

Dr. Christian Peter

Zwangsernährung im Kanton Bern

Der Hungerstreik des Gefängnisinsassen Bernhard Rappaz hat aufgezeigt, wie schwer sich die staatlichen Institutionen mit dieser Form der Auflehnung tun. Der Kanton Bern – wie auch Neuenburg und Graubünden – hat eine rechtliche Regelung für solche Situationen. Die Berner Lösung für die Zwangsernährung im Strafvollzug überzeugt jedoch nicht, weil sie sich zu stark an die deutsche Lösung anlehnt, welche in Deutschland als bedauerliche Fehlkonstruktion bezeichnet wird.

Rechtsgebiet(e): Beiträge; Gesundheitsrecht; Patientenrechte, Persönlichkeitsrechte; Strafen und Massnahmen. Pönologie

Zitiervorschlag: Christian Peter, Zwangsernährung im Kanton Bern, in: Jusletter 5. September 2011

Inhaltsübersicht

1. Rechtslage im Kanton Bern
 2. Materialien zu Art. 61 SMVG als Auslegungshilfe
- Exkurs: Die Wirkung der Patientenverfügung im Berner Gesundheitsrecht
3. Eine deutsche Norm als Ideengeberin
 - 3.1. Die Zumutbarkeitsfrage
 - 3.2. Wie lange kann von einer freien Willensbestimmung ausgegangen werden
 - 3.3. Zwischenfazit
 4. Regelung anderer Kantone
 - 4.1. Kanton Graubünden
 - 4.2. Kanton Neuenburg
 5. Der internationale Rahmen
 - 5.1. Europäisches Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin
 - 5.2. Empfehlungen des Europarates
 6. Erkenntnisse
 - 6.1. Wirkung der Patientenverfügung
 - 6.2. Zumutbarkeit der Zwangsernährung für die Ärzteschaft und die Pflegenden
 - 6.3. Fazit

[Rz 1] Am 26. August 2010 entschied das Bundesgericht in Sachen Rappaz, dass der hungerstreikende Walliser Häftling in Genf gegen seinen Willen ernährt werden müsse.¹ Eine rege Diskussion über diesen umstrittenen Entscheid folgte² und immer wieder kam der Wunsch nach einer Bundesregelung für die Zwangsernährung in Haftanstalten auf. Am 28. September 2010 reichte NR Schmid im Nationalrat eine Motion ein, welche von 102 Parlamentariern unterzeichnet wurde. Der Bundesrat lehnte eine Bundesregelung jedoch mit dem Verweis ab, «dass die konkreten Einzelheiten des Straf- und Massnahmenvollzugs weitgehend von den Kantonen geregelt werden»³. Der Kanton Bern hat eine solche Regelung. Wie diese die Zwangsernährung regelt und ob sie als Vorbild für andere Kantone dienen kann, ist Gegenstand dieses Artikels.

1. Rechtslage im Kanton Bern

[Rz 2] Im Gegensatz zu vielen anderen Kantonen verfügt der Kanton Bern über ein Gesetz im formellen Sinne, welches die

¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_599/2010 vom 26. August 2010, publiziert als BGE 136 IV 97.

² Vgl. Müller «Hungerstreik und Strafvollzug», NZZ vom 29. Juli 2010; Benjamin F. Brägger, Zwangsernährung im Strafvollzug – Replik zu «Hungerstreik und Strafvollzug» von Markus Müller, in Jusletter 16. August 2010. J. de Haller, P. Théraulaz, P. Suter, C. Kind, B. Gravier, A. Schneider Grünenfelder et al., Hungerstreik im Gefängnis, in: Schweizerische Ärztezeitung, 2010; 91: 39 S. 1518; B. Gravier, H. Wolff, D. Sprumont, B. Ricou, C. Kind, A. Eytan et al., Ein Hungerstreik ist eine Protesthandlung, in: Schweizerische Ärztezeitung, 2010; 91: 39, S. 1521; Oliver Guillod / Dominique Sprumont, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûn de protestation, in: Jusletter 8. November 2010, Claudia Schoch «Im Dilemma zwischen Legalität und Legitimität», in: NZZ vom 20. November 2010; Markus Müller und Christoph Jenni, Hungerstreik und Zwangsernährung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2011; 92: 8, S. 284ff.; René Bridler, Patientenverfügung und Zwangsernährung Schweizerische Ärztezeitung 2011; 92:19, S. 714; Adrian Krähenmann/Andreas Schweizer/Tobias Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug, in: Jusletter 10. Januar 2011.

³ Pressemitteilung des EJPD vom 24. November 2010. Vgl. auch Benjamin F. Brägger, Gefängnismedizin in der Schweiz, in: Jusletter 11. April 2011.

Rechte und Pflichten, wie auch die Eingriffe in die Grundrechte der Gefangenen normiert.⁴ Art. 61 des Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug des Kantons Bern (SMVG) widmet sich explizit der Zwangsernährung:

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 Beteiligten zumutbar und dürfen nicht mit erheblicher Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der eingewiesenen Person verbunden sein.

² Solange von einer freien Willensbestimmung der betroffenen Person ausgegangen werden kann, erfolgt von Seiten der Vollzugseinrichtung keine Intervention.

