

Robert Chr. van Ooyen

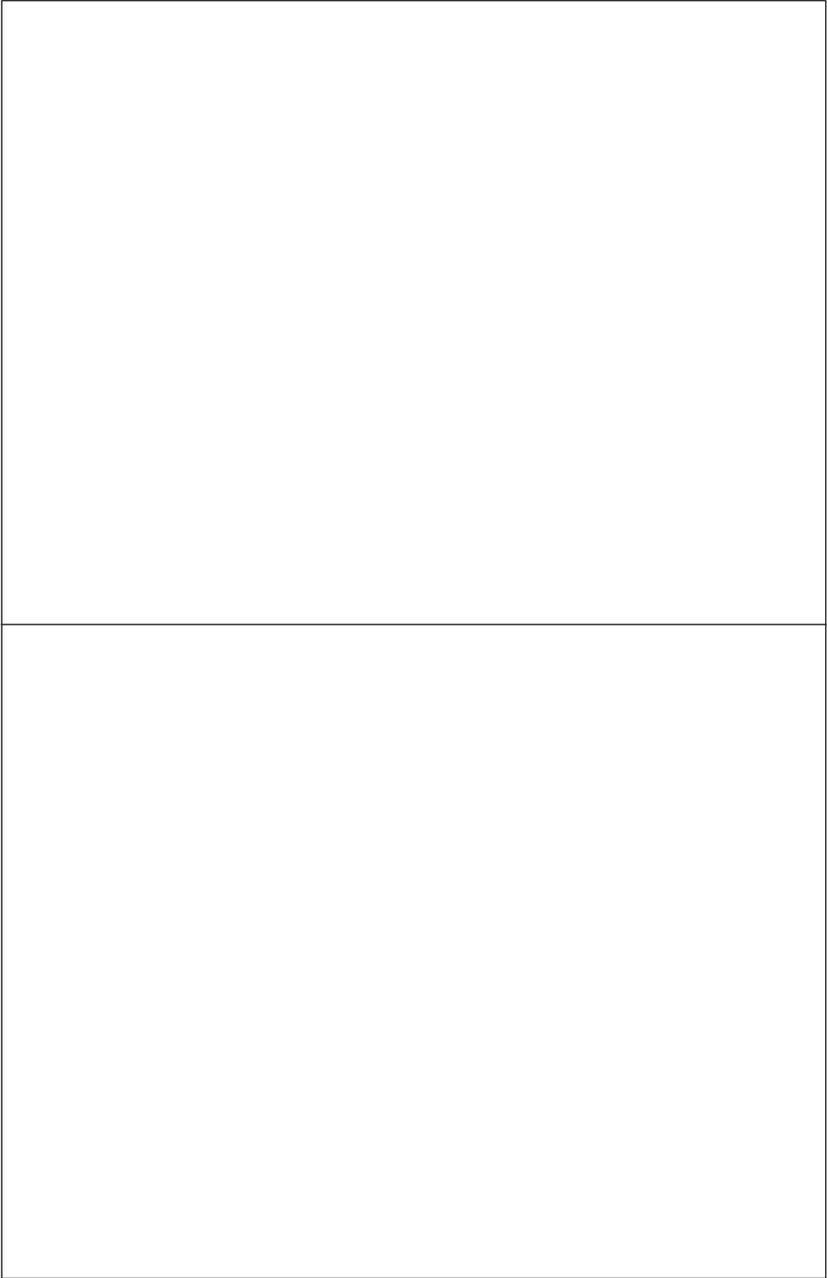
Öffentliche Sicherheit und Freiheit

Studien zu Staat und Polizei, offener Gesellschaft
und wehrhafter Demokratie

3. Auflage



Nomos



Robert Chr. van Ooyen

Öffentliche Sicherheit und Freiheit

Studien zu Staat und Polizei, offener Gesellschaft
und wehrhafter Demokratie

3., erweiterte Auflage



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7016-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-1078-7 (ePDF)

3. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort zur 3. Auflage

Gegenüber der Voraufgabe sind einige Aufsätze nicht mehr aufgenommen oder in ihrer Thematik vollständig neu bearbeitet worden (z. B. „Koptuch“ im Polizeidienst). Ein Beitrag dagegen, der nur in der 1. Auflage enthalten war („Demokratie und Polizei“), ist hier wieder abgedruckt. Denn er zeigt angesichts der laufenden Debatte um die Kontrolle der Polizei, wie alt die Forderung nach unabhängigen Kommissionen, Polizeibeauftragten oder Beschwerdestellen eigentlich ist. Sie wurde von Martin Möllers und mir in diesem gemeinsam verfassten Aufsatz schon im Jahr 2000 erhoben. Insgesamt 14 Beiträge sind hinzugefügt worden, sodass die 3. Auflage wiederum eine erheblich erweiterte ist. Dadurch hat sich die Gliederung ausdifferenziert (z. B. in Teil IV: „Migrationskrise“ sowie „Polizei und Fremde“), auch ganz neue Kapitel sind entstanden (Teil I und II) und ihre Reihung ist jetzt wie folgt:

- Sicherheit und Freiheit im „Ausnahmestand“
- Sicherheit und offene Gesellschaft
- Neue Sicherheit und „Freund-Feind-Recht“
- Sicherheit, Zuwanderung und Demokratie
- Terrorismus
- (Rechts-)Extremismus und Parteiverbote
- Europäisierung der Sicherheit
- Bundeswehreinsatz „out-of-area“ – und in polizeilichen Lagen
- Internationalisierung der Strafgerichtsbarkeit

Diese gesammelten Studien erstrecken sich über den Zeitraum der zurückliegenden 20 Jahre. Dabei ist die ursprüngliche Absicht beibehalten worden, die Analyse jeweils aktueller Staatspraxis mit Zugängen der Staats- und Politischen Theorie sowie der Ideengeschichte zu verbinden.

RvO, Berlin / Lübeck im August 2020

Aus dem Vorwort zur 2. Auflage

Die Aufsatzsammlung ist gegenüber der Voraufgabe erheblich erweitert worden. Da sich die Zahl der Beiträge ungefähr verdoppelt hat, wurde die frühere chronologische Reihung nach Erscheinungsjahr zugunsten einer systematischen Gliederung geändert.

Die neuen Beiträge beziehen sich zunächst im Wesentlichen auf: die (verfassungs-) politische Rolle des Bundesverfassungsgericht im Bereich innerer und äußerer Sicherheit einschließlich seines Kurswechsels durch „kalte“ Grundgesetzänderung bei der „Luftsicherheit“; die Entwicklungen bei BKA und Bundespolizei angesichts „neuer“ Sicherheit“; die aktuellen Formen internationaler Strafgerichtsbarkeit.

Ebenfalls neu ist ein Aufsatz über den Begriff der „Politischen Justiz“ bei Otto Kirchheimer, der die Ausführungen zum „Feindstrafrecht“ ideengeschichtlich ergänzt. In zwei Kurzbeiträgen beziehe ich Position zum Versagen der Sicherheitsbehörden beim NSU-Terrorismus und zum wieder aufgebrochenen Streit um das NPD-Verbot. Vereinzelt sind Beiträge ergänzt worden, etwa zum Thema „Bürgeropfer“ und „Grundrecht auf Sicherheit“.

Da ich mich einem liberal-demokratischen Verständnis von „Freiheit und Sicherheit“ verpflichtet fühle, war mir schließlich die weitere Aufnahme des Aufsatzes „Ausländerwahlrecht als Menschenrecht“ besonders wichtig: Meiner Meinung nach reproduziert die Integrationsdebatte selbst rechtsextremistisches Denken und die Diskussion um Zuwanderung weist darüber hinaus eine „Sicherheitsschlagseite“ auf, die dringendst der freiheitlichen Korrektur durch Partizipationsrechte bedarf.

