

# Der verrechtlichte Ausnahmezustand

## Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Monika Polzin\*

Abstract	635
I. Einleitung	636
II. Der Beurteilungsspielraum in der Rechtsprechung	640
1. Notstandslage: Weiter Beurteilungsspielraum und Plausibilitätsprüfung	641
2. Unbedingte Erforderlichkeit: Wachsende Kontrolldichte	643
III. Neue Kriterien für einen differenzierten Beurteilungsspielraum	648
1. Notstandslage: Großer Beurteilungsspielraum	649
2. Unbedingte Erforderlichkeit: Strengere aber differenzierte Kontrolle	650
a) Die Situation des derogierenden Staats	651
aa) Demokratiegefährdender vs. demokratiewahrender Ausnahmezustand	652
bb) Dauer des Ausnahmezustands	663
cc) Funktionsfähigkeit der nationalen Justiz	664
dd) Minderheitenschutz	664
b) Art des beeinträchtigten Konventionsrechts	665
IV. Schlussbemerkung: Der Ausnahmezustand in der Türkei und der goldenen Weg	667

### Abstract

Der Beitrag beantwortet die grundlegenden theoretischen Fragestellungen im Rahmen von Art. 15 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK): Was ist der richtige Umfang richterlicher Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)? Wie groß sollte der den Vertragsparteien zustehende Beurteilungsspielraum, der sog. "margin of appreciation", im Rahmen von Art. 15 EMRK sein? Steht den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zu, da der Staat freie Hand braucht, um die Gefahr zu bekämpfen? Oder sollte dagegen die richterliche Kontrolle besonders intensiv sein, da Grund- und Menschenrechte in Ausnahmesituationen besonders gefährdet sind und daher durch die internationale Judikative umfassender geschützt werden müssen? Und was gilt in Situationen, in denen Grund zur

---

\* Prof. Dr., LL.M. (NYU), Juniorprofessorin für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Völkerrecht an der Universität Augsburg.

Annahme besteht, dass der Ausnahmezustand als Deckmantel dazu dienen soll, die Demokratie zu schwächen oder gar abzuschaffen?

Um diesen Fragen nachzugehen, gliedert sich der Beitrag in drei Teile. Zunächst wird die derzeitige Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum im Rahmen des Art. 15 EMRK analysiert und dargelegt, dass der EGMR zwar grundsätzlich von einem weiten Beurteilungsspielraum ausgeht, aber mittlerweile Anzeichen zur Gewährung eines differenzierten Beurteilungsspielraums zeigt. Im Anschluss wird aufgezeigt, anhand welcher Kriterien ein solch differenzierter Beurteilungsspielraum künftig weiter zu entwickeln und zu präzisieren ist, um den Anforderungen von Art. 15 EMRK gerecht zu werden. Es wird herausgearbeitet, dass zentrales Kriterium für den Umfang die Art des Ausnahmezustands ist. Liegt ein demokratiewahrender oder ein demokratiegefährdender Ausnahmezustand vor? Darüber hinaus sind die Art des betroffenen Konventionsrechts, die mögliche Diskriminierung von Minderheiten, die Funktionsfähigkeit der nationalen Justiz und die Dauer des Ausnahmezustands von Bedeutung. Der letzte Teil widmet sich der Rolle des EGMR im Rahmen des demokratiegefährdenden Ausnahmezustands in der Türkei.

## I. Einleitung

In Europa wächst die Bedeutung des internationalen Notstandsrechts.<sup>1</sup> Art. 15 EMRK, der den Vertragsparteien erlaubt, in Notstandssituationen von bestimmten Konventionsrechten abzuweichen, hat derzeit (wieder) eine nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung erlangt. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der türkischen Derogationserklärung vom 21.7.2016, die am 8.8.2018 zurückgenommen wurde.<sup>2</sup> Diese wurde nach Ausrufung des innerstaatlichen Ausnahmezustands infolge des Putschver-

---

<sup>1</sup> Siehe auch *M. O'Boyle*, Emergency Government and Derogation under the ECHR, EHRLR 16 (2016), 331 (334).

<sup>2</sup> Siehe die Erklärung der Türkei vom 8.8.2018. Die Rücknahmeerklärung sowie die vorangegangenen Derogationserklärungen der Türkei sind wie alle anderen Derogationserklärungen sowie ihre Ergänzungen und mögliche Rücknahme verfügbar auf der Webseite des Vertragsbüros des Europarats, <<https://www.coe.int>>. Dabei ist fraglich, ob sich die innerstaatliche Situation in der Türkei durch die Aufhebung des Ausnahmezustands geändert hat oder, ob es sich nur um eine eher kosmetische Maßnahme handelt. Siehe hierzu u. a.: Ausnahmezustand in der Türkei aufgehoben, *Die Welt*, 19.7.2018, <<https://www.welt.de>>; Ausnahmezustand in der Türkei beendet, *FAZ*, 19.7.2018, <<http://www.faz.de>>. Aufgrund der Rücknahme der Derogationserklärung gilt aber die EMRK nunmehr wieder vollumfänglich in der Türkei.

suchs vom 15.7.2016 abgegeben.<sup>3</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich im Rahmen zweier Urteile vom 20.3.2018 zum ersten Mal inhaltlich mit den Notstandsmaßnahmen der Türkei befasst und die Türkei wegen der Inhaftierung zweier Journalisten verurteilt.<sup>4</sup>

Daneben haben auch andere Staaten in jüngster Zeit Derogationserklärungen abgegeben, so die Ukraine.<sup>5</sup> Sie hat aufgrund des Konflikts in der Ostukraine einen regional begrenzten Notstand ausgerufen. Schließlich erklärte auch Frankreich nach den Terroranschlägen von Paris vom 13.11.2015 innerstaatlich den Ausnahmezustand<sup>6</sup> und gab daraufhin eine Derogationserklärung nach Art. 15 EMRK ab.<sup>7</sup> Diese war für knapp zwei Jahre in Kraft und wurde erst mit der Beendigung des Ausnahmezustands zum 1.11.2017 zurückgenommen.<sup>8</sup>

Art. 15 EMRK berechtigt die Vertragsparteien, in einer Notstandslage von bestimmten (nicht notstandsfesten) Rechten der EMRK abzuweichen. Sie dürfen ausnahmsweise Maßnahmen treffen, die in einer Normallage nicht mit der EMRK vereinbar wären. Die Derogation bewirkt allerdings nicht, dass die betroffenen Konventionsrechte außer Kraft gesetzt werden. Vielmehr ist die Derogation eine zusätzliche – über die in der Normallage anwendbaren Schrankenregelungen der Konventionsrechte – hinausgehende Rechtfertigungsmöglichkeit.<sup>9</sup> Der EGMR prüft auch im Falle einer Deroga-

<sup>3</sup> Siehe hierzu ausführlich unter II. 2. cc).

<sup>4</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Urteil vom 20.3.2018, Nr. 13237/17, *Şahin Alpay v. Turkey*, Urteil vom 20.3.2018, Nr. 16538/18. Die Kammerurteile wurden jeweils mit 6 zu 1 Stimmen entschieden.

<sup>5</sup> Siehe die Derogationserklärung der Ukraine vom 9.6.2015.

<sup>6</sup> Siehe das Dekret vom 14.11.2015: Décret No. 2015-1475 du 14.11.2015 portant application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955, <<https://www.legifrance.gouv.fr>>.

<sup>7</sup> Siehe die Pressemitteilung des Generalsekretärs des Europarates vom 25.11.2015: “*France Informs Secretary General of Article 15 Derogation of the European Convention on Human Rights*”, <<https://www.coe.int>>.

<sup>8</sup> Siehe das Schreiben Frankreichs an den Generalsekretär des Europarats vom 2.11.2017. In diesem Schreiben informiert Frankreich den Generalsekretär, dass der Ausnahmezustand am 1.11.2017 beendet worden ist. Die Rücknahme der Derogationserklärung wird jedoch nicht ausdrücklich, sondern nur implizit mit der Beendigung des Ausnahmezustands erklärt. Siehe hierzu auch die Rede des französischen Präsidenten *Macron* vor dem Europarat am 31.10.2017 <<http://www.elysee.fr>>. In dieser Rede betonte der französische Präsident, Sinn und Zweck des neuen französischen Anti-Terrorgesetzes seien, den Ausnahmezustand nach Art. 15 EMRK zu beenden. Das neue französische Anti-Terrorgesetz gilt seit dem 1.11.2017 (LOI No. 2017-1510 du 30.10.2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (1), <<https://www.legifrance.gouv.fr>>).

<sup>9</sup> So auch treffend C. *Johann*, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer, EMRK Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 15, Rn. 9.

tionserklärung<sup>10</sup> zunächst, ob die jeweilige Notstandsmaßnahme einen nach den besonderen Schrankenregelungen des jeweiligen Grundrechts gerechtfertigten Eingriff darstellt. Erst wenn dies nicht der Fall ist, widmet sich der EGMR den Voraussetzungen für eine wirksame Derogation nach Art. 15 EMRK.<sup>11</sup>

Die formellen Voraussetzungen für eine Derogationserklärung sind in Art. 15 Abs. 3 EMRK niedergelegt und werden vom EGMR von Amts wegen geprüft.<sup>12</sup> Die Vertragspartei, die von der EMRK abweichen will, muss den Generalsekretär des Europarats umfassend über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe unterrichten. Sie muss ihn auch darüber informieren, wenn die getroffenen Maßnahmen wieder außer Kraft treten.<sup>13</sup>

Von zentraler Bedeutung für die Anwendung von Art. 15 EMRK sind die in Abs. 1 und Abs. 2 niedergelegten materiellen Voraussetzungen. Danach ist zunächst eine Notstandslage erforderlich, d. h. es muss eine Bedrohung des Lebens der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand vorliegen. Weiterhin hat die jeweilige getroffene Maßnahme aufgrund der Lage unbedingt erforderlich zu sein. Schließlich muss die jeweilige Maßnahme mit sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei vereinbar sein und darf kein notstandsfestes Recht betreffen. Hierzu gehören das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) mit der Ausnahme von Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen, das Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung (Art. 3 EMRK), das Verbot der Sklaverei (Art. 4 Abs. 1 EMRK), der Grundsatz *“nulla poena sine lege”* (Art. 7 EMRK) und das Verbot der Todesstrafe (Art. 3 des 6. ZP und Art. 2 des 13. ZP zur EMRK).

Die grundlegende Frage des Art. 15 EMRK betrifft den Umfang richterlicher Kontrolle und damit die Rolle des EGMR. Wie viel *“judicial self-*

<sup>10</sup> Die Erklärung nach Art. 15 EMRK ist konstitutiv. Siehe u. a. *Brogan and others v. United Kingdom*, 29.11.1988, Series A No. 145-B, Abs. 48; vgl. auch EGMR, *Sakik and others v. Turkey*, 26.11.1997, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 1997-VII, Abs. 35-39.

<sup>11</sup> St. Rechtsprechung seit EGMR, *Ireland v. United Kingdom*, 18.1.1978, Series A No. 25, Abs. 191; siehe zuletzt *A. and others v. United Kingdom*, 19.2.2009, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2009-II, Abs. 161.

<sup>12</sup> EGMR, *Aksoy v. Turkey*, 18.12.1996, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 1996-VI, Abs. 86.

<sup>13</sup> Nicht notwendig ist dagegen, dass der derogierende Vertragsstaat diejenigen Grundrechte der EMRK ausdrücklich nennt, von denen abgewichen werden soll. So hat der Gerichtshof in den Urteilen *Mehmet Hasan Altan und Şahin Alpay v. Türkei* die türkische Derogationserklärung als formell rechtmäßig angesehen, obwohl sie lediglich darauf verweist, dass die getroffenen Notstandsmaßnahmen auch eine Abweichung von den Verpflichtungen der EMRK darstellen können. Er begründete dies damit, dass keine der am Streit beteiligten Parteien die formelle Rechtmäßigkeit der türkischen Erklärung bestritten habe. Siehe EGMR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey* (Anm. 4), Abs. 89; *Şahin Alpay v. Turkey* (Anm. 4), Abs. 73.

*restraint*<sup>14</sup> ist angemessen und wie weit sollte der den Vertragsparteien zustehende Beurteilungsspielraum,<sup>15</sup> der sog. “*margin of appreciation*”, reichen? Es geht dabei um zwei immer wiederkehrende Fragen: die nach der vertikalen Gewaltenteilung zwischen einem internationalen Gericht und den nationalen Zuständigkeiten<sup>16</sup> und nach der Rolle der Judikative gegenüber Exekutive und/oder Legislative in Ausnahmesituationen. Ist es angemessen, den Vertragsparteien im Rahmen von Art. 15 EMRK einen weiten Beurteilungsspielraum zuzubilligen, da der Staat freie Hand braucht, um die Gefahren effektiv zu bekämpfen?<sup>17</sup> Oder sollte die richterliche Kontrolle gerade intensiv sein, da Menschenrechte in Ausnahmesituationen besonders gefährdet sind?<sup>18</sup> Und was gilt in Situationen, in denen Grund zur Annahme besteht, dass der Ausnahmezustand als Deckmantel dazu dienen soll, die Demokratie zu schwächen oder gar abzuschaffen?

<sup>14</sup> Zutreffende Einordnung der *margin of appreciation*-Doktrin als Theorie des *judicial self-restraint*. Siehe u. a. P. Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, HRLJ 11 (1990), 57 (80 ff.); P. Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, HRLJ 19 (1998), 1 (4); E. Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, ZaöRV 56 (1996), 240 (297); D. McGoldrick, *A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by the Human Rights Committee*, ICLQ 65 (2016), 21 (22).

<sup>15</sup> Teilweise wird in der deutschen Literatur “*margin of appreciation*” auch mit Einschätzungsspielraum übersetzt. Siehe z. B. A. Peters/T. Altwicker, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. 2012, Kap. 3, Ziff. 18.

