

Felix Weber

Notstandskontrolle

Notstand und Beurteilungsspielraum
in der Praxis des Europäischen
Gerichtshofs für Menschenrechte



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 948

Felix Weber

Notstandskontrolle

Notstand und Beurteilungsspielraum in der Praxis
des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte



Nomos

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

Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5361-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9561-9 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im November 2017 abgeschlossen, die mündliche Prüfung fand am 13. Juli 2018 statt. Für die Veröffentlichung wurde das Manuskript überarbeitet und auf den Stand August 2018 gebracht. Dadurch konnten unter anderem die EGMR-Entscheidungen *Mehmet Hasan Altan/Türkei* sowie *Şahin Alpay/Türkei* vom 20. März 2018 mitbezogen werden.

Das Konzept dieser Arbeit und die Ideen hierzu entstanden während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Konstanz am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Herrn Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London). Als Doktorvater hat er mir durch seine fachliche Expertise wertvolle Anregungen gegeben und große Freiräume gewährt, wofür ich ihm herzlich danke. Meinem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Marten Breuer gebührt insbesondere Dank für seine Literaturhinweise während der Erstellung der Arbeit.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz danke ich für den akademischen Austausch und für die vielfältige organisatorische Unterstützung. Ebenso danke ich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Guth • Beck • Klein • Cymutta in Mannheim, die mir während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter dort den nötigen Freiraum für die Fertigstellung der Arbeit ließen.

Mein Dank gilt im Übrigen all jenen, die den Entstehungsprozess dieser Arbeit begleitet und zu ihrem Gelingen beigetragen haben, allen voran meinen Eltern für ihre Unterstützung und Förderung.

Mannheim, im August 2018

Felix Weber

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
I. Gegenstand der Untersuchung	15
II. Stand der Forschung	17
III. Aufbau der Untersuchung	18
IV. Methodik	21
Kapitel 1. Hintergründe und Entwicklung des Notstandsrechts	25
I. Allgemeines	25
1. Historischer Abriss	25
a) Antike Ursprünge	25
b) Zur Wortbedeutung	26
c) Der Missbrauch von Menschenrechten im Notstandsfall	27
2. Grundgedanken des Notstandsrechts	28
a) Theoretische Grundlagen	28
b) Ausnahmezustand als „Lücke“	31
c) General Principles of Law hinsichtlich der Aussetzung von Menschenrechten	32
II. Suspendierungsklauseln in Menschenrechtsverträgen	34
1. Grundsatz	34
2. Notstandsregelungen in völkerrechtlichen Verträgen	35
a) Notstandsklauseln als Schutz vor extensiven staatlichen Eingriffen?	35
b) Notstandsklauseln in internationalen Menschenrechtsabkommen	37
c) Grund für die Aufnahme von Notstandsklauseln	39
3. Zusammenfassung	41
III. Die Entstehung der Notstandsklausel des Art. 15 EMRK	42
1. Die Travaux Préparatoires	42
2. Der Vorbehalt Frankreichs zu Art. 15 EMRK	46
3. Zusammenfassung	47
IV. Fazit	48

Kapitel 2. Spielräume im Notstandsrecht der EMRK	50
I. Einführung	50
1. Allgemein	50
2. Der „öffentliche Notstand“	50
II. Der Notstand in der Praxis der Straßburger Konventionsorgane	53
1. Griechenland / Vereinigtes Königreich	53
a) Sachverhalt	53
b) Bericht der Kommission	54
c) Kommentar	55
2. Lawless / Irland	56
a) Sachverhalt	56
b) Entscheidung des Gerichtshofes	56
c) Vorliegen eines Notstands	57
d) „Erforderlichkeit“	57
e) Kommentar	58
3. Dänemark, Norwegen, Schweden, Niederlande / Griechenland („The Greek Case“)	61
a) Sachverhalt	61
b) Bericht der Kommission	62
c) Kommentar	64
4. Irland / Vereinigtes Königreich	67
a) Sachverhalt und Verfahren	67
b) Notstand und margin of appreciation	68
c) Kommentar	69
5. Brannigan und McBride / Vereinigtes Königreich sowie Brogan / Vereinigtes Königreich	70
a) Sachverhalt	70
b) Entscheidung des Gerichtshofes	71
c) Notstand	72
d) Sondervotum von Richter Martens	74
e) Kommentar	75
6. Aksoy / Türkei sowie die weiteren türkischen Fälle zu Art. 15 EMRK	77
a) Aksoy/Türkei	77
(1) Sachverhalt	77
(2) Verfahren vor den Konventionsorganen	78
(3) Kommentar	79
b) Die weiteren türkischen Fälle	80

7. Marshall / Vereinigtes Königreich	81
a) Sachverhalt	81
b) Verfahren	81
c) Kommentar	82
8. A. u.a. / Vereinigtes Königreich	83
a) Sachverhalt und nationales Verfahren	84
(1) Tatbestandliches Vorliegen einer Notstandslage	85
(2) Verhältnismäßigkeit der ergriffenen Maßnahmen	87
b) Kommentar	88
c) Das Verfahren vor dem EGMR	89
d) Kritik und Kommentar	92
(1) Zum Vorliegen eines Notstands	92
(2) Politische Gründe	94
(3) Bestehender Konsens	95
9. Hassan / Vereinigtes Königreich	96
a) Sachverhalt	96
b) Verfahren vor dem Gerichtshof	97
(1) Zu Art. 1 EMRK (Ausübung von Hoheitsgewalt)	97
(2) Zu Art. 15 EMRK (Notstand)	98
(3) Ergebnis	99
c) Kommentar	100
III. Margin of appreciation	101
1. Eine Begriffsbestimmung	102
a) Grundlagen	102
b) Voraussetzungen	104
c) Methodische Einordnung	107
2. Eine Trendwende in der Rechtsprechung des EGMR?	107
3. Beurteilungsspielraum als political question-Doktrin?	109
a) Theoretische Grundlagen	109
b) Beobachtungen nach der Urteilsanalyse	111
c) Erweiterung der Spielräume	112
d) Lösungsansatz	114
e) Fazit	117
4. Anwendung von Beurteilungsspielräumen im Notstandsrecht anderer nationaler und überstaatlicher Ordnungen	118
a) Europäische Union	119
(1) Spielräume im Unionsrecht	119
(2) Art. 347 AEUV	120
b) Inter-American Court of Human Rights	123
c) Die Bosphorus-Rechtsprechung	124

IV. Zusammenfassung	126
Kapitel 3. Margin of appreciation und European supervision	128
I. Kontrolle des Notstands	128
1. Einführung	128
2. Das Problem des „dauerhaften Notstands“	129
3. Beurteilungsspielraum und überstaatliche Kontrolle	132
a) Kontrolle des Notstands	132
b) Innerstaatliche Kontrolle	135
c) Reichweite internationaler gerichtlicher Notstandskontrolle	137
d) Grenzen der Kontrolle	137
e) Alternativen zur gerichtlichen Kontrolle	139
4. Legitimitätsdefizite des EGMR?	140
a) Problematik	140
b) Demokratisches Defizit des EGMR	142
c) Demokratisches Defizit in Konventionsstaaten	144
5. Etablierung einer Beurteilungsfehlerlehre im EMRK-System	146
a) Ausgangsfrage	146
b) Beurteilungsspielräume im deutschen Verwaltungsrecht	147
c) Übertragbarkeit der deutschen Beurteilungsfehlerlehre auf die EMRK	148
d) Einteilung von Kategorien	150
(1) Plausibilität	150
(2) Schwierigkeiten bei der Sachaufklärung	151
(3) Willkürverbot	152
(4) Missbrauchskontrolle	152
(5) Verhältnismäßigkeit	152
e) Fazit	152
6. Zusammenfassung	153
II. „European supervision“	155
1. Begriffsherkunft und –bedeutung	155
2. Weite und enge Spielräume	156
a) Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips	156
b) Spielraum ja – aber wie?	159
c) Pauschale Anwendbarkeit von Beurteilungsspielräumen	160
(1) Kohärenz der Abwägung	160
(2) Normalisierung der Ausnahme	162
(3) Abschaffung von Beurteilungsspielräumen im Notstand?	164

