

FESTSCHRIFT CHRISTIAN KOPETZKI



Festschrift

CHRISTIAN KOPETZKI

zum 65. Geburtstag

herausgegeben von

Erwin Bernat
Christoph Grabenwarter
Benjamin Kneihls
Magdalena Pöschl
Karl Stöger
Ewald Wiederin
Johannes Zahrl



Wien 2019
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-12836-4

© 2019 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Fotonachweis: © Bernhard Noll

Satzherstellung: Christian Tauffer

Druck: FINIDR, s. r. o., Český Těšín

Wieviel Prävention verträgt Art 5 EMRK?¹⁾

Magdalena Pöschl, Wien

Übersicht:

- I. „Sicherungshaft“ – eine Sprachverwirrung
- II. Arten der Präventivhaft
- III. Neue Entwicklungen zur Präventivhaft nach Art 5 EMRK
 - A. Von der Beugehaft (lit b) zur Präventivhaft
 - B. Untersuchungshaft (lit c) und Präventivhaft
 - C. Schubhaft (lit f) als Präventivhaft
- IV. Bilanz

I. „Sicherungshaft“ – eine Sprachverwirrung

Die österreichischen Grundrechte sind ein buntes Mosaik, das sich aus verschiedensten historischen, verfassungs-, völker- und unionsrechtlichen Quellen zusammensetzt. Für die Bürgerinnen und Bürger ist das zwar unübersichtlich, doch schafft das Zusammenwirken dieser vielen Grundrechtsgarantien insgesamt ein beachtliches Schutzniveau. Seit 1945 wird es stetig angehoben, der wichtigste Meilenstein war zweifellos die EMRK. Zusätzlich wurde in Österreich immer wieder eine Grundrechtsreform versucht, letztlich aber nie realisiert. Nur bei der persönlichen Freiheit waren die Reformbemühungen erfolgreich: Sie haben ein Bundesverfassungsgesetz (PersFrG) hervorgebracht, das über das Schutzniveau des Art 5 EMRK in mehrfacher Hinsicht hinausgeht. Zunächst schöpft das PersFrG nicht alle Haftgründe der EMRK aus und fasst manche davon enger,²⁾ sodann fordert es in einer Generalklausel, dass jede Freiheitsentziehung geeignet und erforderlich zur Erreichung eines bestimmten Haftzwecks ist und zu diesem nicht außer Verhältnis steht.³⁾ Weiters wurden die Organisations- und Verfahrensgarantien des Art 5 EMRK im PersFrG ausgebaut,⁴⁾

¹⁾ Für wertvolle Recherchen zur Judikatur und Literatur sowie kritische Lektüre dieses Beitrages danke ich allen voran *Lilo Martini*, außerdem *Elke Haslinger*, *Herwig Mitter* und *Philipp Selim*.

²⁾ Nicht übernommen wurden die Haftgründe des Art 5 Abs 1 lit c Tb 2, lit d Tb 2, lit e Tb 3–5 und lit f Tb 1; enger gefasst wurde der Haftgrund des Art 5 Abs 1 lit b Tb 1 und lit f Tb 2; s dazu *Kopetzki in Korinek/Holoubek ua*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (5. Lfg 2002) Art 2 PersFrG, Rz 21 f, Rz 69, Rz 56, Rz 77, Rz 47 sowie noch unten III.C.

³⁾ Art 1 Abs 3 und 4 PersFrG.

⁴⁾ ZB Art 4 Abs 1 PersFrG, wonach die Festnahme nach Art 2 Abs 1 Z 2 lit b und c eines richterlichen Befehls bedarf, der der betroffenen Person bei der Festnahme, spätestens aber binnen 24 Stunden zuzustellen ist; Art 4 Abs 2 PersFrG, wonach in jenen Fällen des Art 2 Abs 1 Z 1, in denen eine Festnahme ohne richterlichen Befehl erlaubt ist, die festgenommene Person unverzüglich, spätestens aber binnen 48 Stunden dem zuständigen Gericht zu übergeben ist; Art 4 Abs 7 PersFrG, wonach auf Verlangen der festgenommenen Person ein Angehöriger und ein Rechtsbeistand zu verständigen sind.

punktuell wurde schließlich die Haftdauer limitiert.⁵⁾ Das solcherart erreichte Schutzniveau ist auch im internationalen Vergleich beachtlich und erklärt wohl, warum Österreich seit dem Inkrafttreten des PersFrG nur selten wegen einer Verletzung des Art 5 EMRK verurteilt wurde.⁶⁾

Der jahrzehntelange politische Konsens, dass unsere Grundrechte eine hart erkämpfte Errungenschaft sind, die es zu schützen und zu festigen gilt, scheint inzwischen aber brüchig. So forderte die FPÖ in ihrem letzten Wahlprogramm recht unverblümt, die EMRK zu evaluieren und „gegebenenfalls [...] durch eine Österreichische Menschenrechtskonvention [zu ersetzen], die auch das Heimatrecht der Österreicher⁷⁾ schützt“.⁸⁾ Das von ihr 2017 mitbeschlossene Regierungsprogramm wiederum kündigte eine „Verankerung der Menschenwürde sowie der bürgerlichen Freiheitsrechte in der Verfassung“ an,⁹⁾ ohne darzulegen, was dann mit den bürgerlichen Freiheitsrechten geschehen soll, die schon jetzt in der österreichischen Verfassung verankert sind. Im Frühjahr 2019 schlug die Regierung schließlich vor, im PersFrG eine zusätzliche Haftart einzuführen und damit den Grundrechtsschutz zum ersten Mal seit 1945 nicht zu erweitern, sondern abzubauen, dies just beim Ur-Grundrecht der bürgerlichen Freiheit,¹⁰⁾ das zugleich in einem genuin österreichischen Gesetz verankert ist. Dieser Grundrechtsabbau sollte allerdings, wie stets beteuert wurde, das in der EMRK gewährte Niveau nicht unterschreiten und zudem (als würde das die Sache besser machen) nur einen kleinen Personenkreis treffen: Asylsuchende – und nur sie – sollten nach dem Wunsch der Regierung inhaftiert werden können, wenn sie die nationale Sicherheit oder öffentliche Ordnung gefährden.¹¹⁾ Dieser Plan inspirierte den nunmehrigen bürgerlichen Landeshauptmann zur Forderung, man möge eine solche Haft unabhängig von der Staatsangehörigkeit, also für alle, vorsehen,¹²⁾ ein Vorschlag, den man in der Regierung postwendend als zu weitgehend zurückwies.¹³⁾

Im sodann einsetzenden Diskurs wurden die Pläne der Regierung vereinzelt als „Schutzhaft“ angeprangert,¹⁴⁾ überwiegend sprachen Kritiker aber von „Prä-

⁵⁾ Art 4 Abs 5 PersFrG, wonach eine nach Art 2 Abs 1 Z 3 PersFrG festgenommene Person maximal 24 Stunden angehalten werden darf.

⁶⁾ Die HUDOC-Plattform weist bei einer Suchanfrage nach den Kriterien Case-Law, State (Ö/DE/CH), Language (Englisch/Französisch) und Violation (Art 5 EMRK) für Sachverhalte, die sich nach Inkrafttreten des PersFrG, dh nach dem 1.1.1991 ereignet haben, nur vier Verurteilungen Österreichs wegen Art 5 EMRK aus (EGMR 31.1.2002, 24430/94, *Lanz/Österreich*; 2.10.2008, 34082/02, *Rusu/Österreich*; 16.7.2015, 7977/08, *Kuttner/Österreich*; 20.7.2017, 11537/11, *Lorenz/Österreich*); ihnen stehen 19 Verurteilungen der Schweiz und 31 Verurteilungen Deutschlands gegenüber.

⁷⁾ Schon jetzt maximal geschützt nach Art 6 StGG, Art 3 4. ZPEMRK und § 12 und § 44 ARHG.

⁸⁾ fpoe.at/fileadmin/user_upload/Wahlprogramm_8_9_low.pdf, 3 (23.4.2019).

