



Universitätsverlag Potsdam

## Artikel erschienen in:

MenschenRechtsZentrum

### MenschenRechtsMagazin ; 27 (2022) 2

2022 – 99 S.

ISSN 1434-2820

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-56493>



Empfohlene Zitation:

Martin Nguyen: Lockdown für Menschenrechte? Voraussetzungen der Derogation von Menschenrechten in der COVID-19-Pandemie, In: MenschenRechtsMagazin 27 (2022) 2, Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2022, S. 111–123.

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-57155>

Dieses Objekt ist durch das Urheberrecht und/oder verwandte Schutzrechte geschützt. Sie sind berechtigt, das Objekt in jeder Form zu nutzen, die das Urheberrechtsgesetz und/oder einschlägige verwandte Schutzrechte gestatten. Für weitere Nutzungsarten benötigen Sie die Zustimmung der/der Rechteinhaber/s:

<https://rightsstatements.org/page/InC/1.0/>



## Lockdown für Menschenrechte? – Voraussetzungen der Derogation von Menschenrechten in der COVID-19-Pandemie

Martin Nguyen

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Voraussetzungen der Derogation
- III. Derogationsfeste Rechte
- IV. Einhaltung sonstiger völkerrechtlicher Verpflichtungen
- V. Derogationsvoraussetzungen durch die COVID-19-Pandemie?
- VI. Fazit

### I. Einführung

Seit zwei Jahren steht die Welt im Bann der COVID-19-Pandemie. Vor allem die Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie im ersten Halbjahr 2020 wirkten schwer. Um eine weitere Ausbreitung zu verhindern – und somit das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Leben von nicht infizierten Menschen zu schützen – konnten in der Bundesrepublik Grundrechte eingeschränkt werden. Unter anderem betraf dies die Freiheit der Person<sup>1</sup>, die Versammlungsfreiheit<sup>2</sup>, die Freizügigkeit<sup>3</sup> und die Unverletzlichkeit der Wohnung<sup>4</sup>. Rechtliche Grundlage dafür waren §§ 28, 28a Infektionsschutzgesetz.<sup>5</sup> Auch wenn sich die Frage der Zulässigkeit von Beschränkun-

gen auf nationaler Ebene bejahen ließe,<sup>6</sup> bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Beschränkungen von Menschenrechten auch auf völkerrechtlicher Ebene im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>7</sup> und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)<sup>8</sup> zulässig sind. In Krisensituationen befindet sich die Demokratie in einem Verteidigungszustand.<sup>9</sup> Der Grat zwischen einem „starkem“ oder autoritären Staat ist in diesem Zustand gefährlich schmal.<sup>10</sup> Um diesen Grat zu wahren, enthalten EMRK und IPbpr die Möglichkeit in be-

1 *Andrea Kießling*, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2021, § 28 Rn. 25, Rn. 30.

2 Ebd., Rn. 37 f.

3 Ebd., Rn. 28 ff.

4 *Sebastian Kluckert*, Corona-Kontrolle in der Wohnung? Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in der Corona-Pandemie, VerfBlog vom 7. November 2020.

5 BGBl. 2020 I, S. 2397; siehe auch: § 28a IfSG, besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung und Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19).

6 BVerfG, COVuR 2020, 812 *passim.*; *Hans-Jürgen Papier*, Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie, in: DRiZ 2020, S. 180–183 (181); *Holger Schmitz/Carl-Wendelin Neubert*, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, in: NVwZ 2020, S. 666–671 (671); *Christian Katzenmaier*, Grundrechte in Zeiten von Corona, in: Medizinrecht 2020, S. 461–465 (463 ff.).

7 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. [Europäische] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, ETS Nr. 5, in der zuletzt durch Protokoll Nr. 15 geänderten Fassung; Neufassung: BGBl. 2014 II, S. 1034.

8 International Covenant on Civil and Political Rights. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1534.

9 *Frederike Brinkmeier*, Zum Problem der Einschränkung und Außerkraftsetzung von Menschenrechten in Krisenzeiten – Ein Vergleich der EMRK und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, in: Eckart Klein/Helmut Vogler (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und Regionalorganisationen vor aktuellen Herausforderungen, 2002, S. 98–113 (98).

10 *Christoph Ashauer*, Die Menschenrechte im Notstand, in: AVR 2007, S. 400–431 (400 f.), fragt zugespitzt, ob die Notstandssituation das Recht bedroht oder das (Notstands-)Recht selbst die Bedrohung ist.

sonderen Ausnahmefällen von bestimmten Konventionsrechten abzuweichen.<sup>11</sup> Dies erlaubt den Konventionsparteien Maßnahmen zu treffen, welche außerhalb von Notstandslagen nicht mit diesen Verträgen vereinbar wären.<sup>12</sup> So können Mitgliedsstaaten flexibler auf Notstände reagieren, während immer ein gewisser Rahmen an Menschenrechten – die derogationsfesten Rechte – unveräußerlich bleibt.<sup>13</sup> Die COVID-19-Pandemie stellte die Staatengemeinschaft vor gleiche Herausforderungen, auf welche die einzelnen Staaten höchst unterschiedlich reagierten.<sup>14</sup> In diesem Beitrag werden die Voraussetzungen von Derogationen und ihre Grenzen im Licht der COVID-19-Pandemie erörtert.

## II. Voraussetzungen der Derogation

Notstandsklauseln sind in allgemeinen Menschenrechtsverträgen keine Ausnahme.<sup>15</sup> Neben Art. 15 EMRK und Art. 4 IPbPR sind vor allem Art. 27 Amerikanische Menschenrechtskonvention, Art. 4 Arabische Charta der Menschenrechte und Art. 30

Europäische Sozialcharta<sup>16</sup> zu nennen.<sup>17</sup> Vorlage des heutigen Art. 15 EMRK war Art. 4 IPbPR.<sup>18</sup> Dies erklärt auch die wörtliche und inhaltliche Deckungsgleichheit.<sup>19</sup> Beim Vergleich beider Normen ergeben sich folgende gemeinsame Elemente: (1) der Notstand muss das Leben der Nation bedrohen, (2) nur insoweit es die Lage unbedingt erfordert, darf von den Verpflichtungen der Verträge abgewichen werden, (3) von bestimmten Rechten (derogationsfeste Rechte) darf nicht abgewichen werden, (4) die Derogation muss mit anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar sein, (5) das jeweilige Kontrollorgan muss umfassend über den Notstand unterrichtet werden.<sup>20</sup>

Ein Abweichen von bestimmten Konventionsrechten ist jedoch nicht mit einem „außer Kraft setzen“ gleichzusetzen. Eine Außerkraftsetzung hätte zur Folge, dass Rechte, von welchen derogiert wurde, im Rahmen der Notstandslage unanwendbar wären.<sup>21</sup> Bei der Derogation handelt es sich

11 *Christiane Schmaltz*, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2017, Art. 15 Rn. 1.

12 *Monika Polzin*, Der verrechtlichte Ausnahmezustand Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: ZaöRV 2018, S. 635–669 (637).

13 *Robert Nestler*, Terrorismus als Ausnahmezustand? Analyse von Voraussetzungen und Anwendung der Art. 15 EMRK/4 IPbPR zur Suspendierung von Menschenrechten, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2018, S. 24–55 (27).

14 Zur Staatenpraxis der Derogation während der COVID-19-Pandemie: *Teresa Mörth/Gerd Oberleitner*, COVID-19 als ‚Bedrohung für das Leben der Nation‘: Eine Untersuchung von Staatenpraxis während der Coronapandemie aus menschenrechtlicher Perspektive, in: HuV 2021, S. 23–34.

