



COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Wirtschaft

Nachdiplomstudium Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Grundrechtskollisionen im Strafvollzug am Beispiel der Zwangsernährung

**Gewichtung und Durchsetzung von Rechten und Pflichten der Justiz,
der Medizin und des Individuums**

Masterarbeit eingereicht von

Heidi Hauenstein

MAS Forensics 3

am 12. Mai 2011

betreut von

Dr. iur. Benjamin F. Brägger

Geschäftsführer CLAVEM GmbH – Expertise und Beratung im Freiheitsentzug

Lehrbeauftragter für Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrecht an der Universität Bern

I. Inhaltsverzeichnis

I.	Inhaltsverzeichnis	II
II.	Literaturverzeichnis	IV
III.	Materialien	VI
IV.	Abkürzungsverzeichnis	VIII
V.	Kurzfassung	X
1	Einleitung	1
1.1	Problemstellung	1
1.2	Vorgehen und Ziel der Arbeit.....	2
2	Grundrechte	3
2.1	Grundrechte allgemein	3
2.1.1	Einschränkungs Voraussetzungen	3
2.1.2	Polizeiliche Generalklausel	4
2.2	Grundrechte im Sonderstatus des Gefangenen	4
2.2.1	Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug	4
2.2.2	Entwicklung des Gesetzmässigkeitsprinzips für den Haft- und Strafvollzug	5
3	Gesetzliche Grundlagen zum Strafvollzug	6
3.1	Strafvollzug und Strafvollstreckung	6
3.2	Geltendes Recht	6
3.2.1	Bundesrecht	6
3.2.2	Kantonales Recht	7
3.2.3	Konkordatsrecht.....	7
3.3	Zukunft des Vollzugsrechts.....	7
3.3.1	Bedeutung der internationalen Rechtsprechung	8
3.3.2	Expertenmeinungen	8
4	Freiheitsentzugsarten und deren Ausgestaltung.....	9
4.1	Freiheitsentzug durch Untersuchungs- und Sicherungshaft	9
4.1.1	Voraussetzungen	9
4.1.2	Vollzug	9
4.1.3	Ersatzmassnahmen.....	9
4.2	Freiheitsentzug durch Strafvollzug.....	10
4.2.1	Voraussetzungen	10
4.2.2	Rechte und Pflichten im Strafvollzug	10
4.2.3	Alternative und abweichende Vollzugsformen	11
4.2.4	Gründe für einen Vollzugsunterbruch.....	11
5	Hafterstehungsfähigkeit.....	12
5.1	Definition.....	12

5.2	Beurteilung der Hafterstehungsfähigkeit.....	12
5.2.1	In der Untersuchungshaft.....	12
5.2.2	Im Strafvollzug.....	12
5.3	Haltung des Bundesgerichts.....	13
5.4	Stellung des Gefängnisarztes.....	13
6	Hungerstreik.....	13
6.1	Definition.....	13
6.2	Das Recht zum Hungerstreik.....	14
6.3	Hungerstreik als Nötigung oder Erpressung.....	14
7	Zwangsernährung.....	15
7.1	Definition.....	15
7.2	Betroffene Grundrechte und Eingriffsvoraussetzungen.....	15
7.3	Gesetzliche Grundlagen.....	15
7.4	Pro und contra Standpunkte.....	16
7.4.1	Selbstbestimmung des Individuums.....	16
7.4.2	Position der Ärzte.....	17
7.4.3	Strafdurchsetzungs- und Fürsorgepflicht des Staates.....	19
7.4.4	Ethische Sichtweise.....	22
7.4.5	Zwangsernährung als Folter.....	23
8	Beispiel Bernard Rappaz.....	24
8.1	Chronologischer Überblick.....	24
8.2	Lehrmeinungen zu BGE 136 IV 97.....	27
8.2.1	Fehlurteil 2010.....	27
8.2.2	Verfassungsmässigkeit der Zwangsernährung.....	28
8.2.3	Fragwürdige gesetzliche Grundlage.....	28
8.2.4	Grundrechte der Ärzte zu wenig gewichtet.....	29
8.3	Reaktionen der Ärzte auf den BGE.....	29
8.3.1	Instrumentalisierung der Ärzte.....	29
8.3.2	Zwangsernährung unvereinbar mit Standesregeln.....	29
8.3.3	Zwangsernährung verfassungswidrig.....	30
8.4	Zulässigkeit der Zwangsernährung bleibt offen.....	30
8.5	Strafvollstreckungs- und Vollzugsrecht auf Bundesebene.....	30
8.5.1	Forderung nach einer nationalen Regelung.....	30
8.5.2	Stellungnahme des Bundesrats.....	31
9	Schlussfazit.....	32
9.1	Rechtmässigkeit der Zwangsernährung.....	32
9.2	Rahmengesetz auf Bundesebene.....	34

II. Literaturverzeichnis

- **Bächtold**, Andrea, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2009
- **Bächtold**, Andrea, Art. 92 StGB, in: Niggli, M. A./Wiprächtiger, H. (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007
- **Brägger**, Benjamin F., Art. 75 StGB, in: Niggli, M. A./Wiprächtiger, H. (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007
- **Brägger**, Benjamin F., Einführung in die neuen Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches zum Sanktionensystem und zum Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen, Bern 2007
- **Brägger**, Benjamin F., Zwangsernährung im Strafvollzug – Replik zu „Hungerstreik und Strafvollzug“ von Markus Müller, in Jusletter vom 16. August 2010
- **Fellmann**, Walter, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten in: Kuhn, M.W./Poledna, T. (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007
- **Guillod/Sprumont**, Olivier/Dominique, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in Jusletter vom 8. November 2010
- **Häfeli/Haller**, Ulrich/Walter, und **Keller**, Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008
- **Kilias/Kuhn/Dongois/Aebi**, Martin/André/Nathalie/Marcelo F., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 2009
- **Krähenmann/Schweizer/Tschumi**, Adrian/Andreas/Tbobias, Hungerstreik im Strafvollzug, in Jusletter vom 10. Januar 2011
- **Müller**, Markus, Das besondere Rechtsverhältnis: ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003
- **Müller/Schefer**, Jörg Paul/Markus, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008
- **Ostendorf**, Heribert, Das Recht zum Hungerstreik, Verfassungsmässige Absicherung und strafrechtliche Konsequenzen, Frankfurt am Main 1983
- **Petermann**, Frank Th., Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizid-Prävention, AJP 2004, S. 1111-1138
- **Riklin**, Franz, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsvorsorge (Verweigerung der Behandlung, Hungerstreik) in: Queloz, N./Riklin, F./Senn, A./de Sinner, P. (Hrsg.), Medizin und Freiheitsentzug, Beiträge und Dokumentation der 2. Freiburger Strafvollzugstage (November 2000), Bern 2002
- **SAMW/FMH**, Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften/Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte, Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag, Ein Leitfaden für die Praxis, Basel 2008
- **SAMW**, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Medizinisch-ethische Richtlinien, 2. Auflage, Basel 2005
- **SAMW**, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze, 2. Auflage, Basel 2006
- **Schefer**, Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001
- **Schmid**, Niklaus, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009
- **Schürmann**, Frank, Strafvollzug und Europäische Menschenrechtskonvention in: Baechtold, A./Senn, A. (Hrsg.), Brennpunkt Strafvollzug, KJS Band 2, Bern 2002

- **Schwarzenegger/Hug/Jositsch**, Christian/Markus/Daniel, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007
- **Strathenwerth/Wohlens**, Günther/ Wolfgang, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007
- **Surber**, Reto Andrea, Das Recht der Strafvollstreckung, Zürich 1998
- **Tag**, Brigitte, Strafrecht im Arztalltag in: Kuhn, M.W./Poledna, T. (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007
- **Trechsel**, Stefan, et. al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008
- **Villiger**, Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Auflage, Zürich 1999
- **Winiger**, Roland, Hungerstreik und Zwangsernährung, ZStrR 4 (1978), S. 386ff.
- **Wiprächtiger**, Hans, Welche qualitativen Verbesserungen hat die Revision bei den Sanktionen und beim Vollzug gebracht? Der neue allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in der Praxis – eine Zwischenbilanz, AJP 2009, S. 1503-1517

III. Materialien

Botschaft 98.036 zur Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979 ff.

Gesetze

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR /Uno-Pakt II) vom 16. Dezember 1966, in Kraft seit 18. September 1992 (SR 0.103.2)

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950, in Kraft seit 28. November 1974 (SR 0.101)

Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105)

Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999 (SR 101)

Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911

Konkordat der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (SRSZ 250.210.1)

Haft-, Straf- und Massnahmenvollzugsverordnung (HSMV) (SRSZ 250.311)

Justizverordnung (SRSZ 231.110)

Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) (SRBE 341.1)

Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMPA)

(SRNE 351.0)

Patientinnen- und Patientengesetz (SRZH 813.13)

Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafgesetzbuch (EGStGB) (SRVS 311.1)

Allgemeine Ausführungsverordnung zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafgesetzbuch (SRVS 311.200)

Bundesgerichtsentscheide

BGE 97 I 839

BGE 99 Ia 262 (Minelli I)

BGE 102 Ia 279 (Minelli II)

BGE 118 Ia 64 (Minelli III)

BGE 106 IV 321

BGE 108 Ia 69

BGE 127 IV 154

6B_249/2009

6B_599/2010/BGE 136 IV 97

6B_959/2010

6B_996/2010

6B_1022/2010

6B_1011/2010

Zeitschriften

Schweizerische Ärztezeitung: 2008;89: 22 / 2010;91: 39 / 2011;92: 8
Plädoyer, 2011 (1)

Internetseiten

<http://www.irm-bs.ch/files/Vademecum/Hafterstehungsfaehigkeit.htm>
<http://de.wikipedia.org/wiki/Hungerstreik>
http://de.wikipedia.org/wiki/Kuenstliche_Ernaehrung
http://www.fmh.ch/files/pdf4/Standesordnung_2010.04.05_dt.sc.pdf
<http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz> (diverse Seiten zu Stichwort Rappaz)
<http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/100804> (diverse Seiten)
http://de.wikipedia.org/wiki/Zeittafel_Rote_Armee_Fraktion
<http://de.wikipedia.org/wiki/Humanismus>
http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103702

IV. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AT	allgemeiner Teil
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheid des Bundesgerichts
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BV	Bundesverfassung
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CPT	European Committee for the Prevention of Torture (Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe)
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch/er
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum (Berufsverband der Schweizer Ärztinnen und Ärzte)
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IRA	Irish Republican Army
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	Litera (Buchstabe)
m.E.	meines Erachtens
m.M.	meiner Meinung
N	Note
NEK-CNE	Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
OR	Obligationenrecht
polit.	politisch/politischen
RAF	Rote Armee Fraktion
S.	Seite/n
SAMW	Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften
SR	Systematische Sammlung (des Bundesrechts) (des kantonalen Rechts)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
u.U.	unter Umständen

v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZEK	Zentrale Ethikkommission der Schweizer Akademie der Medizinischen Wissenschaften
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZstrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
z.T.	zum Teil

V. Kurzfassung

In der Schweiz ist die Strafvollstreckung und der Strafvollzug Sache der Kantone. Die Umsetzung ist in verschiedenen kantonalen Gesetzen und Verordnungen sowie in den Richtlinien der drei Strafvollzugskonkordate geregelt. Um die Einhaltung der Grundrechte während eines Freiheitsentzugs zu garantieren, sind in dieser föderalistischen Lösung grosse Unterschiede in der Ausgestaltung möglich. Und dies in einem Gebiet, welches das Individuum in seinem elementaren Grundrecht der persönlichen Freiheit durch den Freiheitsentzug an sich bereits massiv einschränkt.

Im letzten Jahr war der Hungerstreik von Bernard Rappaz ein grosses Thema in den Medien und entfachte eine breite Diskussion in der Bevölkerung um das Thema Zwangsernährung. Kernpunkt der Diskussion war die Legalität eines solchen Eingriffs und infolgedessen die Gewichtung von Grundrechten. Die durch Zwangsernährung entstehenden Grundrechtskollisionen im Strafvollzug werden in dieser Arbeit aufgegriffen und thematisiert. Vorab wird ein Überblick über die Menschenrechte allgemein und deren Eingriffsvoraussetzungen gegeben.

Die Zwangsernährung stellt einen schweren Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit dar. Ein solcher Eingriff muss in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein. In der Schweiz gibt es nur in einzelnen Kantonen eine gesetzliche Regelung zur Zwangsernährung, bundesrechtlich ist sie nicht geregelt. Für die Anordnung einer allfälligen Zwangsernährung wurde im Fall Rappaz die polizeiliche Generalklausel als genügende gesetzliche Grundlage erachtet. Es ist fraglich, ob diese Entscheidung der Verfassung standhält.

Das Bundesgericht hatte sich im Zusammenhang mit dem Hungerstreik von Rappaz mehrfach mit der Frage eines allfälligen Strafvollzugsunterbruchs zu beschäftigen. Das höchste Gericht vertritt klar und konsequent die Auffassung, dass ein Strafunterbruch auf Grund einer durch den Hungerstreik verursachten körperlichen Schwäche nicht in Frage komme und der Strafvollzug nötigenfalls mit dem Mittel der Zwangsernährung durchgeführt bzw. aufrechterhalten werden könne und müsse. Die Beantwortung der Frage, ob eine Zwangsernährung gegen den Willen eines urteilsfähigen Gefangenen ein rechtsstaatlich erlaubter Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ist, ist das Gericht schuldig geblieben. Ebenso bleibt die Frage unbeantwortet, ob ein Arzt zur Vornahme der Zwangsernährung entgegen seiner Berufsethik gezwungen werden kann.

Der Gesetzgeber sollte unbedingt aktiv werden und die vorhandenen Lücken in der Strafvollzugsgesetzgebung durch ein eidg. Rahmengesetz schliessen. Dadurch bekäme sowohl die Justiz als auch die Medizin und das Individuum mehr Rechtssicherheit. Nicht zuletzt sollten die Bedingungen im schweizerischen Strafvollzug in den Grundzügen für alle Bürger gleich sein. Kantonale Eigenheiten auf einem solchen Gebiet erscheinen ethisch fragwürdig.

Die absolute Gültigkeit des Selbstbestimmungsrechts des Individuums – auf der Grundlage der Menschenwürde und in den Schranken des Sonderstatusverhältnisses – wird verfochten. Ebenso wird die Ansicht vertreten, dass ein eidgenössisches Rahmengesetz im Strafvollstreckungs- und Vollzugsrecht zeitgemäss wäre.

1 Einleitung

„Humanität ist der Charakter unseres Geschlechts; er ist uns aber nur in Anlagen angeboren, und muss uns eigentlich angebildet werden. Wir bringen ihn nicht fertig auf die Welt mit; auf der Welt aber soll er das Ziel unsres Bestrebens, die Summe unsrer Übungen, unser Wert sein ... Wenn der Dämon, der uns regiert, kein humaner Dämon ist, werden wir Plagegeister der Menschen ... Humanität ist der Schatz und die Ausbeute aller menschlichen Bemühungen, gleichsam die Kunst unsres Geschlechts. Die Bildung zu ihr ist ein Werk, das unablässig fortgesetzt werden muss, oder wir sinken ... zur rohen Tierheit, zur Brutalität zurück.“

Zitat: Johann Gottfried Herder, 1744-1803, Briefe zur Beförderung der Humanität¹

1.1 Problemstellung

In der heutigen Zeit wächst die Gesetzes- und Regelungsdichte immer mehr. Dies ist verständlich, da das Alltagsleben immer mehr Möglichkeiten bietet, sich zu unterhalten, zu vergnügen und das Leben zu gestalten. Das Individuum möchte einerseits seine Ruhe haben, möchte verschont werden von Lärmemissionen oder schädlichen Umwelteinflüssen etc. und gleichzeitig möchte der Mensch sich selbst unbeschränkt entfalten und das vielfältige Konsumangebot nützen. Eine Herausforderung für den Staat, alle Bedürfnisse zu befriedigen und dabei gerecht zu bleiben. Die Entwicklung der Gesetze, Entstehung neuer Gesetze und Vorschriften, aber auch Ausbau des bestehenden Regelwerks ist da nicht verwunderlich.

Den Gesetzen liegen die Grundrechte der Verfassung und der Menschenrechtskonventionen zu Grunde. Sie bilden das Fundament unseres Rechtsstaates. Im Strafvollzug wird v.a. das zentrale Grundrecht der persönlichen Freiheit im Sonderstatusverhältnis der Gefangenschaft im Kern massiv eingeschränkt. Kommt noch ein Hungerstreik während des Freiheitsentzugs dazu mit der Fragestellung der Zwangsernährung, dann werden weitere Grundrechte tangiert, welche sich teilweise diametral gegenüber stehen.

Ist das Selbstbestimmungsrecht des Individuums unter dem Titel der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit stärker zu gewichten als die Fürsorgepflicht und der Strafdurchsetzungsanspruch des Staates? Wie steht es mit der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung der Gefangenen? Was für Rechte oder Pflichten haben die Ärzte in dieser Konstellation? Sind sie dem Gefangenen gegenüber als betreuender Vertrauensarzt oder dem Staat gegenüber in der Position als Gefängnisarzt verpflichtet? Wie werden Berufsethik und Gewissensfreiheit der Ärzteschaft berücksichtigt?

In Zusammenhang mit diesen Fragen will die Arbeit einen kurzen Überblick über die geltende Rechtsordnung in der Schweiz bezüglich der Verfügungsrechte des Häftlings über erlaubte und unerlaubte Eingriffe in seine Grundrechte, insbesondere in die körperliche Integrität geben. Dabei sollen die sich aus einer sog. Patientenverfügung ergebenden Pflichten bzw. Grenzen des Mediziners aufgezeigt werden. Auch die möglichen strafrechtlichen Konsequenzen bei Befolgung oder Missachtung einer solchen Verfügung durch den Arzt werden aufgelistet. Auf Seiten des Staates wird insbesondere auf das Spannungsverhältnis zwischen der staatlichen Fürsorgepflicht gegenüber dem Inhaftierten und dem Auftrag der reibungslosen Strafvollstreckung eingegangen. Dabei wird die Weisungsbefugnis des Staates gegenüber dem Vollzugsmediziner betrachtet, der eine allfällige Zwangsmedikation im Endeffekt konkret und allenfalls gegen seine Berufsethik durchzuführen hat. Zur Suche einer möglichen Lösung oder

¹ Abrufbar unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Humanismus>, eingesehen am 01.05.2011

zumindest Lösungsansätze dieser unterschiedlichen Spannungsverhältnisse werden ethische Grundsätze zu Rate gezogen.

Am 01.01.2011 traten die eidgenössische Strafprozess- sowie die eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft. Diese Gesetze bilden einerseits die längst fällige eidg. Einheitlichkeit der bislang kantonalen Prozessordnungen, andererseits bringen sie einen enormen Ausbau der Vorschriften mit sich. Bei der Bearbeitung des Themas „Grundrechtskollisionen im Strafvollzug“ hat sich die Frage aufgedrängt, ob nicht eine einheitliche Gesetzgebung im Vollzugsrecht eine nötige und wünschenswerte Entwicklung wäre oder ob die bestehenden kantonalen Gesetze und die drei Konkordate ausreichen. Immerhin wurden mit dem Inkrafttreten des revidierten StGB am 01.01.2007 einige zuvor ungeschriebene Grundrechte in einem eidgenössischen Gesetz formuliert und die Menschenwürde in Art. 74 StGB als Grundpfeiler im Strafvollzug festgelegt. Die Ausgestaltung der Rechte verblieb bei den Kantonen. Aktuell existieren in der Schweiz noch sehr unterschiedliche Abläufe, wobei teilweise weit auseinander divergierende Bestimmungen im Vollzugsalltag gelten.