<sup>16</sup> So sagt der EGMR selbst: “*The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court.*” EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 184.

<sup>17</sup> Vgl. M. O’Boyle, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?*, HRLJ 19 (1998), 23 (24). Siehe hierzu auch allgemein R. Bernhardt, *Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum*, in: R. Bernard/W. K. Geck/G. Jaenicke/H. Steinberger (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte*, FS für H. Mosler, 1983, 75 (86): “*Wenn die legalen und demokratisch bestellten Organe eines Staates das Vorliegen der Voraussetzungen und die Notwendigkeit der getroffenen Maßnahmen mit plausiblen Gründen bejahen, dürfte es für eine internationale Instanz nicht leicht sein, das Gegenteil festzustellen.*”

<sup>18</sup> Einen solchen Ansatz vertreten z. B. O. Gross/F. Ní Aoláin, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, HRQ 23 (2001), 625. Siehe auch ausführlich unter II.

## II. Der Beurteilungsspielraum in der Rechtsprechung

Die Lehre vom *margin of appreciation* wurde maßgeblich im Rahmen des Art. 15 EMRK entwickelt.<sup>19</sup> Leitentscheidung ist das Urteil *Irland v. Vereinigtes Königreich* aus dem Jahr 1978. Darin betonte der Gerichtshof, dass im Rahmen von Art. 15 EMRK die Grenzen der richterlichen Überprüfungsbefugnis besonders deutlich werden.<sup>20</sup> Er entwickelte daher den noch heute geltenden Grundsatz des weiten Beurteilungsspielraums im Rahmen von Art. 15 EMRK.<sup>21</sup> Er führte aus:

“It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its] nation’ to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 [...] leaves those authorities a wide margin of appreciation.”<sup>22</sup>

Gleichzeitig betonte er, dass dieser weite Beurteilungsspielraum wiederum nicht unbegrenzt sei. Er sei vielmehr von einer europäischen Kontrolle begleitet.<sup>23</sup> Der Gerichtshof habe das Recht zu entscheiden, ob die Staaten bei der Krisenbekämpfung über das hinausgegangen seien, was der Lage nach unbedingt erforderlich war.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Erstmals ausdrücklich genannt in EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 207; siehe zuvor in Ansätzen EGMR, *Lawless v. Ireland* (No. 3), 1.7.1961, Series A No. 3, Abs. 28-37; aus der vorangegangenen Spruchpraxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte siehe EKMR, *Greece v. United Kingdom*, Bericht vom 7.5.1956, Nr. 176/56, Abs. 136 u. 143; EKMR, *Lawless v. Ireland*, Bericht vom 19.12.1959, Nr. 332/57, Abs. 90, 106, 107; EKMR, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, “Greek Case”, Bericht vom 5.11.1969, Nr. 3321/67 u. a., Abs. 154; siehe auch u. a. *M. O’Boyle* (Anm. 17), 23; *D. McGoldrick* (Anm. 14), 23.

<sup>20</sup> EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 207: “The Limits on the Court’s power of review (...) are particularly apparent where Article 15 (art. 15) is concerned.”

<sup>21</sup> Siehe allgemein zur Lehre vom Beurteilungsspielraums u. a. *E. Brems* (Anm. 14), 240 ff.; *A. Legg*, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, 2012; *A. von Ungern-Sternberg*, Die Konsensmethode des EGMR – Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und das innerstaatliche Demokratieprinzip, AVR 51 (2013), 312 ff. Nunmehr soll dieser Grundsatz im Rahmen des 15. Protokolls zur EMRK vom 24.6.2013 auch in die Präambel der EMRK eingefügt werden (Art. 1 des 15. Protokolls). Das 15. Protokoll ist derzeit noch nicht in Kraft getreten.

<sup>22</sup> EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 207.

<sup>23</sup> EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 207.

<sup>24</sup> EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 207.

Ausgehend von dieser Leitentscheidung hat sich eine Rechtsprechung entwickelt, die hinsichtlich der Notstandslage im Sinne von Art. 15 EMRK, den Staaten einen äußerst weiten Beurteilungsspielraum einräumt. Sie beschränkt sich diesbezüglich auf eine Plausibilitätsprüfung (siehe hierzu unter 1.). Das Merkmal der unbedingten Erforderlichkeit prüft der EGMR ausführlicher, er fragt, ob die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist und nimmt im Kern eine zurückhaltende Angemessenheitsprüfung<sup>25</sup> vor. Es gibt seit einiger Zeit eine Tendenz, diese etwas umfassender auszuführen, wenn auch an der Rhetorik des weiten Beurteilungsspielraums festgehalten wird. Insgesamt bleibt aber der genaue Spielraum vage (siehe unter 2.).

## 1. Notstandslage: Weiter Beurteilungsspielraum und Plausibilitätsprüfung

Nach dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 EMRK liegt ein Notstand vor, wenn das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht ist. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR bedeutet öffentlicher Notstand eine

“außergewöhnliche Krisen- oder Notstandssituation, welche die gesamte Bevölkerung betrifft und eine Bedrohung des organisierten Lebens der den Staat bildenden Gemeinschaft darstellt”.<sup>26</sup>

Merkmal dieser Krise ist zudem, dass sie aktuell oder unmittelbar bevorstehend ist und nicht mit den üblichen, von der Konvention erlaubten Maßnahmen zum Schutz der nationalen Sicherheit, Gesundheit oder anderen Zwecken bekämpft werden kann.<sup>27</sup>

Obwohl diese abstrakte Definition existiert, hat der EGMR noch nie einen konkreten Sachverhalt hierunter subsumiert.<sup>28</sup> Dies liegt abermals am sehr weiten Beurteilungsspielraum, den er den Vertragsparteien zubilligt.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> A. Peters/T. Altwicker (Anm. 15), Ziff. 3 Rn. 22 beschreiben die Prüfung als “Verhältnismäßigkeitsprüfung (im untechnischen Sinne)”.

<sup>26</sup> EGMR, *Lawless* (Anm. 19), Abs. 28; wiederholt u. a. in EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 176. Im Original heißt es: “an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organized life of the community of which the state is composed”.

<sup>27</sup> EKMR, *Greek Case* (Anm. 19), Abs. 153; wiederholt in EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 176.

<sup>28</sup> Am ehesten fand noch eine Subsumtion im ersten Hauptsacheurteil zu Art. 15 EMRK statt: Urteil *Lawless* (Anm. 19), Abs. 28-30.

<sup>29</sup> So erstmals ausdrücklich EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 207. Aus der nachfolgenden Rechtsprechung siehe u. a. EGMR, *Brannigan und McBride v. United*

Im Rahmen seiner Rechtsprechung ist der Gerichtshof immer nach einer sehr kurzen kursorischen Plausibilitätsprüfung<sup>30</sup> der Einschätzung der Staaten gefolgt.<sup>31</sup> Die konkrete Intensität der Bedrohung wurde nie geprüft. Dem entspricht auch die aktuelle Rechtsprechung zu der türkischen Derogationserklärung von 2016. So bejahte der Gerichtshof eine Notstandslage nach dem Putschversuch im Juli 2016 im Wesentlichen mit dem Argument, dass das türkische Verfassungsgericht dies bereits festgestellt habe.<sup>32</sup>

Weiterhin wurden die terroristischen Bedrohungen in Nordirland und Großbritannien durch die Irisch-Republikanische Armee (IRA),<sup>33</sup> durch die Arbeiterpartei Kurdistans (PKK) in der Türkei<sup>34</sup> und Al Qaida nach 9/11 im Vereinigten Königreich als öffentlicher Notstand angesehen. Letzteres bejahte der Gerichtshof im Urteil der Großen Kammer *A. u.a. v. Vereinigtes Königreich* aus dem Jahr 2009.<sup>35</sup> Dieses Urteil ist bemerkenswert, da es den weiten Beurteilungsspielraum der Vertragsparteien besonders deutlich aufzeigt. Das Vereinigte Königreich hatte sich im Jahr 2001 wegen der terroristischen Bedrohung durch Al Qaida auf einen Notstand berufen.<sup>36</sup> Dem folgte der EGMR. Er unterstrich in seiner Entscheidung, dass auch eine bloße Bedrohung für die Annahme eines Notstands ausreiche. Die Unmittelbarkeit einer Krise bzw. Ausnahmesituation verlange nicht, dass der Staat auf ein Unglück warten müsse, bevor er Maßnahmen ergreifen dürfe.<sup>37</sup> Bezüglich der Intensität der Bedrohung entschied der Gerichtshof, dass die Funktionsfähigkeit der staatlichen Organisationen nicht zwangsläufig ge-

---

*Kingdom*, 25.5.1993, Series A No. 258-B, Abs. 43; EGMR, *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 68; EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 173.

<sup>30</sup> Ähnlich *H. Krieger*, in: R. Grote/T. Maruhn, EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd. I, 2. Aufl. 2013, Kapitel 8: Notstand, Rn. 9. Sie spricht vom „Maßstab der Nachvollziehbarkeit“.

<sup>31</sup> Vgl. auch *D. J. Harris/M. O'Boyle/E. P. Bates/C. M. Buckley*, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl. 2014, 835: „The degree of scrutiny is hardly different from accepting the parties' own view of the situation.“

<sup>32</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 93; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 77.

<sup>33</sup> EGMR, *Lawless* (Anm. 19), Abs. 28-30; EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 205; EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 47; EGMR, *Marshall v. United Kingdom*, Zulässigkeitsentscheidung vom 10.7.2001, Nr. 41571/98, Ziff. B.

<sup>34</sup> EGMR, *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 70; siehe u. a. auch EGMR, *Demir v. Turkey*, 23.9.1998, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 1998-VI, Abs. 45.

<sup>35</sup> EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 177-181.

<sup>36</sup> House of Lords, Judgments – *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 16.12.2004.

<sup>37</sup> EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 177. Im Original heißt es: „The requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it.“



fährdet sein müsse.<sup>38</sup> Es komme auch nicht darauf an, ob andere Staaten in einer ähnlichen Bedrohungslage ebenfalls den Notstand ausgerufen hätten.<sup>39</sup>

Einen Sonderfall stellt dagegen der Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte im *Griechenland*-Fall aus dem Jahr 1969 dar. Das griechische Obristen-Regime hatte nach dem Putsch im Jahr 1967 den Ausnahmezustand erklärt und zahlreiche Grundrechte außer Kraft gesetzt. Die Kommission lehnte eine Notstandslage ab. Sie argumentierte, dass die Beweislast für eine Notstandslage bei der griechischen Regierung liege und sie diese nicht erfüllt habe.<sup>40</sup>

## 2. Unbedingte Erforderlichkeit: Wachsende Kontrolldichte

Bei der Untersuchung, ob eine unbedingt erforderliche Maßnahme vorliegt, verwendet der EGMR einen intensiveren Prüfungsmaßstab als bei der Frage der Notstandssituation.<sup>41</sup> Er nimmt nicht nur eine Plausibilitätsprüfung vor,<sup>42</sup> sondern führt im Kern eine "zurückhaltende" Verhältnismäßigkeitsprüfung durch.<sup>43</sup> Obwohl er weiterhin betont, dass den Staaten auch hier ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht,<sup>44</sup> gibt es teilweise eine Tendenz, die Verhältnismäßigkeitsprüfung immer umfassender und detaillierter

<sup>38</sup> *A. and others* (Anm. 11), Abs. 179; anders aber die Dissenting Opinion von Lord Hoffmann, zu dem in Anm. 36 genannten Urteil des House of Lords, *Judgments – A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 16.12.2004.

<sup>39</sup> EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 180.

<sup>40</sup> EKMR, *Greek Case* (Anm. 19), Abs. 154.

<sup>41</sup> Vgl. auch *D. J. Harris/M. O'Boyle/E. P. Bates/C. M. Buckley* (Anm. 31), 837.

<sup>42</sup> So aber noch im Grundsatz in der Entscheidung EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 211-221, insb. Abs. 212 "*were reasonably entitled to consider that normal legislation offered insufficient resources for the campaign against terrorism (...)*"; vgl. auch die Argumentation im ersten Urteil des EGMR zu Art. 15 EMRK, *Lawless* (Anm. 19), Abs. 31-38.

<sup>43</sup> Für einen generell strengeren Maßstab aber der Menschenrechtsausschuss hinsichtlich der Derogationsklausel in Art. 4 IPBPR. Der Menschenrechtsausschuss greift generell nicht auf die Lehre vom Beurteilungsspielraum zurück. Daher betont er sowohl die Bedeutung der ("normalen") Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 4 (siehe CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations During a State of Emergency, Adopted at the Seventy-second Session of the Human Rights Committee, on 31.8.2001, CCPR/C/21/Add.11, Abs. 4) als auch einen strengen Maßstab bei der Frage, ob eine Notstandslage vorliegt (CCPR/C/21/Add.11, Abs. 2).

<sup>44</sup> Ständige Rechtsprechung seit EGMR, *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 207; wiederholt u. a. in EGMR, *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 68; EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 184.

durchzuführen.<sup>45</sup> Abstrakte Maßstäbe für die Beurteilung sind die Bedeutung des beeinträchtigten Konventionsrechts, die Umstände des Notstands und die Dauer der Situation.<sup>46</sup> Im Urteil *A. u.a. v. Vereinigtes Königreich* aus dem Jahr 2009, hat der Gerichtshof entschieden, dass er bei der Abweichung von einem fundamentalen Recht wie Art. 5 EMRK prüfen muss, ob es sich um eine ernsthafte Maßnahme zur Bekämpfung der Notstandslage handelt (1.), ob diese Maßnahme vollumfänglich aufgrund der besonderen Umstände des Notfalls gerechtfertigt ist (2.) und ob es geeignete Vorkehrungen gegen Missbrauch gibt (3.).<sup>47</sup> Trotz dieser abstrakten Maßstäbe sind jedoch der genaue Umfang der Verhältnismäßigkeitsprüfung und die exakte Größe des Beurteilungsspielraums vage und schwer greifbar. Dies soll im Folgenden anhand der Rechtsprechung illustriert werden.

