

# “*Judicial Review*” im englischen Sicherheitsrecht: Von der Rationalitäts- zur Verhältnismäßigkeitskontrolle

Maximilian J. Alter\*

Abstract	847
I. Einleitung	848
II. Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln im englischen Recht	849
III. Die Bestimmung exekutiver Spielräume	851
1. Die <i>Doctrine of Deference</i>	851
2. Die Faktorenlösung	853
a) Legitimation	853
b) Institutionelle Kapazität	855
c) Die Konsequenz der Faktorenlösung	857
IV. Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen im Sicherheitsrecht	858
1. <i>Wednesbury</i> und <i>GCHQ</i>	858
2. <i>Brind</i>	859
3. <i>Chahal</i> und <i>Smith</i>	860
4. <i>A</i> und <i>Daly</i>	862
5. Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Tribunale	865
V. Gründe der Entwicklung	866
VI. Fazit	867

## Abstract

“Das englische Sicherheitsrecht hat in der jüngeren Vergangenheit erhebliche Änderungen erfahren. Diese betreffen insbesondere die Maßstäbe für die gerichtliche Überprüfbarkeit exekutiver Ermessens- und Beurteilungsentscheidungen. Während die Gerichte den Sicherheitsbehörden in der Vergangenheit mit Rücksicht auf die besondere politische Brisanz von Entscheidungen auf dem Gebiet der inneren Sicherheit weitreichende Spielräume zugestanden, die mitunter an eine fast vollständige Rechtsschutzversagung grenzten, hat insbesondere die Inkorporierung der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) in das nationale Recht durch den Human Rights Act 1998 eine Anhebung der Prüfungsmaßstäbe nahegelegt. Dies gilt sowohl für die Bestimmung, ob Spielräume im Einzelfall überhaupt bestehen, als auch für die Frage nach deren

---

\* Mag. *iur.* (Oxford). Der Verfasser ist Akademischer Mitarbeiter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Grenzen. Aus der Rechtsprechung der vergangenen 20 Jahre ergibt sich, dass Ermessens- und Beurteilungsspielräume in Zukunft vor allem aus einem Abgleich von Legitimation und institutionellen Kapazitäten von Verwaltung und Gerichten im Einzelfall erfolgen wird. Die Grenzen der Spielräume ergeben sich dann insbesondere aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der vorliegende Beitrag zeichnet diese Entwicklung nach und erläutert die wichtigsten Gründe hierfür.”

## I. Einleitung

“[D]ie Frage, ob etwas ‘im Interesse’ der inneren Sicherheit ist, ist keine Frage des Rechts. Sie ist eine Angelegenheit politischer Beurteilung. Nach der Verfassung des Vereinigten Königreichs und der meisten anderen Länder sind Entscheidungen, ob etwas im Interesse der inneren Sicherheit liegt oder nicht, kein Gegenstand gerichtlicher Entscheidung. Sie sind der Exekutive überantwortet.”<sup>1</sup>

Diese Einschätzung *Lord Hoffmanns*<sup>2</sup> in *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* wird für viele kontinentaleuropäische Juristen befremdlich wirken, scheint sie doch die Exekutive gerade im regelmäßig grundrechtsrelevanten Gebiet des Sicherheitsrechts weitgehend von gerichtlicher Überprüfung freizustellen. Derartig pauschale Rechtsschutzrücknahmen sind im deutschen Recht vor dem Hintergrund des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gegen alle denkbaren staatlichen Eingriffe aus Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) kaum denkbar. Die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Forderung nach einer grundsätzlichen gerichtlichen Überprüfbarkeit hoheitlicher Entscheidungen, die mit einem Eingriff in Grund- und Menschenrechte des Betroffenen verbunden sind, ist vielmehr zu einem unumstößlichen Element des deutschen öffentlichen Rechts geworden. Dies ist vielleicht nur vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen mit autoritären Regierungsformen zu verstehen: Seine spezifische Ausprägung erhielt das Rechtsstaatsprinzip als Korrektiv zur autoritären Staatsmacht des

---

<sup>1</sup> *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153, (192, *Lord Hoffmann*): “[T]he question of whether something is ‘in the interest’ of national security is not a question of law. It is a matter of judgment and policy. Under the constitution of the United Kingdom and most other countries, decisions as to whether something is or is not in the interests of national security are not a matter for judicial decision. They are entrusted to the executive.”

<sup>2</sup> *Lord Hoffmann* war bis 2009 Richter am britischen *House of Lords*.

wilhelminischen Reiches.<sup>3</sup> Der mit dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus folgende weitreichende Vertrauensverlust in die politischen Staatsorgane legte eine weitere Stärkung dieses Gedankens nahe.<sup>4</sup>

Demgegenüber wurde die Tradition des englischen Rechts nicht durch Erfahrungen mit der keiner Kontrolle unterliegenden Exekutive totalitärer Systeme gebrochen. In dieser Tradition besitzt die Exekutive, deren Spitzen indirekt über die Parlamentswahlen legitimiert werden, gegenüber den nicht gewählten Gerichten einen grundsätzlichen Vertrauensvorschuss in Bezug auf politische Fragen aller Art.<sup>5</sup> Symptomatisch ist eine Passage aus *R. v. Governor of Wormwood Scrubs Prison, ex p. Foy* aus dem Jahr 1920, in der *Lord Reading* vortrug, es sei stets davon auszugehen, dass die Exekutive ehrlich handelt und ihre Befugnisse vernünftig einsetzt.<sup>6</sup> Eine “Einmischung” der Gerichte in politische Angelegenheiten wird als Verstoß gegen die Gewaltenteilung empfunden, ein Verfassungsprinzip, dem in der ungeschriebenen Verfassung des Vereinigten Königreichs ein erheblich größeres Gewicht zukommt als im Grundgesetz.<sup>7</sup>

## II. Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln im englischen Recht

Dass Verwaltungshandeln im englischen Recht überhaupt zum Gegenstand gerichtlicher Kontrolle gemacht werden kann, ist zunächst keine Selbstverständlichkeit. Bis zur Einrichtung gesonderter und fachlich spezialisierter Tribunale, die erstinstanzlich über Klagen gegen Verwaltungshandeln entscheiden,<sup>8</sup> konnten hoheitliche Eingriffe in individuelle Rechte al-

<sup>3</sup> B. Grzeszick, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, (Stand: 72. EL 07/2014), Art. 20 Rn. 3 f. m. w. N.

<sup>4</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 16 m. w. N.

<sup>5</sup> Für das Sicherheitsrecht *The Zamora*, [1916] 2 AC 77 (PC) 107, *Lord Parker*; *McEldowney v. Forde*, [1971] AC 632 (UKHL) 649, *Lord Guest*; *Secretary of State for the Home Department* (Anm. 1) (174, *Lord Slynn*, 192, 195, *Lord Hoffmann*).

<sup>6</sup> *R. v. Governor of Wormwood Scrubs Prison, ex p. Foy*, [1920] 2 KB 305, (311, *Lord Reading*): “It is of course always to be assumed that the executive will act honestly and that its powers will be reasonably exercised.”

<sup>7</sup> E. Giussani, *Constitutional and Administrative Law*, 2008, Rn. 16-002; *Secretary of State for the Home Department* (Anm. 1) (192, *Lord Hoffmann*).

<sup>8</sup> Vgl. die ausführliche Beschreibung bei P. Craig, *Administrative Law*, 7. Aufl. 2012, Rn. 9-003.

lein vor den ordentlichen Gerichten angegriffen werden.<sup>9</sup> Diese jedoch verfügten und verfügen noch heute über erhebliche Spielräume bei der Gewährung von Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln.<sup>10</sup>

Unter welchen Voraussetzungen gegen Verwaltungshandeln Rechtsschutz ersucht werden kann, richtet sich regelmäßig nach den historisch gewachsenen allgemeinen Verfahrensregeln im Rahmen des *judicial review*, den sog. *heads of review*. Dabei handelt es sich um eine grundsätzlich auf Rechtsfragen beschränkte gerichtliche Überprüfung, insofern vergleichbar mit der deutschen Revision, während im *appeal* auch Sachverhaltsfragen zur Klärung stehen.<sup>11</sup> In der Praxis beschränken die meisten Verwaltungsgesetze die gerichtliche Überprüfbarkeit einer Verwaltungsentscheidung auf das Verfahren des *judicial review*.

