Haft dem Recht zum Trotz

Feindstrafrecht in der Türkei im Lichte der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den Fällen Osman Kavala und Can Atalay

Prof. Dr. Murat Volkan Dülger*

(20. November 2026)

Zusammenfassung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seinem Urteil *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye* vom 17. November 2026 festgestellt, dass Can Atalay, der trotz seiner Wahl zum Abgeordneten für Hatay und trotz zweier Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die Rechtsverletzungen feststellten, weiterhin in Haft gehalten wird, in seinem Recht auf Freiheit, in seinem Recht auf wirksame gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit seiner Haft und in seinem Recht, gewählt zu werden, verletzt ist; die Haft diene dazu, den Beschwerdeführer zum Schweigen zu bringen und den Pluralismus zu unterdrücken. Es handelt sich um das vierte Straßburger Urteil zu demselben Verfahren. *Kavala v. Turkey* (2019) betraf die erste Untersuchungshaft, das Vertragsverletzungsverfahren *Kavala v. Türkiye* [GK] (2022) die Nichtbefolgung dieses Urteils, *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*) [GK] (2026) die Verurteilung selbst und *Şerafettin Can Atalay* die Fortdauer der Haft nach der Wahl sowie die Missachtung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts. Der Beitrag liest die vier Urteile als Stationen eines einzigen Verfahrens und würdigt die darin festgestellten Praktiken auch im Lichte der Theorie des Feindstrafrechts von Günther Jakobs. Im Ergebnis dokumentieren die Urteile eine Strafjustiz, in der das Gesetzlichkeitsprinzip gedehnt, die Untersuchungshaft zur Strafe, die richterliche Unabhängigkeit durch Disziplinardrohungen geschwächt, das Strafverfahren zum Mittel des Mundtotmachens und die Nichtbefolgung gerichtlicher Entscheidungen, innerstaatlicher wie internationaler, zur Normalität geworden ist. Diese Praktiken tragen sämtliche Merkmale des Feindstrafrechts, gehen aber zugleich über Jakobs' Modell hinaus. Die Grenzen, die Jakobs selbst dem Feindstrafrecht gezogen hat, nämlich dass der Feind keine politische Kategorie ist, dass die Maßnahmen gesetzlich bestimmt sein müssen, dass ein rechtsstaatliches Mindestverfahren gewährleistet bleibt, dass der Weg zurück offengehalten wird und dass das Feindstrafrecht offen als solches benannt wird, sind in diesem Verfahren eine nach der anderen überschritten worden; selbst Richter, die dem „Feind" Rechte zuerkannten, gerieten ins Visier. Was sich zeigt, ist kein Feindstrafrecht, wie Jakobs es beabsichtigt oder beschrieben hat, sondern ein Ausnahmezustand, in dem die Regel selbst suspendiert ist. Da Atalay wegen Beihilfe zu der Kavala zugerechneten Tat verurteilt wurde, folgt schließlich

*İstanbul Aydın Universität, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, https://orcid.org/0000-0003-4034-5436, volkan.dulger@dulger.av.tr. Deutsche Fassung des türkischen Beitrags des Verfassers „Hukuka Rağmen Hapis: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Osman Kavala ve Can Atalay Kararları Işığında Türkiye'de Düşman Ceza Hukuku" (20. November 2026).

aus dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät, dass das Urteil der Großen Kammer, das Kavalas Verurteilung konventionsrechtlich als wirkungslos ansieht, auch Atalays Verurteilung die Grundlage entzieht.

Einleitung

Wenn in einem Land die Wähler einen Menschen zum Abgeordneten wählen, das Verfassungsgericht zweimal entscheidet, dass er freizulassen ist, und er dennoch das Gefängnis nicht verlassen kann, dann kann man nicht mehr von einem Strafverfahren sprechen, sondern nur noch von einer Haft, die mit den Mitteln der Justiz aufrechterhalten wird. Genau dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem am 17. November 2026 verkündeten Urteil *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye* festgestellt.[1]

Für sich allein gelesen, wird dieses Urteil jedoch nur unvollständig gelesen. Can Atalay wurde in derselben Anklageschrift wie Osman Kavala angeklagt und wegen Beihilfe zu der Tat verurteilt, die Kavala als Täter begangen haben soll. Der EGMR hat zu diesem Verfahren innerhalb von sieben Jahren vier Urteile erlassen. *Kavala v. Turkey* (2019) stellte fest, dass es der ersten Inhaftierung an einem hinreichenden Verdacht fehlte und dass sie darauf abzielte, den Beschwerdeführer zum Schweigen zu bringen.[2] Im Vertragsverletzungsverfahren *Kavala v. Türkiye* [GK] (2022) entschied der Gerichtshof, dass die Türkei dieses Urteil nicht befolgt hatte.[3] *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*) [GK] (2026) erklärte die Verurteilung selbst für konventionswidrig.[4] *Şerafettin Can Atalay* (2026) untersuchte schließlich, wie ein Abgeordneter auf der Grundlage derselben Verurteilung entgegen den Entscheidungen des Verfassungsgerichts (TVerfG) in Haft gehalten wird.

Diese vier Urteile erfassen sämtliche Stationen eines einzigen Strafverfahrens, vom Tatverdacht bis zur Vollstreckung. Der Beitrag stellt zunächst den Verfahrensgang dar und erörtert sodann die Urteile in ihrer zeitlichen Abfolge. Anschließend wird das Bild gewürdigt, das sich bei einer gemeinsamen Lektüre der Urteile ergibt, und es wird gefragt, was dieses Bild über die türkische Strafjustiz aussagt und was es im Hinblick auf die Theorie des Feindstrafrechts bedeutet.

I. Von Gezi nach Straßburg: Chronologie des Verfahrens

A. Wie aus einem Protest ein „Versuch des Umsturzes der Regierung" wurde

Can Atalay ist Rechtsanwalt und Menschenrechtsverteidiger. Während der Proteste, die im Mai 2013 gegen den Bau der Artilleriekaserne (*Topçu Kışlası*) im Gezi-Park im Rahmen des Taksim-Fußgängerzonenprojekts begannen, war er Mitglied und Rechtsberater der Taksim-Solidarität, eines Zusammenschlusses zahlreicher Vereine, Gewerkschaften, Berufsorganisationen und politischer Parteien. Osman Kavala ist ein Geschäftsmann, der an der Gründung zahlreicher zivilgesellschaftlicher Organisationen in den Bereichen Menschenrechte, Kultur und Umwelt mitgewirkt hat. Kavala ist seit dem 18. Oktober 2017 seiner Freiheit beraubt. Rund sechs Jahre nach den Ereignissen, am 19. Februar 2019, wurde gegen sechzehn Personen, darunter

[1] EGMR, *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, Nr. 11503/24, 17.11.2026. Das Urteil wurde von der Zweiten Sektion erlassen und wird nach Maßgabe von Art. 44 Abs. 2 der Konvention endgültig.

[2] EGMR, *Kavala v. Turkey*, Nr. 28749/18, 10.12.2019.

[3] EGMR, *Proceedings under Article 46 § 4 in the case of Kavala v. Türkiye* [GK], Nr. 28749/18, 11.7.2022.

[4] EGMR, *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*) [GK], Nr. 2170/24, 25.8.2026.

Atalay und Kavala, Anklage erhoben. Nach der Anklageschrift hatten die Angeklagten die Gezi-Ereignisse im Voraus geplant und mit dem Ziel gehandelt, das Land ins Chaos zu stürzen und die Regierung zu stürzen. Die Atalay vorgeworfenen Handlungen bestanden größtenteils aus Telefongesprächen, Reden bei den Protesten und Beiträgen in sozialen Medien zu verwaltungsgerichtlichen Klagen auf Aufhebung von Bebauungsplänen.[5]

Am 10. Dezember 2019 entschied der EGMR, dass Kavalas Haft konventionswidrig sei und er unverzüglich freizulassen sei.[6] Das 30. Schwurgericht Istanbul sprach Kavala am 18. Februar 2020 vom Vorwurf im Zusammenhang mit den Gezi-Ereignissen frei. Noch am selben Tag wurde er jedoch im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen des Putschversuchs erneut festgenommen und am folgenden Tag in Untersuchungshaft genommen. Ebenfalls am selben Tag leitete der Rat der Richter und Staatsanwälte (HSK) eine Untersuchung gegen die drei Richter ein, die den Freispruch gefällt hatten.[7] Der Freispruch wurde im Januar 2021 im Berufungsverfahren aufgehoben und die Sache an das 13. Schwurgericht Istanbul verwiesen. Dieses verurteilte Kavala am 25. April 2022 nach Art. 312 des türkischen Strafgesetzbuchs (tStGB) zu erschwerter lebenslanger Freiheitsstrafe; Atalay wurde wegen Beihilfe zu dieser Kavala zugerechneten Tat (Art. 39 tStGB) zu achtzehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt und in Haft genommen. Im Berufungsverfahren wurde die Fortdauer der Haft mit der Schwere der Strafe und damit begründet, dass die Tat zu den Katalogtaten gehöre, die von Gesetzes wegen einen Haftgrund darstellen.[8]

Der Kassationshof bestätigte die Verurteilung am 28. September 2023. Ein Detail dieser Entscheidung ist für den Strafrechtler äußerst lehrreich. Nach Auffassung des Kassationshofs stellten Atalays Handlungen in Wahrheit keine Beihilfe dar, sondern den Versuch des Umsturzes der Regierung selbst. Da jedoch kein Rechtsmittel gegen die rechtliche Einordnung der Tat eingelegt worden sei, wurde das Urteil aus diesem Grund nicht aufgehoben, sondern bestätigt.[9] Dieselben Handlungen konnten also in derselben Akte nach Auffassung des einen Gerichts Beihilfe, nach Auffassung des anderen Täterschaft begründen. Ist die rechtliche Einordnung eines Urteils, das einen Menschen achtzehn Jahre im Gefängnis hält, derart fließend, so muss man fragen, welche Garantie das Gesetzlichkeitsprinzip hier noch bietet.

B. Wahl, Immunität und zwei Höchstgerichte

Während des Revisionsverfahrens wurde Can Atalay bei den Wahlen vom 14. Mai 2023 für die Arbeiterpartei der Türkei (TİP) zum Abgeordneten für Hatay gewählt. Nach Art. 83 Abs. 2 der Verfassung darf ein Abgeordneter, dem vorgeworfen wird, vor oder nach der Wahl eine Straftat begangen zu haben, ohne Beschluss der Nationalversammlung weder festgenommen, vernommen, verhaftet noch vor Gericht gestellt werden. Ausgenommen sind die Fälle der Betretung auf frischer Tat bei einer mit schwerer Strafe bedrohten Straftat sowie die Fälle des Art. 14 der Verfassung, sofern die Ermittlungen vor der Wahl eingeleitet wurden. Art. 83 Abs. 3 schiebt die Vollstreckung einer vor oder nach der Wahl verhängten Strafe bis zum Ende der

[5] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 5-7.
[6] *Kavala v. Turkey*, §§ 157, 232, 240.
[7] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 32, 208.
[8] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 8-10.
[9] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 22.