15 *William Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary, 2015, Art. 15 S. 587; *Heike Krieger*, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl., 2013, Kap. 8 Rn. 5; *Ashauer* (Fn. 10), S. 403.

16 *Audrey Le Bret*, COVID-19 pandemic and derogation to human rights, in: Journal of Law and the Biosciences 2020, S. 1–15 (2); *Krieger* (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 5; *Felix Weber*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei – Zum Notstand sowie zur Möglichkeit der Wiedereinführung der Todesstrafe, in: DÖV 2016, S. 921–928 (922f.).

17 Die Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker enthält keine Derogationsnorm. Jedoch wird diese vom Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshof in Verbindung mit anderen internationalen Menschenrechtsverträgen, sofern der betreffende Staat Vertragspartei ist, angewandt; *Olivioir de Schutter*, International Human Rights Law, 3. Aufl., 2019, S. 607.

18 *Schmaltz* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 2; *Krieger* (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 1; *Nestler* (Fn. 13), S. 28.

19 *Nestler* (Fn. 13), S. 28.

20 *Bettina Vollmer*, Die Geltung der Menschenrechte im Staatsnotstand, 2010, S. 71; *Felix Weber*, Notstandskontrolle – Notstand und Beurteilungsspielraum in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2019, S. 38; *Polzin* (Fn. 12), S. 638; *Brinkmeier* (Fn. 9), S. 103, 105; *Mark Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2020, § 34 Rn. 970ff.

21 *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 2 Rn. 8; *Nestler* (Fn. 13), S. 33.

jedoch um eine erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeit für Eingriffe in Konventionsrechte.<sup>22</sup> Der EGMR prüft in einem ersten Schritt ob die Maßnahmen durch die besonderen Schrankenregelungen des beeinträchtigten Konventionsrechts gerechtfertigt werden können. Ist dies nicht der Fall, prüft der EGMR die Wirksamkeit der Derogation.<sup>23</sup> So unterliegen die Vertragsstaaten der EMRK auch weiterhin der Jurisdiktion des EGMR.<sup>24</sup>

Im *Griechenland*-Urteil präzisierte die Kommission diese Definition aufgrund der sprachlichen Unterschiede der französischen und englischen Fassung der Konventionstexte.<sup>25</sup> So muss der Notstand (1) gegenwärtig sein oder unmittelbar bevorstehen, (2) die Auswirkungen müssen sich auf das gesamte Staatsvolk beziehen, (3) das Fortbestehen des organisierten Zusammenlebens der Gesellschaft muss als Ganzes gefährdet sein und (4) die Krisen- oder Gefahrensituation muss so außergewöhnlich sein, dass die allgemeinen Maßnahmen und Beschränkungen, welche zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit erlaubt sind, unzureichend wären.<sup>26</sup> Diese entwickelte Definition kann

als allgemeine Definition<sup>27</sup> für den öffentlichen Notstand herangezogen werden.<sup>28</sup>

Das Kriterium der Unmittelbarkeit verhindert, dass Staaten schon vor Eintritt einer Notstandsphase auf Art. 15 EMRK zurückgreifen können.<sup>29</sup> Jedoch kann nicht verlangt werden, dass ein Staat auf den Eintritt des Unglücksgeschehens warten muss, bevor er Maßnahmen einleiten kann.<sup>30</sup> Sinn und Zweck der Derogation ist es, zukünftige Unglücke zu verhindern.<sup>31</sup> Die Frage, wann die Auswirkung die gesamte Bevölkerung betrifft, ließ der EGMR offen, jedoch stellte er im *Nordirland*-Urteil fest, dass der Notstand in den sechs Grafschaften Nordirlands unter Art. 15 EMRK fällt und auch für das gesamte Vereinigte Königreich gelte.<sup>32</sup>

### 1. Die Bedrohung des Lebens der Nation

Voraussetzung für das Abweichen von Konventionsrechten ist das Vorliegen eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstandes, welcher das Leben der Nation bedroht.<sup>33</sup> Unter einem Krieg versteht man den förmlich erklärten Kriegszustand. Da kaum Kriegserklärungen abgegeben wer-

22 Polzin (Fn. 12), S. 637; Weber (Fn. 16), S. 924.

23 Christian Johann, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., 2022, Art. 15 Rn. 9.

24 Katrin Kappler/Svenja Auerswald, Der EGMR und die Derogation von Menschenrechten – Werden Notstände zu akzeptierten Dauerzuständen in Zeiten des Terrorismus?, in: MRM 2017, S. 99; Weber (Fn. 16), S. 924.

25 In der authentischen französischen Sprachfassung muss der Notstand zusätzlich unmittelbar bevorstehen: « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent »; Schabas (Fn. 15), Art. 15 S. 595.

26 EKMR, *Dänemark, Norwegen, Schweden, Niederlande ./. Griechenland, (The Greek Case)* (3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67), Urteil vom 24. Januar 1968, Rn. 153; EGMR, *A und andere ./. Vereinigtes Königreich* (3455/05), Urteil vom 19. Februar 2009, Rn. 176; Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 17.

27 Auch für den IPbPR, William Schabas, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl., 2019, Art. 4 Rn. 14.

28 Ähnliche Definitionsansätze auch in den Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN-Dok. E/CN.4/1985/4 (Annex); Paris Minimum Standards, AJIL 1985, S. 1072 f.; Weber (Fn. 20), S. 53; Schabas (Fn. 27), Art. 4 Rn. 14.

29 Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 18.

30 EGMR, *A und andere ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 26), Rn. 177; Polzin (Fn. 12), S. 642.

31 Schabas (Fn. 15), Art. 15 S. 595.

32 EGMR, *Irland ./. Vereinigtes Königreich* (5310/71), Urteil vom 18. Januar 1978, Rn. 205; Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2009, Art. 15 Rn. 7.

33 Art. 15 Abs. 1 EMRK: "In time of war or other public emergency [...]"; Art. 4 Abs. 1 IPbPR: "In time of public emergency [...]".

den, ist international anerkannt, dass internationale bewaffnete Konflikte auch ohne eine Erklärung einen Krieg darstellen.<sup>34</sup> Bisher musste sich der EGMR nicht mit dem Begriff des Krieges im Sinne von Art. 15 Abs. 1 EMRK auseinandersetzen.<sup>35</sup> In Art. 4 IPbpR hat man sich bewusst gegen die Verwendung des Begriffes Krieg entschieden.<sup>36</sup> Dieser stellt zumindest einen öffentlichen Notstand dar.<sup>37</sup> Bei dem Begriff des öffentlichen Notstandes handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher auslegungsbedürftig ist.<sup>38</sup> Gemäß des Wortlautes von Art. 4 Abs. 1 IPbpR muss dieser das Leben der Nation bedrohen.<sup>39</sup> In Abweichung zum IPbpR muss nach der EMRK die Situation einem Krieg gleichkommen.<sup>40</sup> Hierzu zählen aber auch schwere Naturkatastrophen.<sup>41</sup>

Es muss sich um eine außergewöhnliche Situation handeln und diese muss eine gewisse Schwelle an Intensität überschreiten.<sup>42</sup> Darüber hinaus müssen die daraus resultierenden Maßnahmen auch unbedingt erforderlich sein.<sup>43</sup> Der EGMR definierte den Notstand, der das Leben der Nation bedroht, in seinem *Lawless*-Urteil als eine außergewöhnliche Krisen- oder Gefahren-

situation, welche die ganze Bevölkerung betrifft und eine Bedrohung des organisierten Lebens der Gemeinschaft, aus welcher sich der Staat zusammensetzt, bildet.<sup>44</sup>

