IV. 2.) als auch die damit zusammenhängende, aktivistische Judikative (IV. 3.) ab. Bezüglich der „Daseinsvorsorge“ bemerkte er, dass die Stabilität in der bundesrepublikanischen Industriegesellschaft zwar gesellschaftlich *in concreto* gesichert, aber *pro futuro* gegen mögliche Ausnahmezustände wie auch gegen globale, neue Herausforderungen nicht gut gewappnet sei. (IV. 4.)

IV. 1. BRD: Staat ohne Autorität?

Obwohl Forsthoff das Konzept des totalen Staates in der Nachkriegszeit – zumindest in einer Fußnote¹²¹ – verworfen hatte, kritisierte er den Autoritätsverlust des Staates, der nicht mehr imstande sei, aus der Gesellschaft eine Einheit zu bilden und der Gesellschaft eine (dieser übergeordnete) Macht entgegenzustellen. In der Nachkriegszeit vermisste er einen autoritären deutschen Staat. Er stellte nämlich den wahrlich staatlichen Charakter der BRD im Sinne einer politischen Entscheidungsmacht infrage. Nach dem Weltkrieg sei die BRD, so Forsthoff, nicht mehr fähig gewesen, sich gegenüber der pluralistischen Gesellschaft zu behaupten, denn

¹²⁰ Meinel, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*, op. cit., p. 216.

¹²¹ Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, op. cit., pp. 53f. (Fußnote 1 auf der Seite 54.)

„[d]as Grundgesetz ist nicht das Ergebnis einer politischen Entscheidung, sondern das Produkt einer Lage, genauer eines Zustandes beispielloser Schwäche als Folge der Verwüstungen des verlorenen Krieges.“¹²²

Die BRD sei also kein eigenmächtiger und übergesellschaftlicher Träger des Politischen (im Schmittschen Sinne); d.h. eine autoritäre Selbstbehauptung sei von diesem Staat nicht zu erwarten:

„Daß die unter der Weimarer Reichsverfassung nicht gelungene Verbindung von Geist und Staat unter dem Grundgesetz zustande kommen würde, war schwerlich zu erwarten. Daß die Repräsentanten der Bundesrepublik, den Blick starr auf das Wirtschaftswunder gerichtet, die Herstellung einer solchen Verbindung nicht einmal versucht haben, bleibt gleichwohl bemerkenswert.“¹²³

Es fehlten nämlich die Voraussetzungen für einen qualitativ totalen Staat; die BRD sei Forsthoff zufolge „kein Staat im hergebrachten Sinne des Begriffes“.¹²⁴ Die Bundesrepublik befriedigte nämlich – im Sinne eines quantitativ totalen Staates – die pluralen Interessen der Gesellschaft, insofern sei sie „zum Schauplatz des Ringens der gesellschaftlichen Kräfte“ geworden.¹²⁵

Wegen des angeblichen Autoritätsverlustes des Staates in der BRD wollte Forsthoff die Verwaltung gegenüber den politischen, d.h. pluralen Interessen und Gruppen abschirmen,¹²⁶ um die Demokratisierung der Verwaltung bzw. ein rein legalistisches Verwaltungskonzept zu verhindern. In eine rechtsstaatlich weniger gebundene Verwaltung sollte die handlungsfähige Staatlichkeit überführt, „hinübergerettet“ werden.¹²⁷

Forsthoff verstand nämlich die Verwaltung nicht als bloßen Gesetzesvollzug:¹²⁸ Die Verwaltung sei eine „Hoheitsausübung“ – und in diesem Sinne das letzte Element eines starken Staates auch im Zeitalter des pluralistischen Sozialstaates.¹²⁹ Weil das Grundgesetz für eine autoritäre Staatlichkeit nicht herangezogen werden konnte, sollte die „Daseinsvorsorge“ (als ein verwaltungstechnisches *Herrschaftsmittel*) die Autorität des Staates gegenüber der Gesellschaft – zumindest in den Phasen der Stabilität, wenn es keiner politischen Souveränität bedürfe – wiederherstellen.¹³⁰

¹²² Ebd., p. 61.

¹²³ Ebd., p. 55.

¹²⁴ Ebd., p. 158.

¹²⁵ Ebd., p. 119.

¹²⁶ Caldwell, „*Ernst Forsthoff and the legacy of radical conservative state theory*“, op. cit., p. 636.

¹²⁷ Ulrich Storost, „*Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells*“, in Heyen (Hg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung*, op. cit., pp. 187f.

¹²⁸ Meinel, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*, op. cit., p. 134.

¹²⁹ Ernst Forsthoff, „*Bemerkungen zur Situation der Verwaltung*“, in ders. / Reinhard Hörstel (Hg.), *Standorte im Zeitstrom. FS für Arnold Gehlen*, Athäneum, Frankfurt/M, 1974, p. 45.

¹³⁰ Zu dieser Tendenz in der Nachkriegszeit siehe u.a. Wolfgang Abendroth, „*The problem of the social function and social preconditions of fascism*“, *International Journal of Politics*, 2, 1972/1973, p. 111. (Dazu siehe noch IV. 4.)

IV. 2. Gegen den Sozialstaat

Auch wenn Forsthoff eine qualitative Totalität – im historischen Kontext der Nachkriegszeit – explizit nicht mehr anstrebte und forderte, wollte er zumindest die quantitative Totalität, d.h. die Sozialstaatlichkeit bekämpfen, zumal sich die Bundesrepublik der Sozialstaatlichkeit auch verfassungsrechtlich verschrieb: Das Grundgesetz (GG) definiert nämlich die Bundesrepublik als einen „demokratische[n] und soziale[n] Bundesstaat“ (Art. 20 GG), dieses Prinzip wird auch für die Landesverfassungen als notwendiges Wesensgehalt bestimmt (Art. 28 GG).