(4) Pauschale Spielräume?	168
3. Fazit	169
III. Zusammenfassung und Fazit	170
1. Zusammenfassung	170
2. Fazit	174
Kapitel 4. Probleme des Notstandsrechts in der jüngeren Praxis	176
I. Einführung	176
1. Allgemein	176
2. Zur Auswahl der untersuchten Staaten	177
3. Stand der Aufarbeitung	180
II. Ukraine – Notstand und bewaffneter Konflikt	181
1. Notstand in der Ukraine	181
2. Notstand im bewaffneten Konflikt	182
a) Formale Ausgestaltung der Derogationserklärung nach Art. 15 Abs. 3 EMRK	182
b) Reaktion der Konventionsorgane	184
c) Das ukrainische Notstandsrecht und sein Verhältnis zur EMRK	186
d) Ausübung tatsächlicher territorialer Kontrolle	186
e) Territoriale Anwendbarkeit des Art. 15 EMRK auf den Konflikt in der Ostukraine	188
f) Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention neben dem humanitären Völkerrecht in bewaffneten Konflikten	190
3. Analyse der Notstandslage	194
a) „Krieg“ im Sinne des Art. 15 Abs. 1 EMRK	194
(1) Zur „Irrelevanz“ des Tatbestandsmerkmals	194
(2) „Krieg“	196
(3) Situation in der Ukraine	199
b) Bedrohung für das Leben der Nation	203
c) Erforderlichkeit der Notstandsmaßnahmen	203
(1) Gesetzliche Bestimmungen	204
(2) Einzelmaßnahmen	205
(3) Rechtsschutzmöglichkeiten	206
4. Fazit	207
III. Frankreich – Notstand und Terrorismus	208
1. Notstand in Frankreich	208

2. Grundlagen	213
a) Das französische Notstandsrecht und sein Verhältnis zur EMRK	213
b) Formale Anforderungen an die Derogationserklärung nach Art. 15 Abs. 3 EMRK	214
c) Reaktion der Konventionsorgane	217
3. Terrorismus als Grund für den Notstand	218
a) Krieg	218
b) Öffentlicher Notstand durch Terrorismus	218
(1) Terrorismus und Gegenwärtigkeit des Notstands	218
(2) Der Begriff des „Terrorismus“	220
(3) Außergewöhnlichkeit des „Terrorismus-Notstands“	225
(4) Bedeutung für Frankreich	226
c) Notstandsmaßnahmen	229
(1) Gesetzliche Grundlagen der Notstandsmaßnahmen	229
(2) Einzelmaßnahmen	231
(3) Rechtsschutz	232
(4) Kritik	234
4. Fazit	235
IV. Türkei – Notstand und Rechtsschutz	236
1. Notstand in der Türkei	236
2. Das türkische Notstandsrecht und sein Verhältnis zur EMRK	240
(1) Verfassungsrechtliche Grundlagen	241
(2) Die Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft im Notstand	242
3. Notstand und Rechtsschutz	243
a) Krieg	243
b) Öffentlicher Notstand	244
(1) Zur Gegenwärtigkeit des Notstands	244
(2) Parallelen zum „Griechenland-Fall“	246
(3) Bedrohung für das Gemeinwesen und Außergewöhnlichkeit der Gefahr	247
(4) Ergebnis	249
c) Rechtsschutz und verfassungsgerichtliche Kontrolle im Notstand	250
(1) Gesetzliche Grundlagen	250
(2) Einzelmaßnahmen	251
(3) Verfassungsrechtliche Grundlagen der gerichtlichen Überprüfung von Notstandsmaßnahmen	252
(4) Rechtsschutzprobleme am Beispiel von KHK 667	254

(5) Rechtswegerschöpfung	256
4. Fazit	258
a) Die Entscheidungen Altan/Türkei und Alpay/Türkei	258
b) Schlussfolgerung	259
Kapitel 5. Dogmatische Einordnung der Notstandsklausel	261
I. Voraussetzungen des Art. 15 EMRK	261
1. Anwendungsschwelle des Art. 15 EMRK	261
2. Notstandsmaßnahmen	263
3. Die notstandsfesten Rechte	265
a) Art. 15 Abs. 2 EMRK	265
b) Nicht-Diskriminierung	267
c) Reform der notstandsfesten Rechte	268
d) Aufnahme von Verfahrensgarantien im Kontext der türkischen Fallstudie	269
e) Einhaltung der sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen	271
f) Fazit	274
4. Umgehung von Derogationsverboten durch Vorbehalte?	275
a) Derogationsklauseln zur Vermeidung von Vorbehalten	275
b) Grundsätzliche Zulässigkeit von Vorbehalten zur EMRK	276
c) Vorbehalte gegen notstandsfeste Rechte der EMRK	277
d) Zusammenfassung	279
5. Verfahren	279
II. Normative Einordnung	281
1. Kein einheitlicher Notstand	281
2. Wer kontrolliert den Notstand?	283
III. Schluss	285
Literaturverzeichnis	289

Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Die Tauglichkeit eines Rechtssystems zeigt sich in gesellschaftlichen und politischen Krisen. Dies gilt auch für die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). In den Jahren 2015 bis 2017 hat die Diskussion um die Anwendbarkeit der Konventionsrechte im Notstand eine erstaunliche Renaissance erfahren.

Die Gründungsmitglieder des Europarates im Jahr 1949 waren europäische Staaten, die nach zwei vorangegangenen Weltkriegen in hohem Maße auf stabile Beziehungen untereinander bedacht waren und die ein gesteigertes Interesse an der Funktionsfähigkeit zwischenstaatlicher Einrichtungen hatten.¹ Die Frage nach der Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention im Notstand spielte in dieser Zeit nur eine untergeordnete Rolle. Seitdem ist der Europarat jedoch zu einer viel größeren Organisation herangewachsen. Auch dadurch, dass die Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention sich zu einer *de facto*-Voraussetzung für den Beitritt zur Europäischen Union entwickelt hat, ist die Anzahl der Konventionsmitgliedsstaaten inzwischen auf 47 gestiegen. Aus dem ursprünglichen Verbund ist ein heterogener Zusammenschluss von Staaten geworden, die zum Teil mit großen internen und externen Konflikten zu kämpfen haben.²

Die vorliegende Arbeit behandelt die im Notstandsrecht der Europäischen Menschenrechtskonvention wirkenden Mechanismen. Eine tiefergehende Beschäftigung mit dem Recht des Ausnahmezustands führt schnell zu der Frage, inwieweit dieser juristisch überhaupt sinnvoll zu erfassen ist und ob die Aufgabe des Rechts sich dabei nicht auf allgemein gefasste Kontrollmechanismen beschränken muss. Der Arbeit zugrunde gelegt wird das Konzept des Ausnahmezustands als Element des Rechts, dessen Ziel die Rückkehr zur gesellschaftlichen und rechtlichen „Normalität“ ist. Der Schwerpunkt liegt weniger in der Diskussion der verfassungstheo-

1 Gioia, in: *Ben-Naftali* (Hrsg.), International humanitarian law and international human rights law, 2011, S. 202.

2 Gioia, in: *Ben-Naftali* (Hrsg.), International humanitarian law and international human rights law, 2011, S. 202; vgl. *Weber*, DÖV 2016, 921.

retischen Grundlagen des Ausnahmezustands, als in der Darlegung der Systematik der EMRK-Notstandsklausel und der Rechtsprechung der Konventionsorgane.

