

Franz Merli

## Gutachten zu Fragen einer geplanten „Sicherungshaft“ für Asylwerber

erstattet für den Klub der NEOS im Parlament

## Inhaltsübersicht:

- I. Das Regierungsvorhaben \*
- II. Die derzeitige Regelung der Schubhaft
- III. Die geplante „Sicherungshaft“ als Präventivhaft
- IV. Grenzen der Zulässigkeit
  - A. Das PersFrG
  - B. Art 5 EMRK
  - C. Art 6 GRC und die Aufnahmerichtlinie
- V. Rechtspolitische Argumente
- VI. Zusammenfassung

## I. Das Regierungsvorhaben

Die Regierung hat angekündigt, eine „Sicherungshaft“ für Asylwerber einzuführen, die die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Ein konkreter Gesetzesentwurf wurde noch nicht vorgelegt, doch verschiedenen Wortmeldungen und an die Öffentlichkeit gelangten Dokumenten ist zu entnehmen, dass in § 76 Abs 2 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) die Fluchtgefahr oder die Notwendigkeit für die Sicherung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme als Voraussetzung für die Schubhaft gestrichen und zugleich Art 2 Abs 1 Z 7 Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG) umformuliert werden soll, um die Änderung des FPG verfassungsrechtlich abzusichern.<sup>1</sup>

In der Folge wird untersucht, was dieses Vorhaben bewirken und auf welche rechtlichen Grenzen es stoßen würde.

## II. Die derzeitige Regelung der Schubhaft

§ 76 lautet in der derzeit gültigen Fassung wie folgt:

„Schubhaft

§ 76. (1) Fremde können festgenommen und angehalten werden (Schubhaft), sofern der Zweck der Schubhaft nicht durch ein gelinderes Mittel (§ 77) erreicht werden kann. Unmündige Minderjährige dürfen nicht in Schubhaft angehalten werden.

(2) Die Schubhaft darf nur angeordnet werden, wenn

1. dies zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme notwendig ist, sofern der Aufenthalt des Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gemäß § 67 gefährdet, Fluchtgefahr vorliegt und die Schubhaft verhältnismäßig ist,

[...].“

Damit ist die Schubhaft (in den hier relevanten Fällen) an zwei kumulative Voraussetzungen gebunden: Sie muss der Sicherung der Aufenthaltsbeendigung und zugleich der Abwehr einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit dienen.

Die doppelte Zweckbindung ist entstanden, weil die ursprüngliche österreichische Schubhaftregelung aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben beschränkt werden musste.

Ursprünglich diene die Schubhaft nur zu Sicherung von Verfahren, die zu einer Ausreisepflichtung führten, und der Abschiebung. Auf die Gefährlichkeit der betroffenen Personen kam

---

<sup>1</sup> Presseaussendung des BMI vom 27. 2. 2019, [https://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20190227\\_OTS0166/bmi-sicherungshaft-fakten-und-rechtslage](https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190227_OTS0166/bmi-sicherungshaft-fakten-und-rechtslage); Rohentwurf einer Änderung des PersFrG, zB unter <https://images.derstandard.at/2019/03/18/SicherungshaftRohentwurf.pdf>.

es nicht an; sie spielte allenfalls indirekt eine Rolle im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil bei Gefährlichkeit das Interesse an einer baldigen Beendigung des Aufenthalts größeres Gewicht hatte.<sup>2</sup>

Eine neue Situation trat dann mit der Erlassung der neugefassten Aufnahmerichtlinie der EU<sup>3</sup> ein. Ihr Art 8 beschränkte die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Antragsteller auf internationalen Schutz in Haft zu nehmen, auf taxativ angeführte Gründe. Die entsprechende Bestimmung des Art 8 Abs 3 lautet:

- „(3) Ein Antragsteller darf nur in Haft genommen werden,
- a) um seine Identität oder Staatsangehörigkeit festzustellen oder zu überprüfen;
  - b) um Beweise zu sichern, auf die sich sein Antrag auf internationalen Schutz stützt und die ohne Haft unter Umständen nicht zu erhalten wären, insbesondere wenn Fluchtgefahr des Antragstellers besteht;
  - c) um im Rahmen eines Verfahrens über das Recht des Antragstellers auf Einreise in das Hoheitsgebiet zu entscheiden;
  - d) wenn er sich aufgrund eines Rückkehrverfahrens gemäß der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger zur Vorbereitung seiner Rückführung und/oder Fortsetzung des Abschiebungsverfahrens in Haft befindet und der betreffende Mitgliedstaat auf der Grundlage objektiver Kriterien, einschließlich der Tatsache, dass der Antragsteller bereits Gelegenheit zum Zugang zum Asylverfahren hatte, belegen kann, dass berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass er den Antrag auf internationalen Schutz nur beantragt, um die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung zu verzögern oder zu vereiteln;
  - e) wenn dies aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung erforderlich ist,
  - f) wenn dies mit Artikel 28 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrag auf internationalen Schutz zuständig ist, in Einklang steht.

Haftgründe werden im einzelstaatlichen Recht geregelt.“

Die Sicherung der Ausweisung und Abschiebung allein ist also kein ausreichender Grund. Abgesehen von den Sonderfällen der lit a bis d und f ist Haft nur zulässig, wenn dies aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung erforderlich ist. Auf eine

---

<sup>2</sup> ZB VwGH 17.3.2009, 2007/21/0542; 25.3.2010, 2009/21/0121.

<sup>3</sup> 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 (Neufassung), ABl L 180/96.

entsprechende Klarstellung durch den VwGH<sup>4</sup> hat die Gesetzgebung schließlich reagiert und mit dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018 (FrÄG 2018) die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung als *zusätzliches* Tatbestandsmerkmal in § 76 Abs 2 FPG aufgenommen.<sup>5</sup>

Die Erläuterungen der Regierungsvorlage zum FrÄG 2018 führen dazu aus:

„Mit Erkenntnis vom 05.10.2017, Ro 2017/21/0009, hat der VwGH festgehalten, dass der geltende § 76 in Abs. 2 Z 2 und Abs. 6 lediglich die in Art. 8 Abs. 3 lit. d und f der 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 (Neufassung), ABl. L 180 vom 29.06.2013 S. 96 ff. (im Folgenden: Aufnahme-RL) genannten Haftgründe, auf welche die Inhaftierung eines Antragstellers (Art. 2 lit. b Aufnahme-RL) zulässigerweise gestützt werden kann, ordnungsgemäß in innerstaatliches Recht umsetze (VwGH, aaO Rz. 22). Hingegen lasse sich der geltende Abs. 2 Z 1 (zweiter Fall) keinem der in Art. 8 Abs. 3 Aufnahme-RL genannten Haftgründe zuordnen. Das bloße Vorliegen einer Fluchtgefahr nach dem geltenden Abs. 2 Z 1 (zweiter Fall) stelle auch bei gegebener Verhältnismäßigkeit per se keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit dar. Dies sei aber gemäß Art. 8 Abs. 3 lit. e Aufnahme-RL für die Inhaftierung eines Antragstellers während des offenen Asylverfahrens erforderlich. Die Haftgründe seien gemäß Art. 8 Abs. 3 letzter Satz Aufnahme-RL im einzelstaatlichen Recht zu regeln; dies sei – in Abs. 2 Z 2 und Abs. 6 – aber nur in Bezug auf die Haftgründe gemäß Art. 8 Abs. 3 lit. d und f Aufnahme-RL geschehen. Außerhalb von „Dublin-Konstellationen“ und außer dem in § 76 Abs. 6 genannten Fall, dass sich der Fremde bereits bei Antragstellung in Schubhaft befand, könne gegen Fremde während des offenen Asylverfahrens daher nach geltender Rechtslage keine Schubhaft angeordnet bzw. vollzogen werden.

