

Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK

Karpenstein / Mayer

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-75964-2
C.H.BECK

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

19359/04 Rn. 93f. mwN, NJW 2010, 2495 – M.; EGMR 21.10.2010 – 24478/03 Rn. 46ff., EuGRZ 2011, 20 – Grosskopf). Werden sie aber nach Feststellung von Schuldunfähigkeit verhängt (insbes. § 63 StGB), ist nur lit. e einschlägig (EGMR 23.2.1984 – 9019/80 Rn. 25, NJW 1986, 765 – Luberti).

Die Verurteilung muss durch ein **Gericht**, nicht durch die Staatsanwaltschaft oder militärische Vorgesetzte, erfolgt sein. In Disziplinarfällen reicht aber eine Anordnung durch Vorgesetzte aus, wenn ein Rechtsmittel zum Gericht mit aufschiebender Wirkung besteht (EGMR 8.6.1976 – 5100/71 Rn. 68 ua, EuGRZ 1976, 221 – Engel ua; vgl. § 42 WDO). Die Verurteilung darf auch durch ein ausländisches Gericht erfolgt sein (EKMR 14.12.1963 – 1322/62 – X.; EGMR 26.6.1992 – 12747/87 Rn. 110 – Drozd u. Janousek). Die **Umsetzung** des Urteils darf grds. **durch eine Verwaltungsbehörde** erfolgen, soweit diese den durch das Urteil gesteckten Rahmens einhält (EGMR 24.6.1982 (Pl.) – 7906/77 Rn. 40, EuGRZ 1984, 6 – Van Droogenbroeck; → Rn. 34f.). Sie darf etwa eine Geldstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe umwandeln, wenn Voraussetzungen und Maßstäbe im Urteil oder im Gesetz festgelegt sind (*Treichel* in Macdonald/Matscher/Petzold S. 296), darf aber zB nicht (vermeintliche oder tatsächliche) Fehler des Gerichts bei der Berechnung der Straflänge selbst „korrigieren“ (EGMR 26.3.2013 – 12811/07 Rn. 43 – Barborski).

Nach dem Wortlaut des lit. a ist die Rechtmäßigkeit der Haft, aber **nicht die Rechtmäßigkeit der Verurteilung** zu prüfen. Eine Überprüfung des Urteils und des Strafverfahrens auf sachliche oder rechtliche Fehler findet daher grds. nicht statt, selbst Urteilsaufhebung im Rechtsmittel- oder Wiederaufnahmeverfahren macht die zwischenzeitlich erfolgte Freiheitsentziehung nicht im Nachhinein unzulässig (zuletzt EGMR 12.2.2013 – 152/04 Rn. 101f. – Yefimenko). Der EGMR hat aber Ausnahmen von diesem Grundsatz gemacht (etwa EGMR 29.5.1997 – 19233/91 ua Rn. 58 – Tsirlis u. Kouloumpas). Er hat diese nunmehr unter Verweis auf die Parallelproblematik bei anderen Haftgründen dahingehend systematisiert, dass ein Urteil, das auf einem **„offensichtlichen und schwerwiegenden Verstoß“** gegen nationale Rechtsnormen (→ Rn. 20, 22) beruht, keine taugliche Grundlage für Haft nach lit. a ist (EGMR 12.2.2013 – 152/04 Rn. 103ff. – Yefimenko, etwa bei klarer Unzuständigkeit des Gerichts – EGMR 5.1.2016 – 44925/06 Rn. 28f. – Kleyn). Eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** iS einer Prüfung der Angemessenheit der Strafe hat der EGMR bisher selbst in krassen Fällen abgelehnt (EGMR 2.3.1987 (Pl.) – 9787/82 Rn. 50, NJW 1989, 647 – Weeks); nach der neueren Rechtsprechung dürfte auch hier eine Ausnahme für offensichtliche und schwerwiegende Unangemessenheit zu machen sein. Ebenso führt zwar nicht jede Verletzung anderer Konventionsrechte (zB Art. 6) im Strafverfahren automatisch zu einer Verletzung des Art. 5 durch die Strafhaft (EGMR 30.5.2013 – 36673/04 Rn. 95 – Malofeyeva), jedenfalls aber ein schwerwiegender oder willkürlicher Konventionsverstoß (EGMR 24.3.2005 – 9808/02 Rn. 51, 53ff. – Stoichkov; EGMR 9.3.2006 – 59261/00 Rn. 92 – Menesheva). Wo ein Urteil aus einem Drittstaat vollstreckt wird, prüft der Gerichtshof dieses nur auf besonders schwerwiegende Rechtsverletzungen („flagrant violations“) (EGMR 26.6.1992 – 12747/87 Rn. 110 – Drozd u. Janousek; EGMR 8.1.2013 – 43759/10 ua Rn. 94ff. – Willcox u. Hurford).