Auslöser eines gerichtlichen Verfahrens kann zunächst eine Verletzung bedeutender Verfahrensgrundsätze sein. So besteht ein aus dem allgemeinen Fairnessgedanken des *Common law* abgeleitetes Recht des Betroffenen auf eine vorherige Anhörung durch den Entscheidungsträger.<sup>12</sup> Darüber hinaus bestehen gerichtlich überprüfbare Ausschlussregeln für den Fall einer Befangenheit des Entscheidungsträgers.<sup>13</sup> Mit Blick auf die Einhaltung der materiell-rechtlichen gesetzlichen Vorgaben existieren daneben drei allgemeine Klagegründe: Die Überprüfung von Rechtsfragen (*review of law*), die Überprüfung von Sachverhaltsfragen (*review of fact*) und die Überprüfung von Ermessens- bzw. Beurteilungsfragen (*review of discretion*).

Die beiden erstgenannten Kategorien bereiten, auch auf dem Gebiet des Sicherheitsrechts, keine wesentlichen Probleme. Bereits in seiner berühmten *Anisminic*-Entscheidung aus dem Jahr 1968 hatte das *House of Lords* entschieden, dass die Gerichte auch im Rahmen des *judicial review* eine vollumfängliche Überprüfungskompetenz hinsichtlich der Rechtsauslegung durch die Verwaltung besitzen.<sup>14</sup> Ferner entschied der *Court of Appeal* im Jahr 2004 in *E v. Secretary of State for the Home Department*, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Sachverhaltsfragen im Wege des *judicial review* überprüft werden können.<sup>15</sup> Problematisch bleibt indes die letztge-

<sup>9</sup> Außerhalb des Tribunalsystems besteht bis heute in Großbritannien keine eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit.

<sup>10</sup> T. Endicott, *Administrative Law*, 2. Aufl. 2011, 358.

<sup>11</sup> T. v. Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 43.

<sup>12</sup> Grundlegend *Ridge v. Baldwin*, [1964] AC 40 (UKHL) 64 ff., 81, Lord Reid.

<sup>13</sup> *Porter v. Magill*, [2001] UKHL 67, [2002] 2 AC 357, (494, Lord Hope).

<sup>14</sup> *Anisminic v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 AC 147 (UKHL) 173 ff., Lord Reid.

<sup>15</sup> *E v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 49, [2004] QB 1044 (1071, Carnwath LJ).

nannte Variante des *judicial review*, die Überprüfung von Ermessens- und Beurteilungsfragen. Die hierbei bestehenden Schwierigkeiten liegen im Wesentlichen in der Bestimmung der Spielräume, die der Exekutive auf dem Gebiet des Sicherheitsrechts zukommen sollen, sowie in der Frage, welcher Überprüfungsstandard Anwendung findet.

### III. Die Bestimmung exekutiver Spielräume

Das deutsche öffentliche Recht signalisiert dem Rechtsanwender in der Regel anhand bestimmter Schlüsselbegriffe, etwa durch die Verwendung des Wortes “kann”, dass der Verwaltung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Rechtsfolgeermessen zukommt.<sup>16</sup> Schwieriger erkennbar, aber auch weitaus seltener, kommen Beurteilungsspielräume der Verwaltung vor, bei denen die gerichtliche Kontrolle auch auf Tatbestandsseite eingeschränkt wird.<sup>17</sup>

Eine vergleichbare Differenzierung wird im englischen Verwaltungsrecht nicht vorgenommen. Sowohl Spielräume der Verwaltung auf Rechtsfolgen- sowie auch auf Tatbestandsseite fallen einheitlich unter den Begriff *discretion*.<sup>18</sup> Signalwörter oder andere im Gesetzestext enthaltene Anhaltspunkte finden keine systematische Verwendung und können zur Bestimmung von Spielräumen daher nicht herangezogen werden.

#### 1. Die *Doctrine of Deference*

Bis vor vergleichsweise kurzer Zeit bestimmten die Gerichte daher, in Ermangelung geeigneter sonstiger Anhaltspunkte im Gesetz, Spielräume der Verwaltung vor allem mit Blick auf das jeweils einschlägige Rechtsgebiet. In Sachgebieten, für die anerkannt war, dass sie zu einem erheblichen Grad von politischen Abwägungsentscheidungen durchzogen sind, ließen die Gerichte der Exekutive größere Freiräume als in Rechtsbereichen, die als klassisch juristische Sachgebiete angesehen wurden. Diese Vorgehensweise folgt der

---

<sup>16</sup> Statt aller *H. Maurer*, Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 9.

<sup>17</sup> Hierzu BVerfGE 84, 34 (52 ff.); BVerfG, Beschluss v. 8.12.2011 – 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 (694 ff.); BVerwG, Urt. V. 24.4.1959 – BVerwG VII C 104/58 (Münster), NJW 1959, 1842 (1843); BVerwG, Urt. V. 16.5.2007 – 3 C 8/06 (OVG Koblenz), NJW 2007, 2790 (2792 f.).

<sup>18</sup> *P. Craig* (Anm. 8), Rn. 18-001; *T. Endicott* (Anm. 10), 234 ff.

*doctrine of deference*, d. h. dem Prinzip des Nachgebens gegenüber dem ursprünglichen Entscheidungsträger.<sup>19</sup>

Das Gebiet des Sicherheitsrechts zählte dabei seit langem zu den Rechtsbereichen, die als besonders politisch galten und daher sehr weitreichende Spielräume der Exekutive zuließen und sogar verlangten. So erklärte *Lord Parker* 1915 im Urteil des *Privy Council* in *The Zamora*:

“Jene, die für die nationale Sicherheit verantwortlich sind, müssen die alleinigen Richter darüber sein, was die nationale Sicherheit gebietet. Es wäre offensichtlich nicht wünschenswert, dass solche Angelegenheiten einer gerichtlichen Untersuchung unterzogen oder anderweitig öffentlich diskutiert werden.”<sup>20</sup>

Das galt selbst in Fällen massiver Beeinträchtigung individueller Rechte. So beschloss die britische Regierung etwa während des Zweiten Weltkrieges, Personen zu internieren, bei denen bestimmte Merkmale, etwa eine entsprechende Staatsangehörigkeit oder auch die politische Gesinnung, auf Verbindungen zum Kriegsgegner schließen ließen.<sup>21</sup> In der Entscheidung des *House of Lords* in *Liversidge v. Anderson* erklärte *Lord Maugham* diesbezüglich indes:

“Nach meinem Verständnis ist dies so eindeutig eine Angelegenheit exekutiver Spielräume und sonst nichts, dass ich nicht glauben kann, dass jene, die für die Anordnung verantwortlich waren, auch nur einen Moment daran gedacht haben, dass die Anweisung des Ministers einer Diskussion, Kritik und Kontrolle eines Richters in einem Gericht unterzogen werden könnte.”<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *A. Irvine*, *The Impact of the Human Rights Act*, P.L. 26 (2003), 308 (314, 316); *J. Steyn*, *Deference: A Tangled Story*, P.L. 28 (2005), 346 (349).

<sup>20</sup> *The Zamora* (Anm. 5) 107, *Lord Parker*: “Those who are responsible for national security must be the sole judges of what the national security requires. It would be obviously undesirable that such matters should be made the subject of evidence in a court of law or otherwise discussed in public.” Ähnlich: *R. v. Halliday*, [1917] AC 260 (UKHL) 260, 288, *Lord Shaw*.

<sup>21</sup> *Defence (General) Regulations 1939, Reg. 18B(1)* lautete: “If the Secretary of State has reasonable cause to believe any person to be of hostile origin or associations or to have been recently concerned in acts pre-judicial to the public safety or the defence of the realm or in the preparation of such acts and that by reason thereof it is necessary to exercise control over him, he may make an order against that person directing that he be detained.”