RvO, Berlin / Lübeck im März 2013

Vorwort zur 1. Auflage

Die Öffentliche Sicherheit ist einem rasanten Veränderungsprozess unterzogen – und zwar nicht erst seit dem „11. September“. „Neue“ Phänomene wie „Internationalisierung“ und „Europäisierung“ von innerer Sicherheit und Strafrecht, Erosion der Trennung von innerer und äußerer Sicherheit, „Privatisierung“, „Sicherheitsstaat“, „Islamistischer Extremismus“ und Konzepte des „Freund-Feind-Rechts“ treten neben die bekannten Herausforderungen einer pluralistischen, demokratischen und offenen Gesellschaft. Die hier bearbeiteten Aspekte von Staat, Polizei, Recht und „wehrhafter Demokratie“ bilden keine Abhandlung im Sinne einer erschöpfenden Darstellung der damit aufgeworfenen Spannungsverhältnisse von Freiheit und Sicherheit. Als eine Sammlung von Beiträgen der Jahre 2000–2007 kann es sich vielmehr nur um ein „Patchwork“ handeln, das aktuelle Entwicklungen in einem weit gespannten Bogen anreißt. Dabei stehen politikwissenschaftliche und staatsrechtliche Fragestellungen im Vordergrund. Zugleich soll gezeigt werden, dass sich die Politikwissenschaft – in normativer wie in empirischer Hinsicht – verstärkt mit der Thematik „Öffentliche Sicherheit“ befassen muss und diese nicht weiter dem zumeist binnenjuristisch und / oder verwaltungsintern geprägten Diskurs überlassen darf.

Die Anordnung der Aufsätze erfolgt in chronologischer Folge ihres Erscheinens.

RvO, Berlin / Lübeck im Dezember 2006

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Sicherheit und Freiheit im „Ausnahmestand“

Weimarer Rückblick: Die „Diktaturgewalt“ des Reichspräsidenten, Carl Schmitt und die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“	23
1. Die Weimarer Präsidialmacht – Fehlkonstruktion?	24
2. Die Entgrenzung des Art. 48 durch die Staatspraxis	26
3. Die Entgrenzung des Art. 48 durch Schmitts Theorie der „präsidialen Diktatur“	27
4. Die staatstheoretische Kontroverse um den „Hüter“ der Verfassung (Kelsen / Schmitt)	29
5. Die Tradition des preußischen Etatismus	30
6. Kelsens „Hüter“ der pluralistischen Demokratie	31
7. Schmitts präsidialer „Hüter“ der politischen Einheit und Kelsens Replik	34
8. Der Staatsgerichtshof – kein „Hüter“: Schmitts und Kelsens Kritik am „Preußenschlag-Urteil“	38
„Schönwetterdemokratie“? Der Grundrechte-Shutdown im Corona-Notstand als Lackmustest des Grundgesetzes	45

Teil II: Sicherheit und offene Gesellschaft

Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts	55
1. Die doppelte rechtspolitische Bedeutung: Versammlungsrecht und Demokratieprinzip	55
2. „Brokdorf“ als entgrenzte Demokratisierung „von oben“	58
3. Demokratie ist „pluralistisch“: Hesse / Häberle und der „neue“ Smend	59