Das dem Wortlaut nach separate Erfordernis der **Zuständigkeit des Gerichts**, **32** dh der Einhaltung nationaler Zuständigkeits- und Geschäftsverteilungsvorschriften (dazu bereits EKMR 18.12.1980 – 8603/79 Rn. 8 u. 26 – Crociani ua), dürfte in dem so verstandenen allgemeinen Rechtmäßigkeitserfordernis weitgehend auf-

gegangen und nach demselben Maßstab zu prüfen sein (vgl. EGMR 12.2.2013 – 152/04 Rn. 109, 111 – Yefimenko). Bei Verurteilung wegen im Ausland begangener Straftaten ist unter diesem Stichwort aber auch zu prüfen, ob nationales Strafrecht anwendbar ist (EGMR 12.7.2007 – 74613/01 Rn. 72, NJOZ 2008, 3605 – Jorgic).

- 33 Die Freiheitsentziehung muss **nach Verurteilung** erfolgen. Dies setzt zunächst die rein zeitliche Abfolge voraus, dh das Urteil muss bereits gesprochen sein (die schriftlichen Urteilsgründe müssen aber noch nicht vorliegen – EKMR 18.12.1980 – 8603/79 Rn. 26 – Crociani ua). Die Rechtskraft des Urteils ist nicht erforderlich – der Gerichtshof hält sich an den Wortlaut, der nur eine Verurteilung, nicht eine rechtskräftige Verurteilung fordert (EGMR 27.6.1986 – 2122/64 Rn. 9, EGMR-E 1, 54 – Wemhoff). Die Haft muss aber nicht nur zeitlich auf die Verurteilung folgen, sie muss auch **auf Grund bzw. in Vollziehung der Verurteilung** (EGMR 24.6.1982 (Pl.) – 7906/77 Rn. 35, EuGRZ 1984, 6 – Van Droogenbroeck) erfolgen. Daher fällt etwa eine nach Verurteilung im Ausland angeordnete Auslieferungshaft nicht unter lit. a, sondern unter lit. f. (EGMR 18.12.1986 – 9990/82 Rn. 53, NJW 1987, 3066 – Bozano). Dagegen ist die Haft zwischen dem erstinstanzlichen Urteil und dem Urteil in der Rechtsmittelinstanz auch in solchen Staaten nach lit. a zu behandeln, in denen sie – wie in Deutschland – innerstaatlich als Untersuchungshaft behandelt wird (EGMR 27.6.1986 – 2122/64 Rn. 9, EGMR-E 1, 54 – Wemhoff). Dies gilt selbst dann, wenn ihre Anrechnung auf die Freiheitsstrafe verweigert werden kann (EGMR 2.3.1987 – 9562/81 Rn. 42ff., EGMR-E 3, 415 – Monnell u. Morris) oder wenn die Dauer der Untersuchungshaft die Höhe der verhängten Freiheitsstrafe übersteigt (EGMR 4.6.2016 – 5425/11 Rn. 52ff. – Ruslan Yakovenko; dann aber idR Verstoß mangels Rechtmäßigkeit der Haft: Rn. 62ff.); anders bei Anordnung andauernder Untersuchungshaft trotz Verurteilung zu „nur“ einer Bewährungsstrafe (EGMR 9.4.2019 – 43734/14 Rn. 59 – Navalnyy (Nr. 2)).

- 33a Im Hinblick auf die **Strafvollstreckung** gilt das allgemeine Rechtmäßigkeitskriterium, wonach das nationale Strafvollstreckungsrecht die üblichen Anforderungen an Vorhersehbarkeit usw. (→ Rn. 18f.) erfüllen und auch entsprechend angewandt werden muss. Insbes. enthält lit. a zwar kein Recht auf eine vorzeitige Entlassung, aber ein Recht darauf, dass die Entscheidung über vorzeitige Entlassung auf Grundlage und unter Einhaltung des anwendbaren nationalen Rechts gefällt wird (EGMR 21.10.2013 (GK) – 42750/09 Rn. 125f. mwN – Del Rio Prado). Verzögerte Freilassung wegen zu langsamer Prüfung etwa nach § 57a StGB indes führt auch dann, wenn sie gegen Abs. 4 verstößt, nicht zur Rechtswidrigkeit der zwischenzeitlichen Haft nach lit. a (vgl. EGMR 6.10.2016 – 68909/13 Rn. 44f. – Daniel Faulkner).

- 34 Erforderlich ist zudem eine **ausreichend enge Verknüpfung** zwischen dem Urteil und der Inhaftierung. Diese Verknüpfung ist va in zwei Fallgruppen zu überprüfen. Die erste betrifft **lebenslange** oder sonst unbestimmte **Freiheitsstrafen**. Hier darf das weitere Schicksal der verurteilten Person recht weitgehend durch erst nach dem Urteil gefällte behördliche Entscheidungen bestimmt werden, die Person darf auch nach zwischenzeitlicher Freilassung erneut inhaftiert werden, solange diese Entscheidung den Rahmen einhält, der durch das Gesetz und die Strafzumessungserwägungen des Urteils gesteckt ist. Diesen Rahmen versteht der Gerichtshof recht weit (vgl. etwa EGMR 2.3.1987 (Pl.) – 9787/82 Rn. 49ff., NJW 1989, 647 – Weeks; EGMR 10.12.2002 – 53236/99 Rn. 65ff. – Waite – Verstoß nur unter den extremen Umständen des Falles; EGMR 28.5.2002 – 46295/99 Rn. 81f. – Staf-