Hermann Heller begründete die Idee des Sozialstaates bereits in der Weimarer Republik als Gegenkonzept gegenüber sowohl dem liberalen Rechtsstaat¹³¹ als auch der (faschistischen) Diktatur.¹³² In der Weimarer Zeit sprach sich etwa Heinrich Triepel gegen die sozialstaatliche Überwindung des liberal-formalistischen Rechtsstaates aus: Er meinte, dass der Rechtsstaat kein liberales, sondern ein juristisches Konzept des bürgerlichen Zeitalters sei, das mit Etikettierungen wie „liberal“ oder „sozial“ nicht bezeichnet werden könne; ein sozialer Rechtsstaat sei insofern die Ablösung des Rechtsstaates schlechthin.¹³³

Forsthoff übernahm praktisch diese Position in der Bundesrepublik, als sein Hauptanstreben nicht mehr die verwaltungsrechtliche Kritik am liberalen Rechtsstaat, sondern die Verhinderung des Sozialstaates war. In der Sozialstaatlichkeit erblickte Forsthoff nämlich die „Gefahr“ einer quantitativ totalen Staatlichkeit, die die Gesellschaft nach gewissen politischen Ideen – wie ein Plan oder Programm – lenken, bestimmen könne. Er lehnte ab, das Sozialstaatsgebote als Verfassungsprinzip und insofern als normative Aufforderung für soziale Pläne heranzuziehen. Er meinte nämlich, dass sich ein konkreter, normativer Inhalt aus den Artt. 20 und 28 GG weder wortlautbezogen noch entstehungsgeschichtlich erschließe – und „[w]o es nichts gemeint ist, lässt sich auch nichts interpretieren“.¹³⁴

Forsthoff trat seinen Feldzug gegen die verfassungsrechtliche Sozialstaatlichkeit bereits auf der Bonner Staatsrechtslehrertagung im Jahre 1953 an. In seinem Referat bemühte er sich zu beweisen, dass und warum der Sozialstaat nicht mit dem Rechtsstaat gleichgesetzt und auf die Ebene der Verfassung übertragen werden dürfe: Der Rechtsstaat erfordere einen hohen Grad der Formalisierung und Generalisierung, was zugleich nicht nur Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit,¹³⁵ sondern auch die *Beibehaltung des Bestehenden* gewähre, d.h. Forsthoff bestimmte die Verfassung als strukturkonservativen Stabilisierungsfaktor und nicht als sozialpolitisches Programm:

„[D]ie rechtstaatliche Verfassung [ist] grundsätzlich eine gewährleistende Verfassung. Und da nur Bestehendes, nicht aber ein Plan oder ein Programm in diesem Sinne

¹³¹ Hermann Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?* Mohr, Tübingen, 1930, p. 9.

¹³² Ebd., p. 26.

¹³³ Heinrich Triepel, „*Aussprache*“, *VVDStRL*, 7, 1932, p. 197.

¹³⁴ Ernst Forsthoff, „*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*“, in ders. / Hans Barion / Werner Weber (Hg.), *FS für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1959, p. 48.

¹³⁵ Ders., „*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*“, op. cit., p. 16f.

gewährleistet werden kann, ist sie in hohem Maße an den gesellschaftlichen status quo gebunden.“¹³⁶

Der Rechtsstaat garantiere die gesellschaftliche und individuelle Freiheit, sie werde gegenüber dem Staat abgegrenzt und geschützt; der Sozialstaat hingegen gewähre Teilhaberechte, welche staatliche Eingriffe in die Gesellschaft erfordere und somit den Staat zum technischen Mittel gesellschaftlicher Interessen degradiere.¹³⁷ In der so gezogenen Unterscheidung zwischen dem Rechtsstaat (als Gewährleistung gesellschaftlicher Freiheit) und dem Sozialstaat (als Gewährleistung gesellschaftlicher Teilhabe) verknüpfte Forsthoff die Idee des übergesellschaftlichen (qualitativ totalen) Staates mit jener der freien-liberalen Gesellschaft, die gegenüber der Sozialstaatlichkeit – als der Vergesellschaftung des Staates (*autoritäre Angst*) und der Verstaatlichung der Gesellschaft (*liberale Angst*) – zu schützen sei.

Die Sozialstaatlichkeit im Grundgesetz war für Forsthoff entweder ein Programm, *ein zu verwirklichender, aber nicht im Voraus konkretisier- und normierbarer Plan*¹³⁸ – was seiner Meinung nach zur Auflösung des Rechtsstaates¹³⁹ bzw. zur (von ihm bedauerten) verfassungsrechtlichen Irreversibilität und Verankerung der sozialen Rechte führe¹⁴⁰ –, oder die Bestimmung der Bundesrepublik als Sozialstaat bringe bloß *die bestehende Rechtslage*, samt den sozialpolitischen Gesetzen (auch in den Ländern), zum Ausdruck, was aber seiner Meinung nach ein unnötiges Element im Grundgesetz sei.¹⁴¹

Er bevorzugte die zweite Auslegungsoption (mit der Konsequenz, dass die Sozialstaatlichkeit kein Programm, sondern ein unnötiger, weil nicht normierbarer Inhalt im Grundgesetz sei): „Die Verbindung des Rechtsstaates mit dem Sozialstaat ist eine Tatsache und braucht nicht erst hergestellt werden“, d.h. er lehnte die Sozialstaatlichkeit als Programm ab, weil „[r]adikale Sozialstaatlichkeit zwangsläufig bei einem Verwaltungsstaat [endet], der nicht mehr Rechtsstaat sein kann“.¹⁴² Damit wollte er verhindern, dass neue sozialpolitische Gesetze, womöglich auch Rechte, mit Hinweis auf das Grundgesetz entstehen könnten, d.h. er wollte gerade die rechtstaatlichen Grundrechte gegenüber möglichen, neuen Sozialrechten in Schutz nehmen.

Forsthoff meinte nämlich, dass das Adjektiv „sozial“ nicht normierbar sei,¹⁴³ weil es auf außerverfassungsrechtliche Bereiche verweise.¹⁴⁴ Forsthoffs Argumentation verkannte aber, dass alles, was normierbar ist, zuerst außerrechtlich vorliegt (es bestehen nämlich keine juristischen Tatsachen „in der Wirklichkeit“, „in der Natur“

¹³⁶ Ebd., p. 18.

¹³⁷ Ebd., p. 19.

¹³⁸ Ebd., pp. 25f.

¹³⁹ Ebd., p. 16.

¹⁴⁰ Ders., „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“, op. cit., p. 54.

¹⁴¹ Ders., „Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates“, op. cit., pp. 26ff.

¹⁴² Ebd., p. 33.

¹⁴³ Ebd., p. 20.

¹⁴⁴ Ebd., p. 24.

vor dem Recht), insofern sind auch die Bereiche, die dann mit dem Sozialstaat erfasst und normiert werden, zuerst selbstverständlich außerrechtlich.

