

Terrorismus als Ausnahmezustand? Analyse von Voraussetzungen und Anwendung der Art. 15 EMRK/ 4 IPbPR zur Suspendierung von Menschenrechten*

Summary

State of emergency, state of exception and terrorism recently have been discussed extensively – apparently as contingent terms. Almost as if it would be an obvious reaction – apparently several – state of emergencies are being administered to deal with the problem of terrorism.

Apparently, the mere reference to the dangers and unscrupulousness of the enemy-minded perpetrators and the key word "(islamist) terrorism" are sufficient to (legally) legitimize the suspension of human rights. Which legal matters are applied, what conditions are to be set, and the time allowed for an "exception" – all these are questions that are seldom considered to be of any importance. This is problematic in many respects. The German constitution (Grundgesetz) just contains special emergency clauses. On the other hand, the European Convention on Human Rights (Article 15) and the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 4) respectively provide a general possibility of suspension; but with corresponding immediate notification obligations and restrictive conditions of action. Some very central freedom rights are non-derogable. And with good reason because the exception state clause in each case plays a key role in the conventions. Whereas the other guarantees are designed to protect human rights as far as possible, the emergency clause regulates the extent to which contracting states may be able to derogate from the other convention rights in times of crisis.

The answer to the research question however is difficult. Precisely because the international community of states on the one hand still did not agree upon a definition of terrorism. On the other hand, the criteria must always be fulfilled in the individual case and therefore a general answer, of course, presents problems. Nevertheless, an analysis confirms the impression that both – the state practice and the legal practice of the European Court of Human Rights – are almost satisfied with any reference to the phenomenon of "international terrorism" in order to "legalize" the state of emergency and to derogate from guarantees vouched by the convention. The contribution is intended to question the value of emergency clauses in the constitutional state, and also to sensitize to the fact that the exceptional state has to be handled carefully. In particular because the (supposedly) exceptional has already been introduced into the legal framework.

* Robert Nestler ist wissenschaftliche Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung in Halle und Projektkoordinator bei refugee law clinics abroad e.V.

Résumé

Etat d'urgence et terrorisme: on observe ces derniers temps une récurrente corrélation entre ces deux termes. Pour palier au problème du terrorisme, les gouvernements actuels choisissent de déclarer l'état d'urgence et cela parfois à répétition. Ainsi suffirait-il d'évoquer la menace d'agresseurs violents et sans scrupules que l'on rattacherait au terme-choc de „terrorisme (islamiste)“ pour légitimer juridiquement la suspension des droits de l'homme et déclarer l'état d'urgence. Mais quel panel de droits s'ensuit? Quelles doivent être les conditions préalables à la mise en place d'une telle mesure gouvernementale? Et enfin combien de temps devrait durer „l'urgence“ de ce régime exceptionnel? Toutes ces questions sont malheureusement trop peu considérées dans le débat public. La loi fondamentale allemande comprend exclusivement des clauses d'état d'urgence spécifiques. La Convention Européenne des droits de l'Homme (Art. 15) et le pacte International des droits civils et politiques prévoient en revanche une possibilité de suspension générale des droits. Cela se rattache toutefois à une obligation dans un bref délai de déclaration des procédures tout comme à une demande de restriction des faits. D'autre part certains droits fondamentaux restent inaliénables et cela pour une bonne raison: les clauses juridiques de l'Etat d'urgence tiennent un rôle clé dans les conventions. Alors que les droits garantis par la Convention ont pour but de protéger au mieux le citoyen européen, les clauses de l'état d'urgence fixent, à l'inverse, le cadre juridique pour que les états contractants puissent outre-passer ces droits. La réponse à la problématique du sus-articlé reste délicate: d'une part la communauté internationale n'est actuellement pas arrivée à s'accorder sur une définition du terme „terrorisme“. D'autre part les conditions requises à la mise en place de l'Etat d'urgence se réfèrent à des cas individuels, ce qui rend difficile la formulation d'une réponse globale à la problématique. Néanmoins une analyse récente appuie l'idée que les états tout comme la juridiction du CEDH utilisent le phénomène du „terrorisme international“ pour légaliser l'état d'urgence et l'abrogation des droits garantis par la convention. Le présent article propose un questionnement sur la signification des clauses de l'état d'urgence et veut sensibiliser à la prudence avec la mise en place d'un tel état qui doit rester avant tout un régime exceptionnel, là où aujourd'hui „l'exceptionnel“ s'implante de plus en plus dans les textes législatifs.

A. EINFÜHRUNG

„Terrorismus“ ist so alt, wie die ältesten Gesellschaften selbst,¹ woran auch die unübersichtliche Definitionsfrage nichts ändert.² Mit der Wandlung von Staaten änderten sich auch Möglichkeiten und Vorgehen ihrer Gegenspieler. Herrscher mit Absolutheitsanspruch reagierten auf terroristische Attacken mit Gegengewalt, die die der Angreife übersteigt. Schon hier taucht ein Problem auf, das die Diskussion um den Ter-

1 Laqueur, A history of Terrorism (2007).

2 Vgl. dazu Kaschner, Neues Risiko Terrorismus: Entgrenzung, Umgangsmöglichkeiten, Alternativen (2008), 47; Waldmann, Terrorismus: Provokation der Macht (2011), 40 f.

rorismusbegriff stets begleitet: sind Freiheitskämpfer wie die französischen Revolutionäre³ oder Che Guevara Terroristen?⁴ Diese Abgrenzung ist besonders diffizil und zeigt exemplarisch, warum es so große Schwierigkeiten bereitet, eine einheitliche Definition zu finden. Moderne Staaten, die der EMRK und dem IPbpr beigetreten sind, verstehen sich oder müssen jedenfalls als Rechtsstaaten verstanden werden. Ihnen ist es versagt, mit schierer Gewalt auf Terrorakte zu antworten, sie haben unveräußerliche Rechte zu wahren. Doch auch „Terrorismus“ hat sich gewandelt. Staaten sind verwundbarer geworden, Terroristen können auf ein beinahe unerschöpfliches Arsenal gefährlicher Waffen zurückgreifen oder Alltagsgegenstände als solche einsetzen. Die Gratwanderung, die der Rechtsstaat in diesen Fragen der Prävention (als „Technik des Zuvorkommens“) und Reaktion⁵ zu begehen hat, verläuft aus der Perspektive des Bürgers grundlegend zwischen *Sicherheit* und *Freiheit*.⁶ Inwieweit müssen und dürfen die Freiheitsrechte der (mutmaßlichen) Terroristen *und* die der übrigen Bevölkerung zugunsten der Sicherheit eingeschränkt werden? Das Problem, mit dem sich der Rechtsstaat konfrontiert sieht, ist nicht der Terrorismus selbst, sondern die Reaktion auf diesen. Ein Mittel, besonderen Krisensituationen Herr zu werden, kann der sog. Staatsnotstand/Ausnahmestand sein, der es zulässt, bestimmte Menschenrechte vorübergehend zu suspendieren. Den zu untersuchenden Klauseln des Art. 15 EMRK und des Art. 4 IPbpr kommt insofern eine Schlüsselrolle zu. Während die übrigen Konventionsgarantien den Zweck haben, Menschenrechte soweit wie möglich zu schützen, regeln Notstandsklauseln, inwieweit Vertragsstaaten sich über die verbürgten Konventionsrechte hinwegsetzen dürfen; sie ermöglichen es, die „Verfassung“ verfassungsgemäß aufzuheben.⁷

Die folgende Auseinandersetzung will insoweit weder vorrangig die Begrifflichkeit des Staatsnotstands/des Ausnahmestands hinterfragen und sozialwissenschaftlich einordnen, noch eine Analyse dessen liefern, ob der Ausnahmestand zur einer po-

- 3 Das „régime de la terreur“ der Jahre 1793/1794 wurde zur Überbrückung gegründet. Es hatte jedenfalls anfangs einen positiven Beiklang, *Robespierre* stellte mitunter eine Verbindung zwischen „terreur“ und „vertu“ (Tugend) her (vgl. *Donhauser*, Angst und Schrecken: Beobachtungen auf dem Weg vom Ausnahmestand zum Polizeistaat in Europa und den USA (2015), 131). Der moderne englische und auch der deutsche Begriff des „Terrorismus“ leiten sich indes von ebendiesem ab – vgl. nur *Hoffman*, Terrorismus – der unerklärte Krieg: neue Gefahren politischer Gewalt (2008), 15 f.
- 4 Die Frage, die sich folgerichtig stellt, ist die nach der moralischen Bewertung des Ziels, derer es diverse gibt. Ob nun politische oder religiöse Unabhängigkeit, Verteidigung gegen die „Kreuzzüge des Westens“ oder auch, damit der Staat sich im Zuge der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung durch den Zugriff auf ausnahmerechtliche Befugnisse als autoritäres Regime zu erkennen gibt (so das Ziel der RAF – vgl. *Frankenberg*, Staatstechnik: Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmestand (2010), 232).
- 5 *Dießelmann*, Der Ausnahmestand. Zur schleichenden Implementierung und Legitimität von sonder- und außerrechtlichen Maßnahmen in: Lemke/Schwarz/Stark/Weissenbach, Legitimitätspraxis (2016), 53.
- 6 Vgl. nur *Svensson-McCarthy*, The International Law of Human Rights and States of Exception. With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs (1998), 49 ff.
- 7 Vgl. *Flügel-Martinsen*, Giorgio Agambens Erkundungen der politischen Moderne und das Denken der Souveränität in: Loicke, Der Nomos der Moderne. Die Politische Philosophie Giorgio Agambens (2011), 27.

pulären Regierungstechnik⁸ oder zwischenzeitlich zum „Normalzustand“⁹, „zur Regel“¹⁰ geworden ist. Es soll vielmehr vor allem um eine juristische Einordnung der Abweichungsmöglichkeiten und die Frage danach, ob „Terrorismus“ eine solche darstellt, gehen.

B. DAS DILEMMA DES STAATSNOTSTANDS

Es überrascht nicht, dass die Idee eines speziellen Ausnahmerechts nicht neu ist. Schon in der Antike wurde versucht Krisensituationen mit Notstandsgesetzen beizukommen.¹¹ Solche Klauseln bringen eine „kriseninduzierte Expansion der Exekutivkompetenzen unter Inkaufnahme von Normsuspendierungen“¹² mit sich. Seit der französischen Revolution¹³ behält sich die Mehrheit (demokratischer) Staaten vor, einen Ausnahmezustand zu verhängen.^{14,15} Im Rahmen der EMRK war zunächst keine entsprechende Norm vorgesehen. Das Vereinigte Königreich insistierte indes mit der Argumentation auf eine solche, dass andernfalls die Konvention in etwaigen Konflikten willkürlich außer Kraft gesetzt und so ihre Wirksamkeit unterminiert würde. Die Aufnahme einer Klausel erhöhe das Schutzniveau, indem ein abschließender Katalog an Garantien auch in Krisensituationen unveräußerlich bliebe, während gleichzeitig die staatliche Handlungsfreiheit gesichert würde – unter Inkaufnahme eines geringeren Individualrechtsschutzes.¹⁶ Zudem erhofften sich Befürworter, dass mit einer Kodifikation die Krisensituation schnell – jedenfalls besser als mit dem üblicherweise

8 Dazu Lemke, Ausnahmezustände als Dispositiv demokratischen Regierens. Eine historische Querschnittsanalyse am Beispiel der USA, Zeitschrift für Politikwissenschaft 23 (2013), 307..

9 Agamben, Ausnahmezustand (2004), 8 ff.

10 Benjamin, Über den Begriff der Geschichte, These VII in: Benjamin, Gesammelte Schriften, 1. Abhandlungen, 2. Teil (1991), 697.

11 Dies arbeitet etwa Svensson-McCarthy (Fn. 6), 9–19. heraus. Einen knappen Überblick über die Theoriengeschichte und die Erscheinungs- und Wahrnehmungsformen von Ausnahmezuständen gibt auch Lemke, Was heißt Ausnahmezustand? in: Lemke, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendung – Perspektiven (2017), 4 ff.; einen ausführlichen auch Lemke, Demokratie im Ausnahmezustand. Wie Regierungen ihre Macht ausweiten (2017), 3.

12 Lemke (Fn. 11), 14.

13 Vgl. etwa Svensson-McCarthy (Fn. 6), 19–35, 36–42.

14 Förster/Lemke, Die Legitimation von Ausnahmezuständen. Eine Analyse zeitübergreifender Legitimationsmuster am Beispiel der USA in: Lemke/Schwarz/Stark/Weissenbach, Legitimitätspraxis (2016), 14; Vorländer, Krise, Kritik und Szenarien. Zur Lage der Demokratie, Zeitschrift für Politikwissenschaft 23 (2013), 267 (268).

15 Freilich unterscheiden sich – den verschiedenen Rechts Traditionen entsprechend – zum einen die Anforderungen, zum anderen auch die Bezeichnung. „Ausnahmezustand“, aber auch *Notstand* in der deutschen Rechtslehre geläufige Termini, sind der italienischen und französischen Rechtslehre fremd – dort zieht man es vor von *decreti di urgenza* und von politischen oder fiktiven *stato di assedio* (Belagerungszustand) bzw. *état de siège fictif* zu sprechen, in: der angelsächsischen Rechtslage herrschen dagegen die Termini *martial law* und *emergency powers* vor“ – vgl. Agamben (Fn. 9), 10.

16 Vgl. die Ausführungen bei Ashauer, Die Menschenrechte im Notstand. Eine Untersuchung zu den Voraussetzungen der Derogation nach Artikel 15 EMRK unter besonderer Berücksichtigung

zur Verfügung stehenden Arsenal – überwunden und in den regulären Verfassungsstand zurückgekehrt werden könnte, was wohl auch als am häufigsten postuliertes Ziel des (modernen) Staatsnotstands beschrieben werden kann.^{17, 18} Schließlich entschied man sich für eine Implementierung des heutigen Art. 15 EMRK, dessen Vorbild Art. 4 IPbPR war.¹⁹ Dies erklärt die weitgehende wörtliche Deckungs- und inhaltliche Bedeutungsähnlichkeit.

In Krisensituationen wird die Wahrung von – eigentlich unveräußerlichen – Freiheiten²⁰ zum Balanceakt. Der Staatsnotstand hat in derartigen Momenten die Aufgabe, das Gleichgewicht zwischen Effektivität der Bekämpfung der gefährdenden Situation und den verfassungs- bzw. konventionsrechtlichen Garantien herzustellen.²¹ Dies gestaltet sich als kompliziert, weshalb bereits äußerst umstritten ist, ob für den Fall des Staatsnotstands auf positiv rechtliche Regelungen zurückgegriffen werden, ob staatliches Handeln in einer derartigen Ausnahmesituation also überhaupt normativ bestimmt werden sollte und kann. Um mit *Carl Schmitt* zu sprechen, stellt sich die Frage, wer „Souverän“ ist (vgl. unten), nach wessen Vorgaben die Ausnahmesituation bewältigt werden muss.²² Die weitreichende und grundlegende Diskussion kann nicht aufbereitet werden. Ein Hinweis, dass zwischen verfassungszentrierten (besser: verrechtlichenden) und (naturrechtlich legitimierten) staatszentrierten Ansätzen unterschieden wird, ist dem Verständnis im weiteren Verlauf zuträglich.