ford). Die Möglichkeit extrem langer Verbüßungsdauer bis hin zu echter lebenslanger Freiheitsstrafe stellt für den EGMR kein Problem des lit. a dar (vgl. EGMR 11.4.2006 – 19324/02 Rn. 67 ff. – Leger; krit. dortige abw. Meinungen; lapidar: EGMR 12.2.2008 (GK) – 21906/04 Rn. 119 f., NJOZ 2010, 1599 – Kafkaris; zum deutschen Recht etwa EGMR 10.5.2012 – 22919/07 Rn. 68 ff. – Bräunig). Zur Frage, inwieweit langjährige Freiheitsstrafen bzw. Sicherungsverwahrung Art. 3 tangieren, → Art. 3 Rn. 10.

Das zweite Problemfeld sind Maßregeln, insbes. die Sicherungsverwahrung. Der EGMR hat in einer Reihe von Urteilen seit 2009 das **bis Ende 2010 geltende Recht der Sicherungsverwahrung** (§§ 66 ff. StGB aF) in entscheidenden Punkten für konventionswidrig erklärt, insbes. die **nachträgliche Entfristung der Sicherungsverwahrung** (§ 67 d Abs. 1, 3 StGB aF) durch das Gesetz vom 26. 1. 1998 bei Verurteilten, die vor 1998 verurteilt worden waren (EGMR 17.12.2009 – 19359/04 Rn. 99–101, NJW 2010, 2495 – M.) sowie die **nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung** nach § 66 b StGB aF (etwa EGMR 19.4.2012 – 61272/09 Rn. 72 f., EuGRZ 2012, 383 – B.). Er hat den hierauf folgenden Erlass des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils vom 4.5.2011 ausdrücklich begrüßt (EGMR 9.6.2011 – 31047/04 ua Rn. 54, NJW 2012, 2093 – Mork).

Die Unterbringung in sog. „**Altfällen**“ nachträglicher bzw. nachträglich verlängerter Sicherungsverwahrung nach Maßgabe der Fortgeltungsanordnungen im Urteil des BVerfG bzw. der Art. 316 e, 316 f EGStGB ist mangels ausreichender Verknüpfung zwischen Strafurteil und Freiheitsentzug nicht nach lit. a zu rechtfertigen (EGMR 7.1.2016 – 23279/14 Rn. 104, NJW 2017, 1007 – Bergmann; EGMR 4.12.2018 (GK) – 10211/12 ua Rn. 144, NJOZ 2019, 1445 – Inseher). Gleiches gilt für die Unterbringung nach dem **Therapieunterbringungsgesetz** (vgl. bereits EGMR 13.1.2011 – 6587/04 Rn. 86, 88, NJW 2011, 3423 – Haidn zum strukturell vergleichbaren BayStrUBG). Zu Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach lit. e → Rn. 70.

Auch das **reformierte Sicherungsverwahrungsregime** ist in Teilen Zweifeln an seiner Konventionskonformität ausgesetzt: So ist bei der **vorbehaltenen Sicherungsverwahrung** (§ 66 a StGB nF) fraglich, ob die Verknüpfung zwischen einer im Urteil nur für möglich erachteten Maßregel und ihrer späteren Anordnung nach dem Ende der Verbüßung ausreichend eng iSd lit. a ist (vgl. *Kinzig* NJW 2011, 177 (179 f.) mwN; aA *Kreuzer* NSTZ 2010, 473 (479)). Der EGMR hat dies bisher nicht zu entscheiden gehabt, hat aber wiederholt geäußert, Grundlage für Haft nach lit. a könne nur ein verurteilendes Urteil, nicht eine viel später im zeitlichen Rahmen der Strafvollstreckung getätigte Entscheidung sein (EGMR 19.4.2012 – 61272/09 Rn. 72, EuGRZ 2012, 383 – B.) – genau eine solche Entscheidung, mag sie auch vom Tatgericht getroffen werden, löst aber bei § 66 a StGB nF die tatsächliche Freiheitsentziehung aus. Auch die Möglichkeit der **nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung** (§ 66 b StGB) ist wohl mangels ausreichender Verknüpfung zwischen ursprünglichem Urteil und Anordnung der Unterbringung nicht nach lit. a zu rechtfertigen (vgl. EGMR 28.6.2012 – 3300/10 Rn. 86–89, JR 2013, 78 – S.). Nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den „Altfällen“ ist indes zu erwarten, dass er die Sicherungsverwahrung auch in Fällen der §§ 66 a und 66 b StGB nF nach lit. e für zulässig halten wird, solange im Einzelfall eine psychische Erkrankung festgestellt wird (vgl. → Rn. 70).