1.2 Vorgehen und Ziel der Arbeit

Die vorliegende Arbeit will anhand des Hungerstreiks und der dabei thematisierten Zwangsernährung von Bernard Rappaz aufzeigen, was für Grundrechte im Strafvollzug aufeinanderprallen können, wie die Gesetzeslage zur Zwangsernährung aktuell ist und warum ein dichtes Regelwerk in diesem sensiblen Bereich nötig ist, um alle in diesem Spannungsverhältnis aufgeworfenen Fragen zu regeln.

Zuerst wird ein Überblick über die Menschenrechte und die allgemeinen Einschränkungsvoraussetzungen gegeben. Anschliessend werden die Grundrechte im Sonderstatusverhältnis des Freiheitsentzugs und die gesetzlichen Grundlagen dazu aufgeführt. Es wird dabei unterschieden zwischen Untersuchungs- und Sicherheitshaft einerseits und dem Freiheitsentzug nach rechtskräftiger Verurteilung andererseits. Die Ersatzmassnahmen in der Untersuchungshaft und alternative Formen zum Freiheitsentzug werden dargelegt und die unterschiedlichen Zwecke dieser Haftarten kurz aufgezeigt. In einem weiteren Kapitel wird die Haftersuchungsfähigkeit erläutert. Dabei wird auf die Verantwortlichkeiten eingegangen und die Rolle des Vollzugsarztes thematisiert.

Der Hungerstreik als politisches und kulturelles Druckmittel wird aufgegriffen und hinterfragt. Im Folgenden wird ausführlich auf die Zwangsernährung eingegangen. Die daraus entstehenden Grundrechtskollisionen werden aufgelistet und von verschiedenen Seiten her beleuchtet. Die Probleme, die sich zusätzlich aus dem Sonderstatusverhältnis ergeben, bilden ein wesentliches Thema. Des Weiteren wird die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage bei der Grundrechtsumsetzung bzw. bei Grundrechtseingriffen während des Freiheitsentzugs angesprochen und auf die Unterschiede in den kantonalen Regelungen hingewiesen.

Schliesslich wird am Beispiel des Hungerstreiks von Bernard Rappaz bzw. der richterlich nötigenfalls angeordneten Zwangsernährung, die Problematik der Grundrechtsumsetzung in der Ausnahmesituation Strafvollzug aufgezeigt. Die konkret betroffenen Grundrechte werden aufgelistet und es wird nach Lösungen für die entstandenen Spannungsverhältnisse gesucht. Dabei wird auf die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts eingegangen und Bezug genommen auf die herrschende Lehre und Praxis. Die verschiedenen Standpunkte der beteiligten Akteure kommen zur Sprache.

Ein Ausblick auf die Zukunft der Strafvollzugsgesetzgebung rundet die Arbeit ab. Dabei wird ein mögliches eidgenössisches Vollzugsrecht thematisiert. Zu den einleitend gestellten Fragen

und den tangierten Grundrechten von Staat, Individuum und Arzt, wird eine Gewichtung vorgenommen. Im Fazit werden die Essenz der Arbeit und die persönliche Meinung wiedergegeben. Es wird auf eine praktikable Lösung hingewiesen, welche die Menschenwürde und den Willen des urteilsfähigen Menschen respektiert, die Glaubwürdigkeit und Autorität des Staates nicht untergräbt und welche auf die Gewissensfreiheit und die Berufsethik der Ärzte Rücksicht nimmt.

2 Grundrechte

2.1 Grundrechte allgemein

Grundrechte sind die von der Verfassung und den Menschenrechtskonventionen gewährleisteten grundlegenden Rechte des Einzelnen im Staat und gegenüber dem Staat. Es gibt drei Arten von Grundrechten: die Freiheitsrechte, die Rechtsgleichheit inklusive die rechtsstaatlichen Garantien sowie die sozialen Grundrechte.² Die Bundesverfassung enthält in Art. 7 – 36 den Grundrechtskatalog. Darin enthalten sind auch die früher ungeschriebenen Grundrechte³ sowie die sich aus den internationalen Konventionen ergebenden wichtigsten grundlegenden Ansprüche.⁴ Die Garantie der Menschenwürde ist zentral und bildet die Grundlage der in der Verfassung verankerten Grundrechte.⁵ Die EMRK garantiert in Art. 2 – 14 Grundrechte, die in thematischer Hinsicht weitgehend den Freiheitsrechten und Verfahrensgarantien der Bundesverfassung entsprechen⁶. Da die Formulierungen in der EMRK und in der BV divergieren, kann der Umfang der geschützten Grundrechte variieren. Massgebend ist in solchen Fällen die Norm, die einen weitergehenden Schutz gewährt.⁷ Der Uno-Pakt II garantiert in Art. 6 – 27 die klassischen Menschenrechte.⁸ Diese Normen sind grösstenteils unmittelbar anwendbar und werden vom Bundesgericht gleich behandelt wie die Rechte der EMRK.⁹

2.1.1 Einschränkungsvoraussetzungen

Einschränkungen in Grundrechte bedürfen vier Voraussetzungen, die von Lehre und Rechtsprechung entwickelt und in Art. 36 BV aufgeführt sind. Die vier Voraussetzungen - gesetzliche Grundlage,¹⁰ öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Respektierung des Kerngehaltes - müssen kumulativ erfüllt sein, damit ein Freiheitsrecht eingeschränkt werden darf. Trotz der Überschrift Grundrechte ist dieser Vier-Punkte-Katalog auf Freiheitsrechte zuge-

² Häfeli/Haller/Keller, § 6, N 205 – 216

³ Art. 7 BV legt als Einleitung in den Grundrechtskatalog fest: „Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.“ In der alten Bundesverfassung war die Menschenwürde noch ein ungeschriebener Grundsatz, der v.a. für die Konkretisierung der persönlichen Freiheit herangezogen wurde.

⁴ Vgl. Art. 7 – 36 BV

⁵ Schefer, S. 94 – 145, Markus Schefer wirft in seinem Kapitel über die Menschenwürde als Grundlage der Kerngehalte von Grundrechten insbesondere die Frage nach der Abhängigkeit der Menschenwürde vom gesellschaftlichen Konsens auf. Er beschreibt, dass die Menschenwürde im Gehalt grundsätzlich offen ist und Konkretisierungen bedarf, die sich in den einzelnen Kerngehalten der Grundrechte manifestieren. Als historische Konstanten nennt er die Gleichheit der Menschen und das Selbstbestimmungsrecht in der Ausgestaltung des eigenen Lebens.

⁶ Vgl. Art. 2 – 14 EMRK

⁷ Art. 53 EMRK hält fest: „Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer Hohen Vertragspartei oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden.“

⁸ Vgl. Art. 6 – 27 IPBPR

⁹ Häfeli/Haller/Keller, § 6, N 235 - 245

¹⁰ Wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen. Vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV. Womit die polizeiliche Generalklausel auf Verfassungsstufe verankert ist.

schnitten.¹¹ Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, ob der Eingriff in die Grundrechte geeignet ist, das anvisierte Ziel zu erreichen. Zudem muss der Eingriff erforderlich sein und darf den Einzelnen nicht mit unzumutbarer Härte treffen. Das eingesetzte Mittel ist in Relation zum verfolgten Ziel zu stellen und es ist eine entsprechende Abwägung vorzunehmen.¹² Zudem können Einschränkungen der Freiheitsrechte durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.¹³

2.1.2 Polizeiliche Generalklausel

Nicht alle Gefahren können vom Gesetzgeber vorhergesehen und normiert werden. Es gibt solche, die der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unmittelbar drohen und unverzüglich abgewendet werden müssen. Für solche Fälle hat das Bundesgericht in seiner Praxis die polizeiliche Generalklausel geschaffen. Durch die Generalklausel wird die Exekutive befugt, auch ohne gesetzliche Grundlage jene Massnahmen zu treffen, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder zur Abwendung unmittelbar drohender schwerwiegender Gefährdungen unerlässlich sind. „Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte, unvorhersehbare und zugleich gravierende Notfälle ausgerichtet. Sie kann nur dort angerufen werden, wo keine gesetzlichen Mittel vorhanden sind, um einer konkreten Gefahr zu begegnen, nicht aber, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert worden sind.“ Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV normiert ausdrücklich, dass der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel eine gesetzliche Grundlage zu ersetzen vermag.¹⁴

2.2 Grundrechte im Sonderstatus des Gefangenen

Unter dem Titel der Freiheitsrechte wird der Einzelne in seiner Freiheitssphäre vor Eingriffen des Staates geschützt. Zu den Freiheitsrechten zählt insbesondere das in Art. 10 BV garantierte Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit. Darunter fällt speziell die in Art. 10 Abs. 2 BV genannte Bewegungsfreiheit sowie die körperliche und geistige Unversehrtheit, die in Art. 10 Abs. 3 BV durch das erwähnte Folterverbot konkretisiert wird. Das Recht auf Bewegungsfreiheit wird durch Festnahme und Inhaftierung für eine gewisse Zeit seines Gehalts praktisch entleert. Der Gefangene hat aber während der Dauer des Freiheitsentzugs das Recht auf die Anwendung anderer Grundrechte wie beispielsweise der Meinungsfreiheit, dem Schutz des Familienlebens, des Brief- Post- und Fernmeldegeheimnisses, der Glaubens- und Gewissensfreiheit, dem Petitionsrecht oder der Eigentumsgarantie.¹⁵

2.2.1 Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug

Ein inhaftierter Mensch steht in einem sog. besonderen Rechtsverhältnis.¹⁶ Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden.¹⁷ Es gehört zum Kerngehalt der Bewegungsfreiheit,

¹¹ Häfeli/Haller/Keller, § 9, N 302

¹² Schefer, S. 82 ff.

¹³ Vgl. Art. 36 Abs. 2 BV

¹⁴ Häfeli/Haller/Keller, § 9, N 312, auf Bundesebene wird in Art. 185 Abs. 3 Satz 1 BV festgehalten, dass der Bundesrat „unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen“ kann, „um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen.“

¹⁵ Müller/Schefer, S. 114

¹⁶ Gemeint ist damit ein öffentlich-rechtliches Sonderrechtsverhältnis, bei dem für den Bürger eine enge Abhängigkeit zum Staat besteht, z.B. im Strafvollzug oder an öffentlichen Spitälern und Schulen. In der älteren Literatur findet sich auch der Ausdruck „besonderes Gewaltverhältnis“.

¹⁷ Art. 31 Abs. 1 BV

dass Beschränkungen durch Festnahme, Inhaftierung, Verwahrung u.ä. nur auf Grund minimaler verfahrensrechtlicher Sicherungen erfolgen dürfen. Der Schutz dieses Grundrechts realisiert sich deshalb in besonderem Masse über die Möglichkeit, bei Entzug oder Beschränkung eine gerichtliche Instanz anzurufen. Entsprechende Gewährleistungen verankern auch Art. 5 EMRK und Art. 9 IPBPR.¹⁸

Eine Festnahme oder Inhaftierung ist nur auf der Grundlage eines präzise formulierten formellen Gesetzes zulässig. Art. 5 EMRK führt die Gründe, die einen Freiheitsentzug rechtfertigen können, abschliessend auf.¹⁹ Ein Freiheitsentzug auf Grund eines Gesetzes und aus einem zulässigen Grund ist mit Art. 31 BV, Art. 5 EMRK und Art. 9 IPBPR nur vereinbar, wenn er unter den konkreten Umständen verhältnismässig ist. Befindet sich eine Person im Gewahrsam einer Behörde, ist diese zudem verpflichtet, über Datum, Ort und Zeit Protokoll zu führen und ebenfalls den Namen des Inhaftierten, die Gründe seiner Festnahme, den Namen des Verantwortlichen aufzuführen sowie über das weitere Verbleiben des Inhaftierten Auskunft zu geben.²⁰

2.2.2 Entwicklung des Gesetzmässigkeitsprinzips für den Haft- und Strafvollzug

In allen möglichen Fällen des Haft- oder Strafvollzugs sind die Kollisionen von öffentlichen und individuellen Interessen besonders akzentuiert. Der individuelle Grundrechtsschutz in diesem Verhältnis wurde vom Bundesgericht kontinuierlich ausgebaut.²¹ Müller legt dar, dass seit der Anerkennung der persönlichen Freiheit im Jahre 1963 als ungeschriebenes Grundrecht der alten Bundesverfassung eine reiche und schöpferische Rechtsprechung, was die Ausgestaltung der Haftbedingungen anbelangt, geschaffen wurde.²²

Müller zeigt auf, dass die ältere Rechtsprechung für die Begründung eines besonderen Rechtsverhältnisses schon immer eine hinreichende gesetzliche Grundlage in einem formellen Gesetz verlangte. Jedoch die sich aus diesem Rechtsverhältnis ergebenden Grundrechtsbeschränkungen gar keiner Abstützung in einem Rechtssatz mehr bedurften. Das Bundesgericht liess es im Einzelfall genügen, dass eine Einschränkung vom betreffenden Gewaltinhaber durch Weisung oder Befehl angeordnet wurde.²³ Die Wende setzte 1974 ein. Damals erklärte das Bundesgericht am Beispiel des Straf- und Haftvollzugs, dass es aus rechtsstaatlichen Gründen unerlässlich sei, die „wichtigsten mit Untersuchungshaft und Strafvollzug verbundenen Freiheitsbeschränkungen durch einen allgemeinen Erlass zu regeln, um den Gefangenen vor Willkür zu schützen.“ Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid fest, dass „die

¹⁸ Villiger, S. 207 f.

¹⁹ Art. 5 Abs. 1 EMRK erwähnt in lit. a den Strafvollzug nach rechtmässiger Verurteilung durch ein Gericht und in lit. c die Untersuchungshaft zur Durchführung der Strafuntersuchung.

²⁰ Müller/Schefer, S. 96 – 98

²¹ Müller, S. 59 ff.

²² Zentrale Bedeutung haben die drei Minelli-Entscheide (Minelli I-III), in denen detaillierte minimale Anforderungen an den Haftvollzug formuliert werden. Ludwig A. Minelli hatte jeweils die vom Zürcher Regierungsrat erlassenen Verordnungen über die kantonalen Bezirksgefängnisse von 1972 und 1991 resp. über die kantonalen Polizeigefängnisse von 1975 mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten. Das Bundesgericht legte im Minelli I Entscheid das Erfordernis eines Gesetzes im formellen Sinn bei gewichtigen Einschränkungen in Freiheitsrechte fest. In allen drei Minelli Entscheiden wurde zudem über die grundsätzliche Ausgestaltung des Straf- und Haftvollzugs entschieden, bspw. über die Mitnahme persönlicher Effekten, Hochklappen der Betten, Lichterlöschen, Gaben Dritter, Besuchen, Disziplinarstrafen, Spaziergängen und körperlicher Betätigung, Bezug von Zeitschriften, Zeitungen und Büchern, Mitnahme von Radioapparaten, Fernsehkonsum, Korrespondenz etc.

Minelli ist Anwalt und Journalist. Als Rechtsanwalt spezialisierte er sich auf Menschenrechte. 1998 gründete er in Zürich den Verein Dignitas, der Sterbehilfe anbietet.

²³ In BGE 97 I 839, E. 5, S. 843, nannte das Bundesgericht bspw. im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft als Zweck „die Aufrechterhaltung einer vernünftigen Anstaltsordnung“.

Begründung des freiheitsentziehenden Grundverhältnisses“, sowie „auch dessen wesentlichster Inhalt“, zwingend „durch ein formelles Gesetz bestimmt“ sein sollten, demgegenüber die „Regelung der Einzelheiten der Vollzugsordnung vom Gesetzgeber an die Exekutive delegiert“ werden dürfe.²⁴ Der Minelli I Entscheid bedeutete für die Schweiz den endgültigen Durchbruch des Gesetzmässigkeitsprinzips im Haft- und Strafvollzugsbereich.²⁵

3 Gesetzliche Grundlagen zum Strafvollzug

3.1 Strafvollzug und Strafvollstreckung

In der schweizerischen Strafrechtspflege werden die Begriffe Strafvollstreckung und Strafvollzug meistens als Synonyme verwendet. So spricht das Gesetz denn auch häufig von Vollzug, wenn es tatsächlich um Vollstreckung geht. Vollstreckung i.w.S. bedeutet Verwirklichung ausgefallter Sanktionen. Der Vollzug ist dagegen nur ein Element, zwar ein gewichtiges, aller Verwirklichungsmassnahmen. Der Verurteilte wird im Vollstreckungsverfahren zunächst zum Strafantritt aufgeboten (Vollstreckung i.e.S.) und in einem weiteren Schritt wird die Strafe an ihm vollzogen.²⁶ Surber bezeichnet als Strafvollstreckung i.e.S die Anordnung und Überwachung der Durchsetzung der Strafen. Die Massnahmen fallen bei ihm ausser Betracht. Er grenzt dabei den Begriff Strafvollstreckung scharf vom Strafvollzug ab. Unter Strafvollzug versteht er die inhaltliche Ausgestaltung, die Art und Weise der Durchführung der Freiheitsstrafen.²⁷ Bächtold unterscheidet ebenfalls zwischen Vollstreckung und Vollzug. Er subsumiert unter Strafvollstreckung die Anordnung, Überwachung und Implementierung sowie die Beendigung der Sanktion. Er versteht die Strafvollstreckung jedoch inkl. Massnahmen.²⁸

3.2 Geltendes Recht

Das Strafvollzugsrecht in der Schweiz ist föderalistisch aufgebaut. Bundesrecht und Kantonales Recht ergänzen sich und stützen sich ab auf die völkerrechtlich eingegangenen Verpflichtungen.²⁹ Allgemeine Grundlage des Straf- und Massnahmenvollzugs bilden die Vorschriften im StGB. Wobei das StGB keine exklusive Rechtsgrundlage für den Straf- und Massnahmenvollzug bildet, sondern die Gesamtheit der übrigen Rechtsordnung anwendbar bleibt.³⁰

3.2.1 Bundesrecht

Art. 34 ff. StGB regelt die einzelnen Strafen und Massnahmen. Das Bundesrecht definiert abschliessend den Katalog der zulässigen Sanktionen. Mit der Revision des AT StGB wurden umfangreiche Bestimmungen zum Vollzug und zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen ins Gesetz aufgenommen und am 01.01.2007 in Kraft gesetzt. In den Art. 74 ff. StGB äussert sich der Gesetzgeber zum Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen und regelt den Vollzug im Grundsatz. In Art. 372 ff. StGB sind ergänzende Vorschriften zur Anwendung des Gesetzes zu finden. Und in Art. 387

²⁴ BGE 99 Ia 292, E. 4 + E. 5, S. 268 + 269 (Minelli I) Zur Grenzziehung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Einzelheiten des Vollzugs äusserte sich das Gericht nicht näher.

²⁵ Müller, S. 23 ff.

²⁶ Surber, S. 3 ff.

²⁷ Surber, S. 7

²⁸ Bächtold, S. 47

²⁹ Die EMRK wurde 1974 von der Schweiz ratifiziert und enthält in Art. 2 – 14 einen Katalog klassischer Menschenrechte und Grundfreiheiten. Dieser Katalog ist vergleichbar mit demjenigen anderer internationaler Instrumente, insbesondere mit dem Uno-Pakt II, welcher 1992 ratifiziert wurde.

³⁰ Bächtold, S. 55

StGB erhält der Bundesrat die Kompetenz ergänzende Bestimmungen zu erlassen. Art. 123 Abs. 3 BV ermöglicht es dem Bund, ein Rahmengesetz zum Straf- und Massnahmenvollzug zu erlassen.

