

Sachverhalt

Der professionelle Dealer D wird von der Polizei gestellt, als er ein Päckchen Heroin erwirbt. Das Päckchen besteht aus einer durchsichtigen, dünnen Kunststoffolie, ist ca. 2 x 2 Zentimeter groß und enthält 20 Gramm ungestrecktes Pulver des Suchtmittels. Es ist an allen Seiten derart verschweißt, dass man den Kunststoff aufreißen muss, um an die Substanz gelangen. Nach § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 des Betäubungsmittelgesetzes wird der gewerbsmäßige Handel mit Heroin mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Bei der Festnahme sieht der Polizeiobermeister P, eine Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft, wie D sich das Päckchen Heroin in den Mund steckt. P hält das Päckchen für ein notwendiges Beweismittel in einem künftigen Strafprozess. Er wendet daher an Unterkiefer und Hals des D eine Art Würgegriff an, damit dieser den Mund öffne und das Päckchen somit freigebe. Dennoch gelingt es D schnell, das Päckchen hinunterzuschlucken. P verbringt den D daraufhin auf das nahe gelegene Polizeipräsidium. Um das Päckchen sicherzustellen und um den D vor einer Vergiftung zu schützen, ordnet P an, dass ein Polizeiarzt dem D das starke Brechmittel Apomorphin spritzt. Von einer vorübergehenden starken Übelkeit abgesehen, hat Apomorphin keine wesentlichen Nebenwirkungen. D ist mit der Spritze nicht einverstanden; der Polizeiarzt muss sie ihm gegen seinen Willen setzen. Aufgrund der Behandlung mit Apomorphin kann das Heroinpäckchen aber letztlich wie vorgesehen sichergestellt und im Prozess gegen D verwendet werden.

D hält die Zwangsmaßnahmen zur Sicherstellung des Heroins für unverhältnismäßig und rechtswidrig und legt alle zulässigen strafprozessualen Rechtsbehelfe ein, jedoch ohne Erfolg. In der Begründung der strafgerichtlichen Entscheidungen heißt es, der von P angewandte (Würge-)Griff sei als notwendige Zwangsmaßnahme zur Durchsuchung einer natürlichen Körperöffnung von § 102 StPO gedeckt; die Verabreichung des Brechmittels sei durch § 81a StPO gerechtfertigt. D möchte sich damit nicht zufrieden geben und erhebt, da er sich „in verschiedenen Grund- und Menschenrechten“ verletzt sieht, Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht.

1. Wie wird das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsbeschwerde des D entscheiden?
2. Nehmen Sie an, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe einen gleich gelagerten Fall zuvor schon (an den Menschenrechten der Konvention gemessen und) entschieden. Welche Bedeutung hat die Entscheidung für deutsche Gerichte?

Lösungshinweise zum Brechmittelfall (ÖR 12 Examensklausurenkurs)

Bearbeiter: Wiss. Mit. Konstantin Krukowski

Zu Frage 1), Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde:

Das Bundesverfassungsgericht wird der Verfassungsbeschwerde stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde beurteilt sich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

1. Beteiligtenfähig ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG "jedermann", das heißt jeder Grundrechtsträger. Als natürliche Person ist D Träger aller der hier in Betracht kommenden Grundrechte. Er ist somit beteiligtenfähig.

2. Beschwerdegegenstand iSd § 90 Abs. 1 BVerfGG kann nur ein Akt der öffentlichen Gewalt sein. Der von P angewendete Würgegriff ist als staatliche Maßnahme im Rahmen der Strafverfolgung tauglicher Beschwerdegegenstand. Dasselbe gilt für die Anordnung der Apomorphinspritze sowie die bestätigenden strafgerichtlichen Entscheidungen.

3. D müsste beschwerdebefugt sein (ebenfalls § 90 Abs. 1, Geltendmachung einer Grundrechtsverletzung, „Möglichkeitstheorie“). Es erscheint jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Anwendung des Würgegriffs ebenso wie der Einsatz des Brechmittels gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen.