Erstere gehen vom Primat des (Völker)Rechts gegenüber dem Staat aus und verfolgen so einen rechtlich objektivistischen Ansatz: der Ausnahmezustand sei justiziabel, die im Notstandsfalle geltenden Regelungen Teil der Rechtsordnung, denn dort würde

sichtigung der Figur des überpositiven Notstandes, Archiv des Völkerrechts 45 (2007), 400 (423) mwN.

17 *Lemke* (Fn. 11), 2 f.

18 So heißt es im *General Comment* No. 29 des UN-Menschenrechtsausschusses, der sich mit Art. 4 IPbPR befasst: „The restoration of a state of normalcy where full respect for the Covenant can again be secured must be the predominant objective of a State party derogating from the Covenant“ (vgl. dazu auch *Klein*, Die Herausforderung durch den internationalen Terrorismus – hört hier das Völkerrecht auf? in: Isensee, Der Terror, der Staat und das Recht (2004), 75).

19 Einen groben geschichtlichen Überblick über die Entstehung und weitere Verweise liefert auch *Maslaton*, Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz. Eine vergleichende Untersuchung der Art. 15 EMRK und Art. 27 AMRK (2002), 18–20.

20 Indes gewährt auch die EMRK den Großteil der Freiheitsrechte nicht absolut, sondern lässt eine gerechtfertigte Einschränkung zu. Eine Ausnahme bildet etwa das Folterverbot. Vgl. auch *Wolf*, Die politische Dimension der Notstandsklausel der Europäischen Menschenrechtskonvention in: *Lemke*, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017), 260.; zum Schrankenregime der EMRK vgl. die Darstellung bei *Grabewarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch (2016), § 18.

21 Vgl. auch *Grzesick*, Staat und Terrorismus. Eine staatsrechtliche Überlegung in praktischer Absicht in: Isensee, Der Terror, der Staat und das Recht (2004), 72; *Jakab*, Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes – Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen, KJ 38 (2005), 323 (336); *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925), 157.

22 Mithin lässt sich die Frage danach, wer Souverän in einer Demokratie ist, nicht leicht beantworten, was hier aber nicht vertiefend zum Thema gemacht werden kann. Vgl. zur weitergehenden Lektüre etwa *Molly*, Differenz und Einheit. Zur Skizze eines demokratischen Ausnahmezustands nach und mit Otto Kirchheimer in: *Lemke*, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017).

festgelegt, welche Handlungen von wem vollzogen werden dürfen.²³ „Souverän“ ist die Rechtsordnung in dem Sinne, dass sie bestimmt, wer „Souverän“ ist, denn „Souveränität ist nur eine Eigenschaft der Rechtsordnung“.²⁴ Der Perspektive ist ein Bedenken, dass Ausnahmevollmachten missbraucht werden, inhärent.²⁵ Als bekanntester Vertreter werden häufig *Georg Jellinek* und vor allem *Hans Kelsen* genannt.²⁶

Dem stehen die zweiten Ansätze diametral gegenüber, wenn „völkerrechtlich für das Primat des nationalen Rechts, staatstheoretisch für das Primat des Staates gegenüber dem Recht und somit für einen rechtlichen Subjektivismus“²⁷ argumentiert wird. Zwar bedürfe es einer gültigen Rechtsordnung, diese könnte sich aber nicht selbst exekutieren, sondern bedürfte vielmehr eines außenstehende Exekutivsubjekts.²⁸ Im Ausnahmezustand sei eine schulmäßige Subsumtion unmöglich, weil weder deutlich sei, wann ein solcher vorliege, noch ein (abschließender) Katalog von möglichen Handlungsalternativen aufstellbar sei – der Ausnahmezustand könne nicht umschrieben werden, sondern entziehe sich jeder rechtlichen Einhegung.²⁹ Anders als beim ersten Ansatz steht hier ein Bedenken hinsichtlich staatlicher Ohnmacht, die im Zweifel sogar seine Existenzberechtigung betrifft, im Zentrum der Überlegungen.³⁰

Als Vertreter dieses Ansatzes ist vor allem auf den auch zu modernen Terrorismusfragen häufig zitierten *Carl Schmitt* hinzuweisen.³¹ Freilich ist auch von sozialwissenschaftlicher Seite viel darüber diskutiert worden. So diagnostiziert etwa *Michelle Foucault*, dass „die Staatsräson [...] sich von Natur aus nicht den Gesetzen zu beugen hat“, wenngleich sie es normalerweise tue. Doch kommt es zu Momenten „in denen die Staatsräson sich dieser Gesetze nicht mehr bedienen kann und in denen sie durch irgendein unvermitteltes und dringliches Ereignis [...] gezwungen ist, sich von diesen Gesetzen zu befreien. [...]“ und ihnen zuwiderzuhandeln um den Staat, der „auf jeden Fall gerettet werden muß“ zu erhalten.³² Im Anschluss daran nimmt auch *Giorgio Agamben* an, dass es Zonen gibt „in denen das Recht stillsteht“.³³ Selbst *Niklas Luhmann*, der Verfechter des demokratischen „Rechts- und Normenstaats“ erkennt an, dass es „im politischen System jemanden [...] geben [muss], der sich im Ausnahme-

23 *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1981), 36.

24 *Kelsen* (Fn. 23), 36.

25 *Frankenberg* (Fn. 4), 176.

26 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1914), 359; *Kelsen* (Fn. 23), 157.

27 *Mattutat*, Warum die Regel von der Ausnahme lebt. Der Ausnahmezustand als Strukturmoment des Rechts in: Lemke, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017), 14.

28 *Schmitt*, Politische Theologie (1922), 42.

29 *Mattutat* (Fn. 27), 17 f.

30 *Frankenberg* (Fn. 4), 176 f.

31 *Schmitt* (Fn. 28), 18, hervorragend aufbereitet bei *Kreuder-Sonnen*, Der globale Ausnahmezustand. Carl Schmitt und die Anti-Terror-Politik des UN-Sicherheitsrates (2012) 25–42. Doch auch etwa der Kölner Staatsrechtslehrer *Klaus Stern* hält den Ausnahmezustand für nicht (sinnvoll) justiziabel, vgl. dazu *Stern*, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung (1980) 1303 f.

32 *Foucault*, Geschichte der Gouvernamentalität (2004), 378 f. Seine Ausführungen folgen mithin der „Methode Foucault“ (*Frankenberg* (Fn. 4), 30 ff.), indem er deskriptiv diskursanalytische Kritik (als „Kunst nicht dermaßen regiert zu werden“ – *Foucault*, Was ist Kritik? (1992)) übt.

33 *Agamben* (Fn. 9), 52.

fall über jede Rechtsschranke hinwegsetzen kann. Souverän ist dann derjenige, der in solchem Falle definiert, was das Gemeinwohl erfordert, und sich damit politisch durchsetzen kann. Wenn der Verfassungstext das nicht zulässt, geschieht es (im hoffentlich seltenen Falle) eben extra legem“.^{34, 35}

Eine weitere Auseinandersetzung mit der strittigen Problematik soll dahinstehen, denn sie wurde mit der Kodifikation der Art. 4 IPbPR/15 EMRK zugunsten der verrechtlichenden Ansätze beschieden.³⁶

Staatszentrierte Ansätze gehen begriffsnotwendig von einem prinzipiellen Existenzrecht des Staates aus, das im Zweifel dazu berechtigt, die Verfassung außer Kraft zu setzen und zu verdrängen.³⁷ Schon diese Annahme ist auf den rechtspositivistischen völkerrechtlichen Kontext der EMRK/ des IPbPR kaum übertragbar, fehlt es doch am existenten Staat, der in Notstandssituation als *Souverän* – denn: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“³⁸ – zu agieren hätte. Schließlich gibt ebendieser mit dem Beitritt und der entsprechenden Umsetzung internationaler Verträge bewusst Exekutivbefugnisse aus der Hand. Dem rechtspositivistischen Paradigma folgend, soll sichergestellt werden, dass das Notstandsrecht nicht politisch willkürlich gebraucht wird, indem der Ausnahmezustand verrechtlicht wird.³⁹ Mit einer Internationalisierung wird das Notstandsrecht entpolitisiert, indem es „aus der Schusslinie

34 *Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, *Rechtshistorisches Journal* (1990), 176 (200).

35 Häufig wird *Hermann Heller* als einen Mittelweg beschreitend angeführt, indes richtet sich *Hellers* Kritik einzig gegen den Souveränitätsbegriff. Während er die Identität von Rechtsordnung und Staat bei *Kelsen* ablehnt, führe die Annahme *Schmitts*, die offen lasse, wer das Subjekt der Souveränität sei, zu dem Ergebnis „zwei Souveräne im selben Staat“ (*Heller*, *Gesammelte Schriften* (1971), 127), einen im Normal-, einen im Ausnahmezustand. Dies hält *Heller* für widersprüchlich und daher nur einen Souverän für möglich. Sein Souveränitätsbegriff kann hier indes nicht ausgebreitet werden, für einen Überblick sei auf *Mattutat* (Fn. 27), 18ff.), 18ff. verwiesen. Darüber, ob der Ausnahmezustand kodifizierbar ist, kann hinsichtlich seiner Schriften Uneinigkeit bestehen, er räumt aber jedenfalls dem Staat ein („wirklichkeitswissenschaftliches“) Existenzrecht ein, etwa, wenn er anführt, dass derjenige, der über den Normalzustand entscheidet, auch über den Ausnahmezustand verfügt, „gegebenenfalls *contra legem*“ *Heller*, 127. und: „das positive Recht kann dem Souverän [...] niemals absolute Schranken setzen“ (*Heller*, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (1927), 16). Schließlich führt er an, „daß in Not- und Ausnahmezuständen eine Konzentration der Staatsautorität und die Bestellung eines demokratisch aberkennbaren Diktators notwendig wird, haben abendländischen Völker mindestens seit den Zeiten der römischen Demokratie gewusst“ (*Heller*, *Gesammelte Schriften*, Band 2 (1971), 646). Vgl. zur Konzeption des Ausnahmezustands bei *Heller* auch *Groh*, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats* (2010), 528 ff.

36 Die populäre und für die Anwendung des Ausnahmezustands wichtigste Frage von *Carl Joachim Friedrich* danach, ob man „die Verletzung der Rechtsordnung rechtfertigen [kann], wenn der Fortbestand der Ordnung in Frage gestellt ist und begründete Ordnung besteht, daß sie durch solche Verletzung gesichert, ja gerettet wird“ *Friedrich*, *Die Staatsräson im Verfassungsstaat* (1961), 26., ist also für die Fälle der EMRK und des IPbPR positiv beantwortet worden.

37 Vgl. *Schmitt* (Fn. 28), 13 f.

38 *Schmitt* (Fn. 28), 9.

39 Vgl. auch *Frankenberg* (Fn. 4), 91.

der politischen Auseinandersetzungen [genommen]⁴⁰ und idealerweise justiziabel⁴¹ wird.⁴²

Wenn EMRK und IPbPR versuchen den Weg der abschließenden Regelung zu beschreiten tragen sie neben dem Gebot der Rechtssicherheit vor allem auch dem Zweck des modernen Völkerrechts als Friedensordnung, dessen Grundlage unveräußerliche Menschenrechte sind, Rechnung. Schon aus diesen Überlegungen verbietet sich die – ex- oder implizite – Anerkennung eines überpositiven Notstands.⁴³ Zwar könnte sich der Staat mit völkerrechtlich zulässigen Mitteln von den Konventionen lösen – die EMRK sieht in Art. 58 etwa die Kündigung vor – an Menschenrechte wäre er aber im Rahmen des Völkergewohnheitsrechts weiterhin gebunden.⁴⁴ Vor einer gesetzlichen Fixierung mag man darüber streiten können, ob eine Notstandsregelung zu kodifizieren ist; nach einer Kodifikation ist davon Abstand zu nehmen.

Wegen der dargestellten Diskussion und immerwährenden Forderungen danach, zu akzeptieren, dass die Notstandsklausel Lücken hat, besteht die Möglichkeit, dass im Kontext des EMRK/des IPbPR ähnlich verfahren wird. Dies erscheint insbesondere möglich, wenn das medienwirksame Thema des Terrorismus in den Fokus gerät. Es wird befürchtet, dass das balancierende Instrument des Staatsnotstands als machtpolitisches Mittel in Anschlag gebracht wird, denn staatlichen – wie internationalen – Notstandsklauseln wohnt grundsätzlich die Gefahr der Überdehnung inne⁴⁵ und der

40 *Frankenberg* (Fn. 4), 91.

41 So auch *Giebeler*, Die griechische Militärregierung vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, Die Öffentliche Verwaltung (1968), 677 (681); vgl. zum Ganzen auch *Ashauer* (Fn. 16), 408.

42 Der hier für vorzugswürdig gehaltenen verfassungszentrierten/verrechtlichenden „Theorie“ ist demnach eine Verschriftlichung einer Notstandsklausel zu eigen, indes kann weiterhin darüber Uneinigkeit bestehen, inwieweit sich der Staat überhaupt an die Vorgaben halten muss. Teilweise wird in Zweifel gezogen, ob den ausdrücklichen Voraussetzungen stets Folge zu leisten ist, oder ob in Extremsituation, in denen „die Verfassung selbst“ in Gefahr gerät, über positive Regelungen hinausgegangen werden darf. Die Verfassung sei schließlich kein „suicide pact“ (*Posner*, Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency (2006)) mit dem der Staat wehr- und schutzlos zugrunde gehen müsste. Denn die Möglichkeiten und die Gewänder, in denen eine Notstandssituation auftreten kann, seien so vielfältig, dass eine ganzheitliche Erfassung in einem abstrakten Wortlaut fehlgehen muss (so etwa *Tushnet*, Emergencies and the Idea of Constitutionalism in: *Tushnet*, The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency (2005), 47; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre (2010), 242 f.). Bei genauerem Hinsehen entpuppen sich jene vermeintlichen Varianten verrechtlichender Ansätze freilich auch als staatszentriert, denn sie räumen diesem ein unbedingtes Existenzrecht ein. Strikt gegen diese Position wenden sich etwa *Hans Kelsen* (Fn. 21), 157) und *Adolf Arndt*, der ausführt: „Alles spekulieren mit einem >überverfassungsgesetzlichen Notstand< [...] ist nichts anderes als eine verwerfliche Beschönigung des Verfassungsbruchs, des Verfassungsverrats“ (Demokratie – Wertesystem des Rechts in: *Arndt/Freund*, Notstandsgesetz – aber wie? (1962), 13).