3.2.2 Kantonales Recht

Art. 123 Abs. 2 BV erklärt die Kantone für die Organisation des Straf- und Massnahmenvollzugs für zuständig. Die Unterschiede sowohl in der formellen wie auch in der materiellen Ausgestaltung des Straf- und Massnahmenvollzugs der verschiedenen Kantone sind beachtlich. Lediglich die Kantone BE, NE, SO und ZH verfügen über ein Spezialgesetz zum Strafvollzug. Die übrigen Kantone regeln den Strafvollzug im Wesentlichen auf Verordnungsstufe, mehr oder weniger umfassend. In einigen Kantonen werden Fragen der Strafvollstreckung auch im kantonalen Strafverfahrensgesetz oder im Einführungsgesetz zum StGB normiert. In den meisten Kantonen finden sich die grundlegendsten Regeln zur Strafvollstreckung in den erwähnten Rechtsgrundlagen. Eine grosse Bedeutung bezüglich der Strafvollstreckung kommt dem allgemeinen kantonalen Verwaltungsrecht zu. Zum Strafvollzug existieren teilweise nur rudimentäre oder gar keine Regelungen. In vielen Kantonen wird der Vollzug durch Verwaltungsvorschriften geregelt.³¹

Für den eigentlichen Vollzug spielen zudem die unterschiedlichen Hausordnungen der Strafanstalten eine bedeutende Rolle. Diese Ordnungen wirken sich direkt auf die Insassen aus und sind für sie am konkretesten spürbar.

3.2.3 Konkordatsrecht

Von 1959 - 1963 haben sich die Kantone zu drei Strafvollzugskonkordaten zusammengeschlossen. Es sind dies: das Konkordat der Nordwest und Innerschweiz, das Konkordat der Ostschweiz und das Konkordat der lateinischen Schweiz. Ziel der Konkordate ist es, sich gegenseitig zu unterstützen und auszuhelfen. Die einzelnen Kantone sind nicht in der Lage, alle vorgesehenen Anstaltstypen und Abteilungen selber zu betreiben. Die Konkordate regeln u.a. die Verpflichtung zur Aufnahme Verurteilter aus anderen Konkordatskantonen, die Konkordatsorgane und die verschiedenen Zuständigkeiten. Beispielsweise sind für die Durchsetzung des Freiheitsentzugs innerhalb der Anstalt, also für den eigentlichen Vollzug, die Rechtsgrundlagen des Anstaltskantons anwendbar, für die Vollstreckungsentscheide bleibt aber der Einweisungskanton zuständig. Mit Inkrafttreten des Art. 48a StGB am 01.01.2008 können Konkordatsvereinbarungen mit Bundesbeschluss allgemein verbindlich erklärt werden. In den deutschsprachigen Konkordaten können mit Zustimmung aller Konkordatskantone einzelne Richtlinien zudem als verbindlich erklärt werden.³²

3.3 Zukunft des Vollzugsrechts

Die neuen Bestimmungen im Strafgesetzbuch zur Vollstreckung und zum Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen bedeuten für die Eingewiesenen ein Schritt aus dem Regelungsdschungel in Richtung Einheitlichkeit. Eine bundesrechtliche Rahmengesetzgebung wäre allerdings in diesem Bereich zu begrüssen und würde zu einer grösseren Klarheit der Rechtslage führen. Der Gesetzgeber hat aus föderalistischen Gründen aber auf ein Rahmengesetz verzichtet. Und so müssen die völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen weiterhin in den verschiedensten kantonalen Regelungen sowie der nationalen

³¹ Bächtold, S. 57 - 59

³² Bächtold, S. 62 ff.

und internationalen Rechtsprechung zusammengesucht werden.³³ Zukünftig werden die internationalen Bestrebungen, v.a. im Rahmen der EU, die Zusammenarbeit im Bereich der Strafrechtspflege zu verstärken, voraussichtlich auch für die Schweiz einen noch höheren Druck für eine Harmonisierung des Vollzugsrechts mitsichbringen.³⁴

3.3.1 Bedeutung der internationalen Rechtsprechung

Die Strassburger Kontrollorgane mussten sich bereits mehrmals mit Beschwerden aus dem Gebiet des Strafvollzugs bzw. mit Verletzungen von Konventionsgarantien befassen. Dadurch wurden Leitsätze für die Behandlung von Personen im Freiheitsentzug entwickelt und im Laufe der Jahre konkretisiert. Es existieren unzählige Urteile, Berichte und Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der früheren Europäischen Kommission für Menschenrechte.³⁵

3.3.2 Expertenmeinungen

Gemäss Schürmann³⁶ wäre es der Mühe wert, die Leitsätze des EGMR zusammen mit den Empfehlungen des Europäischen Ausschusses zur Verhütung der Folter,³⁷ den Empfehlungen der zuständigen Menschenrechtsausschüsse³⁸ sowie der bundesgerichtlichen Praxis systematisch aufzuarbeiten und zu analysieren. Daraus liesse sich ein menschenrechtliches Fundament für ein eidgenössisches Strafvollzugsgesetz erstellen, woraus sich wiederum Anhaltspunkte für die Regelung zahlreicher Einzelfragen ableiten liessen.³⁹ Nebst Schürmann sprechen sich Experten – Theoretiker wie auch Praktiker – im Bereich des Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrechts für ein eidgenössisches Rahmengesetz aus.⁴⁰ Brägger⁴¹ erklärt, ein solches Gesetz würde die kantonale Souveränität nicht beschneiden, da verfassungs- und völkerrechtliche Bestimmungen von den Kantonen sowieso zwingend eingehalten werden müssen und gleichzeitig könnte es einen Überblick über die grundrechtlichen Verpflichtungen im Freiheitsentzug geben. Rechte und Pflichten müssen aktuell aus allen möglichen Rechtsquellen und der Rechtsprechung zusammengesucht werden.⁴²

³³ Brägger, S. 11 + 12

³⁴ Bächtold, S. 59

³⁵ Schürmann, S. 255 + 256

³⁶ Frank Schürmann, Bundesamt für Justiz.

³⁷ CPT, seit 1989 tätig

³⁸ Berichte zum Uno-Pakt II und zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe.

³⁹ Schürmann, S. 256

⁴⁰ Bspw. Hans Zoss, seit 1994 Direktor der Strafanstalt Thorberg in Bern plädiert für ein eidg. Rahmengesetz. Obschon Bern die Zwangsernährung von Gefangenen gesetzlich geregelt hat und nach seiner Erfahrung die Anwendung einer solchen sehr selten zur Diskussion steht und er sich noch nie damit hat auseinandersetzen müssen, erachtet er die Regelung für solche Fälle auf eidgenössischer Ebene für angebracht. Eingesehen am 14.04.2011 unter:
http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/gefaengnisdirektoren_setzen_auf_haerte_bei_erpressungsversuchen_1.6808884.html

⁴¹ Dr. iur. Benjamin F. Brägger, Geschäftsführer CLAVEM GmbH – Expertise und Beratung im Freiheitsentzug Lehrbeauftragter für Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrecht an der Universität Bern und an verschiedenen weiteren Hochschulen sowie am Schweizerischen Ausbildungszentrum für das Strafvollzugspersonal in Freiburg (SAZ). Ehemaliger Vorsteher des Amtes für Strafvollzug des Kantons Neuenburg.

⁴² Brägger, S. 11, Vgl. auch Surber S. 35

4 Freiheitsentzugsarten und deren Ausgestaltung

4.1 Freiheitsentzug durch Untersuchungs- und Sicherungshaft

Obschon jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt (Art. 32 Abs. 1 BV), sind die Einschränkungen in die Persönlichkeitsrechte in der Untersuchungs- und Sicherungshaft teilweise gravierender als nach erfolgter rechtskräftiger Verurteilung im anschliessenden Strafvollzug. Das ergibt sich aus dem jeweils unterschiedlichen Zweck der Untersuchungs- und Sicherungshaft und dem Strafvollzug.⁴³

Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch Untersuchungs- oder Sicherungshaft sowie der Vollzug und die Ersatzmassnahmen dieser Haftarten werden seit dem 01.01.2011 gesamtschweizerisch in den Artikeln 220 – 240 der schweizerischen Strafprozessordnung und somit in einem formellen Gesetz geregelt.⁴⁴ Die in Art. 31 und 32 BV, Art. 5 und 6 EMRK sowie Art. 9 IPBPR festgelegten Grundsätze werden darin ausformuliert.

4.1.1 Voraussetzungen

Bei den Voraussetzungen für die Untersuchungs- oder Sicherungshaft wird zwischen dem allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts und den besonderen Haftgründen der Fluchtgefahr, der Verdunkelungs- oder Kollusionsgefahr, der Wiederholungsgefahr und der Ausführungsgefahr unterschieden.⁴⁵ Der allgemeine sowie mindestens einer der besonderen Haftgründe müssen gegeben sein.⁴⁶ Die Untersuchungs- oder Sicherungshaft muss verhältnismässig sein. Es sind mildere Ersatzmassnahmen zu prüfen.

4.1.2 Vollzug

Der Vollzug der Haft ist in Art. 235 StPO geregelt. Dieser Artikel sagt in Abs. 1, dass die inhaftierte Person in ihrer persönlichen Freiheit nicht stärker eingeschränkt werden darf, als der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit der Haftanstalt es erfordern. In Abs. 2 – 4 wird der Kontakt mit anderen Personen, der Briefverkehr und der freie Verkehr mit der Verteidigung geregelt. Die Regelung der Rechte und Pflichten der inhaftierten Personen, ihre Beschwerdemöglichkeiten sowie die Aufsicht über die Haftanstalten überlässt der Gesetzgeber in Abs. 5 den Kantonen.⁴⁷

4.1.3 Ersatzmassnahmen

Wenn eine Ersatzmassnahme den gleichen Zweck erfüllt wie die Untersuchungs- oder Sicherungshaft, ist eine solche als milderer Mittel anzuordnen. Ersatzmassnahmen anstelle der Un-

⁴³ In der Untersuchungs- oder Sicherungshaft gilt für den Beschuldigten die Unschuldsvermutung. Es geht darum in der Untersuchung abzuklären, ob eine Straftat erfolgt ist. Während des laufenden Strafverfahrens soll der mutmassliche Täter an der Kollusion mit Dritten gehindert werden sowie daran Beweise beiseite zu schaffen oder zu fliehen. Die Sicherungshaft dient nach abgeschlossener Untersuchung der Überbrückung der Zeitspanne vom Anklagezeitpunkt bis zur Gerichtsverhandlung. Die Sicherungshaft dient v.a. dazu der Fluchtgefahr einen Riegel zu schieben. Im Strafvollzug ist der Täter rechtskräftig verurteilt und hat die vom Gericht ausgefallte Strafe zu verbüssen. Im Strafvollzug hat das Thema Resozialisierung, die Vorbereitung der Wiedereingliederung in die Gesellschaft, einen hohen Stellenwert. Von der Vollzugsbehörde wird zusammen mit dem Insassen ein Vollzugsplan aufgestellt. Dem Inhaftierten werden im Laufe des Freiheitsentzugs immer mehr Freiheiten gewährt, wenn er sich an den Vollzugsplan hält.

⁴⁴ Vgl. Art. 220 – 240 StPO

⁴⁵ Art. 221 StPO

⁴⁶ Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 221, N 1

⁴⁷ Art. 235 StPO, im Kanton Schwyz ist der Vollzug in der HSMV geregelt.

tersuchungs- oder Sicherheitshaft dürfen nur angeordnet werden, wenn ein Haftgrund an sich besteht und dieser den gesetzlichen Anforderungen entspricht.⁴⁸

4.2 Freiheitsentzug durch Strafvollzug

Der Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen wird in den Artikeln 74 – 92 des schweizerischen Strafgesetzbuches geregelt.⁴⁹ Art. 74 StGB führt einleitend zu diesen Artikeln aus: „Die Menschenwürde des Gefangenen oder des Eingewiesenen ist zu achten. Seine Rechte dürfen nur so weit beschränkt werden, als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung es erfordern.“ Dieses Bekenntnis spricht klar für einen auf Humanität ausgerichteten Strafvollzug.⁵⁰ Dazu Wiprächtiger: „Ein Strafvollzug, der die Erniedrigung und die Züchtigung der Insassen zulässt oder gar gewollt verfolgt und die Unschädlichmachung der Täter zum Ziel hat, liegt klar ausserhalb des moralischen und gesetzlichen Rahmens der Schweiz.“

4.2.1 Voraussetzungen

Durch die Revision des AT StGB im Jahre 2007 wurden durch die erwähnten Artikel der Rahmen des Vollzugs rudimentär in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafen und der Vollzug i.e.S. werden in kantonalen Gesetzen und Verordnungen geregelt.⁵¹ Voraussetzung für den Antritt einer Freiheitsstrafe ist eine rechtskräftige Verurteilung und die Hafterstehungsfähigkeit des Verurteilten. Die zuständige Vollstreckungsbehörde wird auf Grund des rechtskräftigen Urteils den Vollstreckungsprozess in Gang setzen und die Vollzugsbehörde mit der konkreten Ausgestaltung beauftragen.

4.2.2 Rechte und Pflichten im Strafvollzug

Der Staat hat vom Gesetzgeber den Auftrag erhalten, die Gefangenen durch Förderung des sozialen Verhaltens wieder in die Gesellschaft zu integrieren. Er hat die Pflicht, während der Zeit des Freiheitsentzugs die Betreuung für die Inhaftierten zu gewährleisten und die Rechte von Drittbetroffenen zu schützen. Diese drei Elemente gehen aus Art. 75 Abs. 1 StGB hervor.⁵² Brägger führt dazu aus, das allgemeine Vollzugsziel der Wiedereingliederung werde durch fünf besondere Vollzugsgrundsätze konkretisiert. Er nennt die Prinzipien der Normalisierung, der Entgegenwirkung, der besonderen Fürsorgepflicht (Betreuung), der Sicherung und der Wiedergutmachung.⁵³

Die Gefangenen haben gemäss Art. 75 Abs. 4 StGB die Pflicht, beim Resozialisierungs- und Wiedereingliederungsprozess aktiv mitzuhelfen. Sie haben im Sinne von Art 74 StGB das Recht auf Ausübung der Grundrechte innerhalb der Schranken des Strafvollzugs. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit bedeutet dies, dass Rechte nur soweit eingeschränkt werden dürfen, als es zur Wahrung von Ordnung und Sicherheit in der Anstalt erforderlich erscheint. Angewendet bedeutet dies, dass unter mehreren von der Anstalt eingesetzten Mitteln dasjeni-

⁴⁸ Zu denken ist etwa an eine Sicherheitsleistung, eine Ausweis- oder Schriftensperre, eine Kontaktsperre, Auflagen betreffend Aufenthaltsort, Meldepflicht und sonstigen Kontrollen. Vgl. Art. 237 StPO

⁴⁹ Vgl. Art. 74 – 92 StGB

⁵⁰ Wiprächtiger in AJP, S. 1514

⁵¹ Im Kanton Schwyz wird das zuständige Departement (Justiz- und Sicherheitsdepartement) mit der Vollstreckung der Strafscheide, die durch die kantonalen Justizbehörden ausgefällt worden sind, beauftragt. Und die Bezirke bestimmen die zuständige Behörde für den Vollzug der auf Bezirksebene gefällten Entscheide. Der Vollzugauftrag der Bezirke wird i.d.R. an den Kanton abgetreten (Vgl. § 114 ff. Justizverordnung des Kantons Schwyz). Der Vollzug ist in der kantonalen Vollzugsordnung (HSMV) geregelt.

⁵² Vgl. Art. 75 Abs. 1 StGB

⁵³ Brägger in Basler Kommentar zu Art. 75, N 5 ff.

ge zu wählen ist, das am wenigsten in die privaten Interessen des betroffenen Inhaftierten eingreift.⁵⁴

4.2.3 Alternative und abweichende Vollzugsformen

Das Gesetz beschreibt in Art. 77 StGB den Normalvollzug: „Der Gefangene verbringt seine Arbeits- Ruhe- und Freizeit in der Regel in der Anstalt.“ Zu dieser Regel sind aber Ausnahmen möglich, z.B. der Aufenthalt in einem Ausgangsrayon, eine Beschäftigung in Arbeitsbetrieben ausserhalb der Anstalt oder ein Urlaub.⁵⁵ Nach Verbüsung von mindestens der Hälfte der Strafe besteht die Möglichkeit eines Arbeitsexternats. Der Gefangene arbeitet dabei ausserhalb der Anstalt, verbringt aber die Ruhe- und Freizeit in der Anstalt. Bewährt sich der Gefangene im Arbeitsexternat, besteht die Möglichkeit dieses mit einem Wohnexternat zu verbinden (Art. 77a StGB). Bei Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr ist die Form der Halbgefängenschaft üblich, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Gefangene flieht oder weitere Straftaten begeht (Art. 77b StGB). Der Vollzug von Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten erfolgt i.d.R. ebenfalls in der Form der Halbgefängenschaft (Art. 79 StGB).

Von den geltenden Vollzugsregeln darf nur abgewichen werden, wenn der Gesundheitszustand des Gefangenen es erfordert oder bei Schwangerschaft und Geburt sowie der gemeinsamen Unterbringung von Mutter und Kind (Art. 80 StGB). Die Botschaft zur Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches erläutert zu diesem Artikel, dass ein Verurteilter, der aus gesundheitlichen Gründen die Strafe nicht innerhalb einer Strafanstalt verbüssen könne, die Möglichkeit habe, die Strafe in einer andern, als den im Gesetz erwähnten Einrichtungen zu vollziehen. Genannt wird z.B. die Gefängnisabteilung eines Spitals, ein medizinisches Rehabilitationszentrum, ein Wohnheim für HIV-positiv Erkrankte oder psychisch Behinderte, eine Einrichtung für Invalide oder Betagte oder auch ein Heim einer religiösen Gemeinschaft.⁵⁶

Der Bundesrat kann gemäss Art. 387 Abs. 4 StGB für beschränkte Zeit versuchsweise neue Strafen und Massnahmen oder neue Vollzugsformen einführen oder gestatten. Zudem kann er die bestehenden Sanktionen und Vollzugsformen ändern oder Private mit dem Vollzug beauftragen. Die Form des Vollzugs mit elektronischem Hausarrest (Electronic Monitoring) findet so in verschiedenen Kantonen Anwendung.⁵⁷

4.2.4 Gründe für einen Vollzugsunterbruch

Die Zerstückelung des Strafvollzugs soll möglichst vermieden werden.⁵⁸ Unterbrechungsgründe sind z.B. Krankheit, mangelnde Hafterstellungsfähigkeit oder ein Spitalaufenthalt. Krankheit ist nur dann ein Unterbrechungsgrund, wenn sie voraussichtlich für längere Zeit zur Hafterstellungsunfähigkeit führt. Mangelnde Hafterstellungsfähigkeit an sich ist noch kein Grund zur Unterbrechung des Vollzugs. Wenn „neben einer zweckentsprechenden therapeutischen Behandlung auch die Möglichkeit und Gewähr für eine den Umständen angemessene Weiterführung der Strafe besteht, hat eine Unterbrechung ihres Vollzugs zu unterbleiben.“⁵⁹ In

⁵⁴ Kilius/Kuhn/Dongois/Aebi, S. 242, N 1412 ff.

⁵⁵ Botschaft, S. 2112

⁵⁶ Botschaft, S. 2114 + 2115

⁵⁷ Schwarzenegger/Hug/Jositsch, S. 287 + 288. Anwendung z.B. in den Kantonen Genf, Waadt, Tessin, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Solothurn und Bern. I.d.R. bei Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr. Der Verurteilte muss diese Vollzugsform rechtzeitig beantragen.

⁵⁸ Ausnahme bildet der tageweise Vollzug im Sinne von Art. 79 Abs. 2 Satz 2 StGB: „Freiheitsstrafen von nicht mehr als vier Wochen können auf Gesuch hin tageweise vollzogen werden.“

⁵⁹ BGE 106 IV 321, S. 324, Walter Stürm ersuchte am 10.07.1980 die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich um einen Strafunterbruch gemäss Art. 40 aStGB, da er Symptome einer schweren Depression aufweise. Die Staatsanwaltschaft lehnte das Gesuch ab, ebenso abgelehnt wurde der gegen diesen Entscheid eingereichte

BGE 116 Ia 423 wurde die Hafterstehungsfähigkeit eines aidskranken und suizidalen Untersuchungsgefangenen bejaht. Durch den Vollzug von Freiheitsstrafen an Kranken wird Art. 3 EMRK grundsätzlich nicht verletzt.⁶⁰

5 Hafterstehungsfähigkeit

5.1 Definition

„Hafterstehungsfähigkeit ist die Fähigkeit eines Beschuldigten oder Verurteilten, in einer Einrichtung des Strafvollzugs leben zu können, den Freiheitsentzug ohne besondere und ernste Gefahr für Gesundheit und/oder Leben zu ertragen und den Sinn und Zweck der Verbüssung einer Freiheitsstrafe zu erkennen.“⁶¹ Sind die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist in der Untersuchungs- und Sicherheitshaft nach Alternativen zu suchen oder im Strafvollzug allenfalls ein Strafaufschub zu gewähren.