⁹⁾ bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/569203/Regierungsprogramm_2017-2022.pdf (23.4.2019).

¹⁰⁾ *Kriele*, Habeas Corpus als Urgrundrecht (1973), in *ders*, Recht – Vernunft – Wirklichkeit (1990) 71, insb 89.

¹¹⁾ ots.at/presseaussendung/OTS_20190225_OT50165/kickl-praesentiert-neuerungen-im-asylbereich; bundeskanzleramt.gv.at/-/bundeskanzler-sebastian-kurz-sicherungshaft-mit-richterlicher-genehmigung-soll-oesterreich-wieder-sicherer-machen (23.4.2019).

¹²⁾ Doskozil will Sicherungshaft auch für gefährliche Österreicher, *Die Presse* 24.2.2019.

¹³⁾ Sicherungshaft für Österreicher: Doskozil geht für Strache zu weit, *Kurier* 26.2.2019.

¹⁴⁾ *ZB Pilz*, Haftgrund „deppert reden“, *Der Standard* 12.3.2019.

ventivhaft“.¹⁵) Die Regierung hingegen verwendete lange den Ausdruck „Sicherungshaft“,¹⁶) bis schließlich betont wurde, man beabsichtige ohnedies nur eine „Ausweitung der Schubhaft“.¹⁷) Dieser Kampf um die Sprachhoheit wurde zugunsten des Ausdrucks „Sicherungshaft“ entschieden, der sich medial rasch durchsetzte. Da er Sicherheit verspricht, ist er positiv konnotiert; zugleich verschleiert dieser Ausdruck jedoch die offene Flanke der vorgeschlagenen Haft: Sie ist präventiv, weil sie ein in der Zukunft liegendes Geschehen verhindern will und damit eine sehr schwere Freiheitsbeschränkung auf eine bloße Prognose stützt. Zugleich ist freilich nicht zu übersehen, dass Gefahrenprognosen zum polizeilichen Alltag gehören; zudem erlaubt die EMRK zur Abwehr von Gefahren auch Freiheitsentziehungen, deren Legitimität nicht grundsätzlich bezweifelt wird. Das ist Grund genug nachzufragen, wo die spezifischen Probleme der Präventivhaft eigentlich liegen und wie sie sich grundrechtlich bewältigen lassen (II.); vor diesem Hintergrund sollen exemplarisch drei Haftgründe des Art 5 EMRK näher beleuchtet werden, die nach der jüngeren Judikatur des EGMR und EuGH auch eine Präventivhaft erlauben (III.), um schließlich Bilanz zu ziehen und die betriebene Einführung eines neuen Präventivhafttatbestandes in das PersFrG zu bewerten (IV.).

II. Arten der Präventivhaft

Die Inhaftierung einer Person zählt zu den gravierendsten Eingriffen in die Grundrechte, denn sie entzieht einem Menschen nicht nur seine Bewegungsfreiheit, sondern hat auch zur Folge, dass er eine Vielzahl weiterer Grundrechte während der Haft gar nicht oder nur mehr begrenzt wahrnehmen kann. Deshalb bedarf ein solcher Eingriff schon an sich gewichtiger Gründe; umso mehr gilt das für die Präventivhaft, weil sie auf einer Prognose beruht, die naturgemäß fehleranfällig ist, und zwar umso mehr, je ferner in der Zukunft das prognostizierte Geschehen liegt. Die Fehleranfälligkeit steigt weiter, wenn die Prognose ein Verhalten betrifft, das dem freien Willen unterliegt, der sich bekanntlich – allen Voraussetzungen zum Trotz – jederzeit ändern kann. Sind die Parameter, aufgrund derer die Prognose anzustellen ist, im Gesetz nur vage oder womöglich gar nicht umschrieben, besteht zudem die Gefahr eines Missbrauchs. Je ferner und abstrakter die Gefahr ist, desto zweifelhafter wird schließlich die Erforderlichkeit der Haft, weil gelindere Mittel verfügbar sind, um die Gefahr zunächst zu erforschen und eine Haft erst zu verhängen, wenn die Gefahr ausreichend konkretisiert ist.

Auf diese besondere Problemlage kann die Rechtsordnung zunächst reagieren, indem sie eine Präventivhaft nur bei einer hinreichend konkretisierten Gefahr für schwerwiegende Rechtsgüter erlaubt; sodann, indem sie die Haftdauer strikt limitiert, um den Eingriff möglichst gering zu halten. Idealtypisch lassen sich dabei zwei Arten von Haftgründen unterscheiden:¹⁸) Die „situations-

¹⁵) ZB *Reyhani*, Von Juristen und gefährlichen Asylwerbern, Der Standard 18.2.2019; VfGH-Präsidentin kritisiert Regierungspläne zur Präventivhaft, Der Standard 23.3.2019; *Merli* im Rechtspanorama, „Sicherungshaft?“ Man soll nicht so faul sein, Die Presse 14.4.2019.

¹⁶) Siehe die Nachweise in FN 11.

¹⁷) Siehe etwa den Sektionsleiter im BMI *Vogl* im Rechtspanorama: „Sicherungshaft?“ Man soll nicht so faul sein, Die Presse 14.4.2019.

¹⁸) Siehe zu dieser Unterscheidung *Kuch*, Gefährder in Haft? Kritische Anmerkungen zu einem bayerischen Experiment, DVBl 2018, 343 ff.

bezogene¹⁹⁾ Präventivhaft dient dazu, eine Gefahr abzuwehren, die sich nach einer gewissen Zeit von selbst erledigt, sodass die Haft von vornherein auf diese Dauer begrenzt ist. Das ist etwa der Fall, wenn eine Haft verhängt wird, um ein Straf- oder Ausweisungsverfahren zu sichern, um die Ausbreitung einer ansteckenden Krankheit zu verhindern oder um eine genau konkretisierte Straftat abzuwehren. Ist das Verfahren beendet, die ansteckende Krankheit kuriert oder das Zeitfenster für die Straftat geschlossen, so endet die Gefahr und mit ihr auch der Haftgrund.

Eine Präventivhaft kann aber auch verhängt werden, um eine „entwicklungsoffene“²⁰⁾ Gefahr abzuwenden, deren Ende sich gesetzlich nicht präzise definieren lässt; dann ist das Ende der Freiheitsentziehung – wie schon ihr Beginn – neuerlich auf eine Prognose angewiesen. Das ist etwa der Fall, wenn eine psychisch kranke Person untergebracht wird, weil sie sich oder andere Menschen gefährdet. Sobald diese Gefahr endet, ist die untergebrachte Person zwar in die Freiheit zu entlassen, doch *ob* die Gefahr endet, ist – anders als bei situationsbezogenen Haftgründen – völlig offen. Da potentiell unbegrenzt, ist eine solche Freiheitsentziehung sehr einschneidend. Der Staat kann diesen Eingriff aber lindern, indem er während der Freiheitsentziehung alles tut, um die Gefahr zu beheben. Er muss die Krankheit also (freilich unter Achtung des Selbstbestimmungsrechts der untergebrachten Person) bestmöglich behandeln, sodass die Unterbringung möglichst rasch beendet werden kann;²¹⁾ flankierend sind die Behörden berufen, die Gefahrenlage laufend zu evaluieren.²²⁾

III. Neue Entwicklungen zur Präventivhaft nach Art 5 EMRK

Art 5 Abs 1 EMRK liefert für die beiden geschilderten Präventivhaftarten genügend Beispiele: Er ermächtigt zur Unterbringung von Menschen, die „geisteskrank“ sind (lit e Tb 2), ebenso wie zur Abwehr situationsbezogener Gefahren, etwa mit der Untersuchungshaft, um Straftäter an der Flucht zu hindern (lit c Tb 3) oder mit der Quarantäne, um der Ausbreitung ansteckender Krankheiten vorzukehren (lit e Tb 1). Die neuere Judikatur des EGMR und EuGH hat in Art 5 Abs 1 EMRK noch drei weitere Ansatzpunkte für präventive Freiheitsentziehungen gefunden, die der Jubilar bei seiner Kommentierung der Garantien der Persönlichen Freiheit²³⁾ noch nicht ahnen konnte: Zunächst in lit b, die

¹⁹⁾ Diesen – verallgemeinerungsfähigen – Ausdruck verwendet das BVerfG für den im deutschen Recht vorgesehenen Unterbindungsgewahrsam, also einen Gewahrsam, der die Begehung bestimmter Straftaten unterbinden soll, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 10.2.2004 – 2 BvR 834/02 – Rz 111; s auch *Kuch* (FN 18) 344.