In den jüngeren Urteilen zu Art. 15 EMRK hat der Gerichtshof überwiegend die unbedingte Erforderlichkeit einer Maßnahme abgelehnt, so erstmals im Urteil *Aksoy v. Türkei* aus dem Jahr 1996<sup>48</sup> und zuletzt in den Urteilen *Mehmet Hasan Altan und Şahin Alpay v. Türkei* vom 20.3.2018.

Die Entscheidung *Aksoy v. Türkei* betraf folgenden Fall: Aufgrund des Ausnahmezustandes in Südost-Anatolien konnten Personen, die verdächtigt wurden, bestimmte Straftaten begangen zu haben, bis zu 30 Tage ohne Vorführung vor einen Richter inhaftiert werden.<sup>49</sup> Im konkreten Fall war der Beschwerdeführer aufgrund dieses Gesetzes mehr als zwei Wochen ohne richterliche Vorführung inhaftiert gewesen. Weiterhin wurde ihm während dieser Zeit auch der Zugang zu einem Anwalt, Arzt, Angehörigen oder Freunden verweigert. Der Gerichtshof bejahte eine Verletzung des Art. 5 Abs. 3 EMRK. Die zeitliche Grenze für die richterliche Vorführung eines Untersuchungshäftlings ist nach der Leitentscheidung *Brogan v. Vereinigtes Königreich* aus dem Jahr 1988 jedenfalls dann überschritten, wenn die Haft länger als 4 Tage und 6 Stunden dauert.<sup>50</sup> Die Türkei hatte diese Maßnahme mit den Besonderheiten des Anti-Terrorkampfes gegen die PKK im Rahmen von Art. 15 EMRK gerechtfertigt. Die Maßnahme sei unbedingt erforderlich, da die Mitglieder der PKK Befragungen widerstehen würden. Sie verfügten überdies über geheime Netzwerke und Zugang zu großen Res-

<sup>45</sup> So auch die Einschätzung von *M. O'Boyle* (Anm. 1), 339; anders aber *B. van der Sloot*, *Is All Fair in Love and War? An Analysis of the Case Law on Article 15 ECHR, Military Law and the Law of War Review* 53 (2014), 319 (326).

<sup>46</sup> St. Rechtsprechung: Siehe u. a. EGMR, *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 68; EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 43.

<sup>47</sup> EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 184.

<sup>48</sup> EGMR, *Aksoy* (Anm. 12).

<sup>49</sup> EGMR, *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 29 u. 71.

<sup>50</sup> EGMR, *Brogan and others* (Anm. 10), Abs. 62.

sources und Unterstützung aus benachbarten Ländern.<sup>51</sup> Der Gerichtshof entschied jedoch, dass die Maßnahme nicht unbedingt erforderlich war.<sup>52</sup> Dies begründete er insbesondere mit der langen Haftdauer und mangelnden Vorkehrungen gegen willkürliche Behandlungen. Der Beschwerdeführer war mangels Kontakt zur Außenwelt denjenigen, die ihn inhaftiert hatten, vollständig ausgeliefert. Schließlich hatte die Türkei auch nicht dargelegt, warum es die konkreten Umstände in Südostanatolien unmöglich machten, einen Untersuchungshäftling einem Haftrichter vorzuführen. Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof in späteren Urteilen gegen die Türkei bestätigt und weiter präzisiert.<sup>53</sup>

Weiterhin hat der EGMR auch im Urteil der Großen Kammer *A. u.a. v. Vereinigtes Königreich* die unbedingte Erforderlichkeit einer Maßnahme abgelehnt. Das Vereinigte Königreich hatte ein Gesetz erlassen, wonach terrorverdächtige Ausländer, für die kein sonstiger Haftgrund besteht, inhaftiert werden können, wenn eine Abschiebung nicht möglich ist. In Frage stand hier eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK. Das House of Lords hatte bereits festgestellt, dass diese Maßnahme nicht unbedingt erforderlich sei. Die Maßnahme diskriminiere unzulässig zwischen britischen Staatsangehörigen und Ausländern. Diesem Ansatz folgte der EGMR. Er sei grundsätzlich an die Feststellung des nationalen Gerichts gebunden, es sei denn, dieses lege die Konvention bzw. die Rechtsprechung des Gerichts falsch aus oder es handele sich um eine nationale Entscheidung, die offensichtlich unvernünftig sei.<sup>54</sup>

Schließlich hat der EGMR auch in seinen jüngsten Urteilen *Mehmet Hasan Altan und Şahin Alpay v. Türkei* die unbedingte Erforderlichkeit verneint. Der Gerichtshof nimmt in diesen Kammerentscheidungen ähnlich wie bereits in dem Urteil *A. u.a. v. Vereinigtes Königreich* keine eigenständige inhaltliche Prüfung vor. Grund war, dass das türkische Verfassungsgericht selbst schon eine fehlende Erforderlichkeit der Notstandsmaßnahme festgestellt und die türkische Regierung keine anderweitigen überzeugenden Beweise vorgelegt hatte.<sup>55</sup> Die Prüfung von Art. 15 EMRK fällt allerdings

---

<sup>51</sup> EGMR, *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 72.

<sup>52</sup> EGMR, *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 76-87.

<sup>53</sup> So kann auch die sofortige Vorführung vor einen Ermittlungsrichter nach der Haftzeit, eine besonders schwierige Ermittlungssituation und der Zugang zu einem Arzt nicht die unbedingte Erforderlichkeit einer Administrativhaft rechtfertigen, siehe EGMR, *Demir* (Anm. 34), Abs. 49-58.

<sup>54</sup> EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 174.

<sup>55</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 140; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 119.

weitaus kursorischer aus als im Urteil gegen das Vereinigte Königreich.<sup>56</sup> Die relevanten Aussagen umfassen lediglich zwei Randnummern, wobei die zweite zudem lediglich einen Rückverweis auf die erste darstellt.<sup>57</sup> Die Urteile betreffen zwei türkische Journalisten, die nach dem Putschversuch vom 15.7.2016 festgenommen wurden und sich in Untersuchungshaft befanden, da ihnen die Beteiligung an schweren Straftaten (u. a. die Beteiligung am Putschversuch) vorgeworfen wurde. Hauptbeweismittel hierfür waren von ihnen verfasste Zeitungsartikel bzw. Meinungsäußerungen im türkischen Fernsehen. Das türkische Verfassungsgericht hatte festgestellt, dass die Untersuchungshaft gegen die von der türkischen Verfassung garantierten Rechte auf Freiheit und Sicherheit sowie der Meinungs- und Pressefreiheit verstoßen habe. Dies begründete es insbesondere damit, dass die Journalisten aufgrund von Meinungsäußerungen und Veröffentlichungen in Haft genommen wurden, aus denen sich gerade kein hinreichender Tatverdacht ergebe.<sup>58</sup> Der Gerichtshof folgte der Sichtweise des türkischen Verfassungsgerichts, dass das Recht auf Freiheit und Sicherheit inhaltsleer sei, wenn eine Untersuchungshaft ohne überzeugende Beweise angeordnet werden könne und dass die Anordnung der Untersuchungshaft in den konkreten Fällen daher unverhältnismäßig sei.<sup>59</sup> Das gleiche gelte für eine Derogation der von Art. 10 EMRK geschützten Meinungsfreiheit.<sup>60</sup> Dabei sind die Ausführungen des EGMR in diesem Punkt abermals äußerst knapp. Er verweist lediglich auf seine Argumentation zur Derogationserklärung im Rahmen von Art. 5 EMRK.<sup>61</sup>

Als unbedingt erforderlich wurden Maßnahmen lediglich im Nordirlandkonflikt angesehen. Das letzte zentrale Urteil des EGMR zu diesem Konflikt stellt die Entscheidung des Plenums in *Brannigan und McBride v. Vereinigtes Königreich* aus dem Jahr 1993<sup>62</sup> dar (die in einer Unzulässigkeitsentscheidung aus dem Jahr 2001 nochmals bestätigt wurde).<sup>63</sup> Darin

<sup>56</sup> In dem Urteil *A. and others* (Anm. 11) umfasste die Begründung noch acht Randnummern (Abs. 182-190).

<sup>57</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 140 u. 213; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 119 u. 183.

<sup>58</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 35 ff.; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 31 ff.

<sup>59</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 140; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 119.

<sup>60</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 213; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 183.

<sup>61</sup> EGMR, *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 183. So heißt es: “*Lastly, with regard to the derogation by Turkey, the Court refers to its findings in paragraph 119 of this judgment. In the absence of any strong reasons to depart from its assessment concerning the application of Article 15 in relation to Article 5 § 1 of the Convention, the Court considers that these conclusions are also valid in the context of its examination under Article 10.*”

<sup>62</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29).

<sup>63</sup> EGMR, *Marshall* (Anm. 33).

wurde der Regierung noch ein weiter reichender Beurteilungsspielraum zubilligt als in den soeben dargestellten Entscheidungen. Der Sachverhalt war wie folgt: Die Inhaftierung von bestimmten Terrorverdächtigen konnte nach 48 Stunden durch die Exekutive um bis zu fünf Tage verlängert werden, ohne dass der Verdächtige einem Richter vorgeführt wurde und eine gerichtliche Überprüfung der Verlängerung möglich war. Gerichtlich überprüft werden konnte nur die ursprüngliche Inhaftierung selbst.<sup>64</sup> Konkret waren die damaligen Beschwerdeführer sechs Tage, 14 Stunden und 30 Minuten<sup>65</sup> bzw. vier Tage, sechs Stunden und 25 Minuten<sup>66</sup> ohne richterliche Anhörung in Untersuchungshaft gewesen. Dies hatte das Vereinigte Königreich damit begründet, dass die Entscheidung über die Verlängerung der Haftdauer aufgrund von vertraulichen Informationen erfolge, die nicht an den Anwalt des Inhaftierten herausgegeben werden könnten, ohne dass V-Männer in Gefahr geraten oder keine weiteren wertvollen Informationen mehr erlangt werden könnten. Weiterhin bestünde die Gefahr, dass die Richter in Nordirland nicht mehr als unabhängig angesehen werden, wenn sie über die Verlängerung entscheiden würden, da sie damit als Teil des Ermittlungs- und Anklageprozesses angesehen würden.<sup>67</sup> Diese Argumentation wurde von der Mehrheit des Gerichtshofs ohne weitere Prüfung bestätigt. Es sei nicht seine Aufgabe zu prüfen, welche Maßnahme am angemessensten sei.<sup>68</sup> Als Zusatzargument berief sich das Gericht darauf, dass es ausreichende Maßnahmen gegen Missbrauch gab. So hatten die Beschwerdeführer Zugang zu einem Anwalt und konnten zumindest die ursprüngliche Inhaftierung gerichtlich überprüfen lassen.<sup>69</sup> Bemerkenswert dabei ist, dass das Vereinigte Königreich seine ursprüngliche Derogationserklärung hinsichtlich des Nordirlandkonflikts bereits 1984 zurückgenommen hatte, im Anschluss aber im Jahr 1988 wegen genau dieser Inhaftierungspraxis verurteilt worden war.<sup>70</sup> Daher gab man 1989 eine erneute Derogationserklärung ab, die dann Gegenstand des Verfahrens *Brannigan und McBride* vor dem EGMR geworden war. Der EGMR sah diese Praxis aber als zuläs-

<sup>64</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 16 ff.

<sup>65</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 10 (*Peter Brannigan*).

<sup>66</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 11 (*Patrick McBride*).

<sup>67</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 56.

<sup>68</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 59. Im Original heißt es: "It is not the Court's role to substitute its view as to what measures were most appropriate or expedient at the relevant time in dealing with an emergency situation for that of the Government which have direct responsibility for establishing the balance between the taking of effective measures to combat terrorism on the one hand, and respecting individual rights on the other (...)." Diese Entscheidung wurde aber in den Dissenting Opinions der Richter *Petitti* und *Walsh* kritisiert.

<sup>69</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 62-65.

<sup>70</sup> EGMR, *Brogan and others* (Anm. 10), Abs. 58-62.

sig an, da es sich bei der Maßnahme des Vereinigten Königreichs um eine ernsthafte Maßnahme zur Terrorbekämpfung handelte.<sup>71</sup>

### III. Neue Kriterien für einen differenzierten<sup>72</sup> Beurteilungsspielraum

Der in der Rechtsprechung implizit vorhandene Weg eines differenzierten Beurteilungsspielraums ist zu begrüßen. Die Maßstäbe dafür sind allerdings (noch) zu vage und unklar gehalten. Es ist daher notwendig, diesen Ansatz weiter zu entwickeln und zu präzisieren. So muss danach unterschieden werden, ob die Notstandslage oder die unbedingte Erforderlichkeit einer konkreten Maßnahme geprüft wird.<sup>73</sup> Sachgerecht ist, den Vertragsparteien einen weiten Beurteilungsspielraum<sup>74</sup> hinsichtlich des Vorhandenseins der Notstandslage einzuräumen und die richterliche Überprüfung auf eine Plausibilitätskontrolle zu beschränken (siehe hierzu unter 1.). Dies bedingt aber grundsätzlich einen geringeren Beurteilungsspielraum im Rahmen der Prüfung der unbedingten Erforderlichkeit. Um den Anforderungen von Art. 15 EMRK besser gerecht zu werden, werden für die Bestimmung dieses Beurteilungsspielraums neue Kriterien entwickelt (siehe hierzu unter 2.).

<sup>71</sup> EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 51.

<sup>72</sup> Soweit ersichtlich wurde diese Formulierung erstmals von *M. O'Boyle* in dem Aufsatz "The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?" (Anm. 17), 29 verwendet. Dort heißt es: "A differentiated approach to the questions of the existence of an emergency and the proportionality of derogatory measures seems called for."