## 2. Weiter Beurteilungsspielraum zur Bestimmung einer Notstandslage (*margin of appreciation*)

Zur Bestimmung einer Notstandslage kommt den Vertragsstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*)<sup>45</sup> zu.<sup>46</sup> Diese Einschätzungskompetenz ist jedoch nicht unbegrenzt.<sup>47</sup> So sind die Konventionsorgane dafür verantwortlich sicherzustellen, dass Vertragsstaaten die in den Konventionen verankerten Rechte achten und diese eingehalten werden.<sup>48</sup> In der Praxis beschränkt sich der EGMR auf eine Plausibilitätsprüfung, folglich, ob ein Notstand nachvollziehbar erscheint.<sup>49</sup> Er folgte bisher den Ansichten der Staaten (dazu sogleich). Bemerkenswert erscheint, dass der EGMR bisher keine Prüfung über die Intensität der Bedrohung vorgenommen hat. So bejahte er eine Notstandslage im Vereinigten Königreich aufgrund der Ereignisse vom 11. September 2001, obwohl diese Anschläge in einem Drittstaat verübt wur-

34 *Krieger* (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 15; Zur Terminologie des Krieges im Sinne des Art. 15 Abs. 1 EMRK: *Weber* (Fn. 20), S. 194ff.

35 *Weber* (Fn. 16), S. 923.

36 *Paul Taylor*, A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights, 2020, Art. 4 S. 109: “[...] The Covenant should not envisage [...] the possibility of war, as the United Nations was established with the object of preventing war.”

37 So auch: MRA, General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, 31. August 2001, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, S. 2: “[...] During armed conflict [...] international or non-international [...]”; *Schabas* (Fn. 27), Art. 4 Rn. 12; *Taylor* (Fn. 36), Art. 4 S. 110.

38 *Weber* (Fn. 20), S. 51.

39 “threatening the life of the nation”.

40 Art. 15 Abs. 1 EMRK: Krieg oder anderer öffentlicher Notstand; *Frowein/Peukert* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 7.

41 *Brinkmeier* (Fn. 9), S. 99; *Weber* (Fn. 20), S. 51.

42 MRA (Fn. 37), Nr. 2; *Ashauer* (Fn. 10), S. 412.

43 *Ashauer* (Fn. 10), S. 412f.

44 EGMR, *Lawless ./. Irland* (No. 3) (332/57), Urteil vom 1. Juli 1961, Rn. 28: “An exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 21), § 2 Rn. 10; *Weber* (Fn. 16), S. 923.

45 Die *margin of appreciation* Doktrin ist keine abschließliche Figur des Art. 15 EMRK. Grundlegend zur Lehre des Beurteilungsspielraums: *Paula Gorzoni*, Der “margin of appreciation” beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion, 2019, S. 25ff.

46 EGMR, *Irland ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 32), Rn. 191; zu unterscheiden ist der Beurteilungsspielraum bei der Frage des Vorhandenseins eines Notstandes von der Beurteilung, ob die getroffenen Maßnahmen auch unbedingt erforderlich sind.

47 *Lebret*, (Fn. 16), S. 5; *Polzin* (Fn. 12), S. 640.

48 *Krieger* (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 8.

49 *Polzin* (Fn. 12), S. 642.

den.<sup>50</sup> Nach dem Putschversuch in der Türkei 2016 bejahte der Gerichtshof eine Notstandslage lediglich mit der Begründung, dass das türkische Verfassungsgericht diese bereits festgestellt habe.<sup>51</sup> Im *Griechenland-Fall* hat die Kommission<sup>52</sup> einen engeren Maßstab angelegt. Die Kommission nahm an, dass die Beweislast, ob ein Notstand vorliege, bei der griechischen Regierung lag und sah diese nicht erfüllt.<sup>53</sup> Der EGMR begründet den weiten Beurteilungsspielraum damit, dass die nationalen Behörden unmittelbar mit den realen Verhältnissen vor Ort vertraut sind und dies grundsätzlich besser einschätzen können als internationale Richter.<sup>54</sup> Die Einschätzung, ob das Leben der Nation durch einen öffentlichen Notstand bedroht sei und welche Maßnahmen zur Verhinderung dessen nötig sind, liege bei den Vertragsstaaten.<sup>55</sup> Ein weiterer Grund für die Zurückhaltung des EGMR mag darin liegen, dass Regierungen bei negativen Entscheidungen entweder einen Vorbehalt zu Art. 15 EMRK anbringen oder gar die Konvention kündigen.<sup>56</sup>

Dieser Ansatz überzeugt, denn die Einstufung der Gefahrenlage als Notstandslage entspringt einer Wertungs- und Beurtei-

lungsprognose.<sup>57</sup> Diese Prognose können staatliche Stellen besser treffen, da sie unter anderem auch auf nachrichtendienstliche Informationen zurückgreifen können. Letztlich ist das Vorliegen einer Notstandslage auch kein Indiz dafür, ob die daraus resultierenden getroffenen Maßnahmen unbedingt erforderlich sind.<sup>58</sup>

### 3. Unbedingte Erforderlichkeit der getroffenen Maßnahmen

Von den Verpflichtungen der Konventionen kann gem. Art. 15 Abs. 1 EMRK/Art. 4 Abs. 1 IPbpR nur abgewichen werden, soweit die Lage dies unbedingt erfordert.<sup>59</sup> Das Kriterium der unbedingten Erforderlichkeit begrenzt zusammen mit den derogationsfesten Rechten die rechtmäßigen Derogationsmaßnahmen der Vertragsstaaten.<sup>60</sup> In diesem Rahmen führen EGMR und MRA eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch. Die konkrete Maßnahme darf nicht willkürlich erscheinen und muss einen Zusammenhang zur Notstandslage aufweisen.<sup>61</sup> Der EGMR unterscheidet zwar nicht ausdrücklich zwischen dem Beurteilungsspielraum für das Vorhandensein einer Notstandslage und den getroffenen Maßnahmen, er setzt jedoch andere Maßstäbe an beide.<sup>62</sup> Während die Notstandslage nur cursorisch geprüft wird,<sup>63</sup> führt der EGMR bei der unbedingten Erforderlichkeit eine

50 Stefan Sottiaux, in: Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl., 2006, Art. 15 S. 1067f.; Weber (Fn. 20), S. 84.

51 Polzin (Fn. 12), S. 642.

52 Mit dem 11. Zusatzprotokoll der EMRK vom 1. November 1998 wurde die Europäische Kommission für Menschenrechte aufgelöst, der EGMR in ein ständiges Gericht umgewandelt und für die Staaten- und Individualbeschwerden zuständig erklärt.

53 EKMR, *Greek Case* (Fn. 26), Rn. 154; Kappler/Auerswald (Fn. 24), S. 102.

54 Kappler/Auerswald (Fn. 24), S. 101.

55 EGMR, *Irland ./ Vereinigtes Königreich* (Fn. 32), Rn. 207: "It falls in the first place to each Contracting State, [...] to determine whether that life is threatened by a 'public emergency' and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency."

56 Griechenland kündigte die Konvention 1969, nachdem eine Staatenbeschwerde vor der EKMR anhängig wurde; Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 12.