5.2 Beurteilung der Hafterstehungsfähigkeit

Die Folgen einer Hafterstehungsunfähigkeit können Verlegung oder Entlassung sein. Die Entscheidung dafür liegt beim zuständigen Haft- oder Vollzugsregime. Dieses wird eine Güterabwägung vornehmen müssen und bei ihrer Entscheidung sowohl die Gesundheit des Häftlings als auch die reibungslose Strafuntersuchung oder den Strafdurchsetzungsanspruch berücksichtigen müssen.

5.2.1 In der Untersuchungshaft

In der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft hat die Güterabwägung von der zuständigen Verfahrensleitung bzw. der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht zu erfolgen. Gemäss Art. 251 Abs. 1 lit. b StPO kann eine beschuldigte Person untersucht werden um festzustellen, ob sie hafterstehungsfähig ist.⁶² Ist ein Untersuchungshäftling nicht hafterstehungsfähig, gibt es in verschiedenen Spitälern oder Kliniken mit geschlossener forensischer Abteilung die Möglichkeit einer kurzfristigen Unterbringung.⁶³

5.2.2 Im Strafvollzug

Im Strafvollzug wird die Güterabwägung durch die zuständige kantonale Justizvollzugsbehörde (i.S.v. Vollstreckungsbehörde) erbracht. Die Behörde wird i.d.R. eine ärztliche Einschätzung oder medizinische Diagnose zu Rate ziehen.⁶⁴ Die Entscheidung, ob aus einer di-

Rekurs von der Direktion der Justiz des Kantons Zürich. Auch die neuere Rechtsprechung verweist auf diesen BGE, Vgl. 6B_249/2009 vom 26.05.2009.

⁶⁰ Trechsel, Praxiskommentar, Art. 92, N 1ff.

⁶¹ <http://www.irm-bs.ch/files/Vademecum/Hafterstehungsfaehigkeit.htm>, eingesehen am 12.04.2011

⁶² Die Untersuchung wird von einer Ärztin oder einem Arzt oder von einer anderen medizinischen Fachperson vorgenommen (Art. 252 StPO).

⁶³ Eine forensische Abteilung führen bspw. das Inselspital Bern oder die Psychiatrische Klinik Rheinau.

⁶⁴ Im Kt. Schwyz: § 7 Abs. 2 HSMV „Die speziellen Abklärungen zur Hafterstehungsfähigkeit durch medizinisches Fachpersonal erfolgen im Auftrag der einweisenden Behörde, die darüber auch entscheidet.“ Gemäss § 10a Abs. 1 HSMV entscheidet die für die Inhaftierung zuständige Behörde auch über ärztliche Behandlungen ausserhalb des Gefängnisses. Nach Abs. 2 entscheidet jedoch in dringenden Fällen der Gefängnisarzt selber und informiert danach umgehend die zuständige Behörde. Als Staatsanwältin beschäftigte mich die Hafterstehungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit in der Untersuchungshaft schon mehrfach. Festgestellt durch den Gefängnisarzt wurde mir jeweils die Hafterstehungsunfähigkeit des Inhaftierten mitgeteilt. I.d.R. handelte es sich um suizidgefährdete Personen. Die Entscheidung, wo der Verdächtige untergebracht werden sollte,

agnostizierten Hafterstehungsunfähigkeit ein Strafunterbruch resultiert, liegt dann aber üblicherweise bei der Vollstreckungsbehörde.⁶⁵

5.3 Haltung des Bundesgerichts

Die Haft- oder Straferstehungsunfähigkeit ist im Gesetz nicht näher geregelt. Deshalb musste sich das Bundesgericht im Verlaufe der letzten Jahre mehrmals damit befassen. Daraus resultierte eine restriktive Praxis. Das Bundesgericht hat bereits in BGE 108 Ia 69 festgehalten, dass von der Möglichkeit eines Strafaufschubs nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden darf. Das öffentliche Interesse am Vollzug rechtskräftig verhängter Strafen würde den Ermessensspielraum der Vollzugsbehörde erheblich einschränken.⁶⁶

5.4 Stellung des Gefängnisarztes

Der Arzt trägt eine grosse Verantwortung, denn der Entscheid der Behörde über eine allfällige Verlegung des Untersuchungshäftlings oder einen Strafaufschub des Strafgefangenen hängt grösstenteils von seiner Einschätzung ab. Der Gefängnisarzt ist häufig mit klinischen Extremsituationen wie bspw. Hungerstreik, Fremd- und Selbstaggression oder Simulation konfrontiert. Zudem befindet er sich in einer Doppelrolle. Einerseits schuldet er seinen Patienten Loyalität und die bestmögliche Behandlung, andererseits ist er aber auch der Gefängnisadministration und deren Sicherheitsvorschriften verpflichtet.⁶⁷ Um Orientierungshilfen in dieser Situation zu liefern, publizierte die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften im Jahr 2002 Richtlinien zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen.⁶⁸

6 Hungerstreik

6.1 Definition

Hungerstreik wird als „eine Form des passiven Widerstands“ bezeichnet. „Ein Einzelner oder eine Gruppe verweigern dabei die Nahrungsaufnahme mit dem bewussten Risiko, Schaden zu nehmen. Der Hungerstreik wurde weltweit schon früh als Form des politischen Widerstands praktiziert. Wie jede Streikaktion ist der politische Hungerstreik eine öffentliche Demonstrati-

wurde gemeinsam besprochen und von mir angeordnet. Die Verlegung erfolgte an unterschiedliche Orte, bspw. in die geschlossene forensische Abteilung des Inselspitals oder in die geschlossene psychiatrische Klinik Rheinau oder mangels freier Kapazität dieser beiden Institutionen auch schon in die Klinik Oberwil in Zug unter Anstellung einer privaten Bewachungsfirma. Die Hafterstehungsunfähigkeit führte in meiner Praxis immer zu einer Verlegung des Beschuldigten und nie zu einer Freilassung.

⁶⁵ „Eine Ausnahme findet sich im Kanton Genf, wo der Generalprokurator Unterbrechungen verfügt. Eine spezielle Regelung sieht auch das Recht des Kantons Graubünden vor: Unterbrechungen bis zu 3 Tagen können an die Anstaltsleitung delegiert werden. Diese Option darf nicht als sachgerecht beurteilt werden, weil Entscheide über eine Unterbrechung einer Strafe oder Massnahme eindeutig dem Bereich der Strafvollstreckung zuzuordnen sind.“ Zit. Bächtold in Basler-Kommentar zu Art. 92, N. 5

⁶⁶ „Eine Verschiebung des Vollzugs auf unbestimmte Zeit kommt vielmehr nur dann in Frage, wenn nicht nur die Möglichkeit besteht, sondern mit beträchtlicher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass der Strafvollzug das Leben oder die Gesundheit des Verurteilten gefährden würde, und selbst dann noch ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei neben den medizinischen Gesichtspunkten Art und Schwere der begangenen Straftat und die Dauer der Strafe zu berücksichtigen sind.“ BGE 108 Ia 69, S. 72

⁶⁷ Schweizerische Ärztezeitung 2008;89: 22, S. 976

⁶⁸ Vgl. SAMW, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, medizinisch-ethische Richtlinien, mehr dazu unter Punkt 7.3.2.2.

on mit einem konkreten Ziel.⁶⁹

Der Hungerstreik richtet sich an Personen, die Entscheidungskompetenzen über die erhobenen Forderungen haben. Der Forderungsadressat wird unter öffentlichen Druck gesetzt und in die Rolle des Angeklagten gedrängt. Es findet ein Rollentausch statt. Der Beschuldigte oder Verurteilte wird zum Kläger und die Justiz bzw. die dahinterstehende Obrigkeit wird angeklagt. Beim Streikadressaten entsteht ein innerer Druck. Selbst ungerechtfertigte Forderungen führen zu einem Gewissenskonflikt zwischen Festhalten am Gesetz und Nachgeben im Interesse der Gesundheit und des Lebens des Streikenden. Der innere Druck wird durch den äusseren Druck von Vorwürfen und Angriffen aus der Öffentlichkeit ergänzt. Der Erfolg des Streiks hängt somit von der moralischen Qualität des Adressaten und der politischen Stabilität des Systems ab, in dem er sich befindet. Zudem spielt die Berechtigung oder Nichtberechtigung der Forderung eine entscheidende Rolle.⁷⁰

6.2 Das Recht zum Hungerstreik

Das Recht zur Verweigerung der Nahrungsaufnahme ergibt sich aus den garantierten Grundrechten, genauer aus dem Recht auf Selbstbestimmung und persönliche Freiheit. Das Individuum bestimmt selbst über Leben und Gesundheit und über die persönliche Entfaltung. Das Recht Forderungen an den Staat zu stellen, ergibt sich aus der Meinungsäusserungsfreiheit. In der Gesellschaft darf jeder seine Meinung kundtun und sich politisch äussern. Der Hungerstreik ist ein Ausdruck, um sich Gehör für eine Sache zu verschaffen, die anderswie offenbar nicht gehört wird. Er kommt häufig in Strafanstalten vor.

6.3 Hungerstreik als Nötigung oder Erpressung

Im Hungerstreik werden die zwei genannten, unterschiedlichen Grundrechte miteinander gekoppelt ausgeübt. Durch diese unauflösbare Verbindung einer Forderung an den Staat mit dem Essverhalten und einer daraus zu erwartenden gesundheitsschädigenden Folge, stellt sich die Frage, ob die Grenze einer rechtmässigen Druckausübung überschritten wird und der Hungerstreik zu einem Nötigungsmittel im strafrechtlichen Sinn wird. In der Öffentlichkeit wird im Zusammenhang mit einem Hungerstreik oft auch von "Erpressung" des Staates gesprochen. Der Staat kommt zusätzlich unter Druck, wenn die sich im Hungerstreik befindende Person sich im Strafvollzug befindet und dem Staat somit die besondere Pflicht der Fürsorge⁷¹ des unter seiner Obhut stehenden Menschen zukommt.

Von einer Nötigung oder Erpressung im strafrechtlichen Sinn kann nicht gesprochen werden. Die Voraussetzungen für die Erfüllung der objektiven Tatbestände sind nicht gegeben. Bei der Erpressung fehlt es an einer Vermögensdisposition.⁷² Eine Nötigung könnte vorliegen. Die Tathandlung der Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB umfasst die Anwendung von Gewalt, die Androhung ernstlicher Nachteile oder eine andere Beschränkung der Handlungsfreiheit. Durch den Hungerstreik wendet der Streikende die Gewalt jedoch gegen sich selbst an, die schädigenden gesundheitlichen Folgen und in letzter Konsequenz der Tod treffen ihn selber. Der Hungerstreikende kann dem Staat keine ernstlichen Nachteile androhen oder ihn in der Hand-

⁶⁹ <http://de.wikipedia.org/wiki/Hungerstreik>, eingesehen am 13.04.2011

⁷⁰ Ostendorf, S. 25

⁷¹ Da die Handlungsfähigkeit der Insassen je nach Vollzugsregime und Vollzugsstufe mehr oder weniger eingeschränkt ist, obliegt dem Anstaltspersonal eine besondere Fürsorgepflicht. Diese Pflicht greift v.a. in den Kernbereichen der menschlichen Existenz, welche von den Insassen nicht selbständig ausgeführt werden können. Dazu gehören u.a. die Gesundheitsversorgung oder eine gesunde und ausgewogene Ernährung. Vgl. Brägger in Basler-Kommentar zu Art. 75, N 10

⁷² Vgl. Strathenwerth/Wohlers, StGB Handkommentar zu Art. 156

lungsfreiheit beschränken. Der Staat gerät allenfalls unter ethischen bzw. gesellschaftlichen Druck, ist aber nicht gezwungen, auf die Forderung des Hungerstreikenden einzugehen. Je klarer und akzeptierter die Regeln bzw. die Gesetze sind, die der Staat vorgibt, wie bei einem Hungerstreik im Strafvollzug zu verfahren ist, desto geringerem Druck ist er ausgesetzt. Die Legalität und die Legitimität des Staatssystems sorgen dafür, dass der Staat sich nicht "nötigen" oder "erpressen" lassen muss.

7 Zwangsernährung

7.1 Definition

Unter Zwangsernährung versteht man die künstliche Ernährung, unter Einsatz von medizinischen Hilfsmitteln, wenn eine Person aufgrund eines Hungerstreiks oder einer Essstörung in einer lebensgefährlichen Lage schwebt.⁷³

7.2 Betroffene Grundrechte und Eingriffsvoraussetzungen

Vor der Entscheidung, ob eine Zwangsernährung durchgeführt werden soll, muss über die Frage der Zulässigkeit und die Verletzung von Menschenrechten nachgedacht werden. Es ergibt sich aus dem Wort „Zwangsernährung“, dass diese Ernährungsform etwas mit Zwang zu tun hat. Die Ernährung des Betroffenen erfolgt gegen seinen Willen. Dieser Eingriff verletzt auf der einen Seite das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie im Weiteren bezüglich des politisch motivierten Hungerstreiks auch die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV). Ein solcher Grundrechtseingriff bedarf demzufolge den gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 36 BV.⁷⁴ Im Sonderstatusverhältnis der Gefangenschaft stellt sich auf der anderen Seite die Frage, ob der Staat durch seine gesetzlichen Fürsorgepflichten (Art. 75 StGB) und das verfassungsmässige Recht des Individuums auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), nicht gerade zu diesem Eingriff in die Grundrechte des unter seiner Obhut Stehenden verpflichtet ist. Als Drittes muss noch die Stellung des Arztes oder des Personals, welches die Zwangsernährung durchzuführen hat, beachtet werden. Darf ein Arzt gegen seine beruflichen Überzeugungen gezwungen werden dem Staat als Werkzeug zu dienen?

7.3 Gesetzliche Grundlagen

Eine Zwangsernährung gilt als schwerer Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Freiheit, insbesondere der physischen und psychischen Integrität.⁷⁵ Demzufolge muss ein Eingriff auf einem Gesetz im formellen Sinn beruhen. Ein Gesetz im formellen Sinn, dass die Zwangsernährung regeln würde, gibt es zumindest auf eidgenössischer Ebene nicht. Die Kantone Bern, Zürich und Neuenburg haben die Zwangsernährung auf Gesetzesstufe geregelt.⁷⁶ Beispielsweise Art. 61 SMVG des Kantons Bern sagt zur Zwangsernährung in Abs. 1: „Im Fall eines Hungerstreiks kann die Leitung der Vollzugseinrichtung eine unter ärztlicher Leitung und Beteiligung durchzuführende Zwangsernährung anordnen, sofern Lebensgefahr oder eine schwerwiegende Gefahr für die betroffene Person bestehen. Die Massnahmen müssen für die

⁷³ http://de.wikipedia.org/wiki/Künstliche_Ernährung, eingesehen am 14.04.2011

⁷⁴ Vgl. Ziff. 2.1.1.

⁷⁵ Dass Zwangsernährung ein schwerer Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit darstellt, darüber sind sich Lehre und Rechtsprechung einig. Z.B. Müller/Jenni in *Ärztezeitung* 2011;92: 8, S. 284

⁷⁶ Bern: Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) (SRBE 341.1), Neuenburg: Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMPA) (SRNE 351.0), Zürich: Patientinnen- und Patientengesetz (SRZH 813.13)

Beteiligten zumutbar und dürfen nicht mit erheblicher Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der eingewiesenen Person verbunden sein.“ und konkretisiert in Abs. 2: „Solange von einer freien Willensbestimmung der betroffenen Person ausgegangen werden kann, erfolgt von Seiten der Vollzugseinrichtung keine Intervention.“⁷⁷

7.4 Pro und contra Standpunkte

Wie man aus den öffentlich-rechtlichen Diskussionen weiss, geht es bei der Beantwortung der Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs immer um die Gewichtung verschiedener Interessen und Standpunkte.

7.4.1 Selbstbestimmung des Individuums

Im Vordergrund steht das Recht auf Selbstbestimmung und auf körperliche Unversehrtheit. Jeder Mensch hat das Recht selbst zu bestimmen, ob er eine ärztliche Massnahme in Anspruch nehmen will oder nicht. Das Selbstbestimmungsrecht wird sowohl durch das Privatrecht geschützt,⁷⁸ wie auch durch das öffentliche Recht.⁷⁹ Es umfasst den Schutz der körperlichen Integrität und den des freien Willens des Rechtsträgers, über Eingriffe in die körperliche Integrität selbst zu entscheiden. Die Behandlungspflicht des Arztes findet ihre Grenze demzufolge am Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Der Patient kann eine medizinische Behandlung jederzeit zurückweisen, selbst wenn der Arzt dies für unvernünftig hält.⁸⁰

7.4.1.1 Patientenverfügung

Die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften definiert die Patientenverfügung als „Schriftliche Erklärung eines zum Zeitpunkt der Erklärung urteilsfähigen Menschen, welche Behandlung und Betreuung er im Falle der Urteilsunfähigkeit in einer bestimmten Krankheitssituation wünscht oder ablehnt und ob er die (ergänzende) Entscheidung/Einwilligung einer bevollmächtigten Person wünscht (Vorsorgevollmacht für medizinische Entscheidungen).“⁸¹ Die Problematik bei solchen Erklärungen ist, dass sie in der Regel nicht von der betroffenen Person handschriftlich verfasst werden, sondern ein vorgefertigtes Formular ausgefüllt wird und damit eine begrenzte Authentizität des wirklichen Willens des Erklärenden enthalten. Ein weiteres Problem stellt der Zeitfaktor dar. Der geäusserte Wille muss aktuell sein. Die im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorgenommene Behandlung ist nicht per se rechtswidrig. Entscheidend ist der mutmassliche Wille des Patienten zum Zeitpunkt der Behandlung. Eine Patientenverfügung stellt deshalb nicht in jedem Fall ein wirksames Einmischungsverbot dar.⁸² Das Einmischungsverbot ist aber zwingend vom Arzt zu respektieren, wenn der Patient vor der anstehenden Behandlung umfassend über die Risiken und Gefahren der Nichtbehandlung unterrichtet wurde und der Patient im urteilsfähigen Zustand die Einwilligung zur Behandlung verweigert hat.⁸³

7.4.1.2 Grundrechte im besonderen Rechtsverhältnis

Das Verhältnis zwischen dem Patienten und einem frei praktizierenden Arzt beruht auf einem

⁷⁷ Vgl. Art. 61 SMVG

⁷⁸ Art. 28 ZGB: 1 Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen. 2 Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

⁷⁹ Art. 10 BV

⁸⁰ Fellmann, S. 128

⁸¹ SAMW, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 18

⁸² Fellmann, S. 153 ff.