<sup>73</sup> Ein solcher Ansatz findet sich bereits in der Meinung des damaligen Mitglieds der Europäischen Kommission für Menschenrechte *Erim* im *Lawless*-Bericht der Kommission (Anm. 19), Abs. 114: "As I said there, the Respondent Government should be allowed a certain discretion in appreciating the character of the emergency. It is nevertheless essential to go on to consider more closely whether the measures taken by the Respondent Government come within the 'extent strictly required' and whether they conflict with other obligations in international law." Siehe auch *H. Krieger* (Anm. 30), Rn. 13.

<sup>74</sup> Für einen geringen Beurteilungsspielraum auch *C. Michaelsen*, The Proportionality Principle in the Context of Anti-Terrorism Laws: An Inquiry into the Boundaries between Human Rights Law and Public Policy, in: *M. Gani/P. Matthews*, *Fresh Perspectives on the War on Terror*, 2009, 109 ff.

## 1. Notstandslage: Großer Beurteilungsspielraum

Den Vertragsparteien ist ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Beurteilung der Gefahrensituation und ihrer Einstufung als Notstandslage zuzubilligen.<sup>75</sup> Es handelt sich um Entscheidungen, die den Kern nationaler Selbstbestimmung und Souveränität betreffen und daher am besten durch die Vertragspartei selbst, idealerweise vom nationalen Parlament getroffen werden. Hier steht den Vertragsparteien ein großer Beurteilungsspielraum zu, das erlaubte Spektrum ist weit. Die Grenzen liegen freilich dort, wo keine plausible und genuine Notlage mehr vorliegt. Solches ist der Fall, wenn ersichtlich gar keine besondere gefährliche Situation in einem Land besteht oder es missbräuchlich wäre, einen Notstand zu erklären.

Dies folgt daraus, dass es sich im Wesentlichen um eine politische Entscheidung handelt, wie eine bestimmte Gefahrensituation eingeschätzt wird.<sup>76</sup> So ist die Einstufung einer Gefahrenlage als eine besonders schwerwiegende Ausnahmesituation immer auch eine Wertungs- und Prognoseentscheidung, die von vielen Faktoren abhängig ist, wie dem allgemeinen Sicherheitsbefinden der Bevölkerung oder der Bewertung einer bestimmten Gefahr. Schließlich ist es gerade Aufgabe und Verantwortung des Nationalstaats, die Bevölkerung vor Gefahren zu schützen.<sup>77</sup>

Das Argument des EGMR, dass hier die nationalen Stellen besser als der internationale Richter in der Lage sind, konkrete Lagen zu bewerten, überzeugt. Die nationalen Stellen können die Gefahrenlage vor Ort am besten beurteilen. Sie verfügen über mehr Informationsquellen als etwa der EGMR. Sie können zudem, anders als der Gerichtshof, auf Geheimdienstinformationen zurückgreifen, um die konkrete Situation einzuschätzen.<sup>78</sup>

Weiterhin sagt die Feststellung, ob eine Notstandslage vorliegt oder nicht, noch nichts darüber aus, ob eine konkrete Maßnahme tatsächlich erlaubt oder verboten ist. Das entscheidet sich im Kern erst am nächsten Prüfungspunkt der unbedingten Erforderlichkeit.

---

<sup>75</sup> Anders aber z. B.: EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Concurring Opinion des Richters *Martens*, Nr. 4; *A. Greene*, Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights, GLJ 12 (2001), 1765 ff. Sein Hauptargument ist, dass durch die Annahme des weiten Beurteilungsspielraums die Unterschiede zwischen Ausnahme- und Normalzustand verwischt würden.

<sup>76</sup> So bereits das Sondervotum von *Süsterhenn* im *Greek Case* (Anm. 19), Abs. 18; ähnlich auch *H. Krieger* (Anm. 30), Rn. 13.

<sup>77</sup> So schon das Votum der Mitglieder der Europäischen Kommission für Menschenrechte *Waldock, Berg, Faber, Crosbie* und *Erim*, EKMR, Fall *Lawless* (Anm. 19), Abs. 90.

<sup>78</sup> Vgl. auch *R. Bernhardt* (Anm. 17), 86.

Schließlich entspricht ein solcher Ansatz auch dem hinter der Lehre vom “*margin of appreciation*” stehenden Pragmatismus des Selbsterhalts.<sup>79</sup> Der EGMR kann seine Autorität nur wahren, wenn die Mitgliedstaaten seine Urteile respektieren.<sup>80</sup> Die rechtlichen Sanktionsmechanismen des Ministerkomitees zur Durchsetzung der Urteile sind hierzu letztendlich nur komplementär. Wenn der EGMR eine Notstandslage ablehnt, besteht aufgrund des betroffenen Kernbereichs der nationalen Souveränität und der in einer Gefahrensituation besonderen innenpolitischen Lage gerade abstrakt die größte Gefahr, dass der Staat das Urteil nicht befolgt oder sogar die EMRK kündigt.<sup>81</sup> So geschehen im Fall des griechischen Obristenregimes, das die EMRK kündigte, nachdem die Europäische Kommission für Menschenrechte eine Notstandslage abgelehnt hatte.<sup>82</sup> Einschlägige Norm war dabei Art. 58 Abs. 1 EMRK, der den Vertragsparteien die jederzeitige Kündigung der EMRK nach dem Ablauf von fünf Jahren mit einer Frist von sechs Monaten erlaubt.

## 2. Unbedingte Erforderlichkeit: Strengere aber differenzierte Kontrolle

Hinsichtlich der Frage, ob eine Maßnahme nach Art. 15 EMRK unbedingt erforderlich ist, ist dahingegen eine genauere richterliche Überprüfung sachgerecht und notwendig. Eine bloße Plausibilitätsprüfung reicht nicht aus. Vielmehr ist – und das entspricht auch grundsätzlich der Tendenz der soeben dargestellten Rechtsprechung – eine (zurückhaltende) Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen.<sup>83</sup> Die Einschätzung, ob eine konkrete Abweichung von einem nicht notstandsfesten Recht der EMRK aufgrund der besonderen Krisensituation unbedingt erforderlich ist, kann nicht primär der derogierenden Vertragspartei überlassen werden. Der EGMR muss eine strengere Kontrolle durchführen, um den effektiven Schutz der Konventionsrechte auch in Notstandssituationen zu gewährleisten. Zu berücksichti-

<sup>79</sup> Vgl. auch *E. Brems* (Anm. 14), 297 f.

<sup>80</sup> Siehe auch *N. P. Engel*, Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *EuGRZ* 30 (2003), 122 (122).

<sup>81</sup> Vgl. auch *S. Schmahl*, Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen, in: *D. Fleck*, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, 125 (131).

<sup>82</sup> Siehe oben unter I. 1.

<sup>83</sup> Für eine genauere Prüfung als im Rahmen der allgemeinen Schrankenregelungen der Art. 8-11 EMRK, *H. Krieger* (Anm. 30), Rn. 13.



gen sind insbesondere die Intensität der Krise, die Dauer des Notstands<sup>84</sup> sowie der Umfang in dem von den Rechten der EMRK abgewichen wird. Zentral ist dabei die Überprüfung, ob es geeignete Maßnahmen gegen Missbrauch und insbesondere eine effektive richterliche Kontrolle gibt.<sup>85</sup> Letztere sichert in einem besonderen Maße die Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung auch in einer Notstandssituation und dient damit auch der Erhaltung der Demokratie.<sup>86</sup> Daher hat der EGMR in seiner neueren Rechtsprechung zu Art. 15 EMRK richtigerweise auch maßgeblich auf das Kriterium der Missbrauchskontrolle abgestellt.<sup>87</sup> Allerdings kann auch eine (vorbeugende) richterliche Kontrolle nicht jede Maßnahme rechtfertigen.<sup>88</sup>

Die Zubilligung eines weiten Beurteilungsspielraums im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere hinsichtlich der Frage der Angemessenheit einer spezifischen Maßnahme, kann allerdings nicht *per se* bejaht werden.<sup>89</sup> Vielmehr werden im Folgenden Kriterien neu herausgearbeitet, die für die Bestimmung des Umfangs des Beurteilungsspielraums herangezogen werden können. Abstrakt kommt es darauf an, welche Rechte der EMRK eingeschränkt werden (siehe hierzu unter b)) und wie die politische und rechtliche Lage innerhalb des derogierenden Staates zu bewerten ist (siehe hierzu unter a)).

#### a) Die Situation des derogierenden Staats

Für den Umfang des Beurteilungsspielraums ist zunächst die Art des Ausnahmezustands das entscheidende Kriterium (siehe unter aa)): Liegt ein „*demokratiewahrender*“ oder ein „*demokratiegefährdender*“ Ausnahmezustand vor? Daneben sind die Dauer des Ausnahmezustands (siehe unter bb)), die Funktionsfähigkeit der nationalen Justiz (siehe unter cc)) und die mögliche Diskriminierung von Minderheiten (siehe unter dd)) von Bedeutung.

---

<sup>84</sup> So auch die Rechtsprechung EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 178. Siehe hierzu auch noch ausführlich sogleich.

<sup>85</sup> *M. O'Boyle* (Anm. 1), 340.

<sup>86</sup> *M. O'Boyle* (Anm. 1), 340; vgl. auch allgemein zur Bedeutung der richterlichen Kontrolle als Schutz vor Willkür aus der jüngeren Rechtsprechung EGMR, *Al Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, 21.6.2016, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2016, Abs. 145 ff.

<sup>87</sup> Siehe oben unter I. 2.

<sup>88</sup> Vgl. z. B. die Entscheidung des EGMR (allerdings in einer Normallage) *Niemietz v. Germany*, 16.12.1992, Series A No. 251-B, Abs. 37.

<sup>89</sup> Generell einen weiten Beurteilungsspielraum verneinend: EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Concurring Opinion des Richters *Martens*, Nr. 4.

## aa) Demokratiegefährdender vs. demokratiewahrender Ausnahmezustand

Zunächst ist die Art des Ausnahmezustands maßgeblich.<sup>90</sup> Es sind dabei grundsätzlich zwei Situationen zu unterscheiden. Zum einen kann es sich um eine Gefahrensituation handeln, in der ein Staat hierauf bezogene ernsthafte Abwehrmaßnahmen ergreift. Diese dienen grundsätzlich dazu die jeweilige Gefahr zu bekämpfen, um die demokratische Ordnung zu erhalten bzw. wiederherzustellen. In einer solchen Situation ist grundsätzlich von einem weiten Beurteilungsspielraum auszugehen. Ein solcher sog. „*demokratiewahrender Ausnahmezustand*“ liegt insbesondere dann vor, wenn lediglich temporäre Einzelmaßnahmen zur Bekämpfung einer bestimmten Gefahr beschlossen werden und diese Maßnahmen parlamentarisch und gerichtlich überwacht und kontrolliert werden. Zudem dürfen sie nicht oder nur in sehr geringem Umfang von weiteren dauerhaften Maßnahmen begleitet werden, die darauf abzielen, das demokratische politische System selbst abzuändern (wie z. B.: die dauerhafte Übertragung von zentralen Kompetenzen des Parlaments auf die Exekutive) und die Verfassungsordnung neu zu gestalten.

Exemplarisch für einen solchen „*demokratiewahrenden Ausnahmezustand*“ war die Situation in Frankreich nach den Terroranschlägen vom 13.11.2015. Am 14.11.2015 wurde der Ausnahmezustand ausgerufen und am 24.11.2015 die Derogation gem. Art. 15 EMRK erklärt.<sup>91</sup> Innerstaatliche Rechtsgrundlage für die Ausrufung des Ausnahmezustands und seiner Rechtsfolgen war ein über 60 Jahre altes (vorverfassungsrechtliches) Gesetz zum Ausnahmezustand; das Gesetz vom 3.4.1955 „*Loi relatif à l'Etat d'urgence*“.<sup>92</sup> Folge der Ausrufung waren besondere (außerhalb der sonst geltenden Gesetze) Eingriffsbefugnisse der Exekutive in die Grundrechte. Diese Eingriffsbefugnisse sind im Gesetz zum Ausnahmezustand selbst geregelt. Zu den zentralen und wichtigsten Befugnissen gehörten etwa das Recht der Exekutive einen temporären präventiven Hausarrest ohne vorangegangenen richterlichen Beschluss anzuordnen<sup>93</sup> sowie eine Hausdurchsuchung bei Tag und Nacht ohne richterlichen Durchsuchungsbefehl.<sup>94</sup> Nach

<sup>90</sup> Vgl. für einen ähnlichen Ansatz auch O. Gross/F. Ní Aoláin (Anm. 18), 644 f.; E. J. Criddle, Chapter 8 Protecting Human Rights During Emergencies: Delegation, Derogation, and Deference, NYIL 2014, 197 (216).

<sup>91</sup> Siehe Anm. 6.

<sup>92</sup> Die aktuelle Fassung des französischen Gesetzes zum Ausnahmezustand (Stand: 22.3.2018) ist verfügbar unter: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>.

<sup>93</sup> Art. 6 des Gesetzes zum Ausnahmezustand vom 3.4.1955 „*Loi relatif à l'Etat d'urgence*“.

<sup>94</sup> Art. 11 des Gesetzes zum Ausnahmezustand vom 3.4.1955 „*Loi relatif à l'Etat d'urgence*“.