Durch die vorgeschlagene Änderung soll – außerhalb von ‚Dublin-Konstellationen‘ und außer dem in Abs. 6 genannten Fall – der Haftgrund des Art. 8 Abs. 3 lit. e Aufnahme-RL in innerstaatliches Recht umgesetzt werden. Zu diesem Zweck soll die vorgeschlagene Z 1 die Anordnung der Schubhaft gegen Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, dahingehend einschränken, dass neben Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit eine vom Aufenthalt des Fremden ausgehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit (dazu VwGH, aaO Rz. 24 und 25 unter Hinweis auf EuGH 15.02.2016, C-601/15 PPU, J.N., Rn. 67) als zusätzliche Haftvoraussetzung vorliegen muss.“<sup>6</sup>

### III. Die geplante „Sicherungshaft“ als Präventivhaft

---

<sup>4</sup> VwGH 05.10.2017, Ro 2017/21/0009.

<sup>5</sup> Art 2 Z 32 FrÄG 2018 BGBl I 2018/56.

<sup>6</sup> RV 189 BlgNR 26. GP, 18 f.

Entfällt die bisher notwendige Sicherung einer Ausreiseverpflichtung als Zweck der Schubhaft oder wird sie ohne konkrete Notwendigkeitsprüfung nur pro forma aufrechterhalten, ändert sich der Charakter der Schubhaft fundamental: Wenn es nicht mehr darauf ankommt, dass die Ausreise oder Abschiebung gesichert werden soll, sondern die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung reicht, ist die Schubhaft keine *Schubhaft* mehr, sondern unabhängig von ihrer Bezeichnung eine Haft zur Gefahrenabwehr, also eine Präventivhaft.

Eine solche Präventivhaft zur Verhinderung künftiger Straftaten wäre neu in der österreichischen Rechtsordnung. Zwar finden sich in Österreich einzelne Ermächtigungen zu präventiven Freiheitsbeschränkungen, doch setzen diese – anders als die geplante „Sicherungshaft“ – voraus, dass die betroffene Person bereits eine Straftat begangen oder zumindest versucht hat. Das gilt für die Untersuchungshaft wegen Tatbegehungsgefahr (§ 173 Abs 2 Z 3 StPO) ebenso wie für die Festnahme von Personen, die trotz Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharren oder sie zu wiederholen suchen (§ 35 VStG). Eine Parallele besteht allenfalls zur Unterbringung von Personen, die sich oder andere wegen psychischer Erkrankung gefährden, und bereits an diesem Vergleich wird die Fragwürdigkeit einer „Sicherungshaft“ deutlich.

Als Präventivhaft ist die „Sicherungshaft“ rechtsstaatlich außerordentlich heikel und wirft auch eine ganze Reihe von verfassungsrechtlichen Fragen auf.

#### **IV. Grenzen der Zulässigkeit**

Die vorgeschlagene Sicherungshaft stößt auf verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Grenzen vor allem aus dem PersFrG, Art 5 EMRK, Art 6 Grundrechtecharta der EU (GRC) und der Aufnahmerichtlinie. Alle genannten Bestimmungen schließen eine Inhaftnahme von Asylwerbern und Antragstellern auf subsidiären internationalen Schutz nicht von vornherein aus,<sup>7</sup> knüpfen sie aber an bestimmte Bedingungen.

##### **A. Das PersFrG**

Nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG darf die persönliche Freiheit einem Menschen auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden, „wenn dies notwendig ist, um eine beabsichtigte Ausweisung oder Auslieferung zu sichern“.

Voraussetzung sind somit der Sicherungszweck für die Ausweisung und die Notwendigkeit dafür. Zum Zusammenhang mit einem Ausweisungsverfahren hat der VfGH ausgesprochen:

„Der verfassungsrechtliche Begriff der Ausweisung iSd Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrSchG 1988 und Art 5 Abs 1 lit f EMRK geht von einer materiellen Betrachtungsweise aus und ist nicht mit dem im formellen Ausweisungsverfahren (wie es der einfache Gesetzgeber im AsylG 2005 und im FremdenpolizeiG geregelt hat) verwendeten Begriff

---

<sup>7</sup> Das ergibt sich zB aus VfSlg 18.143/2007; EGMR 22. 9. 2015, 62116/12, *Nabil ua/Ungarn*, Rz 38; EuGH EuGH 15. 2. 2016, C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 80.

gleichzusetzen. Denn der Ausdruck ‚Ausweisung‘ in den zitierten Verfassungsbestimmungen umfasst ‚vom Wortsinn her alle fremdenpolizeilichen Maßnahmen, die darauf abzielen, daß der Fremde das Land verlasse‘ (vgl VfSlg 13300/1992).

Die – mit der Entscheidung der Asylbehörde über die Frage, welcher Staat zur Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist, systematisch und zeitlich in engem Zusammenhang stehende – Prognoseentscheidung der Fremdenpolizeibehörde ist mit Blick auf die unmittelbar bevorstehende Ausweisung bzw Verfahrenseinleitung (§ 29 Abs 3 Z 4 iVm § 27 Abs 1 Z 1 AsylG 2005) von einer derartigen ‚rechtlichen Verdichtung‘ geprägt, dass dieser Verfahrensschritt durchaus vom verfassungsrechtlichen Begriff ‚schwebendes Ausweisungsverfahren‘ iSd Art 5 Abs 1 lit f EMRK umfasst ist.<sup>8</sup>

Die Absicht der Behörde zur Ausweisung muss also nicht zwingend durch ein bereits begonnenes Ausweisungsverfahren zum Ausdruck kommen. Nach der Lehre kann sie auch bloß „in einem nach außen gerichteten verfahrensmäßigen Akt artikuliert“ werden,<sup>9</sup> soweit ein nach außen gerichteter Akt verlangt wird, dürfte das strenger als die Rechtsprechung des VfGH sein. So oder so ist eine Absichtsbekundung aber in einem laufenden Verfahren auf Asyl oder subsidiären internationalen Schutz möglich.