Das *Factsheet – Derogation in time of emergency*³, listet die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu der in Artikel 15 EMRK niedergelegten Notstandsklausel auf und fasst sie zusammen. Die Anzahl der Entscheidungen, in denen eine sogenannte Derogation, also die Aussetzung von Konventionsrechten, tatsächlich eine Rolle spielte, ist bislang überschaubar. Die Erklärungen des Notstands in der Ukraine und in Frankreich im Jahr 2015 sowie in der Türkei im Jahr 2016 und die dadurch gesteigerte Bedeutung des Artikel 15 EMRK zeigen indes, dass sich die Rechtswirklichkeit auch innerhalb der Mitgliedsstaaten des Europarates schnell ändern kann. Der ehemalige Präsident des EGMR *Jean-Paul Costa* stellte insoweit zutreffend fest, Europa sei keine „Insel der Seligen“⁴. Noch zu Beginn des Jahres 2015 wurde etwa eine Aussetzung von Konventionsrechten in Kontinentalfrankreich⁵ allgemein kaum für möglich gehalten, bis dieses Szenario nach den Terroranschlägen von Paris Ende 2015 Wirklichkeit wurde.⁶

Die Ausweitung der Befugnisse staatlicher Sicherheitsbehörden geht regelmäßig mit der Gefahr der Beschneidung individueller Rechte einher.⁷ Menschenrechte sowie allgemein gesellschaftliche und rechtliche Strukturen sind gerade im Ausnahmezustand ihrer größten Bewährungsprobe ausgesetzt, was die Auseinandersetzung mit dem Recht des Ausnahmezustands umso nötiger erscheinen lässt. Die Aussetzung von Konventionsrechten im Notstand muss die absolute Ausnahme bleiben und darf einzig und allein unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten erfolgen.⁸

3 EGMR Press Unit, *Factsheet – Derogation in time of emergency*, zuletzt aktualisiert im Juli 2018.

4 ECHR, Annual report 2007, 2008, S. 29; ECHR, Annual report 2008, 2009, S. 34; Gioia, in: *Ben-Naftali* (Hrsg.), *International humanitarian law and international human rights law*, 2011, S. 202.

5 Frankreich hatte allerdings 1985 wegen Unruhen auf der zu Frankreich gehörenden Inselgruppe Neukaledonien unter Verweis auf Art. 15 EMRK den Notstand ausgerufen, vgl. <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/declarations> (Stand: 02.11.2017).

6 Vgl. die Erklärung Frankreichs an den Generalsekretär des Europarats vom 24. November 2015, abrufbar unter <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/declarations> (Stand: 02.11.2017).

7 Vgl. *Ashauer*, AVR 45 (2007), 400 (430).

8 Vgl. zum vorstehenden Abschnitt bereits *Weber*, DÖV 2016, 921 f.

II. Stand der Forschung

Im deutschen Schrifttum existiert bislang keine Arbeit, welche den Beurteilungsspielraum im Rahmen des Notstandsrechts der EMRK unter Einbeziehung der Ausnahmestände in Frankreich, der Türkei und der Ukraine seit dem Jahr 2015 analysiert. Zur Europäischen Menschenrechtskonvention existiert eine Vielzahl an Kommentaren, die zumeist auch das Notstandsrecht nach Artikel 15 EMRK behandeln. Es handelt sich dabei jedoch, von wenigen Ausnahmen abgesehen, um knappe Darstellungen der Voraussetzungen und Verfahrensanforderungen des Notstandsrechts.⁹ Aktuelle und umfassende Darstellungen der Streitpunkte um das Notstandsrecht findet sich bei *Criddle*, *Human Rights in Emergencies*, aus dem Jahr 2016¹⁰ sowie bei *Lemke*, *Demokratie im Ausnahmezustand*¹¹ und *Lemke*, *Ausnahmezustand* aus dem Jahr 2017.¹² *Maslatons* Dissertation aus dem Jahr 2001 befasst sich eingehend mit Artikel 15 EMRK, allerdings unter dem Gesichtspunkt eines Vergleiches mit dem Notstandsrecht der Amerikanischen Menschenrechtskonvention und ohne Einbeziehung der jüngsten Entwicklungen.¹³ Seine Arbeit beschreibt zwar ausführlich die abstrakten Voraussetzungen und Diskussionen um Art. 15 EMRK bis zum Jahr 2001. In den folgenden Jahren haben sich diese jedoch teilweise geklärt, beziehungsweise verlagert. Dies gilt auch für die Dissertation von *Vollmer*¹⁴ aus dem Jahr 2009, die ebenfalls nicht mehr die aktuellsten Entwicklungen einbeziehen konnte. Im Übrigen thematisiert ihre Arbeit zwar die Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 15 EMRK, dies geschieht jedoch aufgrund des rechtsvergleichenden Schwerpunktes der Arbeit knapp und nicht in dem Umfang, wie ihn die vorliegende Arbeit leistet. Einen aktuellen und umfangreichen Beitrag zum Beurteilungsspielraum in der EMRK-Rechtsprechung stellt die Arbeit von *Asche* dar, welche umfangreich die gesamte Rechtsfigur in den Blick nimmt. Die Arbeit arbeitet ausführlich die Dogmatik der *margin of appreciation* auf, nimmt das Notstandsrecht dabei

9 Siehe etwa *Karpenstein/Mayer*, EMRK; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention; *Schabas*, The European Convention on Human Rights; *Harris/O'Boyle/Warbrick et al*, Law of the European Convention on Human Rights; *Grote/Marauhn/Krieger*, EMRK, Kap. 8 (Notstand).

10 *Criddle* (Hrsg.), *Human rights in emergencies*, 2016.

11 *Lemke*, *Demokratie im Ausnahmezustand*, 2017.

12 *Lemke* (Hrsg.), *Ausnahmezustand*, 2017.

13 *Maslaton*, Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz, 2002.

14 *Vollmer*, Die Geltung der Menschenrechte im Staatsnotstand, 2010.

aber nur am Rande in den Blick.¹⁵ Zugunsten eines konkreteren Ansatzes legt die vorliegende Arbeit den Schwerpunkt auf die Anwendung von Beurteilungsspielräumen im Notstandsrecht.

Seit 2015 existieren mehrere Beiträge zu den jeweiligen Ausnahmezuständen in Frankreich, der Türkei und der Ukraine. In diesen Beiträgen teilweise ausführlich beschriebene und untersuchte Details werden in der vorliegenden Arbeit aufgegriffen und darüber hinaus in Kontext zueinander gesetzt. Eine derartige Darstellung, die parallel alle drei Notstandssituationen untersucht, existiert bislang nicht. So untersucht etwa *Hagenau-Moizard*¹⁶ den Notstand in Frankreich seit 2015. Sie stellt auch Vergleiche zu anderen Ländern an, insbesondere wird auf die Entscheidung *A. u.a./Vereinigtes Königreich*¹⁷ Bezug genommen. Auffällig ist, dass sie zwar zunächst das Vorliegen einer Notstandslage nach Art. 15 EMRK prüft, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen dann jedoch nicht mehr unter den Voraussetzungen des Art. 15 EMRK betrachtet. Zu Frankreich, der Türkei und der Ukraine existiert eine stetig steigende Anzahl an Berichten von Menschenrechtsorganisationen oder Institutionen des Europarates. Dazu zählen auch Berichte der Venedig-Kommission, in denen Notstandsmaßnahmen und insbesondere Einzelschicksale aufgeführt werden. Die Untersuchung berücksichtigt diese Berichte und bezieht sie in die rechtliche Analyse mit ein, wobei für die Bewertung auf frühere Verfahren vor dem EGMR zurückgegriffen wird. Auch unter diesem Gesichtspunkt müssen Streitstände, die bereits Gegenstand früherer Untersuchungen waren, teilweise neu bewertet werden.