Empfehlenswert (aber nicht zwingend für die Zulässigkeit der Beschwerde) ist es, hier auch die weiteren in der folgenden Begründetheitsprüfung behandelten GR schon anzusprechen; deren Verletzung nicht von vornherein und offensichtlich ausgeschlossen ist, zu diesen s. unten. Nach anderer Auffassung sollte sogar schon die Eröffnung des Schutzbereichs bei der Frage der Beschwerdebefugnis erörtert werden.

Eine Beschwerdebefugnis bzgl. Menschenrechte aus der EMRK (Art. 3, 6 EMRK könnten verletzt sein) besteht vor dem BVerfG nicht.

D müsste des Weiteren selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

Die Merkmale können an sich nur bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden problematisch sein, sollten aber dennoch erwähnt werden.

Da es um seine eigene körperliche Unversehrtheit geht, ist er selbst betroffen. Die unmittelbare Betroffenheit ist bei Einzelakten, wie sie hier vorliegen, ohne Weiteres gegeben. Zweifelhaft ist auch nicht, dass D gegenwärtig betroffen ist, obwohl der Würgegriff schon angewandt und ihm die Spritze bereits verabreicht worden ist. Die Betroffenheit dauert an, solange der Beschwerdeführer durch die Maßnahme in irgendeiner Form beschwert ist. Die Instanzgerichtsentscheidungen bescheinigen den Maßnahmen Rechtmäßigkeit und wirken fort. Aufgrund der Spritze ist das Heroinpäckchen sichergestellt worden, das noch im Strafverfahren als Beweismittel verwandt werden kann. Es kommt hinzu, dass zwangsweise Untersuchungen zu Beweissicherungszwecken regelmäßig bereits durchgeführt werden, bevor das Bundesverfassungsgericht angerufen werden kann. Das gilt vor allem für Maßnahmen

am Ort der Festnahme, wie den Würgegriff. Würde man in derartigen Fällen die gegenwärtige Betroffenheit verneinen, wären derartige Eingriffe nahezu vollständig der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen, was der durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG bezweckten Kontrolle aller Staatsgewalt widerspräche. D ist daher beschwerdebefugt.

4. Indem D alle zulässigen strafprozessualen Rechtsbehelfe erfolglos eingelegt hat, hat er in Einklang mit § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG den Rechtsweg erschöpft. Auch sind andere Möglichkeiten für den D zur Abhilfe seiner Beschwerde nicht ersichtlich.

5. Er müsste die Monatsfrist nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG und die Formanforderungen der §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG gewahrt haben, wovon hier auszugehen ist.

Die Verfassungsbeschwerde ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit D durch den Würgegriff oder durch die die Injektion in einem seiner Grundrechte verletzt worden ist. Da das BVerfG keine „Superrevisionsinstanz“ ist, ist der Prüfungsmaßstab beschränkt auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

Hinweis: Wichtig ist in der Klausur grds. die gutachterliche Trennung von Einzelakten, die rechtlich unterschiedlich zu bewerten sein können. Soweit allerdings die gleichen Wertungen getroffen werden, ist auch eine zusammengefasste Prüfung möglich. So kann ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch Würgegriff und Spritzenverabreichung auch unter einer Überschrift behandelt werden, bevor die divergierende verfassungsrechtliche Rechtfertigung getrennt erörtert wird.

I. Der Würgegriff

1. *Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsfreiheit.* (–) Der Schutzbereich ist nicht eröffnet. Zwar ist D „professioneller“ Dealer, die Tätigkeit mag also dauerhaft der Schaffung oder Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage für ihn dienen. Auch betrifft die im Würgegriff manifestierte Strafverfolgung deren Ausübung. Schlichtweg sozialschädliche Beschäftigungen wie beim Rauschgift Händler sind jedoch schon nicht vom verfassungsrechtlichen Berufsbegriff umfasst.