Doch muss die Schubhaft zur Sicherung der Ausreise notwendig sein, und deshalb ist die Fluchtgefahr, deren Verwirklichung die Haft verhindern soll, eine verfassungsrechtlich unverzichtbare Voraussetzung der Schubhaft. Das ergibt sich schon aus dem Text des PersFrG (Art 2 Abs 1 Z 7: „wenn dies notwendig ist“) und wurde auch vom Gesetzgeber des FrÄG 2018 ausdrücklich anerkannt:

„Festzuhalten ist, dass der vorgeschlagene Abs. 2 Z 1 über die Vorgaben des Art. 8 Abs. 3 lit. e Aufnahme-RL insofern hinausgeht, als er neben einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zusätzlich das Vorliegen einer Fluchtgefahr voraussetzt. Dies ist verfassungsrechtlich geboten, weil Art. 2 Abs. 1 Z 7 des Bundesverfassungsgesetzes vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit – PersFrG, BGBl. Nr. 684/1988 idF BGBl. I Nr. 2/2008, für die Schubhaft das Vorliegen eines Sicherungsbedarfes im Hinblick auf eine beabsichtigte Ausweisung, der mit einer – wenn auch schwer wiegenden – Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit nicht gleichzusetzen ist, voraussetzt [...]“<sup>10</sup>

Eine Sicherungshaft nach dem vorgeschlagenen Modell wäre also verfassungswidrig. Deshalb soll nach dem an die Öffentlichkeit gelangten Entwurf auch das PersFrG geändert werden, um die „Sicherungshaft“ zulässig zu machen. Art 2 Abs 1 Z 7 soll lauten: „zur Sicherung von Ausweisung oder Auslieferung.“ Der Entwurf nennt dies „eine geringfügige Anpassung des Art. 2

---

<sup>8</sup> VfSlg 18.143/2007.

<sup>9</sup> *Khakzadeh-Leiler* in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (22. Lfg 2019) Art 2 PersFrSchG/Art 5 MRK, Rz 86; ebenso schon *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) 36 ff; *ders*, Voraussetzungen der Schubhaft ZUV 1996, 13 f; *Kopetzki* in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001) Art 2 PersFrG, Rz 79; *Muzak*, Die Schubhaft nach dem FPG 2005, *migralex* 2007, 81.

<sup>10</sup> RV 189 BlgNR 26. GP, 19.

Abs. 1 Z 7 PersFrBVG“ und meint: „Die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien für den Entzug der persönlichen Freiheit bleiben dabei freilich unangetastet.“<sup>11</sup>

Es ist jedoch äußerst zweifelhaft, ob eine solche Änderung ihren Zweck erreichen könnte: Die Notwendigkeit der Schubhaft zur Sicherung der Ausreise ergibt sich ja nicht nur aus Art 2 Z 7, sondern ebenso schon aus Art 1 Abs 3 PersFrG, und ganz allgemein müssen Grundrechtseingriffe nach den allgemeinen Grundrechtslehren und der Rechtsprechung auch dann erforderlich sein, wenn dies in der jeweiligen Norm nicht ausdrücklich angeordnet ist.

Wenn die vorgeschlagene (oder eine weitergehende) Änderung des PersFrG dagegen tatsächlich die Notwendigkeit der Sicherung entfallen ließe, wäre das allerdings keine geringfügige Anpassung seines Wortlauts eines Grundrechts, sondern ein massiver Eingriff in die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien für den Entzug der persönlichen Freiheit.

## **B. Art 5 EMRK**

Art 5 Abs 1 lit f EMRK erlaubt einen Freiheitsentzug auf die gesetzlich vorgesehene Weise, wenn der Betroffene „rechtmäßig festgenommen worden ist, [...] weil er von einem gegen ihn schwebenden Ausweisungs[...]verfahren betroffen ist“.

Auch die EMRK verlangt also einen Zusammenhang mit einem Ausweisungsverfahren. Die Anforderungen der EMRK und jene des PersFrG gleichen sich insoweit, als ein ernsthaftes Bemühen der Behörden erkennbar sein muss, die Ausreise der betroffenen Person zu befördern. Hier wie dort geht es nicht um die formelle Einleitung eines ganz bestimmten Verfahrens, sondern um eine materielle Betrachtungsweise. Der Wortlaut von Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG („beabsichtigte“ Ausweisung) könnte zwar einen weiteren Interpretationsrahmen als Art 5 Abs 1 EMRK („schwebendes Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren“) zulassen. Tatsächlich reicht aber auch dem EGMR – entsprechend dem englischen Originaltext – eine Absicht des Staates, die sich nach außen manifestiert.<sup>12</sup> Hier wie da ist eine Schubhaft unzulässig, wenn das Verfahren gar nicht oder nicht ernsthaft betrieben wird oder keine realistische Aussicht auf

---

<sup>11</sup> Rohentwurf (FN 1).

<sup>12</sup> *Khakzadeh-Leiler*, Art 2 PersFrSchG/Art 5 MRK in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (22. Lfg 2019) Rz 86 mwN; zur inhaltlichen Identität der Tatbestände auch aus Sicht des PersFrG *Kopetzki* in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001) Art 2 PersFrG, Rz 79; VfSlg 13.300/1992, 18.143/2007.



Erfolg hat;<sup>13</sup> das gilt auch dann, wenn der Betroffene gefährlich ist.<sup>14</sup> Ein behaupteter Sicherungszweck für die Ausreise reicht auch nicht, wenn er ein bloßer Vorwand für Maßnahmen mit anderen Zielen ist.<sup>15</sup> Keinen Hinweis gibt es darauf, dass, wie die Begründung zum Rohentwurf meint,<sup>16</sup> das PersFrG „enger [...] insbesondere hinsichtlich des Vorliegens einer Ausweisungsentscheidung und der zeitlichen Nähe der beabsichtigten Ausweisung“ als die korrespondierende Bestimmung des Art 5 Abs 1 lit f EMRK sei.

Tatsächlich anspruchsvoller ist das PersFrG aber, was die Notwendigkeit der Haft für die Sicherung der Ausreise anbelangt. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist die EMRK in diesem Punkt nicht so streng. Im Fall *Chahal* stellte die Große Kammer fest:

„[...]Article 5 paragraph 1 (f) [...] does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing; in this respect Article 5 para. 1 (f) [...] provides a different level of protection from Article 5 para. 1 (c) [...]. Indeed, all that is required under this provision [...] is that ‘action is being taken with a view to deportation’.“<sup>17</sup>

Eine Notwendigkeit der Schubhaft wegen Fluchtgefahr oder zur Verhinderung von Verbrechen verlangt der EGMR also explizit nicht.

---

<sup>13</sup> ZB EGMR (GK) 15. 11. 1996, 22414/93, *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Rz 113; EGMR (GK) 09.10.2003, 48321/99, *Slivenko/Lettland*, Rz 146; 8. 10. 2009, 10664/05, *Mikolenko/Estland*, Rz 59; 27.07.2010, 24340/08, *Louled Massoud/Malta*, Rz 60, 69; 23.7.2013, 42337/12, *Suso Musa/Malta*, Rz 91, 104 f; 12.02.2013, 58149/08, *Amie u.a./Bulgarien*, Rz 72, 77; (GK) 15. 12.2016, 16483/12, *Khlaifia/Italien*, Rz 90; 4. 4. 2017, 39061/11, *Thimothawes/Belgien*, Rz 60; 21.06.2018, 66702/13, *S.Z./Griechenland*, Rn. 54 ff.

<sup>14</sup> EGMR (GK) 19. 2. 2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 166 ff; 11. 10. 2011, 46390/10, *Auad/Bulgarien*, Rz 130 ff; 7. 2. 2012, 3727/08, *Al Husin/Bosnien und Herzegowina*, Rz 64.