[Rz 3] Auf den ersten Blick fällt auf,

- dass es sich hier um eine KANN-Norm handelt. Der Leitung der Vollzugseinrichtung wird somit ein Recht eingeräumt, wobei noch nichts darüber gesagt wird, wie frei sie in ihrem Ermessen sind, die Norm anzuwenden oder nicht;
- die Zwangsernährung unter der ärztlichen Leitung durchgeführt werden muss;
- dass eine Lebensgefahr oder eine schwerwiegende Gefahr für die hungerstreikende Person bestehen muss;
- nur Massnahmen durchgeführt werden müssen, welche für alle Beteiligten zumutbar sind und für das Leben der hungerstreikenden Person keine erhebliche Gefahr darstellen.
- dass von Seiten der Vollzugseinrichtung keine Intervention erfolgen darf, solange von einer freien Willensbestimmung der hungerstreikenden Person ausgegangen werden kann.

[Rz 4] Zwei Aspekte sollen im Folgenden näher betrachtet werden: Zum einen die Einschränkung, dass die Massnahme für alle Beteiligten zumutbar sein muss und zum anderen der Vorbehalt, dass keine Intervention erfolgen darf, solange von einer freien Willensbestimmung ausgegangen werden kann.

⁴ Der andere Kanton, welcher eine Bewachungsstation im Universitätsspital führt, der Kanton Genf, verfügt über keine explizite Norm, welche die Zwangsernährung erlauben oder verbieten würde. Art. 50 Loi de Santé des Kantons Genf stellt jedoch eine allgemeine gesetzliche Grundlage für medizinische Zwangsmassnahmen dar. Vgl. Adrian Krähenmann/Andreas Schweizer/Tobias Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug, in: Jusletter 10. Januar 2011, S. 12.

2. Materialien zu Art. 61 SMVG als Auslegungshilfe

[Rz 5] Im Vortrag des Berner Regierungsrates zum SMVG wird zum Art. 61 SMVG folgendes festgehalten:

«Die Normierung lehnt sich an die Kodifizierung im Recht der Bundesrepublik Deutschland (§ 101 DeStVG) an. Wesentlich ist, dass die Verantwortung für die Anordnung der Zwangsernährung durch die Leitung der Vollzugeinrichtung nicht auf eine tiefere Führungsebene delegiert werden darf. Das Gesetz nennt ausdrücklich und abschliessend die Voraussetzungen, unter welchen die Zwangsernährung angeordnet werden darf. Die Durchführung der Zwangsernährung hat unter ärztlicher Leitung zu erfolgen.

Die Pflicht zur Durchführung der als lebensrettenden Massnahme verstandenen Zwangsernährung entfällt, solange von einer freien Willensbildung und damit einer sowohl intellektuell wie voluntativ intakten Möglichkeit der Selbstbestimmung durch die betroffene Person ausgegangen werden kann. Die Feststellung über die freie Willensbildung bei den Betroffenen ist in jedem Fall durch einen Arzt oder eine Ärztin zu treffen, es sei denn, sie sei zufolge Bewusstlosigkeit der Betroffenen offensichtlich.»

[Rz 6] Das kantonbernische Parlament nahm die Norm ohne Diskussion ins Gesetz auf.⁵ Daher ist dies die einzige Quelle der Entstehungsgeschichte. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, wann die Zwangsernährung für die Durchführenden zumutbar ist und wann nicht, fand nicht statt. Ebenso fehlt eine klare Aussage, was mit «solange» gemeint ist und ob eine Patientenverfügung als Aufrechterhaltung der intakten Möglichkeit der Selbstbestimmung über den Verlust der Urteilsfähigkeit Geltung behält.⁶

Exkurs: Die Wirkung der Patientenverfügung im Berner Gesundheitsrecht

[Rz 7] Mit einer Patientenverfügung legt eine urteilsfähige Person fest, welche medizinische Behandlung sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit und dem Eintritt eines bestimmten Zustandes wünscht oder ablehnt.⁷ Im Kanton Bern ist die

Patientenverfügung für die Behandelnden verbindlich (vgl. Art. 40b Gesundheitsgesetz des Kantons Bern).⁸

[Rz 8] Wenn eine Person im Zustand der Urteilsfähigkeit schriftlich oder mündlich festgelegt hat, welche Behandlungsmassnahmen sie für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit bezogen auf eine bestimmte Situation erhalten möchte oder welche sie grundsätzlich ablehnt, so hat die Gesundheitsfachperson im Kanton Bern⁹ dies zu respektieren.

[Rz 9] Die im Voraus getroffenen Anordnungen sind nur dann nicht mehr verbindlich, wenn die Fachperson Kenntnis davon erhält, dass sie nicht mehr dem aktuellen Willen des Patienten entsprechen (Art. 40b Abs. 3 Gesundheitsgesetz).¹⁰ Somit steht den Bernern die Möglichkeit offen, mittels Patientenverfügung Behandlungen über das Ende ihrer Urteilsfähigkeit hinaus abzulehnen.

[Rz 10] Einschränkungen für inhaftierte Personen ergeben sich weder aus Art. 61 SMVG noch aus den Materialien. Hinweise, wann die Vornahme einer Zwangsernährung für alle Beteiligten unzumutbar ist, fehlen. Ein Blick auf das deutsche Recht, auf das im Vortrag verwiesen wird, könnte Klarheit schaffen.