2. *Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG):* (–) Der Inhalt des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums richtet sich nach Maßgabe der einfachen Gesetze. Nach § 903 BGB kann der Eigentümer mit seinen Sachen zwar nach Belieben verfahren. Nach dem BGB hat der D aber nie Eigentum an dem Päckchen erworben (§§ 433, 929, 134, Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, Fall der „Fehleridentität“).

3. *Verletzung von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – Körperliche Unversehrtheit*

a) Eingriff in den Schutzbereich

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt die Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne, also unter anderem vor Beeinträchtigungen der körperlichen Substanz oder der Körperfunktionen und vor der Zufügung von Schmerzen. Durch einen Würgegriff werden Atmung und Schluckmechanismus vorübergehend beeinträchtigt. Darüber hinaus ist das Würgen mit Schmerzen verbunden. Es handelt sich daher bei der Maßnahme des hoheitsrechtlich tätigen Polizeibeamten um einen Eingriff in das Grundrecht.

b) Schranken (Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs)

Gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG darf in die körperliche Unversehrtheit aufgrund eines (förmlichen) Gesetzes eingegriffen werden. Als gesetzliche Grundlage für den Würgegriff kommt § 102 StPO in Betracht, den die Strafgerichte für einschlägig gehalten haben. Da das Bundesverfassungsgericht keine "Superrevisionsinstanz" ist, wird es die Anwendung des Strafprozessrechts nicht im Einzelnen nachprüfen, sondern sich auf die Prüfung spezifischer Grundrechtsverletzungen beschränken. Zu prüfen ist daher nur, ob die herangezogene gesetzliche Ermächtigung, hier § 102 StPO, verfassungsgemäß ist und ob P im Einzelfall Grundrechte missachtet oder verkannt hat, insbesondere unverhältnismäßig gehandelt hat, d.h. ob die Einzelfallhandlung vom Gesetz auch gedeckt ist.

Zu überlegen ist, ob die Maßnahmen auch als auf Gefahrenabwehrrecht gestützt angesehen werden können (durch ein Austreten von Heroin im Magen nach einem Hinunterschlucken und einer denkbaren Auflösung der Folie durch die Magensäure wäre das Leben des D gefährdet). Der Fall ist genau an der Schnittstelle zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung angesiedelt, die Abgrenzung wird materiell (nicht etwa formell durch die Auffassung/Bezeichnung der Behörde/Gerichte) vorgenommen. Es handelt sich um eine der Schwierigkeiten des Falles und sollte zumindest an einer Stelle des Gutachtens angesprochen werden, wobei der Gefahrenabwehraspekt nach dem Sachverhalt bei der Apomorphinspritze näher liegt als noch beim Würgegriff. Nach h.M. wird bei doppel funktionalen Maßnahmen auf den Schwerpunkt abgestellt. Wer den Schwerpunkt der Zwecksetzung der Maßnahmen also bei dem Schutz des D vor der Gefahr der Vergiftung sieht, müsste die StPO (die der Strafverfolgung dient) dann konsequenterweise unangewendet lassen. Die dann zu prüfenden Ermächtigungsgrundlagen ergäben sich aus dem Landesrecht, in Berlin für die Sicherstellung aus §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 38 Nr. 1 ASOG. Deren Verfassungsmäßigkeit ist ebenso unproblematisch, und bei der Einzelfallanwendung läuft es ebenso auf eine Prüfung von eventuellen Ermessensfehlern hinaus (Ermessensüberschreitung durch Unverhältnismäßigkeit). Dieser Lösungsweg ist allerdings nach dem Sachverhalt weitaus schwieriger vertretbar: P mag im konkreten Fall zum Zeitpunkt des Würgegriffs nur an die Beweismittelsicherstellung (Strafverfolgung) gedacht haben, das Hinzukommen des Vergiftungsaspekts folgt im Sachverhalt später. Zwar soll es bei der Abgrenzung nicht auf die subjektive Sicht des Beamten, sondern auf eine verobjektivierte Zweckrichtung ex ante situatione ankommen (Beurteilung durch einen objektiven Dritten in der Situation des konkret handelnden Beamten, vgl. auch Knemeyer, POR, Rn. 122), jedoch war im Zeitpunkt des Ansetzens zum Würgegriff das erst darauf folgende und einen weiteren Willensakt erfordernde Hinunterschlucken der Droge und damit eine Gesundheitsgefährdung für D tatsächlich objektiv noch nicht offensichtlich. Vielmehr war nur klar, dass D das Päckchen zunächst nur vor dem Zugriff des Beamten in seinem Mund verbergen wollte, so dass es nicht entdeckt und in einem künftigen Strafprozess gegen ihn verwendet werden kann.