Mitgliedschaft auf.[10]

Seit seinen Entscheidungen *Ömer Faruk Gergerlioğlu* und *Leyla Güven* geht das Verfassungsgericht davon aus, dass weder die Verfassung noch ein Gesetz bestimmt, welche Straftaten unter Art. 14 fallen, und dass diese Ausnahme deshalb einer klaren und vorhersehbaren Rechtsgrundlage entbehrt.[11] Auch die Vereinigten Strafsenate des Kassationshofs haben in ihrer Entscheidung vom 26. Oktober 2022 ausdrücklich anerkannt, dass die Entscheidungen des Verfassungsgerichts im Individualbeschwerdeverfahren bindend sind und dass der Anwendungsbereich des Art. 14 nach Maßgabe dieser Entscheidungen zu bestimmen ist.[12] Wichtiger noch: Der 3. Strafsenat des Kassationshofs hatte denselben Grundsatz in seiner Entscheidung vom 4. April 2023, nur drei Monate vor der Zurückweisung von Atalays Antrag, selbst angewandt.[13]

Gleichwohl wies derselbe Senat am 13. Juli 2023 Atalays Antrag auf Freilassung und auf Einstellung des Verfahrens zurück und befand, die Tat nach Art. 312 falle unter Art. 14. Das Plenum des Verfassungsgerichts stellte am 25. Oktober 2023 in der Entscheidung *Şerafettin Can Atalay (2)* eine Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers auf Freiheit und Sicherheit sowie seines Rechts, gewählt zu werden und sich politisch zu betätigen, fest und ordnete die Wiederaufnahme des Verfahrens, die Aussetzung der Vollstreckung, die Freilassung und das Ruhen des Verfahrens an.[14]

Was folgte, ist eine Kette von Ereignissen ohne Beispiel in der türkischen Justizgeschichte. Der 3. Strafsenat des Kassationshofs beschloss am 8. November 2023, der Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht Folge zu leisten, seine Entscheidung der Nationalversammlung zu übermitteln und gegen die Verfassungsrichter, die für eine Verletzung gestimmt hatten, Strafanzeige zu erstatten; zwei Tage später warf er dem Verfassungsgericht in einer Presseerklärung vor, sich wie ein „Superrevisionsgericht" zu verhalten und die Rechtsordnung ins Chaos zu stürzen. Das Verfassungsgericht stellte die Verletzungen am 21. Dezember 2023 in der Entscheidung *Şerafettin Can Atalay (3)* erneut fest und fügte eine Verletzung des Rechts

[10] Die parlamentarische Immunität ist eine Prozessvoraussetzung. In den in Art. 83 der Verfassung genannten Fällen muss das Gericht daher nach Art. 223 Abs. 8 tStPO das Ruhen des Verfahrens anordnen oder das Ende des Mandats bzw. die Aufhebung der Immunität abwarten. Vgl. **Murat Volkan Dülger/Şaban Cankat Taşkın**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2026, S. 341. Auch im deutschen Recht gilt die Immunität als persönliches Verfahrenshindernis, und es ist anerkannt, dass der freiheitsentziehende Teil eines Urteils selbst nach Eintritt der Rechtskraft nicht vollstreckt werden kann, solange die Immunität fortbesteht. Vgl. **Markus Mavany**, LR StPO, Band 5, Teilband 1, 27. Aufl., Jörg-Peter Becker/Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalmann-Scheerer/Hans Hilger/Alexander Ignor (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2020, § 152a, Rn. 55-56.

[11] TVerfG [Plenum], *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, Nr. 2019/10634, 1.7.2021; TVerfG [Plenum], *Leyla Güven*, Nr. 2018/26689, 7.4.2022.

[12] Kassationshof, Vereinigte Strafsenate, 26.10.2022, E. 2020/16-462, K. 2022/671. Im gleichen Sinne zur Pflicht, die Entscheidungen des Verfassungsgerichts im laufenden Verfahren zu berücksichtigen, vgl. Kassationshof, 2. Zivilsenat, 22.12.2016, E. 2016/19574, K. 2016/16369.

[13] Kassationshof, 3. Strafsenat, 4.4.2023, E. 2023/3102, K. 2023/1966. Zwar gibt das EGMR-Urteil die Entscheidungsnummer mit „2023/966" an, im Entscheidungssuchsystem des Kassationshofs lautet sie jedoch 2023/1966. Zu früheren gleichlautenden Entscheidungen des Senats vgl. Kassationshof, 3. Strafsenat, 4.11.2021, E. 2021/7929, K. 2021/9940; 11.10.2022, E. 2022/7608, K. 2022/6526; 22.11.2022, E. 2022/1232, K. 2022/8359. Vgl. ferner *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 60-63, 162.

[14] TVerfG [Plenum], *Şerafettin Can Atalay (2)*, Nr. 2023/53898, 25.10.2023. Die Entscheidung liegt hinsichtlich der parlamentarischen Immunität auf der Linie der früheren Rechtsprechung des Verfassungsgerichts. Vgl. TVerfG [Plenum], *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, Nr. 2018/30030, 17.9.2020. Zwar gibt das EGMR-Urteil die Beschwerdenummer dieser Entscheidung mit „2018/20030" an, in der Entscheidungsdatenbank des Verfassungsgerichts lautet sie jedoch 2018/30030.

auf Individualbeschwerde hinzu.[15] Der Kassationshof leistete am 3. Januar 2024 auch dieser Entscheidung nicht Folge. Mit der Verlesung seiner Entscheidung im Plenum der Großen Nationalversammlung am 30. Januar 2024 wurde Atalays Mandat für erloschen erklärt. Das Verfassungsgericht stellte in seiner Entscheidung vom 22. Februar 2024 fest, dass nach seiner Feststellung der Rechtsverletzung kein rechtskräftiges Urteil mehr bestehe, dass es sich bei dem verlesenen Schriftstück um die Entscheidung des Kassationshofs handle, der Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht Folge zu leisten, dass dies im türkischen Recht keinerlei Grundlage habe und dass die entstandene Lage keine rechtliche (*de jure*), sondern eine tatsächliche (*de facto*) sei.[16]

Während diese Entscheidungen ergingen, wurden auf der höchsten Ebene der politischen Macht Erklärungen abgegeben, die den Kassationshof unterstützten und das Verfassungsgericht ins Visier nahmen. Der Staatspräsident verteidigte die Haltung des Kassationshofs und warf der Opposition im Januar 2024 vor, sie wolle einen zu achtzehn Jahren verurteilten „Terroristen" retten, indem sie einen Tunnel vom Gefängnis ins Parlament grabe. Der Chefberater des Staatspräsidenten und stellvertretende Vorsitzende des Rates für Rechtspolitik bezeichnete die Entscheidung des Kassationshofs ebenfalls als zutreffend, nannte dessen Mut unbestreitbar und sah darin einen Lackmustest dafür, wer an der Seite der nationalen Justiz stehe.[17]

II. Vier Urteile, ein Verfahren

A. Kavala v. Turkey (*2019*)*: Haft ohne Verdacht*

Das erste Urteil betrifft den Beginn des Verfahrens. Der EGMR stellte fest, dass Kavalas Inhaftierung und die Fortdauer seiner Haft nicht durch einen auf einer objektiven Würdigung der Handlungen beruhenden hinreichenden Verdacht gerechtfertigt werden konnten. Die Maßnahmen stützten sich nicht nur auf Tatsachen, die nach innerstaatlichem Recht nicht als strafbar angesehen werden konnten, sondern weitgehend auf Tatsachen, die die Ausübung konventionsrechtlich geschützter Rechte betrafen. Schon dass solche Handlungen in der Anklageschrift als Tatbestandsmerkmale angeführt wurden, schwächte nach Auffassung des Gerichtshofs die Plausibilität des Verdachts.[18]

Der EGMR stellte außerdem eine Verletzung von Art. 18 der Konvention fest. Der eigentliche Zweck der Maßnahmen bestand darin, Kavala zum Schweigen zu bringen, und die erhobenen Vorwürfe waren geeignet, eine abschreckende Wirkung auf die Arbeit von Menschenrechtsverteidigern zu entfalten.[19] Der Gerichtshof forderte die Regierung deshalb

[15] TVerfG [Plenum], *Şerafettin Can Atalay* (*3*), Nr. 2023/99744, 21.12.2023.

[16] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 32-49.

[17] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 50-52. Die Äußerungen werden nach der englischen Wiedergabe im EGMR-Urteil zitiert.

[18] *Kavala v. Turkey*, § 157. Ein hinreichender Verdacht setzt Tatsachen oder Informationen voraus, die einen objektiven Beobachter davon überzeugen würden, dass die betreffende Person die Tat begangen haben könnte. Vgl. **William A. Schabas**, The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, S. 238.

[19] *Kavala v. Turkey*, § 232. Zu den allgemeinen Grundsätzen der Anwendung von Art. 18 der Konvention vgl. EGMR, *Merabishvili v. Georgia* [GK], Nr. 72508/13, 28.11.2017, §§ 287-317. In Bezug auf die Türkei im gleichen Sinne EGMR, *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (*No. 2*) [GK], Nr. 14305/17, 22.12.2020, §§ 436-437. Dazu, dass Art. 18 eine verdeckte Umgehung der Konventionspflichten verhindern soll und bei seiner Anwendung der unmittelbare Zusammenhang zwischen Menschenrechtsschutz und Demokratie zu beachten ist, vgl. **İlyas Doğan**, „Hakkın Sınırlanmasının Sınırı", in: İlyas Doğan (Hrsg.), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2. Aufl., Astana Yayınları, Ankara, 2021, S. 339, 341; **Schabas**, ECHR Commentary, S. 627. Dazu, dass Art. 18 vor Machtmissbrauch und Verletzungen von

auf, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Kavalas Haft zu beenden und seine unverzügliche Freilassung sicherzustellen.[20]

B. Kavala v. Türkiye [*GK*] (*2022*)*: Ein nicht befolgtes Urteil*

Kavala wurde nicht freigelassen. Das Ministerkomitee des Europarats leitete im Februar 2022 das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 46 Abs. 4 der Konvention ein und legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob die Türkei dem Urteil nachgekommen sei. Die Große Kammer stellte am 11. Juli 2022 fest, dass die von der Türkei ergriffenen Maßnahmen nicht den Schluss erlaubten, der Staat habe nach Treu und Glauben und im Einklang mit den Schlussfolgerungen und dem Geist des Urteils gehandelt, und dass die Türkei ihrer Pflicht zur Befolgung des Urteils nicht nachgekommen sei.[21] Bei der Prüfung von Treu und Glauben berücksichtigte die Große Kammer ausdrücklich auch die Untersuchung des HSK gegen die Richter, die den Freispruch gefällt hatten.[22] Sie hob zudem hervor, dass sich die Verurteilung auf Tatsachen im Zusammenhang mit den Gezi-Ereignissen stützte, hinsichtlich derer das Urteil von 2019 das offensichtliche Fehlen eines hinreichenden Verdachts festgestellt hatte.[23]