3. Eine deutsche Norm als Ideengeberin

[Rz 11] Der im Vortrag erwähnte Paragraph 101 des Strafvollzugsgesetz (StVollzG) hat folgenden Wortlaut:

(1) Medizinische Untersuchung und Behandlung sowie Ernährung sind zwangsweise nur bei Lebensgefahr, bei schwer wiegender Gefahr für die Gesundheit des Gefangenen oder bei Gefahr für die Gesundheit anderer Personen zulässig; die Massnahmen müssen für die Beteiligten zumutbar und dürfen nicht mit erheblicher Gefahr für Leben oder Gesundheit des Gefangenen verbunden sein. Zur Durchführung der Massnahmen ist die Vollzugsbehörde nicht verpflichtet, solange von einer freien Willensbestimmung des Gefangenen ausgegangen werden kann.

(2) Zum Gesundheitsschutz und zur Hygiene ist die zwangsweise körperliche Untersuchung ausser im

⁵ In der 1. Lesung in der Session 16.–26 Juni 2003 gab es keine Diskussion und keinen Antrag des Regierungsrates und der Kommission für eine zweite Lesung.

⁶ Auch die Antwort des Regierungsrates auf die Interpellation von Kaenel vom 6. September 2010, welche am 16. Februar 2011 beantwortet wurde, gibt hier keine Klärung.

⁷ Walter Fellmann, in: Moritz W. Kuhn/Thomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Auflage, 2007 S. 209; Art. 373 Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)

Juni 2003.

⁸ Somit stellt sie mehr als nur ein Indiz für den mutmasslichen Willen des Patienten dar, wie von der SAMW in ihren Medizin-ethischen Grundsätzen festgehalten (vgl. Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW, *Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung*, S. 3 (differenzierter jedoch in den aktuellsten Medizinisch-ethische Grundsätzen der SAMW, *Patientenverfügung*, S. 5f.); Marc Thommen, *Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter*, Basel 2004, S. 19.

⁹ Und mit Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechtes am 1. Januar 2013 in der ganzen Schweiz. Das neue Erwachsenenschutzrecht fordert jedoch die Schriftlichkeit (Art. 371 nZGB).

¹⁰ So ab 1. Januar 2013 auch Art. 372 Abs. 2 nZGB.

Falle des Absatzes 1 zulässig, wenn sie nicht mit einem körperlichen Eingriff verbunden ist.

(3) Die Massnahmen dürfen nur auf Anordnung und unter Leitung eines Arztes durchgeführt werden, unbeschadet der Leistung erster Hilfe für den Fall, dass ein Arzt nicht rechtzeitig erreichbar und mit einem Aufschub Lebensgefahr verbunden ist.

[Rz 12] Das deutsche Gesetz unterscheidet sich in einem grundlegenden Punkt von der Berner Norm: Die Urteilsfähigkeit spielt für das Recht zur Zwangsmassnahme keine Rolle. Besteht eine konkrete Lebensgefahr, eine schwerwiegender Gefahr für die Gesundheit des Gefangenen oder eine Gefahr für die Gesundheit anderer Personen und ist der Eingriff für alle Beteiligten (Gefangener, Arzt, Anstaltsmitarbeitende) zumutbar, kann die Zwangsmassnahme durchgeführt werden, falls der Eingriff nicht mit erheblichen Gefahren für Leib und Leben oder Gesundheit des Inhaftierten verbunden ist.¹¹

[Rz 13] Die Urteilsfähigkeit entscheidet im deutschen Recht lediglich darüber, ob eine Pflicht zur Ernährung besteht. Die *Pflicht* zur medizinischen Zwangsmassnahme (z.B. Zwangsernährung) entfällt, soweit eine freie Willensentscheidung des Gefangenen anzunehmen ist. Eine *Berechtigung* zur Zwangsmassnahme bleibt jedoch auch in diesem Fall bestehen.¹² Das Strafvollzugsgesetz bezieht hier eine Position zwischen staatlicher Fürsorgepflicht und dem Selbstbestimmungsrecht des Gefangenen.

[Rz 14] Zuständigkeit und Voraussetzungen für die Durchführung einer Zwangsernährung sind hingegen mit der Berner Norm vergleichbar.

3.1. Die Zumutbarkeitsfrage

[Rz 15] Für den Gefangenen ist die Zwangsernährung unzumutbar, wenn er dabei langfristig z.B. durch Eingipsen immobilisiert oder der Eingriff selbst nicht lege artis durchgeführt würde. Allerdings können auch religiöse Gründe oder verfassungsmässige Grundsätze eine Zumutbarkeitschranke bilden.¹³

[Rz 16] Die Zwangsernährung kann überdies auch für die Ärzteschaft oder die Pflege unzumutbar sein. Entführungs- oder Morddrohungen von Sympathisanten des betroffenen Gefangenen gegen die Beteiligten könnten zur Unzumutbarkeit führen.¹⁴ Ebenso die Durchführung der Zwangsernährung

gegen den Widerstand des sich mit allen Kräften wehrenden Gefangenen.¹⁵

[Rz 17] Umstritten ist, ob ein Arzt seine Hilfe aus standesrechtlichen oder berufsethischen Gründen ablehnen darf. Das Präsidium der deutschen Bundesärztekammer und die Generalversammlung des Weltärztebundes bejahen diese Frage und zwar nicht nur für frei praktizierende Ärzte, sondern auch für Anstaltsärzte.¹⁶

3.2. Wie lange kann von einer freien Willensbestimmung ausgegangen werden

[Rz 18] Auch wenn die Urteilsfähigkeit im deutschen Recht nicht für das Recht zur Vornahme einer Zwangsernährung entscheidend ist, sondern für deren Pflicht, sind die deutschen Überlegungen zur Urteilsfähigkeit für die Auslegung der Berner Norm von Interesse, zumal die auslegungsbedürftige Formulierung «solange von einer freien Willensbestimmung» wörtlich ins Berner Recht übernommen wurde.