Schließlich ergeben sich aus der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs diverse konventionsrechtliche Kautelen für die **Durchführung der Sicherungs-**

verwahrung. Zum einen muss die Notwendigkeit der (weiteren) Vollstreckung der Sicherungsverwahrung regelmäßig überprüft werden: Die sog. **faktische Sicherungsverwahrung**, also die Freiheitsentziehung zwischen Vollverbüßung der Strafe und der Entscheidung über den tatsächlichen Vollzug angeordneter Sicherungsverwahrung, wie auch Überschreitungen der Überprüfungsfristen des § 67e StGB sind jedenfalls nur für kurze Zeiträume (max. etwa 1 Monat) und nur bei unvorhersehbarer Schwierigkeit des Verfahrens zulässig (EGMR 24.11.2011 – 48038/06 Rn. 103ff., DÖV 2012, 201 – Schönbrod; EGMR 19.9.2013 – 17167/11 Rn. 75ff. – H. W.). Die Entscheidung über die (weitere) Vollstreckung muss auf einem relativ **aktuellen wissenschaftlichen Gutachten** basieren (EGMR 19.9.2013 – 17167/11 Rn. 109ff. – H.W.), wobei ein mehrere Jahre altes Gutachten ausreicht, wenn sich seitdem nichts geändert hat, insbes. die sicherungsverwahrte Person alle Therapieangebote abgelehnt hat (EGMR 22.1.2013 – 2894/08 – Dörr). Dabei müssen auch **hohes Alter und körperliche Erkrankungen**, die die Gefährlichkeit herabsetzen können, ausreichend gewürdigt werden – müssen aber nicht ohne weiteres oder sofort zur Entlassung führen (EGMR 24.11.2011 – 48038/06 Rn. 94ff. – Schönbrod; EGMR 19.1.2012 – 28527/08 Rn. 97f. – Reiner). Schließlich ist immer zu prüfen, ob durch **Zeitablauf** die Verknüpfung zwischen Verurteilung und andauernder Sicherungsverwahrung abgerissen ist – der EGMR ist hier allerdings sehr großzügig (EGMR 19.1.2012 – 28527/08 Rn. 95f. – Reiner). Wenn – wie häufig – die Gefährlichkeitsprognose nur durch eine erfolgreiche Therapie beseitigt werden kann, müssen auch **Therapiemöglichkeiten** zur Verfügung gestellt werden, sonst wird eine ursprünglich rechtmäßig angeordnete Sicherungsverwahrung rechtswidrig (EGMR 22.3.2012 – 36035/04 Rn. 74ff., NJW 2013, 3709 – Ostermünchener). Unterschiede im Zugang zu Therapien auf Grund der Nationalität bzw. wegen bevorstehender Ausweisung nichtdeutscher Sicherungsverwahrter verletzen Art. 5 iVm Art. 14 EMRK (EGMR 22.3.2012 – 5123/07 Rn. 89ff., NJW 2013, 2095 – Rangelov). Ähnliche Maßstäbe gelten auch für die Vollstreckung der Maßregel nach § 63 StGB bei (vermindert) Schuldfähigen (EGMR 18.2.2016 – 62054/12 Rn. 46ff., NJW 2017, 2395 – Blühdorn).

- 39 **2. Erzwingungs- und Beugehaft (lit. b).** Lit. b erlaubt zum einen Inhaftierung wegen **Nichtbefolgung einer** – bereits ergangenen – **rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung**. Eine Einschränkung auf bestimmte Anordnungen enthält die Norm nicht. So ist etwa grds. zulässig die Durchsetzung einer gerichtlichen Ladung durch zwangsweise Vorführung (EKMR 16.10.1996 – 32206/96 Rn. II. – G.K.; bei Vorführung Angeklagter ist auch lit. c und damit Abs. 3 einschlägig – EGMR 11.7.2006 – 2192/03 Rn. 34f. – Harkmann), die Ersatzhaft bei Nichtzahlung von Geldstrafen/-bußen und Gerichtskosten (EGMR 27.7.2010 – 28221/08 Rn. 37ff. – Gatt; aber → Rn. 44), die Zwangs- bzw. Beugehaft, um die Befolgung einer gerichtlich angeordneten Handlungspflicht zu erreichen (EGMR 3.12.2002 – 30218/96 Rn. 62 – Nowicka: psychiatrische Untersuchung; EGMR 4.7.2007 – 4065/04 Rn. 1, EuGRZ 2007, 678 – Paradis ua: Auskunftspflicht; EKMR 13.12.1978 – 8278/78 Rn. 2 – X.: Blutprobe). Freiheitsentziehung ist – das zeigt schon der Wortlaut des lit. b – nur zulässig, wenn die Person die Befolgung der Anordnung (zumindest implizit) verweigert hat, nachdem ihr diese bekannt gemacht wurde (EGMR 29.11.2011 – 30954/05 Rn. 49f. – Beiere; EGMR 2.5.2013 – 28796/07 Rn. 58ff. – Petukhova). Der Staat muss zudem vor Inhaftierung prüfen, ob die Anordnung zwischenzeitlich doch noch befolgt wurde, und

darf sich nicht darauf verlassen, die Person werde das mitteilen (EGMR 19.9.2013 – 16880/08 Rn. 56, BeckRS 2013, 202351 – Velinov).