Forsthoff, der die Unzulänglichkeiten des liberalen Rechtsstaates und der Staat-Gesellschaft-Trennung in den 1930er Jahren eigentlich in einem progressiv-reformatorischen Sinne kritisiert hatte, wandte sich in der Bundesrepublik gegen die möglichen Konsequenzen einer demokratisch bestimmten „Daseinsvorsorge“. Um die demokratisch-pluralistische Vergesellschaftung des Staates zu verhindern, führte Forsthoff den liberalen Rechtsstaat gegen den Sozialstaat ins Feld.¹⁴⁵ Er sprach dabei der Sozialstaatlichkeit den Verfassungsrang ab.¹⁴⁶ Diese anti-sozialstaatliche Kritik betonte, dass das Grundgesetz zwei Begriffe, wie die Rechts- und Sozialstaatlichkeit, verbindet, welche verschiedenen geschichtlichen Ereignissen entstammen und verschiedenen Zielen folgen.¹⁴⁷ Der Rechtsstaat stelle auf die Freiheit ab, die gerade dadurch zu gewährleisten sei, dass sich der Staat von der Gesellschaft fernhält; die Sozialstaatlichkeit lasse sich hingegen mit aktiven Staatsleistungen verwirklichen.¹⁴⁸

Deswegen versuchte Forsthoff, die Verfassungs- und die Verwaltungsebenen voneinander strikt getrennt zu halten: Der Rechtsstaat gehöre der ersteren, während die Sozialstaatlichkeit „nur“ eine Verwaltungsaufgabe darstelle, weil „eine Verfassung nicht Sozialgesetz sein [kann].“¹⁴⁹ Er bestimmte die Sozialstaatlichkeit – in der An- und Gestalt der „Daseinsvorsorge“ – als Verwaltungsaufgabe, weil die Verfassung die bestehende Lage gewähren, während die Verwaltung auf die konkreten Dynamiken programmatisch reagieren sollten: Er verwies dabei auf

„eine außerordentliche Konsistenz des Rechtsstaates gegenüber den Versuchen, ihn mit sozialen Gehalten zu erfüllen. Keiner rechtsstaatlichen Verfassung ist bisher die Abwendung von den Fixierungen des klassischen Liberalismus in den überkommenen Grundrechten wirklich und für die Rechtspraxis zwingend gelungen.“¹⁵⁰

Was Forsthoff bezüglich der Verfassung – nämlich die dynamische Offenheit und die programmatische Ausrichtung – verwarf, lehnte er allerdings bezüglich der Verwaltung nicht so kategorisch ab, weil „[die Geschichte der Verwaltung] [e]in völlig anderes Bild [darbietet]“.¹⁵¹ Somit wollte er also die Verwaltung als staatliches, dynamisch und schnell reagierendes Hoheits- und Handlungsgebiet des Staates bewahren. Wenn die sozialen Ziele „bloß“ eine verwaltungsrechtliche Aufgabe seien, d.h. nicht zur Ebene der Verfassung gehörten, werden sie praktisch

¹⁴⁵ Seine diesbezügliche Position erfuhr aber auch unter konservativen Juristen Kritik; siehe dazu John Philipp Thurn, *Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949–1990*, Mohr, Tübingen, 2013, pp. 60ff.

¹⁴⁶ Forsthoff, „*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*“, op. cit., pp. 12, 16ff, 25ff, 28f.

¹⁴⁷ Ernst Rudolf Huber, *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie, Oldenburg, 1962, pp. 11ff.

¹⁴⁸ Ebd., p. 21.

¹⁴⁹ Forsthoff, „*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*“, op. cit., p. 20.

¹⁵⁰ Ebd., p. 12.

¹⁵¹ Ebd.

der (etwa *qua* Verfassungsänderung oder Gesetzgebung erfolgten) demokratischen Willensbildung entzogen: Nicht die Gesellschaft solle die sozialpolitischen Ziele bestimmen, sondern die demokratisch weniger kontrollierte Verwaltung – als letztes Residuum eines autoritären Staates – solle sie im Interesse des Staates und der gesellschaftlichen Stabilität verwirklichen. Die Widersprüche zwischen seiner in den 1930er Jahren herausgearbeiteten, eigentlich progressiven Verwaltungs- und seiner 1953 vertretenen, strukturkonservativen Verfassungslehre konnte Forsthoff jedenfalls nicht überzeugend auflösen, d.h. er konnte nicht beantworten, wie die „Daseinsvorsorge“ vom Staat als neue Aufgabe gewährleistet, zugleich aber nicht als Verfassungsinhalt bestimmt sein könne und solle.

Forsthoff verblieb also im Verfassungsrecht bei der klassisch-liberalen Idee eines nicht-aktivistischen Staates als Alternative zum Sozialstaat,¹⁵² ohne zu begründen, wie die „Daseinsvorsorge“ dann möglich sein soll – oder besser gesagt: Wenn die Sozialstaatlichkeit nicht mit der Demokratie und dem Rechtsstaat als Verfassungsprinzipien zusammengedacht wird, erweist sich die „Daseinsvorsorge“ als eine staatliche, gesellschaftsstabilisierende, aber nicht rechtstaatlich verfasste und demokratisch bestimmbare Aufgabe der Verwaltung. Der Sozialstaat sei „nur“ eine aufgabenorientierte Ergänzung (des Rechtsstaates), aber kein verfassungsrechtlich vorgeschriebener Plan im Rechtsstaat.¹⁵³ Die konservative bundesdeutsche Rechtswissenschaft wollte mit Rekurs auf den liberalen Rechtsstaat, in dem die Gesellschaft staatsfrei war, eine soziale Demokratie, in der der Staat „gesellschaftlich“ wird, verhindern und somit praktisch die alte Idee des Obrigkeitsstaates in die neue Zeitepoche hinüberretten.¹⁵⁴

Forsthoffs verfassungsrechtlich vorgetragene (um nicht zu sagen: getarnte) Argumentation verfolgte in der Tat den klaren politischen Zweck: Die Verhinderung des staatlichen Umverteilens bzw. die Absicherung des auf der Grundlage des Privateigentums beruhenden Gesellschaftsordnung – er befürchtete nämlich, dass die sozialpolitischen Ziele in der demokratischen Willensbildung ständig neu, womöglich immer mehr und ausdehnend, formuliert, ausgelegt würden:

„Sozial verweist [...] auf den Vorrang des Teilens, Verteilens und Zuteilens. [...] Die Entscheidung für das soziale Element würde konsequent dazu führen, dass das Grundgesetz seine Gewährleistungsfunktion nur im Rahmen dessen ausübt, was von der jeweiligen Mehrheit und ihrer Regierung als sozial verstanden wird.“¹⁵⁵

Die Bemerkung „nur im Rahmen“ suggeriert, als ob die demokratische Bestimmung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung eine Begrenzung darstellen würde; Forsthoff meinte explizit, dass „[d]er Rechtsstaat durch das sozialstaatliche Bekenntnis also in gewisser Weise inhaltlich determiniert [wird]“.¹⁵⁶

¹⁵² Caldwell, „*Ernst Forsthoff and the legacy of radical conservative state theory*“, op. cit., p. 631.

¹⁵³ Forsthoff, „*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*“, op. cit., p. 31.

¹⁵⁴ Abendroth, „*Obrigkeitsstaat oder soziale Demokratie?*“, op. cit., p. 349.

¹⁵⁵ Forsthoff, „*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*“, op. cit., p. 25.

¹⁵⁶ Ebd., p. 28.