²⁰⁾ *Kuch* (FN 18) 344.

²¹⁾ Zur ärztlichen Behandlung während der Unterbringung näher *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012) 222 ff.

²²⁾ Das geschieht im UbG, indem die Unterbringung befristet wird (§ 26 Abs 2); vor Ablauf der Frist entscheidet ein Gericht über die Zulässigkeit der Unterbringung auf Antrag oder wenn es selbst Bedenken gegen das weitere Vorliegen der Unterbringungsvoraussetzungen hat (§ 31 Abs 1 UbG). Flankierend hat der Abteilungsleiter die Unterbringung bei Wegfall der Voraussetzungen aufzuheben und im Fall der Nichtaufhebung das weitere Vorliegen der Voraussetzungen regelmäßig zu dokumentieren (§ 32). Wurde die Unterbringung bis zum Ablauf der Frist nicht aufgehoben, entscheidet das Gericht über eine weitere Unterbringung, die abermals befristet ist (§ 30), zu all dem näher *Kopetzki* (FN 21) 107 ff, 284 ff.

²³⁾ *Kopetzki* (FN 2) PersFrG.

zu einer Beugehaft ermächtigt, sodann in lit c, die primär eine Untersuchungshaft normiert, und schließlich in lit f, die unter anderem eine Schubhaft erlaubt.

A. Von der Beugehaft (lit b) zur Präventivhaft

Art 5 Abs 1 lit b Tb 2 EMRK ermächtigt dazu, Personen „zur Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung“ zu inhaftieren. Wortlaut und Systematik zeigen, dass diese Haft keinen Strafcharakter haben kann,²⁴⁾ denn die Haftstrafe regelt bereits Art 5 Abs 1 lit a EMRK, und die der Strafverfolgung dienende Untersuchungshaft gestattet Art 5 Abs 1 lit c EMRK. Die nach lit b verhängte Haft verfolgt einen ganz anderen Zweck: Sie soll eine Person „beugen“, dh sie dazu veranlassen, eine ihr obliegende Verpflichtung zu erfüllen.

Das Tatbestandsmerkmal der Verpflichtung ist dabei, abermals aus systematischen Gründen, eng zu verstehen, weil lit b sonst zu einer Generalklausel verkäme, die die taxative Aufzählung der Haftgründe in Art 5 Abs 1 EMRK leerlaufen ließe.²⁵⁾ Daher fordert der EGMR in ständiger Rsp, dass eine Verpflichtung iSd lit b bereits besteht²⁶⁾ und hinreichend spezifisch und konkret ist.²⁷⁾ Klassische Beispiele sind die Pflicht, als Zeuge auszusagen,²⁸⁾ seine Identität bekanntzugeben,²⁹⁾ zu einer Gerichtsverhandlung zu erscheinen³⁰⁾ oder eine Sicherheit für die Verletzung von Kautionsauflagen zu leisten,³¹⁾ also Handlungspflichten, bei deren Verletzung sich die Rechtsordnung nicht mit einer Strafe begnügen kann. Unterlassungspflichten sind einer Beugehaft zwar nicht gänzlich unzugänglich, sie müssen jedoch, wie *Christian Kopetzki* zutreffend betont hat, besonders konkret und präzise umschrieben sein.³²⁾ Ein polizeilicher Platzverweis, also die Pflicht, einen bestimmten Platz nicht zu betreten, genügt dem.³³⁾ Die generelle Pflicht, die Gesetze zu befolgen, keine Straftaten oder Verwaltungsübertretungen zu begehen, ist hingegen keinesfalls beugehaftfähig,³⁴⁾ denn „[a]llgemeine Unterlassungspflichten sind als Straftatbestände auszugestalten“ und mit den dafür geschaffenen Haftermächtigungen durchzusetzen.³⁵⁾

²⁴⁾ ZB EGMR 25.9.2003, 52792/99, *Vasileva/Dänemark*, Rz 36; 27.7.2010, 28221/08, *Gatt/Malta*, Rz 46; 1.12.2011, 8080/08 ua, *Schwabe und M.G./Deutschland*, Rz 73; 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 97; (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 80.

²⁵⁾ EGMR 8.6.1976, 5100/71 ua, *Engel ua/Niederlande*, Rz 69; 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 70 f; (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 80.

²⁶⁾ EGMR 22.2.1989, 11152/84, *Ciulla/Italien*, Rz 36; (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 80; 28.3.2019, 57884/17 ua, *Eiseman-Renyard ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 33.

²⁷⁾ EGMR 8.6.1976, 5100/71 ua, *Engel ua/Niederlande*, Rz 69; 6.11.1980, 7367/76, *Guzzardi/Italien*, Rz 101; 1.12.2011, 8080/08 ua, *Schwabe und M.G./Deutschland*, Rz 73; 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 90 ff.

²⁸⁾ EGMR 22.5.2008, 65755/01, *Iliya Stefanov/Bulgarien*, Rz 73 ff; 22.2.2011, 24329/02, *Soare ua/Rumänien*, Rz 234 ff.

²⁹⁾ EGMR 25.9.2003, 52792/99, *Vasileva/Dänemark*, Rz 38 f; 5.4.2011, 14569/05, *Sariannisi/Italien*, Rz 42 ff.

³⁰⁾ EGMR 27.3.2012, 17835/07, *Lolova-Karadzhoova/Bulgarien*, Rz 31 f.

³¹⁾ EGMR 27.7.2010, 28221/08, *Gatt/Malta*, Rz 48 ff.

³²⁾ *Kopetzki* (FN 2) Art 2 PersFrG, Rz 51.

³³⁾ EGMR 24.3.2005, 77909/01, *Epple/Deutschland*, Rz 36 ff.

³⁴⁾ EGMR 8.6.1976, 5100/71 ua, *Engel ua/Niederlande*, Rz 69; 1.12.2011, 8080/08 ua, *Schwabe und M.G./Deutschland*, Rz 73; 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 70; (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 83.

³⁵⁾ *Kopetzki* (FN 2) Art 2 PersFrG, Rz 51.

Da die Beugehaft dazu dient, die Erfüllung einer Pflicht zu erzwingen, fragt sich, ob sie schon bei drohender Pflichtverletzung verhängt werden darf oder erst, wenn die Pflicht bereits verletzt wurde. Mit *Kopetzki* ist dies nach Verhältnismäßigkeitserwägungen zu entscheiden:³⁶⁾ Da die Haft nur ultima ratio sein kann, muss die betroffene Person regelmäßig zumindest die Gelegenheit haben, die Pflicht zu erfüllen; erst wenn dies nicht geschieht, kann eine Beugehaft erforderlich werden.³⁷⁾ Selbst dann ist sie aber nur erlaubt, wenn die Freiheitsentziehung nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der sofortigen Pflichterfüllung steht.³⁸⁾

Verhältnismäßigkeitserwägungen bestimmen ebenso die Haftdauer: Ist der Inhaftierte „gebeugt“, also unter dem Eindruck der Freiheitsentziehung bereit, die Pflicht zu erfüllen, muss er entlassen werden.³⁹⁾ Bei Handlungspflichten kann er seine Erfüllungsbereitschaft leicht demonstrieren, indem er die gebotene Handlung sofort nach der Freilassung setzt, also etwa einer Ladung folgt, eine Aussage macht, seine Identität bekannt gibt oder eine Sicherheit leistet. Anders liegen die Dinge abermals bei Unterlassungspflichten, weil die Inhaftierte ihre Erfüllungsbereitschaft hier ja nur behaupten, aber nicht beweisen kann; solange die Pflicht besteht, wird eine vorzeitige Enthaftung daher nur schwer zu erreichen sein.