Inhaltsverzeichnis

4. Poppers „offene Gesellschaft“ und Kelsens pluralistische Demokratiethorie	63
5. Mit „Brokdorf“ zurück in die Zukunft	66
Community policing in Deutschland: Der Bürger zwischen Partizipation, Gemeinschaft und Instrumentalisierung	69
1. Landespolizei und „community policing“?	71
2. „Hilfspolizei“	72
a) Freiwilliger Polizeidienst	72
b) „ABM-Sheriffs“ und „Bürgerwehr“	73
3. Präventionsräte	78
4. Polizeibeiräte und der Sonderfall der Hamburger Polizeikommission	81
5. Professionelle Polizei und demokratische Partizipation – die Trennung von Vollzug und Bürgerbeteiligung	84
Demokratie und Polizei	87
1. Das Politikfeld Innere Sicherheit	87
2. Innere Sicherheit als Gemeinschaftsaufgabe der Europäischen Union	89
3. Innere Sicherheit im Politischen System der Bundesrepublik	89
a) Politikverflechtung und Exekutivföderalismus	90
b) Stärkung demokratischer Kontrolle	93
<i>Teil III: Neue Sicherheit und „Freund-Feind-Recht“</i>	
Die neue Sicherheit des erweiterten Sicherheitsbegriffs	99
1. Das Konzept erweiterter Sicherheit und die BAKS	99
2. Erweiterte Sicherheit nach 9/11	100
Bundeskriminalamt, Bundespolizei und „neue“ Sicherheit	103
1. Die Sonderpolizeien des Bundes	103
2. Neue Herausforderungen der „erweiterten“ Sicherheit	106
3. Steuerungsfunktion des Bundesministeriums des Innern	109

4. Personalentwicklung bei BKA und BPOL seit den 1990er Jahren	112
5. Entwicklungen bei BKA und BPOL seit 9/11	113
a) Erweiterungen von Vorfeldmaßnahmen	114
b) Ausbau der Vernetzung mit anderen Behörden	116
6. Ergebnis und Ausblick	117
„Freund-Feind-Recht“ und „Doppelstaat“? Anmerkungen zur Kontroverse um die Thesen des Strafrechtlers Günther Jakobs	119
Sicherheitsstaat – „Bürgeropfer“ – Grundrecht auf Sicherheit	127
Die dunkle Seite des Rechtsstaats: Otto Kirchheimers „Politische Justiz“ zwischen Freund-Feind, Klassenjustiz und Zivilisierung	131
1. Die Besonderheit der „Politischen Justiz“	131
2. Rechtspolitologie? Der Mythos vom unpolitischen Recht und Richter in der Rechts- und Politikwissenschaft	133
3. Weimarer Spuren in Kirchheimers „Politischer Justiz“	137
a) Erste Spur: die „Klassenjustiz“, insb. nach Ernst Fraenkel	139
b) Zweite Spur: die „liberale“ Schmitt-Rezeption – politische Justiz als „Freund-Feind“	143
c) Dritte Spur: der Kelsen-Weber-Positivismus – politische Justiz als zivilisiertes Verfahren	148
 <i>Teil IV: Sicherheit, Zuwanderung und Demokratie</i>	
Nicht „Integration“, sondern Partizipation: Das Ausländerwahlrecht als Menschenrecht einer liberalen Theorie des Staatsvolks	161
1. Integration und Ausländerfeindlichkeit	161
2. Bürgerschaft statt Staatsvolk	163
3. Demokratie ist nicht nationale Gleichheit, sondern gleiche politische Freiheit	165
Polizei und Fremde – zu einem (ver)störenden Thema	171
1. Empfehlungen der NSU-Untersuchungsausschüsse	171

Inhaltsverzeichnis

2. Racial Profiling?	172
3. Cop Culture	175
Das Kopftuch im Polizeidienst und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	183
1. Die Kopftuch I-Entscheidung (2003)	184
2. Die Kopftuch II-Entscheidung (2015)	187
3. Die Kopftuch III-Entscheidung (2020)	191
4. Schlussfolgerung für die Polizei	196
„Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem“? Wo Gutachter Di Fabio recht haben könnte – und wo nicht	199
1. Gesetzmäßigkeitsprinzip	201
2. „Bundestreue“?	204
3. Grenzkontrolle als Element „ewiger, souveräner Kern-Staatlichkeit“?	205
Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?	209
1. Politische Verfolgung – nicht staatliche Verfolgung	209
2. Politische ist staatliche Verfolgung: Die „Tamilen-Entscheidung“	210
3. Rezeption der Staatstheologie von Hegel und Hobbes	213
4. Staat als „ursprüngliche Herrschermacht“ bei Jellinek	217
5. Quasi-staatliche Verfolgung? Der „Afghanistan-Kammerbeschluss“	219
<i>Teil V: Terrorismus</i>	
Rechtsterrorismus des NSU und Etatismus als „blinder Fleck“ des Staatsschutzes	227
Sicherheitskultur und Behördenversagen: Die Empfehlungen des NSU-Ausschusses des Bundestags für eine „Kulturrevolution“ bei Verfassungsschutz und Polizei	231
1. Einsetzung und Untersuchungsauftrag	231