<sup>15</sup> EGMR 18. 4. 2013, 67474/11, *Azimov/Russland*. § 164: “The Court reiterates that a detention may be unlawful if its outer purpose differs from the real one (see *Bozano v. France*, 18 December 1986, Series A no. 111, § 60; *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, § 42, ECHR 2002-I; and *Khodorkovskiy v. Russia*, no. 5829/04, § 142, 31 May 2011). The circumstances of the present case surrounding the applicant’s detention pending expulsion may be reasonably interpreted as suggesting that the real intention of the authorities was to keep the applicant in prison with a view to extradition after the maximum period set by the law for that purpose had expired.” Vgl auch EGMR (GK) 19. 2. 2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 186, wo eine auf Ausländer beschränkte Notstandsmaßnahme als Diskriminierung für unzulässig erklärt wurde, weil es in der Sache nicht um Immigration ging, bei der die Unterscheidung von Staatsbürgern und Ausländern zulässig war, sondern um Terrorabwehr, für die diese Unterscheidung irrelevant war.

<sup>16</sup> Rohentwurf (FN 1).

<sup>17</sup> EGMR (GK) 15. 11. 1996, 22414/93, *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Rz 112; s. auch zB EGMR (GK) 29. 1. 2008, 13229/03, *Saadi/Vereinigtes Königreich*, Rz 72; (GK) 19. 2. 2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 164; EGMR 8. 10. 2009, 10664/05, *Mikolenko/Estland*, Rz 59; 19. 1. 2010, 41442/07, *Muskhadzhiyeva ua/Belgien*, Rz 74; 23.07.2013, 41872/10, *M.A./Zypern*, Rz 206; (GK) 15. 12. 2016, 16483/12, *Khlaifia/Italien*, Rz 90; 4. 4. 2017, 39061/11, *Thimothawes/Belgien*, Rz 60. Besonders deutlich zB EGMR 5. 2. 2002, 51564/99, *Čonka/Belgien*, Rz 38, und jüngst im Hinblick auf einen Beschwerdeführer, der seine Gefährlichkeit bestritten hatte, EGMR 6. 11.2018, 52548/15, *K.G./Belgien*, Rz 74.

Allerdings muss die Haft dem innerstaatlichem Recht entsprechen (zu dem auch das einschlägige Unionsrecht zählt<sup>18</sup> und das seinerseits die Notwendigkeit verlangen kann<sup>19</sup>) und darf unabhängig davon nicht willkürlich sein.

„To avoid being branded as arbitrary, detention under Article 5 § 1 (f) must be carried out in good faith; it must be closely connected to the ground of detention relied on by the Government; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that “the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country”; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued [...].”<sup>20</sup>

Insgesamt enthält der Prüfungsstandard des EGMR also mehrere Elemente einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, darunter die Unzulässigkeit der Haft bei mangelnder Zweckverfolgung oder Abschiebemöglichkeit, die Forderung nach angemessenen Haftbedingungen und das Verbot einer exzessiven Haftdauer, und darüber hinaus hält der EGMR die Schubhaft wenn schon nicht generell, so doch bei besonders verletzlichen Personen, etwa Kindern oder Schwerkranken, nur für zulässig, wenn gelindere Mittel nicht in Betracht kommen.<sup>21</sup> Eine allgemeine strenge Prüfung der Erforderlichkeit der Haft nimmt er, sofern sie nicht vom nationalen Recht verlangt wird, aber eben nicht vor.

Für die vorgeschlagene Sicherungshaft bedeutet das, dass sie durch Art Abs 1 lit f EMRK zwar nicht von vornherein ausgeschlossen wird, aber jedenfalls nur dann und so lang verhängt werden kann, als ernsthafte und aussichtsreiche Bemühungen um eine Ausreise laufen. Eine Sicherungshaft von Asylwerbern, die zwar gefährlich, aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht abgeschoben werden können (zB wegen mangelnder Kooperation des Heimatstaates oder dort drohender unmenschlicher Behandlung), würde Art 5 Abs 1 lit f EMRK widersprechen.

Ergänzend muss darauf hingewiesen werden, dass die vorgeschlagene „Sicherungshaft“ auch nach anderen Tatbeständen des Art 5 Abs 1 EMRK nicht zulässig wäre. Die in Frage kommenden präventiven Tatbestände werden vom EGMR sehr eng ausgelegt. Art 5 Abs 1 lit b EMRK rechtfertigt daher zB keine Freiheitsentziehung, um Bürger zu zwingen, ihre allgemeine Pflicht zu erfüllen, die Gesetze zu befolgen. Die Pflicht, keine Straftat zu begehen, ist nur ausreichend bestimmt und konkret iSd lit b, wenn Ort und Zeit der unmittelbar bevorstehenden Straftat und

---

<sup>18</sup> 4. 4. 2017, 39061/11, *Thimothawes/Belgien*, Rz 70 f. Wie dort ausgeführt, hält sich der EGMR aber bei der Kontrolle der Unionsrechtskonformität der nationalen Umsetzungsmaßnahmen sehr zurück.

<sup>19</sup> ZB EGMR 22. 9. 2015, 62116/12, *Nabil ua/Ungarn*, Rz 39 ff.

<sup>20</sup> EGMR 22. 9. 2015, 62116/12, *Nabil ua/Ungarn*, Rz 34. Ähnlich zB EGMR (GK) 29. 1. 2008, 13229/03, *Saadi/Vereinigtes Königreich*, Rz 74; (GK) 19. 2. 2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rz 164; 27.07.2010, 24340/08, *Louled Massoud/Malta*, Rz 62; 4. 4. 2017, 39061/11, *Thimothawes/Belgien*, Rz 64.

<sup>21</sup> ZB EGMR 19. 1. 2010, 41442/07, *Muskhadzhiyeva ua/Belgien*, Rz 74; 19. 1. 2012, 39472/07 und 39474/07, *Popov/Frankreich*, Rz § 119; 20. 12. 2011, 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje/Belgien*, Rz 124; 4. 4. 2017, 39061/11, *Thimothawes/Belgien*, Rz 73 ff; 6. 11.2018, 52548/15, *K.G./Belgien*, Rz 73.

ihre möglichen Opfer ausreichend präzisiert sind, der Betroffene unterrichtet worden ist, welche bestimmte Tat er unterlassen muss, und nicht bereit ist, dies zu tun.<sup>22</sup> Bei lit c war lange strittig, ob der präventive Tatbestand (wenn „begründeter Anlass zu der Annahme besteht, daß es notwendig ist, den Betreffenden an der Begehung einer strafbaren Handlung [...] zu hindern“) überhaupt außerhalb des Strafverfahrens und ohne Vortat anwendbar ist. Das hat der EGMR zwar kürzlich bejaht, doch die Anwendung wiederum auf die Verhinderung konkreter und im Hinblick auf Zeit, Ort und Opfer spezifischer Verstöße beschränkt:

“This ground of detention does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence (see, for example, *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, § 102, Series A no. 39; *Ciulla v. Italy*, 22 February 1989, § 40, Series A no. 148; and *Shimovolos*, cited above, § 54) as regards, in particular, the place and time of its commission and its victim(s) (see *M. v. Germany*, no. 19359/04, §§ 89 and 102, ECHR 2009). This can be seen both from the use of the singular (‘an offence’) and from the object of Article 5, namely to ensure that no one should be dispossessed of his or her liberty in an arbitrary fashion (see *Guzzardi*, cited above, § 102, and *M. v. Germany*, cited above, § 89).”<sup>23</sup>

Für die geplante “Sicherungshaft” kommt daher weder Art 5 Abs 1 lit b oder c EMRK als verfassungsrechtliche Deckung in Frage.