Angaben des französischen Innenministers wurden in dem knapp zwei Jahre andauernden Ausnahmezustand 4.457 solcher Hausdurchsuchungen durchgeführt und 752 Personen unter Hausarrest gestellt.<sup>95</sup>

Die im Einzelfall verhängten Maßnahmen konnten<sup>96</sup> und wurden durch die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit auf ihre Rechtmäßigkeit und insbesondere auch auf Angemessenheit im Einzelfall überprüft.<sup>97</sup> Die Exekutive wurde insoweit durch die Judikative kontrolliert und überwacht.<sup>98</sup> Schließlich waren die im Gesetz zum Ausnahmezustand geregelten Befugnisse der Exekutive insgesamt neun Mal<sup>99</sup> Gegenstand von Entscheidungen des französischen Verfassungsgerichts (dem *Conseil Constitutionnel*). In insgesamt sieben Entscheidungen wurden einzelne Regelungen als verfassungswidrig angesehen<sup>100</sup> und das Gesetz zum Ausnahmezustand aus dem Jahr 1955 entsprechend abgeändert.<sup>101</sup> Insofern hat sich der französische Rechtsstaat im Ausnahmezustand bewährt.<sup>102</sup>

Weiterhin gab es auch eine umfassende parlamentarische Kontrolle. Das französische Parlament hat erstmals am 20.11.2015<sup>103</sup> und dann weitere fünf Mal durch Gesetz über die Verlängerung des Ausnahmezustands entschieden.<sup>104</sup> Schließlich lag die Entscheidung über Art und Umfang der Sonder-

<sup>95</sup> Siehe die Angaben des französischen Innenministers, <<https://www.lexpress.fr>>.

<sup>96</sup> Siehe Art. 14.1 des Gesetzes zum Ausnahmezustand vom 3.4.1955 "*Loi relatif à l'Etat d'urgence*".

<sup>97</sup> *X. Domino*, Le juge administratif français face à l'état d'urgence, RUDH 22 (2016), 6 (7 f.); siehe als Beispiele aus der Rechtsprechung z. B. Conseil d'État, Ordonnance, M.C., No. 396570 vom 9.2.2016; *M.E. et autres, M.H. et autres*, Nos. 398234, 399135, 6.7. 2016.

<sup>98</sup> *X. Domino* (Anm. 97), 7 f.

<sup>99</sup> Siehe folgende Entscheidungen des Conseil Constitutionnel: Décision No. 2015-527 QPC vom 22.12.2015; Décision No. 2016-535 QPC vom 19.2.2016; Décision No. 2016-536 vom 19.2.2016; Décision No. 2016-567/568 QPC vom 23.9.2016; Décision No. 2016-600 QPC vom 2.12.2016; Décision No. 2017-624 QPC vom 16.3.2017; Décision No. 2017-635 QPC vom 9.6.2017; Décision No. 2017-677 QPC vom 1.12.2017 und Décision No. 2017-684 QPC vom 11.1.2018. Vgl. auch die Décision No. 2017-628 QPC vom 4.8.2017 zu korrespondierenden Anti-Terror-Maßnahmen.

<sup>100</sup> Siehe folgende Entscheidungen des Conseil Constitutionnel: Décision No. 2016-536 vom 19.2.2016; Décision No. 2016-567/568 QPC vom 23.9.2016; Décision No. 2016-600 QPC vom 2.12.2016; Décision No. 2017-624 QPC vom 16.3.2017; Décision No. 2017-635 QPC vom 9.6.2017; Décision No. 2017-677 QPC vom 1.12.2017 und Décision No. 2017-684 QPC vom 11.1.2018.

<sup>101</sup> Siehe das Gesetz zum Ausnahmezustand vom 3.4.1955 "*Loi relatif à l'Etat d'urgence*" in der Fassung vom 22.3.2018 (Anm. 92).

<sup>102</sup> Vgl. auch *X. Domino* (Anm. 97).

<sup>103</sup> Siehe das Gesetz vom 20.11.2015: LOI No. 2015-1501 du 20.11.2015 prorogeant l'application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions (1).

<sup>104</sup> Zweite Verlängerung durch Gesetz vom 19.2.2016 (LOI No. 2016-162 du 19.2.2016 prorogeant l'application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence (1); Dritte

befugnisse der Exekutive im Ausnahmezustand allein beim französischen Parlament. Die Rechtsgrundlage für das Handeln der Exekutive war ein Gesetz, das auch im Ausnahmezustand selbst immer wieder vom Parlament verändert wurde.<sup>105</sup> Zudem bestand die Pflicht der Exekutive das französische Parlament, die Nationalversammlung und den Senat, über alle im Ausnahmezustand getroffenen Maßnahmen zu informieren.<sup>106</sup>

Letztendlich gab es in Frankreich keine Anhaltspunkte, dass die Maßnahmen im Ausnahmezustand zur Beseitigung oder Zerstörung der demokratischen Ordnung verwendet würden. So gab es keine das politische System selbst umgestaltende Verfassungsänderungen.<sup>107</sup> Von den weitreichenden Notstandsbefugnissen des Präsidenten, die in Art. 16 der französischen Verfassung niedergelegt sind, wurde bewusst kein Gebrauch gemacht.

In der zweiten denkbaren Situation liegt ein „*demokratiegefährdender Ausnahmezustand*“ vor. Es gibt Anzeichen und Indizien dafür, dass die Gefahr besteht, dass die im Ausnahmezustand getroffenen Maßnahmen nicht (nur) der Gefahrenabwehr dienen, sondern auch dazu verwendet werden, die Demokratie abzuschaffen oder demokratische Strukturen zu schwächen.<sup>108</sup> Dies ist im Einzelfall schwer festzustellen und immer auch eine Wertungs- bzw. Prognoseentscheidung. Es gibt allerdings insbesondere auch aufgrund historischer Erfahrungen, objektive Anhaltspunkte (dazu

---

Verlängerung durch Gesetz vom 20.5.2016 (LOI No. 2016-629 du 20.5.2016 prorogeant l'application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence (1)); Vierte Verlängerung durch Gesetz vom 21.7.2016 (LOI No. 2016-987 du 21.7.2016 prorogeant l'application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste (1)); Fünfte Verlängerung durch Gesetz vom 19.12.2016 (LOI No. 2016-1767 du 19.12.2016 prorogeant l'application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence); Sechste und letzte Verlängerung durch Gesetz vom 11.7.2017 (LOI No. 2017-1154 du 11.7.2017 prorogeant l'application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence (1)).

<sup>105</sup> Siehe z. B.: das Gesetz vom 11.7. 2017 (LOI No. 2017-1154 du 11.7.2017 prorogeant l'application de la loi No. 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence (1)).

<sup>106</sup> Siehe Art. 4.1 des Gesetzes zum Ausnahmezustand vom 3.4.1955 „*Loi relatif à l'Etat d'urgence*“.

<sup>107</sup> In Frankreich gab es lediglich Vorschläge zur Verfassungsänderung des ehemaligen Präsidenten *Hollande*, die sich aber nicht durchsetzen konnten. Diese betrafen die Konstitutionalisierung des Ausnahmezustands und die Möglichkeit des Entzugs der französischen Staatsangehörigkeit für solche Doppelstaatsangehörigen, die wegen eines staatsgefährdenden Verbrechens verurteilt sind (siehe *Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, <<http://www.assemblee-nationale.fr>>. Siehe zu dem Scheitern dieses Projekts: *O. Beaud*, *L'échec de la révision constitutionnelle: leçons d'un fiasco présidentiel*, JP Blog, 14.4.2016, <<http://blog.juspoliticum.com>>.

<sup>108</sup> Siehe zu dieser Gefahr des Ausnahmezustands z. B. *N. Questiaux*, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, UN DOC E/CN4/2 of 27.7.1982, Abs. 129 ff.

sogleich), die herangezogen werden können. Je mehr solcher Indizien vorliegen, desto geringer ist der Beurteilungsspielraum. Die Begrenzung des Beurteilungsspielraums folgt aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der EMRK. Auch im Rahmen von Art. 15 EMRK können nur solche Maßnahmen mit der EMRK vereinbar sein, die der Erhaltung bzw. Aufrechterhaltung eines demokratischen Staatswesens dienen.<sup>109</sup> Dies zeigt sich im Wortlaut der Präambel

“in Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, welche [...] am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung [...] gesichert werden”,

sowie in den Regelungen der Art. 17 EMRK

“Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat [...], das Recht, eine [...] Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als in der Konvention vorgesehen ist.”

und Art. 18 EMRK

“Die nach dieser Konvention zulässigen Einschränkungen der genannten Rechte und Freiheiten dürfen nur zu den vorgesehenen Zwecken erfolgen.”

Weiter wird dies auch durch die ausdrücklichen Schrankenregelungen in Art. 8-11 der EMRK (*“notwendig in einer demokratischen Gesellschaft”*) bestätigt. Dem entspricht schließlich die Rechtsprechung des EGMR selbst, der mehrfach betont hat, dass die Demokratie die einzige mit der EMRK vereinbare Staatsform ist.<sup>110</sup> Eine Andeutung in diese Richtung findet sich

<sup>109</sup> Ähnlich bereits *T. Stein*, Die Außerkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge, in: I. Maier/J. Schmude, Europäischer Menschenrechtsschutz: Schranken und Wirkungen, 1982, 135 (144 f.); *H.-E. Kitz*, Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1982, 77; zustimmend auch *H. Krieger* (Anm. 30), Rn. 37; siehe auch schon das Sondervotum des Kommissionsmitglieds *Busutill* im *Greek Case* (Anm. 19), Abs. 238 (S. 119): “*It follows, therefore, from Articles 17 and 18 and the Preamble, read together with Article 15, that, while a High Contracting State remains free to invoke its right to derogate under Article 15, such derogation, or other restrictions applied, must not be aimed at destroying any of the democratic rights and freedoms guaranteed in the Convention. Thus, a revolutionary government is entitled to derogate under Article 15, provided that it is able to show that the measure of derogation is ultimately aimed at restoring democratic rights and freedoms and not at destroying them.*” Die Kommission selbst hatte die Entscheidung über das Argument der Antragsteller, dass die Errichtung eines totalitären Regimes, die Anwendung von Art. 15 EMRK ausschliesse (siehe *Greek Case* [Anm. 19], Abs. 224), offengelassen (*Greek Case* [Anm. 19], Abs. 225).

<sup>110</sup> Siehe z. B. EGMR, *Ždanokav v. Latvia*, Urteil vom 16.3.2006, Nr. 58278/00, Abs. 98 m. w. N.

auch in den Urteilen *Mehmet Hasan Altan und Şahin Alpay v. Türkei*. Der EGMR weist in einem *obiter dictum* klar daraufhin, dass auch die in einem Ausnahmezustand getroffenen Maßnahmen dem Schutz der demokratischen Ordnung dienen müssen.<sup>111</sup>

Anhaltspunkte für einen demokratiegefährdenden Ausnahmezustand sind zunächst die mangelhafte oder fehlende gerichtliche und/oder parlamentarische Kontrolle der im Ausnahmezustand getroffenen Maßnahmen der Exekutive. Hinzutreten kann, dass die Legislative generell nicht oder nur noch in einem geringen Umfang ihrer normalen Funktion nachkommen kann und ihre Aufgaben von der Exekutive übernommen werden<sup>112</sup> und die Exekutive dann in einem nicht unerheblichen Umfang Anordnungen mit dauerhafter Wirkung trifft.<sup>113</sup> Als weiteres Indiz gilt, dass insbesondere auch diejenigen Grundrechte stark eingeschränkt bzw. außer Kraft gesetzt werden, die gerade konstituierend für eine demokratische Ordnung sind, etwa die Meinungsfreiheit.<sup>114</sup>

Zentraler Indikator sind jedoch Verfassungsänderungen im Ausnahmezustand, die das politische System selbst umgestalten, mit dem Ziel, eine bestehende demokratische und rechtsstaatliche Ordnung teilweise abzuschaffen oder in eine Diktatur umzuwandeln.<sup>115</sup> Hierbei geht es um die Errichtung einer unbeschränkten oder nur geringfügigen begrenzten monopolisierten Herrschaft einer Person, Gruppe oder Partei.<sup>116</sup> Hierzu zählen ins-

<sup>111</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 210; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 180.

<sup>112</sup> Vgl. hierzu auch die Paris Minimum Standards of Human Rights in a State of Emergency der International Law Association aus dem Jahr 1985. Dort heißt es (Nr. 5): “*The legislature shall not be dissolved during the period of emergency but shall continue to function; if dissolution of a particular legislature is warranted, it shall be replaced as soon as practicable by a legislature duly elected in accordance with the requirements of the constitution, which shall ensure that it is freely chosen and representative of the entire nation.*” Siehe R. B. Lillich, *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, AJIL 79 (1985), 1072 (1074).

<sup>113</sup> Vgl. hierzu auch die Venedig-Kommission des Europarates, Opinion No. 865/2017, Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15.7.2016, Adopted by the Venice Commission at its 109<sup>th</sup> Plenary Session (Venedig, 9.-10.12.2016), Abs. 155: “*(...) permanent changes of the legislation should not be enacted in the framework of an emergency regime; their permanent necessity should rather be debated in ordinary parliamentary procedures, without any time pressure and far from emotional reactions caused by the dramatic events which led to the state of emergency.*”

<sup>114</sup> Siehe zu dieser Rolle der Meinungsfreiheit z. B.: EGMR, *Handyside v. United Kingdom*, 7.12.1976, Series A No. 24, Abs. 49; *Éditions Plon v. France*, Urteil vom 18.4.2004, Nr. 58148/00, Abs. 42; BVerfGE 5, 85 (205) – *KPD Verbot*; BVerfGE 7, 198 (208) – *Lüth*.

<sup>115</sup> Siehe auch *N. Questiaux* (Anm. 108), Abs. 130 f.

<sup>116</sup> Siehe zu dieser allgemeinen Definition einer Diktatur, W. Heun, in: W. Heun/M. Honacker/M. Morlok/J. Wieland, *Evangelisches Staatslexikon*, 2006, Stichwort Diktatur, 378 (379 f.).

besondere solche Verfassungsänderungen,<sup>117</sup> die zentrale Kompetenzen des Parlaments auf die Exekutive übertragen, die Begrenzung der Kompetenzen der Judikative vorsehen und/oder in die Grundsätze der Gewaltenteilung nicht nur unerheblich eingreifen oder diese aufheben. Ein klares und drastisches Beispiel für eine solche Verfassungsänderung ist das *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* [“Ermächtigungsgesetz”] vom 24.3.1933.<sup>118</sup>

Schließlich ist auch die gesamte innenpolitische Lage zu berücksichtigen. Gibt es Indizien, dass der Ausnahmezustand dazu benutzt wird, die Opposition durch willkürliche Verhaftungen und/oder Entlassungen zum Schweigen zu bringen? Herrscht in dem jeweiligen Land ein Klima der Angst und Einschüchterung? Werden regierungskritische Medien oder Organisationen verboten, die mit der eigentlichen Gefahr nicht direkt in Verbindung gebracht werden können? Und kann in dem jeweiligen Land frei über die getroffenen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr diskutiert werden?