III. Aufbau der Untersuchung

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist die Frage, welcher Sinn und Zweck der Einräumung von Beurteilungsspielräumen (*margin of appreciation*) durch den EGMR im Notstand zukommt. Im Mittelpunkt stehen dabei die Rolle des EGMR und die Frage, inwieweit ein überstaatlich organisiertes Gericht demokratisch rückgebundene nationale Entscheidungen verwerfen darf, insbesondere, wenn diese sich auf zentrale Bereiche der Staatsorganisation beziehen. Gerade EGMR-Entscheidungen zu Art. 15 EMRK betreffen im Regelfall politisch äußerst sensible Bereiche nationaler Souveränität und

15 *Asche*, Die Margin of Appreciation, 2018.

16 *Hagenau-Moizard*, JZ 71 (2016), 707.

17 EGMR, Urt. v. 19.02.2009, *A. u.a./Vereinigtes Königreich*, Nr. 3455/05.

der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt. Die Untersuchung hat dabei nicht die vollständige Aufarbeitung der Streitstände zur *margin of appreciation* zum Ziel. Die Einräumung nationaler Beurteilungsspielräume in Abwägungsfragen ist in der Rechtsprechung des EGMR inzwischen zwar weit verbreitet, wurzelt jedoch ursprünglich in der Judikatur der Straßburger Organe zu Artikel 15 EMRK. Der Fokus liegt somit auf der Anwendung von Beurteilungsspielräumen im Kontext des Notstandsrechts.

In Kapitel 1 werden zunächst die theoretischen Hintergründe des Notstandsrechts dargelegt und ein Überblick über den Untersuchungsgegenstand gegeben. Dies leitet über zu Kapitel 2 und der Frage, wie die Straßburger Konventionsorgane die Notstandsklausel des Art. 15 im Laufe der Jahre durch ihre Rechtsprechung konkretisiert haben. Hierzu werden die für das Notstandsrecht relevanten Entscheidungen des EGMR und Berichte der Kommission untersucht und gegenübergestellt. Dabei werden insbesondere Rechtsprechungstendenzen zur Verwendung der *margin of appreciation* herausgearbeitet, die sich über die Zeit erkennen lassen.

Methodisch wird die bisherige Rechtsprechung des EGMR zu Art. 15 EMRK hinsichtlich der Anwendung von Beurteilungsspielräumen ausgewertet. Dabei fällt die stellenweise Inkohärenz auf, mit der der Gerichtshof Beurteilungsspielräume im Notstandsrecht handhabt. Der Frage, ob dem politische Opportunitätsgründe oder andere Überlegungen zugrundeliegen, wird unter Vermeidung reiner Spekulation nachgegangen. Es gibt zwei verschiedene Ebenen für die Anwendung von Beurteilungsspielräumen bei Art. 15 EMRK. Zum einen stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Notstand und zum anderen, ob die jeweils getroffenen Maßnahmen verhältnismäßig sind. Es fällt auf, dass in der Praxis des EGMR sehr weite Spielräume auf der ersten Ebene mit engen Spielräumen auf der Rechtsfolgeebene ausgeglichen werden können. Dogmatisch mag diese Herangehensweise zwar unbefriedigend und nicht durch die Struktur des Art. 15 EMRK intendiert sein. Jedoch scheint dies der zu zahlende Preis für eine funktionierende EMRK-Gerichtsbarkeit im Notstand zu sein. Die Frage, inwieweit ein überstaatliches Gericht demokratisch legitimierte Entscheidungen verwerfen kann, leitet über zur in Kapitel 3 behandelten Anschlussfrage, wer letztendlich den Notstand kontrolliert.

Diese Arbeit soll allerdings nicht nur eine theoretische Aufarbeitung der *margin of appreciation*-Doktrin im Kontext des EMRK-Notstandsrechts leisten, sondern vor allem die Anwendung des Notstandsrechts in der Praxis des EGMR analysieren. Sowohl die bisherige Rechtsprechung zu Art. 15 EMRK, als auch die aktuellen Notstandslagen in Frankreich, der Türkei und der Ukraine werden in Kapitel 4 untersucht. Bis auf wenige Unzulässigkeitsentscheidungen zur Türkei existiert hinsichtlich der aktuellen Not-

standslagen bislang noch keine Rechtsprechung des EGMR. Im Rahmen der Arbeit wird für jeden Staat ein spezifischer Schwerpunkt gesetzt. Im französischen Fall liegt der Schwerpunkt auf der Derogation im Zusammenhang mit terroristischen Anschlägen. Die Thematik war zwar schon im Nordirland- und im Kurdenkonflikt relevant, allerdings ist die Struktur des Art. 15 EMRK eigentlich ungeeignet, um auf terroristische Aktivitäten angewandt zu werden. Regelmäßig ist fraglich, wann eine Gefahr terroristischer Anschläge unmittelbar bevorsteht und wann diese Gefahr endet. Somit sind insbesondere die zeitlichen Grenzen des Notstands nicht hinreichend geklärt. Im Fall der Türkei werden insbesondere Rechtsschutzprobleme behandelt, also die Frage, welcher Rechtsschutz im Notstand noch als ausreichend zu erachten ist. Die Frage stellt sich besonders vor dem Hintergrund der Diskussion um eine Einbeziehung von Verfahrensrechten in den Katalog der notstandsfesten Rechte nach Art. 15 Abs. 2 EMRK. Hinsichtlich des Notstands in der Ukraine werden wiederum Fragen nach dem Verhältnis von EMRK-Notstandsrecht und Humanitärem Völkerrecht näher behandelt. Soweit es für das Verständnis der Probleme um Art. 15 EMRK relevant ist, wird auch das jeweilige nationale Notstandsrecht in die Untersuchung miteinbezogen. Weitergehende Analysen der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen unterbleiben aus Gründen der Fokussierung auf die völkerrechtlichen Regelungen der EMRK. In Kapitel 5 werden zentrale Themen der Arbeit aufgegriffen und Ergebnisse präsentiert. Außerdem erfolgt an dieser Stelle eine abschließende Einordnung des Untersuchungsgegenstandes in den breiteren dogmatischen Kontext.

Insgesamt ist die Arbeit rechtstatsächlich orientiert und konzentriert sich auf die Streitstände zur EMRK. Insbesondere in Kapitel 4 werden auch vermehrt Berichte des Europarates, der Venedig-Kommission und anderer Akteure herangezogen. Auch Parallelen zu anderen Rechtssystemen (IPbpr, AMRK, Unionsrecht und deutsches Verwaltungsrecht) werden in begrenztem Umfang dargestellt. Die Untersuchung verbleibt dabei innerhalb des Systems der EMRK und nimmt die bestehenden Gegebenheiten als Grundlage und Ausgangspunkt. Somit handelt es sich nicht um eine kritische Betrachtung des Notstandsrechts im Allgemeinen. Die Arbeit erschöpft sich nicht in einer bloßen Darstellung der bisherigen EGMR-Urteile zum Notstandsrecht und auch nicht in einer Beschreibung der Notstandssituationen in Frankreich, der Türkei und der Ukraine, sondern sie geht darüber hinaus. Ziel ist es, Schwachpunkte und Probleme der Anwendung von Beurteilungsspielräumen im Notstandsrecht der EMRK darzulegen und Entwicklungspotentiale aufzuzeigen.