Aber der Gegenteil ist der Fall: Forsthoffs Konzept beschränkt (determiniert) die Handlungsmöglichkeit der demokratischen Politik, als ob ihr die Bestimmung gewisser wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Themen, auch jenseits der Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG), verwehrt, entzogen wäre. Damit wird der Konfliktcharakter der Demokratie verneint – d.h. die Idee der Demokratie als Homogenität schimmert dabei durch. Hans Kelsen entkräftete diesen Gedanken bereits in seiner „Reinen Rechtslehre“, indem er aufzeigte, dass das Recht aus Interessenkonflikten – und dann aus Kompromissen zwischen den Interessen – hervortrete:

„Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis aus gesehen, gibt es nur Interessen und damit Interessenkonflikte, deren Lösung durch eine Interessenordnung [d.h. das Recht – Anm. des Autors] erfolgt, die entweder das eine Interesse gegen das andere, auf Kosten des anderen befriedigt [Autoritarismus – Anm. des Autors] oder aber einen Ausgleich, ein Kompromiß zwischen den gegensätzlichen Interessen stiftet [Demokratie – Anm. des Autors].“¹⁵⁷

Forsthoff verfolgte die Strategie, politische Ziele nicht nur juristisch zu formulieren – was ja noch legitim wäre –, sondern diese Ziele sogar als die *einzig* Antwort des Rechts, insofern als rechtswissenschaftlich einzig wahre und mögliche Erkenntnis darzustellen. Diese Position entsprach den „berufsständischen Interessen des Juristen“ als einer Ideologie partikularer Interessen, welche Kelsen 1934 ideologiekritisch entlarvte:

„[Dieser Jurist] verzichtet begreiflicherweise nur ungern darauf, zu glauben und die anderen glauben zu machen, daß er mit seiner Wissenschaft die Antwort auf die Frage besitze, wie die Interessenkonflikte innerhalb der Gesellschaft »richtig« zu lösen seien, daß er, weil er das Recht erkennt, auch berufen sei, es inhaltlich zu gestalten, daß er bei seinem Streben, auf die Rechtserzeugung Einfluß zu nehmen, anderen Politikern gegenüber mehr voraus habe als ein bloßer Techniker der Gesellschaft.“¹⁵⁸

Forsthoff konnte seine *politisch motivierte Ablehnung* des Sozialstaates als *verfassungsrechtliche Erkenntnis* vortragen, als ob der Sozialstaat *per essentiam* nicht zum Verfassungsrecht gehörte¹⁵⁹ bzw. als ob der Rechtsstaat *per definitionem* nur eine strukturkonservative Rechtsauffassung zuließe.¹⁶⁰

Die „Daseinsvorsorge“ hätte hingegen auch eine sozial-plurale Staatslehre zu begründen vermocht. Weil aber Forsthoff die „Daseinsvorsorge“ nicht in diese Richtung weiterdachte, erwies sich seine Theorie letztendlich entweder

¹⁵⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Hg. von Matthias Jestaedt, Mohr, Tübingen 2008, p. 28.

¹⁵⁸ Ebd., p. 5.

¹⁵⁹ Forsthoff, „*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*“, op. cit., p. 29.

¹⁶⁰ Ebd., pp. 13, 26ff.

als unvollendet (weil sie die soziale Staatlichkeit in sich nicht aufnahm) oder als eine verwaltungsrechtlich verschleierte Fortführung einer autoritären, antipluralistischen Staatslehre (weil sie letztendlich die Autorität des Staates und die Entpolitisierung der Gesellschaft anstrebte).

Dieser Spagat „zwischen einer möglichst weitgehender Bewahrung der Rechtsformen und der Kenntnis ihrer Unzulänglichkeit“ durchzog sein ganzes Lebenswerk:¹⁶¹ Es bleibt nämlich theoretisch widerspruchsvoll, die „Daseinsvorsorge“ einerseits als neue staatliche Leistungsaufgabe zu etablieren, andererseits die Sozialstaatlichkeit – d.h. die verfassungsrechtliche Verbürgung der leistenden Staatlichkeit – als Verfassungsprinzip zu verwerfen. Obwohl Forsthoff selbst zugeben musste, dass „[die] Leistungen des Staates auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge [...] den modernen Staat notwendig zum Sozialstaat [machen]“;¹⁶² blieb er skeptisch gegenüber den verfassungsrechtlichen Konsequenzen der Sozialstaatlichkeit.

Auf der Bonner Staatsrechtslehrertagung von 1953 durfte nur Forsthoff (neben Otto Bachof) über den Rechts- und Sozialstaat referieren, der sozialistische („nur“ in der Politikwissenschaft zugelassene) Jurist Wolfgang Abendroth konnte sich nur in der Diskussion zu Wort melden, weil sein Auftritt als Berichterstatter im Voraus verhindert worden war.¹⁶³ Auch wenn er Anfang der 1950er Jahre zum Vorstand der „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“ gehörte – er meinte, dass er (als einer der weniger in der NS-Zeit nicht kompromittierten bundesdeutschen Juristen) als Feigenblatt für das Ausland gebraucht worden sei¹⁶⁴ –, wurde er wegen seiner Ansichten in der Zunft der damaligen bundesdeutschen Staatsrechtslehre weitgehend außer Acht gelassen, marginalisiert und auch akademisch verdrängt (er hatte eine politikwissenschaftliche Professur in Marburg inne).¹⁶⁵ Sowohl der Smendschen metajuristischen Integrations- als auch der Schmittschen politisch-autoritären Deziisionslehre widersprach Abendroths positivrechtlich begründete, d.h. nicht politisch, sondern rein juristisch vorgetragene – insofern eigentlich kelsenianische – Demokratie- und Sozialstaatslehre,¹⁶⁶ nach der die pluralistische Demokratie die staatliche Veränderung der Gesellschaft, d.h. den Sozialstaat, im Rahmen des Rechtsstaates durchaus ermögliche.¹⁶⁷

In seiner Aussprache zum Forsthoffs Vortrag verband Abendroth die Demokratie bzw. die Sozial- und Rechtsstaatlichkeit als grundgesetzlich verbrieft, voneinander nicht zu trennende Elemente der Verfassungsordnung.¹⁶⁸ Dabei betonte er, dass

¹⁶¹ Scheidemann, *Der Begriff Daseinsvorsorge*, op. cit., p. 138.

¹⁶² Forsthoff, *„Verfassungsprobleme des Sozialstaates“*, op. cit., p. 148.

¹⁶³ Abendroth, *Ein Leben in der Arbeiterbewegung*, op. cit., p. 213.

¹⁶⁴ Ebd.

¹⁶⁵ Oliver Eberl / Andreas Fischer-Lescano, *„Der Kampf um ein demokratisches und soziales Recht. Zum 100. Geburtstag von Wolfgang Abendroth“*, Blätter für deutsche und internationale Politik, 2006/5, pp. 580ff.