aa) Verfassungsmäßigkeit von § 102 StPO

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG ist der Bundesgesetzgeber zum Erlass strafprozessualer Normen zuständig (vgl. für insoweit vorkonstitutionelles Recht Art. 123, 125 GG). Fehler im Gesetzgebungsverfahren sind nicht ersichtlich. Die vorkonstitutionelle StPO unterliegt gemäß der Rechtsprechung des BVerfG nicht dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.

§ 102 StPO müsste darüber hinaus verhältnismäßig sein. Die Vorschrift dient dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Aufklärung und Verfolgung von Straftaten

(Anforderung aus dem Rechtsstaatsprinzip). Sie ist dazu geeignet, da eine Durchsuchung Beweismittel erbringen kann, die für das Strafverfahren wichtig sind. Sie ist erforderlich, wenn es kein milderes, ebenso geeignetes Mittel gibt. Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich Beweismittel nur im Rahmen einer Durchsuchung finden lassen. Indem die Vorschrift die Durchsuchung in das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden stellt und damit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im konkreten Fall ermöglicht, ist auch sichergestellt, dass Durchsuchungen nur dann durchgeführt werden, wenn es im Einzelfall kein milderes Mittel gibt. Ebenso ist die Ermächtigung zur Durchsuchung nicht von vornherein unangemessen. Auch hier ermöglicht § 102 StPO als Kann-Vorschrift eine Prüfung im Einzelfall. Zudem spricht für die Verhältnismäßigkeit der grds. Richtervorbehalt aus § 105 StPO bei der Anwendung. Die Norm ist somit verhältnismäßig und mit den Vorschriften des GG vereinbar.

bb) Anwendung des § 102 StPO

(1) Erfüllung des formellen und materiellen Tatbestands (+), insbesondere kann noch von „Durchsuchung“ gesprochen werden, wenn es um „natürliche Körperöffnungen“ geht (Abgrenzung zur „Untersuchung“ iSd § 81a StPO).

(2) Verhältnismäßigkeit des Würgegriffs:

Die Anwendung des Würgegriffs müsste ihrerseits verhältnismäßig sein. Zweck ist die Schaffung von Grundlagen für ein Strafverfahren konkret gegen den D. Es bestehen Zweifel, ob der Würgegriff geeignet ist, die Sicherstellung des Heroinpäckchens als Beweismittel. Da es dem D aber schließlich gelungen ist, das Päckchen herunterzuschlucken, hat sich der Würgegriff nachträglich als ungeeignet erwiesen. Allerdings kann die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns nicht rückwirkend danach beurteilt werden, ob sie schließlich Erfolg gehabt hat. Vielmehr ist auf die Sicht „ex ante“, im Zeitpunkt des staatlichen Handelns, abzustellen. Danach erscheint der Würgegriff als ein grundsätzlich geeignetes, wenn auch nicht unfehlbares Mittel. Da D das Päckchen bereits im Mund hatte und jederzeit hinunterschlucken konnte, ist ein milderes, gleich geeignetes Mittel nicht ersichtlich. Eine vorhergehende mündliche Aufforderung zur Herausgabe an den D versprach in der Eilsituation kein geeignetes Mittel zu sein. Schließlich müsste der Würgegriff verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Dabei sind das staatliche Interesse an der Sicherstellung des Heroins als Beweismittel und das Interesse des D an der Wahrung seiner körperlichen Unversehrtheit gegeneinander abzuwägen. Das Strafverfolgungsinteresse wiegt hier schwer, da der gewerbsmäßige Handel mit einer so genannten harten Droge wie Heroin eine schwere Straftat (Verbrechen iSd § 12 StGB) darstellt, die grundsätzlich zu verfolgen ist (Legalitätsprinzip in der Strafverfolgung). Gewerbsmäßiger Handel deutet zudem auf die Gesundheitsgefährdung zahlreicher Dritter durch die Straftat hin. Weiteres Indiz für die Schwere der Tat ist, dass ein Grund zum Absehen von der Verfolgung iSd § 31a BtMG nicht anzunehmen ist. Letztlich spricht für die Wichtigkeit eines Augenscheinsobjekts im Prozess auch, dass das Hauptverfahren wesentlich auf sich warten lassen kann und der Zeuge sich dann nicht mehr erinnern kann. Auf der anderen Seite ist der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nur vorübergehend und vermochte nicht einmal, das Hinunterschlucken zu unterbinden. Insbesondere hatte es D jederzeit in der Hand, seine Dauer durch Freigabe des Heroinpäckchens zu verkürzen. Daher erscheint die Maßnahme als angemessen.

