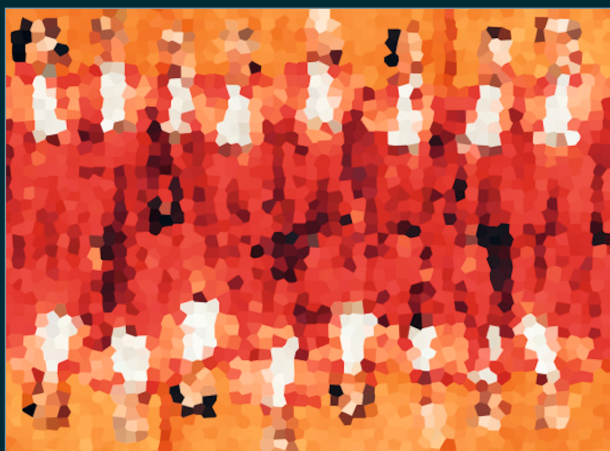


Robert Chr. van Ooyen | Martin H. W. Möllers

# „Der Staat ist von Verfassungen wegen nicht gehindert ...“

National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts

## STAATSVERSTÄNDNISSE



Nomos



Wissenschaftlicher Beirat:

Klaus von Beyme, Heidelberg

Horst Bredekamp, Berlin

Norbert Campagna, Luxemburg

Herfried Münkler, Berlin

Henning Ottmann, München

Walter Pauly, Jena

Wolfram Pyta, Stuttgart

Volker Reinhardt, Fribourg

Tine Stein, Göttingen

Kazuhiro Takii, Kyoto

Pedro Hermilio Villas Bôas Castelo Branco, Rio de Janeiro

Loïc Wacquant, Berkeley

Barbara Zehnpfennig, Passau

## **Staatsverständnisse | Understanding the State**

herausgegeben von

Rüdiger Voigt

Band 153

Robert Chr. van Ooyen  
Martin H. W. Möllers

# „Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert ...“

National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis  
des Bundesverfassungsgerichts



**Nomos**

© Titelbild: „Die zwei Senate“ (Martin H. W. Möllers).

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

ISBN 978-3-8487-8309-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2699-3 (ePDF)



Onlineversion  
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. 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.

## Editorial

Das Staatsverständnis hat sich im Laufe der Jahrhunderte immer wieder grundlegend gewandelt. Wir sind Zeugen einer Entwicklung, an deren Ende die Auflösung der uns bekannten Form des territorial definierten Nationalstaates zu stehen scheint. Denn die Globalisierung führt nicht nur zu ökonomischen und technischen Veränderungen, sondern sie hat vor allem auch Auswirkungen auf die Staatlichkeit. Ob die „Entgrenzung der Staatenwelt“ jemals zu einem Weltstaat führen wird, ist allerdings zweifelhaft. Umso interessanter sind die Theorien früherer und heutiger Staatsdenker, deren Modelle und Theorien, aber auch Utopien, uns Einblick in den Prozess der Entstehung und des Wandels von Staatsverständnissen geben.

Auf die Staatsideen von Platon und Aristoteles, auf denen alle Überlegungen über den Staat basieren, wird unter dem Leitthema „Wiederaneignung der Klassiker“ immer wieder zurückzukommen sein. Der Schwerpunkt der in der Reihe *Staatsverständnisse* veröffentlichten Arbeiten liegt allerdings auf den neuzeitlichen Ideen vom Staat. Dieses Spektrum reicht von dem Altmeister *Niccolò Machiavelli*, der wie kein Anderer den engen Zusammenhang zwischen Staatstheorie und Staatspraxis verkörpert, über *Thomas Hobbes*, den Vater des Leviathan, bis hin zu *Karl Marx*, den sicher einflussreichsten Staatsdenker der Neuzeit, und schließlich zu den zeitgenössischen Staatstheoretikern.

Nicht nur die Verfälschung der Marxschen Ideen zu einer marxistischen Ideologie, die einen repressiven Staatsapparat rechtfertigen sollte, macht deutlich, dass Theorie und Praxis des Staates nicht auf Dauer voneinander zu trennen sind. Auch die Verstrickung Carl Schmitts in die nationalsozialistischen Machenschaften, die heute sein Bild als führender Staatsdenker seiner Epoche trüben, weisen in diese Richtung. Auf eine Analyse moderner Staatspraxis kann daher in diesem Zusammenhang nicht verzichtet werden.

Was ergibt sich daraus für ein zeitgemäßes Verständnis des Staates im Sinne einer modernen Staatswissenschaft? Die Reihe *Staatsverständnisse* richtet sich mit dieser Fragestellung nicht nur an (politische) Philosophen und Philosophinnen, sondern auch an Geistes- und Sozialwissenschaftler bzw. -wissenschaftlerinnen. In den Beiträgen wird daher zum einen der Anschluss an den allgemeinen Diskurs hergestellt, zum anderen werden die wissenschaftlichen Erkenntnisse in klarer und aussagekräftiger Sprache – mit dem Mut zur Pointierung – vorgetragen. Auf diese Weise wird der Leser/die Leserin direkt mit dem Problem konfrontiert, den Staat zu verstehen.

*Prof. Dr. Rüdiger Voigt*

## Editorial – Understanding the State

Throughout the course of history, our understanding of the state has fundamentally changed time and again. It appears as though we are witnessing a development which will culminate in the dissolution of the territorially defined nation state as we know it, for globalisation is not only leading to changes in the economy and technology, but also, and above all, affects statehood. It is doubtful, however, whether the erosion of borders worldwide will lead to a global state, but what is perhaps of greater interest are the ideas of state theorists, whose models, theories and utopias offer us an insight into how different understandings of the state have emerged and changed, processes which neither began with globalisation, nor will end with it.