2. BKA-Papier und Aktenvernichtung „Operation-Rennsteig“	232
3. Einhelliges Ergebnis: Umfassendes Versagen der Sicherheitsbehörden	233
4. Versäumnisse politischer Kultur: Gleichgültigkeit seit den 1990er Jahren und Ausländerstereotype	234
5. Zentrale Empfehlung für den Verfassungsschutz: Neue Sicherheitskultur	236
6. Zentrale Empfehlung für die Polizei: Neue Sicherheitskultur	237
Moderner Terrorismus und politische Religion: Zur Rezeption westlicher Ideologien im „Islamismus“	243
1. Terrorismus, Totalitarismus und Moderne	244
2. Islamistischer Terrorismus und der Geist der Moderne	247
<i>Teil VI: (Rechts-)Extremismus und Parteiverbote</i>	
„Vereinsverbote“ gegen „Scheinparteien?“	257
1. „Wehrhafte Demokratie“	257
2. „Kaltes Parteiverbot“ und der Begriff der „Scheinpartei“	259
Kein zweites Verbotverfahren gegen die NPD – Streichung der staatlichen Parteienfinanzierung als „flexible Response“	267
Rechtspolitik durch verfassungsgerichtliche Maßstabsverschiebung: Die „neue“ Definition der fdGO im NPD II-Urteil	273
Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit und Integration	279
20 Jahre „Jahrbuch Extremismus & Demokratie“	287
1. Ursprünglich „unzeitgemäß“ – heute Standardwerk	287
2. Inhaltliche Struktur und aktuelle Bände	289

Inhaltsverzeichnis

Teil VII: Europäisierung der Sicherheit

Europäisierung von Grenzpolitik und Terrorismusbekämpfung	295
Europol und Frontex – Supranationalisierung des Politikfelds?	303
(K)ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?	307
1. Hintergrund und Position des Beschwerdeführers	307
2. Position der Bundesregierung	310
3. Begründung des BVerfG	313
a) Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip, da keine „Entstaatlichung“	313
b) Rahmenbeschlüsse der EU – bloß Völkerrecht	317
Europäischer Staaten- und Verfassungsverbund?	321
1. Einleitung	321
2. Das Maastrichter „Entstaatlichungsverbot“ in der EU-Haftbefehl I-Entscheidung (2005)	322
3. Etatistischer Theorie-Überschuss in der EU-Haftbefehl II-Entscheidung (2015)	324
4. Eine pragmatische „Voßkuhle-Linie“ im Zweiten Senat?	325
5. Exkurs: Die verfassungspolitische „Deutungsmacht“ der Berichterstatter/innen	327
6. „Staats- und Verfassungsverbund“ als Kompromiss in der EU-Haftbefehl II-Entscheidung	329

Teil VIII: Bundeswehreinsatz „out-of-area“ – und in polizeilichen Lagen

Die neue Welt des Krieges und das Recht: Out of Area-Einsätze der Bundeswehr im verfassungsfreien Raum	333
1. Krieg und Frieden	333
a) Krieg als zwischenstaatlicher Konflikt im Völkerrecht	333
b) Verpflichtung zum Frieden im Grundgesetz	335
2. „Humanitäre Intervention“ und „Out of Area-Urteil“	337