Die hier geschilderte Judikatur hat 2013 mit dem Urteil *Ostendorf/Deutschland* eine bemerkenswerte Modifikation erfahren. Im zugrundeliegenden Fall war der EGMR mit dem Präventivgewahrsam konfrontiert, der nach deutschem Recht in fast allen Bundesländern verhängt werden darf, um unmittelbar bevorstehende Straftaten mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern.⁴⁰⁾ In der Praxis wird diese Haft insb verhängt, um gewalttätige Störer von Massenveranstaltungen fernzuhalten; im Fall *Ostendorf* traf sie einen amtsbekannten Hooligan für die Dauer eines Fußballspiels. Anlässlich seiner Beschwerde referierte der EGMR zunächst die ständige Rsp, meinte dann aber, die Verpflichtung, friedlich zu bleiben und keine Straftat zu begehen, sei zwar (wie in der Vorjudikatur stets betont) grundsätzlich zu allgemein für eine Beugehaft. Sie könne aber – und das war neu – als ausreichend „bestimmt und konkret“ angesehen werden, wenn Ort und Zeit der bevorstehenden Straftat sowie ihr mögliches Opfer hinreichend konkretisiert sind.⁴¹⁾ Die Behörde dürfe die Nicht-

³⁶⁾ *Kopetzki* (FN 2) Art 2 PersFrG, Rz 52.

³⁷⁾ *Kopetzki* (FN 2) Art 2 PersFrG, Rz 52.

³⁸⁾ EGMR 25.9.2003, 52792/99, *Vasileva/Dänemark*, Rz 37; 4.9.2007, 4065/04, *Paradis ua/Deutschland*; 27.7.2010, 28221/08, *Gatt/Malta*, Rz 40; 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 73.

³⁹⁾ EGMR 3.12.2002, 30218/96, *Nowicka/Polen*, Rz 61; 24.3.2005, 77909/01, *Eppel/Deutschland*, Rz 37; 27.3.2012, 17835/07, *Lolova-KaradzhovalBulgarien*, Rz 29.

⁴⁰⁾ Siehe zB *Duisburg*, Der polizeiliche Präventivgewahrsam, JA 2014, 198; *Guckelberger*, Der präventiv-polizeiliche Gewahrsam, JA 2015, 926; *Graulich*, Das Polizeihandeln, in *Bäcker/Denninger/Graulich*, Handbuch des Polizeirechts⁶ (2018) Rz 506 ff; speziell zu den grundrechtlichen Problemen zB *Renzikowski/Schmidt-De Caluwe*, Menschenrechtliche Grenzen des polizeilichen Unterbindungsgewahrsams, JZ 2013, 289; *Heidebach*, Der polizeiliche Präventivgewahrsam auf konventionsrechtlichem Prüfstand, NVwZ 2014, 554; *Schaks/Schneider*, Zur menschenrechtlichen Zulässigkeit des polizeirechtlichen Präventivgewahrsams, LKV 2014, 202; *J.M. Hoffmann*, Konventionskonformität des Präventivgewahrsams, NVwZ 2015, 720; *ders*, Anmerkung zu EGMR (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, S., V. und A./Dänemark, NVwZ 2019, 141.

⁴¹⁾ EGMR 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 93.

erfüllung einer solchen Unterlassungspflicht bereits im Voraus annehmen, sofern sie den potentiellen Täter auf seine Pflicht hingewiesen hat und er sich unwillig zeigt, diese zu erfüllen.⁴²⁾ Die über ihn verhängte Haft sei jedenfalls zu beenden, wenn der Zeitpunkt für die Straftat verstrichen ist; eine frühere Freilassung sei nur geboten, wenn die betroffene Person zeigt, dass sie nicht länger vorhat, die Straftat zu begehen, und wenn sie dies auch beweist.⁴³⁾

Ausgehend von diesen Prämissen billigte der EGMR die Inhaftierung im konkreten Fall: Herrn *Ostendorf* habe die – hinreichend konkrete – Pflicht getroffen, es zu unterlassen, vor, während oder nach einem zeitlich genau bestimmten Fußballspiel in der Nähe von Frankfurt am Main eine Schlägerei von Bremer und Frankfurter Hooligans zu verabreden und bei dieser Schlägerei Straftaten wie Körperverletzung und Landfriedensbruch zu begehen. Die Polizei habe *Ostendorf* auch verdeutlicht, dass er diese Taten zu unterlassen habe; sie konnte ferner annehmen, dass er dazu nicht gewillt war, nachdem er sich der Überwachung durch die Polizei entzogen habe und in einer Damentoilette telefonierend (mutmaßlich zwecks Verabredung einer Schlägerei) aufgefunden worden sei. Auch nach seiner Inhaftierung habe nichts darauf hingedeutet, dass *Ostendorf* gewillt war, seiner Verpflichtung nachzukommen, sodass sie erst mit dem Ende des Fußballspiels erfüllt war. Die anschließende Enthaltung war folglich rechtzeitig.

Mag man das Urteil *Ostendorf* im Ergebnis auch billigen, so war der Weg dorthin doch holprig: Denn der EGMR hat die in lit b normierte Beugehaft unter der Hand zu einer Präventivhaft umfunktioniert, und zwar in drei Schritten. Erstens erweitert er durch das Hinweiserfordernis die beugehaftfähige Verpflichtung um allgemeine Unterlassungspflichten; bei Licht besehen ist dies jedoch ein Kunstgriff:⁴⁴⁾ Die allgemeine Pflicht, keine Straftaten zu begehen, wird nämlich streng genommen nicht konkreter, wenn die Behörde jemanden darauf hinweist, dass er zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort keine Straftat begehen soll. Weder ändert diese Belehrung die Rechtslage, noch hat sie für den Betroffenen einen Informationswert: Dass Straftaten verboten sind, weiß er selbst.

Zweitens gestattet der EGMR eine Haft noch vor der Pflichtverletzung, wenn sich der Betroffene trotz Belehrung zur Pflichterfüllung „unwillig“ zeigt. Realistisch betrachtet wird diese Voraussetzung meist erfüllt sein. Auf die vermutete Straftat angesprochen, wird der Betroffene seine Tatabsicht nämlich regelmäßig verneinen,⁴⁵⁾ und die Behörde wird dieser Beteuerung ebenso regelmäßig keinen Glauben schenken: Die Straftat ist ja bereits nach Zeit, Ort und Opfer konkretisiert, und der Betroffene kann naturgemäß nicht beweisen, dass er die Straftat zu einem späteren Zeitpunkt *nicht* begehen wird. So wird die Behörde nach ihrer Belehrung regelmäßig aus dem Verhalten des Betroffenen eine Unwilligkeit ableiten können, von der sie schon vor der Belehrung überzeugt war.⁴⁶⁾

⁴²⁾ EGMR 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 94.

⁴³⁾ EGMR 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 100.

⁴⁴⁾ Siehe auch schon die Kritik des Richters *Lemmens* und der Richterin *Jäderblom* in ihrer abweichenden Stellungnahme zum Urteil *Ostendorf/Deutschland*.

⁴⁵⁾ *Heidebach* (FN 40) 558.

⁴⁶⁾ Ähnlich *Waechter*, Unterbindungsgewahrsam mit EMRK unvereinbar, NVwZ 2014, 995 (996); s auch *Welzel/Ellner*, Präventivgewahrsam bei drohender Gefahr? DÖV 2019, 211 (220), die die Hinweispflicht für bloße „Förmelei“ halten.

Nach all dem ist konsequent, dass der EGMR – drittens – eine vorzeitige Enthftung nur zulässt, wenn sich der Inhaftierte zur Pflichterfüllung bereit erklärt und dies auch beweist: Dieser Beweis kann bei einer Unterlassungspflicht kaum gelingen; selbst wenn Herr *Ostendorf* angeboten hätte, aus dem Ort des Fußballspiels auszureisen, hätte die Behörde keine Gewissheit gehabt, dass er nicht nach der ersten Station umkehrt, um die Straftat doch zu begehen. Warum also sollte sie diesem amtsbekannten Hooligan glauben? Wie in diesem Fall wird die Haft bei Unterlassungspflichten auch sonst regelmäßig erst beendet werden, sobald sich das Zeitfenster für die vermutete Straftat schließt.