IV. Methodik

Die vorliegende Arbeit basiert auf einer auf die EMRK und die Rechtsprechung der Konventionsorgane fokussierten Herangehensweise. Methodische Grundlage und Zentrum der Arbeit ist eine Analyse der Entscheidungspraxis der Straßburger Konventionsorgane zu Art. 15 EMRK. Dabei wird insbesondere darauf eingegangen, wie sich diese seit den fünfziger Jahren bis heute verändert hat und welche Konsistenzen erkennbar sind. Ausgehend von dieser systematischen Fallanalyse werden weitergehende Literatur, Kommentare sowie Entscheidungen nationaler Instanzen analysiert.

Die Untersuchung konzentriert sich auf die deutsche Methodik im Sinne von Grundprinzipien öffentlicher Gewalt in Deutschland, geht jedoch zwangsläufig auch darüber hinaus. Gerade bei einem in der Bundesrepublik unmittelbar geltenden völkerrechtlichen Menschenrechtsabkommen wie der EMRK, erscheint eine Öffnung der Methode unerlässlich, um die internationalen Zusammenhänge deutlich machen zu können.¹⁸ Völkerrecht lässt sich methodisch nicht mehr aus einer rein nationalen Perspektive betrachten, sondern muss den überstaatlichen Kontext mit einschließen.¹⁹ Aufgrund des Einflusses der Rechtssysteme einer Vielzahl von Staaten und aufgrund regionaler wie organisatorischer Unterschiede fehlt dem Völkerrecht jedoch eine einheitliche Methodik, sondern unterliegt einer zunehmenden Fragmentierung.²⁰ Dogmatische und methodische Grundprinzipien lassen sich nur vereinzelt etwa aus den Bestimmungen der Wiener Vertragsrechtskonvention, der Charta der Vereinten Nationen, dem IGH-Statut oder anderen völkerrechtlichen Kodifikationen herleiten. Eine universelle Gültigkeit ist jedoch nicht immer gegeben und auch völkerrechtliches Gewohnheitsrecht unterliegt fortwährenden Veränderungen. Dies gilt auch für die Notstandsklausel der EMRK, bei der ein umfassendes völkerrechtliches Methodikkonzept fehlt, beziehungsweise immer noch im Entstehen ist. Insgesamt finden sich zur EMRK hauptsächlich rechtspraktische Konzepte, die im Laufe der Jahre durch Kommission und Gerichtshof im Wege richterlicher Rechtsfortbildung und –entwicklung erarbeitet wurden. Zwar existiert zu den einzelnen Rechten der EMRK eine Fülle von

18 Bogdandy, in: *Badura/Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2014, Rn. 3.

19 Bogdandy, in: *Badura/Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2014, Rn. 5.

20 Bogdandy, in: *Badura/Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2014, Rn. 40.

Entscheidungen des EGMR, hinsichtlich der konkreten Voraussetzungen des Art. 15 EMRK ist die Rechtsprechung jedoch deutlich weniger umfangreich.

Das grundlegende Problem völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes liegt allerdings weniger in den theoretisch-dogmatischen Grundlagen, als vielmehr in der tatsächlichen Durchsetzbarkeit.²¹ Dies gilt besonders für das Notstandsrecht und seine besondere Konstellation der Menschenrechte gegenüber staatlicher öffentlicher Gewalt. Praktische Bedeutung gewinnt Recht immer erst durch seine Umsetzung. Auf diese Umsetzung konzentriert sich die Untersuchung, was folglich auch zu einer Eingrenzung der angewandten Methoden führt. Auf Elemente wie interdisziplinäre Ansätze oder tiefergehende verfassungstheoretische Diskussionen zum Notstandsrecht wird im Rahmen der Untersuchung eingegangen, zugunsten des rechtstatsächlichen Fokus der Arbeit jedoch nur im Überblick. Ein umfassender Rechtsvergleich entfällt, da gerade Vergleiche des Notstandsrechts der EMRK mit anderen völkerrechtlichen Elementen bereits in anderen Arbeiten umfassend erörtert wurden.²² In Kapitel 2 werden jedoch Bezüge zu anderen Rechtsordnungen wie der europäischen Union, der AMRK oder dem IPbpR hergestellt. Insbesondere wird die Möglichkeit einer Übertragung der Beurteilungsfehlerlehre aus dem deutschen Verwaltungsrecht auf das Notstandsrecht der EMRK diskutiert. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit die Implementierung einer Beurteilungsfehlerlehre auf Ebene der EMRK zu einer größeren Rechtssicherheit hinsichtlich der Gewährnung von Spielräumen beitragen könnte.

Die Arbeit konzentriert sich auf die Rechtspraxis, lenkt also den Fokus auf praktische gerichtliche Arbeit. Sie bezieht sich auf die konkrete Umsetzung der EMRK im Spannungsfeld von Recht und Politik. Dies ist im Sinne einer auf die Entscheidungspraxis eines überstaatlichen Gerichtshofes eingegrenzten Dogmatik zu verstehen. Rechtswissenschaftliche Dogmatik behandelt allgemein das positive Recht, sowie seine Erläuterungen. Dieses besteht nicht nur aus den geltenden Rechtsnormen, sondern schließt Lehrsätze, Grundprinzipien sowie gerichtliche Entscheidungen und von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze mit ein.²³ Juristische Dogmatik geht damit grundsätzlich über die reine Entscheidungspraxis hinaus. Tatsächlich liegt das „letzte Wort“ jedoch bei der Justiz, aufgrund der dog-

21 *Bogdandy*, in: *Badura/Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2014, Rn. 43.

22 Vgl. etwa zum Verhältnis EMRK/AMRK, *Maslaton*, *Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz*, 2002.

23 *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 9. Aufl. (2016), Rn. 311.

menbildenden Rechtskraft ihrer letztinstanzlichen Entscheidungen.²⁴ Bezeichnend für diese dogmatische Kraft ist die Erkenntnis, dass auch oberste Bundesrichter „sich irren“ können, dies allerdings mit Rechtskraft.²⁵ Gleichmaßen gilt dies auch für den internationalen Richter und somit auch für den EGMR.

Letztendlich dient „Recht“ keinem Selbstzweck, sondern der gesellschaftlichen Gestaltung.²⁶ Deshalb ist es notwendig, insbesondere die tatsächlichen Auswirkungen des Rechts in den Blick zu nehmen, was am ehesten anhand der Spruchpraxis von Gerichten möglich erscheint. Aufgrund der dezidiert rechtstatsächlichen Ausrichtung der Arbeit beschränkt sich die zugrundegelegte Dogmatik auch weitgehend auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und die Entscheidungen und Berichte der ehemaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR).

Die Aufarbeitung der durch die Straßburger Organe entschiedenen Fälle zum Notstand stellt eine empirisch-systematische Entscheidungsanalyse dar.²⁷ An die Untersuchung der Entscheidungen schließt sich eine tiefergehende Aufarbeitung der *margin of appreciation*-Doktrin an, die sich als zentrale Rechtsfigur durch die gesamte Rechtsprechung zum Notstand zieht. Durch die Aufbereitung von Entscheidungen können Rechtsprechungslinien zum Beurteilungsspielraum im Laufe der Zeit dargestellt und nachvollzogen werden. Insbesondere bei einem richterrechtlich entwickelten Element wie den nationalen Beurteilungsspielräumen ist die Analyse der Entscheidungen, in der diese angewandt wurden, der einzige Weg, um die Entwicklung in einen historisch-systematischen Kontext stellen zu können. Dies wird durch die Entscheidungsanalyse geleistet. Die insgesamt Handhabung von Beurteilungsspielräumen in der Rechtsprechung der Straßburger Konventionsorgane darzustellen würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit übersteigen, weswegen sich die Ausführungen auf das Notstandsrecht der EMRK beschränken.²⁸

24 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), Rn. 311.