⁸³ Fellmann, S. 193 ff.

sog. Behandlungsvertrag. Dieser Vertrag stellt ein privatrechtliches Verhältnis dar und stützt sich auf die zivilrechtlichen Normen des Auftragsrechts i.S.v. Art. 394 ff. OR.⁸⁴ Die Beziehung zwischen Patient und Arzt in einem öffentlich-rechtlich organisierten Spital unterliegt den kantonalen Gesundheitsgesetzen. Auch in diesem Verhältnis hat der Arzt nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft zu handeln. Das Selbstbestimmungsrecht ist im öffentlichen Recht durch die Grundrechte geschützt. Es können sich gewisse Beschränkungen aus der besonderen Beziehung ergeben, aber nur soweit diese mit dem Behandlungsverhältnis in einem öffentlichen Spital erforderlich sind, also sich aus der Natur des Behandlungsverhältnisses ergeben. In jedem Fall bleibt das Selbstbestimmungsrecht des urteilsfähigen Patienten in Bezug auf die Behandlung gewährleistet.⁸⁵ Dasselbe dürfte für die Beziehung des Gefängnisarztes zum behandelnden Insassen gelten. Die Lehre geht seit längerem davon aus, dass sich Personen im besonderen Rechtsverhältnis auf die Geltung der Grundrechte berufen können. Allerdings anerkennt sie, dass sich gewisse spezifische Beschränkungen aus der Natur und dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses hinsichtlich der Schutzwirkung ergeben können.⁸⁶

7.4.2 Position der Ärzte

7.4.2.1 Standesregeln⁸⁷

In Art. 4 der Standesregeln der FMH wird das Verhalten gegenüber den Patienten beschrieben. Als Behandlungsgrundsatz wird im ersten Abschnitt des Artikels aufgeführt: „Jede medizinische Behandlung hat unter Wahrung der Menschenwürde und Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patienten und Patientinnen zu erfolgen.“ Im dritten Abschnitt desselben Artikels ist vermerkt: „Arzt und Ärztin haben ohne Ansehen der Person alle ihre Patienten und Patientinnen mit gleicher Sorgfalt zu betreuen. Weder die soziale Stellung, die religiöse oder politische Gesinnung, die Rassenzugehörigkeit noch die wirtschaftliche Lage der Patienten und Patientinnen darf dabei eine Rolle spielen.“ Die Standesordnung ist laut Art. 43 der Regeln für alle Mitglieder der FMH verbindlich, soweit nicht gegenteilige Vorschriften des kantonalen Gesundheitsrechts bestehen.

In Art. 31 der Standesregeln der FMH ist das Verhalten der Ärzte u.a. gegenüber den Kostenträgern erwähnt. Im ersten Abschnitt des Artikels steht: „Ärzte und Ärztinnen stellen bei Vertragsabschlüssen sicher, dass sie in ihrer ärztlichen Tätigkeit keinen Weisungen von nichtärztlichen Dritten unterworfen werden, die mit einer gewissenhaften Berufsausübung nicht vereinbar sind. Insbesondere gehen sie keine Verpflichtungen zur Erbringung bestimmter medizinischer Leistungen oder zur Erzielung bestimmter Umsätze ein.“ Der beratende Arzt oder die beratende Ärztin sind sich gemäss Art. 33 der Standesregeln „des Interessenkonfliktes bewusst, welcher zwischen der untersuchten Person einerseits und dem Auftraggeber oder der Auftraggeberin andererseits entstehen kann (Versicherer, Arbeitgeber etc.).“

7.4.2.2 Gefängnisärzte

In dem von der SAMW und der FMH herausgegebenen Leitfaden für die Praxis wird im Abschnitt zur Behandlung von Patienten im Strafvollzug ausgeführt: „Menschen im Strafvollzug haben grundsätzlich dieselben Rechte bezüglich ihrer Gesundheit wie alle anderen Bürger. Sie haben Anrecht auf eine Behandlung, die medizinisch jener der Allgemeinbevölkerung entspricht. Wie in jedem Arzt-Patienten-Verhältnis darf auch im Strafvollzug eine diagnostische oder therapeutische Massnahme nur nach Aufklärung und mit dem freien Einverständnis der

⁸⁴ Fellmann, S. 112

⁸⁵ Fellmann, S. 162 ff.

⁸⁶ Müller, S. 22

⁸⁷ http://www.fmh.ch/files/pdf4/Standesordnung_2010.04.05_dt.sc.pdf, eingesehen am 16.04.2011

inhaftierten Person durchgeführt werden.“ „In Notfallsituationen kann die Ärztin – nach den gleichen Kriterien, die für nicht inhaftierte Personen gelten – auf die Einwilligung verzichten. Dies gilt z. B. für medizinisch begründete Massnahmen zur physischen Ruhigstellung, welche jedoch höchstens für einige wenige Stunden und unter regelmässiger Beobachtung in Betracht gezogen werden dürfen. Ist der Patient aber urteilsfähig, muss sein Wille respektiert werden. Dies gilt auch für einen Hungerstreik, der zu einem beträchtlichen Gesundheitsrisiko für den Betroffenen führen kann. Fällt die hungerstreikende Person in ein Koma, geht die Ärztin nach ihrem Gewissen und ihrer Berufsethik vor, es sei denn, die betreffende Person habe ausdrückliche Anordnungen für den Fall eines Bewusstseinsverlusts hinterlegt. Solche sind zu respektieren, auch wenn sie den Tod zur Folge haben können. Die Frage ist allerdings, ob der Todeswunsch ernsthaft ist, will doch der Hungerstreikende in der Regel ein bestimmtes Ziel erreichen und nicht sein Leben beenden.“⁸⁸ Die Rolle des Gefängnisarztes unterscheidet sich jedoch durch das Anstellungsverhältnis von derjenigen des frei praktizierenden Arztes.⁸⁹

7.4.2.3 Pflichten und Rechtfertigungsgründe

Die ärztliche Behandlung des Patienten unterliegt den Normen des Strafrechts, egal ob im privatrechtlichen oder im öffentlich-rechtlichen Verhältnis. Das Strafgesetzbuch schützt die körperliche Integrität durch verschiedene Straftatbestände. Der Arzt kann sich von dem Übertretungstatbestand der Tötlichkeit über die Körperverletzung bis hin zur Tötung strafbar machen.⁹⁰ Der Patient kann eine Behandlung des Arztes zurückweisen. Nimmt der Arzt trotzdem eine nicht erwünschte Einwirkung auf den Körper vor, verletzt er die körperliche Integrität des Patienten und macht sich strafbar.⁹¹ Anstelle der Einwilligung des Patienten in den Eingriff können jedoch verschiedene Einwilligungssurrogate treten.⁹² Ist der Patient z.B. nicht in der Lage einen eigenen Willen zu bilden und ist der Eingriff dringlich, kann ersatzweise der sog. mutmassliche Wille des Patienten als Leitlinie zum ärztlichen Vorgehen herangezogen werden. Kann auch nicht auf den mutmasslichen Willen abgestützt werden, kann ein Eingriff ausnahmsweise durch sonstige gesetzliche Gründe gerechtfertigt sein.⁹³

Denkbar ist auch, dass der Arzt eine strafbare Handlung durch Unterlassung begeht. Bei einem unechten Unterlassungsdelikt⁹⁴, ist dafür ein besonderes Rechtsverhältnis nötig. Eine solche sog. Garantenstellung ergibt sich aus Gesetz, Vertrag, freiwillig eingegangener Gefahrengemeinschaft oder Schaffung einer Gefahr (Art. 11 Abs. 2 StGB). Die allgemeine Hilfeleistungspflicht des Art. 128 StGB begründet aber keine Garantenstellung. Im Grunde geht die Garantenstellung aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis hervor. Die Verantwortung für die körperliche Unversehrtheit des Patienten geht auf den Arzt über, weil es dem Willen des Arztes und dem tatsächlichen oder mutmasslichen Willen des Patienten entspricht (faktische Übereinstimmung). Ist der Arzt erst einmal zum Garanten des Patienten geworden, bedeutet dies keine Verpflichtung mit feststehendem Inhalt. Vielmehr modifiziert der Fortgang der Behandlung die ärztliche Pflichtenstellung. Es kann sich die Pflicht ergeben, den Patienten in Würde

⁸⁸ SAMW/FMH, S. 65

⁸⁹ SAMW, Präambel. Am Ende der Präambel der medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen steht: „Die SAMW ist sich der Tatsache bewusst, dass ein Teil dieser Richtlinien zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen eher die administrativen und Vollzugsbehörden, allenfalls die Gesetzgeber unseres Landes betreffen. In diesem Fall sind sie nur bedingt anzuwenden und sollen vor allem dazu dienen, den Standpunkt der Ärzteschaft zu kennen.“

⁹⁰ Tag, S. 669 ff.

⁹¹ Eingriffe auf Leib und Leben, Art. 111- 128 StGB

⁹² Bsp. von Einwilligungssurrogaten: Notfall, Geschäftsführung ohne Auftrag, mutmassliche Einwilligung des Patienten, Amtspflicht oder kumulativ eine gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit.

⁹³ Tag, S. 713 ff.

⁹⁴ Ein unechtes Unterlassungsdelikt ist im Gesetz als Begehungsdelikt formuliert, im Gegensatz dazu ist ein echtes Unterlassungsdelikt als solches beschrieben. Z.B. Art. 128 StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt.

sterben zu lassen.⁹⁵

7.4.2.4 Dilemma der Ärzte

Im Herbst 1977 wurde von der Bundesanwaltschaft eine Umfrage unter den Gerichtsmedizinern und Ärzten durchgeführt, ob ein bewusst bis zur letzten Konsequenz hungerstreikender Gefangener zwangsernährt werden soll oder nicht. Die Umfrage brachte keine eindeutigen Ergebnisse. Mehrheitlich wurde jede Anwendung körperlichen Zwangs aus ärztlich-ethischen Motiven abgelehnt. Auch wegen des mit Zwangsmassnahmen verbundenen Risikos nicht vorhersehbarer Verletzungen. Dabei wurde vorausgesetzt, dass von einer uneingeschränkten freien Willensbildung ausgegangen werden kann. Es wurde aber auch die gegenteilige Auffassung vertreten. Die Anordnung der zwangsweisen künstlichen Ernährung sei unbedenklich, wenn sich eine lebensbedrohende Entwicklung abzeichnen würde. Es sei ethisch nicht vertretbar, auf Grund blosser Vermutung der Urteilsfähigkeit bzw. des freien Willens den Dingen ihren Lauf zu lassen. Die primäre Pflicht des Arztes sei es Hilfe zu leisten.⁹⁶

7.4.3 Strafdurchsetzungs- und Fürsorgepflicht des Staates

Der Staat besitzt einerseits eine Strafdurchsetzungspflicht und andererseits eine Fürsorgepflicht gegenüber dem sich in seiner Obhut befindenden Strafgefangenen. Wie er diese beiden Pflichten vor dem Hintergrund eines Hungerstreiks und einer allfällig vorzunehmenden Zwangsernährung durchsetzen soll, dazu gibt es unterschiedliche Meinungen. Gewisse Lehrmeinungen sehen die Zwangsernährung als legitimes Mittel gegen den Hungerstreik im Strafvollzug, andere wiederum eben gerade nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen. Auch was die Rechtsgrundlagen für die Anwendung einer Zwangsernährung anbelangt, gehen die Meinungen weit auseinander.

7.4.3.1 Recht oder Pflicht zur Zwangsernährung⁹⁷

1974 starb der RAF-Terrorist Holger Meins in einer deutschen Vollzugsanstalt an den Folgen eines Hungerstreiks, mit welchem er gegen die Haftbedingungen protestiert hatte. Die Diskussion um die Zwangsernährung fand damit in Deutschland in den 70er-Jahren einen Höhepunkt und führte in der damaligen BRD zu einem Strafvollzugsgesetz, in dem Pflicht und Grenzen der Zwangsernährung geregelt wurden.⁹⁸ In Grossbritannien starb ebenfalls 1974 der IRA-Bankräuber Michael Gaughan an den Folgen eines Hungerstreiks.⁹⁹ In der britischen Lösung wird dem Gefangenen mitgeteilt, dass für ihn Nahrung bereit gehalten werde, dass er ärztlich betreut und überwacht und wenn nötig in ein Spital überführt werde. Es wird dem Gefangenen klar gemacht, dass für den Arzt keine Verpflichtung zur Zwangsernährung bestehe, er aber jederzeit Hilfe verlangen könne. In Grossbritannien wird der Gefangene nur zwangsernährt,

⁹⁵ Tag, S. 717 ff.

⁹⁶ Winiger, S. 404 f.

⁹⁷ Roland Winiger schreibt 1978 eine ausführliche Abhandlung zum Thema „Hungerstreik und Zwangsernährung“. Er bearbeitet darin bereits die meisten Fragen, die sich bei der Zwangsernährung von Rappaz, rund 30 Jahre später, wieder stellen. Unter dem Kapitel 7.3.3.1 werden die Gedanken von Winiger aus ZstrR 4 (1978), S. 386 – 409, zusammengefasst wiedergegeben.

⁹⁸ Der Hungerstreik von Holger Meins erfolgte im Rahmen des dritten kollektiven Hungerstreiks der RAF-Gefangenen in der Zeitspanne vom 13.09.1974 bis 05.02.1975. Der erste kollektive Hungerstreik der RAF-Gefangenen fand vom 17.01.1973 bis 16.02.1973 statt. Die Forderung lautete: „Aufhebung der Isolation als Folter für die politischen Häftlinge in der BRD“, „Zulassung unabhängiger Ärzte und die Verlegung aus den Toten Trakten in den Normalvollzug“. Der zweite kollektive Hungerstreik folgte am 28.05.1973 und dauerte bis 26.06.1973. Die Forderung war die Gleichstellung mit allen anderen Gefangenen.
http://de.wikipedia.org/wiki/Zeittafel_Rote_Armee_Fraktion, eingesehen am 23.04.2011

⁹⁹ Der britische Innenminister gab darauf eine Empfehlung ab. Er empfahl dem Hungerstreikenden Nahrung anzubieten, eine Zwangsernährung aber nur anzuordnen, wenn nach ärztlichem Urteil der Insasse wegen seines Geisteszustandes die Folgen des Hungerstreiks nicht abschätzen könne.

wenn nach ärztlicher Meinung er die Folgen des Hungerstreiks wegen seines Geistes- oder Gemütszustandes nicht abschätzen kann.

→ Eine Kernfrage in der Problematik der Zwangsernährung ist, wie lange man vom freien Willen bzw. der Urteilsfähigkeit ausgehen kann.

Die deutsche Lösung lässt die Zwangsernährung eines Gefangenen unter bestimmten Voraussetzungen zu. Als Voraussetzungen werden genannt: Lebensgefahr, schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit des Gefangenen oder anderer Personen, zudem muss die Massnahme für alle Beteiligten zumutbar sein und darf nicht mit erheblicher Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des Gefangenen verbunden sein. Weiter ist die Vollzugsbehörde nicht zur Durchführung der Massnahme verpflichtet, solange von einer freien Willensbestimmung des Betroffenen ausgegangen werden kann, es sei denn, es bestehe akute Lebensgefahr. Deutschland führt die Zwangsernährung also bei akuter Lebensgefahr auch gegen den freiwillig durchgeführten Hungerstreik durch.¹⁰⁰

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit gewährleistet auch das Recht auf körperliche Integrität. Dieses Recht schliesst ein, dass medizinische Eingriffe nicht gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt werden dürfen, ansonsten der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt ist. Der Arzt hat kein Recht auf die Vornahme eines Eingriffes.¹⁰¹ Bei Vorliegen einer Einwilligung des Patienten, seuchen- oder sanitätspolizeilichen Vorschriften, einer Notwehrsituationen oder fehlendem Verschulden kann eine Strafausschliessung stattfinden. Es können auch andere Rechtfertigungsgründe zu einem Strafausschluss führen. Zu denken ist an eine Geschäftsführung ohne Auftrag, eine Notlage oder eine gültige, auf einem Gesetz beruhende Verfügung einer Behörde.

Eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn zur Zwangsernährung gibt es in der Schweiz nicht.¹⁰² Seuchen- oder sanitätspolizeiliche Vorschriften fallen in Zusammenhang mit Hungerstreik und Zwangsernährung ausser Betracht. Eine Pflicht zum Eingriff im Sinne eines echten Unterlassungsdelikts besteht nicht. Auch ein unechtes Unterlassungsdelikt, also ein Begehungsdelikt durch Unterlassung begangen, muss verneint werden.¹⁰³ Untersuchungen haben ergeben, dass Selbstmord in Gefängnissen als Folge der besonderen Situation in Strafanstalten häufiger vorkommt als in Freiheit. Man könnte demnach eine Garantenstellung in den suizidfördernden Umständen erblicken, also auch den Umständen, die einen Hungerstreik und einen dadurch in Kauf genommen Tod fördern. Da jedoch das vorangegangene Tun, der Vollzug der Freiheitsstrafe oder der Untersuchungshaft, nicht pflichtwidrig ist, sondern gerade eine Pflicht des Staates darstellt, kann keine Garantenstellung daraus begründet werden. Zumindest nicht, wenn die Haftbedingungen den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Falls allerdings grundlegende Sorgfalts- und Fürsorgepflichten verletzt würden, könnte sich daraus eine Garantenstellung ergeben. Dabei spielt das Ausmass der Fürsorgepflicht eine Rolle. Wenn man

¹⁰⁰ Sowohl in Grossbritannien wie auch in Deutschland haben die behandelnden Ärzte dadurch eine riesige Verantwortung und treffen letztlich den Entscheid über eine allfällige Zwangsernährung. Die aktuelle Praxis in Deutschland und Grossbritannien ist mir nicht bekannt.

¹⁰¹ Vgl. BGE 99 IV 208

¹⁰² Damals gab es auch die kantonalen Gesetze zur Zwangsernährung der Kantone Bern, Neuenburg und Zürich noch nicht. Die Gesetzgebung wurde aber v.a. in Bern und Zürich durch den Hungerstreik der Inhaftierten Petra Krause, Gabriele Kröcher und Christian Möller (Angehörige der RAF) in den 70er-Jahren angeregt.

¹⁰³ Um als Täter für ein unechtes Unterlassungsdelikt in Frage zu kommen, muss eine Garantenpflicht vorhanden sein. Eine solche ergibt sich aus dem Gesetz, einem Vertrag, der freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr. Bei letzterem wird heute überwiegend verlangt, dass sich der Täter sorgfaltswidrig verhalten, d.h. ein unerlaubtes Risiko geschaffen haben muss. Die Aufzählung möglicher Gründe für eine Garantenstellung ist im Gesetz nicht abschliessend. Vgl. Strathenwerth/Wohlers, StGB Handkommentar zu Art. 11

von einem modernen Strafvollzug ausgeht, bei dem Resozialisierung und Selbstverantwortung grossgeschrieben werden, wird die Fürsorgepflicht weniger umfassend sein als bei einem Strafvollzug, in welchem der Insasse in seiner Entscheidungsfreiheit stark eingeschränkt wird. Es gibt aber auch die Meinung, dass die Fürsorgepflicht auf Grund der Anforderungen an Ordnung und Sicherheit umfassend sei. Das besondere Rechtsverhältnis eröffnet dem Staat die Möglichkeit zu Eingriffen, die sich aus dem Zweck¹⁰⁴ dieses Verhältnisses ergeben. Daneben muss der Eingriff verhältnismässig sein. Der Insasse verwirkt nicht automatisch alle seine Rechte. Stellt man das Interesse des Staates an der Aufklärung von Delikten, am Strafvollzug oder an der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Strafanstalt über jedes Recht des Häftlings, könnte man eine Pflicht zur Zwangsernährung bejahen. Dadurch würde jedoch die Pflicht zum Leben eingeführt. Eine Pflicht zum Leben existiert aber in unserer Rechtsordnung nicht.¹⁰⁵ Es kann deshalb auch keine Pflicht zur Erhaltung des Lebens durch Zwangsernährung von Personen die sich im Hungerstreik befinden abgeleitet werden.

Die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde würde wohl eher ein Recht auf den eigenen Tod ableiten lassen. Da keine Rechtspflicht zur Zwangsernährung besteht, kann auch keine Garantenstellung abgeleitet werden. Weiter ist zu prüfen, ob eine Pflicht zur Selbstmordverhinderung besteht. Allgemein wird die Verhinderung eines Selbstmordes, der als Störung der öffentlichen Ordnung betrachtet wird, als erlaubt angesehen. Eine rechtliche Pflicht zur Selbstmordverhinderung gibt es nicht. Allenfalls existiert ein sittliches oder religiöses Gebot, einen Selbstmord zu verhindern. Es kann demzufolge auch keine Garantenstellung aus einer Pflicht zur Selbstmordverhinderung abgeleitet werden. Es gibt Personen, die die Tragweite ihres Entschlusses, sich das Leben zu nehmen, nicht abschätzen können. Sie zu retten, wäre sicherlich ein Gebot des wahren Humanismus. Es wäre aber kaum mehr human, jemanden an einem Bilanzmord zu hindern, der sich nach reiflicher Überlegung zum Selbstmord entschlossen hat.