57 Polzin (Fn. 12), S. 649.

58 Ebd.

59 "strictly required by the exigencies of the situation"; MRA, Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic, UN-Dok. CCPR/C/128/2v, Rn. 2 lit. (b); OCHR, Emergency measures and COVID-19: Guidance, abrufbar unter: [www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/EmergencyMeasures\\_COVID19.pdf](http://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

60 Nestler (Fn. 13), S. 43.

61 So auch der MRA: Schabas (Fn. 27), Art. 4 Rn. 26f.; Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 25.

62 Polzin (Fn. 12), S. 648 nennt es einen differenzierten Beurteilungsspielraum.

63 Nestler (Fn. 13), S. 51 kritisiert den *Ausnahmestandard* in der Rechtsprechung des EGMR als *Normalzustand*.

Art Verhältnismäßigkeitsprüfung durch, welche im Laufe seiner Urteile immer detaillierter ausfällt.<sup>64</sup> Entsprechend kommt den Staaten bei der Einschätzung über eine Notstandslage ein weiter Beurteilungsspielraum zu, während dieser Spielraum für die unbedingte Erforderlichkeit für getroffene Maßnahmen verringert wird. Es erscheint sachgerecht, dass der EGMR die Kriterien der Verhältnismäßigkeit mehr herausstellt. Die Maßnahmen müssen also geeignet sein, um die konkrete Gefahr zu verringern oder zu beseitigen. Ihr Ziel erreichen müssen diese aber nicht.<sup>65</sup>

Weiterhin müssen die Maßnahmen erforderlich sein. Insbesondere die Schrankenregelungen innerhalb des betroffenen Konventionsrechts dürfen nicht ausreichend sein, um die Situation beherrschbar zu machen.<sup>66</sup> Damit wird der *Ultima-Ratio*-Charakter von Art. 15 EMRK deutlich: Sofern es ein milderes Mittel gibt, ist die konkret getroffene Maßnahme nicht unbedingt erforderlich.<sup>67</sup> Der EGMR sah dieses Kriterium nur in Fällen bezüglich des Nordirland-Konfliktes erfüllt.<sup>68</sup> Weiterhin trifft der EGMR in seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Abwägung. Dies betrifft vor allem die Natur des Rechts, welches von der Derogation beeinflusst wurde, aber auch die Umstände, welche zur Derogation geführt haben, sowie die Dauer der Notstandssituation.<sup>69</sup> Im Verlauf der Urteile legte der EGMR immer mehr Wert darauf, dass es ausreichenden Schutz gegen Missbrauch der Notstandsbefugnisse gibt.<sup>70</sup> Dieses Kriterium ist besonders zu beleuchten, da es auch in einer Notstandslage die Rechtsstaatlichkeit wahrt.<sup>71</sup> So bejahte der EGMR im Jahre 1993

die Erforderlichkeit der Maßnahmen im Fall *Brannigan und McBride*, obwohl die britische Regierung keine Beweise vorbringen musste, warum eine gerichtliche Kontrolle der Untersuchungshaftverlängerung nicht möglich gewesen ist. In den Fällen zum versuchten Putsch in der Türkei 2016 verneinte der EGMR die unbedingte Erforderlichkeit, da die türkische Regierung nicht hinreichend belegt hat, warum eine gerichtliche Begleitung der Terrorismusbekämpfung nicht möglich war.<sup>72</sup> Hierin zeigt sich besonders der angepasste Prüfungsmaßstab des EGMR.

Auch der MRA stellt strenge Anforderungen an die unbedingte Erforderlichkeit von Maßnahmen während des Ausnahmezustands. Die Maßnahmen müssen, wie bei der EMRK, in engem Zusammenhang zum derogierten Recht stehen.<sup>73</sup> So müssen die Vertragsstaaten in einem Verfahren die Umstände des Notstandes hinreichend detailliert darlegen, damit der MRA beurteilen kann, ob eine Ausnahmeregelung in Einklang mit Art. 4 IPbPR vorliegt.<sup>74</sup>

#### 4. Formelle Voraussetzungen

Der Art. 4 Abs. 1 IPbPR sieht als weitere Voraussetzung vor, dass der öffentliche Notstand amtlich verkündet werden muss.<sup>75</sup> Die Proklamation stellt einen innerstaatlichen Vorgang dar. Sie ist eine notwendige Bedingung für die Rechtmäßigkeit einer Derogation.<sup>76</sup> Die Proklamation soll sicherstellen, dass die Rechtsstaatlichkeit besonders in Krisenzeiten gewahrt wird.<sup>77</sup> Darüber hinaus bleibt den Vertragsstaaten somit die Möglichkeit verwehrt, sich nachträglich auf eine Notstandssituation zu berufen und somit bereits begangene Men-

64 Polzin (Fn. 12), S. 643 f.

65 Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 26.

66 Ebd., Rn. 27.

67 Nestler (Fn. 13), S. 43.

68 Polzin (Fn. 12), S. 646.

69 EGMR, *Brannigan and McBride ./. Vereinigtes Königreich* (14553/89 und 14554/89), Urteil vom 26. Mai 1993, Rn. 43; EGMR, *Baş ./. Türkei* (66448/17), Urteil vom 3. März 2020, Rn. 214.

70 Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 28.

71 Polzin (Fn. 12), S. 651.

72 EGMR, *Baş ./. Türkei* (Fn. 69), Rn. 230 f.; Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 29.

73 Taylor (Fn. 36), Art. 4 S. 113.

74 Ebd., S. 114.

75 "officially proclaimed"; MRA (Fn. 59), Rn. 2.

76 Vollmer (Fn. 20), S. 72.

77 MRA (Fn. 37), Rn. 2; De Schutter (Fn. 17), S. 621 f.



schenrechtsverletzungen zu rechtfertigen.<sup>78</sup> Eine solche Proklamationspflicht muss aber auch kritisch betrachtet werden. So könnte diese bei der Vereitelung einer unmittelbar bevorstehenden Notstandssituation hinderlich sein.<sup>79</sup> Eine solche Pflicht ist in Art. 15 EMRK zwar nicht niedergeschrieben. Jedoch setzte die EKMR im Fall *Zypern ./. Türkei* diese als Erfordernis für eine Derogation voraus.<sup>80</sup> Dabei sieht der EGMR auch Verkündungen im Parlament als eine öffentliche Bekanntmachung an.<sup>81</sup> In Art. 15 Abs. 3 EMRK und Art. 4 Abs. 3 IPbPR ist vorgeschrieben, dass die Generalsekretär:in des Europarates beziehungsweise der VN zu benachrichtigen ist (Notifikation). Dies dient der internationalen Kontrolle. Anderen Vertragsstaaten wird damit die Möglichkeit gegeben mit einer Staatenbeschwerde gegen den derogierenden Vertragsstaat vorgehen zu können.<sup>82</sup> Dieser Pflicht kommen die Staaten regelmäßig nicht nach, da sie nur die Derogation selbst verkünden, nicht jedoch welche Konventionsrechte beeinflusst werden.<sup>83</sup> Bei den Anforderungen an eine Derogationserklärung muss zwischen der zeitlichen und inhaltlichen Komponente unterschieden werden. Gemäß Art. 4 Abs. 3 IPbPR muss eine sofortige Benachrichtigung der anderen Vertragsparteien erfolgen. Der EGMR legt die EMRK zugunsten der Vertragsparteien aus und sieht es als ausreichend an, wenn eine Benachrichtigung ohne Verzögerung erfolgt.<sup>84</sup>

78 Taylor (Fn. 36), Art. 4 S. 111.

79 Weber (Fn. 20), S. 220.

80 EKMR, *Zypern ./. Türkei* (6780/74 und 6950/75), Bericht vom 10. Juli 1976, Rn. 527; Vollmer (Fn. 20), S. 73.

81 EGMR, *Brannigan and McBride ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 69), Rn. 73; Vollmer (Fn. 20), S. 73.