25 Zitiert nach Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), Rn. 318.

26 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), Rn. 303.

27 Zum Begriff der Empirie im juristischen Kontext Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), Rn. 24.

28 Eine Gesamtbetrachtung hierzu findet sich etwa bei Asche, Die Margin of Appreciation, 2018.

Methodische Funktion der Fallbeispiele im vierten Kapitel der Arbeit ist die Einbeziehung einer „Wirklichkeitsbeschreibung“²⁹, gewissermaßen eine Veranschaulichung der Übertragbarkeit diskutierter dogmatischer Problemstellungen auf tatsächliche Ereignisse. Insbesondere die in Kapitel 1. IV. aufgeworfenen Sonderprobleme des Notstandsrechts können anhand der Fallstudien in Kapitel 4 anschaulich behandelt werden. Es wird gezeigt, inwieweit sich die von der Rechtsprechung bislang entwickelten Grundsätze zum Notstandsrecht auf aktuelle Fallbeispiele übertragen lassen.

Die Untersuchung erhebt keinen Anspruch darauf, letztverbindliche Aussagen zu treffen. Dies gilt insbesondere für die Fallbeispiele des vierten Kapitels, da die Bewertung hier von Tatsachenentwicklungen abhängt, die noch nicht als abgeschlossen gelten können. Aufgrund der Komplexität tatsächlicher Entwicklungen ist dies im Rahmen einer solchen Arbeit kaum möglich und die juristische Aufarbeitung der Ausnahmestände in Frankreich, der Türkei und der Ukraine steht erst am Anfang. Die Rechtsprechung ist im Sinne des Rechtsverweigerungsverbotes dazu verpflichtet, über gestellte Rechts- und zugehörige Tatsachenfragen zu entscheiden,³⁰ die vorliegende Arbeit unterliegt dieser Verpflichtung jedoch nicht. Insofern stellt die Arbeit, was die Fallbeispiele anbetrifft, einen Zwischenstand dar, der darüber hinaus jedoch weitergehende Schlussfolgerungen und eine dogmatische Einordnung des Notstandsrechts zulässt.

29 Begriff im Hinblick auf Nachbarwissenschaften der Rechtswissenschaft, *Röhl*, in: *Arnauld/Röhl/Volkman* (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, 2015, S. 8 (31).

30 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), Rn. 314.

Kapitel 1. Hintergründe und Entwicklung des Notstandsrechts

I. Allgemeines

1. Historischer Abriss

a) Antike Ursprünge

Die Konzeption von Ausnahmetatbeständen, die in Not- oder Kriegszeiten zum Einsatz kommen kann und durch welche staatlichen Stellen Sonderrechte eingeräumt werden können, ist keine Erfindung der Neuzeit.³¹ Bereits in den antiken griechischen Stadtstaaten gab es die Ausnahmeherrschaft, die sogenannte Herrschaft der *Aisymnetie*, die im Notstandsfall durch vom Volk bestimmte Einzelpersonen ausgeübt wurde.³² Diese Figur der Alleinherrschaft in den griechischen Stadtstaaten bezeichnet *Aristoteles* als *τύραννις* (*Tyrannenherrschaft*), ein Ausdruck, der mit vollkommen anderer Bedeutung auch heute noch gebräuchlich ist. In der ursprünglichen Bedeutung nach *Aristoteles* bezeichnete die *τύραννις* des *Aisymeten* einen Herrscher, der auf gesetzlicher Grundlage vom Volk entweder temporär oder auf Lebenszeit zur Erfüllung bestimmter Sonderaufgaben erwählt wurde.³³

Von den antiken Herrschaftsformen im Ausnahmezustand stellt die aus dem römischen Recht stammende *Diktatur* die wohl bekannteste Form der Notstandsherrschaft dar, die der heutigen Vorstellung von Machtausübung in Krisenzeiten am nächsten kommt.³⁴ Die *lex dictatore creando* ermöglichte die Benennung eines *dictators* in ernsthaften Krisen- und insbesondere Kriegszeiten. Seine einzige Aufgabe bestand im Erhalt der Römischen Re-

31 *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 9; *Grote/Maraubn/Krieger*, Kap. 8 (Notstand), Rn. 1.

32 *Aristoteles*, Politik, 1965, S. 111, 113.

33 Siehe die Definition von *Aristoteles*, Politik, 1965, Drittes Buch, Kap. 14, S. 111, 113, der den *Aisymnetenherrscher* allerdings von der *barbarischen Tyrannie* abgrenzt, die jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt; *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 9.

34 *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 11.

publik, wozu ihm weitreichende Befugnisse (= Sonderrechte) verliehen wurden. Sobald die Notlage überwunden war, spätestens jedoch nach Ablauf von sechs Monaten, musste der *dictator* zurücktreten und seine Machtbefugnisse wieder abgeben.³⁵ Tat er dies nicht, konnten nach römischem Recht Sanktionen gegen ihn verhängt werden.³⁶ Der Senat konnte in solchen Fällen auch selbst den Notstand durch Beschluss ausrufen (*senatus consultum ultimum*), der die Bevölkerung gegen den rechtsbrechenden *dictator* mobilisierte.³⁷ Im Gegensatz zum heutigen Verständnis einer *Diktatur* war der römische Alleinherrscher also gänzlich in das römische Rechtssystem eingebunden und hatte sich für das Gemeinwohl einzusetzen.³⁸

b) Zur Wortbedeutung

Die deutschen Bezeichnungen *Tyrann* und *Diktator*, die sich von den frühen griechischen und römischen Herrschaftsformen ableiten, sind auch heutzutage noch geläufig. Dabei haben die Begriffe jedoch einen tiefen Bedeutungswandel unterlaufen.

Der Begriff des *Tyrannen* hatte in seiner frühesten Erscheinung im griechischen Kleinasien im 7. Jahrhundert vor Christus, zunächst eine neutrale Bedeutung.³⁹ Aristoteles differenzierte im 3. Jahrhundert vor Christus zwischen positiven und negativen Formen der Tyrannei.⁴⁰ Bereits in den Jahrhunderten vor Christus wandelte sich der ursprünglich neutral besetzte Begriff des *Tyrannen*, wie auch der des römischen *Diktators* zum Negativen.⁴¹ Grund hierfür war die anhaltende Gefahr eines Missbrauchs der eingeräumten Sonderbefugnisse. Insbesondere in der römischen Geschichte finden sich solche Anzeichen, etwa die Ablehnung in weiten Teilen des

35 Schneider, in: Gehrke/Schneider/Funke (Hrsg.), Geschichte der Antike, 2013, S. 277 (317).

36 Svensson-McCarthy, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 14 f.

37 Gehrke, Kleine Geschichte der Antike, 5. Aufl. (2011), S. 127.

38 Vgl. Svensson-McCarthy, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 11 ff.

39 Latey, Missbrauch der Macht, 1973, S. 14.

40 Aristoteles, Politik, 1965, Kap. 14, S. 111, 113.

41 Latey, Missbrauch der Macht, 1973, zum *Tyrannen* S. 14, zur Herrschaftsform der *Diktatur*, S. 39 ff.; Gehrke/Schneider/Funke (Hrsg.), Geschichte der Antike, 4. Aufl. (2013), S. 520.