[Rz 19] Die Vollzugsbehörden dürfen unter den vorne genannten Voraussetzungen medizinische Zwangsmassnahmen (inkl. Zwangsernährung) durchführen, solange von einer freien Willensbestimmung des Gefangenen ausgegangen werden kann. Erst wenn der Gefangene nicht mehr in der Lage ist, sein Selbstbestimmungsrecht auszuüben, muss der Staat nach dem Grundsatz der mutmasslichen Einwilligung davon ausgehen, dass sich der Gefangene – könnte er entscheiden – letztlich doch für das Leben entscheidet und einer Ernährung zustimmen würde.¹⁷ Doch kann bei einer Person, welche über Wochen keine Nahrung zu sich nimmt und die von den Behandelnden regelmässig über die Folgen eines solchen Handelns aufgeklärt wurde, bei einem Verlust der Urteilsfähigkeit von einem Sinneswandel in letzter Sekunde ausgegangen werden? Dies ist zweifelhaft.¹⁸ Wurde keine Patientenverfügung verfasst, könnte man noch argumentieren, dass der Hungerstreik als Protestaktion nicht zum Tod führen soll. Doch wenn eine Patientenverfügung verfasst wurde?

[Rz 20] Eine Patientenverfügung wird nämlich gerade für den Fall des Verlustes der Urteilsfähigkeit verfasst und erst in diesem Zeitpunkt entfaltet sie ihre Wirkung. Hier einen Sinneswandel in letzter Sekunde anzunehmen, höhlt das Recht

¹¹ Klaus Laubenthal, Strafvollzug, 3. Neu bearbeitete Auflage, Rz. 725.

¹² Peter Höflich und Wolfgang Schriever, Grundriss Vollzugsrecht, Berlin 2003, S. 136.

¹³ Klaus Ulsenheimer, 24. Kapitel: Der Arzt im Strafrecht, in: Adolf Laufs (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Neubearbeitete Auflage, S. 1464f.

¹⁴ Klaus Ulsenheimer, 24. Kapitel: Der Arzt im Strafrecht, in: Adolf Laufs (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Neubearbeitete Auflage, S. 1465.

¹⁵ Klaus Ulsenheimer, 24. Kapitel: Der Arzt im Strafrecht, in: Adolf Laufs (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Neubearbeitete Auflage, S. 1465.

¹⁶ Klaus Ulsenheimer, 24. Kapitel: Der Arzt im Strafrecht, in: Adolf Laufs (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Neubearbeitete Auflage, S. 1464. Gl. Meinung: Rolf-Peter Calliess und Heinz Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, Beck'sche Kurzkommentare, Band 19, 11. Neu bearbeitete Auflage, 2008, S. 489.

¹⁷ Peter Höflich und Wolfgang Schriever, Grundriss Vollzugsrecht, Berlin 2003, S. 136.

¹⁸ Klaus Ulsenheimer, 24. Kapitel: Der Arzt im Strafrecht, in: Adolf Laufs (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Neubearbeitete Auflage, S. 1466.

auf eine Patientenverfügung vollständig aus und macht diese überflüssig.

3.3. Zwischenfazit

[Rz 21] Der Exkurs ins deutsche Recht bringt sowohl für die Frage der Zumutbarkeit der Zwangsernährung als auch für die Frage der Rolle der Patientenverfügung und ihrer Wirkung einige Hinweise, doch keine vollständige Klärung. Ein Blick in die Kantone, welche die Zwangsernährung ebenfalls gesetzlich geregelt haben, könnte uns weiterbringen.

4. Regelung anderer Kantone

[Rz 22] Der Kanton Bern ist nicht der einzige Kanton, welcher die Zwangsernährung explizit in einem formellen Gesetz geregelt hat. Sowohl der Kanton Graubünden als auch der Kanton Neuenburg haben ebenfalls zur Zwangsernährung legiferiert.¹⁹

4.1. Kanton Graubünden

[Rz 23] Art. 27 des Gesetzes über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (JVG) hält in starker Anlehnung an die Berner Norm²⁰ fest:

¹ Im Fall eines Hungerstreiks kann die Direktorin oder der Direktor der Vollzugseinrichtung eine unter ärztlicher Leitung und Beteiligung durchzuführende Zwangsernährung anordnen, sofern Lebensgefahr oder eine schwerwiegende Gefahr für die betroffene Person bestehen.

² Solange von einer freien Willensbestimmung der betroffenen Person ausgegangen werden kann, erfolgt von Seiten der Vollzugseinrichtung keine Intervention.

[Rz 24] Auf die Wiedergabe der Ausführungen zu dieser Norm in der Kantonalen Botschaft kann verzichtet werden, deckt sie sich doch bis auf die beiden einleitenden Sätze²¹ wortwörtlich mit den Ausführungen im Berner Vortrag.²²

[Rz 25] In Bezug auf die Zumutbarkeit des Eingriffs für die Beteiligten kann diese Bestimmung nicht weiterhelfen, weil der Kanton Graubünden auf diese Voraussetzung verzichtet und sich die Ärzte somit nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit

auf die Unzumutbarkeit der Zwangsmassnahme berufen können.