→ Es stellt sich die Frage, wie man zwischen dem Verbot, gegen den Willen einer Person in deren körperliche Integrität einzugreifen, und dem Gebot zu diesem Eingriff als lebensrettende Massnahme unterscheiden soll. Womit man letztlich wieder bei der Kernfrage des freien Willens angelangt ist.

Bei einem Eingriffsverbot könnte man als Rechtfertigungsgrund für eine trotzdem vorgenommene Zwangsernährung vorbringen, man sei von einer Urteilsunfähigkeit oder einer mutmasslichen Einwilligung ausgegangen. Oder man könnte den Verbotsirrtum bzw. das Vorliegen eines Schuldasschiessungsgrundes oder die Nothilfe aufführen. Am Ende würde eine nicht gebotene und gegen den Willen des Insassen durchgeführte Zwangsernährung ohne strafrechtliche Konsequenz bleiben.

7.4.3.2 Der Staat soll eine Zwangsernährung anordnen

Nach Auffassung von Müller ist der Staat auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses berechtigt massiv in die Rechte des Gefangenen einzugreifen. Die Rechte des Individuums in dieser speziellen Stellung müssten gegenüber dem störungsfreien Strafvollzug zurückweichen. Den Staat treffe gegenüber dem Insassen eine Fürsorgepflicht, die beinhaltet, dass der Gefangene seine Strafe verbüssen könne, ohne dabei gesundheitlich Schaden zu nehmen. Die Gefängnisleitung müsse demzufolge den Inhaftierten am Hungerstreik hindern, wenn dieser Streik sich nicht mehr mit dem doppelten Strafvollzugszweck vereinbaren lasse. Es sei das

¹⁰⁴ Der Zweck ist beim rechtskräftig Verurteilten in der Strafvollstreckung und der Resozialisierung zu sehen, beim Verdächtigen, der sich in der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft befindet, in den Haftgründen zu suchen.

¹⁰⁵ Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV und auch Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK statuieren denn auch „nur“ ein Recht auf Leben und nicht eine Pflicht. Bspw. bleibt auch der Selbstmordversuch straflos.

Los des Gefangenen, sich nicht im selben Masse auf seine Rechte berufen zu können wie ein freier Bürger. Die Gefängnisleitung treffe deshalb die Berechtigung und Verpflichtung, auf den Abbruch des Hungerstreiks hinzuwirken, um den drohenden Hungertod zu verhindern. Die Zwangsernährung stelle zwar einen medizinisch heiklen und schweren Eingriff in die körperliche Integrität dar, dies spreche aber nicht grundsätzlich gegen ihren Einsatz, im Sinne einer Ultima Ratio. Nach Müller ist klar: „Der Staat darf seinen Gefangenen nicht sehenden Auges verhungern lassen. Es ist rechtsstaatlich allerdings unschön, dass in den meisten Strafvollzugsordnungen eine Vorschrift fehlt, welche die Voraussetzungen der Zwangsernährung regelt. Hier besteht dringender Handlungsbedarf. Doch was gilt für die Zeit, bis der Gesetzgeber tätig geworden ist? Wo existenzielle Rechtsgüter wie Leib und Leben eines Gefangenen in Gefahr stehen, darf, ja muss die Strafvollzugsbehörde auch ohne gesetzliche Grundlage handeln. Als Grundlage dient ihr ausnahmsweise die polizeiliche Generalklausel.“¹⁰⁶

7.4.3.3 Der Staat soll das Selbstbestimmungsrecht des Gefangenen respektieren

Nach Meinung von Brägger darf der Staat vor dem Hintergrund der im Gesetz postulierten Menschenwürde sowie dem grundsätzlichen Auftrag, den Inhaftierten wieder in die Gesellschaft einzugliedern, und dem Grundsatz der Normalisierung des Strafvollzugs nicht durch eine Zwangsernährung in das Selbstbestimmungsrecht des Gefangenen eingreifen. Gerade der Grundsatz der sog. Normalisierung des Strafvollzugs schreibe vor, dass sich der Freiheitsentzug den Verhältnissen der in Freiheit lebenden Menschen anzugleichen habe. Die geltende Rechtsordnung gehe davon aus, dass Strafgefangene grundsätzlich für ihr Leben selbst die Verantwortung tragen. Das Selbstbestimmungsrecht finde seine Grenzen da, wo Dritte gefährdet oder ein geregeltes Zusammenleben in der Anstalt verunmöglicht würden. Auch bei Personen, die im besonderen Rechtsverhältnis stünden, bedürfe es zur Grundrechtseinschränkung einer gesetzlichen Grundlage und für schwere Eingriffe eines Gesetzes im formellen Sinn. Eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel erscheine deshalb fragwürdig. Der Kanton Neuenburg habe die Zwangsernährung in einem kantonalen Gesetz vorgesehen. Darin sei aber auch geregelt, dass eine Patientenverfügung auch im Strafvollzug und insbesondere im Falle eines Hungerstreiks zu beachten sei.¹⁰⁷ „In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass ein zurechnungsfähiger Gefangener, welcher sich gegen eine Zwangsernährung ausgesprochen hat, in Würde sterben darf. Die Regelung des Kantons Neuenburg verhindert, dass der Staat als Garant des Gewaltmonopols und der Strafdurchsetzung im Falle eines Hungerstreiks erpressbar wird. Zudem schützt sie die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht der Strafgefangenen in einer einem Rechtsstaate geziemender Weise.“ Nach Ansicht von Brägger müssten Fragen von solcher Komplexität in einem Rahmengesetz zum Freiheitsentzug geregelt werden, um schweizweit eine einheitliche Praxis zu schaffen. Nur so könne eine rechtsgleiche Behandlung der Strafgefangenen gewährleistet werden.¹⁰⁸

7.4.4 Ethische Sichtweise

Baumann-Hölzle¹⁰⁹ von der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin sagt,

¹⁰⁶ Markus Müller: Hungerstreik und Strafvollzug in NZZ vom 29.07.2010, eingesehen am 15.04.2011 unter: http://www.nzz.ch/nachrichten/startseite/hungerstreik_und_strafvollzug_1.6962487.html

¹⁰⁷ Art. 91 LPMPA: 1 En cas de grève de la faim, la direction de l'établissement peut ordonner une alimentation forcée sous la conduite d'un médecin, pour autant que la personne concernée soit en danger de mort ou courre un danger grave. 2 La mesure doit pouvoir être raisonnablement exigée des personnes concernées et elle ne doit pas entraîner de danger grave pour la vie et la santé de la personne détenue. 3 Aussi longtemps qu'il est possible d'admettre que la personne concernée agit selon son libre choix, l'établissement n'intervient pas. 4 L'établissement doit respecter les directives anticipées qui lui ont été remises.

¹⁰⁸ Benjamin F. Brägger in Jusletter vom 16.08.2010, Replik zu „Hungerstreik im Strafvollzug“ von Markus Müller.

¹⁰⁹ Ruth Baumann-Hölzle ist Theologin und seit 1999 Leiterin des Instituts Dialog Ethik mit Sitz in Zürich. Seit der Gründung 2001 ist sie Mitglied der Nationalen Ethikkommission (NEK) im Bereich der Humanmedizin.

der Staat und die Ärzte müssen den Willen des Gefangenen, der sich zu Tode hungern will, respektieren. Sofern eine Person urteilsfähig sei und von ihr keine Gefahr für Dritte ausgehe, sei das Recht auf Abwehr von Zwangsmassnahmen höher zu gewichten als die Fürsorgepflicht des Staates. Der Mensch habe die Freiheit der Selbstschädigung. Ausnahmen davon seien, wenn eine Fremdgefährdung vorliege, also die Selbstschädigung eine Gefahr für andere Menschen darstelle, oder der Patient nicht urteilsfähig sei und keine Patientenverfügung vorliege, dann gelte "im Zweifel für das Leben". Nach Meinung von Baumann-Hölzle ist das Abwägen zwischen Abwehrrecht und Einforderungsrecht bei der Beurteilung der Fürsorgepflicht zentral. Oft würden der Wille und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Einforderungsrechte in den Vordergrund gerückt. Aber die Meinung, der Patient könne alles machen, was er wolle, sei falsch. Zwangsbehandlungen dürften aber im Gegenzug nur in Notsituationen vollzogen werden, bspw. dann, wenn eine Person nicht urteilsfähig ist. Das Abwehrrecht erlösche auch beim Gefangenen nicht. Eine im urteilsfähigen Zustand verfasste Verfügung, dass man nicht zwangsernährt werden wolle, müsse respektiert werden. Das Anspruchsrecht sei ethisch gesehen eine Freiheit. Die Gesellschaft sei nicht verpflichtet, Mittel zur Selbstschädigung zur Verfügung zu stellen.

Hungerstreik sei eine Form zivilen Ungehorsams, mit der man sich einer Strafe entziehen oder auf ungerechte Situationen aufmerksam machen könne. Der Entscheid, ob Strafmassnahmen angemessen seien oder nicht, müsse aber vom Hungerstreik unbeeinflusst getroffen werden. Es stelle sich dabei die Frage, ob der Staat einen Menschen zwingen könne, seine Strafe abzusitzen. Nach Meinung von Baumann-Hölzle ist es nicht die Aufgabe des Staates, Rache zu nehmen, sondern die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten.¹¹⁰

7.4.5 Zwangsernährung als Folter

Im Jahr 2006 traten rund 85 Gefangene im amerikanischen Militärgefängnis Guantánamo in den Hungerstreik. Die Regierung ordnete damals die Zwangsernährung der Streikenden an. Weil in der Ausführung der Zwangsernährung teilweise veraltete und unnötige Methoden verwendet wurden, wurde die Regierung stark kritisiert und diese Form von Zwangsernährung als Folter angesehen.¹¹¹ Der EGMR wurde schon mehrfach bezüglich Art. 3 EMRK¹¹² angerufen. Entscheidungskriterium für eine positive oder negative Beurteilung ergab sich in der Notwendigkeit und der Ausführung der Behandlung. Oft wurde die Frage im Zusammenhang mit Bedingungen der psychiatrischen Unterbringung oder Behandlung - im Strafvollzug im Kontext mit Massnahmen - beurteilt. Der Gerichtshof hält fest, dass es den Ärzten gestützt auf ihre anerkannten Grundsätze zusteht, bei Urteilsunfähigen die geeignete Therapie zu bestimmen und notfalls auch gewaltsam durchzusetzen. Eine als notwendig erachtete Therapie wird in der Regel nicht als unmenschlich oder erniedrigend gewertet.¹¹³ So ist denn auch das Bundesgericht der Meinung, dass die Zwangsernährung das Folterverbot nicht tangiere, solange die künstliche Ernährung unter humaner Anwendung, würdevoll und mit Respekt zur Erhaltung des Lebens durchgeführt würde.¹¹⁴

¹¹⁰ Interview veröffentlicht unter:
http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/100804_swissinfo_Staat_darf_Bernard_Rappaz_sterben_lassen.pdf, eingesehen am 18.04.2011

¹¹¹ http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/100804_stern_US-Militrs_ernhren_per_Schlauch.pdf, eingesehen am 18.04.2011

¹¹² Verbot der Folter: „Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.“

¹¹³ Villiger, S. 186 f.

¹¹⁴ BGE 136 IV 97, E. 6.1.1, darin zitiert werden auch Entscheide des EGMR

8 Beispiel Bernard Rappaz

8.1 Chronologischer Überblick

März 2010

Am 20.03.2010 trat Bernard Rappaz eine Haftstrafe von fünf Jahren und acht Monaten u.a. wegen Betäubungsmitteldelikten an. Sogleich protestierte er mit einem Hungerstreik gegen seine Strafe.¹¹⁵ Er wollte damit u.a. erreichen, dass er seine Strafe zu Hause absitzen kann.¹¹⁶

Mai 2010

Am 07.05.2010 unterbrach Rappaz seinen Hungerstreik, nachdem die zuständige Sicherheitsdirektorin des Kantons Wallis ihm wegen seines Gesundheitszustandes einen Haftunterbruch für rund zwei Wochen gewährte. Am 21.05.2010 wurde er erneut inhaftiert und trat unverzüglich wieder in den Hungerstreik.¹¹⁷

Juni 2010

Rappaz wurde zur medizinischen Überwachung am 10.06.2010 ins Universitätsspital Genf überführt. Am 21.06.2010 bat er um einen erneuten Haftunterbruch auf Grund seiner gesundheitlichen Probleme. Die zuständige Walliser Sicherheitsdirektorin lehnte dieses Gesuch am 23.06.2010 ab.¹¹⁸

Juli 2010

Der Rekurs von Bernard Rappaz auf sein abgelehntes Gesuch wurde vom Einzelrichter des Kantonsgerichts Wallis am 08.07.2010 ebenfalls abgewiesen.¹¹⁹ Gegen diesen Entscheid legte Rappaz beim Bundesgericht Beschwerde ein. Er verlangte, dass seine Strafe unterbrochen werde, bis der Walliser Grosse Rat über sein Begnadigungsgesuch entschieden habe, mindestens aber bis sein Gesundheitszustand eine Inhaftierung erlaube. Subsidiär verlangte er die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Rückweisung zur Neuurteilung. Er rügte in erster Linie eine Verletzung von Art. 92 StGB und in zweiter die Verletzung von Treu und Glauben. Durch die zuständige kantonale Behörde wurde am 15.07.2010 entschieden, dass dem Begnadigungsgesuch von Rappaz keine aufschiebende Wirkung zukomme. Hingegen sollten alle nötigen mit der Verfassung im Einklang stehenden Massnahmen ergriffen werden, um das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Inhaftierten zu schützen. Rappaz wurde am 21.07.2010 in den Hausarrest entlassen.¹²⁰ Die Walliser Sicherheitsdirektorin Esther Waeber-Kalbermatten war den Forderungen von Rappaz mit dem Hausarrest entgegengekommen und hatte sich gegen die zuvor diskutierte Zwangsernährung entschieden.¹²¹

¹¹⁵ BGE 136 IV 97, Einleitung

¹¹⁶ Gemäss Art. 19 EGStGB des Kantons Wallis entscheidet das Departement über die Unterbrechung des Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 92 StGB). Ein eigentlicher Vollzug der Freiheitsstrafe zu Hause bspw. durch elektronischen Hausarrest ist im Kanton Wallis gesetzlich nicht vorgesehen. Vgl. Ausführungsbestimmungen zum EGStGB (SRVS 311.200). Art. 49 Abs. 4 des Reglements über die Strafanstalten des Kantons Wallis (SRVS 340.200) sagt: „Tritt ein Gefangener in den Hungerstreik, benachrichtigt die Direktion den Arzt und handelt nach den Grundsätzen von Gewissen und Moral.“ Dieser Artikel ist nichtssagend und bringt keinerlei Lösung im vorliegenden Fall.

¹¹⁷ BGE 136 IV 97, Einleitung

¹¹⁸ BGE 136 IV 97, Einleitung

¹¹⁹ Der Einzelrichter war der Meinung, dass ein Haftunterbruch nicht zulässig sei und Rappaz notfalls auch zwangsernährt werden könne, um sein Leben zu erhalten.

¹²⁰ BGE 136 IV 97, Einleitung

¹²¹ Rappaz wurde vom 21.07.2010 bis zum Bundesgerichtsurteil am 26.08.2010 bei sich zu Hause rund um die

August 2010

Am 26.08.2010 hatte das Bundesgericht entschieden, dass Bernard Rappaz kein weiterer Haftunterbruch wegen seines Hungerstreiks zu gewähren sei. Es begründete das Urteil damit, dass eine Unterbrechung des Strafvollzugs nur aus wichtigen Gründen zulässig sei. Dies sei etwa der Fall, wenn notwendige medizinische Hilfe weder im Gefängnis noch in der Gefangenenabteilung eines Spitals erbracht werden könne. Bei Rappaz seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Falls Rappaz seinen Hungerstreik fortsetze, sei nötigenfalls eine Zwangsernährung anzuordnen, wenn mit einer bleibenden Schädigung seiner Gesundheit zu rechnen oder der Tod nicht anders abwendbar sei. Mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR erklärte das Bundesgericht, dass das Folterverbot bzw. das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nicht betroffen sei, zumindest solange die Zwangsernährung dem Schutz des Lebens diene und in würdewahrender Weise erfolge. Bei einer Unterbringung im Inselspital könne sich diese Massnahme auf eine entsprechende Regelung im Berner Vollzugsrecht stützen. Vergleichbare Normen würden auch die Kantone Zürich und Neuenburg kennen. Eine bundesrechtliche Regelung bestehe nicht. Falls eine kantonale Norm fehle, lasse sich jedoch eine Zwangsernährung mit der allgemeinen polizeilichen Generalklausel rechtfertigen, die ein behördliches Eingreifen bei akuter Gefahr erlaube. Die restriktiven Bedingungen, unter denen die polizeiliche Generalklausel angewendet werden soll, sind nach dem höchsten Gericht im Fall Rappaz erfüllt. Die Richter in Lausanne hielten fest, dass sich die Ärzte bei einem Konflikt zwischen dem Recht und der medizinischen Ethik nicht auf letztere berufen können. Die medizinische Ethik, wie sie in den Richtlinien der SAMW festgehalten sei, könne weder die Behörden daran hindern, eine Zwangsernährung anzuordnen, noch die Ärzte davon dispensieren, diese auszuführen. Das Bundesgericht betonte weiter, dass der Staat seinen Strafanspruch gegenüber rechtskräftig verurteilten Straftätern durchzusetzen habe. Der Staat dürfe sich nicht erpressen lassen. Des Weiteren treffe ihn eine Fürsorgepflicht. Er habe also dafür zu sorgen, dass der Inhaftierte nicht an Leib und Leben geschädigt werde.¹²²

Am 29.08.2010 trat Rappaz als Folge des Bundesgerichtsentscheids nach der erneuten Einweisung ins Gefängnis wieder in einen Hungerstreik.¹²³

Oktober 2010

Rappaz wurde am 21.10.2010 auf Grund seines gesundheitlichen Zustands in das Universitätsspital Genf verlegt. Er sollte da seine Strafe unter medizinischer Überwachung absitzen. Am 28.10.2010 verlangte Rappaz erneut einen Strafunterbruch.¹²⁴

November 2010

Am 03.11.2010 wies die Sicherheitsdirektorin das Gesuch ab und beauftragte die Ärzte des

Uhr bewacht. Er durfte täglich einen Spaziergang machen und wöchentlich für höchstens anderthalb Stunden Besuch von seinen Angehörigen erhalten. Im Gegensatz zum Haftunterbruch im Mai dieses Jahres wurde der Hausarrest an die Verbüßung der Freiheitsstrafe angerechnet. Bevor Rappaz in den Hausarrest entlassen wurde, wurde er zuvor am 12.07.2010 auf Anordnung der Walliser Behörden vom Genfer Universitätsspital ins Berner Inselspital verlegt. Im Kanton Bern wird die Zwangsernährung im Gegensatz zum Kanton Genf in einem formellen Gesetz geregelt. Der Ausschlag für die Anordnung des Hausarrestes gegeben hat aber offenbar, dass auch die Ärzte des Inselspitals Bern sich gegen eine Zwangsernährung ausgesprochen hatten. Quelle NZZ Online:

http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/rappaz_wird_in_hausarrest_geschickt_1.6772994.html, eingesehen am 17.04.2010.