<sup>22</sup> *Liversidge v. Anderson*, [1942] AC 206 (UKHL) 220, *Lord Maugham*: “To my mind this is so clearly a matter for executive discretion and nothing else that I cannot myself believe that those responsible for the Order in Council could have contemplated for a moment the possibility of the action of the Secretary of State being subject to the discussion, criticism and control of a judge in a court of law.” Ähnlich *R. v. Secretary of State for Home Affairs, ex. p. Hosenball*, [1977] WLR 766 (EWCA) 784, *Lane LJ*.

Auch wenn die Europäische Menschenrechtskonvention mit dem *Human Rights Act* erst im Jahr 1998 in die englische Rechtsordnung inkorporiert wurde, müssen die genannten Ausführungen überraschen. Denn das Vorgehen der Regierung schränkte die Rechte der Bevölkerung aus dem *Habeas Corpus Act 1679* ein. Vergleichbare Ausführungen finden sich auch noch in neueren Fällen, wie etwa das eingangs wiedergegebene Zitat von Lord Hoffmann aus *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* aus dem Jahr 2001 belegt.<sup>23</sup>

Der Ansatz, ein Verwaltungsermessen anhand des jeweils betroffenen Sachgebiets zu bestimmen, ist allerdings in der jüngeren Vergangenheit sowohl in der Literatur als auch von den Verwaltungstribunalen kritisiert worden.<sup>24</sup> Der hergebrachte Ansatz erscheint seinen Kritikern unflexibel, risikoavers und insbesondere ungeeignet, den Anforderungen des *Human Rights Act 1998* gerecht zu werden.<sup>25</sup>

## 2. Die Faktorenlösung

Spielräume der Exekutive werden daher von der Literatur zunehmend anhand der Faktoren Legitimation und institutionelle Kapazität bestimmt.<sup>26</sup> Dabei liegen die folgenden Erwägungen zugrunde.

### a) Legitimation

Betrachtet man die Begründung der Bereichslösung durch die Gerichte, so fällt zunächst ins Auge, dass diese davon ausgehen, dass, jedenfalls im Bereich des Sicherheitsrechts, die demokratisch indirekt über die Parlamentswahlen legitimierte Exekutive gegenüber den nicht gewählten und nicht abwählbaren Gerichten einen Legitimationsvorsprung besitzt, der von den Gerichten eine starke Zurückhaltung gegenüber exekutiven Entschei-

---

<sup>23</sup> Ähnlich *A v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, (128, Lord Nicholls).

<sup>24</sup> In der Tribunalrechtsprechung etwa *Lord Alton of Liverpool v. Secretary of State for the Home Department*, App. No. PC/02/2006, § 114 (POAC); in der Literatur etwa *A. Kavanagh*, *Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory*, L.Q.R. 126 (2010), 222 (228).

<sup>25</sup> *T. Poole*, *Courts and Conditions of Uncertainty in “Times of Crisis”*, P.L. 31 (2008)234 (258 f.); *D. Feldman*, *Human Rights, Terrorism and Risk*, P.L. 29 (2006), 364 (377, 379).

<sup>26</sup> *A. Kavanagh* (Anm. 24), 228.

dungen erfordern soll.<sup>27</sup> Dieses Legitimationsargument basiert im Wesentlichen auf der unterstellten Unterscheidbarkeit von politischen und rechtlichen Fragen. Nimmt man eine solche Unterscheidbarkeit an, so ist es durchaus naheliegend, politische Fragen den gewählten Institutionen und rechtliche Fragen den unabhängigen Gerichten zur Entscheidung zu überantworten.

Dass eine solche Unterscheidung indessen kaum trennscharf durchführbar ist, hat inzwischen allerdings das britische Parlament selbst entschieden. Im *Human Rights Act 1998*, s.3(1) heißt es: "Soweit dies möglich ist, müssen Gesetze und Verordnungen so ausgelegt und angewendet werden, dass sie mit den Konventionsrechten vereinbar sind."<sup>28</sup> Sind aber sämtliche gesetzlichen und untergesetzlichen Bestimmungen des englischen Rechts im Lichte der Bestimmungen der EMRK auszulegen, so können Spielräume der Exekutive nur in den von der Konvention vorgegebenen Grenzen bestehen.<sup>29</sup> Ist es nicht möglich, ein Gesetz im Sinne der EMRK auszulegen, so kann das betreffende nationale Gericht gem. *Human Rights Act 1998*, s.4 eine Erklärung abgeben, in der dem Parlament die behauptete Unvereinbarkeit angezeigt wird. Durch die Einführung des *Human Rights Act 1998* haben die Gerichte folglich eine Stärkung ihrer Legitimation erhalten.<sup>30</sup> Diese wird nicht, wie bei der Exekutive, aus einer politisch-demokratischen Legitimation durch indirekte Wahl, sondern aus der mit dem Konzept der *rule of law* verbundenen Aufgabe gespeist, für die Wahrung individueller, subjektiver Rechte zu sorgen.<sup>31</sup> Dabei ist darauf hinzuweisen, dass gewisse subjektive Rechte, die Teil der EMRK geworden sind, schon jahrhundertlang Bestandteil des englischen *Common law* oder des geschriebenen Rechts gewesen sind.<sup>32</sup> Gleichwohl hat der Schutz subjektiver Rechte vor staatlicher Einflussnahme durch den *Human Rights Act 1998* wohl insofern unstreitig eine neue Dimension erhalten. Auf dieser Grundlage kann von einer pau-

<sup>27</sup> *Secretary of State for the Home Department* (Anm. 1) (195, Lord Hoffmann); *R. (Pro-Life Alliance) v. BBC*, [2003] UKHL 23, [2004] 1 AC 185, (240, Lord Hoffmann).

<sup>28</sup> "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights."

<sup>29</sup> *I. Leigh*, Taking Rights Proportionately, P.L. 25 (2002), 265 (287); *T. Allan*, Human Rights and Judicial Review, CLJ 65 (2006), 671 (694).

<sup>30</sup> *J. Steyn* (Anm. 19), 350, 355; *J. Steyn*, 2000 – 2005: Laying the Foundations of Human Rights Law in the United Kingdom, EHRLR 5 (2005), 349 (351); *J. Jowell*, Judicial Deference, P.L. 23 (2003), 592 (597); *D. McKeever*, The Human Rights Act and Anti-Terrorism in the UK, P.L. 30 (2010), 110 (130 f.).

<sup>31</sup> *T. Scaramuzza*, Judicial Deference Versus Effective Control, Coventry Law Journal 11 (2006), 2 (15).

<sup>32</sup> Etwa die *habeas corpus*-Rechte.



schal überwiegenden Legitimation der Exekutive auf dem Gebiet des Sicherheitsrechts nicht mehr gesprochen werden.<sup>33</sup>

## b) Institutionelle Kapazität

Es wird von Befürwortern weitreichender Spielräume der Exekutive ferner angeführt, dass die Exekutive im Vergleich zu den Gerichten über eine größere Expertise verfügt, größere Arbeitskapazitäten bereithält und außerdem ihre Entscheidungen gerade im Sicherheitsrecht auch auf geheime Informationen stützt, die den Gerichten nicht vorgelegt werden könnten.<sup>34</sup> Es ist diesbezüglich anzumerken, dass im englischen Gerichtsaufbau traditionell keine eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht, weshalb Fälle des öffentlichen Sicherheitsrechts vor den ordentlichen Gerichten verhandelt werden. Diese sind im Wesentlichen zentralistisch aufgebaut. Soweit die einschlägige Ermächtigungsgrundlage keine abweichenden Anordnungen trifft, ist für Verwaltungsstreitigkeiten erstinstanzlich der *High Court of England and Wales* in London zuständig.<sup>35</sup> Hierbei handelt es sich um ein Gericht, dessen Richterzahl derzeit auf 108 Personen begrenzt ist<sup>36</sup> und das sowohl erstinstanzlich für bedeutende Fälle aus allen Rechtsgebieten als auch in zweiter Instanz für zivil- und strafrechtliche Fälle von geringerer Bedeutung zuständig ist.<sup>37</sup> Mit dem *Administrative Court* als Unterabteilung der *Queen’s Bench Division* am *High Court* besteht zwar zumindest innerhalb des Gerichts eine eigene Abteilung für Verwaltungssachen. Die jeweiligen Verfahren werden indes von derzeit 50 Richterinnen und Richtern aus allen Abteilungen des *High Court* durchgeführt,<sup>38</sup> sodass eine echte Spezialisierung der einzelnen Richterinnen und Richter auf Verwaltungsprozesse nicht möglich erscheint.