[Rz 26] Auch für die Fragen der Rolle der Patientenverfügung bringt dieser Exkurs ins Bündner Vollzugsrecht keine neuen Erkenntnisse, weil sich weder Gesetzestext noch Botschaft von den Berner Quellen unterscheiden.

4.2. Kanton Neuenburg

[Rz 27] Der Kanton Neuenburg hat die Zwangsernährung in Art. 68 des Loi neuchâteloise sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) geregelt:

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 coure 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.

[Rz 28] Der Artikel deckt sich inhaltlich – bis auf Abs. 4 – mit der französischen Fassung der Berner Bestimmung. Formell gibt es eine Abweichung: In Neuenburg wird Absatz 1 der Berner Norm auf zwei Absätze aufgegliedert. Und auch hier wird die mehrdeutige Formulierung «aussi longtemps que» verwendet. Absatz 4 hingegen existiert nur im Kanton Neuenburg. Mit ihm soll klar gemacht werden, dass die Patientenverfügung zu respektieren ist.

[Rz 29] Es «wird in liberaler Tradition folgend das Selbstbestimmungsrecht der Insassen als Ausfluss der Menschenwürde geschützt, indem der Gesetzgeber ausdrücklich vorsieht, dass eine Patientenverfügung auch im Strafvollzug und insbesondere im Falle eines Hungerstreikes zu beachten sei. In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass ein zurechnungsfähiger Gefangener, welcher sich gegen eine Zwangsernährung ausgesprochen hat, in Würde sterben darf.»²³

[Rz 30] Unklar bleibt jedoch, ob Art. 68 Abs. 4 LPMA die

¹⁹ Die allgemeine Norm zur Zwangsbehandlung im Kanton Genf (Art. 50 Loi de Santé) bietet sich jedoch auch als Rechtsgrundlage für die Zwangsernährung an. Vgl. Adrian Krähenmann/Andreas Schweizer/Tobias Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug, in: Jusletter 10. Januar 2011, S. 12.

²⁰ Bis auf die beiden fehlenden Sätze zur Zumutbarkeit für alle Beteiligten entspricht die Norm wortwörtlich dem Berner Vorbild.

²¹ Diese entsprechen den einleitenden Sätzen der Neuenburger Botschaft.

²² Botschaft der Regierung an den Grossen Rat, Heft Nr. 2/2009–2010, S. 47.

²³ Benjamin F. Brägger, Zwangsernährung im Strafvollzug – Replik zu «Hungerstreik und Strafvollzug» von Markus Müller, in: Jusletter 16. August 2010, Rz 4.

Rechtsgrundlage hierfür darstellt oder ob Art. 25a Loi de Santé, der die Respektierung der Patientenverfügung für den gesamten Gesundheitsbereich fordert, als Rechtsgrundlage dient und Art. 68 Abs. 4 LPMA lediglich diese Pflicht in Erinnerung ruft. Zudem verliert die Botschaft zum Gesetz kein Wort über die Zumutbarkeitsfrage.²⁴ Somit bleibt offen, was im Kanton Neuenburg zu einer Unzumutbarkeit für die Behandelnden führt.

5. Der internationale Rahmen

5.1. Europäisches Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin²⁵

[Rz 31] Das Europäische Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (Biomedizinkonvention), deren Umsetzung unter anderem zum neuen Erwachsenenschutzrecht führt, sieht in Artikel 9 vor, dass Patientenverfügungen zu berücksichtigen sind. Das Recht auf die Willenskundgabe per Patientenverfügung darf, wie auch andere im Übereinkommen statuierte Rechte und Schutzbestimmungen, nur insoweit eingeschränkt werden, als diese Einschränkung durch die Rechtsordnung vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die öffentliche Sicherheit, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist (Art. 26 Biomedizinkonvention).

[Rz 32] Diese Bestimmungen müssen zudem vor dem Hintergrund von Art. 2 Biomedizinkonvention gesehen werden. Artikel 2 «affirms the primacy of the human being over the sole interest of science or society. Priority is given to the former, which must in principle take precedence over the latter in the event of a conflict between them. The whole Convention, the aim of which is to protect human rights and dignity, is inspired by the principle of the primacy of the human being, and all its articles must be interpreted in this light.»²⁶

5.2. Empfehlungen des Europarates

[Rz 33] Eine wichtige Orientierungshilfe für Fragen zur Vollzugsmedizin stellt die Empfehlung des Europarates betreffend ethischer und organisatorischer Aspekte der Gesundheitsfürsorge in Gefängnissen (REC(1998)7) dar. Die Empfehlungen des Europarates stellen für die Mitgliedsländer kein

zwingendes Recht dar, doch sie bilden einen Konsens der Staaten des Europarates zur Gefängnismedizin und wieder spiegeln somit die Haltung der Mitgliedsländer.

[Rz 34] Im Anhang zur Empfehlung (REC(1998)7) wird in Ziffer 14 festgehalten, dass der urteilsfähige Insasse, ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, immer über eine körperliche Untersuchung entscheiden darf. Zudem wird in Ziffer 16 festgehalten, dass jede Abweichung vom Grundsatz der freien Einwilligung auf dem Gesetz beruhen soll und sich nach denselben Grundsätzen richten hat, die für die Bevölkerung insgesamt gelten.