c) Ergebnis

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist nicht verletzt.

4. Verletzung von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

Soweit D während der Anwendung des Würgegriffs zugleich in seiner körperlichen **Bewegungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) eingeschränkt ist, geht diese Einschränkung nicht über das hinaus, was mit dem Würgegriff notwendigerweise verbunden ist. Die Maßnahme wird daher vollständig von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst; dem Grundrecht auf Freiheit der Person kommt daneben in diesem Fall keine eigenständige Bedeutung zu.

5. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG tritt als Auffanggrundrecht hinter dem Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zurück.

6. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich des Würgegriffs unbegründet.

II. Die Apomorphinspritze

1. Verletzung der **Menschenwürde** (Art. 1 Abs. 1 GG): Verstoß gegen den „sozialen Wert- und Achtungsanspruch, der dem Menschen wegen seines Menschseins zukommt“ (BVerfG)? Behandlung als Objekt staatlichen Handelns (auf die Philosophie Kants zurückgehende Dürig'sche Objektformel)? (+/-) Vertretbar unter dem Aspekt der Selbst-Bestimmung über die eigenen Körperfunktionen und der Demütigung (so etwa OLG Frankfurt, NJW 1997, 1647: Funktionalisierung und Unterwerfung des Betroffenen nur unter den „Zweck des Hervorwürgens“; es stehe „nicht der Erbrechende, sondern das Erbrochene im Mittelpunkt des Interesses“). Für eine Ablehnung spricht jedoch die sehr hohe Schwelle, die in Ermangelung einer Rechtfertigungsmöglichkeit („unantastbar“) an eine Würdeverletzung angelegt wird. D war wohl zudem nicht nur reiner Gegenstand staatlichen Handelns, da er zum einen durch seine Straftat, bei der er auf frischer Tat erwischt wurde, und zum anderen durch das Hinunterschlucken des Päckchens auch aktiv gehandelt hat. Auch dienen die Maßnahmen (auch) seiner Gesundheit, sogar der Rettung seines Lebens, und nehmen insoweit Rücksicht auf seine Subjektqualität, so dass D wohl nicht lediglich zu staatlichen Zwecken instrumentalisiert wurde.

2. Verletzung des **Misshandlungsverbots** (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG): (-) Die Vorschrift wird von der h.M. nicht als eigenständiges Grundrecht, sondern vielmehr als Schranken-Schranke zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angesehen, vgl. nur Pieroth/Schlink, Grundrechte, 22. Auflage 2006, Rn. 399 (Es ist aber auch vertretbar, in der Vorschrift ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht zu sehen, das hier verletzt sein kann, s. Mushoff, a.a.O., S. 93: zwar keine Folter, aber seelische Misshandlung wegen der Demütigung des Erbrechens).