43 Vgl. dazu auch *Ashauer* (Fn. 16), 409; *Grzeszick* (Fn. 21), 60.

44 Vgl. ausführlich *Heintze*, Europäischer Menschenrechtsgerichtshof und Durchsetzung der Menschenrechtsstandards des humanitären Völkerrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 33 (2000), 506 (506 f.).

45 Vgl. *Voigt*, Ausnahmezustand. Wird die Statue der Freiheit nur kurzzeitig verhüllt, oder wird sie auf Dauer zerstört? in: *Voigt*, Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013), 13 f.

Ausnahmestand weist ein „hohes Verlockungspotential zur Verstetigung auf“,⁴⁶ was der oben dargestellte Streitstand schon spiegelt. Um dies zu überprüfen, sollen zunächst die Voraussetzungen der Notstandsklauseln gezeigt werden, um anschließend einschlägige Rechtsprechung mit Terrorismusbezug kritisch zu würdigen. Damit dies möglich wird, soll der Begriff des „Terrorismus“ zunächst beleuchtet werden.

C. VERZICHT AUF EINE DEFINITION DES TERRORISMUSBEGRIFFS

Eine Definition des Terrorismusbegriffs bereitet seit jeher Schwierigkeiten.⁴⁷ Etwas „Terroristisches“ ist aus Perspektive der Person, die Opfer eines Anschlags wird, etwas per se illegitimes, insoweit ist eine Definition *auch* perspektivabhängig. Hinsichtlich der offenkundigen Schwierigkeiten einer Begriffsbestimmung spielen neben sachlichen auch machtpolitische Gründe eine Rolle. Nach wie vor wird dies verschiedentlich deutlich, besonders exemplarisch dafür steht auch die Rede von *Jassir Arafat* vor der UN-Vollversammlung vom 13. November 1974, in der er anführte:

*„Diejenigen, die unserer Revolution das Attribut Terror geben, tun dies nur, um die Weltöffentlichkeit irrezuführen und die Wahrheit zu verschleiern, nämlich unser Gesicht der Gerechtigkeit und der Selbstverteidigung und ihr Gesicht der Ungerechtigkeit und des Terrors.“*⁴⁸

Obwohl die Notwendigkeit einer einheitlichen Definition, insbesondere wegen der moralischen Zeichen, die damit verbunden wären,⁴⁹ aber auch, weil sie rechtsstaatlich unverzichtbar ist,⁵⁰ allgemein erkannt wird, besteht sowohl im politischen,⁵¹ als auch

46 V. Laak, Permanenz des Ausnahmezustands? Eine Typologisierung im Spannungsfeld von Faktizität und Recht in: Förster/Lemke, Die Grenzen der Demokratie (2017), 7.

47 Vgl. auch Hoffman (Fn. 3), 21.

48 Arafat, Yassir Arafat vor der UNO-Vollversammlung auf Ihrer 29. Sitzung in New York. 13. November 1974, abrufbar unter: https://palaestina.org/uploads/media/rede_von_praesident_yassir_arafat.pdf (zuletzt abgerufen: 01.01.2018).

49 Annan, A Global Strategy for Fighting Terrorism. Secretary-General's keynote address to the Closing Plenary of the International Summit on Democracy, Terrorism and Security, Rede vom 10.3.2005, abrufbar unter: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2005-03-10/secretary-generals-keynote-address-closing-plenary-international> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

50 V. Bubnoff, Terrorismusbekämpfung – eine weltweite Herausforderung, NJW 2002, 2672 (2673).

51 Obwohl die Europäische Union 2002 mit einem „Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung“ (2002/475/JI) Mindeststandards hinsichtlich der Verfolgung terroristischer Straftaten aufgestellt hat, liefert der Beschluss entgegen einiger Annahmen (etwa Bossong/Pisoju, Terrorismus in: Jäger, Handbuch Sicherheitsgefahren (2015), 197) keine Definition des Terrorismusbegriffs, sondern gibt in Art. 1 Abs. 1 nur einen Katalog *terroristischer Straftaten* vor, wenngleich Elemente enthalten sind, die auch für eine Definition der Begrifflichkeit fruchtbar gemacht werden könnten.

im akademischen Feld Uneinigkeit.⁵² Einerseits mag die allgemeine Erfolglosigkeit an der Vielfältigkeit der Erscheinungsformen und Motivationen und der angesprochenen Perspektivabhängigkeit liegen. Andererseits wird auch in der internationalen Gemeinschaft registriert, dass eine allzu klare Umreißung das Risiko birgt, dass auch gegen Ungerechtigkeiten Aufbegehrende voreilig unter den Terrorismusbegriff subsumiert werden und so nur schwer reversible Fakten geschaffen würden. Eine isolierte Betrachtung könnte zudem zu einer starken Verengung führen, sodass Aktionen nicht umfasst wären, die gemeinhin als Terrorismus verstanden werden. Die Antriebe zu Terroranschlägen lassen sich kaum clustern und den Terrorismus so zu einem äußerst komplexen Phänomen werden.⁵³ Eine Reduktion auf den Einsatz kalkulierter Gewalt aus politischen Gründen wäre wenig zielführend. Daher soll auch für unsere Zwecke auf eine Definition verzichtet werden, an virulenten Stellen dennoch der Versuch unternommen werden, die Begrifflichkeit gegenüber anderen Phänomenen abzugrenzen.

D. ANFORDERUNGEN AN EINE DEROGATION NACH ART. 15 EMRK/4 IPbpr

Die Artikel stellen hohe Anforderungen. Neben einer Derogationslage (jeweils Abs. 1) müssen sich die als Reaktion getroffenen Maßnahmen kumulativ in engen Grenzen bewegen (jeweils Abs. 2). Abs. 3 normiert prozessuale Anforderungen.⁵⁴

-
- 52 Bis heute wurden diverse UN- und regionale Konventionen verabschiedet, um dem Phänomen des „Terrorismus“ Herr zu werden und seiner Begrifflichkeit Konturen zu verleihen. Verschiedene US-amerikanische Behörden nutzen unterschiedliche Begriffsbestimmungen – vgl. die ausführlichen Darstellungen bei *Linder*, Terror in der Medienberichterstattung (2011), 72 ff.
- 53 *Wüstenhagen*, Die Vereinten Nationen und der internationale Terrorismus – Versuch einer Chronologie in: von Schorlemer, Praxishandbuch UNO. Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderungen (2003), 144.
- 54 In diesem Rahmen ist noch auf eine (scheinbare) Differenz zwischen den Vorschriften hinzuweisen: während im Rahmen des Art. 15 EMRK in der amtlichen Übersetzung der Terminus „abweichen“ gewählt wurde, erlaubt es Art. 4 IPbpr Konventionsgarantien „außer Kraft [zu] setzen“. Gemäß der Schlussklausel der EMRK sind die englische und die französische Sprache u.a. „authentisch“, was dazu führt, dass sie für die Auslegung zugrunde zu legen sind. Demnach ist den Vertragsstaaten möglich zu déroger bzw. derogate, was am ehesten mit „außer Kraft setzen“ ins Deutsche übertragen werden kann und im Übrigen wortgleich mit den entsprechenden Sprachregelungen des IPbpr ist. Konventionsgarantien können demnach suspendiert werden und werden – im Ausmaß der Derogationserklärung – unanwendbar; die Übersetzung des Art. 15 EMRK ist irreführend.

I. Derogationsvoraussetzungen

1. Derogationslage: Krieg oder anderer öffentlicher Notstand, der das Leben der Nation bedroht

Damit sich die Möglichkeit eröffnet, Konventionsgarantien außer Kraft zu setzen, muss der Vertragsstaat mit „Krieg oder einem anderen öffentlichen Notstand, der das Leben der Nation bedroht“, konfrontiert sein.

a) Krieg

Art. 15 EMRK nennt „Krieg“ – insoweit von Art. 4 IPbpR abweichend – explizit als mögliche Ausnahmesituation.⁵⁵ Es lässt sich konstatieren: „die Figur des Ausnahmezustands gewinnt seit dem Anbruch der Ära „neuer Kriege“, den sogenannten asymmetrischen Kriegen und von *Giorgio Agambens* These vom „Ausnahmezustand als weltweite Regierungstechnik“, neue Brisanz und Aktualität in öffentlichen Debatten“.⁵⁶ Da dazu weiterhin keine klar gegenüber anderen Gewaltakten abgrenzbare Bestimmung des Terrorismusbegriffs vorliegt,⁵⁷ erscheint nicht ausgeschlossen, dass auch Terrorakte unter den Kriegsbegriff subsumiert werden können – spätestens seitdem der sog. Islamische Staat auf der Bildfläche erschienen ist. Grundsätzlich mag eine Einordnung unerheblich erscheinen, da der Begriff des Krieges völkerrechtlich weitgehend von dem des bewaffneten Konflikts abgelöst worden ist.⁵⁸ Im Kontext der Notstandsklausel bedarf eine Abgrenzung der Diskussion, weil der Kriegszustand als mögliche Anwendungsvoraussetzung in Betracht kommt. Dazu kommt, dass die Begrifflichkeiten spätestens seit den Anschlägen vom 11. September 2001 weiter an Kontur verlieren und ineinander aufzugehen scheinen. US-Präsident *George W. Bush*

55 Dass die Begrifflichkeit in Art. 4 IPbpR fehlt, wird überzeugenderweise mit dem Anliegen der Verfasser begründet: die Vereinten Nationen wurden mit dem Anliegen gegründet, Krieg zu verhindern. Die *travaux préparatoires* stellen aber klar, dass der Krieg mithin als Prototyp des öffentlichen Notstands verstanden wird; es sollte nur nicht der Eindruck entstehen, die Vereinten Nationen würden Kriege in irgendeiner Weise akzeptieren oder tolerieren.

56 *Milev*, Emergency Empire – Transformation des Ausnahmezustands. Souveränität (2009), 52.

57 Vgl. dazu schon oben und explizit herausarbeitend auch *Arden*, Human Rights and Terrorism in: Breitenmoser, Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber (2007) 21 f.; *Kauffmann*, Terrorismus im Wandel – Auslegung des Begriffs Terrorismus im Lichte des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG), JURA 33 (2011), 257 (258 f.); *Siehr*, Derogation Measures under Article 4 ICCPR, with Special Consideration of the „War against Terrorism“, GYIL 47 (2004), 545 (568 f.); *Zöller*, Terrorismusstrafrecht. Ein Handbuch (2009) 99–105.

58 Vgl. etwa *Ipsen*, Bewaffneter Konflikt und Neutralität in: *Ipsen*, Völkerrecht (2004)§ 65, Rn. 7; *Kotzur*, „Krieg gegen den Terrorismus“ – politische Rhetorik oder neue Konturen des „Kriegsbegriffs“ im Völkerrecht?, Archiv des Völkerrechts 40 (2002), 454 (455).

sprach vom „Kriegsakten“⁵⁹ und davon, dass „Terroristen“ den Krieg erklärt hätten,⁶⁰ er bezeichnete sie als „unlawful combatants“.^{61,62} John Yoo, Professor in Berkeley und ehemaliger Mitarbeiter im *Department of Justice* unter Bush,⁶³ geht, wenn er sich auf die „Commander-in-Chief“-Klausel beruft, die dem amerikanischen Präsidenten weitreichende Machtbefugnisse einräumt und die Überprüfungskompetenzen der Legislative einschränkt, ohne weitere Erläuterungen vom Kriegszustand aus. Die Anwendung der Klausel führe dann zu einer „Aufhebung der verfassungsrechtlichen Schranken“, sodass der Präsident „über dem Gesetz stünde“.^{64,65} Auch die Medien waren sich weitgehend einig darüber, dass World Trade Center und Pentagon Ziel einer kriegerischen Maßnahme geworden waren.⁶⁶ François Hollande ging nach den Terroranschlägen in Paris vom 13.11.2015 davon aus, dass sich seine Nation im Krieg befinde und von „Feinden“ angegriffen wurde,⁶⁷ was durch die Abgeordneten der Nationalversammlung bestätigt wurde.⁶⁸ Daneben bestanden auch keine Zweifel, dass die Anschläge Akte des Terrors waren.⁶⁹ Den Lesenden wurde ein deckungsgleiches

59 Bush, Address to the Joint Session of the 107th Congress. September 20, 2001 in: The White House, Selected Speeches of President George W. Bush. 2001 – 2008 (2001).

60 Prantl, Das Weltgericht. Eine neue Dimension der Vergeltung, Süddeutsche Zeitung v. 18. September 2001.

61 Holzinger, Transsnationaler Terrorismus und Ausnahmezustand. Der amerikanische „War on Terror“ in: Lemke, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017), 289.

62 Vgl. zur Begrifflichkeit und der Entstehung auch Donhauser (Fn. 3), 88 ff.

63 John Yoo ist u.a. Mitautor der sog. „Torture Memos“, einer rechtlichen Einschätzung „erweiterter Verhörmethoden“ (*enhanced interrogation techniques*), die als juristische Grundlage der Anwendung von Foltermethoden durch die CIA diene (Cole, Taking Responsibility for Torture, The New Yorker v. 9. Dezember 2014).

64 Holzinger (Fn. 61), 289; zum Ganzen Yoo, Interrogation in: Reuter/Yoo, Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security (2011) 160 ff. (insbes. 160).

65 Markus Holzinger weist zutreffend darauf hin, dass Yoo damit die Begründung einer (jedenfalls kommissarischen – Carl Schmitt) Diktatur liefert. Die „Authorization for Acts of Military Force (AUMF)“, die dem Präsident bevollmächtigte, alle notwendige und angemessene Gewalt gegen solche einzusetzen, die nach präsidentiellen Ermessen an den Anschlägen beteiligt waren und der „Military Commission Act“, der den Präsidenten zum Interpretieren der Genfer Konvention machte und Bush dazu legitimierte, die Gefangenen als „unlawful combatants“ einzustufen, sind Ausdruck der Umsetzung dieser Rechtsauffassung (vgl. auch Holzinger (Fn. 61)).

66 Vgl. dazu exemplarisch etwa Nonnenmacher, Danach, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13. September 2001; Hitchens, So is this War?, The Guardian v. 13. September 2001; Jotte, Krieg gegen die USA. Die Zielscheibe: Unsere Zivilisation, ZEIT Online v. 13. September 2001; Kornelius, Amerika im Krieg, Süddeutsche Zeitung v. 12. September 2001.

67 „La France est en guerre. Les actes commis vendredi soir à Paris et près du Stade de France, sont des actes de guerre.“ Hollande, Notstandserklärung vor der Volksversammlung vom 16.11.2016, abrufbar unter: <https://www.senat.fr/evenement/archives/D46/hollande.html> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018). Vgl. zur Legitimation des französischen Ausnahmezustands auch Lemke, Frankreich nach 11/13, Zeitschrift für Politische Theorie 6 (2015), 258.