Die **Rechtmäßigkeit der Anordnung** ist nach den üblichen Maßstäben 40 (→ Rn. 20ff.) zu prüfen. Dabei kann die Anordnung auch wegen Verletzung anderer EMRK-Normen unrechtmäßig sein (EKMR 13.10.1992 – 16002/90 Rn. 59, Ser. A No. 255-B – K.: Beugehaft wegen Verweigerung einer Zeugenaussage, wenn Aussagepflicht gegen Art. 10 EMRK verstieß). Die aus der Anordnung erwachsende Verpflichtung muss **ausreichend genau bestimmt** sein – eine Verpflichtung, „to be of good behaviour and to keep the peace“ war dies nur, weil sie auf konkretes, als „breach of the peace“ vorgeworfenes Verhalten folgte (EGMR 23.9.1998 – 24838/94 Rn. 76 – Steel ua). Schließlich muss auch die Haftanordnung rechtmäßig sein, auch hier gelten die üblichen Maßstäbe (→ Rn. 20ff.). Lit. b fordert nicht ausdrücklich, dass auch die Haftanordnung vom Gericht getroffen wird, diese darf also durch eine Behörde erfolgen, wenn und soweit eine Ermächtigung in der zu Grunde liegenden gerichtlichen Anordnung (so Frowein/Peukert EMRK Art. 5 Rn. 67) oder der gesetzlichen Grundlage (so *Dörr* in *Dörr/Grote/Marauhn* Kap. 13 Rn. 164) enthalten ist.

Daneben erlaubt lit. b Inhaftierung zur **Durchsetzung einer gesetzlichen 41 Verpflichtung**. Ein Problem dieser zweiten Alternative ist ihre Unbestimmtheit – angesichts der Fülle gesetzlicher Verpflichtungen und der Tatsache, dass der Wortlaut auch eine drohende Verletzung ausreichen lässt, scheint weitgehende Präventivhaft ohne effektive Kontrollmöglichkeiten möglich zu sein. Der Gerichtshof hat lit. b daher einschränkend ausgelegt und Versuchen, insbes. bei Inhaftierung von „Terror“-Verdächtigen die spezifischen Voraussetzungen des lit. c und Abs. 3 zu umgehen, eine Absage erteilt. Er fordert das Bestehen einer „**konkreten und spezifischen Pflicht**“, die die inhaftierte Person **bisher nicht eingehalten** hat (EGMR 8.6.1976 (PL) – 5100/71 ua Rn. 69, EuGRZ 1976, 221 – Engel ua; EGMR 6.11.1980 (PL) – 7367/76 Rn. 101, NJW 1984, 544 – Guzzardi; EGMR 22.2.1989 (PL) – 11152/84 Rn. 36, EGMR-E 4, 239 – Ciulla).

Damit stellt sich die Frage, wie mit Freiheitsentzug umzugehen ist, der jemand 41a daran hindern soll, gegen **Unterlassungspflichten** zu verstoßen – denn vor einem tatsächlichen Verstoß kann ja nicht davon gesprochen werden, dass die Person die Pflicht bisher nicht eingehalten habe. Der Gerichtshof entschied dies 2013 in einem Fall, der **Unterbindungsgewahrsam** nach deutschem Polizeirecht betraf. Er entschied, dass solche Freiheitsentziehungen grds. unter lit. b fallen, stellte aber detaillierte und strenge Voraussetzungen auf: Erstens muss die Pflicht im Hinblick auf das zu unterlassende Verhalten spezifiziert sein – die Pflicht, nicht an einer geplanten Schlägerei rivalisierender Fanggruppen teilzunehmen, war spezifisch genug, da Beteiligte (konkrete Fanggruppen), Zeit (innerhalb weniger Stunden) und Ort (eine Stadt und deren Umgebung) feststanden (EGMR 7.3.2013 – 15598/08 Rn. 93, NVwZ 2014, 43 – Ostendorf; krit. etwa *Pöschl* FS Kopetzki, 2019, 503–506). Zweitens muss die Person konkret auf die zu unterlassende Handlung hingewiesen worden sein und muss eindeutig durch Worte oder konkrete Vorbereitungshandlungen deutlich gemacht haben, dass sie der so konkretisierten Unterlassungspflicht nicht nachkommen werde (EGMR 7.3.2013 – 15598/08 Rn. 94ff., NVwZ 2014, 43 – Ostendorf) – eine allgemeine Feststellung von „Gewaltbereitschaft“ oÄ reicht also nicht aus. Drittens muss der Person selbst nach solchen Äußerungen bzw. Handlungen die Gelegenheit gegeben werden, die Unterlassungspflicht anders zu erfüllen, zB durch Verlassen des entsprechenden Ortes (EGMR 7.3.2013 – 15598/08 Rn. 99f., NVwZ 2014, 43 – Ostendorf). Schließlich ist eine strenge Ver-

hältnismäßigkeitsprüfung erforderlich (EGMR 7.3.2013 – 15598/08 Rn. 101f., NVwZ 2014, 43 – Ostendorf). Seit der Rechtsprechungsänderung von 2018, wonach Unterbindungsgewahrsam nunmehr auch nach lit. c gerechtfertigt sein kann, dürfte lit. b insofern an Bedeutung verlieren, da sich lit. c in der neuen Auslegung als erheblich weiter herausstellt als lit. b in der soeben skizzierten (vgl. EGMR 22.10.2018 (GK) – 35553/12 Rn. 84, NVwZ 2019, 135 – S., V. u. A.; EGMR 5.3.2019 – 57884/17 Rn. 39, BeckRS 2019, 51767 – Eiseman-Renyard ua).