Letztlich laufen damit alle drei Voraussetzungen, die der EGMR für eine Präventivhaft nach lit b aufstellt, leer: Der Hinweis auf die Unterlassungspflicht bringt keine Konkretisierung, die Unwilligkeit zur Pflichterfüllung wird die Behörde vor der Inhaftierung stets vertretbar bejahen, und der Beweis der Willigkeit wird dem Inhaftierten nie gelingen. Wenn die Haft im Fall *Ostendorf* im Ergebnis dennoch vertretbar erscheint, so aus zwei Gründen: Die Straftat, die durch die Haft abgewendet werden sollte, war nach Ort, Zeit und Opfer hinreichend konkretisiert, sodass das Risiko eines Prognosefehlers deutlich reduziert war. Zugleich hatte die zeitliche Konkretisierung zur Folge, dass die Haft auf wenige Stunden, dh auf die Dauer des Fußballspiels, limitiert war.⁴⁷⁾ Daher ist diese Freiheitsentziehung auch gemessen am Gewicht und der Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutverletzung nicht unverhältnismäßig. Ausschlaggebend dafür war aber nur die hinreichend konkretisierte Gefahr für ein gewichtiges Rechtsgut, nicht hingegen die behördliche Belehrung, die vermutete Unwilligkeit des Hooligan oder seine unbeweisbare Willigkeit: Diese drei Erfordernisse dienten dem EGMR bloß als Krücken, um eine ihm akzeptabel erscheinende Präventivhaft in eine Beugehaft nach lit b zu transformieren.

B. Untersuchungshaft (lit c) und Präventivhaft

Schon bald zeigte sich, dass der Weg, auf dem der EGMR diese Art der Präventivhaft in Art 5 Abs 1 EMRK einführen wollte, nicht nur dogmatisch fragwürdig ist, sondern auch den Anforderungen der Praxis nicht entspricht. Bei Massenveranstaltungen ist die Lage nämlich bisweilen so unübersichtlich und die Zahl der potentiellen Täterinnen so hoch, dass die Behörden unmöglich jede einzelne Verdächtige auf eine (ihr ohnedies bekannte) Unterlassungspflicht hinweisen können.⁴⁸⁾ Das veranlasste zunächst die deutschen Gerichte, das vom EGMR etablierte Hinweiserfordernis kurzerhand weg zu interpretieren.⁴⁹⁾ Der EGMR selbst hielt an diesem Erfordernis 2018 im Urteil *S., V. und A./Dänemark* zwar fest; dafür änderte er aber seine Judikatur zu Art 5 Abs 1 lit c EMRK im Gewand einer „Klarstellung“ so, dass eine Präventivhaft nun auch auf diese Bestimmung gestützt werden kann.⁵⁰⁾

Der Wortlaut des Art 5 Abs 1 lit c Tb 2 EMRK legt dies auch nahe, ermächtigt er doch zu einer Haft, wenn es „notwendig ist, den Betroffenen an der Be-

⁴⁷⁾ Siehe zu dieser und anderen Techniken, die Haftdauer zu begrenzen *Kuch* (FN 18) 343 f.

⁴⁸⁾ *J.M. Hoffmann*, Anmerkung (FN 40) 142.

⁴⁹⁾ Dazu näher und mwN *J.M. Hoffmann*, Anmerkung (FN 40) 142 f.

⁵⁰⁾ EGMR (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*.

gehung einer strafbaren Handlung [...] zu hindern.“ Der Einleitungssatz zu Art 5 Abs 1 lit c EMRK gestattet es allerdings nur, jemanden „zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde“ festzunehmen oder zu inhaftieren. Flankierend ordnet Art 5 Abs 3 EMRK an, dass nach lit c festgenommene oder inhaftierte Personen „unverzüglich einem Richter [...] vorgeführt werden“ und von diesem in angemessener Frist „[abgeurteilt]“ oder während des Verfahrens aus der Haft entlassen werden müssen. Daraus leitete der EGMR seit den späten 1980er Jahren ab, dass Art 5 Abs 1 lit c Tb 2 EMRK eine Präventivhaft nur im Zusammenhang mit einem bereits anhängigen Strafverfahren erlaube; andernfalls komme eine Vorführung vor den Richter und eine Aburteilung nämlich nicht in Betracht.⁵¹⁾

Von dieser Judikatur kehrt sich der EMGR nun im Urteil *S., V. und A./Dänemark* ausdrücklich ab und verzichtet auf den Konnex zu einer bereits begangenen Straftat; eine Präventivhaft darf damit allein zum Zweck verhängt werden, eine künftige Straftat zu verhindern. Der EGMR stützt sich dabei auf den „eindeutigen“ Wortlaut des Art 5 Abs 1 EMRK, mag dieser in der Vorjudikatur auch noch das Gegenteil begründet haben. Außerdem zieht er die travaux préparatoires heran; dort ist zu lesen, dass es unter bestimmten Umständen notwendig sein kann, eine Person festzunehmen, um sie daran zu hindern, eine Straftat zu begehen, auch wenn die Tatsachen, die ihre Absicht erkennen lassen, selbst keine Straftat sind.⁵²⁾ Für die Auslegung einer innerstaatlichen Norm wäre dies gewiss ein brauchbares Argument; dass sich der EGMR auf Materialien beruft, ist angesichts seiner sonst evolutiven Auslegungsmethode aber ungewohnt.⁵³⁾ Die historische (und seit jeher bekannte) Absicht der Konventionsstaaten war für die Judikaturänderung wohl auch nicht wirklich entscheidend; eher dürfte den EMGR der Wunsch geleitet haben, „moderne soziale Probleme [...] angemessener zu lösen“⁵⁴⁾ und die Polizei nicht daran zu hindern, „ihre Pflicht zu erfüllen, die Ordnung aufrechtzuerhalten und die Öffentlichkeit zu schützen“.⁵⁵⁾

Im Detail stellt der EGMR im Urteil *S., V. und A./Dänemark* für eine Präventivhaft nach Art 5 Abs 1 lit c Tb 2 EMRK drei Voraussetzungen auf: Diese Haft ist nur erlaubt, um jemanden an einer Straftat zu hindern, die nach Ort, Zeit und Opfer hinreichend konkretisiert ist.⁵⁶⁾ Die Tat muss zudem schwer wiegen, dh Leib und Leben gefährden oder erhebliche materielle Schäden anrichten.⁵⁷⁾ Schließlich ist die in Art 5 Abs 3 EMRK angeordnete „unverzügliche“ Vorführung vor den Richter „flexibel“ zu handhaben; sie ist entbehrlich, wenn die

⁵¹⁾ EGMR 22.2.1989, 11152/84, *Ciulla/Italien*, Rz 38; 31.7.2000, 34578/97, *Jecius/Litauen*, Rz 50; 1.12.2011, 8080/08 ua, *Schwabe und M.G./Deutschland*, Rz 71; 7.3.2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 67 f.

⁵²⁾ *Council of Europe*, Collected Edition of the „Travaux Préparatoires“ of the European Convention on Human Rights IV (1977) 260: „It may, however, be necessary in certain circumstances to arrest an individual in order to prevent his committing a crime, even if the facts which show his intention to commit the crime do not of themselves constitute a penal offence.“

⁵³⁾ Das monieren die Richter *De Gaetano* und *Wojtyczek* in ihrer abweichenden Stellungnahme zum Urteil.

⁵⁴⁾ EGMR (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 103.

⁵⁵⁾ EGMR (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 116.

⁵⁶⁾ EGMR (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 123.

⁵⁷⁾ EGMR (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, *S., V. und A./Dänemark*, Rz 161.