C. Kavala v. Türkiye (No. 2) [*GK*] (*2026*)*: Eine wirkungslose Verurteilung*

Das dritte Urteil betrifft die Verurteilung selbst. Die Große Kammer stellte fest, dass Art. 312 tStGB im Zusammenhang mit den Gezi-Ereignissen in unvorhersehbarer Weise ausgedehnt worden war, so dass der Eingriff nicht als „gesetzlich vorgesehen" gelten konnte,[24] dass das Verfahren schwere Mängel aufwies, die den Wesensgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren beeinträchtigten,[25] und dass die Haft nach der Verurteilung rechtswidrig war, weil sie auf einem Urteil beruhte, das infolge einer offenkundigen Rechtsverweigerung ergangen war.[26] Der überwiegende Zweck all dieser Maßnahmen bestand darin, Kavala wegen seiner Rolle bei den Gezi-Demonstrationen und wegen der Ansichten, die er als Menschenrechtsverteidiger geäußert hatte, zu bestrafen und zum Schweigen zu bringen.[27] Die erschwerte lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der bedingten Entlassung verletzt zudem Art. 3 der Konvention.[28]

Im Hinblick auf individuelle Maßnahmen verlangte die Große Kammer, Kavala so bald

---

Treu und Glauben schützt, dass im Fall *Gusinskiy v. Russia*, in dem Strafverfahren und Haft als Druckmittel in einem geschäftlichen Handel eingesetzt wurden, eine Verletzung von Art. 5 in Verbindung mit Art. 18 festgestellt wurde, und dass der Nachweis der Bösgläubigkeit das größte Hindernis solcher Beschwerden ist, vgl. **David Harris**/**Michael O'Boyle**/**Ed Bates**/**Carla Buckley**, Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford, 2009, S. 652-653.

[20] *Kavala v. Turkey*, § 240.

[21] *Kavala v. Türkiye* [GK] (Art. 46 Abs. 4), §§ 173-174. Zu der Entscheidung, in der dieses Verfahren im Konventionssystem erstmals eingeleitet wurde, vgl. EGMR, *Proceedings under Article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* [GK], Nr. 15172/13, 29.5.2019. Dazu, dass dieses Verfahren vom Ministerkomitee nur in Ausnahmefällen eingeleitet werden soll, vgl. **Schabas**, ECHR Commentary, S. 865-866. Dazu, dass das Konventionssystem keine unmittelbare Sanktion gegen einen Staat kennt, der Urteile nicht befolgt, und dass die Anwendung der in der Satzung des Europarats vorgesehenen Suspendierung und des Ausschlusses sehr fernliegt, vgl. **Harris**/**O'Boyle**/**Bates**/**Buckley**, ECHR, (2), S. 883.

[22] *Kavala v. Türkiye* [GK] (Art. 46 Abs. 4), § 168.

[23] *Kavala v. Türkiye* [GK] (Art. 46 Abs. 4), § 172.

[24] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 168-171.

[25] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 204-211.

[26] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 246-248.

[27] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), § 279.

[28] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), § 289.

wie möglich freizulassen und die Verurteilung konventionsrechtlich als wirkungslos anzusehen.[29] Im Hinblick auf allgemeine Maßnahmen stellte sie fest, dass Strafverfolgungen und Inhaftierungen von politischen Gegnern, Menschenrechtsverteidigern und Journalisten auf der Grundlage weit ausgelegter oder künstlich aufgeblähter Vorwürfe ein systemisches Problem darstellen.[30]

D. Şerafettin Can Atalay v. Türkiye (*2026*)*: Haft nach der Wahl*

1. Der Prüfungsumfang Das Urteil *Atalay* betrifft nicht die Verurteilung, sondern allein die Fortdauer der Haft nach der Wahl zum Abgeordneten und nach den Entscheidungen des Verfassungsgerichts. Diese Begrenzung beruht auf der eigenen Wahl des Beschwerdeführers. Die Vereinbarkeit der Verurteilung selbst mit der Konvention wurde im Urteil *Kavala* (*No. 2*) geprüft.[31]

2. Rechtswidrige Haft Nach Auffassung des EGMR bedeuten die Feststellungen des Verfassungsgerichts der Sache nach die Anerkennung einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 der Konvention. Das Verfassungsgericht ist die höchste gerichtliche Instanz, die zur verbindlichen Auslegung der verfassungsrechtlichen Garantien der Individualrechte befugt ist. Stellt ein anderes Gericht die einem Verfassungsgericht übertragene Befugnis zu endgültigen und bindenden Entscheidungen in Frage, so ist dies mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit unvereinbar.[32]

Der EGMR stellte ferner fest, dass die Vereinigten Strafsenate des Kassationshofs und der 3. Strafsenat selbst die Bindungswirkung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts zuvor anerkannt hatten, diese Entscheidungen im Fall Atalay aber mit keinem Wort erwähnt wurden. Widersprüchliche Auslegungen derselben Vorschriften durch die Höchstgerichte beeinträchtigen die Vorhersehbarkeit des Rechts. Das Vorbringen der Regierung, „die Verurteilung bleibt wirksam, solange das zuständige Gericht den Wiederaufnahmeantrag nicht zulässt", wies der Gerichtshof als einen Ansatz zurück, der die Entscheidungen des Verfassungsgerichts von der Billigung des zuständigen Gerichts abhängig macht.[33] Nach Auffassung des EGMR ist Atalays Haft ab dem Zeitpunkt seiner Wahl zum Abgeordneten rechtswidrig. Dies gilt sowohl für die Untersuchungshaft vor der Bestätigung durch den Kassationshof als auch für die anschließende Strafhaft. In keinem der beiden Zeiträume kann die Haft im Sinne der Konvention als „rechtmäßig" oder als „auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise" angeordnet gelten.[34]

3. Eine folgenlose Kontrolle Das Verfassungsgericht prüfte die Rechtmäßigkeit der Haft im ersten Verfahren binnen drei Monaten, im zweiten binnen eines Monats, also zügig.

[29] *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*), § 309.
[30] *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*), § 310.
[31] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 76, 78.
[32] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 86, 90-91. Der EGMR hat diesen Grundsatz erstmals in zwei Journalistenfällen entwickelt, in denen die erstinstanzlichen Gerichte den auf Freilassung lautenden Entscheidungen des Verfassungsgerichts nicht Folge geleistet hatten. Vgl. EGMR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Nr. 13237/17, 20.3.2018, § 139; EGMR, *Şahin Alpay v. Turkey*, Nr. 16538/17, 20.3.2018, § 118. Zu den nicht vollzogenen Entscheidungen des Verfassungsgerichts vgl. TVerfG [Plenum], *Mehmet Hasan Altan* (2), Nr. 2016/23672, 11.1.2018; TVerfG [Plenum], *Şahin Alpay* (2), Nr. 2016/16092, 11.1.2018.
[33] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 88-89, 92.
[34] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 95-96.

Das Problem lag nicht in der Qualität der Kontrolle, sondern in ihrem Ergebnis, denn die Freilassungsanordnungen wurden nicht vollzogen. Zum Zeitpunkt des Urteils befand sich der Beschwerdeführer rund drei Jahre nach der ersten Entscheidung des Verfassungsgerichts noch immer in Haft. Eine Kontrolle, die die Freilassung nicht herbeiführen kann, ist nicht die von Art. 5 Abs. 4 der Konvention geforderte Kontrolle.[35] Der EGMR stellte ausdrücklich klar, dass diese Feststellung die allgemeine Wirksamkeit der Individualbeschwerde nicht in Frage stelle. Das Problem liegt nicht beim Verfassungsgericht, sondern bei den Gerichten, die seine Entscheidungen nicht befolgen.[36]

4. Die Missachtung des Wählerwillens Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls gewährleistet neben dem Recht, gewählt zu werden, auch das Recht, nach der Wahl das Mandat als Abgeordneter auszuüben. Dass der Beschwerdeführer seinen Sitz im Parlament nicht einnehmen konnte und sein Mandat unter Berufung auf eine Verurteilung aberkannt wurde, die auf vom Verfassungsgericht für rechtswidrig befundenen Entscheidungen beruhte, ist mit der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar. Dieser Eingriff verletzte nicht nur das Recht des Beschwerdeführers, gewählt zu werden, sondern auch die freie Äußerung der Meinung des Volkes.[37] Dabei schiebt Art. 83 Abs. 3 der Verfassung die Vollstreckung der Strafe eines Abgeordneten selbst bei rechtskräftiger Verurteilung bis zum Ende des Mandats auf.

5. Der eigentliche Zweck: Mundtotmachen Obwohl der EGMR sich bewusst war, dass Bösgläubigkeit nur bei Erreichen einer hohen Beweisschwelle angenommen werden kann, sah er diese Schwelle in einer Gesamtwürdigung der konkreten und kontextuellen Umstände des Falls als überschritten an.[38] Er stützte sich dabei auf folgende Umstände: Der Beschwerdeführer ist Menschenrechtsverteidiger, und in den Kavala-Urteilen war im selben Verfahren bereits eine Verletzung von Art. 18 festgestellt worden; die zweimalige Nichtvollziehung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts ist beispiellos; der 3. Strafsenat des Kassationshofs ist ohne Begründung von den Grundsätzen der Vereinigten Strafsenate und seinen eigenen abgewichen; gegen Verfassungsrichter wurde Strafanzeige erstattet; die Äußerungen des Staatspräsidenten und seines Beraters deckten sich mit der Begründung des Kassationshofs; hinzu kommen die Feststellungen der Venedig-Kommission und der Menschenrechtskommissarin des Europarats zur richterlichen Unabhängigkeit.[39]

Nach Auffassung des Gerichtshofs zeigen diese Umstände in ihrer Gesamtheit, dass die aus

[35] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 116-121. Ein Gericht im Sinne von Art. 5 Abs. 4 der Konvention muss befugt sein, einen für rechtswidrig befundenen Freiheitsentzug zu beenden, also die Freilassung anzuordnen. Eine Stelle, die lediglich Empfehlungen aussprechen kann, ist kein Gericht in diesem Sinne. Vgl. **Schabas**, ECHR Commentary, S. 255. Dazu, dass diese Garantie die Freilassung der rechtswidrig ihrer Freiheit beraubten Person sicherstellen soll, vgl. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, ECHR, (2), S. 184. Auch das Verfassungsgericht erkennt an, dass die Nichtvollziehung seiner Entscheidungen eine Fortdauer der Verletzung bedeutet und zu einer erneuten Verletzung des betreffenden Rechts führt. Vgl. TVerfG, *Aligül Alkaya u.a.* (2), Nr. 2016/12506, 7.11.2019. Zu den allgemeinen Grundsätzen der Beseitigung von Verletzungen vgl. TVerfG [Plenum], *Mehmet Doğan*, Nr. 2014/8875, 7.6.2018.

[36] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 120, 122-123.

[37] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 130-131, 140-143. Im gleichen Sinne dazu, dass die haftbedingte Verhinderung eines gewählten Abgeordneten an der Teilnahme an der Parlamentsarbeit Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls verletzt, vgl. *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, §§ 386, 397.