[Rz 35] Für den Fall eines Hungerstreiks, sind die Behörden gehalten, in Übereinstimmung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften (einschliesslich der Standesgrundsätze) Massnahmen zu ergreifen (Ziffer 63).

6. Erkenntnisse

6.1. Wirkung der Patientenverfügung

[Rz 36] Aufgrund der Erkenntnisse zur deutschen Vorbildsnorm, den vergleichbaren Normen aus Neuenburg und Graubünden und den internationalen Vorgaben kann der Schluss gezogen werden, dass Art. 61 SMVG so zu verstehen ist, dass eine Patientenverfügung, in welcher sich der Betroffene gegen eine Zwangsernährung ausspricht, respektiert werden muss. Liegt keine Patientenverfügung vor und sind die Voraussetzungen gemäss Art. 61 SMVG erfüllt, bestünde ein Recht zur Zwangsernährung des Patienten. Dies aus folgenden Gründen:

[Rz 37] Im SMVG findet sich keine Norm, welche das Recht auf Respektierung einer Patientenverfügung für Häftlinge einschränkt. Werden Rechte in anderen Bereichen eingeschränkt, erfolgt dies – im Einklang der internationalen Vorgaben – nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage: So schränkt z.B. Art. 49 SMVG den Brief- und Telefonverkehr der Insassen ein. Eine vergleichbare Norm für das Selbstbestimmungsrecht bei medizinischen Eingriffen fehlt. Aus dem Umstand, dass sich der Häftling in einem Sonderstatusverhältnis befindet, darf nicht der Schluss gezogen werden, dass Bestimmungen aus dem Gesundheitsgesetz keine Geltung entfalten. Die Einschränkung eines Grundrechts erfolgt nicht lediglich aus dem Umstand, dass sich der Träger in einem besonderen Rechtsverhältnis befindet.²⁷

[Rz 38] Das Bundesgericht baute durch seine Rechtsprechung im Bereich Haft- und Strafvollzug den Grundrechtsschutz Inhaftierter kontinuierlich aus und stärkte ihn.²⁸ Wiederholt wurde der Grundsatz bestätigt, dass die Frei-

²⁴ Vgl. Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA), 22 août 2007.

²⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/164.htm>.

²⁶ Explanatory Report, Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Ziffer 21 und 22 zu Article 2. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm>

²⁷ Markus Müller, Das besondere Rechtsverhältnis, Bern 2003, S. 52f.; Adrian Krähenmann/Andreas Schweizer/Tobias Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug, in: Jusletter 10. Januar 2011, S. 7.

²⁸ Markus Müller, Das besondere Rechtsverhältnis, Bern 2003, S. 59.

heitsrechte von Gefangenen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Gewährleistung des Haftzwecks und zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen Anstaltsbetriebs erforderlich ist.

[Rz 39] So erstaunt es nicht, dass zu den Vollzugszielen und Vollzugsgrundsätzen im Berner Strafvollzug Massnahmen zählen, welche die Eingewiesenen zu einem eigenverantwortlichen Verhalten unter Achtung der Rechte der andern im Hinblick auf ein straffreies Leben in der Gemeinschaft führen. Als Grundsatz wird zudem festgehalten (Art. 18 SMVG), dass der Vollzug so auszugestalten ist, dass er den allgemeinen Lebensverhältnissen so weit als möglich entspricht.

[Rz 40] Denn der Strafvollzug hat das soziale Verhalten des Gefangenen zu fördern, insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben (Art. 75 Abs. 1 StGB). Die Menschenwürde der Gefangenen ist zu achten und ihre Rechte dürfen nur so weit beschränkt werden, als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung es erfordern (Art. 74 StGB).

[Rz 41] Eine Fürsorgepflicht der Anstalt besteht. Doch diese darf keinesfalls dahingehend interpretiert werden, dass die Anstalt Massnahmen ergreift, welche die Rechte des Gefangenen noch mehr einschränken.²⁹ Sowohl die Strafvollzugsgrundsätze des Europarates wie auch die einschlägigen Bestimmungen der europäischen Menschenrechtskonvention (Teil III, Gesundheit), der Bundesverfassung (Art. 10 und 41) und der Strafvollzugsgesetzgebung auferlegen den Vollzugsbehörden die Pflicht, die Gesundheit der ihnen anvertrauten Gefangenen zu schützen. Dazu gehört auch die Suizidprävention. Vom Suizid ist der Hungerstreik mit Todesfolge jedoch zu unterscheiden.³⁰ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem Urteil aus dem Jahre 2009 klargestellt, dass der Tod eines Insassen infolge Hungerstreiks keine Verletzung der Menschenrechte darstelle und die zuständigen Behörden nicht dafür kritisiert werden dürfen, dass sie den Willen des Insassen respektiert hätten. Der Insasse hatte seine Freiheit gefordert und sich strikte gegen jegliche medizinischen Eingriffe gewehrt, obwohl sein Gesundheitszustand als lebensbedrohlich zu beurteilen war.³¹

[Rz 42] Ein Inhaftierter, der beharrlich, vollständig oder teilweise die Nahrung verweigert und versucht etwas einzufordern, was mit anderen Mitteln nicht erreichbar zu sein scheint, kann einen Staat nur mit diesem Verhalten erpressen, wenn der Staat als Garant des Gewaltmonopols und der

Strafdurchsetzung, dem Insassen das Selbstbestimmungsrecht abspricht.³²

[Rz 43] Zudem gewinnt der Hungerstreikende doppelte Aufmerksamkeit: als scheinbar zu allem bereiter Kämpfer für die eigene Sache sowie als Märtyrer, dessen Widerstand gegen die Obrigkeit mit Gewalt gebrochen wird.³³

[Rz 44] Umso erstaunlicher ist es, dass die Behörden im Kanton Bern dazu zu tendieren scheinen, dem Gefangenen – in ungerechtfertigter Art und Weise – das Selbstbestimmungsrecht abzuspochen und sich selber erpressbar machen.