Anhaltspunkte für einen solchen demokratiegefährdenden Ausnahmezustand lagen in der Türkei vor. Daher stand der Türkei im Rahmen der Prüfung der “*unbedingten Erforderlichkeit*” grundsätzlich ein geringer Beurteilungsspielraum zu.

In der Türkei wurde nach dem gescheiterten Staatsstreich am 15.7.2016 am 20.7.2016 der Ausnahmezustand ausgerufen und am 19.7.2018 aufgehoben.<sup>119</sup> Rechtsgrundlage für die Ausrufung des Ausnahmezustands waren Art. 120 der türkischen Verfassung aus dem Jahr 1982<sup>120</sup> und das türkische Gesetz vom 25.10.1983 über den Ausnahmezustand.<sup>121</sup> Der Ausnahmezu-

---

<sup>117</sup> Daher verbieten auch einige Verfassungen Änderungen für die Dauer des Ausnahmezustands. Siehe hierzu z. B. Art. 289 der portugiesischen Verfassung; Art. 169 der spanischen Verfassung; Art. 157 Abs. 2 der Verfassung der Ukraine; vgl. auch Art. 169 der belgischen Verfassung.

<sup>118</sup> Reichsgesetzblatt 1933, Nr. 25, 141. In dem Ermächtigungsgesetz wurden mit zwei zentralen Regelungen im Prinzip die gesamte Weimarer Verfassung außer Kraft gesetzt. Art. 1 bestimmte, dass die Reichsregierung nunmehr alle Gesetze beschließen kann. Art. 2 regelte, dass die von der Reichsregierung beschlossenen Gesetze auch von der Weimarer Verfassung abweichen konnten, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben und die Rechte des Reichspräsidenten unberührt bleiben.

<sup>119</sup> Siehe hierzu Anm. 2.

<sup>120</sup> Art. 120 der türkischen Verfassung von 1982 lautet: “*In the event of serious indications of widespread acts of violence aimed at the destruction of the free democratic order established by the Constitution or of fundamental rights and freedoms, or serious deterioration of public order because of acts of violence, the Council of Ministers, meeting under the chairpersonship of the President of the Republic, after consultation with the National Security Council, may declare a state of emergency in one or more regions or throughout the country for a period not exceeding six months.*” Der englische Text der türkischen Verfassung von 1982 (Stand: Verfassungsänderungen des Jahres 2011) ist verfügbar unter: <<http://www.legislationline.org>>.

<sup>121</sup> Die englische Fassung des türkischen Gesetzes über den Ausnahmezustand vom 25.10.1983 ist verfügbar unter <<http://www.legislationline.org>>.

stand hatte zwei zentrale Rechtsfolgen: Einmal konnten die Grundrechtsgarantien der türkischen Verfassung ganz oder teilweise suspendiert werden, soweit die Situation dies erfordert und internationales Recht nicht verletzt wird.<sup>122</sup> Zum anderen gab es Sonderbefugnisse der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung. Die Regierung, d. h. der Ministerrat (*“Council of Minister”*) unter Vorsitz des Präsidenten, konnte Dekrete mit Gesetzeskraft (*“decrees having the force of law”*) mit Zustimmung der großen türkischen Nationalversammlung (d. h. dem Parlament) erlassen.<sup>123</sup> In dem Ausnahmezustand wurden mehr als dreißig solcher Notstandsdekrete verabschiedet.<sup>124</sup> Diese können grob in vier Kategorien unterteilt werden.<sup>125</sup> Die erste enthält dauerhafte gesetzliche Neuregelungen, wie z. B. Änderungen bestehender Gesetze, wie des *Gesetzes Nr. 2803 über die Organisation, Aufgaben und Kompetenzen der Gendarmarie/Polizei*<sup>126</sup> oder des *Gesetzes Nr. 6112 über Radio und Fernsehen*.<sup>127</sup> Die zweite Kategorie zielt auf konkrete Grundrechtseingriffe. Das Dekret selbst enthält die individuell belastende Maßnahme. Hierzu zählen insbesondere die dauerhafte Entlassung namentlich genannter Beamter und Militärangehöriger,<sup>128</sup> die dauerhafte Exmatrikulati-

<sup>122</sup> Siehe Art. 15 Abs. 1 der türkischen Verfassung von 1982: *“In times of war, mobilization, martial law, or a state of emergency, the exercise of fundamental rights and freedoms may be partially or entirely suspended, or measures derogating the guarantees embodied in the Convention may be taken to the extent required by the exigencies of the situation, as long as obligations under international law are not violated.”*

<sup>123</sup> Vgl. Art. 121 Abs. 2 der türkischen Verfassung von 1982: *“During the state of emergency, the Council of Ministers, meeting under the chairpersonship of the President of the Republic, may issue decrees having the force of law on matters necessitated by the state of emergency. These decrees shall be published in the Official Gazette, and shall be submitted to the Grand National Assembly of Turkey on the same day for approval; (...)”*

<sup>124</sup> Nach den Angaben der Türkei beim Europarat sind es insgesamt 32 Dekrete. Es handelt sich hierbei um die Dekrete Nr. 667 bis Nr. 696 und 701. Die Dekrete und Zusammenfassungen in sog. information notes sind verfügbar auf der Webseite des Vertragsbüros des Europarats, <<https://www.coe.int>>.

<sup>125</sup> Einen Überblick über den Inhalt der Notstandsdekrete enthält auch der Bericht des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte, Report on the Impact of the State of Emergency on Human Rights in Turkey, including an update on the South East, January – December 2017, March 2018, Abs. 40.

<sup>126</sup> Siehe Dekret Nr. 684 vom 27.6.2016, 3. Abschnitt.

<sup>127</sup> Siehe Dekret Nr. 680 vom 6.1.2017. Vgl. hierzu auch die Kritik der Venedig-Kommission des Europarates, Opinion No. 872/2016, Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media, Adopted by the Commission at its 110<sup>th</sup> Plenary Session (Venedig, 10.-11.3.2017), Abs. 15-17.

<sup>128</sup> Siehe z. B.: Art. 2 des Dekrets Nr. 669 vom 31.7.2016 und Art. 2 des Dekrets Nr. 670 vom 17.1.2016. Im Dezember 2016 ging die Venedig-Kommission davon aus, dass mehr als 100.000 Angehörige des Öffentlichen Dienstes entlassen worden sind (Opinion on Emergency Decree Laws Nr. 667-676 (Anm. 113), Abs. 104). Dem entsprechen auch die Angaben des türkischen Verfassungsgerichts. Dieses ging 2017 von mehr als 98.500 Entlassungen aus



on von Studenten,<sup>129</sup> die Anordnung der Exekutive der Schließung zahlreicher privater Organisationen, Vereinigungen, Unternehmen und Einheiten, wie bestimmter privater Bildungseinrichtungen und die Beschlagnahme ihrer Besitztümer,<sup>130</sup> sowie privater Rundfunk- und Fernsehstationen, Zeitungen und Zeitschriften.<sup>131</sup> So hat Art. 2 des Dekrets Nr. 677 vom 22.7.2016, 35 private Gesundheitsinstitutionen, 934 Schulen, 109 Studentenwohnheime, 104 Stiftungen, 1125 Vereinigungen, 15 Universitäten und 29 Gewerkschaften dauerhaft verboten.<sup>132</sup> Weiterhin gibt es Dekrete, die zuvor ausgesprochene Grundrechtseingriffe, wie die Entlassung bestimmter Beamter wieder rückgängig machen.<sup>133</sup> Die vierte Kategorie bezieht sich auf neue spezielle generell abstrakte Regelungen für die Dauer des Ausnahmezustands. Dazu gehören beispielsweise temporäre strafprozessuale Änderungen, wie die Beschränkung von Besuchspersonen für bestimmte Häftlingsgruppen.<sup>134</sup>

Bedeutsamer Anhaltspunkt für einen demokratiegefährdenden Ausnahmezustand ist, dass nicht nur temporäre, sondern auch dauerhafte Maßnahmen im Rahmen der Notstandsdekrete getroffen wurden. Dies gilt sowohl für Gesetzesänderungen als auch für konkrete Einzelmaßnahmen.<sup>135</sup> Eine hinsichtlich des demokratischen Prinzips besonders problematische Regelung ist dabei im Dekret Nr. 674 vom 1.9.2016 enthalten. Dieses sieht u. a. vor, dass die Exekutive nach der Entlassung eines Bürgermeisters (aufgrund des Vorwurfs der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung) durch den Innenminister oder Gouverneur einen neuen Bürgermeister ernennen kann. Eine Neuwahl, wie sonst üblich, findet nicht statt.<sup>136</sup>

Weiterhin ist hinsichtlich der Situation in der Türkei zu fragen, ob und in welchem Umfang effektiver innerstaatlicher Rechtsschutz hinsichtlich der im Ausnahmezustand getroffenen Maßnahmen existierte bzw. existiert.

---

(siehe Urteil des Türkischen Verfassungsgerichts vom 20.6.2017, Az.: 2016/22169, *Aydin Yazuz u. a.*, Abs. 58).

<sup>129</sup> Siehe z. B. Art. 4 des Dekrets Nr. 673 vom 1.9.2016.

<sup>130</sup> Art. 2 des Dekrets Nr. 667 vom 22.7.2016.

<sup>131</sup> Siehe Art. 2 des Dekrets Nr. 668 vom 27.7.2016.

<sup>132</sup> Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 (Anm. 113), Abs. 81 (basierend auf Angaben der türkischen Regierung).

<sup>133</sup> Siehe z. B.: Information note on Decree No. 692 vom 14.7.2017: 312 entlassene Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes wurden wieder eingestellt.

<sup>134</sup> Siehe z. B.: Art. 6 Abs. 1 des Dekrets Nr. 667 vom 22.7.2016.

<sup>135</sup> Siehe hierzu ausführlich Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 (Anm. 113), Abs. 78 ff.

<sup>136</sup> Ausführlich hierzu die Venedig-Kommission des Europarates, Opinion No. 888/2017, Opinion on the Provisions of the Emergency Decree Law No. 674 of 1.9.2016 which concerns the Exercise of Local Democracy in Turkey, Adopted by the Venice Commission at Its 112<sup>th</sup> Plenary Session (Venedig, 6.-7.10.2017), Abs. 48.

Grundsätzlich gilt zwar, dass es Rechtsschutzmöglichkeiten sowohl gegen individuelle Maßnahmen in Form der Notstandsdekrete als auch durch administratives Handeln selbst gibt. So wurde insbesondere auch aufgrund von Kritiken seitens des Europarats mit dem Notstandsdekret Nr. 685 vom 23.1.2017 eine Untersuchungskommission eingerichtet, um Rechtsschutzlücken zu schließen.<sup>137</sup> Sie ermöglicht denjenigen Personen, in deren Rechte unmittelbar aufgrund eines Notstandsdekrets eingegriffen wurde, eine Beschwerde zu erheben.<sup>138</sup> Die Untersuchungskommission besteht aus sieben Mitgliedern, die primär von der Exekutive ernannt werden.<sup>139</sup> Gegen die Entscheidungen der Kommission steht der Rechtsweg offen.<sup>140</sup> Im Februar 2018 waren über 100.000 Verfahren bei ihr anhängig und erst 6.400 Verfahren abgeschlossen.<sup>141</sup> Unklar ist jedoch derzeit, ob eine wirksame Kontrolle durch die Kommission möglich ist.<sup>142</sup> Zudem gibt es immer wieder Berichte über Defizite in der türkischen Justiz. Dies zeigen auch die Urteile *Mehmet Hasan Altan* und *Şahin Alpay v. Türkei*. Diese betrafen die Situation, dass ein erstinstanzliches türkisches Strafgericht sich weigerte, ein Urteil des türkischen Verfassungsgerichts zu befolgen und inhaftierte Journalisten freizulassen.<sup>143</sup> Obwohl der EGMR auch in diesen Urteilen an seiner ständigen Rechtsprechung<sup>144</sup> festhält, dass der Rechtsweg zum türkischen Verfassungsgericht einen effektiven Rechtsbehelf im Sinne von Art. 35 Abs. 1

<sup>137</sup> Information note concerning the Inquiry Commission on the State of Emergency Measures established by the Decree Law No. 685 dated 23.1.2017 and amended by the Decree Law No. 690 dated 29.4.2017.

<sup>138</sup> Siehe Art. 2 des Dekrets Nr. 685 vom 23.1.2017.

<sup>139</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 des Dekrets Nr. 685 vom 23.1.2017.

<sup>140</sup> Siehe Art. 11 des Dekrets Nr. 685 vom 23.1.2017.

<sup>141</sup> Siehe die Angaben des Stockholm Center for Freedom (einer Nichtregierungsorganisation gegründet von türkischen, in Schweden lebenden, Journalisten). Almost 60,000 cases filed against Turkish Prime Ministry over state of emergency decrees, 4.3.2018, <<https://stockholmcf.org>>.

<sup>142</sup> Kritisch zu dieser Untersuchungskommission u. a. Bericht des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte (Anm. 125), Abs. 101 ff.; Venedig-Kommission des Europarates, Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media (Anm. 127), Abs. 83 ff. Der EGMR verlangt in seiner derzeitigen Rechtsprechung die Erschöpfung des nationalen Rechtswegs einschließlich der Untersuchungskommission (siehe EGMR, *Çatal v. Turkey*, Entscheidung vom 7.3.2017, Nr. 2873/17, Abs. 28 f.; *Köksal v. Turkey*, Entscheidung vom 6.6.2017, Nr. 70478/16, Abs. 29 f.).