[38] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 156-158.

[39] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 159-167. Der EGMR hat schon früher in Bezug auf die Türkei anerkannt, dass Äußerungen hochrangiger Amtsträger beim Nachweis eines konventionsfremden Zwecks als kontextuelle Umstände berücksichtigt werden können. Vgl. *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, §§ 436-437; EGMR, *Selahattin Demirtaş v. Türkiye (No. 4)*, Nr. 13609/20, 8.7.2025.

der Weigerung des Kassationshofs, die Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu vollziehen, folgende Haft den Zweck verfolgte, den Beschwerdeführer zum Schweigen zu bringen und den Pluralismus zu unterdrücken, und geeignet war, eine abschreckende Wirkung auf die Arbeit von Menschenrechtsverteidigern zu entfalten.[40] Der EGMR stellte zudem ausdrücklich fest, dass sich die Haltung des Kassationshofs nicht allein mit einer unterschiedlichen Auslegung zwischen zwei Höchstgerichten erklären lasse.[41]

6. Tenor und Sondervotum Der EGMR verlangte von der Türkei, die Haft des Beschwerdeführers zu beenden, ihn unverzüglich freizulassen und ihm die Ausübung seines Abgeordnetenmandats zu ermöglichen; als allgemeine Maßnahme verlangte er, die vollständige Umsetzung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts sicherzustellen.[42] Das Urteil erging hinsichtlich Art. 5 Abs. 4 einstimmig, hinsichtlich der übrigen Verletzungen mit sechs zu einer Stimme. Selbst die für die Türkei gewählte Richterin Saadet Yüksel betonte in ihrem Sondervotum, dass es eine Sache sei, der Auslegung des Verfassungsgerichts nicht zu folgen, eine andere aber, seine Entscheidungen nicht zu vollziehen, und bezeichnete die Nichtvollziehung als offensichtliche und schwere Verletzung des Rechts auf Individualbeschwerde.[43] Es handelt sich um ein Kammerurteil, das nach Maßgabe von Art. 44 Abs. 2 der Konvention endgültig wird.

III. Die vier Urteile in ihrem Zusammenhang

A. Derselbe Zweck, ein wachsendes Ziel

In drei der vier Urteile wurde eine Verletzung von Art. 18 der Konvention festgestellt, und die Begründung war jedes Mal dieselbe: Mundtotmachen. Das Ziel wird jedoch von Urteil zu Urteil größer. 2019 waren es ein Menschenrechtsverteidiger und durch ihn die Zivilgesellschaft.[44] 2026 stellte die Große Kammer fest, dass sich der Zweck des Mundtotmachens über die Haft hinaus auf das gesamte Strafverfahren und die Verurteilung erstreckte.[45] Im Urteil *Atalay* sind es der Wählerwille und der politische Pluralismus.[46]

Wichtiger noch: Die Quelle der Bösgläubigkeit verschiebt sich. In den Kavala-Urteilen wurde der konventionsfremde Zweck im Verhalten der Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden und im Strafurteil gesucht. Im Urteil *Atalay* wird dieser Zweck erstmals unmittelbar an die Entscheidungen eines Höchstgerichts, des Kassationshofs, geknüpft, bindenden Entscheidungen nicht Folge zu leisten. Damit ist auch die oberste Stufe der Strafjustiz Teil dieses Bildes geworden.

B. Nichtbefolgung auf zwei Ebenen

Im Fall Kavala befolgte die Türkei das Urteil des EGMR nicht und sah sich einem in der Geschichte der Konvention nur selten eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren gegenüber. Im Fall Atalay befolgte der Kassationshof die Entscheidungen des Verfassungsgerichts

[40] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 168.
[41] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 164.
[42] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 176-177.
[43] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, teilweise abweichende, teilweise zustimmende Meinung der Richterin Yüksel, §§ 14-15.
[44] *Kavala v. Turkey*, § 232.
[45] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 279.
[46] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 168.

nicht. Beide Formen der Nichtbefolgung stehen nicht unabhängig nebeneinander. Das Urteil *Atalay* übernimmt die Würdigung, dass die Nichtbefolgung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts den Rechtsstaat und die Wirksamkeit der Individualbeschwerde beeinträchtigt, unmittelbar aus dem Urteil *Kavala* (*No.* 2).[47] Nach Auffassung der Großen Kammer ist das Verfassungsgericht der Eckpfeiler des innerstaatlichen Schutzes der sowohl in der Verfassung als auch in der Konvention gewährleisteten Rechte, und seine Entscheidungen sind vollständig zu befolgen.[48]

Die beiden Verfahren zeigen auch, dass der innerstaatliche Schutz auf zwei verschiedene Weisen außer Kraft gesetzt werden kann. Im Fall Kavala lag das Problem beim Verfassungsgericht selbst. Die Große Kammer wertete den Umstand, dass über Kavalas Individualbeschwerden mehr als vier Jahre nicht entschieden wurde, als verfahrensmäßige Untätigkeit, welche die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs ernsthaft beeinträchtigt.[49] Im Fall Atalay hingegen entschied das Verfassungsgericht rasch und richtig, doch seine Entscheidungen wurden nicht vollzogen. Im einen Fall kam der Schutz zu spät, im anderen wurde er gewährt, aber wirkungslos gemacht. Das Ergebnis ist in beiden Fällen dasselbe: Die Beschwerdeführer sind in Haft.

C. Limitierte Akzessorietät: Ohne Täter kein Gehilfe

Für den Strafrechtler liegt hier die wichtigste Folge einer gemeinsamen Lektüre der vier Urteile. Atalay wurde wegen Beihilfe zu der Tat verurteilt, die Kavala als Täter begangen haben soll.[50] Die Beteiligungslehre des türkischen Rechts beruht auf dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät. Die Haftung des Gehilfen setzt eine vorsätzlich und rechtswidrig begangene Haupttat voraus (Art. 40 Abs. 1 tStGB).[51] Die Große Kammer hat Kavalas Verurteilung jedoch konventionsrechtlich als wirkungslos angesehen, weil sie auf einer unvorhersehbaren Ausdehnung von Art. 312 und auf konventionsrechtlich geschützten Tätigkeiten beruhte.[52] Ist die Haupttat in dieser Weise konstruiert worden, so ist die Annahme, die von ihr abhängige Haftung des Gehilfen könne Bestand haben, mit dem Beteiligungssystem des Strafrechts unvereinbar.

Was diese Folgerung verfahrensrechtlich bedeutet, ist noch offen. Art. 311 Abs. 1 lit. f der türkischen Strafprozessordnung (tStPO) sieht als Wiederaufnahmegrund vor, dass ein rechtskräftiges Urteil des EGMR festgestellt hat, dass das Urteil unter Verletzung der Konvention ergangen ist. In der Praxis steht dieser Weg dem Beschwerdeführer offen, zu dessen

[47] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 122-123, 164; *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 130-132.
[48] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), § 132.
[49] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 122-128.
[50] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 9.
[51] Auch die Vereinigten Strafsenate des Kassationshofs gehen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Beteiligter, der die tatbestandliche Handlung nicht selbst verwirklicht, für die begangene Tat nur nach der in Art. 40 tStGB geregelten Akzessorietätsregel haftet. Vgl. Kassationshof, Vereinigte Strafsenate, 25.3.2026, E. 2024/415, K. 2026/186; 20.5.2026, E. 2025/227, K. 2026/323. Zum Grundsatz der limitierten Akzessorietät vgl. **Murat Volkan Dülger**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Aufl., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2026, S. 1115. Zur gleichen Regel im deutschen Recht vgl. **Bernd Schünemann**/**Luís Greco**, LK StGB, Band 2, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, Vor §§ 26, 27, Rn. 19-20; **Bettina Noltenius**, „Die Lehre von der Beteiligung", in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 3, C.F. Müller, Heidelberg, 2021, § 50, Rn. 68; **Günter Heine**/**Bettina Weißer**, S/S StGB, Albin Eser/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben/Jörg Eisele (Hrsg.), 30. Aufl., C. H. Beck, München, 2019, Vor §§ 25 ff., Rn. 22; **Urs Kindhäuser**/**Eric Hilgendorf**, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2025, Vor §§ 25-31, Rn. 17-18.
[52] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 171, 309.

Gunsten die Verletzung festgestellt wurde. Kavala und Atalay wurden jedoch in demselben Urteil auf der Grundlage derselben Tatsachen verurteilt. Ist die Konventionswidrigkeit dieses Urteils endgültig festgestellt, so ist es nach unserer Auffassung sowohl mit der Einheit der Rechtsordnung als auch mit dem Akzessorietätsgrundsatz unvereinbar, für den akzessorisch zum Täter verurteilten Gehilfen zu einem anderen Ergebnis zu gelangen.[53] Da das Urteil *Atalay* die Verurteilung nicht geprüft hat, wäre es andererseits auch nicht richtig, die Feststellungen zu Kavala unmittelbar auf Atalay zu übertragen. Die Feststellungen der Großen Kammer zur Auslegung von Art. 312 bilden daher jedenfalls für Atalays beim Verfassungsgericht anhängige Beschwerden wegen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren sowie der Meinungs- und Versammlungsfreiheit eine starke Grundlage.[54]

D. Die Instrumentalisierung des Strafverfahrens

Die Große Kammer stellte fest, dass im Fall Kavala durch aufeinanderfolgende Verfahren, wechselnde rechtliche Einordnungen und wiederholte Inhaftierungen grundlegende Verfahrensgarantien umgangen und die Autorität sowohl innerstaatlicher als auch internationaler Gerichtsentscheidungen ausgehöhlt worden waren, und bezeichnete dies ausdrücklich als „Instrumentalisierung des Strafrechts".[55] Im Abschnitt über die allgemeinen Maßnahmen hielt sie zudem fest, dass der übermäßige Einsatz der Untersuchungshaft, weite rechtliche Einordnungen und aufeinanderfolgende Strafverfahren auf einen Missbrauch des staatlichen „Repressionsapparats" hindeuten können.[56]

Das Urteil *Atalay* zeigt eine andere Spielart desselben Instruments. Im Fall Kavala wurde der Freiheitsentzug durch neue Ermittlungen und neue rechtliche Einordnungen aufrechterhalten. Im Fall Atalay bedurfte es nicht einmal eines neuen Verfahrensschritts; es genügte, die Freilassungsanordnungen nicht zu vollziehen. Im einen Fall ist das Instrument die Strafverfolgung, im anderen die Vollstreckung. Zweck und Ergebnis sind dieselben.