¹²² BGE 136 IV 97, Erwägungen

¹²³ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/wallis_hanfbauser_hungerstreik_erneut_1.7381914.html, Nachrichten vom 30.08.2010, NZZ Online, eingesehen am 18.04.2011

¹²⁴ 6B_959/2010, Einleitung

Genfer Universitätsspitals alles für die Gesundheit von Rappaz zu tun.¹²⁵ Gegen die Ablehnung des Haftunterbruchs erhob Rappaz am folgenden Tag Rekurs. Mit einstweiliger Verfügung vom 05.11.2010 ordnete die Walliser Justiz gegenüber dem behandelnden Arzt unter Hinweis auf Art. 292 StGB an, dass Rappaz im Spital notfalls zwangsernährt werden müsse. Der Einzelrichter des Kantonsgerichts Wallis wies am 10.11.2010 den Rekurs von Bernard Rappaz auf Haftunterbruch ab und verpflichtete den behandelnden Arzt erneut, mit Hinweis auf Art. 292 StGB unter Androhung einer Busse bei Nichtbefolgen der Anweisung, Rappaz nötigenfalls zwangszuernähren. Rappaz rekurrierte gegen das Urteil. Der Rekurs wurde vom Kantonsgericht abgewiesen. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde am 16.11.2010 vom Bundesgericht abgewiesen.¹²⁶ Das höchste Gericht verwies in seiner Begründung auf den Entscheid vom 26.08.2010 (6B-599/2010). Es begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass gegen die damals ins Auge gefasste und nun formell angeordnete Zwangsernährung weder Bernard Rappaz noch sein behandelnder Arzt Beschwerde geführt hätten. Der kantonale Richter habe am 10.11.2010 davon ausgehen können, dass bei einer Weiterführung des Strafvollzugs keine schweren gesundheitlichen Risiken zu befürchten seien, da Rappaz zu gegebener Zeit künstlich ernährt würde.¹²⁷

Das Begnadigungsgesuch von Bernard Rappaz wurde am 18.11.2010 vom Walliser Grossen Rat abgelehnt.¹²⁸

Am 23.11. 2010 legte der behandelnde Arzt des Genfer Kantonsspitals von Rappaz beim Bundesgericht gegen die einstweilige Verfügung des Einzelrichters vom 05.11.2010, mithin gegen die Verpflichtung im Notfall Rappaz zwangszuernähren, Beschwerde ein.¹²⁹ Am 29.11. 2010 erhob der behandelnde Arzt von Rappaz eine weitere Beschwerde beim Bundesgericht gegen das Urteil vom 10.11.2010, gegen die Verpflichtung im Notfall den Patienten zwangszuernähren.¹³⁰

Am 30.11.2010 wies die Sicherheitsdirektorin Rappaz drittes Gesuch um Haftunterbrechung ab. Rappaz erhob dagegen Beschwerde.¹³¹

Dezember 2010

Die Beschwerde des Arztes vom 23.11.2010 wurde am 02.12.2010 vom Bundesgericht für unzulässig erachtet, da es sich nicht um einen endgültigen kantonalen Entscheid handle.¹³²

Der Einzelrichter des Kantonsgerichts Wallis bestätigte die Abweisung des dritten Gesuchs von Rappaz am 02.12.2010. Rappaz rekurrierte dagegen. Der Rekurs wurde abgewiesen, ebenso die dagegen erhobene Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht erklärte, dass die Rechtsprechung zu Art. 92 StGB gefestigt sei und hielt an seiner bisherigen Argumentation fest. Ein Vollzugsunterbruch könne nur gewährt werden, wenn eine drohende Gefahr für die Gesundheit nicht anders abwendbar wäre. Die Verlegung in die Genfer Universitätsklinik erlaube jedoch Rappaz sowohl technisch als auch klinisch zu versorgen bzw. zu realimentieren. Auch wenn der behandelnde Arzt eine Zwangsernährung ablehne, sei eine ärztliche Intervention nicht gänzlich ausgeschlossen. Das Gericht verwies auf Art. 17 StGB (rechtfertigen-

¹²⁵ Die Ärzteschaft des Genfer Universitätsspitals sprach sich von Anfang an gegen eine Zwangsernährung aus.

¹²⁶ 6B_959/2010, Einleitung

¹²⁷ 6B_959/2010, Erwägungen

¹²⁸ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/rappaz_gnadengesuch_1.8421574.html,
Nachrichten vom 18.11.2010, NZZ Online, eingesehen am 18.04.2011

¹²⁹ 6B_996/2010, Einleitung

¹³⁰ 6B_996/2010, Erwägungen

¹³¹ 6B_1022/2010, Einleitung

¹³² 6B_996/2010, Erwägungen

der Notstand). Ein Strafunterbruch wird als nicht verhältnismässig taxiert. Das öffentliche Interesse am Vollzug rechtskräftiger Strafen, der Gleichbehandlung von Gefangenen und die Glaubwürdigkeit der Justiz würden den privaten Interessen von Rappaz vorgehen.¹³³

Rappaz erhob gegen das Urteil Beschwerde am europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Sofortige Massnahmen zu ergreifen, wurde von den Richtern in Strassburg abgewiesen. Ein Urteil in der Sache werde erst in zwei bis drei Jahren ergehen. Das Gericht forderte Rappaz auf, dass er den Hungerstreik während des Verfahrens unterbreche. Am 24.12.2010 brach Bernard Rappaz seinen Hungerstreik ab.¹³⁴

Februar 2011

Die Beschwerde des behandelnden Arztes von Rappaz vom 29.11.2010 wurde am 18.02.2011 für gegenstandslos erklärt, es fehle am aktuellen, rechtlichen Interesse an der Beurteilung der Sache, nachdem Rappaz den Hungerstreik im Dezember 2010 eingestellt habe.¹³⁵ Die Frage, ob ein Arzt unter Strafandrohung zur Zwangsernährung verpflichtet werden könne, sei zwar von grundsätzlicher Bedeutung und öffentlichem Interesse, aber es gebe keinen Grund zur Annahme, falls die Frage sich in Zukunft wiederholen würde, dass sie nicht rechtzeitig von einem Gericht beantwortet werden könnte.¹³⁶ Am 22.02.2011 wurde Rappaz vom Genfer Universitätsspital in eine Walliser Haftanstalt verlegt. Der Gesundheitszustand von Rappaz hat sich so weit stabilisiert, dass die Ärzte grünes Licht für die Rückführung gegeben hatten.¹³⁷

8.2 Lehrmeinungen zu BGE 136 IV 97

8.2.1 Fehlurteil 2010

Die Jury¹³⁸ der juristischen Zeitschrift „plädoyer“ zur Bestimmung des Fehlurteils 2010 erklärte den Entscheid des Bundesgerichtes vom 26.08.2010 im Fall Rappaz zum Fehlurteil 2010. Der Entscheid sei zwar im Ergebnis gut, aber die Begründung sei schlecht. Das Bundesgericht anerkenne, dass bei Lebensgefahr der Strafvollzug unterbrochen werden könne. Es kommt aber zum Schluss, dass eine Zwangsernährung einem solchen Unterbruch vorgehen könne. Kritisiert wird v.a. der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel als gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Grundrechte. Der Hungerstreik als Teil der Meinungsäusserungsfreiheit brauche zur Einschränkung eine gesetzliche Grundlage. Nach Meinung von Tag haben auch urteilsfähige Menschen im Strafvollzug ein Recht auf Selbstbestimmung. Es gehe nicht an, eine uralte Klausel hervorzunehmen, um eine Zwangsernährung zu rechtfertigen. Zudem sei es aussergewöhnlich, das Standesrecht der Ärzte für unbeachtlich zu erklären. Gächter äussert sich dahingehend, dass auch in einem Sonderstatusverhältnis wie dem Strafvollzug keine Pflicht bestehe, jemanden gegen seinen Willen am Leben zu erhalten. Aebi betont, man sei mit dem Urteilsergebnis, keinen Unterbruch des Vollzugs zu gewähren, einverstanden. „Die Begründung aber hätte sich nicht auf die Möglichkeit einer Zwangsernährung stützen

¹³³ 6B_1022/2010, Einleitung und Erwägungen

¹³⁴ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/rappaz_beendet_hungerstreik_1.8858442.html, eingesehen am 28.04.2011

¹³⁵ Das Bundesgericht lässt damit die verfassungsrechtliche Frage offen, ob ein Spitalarzt von der Justiz gezwungen werden kann, einen Häftling gegen seinen Willen zwangszuernähren.

¹³⁶ 6B_1011/2010, Erwägungen

¹³⁷ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/rappaz_wieder_im_wallis_inhaftiert_1.9056179.html, eingesehen am 28.04.2011

¹³⁸ Regina Aebi-Müller, Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung in Luzern, Brigitte Tag, Professorin für Straf-, Strafprozess- und Medizinrecht in Zürich, und Thomas Gächter, Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht in Zürich.

sollen, sie hätte Rappaz einfach das Recht zugestehen müssen, sterben zu dürfen.“¹³⁹

8.2.2 Verfassungsmässigkeit der Zwangsernährung

Müller und Jenni¹⁴⁰ äussern sich im Artikel „Hungerstreik und Zwangsernährung“ in der Schweizerischen Ärztezeitung zur Verfassungsmässigkeit der gegen den Willen durchgeführten künstlichen Ernährung. Eine zwangsweise durchgeführte Ernährung stelle einen schwerwiegenden Eingriff in elementare Grundrechte dar. Betroffen seien zuallererst das Recht auf Selbstbestimmung, genauer das Recht nach freiem Willen über den eigenen Körper zu verfügen und das Recht auf psychische und körperliche Integrität, die Bewegungsfreiheit würde eingeschränkt und das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert. Der Umstand, dass durch die Zwangsernährung diverse Grundrechte eingeschränkt würden, bedeute aber noch nicht deren Verfassungswidrigkeit. Jeder Eingriff in Grundrechte könne nämlich, wenn er die Eingriffsvoraussetzungen erfülle, also eine ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage habe, einem öffentlichen Interesse diene und verhältnismässig ausgestaltet sei, rechtmässig sein. Müller/Jenni lassen die polizeiliche Generalklausel als gesetzliche Grundlage ausnahmsweise gelten. Als öffentliche Interessen erwähnen sie den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Gefangenen (Fürsorgepflicht), die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, den geordneten Strafvollzug, die Gleichbehandlung der Insassen, die Glaubwürdigkeit der Justiz und die Verhinderung von Nachahmern. Beim Abwägen von öffentlichen und privaten Interessen kommen Müller/Jenni zum Schluss, dass eine Zwangsernährung als ultima ratio tendenziell verhältnismässig sei. Das Selbstbestimmungsrecht des Gefangenen erlaube es diesem nicht, sein Leben zu riskieren, um damit den Rechtsstaat unter Druck zu setzen. Allerdings müsste die Zwangsernährung einmalig durchgeführt werden, da eine fortdauernde Ernährung unter Zwang weder dem Streikenden noch dem Gefängnisarzt zugemutet werden könnte und deshalb als unverhältnismässig abzulehnen wäre.

Müller/Jenni bemerken zum Standpunkt der Ärzte, die eine Zwangsernährung unter Berufung auf die ärztlichen Standesregeln ablehnen, dass die Tätigkeit der Gefängnisärzte grundsätzlich als staatliche und somit als amtliche Aufgabe zu taxieren sei. Im Rahmen der Erfüllung dieser Aufgabe müsse sich der Arzt „in das hierarchisch geprägte Verwaltungsgefüge eingliedern und primär das zwingende staatliche Recht beachten“, den Standesregeln komme dabei nur untergeordnete Bedeutung zu. Ein Gefängnisarzt könne sich zwar auf die Gewissensfreiheit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 BV berufen, aber er müsse dabei Einschränkungen hinnehmen, wenn es die amtliche Funktion erfordere und er bei Amtsantritt damit rechnen musste. Ärztliches Gewissen müsse somit der Zweckrationalität des Strafvollzugs weichen.¹⁴¹

8.2.3 Fragwürdige gesetzliche Grundlage

Krähenmann/Schweizer/Tschumi erläutern, dass das Bundesgericht im Allgemeinen tiefere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage stelle bei Regelungen von Rechten und Pflichten, die sich bereits aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses ergeben würden. Bezüglich der Normstufe würden demzufolge geringere Anforderungen für die Begründung von Delegationsnormen gelten. Was die Normdichte anbelange, könne der Organisationszweck des konkreten Rechtsverhältnisses die fehlende Bestimmtheit kompensieren. Nach Meinung von Krähenmann/Schweizer/Tschumi kann der Organisationszweck die ungenügende gesetzliche Grundlage vorliegend nicht kompensieren, da es fraglich sei, ob eine Zwangsernährung sich aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses zwischen Gefangenen und Anstalt

¹³⁹ Plädoyer, 2011 (1), S. 82

¹⁴⁰ Markus Müller ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern, Christoph Jenni ist Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

¹⁴¹ Ärztezeitung 2011;92: 8, S. 284 – 288

ableiten lasse. Die Zulassung der polizeilichen Generalklausel des Bundesgerichts als gesetzliche Grundlage erstaune. Erst im letzten Jahr habe der EGMR in einem Entscheid¹⁴² bestätigt, dass die Generalklausel nur bei nicht vorhersehbaren, atypischen und nicht wiederholt auftretenden Bedrohungen angerufen werden dürfe.¹⁴³

8.2.4 Grundrechte der Ärzte zu wenig gewichtet

Nach Guillod und Sprumont gewichtet das Urteil die Grundrechte der ausführenden Ärzteschaft zu wenig. Die beiden Autoren weisen in ihrem Artikel auch auf die zahlreichen Risiken einer Zwangsernährung hin. Das Bundesgericht lasse ausser Betracht, dass die unter Zwang durchgeführte künstliche Ernährung zu Verletzungen und Komplikationen, im Extremfall sogar zum Tod des Insassen führen könne. Die Urteilsbegründung sei enttäuschend.¹⁴⁴

8.3 Reaktionen der Ärzte auf den BGE

8.3.1 Instrumentalisierung der Ärzte

Nach der Pressemitteilung des Bundesgerichts zum Fall Rappaz und noch vor der schriftlichen Urteilsbegründung wehrten sich Ärzteschaft und Pflegende gegen die Instrumentalisierung der Medizin. Das Bundesgericht sei der Meinung die Vollzugsbehörden könnten bei Häftlingen im Hungerstreik eine Zwangsernährung anordnen, sofern bleibende gesundheitliche Schäden oder der Tod nicht anders abzuwenden wären. Eine gegen den freien Willen von urteilsfähigen Patienten durchgeführte Zwangsernährung sei aber gegen die ethischen Grundsätze der Medizin. Diese Grundsätze würden auch für inhaftierte Personen gelten und seien ebenso von der Rechtssprechung zu berücksichtigen. Die Autonomie des Patienten sei einer der zentralen Grundpfeiler in der medizinischen Behandlung. Verlange das Bundesgericht von Ärzten und weiteren in der Medizin tätigen Fachpersonen, dass sie den Willen des urteilsfähigen Patienten jenem der Behörde unterordnen, untergrabe das Gericht nicht nur das Selbstbestimmungsrecht der Bürger, sondern verunmögliche auch eine Ausübung der ärztlichen Tätigkeit nach international anerkannten Grundsätzen.¹⁴⁵

8.3.2 Zwangsernährung unvereinbar mit Standesregeln

Gemäss dem Präsidenten der FMH, Jacques de Haller, ist die Standesordnung¹⁴⁶ eindeutig:

¹⁴² Urteil des EGMR vom 8. Oktober 2009, Gsell c. Suisse, Requête no. 12675/05

¹⁴³ Krähenmann/Schweizer/Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug, Jusletter vom 10. Januar 2011

¹⁴⁴ Guillod/Sprumont, Jusletter vom 8. November 2010. Prof. Dr. Olivier Guillod und Prof. Dr. Dominique Sprumont sind Neuenburger Rechtsprofessoren und Leitende des Instituts für das Recht auf Gesundheit. Sprumont ist zudem Mitglied der ZEK.

¹⁴⁵ Medienmitteilung vom 29.09.2010 FMH, SAMW, ZEK, Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK), Konferenz Schweizer Gefängnisärzte und Forum der Gesundheitsdienste des Schweizerischen Justizvollzugs. Quelle FMH

¹⁴⁶ Die „Medizinisch-ethischen Richtlinien“ der SAMW sind Teil der Standesordnung. Sie regeln unter Punkt 9 den Hungerstreik:
 9.1 Im Falle eines Hungerstreiks muss die inhaftierte Person durch den Arzt in objektiver Art und Weise und wiederholt über die möglichen Risiken von längerem Fasten aufgeklärt werden.
 9.2 Nachdem die volle Urteilsfähigkeit der betreffenden Person von einem ausserhalb der Anstalt tätigen Arzt bestätigt wurde, muss der Entscheid zum Hungerstreik, auch im Falle eines beträchtlichen Gesundheitsrisikos, medizinisch respektiert werden.
 9.3 Fällt die Person im Hungerstreik in ein Koma, geht der Arzt nach seinem Gewissen und seiner Berufsethik vor, es sei denn, die betreffende Person habe ausdrückliche Anordnungen für den Fall eines Bewusstseinsverlustes hinterlegt, auch wenn diese den Tod zur Folge haben können.
 9.4 Der Arzt, der mit einem Hungerstreik konfrontiert ist, wahrt gegenüber den verschiedenen Parteien eine streng neutrale Haltung und muss jedes Risiko einer Instrumentalisierung seiner medizinischen Entscheide

„Der Entscheid einer inhaftierten Person, die in den Hungerstreik tritt und bei klarem Verstand und in Kenntnis der Sachlage ihren Tod in Kauf nimmt, muss von der zuständigen Ärztin oder vom zuständigen Arzt respektiert werden.“ Daran ändere auch der Gefängnisaufenthalt nichts. „Die Freiheitsbeschränkungen einer inhaftierten Person dürfen sich weder auf die ärztliche Beziehung oder auf die Qualität der möglicherweise benötigten Behandlung auswirken, noch dürfen sie die Freiheit der Person einschränken, über ihr Leben zu verfügen.“ Die Selbstbestimmung und die Würde des Patienten zu wahren, gehöre zum Kern der medizinischen Arbeit. Eine Einmischung von Aussen in die therapeutische Beziehung könne das Vertrauensverhältnis, welches eine Grundvoraussetzung für eine authentische Betreuung darstelle, stark beeinträchtigen. Unter diesen Umständen würde es noch schwieriger, den echten Willen des Patienten zu erfahren. Eine Zwangsernährung unter den bekannten Umständen im Fall Rappaz sei unvereinbar mit den Standesregeln. Die Behörden würden eine Medizin verlangen, die zu ihren Diensten stehe.¹⁴⁷

8.3.3 Zwangsernährung verfassungswidrig

Die Meinung der Ärzte scheint einhellig zu sein. In zahlreichen Briefen zum Thema Hungerstreik wird dem Inhalt der Pressemitteilung, man dürfe sich nicht von der Justiz instrumentalisieren lassen, sowie dem Votum des Präsidenten der FMH nachgedoppelt. Der bundesrechtliche Standpunkt, eine Anordnung zur Zwangsernährung sei legitim, verletze nicht nur das Gebot der ärztlichen Ethik sondern sei auch verfassungswidrig. Das geschützte Recht auf persönliche Freiheit müsste auch von den Ärzten respektiert werden. Das IKRK weist darauf hin, dass die Berücksichtigung der Autonomie des Patienten ein grundsätzliches ethisches Erfordernis darstelle.¹⁴⁸

8.4 Zulässigkeit der Zwangsernährung bleibt offen

Die eigentliche Frage der Rechtmässigkeit einer gegen den Willen des urteilsfähigen Inhaftierten angeordneten Zwangsernährung bleibt offensichtlich unbeantwortet. Das Bundesgericht hat zwar darüber entschieden, dass die Mediziner ungeachtet ihrer Richtlinien zur Zwangsernährung verpflichtet seien. Bei der Argumentation ist das Gericht aber nicht auf die vorhandene Patientenverfügung eingegangen, welche den Ärzten gerade eine solche verbietet. Die für die Ärzteschaft daraus entstandene, scheinbar unlösbare Konfliktsituation¹⁴⁹ wurde von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts nicht weiter thematisiert.¹⁵⁰

8.5 Strafvollstreckungs- und Vollzugsrecht auf Bundesebene

8.5.1 Forderung nach einer nationalen Regelung

Nach dem Bundesgerichtsurteil vom 26.08.2010 wurden im September 2010 zwei parlamen-

vermeiden.