Haft nach kurzer Zeit beendet wird, was „eine Frage von Stunden und nicht von Tagen“ ist.⁵⁸⁾

Die Präventivhaft nach lit c verbindet also mit jener nach lit b die behördliche Annahme, dass eine hinreichend konkretisierte Straftat bevorsteht, die es abzuwehren gilt. Anders als nach lit b muss die potentielle Täterin nach lit c aber über ihre Pflichten weder belehrt werden, noch muss sie sich zur Pflichtbefolgung „unwillig“ zeigen, noch wird ihr im Fall der unbeweisbaren Erfüllungswilligkeit die Enthaftung in Aussicht gestellt. Damit wirft der EGMR die Krücken ab, die er bei lit b noch benötigt hat, um die Beugehaft in eine Präventivhaft zu transformieren. Im Gegenzug verlangt er bei der Präventivhaft nach lit c eine Straftat von erheblichem Gewicht und eine kurze Haftdauer. Die Anforderungen nach lit c sind damit maßgeschneidert für die – idR gewichtigen – Straftaten, die bei – zeitlich begrenzten – Massenveranstaltungen drohen, sodass die Präventivhaft nach lit b insoweit in den Hintergrund treten wird. Sie könnte allerdings bedeutsam werden, wenn eine Präventivhaft minderschwere Straftaten abwehren bzw länger dauern soll. In beiden Fällen und erst recht bei einer Kumulation, also einer längeren Haft zur Abwehr einer minderschweren Straftat, wiegt der Eingriff in die persönliche Freiheit allerdings schwerer als bei der Präventivhaft nach lit c. Dafür liefern die Zusatzanfordernisse, die der EGMR für die Haft nach lit b aufgestellt hat – Hinweispflicht und Un/willigkeit – aber keinen adäquaten Schutz, weil sie, wie gezeigt,⁵⁹⁾ regelmäßig leerlaufen. Es ist daher gut vorstellbar, dass der EGMR eine in lit c nicht gedeckte Präventivhaft auch nach lit b verwirft, mit dem Argument, die Schwere der Freiheitsentziehung stünde außer Verhältnis zur Bedeutung der sofortigen Pflichterfüllung.⁶⁰⁾ Im Ergebnis würde er damit die für lit c formulierten Zusatzanforderungen (schwere Straftat und kurze Haftdauer) auf lit b übertragen. Dann allerdings würde lit b an eine Präventivhaft, die gleich schwer wiegt wie jene nach lit c, durch die Erfordernisse des Hinweises und der Un/willigkeit strengere Anforderungen stellen als lit c. Auch im Vergleich mit lit c erweist sich die Präventivhaft nach lit b also als eine Fehlkonstruktion. Sie hat einen Sicherheitsbedarf vorübergehend mehr schlecht als recht gedeckt, dürfte aber über kurz oder lang keinen sinnvollen Anwendungsbereich finden.

C. Schubhaft (lit f) als Präventivhaft

Art 5 Abs 1 lit f Tb 2 EMRK ermächtigt die Staaten, jemanden festzunehmen oder zu inhaftieren, „weil er von einem gegen ihn schwebenden Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren betroffen ist.“ Der auffallendste Unterschied zur Präventivhaft nach Art 5 Abs 1 lit b und c EMRK ist, dass die nach lit f⁶¹⁾ verhängte Haft keinen externen Zweck verfolgt. Sie ist also kein Mittel, um ein davon verschiedenes Ziel – wie bei lit b die Erfüllung einer Pflicht und bei lit c die Verhinderung einer Straftat – zu erreichen. So betont auch der EGMR in ständiger Rsp, dass eine Haft iSd lit f nicht erforderlich sein muss, um zu verhindern, dass die auszuweisende Person eine Straftat begeht, ja es muss nicht

⁵⁸⁾ EGMR (GK) 22.10.2018, 35553/12 ua, S., V. und A./Dänemark, Rz 134.

⁵⁹⁾ III.B.

⁶⁰⁾ III.A. bei FN 38.

⁶¹⁾ Hier und im Folgenden ist immer der 2. Tatbestand der lit f gemeint.

einmal zu besorgen sein, dass sie sich der Ausweisung durch Flucht entzieht.⁶² Als Haftgrund genügt, dass gegen sie ein Ausweisungsverfahren im Gange ist,⁶³ letztlich darf die auszuweisende Person also in Haft genommen werden, weil sie auszuweisen ist. Diese Haft ist einer Verhältnismäßigkeitsprüfung von vornherein nicht zugänglich: In Ermangelung eines externen Haftzwecks hat es keinen Sinn zu fragen, ob die Freiheitsentziehung geeignet und erforderlich ist, ebenso wenig ist zu sehen, wogegen man die Freiheitsentziehung abwägen sollte. Um die Verhängung, Dauer und Ausgestaltung der Haft nach lit f dennoch zu disziplinieren, hat der EGMR für sie aber drei alternative Anforderungen etabliert:

Erstens muss das Ausweisungsverfahren, das die Haft legitimiert, tatsächlich „schwebend“ bzw. „im Gange“ sein. Das setzt zwar keine förmliche Verfahrenseileitung voraus, der Staat muss aber bereits Schritte mit Blick auf eine Abschiebung gesetzt haben.⁶⁴ Das Ausweisungsverfahren bleibt auch „schwebend“, wenn der Betroffene um internationalen Schutz ansucht: Das unterbricht das Verfahren nur, beendet es aber nicht.⁶⁵ Wird das Ausweisungsverfahren förmlich beendet, muss die Haft jedenfalls aufgehoben werden,⁶⁶ möglicherweise aber auch schon früher: Das Verfahren darf nämlich kein bloßer Vorwand sein, um Ausländer zu inhaftieren, für die ein Haftgrund nach den allgemeinen Standards fehlt.⁶⁷ Deshalb besteht der EGMR darauf, dass der Staat die Ausweisung mit angemessener Sorgfalt, dh aktiv und zügig, betreibt. Tut er das nicht, verliert die Haft ihre Rechtfertigung.⁶⁸ Gleiches gilt, wenn eine Ausweisung sich im Laufe des Verfahrens als aussichtslos erweist,⁶⁹ und erst recht, wenn sie von Beginn an aussichtslos war.⁷⁰ Ob sich die Haft auf die vernünftigerweise notwendige Dauer beschränkt,⁷¹ ist demnach von Fall zu Fall zu entscheiden.⁷²

⁶² EGMR (GK) 15.11.1996, 22414/93, *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Rz 112; (GK) 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 164; 11.10.2011, 46390/10, *Auad/Bulgarien*, Rz 128; 12.2.2013, 58149/08, *Amie ua/Bulgarien*, Rz 72; 14.7.2014, 44260/13, *Kim/Russland*, Rz 49; 22.9.2015, 62116/12, *Nabil ua/Ungarn*, Rz 28; 6.11.2018, 52548/15, *K.G./Belgien*, Rz 74. Frühere Entscheidungen des EGMR konnten hingegen noch so verstanden werden, dass die Haft der Sicherung der Ausweisung dienen muss, insb das bei *Kopetzki* (FN 2) Art 2 PersFrG, Rz 81, zitierte Urteil EGMR 22.3.1995, 18580/91, *Quinn/Frankreich*, Rz 47.

⁶³ Gleiches gilt für das Auslieferungsverfahren, das hier und im Folgenden stets mitgemeint ist.

⁶⁴ EGMR 9.10.2003, 48321/99, *Slivenko/Lettland*, Rz 146; s auch *Kopetzki* (FN 2) Art 2 PersFrG, Rz 79.

⁶⁵ EGMR 22.9.2015, 62116/12, *Nabil ua/Ungarn*, Rz 38; EuGH (GK) 15.2.2016, Rs C-601/15 PPU, *J. N.*, Rz 79 f.

⁶⁶ EGMR (GK) 15.11.1996, 22414/93, *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Rz 113.

⁶⁷ Das ist etwa geschehen im Fall *A. ua/Vereinigtes Königreich*, s EGMR (GK) 19.2.2009, 3455/05, Rz 164, 170 ff.