3. Verletzung von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – Körperliche Unversehrtheit

Eingriff in den Schutzbereich

In die **körperliche Unversehrtheit** des D wird eingegriffen, indem ihm durch eine künstliche Körperöffnung ein Stoff in die Blutbahn gegeben wird, der seine Körperfunktionen beeinträchtigt. Die Spritze ist zudem mit einem Schmerz verbunden. Man könnte argumentieren, dass D dadurch gerade vor der schwerwiegenden Folge der Vergiftung *bewahrt* werden sollte und somit schon einen Eingriff verneinen. Aber allenfalls ärztliche Heilbehandlungen *mit vorliegender* Einwilligung des Patienten scheiden als Eingriffe aus (vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II: Grundrechte, 22. Auflage

2006, Rn. 395, und Di Fabio in: Maunz/Dürig, Rn. 69 zu Art. 2 II), D war mit der Spritze nicht einverstanden.

2. Schranken (Verfassungsrechtliche Rechtfertigung)

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit steht nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter einfachem Gesetzesvorbehalt. Die Anordnung der Spritze ist daher gerechtfertigt, wenn ihre gesetzliche Grundlage, § 81a StPO, mit der Verfassung vereinbar und wenn die Anordnung selbst verhältnismäßig ist.

Bemerkung: Vertretbar ist es an dieser Stelle etwa mit dem OLG Frankfurt, a.a.O., zu dem Schluss zu gelangen, dass § 81a StPO auf Brechmittelfälle unanwendbar ist, weil in deren Verabreichung keine „Untersuchung“ liege. Nach dieser dort vorgebrachten engen Auslegung, könne eine „Untersuchung“ lediglich dazu dienen, Erkenntnisse und Werte über den Körper und den Gesundheitszustand hervorzubringen. Die Herausbeförderung von körperfremden Gegenständen könne man nicht mehr als „Untersuchung“ bezeichnen. Die h.M. versteht den Begriff weiter.

Bemerkung: Stellt man bei dem Brechmitteleinsatz auf die Gefahrenabwehr als „Schwerpunkt“ ab (Vergiftungsgefahr) und sieht die Beweismittelgewinnung eher im Hintergrund, so bleibt als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nur die Generalklausel des § 17 Abs. 1 ASOG (iVm den Vorschriften zur sofortigen Vollziehung, § 6 Abs. 1 VwVG Bd und 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO), da das Polizeirecht in Berlin keine Standardmaßnahme zur körperlichen Untersuchung, also zu Eingriffen in die körperliche Integrität bereithält. Dabei stellt sich das tatbestandliche Problem, inwieweit die *öffentliche* Sicherheit betroffen sein kann, wenn es um die Rechtsgüter Leben/Gesundheit eines sich selbst Schädigenden geht. Abzuwägen ist dabei zwischen dem ebenfalls grundrechtlich geschützten Recht des Einzelnen, sich selbst zu schädigen, und der staatlichen Schutzpflicht (als obj. Grundrechtsfunktion) für das Leben, die hier angenommen werden könnte. Vertretbar ist es auch, nicht den Schwerpunkt zu suchen, sondern beide Rechtsgrundlagen nacheinander als mögliche Deckung für die Handlungen der Polizei zu prüfen.

a) Verfassungsmäßigkeit von § 81a StPO

Nach dem oben Gesagten ist die StPO formell verfassungsgemäß. § 81a StPO müsste darüber hinaus verhältnismäßig sein. Indem die Vorschrift Untersuchungen zur Feststellung von Tatsachen ermöglicht, die für das Strafverfahren von Bedeutung sind, dient sie dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten. Sie ist geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Als Ermessensnorm ist sie zu diesem Zweck nach dem oben zu § 102 StPO Gesagten auch das mildeste Mittel und angemessen. Die tatbestandlichen Vorkehrungen („Arzt“, „Regeln der ärztlichen Kunst“, „kein Nachteil“, Richtervorbehalt) sorgen ebenfalls für Verhältnismäßigkeit der Norm im engeren Sinne. § 81a StPO ist somit verfassungsgemäß (vgl. Mushoff, KritV 2005, 83 (85), m.w.N. auch zur gegenteiligen Ansicht).