- 42 **Ausreichend bestimmte Verpflichtungen** sind etwa die Pflichten, in der Zwangsvollstreckung eine eidesstattliche Versicherung abzugeben (EKMR 18.12.1971 – CD 39, 95 (97) = Yb 14 (1971), 692 (696) – X.), Militär- oder Ersatzdienst abzuleisten (EKMR 14.10.1985 – 10600/83 Rn. 1 – Johansen), sich auf Verlangen gegenüber Polizeibeamten auszuweisen (EGMR 4.11.2003 – 47244/99 Rn. 2 – Novotka) oder Residenzpflichten einzuhalten (EGMR 22.2.1989 (Pl.) – 11152/84 Rn. 36, EGMR-E 4, 239 – Ciulla). Nicht bestimmt genug ist etwa die Pflicht Militärangehöriger, die Regeln militärischer Disziplin einzuhalten (EGMR 8.6.1976 (Pl.) – 5100/71 ua Rn. 69, EuGRZ 1976, 221 – Engel ua). Die Verpflichtung kann auch erst durch Anordnungen einer Behörde konkretisiert werden (EGMR 24.3.2005 – 77909/01 Rn. 36, NVwZ 2006, 797 – Eppele: Platzverweis).
- 43 Weiter ist die **Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Verpflichtung**, inklusive der Einhaltung anderer EMRK-Rechte, zu überprüfen (EGMR 4.11.2003 – 47244/99 Rn. 2 – Novotka; EKMR 18.3.1981 – 8022/77 ua Rn. 176 – McVeigh ua; EGMR 14.10.1985 – 10600/83 Rn. 1 – Johansen). Auch die Haftanordnung ihrerseits muss rechtmäßig sein, es gelten die üblichen Maßstäbe (→ Rn. 20ff.).
- 44 Bei beiden Alternativen muss die Inhaftierung **verhältnismäßig** sein. Der EGMR folgt hier in der Regel dem Wortlaut und fordert (nur) bei der zweiten Alternative („zur Erzwingung der Erfüllung“) auch die **Eignung der Haft** – diese muss der Durchsetzung der Verpflichtung und **nicht** bloß der **Bestrafung** der Nichtbefolgung dienen (EGMR 25.9.2003 – 52792/99 Rn. 36 – Vasileva; EGMR 24.3.2005 – 77909/01 Rn. 37, NVwZ 2006, 797 – Eppele). Bei der ersten Alternative („wegen Nichterfüllung“) stellt er diese Voraussetzung nicht auf (EGMR 4.7.2007 – 4065/04 Rn. 1, EuGRZ 2007, 678 – Paradis; so auch Dörr in Dörr/Grote/Marauhn Kap. 13 Rn. 162; Frowein/Peukert EMRK Art. 5 Rn. 51). Wo die zu Grunde liegende Pflicht eine Zahlungsverpflichtung war, hat er zunächst auch bei der zweiten Alternative keine Eignung, die inhaftierte Person zur Zahlung anzuhalten, gefordert (EGMR 10.6.1996 (GK) – 19380/92 Rn. 39ff., ÖJZ 1996, 915 – Benham; vgl. aber die abw. Meinungen). Ein Urteil aus dem Jahr 2010 scheint eine teilweise Änderung dieser Rechtsprechung anzudeuten. Die Umwandlung einer fällig gewordenen Kautions in eine mehrjährige Freiheitsstrafe bemängelte der Gerichtshof – anhand beider Alternativen des lit. b – sowohl mit dem Argument, der Verurteilte sei zur Zahlung gar nicht in der Lage gewesen (EGMR 27.7.2010 – 28221/08 Rn. 40, 42 u. 48 – Gatt), als auch wegen der unverhältnismäßigen Dauer der Inhaftierung (EGMR 27.7.2010 – 28221/08 Rn. 43 u. 50 – Gatt). Der Gerichtshof dürfte also die „archaische Praxis“ (EGMR 27.7.2010 – 28221/08 Rn. 39 – Gatt) einiger Staaten, neben Geldstrafen auch weitere Zahlungsverpflichtungen aus Strafverfahren einfach in Freiheitsstrafe umzurechnen, in Zukunft deutlich strenger beurteilen als bisher.
- 45 Dient die Haft der Durchsetzung einer Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht, ist weiter die **Erforderlichkeit** zu prüfen. Mildere Mittel, insbes. die Androhung oder Festsetzung von Zwangsgeld, gehen vor (EGMR 4.7.2007 – 4065/04 Rn. 1, EuGRZ 2007, 678 – Paradis). Weiter muss die Haftdauer zur Erzwingung der Pflicht-

erfüllung notwendig sein – eine Inhaftierung zur Durchführung einer psychiatrischen Untersuchung ist unzulässig, wenn die Untersuchung erst nach mehreren Tagen Haft beginnt (EGMR 3.12.2002 – 30218/96 Rn. 63 – Nowicka); sofortige Erzwingung der Pflichterfüllung ist aber auch nicht erforderlich (EGMR 22.5.2008 – 65755/01 Rn. 75 – Stefanov). Dass die Haft nach Erfüllung der Verpflichtung sofort zu beenden ist (EGMR 3.12.2002 – 30218/96 Rn. 64 – Nowicka; EGMR 25.9.2003 – 52792/99 Rn. 36 – Vasileva), versteht sich von selbst.