Volkes, als *Gaius Iulius Caesar* sich zum Diktator auf Lebenszeit (*dictator perpetuus*) ausrufen lies.⁴²

Grundsätzlich soll das Notstandsrecht also der Abwehr von Gefahren für das Gemeinwesen dienen. Missbräuchlich ins Gegenteil verkehrt, kann der Gebrauch von Notstands- und Ausnahmefugnissen jedoch auch dem Machterhalt der jeweils Herrschenden gegenüber der eigenen Bevölkerung dienen.⁴³ Dieser Gefahr des Missbrauchs soll insbesondere in modernen Konzepten von Notstandsbefugnissen von vornherein entgegengewirkt werden. Böckenförde beschreibt insoweit die Notstandsgesetze des Grundgesetzes aus dem Jahr 1968 als Versuch der Vergesetzlichung des Ausnahmezustands unter Vermeidung der extensiven Gewährung von Exekutivbefugnissen.⁴⁴ Eine abschließende Bestimmung des Ausnahmezustands und der gewährten Befugnisse sei nicht möglich, insoweit zeichnet er das Bild eines regulierten Ausnahmezustands unter gleichzeitiger Einräumung weiterer Ermessenstatbestände⁴⁵ - eine Grundstruktur, die sich auch in der Ausgestaltung und der richterlichen Praxis der Notstandsklausel des Art. 15 EMRK wiederfindet.

c) Der Missbrauch von Menschenrechten im Notstandsfall

Die früheste Konzeption von Sonderrechten in Krisenfällen stammt wie beschrieben von den Herrschaftsformen der Diktatur und der Tyrannei der Antike ab. Diese Begriffe sind heute im allgemeinen Sprachgebrauch negativ besetzt. Gründe hierfür sind die hohe Missbrauchsgefahr und die damit einhergehende Gefahr für die jeder Demokratie inhärente Gewaltenteilung, die in ihrem Ursprung auf der Herrschaft des Volkes basieren muss.

Heutige Notstandsartikel- und -verfassungen führen zwar nicht unmittelbar zu Tyrannei und Diktatur. Gefahren bestehen heutzutage jedoch insbesondere für die persönlichen Rechte und Freiheiten des Einzelnen, die durch Notstandsbefugnisse eingeschränkt werden. Die Philippinen sind

42 Schneider, in: Gehrke/Schneider/Funke (Hrsg.), Geschichte der Antike, 2013, S. 277; Schneider, in: Gehrke/Schneider/Funke (Hrsg.), Geschichte der Antike, 2013, S. 277; im Jahr 43 vor Christus wurde dieses Amt insbesondere aufgrund des Missbrauchs durch *Gaius Iulius Caesar* wieder aufgehoben, Gehrke/Schneider/Funke (Hrsg.), Geschichte der Antike, 4. Aufl. (2013), S. 520.

43 Svensson-McCarthy, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 9.

44 Böckenförde, NJW 31 (1978), 1881.

45 Böckenförde, NJW 31 (1978), 1881 (1885).

ein Beispiel, wie nach Ausrufung des Notstands und Einführung des Kriegsrechts im Jahr 1972 unter der Regierung von Präsident Marcos schwerste Menschenrechtsverletzungen durch staatliche Organe begangen wurden.⁴⁶ Ebenso wurden Bestimmungen des englischen *martial law* im 16. Jahrhundert auch in Friedenszeiten genutzt, um massiv gegen Personengruppen vorzugehen, die in der damaligen Gesellschaft unerwünscht waren, oder die abweichende politische Ansichten vertraten.⁴⁷ Auch heute noch sind die Gefahren für die Demokratie und die Grund- und Menschenrechte des Einzelnen im Ausnahmezustand deutlich höher als im „Normalzustand“.⁴⁸ Im Notstand muss der Staat seinen eigenen Bestand wahren, die öffentliche Sicherheit und Ordnung wiederherstellen und gleichzeitig die Grund- und Menschenrechte aller betroffenen Individuen sichern. Die Wahrung der Balance zwischen diesen Aufgaben birgt Gefahren.

Bereits in der historischen Analyse gibt es also etymologische Anzeichen dafür, dass Notstand, Ausnahmerecht und (auch temporäre) Alleinherrschaft eine Gefahr für die politischen Teilhaberechte anderer, aber auch für individuelle Menschenrechte und Grundfreiheiten darstellen. Worin diese Gefahren gerade auch im Hinblick auf die Menschenrechte der EMRK exakt liegen und wie sich dies in der Notstandskonzeption des Art. 15 EMRK niederschlägt, wird in den folgenden Kapiteln näher dargestellt.

2. Grundgedanken des Notstandsrechts

a) Theoretische Grundlagen

Notstands- oder Ausnahmerecht folgt dem zugrundeliegenden Gedanken, das in Krisensituationen drohende Chaos durch das Recht zu ordnen und beherrschbar zu machen. Dabei steht der individuelle Anspruch des Einzelnen auf Achtung seiner persönlichen Rechte und Freiheiten im Spannungsverhältnis zum Wohlergehen des Gesamtstaates und der Aufrechter-

46 Zum Ganzen s. *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 32 ff.

47 *Capua*, Cambridge Law Journal 36 (1977), 152 (164); *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 20.

48 *Gross/Ní Aoláin*, Human Rights Quarterly 2001, 625 (635); *Zimmermann*, in: *Weissbrodt/Wolfrum* (Hrsg.), The right to a fair trial, 1997, S. 747; *Oraá*, Human rights in states of emergency in international law, 1996, S. 1.

haltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.⁴⁹ Gesellschaften haben immer versucht, sich gegen Krisensituationen präventiv durch rechtlich abgesicherte Bündelung von gesteigerten Machtbefugnissen zu wappnen.⁵⁰ Bereits für *Machiavelli* bestand kein Zweifel darin, „dass Republiken, die in äußerster Gefahr nicht zur diktatorischen oder einer ähnlichen Gewalt Zuflucht nehmen, bei schweren Erschütterungen zugrunde gehen werden“, was sich insoweit als Rechtfertigung für die Inanspruchnahme extensiver Gewaltbefugnisse in Krisen- und Notstandszeiten verstehen lässt.⁵¹

Die heutige Konzeption von Notstandsregelungen in Staatsverfassungen und internationalen Verträgen lässt sich insbesondere auf das „Kriegsrecht“ europäischer Staaten zurückführen. So hat etwa das englische *martial law* großen Einfluss auf das Notstandsrecht der USA gehabt.⁵² Auch die französischen Bestimmungen zum *loi martiale* vom 20. November 1789 haben sich später in verschiedenen deutschen Rechtsregelungen zum Ausnahmezustand niedergeschlagen.⁵³ Besonders drastisch findet sich die Funktion des Ausnahmezustands bei *Carl Schmitt* beschrieben: Im Ausnahmezustand suspendiere der Staat das Recht kraft seines eigenen Selbsterhaltungsrechts, die eigentlich regelnd eingreifende Norm wird „vernichtet“. Allerdings, so wird hinzugefügt, bleibe auch dieser Ausnahmezustand im Rahmen des Juristischen, also juristisch prüfbar.⁵⁴ Mit dem bereits im antiken jüdischen und römischen Recht bekannten Ausdruck „Not kennt kein Gebot“ (*necessitas legem non habet*),⁵⁵ erfolgt der Rückzug auf die Überlegung, der eine Ausnahmesituation begründende Notstand könne nicht mittels Rechtsnormen umschrieben werden, es handele sich insoweit um

49 *Ashauer*, AVR 45 (2007), 400 (401).