b) Die Anordnung (Einzelfall)

aa) Der Tatbestand des § 81a StPO für die Einzelfall-Anordnung war erfüllt.

bb) Verhältnismäßigkeit: Das Spritzen von Apomorphin war, wie sich nach der Behandlung gezeigt hat, geeignet, das Heroinpäckchen sicherzustellen, das im Rahmen eines Strafverfahrens gegen D als Beweismittel von Bedeutung ist. Mildere, gleich geeignete Mittel sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass ein weniger schweres Brechmittel denselben Erfolg hätte oder dass das Heroinpäckchen vom Körper unbeschädigt auf natürlichem Wege ausgeschieden worden wäre. Allein die

Möglichkeit des Aufplatzens des Päckchens im Körper und des Todes muss dazu führen, dass man das bloße Abwarten und ein Festhalten des D über eine längere Zeit nicht als weniger einschneidendes Mittel ansehen kann.

Wenn jemand die Möglichkeit der Verabreichung eines zu trinkenden Brechmittels (Ipecacuanha¹-Sirup) als milderes Mittel erkennt (dieses Zusatzwissen fordert die Klausurstellung aber nicht), könnte derjenige Bearbeiter die Erforderlichkeit der Spritze auch ablehnen, unter dem Aspekt, dass dieses dem D zunächst hätte angeboten werden müssen, wobei ja die Möglichkeit bestanden hätte, dass D zur Vermeidung von Zwang kooperiert. Die Verabreichung des Sirups (gegen den Willen des Beschuldigten) durch eine Magensonde kann indes kaum als milderes Mittel gegenüber der Spritze angesehen werden.

Schließlich muss die Anordnung bei Abwägung der widerstreitenden Interessen als verhältnismäßig im engeren Sinn erscheinen: Für die Maßnahme spricht das Interesse an der Verfolgung einer schweren Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz (Verbrechen, s. oben). Das Interesse, den D vor einer Vergiftung zu schützen, die droht, wenn die Heroinverpackung im Körper schadhaft wird, vermag zwar eine Anordnung nach § 81a StPO für sich genommen nicht zu rechtfertigen, weil die Norm allein der Gewinnung von Beweismitteln dient und nicht dem Gesundheitsschutz/Gefahrenabwehr. Wird aber das Päckchen als Beweismittel benötigt, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Beamte, wie hier, zugleich einen an sich legitimen Nebenzweck neben der Strafrechtspflege verfolgt. Die beiden Interessen haben ein erhebliches Gewicht. Auf der anderen Seite wird die körperliche Unversehrtheit durch die Spritze nicht nachhaltig beeinträchtigt. Auch sind die Gefahren, die mit der Spritze verbunden sind nach diesem Sachverhalt, soweit ersichtlich, gering. Aus diesem Grunde wird auch die Schwelle der ungerechtfertigten Misshandlung gemäß Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG noch nicht erreicht sein (vertretbar ist es aber durchaus, eine solche Art und Weise der Behandlung des Festgehaltenen *grundsätzlich* als Verstoß gegen das Verbot von Misshandlungen einzuordnen). Im Ergebnis ist die Anordnung als verhältnismäßig anzusehen.

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist demzufolge nicht verletzt.

4. *Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) in Gestalt des **Nemo-tenetur-Grundsatzes** (nemo tenetur se ipsum accusare: Niemand darf gezwungen werden, sich selbst strafrechtlich zu belasten; Herleitung aber str.):* h.M (–), da es sich nicht um einen willensgesteuerten Vorgang beim Beschuldigten handelt (Abgrenzung aktiv – passiv), s. aber Mushoff, a.a.O., 91.

5. *Verletzung von **Art.2 Abs. 2 S. 2 und Art. 2 Abs. 1 GG*** (–) Verdrängung auf Konkurrenzebene wie oben.