### **C. Art 6 GRC und die Aufnahmerichtlinie**

Nach Art 6 GRC hat jeder Mensch das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Diese sehr kurze Bestimmung ist als abgekürzte Parallelbestimmung zu Art 5 EMRK gemeint und hat nach Art 52 Abs 3 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihr in der EMRK verliehen wird. Die EU darf allerdings einen weitergehenden Schutz vorsehen. Das bedeutet, dass die taxative Liste der Haftgründe des Art 5 EMRK und die dort vorgesehenen sonstigen Beschränkungen der Freiheitsentziehung auch Teil von Art 6 GRC sind und dass auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art 5 EMRK eine Rechtserkenntnisquelle zu Art 6 GRC darstellt.

Der EuGH hat sich diesem Zusammenhang von Art 5 EMRK und Art 6 GRC als Prüfungsmaßstab für Sekundärrecht der EU wie folgt geäußert:

„45 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die durch die EMRK anerkannten Grundrechte, wie Art. 6 Abs. 3 EUV bestätigt, zwar als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind und dass nach Art. 52 Abs. 3 der Charta die in ihr enthaltenen Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden, doch stellt die EMRK, solange die Union ihr nicht beigetreten ist, kein Rechtsinstrument dar, das formell in die Unionsrechtsordnung übernommen wurde (Urteile *Åkerberg Fransson*, C-617/10,

---

<sup>22</sup> ZB EGMR 1. 12. 2011, 8080/08 und 8577/08, *Schwabe u. M. G./Deutschland*, Rz 73, 82; 7. 3. 2013, 15598/08, *Ostendorf/Deutschland*, Rz 69-73, 93-94, 97, 99, 101; (GK) 22. 10. 2018, 35553/12, 36678/12 und 36711/12, *S., V. und A./Dänemark*, Rn. 83.

<sup>23</sup> EGMR (GK) 22. 10. 2018, 35553/12, 36678/12 und 36711/12, *S., V. und A./Dänemark*, Rn. 89 (Zitat), 103, 114.

EU:C:2013:105, Rn. 44, und *Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Kommission*, C-398/13 P, EU:C:2015:535, Rn. 45).

46 Somit ist die Prüfung der Gültigkeit von Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2013/33 allein anhand der durch die Charta garantierten Grundrechte vorzunehmen (vgl. in diesem Sinne Urteile *Otis u. a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, Rn. 47, und *Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Kommission*, C-398/13 P, EU:C:2015:535, Rn. 46).

47 Insoweit ergibt sich aus den Erläuterungen zu Art. 6 der Charta, die nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 der Charta bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen sind (vgl. in diesem Sinne Urteile *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, Rn. 20, und *Spasic*, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, Rn. 54), dass die Rechte aus Art. 6 der Charta den durch Art. 5 EMRK garantierten Rechten entsprechen und dass die Einschränkungen, die legitim an der Ausübung der in Art. 6 der Charta verankerten Rechte vorgenommen werden können, nicht über die Einschränkungen hinausgehen dürfen, die nach der EMRK im Rahmen ihres Art. 5 zulässig sind. In den Erläuterungen zu Art. 52 der Charta heißt es jedoch, dass mit Abs. 3 dieses Artikels die notwendige Kohärenz zwischen der Charta und der EMRK geschaffen werden soll, „ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs der Europäischen Union berührt wird“.<sup>24</sup>

Anlass dafür war die Prüfung der Gültigkeit von Art 8 Abs 3 UA 1 lit e Aufnahmerichtlinie. Genau diese Bestimmung ist es, die die Regierung mit ihrem Vorschlag zu einer „Sicherungshaft“ umsetzen will. In der Sache selbst sprach der EuGH Folgendes aus:

„77 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 52 Abs. 3 der Charta die in der Charta enthaltenen Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Daher ist Art. 5 Abs. 1 EMRK bei der Auslegung von Art. 6 der Charta zu berücksichtigen. Beim Erlass von Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2013/33 hat der Unionsgesetzgeber aber das durch Art. 5 Abs. 1 Buchst. f zweiter Satzteil EMRK gebotene Schutzniveau nicht verkannt.

78 Die letztgenannte Bestimmung gestattet nämlich nach ihrem Wortlaut die rechtmäßige Freiheitsentziehung bei einer Person, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist. Hierzu hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zwar im Urteil *Nabil u. a./Ungarn* (§ 29) entschieden, dass eine auf diese Bestimmung gestützte Freiheitsentziehung nur gerechtfertigt sein kann, wenn ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist, und dass die Inhaftierung nicht mehr durch sie gerechtfertigt ist, wenn das Verfahren nicht mit der gebotenen Sorgfalt betrieben wird. In diesem Urteil wurde jedoch nicht die Möglichkeit für einen Mitgliedstaat ausgeschlossen, unter Beachtung der von ihr vorgesehenen Garantien einen Drittstaatsangehörigen in Haft zu nehmen, gegen den vor der Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz eine mit einem Einreiseverbot einhergehende Rückkehrentscheidung ergangen war.

79 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat hinzugefügt, dass ein laufendes Asylverfahren für sich genommen nicht bedeutet, dass eine Person angesichts

---

<sup>24</sup> EuGH 15. 2. 2016, C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 45-47.

eines von ihr gestellten Asylantrags nicht mehr im Hinblick auf ihre Ausweisung inhaftiert wird, da eine etwaige Ablehnung dieses Antrags den Weg für den Vollzug der bereits beschlossenen Abschiebungsmaßnahmen frei machen kann (EGMR, Nabil u. a./Ungarn, § 38).

80 Daher ist, wie in den Rn. 75 und 76 dieses Urteils festgestellt, ein nach der Richtlinie 2008/115 eingeleitetes Verfahren, in dessen Rahmen eine Rückkehrentscheidung, gegebenenfalls einhergehend mit einem Einreiseverbot, ergangen ist, in dem Stadium, in dem es wegen der Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz unterbrochen wurde, wieder aufzunehmen, sobald dieser Antrag erstinstanzlich abgelehnt wurde, so dass ein solches Verfahren nach wie vor im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. f zweiter Satzteil EMRK ‚im Gange‘ ist.

81 Ferner ist hervorzuheben, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 5 Abs. 1 EMRK die Vereinbarkeit der Durchführung einer freiheitsentziehenden Maßnahme mit dem Ziel des Schutzes des Einzelnen vor Willkür u. a. voraussetzt, dass sie frei von Elementen bösen Glaubens oder der Täuschung seitens der Behörden ist, dass sie mit dem Ziel der nach dem einschlägigen Unterabsatz von Art. 5 Abs. 1 EMRK zulässigen Einschränkungen im Einklang steht und dass der angeführte Grund in angemessenem Verhältnis zu der fraglichen Freiheitsentziehung steht (vgl. in diesem Sinne EGMR, Saadi/Vereinigtes Königreich, Nr. 13229/03, §§ 68 bis 74, EGMR 2008). Wie aus den Ausführungen im Rahmen seiner Gültigkeitsprüfung im Hinblick auf Art. 52 Abs. 1 der Charta hervorgeht, genügt Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2013/33, dessen Tragweite angesichts seines Kontextes eng begrenzt ist, aber diesen Erfordernissen.“<sup>25</sup>

Daraus lassen sich mehrere Schlussfolgerungen ziehen:

Erstens sieht der EuGH die genannte Ermächtigung in der Aufenthaltsrichtlinie zur Inhaftnahme von Antragstellern auf internationalen Schutz wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit konventionsrechtlich als Anwendungsfall des Art 5 Abs 1 lit f EMRK – und nicht, wie zT von der Generalanwältin erwogen,<sup>26</sup> (uU auch) als Fall von anderen Ermächtigungen des Art 5 Abs 1 EMRK.