68 Lemke (Fn. 67).

69 Hujer, Eine Hauptstadt im Notstand, Süddeutsche Zeitung v. 13. September 2001.

Verständnis aufgedrängt.⁷⁰ *Bruce Hoffmans* durchaus anerkannter Versuch einer Terrorismusdefinition „Terrorismus – Der unerklärte Krieg“⁷¹ trägt einen Gleichgang im Titel.

aa) „Terrorismus kann kein Krieg sein“

Die gängigen völkerrechtlichen Definitionen sind mit einer solchen „rhetorischen Radikalisierung“⁷² nicht in Einklang zu bringen. Krieg ist eine mit Waffengewalt geführte Auseinandersetzung zwischen mehreren *Staaten*.⁷³ Eine Kriegserklärung ist nicht mehr notwendig.⁷⁴ Der Kriegszustand wird durch Eröffnung kriegsintendierter Feindseligkeiten ausgelöst.⁷⁵ Nach dieser, auf die Theorie von *Carl v. Clausewitz* zurückgehende Ansicht⁷⁶ – kann Terrorismus, weil er regelmäßig von Organisationen oder gar Einzelpersonen geführt wird, kein Krieg sein.⁷⁷ Freilich gibt es auch Fälle, in denen Staaten Terroristen fördern oder gar selbst „zum Terrorist werden“. Benutzte man die Terminologie akkurat, wäre ein solcher Staat kein Terrorist, sondern eine Kriegspartei.

Eine interessante Frage ist, ob sich daraus, dass ISIS/IS, der ein eigenes Finanz-, Steuer- und Justizsystem unterhält und sich selbst als „jihadistisches Staatsbildungsprojekt“⁷⁸ bezeichnet, in den Blickpunkt gerückt ist, etwas anderes ergibt. Bewertungen sind rar und vorsichtig, wobei eine Staatseigenschaft beinahe einhellig abgelehnt wird.⁷⁹ *Martti Koskeniemi* verneint diese in einem Interview mit der Wochenzeitschrift „Die Zeit“, denn ein Staat bedürfe eines eigenen Territoriums und eines Staatsvolks, über die er Gewalt hat – damit rekurriert er auf die von *Georg Jellinek* populär gemachte sog. „Drei-Elemente-Lehre“. Es ließe sich durchaus argumentieren, dass ISIS/IS diese erfüllt.⁸⁰ Dies allein reiche aber nicht, denn „Staatlichkeit ist an Legiti-

70 So auch *Tomuschat*, Der 11. September und seine rechtlichen Konsequenzen, EuGrZ 2001, 533 (535).

71 *Hoffman* (Fn. 3).

72 *Grzeszick* (Fn. 21), 56; *Wolny*, Die völkerrechtliche Kriminalisierung von modernen Akten des internationalen Terrorismus. Unter besonderer Berücksichtigung des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (2008), 165.

73 Vgl. *Bothe*, War, in: *Berhardt*, Encyclopedia of Public International Law (2000), 1335; *Es-ser*, EMRK; IPBPR in: *Erb/Löwe/Rosenberg/Es-ser*, Löwe-Rosenberg. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz (2012) Art. 15, Rn. 2.

74 Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht (2016), § 56, Rn. 3.

75 *Kitz*, Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention (1982); *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 20), § 2, Rn. 9.

76 *Clausewitz*, Vom Kriege (1935), 44–55.

77 Etwa *Ambos* (Auch Terroristen haben Rechte, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 5. November 2011, 6) und *Tomuschat* (Fn. 70), 537) sprechen sich für eine Beibehaltung der Begrifflichkeiten aus.

78 *Perthes*, Das Ende des Nahen Ostens, wie wir ihn kennen. Ein Essay (2015), 92.

79 *Janik*, Ist der „Islamische Staat“ ein Staat?, Jusportal.at v. 27.11.2015, abrufbar unter: <https://ralphjanik.wordpress.com/2015/11/27/ist-der-islamische-staat-ein-staat/> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

80 *Janik*, Wie der „Islamische Staat“ unser Staatsdenken in Frage stellt. Zur Notwendigkeit eines qualifizierten Staatsbegriffs, Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht v. 10.2.2015, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/6-2015/> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

mation gebunden“;⁸¹ so Koskenniemi.⁸² Insgesamt wird zu konstatieren sein, dass eine Einordnung in das klassische Staatskonzept starke Probleme bereitet, im Ergebnis aber meist abgelehnt wird, was hier nicht weiter beleuchtet werden kann. Neben dogmatischen Schwierigkeiten ergäben sich auch die zu tangierenden praktischen unerwünschten „Nebenwirkungen“ aus einer Anerkennung als Staat, etwa: Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Gewaltverbots, der Regeln des humanitären Völkerrechts und Anerkennungserfordernis als Kriegsgefangene (inklusive Pflicht zur Freilassung nach Ende der aktiven Kampfhandlungen) und vieles mehr.⁸³

bb) „Terrorismus ist eine Form der „neuen Kriege““

Seit Ende des zweiten Weltkrieges kann ein Wandel des Kriegsgeschehens beobachtet werden.⁸⁴ Besonders nach dem Ende des kalten Krieges hat der klassische Staatenkrieg an Bedeutung verloren.⁸⁵ In vergangener Zeit sahen sich Staaten zudem mit religiös-extremistisch motivierten Terroranschlägen konfrontiert. Häufig wird angeführt, dass ISIS, al-Qā'ida und andere radikal islamistische Organisationen für sich in Anspruch nehmen würden, einen „heiligen Krieg“⁸⁶ zu führen, den sie als Teil der von Koran und Prophetenüberlieferungen vorgeschriebenen Pflichten verstünden.⁸⁷ Dass

81 Assheuer, „Eine absurde Vorstellung“. Ist der „Islamische Staat“ ein Staat? Und müsste man dieses barbarische Gebilde im Fall von Friedensverhandlungen anerkennen? Ein Gespräch mit dem finnischen Völkerrechtler Martti Koskenniemi., Die Zeit 48 v. 10.12.2015, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2015/48/voelkerrecht-islamischer-staat-krieg-frieden-interview> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

82 Eine Frage-Antwort-Seite der ARD zu Legitimität der Luftangriffe gegen IS/ISIS hält fest „Natürlich handelt es sich beim IS – entgegen des selbstgewählten Namens – nicht um einen Staat im völkerrechtlichen Sinne.“ Kehlbach, Fragen und Antworten: Erlaubt das Völkerrecht die Angriffe?, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/ausland/voelkerrecht-isis-101.html> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

83 Holzinger (Fn. 61), 292 ff.; Janik (Fn. 79).

84 Bonacker/Imbusch, Zentrale Begriffe der Friedens- und Konfliktforschung: Konflikt, Gewalt, Krieg, Frieden in: Imbusch/Zoll, Friedens- und Konfliktforschung: eine Einführung (2010), 107.

85 Vgl. Pradetto, Neue Kriege in: Gareis/Klein, Handbuch Militär und Sozialwissenschaft (2006), 214 ff.

86 Übersetzung und Auseinandersetzung etwa bei Elger, Islam. Eine Einführung (2012), 79 f.; Hirschmann, Die Ideologie des Dschihad: Terroristische Gewalt und der Kriegsbegriff in: Jäger/Beckmann, Handbuch Kriegstheorien (2011), 449; Rosiny, Der Jihad. Historische und zeitgenössische Formen islamisch legitimer Gewalt in: Werkner/Liedhegner, Gerechter Krieg – Gerechter Frieden. Religionen und friedensethische Legitimationen in aktuellen militärischen Konflikten (2009), 225.

87 Zwischenzeitlich besteht gewiss weitgehende Einigkeit darüber, dass *ghīhād* nicht mit „heiliger Krieg“, sondern vielmehr unspezifischer mit „Anstrengung“ wiederzugeben und keineswegs ausschließlich kriegerisch zu gebrauchen ist (eindringlich: Szyska, Jihād, in: Elger, Kleines Islam-Lexikon, 252. Das Standardwörterbuch der arabischen Hochsprache von Hans Wehr hat den Terminus der „Anstrengung“ schon seit jeher verwendet (Wehr, Arabisches Wörterbuch für die Schriftsprache der Gegenwart (1985), 593). Auch die islamwissenschaftliche Fachliteratur ist entsprechend differenziert, was etwa Rosiny (Fn. 86) übersichtlich darstellt. Dennoch wird die Begrifflichkeit in anderen Wissenschaften mitunter unkritisch rezipiert und argumentativ in Anschlag gebracht vgl. Zöller (Fn. 57), 49 f.

der Koran nach herrschender muslimischer Rechtsauffassung, ebenso wie das Völkerrecht, keinen Angriffs- sondern nur „gerechte“ Kriege gestattet,⁸⁸ ändert nichts daran, dass Fundamentalisten ihre Vorgehensweise religiös zu rechtfertigen suchen, indem sie sie als generalisierte Verteidigung gegen „die Kreuzzüge des Westens“ bezeichnen.^{89, 90} Sie selbst sehen in ihren Attentaten *Kriegsakte*.

Eine solche Entstaatlichung kann häufiger beobachtet werden. An die Stelle von Staaten treten neben Terrornetzwerken etwa Söldnerfirmen wie etwa *Blackwater* (mittlerweile *Academi*), lokale Warlords, oder Guerillagruppen.⁹¹ *Herfried Münkler* stellt als Charakteristika der „neuen Kriege“ die Entstaatlichung, Autonomisierung und Asymmetrisierung kriegerischer Gewalt heraus.⁹² Für ihn reduziert sich der Kriegsbegriff dadurch auf zwei Merkmale: Militäreinsatz von mindestens einer Seite und eine gewisse Dauer.⁹³ Terrorakte wären demnach idR. Kriegsakte. Diese Einordnung muss nicht zuletzt deshalb als umstritten gelten, weil es zum Wesen des Terrorismus gehört, militärische Konfrontationen zu meiden. Dahingehend unterscheidet sich die Vorgehensweise auch von der der Guerilla- oder Partisanenkämpfer, die einer klassischen Schlacht zwar ebenso wenig standhalten können, sich aber bewusst auf einzelne Kämpfe einlassen und die gegnerischen Truppen so sukzessive zu schwächen versuchen.⁹⁴ Terroranschläge können durchaus Teil einer solchen Strategie sein, sie können nur nicht mit ihr gleichgesetzt werden.⁹⁵ Sie nutzen das Überraschungsmoment gerade dazu, Gefechte zu meiden und eine klare Nachricht/Forderung zu übermitteln. Sie wollen das Denken besetzen.⁹⁶ Sie sind insofern eine – wenn auch einseitige, am „Profit der Aufmerksamkeit“ ausgerichtete⁹⁷ – *politische Kommunikationsstrategie*,⁹⁸ die auf eine Infrastruktur angewiesen ist, ihr Interesse gilt dem Schockmoment, nur sekundär der Anzahl von Opfern oder die Weitreichende von Schäden. Diese sind nur solange von Belang, wie sie dem Schock, der Angst: dem symboli-

Dabei lässt sich freilich auch nicht leugnen, dass etwa die oben genannten Gruppierungen den Koran in Folge einiger berührt gewordener Ideologen, wie etwa *Hasan al-Bannā* oder *Saiyid Qutb*, entsprechend extremistisch auslegen (übersichtlich dazu etwa: *Tibi*, Gewalt, Krieg, Frieden und Verbreitung der Religion im Islam in: Abbt/Schoeller, Im Zeichen der Religion. Gewalt und Friedfertigkeit in Christentum und Islam (2008).

88 Vgl. *Elger* (Fn. 86), 70 f.; *Lohker*, Das islamische Völkerrechtsdenken. Kann es einen Beitrag zu einer Friedensvölkerrechtsordnung leisten?, Wissenschaft & Frieden (2010), 10 (10 f.); differenzierte Aufarbeitung bei *Kelsay*, Arguing the just war in Islam (2009).

89 *Tibi* (Fn. 87), 218.

90 Auch *George W. Bush* hatte nach den Anschlägen vom 11. September 2001 zum „Kreuzzug“ gegen den Terror aufgerufen, diese Formulierung später aber nicht mehr verwendet, vgl. *Chinelli*, Hass auf die Erben der Kreuzzügler, Süddeutsche Zeitung v. 18. September 2012.

91 Vgl. dazu *Münkler*, Die neuen Kriege (2007), 7–12.

92 *Münkler* (Fn. 91), 57.

93 Vgl. auch *Roellecke*, Kriegerrecht, Kriegskunst und Kriegsbegriff: zum Problem der asymmetrischen Kriege, Der Staat 50 (2011), 567 (572).

94 *Hirschmann* (Fn. 86), 506 f.

95 *Münkler* (Fn. 91), 182.

96 *Wördemann*, Terrorismus. Motive, Täter, Strategien (1979).

97 *Bung*, Terror als Gegenstand einer Phänomenologie der Angst, WestEnd 2006, 64 (64).

98 Vgl. dazu auch die Beiträge in *Glaab*, Medien und Terrorismus – Auf den Spuren einer symbiotischen Beziehung (2007), 2.

schen Wert dienen.⁹⁹ Ohne Medien – die bei der Frage, ob eine Berichterstattung sinnvoll ist, auch häufig auf einem schmalen Grat wandern,^{100, 101} – wäre eine derartige Internationalisierung des Terrorismus nicht möglich gewesen. Die detaillierte Berichterstattung lässt Terroristen für eine Zeit lang in den Mittelpunkt des Interesses rücken. So wird zielgerichtet die physische Seite des Anschlags mit der psychischen der Bevölkerung verknüpft: der Kampf mit Waffen fungiert als Antriebsrad für den Kampf mit Bildern.¹⁰² Der kriegerische Aspekt ist folglich nicht Mittelpunkt terroristischen Interesses, sodass Terroranschläge auch dann nicht unter den Kriegsbegriff fallen dürften, wenn man ihn weiter fasste.

cc) Probleme und Folgen der problematischen Einordnung

Eine Einordnung als „Krieg“ bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Zu bedenken geben kann auch die Folge einer Einordnung als „Krieg“: Terroranschläge wären Kriegshandlungen, die mitunter auch im Lichte des Völkerrechts als rechtmäßig anerkannt werden müssten;¹⁰³ für die Zielstaaten bedeutete dies auch, dass inhaftierte Terroristen als Kriegsgefangene zu behandeln wären. Hier zeigt sich eine weitere grundlegende Schwierigkeit des Terrorismusbegriffs: neben der Perspektivabhängigkeit ist er weder ausschließlich *innenpolitisch* – dafür wären die nationalen Gefahrenabwehrbehörden zuständig, das Töten von Menschen wäre (in der Regel) verboten, der Sachverhalt würde der Justiz zur Überprüfung zugeführt – noch ausschließlich *außenpolitisch* – dies wäre Sache der Streitkräfte, Kombattanten könnten legal liquidiert werden – konnotiert.^{104, 105}

Dass die Definitionen mit dem Wandel des Kriegsgeschehens kaum Schritt halten, kann man konstatieren und kritisieren. Dennoch lässt sich Terrorismus kaum als „Krieg“ iSd. Konventionen verstehen, was zum einen eben an der althergebrachten Definition liegt, andererseits an den Folgen der Einordnung.