E. Unterschiede zwischen den Urteilen

Bei einer gemeinsamen Lektüre der vier Urteile dürfen auch die Unterschiede nicht übersehen werden. *Kavala (No. 2)* ist ein endgültiges Urteil der Großen Kammer, das mit fünfzehn zu zwei Stimmen erging. *Şerafettin Can Atalay* ist dagegen ein noch nicht endgültiges Kammerurteil, das mit sechs zu einer Stimme erging; seine Verweisung an die Große Kammer kann beantragt werden. Zudem ist der Prüfungsumfang des Urteils *Atalay* nach der Wahl des Beschwerdeführers auf den Zeitraum nach der Wahl beschränkt. Diese Unterschiede ändern nichts daran, dass sich die Urteile gegenseitig stützen; sie bestimmen aber, inwieweit die

[53] **Dülger/Taşkın**, CMK, (3), S. 918-919. Im deutschen Recht geht die herrschende Meinung davon aus, dass der auf ein EGMR-Urteil gestützte Wiederaufnahmegrund (StPO § 359 Nr. 6) nur *inter partes* wirkt und nur dem Verurteilten ein Wiederaufnahmerecht verschafft, der das Urteil selbst erstritten hat. Dieses Ergebnis wird im Schrifttum kritisiert; befürwortet wird eine Erstreckung zumindest auf im Piloturteilsverfahren anhängige Parallelbeschwerden. Vgl. **Frank Peter Schuster**, LR StPO, Band 9, Teilband 1, 27. Aufl., Jörg-Peter Becker/Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalmann-Scheerer/Hans Hilger/Alexander Ignor (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2022, § 359, Rn. 173-176. Atalay hat jedoch auf seine eigene Beschwerde hin ein Urteil des EGMR erstritten, das eine Verletzung feststellt. Das Problem besteht darin, dass dieses Urteil die Verurteilung nicht erfasst.

[54] Zu diesen beim Verfassungsgericht anhängigen Beschwerden Atalays vgl. *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 44-46.

[55] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 278.

[56] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 312.

Feststellungen des einen auf das andere übertragen werden können.

IV. Die türkische Strafjustiz im Spiegel der Urteile

A. Die Dehnung des Gesetzlichkeitsprinzips

Art. 312 tStGB bestraft den Versuch, die Regierung mit Gewalt zu beseitigen oder sie ganz oder teilweise an der Ausübung ihrer Aufgaben zu hindern. Es handelt sich um eine der am schwersten bedrohten Straftaten des türkischen Strafgesetzbuchs, deren Merkmale eng auszulegen sind. Nach Auffassung der Großen Kammer haben die nationalen Gerichte das objektive Tatbestandsmerkmal dieser Straftat jedoch aus der Summe von Verhaltensweisen abgeleitet, die für sich genommen nicht strafbar und durch die Konvention geschützt sind, wie zivilgesellschaftliche Tätigkeiten, Lobbyarbeit, internationale Kontakte und organisatorische Unterstützung friedlicher Demonstrationen.[57]

Diese Feststellung verweist auf ein chronisches Problem des türkischen Strafrechts. Üblicherweise geht der Richter vom gesetzlichen Tatbestand aus und prüft, ob der Sachverhalt ihm entspricht. In diesem Verfahren wurde die Richtung umgekehrt: Zunächst wurden die Ereignisse gedeutet, sodann wurde die Straftat aus dieser Deutung abgeleitet. Bei Art. 312 ist der Versuch selbst in den Tatbestand aufgenommen.[58] Gerade deshalb kommt es entscheidend darauf an, dass die Ausführungshandlung, also Gewalt, konkret vorliegt. Wer selbst keine Gewalt angewendet hat und dem auch kein Aufruf dazu nachgewiesen ist, kann nur dann als Täter oder Gehilfe dieser Straftat gelten, wenn der Tatbestand so weit ausgelegt wird, dass dies auf eine vom Gesetz nicht gestattete Analogie hinausläuft.[59] Die Warnung der Großen Kammer ist deutlich: Eine solche Auslegung birgt die Gefahr, vereinzelte Gewalttaten am Rande landesweiter Protestbewegungen nachträglich sämtlichen Teilnehmern zuzurechnen, und macht die Versammlungs- und Meinungsfreiheit von einer absoluten Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Ordnung abhängig.[60]

B. Die Aushöhlung des Grundsatzes der persönlichen Verantwortlichkeit

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist persönlich (Art. 38 Abs. 7 der Verfassung; Art. 20 Abs. 1 tStGB). Niemand kann für die Tat eines anderen verantwortlich gemacht werden. Die Große Kammer stellte fest, dass die Auslegung der nationalen Gerichte den Beschwerdeführer

[57] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 168-171.

[58] Zur Natur der Unternehmensdelikte (*kalkışma suçları*) vgl. **Dülger**, GH, (4), S. 447. Auch im deutschen Recht ist der Hochverrat als echtes Unternehmensdelikt ausgestaltet, das Vollendung und Versuch gleichermaßen erfasst. Vgl. **Kindhäuser**/**Hilgendorf**, NHK StGB, (10), Vor §§ 81-83a, Rn. 3.

[59] Dazu, dass das Analogieverbot nicht nur ein Gebot der Rechtssicherheit, sondern auch der Gewaltenteilung ist, und dass in der Praxis Analogie und Auslegung vermengt werden, vgl. **Dülger**, GH, (4), S. 159-160. Auch im deutschen Schrifttum ist anerkannt, dass sich das Analogieverbot in erster Linie an den Richter richtet, dass der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze richterlicher Auslegung bildet und dass das Verbot sowohl auf dem Rechtsstaats- als auch auf dem Demokratieprinzip beruht. Vgl. **Gerhard Dannecker**/**Jan C. Schuhr**, LK StGB, Band 1, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2020, § 1, Rn. 238, 242; **Bernd Hecker**, S/S StGB, (30), § 1, Rn. 25; **Kindhäuser**/**Hilgendorf**, NHK StGB, (10), § 1, Rn. 6-7.

[60] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), § 170. Auch beim Hochverrat, der als Gegenstück zu Art. 312 gelten kann, ist im deutschen Recht anerkannt, dass das Strafrecht im Bereich der politischen Auseinandersetzung verfassungsrechtlich gebotener Zurückhaltung unterliegt, so dass Gewalt oder Drohung mit Gewalt nur dann tatbestandsmäßig ist, wenn sie objektiv geeignet ist, den Widerstand der Verfassungsorgane zu brechen. Vgl. **Mark Steinsiek**, LK StGB, Band 7, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, § 81, Rn. 17; **Detlev Sternberg-Lieben**, S/S StGB, (30), § 81, Rn. 4.

ohne seine unmittelbare Beteiligung, Anstiftung oder Ermutigung mittelbar für Gewalttaten Dritter verantwortlich machte. Stützt man sich auf den vermuteten Einfluss oder die strukturelle Rolle einer Person innerhalb einer sozialen Bewegung, ohne die Herkunft der Gewalt und die individuelle Verantwortlichkeit der Täter zu untersuchen, so bürdet man zivilgesellschaftlichen Akteuren eine offensichtlich unverhältnismäßige strafrechtliche Last auf.[61]

C. Die Umkehr der Beweislast

Die Unschuldsvermutung verlangt, dass die Anklage sämtliche Tatbestandsmerkmale zweifelsfrei beweist. Nach Auffassung der Großen Kammer beruhte die Verurteilung jedoch weitgehend auf kontextuellen und unzureichend individualisierten Schlussfolgerungen, und die Last, allgemeine Annahmen zu widerlegen, wurde dem Angeklagten auferlegt. Das Merkmal der „Gewalt" wurde unter Rückgriff auf sämtliche Gewalttaten während der Ereignisse begründet, ohne die dem Angeklagten zurechenbaren Vorfälle einzeln zu würdigen.[62] Die Feststellung des Urteils von 2019 weist in dieselbe Richtung: Werden konventionsrechtlich geschützte Handlungen in der Anklageschrift als Tatbestandsmerkmale angeführt, so schwächt dies die Plausibilität des Verdachts von vornherein.[63]

Dieses Bild ist dem türkischen Strafverfahren nicht fremd. Bei weit gefassten Tatbeständen wird der Beweis häufig nicht über die Tat, sondern über das Profil der Person geführt. Mit wem jemand gesprochen hat, welchem Verein er angehört, an welcher Versammlung er teilgenommen und was er geteilt hat, tritt an die Stelle der Tatbestandsmerkmale. Zweck des Strafverfahrens ist es jedoch, nicht zu beweisen, wer jemand ist, sondern was er getan hat.

D. Die Untersuchungshaft als Strafe

Art. 100 Abs. 3 tStPO stellt für Katalogtaten eine gesetzliche Vermutung der Flucht- oder Verdunkelungsgefahr auf. Art. 312 gehört zu diesen Taten. Die Fortdauer von Atalays Haft wurde im Berufungsverfahren mit der Schwere der Strafe und der Zugehörigkeit der Tat zum Katalog begründet.[64] Der EGMR betont dagegen seit Jahren, dass die Schwere der Strafe allein die Haft nicht rechtfertigen kann und dass die Haftgründe konkret und individualisiert sein müssen.[65]

In diesem Verfahren ist die Untersuchungshaft von einer prozessualen Maßnahme zum Ersatz

[61] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 169. Zum Grundsatz der persönlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit vgl. **Dülger**, GH, (4), S. 476.

[62] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 204-206.

[63] *Kavala v. Turkey*, § 157.

[64] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 10.

[65] EGMR, *Yağcı and Sargın v. Turkey*, Nr. 16419/90 und 16426/90, 8.6.1995, § 52; EGMR, *Becciev v. Moldova*, Nr. 9190/03, 4.10.2005, § 58; EGMR, *Idalov v. Russia* [GK], Nr. 5826/03, 22.5.2012, § 140. Auch das Verfassungsgericht erkennt an, dass die Haftbegründung selbst bei Katalogtaten auf konkreten Tatsachen beruhen und individualisiert sein muss. Vgl. TVerfG, *Halas Aslan*, Nr. 2014/4994, 16.2.2017, §§ 75-78. Dazu, dass das Gesetz bei Katalogtaten das Vorliegen von Haftgründen lediglich vermutet, diese Vermutung in der Praxis aber wie eine zwingende Vorschrift angewandt wird und die Untersuchungshaft so zu einer vorweggenommenen Strafe macht, vgl. **Dülger**/**Taşkın**, CMK, (3), S. 398-399. Auch im deutschen Recht ist anerkannt, dass die Vorschrift über die Haft bei schweren Straftaten (StPO § 112 Abs. 3) keine automatische Inhaftierung bedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht sie nur in einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten einschränkenden Auslegung für verfassungsgemäß erklärt hat und dass der Richter die Umstände des Einzelfalls prüfen und im Haftbefehl darlegen muss. Vgl. **Detlef Lind**, LR StPO, Band 4, Teilband 1, 27. Aufl., Jörg-Peter Becker/Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalmann-Scheerer/Hans Hilger/Alexander Ignor (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2019, § 112, Rn. 99-101.

der Strafe geworden.[66] Osman Kavala ist seit dem 18. Oktober 2017 ununterbrochen seiner Freiheit beraubt. Der EGMR hat diesen gesamten Zeitraum als konventionswidrig beurteilt. Der Haft bis zum Urteil von 2019 fehlte ein hinreichender Verdacht, die Haft zwischen dem 10. Dezember 2019 und dem 25. April 2022 war willkürlich, und die Haft nach der Verurteilung ist rechtswidrig.[67] Can Atalay befindet sich seit dem 25. April 2022 in Haft, zunächst als Untersuchungshäftling, nach der Bestätigung der Verurteilung durch den Kassationshof am 28. September 2023 als Strafgefangener. Mehr als die Hälfte dieser Zeit ist nach den Freilassungsanordnungen des Verfassungsgerichts verstrichen.