In allen Fällen ist die **Verhältnismäßigkeit** i.e.S. zu prüfen – die Dauer der Freiheitsentziehung darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der verletzten Pflicht stehen (EGMR 4.7.2007 – 4065/04 Rn. 1, EuGRZ 2007, 678 – Paradis). So war etwa Unterbindungsgewahrsam über 19 Stunden zur Verhinderung einer Ordnungswidrigkeit (Teilnahme an den „Lindauer Chaostagen“) unverhältnismäßig (EGMR 24.3.2005 – 77909/01 Rn. 43–45, NVwZ 2006, 797 – Eppe), ebenso 13-stündiger Polizeigewahrsam, weil die Beschwerdeführerin sich nicht ausweisen wollte (EGMR 25.9.2003 – 52792/99 Rn. 37–42 – Vasileva). Wo Zahlungsverpflichtungen zu Grunde liegen, ist der Gerichtshof weniger streng (EGMR 27.7.2010 – 28221/08 Rn. 43 – Gatt).

Die in den deutschen Prozessordnungen vorgesehenen **Zwangs- bzw. Beugehaften** (etwa §§ 390, 888, 901 ZPO, § 98 Abs. 2 InsO, § 70 Abs. 2 StPO) dürften grds. Art. 5-konform sein, da sie gerade der Durchsetzung von nicht befolgten Gerichtsbeschlüssen bzw. gesetzlichen Pflichten dienen. Gleiches gilt für **Ordnungshaft nach § 890 ZPO**, die wegen Nichtbefolgung einer gerichtlich angeordneten Unterlassungspflicht angeordnet wird. Problematisch ist der **persönliche Arrest des Schuldners** nach § 918 ZPO, da er seinem Wortlaut nach nur eine – nicht unbedingt vom Verhalten des Schuldners abhängige – Gefahr und keine Pflichtverletzung fordert (so auch *Dörr* in *Dörr/Grote/Marauhn* Kap. 13 Rn. 169). Angesichts der Auslegung als subsidiär gegenüber anderen Sicherungsmaßnahmen (vgl. *Drescher* in *MüKoZPO* ZPO § 918 Rn. 3f.) dürfte § 918 ZPO allerdings in der Praxis nur Anwendung finden, wenn auch die Voraussetzungen des lit. b vorliegen. **Gefahrenabwehrrechtlicher Unterbindungsgewahrsam** dagegen ist nur unten (→ Rn. 41 a) dargestellten strengen Voraussetzungen zulässig.

Ordnungshaft nach § 178 GVG fällt nur dann unter lit. b, wenn die Ungebühr in der Verletzung einer gesetzlichen Pflicht liegt oder wenn eine Warnung durch das Gericht vorausgegangen ist, die als gerichtliche Anordnung verstanden werden kann. Wo dies nicht der Fall ist, ist aber lit. a einschlägig (→ Rn. 29). Die **Ersatzfreiheitsstrafe** nach § 43 StGB ist grds. unproblematisch, da durch sie nur die Geldstrafe, nicht aber andere Zahlungsverpflichtungen aus dem Strafverfahren abgegolten werden (vgl. auch § 459b StPO) und durch das Tagessatzprinzip auch die Verhältnismäßigkeit i.e.S. grds. gewahrt ist. Auch die **Erzwingungshaft nach dem OWiG** dürfte angesichts der Tatsache, dass sie nur bei Zahlungsfähigkeit zulässig ist (§ 96 Abs. 1, 2 OWiG), und angesichts der Begrenzung ihrer Dauer (§ 96 Abs. 3 OWiG) grds. EMRK-konform sein.

3. Untersuchungshaft (lit. c). Lit. c umfasst Haft im Zusammenhang mit Strafverfahren, insbes. **Untersuchungshaft und vorläufige Festnahme**, nach neuerer Auslegung des EGMR auch **Präventivhaft** (→ Rn. 56). (Nur) für Haft nach lit. c enthält Abs. 3 spezifische Garantien; beide Normen sind zusammen zu lesen (EGMR 22.2.1989 (Pl.) – 11152/84 Rn. 38ff., EGMR-E 4, 239 – Ciulla). Lit. c ist eine der schlechtestformulierten Vorschriften der gesamten EMRK (*Trechsel* in *Macdonald/Matscher/Petzold* S. 302).