99 Frankenberg (Fn. 4), 231.

100 Vgl. dazu etwa Linder (Fn. 52), 67 ff., 101 ff.

101 Die Berichterstattung ist zweifellos auch für Medien attraktiv, verhilft sie doch zu enormen Einschaltquoten/ Auflagensteigerungen und Profilierungsmöglichkeiten, vgl. dazu die Beiträge bei Glaab (Fn. 98), 3.

102 Münkler (Fn. 91), 197; vgl. auch Glaab, Medien und Terrorismus – eine Einführung in: Glaab, Medien und Terrorismus – Auf den Spuren einer symbiotischen Beziehung (2007) 11.

103 Tomuschat (Fn. 70), 536.

104 Holzinger (Fn. 61), 284, 290 ff.

105 Die USA verhielten sich freilich auch dieser Feststellung entsprechend, denn sie räumten sich selbst zwar die Befugnis zum Töten ein, den „Kombattanten“ jedoch nicht die für sie in der Genfer Konvention verbrieften Rechte. Aus dieser Position folgerichtig, juristisch einfallsreich jedoch nicht haltbar, folgte eine Einordnung der Terroristen als „unlawful combatants“ – vgl. Büsching, Rechtsstaat und Terrorismus. Untersuchung der sicherheitspolitischen Reaktionen der USA, Deutschlands und Großbritanniens auf den internationalen Terrorismus (2010) 83; zum Ganzen Holzinger (Fn. 61), 290 ff. Damit behandelten sie die Terroristen paradoxerweise als nicht-staatliche Akteure, mithin als Kriminelle, gegen die aber Krieg möglich sei *Agamben* (Fn. 9), 12; Holzinger (Fn. 61), 293.

b) Anderer öffentlicher Notstand

Mit der generalklauselartigen Formulierung hat man versucht, die unzähligen möglichen Notstandsszenarien zu umreißen.¹⁰⁶ Im Gegensatz zum Kriegsbegriff entstammt der des Notstands, weil er stets als nationales Phänomen auftritt, dem innerstaatlichen Recht und variiert der jeweiligen Rechtstradition entsprechend.¹⁰⁷ Auch wenn die Definition der Begrifflichkeit in EMRK und IPbpR von denen des nationalen Rechts theoretisch unabhängig ist,¹⁰⁸ erschwert dies die Findung einer Begrifflichkeit.¹⁰⁹

Als Notstand wird gemeinhin eine im hohen Maße gefährliche Situation gesehen, zu deren Bekämpfung die regulären verfassungsrechtlichen Möglichkeiten unzureichend sind und die deshalb die umgehende Realisierung bestimmter Maßnahmen erfordert.¹¹⁰ Mitunter wird der Begriff des Notstands inflationär gebraucht, weshalb eine Einschränkung nötig wird. Die im Folgenden noch genauer zu untersuchende Qualifikation der Bedrohung des Lebens der Nation stellt dahingehend höchste Anforderungen,¹¹¹ in Art. 15 EMRK fällt zudem die Gleichrangigkeit der Voraussetzungsalternativen auf: Krieg *oder anderer* öffentlicher Notstand. Auch Sinn und Zweck der Konventionen lassen auf strenge Abweichungsvoraussetzungen schließen, schließlich haben sie jeweils zum Ziel, Menschenrechte soweit wie irgend möglich zu schützen; nicht: außer Kraft zu setzen.

c) Das Leben der Nation bedrohend

Insbesondere der Begriff des „anderen öffentlichen Notstands“ kann also nur im Kontext der Qualifikation „das Leben der Nation bedrohen“ zu müssen, gesehen werden. Diese besondere Anforderung bezieht sich auch auf den Krieg.¹¹²

Fraglich ist, was unter „Nation“ zu verstehen ist. Bislang wurde vermieden, die Begrifflichkeit international verbindlich zu definieren.¹¹³ Auch der Wortlaut der Vorschriften gibt keinerlei Aufschluss. Offensichtlich ist zunächst, dass sich der Begriff auf eine (psychologische und politische) Basis der politischen Einheit bezieht,¹¹⁴ was bei der Entschlüsselung kaum weiterhilft. Unklar ist, ob „Nation“ an den Staatsbegriff

106 Gross, Once More unto the Breach. The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, YJIL 23 (1998), 437 (438–445).

107 Kitz (Fn. 75), 32.

108 Krieger, Kapitel 8: Notstand in: Grote/Maurahn, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz (2008), Rn. 16.

109 Siehr (Fn. 57), 579. Dies liegt vor allem auch daran, dass die internationalen Verträge auf den grundlegenden Überzeugungen der einzelstaatlichen Verfassungen fußen *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 20), 1–4.

110 Folz, Staatsnotstand und Notstandsrecht (1962), 23; Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes: die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart (2004), 71 f.

111 Svensson-McCarthy (Fn. 6), 288.

112 Dies ergibt sich aus dem englischen Originalwortlaut: „in time of war or other national emergency threatening the life of the nation“.

113 Von Bogdandy/Häußler, Nations, Max Planck Encyclopedia of Public International Law: MPEPIL (2008), Rn. 1.

114 Von Bogdandy/Häußler (Fn. 113), Rn. 1.

angelehnt ist, oder sich auf das englische „people“, was häufig synonym zum englischen „nation“ verwendet wird.¹¹⁵

Nach der skizzierten Lehre besteht ein Staat aus drei Elementen: Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatsgewalt.¹¹⁶ Die Bedrohung eines jener Elemente wäre dann eine, die das „Leben der Nation bedroht“.¹¹⁷ Würde es aber synonym zum englischen „people“ verstanden, wäre ausschließlich die Bedrohung der Gesamtbevölkerung eines Staates maßgeblich.¹¹⁸

Terroranschläge werden meist auf ein bestimmtes Ziel beschränkt sein.¹¹⁹ Kann ein lediglich lokaler Notstand das „Leben der Nation“ bedrohen? Unproblematisch zu bejahen wird diese Frage mit Blick auf die Auslegungsvarianten idR. sein, wenn eine Ausnahmesituation zwar nur in einem Landesteil besteht, aber den ganzen Staat betrifft. Beispielhaft seien die Ereignisse in Fukushima anzuführen.¹²⁰ Anders stellt sich die Situation dar, wenn eine Ausnahmesituation nur in einem Landesteil besteht und auch nur diesen betrifft. Dieses Szenario ist vor allem deshalb umstritten, weil der Wortlaut der Norm keinerlei Aussage über die geografische Ausdehnung des Notstands trifft. Mitunter wird (zu) restriktiv argumentiert und wie gezeigt an „people“ angeknüpft, sodass eine Bedrohung nur dann vorliegen kann, wenn die Gesamtbevölkerung von den Auswirkungen betroffen ist.¹²¹ Aus dieser Feststellung lässt sich noch nicht ableiten, wie intensiv die Betroffenheit tatsächlich sein muss – reicht eine psychische aus? *Adolf Süsterhenn* – deutsches Mitglied in der EKMR vertrat die engste Position: die Bewertung hätte sich an den Ausmaßen des zweiten Weltkrieges zu orientieren.¹²²

Andere möchten vom Kriterium der „unbedingten Erforderlichkeit“ (siehe dazu noch unten) auch die örtlichen Ausmaße erfasst wissen.¹²³ Falls dies nicht geschähe, könne ein Staat auch dann keinen Notstand ausrufen, wenn in einer Provinz Bürgerkrieg ausbricht, der sich nicht weiter auszudehnen droht, weil er nur bestimmte Ethnien betrifft.¹²⁴ Diese Betrachtung erscheint insbesondere bei Staaten mit großer Landmasse schlüssig. Der Zweck von Menschenrechtspakten ist der Schutz von Men-

115 *Vollmer*, Die Geltung der Menschenrechte im Staatsnotstand. Eine völkerrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Spanien und dem Vereinigten Königreich (2010), 31.

116 Übersicht bei *Epping*, Völkerrechtssubjekte in: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 5, Rn. 2-11.

117 *Oraá*, Human Rights in States of Emergency in International Law (1992), 29.

118 *Krieger* (Fn. 108), Rn. 30.

119 Auch eine Serie verbundener Anschläge, wie etwa diejenige vom 13.11.2015 in Paris – dieser fand an insgesamt acht Orten statt, vgl. *Biermann u. a.*, Was, wann, wo – Rekonstruktion der Terrorangriffe, ZEIT Online (2015). – ist verhältnismäßig leicht lokalisierbar.

120 In dieser Hinsicht sind auch die *travaux préparatoires* ausschussreich, wo bekundet wird, dass „serious natural or enviromental catastrophes“ ein möglicher Auslöser sind *Vereinte Nationen*, Travaux Préparatoires zu Art. 4 IPbPR, (7); *Europarat*, Travaux Préparatoires zu Art. 15 EMRK, 14.

121 So etwa *Gross* (Fn. 106), 453; *Oraá* (Fn. 117), 28 f.

122 Vgl. Sondervotum *Süsterhenn*, in: Bericht der Kommission, EGMR Series B, 1960-61: 94 – *Lawless*.

123 *Vollmer* (Fn. 115), 32.

124 *Buergenthal*, To Respect and to Ensure. State Obligations and Permissible Derogations in: Henkin, The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights (1981), 80.

schenrechten. Einen geografisch beschränkten Notstand zu versagen liefe diesem Zweck zuwider und verkenne praktische Notwendigkeiten großer Staaten. Ein Notstand kann auch das Leben der Nation bedrohen, wenn er nur auf einen Teil des Staatsgebiets beschränkt ist (so auch Art. 1 lit. b Paris Minimum Standards). Die Maßnahmen dürfen in diesem Fall nur innerhalb der betreffenden Regionen erfolgen, andernfalls sind sie nicht „unbedingt erforderlich“.

d) Gegenwärtigkeit der Bedrohung

Die Verwendung des Präsens beschränkt die Anwendung auf eine akute/unmittelbar bevorstehende Gefahr und schließt latente/potentielle Gefahren und Dauergefahren aus.¹²⁵

2. Amtliche Verkündigung

Der IPbpR geht über die EMRK hinaus, wenn er eine amtliche Verkündigung verlangt. Der Notstand muss nicht nur ersichtlich sein, sondern bekannt gegeben werden.¹²⁶ Wegen des Gebots zur Vereinbarkeit mit sonstigem humanitärem Völkerrecht gilt die Voraussetzung in gleichem Umfang für die EMRK^{127, 128}

3. Zwischenergebnis

Eine Notstandssituation ist demnach eine im hohen Maße gefährliche Situation, der mit normalen Mitteln nicht beizukommen ist, weil sie zu ernsthaften Bedrohungen des öffentlichen Gemeinschaftslebens führt. Ein Abweichen von Konventionsgarantien ist *ultima ratio*,¹²⁹ was nicht zuletzt am Kriterium der „unbedingten Erforderlichkeit“ deutlich wird. Auch der EGMR hat in der frühen Entscheidung *Lawless vs. UK*

125 Hartman, Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies. A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations, HILJ 22 (1981), 1 (16).

126 Vgl. Esser (Fn. 73), Rn. 9 f.; Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary (2005) Art. 4, Rn. 17.

127 Vgl. ebd.

128 Die Proklamation ist eine Voraussetzung der Klauseln und als solche unerlässlich (*General Comment* No. 29: Ziff. 2; Esser (Fn. 73) Art. 15, Rn. 9 f.). Ein offener Umgang soll verhindern, dass ein Staat die Missachtung von Konventionsgarantien nachträglich mit einem Verweis auf einen Ausnahmezustand rechtfertigt – vgl. Lorz, Possible Derogations from Civil and Political Rights under Article 4 of the ICCPR, Israel Yearbook of Human Rights 33 (2003), 85 (91).

129 Bei einem Ausnahmezustand handelt es sich auch der gängigen Konzeption nach um eine (zeitlich begrenzte) Suspendierung der Rechtsordnung als „protektive Maßnahm[e]“, um Sondervollmachten *als dem letzten Mittel* eines Staates, seine Existenz zu bewahren“ (Hervorhebungen R.N.) Schottendorf, Vom Normalstaat zum Ausnahmezustand. Zur Staatstheorie des kriseninduzierten Systemwandels in: Lemke, Ausnahmezustand. Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017), 28. Vgl. dazu auch Voigt (Fn. 45).

Kriterien entwickelt, die durch die EKMR im sog. „Greek Case“ ergänzt worden ist und den hier herausgestellten im Wesentlichen entsprechen. Nötig sind:

1. eine unmittelbar bevorstehende oder bereits eingetretene Gefahr
2. *Auswirkungen* auf die gesamte Nation
3. Bedrohung des Fortbestehens des organisierten Gemeinschaftslebens
4. Offensichtliche Unzulänglichkeit der im Normalfall zulässigen Maßnahmen.¹³⁰

II. Zulässiger Umfang der Maßnahmen

Sofern die nötigen Voraussetzungen („ob“) erfüllt sind, müssen sich die Maßnahmen kumulativ in den engen Grenze der Vorschriften („wie“) bewegen.

1. Unbedingte Erforderlichkeit

Gemeinsam mit dem Katalog notstandsfester Rechte ist das Kriterium der „unbedingten Erforderlichkeit“ die stärkste Begrenzung der Derogationsmaßnahmen.¹³¹ Diese Formulierung betrifft neben einer zeitlichen und einer inhaltlichen auch eine räumliche Dimension.¹³² So soll sichergestellt werden, dass Rechte nur dann derogiert werden, wenn nicht mit den üblichen Möglichkeiten auszukommen ist.¹³³ Der Terminus hebt sich von den gewöhnlichen Beeinträchtigungsstandards der Konvention deutlich ab, weshalb streng zwischen ihnen zu unterscheiden ist, was auch der EGRM in seiner *Handyside vs. Vereinigtes Königreich*-Entscheidung herausstellt.¹³⁴ Es muss deshalb eine strenge Proportionalität zwischen dem Ziel, den Notstand zu bewältigen, und den getroffenen Maßnahmen bestehen.¹³⁵ Diese, eigens von EGRM und EKMR entwickelte strenge Verhältnismäßigkeitsbestimmung lässt einzig den Schluss zu, dass eine Derogation tatsächlich *ultima ratio* zu sein hat.¹³⁶ Dies ist mit Blick auf den Charakter der menschenrechtlichen Verpflichtungen handhabbar und präzise: sofern eine Handlungsalternative zur Derogation besteht, ist diese nicht unbedingt erforderlich.¹³⁷

130 Vgl. zum Ganzen auch *Vollmer* (Fn. 115), 39 f.

131 *Nowak* (Fn. 126), Rn. 24.