3. Ergebnis

Auch hinsichtlich der Anordnung der Spritze wird kein Grundrechtseingriff festzustellen sein (a.A. in mehrerlei Hinsicht gut vertretbar, s. oben).

C. Gesamtergebnis

Das Bundesverfassungsgericht wird die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückweisen.

¹ Aus der Sprache Tupi der brasilianischen Índios: „Pflanze vom Wegesrand, die einen krank macht“, zu deutsch: Brechwurzel.

Weitere Leseempfehlung:

EuGH NJW 2006, 3117 (Rs. Jalloh ./ Deutschland; Die Umstände des Einzelfall seien entscheidend, hier: Verstoß gegen Folterverbot aus Art. 3 EMRK und Fair-Trial-Grds. nach Art. 6 EMRK durch Einflößen des Brechmittels des Festgehaltenen mittels einer Nasen-Magen-Sonde), mit Anmerkung von Schuhr, NJW 2006, 3538, und Schumann, StV 2006, 661. Das BVerfG hat sich lediglich in einem rechtlich unerheblichen obiter dictum geäußert (BVerfGE NStZ 2000, 96, mit Anm. Rixen, NStZ 2000, 381). S. auch KG NStZ-RR 2001, 204: Brechmittelverabreichung als grds. zulässiger körperlicher Eingriff nach § 81a StPO (entschieden für das trinkbare und dann freiwillig getrunkene Ipecacuanha-Gemisch nach ärztlicher Unbedenklichkeitserklärung).

Zu Frage 2), Bedeutung einer Entscheidung des EGMR für nationale Gerichte:

Zunächst ist die EMRK ein völkerrechtlicher Vertrag und gilt in Deutschland nicht unmittelbar (wie allgemeine Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG), sondern ist durch Gesetz transformiert worden (im Jahre 1952; vgl. auch Art. 59 GG). Sie gilt daher nur im Range von einfachem Bundesrecht.

Ihr Inhalt besagt allerdings (in Art. 46 Abs. 1 EMRK), dass die Unterzeichnerstaaten innerstaatlich zur Abhilfe von (durch Urteil des EGMR) festgestellten Verstößen gegen die gewährleisteten Menschenrechte verpflichtet sind. Dies passt zum Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG und dem allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda*.

Es stehen sich also ein gegenüber dem GG niedrigerer Rang der EMRK-Menschenrechte einerseits und eine völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands andererseits gegenüber.

St. Rspr. des BVerfG dazu ist, dass Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes von allen nationalen Gerichten „zu berücksichtigen“ seien; bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes sei die Rechtsprechung des EGMR zu beachten, wenngleich eine mit dem § 31 BVerfGG (Bindungswirkung, Gesetzeskraft) vergleichbare Bestimmung fehlt. Dies ist auch auf das BVerfG selbst bezogen.

Nachdem der EGMR nach der „Caroline von Monaco“-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 101, 361) entgegen diesem der Privatsphäre der Prominenten gegenüber der Pressefreiheit den Vorzug gegeben hat und Art. 8 EMRK als verletzt angesehen hat, hat das BVerfG ausgeführt, dass EGMR-Urteile zwar zu berücksichtigen seien, aber Wert darauf gelegt, dass sie „kein zwingendes Recht“ sein, sondern vielmehr „schonend in die nationale Rechtsordnung einzupassen“ seien (BVerfG NJW 2004, 3407). Das Ausmaß und die Art und Weise der angedachten Einpassung sind jedoch bislang unklar, wie schon die Begrifflichkeiten des BVerfG zeigen.

Es handelt sich lediglich um eine Zusatzfrage, die wesentlich weniger in die Note einfließt als die obige Falllösung. Die Bearbeiter brauchen die Vorschriften der EMRK nicht zu kennen, da diese nicht zu den erforderlichen Hilfsmitteln zählte. Hinreichend ist die Wiedergabe der genannten Grundsätze im Groben, erfreulich die Kenntnis der o.g. Rspr.