[Rz 45] Falls nun der Kanton Bern dennoch verfügen würde, ein Inhaftierter müsse Zwangsernährt werden, stellt sich für die behandelnden Ärzte und Pflegenden die Frage, ob sie der Anweisung nachkommen müssen oder ob sie die Durchführung der Zwangsernährung ablehnen können.

6.2. Zumutbarkeit der Zwangsernährung für die Ärzteschaft und die Pflegenden

[Rz 46] Artikel 61 SMVG öffnet die Tür für die Weigerung aus Gewissensgründen. Diese wird auch in Art. 23 Gesundheitsgesetz statuiert.³⁴ Dort jedoch mit der Einschränkung, dass in Fällen, in denen die Behandlung erforderlich ist, um eine schwere und unmittelbare Gefahr für die Gesundheit des Patienten abzuwenden keine Verweigerung der Behandlung möglich ist.³⁵ Art. 61 SMVG entfaltet seine Wirkung gerade in solchen Gefahrensituationen. Somit muss er, damit er überhaupt eine gesetzgeberische Kraft entfaltet, ein Weigerungsrecht auch für Fälle statuieren, in denen die Behandlung erforderlich ist, um eine schwere und unmittelbare Gefahr für die Gesundheit des Patienten abzuwenden.³⁶

[Rz 47] Wird nun von einem Arzt oder einem Pflegenden die Vornahme einer Zwangsernährung verlangt, die den Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW widerspricht,³⁷ der «World Medical Assembly (WMA)» in der «Declaration of Malta on Hunger Strikers (Stand 14. Oktober 2006)»³⁸ in

²⁹ Anderer Meinung ist Markus Müller und Christoph Jenni, Hungerstreik und Zwangsernährung, in: SAeZ, 2011; 92:8, S. 285. Sie erachten eine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts als zulässig.

³⁰ Adrian Krähenmann/Andreas Schweizer/Tobias Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug, in: Jusletter 10. Januar 2011, S. 9.

³¹ ARRÊT HOROZ c. TURQUIE, n° 1639/03, 2009.

³² Benjamin F. Brägger, Zwangsernährung im Strafvollzug – Replik zu «Hungerstreik und Strafvollzug» von Markus Müller, in: Jusletter 16. August 2010, Rz 4.

³³ Markus Müller und Christoph Jenni, Hungerstreik und Zwangsernährung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2011; 92:8, S. 285.

³⁴ Im Kanton Genf, wo es wie im Kanton Bern eine Bewachungsstation im Universitätsspital gibt, ist eine solche Norm in Art. 82 Loi de Santé zu finden.

³⁵ Vgl. zur Entstehung diese Bestimmung: Christian Peter: Von den Wünschen der Patienten und den Pflichten der Ärzte, in: Jusletter vom 16. August 2010 und in: Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht, RSDS/SZG 2011, S. 165ff.

³⁶ Im Kanton Genf fehlt eine vergleichbare Norm.

³⁷ Gemäss Ziffer 9.3 Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen müssen Patientenverfügungen von Inhaftierten Hungerstreikenden respektiert werden.

³⁸ Im Zusammenhang mit dem rechtsverbindlichen Charakter von Berufspflichten sei auch auf Art. 4 Übereinkommen zum Schutz der

Ziffer 13 als «never ethically acceptable» bezeichnet wird, vom IKRK als Erodierung der Grundsätze der medizinischen Ethik³⁹ und von verschiedenen Experten als unzulässig bezeichnet werden⁴⁰, kann die angewiesene Person mit Verweis auf die Unzumutbarkeit des Verlangten, die Zwangsernährung verweigern.⁴¹ Zumal diese drastische Prozedur in anderen Lebensbereichen als Folter bezeichnet wird.⁴²

[Rz 48] Dieses statuierte Recht mit dem Argument einzuschränken, die Gefängnisärzte und Pflgenden in den Haftanstalten seien angestellt und stünden obligationen- oder dienstrechtlich in einem besonderen Rechtsverhältnis zur inhaftierten Person und üben hoheitliche Aufgabe aus, greift zu kurz.⁴³ Art. 61 SMVG statuiert diese Weigerung gerade für die Beteiligten die in den meisten Fällen in einem solchen speziellen Verhältnis stehen.