132 General Comment No. 29, Ziff. 4; *Gross* (Fn. 106); *Schmahl*, Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen in: *Fleck*, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung (2004).

133 *Frowein*, Art. 15 (Abweichen im Notstandsfall) in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar (2009) Rn. 12.

134 EGRM, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, 7.12.1976, Nr. 5493/72 = EGMR-E 1, 217 (223).

135 *Ashauer* (Fn. 16), 417 mwN.

136 Besonders mit Blick auf die übrigen Beeinträchtigungsstandards muss es deshalb verwundern, dass häufig eine einfache Verhältnismäßigkeitsprüfung für ausreichend gehalten wird (so etwa *Maslaton* (Fn. 19), 137 f.; *Nowak* (Fn. 126) Art. 4, Rn. 25 f. *Schmahl* (Fn. 132), 137 ff.; *Vollmer* (Fn. 115), 84 ff.) und auch der EGRM ganz grundsätzlich von seiner zuvor getroffenen Feststellung abweicht, was im weiteren Verlauf herauszustellen sei wird.

137 So auch *Ashauer* (Fn. 16), 425; *Gross* (Fn. 106), 450; *Hartman* (Fn. 125), 31 ff.; *Oraá* (Fn. 117), 146.

2. Vereinbarkeit mit sonstigem humanitären Völkerrecht

Zudem dürfen die Maßnahmen sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht zuwiderlaufen. Für eine Kollision kommen insbesondere anderen Menschenrechtspakte in Betracht,¹³⁸ was dazu führt, dass sich IPbPR und EMRK im hohen Maße beeinflussen. Dies zeigt sich auch an den Notstandsklauseln selbst, die sich ergänzen. Ferner können Regelungen aus dem Kriegsvölkerrecht und dem Flüchtlingsrecht von Bedeutung sein.¹³⁹

3. Diskriminierungsverbot

Art. 14 EMRK und Art. 26 IPbPR enthalten ein allgemeines Diskriminierungsverbot, sind jedoch nicht notstandsfest. Art. 4 Abs. 1 IPbPR verbietet auch in Notstandssituationen eine Diskriminierung „allein wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder der sozialen Herkunft“, in Art. 15 EMRK sucht man vergeblich nach einer Entsprechung.¹⁴⁰ Wegen des Gebots der Vereinbarkeit mit sonstigem humanitären Völkerrecht ist es jedoch hineinzulesen. Die Wirkungskraft des Diskriminierungsverbots sollte nicht als zu hoch veranschlagt werden. Die Formulierung „*solely*“ (allein wegen) beschränkt einen Verstoß gegen das o.g. Gebot auf solche Derogationen, die *ausschließlich* der Diskriminierung dienen.¹⁴¹ Damit büßt die Klausel ein Großteil der Bedeutung ein.¹⁴²

Besonders im Terrorismuskontext, wo oft typenabhängig gefahndet wird, wo die gefahrenabwehrrechtliche Dimension des Ausländerrechts insbesondere zur Geltung kommt,¹⁴³ und wo der (unsichtbare) „Andere“ mitunter als abstrakte Bedrohung zur Rechtfertigung neuer Gesetze und/oder Ausnahmezustände genutzt wird,¹⁴⁴ lohnt sich dennoch stets eine Überprüfung.

138 Esser (Fn. 73), Art. 15, Rn. 17.

139 Krieger (Fn. 108), Rn. 7.

140 Dies dürfte vor allem daran liegen, dass die Formulierung erst 1952 dem Wortlaut des IPbPR, an dem sich der des Art. 15 EMRK orientierte, hinzufügte (vgl. *Maslaton* (Fn. 19), 207 mwN.) Weil diese bereits 1950 unterzeichnet wurde, konnte das Verbot der Ungleichbehandlung keine explizite Berücksichtigung mehr finden.

141 Vgl. *Novak* (Fn. 126), 29; *Siehr* (Fn. 57), 598; *Vollmer* (Fn. 115), 81.

142 Vgl. *Hadden*, Human Rights Abuses and the Protection of Democracy during States of Emergency in: *Contran/Sherif*, Democracy, the Rule of Law and Islam (1999), 117.

143 Für Gesetzgebungsentwicklungen vgl. etwa *Gusy*, Präventionsstaat zwischen Rechtsgüterschutz und Abbau von Freiheitsrechten in Deutschland in: *Graulich/Simon*, Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit. Analysen, Handlungsoptionen, Perspektiven (2007) (Deutschland); *Göztepe*, Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat. Die Praxis des Ausnahmezustands im Südosten der Türkei in: *Lemke*, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017) (Türkei); *Holzinger* (Fn. 61), (USA); *Mbongo*, Die französischen Regelungen zum Ausnahmezustand. Eine Sondierung in: *Lemke*, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017) (Frankreich).

144 *Donhauser* (Fn. 3), 191 ff.; *Gebhardt*, Ökonomien der Un/Sichtbarkeit – Spektakel der Souveränität. Zur Figur des Ausnahmezustands im Angesichts des Anderen in: *Lemke*, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017), 95.

4. Notstandsfeste Rechte

Der Katalog notstandsfester Rechte, der jeweils in Abs. 2 niedergelegt ist, ist in Art. 4 IPbPR umfangreicher und müsste wegen des Gebots der Vereinbarkeit mit sonstigem humanitären Völkerrecht auf Art. 15 EMRK übertragen werden. „Notstandsfest“ bedeutet nur, dass eine vollständige Suspendierung auszubleiben hat. Eine Einschränkung innerhalb der regulären Schranken bleibt möglich.^{145, 146}

III. Unterrichtungspflicht

Schließlich beinhalten die Konventionen jeweils im dritten Absatz eine Notifikationspflicht. Art. 4 IPbPR verlangt, dass diese Notifikation „unverzüglich“ stattfindet, was in Art. 15 EMRK hineinzulesen ist.¹⁴⁷ Der jeweilige Generalsekretär ist über alle getroffenen Maßnahmen, deren Gründe und eine eventuelle örtliche Begrenzung in Kenntnis zu setzen; zudem ist ein voraussichtliches Ende anzugeben.¹⁴⁸

E. RECHTSRPECHUNGSANALYSE

Im letzten Schritt ist zu hinterfragen, wie der EGMR bei Verfahren mit Terrorismusbezug entscheidet.¹⁴⁹ Bisher haben acht Staaten zum Mittel des Staatsnotstands gegriffen.¹⁵⁰ Im Zuge dessen wurden meist Verfahrensgarantien nach Art. 5 und 6

¹⁴⁵ Vgl. *Schmahl* (Fn. 132), 136.

¹⁴⁶ Dass die Kataloge durch Zusatzprotokolle und auch durch ständige Rechtsprechung erweitert worden sind, bleibt im hiesigen Kontext weitgehend unerheblich. Einzig darauf, dass der UN-Menschenrechtsausschuss Entführungen und unzulässige Inhaftierungen (General Comment No. 28, Ziff. 13 lit. a-e) sowie den Aufruf zu religiösen Hass und Kriegspropaganda (ebd.; sowie *Schmahl* (Fn. 132), 132 f.) auch in Notstandszeiten für unzulässig hält, soll aufmerksam gemacht werden. Schließlich ist die Ausweitung gerade mit Blick auf Internierungen in *Guantanamo Bay* und anderswo interessant, in diesem Kontext sollte der Blick im Übrigen auch auf die explizit notstandsfesten Garantien des Folterverbots (Art. 3 EMRK/7 IPbPR) und des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK/6 IPbPR) gelenkt werden. Folgen hätte die Ausdehnung des Kriegsbegriffs schließlich auch hier: gem. Art. 15 Abs. 2 EMRK verletzen Todesfälle, die auf rechtmäßige Kriegshandlungen zurückgehen, nicht das Recht auf Leben, bzw. sind gerechtfertigt.

Nach dem Willen der Vertragsstaaten ist die Auflistung der notstandsfesten Rechte abschließend (vgl. *Krieger* (Fn. 108), Rn. 30) und schließt die Verfahrensgarantien (Art. 5 EMRK/9 IPbPR) und die allgemeinen Diskriminierungsverbote (Art. 14 EMRK/26 IPbPR) gerade nicht mit ein.

¹⁴⁷ Vgl. dazu auch das Urteil des EGMR, 1.7.1961: *Lawless./ IRL*; 62.

¹⁴⁸ *Krieger* (Fn. 108), Rn. 33 f.

¹⁴⁹ Insgesamt hat ein Großteil der Fälle, die der EGMR zu entscheiden hat, irgendeine Form von Terrorismusbezug; die Bedeutung solcher Fallgestaltungen ist weiterhin steigend, vgl. *Wolf*, Terrorismusbekämpfung und die Europäische Menschenrechtskonvention in: Förster/Lemke, *Die Grenzen der Demokratie* (2017), 97 f.

¹⁵⁰ Albanien, Armenien, Frankreich, Georgien, Griechenland, Großbritannien, Irland und die Türkei.

EMRK außer Kraft gesetzt.¹⁵¹ Tatsächlich vor dem EGMR verantworten mussten sich indes nur vier Staaten: Griechenland, Irland, die Türkei und Großbritannien. Eine Überprüfung der Derogation Frankreichs infolge der Ereignisse am 15. November 2015 steht noch aus.¹⁵² Die Kontrollorgane haben das Vorliegen eines Notstands nur einmal verneint.¹⁵⁴ Dies kann für zwei mögliche Szenarien sprechen: entweder die rechtsprechenden Organe legen die Vorschriften entgegen des gebotenen restriktiven Ansatzes aus oder die Vertragsstaaten gehen besonders gewissenhaft mit der Derogationsmöglichkeit um.¹⁵⁵

I. Lawless vs. Ireland¹⁵⁶

Der Fall *Lawless vs. UK* war der erste, der den EGMR zu Art. 15 EMRK beschäftigte. Der irische Individualbeschwerdeführer *Gerald Lawless* war 1956 für einige Monate Mitglied der *Irish Republican Army (IRA)* und hatte schon eine einmonatige Haftstrafe für den Besitz illegaler Dokumente im Guerillakrieg in Nordirland verbüßt. Nur kurze Zeit später wurde er ohne Anklage oder Gerichtsurteil vom 13. Juli bis 11. Dezember 1957 in einem irischen Militärcamp interniert. Als Grundlage diente der *Offences Against the State Act* von 1939, der eine Internierung bei Terrorismusverdacht ermöglichte. Der EGMR sah darin folgerichtig einen Verstoß gegen das in Art. 5 Abs. 1 lit. c., Abs. 3 EMRK normierte Recht auf einen gesetzlichen Richter. Die irische Regierung postulierte dagegen, zum Zeitpunkt der Internierung hätte ein Notstand iSd. Art. 15 EMRK vorgelegen. Dazu merkt sie an, dass sich gewalttätige Untergrundarmeen auf ihrem Territorium bewegten und auch außerhalb agierten, sodass die Beziehungen zu anderen Staaten gefährdet würden. Der EGMR sah dies als erwie-

151 *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 20), § 2, Rn. 8 mwN.

152 Ohne Terrorismusbezug wird der EGMR darüber hinaus die Derogationen in der Ukraine, die nach der Bürgerkriegssituation im Land eine Abweichungserklärung abgegeben hat und der Türkei, wo nach dem Militärputsch der Ausnahmezustand verhängt worden ist, zu überprüfen haben, *Wolf* (Fn. 20), 268. Der türkische Ausnahmezustand betrifft insbesondere den im Südosten „schwelenden“ Kurdenkonflikt, vgl. *Göztepe* (Fn. 143).

153 Hinsichtlich möglicher Abweichungen infolge einer Erklärung nach Art. 4 IPbPR ist die systematische Analyse der Derogationserklärungen nach Art. 4 IPbPR des State of Emergency Mapping Projects (STEMEP), das die Abweichen zwischen 1995 und 2015 untersucht, besonders empfehlenswert. Die AutorInnen kommen etwa zu dem Ergebnis, dass menschengemachte „Notstände“ einen deutlich größeren Anteil an den Erklärungen haben und dass aus eben jenen eine wesentlich längere Anwendungsdauer von Ausnahmezuständen/deren Verlängerungen resultiert. Vgl. dazu die mit Grafiken aufbereitete Darstellung von *Zwitter u. a.*, State of Emergency Mapping Project (STEMEP). Derogation von Menschenrechtsbestimmungen zwischen 1995 und 2015 in: Lemke, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017).

154 Namentlich im Bericht zur Militärdiktatur in Griechenland (1967), vgl. dazu den EKMR-Bericht vom 18.11.1969, *Dänemark u. a. v. Griechenland*, Yearbook of the European Convention on Human Rights, No. 12, 29 (71).

155 Vgl. zum Ganzen auch das Factsheet des EGMR, Derogations in Time of Emergency v. Juli 2017, abrufbar unter http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_ENG.pdf (zuletzt abgerufen: 20.9.2017).

156 EGMR, *Lawless v. Ireland*, 1.7.1961, Nr. 332/57 = EGMR-E 1, 10-21.

sen an und folgte den Ausführungen. Man entschied sich im Ergebnis für die Gewährung eines weiten Beurteilungsspielraums (*margin of appreciation*) hinsichtlich des Kriteriums des „anderen öffentlichen Notstands“, den der EGMR seitdem regelmäßig gelten lässt. Zur Überprüfung, ob der Grundsatz der „unbedingten Erforderlichkeit“ gewahrt wurde, stellte der Gerichtshof eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an, in der er überprüfte, ob die Maßnahmen

- a) willkürlich *erschienen*,
- b) geeignet waren, die Gefahr im konkreten Fall zu mindern und
- c) erforderlich *erschienen*, um
- d) abschließend eine Abwägung durchzuführen, in der die Natur der betroffenen Rechte, die die Krise begründenden Umstände und die Dauer der Krise berücksichtigt wurden.

Zudem prüfte der EGMR, ob die Maßnahmen frei von und geschützt vor etwaigen Missbrauch waren. Der Gerichtshof erwog die Möglichkeit einer Grenzschießung als Alternative, die er im Ergebnis verwarf. Art. 5 Abs. 1 lit. c, Abs. 3 waren nach Ansicht des EGMR gerechtfertigt derogiert worden.

Dies lässt nach dem oben Gesagten aufhorchen, zumal der EGMR strenge Kriterien postuliert hatte. Schon die Frage danach, ob ein das Leben der Nation gefährdender Notstand vorlag, kann an den aufgestellten Kriterien gemessen – anders beantwortet werden.