⁶⁸ EGMR (GK) 15.11.1996, 22414/93, *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Rz 113; 9.10.2003, 48321/99, *Slivenko/Lettland*, Rz 146; (GK) 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 164, 169; 11.10.2011, 46390/10, *Auad/Bulgarien*, Rz 128; 12.2.2013, 58149/08, *Amie ua/Bulgarien*, Rz 72; 22.9.2015, 62116/12, *Nabil ua/Ungarn*, Rz 29.

⁶⁹ EGMR 12.2.2013, 58149/08, *Amie ua/Bulgarien*, Rz 77 ff; 14.7.2014, 44260/13, *Kim/Russland*, Rz 52, 56; 22.9.2015, 62116/12, *Nabil ua/Ungarn*, Rz 38 ff.

⁷⁰ Nicht akzeptiert hat der EGMR daher zB die Inhaftierung eines Staatenlosen, bei dem nichts dafür sprach, dass ein anderer Staat bereit wäre ihn aufzunehmen: EGMR (GK) 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 167.

⁷¹ EGMR (GK) 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 164; 11.10.2011, 46390/10, *Auad/Bulgarien*, Rz 128, 131; 12.2.2013, 58149/08, *Amie ua/Bulgarien*, Rz 72.

Dass eine innerstaatlich festgelegte Maximaldauer eingehalten wird, genügt dafür nicht.⁷³⁾ Bei entsprechendem behördlichen Bemühen kann die Haft sogar sechs Jahre dauern;⁷⁴⁾ eine monate- oder gar jahrelange Untätigkeit der Behörden akzeptiert der EGMR hingegen nicht.⁷⁵⁾ Die Haft darf überdies keinen Strafcharakter haben und daher nicht deutlich länger dauern als die Freiheitsstrafe, mit der die Verwaltungsübertretung bedroht ist, wegen der die Ausweisung verfügt wurde.⁷⁶⁾

Neben der Haftdauer diszipliniert der EGMR zweitens die Ausgestaltung der Haft: So sind nach der neueren Judikatur Inhaftierte an einem angemessenen Ort⁷⁷⁾ und zu angemessenen Bedingungen⁷⁸⁾ unterzubringen. Bei Kindern und Schwerkranken muss die Haft außerdem *ultima ratio* sein.⁷⁹⁾

Drittens leitet der EGMR aus dem Willkürverbot ab, dass die Haft in gutem Glauben verhängt werden und „eng mit den Gründen verbunden“ sein muss, auf die sich der jeweilige Staat beruft.⁸⁰⁾ Darin könnte man einen zarten Keim für die Forderung sehen, dass die Haft geeignet und erforderlich sein muss, um den – vom Staat frei gewählten – Haftzweck zu erreichen und dass die Haftdauer nicht außer Verhältnis zu diesem Zweck stehen darf. Bisher hat der EGMR dies aber nicht ausgesprochen; möglicherweise, weil er nicht riskieren will, dass die Staaten diesen Verhältnismäßigkeitsanforderungen ausweichen, indem sie gar keinen externen Haftzweck benennen und sich darauf zurückziehen, dass lit f eine Haft bereits erlaubt, *weil* jemand von einem Ausweisungsverfahren betroffen ist.

Art 5 Abs 1 lit f Tb 2 EMRK lässt damit auch zu, dass ein Staat einen Auszuweisenden präventiv inhaftiert, weil er ihn für gefährlich hält. Für Asylsuchende ist eine solche Präventivhaft in der Aufnahmerichtlinie⁸¹⁾ sogar ausdrücklich vorgesehen. Ihr Art 8 Abs 1 lit e erlaubt eine Haft, wenn dies aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung erforderlich ist. Wie der EuGH erläutert hat, setzt das voraus, dass das individuelle Verhalten der Asylsuchenden eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder die innere

⁷²⁾ EGMR 12.2.2013, 58149/08, *Amie ua/Bulgarien*, Rz 72.

⁷³⁾ EGMR 11.10.2011, 46390/10, *Auad/Bulgarien*, Rz 131.

⁷⁴⁾ EGMR (GK) 15.11.1996, 22414/93, *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Rz 123.

⁷⁵⁾ EGMR (GK) 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 167 (Behörde nimmt mit dem Heimatstaat des Auszuweisenden erst zwei Jahre nach Inhaftnahme Verhandlungen auf); 11.10.2011, 46390/10, *Auad/Bulgarien*, Rz 132 (Behörde ersucht während einer 18-monatigen Haft den Heimatstaat nur dreimal um Reisepapiere, unternimmt fünf Monate nichts und beendet die Haft erst dann); 14.7.2014, 44260/13, *Kim/Russland*, Rz 51 (Behörde fragt beim mutmaßlichen Heimatstaat des staatenlosen Auszuweisenden erst vier Monate nach der Inhaftierung um die Ausstellung von Dokumenten an bzw kontaktiert während rund zwei Jahren nur fünfmal die Botschaft).

⁷⁶⁾ EGMR 14.7.2014, 44260/13, *Kim/Russland*, Rz 55.

⁷⁷⁾ EGMR (GK) 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 164.

⁷⁸⁾ EGMR 19.1.2010, 41442/07, *Muskhadzhiyeva ua/Belgien*, Rz 74; 14.7.2014, 44260/13, *Kim/Russland*, Rz 49.

⁷⁹⁾ ZB EGMR 20.12.2011, 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje/Belgien*, Rz 124; 19.1.2012, 39472/07 und 39474/07, *Popov/Frankreich*, Rz 119; 6.11.2018, 52548/15, *K.G./Belgien*, Rz 73.

⁸⁰⁾ EGMR (GK) 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 164.

⁸¹⁾ Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (im Folgenden: Aufnahmerichtlinie), ABl 2013 L 180/96.

oder äußere Sicherheit des Aufenthaltsstaates berührt.⁸²⁾ Die Haft muss nach der Richtlinie außerdem geeignet, erforderlich und ieS verhältnismäßig sein.⁸³⁾ Um die Erforderlichkeit zu gewährleisten, muss das nationale Recht auch gelindere Mittel als die Inhaftierung vorsehen, zB Meldeauflagen, Aufenthaltsgebote oder Sicherheitsleistungen.⁸⁴⁾ Flankierend räumt die Richtlinie dem Auszuweisenden Informations- und Verfahrensrechte⁸⁵⁾ sowie einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung der Haftanordnung ein.⁸⁶⁾

Wenig überraschend findet der EuGH, dass diese Präventivhaftermächtigung in Art 5 Abs 1 lit f EMRK gedeckt ist, sofern die Haft während eines schwebenden Ausweisungsverfahrens verhängt wird;⁸⁷⁾ durch das Verhältnismäßigkeitsgebot stellt die Richtlinie an diese Haft ja sogar höhere Anforderungen als Art 5 EMRK. Vergleicht man die Präventivhaft der Richtlinie jedoch mit der Präventivhaft nach Art 5 Abs 1 lit b und c EMRK, werden deutliche Unterschiede sichtbar:

Nach lit b und lit c darf eine Präventivhaft nur verhängt werden, um eine Straftat abzuwehren, die bereits nach Ort, Zeit und Opfer konkretisiert ist. Diese Haftvoraussetzung schützt die persönliche Freiheit doppelt: Erstens reduziert sie das Risiko, das mit Gefahrenprognosen stets einhergeht, auf ein sehr geringes Maß. Zweitens schafft sie einen situationsbezogenen Haftgrund, der rasch beendet ist, weil sich das Zeitfenster für eine derart konkretisierte Straftat nach wenigen Stunden oder Tagen schließt. Solche Limitierungen kennt die Präventivhaft nach der Richtlinie nicht: Die Gefahr, die sie abwehren soll, muss zwar „tatsächlich“ und „gegenwärtig“, aber keineswegs schon nach Zeit, Ort und Opfer konkretisiert sein; dementsprechend steigt hier das Risiko einer Fehlprognose spürbar an. Zugleich kann die Freiheitsentziehung deutlich länger dauern, weil der Haftgrund eine entwicklungs offene Gefahr ist; sie wird in der Regel im bisherigen Verhalten und in der „Haltung“ des Inhaftierten verortet und sich folglich während seiner Inhaftierung kaum ändern. Da die Haft ein Annex zum Ausweisungsverfahren ist, wird sie meist erst mit diesem Verfahren enden, also nicht nach Stunden oder Tagen, sondern unter Umständen erst nach Monaten oder Jahren.