E. Richterliche Unabhängigkeit und Disziplinardrohung

Der vielleicht lehrreichste Moment dieses Verfahrens ist der Tag nach dem Freispruch vom 18. Februar 2020. Der HSK leitete gegen die drei Richter, die den Freispruch gefällt hatten, eine Untersuchung und anschließend ein Disziplinarverfahren ein. Nach Auffassung der Großen Kammer war ein solches Verfahren, eingeleitet nach einem Freispruch, der überdies den Anforderungen des EGMR-Urteils von 2019 entsprach, seiner Natur nach geeignet, abschreckenden Druck auf die betroffenen Richter auszuüben und allgemein die richterliche Unabhängigkeit im weiteren Verfahren zu beeinträchtigen. Die wiederholte Verweisung der Sache von Gericht zu Gericht und die Mitwirkung eines Richters, der in der Vergangenheit enge Verbindungen zur Regierungspartei hatte, im Spruchkörper zum Zeitpunkt der Urteilsfällung verstärkten diese Zweifel.[68]

In einem System, in dem ein Richter sich einem Disziplinarverfahren ausgesetzt sieht, weil er freigesprochen hat, ist die Botschaft an die übrigen Richter eindeutig. Die Große Kammer würdigte diese Probleme zusammen mit strukturellen Mängeln der Ernennungs-, Versetzungs- und Disziplinarmechanismen und mit der Nichtvollziehung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts und sprach von einer „tiefgreifenden Verschlechterung" der richterlichen Unabhängigkeit in der Türkei.[69] Auch die Venedig-Kommission wiederholt seit 2017, dass die Zusammensetzung des HSK der Exekutive einen bestimmenden Einfluss auf die Justiz verschafft.[70]

F. Für die Nichtbefolgung gibt es kein Recht

Nach Art. 153 Abs. 6 der Verfassung binden die Entscheidungen des Verfassungsgerichts die Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung, die Verwaltungsbehörden sowie natürliche und juristische Personen. Art. 50 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 6216 verpflichtet, wenn die Verletzung auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht, zur Wiederaufnahme des Verfahrens und zur Beseitigung der Folgen der Verletzung.[71] Das Verfassungsgericht hat in der Entscheidung *Kadri Enis Berberoğlu* (*3*) festgehalten, dass

[66] Dazu, dass die Untersuchungshaft keine vorweggenommene Strafe ist und nicht auf einen solchen Zweck gerichtet werden darf, sowie zur Gefahr, dass gesetzlich nicht vorgesehene Zwecke hinter formelhaften Begründungen verborgen werden (apokryphe Haftgründe), vgl. **Lind**, LR StPO, (27), Vor § 112, Rn. 27-28.

[67] *Kavala v. Turkey*, § 157; *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*), §§ 247-249.

[68] *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*), §§ 208-209. Dieselbe Untersuchung wurde auch bei der Prüfung berücksichtigt, ob die Türkei das Urteil von 2019 befolgt hatte. Vgl. *Kavala v. Türkiye* [GK] (Art. 46 Abs. 4), § 168.

[69] *Kavala v. Türkiye* (*No. 2*), §§ 210-211.

[70] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 68.

[71] In diesem Fall hat das Gericht kein Ermessen, ob es das Verfahren wiederaufnimmt. Vgl. **Dülger**/**Taşkın**, CMK, (3), S. 919.

der Rechtsstaat keine bloße Rhetorik sei, dass die Nichtbefolgung seiner Entscheidungen eine schwere Verletzung des Rechtsstaatsprinzips darstelle und straf-, verwaltungs- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehe.[72]

Im Fall Atalay richtete sich die Strafanzeige jedoch nicht gegen diejenigen, die die Entscheidungen nicht befolgten, sondern gegen diejenigen, die sie erlassen hatten. Ein Gericht, das eine bindende gerichtliche Entscheidung nicht befolgte, beschuldigte die Richter, die diese Entscheidung getroffen hatten. Der EGMR stellte fest, dass schon diese Strafanzeige Fragen hinsichtlich der Einheit der Rechtsordnung aufwerfe.[73] Nach unserer Auffassung fasst dieser Vorgang zusammen, an welchem Punkt die türkische Strafjustiz angelangt ist: Das Strafrecht kann nicht mehr nur als Schutz vor Rechtsverletzungen, sondern als Drohmittel gegen Richter eingesetzt werden, die Rechtsverletzungen feststellen. Dass die Menschenrechtskommissarin des Europarats im Dezember 2025 ihre Besorgnis über die Nichtvollziehung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts in den Fällen Can Atalay und Tayfun Kahraman zum Ausdruck brachte, zeigt ebenfalls, dass sich das Problem nicht auf ein einzelnes Verfahren beschränkt.[74]

G. Eine Strafe ohne Hoffnung

Dieses Verfahren hat ein weiteres strukturelles Problem sichtbar gemacht. Die nach Art. 312 tStGB verhängte erschwerte lebenslange Freiheitsstrafe gehört zu den Strafen, bei denen eine bedingte Entlassung ausgeschlossen ist. Nach Auffassung der Großen Kammer fehlt es daher an einer Entlassungsperspektive und an einem Mechanismus, der eine Überprüfung der Strafe im Lichte von Veränderungen der persönlichen Situation und der Gefährlichkeit des Verurteilten ermöglicht. Der Verstoß gegen Art. 3 der Konvention entsteht nicht erst in einem späteren Stadium der Vollstreckung, sondern bereits im Zeitpunkt der Verhängung dieser Strafe.[75] Ist die schwerste Strafe eines Strafrechtssystems mit der Menschenwürde unvereinbar, so ist auch das Strafverständnis dieses Systems in Frage zu stellen.

V. Feindstrafrecht: Die von Jakobs gezogenen Grenzen und die türkische Praxis

A. Jakobs' Theorie

Den geeignetsten Rahmen, um die in diesem Verfahren zutage getretenen Praktiken zu deuten, bietet in der Strafrechtstheorie Günther Jakobs' Theorie des Feindstrafrechts. Jakobs verwendete den Begriff erstmals 1985 in seinem Referat, in dem er die Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung kritisch untersuchte.[76] In seinen späteren Arbeiten machte er aus einer zunächst deskriptiv gemeinten Unterscheidung ein von ihm vertretenes Modell.[77]

Den Kern der Theorie bildet der Gegensatz zweier Strafrechte. Im Bürgerstrafrecht ist die Strafe Kommunikation. Der Staat bedeutet dem Täter, dass er durch seine Tat schuldhaft Schaden

[72] TVerfG [Plenum], *Kadri Enis Berberoğlu (3)*, Nr. 2020/32949, 21.1.2021, §§ 141-142. Vgl. ferner *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 57-58.

[73] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 163.

[74] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 67.

[75] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 289. Im gleichen Sinne EGMR, *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GK], Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, 9.7.2013, § 122. Dazu, dass die erschwerte lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der bedingten Entlassung in der Türkei Art. 3 der Konvention verletzt, vgl. EGMR, *Öcalan v. Turkey (No. 2)*, Nr. 24069/03, 197/04, 6201/06 und 10464/07, 18.3.2014, §§ 202-207. Vgl. ferner **Dülger**, GH, (4), S. 1289-1290.

[76] **Günther Jakobs**, „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), S. 751-785.

[77] **Günther Jakobs**, „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", HRRS 2004, S. 88-95.

angerichtet hat, und nimmt ihn als Adressaten der Rechtsordnung, also als Person, ernst. Im Feindstrafrecht geht es dagegen nicht um die Antwort auf eine vergangene Tat, sondern um die Verhinderung künftiger Taten. Mit dem Täter wird hier nicht mehr gesprochen; er wird als kognitiv zweifelhafte Größe behandelt, gegen die man sich absichert. Feind ist für Jakobs, wer sich durch seine Einstellung, seinen Erwerb oder seine Einbindung in eine Organisation vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat und die kognitive Mindestsicherheit personalen Verhaltens nicht gewährleistet.[78]

Die Merkmale des Feindstrafrechts werden im Schrifttum in fünf Punkten zusammengefasst: die Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, das Ausbleiben einer Strafmilderung, ja eine Strafschärfung trotz dieser Vorverlagerung, die Gefährlichkeit des Täters statt der Tat als Maßstab, die Aushöhlung prozessualer Garantien durch häufigen Rückgriff auf Zwangsmaßnahmen und der Übergang von der Strafgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung. Jakobs räumt ein, dass beide Strafrechte Idealtypen sind, die in reiner Form in der Wirklichkeit kaum vorkommen, hält aber die offene Benennung des Feindstrafrechts für notwendig, um das Bürgerstrafrecht von ihm freizuhalten.[79]

B. Die Grenzen, die Jakobs dem Feindstrafrecht gezogen hat

Die Theorie des Feindstrafrechts ist, wie ihre Kritiker zu Recht hervorheben, eine gefährliche Theorie. Es ist jedoch anzuerkennen, dass Jakobs das Feindstrafrecht nicht als grenzenlose staatliche Gewalt entworfen hat. In seinen eigenen Texten hat er die Grenzen ausdrücklich gezogen, die gegen den Feind gerichtete Maßnahmen einhalten müssen. Um das Verfahren gegen Kavala und Atalay würdigen zu können, sind zunächst diese Grenzen in den Blick zu nehmen.

Erstens: Der Feind ist keine politische Kategorie. Jakobs betont eigens, dass sein Feindbegriff nichts mit dem Begriff Carl Schmitts zu tun hat, der das Wesen des Politischen in der Unterscheidung von Freund und Feind sieht.[80] Sein Feind ist nicht der Gegner der Machthaber, sondern derjenige, der durch sein Verhalten zeigt, dass er sich durch Einstellung, Erwerb oder Organisationszugehörigkeit dauerhaft vom Recht abgewandt hat.[81] In welchem Umfang gegen den Feind Maßnahmen ergriffen werden, hängt von zwei Faktoren ab: dem Sicherheitsbedürfnis der Bürger und dem Gewaltpotenzial der unzuverlässigen Person.[82]

Zweitens: Auch das Feindstrafrecht ist an das Gesetzlichkeitsprinzip gebunden. Nach Jakobs ist das Feindstrafrecht mit Elementen des Bürgerstrafrechts verschränkt; der Bestimmtheitsgrundsatz und ein Verfahren, das zumindest in den Grundzügen rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt, gelten auch gegenüber dem Feind. Auf eine Person darf nicht schon deshalb reagiert werden, weil sie dem abstrakten Typus des Feindes entspricht; sowohl das feindliche Verhalten als auch die dagegen zu ergreifende Maßnahme müssen gesetzlich bestimmt sein.[83]

[78] **Günther Jakobs**, „On the Theory of Enemy Criminal Law", in: Markus D. Dubber (Hrsg.), Foundational Texts in Modern Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2014, S. 420-421.