¹⁶⁶ Ebd., p. 580.

¹⁶⁷ Joachim Perels, *„Der soziale Rechtsstaat im Widerstreit. Zur Verfassungsinterpretation Wolfgang Abendroths aus Anlass seines 100. Geburtstages“*, Kritische Justiz, 39, 2006, p. 297.

¹⁶⁸ Wolfgang Abendroth, *„Aussprache“*, VVDStRL, 12, 1953, p. 85.

der Gedanke der Sozialstaatlichkeit als Reaktion auf die Unzulänglichkeiten des liberalen Rechtsstaates, d.h. als Ablösung der Idee der staatsfreien Gesellschaft und des gesellschaftsfreien (übergesellschaftlichen) Staates zu verstehen sei. Der Sozialstaatsgedanke ermögliche die „Umgestaltung“ der Sozialordnung: Das Grundgesetz beinhalte demnach die Sozialstaatlichkeit nicht als Beschreibung der bestehenden Zustände (*Ist-Zustand*) – wie etwa Forsthoff meinte¹⁶⁹ –, sondern als Programm für die Zukunft, d.h. als zu verwirklichende Rechts- und Richtlinie (*Soll-Zustand*), damit die liberalen Grundrechte – etwa mittels der Rechtsanwendung – mit den sozialen Teilhaberechten ergänzt werden können.¹⁷⁰

Der Sozialstaatsgedanke erfordere, so Abendroth, einen im gesellschaftlichen Interesse aktiven, intervenierenden Staat, der – entsprechend dem grundgesetzlichen *Sollen* des Sozialstaates – das *Sein* der liberal-rechtstaatlich geschützten und gewährten sozialen Macht- und Wirtschaftsverhältnisse zu ändern berechtigt und befugt sei:

„[Das Grundgesetz] verneint durch sein Bekenntnis zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat sowohl die inhaltliche Entleerung des früheren liberalen Rechtsstaatsgedankens zum bloßen formalen Rechtsstaatsgedanken des Positivismus (Art. 1 Abs. 3 [GG]) als die Versuchung, zu einer unkritischen, der konkreten sozialen Realität unangepaßten und undurchdachten Wiederbelebung des früheren liberalen Rechtsstaatsdenkens zurückzukehren. [...] Das Grundgesetz verbietet keineswegs dem Gesetzgeber – und auch nicht dem Verfassungsgesetzgeber bei eventuellen Änderungen des Grundgesetzes – durch Eingriff der im Staat demokratisch organisierten Gesellschaft die Inhaber derartiger Machtstellungen dem Willen der Gesellschaft zu unterwerfen. Dabei möchte ich vor dem Gedanken warnen, daß es a priori unmöglich sei, Verfassungssätze zu formulieren, die diesen Gedanken des Eingriffs in die bestehende Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung zum Ausdruck bringen, wie Herr Forsthoff annimmt.“¹⁷¹

Der Rechtsstaat bedeute insofern nicht die Beibehaltung der bestehenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, diese kann abgeändert, weiterentwickelt werden. Eine Änderung der bestehenden Zustände sei aber nur im Rahmen der rechtsstaatlichen Verfahren und der demokratischen Willensbildung möglich:

„Was aber dieser Gedanke mindestens ausdrücken soll, ist daß eine Umgestaltung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung in dieser Richtung, daß nämlich in rechtsstaatlicher Weise in der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung die demokratischen Strukturprinzipien und das demokratische Gerechtigkeitsdenken sich durchsetzen können, technisch möglich ist und objektiv mit rechtsstaatlichem Denken vereinbart werden kann. [...] Damit hat das Grundgesetz zum Ausdruck gebracht,

¹⁶⁹ Forsthoff, „*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*“, op. cit., pp. 8, 18, 33.

¹⁷⁰ Abendroth, „*Aussprache*“, op. cit., p. 86f.

¹⁷¹ Ebd., p. 87f.

daß es Wirtschafts- und Sozialordnung nicht wieder zu voller Autonomie gegenüber der politischen Ordnung zurückkehren lassen will und dem Gestaltungswillen des demokratischen Staates, der die Gesellschaft und ihre Träger zur Willens- und Wirkungseinheit zusammenfaßt, Raum geschaffen.“¹⁷²

Die Zusammenführung der zwei Konzepten der Rechts- und der Sozialstaatlichkeit begründet demnach eine soziale Demokratie, in welcher der Staat zum „Kampffeld“ gesellschaftlicher Interessenkonflikte bzw. zum Mittel gesellschaftlicher Interessendurchsetzung wird. Die Gesellschaft galt dabei nicht mehr – wie noch bei Carl Schmitt¹⁷³ – als staatsfreie Sphäre; d.h. der Staat habe die gesellschaftlichen Ungleichheiten (als Kehrseite der gesellschaftlichen Freiheiten) nicht als vorgegebene und unantastbare Grundlagen, Gegebenheiten hinzunehmen.¹⁷⁴ Diese Idee bettet sich in das Konzept der pluralistischen Demokratie ein: Die Demokratie wird demnach nicht – wie bei Schmitt – als Identität von Führern und Angeführten¹⁷⁵ – wo dem Volk nur die Rolle der bloßen Akklamation zukäme¹⁷⁶ –, sondern als Voraussetzung und Ermöglichung einer wahren sozialen (pluralistischen) Demokratie verstanden:

„Die Betonung des demokratischen Prinzips in Grundgesetz und Landesverfassungen hat nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn die unvermittelte Gegenüberstellung von Obrigkeit und Volk, das seiner Obrigkeit akklamieren soll und sie günstigenfalls nur kontrollieren kann, abgelehnt wird.“¹⁷⁷

Das grundgesetzlich verbürgte Konzept des demokratischen und sozialen Rechtsstaates beinhalte deswegen ein gerechtigkeitsgesteuertes (also möglicherweise die bestehende Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung überwindendes) Programm:

„Das Wesen der Sozialstaatlichkeit bestehe gerade darin, daß nunmehr die existente (nämlich faktisch die liberalkapitalistische) Sozialordnung nicht mehr als im Prinzip gerecht anerkannt werde also die Gesellschaft nicht mehr als dem staatlichen Zugriff [...] entzogen hingenommen werden könne.“¹⁷⁸

Das Grundgesetz nehme demnach die bestehende gesellschaftlich-wirtschaftliche Ordnung nicht mehr – wie noch in der liberalen Idee des gesellschaftsfreien Staates und der staatsfreien Gesellschaft (II. 2.) – als vorgegeben und unantastbar hin,

¹⁷² Ebd., p. 89.

¹⁷³ Schmitt, *Verfassungslehre*, op. cit., p. 125ff.

¹⁷⁴ Perels, „*Der soziale Rechtsstaat im Widerstreit*“, op. cit., p. 297.