- 50 Kern der Vorschrift ist die **erste Alternative (Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde bei hinreichendem Verdacht einer Straftat)**. **Hinreichender Verdacht** einer (bereits begangenen) Straftat erfordert „Tatsachen oder Informationen, die einen objektiven Beobachter überzeugen würden, dass die Person möglicherweise die Tat begangen hat“ (EGMR 16.10.2001 – 37555/97 Rn. 34, BeckRS 2001, 164669 – O’Hara; EGMR 30.8.1990 – 12244/86 ua Rn. 32 – Fox ua). Der EGMR verlässt sich hier nicht so sehr auf die nationalen Instanzen, sondern stellt auf Grundlage der vorliegenden Unterlagen eine eigene Prüfung an (EGMR 6.4.2000 (GK) – 26772/95 Rn. 152ff. – Labita; sehr deutlich in EGMR 24.1.2012 – 61485/08 Rn. 42 – Brega ua). Die Beweismittel müssen nicht für eine Verurteilung oder Anklageerhebung ausreichen, eine Inhaftierung wird auch nicht nachträglich unzulässig, wenn keine Anklageerhebung oder Verurteilung erfolgt (EGMR 29.11.1988 (Pl.) – 11209/84 ua Rn. 52f., EGMR-E 4, 166 – Brogan ua). Umgekehrt reicht aber auch nicht die subjektive Überzeugung der Strafverfolgungsorgane, die Person habe eine Straftat begangen (EGMR 30.8.1990 – 12244/86 ua Rn. 35 – Fox ua). Der hinreichende Verdacht kann nicht alleine auf eine frühere Verurteilung wegen ähnlicher Taten (EGMR 30.8.1990 – 12244/86 Rn. 35 – Fox ua) und – jedenfalls auf Dauer – auch nicht allein auf die Aussage eines Kronzeugen gestützt werden (EGMR 6.4.2000 (GK) – 26772/95 Rn. 157ff. – Labita).
- 51 Der Begriff „**Straftat**“ ist relativ **weit zu verstehen** und umfasst etwa das englische „breach of the peace“ (EGMR 23.9.1998 – 24838/94 Rn. 48f. – Steel ua), Ungebühr vor Gericht (EKMR 13.3.1980 – 8083/77 Rn. 1 – X.) sowie jedenfalls schwerwiegende militärische Disziplinarvergehen (EGMR 18.2.1999 (GK) – 27267/95 Rn. 51, NVwZ 2001, 304 – Hood). Um Inhaftierung zu rechtfertigen, muss die vorgeworfene Tat aber mit freiheitsentziehenden Sanktionen bedroht sein (vgl. EGMR 19.5.2004 – 44568/98 Rn. 87 – R. L. u. M.-J. D.); eine Ordnungswidrigkeit reicht nicht aus (ebenso *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* in HK-EMRK EMRK Art. 5 Rn. 44 mwN, aa *Dörr in Dörr/Grote/Marauhn* Kap. 13 Rn. 183).
- 52 Die Inhaftierung muss dem Zweck dienen, die Person der **zuständigen Gerichtsbehörde vorzuführen**. Hiermit ist nicht, wie der Wortlaut „vorzuführen“ nahelegt, nur das Haftgericht iSd Abs. 3 gemeint, sondern auch das Tatgericht. Voraussetzung für Freiheitsentziehung nach lit. c ist also, dass sie mit dem **Ziel der Durchführung eines Strafverfahrens** bzw. der Aufklärung der gegen die inhaftierte Person bestehenden Verdachtsgründe durchgeführt wird (vgl. etwa EGMR 29.11.1988 (Pl.) – 11209/84 ua Rn. 53, EGMR-E 4, 166 – R. L. u. M.-J. D.). Damit sind auch freiheitsentziehende Maßnahmen wie die Identitätsfeststellung nach § 163b StPO, die häufig nicht auf die Vorführung vor den Haftführer abzielen, nach lit. c zu rechtfertigen (EGMR 27.11.1997 – 25629/94 Rn. 61f., NJW 1999, 775 – K.-F.). Auch die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO fällt unter lit. c (EKMR 18.5.1977 – 7755/77 – X.). Dagegen ist das Festhalten einer Person unter einem Vorwand, zB um in der Zeit anderweitig Beweise gegen sie sammeln zu können, unzulässig (vgl. EGMR 7.12.1999 – 40451/98 Rn. 1A – Kerr). Auslieferungshaft fällt nicht unter lit. c, sondern unter lit. f; wird allerdings ausnahmsweise nicht die Verantwortlichkeit des inhaftierenden, sondern diejenige des Auslieferungsfördernden und damit mittelbar die Inhaftierung herbeiführenden Staates geprüft (→ Rn. 13), so stellt sich diese aus diesem Blickwinkel als Untersuchungshaft iSd lit. c dar (EGMR 2.5.2017 – 15944/11 Rn. 37f. – Vasiliciuc).
- 53 Die **Rechtmäßigkeit** setzt zunächst eine ausreichende rechtliche Grundlage voraus (→ Rn. 18f.). Hinsichtlich deren Einhaltung gilt an sich der übliche Prü-