When researchers concentrate on reappropriating traditional ideas about the state, it is inevitable that they will continuously return to those of Plato and Aristotle, upon which all reflections on the state are based. However, the works published in this series focus on more contemporary ideas about the state, whose spectrum ranges from those of the doyen *Niccolò Machiavelli*, who embodies the close connection between the theory and practice of the state more than any other thinker, to those of *Thomas Hobbes*, the creator of *Leviathan*, those of *Karl Marx*, who is without doubt the most influential modern state theorist, those of the Weimar state theorists *Carl Schmitt*, *Hans Kelsen* and *Hermann Heller*, and finally to those of contemporary theorists.

Not only does the corruption of Marx's ideas into a Marxist ideology intended to justify a repressive state underline the fact that state theory and practice cannot be permanently regarded as two separate entities, but so does Carl Schmitt's involvement in the manipulation conducted by the National Socialists, which today tarnishes his image as the leading state theorist of his era. Therefore, we cannot forego analysing modern state practice.

How does all this enable modern political science to develop a contemporary understanding of the state? This series of publications does not only address this question to (political) philosophers, but also, and above all, students of humanities and social sciences. The works it contains therefore acquaint the reader with the general debate, on the one hand, and present their research findings clearly and informatively, not to mention incisively and bluntly, on the other. In this way, the reader is ushered directly into the problem of understanding the state.

*Prof. Dr. Rüdiger Voigt*

## Inhaltsverzeichnis

### **Einführung**

*Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers*

Das ‚Staatsverständnis‘ des Bundesverfassungsgerichts und das ‚Deutsche‘  
in der Staats(rechts)lehre 13

### **Staats- und Demokratietheorie: Zwischen politischer Theologie, ‚Volksdemokratie‘ und Pluralismustheorie**

*Robert Chr. van Ooyen*

Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner  
Richterschaft: National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde,  
Kirchhof, Herzog und Di Fabio 23

*Robert Chr. van Ooyen*

Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des  
Bundesverfassungsgerichts: Das Pluralismuskonzept des Ersten Senats  
(Kelsen und Popper, Hesse und Häberle) als Alternative zum  
Legitimationsketten-Modell (Schmitt und Böckenförde) 55

*Robert Chr. van Ooyen*

Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?  
Hegels und Hobbes’ Begriff des Politischen in den Asylentscheidungen  
des Bundesverfassungsgerichts 67

*Robert Chr. van Ooyen*

Die ‚Kopftuch-Entscheidung(en)‘ des Bundesverfassungsgerichts zwischen  
Pluralismustheorie (Kelsen/Fraenkel) und Staatstheologie (Hegel/Schmitt) 81

*Robert Chr. van Ooyen*

Die Exekutivlastigkeit im Föderalismusverständnis des Bundesverfassungsgerichts 107



## **Grundrechteverständnis und Innere Sicherheit: Zwischen Liberalismus und Etatismus**

*Martin H. W. Möllers*

Der durch Zeitgeist und Staatsräson bedingte Wandel von  
Menschenwürde und Bürgerfreiheit nach 70 Jahren Grundgesetz 119

*Martin H. W. Möllers*

Abkehr vom liberalen Brokdorf-Beschluss bei der Polizeikessel-Entscheidung  
des Bundesverfassungsgerichts? 141

*Martin H. W. Möllers*

Staatsräsonistische ‚Freifahrt‘ nach der ‚Schutzpflichtenlehre‘ für verdeckte  
Vorfeldermittlungen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz 153

*Martin H. W. Möllers*

Die Umsetzung des neuen Gefahrenbegriffs ‚drohende Gefahr‘ im Bayerischen  
Polizeiufgabengesetz nach dem Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz 165

*Martin H. W. Möllers*

Neue Beschränkungen der Übermittlungs- und Abrufregelungen  
für Bestandsdaten durch das Bundesverfassungsgericht 171

*Maximilian Chr. M. Möllers/Martin H. W. Möllers*

Exkurs:  
Das Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB  
und der Grundrechtsschutz zum selbstbestimmten Tod –  
Distanzierung von der Schutzpflichtenlehre? 183

## **Europäische Integration: Die ‚Trinitätslehre‘ von Staat – Souveränität – Volk**

*Robert Chr. van Ooyen*

Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft:  
Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft  
Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft 199

*Robert Chr. van Ooyen*

Eine ‚europafeindliche‘ Kontinuität: Zum Politikverständnis  
der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 213

### **Außenpolitik: Regierungsdomäne und liberaler Grundrechtsschutz**

*Robert Chr. van Ooyen*

Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz:  
John Locke’s ‚föderative Gewalt‘ im Staatsverständnis  
des Bundesverfassungsgerichts 233

*Martin H. W. Möllers*

Weltweiter Grundrechtsschutz nach dem deutschen Grundgesetz?  
Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte im Ausland 251

### **Notstandsverfassung: Kein ‚Ausnahmestand‘, aber im Zweifel auch nicht für Freiheit und demokratisches Verfahren**

*Robert Chr. van Ooyen*

‚Kalte‘ Verfassungsänderung: Die Plenarentscheidung  
des Bundesverfassungsgerichts zur Luftsicherheit 265

*Martin H. W. Möllers*

Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus-Pandemie und  
der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Entscheidungen des  
Bundesverfassungsgerichts – mehr Etatismus oder Liberalismus? 271

Abkürzungen 297

Textnachweise 299

Autoren 301