Dem steht, insbesondere auf dem Gebiet des Sicherheitsrechts, eine zentralisierte Verwaltung mit einer großen Mitarbeiterzahl<sup>39</sup> gegenüber, deren Struktur eine starke Spezialisierung erlaubt. Hinzu treten u. a. die regi-

<sup>33</sup> A. Irvine (Anm. 19), 316.

<sup>34</sup> R. (Gillan) v. Commissioner of Police of the Metropolis, [2006] UKHL 12, [2006] 2 AC 307 (354, Lord Scott); T. Poole (Anm. 25), 246 f.

<sup>35</sup> R. (PKK) v. Secretary of State for the Home Department, [2002] EWCA 644, [2002] ACD 99, 560 (564 f., Richards J).

<sup>36</sup> Maximum Number of Judges Order 2003, s.2.

<sup>37</sup> Senior Courts Act 1981, s.19.

<sup>38</sup> Eine Liste aller am *High Court* auch für Verwaltungssachen zuständigen Richter ist abrufbar unter <<https://www.justice.gov.uk>> (Stand: 9.4.2015).

<sup>39</sup> Nach Auskunft des *Home Office* arbeiteten am 1.1.2013 allein für das britische Innenministerium 27.564 Personen, <<https://www.gov.uk>> (Stand: 9.4.2015).

onalen Polizeiorganisationen, die i. d. R. auf Ebene der *metropolitan counties* oder in Zusammenfassung mehrerer *non-metropolitan counties* bestehen. Vor dem Hintergrund dieses erheblichen Ungleichgewichtes zwischen den institutionellen Möglichkeiten von Exekutive und Gerichten erscheint eine gewisse Zurückhaltung der personell eingeschränkten ordentlichen Gerichte gegenüber einer hochspezialisierten und personell vergleichsweise gut ausgestatteten Verwaltung durchaus nachvollziehbar.

Doch auch hieraus lässt sich kein allgemeines Argument für pauschale exekutive Spielräume mehr ableiten. Die Gerichte haben gerade in den vergangenen Jahren auch hinsichtlich ihrer institutionellen Kapazitäten eine erhebliche Stärkung erfahren. Erstens ist auf die inzwischen vielfach eingerichteten Verwaltungstribunale hinzuweisen. Hierbei handelt es sich um erstinstanzliche Spruchkörper, die auf einen bestimmten Falltyp, etwa Einwanderungs- und Asylfälle,<sup>40</sup> spezialisiert sind. Je nach konkretem institutionellen Aufbau gehören den Tribunalen häufig mindestens ein Richter eines höheren Gerichts (*High Court* oder *Court of Appeal*) und mehrere Beisitzer aus der Verwaltung, der Anwaltschaft oder der Zivilgesellschaft an.<sup>41</sup> Obwohl sie nominell Teil der Verwaltung sind, sind sie an Weisungen nicht gebunden und entscheiden unabhängig wie ein erstinstanzliches Verwaltungsgericht.<sup>42</sup> Die Zahl der inzwischen errichteten Tribunale ist kaum noch zu überblicken. Ihre Spezialisierung erlaubt eine zunehmende Kontrolldichte jedenfalls auf dieser quasi-erstinstanzlichen Ebene, die eine pauschale Gewährung von Spielräumen für die klassische Verwaltung auch aus institutionellen Gründen nicht mehr zwingend erforderlich erscheinen lässt.<sup>43</sup>

Zweitens wurden wesentliche verfahrensrechtliche Änderungen vorgenommen, die unter gewissen Umständen auch die richterliche Beurteilung von Entscheidungen, die auf geheimen Informationen beruhen, ermöglichen. Zu nennen ist in dieser Hinsicht vor allem die vielfach kritisierte<sup>44</sup> *special advocate procedure*, die erstmals durch den *Special Immigration Appeals*

<sup>40</sup> Hierfür ist die *Special Immigrations Appeal Commission* zuständig, *Special Immigrations Appeal Commission Act 1997*, s.2.

<sup>41</sup> So etwa bei der *Special Immigrations Appeal Commission* gemäß *Special Immigrations Appeal Commission Act 1997*, Sch. 1, s.5 und bei der *Proscribed Organisations Appeal Commission* gemäß *Terrorism Act 2000*, Sch. 3, s.4(3)(b).

<sup>42</sup> P. Craig (Anm. 8), Rn. 9-003.

<sup>43</sup> A. Kavanagh, *Constitutionalism, Counterterrorism, and the Courts*, 9 I.CON (2011), 172 (193 f.); ähnlich C. Walker, *Anti-Terrorism Legislation*, 3. Aufl. 2014, Rn. 2.24; A. Tomkins, *National Security and the Role of the Courts*, L.Q.R. 126 (2010), 543 (547 f., 566); M. Alter, *Democracy and Extremist Organisations*, Oxford Student Legal Research Paper Series 6 (2012), 1 (22); J. Farbey, *Standing in the Home Secretary's Shoes?*, *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law* 27 (2013), 331 (331).

<sup>44</sup> Etwa C. Walker, *Terrorism and the Law*, 2011, Rn. 8.32.

*Commission Act 1997*, s.6 eingeführt wurde. Hiernach wird dem Betroffenen geheimes Material, auf welchem die angegriffene Entscheidung beruht, regelmäßig nicht vorgelegt. Anders als zuvor kann das Material aber dem erkennenden Tribunal vorgelegt werden. Hierzu wird ein *special advocate* ernannt, der die Interessen des Betroffenen wahrnehmen soll, der aber mit diesem nicht in Kontakt treten darf und auch sonst nicht in irgendeiner formellen Weise an den Betroffenen gebunden ist, *Special Immigration Appeals Commission Act 1997*, s.6(4). Seit der erstmaligen Einführung dieses Verfahrens im Einwanderungs- und Asylrecht wurde an mehreren Tribunalen eine ähnliche Möglichkeit geschaffen, so etwa bei der für Vereinsverbote zuständigen *Proscribed Organisations Appeal Commission* gem. *Terrorism Act 2000*, Sch. 3, s.7. Man mag diese Praxis vor dem Hintergrund der *rule of law* für äußerst fragwürdig halten.<sup>45</sup> Im Vergleich zu der vorher gängigen Praxis, wonach ein Verweis der Exekutive auf geheime Informationen eine gerichtliche Überprüfung ausschloss, stellt dies aber jedenfalls im Verwaltungsprozess eine nicht unerhebliche Verbesserung dar. Es kann folglich nicht mehr pauschal argumentiert werden, die Gerichte seien auf dem Gebiet des Sicherheitsrechts aufgrund mangelnder Sachkenntnis im Einzelfall zu einer eigenständigen Entscheidung überhaupt nicht in der Lage.

### c) Die Konsequenz der Faktorenlösung

Die vorstehenden Ausführungen dürfen allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass nach der Faktorenlösung Spielräume der Exekutive nicht mehr bestehen sollen und alle Fragen des Sicherheitsrechts zum Gegenstand von *review of law* oder *review of fact* gemacht werden können. Die Konsequenz der Faktorenlösung besteht vielmehr in der Loslösung von der starren Bereichsabhängigkeit exekutiver Spielräume. Zur Begründung von Spielräumen der Verwaltung genügen keine pauschalen Hinweise auf einen bestimmten Rechtsbereich oder auf geheime Informationen mehr. Stattdessen ist in jedem Einzelfall abzuwägen zwischen den legitimatorischen und institutionellen Vorzügen der Exekutive auf der einen, und der Gerichte auf der anderen Seite.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> C. Walker (Anm. 44), Rn. 8.32.