[79] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 421; **Jakobs**, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, S. 92. Zu diesen Merkmalen vgl. ferner **Dülger**, GH, (4), S. 291-296.

[80] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 420, Fn. 40.

[81] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 420.

[82] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 424.

[83] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 422.

Drittens: Der Ausschluss ist partiell, und der Weg zurück muss offengehalten werden. Jakobs zufolge schließt der gegen den Feind gerichtete Zwang die Person nicht vollständig, sondern nur teilweise aus dem Recht aus, und der Ausgeschlossene bleibt in dem Maße Teil der Rechtsordnung, in dem ihm ein Verfahren und nach Möglichkeit ein Verfahren seiner Rückkehr gewährt wird. Auch die übrigen Bürger sind gehalten, den Ausgeschlossenen nur auf diesem Weg und in diesem Umfang zu behandeln.[84] Er erkennt zudem an, dass um der Menschenwürde willen der Weg zurück in den vollen Status so weit wie möglich offenzuhalten ist.[85] Der Staat muss den Feind nicht von allen Rechten ausschließen, und er ist nicht verpflichtet, alles zu tun, was ihm zu tun freisteht.[86]

Viertens: Schwere Strafen für Vorbereitungshandlungen sind nicht legitim. Jakobs hält die Regelung des § 30 StGB, die die Vorbereitung einer Tat mit Strafen nahe der Untergrenze des Versuchs bedroht, wegen der außergewöhnlichen Höhe der Strafe ausdrücklich nicht für legitim. Diese Strafe knüpfe nicht an einen verfestigten Hang des Täters zur Straftat, sondern an ein noch nicht verwirklichtes Unrecht an.[87]

Fünftens: Das Feindstrafrecht muss offen benannt werden. Einer der Gründe, aus denen Jakobs die Theorie entwickelt hat, ist die Verhinderung einer Vermengung beider Strafrechte. Wer das Bürgerstrafrecht nicht seiner rechtsstaatlichen Eigenschaften berauben will, sollte das, was gegen den Feind getan werden muss, anders benennen.[88] Das Feindstrafrecht ist als „eingehegter Krieg" gedacht, nicht als entgrenzter.[89]

C. Spuren des Feindstrafrechts im Verfahren gegen Kavala und Atalay

Misst man an diesen Kriterien, so entspricht fast jede der in den vier Urteilen festgestellten Praktiken einem Merkmal des Feindstrafrechts.

Erstens wurde vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht übergegangen. Die Große Kammer stellte fest, dass sich die Verurteilung nicht auf persönlich zurechenbare Handlungen stützte, sondern auf den vermuteten Einfluss und die „strategische Rolle" des Beschwerdeführers in der Zivilgesellschaft.[90] Bestraft wird damit, in der von Jakobs beschriebenen Weise, nicht, was jemand getan hat, sondern wer er ist und wie „gefährlich" er erscheint.

Zweitens wurde die Strafbarkeit vorverlagert und die Strafe zugleich verschärft. Art. 312 tStGB ist bereits für sich genommen eine Vorverlagerungsvorschrift, die den Versuch in den Tatbestand aufnimmt.[91] Diese Vorschrift wurde auf Personen angewandt, denen weder die Anwendung von Gewalt noch ein Aufruf dazu nachgewiesen wurde, und das Ergebnis war eine erschwerte lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der bedingten Entlassung.

[84] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 423.
[85] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 417.
[86] **Jakobs**, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, S. 90.
[87] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 422.
[88] **Jakobs**, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, S. 92.
[89] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 423, Fn. 59.
[90] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 168-169, 205. Zur Unterscheidung von Tatstrafrecht und Täterstrafrecht vgl. **Dülger**, GH, (4), S. 288, 367. Dazu, dass auch das deutsche StGB ein Tatstrafrecht ist, das die Strafe nicht an die Persönlichkeit des Täters, sondern an die konkrete Tat knüpft, vgl. **Jörg Eisele**, S/S StGB, (30), Vor §§ 13 ff., Rn. 3.
[91] Dazu, dass Unternehmensdelikte, die die Strafbarkeit vorverlagern und nicht zwischen Vollendung und Versuch unterscheiden, im nationalsozialistischen Willensstrafrecht als ein Mittel des Programms der „Vorverlegung der Kampffront" eingesetzt wurden, vgl. **Ralf Kölbel**, „Vorbereitungshandlungen", in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 3, § 56, Rn. 20-21.

In der Sprache Jakobs' ist dies keine dem Täter auferlegte Strafe, sondern die dauerhafte Unschädlichmachung einer „Gefahrenquelle". Genau deshalb hat die Große Kammer diese Strafe für unvereinbar mit Art. 3 der Konvention gehalten: Sie lässt dem Verurteilten keine Hoffnung und keine Möglichkeit der Überprüfung.[92]

Drittens wurden Verfahrensgarantien suspendiert. Mit dem Katalogcharakter der Tat begründete fortdauernde Haft, mit formelhafter Begründung abgelehnte Beweisanträge auf Zeugenvernehmung, nach einem Freispruch auf dieselben Tatsachen gestützte neue Vorwürfe und gegen die freisprechenden Richter eingeleitete Disziplinarverfahren sind Erscheinungsformen eines Verfahrens, in dem dem Feind gegenüber die prozessualen Garantien nicht zur Anwendung kommen.

Viertens, und vielleicht am auffälligsten, wurde die Kommunikation abgebrochen. Für Jakobs heißt einen Bürger bestrafen, mit ihm in der Sprache des Rechts zu sprechen. Auch die Feststellungen des Verfassungsgerichts sind die Kommunikation der Rechtsordnung mit Atalay in dieser Sprache. Sie besagen, dass seine Rechte verletzt sind und dass er freizulassen ist und sein Mandat antreten muss. Dass der Kassationshof diese Entscheidungen nicht vollzieht, bedeutet, dass Atalay nicht mehr als Person gesehen wird, an die sich die Rechtsordnung richtet, sondern nur noch als unschädlich zu machende Gefahr. Die Bezeichnung Atalays als „Terrorist" durch den Staatspräsidenten ist der politische Ausdruck dieser Verwandlung: Ein Abgeordneter wird ohne jede gerichtliche Entscheidung zum Feind erklärt.[93]

D. Grenzen, die selbst über Jakobs hinaus überschritten wurden

Das Verfahren gegen Kavala und Atalay trägt nicht nur die Merkmale des Feindstrafrechts, sondern überschreitet auch nahezu alle Grenzen, die Jakobs dieser Theorie gezogen hat. Jakobs hat eine gefährliche und umstrittene Theorie vorgelegt, doch die in diesem Verfahren zutage getretenen Praktiken hat er weder beabsichtigt noch beschrieben. Dies zeigt sich, wenn man die Grenzen einzeln vergleicht.

Erstens hat sich die Kategorie des Feindes vollständig verändert. Jakobs' Feind ist eine Person mit Gewaltpotenzial, die durch ihr Verhalten zeigt, dass sie sich dauerhaft vom Recht abgewandt hat. Kavala und Atalay sind dagegen nach den Feststellungen des EGMR ein Menschenrechtsverteidiger sowie ein Rechtsanwalt und gewählter Abgeordneter, gegen die nicht einmal ein hinreichender Verdacht bestand und die konventionsrechtlich geschützte Rechte ausübten.[94] Keinem von ihnen wurde eine persönliche Gewalttat zur Last gelegt.[95] Zum Feind gemacht wurde der Feind hier nicht, weil er sich vom Recht abgewandt hat, sondern weil er die Rechte ausgeübt hat, die ihm das Recht verleiht.

Zweitens hat sich das Feindstrafrecht in eine Richtung verschoben, die Jakobs ausdrücklich abgelehnt hat: zum politischen Feindbegriff. Der EGMR hat in drei Urteilen festgestellt, dass der konventionsfremde Zweck im Mundtotmachen bestand, im Urteil *Kavala (No. 2)* zusätzlich darin, einen Menschenrechtsverteidiger für seine Ansichten zu bestrafen.[96]

[92] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 289.
[93] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, §§ 51, 165.
[94] *Kavala v. Turkey*, § 157; *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 168.
[95] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 169, 205.
[96] *Kavala v. Turkey*, § 232; *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 279; *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 168.

Jakobs' Feindstrafrecht zielt auf die Verhinderung künftiger Straftaten. Hier hingegen wird nicht für eine künftige Gefahr, sondern für in der Vergangenheit geäußerte Ansichten und zivilgesellschaftliches Engagement ein Preis eingefordert. Dieses Bild steht Schmitts Unterscheidung von Freund und Feind näher als Jakobs.

Drittens wurde das Gesetzlichkeitsprinzip verletzt, das nach Jakobs sogar das Feindstrafrecht bindet. Nach Auffassung der Großen Kammer wurde Art. 312 tStGB in unvorhersehbarer Weise ausgedehnt.[97] Auch die Art. 14 und 83 der Verfassung, auf die sich Atalays Haft nach seiner Wahl stützte, sind wegen der widersprüchlichen Auslegungen der Höchstgerichte nicht vorhersehbar.[98] Ein gesetzlich bestimmtes feindliches Verhalten und eine gesetzlich bestimmte Reaktion, wie Jakobs sie verlangt, gibt es nicht. Es gibt eine nachträglich durch Auslegung konstruierte Straftat und eine nachträglich durch Auslegung beseitigte Immunität.

Viertens wurde das rechtsstaatliche Mindestverfahren, das Jakobs selbst dem Feind zugesteht, nicht gewährt. Die Große Kammer hat festgestellt, dass das Verfahren, das zu Kavalas Verurteilung führte, eine offenkundige Rechtsverweigerung darstellte und den Wesensgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren beeinträchtigte.[99] Jakobs vertritt, dass gegen den Feind Maßnahmen wie verdeckte Ermittlungen und die Überwachung der Telekommunikation eingesetzt werden dürfen, nicht aber ein Verfahren, in dem Beweise nicht gewürdigt, Zeugen nicht gehört werden und freisprechende Richter mit Disziplinarverfahren überzogen werden.[100]

Fünftens wurde der Weg zurück, den Jakobs offengehalten wissen will, verschlossen. Die gegen Kavala verhängte erschwerte lebenslange Freiheitsstrafe lässt weder eine bedingte Entlassung noch eine Überprüfung zu.[101] An die Stelle von Jakobs' partiellem Ausschluss ist ein vollständiger Ausschluss getreten, der kein Verfahren der Rückkehr vorsieht. Für Atalay wurde der Weg zurück durch die Entscheidungen des Verfassungsgerichts geöffnet, doch diese Entscheidungen wurden nicht vollzogen. Der Weg zurück wurde also nicht nur nicht vorgesehen, sondern nach seiner Öffnung wieder verschlossen.