82 Vollmer (Fn. 20), S. 75.

83 So beispielsweise Litauen (JJ9288C Tr./005-281), Notifikation vom 25. Oktober 2021, abrufbar unter: [rm.coe.int/1680a44998](https://rm.coe.int/1680a44998) (zuletzt besucht am 9. August 2022); MRA, Abschließende Bemerkungen (Concluding Observations), UN-Dok. CCPR/C/79/Add.109 vom 27. Juli 1999, Rn. 12; MRA (Fn. 37), Rn. 17; Vollmer (Fn. 20), S. 76.

84 EGMR, *Lawless ./. Irland* (Fn. 44), Rn. 47; Stuart Wallace, Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform, in: HRLR 2020, S. 769–796 (782).

Diese Grenze überschritt die griechische Regierung, indem sie die Erklärung vier Monate nach der Derogation abgab.<sup>85</sup> Weitaus vager ist die inhaltliche Komponente. So ist in Art. 15 Abs. 3 EMRK nicht niedergeschrieben, welchen Inhalt die Derogationserklärung haben muss. In der Praxis sind in den Erklärungen die getroffenen Maßnahmen angegeben, woraus sich dann das betroffene Konventionsrecht ableiten lässt.<sup>86</sup> Die EMRK und IPbPR verlangen, dass eine neuerliche Mitteilung erfolgt, sobald die ergriffenen Maßnahmen enden.<sup>87</sup> Es erscheint auch sachgerechter ein Ende der Maßnahmen schon bei der Notifikation angeben zu müssen. Dies würde zum einen die internationale Kontrolle vereinfachen und zum anderen die Möglichkeit einer Etablierung einer dauerhaften Ausnahmesituation erschweren.<sup>88</sup> Offen bleibt die Frage, welche Folgen eine fehlende Notifikation hat.<sup>89</sup>

### III. Derogationsfeste Rechte

Als derogationsfeste Rechte bezeichnet man Rechte, von welchen auch während eines Notstandes nicht abgewichen werden darf. In der EMRK sind diese in Art. 15 Abs. 2 geregelt. Eine Abweichung von dem Verbot der Folter, dem Verbot der Sklaverei und dem Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ ist unter keinen Umständen erlaubt. Lediglich vom Recht auf Leben kann im Falle rechtmäßiger Kriegshandlungen abgewichen werden.<sup>90</sup> Auch vom 6. und

85 EKMR, *Greek Case* (Fn. 26), Rn. 79: Zwar gab Griechenland eine Derogationserklärung ab, unterbreitete die Gründe für diese jedoch erst vier Monate später; Sottiaux (Fn. 50), S. 1075.

86 EGMR, *Alpay ./. Türkei* (16538/17), Urteil vom 20. März 2018, Rn. 73: So auch die türkische Regierung, welche nur verkündet, dass die getroffenen Maßnahmen Verpflichtungen aus der EMRK beeinträchtigen könnten. Dies akzeptierte jedoch der Gerichtshof; Wallace (Fn. 84), S. 784.

87 Weber (Fn. 20), S. 130; MRA (Fn. 37), Rn. 17; Taylor (Fn. 36), Art. 4 S. 124.

88 Vollmer (Fn. 20), S. 79.

89 Weber (Fn. 20), S. 215; Vollmer (Fn. 20), S. 77f.

90 Matthias Maslaton, Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz, 2002, S. 77; Weber (Fn. 20), S. 265.

13. Zusatzprotokoll (Abschaffung der Todesstrafe) kann nicht abgewichen werden.<sup>91</sup> Der Katalog der notstandsfesten Rechte ist im IPbpr deutlich umfangreicher. So ist zusätzlich keine Derogation von der Schuldhaft, dem Recht als rechtsfähige Person anerkannt zu werden und der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit möglich.<sup>92</sup> Diese Kataloge sind grundsätzlich abschließend, jedoch könnte das zwingende Völkerrecht bestimmten Derogationsmaßnahmen entgegenstehen.<sup>93</sup> Gerade in Krisenzeiten besteht die Gefahr, dass eine Ungleichbehandlung stattfinden kann,<sup>94</sup> weshalb der EGMR ein Diskriminierungsverbot als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Derogation bestimmt hat.<sup>95</sup> Ein solches Diskriminierungsverbot ist in Art. 4 Abs. 1 IPbpr enthalten. Getroffene Maßnahmen dürfen keine Diskriminierung allein auf Grund von Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion oder soziale Herkunft innehaben. Dabei wird durch das Wort *allein*<sup>96</sup> deutlich, dass Maßnahmen schon diskriminierenden Charakter haben können, beispielsweise durch einen geographisch begrenzten Anwendungsbereich.<sup>97</sup>

#### IV. Einhaltung sonstiger völkerrechtlicher Verpflichtungen

Letztlich darf eine Derogation nicht von sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen abweichen.<sup>98</sup> Zu diesen Verpflichtungen zählen andere internationale und regionale Menschenrechtskonventionen sowie das

humanitäre Völkerrecht.<sup>99</sup> Diese Regelung soll dazu dienen die verschiedenen Verpflichtungen eines Staates in Einklang zu bringen.<sup>100</sup> Alle Vertragsparteien der EMRK sind auch Vertragsstaaten des IPbpr. In der Praxis bedeutet dies, dass – obwohl dieses Recht nicht im Katalog der notstandsfesten Rechte der EMRK festgehalten ist – eine Derogation beispielsweise von der Religionsfreiheit an Art. 15 Abs. 1 EMRK scheitert, da somit eine sonstige völkerrechtliche Verpflichtung (hier aus IPbpr) verletzt wäre.<sup>101</sup> Somit wird der Menschenrechtsstandard erhöht, weil die Norm, welche Menschenrechte am weitesten schützt, Anwendung findet.<sup>102</sup> Gleiches gilt im Rahmen der Proklamationspflicht des IPbpr, welche nicht in der EMRK vorgesehen ist.

#### V. Derogationsvoraussetzungen durch die COVID-19-Pandemie?

Bisher haben 10 von 47 Vertragsstaaten der EMRK eine Derogation aufgrund der COVID-19-Pandemie abgegeben.<sup>103</sup> Beim IPbpr sind es 24 von 173 Staaten.<sup>104</sup> Der EGMR wies eine Klage bezüglich der Pandemiebekämpfung ab. Der Bf. sah sich unter anderem in seinem Recht auf Leben verletzt, da der französische Staat nicht genügend Maßnahmen treffe, um die Bevöl-

91 Art. 3 ZP Nr. 6, Art. 2 ZP Nr. 13; Villiger (Fn. 20), § 34 Rn. 972.

92 Maslaton (Fn. 90), S. 184.

93 Weber (Fn. 20), S. 267; Vollmer (Fn. 20), S. 81 f.

94 Vollmer (Fn. 20), S. 80: So zum Beispiel im Kriegsfall als Angehöriger einer feindlichen Nation oder Glaubensgemeinschaft.

95 Weber (Fn. 20), S. 267.

96 "Solely" bzw. "uniquement"; MRA (Fn. 37), Rn. 8.