9.5 Trotz der geäusserten Verweigerung der Nahrungsaufnahme vergewissert sich der Arzt, dass der im Hungerstreik stehenden Person täglich Nahrung angeboten wird.

¹⁴⁷ Ärztezeitung 2010;91: 39, S. 1509

¹⁴⁸ Ärztezeitung 2010;91: 39, S. 1526

¹⁴⁹ Auf der einen Seite eine drohende Strafe wegen vorsätzlicher Körperverletzung und auf der anderen wegen Unterlassung der Nothilfe oder fahrlässiger Tötung.

¹⁵⁰ Dies liegt vielleicht daran, dass alle drei Entscheide von der strafrechtlichen Abteilung und nicht von einer der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen ergangen sind. Von der strafrechtlichen Abteilung wurde konsequent die Haltung vertreten, dass ein Strafunterbruch auf Grund des Hungerstreiks nicht in Frage käme und nötigenfalls eine Zwangsernährung zu erfolgen habe. Die dadurch betroffenen Grundrechte wurden aber zu wenig thematisiert.

tarische Vorstösse eingereicht. Am 23.09.2010 eine parlamentarische Initiative zur Schaffung eines einheitlichen Rahmengesetzes für den Schweizer Strafvollzug¹⁵¹ und am 28.09.2010 eine Motion zum Hungerstreik im Strafvollzug und in der Ausschaffungshaft.¹⁵² Beide Vorstösse wurden im Plenum noch nicht behandelt. Die parlamentarische Initiative enthält folgenden Text: „Der Bund erlässt ein Strafvollzugsgesetz, welches einheitliche und verbindliche Regelungen zur Anwendung von unmittelbarem Zwang, insbesondere in Fällen des Hungerstreiks und der Zwangsmedikation im Gefängnis, enthält.“ In der Folge wird aufgezählt, was das Gesetz regeln soll. Bspw. sollen abschliessend die Fälle aufgezählt werden, in denen unmittelbarer Zwang, insbesondere die Zwangsernährung angeordnet werden darf, unter was für Voraussetzungen und von wem. Es soll keine Pflicht zur Durchführung von lebensrettenden Massnahmen enthalten. Der Text der eingereichten Motion lautet: „Der Bundesrat wird beauftragt, bundesrechtliche Bestimmungen vorzuschlagen, die einheitlich für die gesamte Schweiz regeln, welche Massnahmen bei Hungerstreik im Strafvollzug und in der Ausschaffungshaft zu ergreifen sind und wann Zwangsernährung anzuordnen ist.“ Auch in der Motion wird die Schaffung von Regeln verlangt, welche die Voraussetzungen für eine Zwangsernährung als zulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht oder allenfalls ein Unterlassen des Eingriffs bestimmen.

8.5.2 Stellungnahme des Bundesrats

In einer Stellungnahme vom 24.11.2010 lehnt der Bundesrat die Schaffung einer Bundesregelung für die Zwangsernährung in Haftanstalten ab. Er begründet dies damit, dass sich die kantonale Praxis bisher bewährt habe und weist in seiner Antwort auf den parlamentarischen Vorstoss zudem darauf hin, dass sich die Kantone gegen eine Bundesregelung ausgesprochen haben und allfällige Massnahmen auf kantonaler Ebene prüfen wollen. Hungerstreiks kämen in Hafteinrichtungen regelmässig vor, mit dem Ziel Haftbedingungen zu erleichtern oder die angeordnete Ausschaffung zu verhindern. In den meisten Fällen würde der Hungerstreik aber nach Gesprächen mit dem Gesundheits- und Vollzugspersonal gar nicht erst begonnen oder nach kurzer Zeit wieder abgebrochen. Länger dauernde Hungerstreiks wie die von Rappaz seien sehr selten. Konkrete Einzelheiten des Straf- und Massnahmenvollzugs würden von den Kantonen geregelt, die teilweise bereits Regelungen für die Zwangsernährung im Freiheitsentzug erlassen haben. Eine generell abstrakte Regelung könnte nicht alle Fragen lösen, die sich im Zusammenhang mit einem Hungerstreik stellen. In jedem Einzelfall müssten die verschiedenen Interessen abgewogen werden. Wird dabei dem öffentlichen Interesse am Strafvollzug und der Verpflichtung des Staates zum Schutz des Lebens Priorität gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht eingeräumt, so wäre auch eine Zwangsernährung gegen den ausdrücklichen Willen des Strafgefangenen verfassungsmässig. Das Bundesgericht habe im Fall Rappaz eine Zwangsernährung auf der gesetzlichen Grundlage der polizeilichen Generalklausel für möglich gehalten, da eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr habe angenommen werden können. Der Fall Rappaz stelle einen eher untypischen Einzelfall dar. Die kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren hätten sich ausdrücklich gegen eine Regelung auf Bundesebene ausgesprochen. Die Kantone wollen jedoch prüfen, ob und welche Massnahmen auf kantonaler Ebene sinnvoll sind.¹⁵³

¹⁵¹ Parlamentarische Initiative: 10.482, eingereicht von Viola Amherd im Nationalrat, im Plenum noch nicht behandelt. Einsehbar unter: Curia Vista – Geschäftsdatenbank der Bundesversammlung.

¹⁵² Motion: 10.3702, eingereicht von Roberto Schmidt im Nationalrat, im Plenum noch nicht behandelt. Einsehbar unter: Curia Vista – Geschäftsdatenbank der Bundesversammlung, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103702

¹⁵³ Stellungnahme des Bundesrates unter Curia Vista – Geschäftsdatenbank der Bundesversammlung zu Motion: 10.3702, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103702

9 Schlussfazit

9.1 Rechtmässigkeit der Zwangsernährung

Internationale und verfassungsrechtlich festgelegte Grundrechte dürfen nur unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden. Es braucht eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse, der Eingriff muss verhältnismässig sein und der Kerngehalt des Rechts muss respektiert werden. Ein schwerer Eingriff muss in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein, davon ausgenommen sind nur Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Unter dem Titel der Verhältnismässigkeit muss zudem geprüft werden, ob der Eingriff geeignet und erforderlich ist, das anvisierte Ziel zu erreichen. Der Eingriff darf für den Einzelnen nicht unzumutbar sein, weshalb eine Mittel-Zweck-Relation vorzunehmen ist, wobei die Grundrechte Dritter zu berücksichtigen sind.

Die Zwangsernährung stellt zweifelsohne einen schweren Eingriff in die körperliche Integrität dar, der einer genügenden gesetzlichen Grundlage bedarf. Eine gegen den Willen des Individuums durchgeführte Zwangsernährung kann lebensgefährlich sein, da der Betroffene u.U. gefesselt und von mehreren Personen festgehalten oder auf andere Art und Weise sediert werden muss und eine durch die Nase eingeführte Magensonde oder eine gelegte Infusion Verletzungen hervorrufen kann. Die polizeiliche Generalklausel wird von Lehre und Rechtsprechung unter den Voraussetzungen der ernsten, unmittelbaren und nicht anders abzuwendenden Gefahr grundsätzlich als gültige gesetzliche Grundlage angesehen. Im konkreten Fall hätte man der unmittelbaren Gefahr jedoch schon früher begegnen können. Immerhin verlief der Hungerstreik von Rappaz über mehrere Tage und die Schwächung des Körpers bis hin zu einem möglichen Tod war vorhersehbar. Die Frage der Zwangsernährung stellte sich demzufolge nicht von heute auf morgen. Auch die negative Haltung der Ärzteschaft gegen einen Zwangseingriff gegen den Willen des Patienten war bekannt. Zudem ist das Thema Zwangsernährung nicht neu.¹⁵⁴ Das Bundesgericht hat meiner Ansicht nach die polizeiliche Generalklausel im Fall Rappaz zu Unrecht als gesetzliche Grundlage für eine allfällige Zwangsernährung genügen lassen.

Als weiterer Schritt ist zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse an der Zwangsernährung gegeben ist. Der Staat hat auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses eine Fürsorgepflicht gegenüber Rappaz. Der Staat muss die Betreuung des Gefangenen gewährleisten, ihn beschützen, insbesondere schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegen wirken. Er hat aber auch die Aufgabe, Rechtssicherheit zu gewähren, den Strafvollzug durchzusetzen und alle Insassen gleich zu behandeln. Es existieren somit genügend öffentliche Interessen, die für den Grundrechtseingriff der Zwangsernährung sprechen.

Die Durchsetzung dieser Interessen ist eine Frage der Verhältnismässigkeit. Zur Beantwortung dieser Frage muss eine Rechtsgüterabwägung vorgenommen und die öffentlichen Interessen müssen den Individualinteressen von Rappaz gegenübergestellt werden. Diese Güterabwägung stellt das eigentliche Problem im Prüfungsschema dar. Erst wenn eine umfassende Prüfung der gegenteiligen Interessen der betroffenen Akteure vorgenommen wurde, kann gesagt werden, ob der Eingriff rechtmässig wäre. Vorliegend kann Rappaz sich auf die Menschenwürde, das Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, das Selbstbestimmungsrecht, das Recht auf körperliche und geistige Integrität und das Recht auf freie Mei-

¹⁵⁴ Bereits in den 70er-Jahren wurde die Zwangsernährung im Zusammenhang mit den teilweise auch in der Schweiz inhaftierten RAF-Terroristen diskutiert. Die Gefangenen führten mehrere kollektiven Hungerstreiks durch und wurden von den deutschen Behörden z.T. zwangsernährt. In der Schweiz wurden auf Grund dieser Hungerstreiks in den Kantonen Zürich und Bern gesetzliche Grundlagen auf kantonaler Ebene geschaffen.

nungsausserung berufen. Gewichtet man diese Rechte stärker als die erwähnten öffentlichen Interessen, hat Rappaz das Recht einen Hungerstreik durchzuführen und in letzter Konsequenz daran zu sterben. Kommt man zum Schluss, dass die öffentlichen Interessen vorgehen, ist ein Grundrechtseingriff in Form der Zwangsernährung zulässig.

Empirisch gesehen dürfte die Meinung in der Bevölkerung für oder gegen eine Zwangsernährung so vielfältig ausfallen, wie es Argumente dafür oder dagegen gibt. Im konkreten Fall wird die Beurteilung über den Einsatz einer zwangsweisen künstlichen Ernährung auch davon abhängen, wie man zur Forderung von Rappaz auf Strafunterbruch und dem Staat als Adressanten der Forderung steht, was für eine politische Meinung und was für Werte man grundsätzlich vertritt. Sieht man den Strafdurchsetzungsanspruch des Staates als unumstösslich an, so ist das Leben von Rappaz um jeden Preis zu erhalten, denn ein Durchsetzen der rechtskräftig erhaltenen Strafe ist an einem Toten nicht mehr möglich. Befürwortet man das Selbstbestimmungsrecht von Rappaz, die Nahrung bis zum Letzten zu verweigern, wird man sich gegen die Zwangsernährung aussprechen.

Meiner Meinung nach sollten der Hungerstreik und die Zwangsernährung separat betrachtet werden. Eine klare Trennung erscheint mir wichtig, da verschiedene Grundrechte betroffen sind. Die Forderung des Hungerstreikenden ist m.E. immer vor dem Hintergrund der Meinungsäusserungsfreiheit zu sehen. Die Zwangsernährung dagegen sollte im Kontext mit der persönlichen Freiheit, dem Recht auf körperliche Integrität, allenfalls dem Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und schliesslich dem Recht auf Selbstbestimmung gesehen werden. Dabei spielen ethische Überlegungen eine grosse Rolle. In der heutigen Gesellschaft gilt die persönliche Freiheit des Menschen als eines der höchsten Güter überhaupt. Die Beachtung der Menschenwürde ist Grundpfeiler unseres Rechtsstaates. Unser rechtsstaatliches System gewährt dem Individuum das Recht auf Leben, darin eingeschlossen auch das Recht zu sterben. Solange die Handlungen des Individuums nicht gegen die Rechte anderer Personen verstossen oder der Gesellschaft als solche schaden, sind sie erlaubt. Handlungsfreiheit bedeutet auch Übernahme von Selbstverantwortung und beinhaltet ebenso zentral das Prinzip der freien Willensbildung. In diesem Zusammenhang stellt sich die enorme Problematik, wo endet der freie Wille und wo beginnt die Urteilsunfähigkeit einer Person.

Der Wille des Gefangenen und seine Rechte sollten unabhängig von seinem Sonderstatus respektiert werden. Eine Zwangsernährung ist m.E. im Zusammenhang mit dem Hungerstreik eines Gefangenen, der sich im urteilsfähigen Zustand und unter Kenntnis der Konsequenzen, eindeutig gegen eine künstliche Ernährung ausgesprochen hatte, klar abzulehnen. Schranken für die Ausübung seiner Grundrechte könnten somit lediglich die Rechte von Drittpersonen sowie die Störung des Strafvollzugszwecks an sich sein. Rappaz gefährdete durch seinen Hungerstreik weder Mitgefangene noch Anstaltspersonal und die Verlegung in ein Spital stellt keine essentielle Störung des Vollzugszwecks dar. Somit ist dem Staat im vorliegenden Fall nach meiner Meinung kein Eingriffsrecht gegeben.

Falls die Zwangsernährung als legitimes Mittel angesehen wird, um die Strafvollstreckung durchzusetzen und/oder das Leben des Betroffenen zu erhalten, ist anzunehmen, dass auch der zuständige Arzt gezwungen wäre diese Zwangsmassnahme vorzunehmen, ansonsten er sich gesetzeswidrig verhalten würde.

Falls der Staat keine Zwangsernährung gegen den Willen des Streikenden anordnet, sollte er diese Haltung dem Hungerstreikenden unmissverständlich und frühzeitig – in noch urteilsfähigem Zustand – mitteilen. Das schafft die notwendige Klarheit bezüglich Entscheidungsfreiheit, Verantwortlichkeit und Konsequenzen. Wenn der Gefangene weiterhin seine Nahrungsaufnahme verweigert sowie eine Erklärung abgibt, im Falle eines Komas keine Zwangsernäh-

zung zu wünschen, ist die Todesfolge logische Konsequenz seiner Entscheidung. Die freie Willensbildung, die letztlich den Menschen ausmacht, sollte sich auch im Strafvollzug durchsetzen. Unter humanistischen Gesichtspunkten gibt es keine Pflicht zu leben. Der Staat hat m.M. nach kein Recht, ein Leben zu erhalten, um die Verbüssung einer Strafe durchzusetzen. Der Staat sollte aber seine Fürsorge wahrnehmen, indem er den Gefangenen bezüglich des Hungerstreiks auf die gesundheitlichen Gefahren hinweist, immer genügend Nahrungsmittel bereit hält und ihm die Möglichkeit gibt, seine Meinung ohne negative Konsequenzen zu ändern. Der Insasse sollte jederzeit ärztliche Betreuung in Anspruch nehmen können.

Ärzte sind in verschiedenen Arbeitsfeldern tätig – z.B. in Spitälern oder Gefängnissen – oder arbeiten als frei praktizierende Ärzte. Die Standesregeln sind für alle Ärzte dieselben. Unter diesem Gesichtspunkt hat der Status des Gefangenen keinen Einfluss auf seine ärztliche Behandlung. Die Ärzteschaft kann m.E. nicht gegen ihren Willen beauftragt werden eine Zwangsernährung vorzunehmen. Die Ärzte können sich auf die Gewissensfreiheit, ihre Berufsethik und ihre Standesregeln berufen und eine Zwangsernährung gegen den Willen eines urteilsfähigen Patienten rechtmässig ablehnen. Vorherrschende Prinzipien sollten Gewalt- und Gewissensfreiheit sein. Anders verhält es sich, wenn der Gefangene nichts für den Fall bestimmt hat, wenn er ins Koma fällt oder in eine andere Notlage gerät. Dann sollte der Arzt nach dem mutmasslichen Willen des Patienten, seiner Berufsethik und seinem Gewissen vorgehen können. In diesem Fall würde wohl das Leben des Streikenden – gegebenenfalls durch Zwangsernährung – gerettet werden.

In der Schweiz wurde bislang noch nie über die Rechtmässigkeit einer durchgeführten Zwangsernährung entschieden. Die Kernfrage, ob eine Zwangsernährung gegen den ausdrücklichen Willen des Individuums zulässig ist oder gegen die Menschenrechte verstösst, wurde vom Bundesgericht auch im Fall Rappaz nicht beantwortet und steht beim EGMR noch aus.

9.2 Rahmengesetz auf Bundesebene

Der Gesetzgeber hat bisher auf eine gesetzliche Regelung zur Zwangsernährung auf Bundesebene verzichtet. Der Bundesrat lehnt die neusten Vorstösse dazu im Wesentlichen mit den Argumenten ab, dass sich die bisherige Praxis bewährt habe, die Kantone sich gegen eine Bundesregelung ausgesprochen hätten und eine generell abstrakte Regelung nie alle Probleme lösen könne.

Die Lösung des Kantons Bern in Art. 61 SMVG zur Zwangsernährung scheint mir eine praktikable zu sein. Die Positionen aller Beteiligten werden berücksichtigt. Einzig die in Abs. 2 des Artikels genannte freie Willensbestimmung müsste m.E. noch konkretisiert werden. Die Frage des echten Willens muss im Einzelfall immer sorgfältig abgeklärt werden. Der im urteilsfähigen Zustand geäusserte Wille sollte dem mutmasslichen Willen vorgehen. Anders ausgedrückt, es darf erst gemutmasst werden, wenn kein klarer Wille auszumachen ist. Im Fall Rappaz wurde sein Wille, in letzter Konsequenz sterben zu wollen, in Frage gestellt. Es ergaben sich Unklarheiten, weil Rappaz ein Begnadigungsgesuch an das Walliser Parlament gestellt und gegenüber der zuständigen Sicherheitsdirektorin erwähnt hatte, dass er nicht sterben wolle. Solche Äusserungen widersprechen nicht per se dem von ihm geäusserten Willen, er wolle keine Zwangsernährung. Für seinen ernst gemeinten Willen diesbezüglich spricht die Vollmacht an seinen Anwalt, eine solche zu verhindern. Denkbar wäre, dass Rappaz lieber sterben wollte, als eine Zwangsernährung zu erleben, aber im Grunde doch lieber seine Forderung auf einen Haftunterbruch durchgesetzt hätte.

Der Gesetzgeber sollte hier ansetzen und einen Kriterienkatalog zur Feststellung des wirkli-

chen Willens ausarbeiten. Unklarheiten müssen – so gut es geht – ausgemerzt werden. Ein solcher Katalog würde zu mehr Rechtssicherheit führen und wäre ein brauchbares Instrument sowohl für den Betroffenen als auch für die Vollzugsbehörden und die Mediziner.

Fest steht, dass in einem Gesetz nie alles bis ins letzte Detail geregelt werden kann. Es gibt immer gewisse auf den Einzelfall bezogene Fragen, die offen bleiben. Unabhängig von der Beantwortung der Frage der Zulässigkeit einer Zwangsernährung wäre es für die Schweiz unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten angebracht, in einem so sensiblen Bereich wie der Strafvollstreckung und dem Strafvollzug über ein Rahmengesetz auf Bundesebene zu verfügen. Es würde meiner Ansicht nach nicht nur Rechtssicherheit schaffen, sondern im Endeffekt dem Vertrauen in die Justiz dienen. Der Umgang mit den Strafgefangenen in der Schweiz spiegelt letztlich die ethischen Werte unserer Gesellschaft.

„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.“