<sup>143</sup> Siehe dazu auch *Ç. Başak*, Will Legalism Be the End of Constitutionalism in Turkey?, Verfassungsblog, 22.1.2018.

<sup>144</sup> EGMR, *Mercan v. Turkey*, Entscheidung vom 8.11.2016, Nr. 56511/16; *Zihni v. Turkey*, Entscheidung vom 29.11.2016, Nr. 59061/16; *Çatal* (Anm. 142); *Köksal* (Anm. 142). Siehe hierzu auch *M. O'Boyle*, Can the ECtHR Provide an Effective Remedy Following the coup d'état and Declaration of Emergency in Turkey?, 19.3.2018, <<https://www.ejiltalk.org>>.

EMRK darstelle,<sup>145</sup> hat er sich zugleich das Recht vorbehalten, die Effektivität individueller Beschwerden vor dem türkischen Verfassungsgericht im Falle von Art. 5 EMRK hinsichtlich künftiger Verfahren zu überprüfen und zwar im Hinblick auf die Rechtsprechung unterinstanzlicher Strafgerichte. Die Beweislast, dass diese Beschwerdemöglichkeit in Theorie und Praxis effektiv sei, liege bei der türkischen Regierung.<sup>146</sup>

Zudem wurden im Ausnahmezustand weitreichende Einschränkungen der Meinungs- und Pressefreiheit beschlossen. Die Venedig-Kommission stellte fest, dass die türkischen Medien ihre Wächterrolle nicht erfüllen konnten.<sup>147</sup> Nach Angaben von Amnesty International waren im Februar 2018 mehr als 100 Journalisten inhaftiert und mehr als 180 Medienanstalten aufgrund von Notstandsdekreten geschlossen worden.<sup>148</sup>

Wichtigstes Indiz für den demokratiegefährdenden Ausnahmezustand sind jedoch die im April 2017 durch ein Verfassungsreferendum beschlossenen weitreichenden Verfassungsänderungen. Hierbei waren schon die äußeren Bedingungen rechtsstaatlich problematisch. So hat die Venedig-Kommission festgestellt, dass keine wirkliche politische Debatte stattfinden konnte, da aufgrund der im Ausnahmezustand verhängten Maßnahmen die Meinungsfreiheit eingeschränkt war.<sup>149</sup> Auch die parlamentarische Zustimmung zu dieser Verfassungsänderung weist Mängel auf. So waren mehrere Abgeordnete der zweitgrößten Oppositionspartei während der Abstimmung in Haft und die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Geheimheit der Wahl wurde nicht gewährleistet.<sup>150</sup>

Mittels dieser Verfassungsänderungen, die primär 2020 in Kraft treten sollen, wurde das bisherige parlamentarische Regierungssystem in ein präsi-

---

<sup>145</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 142; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 121.

<sup>146</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 142; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 121.

<sup>147</sup> Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media (Anm. 127), Abs. 193.

<sup>148</sup> Pressemitteilung vom 13.2.2018, Türkei: Journalismus ist kein Verbrechen, <<https://www.amnesty.de>>.

<sup>149</sup> Opinion on the Measures Provided in the Recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media (Anm. 127), Abs. 21: “As the Venice Commission will demonstrate below, the current situation with the freedom of media has seriously deteriorated, largely due to the effect of various emergency measures, and does not allow for a proper public debate on the future constitutional design of Turkey. From this perspective, the timing for the constitutional reform raises concerns.” Ähnlich auch die Einschätzung des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte (Anm. 125), Abs. 36.

<sup>150</sup> Venedig-Kommission des Europarates, Opinion No. 875/2017, Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21.1.2017 and to be Submitted to A National Referendum on 16.4.2017, Adopted by the Venice Commission at Its 110<sup>th</sup> Plenary Session (Venedig, 10.-11.3.2017), Abs. 20 ff.

diales umgewandelt.<sup>151</sup> Die Venedig-Kommission hat hierzu treffend festgestellt, dass dieses nicht auf der Logik der Gewaltenteilung beruht, die für demokratische Präsidialsysteme charakteristisch ist.<sup>152</sup> Es bestehe daher die Gefahr, dass sich das System zu einem autoritären und personalen Regime entwickelt.<sup>153</sup> Die im Hinblick auf die Gewaltenteilung problematischen Regelungen sind insbesondere:<sup>154</sup>

- Das alleinige Recht des Präsidenten, die Befugnisse der Exekutive auszuüben.<sup>155</sup>
- Das alleinige Recht des Präsidenten, Vizepräsidenten und Minister zu ernennen und zu erlassen.<sup>156</sup>
- Die mangelnde parlamentarische Verantwortlichkeit des Präsidenten, seiner Vizepräsidenten und seiner Minister. Diese sind nur dem Präsidenten verantwortlich.<sup>157</sup> Die einzige parlamentarische Kontrollmöglichkeit ist das Amtsenthebungsverfahren.<sup>158</sup> Es gibt kein parlamentarisches Misstrauensvotum oder weitere Kontrollmöglichkeiten (abgesehen von dem Recht, schriftliche Fragen zu stellen).<sup>159</sup>
- Das Recht des Präsidenten einen oder mehrere Vizepräsidenten zu ernennen, wobei einer dieser vom Präsidenten ernannten Vizepräsidenten das Recht hat, im Falle der Verhinderung des Präsidenten, sein Amt zu übernehmen.<sup>160</sup>
- Die gleichzeitige zwingende Wahl von Präsident und Parlament,<sup>161</sup> die unterschiedliche Mehrheiten eher verhindert.<sup>162</sup>
- Das Recht des Präsidenten, das Parlament aufzulösen (auch wenn dieser dann selbst sein Mandat verliert und erneute Präsidentschaftswahlen stattfinden müssen).<sup>163</sup>
- Das Recht des Präsidenten präsidentielle Dekrete ohne einen effektiven Überwachungsmechanismus zu erlassen,<sup>164</sup> der sicherstellt, dass die ver-

<sup>151</sup> Eine englischsprachige Version der neuen geänderten türkischen Verfassung enthält des Dokument CDL-Ref (2017)003 der Venedig-Kommission, <<http://www.venice.coe.int>>.

<sup>152</sup> Opinion on the Amendments to the Constitution (Anm. 150), Abs. 126.

<sup>153</sup> Opinion on the Amendments to the Constitution (Anm. 150), Abs. 133.

<sup>154</sup> Siehe hierzu auch insbesondere Opinion on the Amendments to the Constitution (Anm. 150), Abs. 127 f.

<sup>155</sup> Art. 104 S. 1 und 2 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>156</sup> Art. 104 S. 9 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>157</sup> Art. 106 Abs. 3 S. 1 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>158</sup> Vgl. Art. 106 Abs. 3-7 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>159</sup> Opinion on the Amendments to the Constitution (Anm. 150), Abs. 100.

<sup>160</sup> Art. 106 Abs. 1-3 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>161</sup> Art. 77 Abs. 1 S. 1 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>162</sup> Opinion on the Amendments to the Constitution (Anm. 150), Abs. 98.

<sup>163</sup> Art. 116 Abs. 1 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>164</sup> Art. 104 S. 15 der geänderten türkischen Verfassung.

fassungsrechtliche Bestimmung beachtet wird,<sup>165</sup> nach welcher ein Gesetz solchen Dekreten vorgeht.<sup>166</sup>

- Die weitgehenden Rechte des Präsidenten bei der Organisation und Kontrolle der Judikative.<sup>167</sup>
- Die Rechte des Präsidenten im Ausnahmezustand. So steht allein dem Präsidenten das Recht zu, den Ausnahmezustand auszurufen.<sup>168</sup> Das Parlament kann ihn nur verkürzen, verlängern oder aufheben.<sup>169</sup> Im Ausnahmezustand hat der Präsident zudem das Recht, Dekrete zu erlassen, die notwendig sind, um Angelegenheiten des Ausnahmezustands zu regeln.<sup>170</sup> Diese müssen innerhalb von drei Monaten durch das Parlament bestätigt werden, es sei denn, das Parlament kann aufgrund höherer Gewalt oder eines Krieges nicht zusammen treten; andernfalls treten sie außer Kraft.<sup>171</sup>

#### bb) Dauer des Ausnahmezustands

Dahingegen sollte das Kriterium der Dauer des Ausnahmezustands allein kein Maßstab für die Einengung des Beurteilungsspielraums *per se* sein.<sup>172</sup> Die Dauer allein hat für die Größe des Beurteilungsspielraums keine Aussagekraft. Dies gilt ungeachtet des grundsätzlichen Problems, dass ein permanenter Ausnahmezustand ein Widerspruch in sich ist, da dieser dann Normalität wird<sup>173</sup> und, dass ein lange andauernder Ausnahmezustand bereits insofern bedenklich erscheint, als Grundrechte nicht nur kurzfristig derogiert werden. Doch kann die Lagebeurteilung ergeben, dass gerade das lange Andauern einer Gefahrensituation besonders gefährlich für die Existenz eines Staates ist. Deshalb kann das Kriterium der Dauer alleine nicht maßgeblich für die Einschränkung des Beurteilungsspielraums sein. Vielmehr müssen für eine Verengung des Beurteilungsspielraums weitere Kriterien hinzukommen, wie die große Bedeutung des jeweils eingeschränkten Kon-

<sup>165</sup> Opinion on the Amendments to the Constitution (Anm. 150), Abs. 79 ff. und Abs. 127.

<sup>166</sup> Art. 104 S. 20 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>167</sup> Siehe ausführlich Opinion on the Amendments to the Constitution (Anm. 150), Abs. 94 f. und Abs. 110 ff.

<sup>168</sup> Art. 119 Abs. 1 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>169</sup> Art. 119 Abs. 3 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>170</sup> Art. 119 Abs. 6 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>171</sup> Art. 119 Abs. 7 der geänderten türkischen Verfassung.

<sup>172</sup> So aber z. B. die Argumentation der Menschenrechtsorganisationen in: EGMR, *Branigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 42 oder O. *Gross/F. Ni Aoláin* (Anm. 18), 647.

<sup>173</sup> So auch A. *Mizock*, *The Legality of the Fifty-Two Year State of Emergency in Israel*, *University of California Davis Journal of International Law and Policy* 7 (2001), 223 (245).

ventionsrechts für die Demokratie<sup>174</sup> und/oder eine geringe Intensität der Gefahr.

cc) Funktionsfähigkeit der nationalen Justiz

Ein weiteres Kriterium (sofern nicht schon ein demokratiegefährdender Ausnahmezustand vorliegt) ist die Funktionsfähigkeit der nationalen Justiz. Hier ist grundsätzlich von einem weiten Beurteilungsspielraum auszugehen, solange die nationalen Gerichte in der Lage und willens sind, eine effektive Kontrolle der Maßnahmen im Ausnahmezustand vorzunehmen.<sup>175</sup> Dies ist dann der Fall, wenn der Einzelne sich auch im Ausnahmezustand gerichtlich gegen Grundrechtsbeeinträchtigungen wehren kann und die Gerichte in der Lage sind, diese unabhängig und neutral zu prüfen und gegebenenfalls auch aufzuheben. Je weniger jedoch die nationalen Gerichte in der Lage sind, eine effektive Kontrolle vorzunehmen, desto geringer wird der nationale Beurteilungsspielraum. In einer solchen Situation wird die internationale Kontrolle zunehmend zur einzigen richterlichen Kontrollmöglichkeit. Verschärft sich die Lage derart, hat das hinter der Lehre vom Beurteilungsspielraum stehende Subsidiaritätsprinzip<sup>176</sup> keinen Raum mehr, da auf nationaler Ebene faktisch kein funktionsfähiges Grundrechtsschutzsystem mehr existiert.

dd) Minderheitenschutz

Weiterhin sollte der Beurteilungsspielraum gering sein, wenn ein Staat belastende Maßnahmen trifft, die maßgeblich Minderheiten oder deren Interessen betreffen und keine effektiven Schutzmechanismen auf nationaler Ebene bestehen.<sup>177</sup> Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn es keinen effektiven nationalen Rechtsschutz mehr für die Angehörigen der jeweiligen Minderheit gibt. Dies folgt einmal daraus, dass selbst in einer Normallage in demokratischen Systemen abstrakt die Gefahr besteht, dass Minderheitsinteressen verletzt werden. Dies liegt am inhärenten systemischen Mangel von

<sup>174</sup> Siehe hierzu auch ausführlich unter Ziff. 2. b).

<sup>175</sup> Manche Autoren sprechen nationalen Gerichten allerdings generell die Fähigkeit ab, im Ausnahmezustand die Exekutive angemessen zu kontrollieren. Siehe z. B. *G. J. Alexander*, *The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency*, *HRLJ* 5 (1984), 1 ff.; vgl. auch *O. Gross/E. Ní Aoláin* (Anm. 18), 640.

<sup>176</sup> EGMR, *Belgischer Sprachenfall*, 23.7.1968, Series A No. 6, 31, Abs. 10; seitdem st. Rechtsprechung siehe u. a. EGMR, *Handyside* (Anm. 114), Abs. 48.

<sup>177</sup> Vgl. *E. Benvenuti*, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, *N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.* 31 (1999), 843 (insbes. 849 f. und 853 f.).