97 Schabas (Fn. 27), Art. 4 Rn. 30; Taylor (Fn. 36), Art. 4 S. 119 f.

98 MRA (Fn. 59), Rn. 2 lit. (d).

99 De Schutter (Fn. 17), S. 646; Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 36.

100 Vollmer (Fn. 20), S. 83.

101 Krieger (Fn. 15), Kap. 8 Rn. 35; Grabenwarter/Pabel (Fn. 21), § 2 Rn. 11.

102 Vollmer (Fn. 20), S. 83 f.

103 So vor allem osteuropäische Länder, wie unter anderem: Lettland, Georgien, Albanien, Moldawien. Eine Übersicht der Derogationen betreffend der COVID-19-Pandemie findet sich unter: [www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19](http://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

104 So unter anderem: Peru, UN-Dok. C.N.123.2020.TREATIES-IV.4 vom 20. März 2020, Chile, UN-Dok. C.N.128.2020.TREATIES-IV.4 vom 25. März 2020, Kirgisistan, UN-Dok. C.N.129.2020.TREATIES-IV.4 vom 31. März 2020, Kolumbien, UN-Dok. C.N.131.2020.TREATIES-IV.4 vom 25. März 2020, El Salvador, UN-Dok. C.N.138.2020.TREATIES-IV.4 vom 16. April 2020.

kerung vor dem Virus zu schützen.<sup>105</sup> Der Gerichtshof wies diese Klage ab, da der Bf. nicht ausreichend darlegen konnte, wie er persönlich von diesen Missständen betroffen sei.<sup>106</sup> EGMR und MRA prüften bisher nicht, ob und unter welchen Umständen die COVID-19-Pandemie eine Notstandssituation ist und welche Maßnahmen zu deren Bekämpfung unbedingt erforderlich sind.

Zunächst müsste durch die COVID-19-Pandemie eine Notstandssituation vorliegen. Pandemien sind zwar natürlichen Ursprungs, jedoch keine Naturkatastrophen.<sup>107</sup> Der EGMR musste sich noch nicht mit einem Notstand aufgrund des Gesundheitsschutzes beschäftigen.<sup>108</sup> Daher ist fraglich, ob auch eine Pandemie unter den Begriff des öffentlichen Notstandes subsumiert werden kann. Dieser muss das Leben der Nation bedrohen und die ganze Bevölkerung betreffen. Es muss sich um eine außergewöhnliche Krisen- oder Gefahrensituation handeln. COVID-19 ist eine Atemwegserkrankung, welche in rund ca. 14 % der Fälle einen schweren Verlauf mit sich bringt und bei ca. 5 % der Fälle eine intensivstationäre Beatmung der Patienten erfolgen muss.<sup>109</sup> Neben einer bisher nicht eindeutig einschätzbaren Letalität<sup>110</sup> und den möglichen Langzeitfolgen (*Long-COVID*) handelt es sich um eine hoch ansteckende Krankheit.

Mit einer Reproduktionszahl von ca. 2,8–3,8<sup>111</sup> ohne Eindämmungsmaßnahmen verbreitet sich COVID-19 äußerst stark<sup>112</sup> innerhalb der Bevölkerung und betrifft diese damit unmittelbar. Somit ist auch eines der Elemente, welches einen Staat zusammensetzt, das Staatsvolk, bedroht und damit auch letztlich das Leben der Nation.<sup>113</sup> Das Kriterium der Unmittelbarkeit dürfte auch erfüllt sein, da schon große Teile der Bevölkerung an COVID-19 erkrankten und eine weitere Ausbreitung ohne Eindämmungsmaßnahmen wohl kaum verhindert werden kann. Darüber hinaus dürfte die Einschätzung, ob es sich bei der COVID-19-Pandemie um einen Notstand handelt, welcher nur mit einer Derogation von bestimmten Rechten der Konventionen beendet werden kann, innerhalb des weiten Beurteilungs-

---

desraten im Zusammenhang mit COVID-19 in Deutschland, in: Deutsches Ärzteblatt 2020, S. 433 (Grafik).

105 EGMR, *Le Mailloux ./. Frankreich* (18108/20), Urteil vom 3. Dezember 2020, Rn. 7.

106 Ebd., Rn. 12 ff.

107 Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe, Glossar: *Naturkatastrophe*, abrufbar unter: [www.bbk.bund.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/N/naturkatastrophe.html](http://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/N/naturkatastrophe.html) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

108 *Sanja Jovičić*, COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights, in: ERA Forum 2021, S. 545–560 (550).

109 *Zunyou Wu/Jennifer McGoogan*, Characteristics of and Important Lessons from the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China, in: Journal of the American Medical Association, abrufbar unter: [jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2762130](http://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2762130) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

110 Die Letalität<sup>110</sup> bewegt sich abhängig vom Alter zwischen ca. 0,1 %–1,2 %, *Hans-Joachim Kremer/Werner Thurner*, Altersabhängigkeit der To-

111 Reproduktionszahl der Basisvariante von SARS-CoV-2. Die Reproduktionszahl gibt an, wie viele Personen von einer einzelnen infizierten Person im Durchschnitt angesteckt werden. Je nach Virusvariante variiert diese Zahl. Robert Koch Institut, SARS-CoV-2: Virologische Basisdaten sowie Virusvarianten, 20. Mai 2022, abrufbar unter: [www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Virologische\\_Basisdaten.html](http://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virologische_Basisdaten.html) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

112 Weltgesundheitsorganisation, Erklärung zu COVID-19, 11. März 2020, abrufbar unter: [unric.org/de/erklaerung-zu-covid-19/](http://unric.org/de/erklaerung-zu-covid-19/) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

113 Secretary General of the Council of Europe, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis – A toolkit for member states, 7. April 2020, SG/Inf(2020)11, S. 2, abrufbar unter: [rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40](http://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40) (zuletzt besucht am 9. August 2022); Declaration by the Committee of Ministers on the COVID-19 pandemic, 22. April 2020, Decl(22/04/2020), abrufbar unter: [rm.coe.int/09000016809e33dd](http://rm.coe.int/09000016809e33dd) (zuletzt besucht am 9. August 2022); *Michael Lysander Fremuth/Andreas Sauermoser*, Menschenrechte im Ausnahmezustand? Zur Aktualisierung des Art. 15 EMRK in der Corona-Krise, in: Zeitschrift für Menschenrechte 2020, S. 150–172 (163); *Kushtrim Istrefi*, Supervision of Derogations in the Wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe, EJIL:Talk! vom 6. April 2020.

spielraums der Vertragsstaaten liegen.<sup>114</sup> Mithin kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Ausbreitung von SARS-CoV-2 und der Krankheit COVID-19 um einen öffentlichen Notstand, der das Leben der Nation bedroht, handelt.

### 1. *Recht auf Freiheit, Art. 5 EMRK/ Art. 9 IPbpR*

Eines der betroffenen Rechte könnte das Recht auf Freiheit aus Art. 5 EMRK/Art. 9 IPbpR sein. Ein Freiheitsentzug ist eine staatlich veranlasste und unfreiwillige Unterbringung an einem räumlichen begrenzten Ort für nicht unerhebliche Zeit.<sup>115</sup> Dieses schließt jedoch nicht die allgemeine Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit ein.<sup>116</sup> Die in vielen Ländern beschlossenen allgemeine Ausgangsbeschränkung dürfte wohl nicht unter Art. 5 EMRK fallen.<sup>117</sup> Bei dieser gibt es gerade keine Unterbringung an einem räumlich begrenzten Ort, da allgemeine Ausgangsbeschränkungen in den Vertragsstaaten viele Ausnahmen beinhalten.<sup>118</sup> Jedoch könnte eine individuell angeordnete Quarantäne einen Freiheitsentzug im Sinne der Konventionen darstellen. Diese muss an einem räumlich begrenzten Ort stattfinden. Darüber hinaus dürfte die übliche Quarantänedauer von mindestens

zwei Wochen auch nicht unerheblich sein. Art. 5 Abs. 1 EMRK enthält aber eine Reihe von Schrankenregelungen unter anderem lit. e). Hiernach darf Personen die Freiheit entzogen werden, wenn dies eine Eindämmung der Verbreitung von ansteckenden Krankheiten zum Ziele hat.<sup>119</sup> Diese Maßnahme darf aber nur *Ultima Ratio* sein.<sup>120</sup> Da es sich bei COVID-19 um eine hochansteckende Krankheit mit hoher Todesrate handelt, ist eine Quarantäneanordnung sachgerecht. Eine solche Quarantäneanordnung muss jedoch *innerhalb kurzer Frist* individuell gerichtlich überprüfbar bleiben, Art. 5 Abs. 4 EMRK.<sup>121</sup> Diese kurze Frist für eine richterliche Kontrolle könnte aufgrund steigender Infektionszahlen und den daraus resultierenden Quarantäneanordnungen nicht mehr erfüllbar sein.<sup>122</sup> Durch eine Derogation könnte eine solche Frist verlängert werden. Sollten allgemeine Ausgangsbeschränkungen verschärft werden und einem Hausarrest nahekommen, so könnte auch dies durch eine Derogation gerechtfertigt sein.<sup>123</sup>