¹⁷⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, op. cit., p. 234.

¹⁷⁶ Ebd., p. 243.

¹⁷⁷ Abendroth, „*Obrigkeitsstaat oder soziale Demokratie?*“, op. cit., p. 349.

¹⁷⁸ Wolfgang Abendroth, „*Zum Begriff des demokratischen und des sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik*“, in Alfred Hermann (Hg.), *Aus Geschichte und Politik. FS für Ludwig Bergstraesser*, Droste, Düsseldorf, 1954, p. 282.

sondern die Gesellschaft werde stärker der demokratischen Willensbildung, dadurch auch möglichen Änderungen, unterworfen:

„[Das Grundgesetz] hat vielmehr durch die Anerkennung des Sozialstaatsgedankens endgültig mit der Vorstellung gebrochen, daß Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung in eigenem freien Spiel Gerechtigkeit schaffen können.“¹⁷⁹

Forsthoffs Kritik am liberalen Rechtsstaat zielte in den 1930er Jahren weniger auf die Gerechtigkeit als auf die Effektivität ab. Aber er teilte damals selbst die Auffassung, dass der liberale Rechtsstaat mit seiner bloß eingreifenden Verwaltung die effektive Daseinssicherung der Einzelnen nicht mehr gewähren könne. Während aber Forsthoff deswegen einen autoritären Staat forderte, verband Abendroth die Idee der Sozialstaatlichkeit mit der Demokratie, weil die gesellschaftliche – in einem liberalen Rechtsstaat noch als unantastbar betrachtete – Ordnung durch die demokratische Politik verändert und einer staatlichen Sozialpolitik unterstellt werden könne:

„Das Bekenntnis des Grundgesetzes zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat [...] stellt grundsätzlich diese Gesellschaft- und Wirtschaftsordnung selbst zur Disposition der demokratischen Willensbildung des Volkes.“¹⁸⁰

Die Sozialstaatlichkeit ermöglicht aber nicht nur eine demokratische Bestimmung der sozialpolitischen Ziele; diese Ziele ließen sich nämlich sehr oft nicht (nur) *qua* Legislative, sondern auch *qua* Judikative – mittels einer aktivistischen Auslegung der sozialen Rechte – verwirklichen, was Forsthoff ebenso als Ablösung des – als Gesetzesstaat gemeinten – Rechtsstaates, d.h. als Ablösung der gesetzessystematischen Verfassungsauslegung betrachtete.

IV. 3. Gegen den Richterstaat

Wie Abendroth betonte, stelle die Sozialstaatlichkeit ein Strukturprinzip dar, welches zwar ein bestimmtes, individualrechtlich einzuklagendes Verhalten unmittelbar normativ nicht begründe, aber als Rechtsprinzip für eine interpretative Fortbildung des Rechts herangezogen werden könne.¹⁸¹ Forsthoff erkannte diese Tendenz, welche er mit einer strikt-gesetzespositivistischen Rechtsanwendungslehre abwehren wollte. Seine Kritik an einer wert- und prinzipiengesteuerten Judikatur hing demnach mit der Ablehnung der Sozialstaatlichkeit zusammen. Er kritisierte dabei die politische, aktivistische Verfassungsjudikative, welche er als mögliche Beseitigung des Rechtsformalismus – insofern als Öffnung des Rechtes hin zu neuen, politischen Ideen – betrachtete: „Das Verfassungsrecht ist »offen« geworden. Was als Verfassungsrecht zu gelten hat, ergibt sich jeweils im konkreten Falle.“¹⁸²

¹⁷⁹ Ebd., p. 287f.

¹⁸⁰ Ebd., p. 288. [Hervorhebung im Original.]

¹⁸¹ Ders., „Zum Begriff des demokratischen und des sozialen Rechtsstaates“, op. cit., pp. 280f.

¹⁸² Forsthoff, „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“, op. cit., p. 55.

Aus diesem Grunde lehnte er die Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁸³ oder die methodologische Auflockerung der Rechtsanwendung ab.¹⁸⁴ Forsthoff befürchtete infolge der Unbestimmbarkeit der sozialen Rechte die Untergrabung der Rechtssicherheit und der Verfassungsstabilität. Er betonte, dass die sozialen Rechte an den jeweiligen *Status quo* gebunden seien,¹⁸⁵ weil sich ein „Flut“ von neuen sozialen Rechten nur so vermeiden ließe. Die Idee, das Recht in (mit) einer strikten Anwendungslehre „erstarren“ zu lassen, diene eigentlich der Aufrechterhaltung einer bestimmten (nämlich der bestehenden) gesellschaftlichen Ordnung.

Dieses *politische* Ziel versteckte Forsthoff hinter einer rechtsdogmatischen und rechtsmethodologischen Argumentation, indem er die Rechtsanwendung – im Sinne des veralteten Gesetzespositivismus und der mechanischen Rechtsanwendungslehre – als „die Ermittlung der richtigen Subsumtion im Sinne des syllogistischen Schlusses“ definierte.¹⁸⁶ Er meinte nämlich, dass der Norminhalt eine Evidenz sei,¹⁸⁷ die die Rechtsanwendung mittels der richtigen Methode bloß zu „erkennen“ habe.¹⁸⁸

Forsthoff glaubte dadurch den Rechtspositivismus – etwa gegen einer Wertjurisprudenz – in Schutz zu nehmen.¹⁸⁹ Aber er vertrat eigentlich den statischen, Gerber-Labandschen Gesetzespositivismus, der im dynamisch-prozeduralen Rechtspositivismus (à la Hans Kelsen) – mit einer ideologiekritischen Dekonstruktion der Idee der *einzig* richtigen juristischen Methode – schon zu dieser Zeit entkräftet¹⁹⁰ und ab den 1970er Jahren in eine realistische Interpretationslehre – etwa in Nanterre und Genua – weitergedacht wurde.¹⁹¹ Im dynamischen Rechtspositivismus wird bewiesen, dass die Idee der *einzig* richtigen Methode (d.h. die Idee des *a priori* vorliegenden Norminhaltes) eine *ex post facto* Legitimierung der richterlichen Rechtsfindung ist, damit die Entscheidung – welche immer als Auswahl unter mehreren¹⁹² (sogar vielleicht beliebig vielen)¹⁹³ Bedeutungen ist – doch als die *einzig juristisch mögliche* dargestellt werden kann; d.h. die juristische

¹⁸³ Ders., „Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)“, in ders., *Rechtsstaat im Wandel*, op. cit., p. 182.

¹⁸⁴ Ebd., p. 183.

¹⁸⁵ Ders., „Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates“, op. cit., p. 34; ders., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, op. cit., p. 13.

¹⁸⁶ Ders., „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“, op. cit., p. 41.

¹⁸⁷ Ebd., p. 47.