Zweitens erachtet der EuGH es als selbstverständlich, dass die Haft nach der Aufnahmerichtlinie ein schwebendes Ausweisungsverfahren voraussetzt.

Drittens teilt der EuGH anscheinend auch die Auffassung des EGMR, dass eine strikte Notwendigkeit zur Sicherung der Ausreise, etwa wegen Fluchtgefahr, keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Haft bildet. Eine solche Notwendigkeit thematisiert der EuGH auch nicht, als er die Vereinbarkeit der entsprechenden Richtlinienbestimmung mit Art 6 GRC allein prüft.

Bei der Prüfung nach 6 GRC geht der EuGH aber über die Anforderungen, die der EGMR stellt, hinaus, soweit es um die Notwendigkeit *zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung* geht. Während der EGMR eine Notwendigkeit etwa zur Verhinderung von Verbrechen explizit

---

<sup>25</sup> EuGH 15. 2. 2016, C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 77-81.

<sup>26</sup> Schlussanträge zu EuGH C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 119 ff.

nicht verlangt,<sup>27</sup> weist der EuGH darauf hin, dass nach Art 52 Abs 1 der Charta Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten „[u]nter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [...] Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte und Freiheiten nur vorgenommen werden [dürfen], wenn sie erforderlich sind“, nennt als legitimes Ziel den Schutz der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung (nicht aber die Sicherung der Ausweisung) und fährt fort:

„Zur Erforderlichkeit der den Mitgliedstaaten durch diese Bestimmung verliehenen Befugnis, einen Antragsteller aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung in Haft zu nehmen, ist hervorzuheben, dass angesichts der Bedeutung des in Art. 6 der Charta verankerten Rechts auf Freiheit und der Schwere des in einer solchen Inhaftnahme bestehenden Eingriffs in dieses Recht die Einschränkungen seiner Ausübung auf das absolut Notwendige beschränkt bleiben müssen (vgl. entsprechend, in Bezug auf das Recht auf Achtung des Privatlebens, Urteil *Digital Rights Ireland* u. a., C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 52).“<sup>28</sup>

In der Folge listet der Gerichtshof eine ganze Reihe von Elementen der strittigen Bestimmungen der Aufnahme richtlinie auf, die seines Erachtens die Verhältnismäßigkeit der Ermächtigung sicherstellen:

„58 Erstens ergibt sich nämlich schon aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2013/33, dass ein Antragsteller nur in Haft genommen werden kann, wenn dies aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung „erforderlich ist“.

59 Überdies ist hervorzuheben, dass in Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie 2013/33 die verschiedenen Gründe – darunter solche der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung –, aus denen eine Inhaftnahme gerechtfertigt sein kann, erschöpfend aufgezählt werden und dass jeder von ihnen einem besonderen Bedürfnis entspricht und autonomen Charakter hat.

60 Ferner heißt es in Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie 2013/33, dass die Haftgründe im einzelstaatlichen Recht geregelt werden. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten, wenn die Bestimmungen einer Richtlinie ihnen einen Beurteilungsspielraum für die Festlegung der an die verschiedenen denkbaren Sachverhalte angepassten Umsetzungsmaßnahmen lassen, bei der Durchführung dieser Maßnahmen nicht nur ihr nationales Recht in einer mit der fraglichen Richtlinie konformen Weise auslegen müssen, sondern auch darauf zu achten haben, dass sie sich nicht auf eine Auslegung der Richtlinie stützen, die mit den Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts kollidiert (vgl. in diesem Sinne Urteile *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 68, sowie *N. S.* u. a., C-411/10 und C-493/10, EU:C:2011:865, Rn. 77).

61 Zweitens wird in den übrigen Absätzen von Art. 8 der Richtlinie 2013/33, wie aus deren Erwägungsgründen 15 und 20 hervorgeht, die den Mitgliedstaaten eingeräumte Befugnis zur Inhaftnahme erheblich eingeschränkt. So verbietet Art. 8 Abs. 1 der

---

<sup>27</sup> S oben bei FN 17.

<sup>28</sup> EuGH 15. 2. 2016, C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 50, 53, 56.

Richtlinie den Mitgliedstaaten, eine Person allein deshalb in Haft zu nehmen, weil sie einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat. Außerdem darf nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie eine Inhaftnahme nur in Fällen angeordnet werden, in denen dies erforderlich ist, und muss auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung erfolgen, wenn sich weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam anwenden lassen. Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 2013/33 schreibt den Mitgliedstaaten vor, sicherzustellen, dass die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften Bestimmungen für Alternativen zur Inhaftnahme enthalten, wie z. B. Meldeauflagen, die Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit oder die Pflicht, sich an einem zugewiesenen Ort aufzuhalten.

62 Des Weiteren bestimmt Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2013/33, dass ein Antragsteller für den kürzest möglichen Zeitraum und nur so lange in Haft genommen wird, wie die in Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie genannten Gründe gegeben sind. Überdies sind bei der Haftanordnung wichtige das Verfahren und die gerichtliche Überprüfung betreffende Garantien zu beachten. So sind nach Art. 9 Abs. 2 und 4 der Richtlinie in der Anordnung die sachlichen und rechtlichen Gründe für die Haft anzugeben, und dem Antragsteller müssen in einer Sprache, die er versteht, oder von der vernünftigerweise angenommen werden darf, dass er sie versteht, eine Reihe von Informationen übermittelt werden. Art. 9 Abs. 3 und 5 der Richtlinie regelt, welche Modalitäten die Mitgliedstaaten für die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Inhaftnahme vorsehen müssen.

63 Drittens ergibt sich aus Abschnitt 3 Nr. 4 der Begründung des der Richtlinie 2013/33 zugrunde liegenden Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten (KOM[2008] 815 endgültig), dass der Haftgrund des Schutzes der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung, ebenso wie die drei anderen in diesem Vorschlag enthaltenen Haftgründe, die später in Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. a bis c der Richtlinie aufgenommen wurden, auf der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats über Maßnahmen zur Ingewahrsamnahme von Asylbewerbern vom 16. April 2003 und auf den Richtlinien des Hochkommissariats der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (HCR) über anzuwendende Kriterien und Standards betreffend die Haft von Asylsuchenden vom 26. Februar 1999 beruht. Insbesondere geht aus den Abschnitten 4.1 und 4.2 der letztgenannten Richtlinien in ihrer im Jahr 2012 verabschiedeten Fassung zum einen hervor, dass Haft nur in Ausnahmefällen verhängt werden darf und einem legitimen Zweck dienen muss und dass es drei Zwecke gibt, für die Haft im Einzelfall notwendig sein kann und die allgemein dem Völkerrecht entsprechen, nämlich die öffentliche Ordnung, die öffentliche Gesundheit und die nationale Sicherheit. Zum anderen darf Haft nur verhängt werden, wenn festgestellt wurde, dass sie notwendig, in Anbetracht aller Umstände angemessen und in Bezug auf einen legitimen Zweck verhältnismäßig ist.