Sechstens wurde die Unverhältnismäßigkeit der Strafe, die Jakobs für illegitim hält, in ihrer schwersten Form praktiziert. Während Jakobs schon eine Regelung, die Vorbereitungshandlungen mit versuchsnahen Strafen bedroht, nicht für legitim hält, wurden im Gezi-Verfahren Personen, denen keinerlei persönliche Gewalttat zur Last gelegt wurde, auf der Grundlage einer Vorschrift, die den Versuch in den Tatbestand aufnimmt, zu erschwerter lebenslanger Freiheitsstrafe und zu achtzehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt.[102]

Siebtens wurde das Feindstrafrecht nicht offen benannt, sondern in das Gewand des Bürgerstrafrechts gekleidet. Jakobs verlangt, das gegen den Feind Gerichtete anders zu benennen und das Bürgerstrafrecht davon freizuhalten. In der Türkei wurden die Maßnahmen

[97] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), § 171.
[98] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 92.
[99] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), §§ 211, 247.
[100] **Jakobs**, On the Theory of Enemy Criminal Law, S. 422, 424.
[101] *Kavala v. Türkiye* (*No.* 2), § 289.
[102] Auch im deutschen Schrifttum wird betont, dass das Verbot schuldüberschreitender Strafe gerade angesichts der Diskussion um das Feindstrafrecht besonders hervorzuheben ist und dass eine zwischen Bürgern und Feinden der Gesellschaft unterscheidende Strafpraxis den gesellschaftlichen Konsens über Gerechtigkeit und schuldangemessene Strafe verletzen und damit grundlegende Errungenschaften des Rechtsstaats gefährden würde. Vgl. **Franz Streng**, „Strafzumessung", in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 3, § 66, Rn. 39.

gegen den Feind hingegen unter Verwendung sämtlicher Formen des Bürgerstrafrechts durchgeführt: Anklageschrift, Hauptverhandlung, Berufung und Revision. Die Form gehört dem Bürgerstrafrecht, der Inhalt dem Feindstrafrecht. Genau davor hat Jakobs gewarnt: Die gegen den Feind entwickelten Instrumente werden schrankenlos gegen den Bürger gewendet.

Achtens, und vielleicht am wichtigsten, hat sich die Kategorie des Feindes bis auf die Organe der Rechtsordnung selbst ausgedehnt. In Jakobs' Modell ist der Feind derjenige, der außerhalb der Rechtsordnung steht und vor dem sie sich schützt. Die Rechtsordnung, also Richter, Gerichte und Verfassung, zieht selbst dem eingehegten Krieg gegen den Feind den Rahmen. Im Verfahren gegen Kavala und Atalay sahen sich hingegen die drei freisprechenden Richter einem Disziplinarverfahren und die Verfassungsrichter, die eine Rechtsverletzung festgestellt hatten, einer Strafanzeige gegenüber.[103] Auch der Richter, der dem Feind Rechte zuerkennt, wird dem Lager des Feindes zugerechnet. Keine Theorie des Feindstrafrechts sieht vor, dass ein Staat sein eigenes Verfassungsgericht zum Feind erklärt. Spätestens an diesem Punkt ist nicht mehr von Feindstrafrecht, sondern von einem Ausnahmezustand zu sprechen, in dem die Regel selbst suspendiert ist.

E. Vom Feindstrafrecht zum Ausnahmezustand

Jakobs' Theorie bleibt im Zentrum unserer Kritik. Eine Auffassung, die die Behandlung einer Person als Person davon abhängig macht, dass sie eine Gewähr der Rechtstreue bietet, ist in den Händen einer Ordnung ohne rechtsstaatliche Sicherungen in hohem Maße geeignet, zum Instrument der Unterdrückung von Gegnern zu werden. Das Verfahren gegen Kavala und Atalay zeigt, dass diese Gefahr nicht abstrakt ist.[104] Dieses Verfahren mit Jakobs' Theorie gleichzusetzen, wäre jedoch ebenfalls ungerecht. Jakobs hat das Feindstrafrecht als einen auf terroristische Vereinigungen und organisierte Kriminalität beschränkten, gesetzlich bestimmten, offen benannten, den Weg zurück offenhaltenden und an die Mindestgarantien des Rechtsstaats gebundenen „eingehegten Krieg" entworfen.

Die türkische Praxis hat jede dieser Grenzen überschritten. Feind wurde nicht, wer sich vom Recht abwendet, sondern wer seine Rechte ausübt; die Maßnahmen wurden nicht durch Gesetz, sondern durch Auslegung geschaffen; das Verfahren genügte nicht den Mindestgarantien; der Weg zurück wurde verschlossen; das Feindstrafrecht wurde in das Gewand des Bürgerstrafrechts gekleidet, und am Ende gerieten auch die Richter ins Visier, die dem Feind Rechte zuerkannten. Jakobs' Feind ist zumindest eine „Gefahrenquelle". In diesem Verfahren liegt die Gefahr dagegen nicht in der zum Feind erklärten Person, sondern darin, dass sie vor dem Recht im Recht ist. Der konventionsfremde Zweck, den der EGMR als „Mundtotmachen" bezeichnet, ist der rechtliche Name dieser Verwandlung. Hierin liegt auch die eigentliche Bedeutung der Straßburger Urteile: Sie verlangen, dass Kavala und Atalay

[103] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 208; *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 34.

[104] Auch im deutschen Schrifttum wird hervorgehoben, dass die Terrorismusbekämpfung nicht dazu führen darf, die verfassungsrechtlichen Garantien des Rechtsstaats zur Disposition zu stellen, dass schon der Verzicht auf eine einzige dieser Garantien die Gefahr eines kriegsrechtsähnlichen Sonderstrafrechts, also eines Feindstrafrechts, heraufbeschwören würde und dass das Grundgesetz dies nicht zulässt. Vgl. **Tobias Engelstätter**, LK StGB, Band 7, 13. Aufl., Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, § 89a, Rn. 59. Dazu, dass der Feindbegriff zu unbestimmt ist, um festzulegen, wer als Feind gelten soll, und dass die Aushöhlung von Beschuldigtenrechten mit Menschenwürde, Rechtsstaatsprinzip, Schuldprinzip und Unschuldsvermutung unvereinbar ist, vgl. **Eisele**, S/S StGB, (30), Vor §§ 13 ff., Rn. 6.

gegenüber einer Ordnung, die sie zu Feinden erklärt hat, wieder als Personen behandelt werden.

VI. Was jetzt geschehen muss

Hinsichtlich der individuellen Maßnahmen weisen beide Urteile in dieselbe Richtung. Kavala ist so bald wie möglich freizulassen, und die Folgen seiner Verurteilung sind zu beseitigen.[105] Can Atalay ist unverzüglich freizulassen, und ihm ist die Aufnahme seines Abgeordnetenmandats zu ermöglichen.[106] Für Atalay bedarf es auch nicht des Abwartens der Rechtskraft des EGMR-Urteils. Denn die Entscheidungen des Verfassungsgerichts vom 25. Oktober und 21. Dezember 2023 sind bereits bindend und bedürfen zu ihrer Umsetzung keines weiteren Akts. Art. 90 Abs. 5 der Verfassung bestimmt zudem, dass bei einem Konflikt zwischen völkerrechtlichen Verträgen über Grundrechte und Grundfreiheiten und Gesetzen die Bestimmungen der Verträge maßgeblich sind.

Auch hinsichtlich der allgemeinen Maßnahmen treffen sich beide Urteile in denselben Punkten: vollständige Befolgung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts, Stärkung der institutionellen Garantien für Ernennung, Verwendung und Disziplinierung von Richtern, Verhinderung der Instrumentalisierung des Strafverfahrens für Zwecke außerhalb der unparteiischen Rechtspflege und Überprüfung der Strafen, die eine bedingte Entlassung ausschließen.[107] Es lässt sich auch vertreten, dass das Ministerkomitee des Europarats die Umsetzung dieser Urteile, die aus demselben Verfahren hervorgehen und auf dieselben strukturellen Probleme verweisen, gemeinsam überwachen sollte. Diese Probleme lassen sich nicht durch die Freilassung eines Gefangenen lösen. Sie erfordern eine umfassende Justizreform, die von der Zusammensetzung des HSK über das Haftrecht und weit gefasste Straftatbestände bis zur Bindungswirkung höchstrichterlicher Entscheidungen reicht.

Schluss

Die vier Urteile dokumentieren vier Stationen desselben Verfahrens: eine Haft ohne Verdacht, ein nicht befolgtes Urteil, eine wirkungslose Verurteilung und eine Haft, die dem Verfassungsgericht zum Trotz fortdauert. Auf jeder Stufe hat das Recht eine Entscheidung hervorgebracht, die dem Betroffenen die Freiheit zurückgegeben hätte; jedes Mal wurde diese Entscheidung entweder durch ein neues Ermittlungsverfahren oder durch ihre Nichtvollziehung wirkungslos gemacht. Erklären lässt sich ein Freiheitsentzug, der all diesen Regeln zum Trotz andauert, nur durch einen Zweck außerhalb des Rechts, wie ihn der EGMR dreimal festgestellt hat. Dieser Zweck ist das Mundtotmachen.

Dieses Verfahren ist ein Spiegel der türkischen Strafjustiz. In diesem Spiegel zeigen sich eine Tatbestandsauslegung, die einen Protest in einen Putschversuch verwandelt, ein Verantwortungsverständnis, das dem Angeklagten die Gewalt anderer zurechnet, eine Beweisordnung, die das persönliche Profil als Beweis gelten lässt, eine Haftpraxis, die an die Stelle der Strafe tritt, eine Verwaltungsstruktur, die gegen freisprechende Richter Disziplinarverfahren einleitet, und ein Höchstgericht, das bindende Entscheidungen missachtet.

[105] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, § 309.
[106] *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 176.
[107] *Kavala v. Türkiye (No. 2)*, §§ 310-312; *Şerafettin Can Atalay v. Türkiye*, § 177.

Was in diesem Spiegel erscheint, ist ein Bild, das noch schwerer wiegt als Jakobs' Feindstrafrecht. Selbst Jakobs hat den Feind nicht als politischen Gegner bestimmt und verlangt, dass die Maßnahmen gegen ihn gesetzlich bestimmt sind, dass ein rechtsstaatliches Mindestverfahren gewährleistet und der Weg zurück offengehalten wird. Hier dagegen ist Feind nicht, wer sich vom Recht abwendet, sondern wer seine Rechte ausübt; die gegen ihn eingesetzten Mittel haben sich das Gewand des Bürgerstrafrechts angelegt, und am Ende gerieten auch die Richter ins Visier, die ihm Rechte zuerkannten. Keines dieser Probleme hat mit Kavala oder Atalay begonnen, und keines wird mit ihrer Freilassung enden.

Die Legitimität einer Strafjustiz erweist sich nicht dort, wo sie am stärksten ist, sondern darin, wie sie mit dem Schwächsten umgeht. Wenn Osman Kavala und Can Atalay heute noch im Gefängnis sind, dann nicht wegen einer gegen sie ergangenen gerichtlichen Entscheidung, sondern wegen gerichtlicher Entscheidungen, die nicht vollzogen werden. Der Rechtsstaat steht nicht dadurch, dass Gerichte entscheiden, sondern dadurch, dass ihre Entscheidungen befolgt werden.