¹⁸⁸ Dagegen siehe etwa bereits aus dem Jahre 1916: Adolf Julius Merkl, „Das Recht im Lichte seiner Anwendung (1916)“, in ders., *Gesammelte Schriften. Bd. I/1*. Hg. von Dorothea Mayer-Maly / Herbert Schambeck, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 97.

¹⁸⁹ Forsthoff, „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“, op. cit., p. 37.

¹⁹⁰ Hans Kelsen, „Zur Theorie der Interpretation (1934)“, in Hans Klecatsky / René Marcic / Herbert Schambeck (Hg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Europa, Wien et al., 1968, pp. 1366f.

¹⁹¹ Siehe u.a. Michel Troper, „La motivation des décisions constitutionnelles“, in Chaïm Perelman / Paul Fofiers (Hg.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 294ff; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, A. Giuffrè, Milano, 1980, pp. 61f; Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, A. Giuffrè, Milano, 2004, pp. 27ff.

¹⁹² Riccardo Guastini, *Prima lezione sull'interpretazione*, Mucchi, Modena, 2019, pp. 14f.

¹⁹³ Michel Troper, „Une théorie réaliste de l'interprétation“, *Revista opinião jurídica*, 4, 2006, pp. 305f.

Methodenlehre erklärt nicht die Her-, sondern die Darstellung der richterlichen Entscheidungen.¹⁹⁴

Die Idee der einzig richtigen juristischen Methodenlehre ermächtigt die Rechtswissenschaft, den Inhalt des Rechts vorzubestimmen¹⁹⁵ – Forsthoff begrüßte explizit diese Savignysche Auffassung.¹⁹⁶ Ein wahrer Rechtspositivismus will aber das Recht wissenschaftlich nicht bestimmen, sondern er überlässt es der Rechtskonkretisierung (d.h. den unterschiedlichen Stufen des Rechtslebens).¹⁹⁷

Forsthoff erkannte sehr wohl, dass die Rechtswissenschaft infolgedessen ihre Deutungsmacht über das konkrete Recht verliere, er schrieb von der „Depossidierung der Rechtswissenschaft“ angesichts der aktivistischen und wertbezogenen, verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁹⁸ Aber der dynamische Rechtspositivismus bewies eben, dass sich die konkrete Bedeutung des Rechtes nicht von der Rechtswissenschaft erfassen, sondern in den einzelnen Stufen der Rechtskonkretisierung festlegen läßt; die Rechtswissenschaft kann „nur“ die interne Funktionslogik – aber nicht das Ergebnis – beschreiben. Zugleich bedeutet es, dass die Rechtsanwendung immer rechtsschöpferisch, insofern *per definitionem* politisch ist.¹⁹⁹

Forsthoff ignorierte aber den grundlegend politischen Charakter der Judikative.²⁰⁰ Dabei zeigte sich, dass Forsthoff einem überholten, veralteten Konzept der Rechtsanwendung – d.h. der Rechtsanwendung als mechanische Vollziehung der Gesetze – verhangen blieb,²⁰¹ was freilich politisch der klaren Parteinahme für die bestehende Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung gleichkam.

¹⁹⁴ Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Mulino, Bologna, 1974, p. 396; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, A. Giuffrè, Milano, 2011, p. 411.

¹⁹⁵ Als Forderung nach einer wissenschaftlich basierten Rechtspraxis und einer praxisorientierten Rechtswissenschaft siehe Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, pp. 126 ff.

¹⁹⁶ Forsthoff, „*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*“, op. cit., p. 36.

¹⁹⁷ Horst Dreier, *Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren*, Mohr, Tübingen, 2019, p. 64.

¹⁹⁸ Forsthoff, „*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*“, op. cit., p. 61.

¹⁹⁹ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'état*, PUF, Paris, 1994, pp. 104f.

²⁰⁰ Bereits im berühmten Weimarer Streit zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt (bezüglich der Verfassungsgerichtsbarkeit) bewies Kelsen, dass sowohl Legislative als auch Judikative politisch, insofern voneinander nicht qualitativ, nur quantitativ unterschiedlich, seien; siehe Hans Kelsen, „*Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1930)*“, in ders., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*. Hg. und mit einer Einführung und Auswahlbibliographie vers. von Robert Chr. van Ooyen, Mohr, Tübingen, 2008, pp. 67ff.

²⁰¹ Der österreichische Verwaltungsjurist, Adolf Julius Merkl, dessen Werk in der deutschen Verwaltungslehre bedauerlicherweise wenig wahrgenommen und kaum rezipiert wurde (vgl. Horst Dreier, „*Merks Verwaltungslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts*“, in ders., *Kelsen im Kontext*, op. cit., pp.137, 147ff), bewies mit der Stufenbaulehre bereits ab den 1910er Jahren, dass die Rechtsanwendung immer auch rechtsschöpferisch sei, d.h. die Ablehnung des rechtsschöpferischen Charakters der Rechtsanwendung rührt vom Missverstehen des Prozesses der Rechtskonkretisierung her; vgl. Adolf Julius Merkl, „*Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes (1918)*“, in *Gesammelte Schriften*, op. cit., pp. 230ff; ders., „*Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus (1931)*“, in ebd., pp. 478ff.

Während sich Forsthoff auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtes den dynamischen Konzepten anschloss,²⁰² beharrte er sich als Verfassungsjurist ganz strikt auf einen formalistisch-positivistischen Rechtsstaatsbegriff.²⁰³ Der innovative Verwaltungsjurist Forsthoff erwies sich somit auf dem Gebiet der Verfassungsfragen als struktur-konservativ. Forsthoffs konservative Verfassungslehre richtete sich gegen ein pluralistisches Staatskonzept, in dem sich gesellschaftliche Interessen des Staates bemächtigen (*politische Einschränkung der staatlichen Souveränität*)²⁰⁴ bzw. die Verfassungsrichter*innen dem Staate juristisch getarnte, wertbestimmte Schranken auferlegen würden (*verfassungsrechtliche Einschränkung der staatlichen Souveränität*).²⁰⁵ Forsthoff wollte den Staat als eine übergesellschaftliche Autorität bewahren – gerade gegenüber den Interessen.

IV. 4. „Daseinsvorsorge“ und Ausnahmezustand: Soziale Stabilität oder neue, überstaatliche Herausforderungen?

In der Weimarer Zeit galt das staatsrechtliche Interesse – vor allem unter den konservativen Staatsrechtlern – den Fragen des Ausnahmezustandes. Der Staat wurde vom Ausnahmezustand her begriffen. Carl Schmitt brachte am schärfsten und prägnantesten diese Staatskonzeption auf den Begriff, indem er die Politik dem Staate vorausschickte,²⁰⁶ und die Souveränität als die Entscheidungsmöglichkeit über den Ausnahmezustand definierte.²⁰⁷ Die Stabilität wurde demnach als politische-dezisionistische Überwindung eines Ausnahmezustandes dargestellt.