3. „Not kennt kein Gebot“?	342
a) „Tirana-Einsatz“ zur Evakuierung von Staatsbürgern	342
b) Kampfeinsatz im „Kosovo-Krieg“	344
4. Einsatz der Bundeswehr gegen den internationalen Terrorismus?	347
5. Zusammenfassende Bewertung	350
Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz	353
1. Rückblick: die politische Grundentscheidung – der „Parlamentsvorbehalt“ (1994) und die Entscheidung zum NATO-Doppelbeschluss (1984)	355
2. Tirana-Einsatz (1997) und Kosovo-Konflikt (1999)	360
3. Die Entscheidung zum NATO-Strategiekonzept (2001)	362
a) Erweiterte Sicherheit als Domäne der Regierung	362
b) Politisch-theoretischer Fixpunkt: die „föderative Gewalt“ von John Locke	364
c) Nationales Interesse als „Friedenssicherung“?	366
4. Entscheidung zum Tornado-Einsatz Afghanistan (2007)	367
5. Entscheidung zum AWACS-Einsatz Türkei (2008)	369
Das Bundesverfassungsgericht im Politikfeld Innere Sicherheit	373
1. Grundpositionen in der aktuellen Sicherheitsdebatte	373
2. Von „Schleyer“ zu „Luftsicherheit“	376
„Kalte“ Verfassungsänderung – die Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Luftsicherheit	381
1. Streit zwischen den Senaten	382
2. Die Plenarentscheidung	384
Die EU – (k)ein System kollektiver Sicherheit? Das Bundesverfassungsgericht und die Problematik des „unilateralen“ Anti-IS-Einsatzes (Syrien/Irak)	389
1. Kontinuitäten in der Rechtsprechung zur Außen-, Sicherheits- und Europapolitik	389
2. Die Problematik des Anti-IS-Einsatzes	391

Inhaltsverzeichnis

3. Die Entscheidung zur unilateralen Rettungsoperation „Pegasus“	393
4. Argumente der Fraktion Die Linke	396
5. Lissabon-Entscheidung: die EU – kein System kollektiver Sicherheit	397
6. Anti-IS-Einsatz-Entscheidung: die EU – doch ein System kollektiver Sicherheit	399

Teil IX: Internationalisierung der Strafgerichtsbarkeit

Politische Bedingungen einer effektiven internationalen Strafgerichtsbarkeit	405
1. Interalliierte Gerichte	405
2. Ad-hoc-Tribunale der UN	406
3. Internationalisierte („gemischte“) Gerichte	407
4. Internationaler Strafgerichtshof, UN-Sicherheitsrat und die USA	409
5. Paradigmenwechsel von Völkerrecht und staatlicher Souveränität	413
6. Schlussfolgerung	415
„Politische Justiz“? Die Kritik afrikanischer Staaten am IStGH und die „Nichtanwendung“ des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs	417
1. Jede Justiz ist „politisch“ – Formen politischer Justiz	417
a) Aus Sicht der Rechtswissenschaft: weisungsabhängige Rechtsbeugung	417
b) Aus Sicht der Rechtspolitik	418
aa) „Rationales“ Verfahren des Rechtsstaats bei politischen Strafgesetzen	418
bb) Politische/soziologische Bedingungsfaktoren von Justiz und Richtern/-innen	419
c) Transitionale Justiz	420
2. „Idealismus“ vs. „Realismus“	420
3. Die Kritik afrikanischer Staaten	421

4. Der IStGH ist genauso politisch wie „Nürnberg“ oder „Ruanda“	422
5. Die „Nichtanwendung“ des VStGB	423
6. Der Mythos von der deutschen „Völkerrechtsfreundlichkeit“	425
7. Die „defensive“ Strategie der Bundesanwaltschaft	426
8. Reform: „Entpolitisierung“ der Justiz durch offene „Politisierung“	427