<sup>46</sup> So auch A. Kavanagh (Anm. 24), 228.

## IV. Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen im Sicherheitsrecht

Über das Gesagte hinaus unterliegen aber selbst Ermessens- und Beurteilungsentscheidungen der Exekutive einer gewissen richterlichen Kontrolle. Auch in Bezug auf die hierfür anzulegenden Maßstäbe haben sich in der jüngeren Vergangenheit, insbesondere im Zusammenhang mit der Umsetzung der Rechte aus der EMRK, tiefgreifende Veränderungen ergeben.

### 1. *Wednesbury* und *GCHQ*

Die Grundlagen der richterlichen Ermessensprüfung wurden vom *Court of Appeal* in *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury* im Jahr 1947 herausgearbeitet.<sup>47</sup> Die Beklagte war eine Organisation, die im Auftrag der Behörden Lichtspielvorführungen lizenzierte. Im Fall der *Associated Provincial Picture Houses* hatte sie eine Lizenz nur unter der Bedingung ausgestellt, dass Minderjährigen unter 15 Jahren an Sonntagen kein Einlass gewährt werden sollte. Hiergegen hatte sich die Klägerin mit dem Argument gewandt, die Bedingung sei irrational. In der Entscheidung entwickelte *Lord Greene* den berühmt gewordenen und jahrzehntelang angewandten *Wednesbury*-Test für rechtsrelevante Irrationalität. Die *Wednesbury*-Formel lautet:

“Wenn eine kompetenzgerechte Entscheidung so unvernünftig ist, dass keine vernünftige Behörde jemals in dieser Weise hätte entscheiden können, dann können die Gerichte eingreifen.”<sup>48</sup>

*Lord Greene* illustrierte die gegebene Formel anhand des Beispiels, das *Warrington LJ* im Jahr 1926 in *Short v. Poole* gegeben hatte: Unvernünftig in diesem Sinne sei es etwa, eine Lehrerin allein aufgrund ihrer Haarfarbe zu entlassen.<sup>49</sup> Angesichts derart hoher Voraussetzungen lag es auf der Hand, dass die angegriffene Bedingung der Lizenzierung nicht in diesem Sinne unvernünftig war.

<sup>47</sup> *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 KB 223 (EWCA), 229 f., *Lord Greene*.

<sup>48</sup> “If a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere.” *Associated Provincial Picture Houses* (Anm. 47), 229 f.

<sup>49</sup> *Short v. Poole*, [1926] Ch. 61 (EWCA) 91, *Warrington LJ*.

Der *Wednesbury*-Test wurde noch im Jahr 1985 angewandt und von *Lord Diplock* in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* weiter konkretisiert.<sup>50</sup> In dem Fall, auch bekannt als *GCHQ-case*, hatte das *House of Lords* über eine Anordnung von Premierministerin *Thatcher* zu entscheiden, nach der die Bediensteten des Kommunikationsgeheimdienstes *GCHQ*, dessen Existenz erst kurz zuvor öffentlich bekannt geworden war, nicht Mitglied in einer Gewerkschaft werden durften. Auch in diesem Fall lag keine Irrationalität im Sinne der *Wednesbury*-Formel vor. *Lord Diplock* erklärte:

“[Der Klagegrund der Unvernünftigkeit] findet Anwendung auf eine Entscheidung, die so unerhört ist in ihrer Missachtung logischer oder anerkannter moralischer Maßstäbe, dass keine verständnisvolle Person, die sich mit der Frage befasst hat, hierzu gelangen konnte.”<sup>51</sup>

## 2. *Brind*

Vor dem Hintergrund zunehmender Verurteilungen des Vereinigten Königreichs vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sahen sich englische Gerichte zunehmend mit der schwierigen Aufgabe konfrontiert, die Erfordernisse des europäischen Menschenrechtsschutzes mit den strikten Vorgaben der *Wednesbury*-Formel zu vereinbaren. In *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex. p. Brind* hatte das *House of Lords* im Jahr 1991 über einen Fall aus dem Presserecht zu entscheiden.<sup>52</sup> Im Kampf gegen den nordirischen Terrorismus hatte die britische Regierung auf der Grundlage des *Broadcasting Act 1981* verfügt, dass Interviews mit Angehörigen nordirischer Terrororganisationen im Rundfunk nur noch indirekt, also etwa mittels Übersprechen durch einen Synchronsprecher, wiedergegeben werden durften. Hiergegen machten mehrere Journalisten das Recht auf Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK geltend.

In seiner Entscheidung weitete das *House of Lords* die *Wednesbury*-Formel aus und fragte nicht nur, ob die Entscheidung der Regierung vernünftig in diesem Sinne war, sondern auch, ob die Regierung das Recht der

---

<sup>50</sup> *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] AC 374 (UKHL), v. a. 410, *Lord Diplock*.

<sup>51</sup> “[Irrationality] applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.” *Council of Civil Service Unions* (Anm. 50), 410.

<sup>52</sup> *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex. p. Brind*, [1991] 1 AC 696 (UKHL).

Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK in vernünftiger Weise in ihre Entscheidung hatte einfließen lassen.<sup>53</sup> Es verzichtete damit zwar auf die eigenständige Prüfung einer Verletzung der Meinungsfreiheit. Allerdings verschaffte es ihr immerhin durch diese “sekundäre Grundrechtsprüfung” überhaupt eine rechtliche Geltung. Die so geschaffene Kompromissformel zwischen dem traditionellen *Wednesbury*-Test und den Anforderungen der Konventionsrechte wurde in der britischen Literatur häufig als *heightened Wednesbury Test* bezeichnet.<sup>54</sup>

### 3. *Chahal* und *Smith*

Dass auch die *heightened Wednesbury*-Formel den Anforderungen des Menschenrechtsschutzes nicht gerecht wurde, zeigte sich alsbald anhand zweier Entscheidungen des EGMR. Zunächst gingen in *Chahal v. United Kingdom* mehrere Aktivisten der *International Sikh Youth Federation (ISYF)* gegen ihre geplante Abschiebung nach Indien vor.<sup>55</sup> Bei der ISYF handelte es sich um eine in Indien verbotene Vereinigung, deren Mitglieder nach dem Benehmen u. a. von Berichten des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen über Folter in Indien von Folter und anderer unmenschlicher Behandlung durch die Sicherheitskräfte bedroht waren.<sup>56</sup> Der *Court of Appeal* orientierte sich an der *heightened Wednesbury*-Formel, die das *House of Lords* in *ex p. Brind* aufgestellt hatte und gelangte zu dem Ergebnis, dass der Innenminister lediglich eine Abwägung der Foltergefahr mit den in Rede stehenden Belangen der inneren Sicherheit durchzuführen hatte.<sup>57</sup>

Der EGMR verwies demgegenüber darauf, dass das Folterverbot in Art. 3 EMRK absolut gilt und daher auch in Abschiebefällen nicht einer Abwägung mit Belangen der inneren Sicherheit offenstehe.<sup>58</sup> Da sich aber die nationalen Gerichte außerstande sahen, eine Verletzung von Art. 3 EMRK ungeachtet der Wirkungen auf die innere Sicherheit zu überprüfen, stellte der EGMR eine Verletzung nicht nur von Art. 3 EMRK, sondern auch von Art.

<sup>53</sup> *R. v Secretary of State for the Home Department* (Anm. 53), v. a. 696 f., 748 f., *Lord Bridge* und 750, *Lord Templeman*.

<sup>54</sup> Etwa *P. Craig* (Anm. 8), Rn. 19-014.

<sup>55</sup> EGMR, Urteil v. 15.11.1996 – No. 22414/93, *Chahal v. United Kingdom*, ECHR 1996-V, v. a. §§ 12, 51, 148, 153.