Bei einer Derogation müssten diese Maßnahmen aber auch unbedingt erforderlich sein. Das bedeutet, dass sie nicht willkürlich erscheinen dürfen und einen Zusammenhang zur Notstandssituation aufweisen. Eine Quarantäne wird bisher nur angeordnet, wenn die Person entweder selbst mit SARS-CoV-2 infiziert ist oder in direktem Kontakt zu einer Person zum Zeitpunkt der Infektion stand. Damit ist die Maßnahme nicht willkürlich, da diese einen fest definierten Personenkreis betrifft. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot kommt auch nicht in Betracht, da diese Maßnahmen alle Personen betreffen, welche sich mit dem Virus infiziert haben oder direkten Kontakt mit Infizierten hatten, unabhängig von Diskriminierungsmerkmalen. Darüber hinaus steht sie auch im Zusammenhang mit der Notstandssituation, da gerade diese

114 Insbesondere mit dem Auftreten der SARS-CoV-2-Variante Omikron; *Fremuth/Sauer Moser* (Fn. 113), S. 163.

115 *König* (Fn. 11), Art. 5 Rn. 9; *Rainer Hofmann/Nicki Boldt*, Internationaler Bürgerrechtspakt, Art. 9 Rn. 1 ff.

116 Diese ist in Art. 2 ZP Nr. 4 geregelt; *König* (Fn. 11), Art. 5 Rn. 10; *Fremuth/Sauer Moser* (Fn. 113), S. 164.

117 So beispielsweise Deutschland: Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021, BGBl I, S. 802; Frankreich: Décret n° 2021-217 vom 25. Februar 2021, abrufbar unter: [www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043185125](http://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043185125) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

118 So zum Beispiel in Deutschland: Aufenthalt außerhalb der Wohnung von 5 bis 22 Uhr, Versorgung von Tieren, Individualsport außerhalb von Sportanlagen, § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. a–g IfSG i. d. F. v. 4. Mai 2021.

119 *Lebret* (Fn. 16), S. 7.

120 *Schuster* (Fn. 11), Art. 9 Rn. 22.

121 *Ebd.*, Art. 9 Rn. 95.

122 *Fremuth/Sauer Moser* (Fn. 113), S. 164 f.

123 *Ebd.*, S. 165.

durch hohe Infektionszahlen durch SARS-CoV-2 zustande kam und die Maßnahme zu Reduzierungen von Ansteckungen führen soll.

## 2. Versammlungsfreiheit, Art. 11 EMRK/ Art. 21 IPbPR

Ein weiteres in Frage kommendes Recht ist die Versammlungsfreiheit, welche in Art. 11 EMRK/Art. 21 IPbPR geregelt ist. In der Schweiz galt ein generelles Ansammlungsverbot von mehr als 5 Personen vom 20. März 2020 bis zum 27. Mai 2020.<sup>124</sup> Auch in Deutschland entflammte die Debatte an den sogenannten „Querdenker“-Demonstrationen,<sup>125</sup> ob eine Veranstaltung im Vorhinein untersagt werden kann, wenn zu befürchten ist, dass die Teilnehmenden sich nicht an die vorgeschriebenen Hygieneauflagen halten werden.<sup>126</sup> Den Begriff der Versammlungsfreiheit im Sinne der EMRK hat der EGMR noch nicht definiert. Eine Versammlung ist zumindest eine Veranstaltung Privater, die durch eine gemeinschaftliche, auf Kommunikation angelegte Entfaltung mehrerer Personen gekennzeichnet ist.<sup>127</sup> Dabei müssen die Versammlungsteilnehmer:innen an eben jener grundsätzlich teilnehmen können, ohne Intervention von staatlichen Stellen.<sup>128</sup> Eingriffe in die Versammlungsfreiheit sind gerechtfertigt, soweit sie einer gesetzlichen Grundlage entspringen, einen legitimen Zweck verfolgen und notwendig

sind.<sup>129</sup> Ein solcher legitimer Zweck könnte im Art. 15 Abs. 2 EMRK „zum Schutz der Gesundheit“ liegen.<sup>130</sup> Solche Einschränkungen der Versammlungsfreiheit müssen jedoch auch verhältnismäßig sein.<sup>131</sup> Generelle Versammlungsverbote dürfen nur *Ultima Ratio* sein. Im vergangenen Jahr waren die Auswirkungen, Verbreitungsrate und die generellen Gefahren von SARS-CoV-2 weitgehend unerforscht. An dieser Stelle war ein generelles Verbot aufgrund der Unbekanntheit der Situation durchaus angemessen.<sup>132</sup> Nun wurden SARS-CoV-2 und seine Risiken erforscht und die Gefahren können beziffert werden.<sup>133</sup> Wenngleich die Situation immer noch gefährlich bleibt, sind mit mehr wissenschaftlichen Erkenntnissen auch höhere Anforderungen an ein generelles Versammlungsverbot zu stellen, denn soweit mildere Mittel möglich sind, ist dieser Eingriff unverhältnismäßig.<sup>134</sup> Der EGMR befand das Ansammlungsverbot in der Schweiz für unverhältnismäßig, trotz der anfänglichen Unklarheit über die Gefährlichkeit des Virus.<sup>135</sup> Mildere Mittel zum Schutz der Gesundheit könnten zum Beispiel – auch kumulativ – eine begrenzte Teilnehmer:innenzahl, eine Maskenpflicht als auch ein Abstandsgebot sein.<sup>136</sup> Ein generelles Verbot in der jetzigen Situation wäre unverhältnismäßig.<sup>137</sup> Würden steigende Infektionszahlen auf Versammlung-

124 Art. 7 lit. c., Verordnung 2 über Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (Stand: 21. März 2020), abrufbar unter: [www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2020/141/20200321/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2020-141-20200321-de-pdf-a.pdf](http://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2020/141/20200321/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2020-141-20200321-de-pdf-a.pdf) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

125 Anne Höhn, Verbot von Corona-Demo: „Jetzt erst recht“, Deutsche Welle vom 27. August 2020, abrufbar unter: [www.dw.com/de/verbot-von-corona-demo-jetzt-erst-recht/a-54718825](http://www.dw.com/de/verbot-von-corona-demo-jetzt-erst-recht/a-54718825) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

126 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020 – 1 BvQ 37/20, Rn. 13 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, 29. August 2020, OVG 1 S 102/20.