6.3. Fazit

[Rz 49] Die Berner Norm bietet sich somit nicht als Vorbild für andere Kantone an.⁴⁴ Die Zumutbarkeitsklausel ist aus Sicht der Behandelnden zwar zu begrüssen, unter dem Aspekt der Rechtssicherheit ist sie eine Quelle von Zweifelsfragen.⁴⁵

[Rz 50] Ein Verweis auf Art. 40b Gesundheitsgesetz, der sämtliche Zweifel, dass eine Patientenverfügung auch für die Inhaftierten Geltung entfaltet, beseitigen würde, fehlt. Zudem ist fraglich, ob Art. 61 SMVG je als Grundlage für eine

Zwangsernährung dienen wird. Im Kanton Bern kann eine Patientenverfügung auch formlos, das heisst auch mündlich erstellt werden,⁴⁶ dies im Gegensatz zur Regelung in Deutschland⁴⁷, Neuenburg⁴⁸ und der 2013 in Kraft tretenden Bundesnorm⁴⁹, wo sie der Schriftform bedarf. Es ist davon auszugehen, dass jeder Hungerstreikende, der bis an die Grenze der Urteilsunfähigkeit die Nahrungsaufnahme verweigert, in der einen oder anderen Situation mündlich festhalten wird, dass er nie zwangsernährt werden will.⁵⁰ Somit läge – wenn es keine Hinweise gibt, welche darauf schliessen lassen, dass die wenigen Wochen zuvor erstellte Patientenverfügung nicht mehr dem aktuellen Willen entspricht⁵¹ – eine Patientenverfügung vor, welche eine Zwangsernährung ausschliessen würde. Der Anwendungsbereich von Art. 61 SMVG beschränkt sich daher auf diejenigen Hungerstreikenden, welche zwar bis zur Bewusstlosigkeit hungern, aber sich nie oder wenn dann positiv zu einer Zwangsernährung im Falle einer Urteilsunfähigkeit äussern. Ein eher seltener Fall.

Dr. iur. Christian Peter, Co-Geschäftsführer der HEP & Partner GmbH für ökonomische und juristische Beratung von Organisationen im Gesundheitswesen und Lehrbeauftragter für Gesundheitsrecht an der Fachhochschule Bern, Gesundheit, christian.peter@hep-partner.ch

Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin des Europarats hingewiesen. Dieser Artikel verlangt, dass jede Intervention im Gesundheitsbereich nach den einschlägigen Rechtsvorschriften, Berufspflichten und Verhaltensregeln erfolgen muss.

³⁹ Paul Bouvier, in: Schweizerische Ärztezeitung, 2010; 91: 39, S.1526.

⁴⁰ Juristen: Günter Stratenwerth / Wolfgang Wohlers: Schweizerisches Strafbuch, Handkommentar, 2. Auflage, S. 191; Oliver Guillod / Dominique Sprumont, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûn de protestation, in: Jusletter 8. November 2010. Mediziner: J. de Haller, P. Théraulaz, P. Suter, C. Kind, B. Gravier, A. Schneider Grünenfelder et al., Hungerstreik im Gefängnis, in: Schweizerische Ärztezeitung, 2010; 91: 39 S. 1520.

⁴¹ So auch das Präsidium der deutschen Bundesärztekammer und die Generalsversammlung des Weltärztebundes (vgl. FN 15).

⁴² Als im Jahr 2006 rund 85 Gefangene amerikanischen Militärgefängnis Guantánamo in kollektiven Hungerstreik traten und die Regierung die Zwangsernährung der Gefangenen anordnete, wurde dieser Entscheid weltweit kritisiert und als Form der Folter gegeisselt. Vgl. The New York Times, 22. Februar 2006.

⁴³ Vgl. auch die Antworten (auf Frage 3) des Regierungsrates auf die Interpellation von Kaenel, eingereicht am 6. September 2010, vom 16. Februar 2011.

⁴⁴ Was nicht erstaunt, stütze man sich auf eine deutsche Norm ab, welche im deutschen Schrifttum als «bedauerliche Fehlkonstruktion» bezeichnet wird. Klaus Ulsenheimer, 24. Kapitel. Der Arzt im Strafrecht, in: Adolf Laufs (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Neubearbeitete Auflage, S. 1464.

⁴⁵ Klaus Ulsenheimer, 24. Kapitel. Der Arzt im Strafrecht, in: Adolf Laufs (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Neubearbeitete Auflage, S. 1464.

* * *

⁴⁶ Vgl. Art. 40b Abs. 1 Gesundheitsgesetz. Mit der Revision des Erwachsenenschutzrechtes wird die Patientenverfügung auf nationaler Ebene geregelt und die Schriftlichkeit vorsehen (vgl. Art. 371 ZGB). Weitere Formvorschriften werden das Datum und die Unterschrift sein.

⁴⁷ Vgl. Bürgerliches Gesetzbuch § 1901a Absatz 1.

⁴⁸ Vgl. Art. 25a Loi de Santé.

⁴⁹ Art. 370 ZGB.

⁵⁰ Auch Müller und Jenni halten fest, dass Patientenverfügungen im Kontext des Hungerstreiks häufig sind. «Sie dienen dem Streikenden, die Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit seines Unterfangens zu unterstreichen und den Druck dadurch zu erhöhen.» Markus Müller und Christoph Jenni, Hungerstreik und Zwangsernährung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2011; 92:8, S. 285.

⁵¹ Entgegen Müller / Jenni führt das Schwinden der Zurechnungsfähigkeit des Verfügenden und der damit verbundenen Verlust, die Patientenverfügung zu bestätigen oder zu widerrufen, nicht dazu, dass die Patientenverfügung keine Geltung mehr entfalten würde. Markus Müller und Christoph Jenni, Hungerstreik und Zwangsernährung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2011; 92:8, S. 285.