<sup>56</sup> EGMR *Chahal* (Anm. 55), § 51.

<sup>57</sup> *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Chahal*, [1995] 1 WLR 526 (EWCA), 545, *Neill LJ*.

<sup>58</sup> EGMR *Chahal* (Anm. 55), § 80 f.

13 EMRK, also dem Recht auf wirksame Beschwerde, fest.<sup>59</sup> Auch die *heightened Wednesbury*-Formel musste also aufgegeben werden, soweit es um absolute subjektive Rechte ging.

Von kaum zu überschätzender Bedeutung für die jüngere Entwicklung des *review of discretion* ist aber die Entscheidung des EGMR in *Smith and Grady v. United Kingdom*.<sup>60</sup> Die Beschwerdeführer waren ehemalige Angehörige der britischen Streitkräfte, die aufgrund ihrer Homosexualität aus dem Dienst entfernt worden waren. Hiergegen hatten sie zunächst erfolglos vor dem *High Court* geklagt.<sup>61</sup> Das Votum von *Brown LJ*<sup>62</sup> zeigt dabei deutlich die Probleme des *Wednesbury*-Tests bei der Bewältigung von Menschenrechtsfällen auf. Demnach müssten die ernstzunehmenden Belange der Kläger, das unklare öffentliche Interesse an einer Entfernung von Homosexuellen aus den Streitkräften, eindeutig überwiegen. Jedoch sei dies nach den Grundsätzen des *judicial review* eine politische Entscheidung, die nicht von den Gerichten getroffen werden dürfe. Die Gerichte dürften vielmehr lediglich überprüfen, ob die Entscheidung des Verteidigungsministers offensichtlich unvernünftig war. Zu einer solchen Feststellung vermochte sich der *High Court* indes nicht durchzuringen.

Gerade diese Offenheit in der Urteilsbegründung, die deutliche Sympathien für das Anliegen der Kläger bekundete und zugleich auf die beschränkten Möglichkeiten der Gerichte im System des *judicial review* hinwies, nahm der EGMR zum Anlass, den *review of discretion* einer Untersuchung hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Recht auf effektive Beschwerde, Art. 13 EMRK, zu unterziehen. Der Gerichtshof gelangte hierbei zu dem Schluss, dass die Prinzipien des *judicial review* die Gerichte daran hinderten, eigenständig zu überprüfen, ob eine Verletzung von Konventionsrechten vorliegt.<sup>63</sup> Insbesondere bemängelte der EGMR, dass die britischen Gerichte nach den Grundsätzen des *judicial review* nicht die Gelegenheit haben, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu überprüfen.<sup>64</sup> Folglich lag auch hier eine Verletzung von Art. 13 EMRK vor.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> EGMR *Chahal* (Anm. 55), § 107, 153, 155.

<sup>60</sup> EGMR, Urteil v. 27.9.1999 – Nos. 33985/96 u. a., *Smith and Grady v. The United Kingdom*, ECHR 1999-VI, §§ 11 ff.

<sup>61</sup> *R. v Ministry of Defence, ex p. Smith* [1996] QB 517 (EWHC).

<sup>62</sup> *R. v Ministry of Defence* (Anm. 61), 533, 540 f., *Brown LJ*.

<sup>63</sup> EGMR *Smith and Grady* (Anm. 60), § 138.

<sup>64</sup> EGMR *Smith and Grady* (Anm. 60), § 138.

<sup>65</sup> EGMR *Smith and Grady* (Anm. 60), § 139.

#### 4. A und Daly

Auf der Grundlage von *Smith* gelangte der überwiegende Teil von Literatur und Rechtsprechung zu der Einsicht, dass eine nochmalige Anpassung der Rationalitätskontrolle an die Anforderungen von Art. 13 EMRK die Möglichkeiten von *Wednesbury* überstrapazieren würde.<sup>66</sup> Diese Auffassung wurde, nach anfänglicher Zurückhaltung, vom *House of Lords* geteilt,<sup>67</sup> das bis zum Jahr 2009 nicht lediglich eine der beiden Kammern des Parlaments in Westminster war, sondern zugleich das höchste Gericht des Vereinigten Königreichs. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wurde von britischen Gerichten erstmals in *de Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* durch den *Privy Council* angewandt.<sup>68</sup> Allerdings wurde der *Privy Council* in diesem Fall in seiner Funktion als oberstes Gericht der ehemaligen britischen Kolonie Antigua und Barbuda tätig, sodass hieraus keine Rückschlüsse auf das englische Recht abgeleitet werden können. Solche Schlüsse lassen aber insbesondere zwei bedeutende Fälle des Sicherheitsrechts zu, die nach der Entscheidung des EGMR in *Smith* vor dem *House of Lords* verhandelt wurden.

In *R. (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*<sup>69</sup> hatte das *House of Lords* im Jahr 2001 über die Praxis in britischen Gefängnissen zu entscheiden, wonach Häftlinge bei routinemäßigen Durchsuchungen ihrer Zellen nicht anwesend sein durften. Der Kläger, ein Langzeitgefangener, wandte sich hiergegen mit dem Argument, dass die Durchsuchung in seiner Abwesenheit u. a. gegen das Recht auf vertrauliche Kommunikation mit seinem Strafverteidiger verstoße. Hierbei konnte sich der Kläger sowohl auf eine traditionelle Freiheit des *Common law* als auch auf Art. 8 EMRK berufen.<sup>70</sup>

Das *House of Lords* gab der Klage statt. In der Urteilsbegründung führte *Lord Bingham* aus, dass die angegriffenen Maßnahmen zur Kriminalitätsbekämpfung in Gefängnissen mehr als erforderlich in die Rechte des Klä-

<sup>66</sup> *T. Endicott* (Anm. 10), 73 f., 91 ff.; *P. Craig* (Anm. 8), Rn. 20-033 – Rn. 20-038; *I. Leigh* (Anm. 29), 272, 287; *M. Arden*, Human Rights in the Age of Terrorism, L.Q.R. 121 (2005), 604 (616 f.); *E. Giussani* (Anm. 7), Rn. 16-013; *A. v. Arnould*, Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa, EuR, Beiheft 1 (2008), 41 (50).

<sup>67</sup> *R. (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] 2 AC 532 (UKHL) 547 f., *Lord Steyn*; *A v. Secretary of State for the Home Department* (Anm. 23), (102 ff., *Lord Bingham*).

<sup>68</sup> *de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing*, [1999] 1 AC 69 (PC) 80, *Lord Clyde*.

<sup>69</sup> *R. (Daly)* (Anm. 67).

<sup>70</sup> *R. (Daly)* (Anm. 67), 537 f., 545 f.



gers eingriffen.<sup>71</sup> Mit Blick auf die Anforderungen des *Human Rights Act 1998* und des EGMR aus *Smith* erklärte er, die nationalen Gerichte müssten eigenständig eine Verletzung von Konventionsrechten prüfen.<sup>72</sup> *Lord Steyn* fügte hinzu, die Anwendung einer Verhältnismäßigkeitskontrolle führe gleichwohl nicht zu einem vielfach befürchteten *merits review*, d. h. zu einer Zweckmäßigkeitkontrolle durch die Gerichte, die im Allgemeinen als Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes gilt.<sup>73</sup> Damit hatte das *House of Lords* die *heightened Wednesbury*-Formel mit ihrer bloß sekundären Grundrechtsprüfung aufgegeben.

Der zweite bedeutsame Fall für die Änderungen, die sich in der Folge des *Smith*-Urteils des EGMR vollzogen, ist *A v. Secretary of State for the Home Department*.<sup>74</sup> Dort hatte das *House of Lords* im Jahr 2004 über die Anwendung von s.23 des *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* zu entscheiden, nach der Personen mit fremder Staatsangehörigkeit, die im Verdacht standen, Verbindungen zum Terrorismus zu haben, ohne Anklage in präventiven Gewahrsam genommen werden konnten. Der gesetzlichen Regelung lag eine Notstandsabweichung von einzelnen Konventionsrechten nach Art. 15 EMRK zugrunde.<sup>75</sup> Zu klären war also sowohl die Frage, ob ein Notstand i. S. d. Art. 15 EMRK vorlag, als auch ob die Ingewahrsamnahme der Kläger gegen einzelne Konventionsrechte verstieß, die von der Derogation nicht betroffen waren.