127 Bröhmer (Fn. 15), Kap. 19 Rn. 23.

128 Ebd., Rn. 33.

129 Felix Arndt/Anja Engels, (Fn. 23), Art. 11 Rn. 12, Rn. 14; Schabas (Fn. 27), Art. 21 Rn. 25 f.

130 Art. 21 IPbPR: “[...] the protection of public health [...]”.

131 Bröhmer (Fn. 15), Kap. 19 Rn. 77.

132 Fremuth/Sauer Moser (Fn. 113), S. 165; Horst Meier, Über die Versammlungsfreiheit in der Corona-Krise – eine Zwischenbilanz, in: Recht und Politik. Beihefte 2021, S. 76–79 (76 f.).

133 Zum Beispiel der R-Wert.

134 EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./ Schweiz* (21881/20), Urteil vom 15. März 2022, Rn. 87.

135 Ebd., Rn. 84 ff.

136 Fremuth/Sauer Moser (Fn. 113), S. 166; Meier (Fn. 132), S. 77 f.

137 Der EGMR stellte fest, dass ein in der Schweiz geltendes, generelles Versammlungsverbot von März bis Mai 2020, unverhältnismäßig war. EGMR, *CGAS ./ Schweiz* (Fn. 134), Rn. 84 ff.

gen zurückzuführen sein, so könnte diese in einem begrenzten Zeitraum wieder ausgesetzt werden. Dies zeigt, dass eine Derogation nicht nötig ist, da die Schrankenregelungen in Art. 11 Abs. 2 EMRK, Art. 21 IPbPR ausreichend erscheinen, um einen Ausgleich zwischen Pandemiebekämpfung und Versammlungsfreiheit zu gewährleisten.<sup>138</sup>

Vorausgesetzt, dass von EMRK/IPbPR derogiert, sowie die oben beschriebenen Maßnahmen getroffen wurden, nimmt der EGMR in einem weiteren Schritt eine Abwägung der betroffenen Rechte, der Gründe, welche zur Notstandssituation geführt haben als auch deren Dauer vor. Während auf der einen Seite das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 EMRK/Art. 6 IPbPR) steht, stehen diesem eine Vielzahl von Menschenrechten gegenüber. Im Kern geht es um die Frage, wie viel Infektionsschutz in den Schutz der Menschenrechte eingreifen darf. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit entspringt einer grundlegenden Werteordnung eines demokratischen Rechtsstaates. Es ist ein angeborenes Recht, welches gesetzlich geschützt ist.<sup>139</sup> Darüber hinaus zeigt sich auch die herausgehobene Bedeutung dieses Rechts darin, dass von ihm nicht derogiert werden kann.<sup>140</sup> Geschützt wird das Leben unabhängig von Alter oder Krankheit.<sup>141</sup> Schon das besondere Gewicht des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit zeigt abstrakt, dass für den Schutz der Rechtsgüter umfangreiche Maßnahmen zulässig sein müssen.<sup>142</sup> Demgegenüber stehen die Freiheits- und Partizipations-

rechte, wie das Recht auf Freiheit und die Versammlungsfreiheit, welche für ein demokratisches Gemeinwesen ebenfalls hohen Stellenwert haben. Mit Hinblick auf die Derogationsmöglichkeiten lässt sich festhalten, dass eine Derogation vom Recht auf Freiheit nur die Frist der richterlichen Kontrolle beeinflussen kann. Also nur gering ins Gewicht fällt im Vergleich zum Recht auf Leben. Gleiches dürfte wohl auch für das Recht der Versammlungsfreiheit gelten. Jedoch darf eine Einschränkung nur insoweit erfolgen, wie es eine erfolgreiche Pandemiebekämpfung erfordert.<sup>143</sup> Ausschlaggebende Kriterien für eine Neubewertung dieser Abwägung dürften wohl die aktuellen Maßnahmen und ihre Wirkung auf das Infektionsgeschehen, neue Virusvarianten als auch die Dauer der Derogation sein. Die Beeinträchtigung der Menschenrechte muss stetig überprüft werden, insbesondere in Anbetracht einer steigenden Anzahl von geimpften Personen und weiteren wissenschaftlichen Erkenntnissen zur Übertragung.<sup>144</sup>

## VI. Fazit

Die Konventionen erlauben es den Vertragsstaaten in Art. 15 EMRK und Art. 4 IPbPR in außergewöhnlichen Notlagen von bestimmten Menschenrechten abzuweichen. Damit wird der Menschenrechtsstandard erhöht, weil den Staaten damit ein Handlungsspielraum eröffnet wird und dieser gleichzeitig zeitlich begrenzt wird. Den Staaten steht bei der Beurteilung, ob es sich bei der konkreten Situation um eine Notstandslage handelt, ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Die daraus resultierenden Maßnahmen müssen jedoch unbedingt erforderlich sein und in einem engen Zusammenhang zum Notstand stehen. Sie dürfen nicht willkürlich oder diskriminierend sein. Die unbedingte Erforderlichkeit wird von

138 Fremuth/Sauermoser (Fn. 113), S. 166.

139 Art. 6 IPbPR: "Every human being has the inherent right to life."

140 Schübel-Pfister (Fn. 23), Art. 2 Rn. 1.

141 Andreas von Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl., 2019, § 9 Rn. 668.

142 Michael Lysander Fremuth, Die Bekämpfung des Coronavirus – Menschenrechtliche Grundlagen und Grenzen, Stellungnahme des Boltzmann Instituts für Menschenrechte, 28. März 2020, S. 1–35 (23) abrufbar unter: [bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/attachments/bim\\_fremuth\\_bekämpfung\\_des\\_coronavirus\\_und\\_menschenrechte-final.pdf](https://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/attachments/bim_fremuth_bekämpfung_des_coronavirus_und_menschenrechte-final.pdf) (zuletzt besucht am 9. August 2022).

143 Mario Martini/Bianca Thiessen/Jonas Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Coronapandemie, in: Neue Juristische Online Zeitung 2020, S. 929–935 (935).

144 Ebd., S. 935.

den Kontrollorganen der Konventionen geprüft. Darüber hinaus kann von bestimmten Menschenrechten, welche abschließend in Art. 15 Abs. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 2 IPbPR aufgelistet sind, nicht derogiert werden. Die Staaten müssen den Generalsekretär:innen des Europarates bzw. der UN ihre Entscheidungen über den Notstand, die getroffenen Maßnahmen, die beeinträchtigten Menschenrechte und über das Ende der Maßnahmen notifizieren. Außerdem müssen sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen bei einer Derogation eingehalten werden.

Mit Blick auf die aktuelle Situation der Corona-Pandemie zeigt sich, dass die Staaten einen Notstand aufgrund ihrer weiten Ein-

schätzungsmöglichkeiten ausrufen können. Jedoch sind unter den allgemeinen Schranken der einzelnen Konventionsrechte schon weitreichende Maßnahmen möglich, sofern es sich um Maßnahmen zum Schutze der Gesundheit handelt. Der MRA betont, dass nur von Rechten derogiert werden sollte, soweit der bestehende Rechtfertigungsrahmen nicht mehr ausreichend ist.<sup>145</sup> Bei den getroffenen Maßnahmen muss eine rechtliche Grundlage gegeben sein und sie müssen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Derogiert ein Vertragsstaat aufgrund der Bekämpfung der Corona-Pandemie, ermöglicht die Derogation nur einen weiteren Rechtfertigungsrahmen für getroffene Maßnahmen.

---

145 MRA (Fn. 59), Rn. 2 lit. (c); OCHR (Fn. 59); MRA, Abschließende Bemerkungen, UN-Dok. CCPR/C/DEU/CO/7, Rn. 37; MRA, Abschließende Bemerkungen, UN-Dok. CCPR/C/UKR/CO/8, Rn. 39 ff.