Demokratien und Mehrheitsentscheidungen.<sup>178</sup> Diese Gefahr wird in Ausnahmesituationen aber noch verstärkt. In einer solchen Situation kann die Mehrheit besonders geneigt sein, eine Minderheit, die allgemein als Verursacher einer Gefahr angesehen wird, zu diskriminieren.<sup>179</sup> Daher hat auch der EGMR in der Entscheidung *A. u.a. v. Vereinigtes Königreich* zu Recht eine diskriminierende Maßnahme nicht als unbedingt erforderlich angesehen.<sup>180</sup>

## b) Art des beeinträchtigten Konventionsrechts

Weiterhin kommt es für die Größe des Beurteilungsspielraums auch auf die Art des beeinträchtigten Konventionsrechts und seine spezifischen Schrankenregelungen an. Hinsichtlich letzterer können im Rahmen der EMRK zwei Kategorien von Grundrechten unterschieden werden. Die erste, zu denen insbesondere Art. 5 und 6 EMRK gehören, enthält sehr enge Schrankenregelungen. So erlaubt Art. 5 Abs. 1 EMRK eine Freiheitsentziehung nur aufgrund eines in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK aufgezählten Haftgrundes.<sup>181</sup> Die klassischen Freiheitsrechte in Art. 8-11 EMRK verfügen dagegen über eine weite Schrankenregelung und sehen bereits eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Normalsituation vor.<sup>182</sup> Der EGMR selbst hat zu dieser Problematik der unterschiedlichen Struktur der Schrankenregelungen in Art. 5 bzw. 6 EMRK und Art. 8-11 EMRK noch nicht ausführlich Stellung genommen, da alle bisherigen Entscheidungen zu Art. 15 EMRK überwiegend Derogationen von Art. 5 EMRK betrafen.<sup>183</sup> Die Frage nach dem Verhältnis der Schrankenregelungen stellt sich auch deshalb, weil teilweise argumentiert wird, dass der Prüfungsmaßstab in Art. 15 EMRK ("soweit es die Lage unbedingt erfordert") strenger sei als der Prüfungsmaßstab im Rahmen von Art. 8-11 EMRK.<sup>184</sup> Wendet man diese

<sup>178</sup> E. Benvenisti (Anm. 177), 849.

<sup>179</sup> Vgl. auch O. Gross/F. Ní Aoláin (Anm. 18), 641 ff.

<sup>180</sup> Siehe oben unter I. 2.

<sup>181</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe z. B.: EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 163.

<sup>182</sup> Siehe Art. 8 Abs. 2 EMRK; Art. 9 Abs. 2 EMRK; Art. 10 Abs. 2 EMRK und Art. 11 Abs. 2 EMRK.

<sup>183</sup> In folgenden Entscheidungen wurde lediglich die Anwendung von Art. 15 EMRK auf Art. 5 EMRK geprüft: EGMR, *A. and others* (Anm. 11), Abs. 137 ff.; *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Abs. 36 ff.; *Aksoy* (Anm. 12), Abs. 65 ff.; *Marshall* (Anm. 33), Ziff. B.; *Demir* (Anm. 34), Abs. 31 ff.; in den folgenden Entscheidungen wurde neben Art. 5 EMRK noch zusätzlich cursorisch Art. 6 EMRK geprüft: *Ireland v. United Kingdom* (Anm. 11), Abs. 188 ff.; *Lawless* (Anm. 19), Abs. 19 ff.

<sup>184</sup> So z. B. EGMR, *Brannigan und McBride* (Anm. 29), Concurring Opinion des Richter Martens, Nr. 4; *H. Krieger* (Anm. 30), Rn. 13.

Sichtweise an, ist schwer vorstellbar, dass eine Derogation von den Freiheitsrechten gem. Art. 15 EMRK jemals möglich sein kann. Art. 15 EMRK wäre im Rahmen der Freiheitsrechte schlechthin überflüssig. Noch weitergehend ist der Ansatz des UN-Menschenrechtsausschusses. Dieser hat in seinem General Comment Nr. 29 ausgeführt, dass die weiten Schrankenregelungen des Rechts der Versammlungsfreiheit in Art. 21 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) oder Art. 12 IPBPR (Bewegungsfreiheit), die denen in Art. 8-11 EMRK grundsätzlich entsprechen, auch für Notstandssituationen ausreichend seien und keine Derogation dieser Vorschriften gerechtfertigt werden kann.<sup>185</sup>

Gegen eine solche Sichtweise spricht jedoch, dass Art. 15 Abs. 2 EMRK eine Derogation der Freiheitsrechte gerade nicht ausschließt.<sup>186</sup> Vielmehr beziehen sich die Schrankenregelungen in Art. 8-11 EMRK<sup>187</sup> auf den Normalfall und nicht auf die Ausnahmesituation des Art. 15 EMRK. Im Rahmen von Art. 15 EMRK geht es grundsätzlich darum, zu prüfen, ob die Maßnahme in der konkreten Ausnahmesituation unbedingt erforderlich war. Daher ist auch eine Derogation von den Freiheitsrechten in Art. 8-11 EMRK grundsätzlich möglich. Dem entspricht ebenfalls der Ansatz des EGMR. Er hat in den aktuellen Urteilen *Mehmet Hasan Altan und Şahin Alpay v. Türkei*, ohne auf die unterschiedliche Schrankenstruktur einzugehen, implizit bestätigt, dass eine Derogation von Art. 10 EMRK möglich ist.<sup>188</sup>

Allerdings ist im Rahmen der Prüfung der unbedingten Erforderlichkeit im Rahmen von Art. 15 EMRK den Vertragsparteien ein engerer Beurteilungsspielraum zuzubilligen als bei der Prüfung einer Derogation von Art. 5 oder 6 EMRK. Dies folgt schon daraus, dass bezüglich der Freiheitsrechte bereits im Normalfall eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfindet, während insbesondere Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK hierfür keinen Raum lässt.

Schließlich ist der Beurteilungsspielraum sogar noch enger, wenn eine Derogation zentraler Grundrechten für die Demokratie wie Meinungs- und Versammlungsfreiheit erfolgt. Eine Derogation dieser bedeutenden Grundrechte kann nur im absoluten Ausnahmefall gerechtfertigt werden, wenn

<sup>185</sup> General Comment No. 29 (Anm. 43), Abs. 5.

<sup>186</sup> Vgl. hierzu auch *H.-E. Kitz* (Anm. 109), 82.

<sup>187</sup> Unklar ist jedoch, inwieweit eine Derogation von Art. 9 EMRK (Religionsfreiheit) möglich ist. Dies folgt daraus, dass Art. 4 des IPBPR eine Derogation von Art. 18 IPBPR (Religionsfreiheit) verbietet und Art. 15 Abs. 1 EMRK verlangt, dass eine Derogation mit sonstigen völkerrechtlichen Vereinbarungen vereinbar sein muss. Siehe hierzu auch *H. Krieger* (Anm. 30), Rn. 26.

<sup>188</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 213; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 183.



schwerwiegende und überzeugende Gründe vorliegen, die eine Abweichung rechtfertigen. Dies folgt wiederum aus dem Sinn und Zweck der EMRK selbst. Wie bereits dargelegt, erlaubt die EMRK nur Maßnahmen zur Wiederherstellung bzw. Aufrechterhaltung der Demokratie. Eine zulässige Derogation des Rechts auf Meinungsfreiheit zur Aufrechterhaltung der Demokratie ist aber nur in absoluten Ausnahmefällen denkbar. Dem entspricht auch die Tendenz der aktuellen Rechtsprechung des EGMR zur Türkei. In den Urteilen *Mehmet Hasan Altan und Şahin Alpay v. Türkei* hat der EGMR erstmals Art. 10 EMRK im Rahmen eines Ausnahmezustands geprüft. Wie bereits dargelegt, fehlt zwar eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Voraussetzung der unbedingten Erforderlichkeit des Art. 15 EMRK.<sup>189</sup> Es gibt jedoch Äußerungen des EGMR im Rahmen der Prüfung der Schrankenregelung von Art. 10 Abs. 2 EMRK, die auf eine solche enge Auslegung hindeuten. Der EGMR verneinte, der Rechtsprechung des türkischen Verfassungsgericht folgend, relativ ausführlich eine Verhältnismäßigkeit der Inhaftierung anhand der Schrankenregelung des Art. 10 Abs. 2 EMRK.<sup>190</sup> Das Besondere an den Urteilen ist aber, dass der EGMR es bei der formalen Begründung, d. h. dem Verweis auf die Rechtsprechung des türkischen Verfassungsgerichts, nicht belässt. Vielmehr weist er in einem *obiter dictum* klar darauf hin, dass ein Ausnahmezustand kein Vorwand sein darf, die Freiheit der politischen Debatte als die absolute Grundlage einer demokratischen Gesellschaft einzuschränken<sup>191</sup> und stellt insbesondere klar, dass die Anordnung von Untersuchungshaft gegen Journalisten nur als absolute Ausnahme möglich ist.<sup>192</sup>

#### IV. Schlussbemerkung: Der Ausnahmezustand in der Türkei und der goldenen Weg

Der EGMR bleibt auch im Ausnahmestand gesetzlicher Richter. Er prüft weiterhin (wie auch zu Normalzeiten) die derogationsfesten Rechte und überwacht im Übrigen die Grenzen von Art. 15 EMRK. Dabei ist im Rahmen von Art. 15 EMRK ein differenzierter Beurteilungsspielraum angemessen. Es wäre auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wünschenswert, dass der EGMR sich hierzu ausdrücklich bekennt und im Rahmen des Art. 15 EMRK hinsichtlich der „*unbedingten Erforderlichkeit*“

---

<sup>189</sup> Siehe oben unter 2. b) cc).

<sup>190</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 206 f.; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 177 f.

<sup>191</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 210; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 180.

<sup>192</sup> EGMR, *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4), Abs. 211 f.; *Şahin Alpay* (Anm. 4), Abs. 181 f.

abstrakte und differenzierte Maßstäbe für die Größe des Beurteilungsspielraums entwickelt.<sup>193</sup> Dazu eignen sich insbesondere die derzeit anhängigen zahlreichen Verfahren gegen die Türkei.

Der Ausnahmezustand stellt aber auch eine große Herausforderung für den EGMR dar, und zwar insbesondere in den Fällen, in denen ein demokratiegefährdender Ausnahmezustand anzunehmen ist. Hier können die Grenzen der (internationalen) Gerichtsbarkeit sichtbar werden. Dies gilt abermals insbesondere für die Situation in der Türkei.<sup>194</sup> Einerseits ist ein Ausnahmezustand wie der in der Türkei die Fallkonstellation, in der der EGMR am meisten gebraucht wird, um die Menschenrechte<sup>195</sup> zu schützen. Andererseits ist die Lage des EGMR in dieser Situation besonders prekär. Es besteht die Gefahr, dass die Türkei die EMRK kündigt oder die Urteile nicht beachtet, sollte der EGMR zu dem Ergebnis kommen, dass im Ausnahmezustand getroffenen Maßnahmen nicht mit der EMRK vereinbar sind.

In den ersten (allerdings teilweise noch nicht rechtskräftigen)<sup>196</sup> Urteilen des EGMR, die sich inhaltlich mit den Notstandsmaßnahmen in der Türkei befassen, hat der Gerichtshof sich einerseits pragmatisch zurückgehalten und keine allgemeine Äußerungen zu Art. 15 EMRK getroffen. Dies war problemlos möglich, da es bereits ein Urteil des türkischen Verfassungsgerichts gab. Andererseits hat der EGMR sich auch nicht vollständig hinter den Ausführungen des Verfassungsgerichts versteckt, sondern in einem *obiter dictum* eindeutig auf die Grenzen der Einschränkung der Meinungsfreiheit hingewiesen und deutlich gemacht, dass einziger Zweck des Ausnahmezustands die Bewahrung und der Schutz der demokratischen Ordnung ist. Dies deutet aus meiner Sicht daraufhin, dass der EGMR nicht bereit ist, gegenüber der Türkei besondere richterliche Zurückhaltung zu üben. Vielmehr wird deutlich: Der EGMR steht bereit, die Geltung der Grundrechte auch im demokratiegefährdenden Ausnahmezustand zu verteidigen.

---

<sup>193</sup> Für eine strukturierte und klarer begrenzte Anwendung der Lehre vom *margin of appreciation* sprach sich bereits 1998 *O'Boyle* aus. Siehe *M. O'Boyle* (Anm. 17), 29.

<sup>194</sup> Vgl. hierzu auch *F. Weber*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei, DÖV 69 (2016), 921 (925 f.).

<sup>195</sup> Siehe zu der schwierigen Menschenrechtslage auch den aktuellen Bericht des UN-Hochkommissariats, einen Bericht zur Menschenrechtslage in der Türkei im Jahr 2017. Das UN-Hochkommissariat stellt ausdrücklich fest, dass der Ausnahmezustand in der Türkei zu einer Erosion des Rechtsstaatsprinzips und einer Verschlechterung der Menschenrechtslage geführt hat, Bericht des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte (Anm. 125), insbes. Abs. 116.

<sup>196</sup> Stand: August 2018. Gegen das Urteil *Mehmet Hasan Altan* (Anm. 4) wurde die Verweisung an die Große Kammer beantragt.

Ist das auch der goldene Weg? Was hätte Straßburg tun können (hätte es das Gericht damals gegeben) als 1933 die Machtübernahme der Nationalsozialisten erfolgte? Wäre es eine Rettung für diejenigen gewesen, die sich in Schutzhaft befanden? So schwer dies hypothetisch zu beantworten ist, ist es doch wahrscheinlich zu verneinen. Das Gericht hätte vermutlich nur noch symbolisch urteilen, immerhin jedoch dem Einzelnen und seinen Angehörigen die Genugtuung verschaffen können, dass der Staat im Unrecht war.

So kann und muss das dann auch die letzte Aufgabe von (internationalen) Menschenrechtsgerichten sein. Die Würdigung des Rechts, auch wenn dieses nur noch symbolische Wirkung entfaltet, weil das Recht in einem Staat aufgrund des Ausnahmezustands schwindet oder endet. Wenn das Recht jedoch dorthin zurückkehrt, findet es hier wieder seine neue Legitimationsbasis. Daher befindet sich Straßburg hinsichtlich der Türkei aus meiner Sicht auf dem, wenn auch nicht goldenen, so doch zumindest richtigen Weg.