Die Richtermehrheit des *House of Lords* nahm dabei an, dass hinsichtlich der Frage, ob ein Notstand im Sinne des Art. 15 EMRK vorliegt, dem Innenminister ein weiter Spielraum zuzugestehen sei.<sup>76</sup> *Lord Nicholls* etwa führte aus:

“Alle Gerichte sind sich der großen Verantwortung zum Schutz der Sicherheit dieses Landes und derer, die hier wohnen, bewusst, die auf der gewählten Regierung und nicht auf der Judikative lastet. Allen Gerichten ist gegenwärtig bewusst, dass die Regierung allein dazu in der Lage ist, zu bewerten und zu entscheiden, welche Antiterrormaßnahmen erforderlich sind und welche Schritte ausreichen.

---

<sup>71</sup> *R. (Daly)* (Anm. 67), 543.

<sup>72</sup> *R. (Daly)* (Anm. 67), 545 f.

<sup>73</sup> *R. (Daly)* (Anm. 67), 548, *Lord Steyn*; zum problematischen Verhältnis von Verhältnismäßigkeit und Gewaltenteilung im britischen Verfassungsrecht: *Secretary of State for the Home Department* (Anm. 1), 192, *Lord Hoffmann*.

<sup>74</sup> *A v. Secretary of State for the Home Department* (Anm. 23).

<sup>75</sup> *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001*, SI 2001/3644.

<sup>76</sup> *A v. Secretary of State for the Home Department* (Anm. 23), (128, *Lord Nicholls*).

Gerichte sind weder dafür ausgestattet, solche Entscheidungen zu treffen, noch ist ihnen diese Verantwortung aufgetragen.<sup>77</sup>

Obwohl rhetorisch an der Faktorenlösung orientiert, bedeutete diese Herangehensweise im Ergebnis erhebliche Spielräume für den Innenminister, über eine Aussetzung wesentlicher Konventionsrechte zu entscheiden. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, wenn ausgerechnet *Lord Hoffmann*, der in seiner Amtszeit als vehementer Verfechter exekutiver Spielräume auftrat,<sup>78</sup> in seinem Votum von der Auffassung der Richtermehrheit abwich und bestritt, dass überhaupt ein Notstand i. S. d. Art. 15 EMRK vorlag.<sup>79</sup>

Obleich die Richtermehrheit aufgrund des insofern geringen Überprüfungsstandards vom Vorliegen eines Notstandes ausgehen musste, gelangte sie hinsichtlich der zweiten zu entscheidenden Frage gleichwohl zu der Auffassung, dass die präventive Ingewahrsamnahme nach dem *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, s.23* trotz der Abweichungsanordnung unverhältnismäßig sei und gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK verstoße, das von der Derogation nicht umfasst war.<sup>80</sup>

Damit zeigte das *House of Lords*, dass es trotz allem Entgegenkommen gegenüber der Exekutive nicht mehr gewillt war, umfassende Ausnahmen von der gerichtlichen Überprüfbarkeit exekutiver Entscheidungen zuzulassen, selbst wenn diese Fragen der inneren Sicherheit zum Gegenstand haben. Insbesondere die Argumentation von *Lord Nicholls* zeigt, dass die Absenkung des Überprüfungsstandards im Rahmen des *judicial review* kein Automatismus mehr ist, sondern dass sich die Gerichte an den Faktoren der Kapazität und der Legitimation orientieren. Auch wenn sich die Richter-

<sup>77</sup> *A v. Secretary of State for the Home Department* (Anm. 23), (128, *Lord Nicholls*): “All courts are very much aware of the heavy burden, resting on the elected government and not the judiciary, to protect the security of this country and all who live there. All courts are acutely conscious that the government alone is able to evaluate and decide what counterterrorism steps are needed and what steps will suffice. Courts are not equipped to make such decisions, nor are they charged with that responsibility.”

<sup>78</sup> *Secretary of State for the Home Department* (Anm. 1) (192, 195, *Lord Hoffmann*); *R. (ProLife Alliance) v. BBC* (Anm. 27), (240, *Lord Hoffmann*).

<sup>79</sup> *A v. Secretary of State for the Home Department* (Anm. 23), (131 f., *Lord Hoffmann*). Noch 2003 trat *Lord Hoffmann* in *Secretary of State for the Home Department* (Anm. 1) (195) für weite Spielräume der Exekutive im Bereich des Sicherheitsrechts ein: “[I]n matters of national security, the cost of failure can be high. [...]uch decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.”

<sup>80</sup> *A v. Secretary of State for the Home Department* (Anm. 23), (110 f., 113, 124, 127, *Lord Bingham*).

mehrheit vor diesem Hintergrund außerstande sah, das Vorliegen eines Notstandes i. S. v. Art. 15 EMRK zu überprüfen, bedeutet dies gleichfalls, dass eine vollumfängliche Überprüfung von Menschenrechtsverletzungen durch die Gerichte die Regel geworden ist, wobei lediglich in Abhängigkeit von der Bedeutung des betroffenen Rechts und der Eingriffsintensität Abstufungen hinsichtlich des Maßstabes vorgenommen werden.<sup>81</sup>

## 5. Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Tribunale

In der Rechtsprechung der Verwaltungstribunale hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seither in das Prüfprogramm des *judicial review* weitgehenden Eingang gefunden. So hatte etwa die *Proscribed Organisations Appeal Commission (POAC)* im Jahr 2006 über das Verbot der *People’s Mojahedeen of Iran (PMOI)* zu entscheiden, bei denen es sich um eine iranische Oppositionsgruppe handelte, die zunächst beabsichtigte, die iranische Theokratie mit Waffengewalt zu stürzen und durch eine Demokratie zu ersetzen.<sup>82</sup> Im Zuge ihrer Aktivitäten kam es zu einer Vielzahl von Todesopfern und Verletzten.<sup>83</sup> Da sich ihre Operationsbasis im Irak befand, änderte die Organisation im Zuge des Irakkriegs ihre Vorgehensweise und übergab sämtliche Waffen den amerikanischen Invasionstruppen.<sup>84</sup>

In Großbritannien waren die *PMOI* bereits im Jahr 2001 als Terrororganisation verboten worden.<sup>85</sup> Angesichts ihrer politischen Ziele und ihres Gewaltverzichts ab dem Jahr 2003 entschloss sich eine Reihe von Mitgliedern des britischen Parlaments jedoch, die Gruppe zu unterstützen. Da dies aufgrund des Verbots nach dem *Terrorism Act 2000*, s.12 strafbar war, beantragten sie beim Innenminister, das Verbot aufzuheben.<sup>86</sup> Gegen dessen Weigerung riefen sie schließlich die *POAC* an.

In ihrem Urteil ging die Kommission entsprechend der zuvor herausgearbeiteten Grundsätze vor. Zunächst hatte sie die Frage zu beantworten, ob dem Innenminister bei der Auslegung und Anwendung der Rechtsgrundlage für Vereinigungsverbote im *Terrorism Act 2000*, s.3(4) Spielräume zukamen. Diese Frage wurde von der Kommission weitgehend verneint.<sup>87</sup> Statt-

<sup>81</sup> J. Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, CLJ 65 (2006), 174 (205 f.).

<sup>82</sup> Lord Alton of Liverpool (Anm. 24), § 14 (POAC).

<sup>83</sup> Etwa bei einem Anschlag auf das Islamische Revolutionsgericht in Teheran am 3.6.1998, Lord Alton of Liverpool (Anm. 24), § 166 (POAC).

<sup>84</sup> Lord Alton of Liverpool (Anm. 24), §§ 23.8, 185 (POAC).

<sup>85</sup> *Terrorism Act 2000 (Proscribed Organisations) (Amendment) Order 2001*.