64 Hinzuzufügen ist, dass der enge Rahmen für die Ausübung der den zuständigen nationalen Behörden zuerkannten Befugnis, einen Antragsteller auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2013/33 in Haft zu nehmen, auch durch die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vorgenommene Auslegung der Begriffe „nationale Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ in anderen Richtlinien gewährleistet wird, die auch für die Richtlinie 2013/33 gilt.

65 So hat der Gerichtshof entschieden, dass der Begriff „öffentliche Ordnung“ jedenfalls voraussetzt, dass außer der Störung der sozialen Ordnung, die jeder

Gesetzesverstoß darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Urteile Zh. und O., C-554/13, EU:C:2015:377, Rn. 60 und die dort angeführte Rechtsprechung, zu Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2008/115, sowie T., C-373/13, EU:C:2015:413, Rn. 79 und die dort angeführte Rechtsprechung, zu den Art. 27 und 28 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung [EWG] Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG [ABl. L 158, S. 77, berichtigt im ABl. 2004, L 229, S. 35]).

66 Zum Begriff „öffentliche Sicherheit“ geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass er sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedstaats umfasst, so dass die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung ebenso wie die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren können (vgl. in diesem Sinne Urteil Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 43 und 44).

67 Eine Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung kann daher nur dann die Anordnung oder Beibehaltung der Inhaftierung eines Antragstellers auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2013/33 erforderlich machen, wenn sein individuelles Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder die innere oder äußere Sicherheit des betreffenden Mitgliedstaats berührt (vgl. in diesem Sinne Urteil T., C-373/13, EU:C:2015:413, Rn. 78 und 79).

68 Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. e der Richtlinie steht auch nicht außer Verhältnis zu den genannten Zielen. Insoweit ist hervorzuheben, dass in dieser Bestimmung die verfolgte, dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung – der Schutz der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung – und der durch eine Inhaftierung herbeigeführte Eingriff in das Recht auf Freiheit ausgewogen gewichtet werden (vgl. entsprechend Urteil Volker und Markus Schecke und Eifert, C-92/09 und C-93/09, EU:C:2010:662, Rn. 72 und 77).

69 Eine solche Bestimmung kann nämlich Haftmaßnahmen nur dann tragen, wenn die zuständigen nationalen Behörden zuvor im konkreten Fall geprüft haben, ob die von den betreffenden Personen ausgehende Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung zumindest der Schwere des mit solchen Maßnahmen verbundenen Eingriffs in das Recht auf Freiheit dieser Personen entspricht.<sup>29</sup>

Der EuGH kommt damit zum Ergebnis, dass die strittige Bestimmung der Aufnahmerichtlinie gültig ist. Ob die Haft im Anlassfall verhältnismäßig war, entscheidet er dagegen nicht, sondern überlässt dies, dem Charakter des Vorlageverfahrens entsprechend, dem vorlegenden Gericht.

---

<sup>29</sup> EuGH 15. 2. 2016, C-601/15 PPU, J.N., Rz 58-69.



Für die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Sicherungshaft bedeutet das alles, dass das Unionsrecht, was den Zusammenhang mit und die Notwendigkeit für die Sicherung der Ausweisung betrifft, nicht über das Schutzniveau der EMRK hinausgeht, jedoch deutlich strengere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Haft für den Schutz der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung stellt.

Diese Anforderungen sind im österreichischen Recht grundsätzlich bereits erfüllt: § 76 Abs 1 FPG erlaubt die Schubhaft nur, wenn kein gelinderes Mittel zur Verfügung steht, § 77 sieht ausdrücklich gelindere Mittel vor; die Haftgründe des § 76 Abs 2 FPG sind taxativ, der (zu novellierende) Haftgrund des Abs 2 Z 1 enthält schon jetzt ein ausdrückliches Gebot der Verhältnismäßigkeit; dass die Entscheidung auf einer Einzelfallbeurteilung beruhen muss, ist schon deshalb klar. Die zentralen Begriffe der Gefährdung der „nationalen Sicherheit“ und der „öffentlichen Ordnung“ sind bereits jetzt durch § 76 Abs 2 Z 1 iVm § 67 Abs 1 FPG in Übereinstimmung mit den Formulierungen des EuGH geregelt. §§ 80 und 81 FPG verlangen, die Schubhaft möglichst kurz zu halten und bei Wegfall der Gründe zu beenden. Verständigungspflichten in einer verständlichen Sprache sind in § 76 Abs 4 FPG und § 12 BFA-VG vorgesehen, der Rechtsschutz richtet sich nach § 22a BFA-VG und soll nach den Vorstellungen der Regierung auch im PersFrG präzisiert werden.

Fragwürdig ist allerdings, wie dies die Regierungsvorlage zum FrÄG 2018 zu meinen scheint,<sup>30</sup> dass auch die Tatbestände für Einreiseverbote in § 53 FPG zur Konkretisierung einer Gefahr der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung herangezogen werden können. Die Generalanwältin weist darauf hin, dass die Auslegung dieser Tatbestände auch in Über einstimmung mit dem 37. Erwägungsgrund der Anerkennungsrichtlinie<sup>31</sup> stehen sollte, der als Beispiel Fälle nennt, „in denen ein Drittstaatsangehöriger einer Vereinigung angehört, die den

---

<sup>30</sup> RV 189 BlgNR 26. GP, 19.: „Der Begriff der Gefährdung der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung in Art. 8 Abs. 3 lit. E Aufnahme-RL setzt voraus, dass eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (VwGH, aaO Rz. 24 und 25 unter Hinweis auf EuGH 15.02.2016, C-601/15 PPU, J.N.) und daher über die soziale Störung, die jedem Gesetzesverstoß innewohnt, hinausgeht. Dies entspricht dem in § 67 bzw. in Art. 27 Abs. 2 der RL 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158 vom 29.04.2004 S. 77, definierten Gefährdungsmaßstab und geht daher über den Maßstab des § 53 hinaus. Im Sinne der ständigen Rechtsprechung des VwGH zum Aufenthaltsverbot werden trotz des insoweit strengeren Maßstabs allerdings auch für die Auslegung des vorgeschlagenen Verweises auf § 67 sowohl die in § 53 Abs. 3 (dazu etwa VwGH 29.06.2017, Ra 2017/21/0068 Rz. 10) als auch die in Abs. 2 leg. cit. definierten Tatbestände (dazu VwGH 06.09.2012, 2012/18/0032; 07.11.2012, 2012/18/0098; 07.05.2014, 2013/21/0233; 30.09.2014, Ra 2013/22/0280; 23.03.2017, Ra 2016/21/0349) sinngemäß herangezogen werden können.“

<sup>31</sup> Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 337/9.

internationalen Terrorismus unterstützt, oder er eine derartige Vereinigung unterstützt.“<sup>32</sup> Mit diesem Regelbeispiel lassen sich die Verwaltungsübertretungen des § 53 Abs 2 FPG nicht vergleichen. Und natürlich kommt es letztlich auf eine grund- und richtlinienkonforme Vollziehung an.