II. Irland vs. Vereinigtes Königreich¹⁵⁷

Die Staatenbeschwerde der Republik Irland betrifft ein weiteres Mal die *IRA*. Die britische Regierung suspendierte Rechte aus Art. 5 EMRK (9 IPbPR) mit Verweis auf paramilitärische Gruppen, die im Untergrund agierten und an der Grenze zum britischen Nordirland regelmäßig Anschläge durchführten. Daraufhin kam es zu einer Inhaftierungswelle vornehmlich irischer Terrorverdächtiger ohne Haftbefehl.

Der Gerichtshof erkennt einen anderen öffentlichen Notstand mit Verweis auf einen weiten *margin of appreciation* der Konventionsstaaten und ohne weitgehende Erörterung an. Im Rahmen der „unbedingten Erforderlichkeit“ nimmt der EGMR Abstand von der entwickelten Verhältnismäßigkeitsprüfung und verweist auch dort auf einen *margin of appreciation* der Vertragsstaaten.

Die Entscheidung ist auch hinsichtlich der Ausdehnung des Notstands interessant: obwohl nur Nordirland und nicht das gesamte Vereinigte Königreich betroffen waren, erkennt der Gerichtshof auf das Vorliegen eines öffentlichen Notstands. Dabei lässt er offen, ob es ausreicht, wenn nur die Bevölkerung der betreffenden Region betroffen ist.¹⁵⁸

¹⁵⁷ EGMR, *Irland./ Vereinigtes Königreich*, 18.1.1978, Nr. 5310/71 = EuGrZ 1979, 149-162.

¹⁵⁸ *Svensson-McCarthy* (Fn. 6), 324.

Weil im Zuge der Inhaftierungen verschiedene, von britischen Exekutiven als „fünf Techniken“¹⁵⁹ bezeichnete, Vernehmungstechniken Anwendung fanden, erkannte das Gericht auf eine Verletzung des notstandsfesten Art. 3 EMRK.

III. A u.a. vs. Vereinigtes Königreich¹⁶⁰

In dem Urteil, dem eine Individualbeschwerde zugrunde liegt, beschäftigt sich der Gerichtshof mit Maßnahmen, die das Vereinigte Königreich nach dem 11. September 2001 einleitete, um die Gefahr von Anschlägen auf britischen Territorium einzudämmen. Mit derselben Sache war zuvor bereits das *House of Lords* befasst¹⁶¹ und hatte dabei starken Bezug zur Rechtsprechung der Konventionsorgane genommen, sodass der EGMR das Urteil im Ergebnis lediglich bestätigte.¹⁶²

Das Vereinigte Königreich notifizierte am 18.12.2001 das Bestehen eines nationalen Notstands und die Derogation nach Art. 15 EMRK (und Art. 4 IPbPR) von Art. 5 Abs. 1 EMRK (Art. 9 Abs. 3 IPbPR) wegen einer *Bedrohung* durch den internationalen Terrorismus. Trotz der auch von britischer Seite häufig verwendeten Formulierung des *war on terror* war darin vom „anderen öffentlichen Notstand“ die Rede.¹⁶³

Grund für die Derogation war der bereits am 14.12.2001 in Kraft getretene *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* (ATCSA). Dieser ermöglichte der Secretary of State im 4. Abschnitt (§§ 23 ff.: on immigration and asylum) terrorismusverdächtige Ausländer als Risiko für die nationale Sicherheit einzustufen und in Präventivhaft zu nehmen, falls eine Abschiebung unmöglich sein sollte. Diese Regelung war nach Ansicht der Regierung nötig, weil mutmaßlichen Terroristen in ihren Heimatländern unter Umständen eine unmenschliche Behandlung drohe, deren Verbot sich aus Art. 3 EMRK ergibt,¹⁶⁴ weshalb eine Abschiebung dorthin nicht möglich, ein sicherer Drittstaat regelmäßig nicht auffindbar und/oder eine Abschiebung aus tatsächlichen Gründen häufig unmöglich wäre.¹⁶⁵

Von der Möglichkeit der „Präventivhaft“ wurde noch im Dezember 2001 Gebrauch gemacht. Schon vor der Verabschiedung des ATCSA verfügte Großbritannien über

159 Diese umfassen: 1. Gegen-die-Wand-Stellen in Stressposition, 2. das Überstreifen einer Kapuze, 3. den Einsatz von Lärm, 4. Schlafentzug, 5. Entzug von Nahrungsmitteln.

160 EGMR, *A. u.a./ Vereinigtes Königreich*, 19.2.2009, Nr. 3455/05 = NJW 2010, 3359.

161 Ehemals höchstes Strafgericht Großbritanniens und zwischenzeitlich abgeschafft; zur Entscheidung siehe *House of Lords, Judgement A and others./ Secretary of State for the Home Department*, abgedruckt in: EuGrZ 2005: 488-508.

162 Vgl. *Vollmer* (Fn. 115), 42.

163 In Folge der Anschläge vom 11. September 2001 derogierte kein anderer Mitgliedsstaat der EMRK Verpflichtungen. Das Vereinigte Königreich begründete die Abweichung insbesondere mit dem ausgeprägten internationalen Engagement und der engen Verbundenheit zu den USA. Die Notifikationserklärung ist abrufbar unter: <http://www.internationalhumanrightslexicon.org/hrdoc/docs/UKderogechr18dec2001.html> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

164 Vgl.: *Meyer-Ladewig/Lehnert*, Art. 3 EMRK, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Europäische Menschenrechtskonvention (2017), Rn. 64 ff.

165 *Joint Committee on Human Rights, Continuance in Force Of Sections 21 to 23 of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*. Fifth Report of Session 2002-03. HL Paper 59, HC462, (2003).

weitreichende Befugnisse zur Terrorismusbekämpfung, darunter auch die Ausweisung und/oder Inhaftierung von Ausländern aus Gründen der nationalen Sicherheit,¹⁶⁶ die vom EGMR als legitim eingestuft worden waren.¹⁶⁷

Zunächst sah sich der Gerichtshof mit der Frage befasst, ob die bloße *Bedrohung* durch den internationalen Terrorismus, die sich im Dezember 2001 noch nicht verwirklicht hatte, einen öffentlichen Notstand, der das Leben der Nation bedroht darstellen könnte. Die Klägerseite argumentierte, dass schon keine Notstandslage vorläge, weil:

- a) nicht bewiesen sei, dass ein Notstand *unmittelbar bevorsteht*,
- b) der sog. Notstand sich als *Dauergefahr* darstellte, was begrifflich ausgeschlossen sei und
- c) kein anderer Vertragsstaat Garantien außer Kraft gesetzt hatte, obwohl alle europäischen Staaten mit einer ähnlichen Bedrohungslage konfrontiert waren.¹⁶⁸

Das House of Lords verwies, wie schon die vorausgehende Instanz, auf die weiten Beurteilungsspielräume, die der EGMR Vertragsstaaten gewähre und führten an, dass die Beurteilung eines Notstands weitgehend politischer Natur und mit den Mitteln der Justiz nur schwer bestimm- und handhabbar sei, weshalb ein öffentlicher Notstand iSd EMRK vorliege.¹⁶⁹ Der EGMR folgte der Rechtsansicht und konstatierte, dass die Derogation *ex ante* nicht zu beanstanden sei. Das zeitliche Element dürfte nicht so eng ausgelegt werden, dass die Realisierung der Gefahr abzuwarten sei, indes sahen die Gerichte im Rahmen der unbedingten Erforderlichkeit keinen logischen Zusammenhang zwischen dem Ziel – die terroristische Gefahr einzudämmen – und dem Mittel der Inhaftierungen. Sie verwiesen auf das Paradoxon, das daraus erwachse, dass eine Abschiebung in einen sicheren Drittstaat möglich würde, sobald es gefunden war. Von dort aus könnten mutmaßliche Terroristen frei weiter agieren. Zudem erkannten sie den diskriminierenden Charakter der Regelung, denn es sei nur möglich, nicht-britische Verdächtige zu inhaftieren. Die Regierung hätte damit gegen Art. 14 EMRK verstoßen, der nicht von der Derogationserklärung umfasst war. Schließlich hätten auch mildere Mittel zur Verfügung gestanden. Die Maßnahmen des Vereinigten Königreichs waren nach Meinung der britischen Gerichte nicht unbedingt erforderlich; der EGMR bestätigte die Ausführungen.

¹⁶⁶ Vgl. *Ashauer* (Fn. 16), 424.

¹⁶⁷ EGMR, *Chahal*./ *Vereinigtes Königreich*, 15.11.1996, Nr. 22414/93 = NVwZ 1997, 1093-1096.

¹⁶⁸ House of Lords, EuGrZ 2005, 491 (Ziff. 16 f.). Ausführlicher noch die vorhergehende Instanz: Lords of Appeal, *Judgement A and Others*./ *Secretary of State for the Home Department*, abgedruckt in: *Human Rights Law Journal* 25 (2005), 430 f. (Ziff. 21-27); vgl. auch *Ashauer* (Fn. 16), 425; *Vollmer* (Fn. 115), 304.

¹⁶⁹ Vgl. House of Lords, EuGrZ 2005, 493 f. (Ziff. 28-30). Lesenswert sind die ablehnenden Sondervoten von *Lord Hope of Craighead* und insbesondere dasjenige von *Lord Hoffmann*.

F. KRITISCHE WÜRDIGUNG

Dass die Crux des Spannungsverhältnisses zwischen Sicherheit und Freiheit sich gerade in der Anwendung der Notstandsklauseln zeigt, kann nicht überraschen. Anwendende sehen sich stets dem Konflikt ausgesetzt, einerseits eine zu großzügige Auslegung (Missbrauch) zu vermeiden, dabei aber andererseits den Rechtsstaat nicht „hilflos“ gegenüber der konkreten Gefahr zurückzulassen.¹⁷⁰ Dies ist das Dilemma des modernen Staates, gerade und auch in Zeiten der „terroristischen Gefahr“, er „[has] to fight with one hand tied behind [the] back [...] only then will our society truly show, that we maintain the upper hand in the fight against terrorism“.¹⁷¹ Die Urteilspraxis des EGMR ist deshalb zu kritisieren.

Eingangs wurde bereits herausgestellt, dass Notstandsklauseln gerade deshalb in völkerrechtlichen Verträgen kodifiziert worden sind, damit Ausnahmesituationen justiziabel werden. Dafür wurden adäquate Normen mit engen Voraussetzungen geschaffen, in denen für die Annahme einer die Anwendbarkeit der Norm begründenden Situation zwei Kriterien kumulativ vorliegen müssen. Auch die zuständigen Gerichte haben den Art. 15 EMRK in der frühen Phase ihrer Judikatur restriktiv ausgelegt. Mit der Annahme eines weiten *margin of appreciation* begrenzt der EGMR seit dem *Lawless*-Urteil seinen eigenen Prüfungsmaßstab erheblich und sorgt selbst dafür, dass die Suspendierung elementarer Konventionsgarantien sich seiner Kontrolle entzieht, in: dieser Hinsicht ist auch das Urteil im Fall *A u. a. vs. Vereinigtes Königreich* kritikwürdig, wenngleich den Klagen stattgegeben wurde. Die Argumente, die die Klägerseite zum (Nicht-)Vorliegen des öffentlichen Notstands vorbringt, sind schlüssig und überzeugend. Zum Zeitpunkt der Derogationserklärung hatte es noch keine Anschläge im Vereinigten Königreich gegeben, jedenfalls nicht in Folge der Terrorgefahr, die durch die Anschläge vom 11. September offenbar wurde. Selbst, wenn einzelne Terrorakte durchgeführt worden wären: es muss das Leben der Nation bedroht werden, was nur in *Ausnahmefällen* der Fall sein wird.¹⁷²

Die Annahme eines weiten *margin of appreciation* verbietet sich. Die Doktrin wurde entwickelt, um politische Entscheidungen im Wesentlichen durch die Vertragsstaaten selbst treffen zu lassen, jedoch sollte sie auch sachbereichsabhängig erlauben, über die Eingriffstiefe zu entscheiden.¹⁷³ Warum der Gerichtshof die Prüfung bei einer menschenrechtlich derart grundlegenden Entscheidung die Überprüfung beinahe komplett aufgibt, erschließt sich nicht, insbesondere ist das Argument, dass die Beurteilung der Situation wegen der größeren Sachnähe allein politisch beurteilt werden kann, unzulässig. Gerade mit Blick darauf, dass ein einheitlicher Terrorismusbegriff

170 *Jakab*, The Rule of Law and the Terrorist Challenge: A Map of Possible Arguments in the Dilemma of Security./ Liberty in: Illiopoulos-Strangas/Diggelmann/Bauer, Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa. Rules of law, freedom and security in Europe. État de droit, liberté et sécurité en Europe (2010).

171 So Israel Supreme Court (Präsident *Aharon Barak*), HCJ 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel/. Government in Israel*, Ziff. 39, abrufbar unter: https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/terrorism_law.pdf (zuletzt abgerufen: 20.9.2017).

172 Vgl. auch *Ashauer* (Fn. 16), 428; *Tomuschat* (Fn. 70), 545; aA. *Schmahl* (Fn. 132), 125.

173 *Ress*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als pouvoir neutre, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 69 (2009), 289 (300).

immer Schwierigkeiten bereiten wird – denn er umfasst neben sachlichen auch *macht-politische* Elemente – bedarf es einer Überprüfung durch eine unabhängige Stelle. Es ist der große Vorteil internationaler Verträge, dass nationalstaatliche Interessen zurückweichen (können), die Vogelperspektive internationaler Gerichte kann nicht als Entschuldigung in Anschlag gebracht werden – sie ist ihr Trumpf, weil sie es ermöglicht, Krisensituationen retrospektiv und ohne politische Motivation einzuschätzen.¹⁷⁴

Auch hinsichtlich des Kriteriums der „unbedingten Erforderlichkeit“ muss die Rechtsprechung des EGMR als die EMRK konterkarierend bezeichnet werden. Weder die regelmäßig durchgeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung, noch die erneute Gewährung eines weiten Beurteilungsspielraums entsprechen den Anforderungen der Konvention. Die Derogation ist *ultima ratio*. Im *Lawless*-Fall bestand die Alternative, die Grenze zum irischen Territorium zu schließen, bei konsequenter Auslegung hätte das getan werden müssen. Im Fall *A u.a. vs. Vereinigtes Königreich* stützen die Gerichte ihre Argumentation zur Ablehnung hauptsächlich auf die Nichteinhaltung des Diskriminierungsverbots; sie ist folglich einem Formfehler des Vereinigten Königreichs geschuldet. Wäre der nicht notstandsfeste Art. 14 EMRK in der Derogationserklärung genannt worden, der EGMR hätte wohl anders entschieden, zumindest wasserdichter argumentieren müssen.