50 *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 43; siehe bereits die Ausführungen in Kap. 1 I. 1.

51 *Machiavelli*, Politische Schriften, 7. Aufl. (1996); *Lemke*, in: *Lemke* (Hrsg.), Ausnahmezustand, 2017, S. 1 (4).

52 *Hartman*, Harvard ILJ 22 (1981), 1 (11); *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 23; zur Geschichte des Notstandsrechts in Großbritannien siehe *Murray*, Shifting emergencies from the political to the legal sphere: placing the United Kingdom's derogations from the ECHR in historical context, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2778026 (Stand: 01.05.2017).

53 *Grote/Marauhn/Krieger*, Kap. 8 (Notstand), Rn. 1; zum Konzept des *état de siège*, siehe *Svensson-McCarthy*, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 36 ff.

54 *Schmitt*, Politische Theologie, 8. Aufl. (2004), S. 18 f.

55 *Ashauer*, AVR 45 (2007), 400 (401, 402); unter Bezugnahme auf da individuelle Selbstverteidigungsrecht im Notstandsfall *Grotius*, De jure belli ac pacis libri tres, 2005, Buch II, Kap. I, Rn. XII, 4.

überpositives Recht.⁵⁶ Ein solcher Zustand des „Nicht-Rechts“ kann jedoch in einem demokratischen Rechtsstaat keine befriedigende Situation darstellen. Der italienische Philosoph *Giorgio Agamben* verortet den Ausnahmezustand im Graubereich zwischen Recht und Nichtrecht: „In Wahrheit steht der Ausnahmezustand weder außerhalb der Rechtsordnung, noch ist er ihr immanent, und das Problem seiner Definition betrifft genau eine Schwelle oder eine Zone der Unbestimmtheit. [...] Die Suspendierung der Norm bedeutet nicht ihre Abschaffung, und die Zone der Anomie, die sie einrichtet, ist nicht ohne Bezug zur Rechtsordnung.“⁵⁷ Der Versuch den Ausnahmezustand rechtlich zu erfassen, führt an die Grenzen des Rechts, wobei das Ausnahmezustandsrecht insoweit die Schwelle des demokratischen Rechtsstaats zum Absolutismus und zur Willkürherrschaft darstellen mag.⁵⁸ Gerade deshalb ist jedoch eine rechtliche Eingrenzung des Notstandes so wichtig. Ausnahmezustandsrecht ist in einer Demokratie kein „Nicht-Recht“, sondern der Versuch, das Recht im Grenzbereich zu totalitären Strukturen zu bewahren. Situationen, die rechtlich nicht mehr greifbar sind, werden schnell zur Quelle von Willkür und Gewalt. Die Vorstellung, an der Schwelle zum Ausnahmezustand „höre das Recht auf“⁵⁹, ist also zu vermeiden. Zur Verhinderung eines solchen Zustands ist daher auch im Notstand ein „Gebot“ insoweit erforderlich, als das die erweiterten staatlichen Befugnisse, deren Grenzen und der Zeitpunkt der Beendigung, sowie die Rückkehr zum Normalzustand klar geregelt bleiben müssen.⁶⁰

Dies führt zum Kern des Problems: Ungeregelte Krisenzustände produzieren regelmäßig Chaos, welches schnell jeglicher Kontrolle zu entgleiten droht. Ausnahmetatbestände finden im Allgemeinen Anwendung, wenn eine Regierung der Ansicht ist, dass sich eine Krisensituation und drohendes Chaos nicht mehr mit den allgemeinen Regelungen in den Griff bekommen lässt. Der Schritt hin zu staatlicher Willkür ist an dieser Stelle nicht mehr weit.⁶¹ Der Ausnahmezustand muss also rechtlich greifbar und

56 *Agamben*, Ausnahmezustand, 6. Aufl. (2004), S. 7; für einen Überblick über die verfassungstheoretische Diskussion siehe etwa *Nestler*, KritV 2018, 24 (27).

57 *Agamben*, Ausnahmezustand, 6. Aufl. (2004), S. 33.

58 *Agamben*, Ausnahmezustand, 6. Aufl. (2004), S. 7-11.

59 Vgl. *Böckenförde*, NJW 31 (1978), 1881 (1882).

60 Vgl. dazu bereits *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 14. Aufl. (2005), S. 343; *Schmahl*, in: *Fleck* (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, S. 125 (145).

61 Siehe hierzu *Ashauer*, AVR 45 (2007), 400 (430), der das Notstandsrecht selbst als Bedrohung für die Demokratie ausmacht.

in einer Demokratie auch gerichtlich überprüfbar bleiben. Die Geschichte zeigt, dass der Einsatz von Notstandsbefugnissen zur Lösung von Krisen dann am besten funktioniert hat, wenn der Ausnahmezustand und die damit einhergehenden Befugnisse der Exekutive rechtlich klar determiniert waren. Dies funktioniert nur mittels eines Rechtsregimes, welches ausschließlich in Notstandszeiten Anwendung findet und dessen klares Ziel die Rückkehr zum Normalzustand sein muss.⁶²

b) Ausnahmezustand als „Lücke“

Das Konzept des Ausnahmezustands als solches ist eigentlich ein Paradoxon. Das Ideal einer Gesamtrechtsordnung deckt alle vorstellbaren Situationen ab und ist auf jede Eventualität vorbereitet. Nun tritt eine nicht vorhergesehene Krisensituation ein, auf die die jeweilige Rechtsordnung nicht vorbereitet ist, beziehungsweise derer sie nicht mit den vorgesehenen Instrumenten Herr wird. Wären die Herausforderungen des Ausnahmezustands vorhersehbar, so könnten sie innerhalb der „normalen“ rechtsstaatlichen Strukturen bewältigt werden. Also bildet der unvorhersehbare Ausnahmezustand eine „Lücke“ in der Rechtsordnung ab. Um diese Lücke zu schließen, wird der Notstand ausgerufen, der bestimmte Elemente des Rechts zur Behebung der Krise, also zum Schließen der Lücke, wiederum außer Kraft setzt. Die Rechtsfigur des Ausnahmezustands ist also der Versuch, Defizite einer Rechtsordnung durch deren teilweise Aufhebung zu beseitigen.⁶³ Die „Lücke des Rechts“ wird somit erst einmal vergrößert, um sie wieder schließen zu können.

Diese „Lückenkonstruktion“ ist allerdings nicht ohne Risiken. Der Verweis auf eine lückenhafte und damit unvollständige Rechtsordnung ermöglicht eine Rechtfertigung beinahe sämtlichen Staatsnotrechts. Es ist schwer zu definieren, inwieweit eine Rechtsordnung „lückenhaft“ ist, oder ob einer bestimmten Situation nicht doch mit rechtsstaatlichen Mitteln beizukommen ist und extensive Auslegungen bergen Gefahren. Auf lange Sicht holt bei einer solchen nämlich „die Unvorhersehbarkeit der Ausnah-

62 Ashauer, AVR 45 (2007), 400 (403); Svensson-McCarthy, The international law of human rights and states of exception, 1998, S. 44.

63 Augsberg, in: Arndt (Hrsg.), Freiheit - Sicherheit - Öffentlichkeit, 2009, S. 17; siehe auch Isensee, in: Brügger/Haverkate (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, 2002, S. 51 (67); Agamben, Ausnahmezustand, 6. Aufl. (2004), S. 41; für den Bereich des Staatsnotrechts vertrat diese Ansicht auch Schmitt, Die Diktatur, 3. Aufl. (1964), S. 234.