In Zeiten der Stabilität ist aber das Vertrauen in den Staat gefestigt, was das Problem der Souveränität als obsolet erscheinen lässt.²⁰⁸ Für einen Dauerzustand und die künftigen Herausforderungen, denen die Gesellschaft ausgesetzt werden könnte, sei es aber Forsthoff zufolge unvorsichtig, die faktische Stabilität für immerwährend zu halten. Deswegen bedauerte er, dass „[d]ie Industriegesellschaft, welche heute die Mentalität bestimmt, weder willens, noch in der Lage [ist], Autorität hervorzubringen“.²⁰⁹ Die Stabilität sei nämlich nicht staatlich-autoritär, sondern „nur“ faktisch, d.h. infolge des wirtschaftlichen Wohlstandes, gesichert.²¹⁰ In diesem Sinne sei die staatliche Autorität der BRD nicht souverän, sondern „von der Industriegesellschaft entlehnt“.²¹¹ Forsthoff meinte aber, dass die

²⁰² Peter Häberle, „*Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk Ernst Forsthoff (1975)*“, in ders., *Kleine Schriften. Beiträge zur Staatsrechtlehre und Verfassungskultur*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 5.

²⁰³ Forsthoff, „*Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)*“, op. cit., pp. 182f.

²⁰⁴ Ders., „*Haben wir zuviel oder zuwenig Staat?*“, in ders., *Rechtsstaat im Wandel*, op. cit., pp. 74f.

²⁰⁵ Ders., „*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*“, pp. 54, 57f.

²⁰⁶ Schmitt, *Begriff des Politischen*, op. cit., p. 19.

²⁰⁷ Ders., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 13.

²⁰⁸ Ebd., p. 16.

²⁰⁹ Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, op. cit., p. 131.

²¹⁰ Ebd., pp. 54ff.

²¹¹ Ebd., p. 57.

Industriegesellschaft alleine nicht fähig sei, die neuen Bedürfnissen der Einzelnen zu befriedigen bzw. die Risiken abzuwenden:

„Es gilt zu erkennen, daß mit dem Fortschreiten der industriell-technischen Entwicklung die Gefährdungen des Einzelnen zunehmen müssen, und das im Weltmaßstab... [...] Dieses Verhängnis kann nur durch eine organisierte Instanz abgewendet werden, die stark genug ist, der industriellen Expansion notwendige Schranken zu setzen. Die Annahme, daß die Industriegesellschaft sich diese Schranken selbst auferlegen werde, ist mit den Funktionsgesetzen der Industriegesellschaft unvereinbar und deshalb utopisch.“²¹²

Die Legitimität der Industriegesellschaft hänge vom wirtschaftlichen Wohlstand – etwa von der Vollbeschäftigung – ab.²¹³ Sollte aber die wirtschaftlich bedingte Stabilität ins Wanken geraten, solle wiederum ein autoritärer Staat hervortreten, um die Stabilität, d.h. das Dasein mit repressiven Mitteln zu gewährleisten.²¹⁴

Forsthoff bemerkte die fehlende Autorität und Handlungsmacht der BRD nicht nur bezüglich der Innenpolitik und der Gesellschaft (IV. 1.), sondern auch angesichts neuer Herausforderungen wie der technischen Entwicklungen oder der Umweltprobleme, welchen auch ein autoritärer Staat alleine nicht mehr gewachsen wäre: „Es ist nicht übertrieben zu sagen, daß diese Lösungen nur für große regionale Einheiten, wenn nicht sogar im Weltmaßstab sinnvoll erreicht werden können.“²¹⁵

Forsthoff erkannte – ähnlich wie Schmitt bereits in der Weimarer Republik²¹⁶ – die historische Bedingtheit des Staates und dessen mögliche Unfähigkeit angesichts globaler Probleme wie etwa der Umwelt- oder Technologiefragen, weswegen die politische Organisation neuer Größen und Formen bedürfe.²¹⁷ Forsthoff nahm somit höchstaktuelle Fragen wie das internationale Umweltrecht oder die staatliche Steuerung, Regelung digitaler (technologischer) Vorgänge vorweg. Er bezweifelte, dass der Staat „als Ausdruck und Hüter einer konkreten politischen Ordnung außertechnischer Provenienz“²¹⁸ die Technologie, welche „notwendig indifferent gegenüber dem Humanen“²¹⁹ sei, erfassen und regeln kann. Wie er meinte: Die staatliche Reaktion auf die technologischen Herausforderungen der globalen Welt sei „die letzte Probe auf die Existenz des Staates im überkommenen

²¹² Ebd., p. 27.

²¹³ Richard Saage, „Rückkehr zum starken Staat? Zur Renaissance des Freund-Feind-Denkens in der Bundesrepublik“, in ders., *Rückkehr zum starken Staat? Studien über Konservatismus, Faschismus und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1983, p. 26.

²¹⁴ Als konservatives Plädoyer für einen *selbstbehauptenden Staat* siehe Otto Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2007.

²¹⁵ Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, op. cit., p. 168.

²¹⁶ Carl Schmitt, „*Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*“, in ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 383.

²¹⁷ In Bezug auf Schmitt siehe u.a. Péter Techet, „*Carl Schmitts »Großraumlehre« im Kontext des Nationalsozialismus*“, *Historia Constitucional*, 22, 2021, pp. 909ff.

²¹⁸ Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, op. cit., p. 42.

²¹⁹ Ebd., p. 45.

Sinne dieses Begriffs”.²²⁰ Dabei betonte er – wiederum im Widerspruch zur seinen Ablehnung der Sozialstaatlichkeit –, dass „Staat und Verfassung berufen [sind], dem assoziationschwachen Jedermann zu Hilfe zu kommen”.²²¹

Somit zeigte sich, wie das Forsthoffsche Konzept – trotz seiner autoritären Zielsetzung und Entstehungsgeschichte – progressiven Zwecken – wie der „Daseinsvorsorge“ in den 1930er Jahren, dann dem Umweltschutz und der Bewältigung der technologischen Gefahren in der Nachkriegszeit – dienen kann. Die Paradoxie der Forsthoffschen Verwaltungslehre bestand darin – wie die in diesem Aufsatz erörterten Etappen und Ziele des Begriffes zeigen –, dass die „Daseinsvorsorge“ aufgrund und *im Interesse eines autoritären Staatsverständnisses* sehr aktuelle Fragen aufwarf und dabei auch *progressive Ideen und Lösungen* hervorbrachte.²²²

Fecha de envío / Submission Date: 05/01/2022

Fecha de aceptación / Acceptance Date: 1/02/2022

²²⁰ Ebd., p. 122.

²²¹ Ebd., p. 121.

²²² Schütte, *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage*, op. cit., pp. 165f.