<sup>86</sup> Lord Alton of Liverpool (Anm. 24), §§ 19 bis 21 (POAC).

<sup>87</sup> Lord Alton of Liverpool (Anm. 24), §§ 114, 126 f. (POAC).

dessen nahm sie eine eigenständige Auslegung des Tatbestandsmerkmals “concerned in terrorism” vor und gelangte schließlich zu dem Ergebnis, dass die bloße Möglichkeit, die *PMOI* könnten in ferner Zukunft erneut gewalttätig werden, für eine Einbindung in Terrorismus im Sinne des *Terrorism Act 2000*, s.3(4) nicht hinreichend konkret ist.<sup>88</sup> Diese Vorgehensweise der *POAC* bestätigte der *Court of Appeal* mit der Feststellung: “Die Frage, ob eine Organisation in Terrorismus eingebunden ist, ist im Wesentlichen eine Sachverhaltsfrage.”<sup>89</sup>

Hinsichtlich des anzuwendenden Prüfungsmaßstabes ging die *POAC* von der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus.<sup>90</sup> Damit unterlag die Entscheidung des Innenministers einer in doppelter Hinsicht strengen Kontrolle durch die Kommission. Es überrascht daher nicht, wenn die *POAC* im Ergebnis anordnete, das Verbot der *PMOI* aufzuheben.<sup>91</sup>

## V. Gründe der Entwicklung

Die Gründe für die nachgezeichnete Entwicklung wurden bereits angesprochen. Einerseits haben die Gerichte sowohl hinsichtlich ihrer Legitimation als auch hinsichtlich ihrer institutionellen Kapazitäten in den vergangenen zwanzig Jahren eine kontinuierliche Stärkung erfahren. Den Gipfel dieser Entwicklung stellte in legitimatorischer Hinsicht die Inkorporation der EMRK durch den *Human Rights Act 1998* in das nationale Recht dar. In institutioneller Hinsicht ist vor allem die vermehrte Schaffung von Verwaltungstribunalen und die Suche nach einer zufriedenstellenden Lösung für die Behandlung geheimer Informationen vor Gericht zu nennen.

Diese konkret in rechtspolitischen Maßnahmen festzumachenden Faktoren besitzen indes eine tiefere Ursache. Die traditionell konsensorientierte britische Politik hat, insbesondere in der Regierungszeit von *Margaret*

<sup>88</sup> *Lord Alton of Liverpool* (Anm. 24), §§ 126 f. (*POAC*).

<sup>89</sup> *Secretary of State for the Home Department v Lord Alton of Liverpool*, [2008] EWCA Civ 443, [2008] 1 WLR 2341 (2356, *Lord Phillips*): “The question of whether an organisation is concerned in terrorism is essentially a question of fact.”

<sup>90</sup> *Lord Alton of Liverpool* (Anm. 24), § 354 (*POAC*).

<sup>91</sup> Präziser wurde gem. den Verfahrensregeln des *Terrorism Act 2000*, s.3(3), 123(4)(a) verfügt, dass der Innenminister dem Parlament eine Anordnung zur Aufhebung des Verbots vorzulegen hatte. Diese wurde als *Terrorism Act 2000 (Proscribed Organisations) (Amendment) Order 2008*, s.2, SI 2008/1645 dem Parlament am 23.6.2008 vorgelegt und von diesem sanktioniert, Hansard House of Commons Debates, 23.6.2008, Bd. 478, cc. 98 ff.; Hansard House of Lords Debates, 23.6.2008, Bd. 702, cc. 1302 ff.

*Thatcher*, tiefgreifende Änderungen erfahren.<sup>92</sup> In Zeiten, in denen sich die Opposition auf einen zurückhaltenden Machtgebrauch der Regierung verlassen konnte, erschienen ausgreifende verfassungsrechtliche Sicherungen und Garantien nicht nur überflüssig, sondern bisweilen gar hinderlich.<sup>93</sup> Eine *political constitution*, d. h. eine mehr deskriptive als normative Verfassung galt als ausreichend und überdies besonders demokratisch, erklärte sie doch die Auffassungen des souveränen Parlaments zum verfassungsrechtlich letztgültigen Maßstab.<sup>94</sup> Es sei hier dahingestellt, ob ein Bedürfnis nach verbindlichen verfassungsrechtlichen Regeln in der Vergangenheit nicht bestanden hat. Beispiele für einen Missbrauch parlamentarischer Mehrheiten zulasten von Minderheiten lassen sich auch in der britischen Geschichte in beträchtlicher Zahl ausmachen.<sup>95</sup>

Jedenfalls aber folgte auf das Ende der Konsenspolitik der Wandel von der *political constitution* hin zu einer *rights based constitution*.<sup>96</sup> Dieser Wandel ist nicht unumstritten. Insbesondere die *Conservative Party* plädiert für eine Abschaffung des *Human Rights Act 1998* und eine Rückstufung des EGMR zu einem bloß beratend tätigen Gremium. Allerdings sieht selbst der konservative Vorschlag die Einführung eines *British Bill of Rights* vor. Eine Rückkehr in die Zeit pauschaler Rechtsschutzausnahmen ist daher selbst für den Fall einer Abschaffung des *Human Rights Act 1998* unwahrscheinlich.

## VI. Fazit

Eine geringe gerichtliche Kontrolldichte, gerade auf dem Gebiet des Sicherheitsrechts, bedeutet regelmäßig Zugeständnisse an den Gedanken der Risikovorsorge.<sup>97</sup> Die Exekutive behält ein erhebliches Maß an Flexibilität, das sie zum Einsatz der gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen auch bei niederschweligen Bedrohungen befugt. Genau besehen ist dieser Gedanke dem deutschen Verwaltungsrecht nicht ganz so fremd, wie es zunächst er-

---

<sup>92</sup> G. Sydow, Der geplante *Supreme Court* für das Vereinigte Königreich im Spiegel der britischen Verfassungsreformen, ZaöRV 64 (2004), 65 (89).

<sup>93</sup> G. Sydow, (Anm. 92), 89.

<sup>94</sup> Grundlegend A. V. Dicey, *Law of the Constitution*, 8. Aufl. 1915, 37 f.

<sup>95</sup> So die Unterdrückung der irischen Unabhängigkeitsbewegung im ausgehenden 19. Jahrhundert, P. Alter, Die irische Nationalbewegung zwischen Parlament und Revolution, 1971, *passim*; zur Parlamentsdebatte über das Verbot der *Irish National League*: HC Deb 19 August 1887, Bd. 319, col. 1112 f. (Harrington).

<sup>96</sup> J. Jowell (Anm. 30), 599, 601.

<sup>97</sup> T. Poole (Anm. 25), 248 f.; D. Feldman (Anm. 25), 377, 379.

scheinen mag. Denn die Verweigerung von Rechtsschutzmöglichkeiten im englischen Recht wie auch die Herabsetzung der gesetzlichen Voraussetzungen, etwa beim Gefahrenbegriff, führen letztlich beide zu einer herabgesetzten Eingriffsschwelle.

Auch wenn sich mit Blick auf die erhebliche inhaltliche Bandbreite des Sicherheitsrechts Generalisierungen verbieten, ist gleichwohl auffällig, dass das traditionell risikoaverse, weil politisch dominierte englische Sicherheitsrecht eine beispiellose Verrechtlichung erlebt hat. Über Fragen der inneren Sicherheit wird nicht länger nach Maßgabe politischer Opportunität entschieden, sondern aufgrund einer Abwägung derselben mit den in der EMRK garantierten Individualrechten. Dies sollte zu denken geben, soweit im deutschen Recht zuweilen gegenläufige Tendenzen zu beobachten sind. Vor dem Hintergrund eines ausgreifenden Präventionsgedankens und der Berufung auf, zuweilen diffuse, staatliche Schutzpflichten zeigt das englische Beispiel, dass auch und gerade in der modernen Risikogesellschaft den Gerichten vor allem die Aufgabe des Schutzes individueller Rechte zufällt.