Der *Ausnahmezustand* ist in der Rechtsprechung des EGMR beinahe zum *Normalzustand* geworden,¹⁷⁵ der faktisch nur von formalen Kriterien abhängt. Es bleibt zu hinterfragen, was die Gerichte zu einer derartig weiten Auslegung bewegt. Freilich steht es im politischen Spannungsfeld, auch hinsichtlich der verschiedenen Rechtspraxen.¹⁷⁶ In den frühen Jahren der Konvention mag die Angst bestanden haben, dass die Urteile nicht ernst genommen werden.¹⁷⁷ Auch, wenn ein solches Vorgehen im Falle der EGMR, etwa durch die Türkei oder Großbritannien,¹⁷⁸ nicht unvorstellbar ist:

174 Eugen Kogon formuliert den Gedanken mit Blick auf die Konzentrationslager wie folgt: „Sofern es nur eine überlegene Rechtsinstanz gäbe, die, unter Ausschluss von Willkür mit Autorität zu entscheiden vermöchte, wo überall Terror herrscht“ (Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager (1983), 17). Freilich ist zu konstatieren, dass er einen ganz anderen Terrorbegriff zugrunde legte und keine individuellen Terroranschläge, sondern vielmehr auf „Terror aufgebaute Herrschaftssysteme“ (17), wie das des Nationalsozialismus im Sinn hatte.

175 So auch Gross (Fn. 106), 500 f.

176 Ress (Fn. 173), 293 f.

177 Etwa das griechische Obristenregime kündigte den IPbpR nach einem unliebsamen Bericht schlicht auf – vgl. Schmahl (Fn. 132), 131.

178 Theresa May warb nach den Anschlägen von Manchester und London im Wahlkampf mit härteren Antiterrogesetzen und führte an: „Wenn uns unsere Menschenrechtsgesetze daran hindern, werden wir die Gesetze dahingehend ändern, dass wir das tun können.“ (zitiert nach ZEIT-Online v. 06.07.2017, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-06/grossbritannien-festnahmen-irland-terror-theresa-may> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018)). Schon zuvor war über einen „doppelten Brexit“ spekuliert worden, wonach Großbritannien auch den Europarat und damit die EMRK verlassen könnte (vgl. Vorreiter, Doppelter Brexit?, Deutschlandfunk v. 6. Februar 2017, abrufbar unter: http://www.deutschlandfunk.de/europarat-doppelter-brexit.795.de.html?dram:article_id=378233 (zuletzt abgerufen: 01.05.2018)).

mittlerweile ist die EMRK gefestigt, die Rechtsprechung des EGMR weitreichend anerkannt und ein wichtiges Korrektiv.¹⁷⁹

G. ANMEKRUNG ZUM INTERNATIONALEN TERRORISMUS

Folgt man der Rechtsprechung des EGMR, dann wird besonders der moderne internationale Terrorismus stets die Notstandsvoraussetzungen erfüllen. Orientiert man sich an der gebotenen restriktiven Auslegung, werden Terroranschläge mitunter durchaus, aber nur in *Ausnahmefällen* in der Lage sein, eine Notstandssituation auszulösen und die Suspendierung von Menschenrechten zu rechtfertigen. Ein Terroranschlag in den USA kann das Leben der britischen Nation kaum ernstzunehmend bedrohen.¹⁸⁰ Auch, wenn behauptet wurde, dass die Anschläge vom 11. September 2001 „an attack not only on the United States but against humanity itself“¹⁸¹ waren, kann man daran zweifeln, ob diese überhaupt das Leben der US-amerikanischen Nation zu bedrohen im Stande waren.¹⁸² Zwar hatten sie zweifellos große psychologische Auswirkungen auf die gesamte Nation, aber das organisierte Gemeinschaftsleben dürften sie nicht bedroht haben, jedenfalls nicht dauerhaft.¹⁸³ Dies führt zu derjenigen Voraussetzung, auf die es sich in diesem Kontext erneut aufmerksam zu machen lohnt: der Angriff muss *gegenwärtig* sein, Dauer Gefahren sind *ausgeschlossen*. Unmittelbar nach dem 11. September 2001, als der Flugverkehr eingestellt und die Börsen geschlossen waren,¹⁸⁴ könnte eine Abweichung insoweit gerechtfertigt sein.¹⁸⁵ Ganz ähnliches ist für die Anschläge in Frankreich zu konstatieren, wurde der Ausnahmezustand doch insgesamt sechsmal verlängert und insgesamt beinahe zwei Jahre - vom 13. November 2015 bis zum 01. November 2017 - aufrechterhalten..¹⁸⁶ Richtigerweise wird konsta-

179 Wenngleich gleichsam konstatiert werden muss, dass die politikwissenschaftliche und rechtspolitische Erforschung der EMRK und der Wirkung der Urteile des EGMR nach wie vor recht unterrepräsentiert ist, vgl. auch *Wolf* (Fn. 149), 94.

180 Vgl. dazu das eindrucksvolle Sondervotum von *Lord Hoffmann* in: A u.a./.. Secretary of State for the Home Department, abgedruckt in UKHL 56 (2004), 50 ff. (Ziff. 80 ff.), abrufbar unter: <http://www.refworld.org/docid/42ef723c4.html> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

181 So in UN Doc. S/PV.4370 2001, zitiert nach *Siehr* (Fn. 57).

182 Die USA haben indes gar keine Derogationserklärung abgegeben und ihr Vorgehen wurde nicht gerichtlich überprüft, wenngleich sich Exekutive so verhalten haben, als sei es erlaubt, Konventionsgarantien außer Kraft zu setzen *Siehr* (Fn. 57), 583–590, die daran zweifelt, dass eine Derogation selbst unter der Prämisse des Vorliegens der formalen Kriterien rechtmäßig gewesen wäre. So auch *Tomuschat* (Fn. 70), 545.

183 *Siehr* (Fn. 57), 584.

184 *Kreye*, Bushs Kriegsrhetorik hat ausgedient, *Süddeutsche Zeitung* v. 18. September 2012.

185 *Siehr* (Fn. 57), 584.

186 Vgl. nur *Gallmeyer*, Au revoir Ausnahmezustand, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/frankreich-ausnahmezustand-111.html> (zuletzt abgerufen: 01.05.2018). *Mbongo* (Fn. 143), 154 ff. zählt die Befugnisse auf, die sich die französische Regierung seitdem gegeben hat und stellt eine Verstetigung heraus.

tiert, dass der 11. September 2001 einen „Funktionswandel des Rechts“ ausgelöst hat.¹⁸⁷

Eine abschließende Beantwortung der Frage, ob „Terrorismus“ Staatsnotstand ist, steht schon die Uferlosigkeit der Begrifflichkeit im Wege. Aber: es muss immer – ganz egal ob die Ursache ein Terroranschlag oder eine Naturkatastrophe ist – situationsabhängig geprüft werden, ob die Voraussetzungen vorliegen. Eine nur mit dem Terminus „internationaler Terrorismus“ begründete Subsumtion erfüllt ihren Zweck keineswegs.

H. AUSBLICK

Gerade diese Tage zeigen, dass der *war on terror* noch nicht vorbei ist, wenngleich sich die USA mittlerweile von der Begrifflichkeit distanziert haben.¹⁸⁸ Dass Einzelpersonen oder Organisationen mit Terroranschlägen auf sich aufmerksam zu machen versuchen ist zu verurteilen. Wer aber nur denjenigen, die sich im Rahmen der Verfassung bewegen, verfassungsrechtliche Garantien zugesteht und alle anderen als *Feinde*¹⁸⁹ mit weniger Rechten ausstatten will, hintergeht sich selbst. Das Recht soll gegen den Terror verteidigt, nicht ihm hingegeben werden. Mit der Auslagerung der Fragestellung danach, wann ein *Ausnahmezustand* vorliegt, wurde ein wichtiger Schritt unternommen, der wegführt vom willkürlich richtenden *Schmitt'schen Souverän*.¹⁹⁰ Staaten müssen auch danach beurteilt werden, wie sie ihre „Chance zur Machtausübung“ (Popitz) wahrnehmen.¹⁹¹ Das Zugeständnis allzu weiter Beurteilungsspielräume macht diese Überlegungen zunichte und führt faktisch weg von der mit der Kodifikation verfolgten *verrechtlichenden Lösung*, die eine „entscheidende Qualität des Rechtsstaats“ ist.¹⁹² Man könnte meinen, dass der Plausibilisierungsdruck eigentlich steigen müsste, wenn „der Exekutive ein Mehr an Macht zugestanden [wird], die mit

187 Vgl. dazu die Ausführungen bei *Holzinger* (Fn. 61), 288), der auch das „rechtliche“ Arsenal der Terrorismusbekämpfung skizziert (293 ff.) und dazu auch die Beiträge in *Lynch u. a., Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice After 9/11* (2010).

188 *Kreye* (Fn. 184).

189 Zu den Legitimationsmustern von Ausnahmezuständen vgl. auch *Förster/Lemke* (Fn. 14); *Lemke* (Fn. 67). *Schottdorf* (Fn. 129), 32) ordnet Terroranschläge – jene von New York und Paris im Speziellen – als „ideologische Krise[n]“ ein, insbesondere weil die „Ausnahmezustände“ über abstrakte Feindbilder und fremde Wertekanones gerechtfertigt würden, die die normative Ordnung potentiell zersetzen. Es spiele weniger die „konkrete Gefahr, denn die potenzielle Zersetzung der normativen Ordnung, des gesellschaftsintegrierenden symbolisch-ideologischen Kitts“ bei den Rechtfertigungen eine Rolle. Zum „Ausnahmezustand im Angesichts des Anderen“ und dessen „anwesender Abwesenheit“ vgl. auch die Ausführungen bei *Gebhardt* (Fn. 144). Nicht zuletzt ist dabei auch an das von *Günther Jakobs* populär gemachte (erstmal: *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751) und viel kritisierte (vgl. nur *Vormbaum/Asholt*, Kritik des Feindstrafrechts (2009)) Konzept des „Feindstrafrecht“ zu denken.

190 *Schmitt* (Fn. 28), 9.

191 *Holzinger* (Fn. 61), 297.

192 *Hirsch*, Menschenrechte und Grundfreiheiten im Ausnahmezustand. Eine Fallstudie über die Türkei und die Agitation „strikt unpolitischer“ internationaler Organisationen (1974).

einem Weniger an Kontroll- und Freiheitsrechten einhergeht“.¹⁹³ Lässt man derart weite Grenze zu, werden die Szenarien, die als Notstand in Frage kommen, uferlos und der Ruf nach „Terrorismus“ reicht für eine Suspendierung elementarer Individualrechte. Die Einordnung von *Ausnahmesituationen* wird zur Daumenregel, insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass das „Außergewöhnliche schon lange in die Sicherheitsarchitektur des Rechtsstaats einbezogen wurde“, ¹⁹⁴ sodass die Feststellung *Agambens*, dass „für die Staaten der Gegenwart zu einer wesentlichen Praxis geworden [ist], willentlich einen permanenten Notstand zu schaffen (wenn er vielleicht auch nicht im strikten Sinn ausgerufen wird), auch für die sogenannten demokratischen“, nicht fernzuliegen scheint.¹⁹⁵ Es ist jedenfalls zu beobachten, dass nach Staatsnotständen – auch solchen, die explizit ausgerufen werden – nicht zu den ursprünglichen Regelungen zurückgekehrt, sondern vielmehr der Ausnahmezustand „in das Recht, bzw. näher an das Recht des Normalzustands geholt“¹⁹⁶ wird. Das Regime des Ausnahmezustands setzt auch einen Gewöhnungsprozess in Gang¹⁹⁷ und suggeriert Notwendigkeiten, in: Zeiten der abstrakten Bedrohung und Angst wird „der Terrorist zum Gesetzgeber“.¹⁹⁸ Dies zeigt sich nicht zuletzt an der vorangetriebene Implementierung eines Großteils der im Ausnahmezustand geschaffene Eingriffsinstrumente in das Recht des „Normalzustands“, wie sie gerade in Frankreich beobachtet werden kann.¹⁹⁹ Gerade in diesen Zeiten sollte das Mittel des Ausnahmezustands mit Bedacht verwendet werden. Möglicherweise ist es wirklich so, dass die Verrechtlichung eine

193 *Lemke* (Fn. 11), 14.

194 *Frankenberg* (Fn. 4), 184; vgl. auch *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft: soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert (2012).

195 Vgl. *Agamben* (Fn. 9), 8 f.

196 So *Förster* zum in den USA unter Präsident *Bush* „geschaffene außerrechtliche Raum“ (Die Normalisierung der Ausnahme? 15 Jahre Ausnahmezustand in den USA in: *Lemke*, Ausnahmezustand. Theoriengeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017), 317 f. Einen Überblick über die von den USA genutzten Mittel – etwa Gefangenenlager, Folterkooperationen und Drohnenkrieg – gibt auch *Holzinger* (Fn. 61), 293 ff.

197 So *Frankenberg* (Fn. 4), 184. Zur Problematik auch *Dießelmann* (Fn. 7). Konkret die französischen Anpassungen nimmt *Mbongo* (Fn. 143), die türkischen *Göztepe* (Fn. 143) in den Blick.

198 *Prantl*, Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht (2008).

199 Ein Gesetz zur „Stärkung der inneren Sicherheit und zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus“ (Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme) wurde am 30.10.2017 erlassen. Schon vor dessen Verabschiedung war von Anwaltsverbänden kritisiert worden, dass mit dem Gesetz die weitgehende Übernahme von Instrumenten, die schon im Ausnahmezustand fragwürdig waren, bezweckt würde, was mit diversen Grundrechtsverletzungen einherginge, vgl. etwa: *Amnesty International*, France. Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, abrufbar unter: <https://www.amnesty.fr/presse/invitation-presse-france.-projet-de-loi-renforçant> (21.9.2017 – zuletzt abgerufen: 01.05.2018); *Human Rights Watch*, France: Flawed Security Bill Would Violate Rights. Fix Abusive Measures in Draft Counterterrorism Law, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/news/2017/09/12/france-flawed-security-bill-would-violate-rights> (12.9.2017 – zuletzt abgerufen: 01.05.2018); *Syndicats de Avocats De France*, Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme: De l'exception à la création définitive d'une police spéciale du comportement et de la pensée, abrufbar unter: <http://lesaf.org/wp-content/uploads/2017/07/170727-SAF-Analyse-PJL-Securite.pdf> (27.7.2017 – zuletzt abgerufen: 01.05.2018).

„überschießende Innentendenz“²⁰⁰ entwickelt und so den „Ausnahmezustand „auf die Spitze“ treibt, indem er „einen *rechtsfreien Raum*“ erschafft, während er selbst eine „Manifestation von Recht“ ist.²⁰¹

200 Frankenberg (Fn. 4), 184.

201 Gebhardt (Fn. 144), 95.