Die Präventivhaft der Richtlinie greift somit viel gravierender in die persönliche Freiheit ein als die Präventivhaft nach Art 5 Abs 1 lit b und c EMRK. Das Gewicht der Haftgründe kann dies aber nicht erklären, eher im Gegenteil: Eine Präventivhaft nach lit c darf nur verhängt werden, um eine schwerwiegende Straftat abzuwehren. Nichts Anderes wird, wie gezeigt,⁸⁸⁾ für die Präventivhaft nach lit b gelten. Demgegenüber setzt die Präventivhaft nach der Richtlinie eine erhebliche Gefahr voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder die innere oder äußere Sicherheit des Aufenthaltsstaates berührt: Das ist bei schweren Straftaten gewiss der Fall; die Gefahr kann aber auch unter dieser Schwelle liegen. Als Erklärung für die unterschiedliche Eingriffsschwere bleibt damit nur der Adressatenkreis: Die risikoarme und kurze Präventivhaft nach lit b und c kann jeden

⁸²⁾ EuGH (GK) 15.2.2016, Rs C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 67.

⁸³⁾ Art 8 Abs 2, Art 9 Abs 1 Aufnahmerichtlinie.

⁸⁴⁾ Art 8 Abs 4 Aufnahmerichtlinie.

⁸⁵⁾ Art 9 Abs 4, 6-10 Aufnahmerichtlinie.

⁸⁶⁾ Art 9 Abs 3, 5 Aufnahmerichtlinie.

⁸⁷⁾ EuGH (GK) 15.2.2016, Rs C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 77 ff.

⁸⁸⁾ Oben III.B. am Ende.

Menschen treffen, die risikobehaftete und lange Präventivhaft nach der Richtlinie hingegen nur Asylsuchende. Die Richtlinie ermächtigt also dazu, über Asylsuchende eine Präventivhaft zu verhängen, die die EMRK bei Inländern keinesfalls akzeptieren würde. Dass diese Haft Art 5 Abs 1 lit f Tb 2 EMRK entspricht und nach dieser Bestimmung auch auf alle anderen Ausländer erstreckt werden könnte (nach Art 14 EMRK womöglich sogar müsste), ist zur Kenntnis zu nehmen. Doch ist schwer zu übersehen, dass hinter einer solchen Haft eine irrationale Prämisse steht: Asylsuchende (wahlweise: alle Ausländer) sind *per se* gefährlich; tritt zu dieser Grundgefahr ein weiteres Bedrohungsmoment hinzu, steigt ihre Gesamtgefährlichkeit so an, dass eine Haft gerechtfertigt ist.

IV. Bilanz

Es ist kein Zufall, dass die drei geschilderten Präventivhaftarten des Art 5 Abs 1 lit b, c und f EMRK erst in der jüngeren Vergangenheit hervorgetreten sind; ihre Etablierung liegt ganz auf der allgemeinen Linie der Politik, das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit neu zu bewerten. Diese Umwertung geht indes nicht ohne Brüche vonstatten. Das beginnt mit der Präventivhaft nach lit b, die nicht nur dogmatisch holprig begründet, sondern selbst für die polizeiliche Praxis verfehlt konstruiert ist. Es setzt sich fort bei der Präventivhaft nach lit c, die zwar im Ergebnis vertretbar ist, deren Begründung aber offensichtlich mehr von pragmatischen als von dogmatischen Überlegungen geleitet war. Es endet schließlich mit der Präventivhaft der Aufnahme richtlinie, deren Vereinbarkeit mit lit f zwar dogmatisch begründbar ist; doch ist diese Haft so verquer konstruiert, dass ein Wertungswiderspruch den nächsten produziert:

Der Kardinalfehler dieser dritten Haft ist, dass sie bei der Abwehr von Gefahren, die mit der Staatsangehörigkeit nichts zu tun haben, zwischen Inländern und Ausländern und innerhalb der letzteren noch einmal zwischen Asylsuchenden und anderen Ausländern differenziert. Diese Ungleichbehandlung geschieht aber nicht offen; die Haft wird vielmehr als Annex zum Ausweisungsverfahren gestaltet. Sie ist daher auch zeitlich mit diesem limitiert, obwohl sich die abzuwehrende Gefahr mit dem Ende des Ausweisungsverfahrens nicht notwendig erledigt. Eine derart fragwürdig konzipierte Haft treibt zwangsläufig seltsame Blüten: Asylsuchende, deren Abschiebung von vornherein aussichtslos ist, bleiben von der risikoreichen und langen Präventivhaft verschont, obwohl Abschiebungschancen und Gefahrenpotential in keiner Weise korrelieren. Asylsuchende, deren Ausweisung sich erst im Laufe des Verfahrens als undurchführbar erweist, müssen enthaftet werden, auch wenn die Gefahr, wegen der sie inhaftiert wurden, weiterhin besteht. Das führt den Staat in ein Dilemma: Entweder er lässt eine Person frei, die er zuvor als so gefährlich klassifiziert hat, dass er sogar ihre Haft für geboten hält, oder er zieht das Ausweisungsverfahren künstlich in die Länge und verletzt damit die EMRK. Aus diesem Dilemma könnte sich der Staat zwar leicht befreien, indem er sich darauf besinnt, dass er dasselbe Gefahrenpotential bei Nichtasylsuchenden von vornherein mit gelinderen Mitteln wie Überwachungen oder Meldepflichten bewältigt. Nur müsste er dann wiederum zugeben, dass die Inhaftierung des Asylsuchenden schon im Ansatz verfehlt war.

Diesem Irrgarten an unbegründbaren Benachteiligungen und unlösbaren Verstrickungen kann ein Staat nur entrinnen, wenn er – wie Österreich in Art 2

Abs 1 Z 7 PersFrG – die Haft während eines Ausweisungsverfahrens strikt in den Dienst der Ausweisung stellt: Die Haft darf dann nur verhängt werden, wenn sie notwendig ist, um eine Ausweisung zu sichern, und diese „echte“ Schubhaft muss zur Erreichung des Sicherungszwecks geeignet, erforderlich und iES verhältnismäßig sein.⁸⁹⁾ Wer nicht ausgewiesen werden kann, darf folglich nicht inhaftiert werden; und wessen Ausweisung sich als undurchführbar erweist, muss enthaftet werden. Zwar kann auch diese Haft von vornherein nur über Ausländer verhängt werden, weil nur sie von einer Ausweisung betroffen sein können; das ist aber die unvermeidliche Folge der Tatsache, dass Ausländer anders als Inländer kein unbedingtes Aufenthaltsrecht haben.

Der Verfassungsgesetzgeber war nach alldem im Jahr 1988 gut beraten, in Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG strenger als Art 5 Abs 1 lit f EMRK zu sein und nur eine echte Schubhaft zu erlauben. Nichts zwingt Österreich dazu, diese Schubhaft in eine Präventivhaft umzufunktionieren und sich damit bei jeder undurchführbaren Ausweisung in ein Dilemma zu manövrieren. Die inzwischen aus dem Amt geschiedene Regierung wurde nicht müde, den Eigenstand des österreichischen Rechts zu betonen; und sie hat im Dienste der Freiheit sogar dem „Goldplating“ den Kampf angesagt.⁹⁰⁾ Dann sollte es sich doch von selbst verstehen, dass man die österreichische Verfassung nicht eigens ändert, um eine schwere Freiheitsbeschränkung zu ermöglichen, die unionsrechtlich keineswegs zwingend vorgeschrieben ist.

⁸⁹⁾ Siehe näher *Kopetzki* (FN 2) Art 2 PersFrG, Rz 81 f; *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (22. Lfg 2019) Art 2 PersFrSchG, Art 5 MRK, Rz 87.

⁹⁰⁾ Siehe nur das Anti-Gold-Plating Gesetz 2019, BGBl I 2019/46.