## V. Rechtspolitische Argumente

Gegen die „Sicherungshaft“ sprechen auch schwerwiegende rechtspolitische Bedenken. Einige seien hier genannt.

Zunächst gibt es keine nachvollziehbare Begründung für ihre Notwendigkeit. Die Aufnahme-richtlinie verlangt eine Umsetzung der Haftermächtigung wegen Gefährdung der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung nicht. Regierungsvertreter haben immer wieder mit dem Fall aus Dornbirn argumentiert, aber keine ausreichenden Angaben dazu gemacht. Insbesondere ist unklar, ob der Asylwerber, der einen Beamten erstochen haben soll, schon nach geltendem Recht hätte in Schubhaft genommen werden können oder ob er vielmehr auch nach dem vorgeschlagenen neuen Recht nicht inhaftiert hätte werden dürfen (zB weil er nicht abschiebbar war).

Auch der Hinweis darauf, dass andere Mitgliedstaaten die Ermächtigung der Aufnahme-richtlinie zur Schubhaft wegen Gefährdung der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung umgesetzt haben, kann eine inhaltliche Begründung nicht ersetzen. ZT sind die entsprechenden Vorschriften auch in diesen Staaten stark umstritten. Im Übrigen ist nicht klar, ob die Umsetzung in manchen anderen Mitgliedstaaten nicht ohnehin unter Aufrechterhaltung der Fluchtgefahr erfolgte, also dem geltenden österreichischen Recht entspricht und die großen Probleme des österreichischen Vorschlags zur Neuregelung gar nicht aufweisen.

Eine inhaltliche Begründung müsste auch erklären, warum eine präventive Haft für gefährlich erscheinende Personen notwendig ist, wenn sie (abschiebbare) Ausländer sind, während bei Inländern und nicht abschiebbaren Ausländern offenbar das Auslangen auch mit traditionellen Mitteln der polizeilichen Gefahrenabwehr (zB Meldepflichten, Überwachung, und Einschreiten nach dem SPG bei Verdichtung des Gefahrenverdachts oder der abstrakten Gefahr zu einer konkreten Gefahr) gefunden werden kann. Die Tatsache, dass dies nach der EMRK von vornherein nur bei Ausländern in Frage kommt, ist gerade keine inhaltliche Begründung.

Jedenfalls könnte eine „Sicherungshaft“ wegen der hohen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nur in wenigen Ausnahmefällen rechtmäßig verhängt werden. Gleichzeitig eröffnete die Ermächtigung dazu aber ein großes Missbrauchspotential, etwa zur Disziplinierung „aufsässiger“ Asylwerber; Beispiele dafür bilden die Versuche des niederösterreichischen Landesrats Waldhäusl zur Freiheitsbeschränkung von Asylwerbern. Missbrauchsmöglichkeiten könnten auch durch gerichtlichen Rechtsschutz allgemein nur langsam, konkret für jede einzelne betroffene Person erst nach einiger Haftzeit und insgesamt nie vollständig beseitigt werden. Wägt

---

<sup>32</sup> Schlussanträge zu EuGH C-601/15 PPU, *J.N.*, Rz 92.

man den möglichen Nutzen in Einzelfällen mit einer großen Missbrauchsgefahr für viele Menschen ab, lässt sich die „Sicherungshaft“ kaum plausibel begründen.

Umgekehrt würde die Einführung einer Präventivhaft für Ausländer in der öffentlichen Diskussion, vielleicht nach besonders empörenden Fällen von Verbrechen, die Frage aufwerfen, warum sie denn nicht auch auf Inländer erstreckt werden sollte. Dass die EMRK das nicht erlaubt, wäre in der politischen Diskussion möglicherweise kein ausreichendes Argument. Auf diese Weise könnte die vorgeschlagene „Sicherungshaft“ zur Erosion des rechtsstaatlichen Bewusstseins beitragen, auf das jede funktionierende Verfassungsordnung sich stützen können muss.

Schließlich verlangte die „Sicherungshaft“, von ganz grundlegenden Elementen des österreichischen Freiheitsschutzes nach dem PersFrG abzugehen. Das PersFrG wurde nach umfangreichen Vorarbeiten durch eine Grundrechtskommission unter Einbeziehung vieler Expertinnen und Experten erarbeitet und entschied sich auf dieser Grundlage bewusst, in einigen Punkten über das Schutzniveau der EMRK hinauszugehen.<sup>33</sup> Das gilt auch und gerade für die Schubhaft in Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG. Im Bericht des Verfassungsausschusses heißt es dazu:

„Zu Abs. 1 Z 7 ist festzuhalten, daß Art. 5 Abs. 1 lit. f der Europäischen Menschenrechtskonvention einen Freiheitsentzug unter anderem dann zuläßt, wenn die betreffende Person "von einem gegen ihn schwebenden Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren betroffen ist". Maßgebend für die Zulässigkeit des Freiheitsentzuges ist danach also allein die Tatsache, daß ein derartiges Verfahren anhängig ist. Der vorliegende Entwurf schränkt die Zulässigkeit des Freiheitsentzuges demgegenüber weiter ein: Im Zusammenhang mit Ausweisungen und Auslieferungen soll er nur soweit zulässig sein, als er notwendig ist, um die beabsichtigte, also allenfalls vorzunehmende, Ausweisung oder Auslieferung zu sichern.“<sup>34</sup>

Es wäre ein bedauerlicher Rückschritt, diese Entscheidung rückgängig zu machen und auf diese Weise die rechtsstaatliche Tradition Österreichs ein Stück weit aufzugeben.

## **VI. Zusammenfassung**

Die vorgeschlagene „Sicherungshaft“ ist mit dem geltenden PersFrG unvereinbar und damit verfassungswidrig.

Die vorgeschlagene Änderung des PersFrG dürfte nicht ausreichen, um diese Verfassungswidrigkeit zu vermeiden.

Eine weitergehende und ausreichende Änderung des PersFrG wäre ein massiver Eingriff in die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien für den Entzug der persönlichen Freiheit.

Unabhängig davon verlangt die EMRK, dass Schubhaft nur verhängt und aufrechterhalten wird, wenn und solange ein Ausweisungsverfahren gegen die betroffene Person anhängig ist,

---

<sup>33</sup> RV 134 BlgNR 17. GP, 4.

<sup>34</sup> AB 667 BlgNR 17. GP, 2.

ernsthaft betrieben wird und Aussicht auf Erfolg hat. Eine „Sicherungshaft“, die diese Bedingungen nicht beachtet, weil sie auch nicht abschiebbare Personen betreffe, wäre konventions- und damit auch verfassungswidrig.

Die notwendige Verbindung mit einem Ausweisungsverfahren gilt ebenso nach dem Unionsrecht. Dieses stellt zusätzlich strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges im Hinblick auf das Ziel der Abwehr von Gefahren für die nationale Sicherheit und öffentliche Ordnung. Es ist nicht sicher, dass die derzeitige österreichische Rechtslage alle diese Anforderungen erfüllt.

Rechtspolitisch spricht gegen die „Sicherungshaft“ ua, dass die Regierung keine ausreichende Begründung für ihre Notwendigkeit vorgebracht hat, dass sie missbrauchsanfällig ist und dass sie die rechtsstaatliche Tradition Österreichs missachtet und damit zu einer Erosion des Rechtsstaatsbewusstseins beitragen könnte.